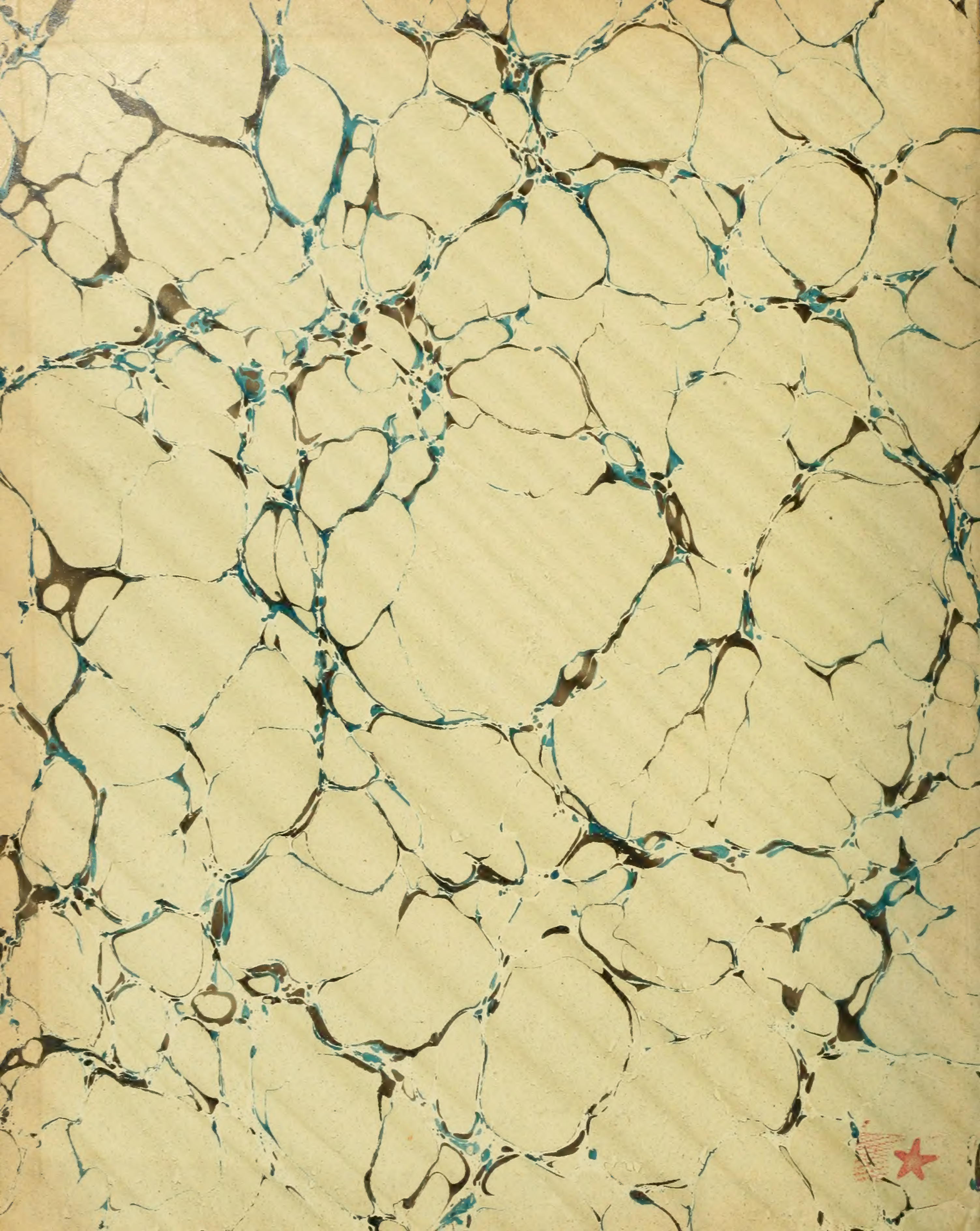




J. H. Foran
Jan 28/05

RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE

DU

DROIT FRANÇAIS

XXXIV

RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS
ET JOURNAL DU PALAIS

RÉPERTOIRE GÉNÉRAL ALPHABÉTIQUE

DU

DROIT FRANÇAIS

contenant

SUR TOUTES LES MATIÈRES DE LA SCIENCE ET DE LA PRATIQUE JURIDIQUES

L'EXPOSÉ DE LA LÉGISLATION, L'ANALYSE CRITIQUE DE LA DOCTRINE ET LES SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE

Publié par MM.

A. CARPENTIER
AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT
AVOCAT A LA COUR DE PARIS

G. FRÈREJOUAN DU SAINT
ANCIEN MAGISTRAT, DOCTEUR EN DROIT

SOUS LA DIRECTION
JUSQU'EN 1894, DE **ED. FUZIER-HERMAN**, ANCIEN MAGISTRAT

Et avec la Collaboration des

RÉDACTEURS DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS ET DU JOURNAL DU PALAIS

ET NOTAMMENT DE MM.

Audinet, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille;
Baudry-Lacantinerie, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux;
Ch. Blondel, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Rennes;
De Boislisle, président de Chambre à la Cour d'appel de Paris;
E. Chavegrin, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris;
A. Christophle, député, ancien ministre des Travaux publics, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation;
Em. Cohendy, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon;
T. Crépon, conseiller honoraire à la Cour de cassation;
R. Dareste, conseiller honoraire à la Cour de cassation, membre de l'Institut;
G. Demante, professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Paris, membre de l'Institut;
Douarche, premier président de la Cour d'appel de Caen;
Dupont, conseiller à la Cour de cassation;
A. Esmein, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, membre de l'Institut;
Ch. Guyot, directeur de l'École nationale des eaux et forêts;
Hauriou, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse;
P. Lacoste, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille;
Ch. Laurent, conseiller à la Cour de cassation de Belgique;
L. Limelette, conseiller à la Cour d'appel de Liège;
Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris et à l'École des Sciences politiques, membre de l'Institut;
A. Mérignhac, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse;
Ed. Meynial, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier;
E. Naquet, ancien procureur général près la Cour d'appel d'Aix, ancien professeur à la Faculté de droit;
N. Panhard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation;
P. Pic, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon;
Eug. Pierre, secrétaire général de la Présidence de la Chambre des députés;
A. Pillet, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris;
L. Renault, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris et à l'École des sciences politiques, membre de l'Institut;
Ruben de Couder, conseiller à la Cour de cassation;
Alb. Tissier, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Dijon;
Ch. Vibert, docteur en médecine, médecin-légiste, chef du Laboratoire d'anatomie pathologique;
G. Vidal, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Toulouse;
P. Viollet, bibliothécaire de la Faculté de droit de l'Université de Paris, professeur à l'École des Chartes, membre de l'Institut;
Alb. Wahl, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lille;
Zeys, conseiller à la Cour de cassation;

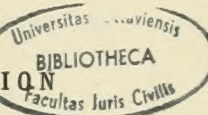
POUR LE DROIT COMPARÉ CIVIL ET CRIMINEL ET LE DROIT PUBLIC INTERNATIONAL,

de M. Ernest **Lehr**,

Attaché-jurisconsulte de l'Ambassade de France en Suisse, professeur honoraire de Législation comparée à l'Université de Lausanne, secrétaire perpétuel honoraire de l'Institut de droit international, correspondant de l'Institut de France.

TOME TRENTE-QUATRIÈME

SÉPARATION DES PATRIMOINES — SUBVENTION



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, 5e Arrondissement

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs de la Librairie

1904



EXPLICATION DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Ann. lég. étr.	Annuaire de législation étrangère (publication de la Société de législation comparée).
Belg. jud.	Belgique judiciaire.
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation.
Bull. crim.	Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation.
Bull. jud. alg.	Bulletin judiciaire de l'Algérie.
Bull. lég. comp.	Bulletin de la Société de Législation comparée.
B. O. M.	Bulletin officiel du ministère de la Marine.
Cass.	Cour de cassation.
Circ.	Circulaire.
C. civ.	Code civil.
C. comm.	Code de commerce.
C. for.	Code forestier.
C. instr. crim.	Code d'instruction criminelle.
C. pén.	Code pénal.
C. proc. civ.	Code de procédure civile.
Cons. d'Ét.	Conseil d'État.
Cons. préf.	Conseil de préfecture.
D.	Jurisprudence générale de Dalloz; recueil périodique (mêmes observations que pour le recueil Sirey).
Dauvert.	Jurisprudence des conseils de préfecture.
Décr.	Décret.
Déc. min. fin.	Décision du ministre des Finances.
Déc. min. just.	Décision du ministre de la Justice.
Déc. min. int.	Décision du ministre de l'Intérieur.
Dict.	Dictionnaire.
Fr. jud.	France judiciaire. (Le premier chiffre double [77-78] indique l'année, le second la partie, le troisième la page).
Instr. gén.	Instructions générales de la direction de l'enregistrement.
J. cons.	Journal des conservateurs.
J. enreg.	Journal de l'enregistrement.
J. trib. comm.	Journal des tribunaux de commerce, de Teulet et Camberlin.
L.	Loi.
Leb. chr.	Recueil des arrêts du Conseil d'État (ordre chronologique), fondé par Lebon, continué par MM. Hallays-Dabot et Panhard.
Loc. cit.	*Loco citato.*
Mémor. Comm.	Mémorial du commerce et de l'industrie.
Ord.	Ordonnance.
P.	Journal du Palais. — Lorsque le renvoi comprend trois chiffres, le premier indique l'année; le second (1 ou 2) indique, soit le tome, la collection comprenant deux volumes par année jusqu'en 1856, — soit la partie, chaque volume se trouvant, depuis 1881, divisé en deux parties; le troisième chiffre indique la page; ainsi [P. 53.2.125] signifie : [**Journal du Palais**, année 1853, tome 2, page 125]; — [P. 83.1.464] signifie : [**Journal du Palais**, année 1883, 1re partie, page 464]. Les renvois aux années n'ayant qu'un volume ne comprennent naturellement que deux chiffres. — Depuis 1892, le *Sirey* et le *Journal du Palais* ont une même pagination; ainsi [S. et P. 92.1.78] veut dire : **Sirey** et **Journal du Palais**, année 1892, 1re partie, page 78.
P. *Lois, décr.*, etc.	Collection des lois du Journal du Palais.
P. adm. chr.	Journal du Palais. — Partie administrative (ordre chronologique).
P. Bull. enreg.	Journal du Palais; Bulletin spécial d'enregistrement, 1851-1864.
P. chr.	Collection *chronologique* du *Journal du Palais*, refondue jusqu'en 1835 inclusivement pour la Jurisprudence des Cours et Tribunaux, et continuée pour la Jurisprudence administrative.
Pand. Belg.	Pandectes Belges. — Répertoire alphabétique de la jurisprudence belge, sous la direction de MM. E. Picard et d'Hoffschmidt.
Pasicr.	Pasicrisie Belge. (Mêmes observations que pour le recueil Sirey, sauf pour les premières années, qui ne comportent qu'une pagination).
Rev. alg.	Revue algérienne.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. gén. d'adm.	Revue générale d'administration.
Rev. gén. dr. fr.	Revue générale du droit français.
Rev. prat.	Revue pratique du droit français.
S.	Recueil général des Lois et des Arrêts fondé par J.-B. Sirey. — Le premier chiffre indique l'année, le second la partie, le troisième la page; ainsi [S. 75.1.477] veut dire : [**Sirey**, année 1875, 1re partie, page 477].
S. chr.	Collection du même recueil, refondue jusqu'en 1830 inclusivement par ordre chronologique; chaque arrêt se trouve donc à sa date.
S. *Lois ann.*	Collection des Lois du même recueil.
Sol.	Solution de la régie de l'enregistrement.
Tar. civ.	Tarif civil.
Tar. crim.	Tarif criminel.
Trib. confl.	Tribunal des conflits.
Trib. s. pol.	Tribunal de simple police.

LISTE

des principaux collaborateurs qui ont pris part à la rédaction du présent volume :

MM.

BONNECARÈRE, professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix-Marseille;

BONNEFOY, docteur en droit, greffier en chef du tribunal de simple police de Paris;

G. CHASLUS, sous-chef de bureau au ministère des Finances;

CORNEILLE, auditeur de 1re classe au Conseil d'État;

CROUVÈS, avocat, docteur en droit;

DAVID, docteur en droit;

ET. DELBOY, docteur en droit;

J. DELPECH, professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix-Marseille;

DEMOGUE, professeur agrégé à la Faculté de droit de Lille;

DENISSE, juge d'instruction au tribunal de Gien;

DUPONT, conseiller à la Cour de cassation;

GOULÉ, ancien magistrat, docteur en droit;

J. LAURENTIE, avocat à la Cour d'appel de Paris;

ERNEST LEHR, professeur honoraire de législation comparée à l'Université de Lausanne, attaché-jurisconsulte à l'ambassade de France en Suisse, secrétaire perpétuel honoraire de l'Institut de droit international, correspondant de l'Institut;

L. LE POITTEVIN, docteur en droit, juge d'instruction au tribunal de la Seine;

MAGUÉRO, docteur en droit, directeur de l'enregistrement à Tours;

A. MERIGNHAC, professeur à la Faculté de droit de Toulouse;

L. MERIGNHAC, ancien magistrat, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse;

P. PIC, professeur à la Faculté de droit de Lyon;

EUG. PIERRE, secrétaire général de la présidence de la Chambre des députés;

FR. REY, docteur en droit, chargé de conférences à la Faculté de droit de Paris;

RIBADEAU-DUMAS, ancien magistrat;

ROTUREAU-LAUNAY, avocat à la Cour d'appel de Paris;

TASSAIN, docteur en droit, receveur-rédacteur à la direction de l'Enregistrement de la Nièvre;

H. TAUDIÈRE, professeur à la Faculté libre de droit de Paris;

L. WEIL, avocat à la Cour d'appel de Paris;


IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX
BAR-LE-DUC

RÉPERTOIRE GÉNÉRAL

DU

DROIT FRANÇAIS.

SÉPARATION DES PATRIMOINES.

LÉGISLATION.

C. civ., art. 878 et s., 2111.

BIBLIOGRAPHIE.

Acollas, *Manuel de droit civil*, 1877, 2e éd., 4 vol. in-8°. — Arntz, *Cours de droit civil français*, 1880, 2e éd., 4 vol. in-8°. — André, *Traité pratique du régime hypothécaire*, 1898, 1 vol. in-8°, n. 352 et s., 947 et s., 1882, 2011. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1869-1879, 4e éd., 8 vol. in-8°, t. 6, § 619, p. 471 et s. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1899-1900, 7e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 200, 306 et s., t. 3, n. 1176 et s. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 1899, 2e édit., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1585, 1596, 1626. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité des successions*, 1899, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 3, n. 3102 et s. — Belost-Jolimont et Chabot, *Commentaire sur la loi des successions*, 1848, 2 vol. in-8°, t. 2, sur les art. 878 et s. p. 615 et s. — Berriat-Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code civil*, 1845-1856, 3 vol. in-8°, t. 3, p. 144 et s. — Bioche, *Dictionnaire de procédure civile*, 1867, 5e éd., 6 vol. in-8°, v° *Séparation des patrimoines*. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, 1859, 7 vol. in-8°, t. 3, p. 370 et s., t. 7, p. 294 et s. — Coulon, *Questions de droit*, 1853, 3 vol. in-8°, et 1 vol. de supplément, supplément, n. 127 et s. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1823, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 2, p. 56, 382 et s. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 3, n. 219 et s., t. 9, n. 72 et s. — Demolombe, *Cours de Code civil*, 32 vol. in-8°, t. 17, n. 98 et s. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1848, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 759 et s. — Duranton, *Cours de droit français*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 7, n. 46, 48 et s., 463 et s., t. 9, n. 386 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Séparation des patrimoines*. — Fouët de Conflans, *Esprit de la jurisprudence des successions*, 1842, 1 vol. in-8°, sur l'art. 878 et s., p. 534 et s. — Fréminville (de), *Traité de la minorité et de la tutelle*, 1846, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 395 et s. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, et 2 vol. de suppl. par Griffond, 1900-1903, sur les art. 878 et s., 2111. — Grenier, *Traité des hypothèques*, 1829, 3e éd., 2 vol. in 4°, n. 419 et s. — Guillouard, *Traité des privilèges et hypothèques*, 1897-1899, 4 vol. in-8°, t. 2, n. 452, t. 3, n. 1322 et s., et passim. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 5, p. 405 et s. t. 13, n. 163, 164, 181 et 182. — Hureaux, *Etudes théoriques et pratiques sur le Code civil*, 1847-1853, 3 vol. in 8°, t. 2, n. 241 et s.; — *Traité du droit de succession*, 1863-1868, 5 vol. in-8°, t. 2, n. 96 et s., 130 et s., 277 et s., 487 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8°, t. 10, n. 1 et s. — Le Sellyer, *Commentaire historique et pratique sur le titre des successions*, 1892, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 1676 et s. — Malpel, *Traité élémentaire des successions* ab intestat, 1826, 1 vol. in-8°, n. 217 et s. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 3, sur les art. 878 et s., p. 285 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in 8°, t. 2, § 385, p. 329 et s., et *passim*. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 8 vol. in-4°, v° *Séparation des patrimoines*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in 4°, v° *Séparation des patrimoines*. — Paillet, *Législation et jurisprudence des successions*, 1823, 3 vol. in-8°, t. 3, p. 628 et s. — Persil, *Régime hypothécaire*, 1833, 4e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, p. 268 et s. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 2927 et s., 2961, 3037, 3154, 3165, et t. 3, n. 2169 et s. — Pont, *Commentaire-traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 1876, 3e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, n. 297 et s. — Poujol, *Traité des successions*, 1842, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 301 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in-8°, v° *Séparation des patrimoines*. — Rousseau et Laisney, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile*, 1886-1896, 2e éd., 10 vol. in-8°, v° *Séparation des patrimoines*. — Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-1846, 7 vol. in-8°, t. 7, p. 213 et s. — Thézard, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 1880, 1 vol. in-8°, n. 320 et s. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 237 et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 4, n. 538 et s. — Troplong, *Commentaire du titre des privilèges et hypothèques*, 1854, 5e éd., 4 vol. in-8°, t. 1, n. 323 et s. — Vazeille, *Résumé et conférence des commentaires du Code civil sur les successions, donations et testaments*, 1847, 3 vol. in-8°, t. 1, sur les art. 878 et s., p. 480 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 487 et s.

OUVRAGES SPÉCIAUX. — Aymé, *De la séparation des patrimoines*, 1860, 1 vol. in-8°. — Barafort, *Traité pratique de la séparation des patrimoines*, 1867, 2e éd., 1 vol. in-8°. — Baviera (G.), *Il « commodum separationis » nel diritto romano e moderno*, Bologne, 1901. — Bernard, *De la séparation des patrimoines*, 1852, 1 vol. in 8°. — Bethmont, *De la séparation des patrimoines*, 1855, 1 vol. in-8°. — Blondeau, *Traité de la séparation des patrimoines*, 1840, 1 vol. in-8°. — Boitelle, *Etude sur la séparation des patrimoines*, 1875, 1 vol. in-8°. — Bourdon, *De la séparation des patrimoines*, 1869, 1 vol. in-8°. — Dollinger, *Traité histori-*

[illegible] *de la séparation des patrimoines, en droit romain, dans l'ancien et dans le droit français*, 1865, 1 vol. in-8°. — [illegible], *Traité de la séparation des patrimoines*, 1842, 1 vol. in-8°. — [illegible], *De la séparation des patrimoines*, 1862, 1 vol. in-8°. — [illegible], *De la séparation des patrimoines*, Rennes, 1873, 1 vol. in-8°. — Hedde, *De la séparation des patrimoines*, [illegible], 1 vol. in-8°. — Lambert de Beaulieu, *De la séparation des patrimoines*, 1855, 1 vol. in-8°. — Lefrançois, *De la séparation des patrimoines*, 1867, 1 vol. in-8°. — Lemare, *De la séparation des patrimoines*, 1874, 1 vol. in-8°. — Leséru-rier, *De la séparation des patrimoines*, Caen, 1867, 1 vol. in-8°. — Lulé-Déjardin, *Traité élémentaire de la séparation des patrimoines*, 1857, 1 vol. in-8°. — Masson, *Étude de la séparation des patrimoines*, 1867, 1 vol. in-8°. — [illegible], *De la séparation des patrimoines*, 1870, 1 vol. in-8°. — [illegible], *De la séparation des patrimoines*, 1873, 1 vol. in-8°. — Noirel, *De la séparation des patrimoines en droit romain et en droit français*, 1875, 1 vol. in-8°. — [illegible], *De la séparation des patrimoines*, 1866, 1 vol. in-8°. — [illegible], *De la séparation des patrimoines*, 1868, 1 vol. in-8°. — Rigot, *De la séparation des patrimoines*, 1872, 1 vol. in-8°. — Robakowski, *De la séparation des patrimoines*, 1858, 1 vol. in-8°. — Roger, *De la séparation des patrimoines*, 1858, 1 vol. in-8°. — Roux, *De la séparation des patrimoines*, Dijon, 1872, 1 vol. in-8°. — Sardot, *De la séparation des patrimoines*, Caen, 1861, 1 vol. in-8°. — Souquet, *De la séparation des patrimoines*, 1867, 1 vol. in-8°. — Vasselle, *De la séparation des patrimoines*, 1851, 1 vol. in-8°.

Revues. — *De la séparation des patrimoines; sa raison philosophique; elle n'a trait qu'aux créanciers entre eux et est étrangère à l'héritier; pourquoi les créanciers qui ont eu le défunt pour obligé sont préférés aux créanciers propres de l'héritier; droits des créanciers de la succession sur les biens propres de l'héritier, quand ils ont épuisé les biens héréditaires; s'ils sont primés sur les biens propres de l'héritier par les créanciers de celui-ci; discussion d'une opinion de M. Marcadé* (N. Gaillard) : Rev. crit., 1858, t. 13, p. 193 et s. — *De la nature légale de la séparation des patrimoines. Quelle est, dans le droit français actuel, la nature du droit que donne aux créanciers d'une succession la séparation des patrimoines? Quelle position juridique leur crée-t-elle, soit à l'égard des biens du défunt, soit à l'égard des biens de l'héritier?* (Genty) : Rev. crit., 1858, t. 13, p. 514 et s. — *De la séparation des patrimoines* (Dollinger) : Rev. crit., 1858, t. 13, p. 140 et s.; 1861, t. 19, p. 31 et s., 499 et s.; 1862, t. 21, p. 10 et s., 405 et s.; 1864, t. 25, p. 348 et s.; 1865, t. 26, p. 108 et s. — *La séparation inscrite par un créancier chirographaire s'oppose-t-elle à la division de la dette entre les cohéritiers vis-à-vis de ce créancier?* (Nicolas) : Rev. crit., 1872-1873, 2e série, t. 2, p. 662 et s. — *La séparation des patrimoines est-elle divisible ou indivisible?* (Lebret) : Rev. crit., 1881, 1re série, t. 10, p. 675 et s. — *Séparation des patrimoines. Inscription. Réduction. Examen doctrinal* (Massigli) : Rev. crit., 1887, 2e série, t. 16, p. 362 et s. — *De la situation des créanciers héréditaires dépourvus de titre, au point de vue de la séparation des patrimoines* (Wahl) : Rev. crit., 1895, 2e série, t. 24, p. 657 et s. — *Etude historique et critique sur la séparation des patrimoines* (Hureaux) : Rev. de dr. fr. et ét., t. 13, p. 417 et s., 497 et s. — *Esquisse d'une théorie sur la séparation des patrimoines* (Cabantous) : Rev. de législ., 1836, t. 4, p. 29 et s. — *Traité de la transmission de propriété et des privilèges sur les immeubles. Du privilège du créancier du défunt, vulgairement appelé la séparation des patrimoines* (Hureaux) : Rev. prat., 1873, t. 36, p. 525 et s.; 1874, t. 37, p. 51 et s., 253 et s., 368 et s. — *Succession bénéficiaire. Quels sont les droits des créanciers héréditaires sur les biens d'une succession administrée bénéficiairement? L'administration bénéficiaire engendre-t-elle la séparation des patrimoines?* (Boitelle) : Rev. prat., 1875, t. 40, p. 512 et s. — *Les créanciers d'une succession acceptée purement et simplement ont-ils un droit de préférence sur le prix des immeubles héréditaires vendus par l'héritier avant qu'ils aient pris sur eux leur inscription? Peuvent-ils exercer un droit de préférence sur le prix des meubles de la succession?* (Boitelle) : Rev. prat., 1876, t. 41, p. 374 et s. — *De la séparation des patrimoines et de la confusion légale* (Boitelle) : Rev. prat., 1881, t. 49, p. 363 et s.

V. aussi *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, [illegible].

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1. — L'action en séparation des patrimoines est fondée sur cette idée que l'héritier qui succède à tous les droits du défunt ne saurait prendre les biens de la succession qu'à la charge de payer les dettes dont elle est grevée. *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Les créanciers de la succession doivent, dès lors, être payés sur les biens qui étaient leur gage; et, par les obligations qu'il contracterait, l'héritier ne peut porter préjudice à leurs droits acquis : or c'est ce qui arriverait si les biens de la succession et les biens personnels de l'héritier étaient confondus. Le préjudice existerait surtout pour les créanciers simplement chirographaires du défunt, puisqu'ils auraient à souffrir le concours des créanciers chirographaires de l'héritier sur le prix des biens héréditaires, et qu'ils pourraient même se voir entièrement primés par des hypothèques prises contre cet héritier. On peut donc donner de la séparation des patrimoines la définition suivante : la séparation des patrimoines est un bénéfice accordé aux créanciers du défunt, qui a pour objet d'empêcher la confusion du patrimoine et des dettes d'une succession avec le patrimoine et les dettes de l'héritier, afin que les créanciers de la succession puissent, sur les biens la composant, comme si leur débiteur était encore en vie, se faire payer avant les créanciers de l'héritier et par préférence à ces derniers.

2. — On n'est pas d'accord sur la nature du bénéfice de la séparation des patrimoines. D'après la doctrine qui domine en jurisprudence, la séparation des patrimoines constitue un véritable privilège, avec tous les avantages attachés par la loi aux créances privilégiées, privilège comportant donc et un droit de préférence, et un droit de suite. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 779.

3. — D'après une opinion contraire, le droit de demander la séparation des patrimoines ne constitue pas un privilège proprement dit; le mot privilège dont se sert la loi est une expression impropre : il y a là un droit *sui generis* limité et restreint dans ses effets, qui ne saurait engendrer notamment le droit de suite. — Bordeaux, 19 févr. 1896 (motifs), Courpon, [S. et P. 96.2.27, D. 96.2.276] — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 778.

4. — La séparation des patrimoines est d'ordre public, du moins à l'égard des créanciers ; et dès lors, le défunt ne saurait priver ces derniers du droit de la demander. — Le Sellyer, t. 3, n. 1685; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. des successions*, 2e éd., t. 3, n. 311[illegible].

5. — Elle est également d'ordre public à l'égard des légataires, qui, pas plus que les créanciers, ne peuvent être privés de son bénéfice par la volonté du défunt. Jugé que le légataire d'une rente viagère peut, au décès de l'héritier ou légataire universel chargé du service de cette rente, demander la séparation des patrimoines, et par suite, faire procéder, à ses propres frais, à l'inventaire de la succession, alors même que l'héritier ou légataire universel n'aurait pas de créanciers connus. Il n'importe que l'héritier ou légataire universel ait été dispensé par le testateur de fournir aucune garantie. — Paris, 28 avr. 1865, Lamarret, [S. 66.2.49, P. 66.219, D. 67.2.156] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* — *Contrà*, Le Sellyer, *loc. cit.*; Barafort, n. 29.

6. — La séparation des patrimoines, qui a pour objet d'empêcher que les biens d'une succession ne soient confondus avec ceux de l'héritier, afin que les créanciers du défunt et ses légataires soient payés sur les biens qu'il a laissés, de préférence aux créanciers personnels de l'héritier, touche au fond du droit de ces créanciers ou légataires. Et par suite, le droit de la demander est réglé par les lois existantes à l'époque de l'ouverture de la succession, et non par celles existantes au moment où le droit est exercé. — V. *suprà*, v° *Lois et décrets*, n. 900.

7. — Il en résulte que les créanciers d'une succession ouverte avant le Code civil peuvent demander aujourd'hui la séparation des patrimoines, quoiqu'ils n'aient pris aucune inscription pour la conservation de leur droit. — Cass., 8 mai 1811, Parant, [S. et P. chr.]; — 17 avr. 1827, Dupré, [S. et P. chr.]; — 3 mars 1835, Caille, [S. 35.1.161, P. 35.2.241] — Bordeaux, 14 juill. 1836, Dupuy, [S. 37.2.222, P. 37.2.506] — *Sic*, Toullier, t. 4, n. 542; Vazeille, *Prescription*, t. 2, n. 807; Grenier, *Hypotheque*, t. 2, n. 434; Fouët de Conflans, *Esprit de la jurisprudence*, sur l'art. 878, n. 1; Troplong, *Hypotheque*, t. 1, n. 328. —V. cep. *suprà*, v° *Lois et décrets*, n. 901.

8. — Pour demander en justice la séparation des patrimoines, il faut avoir la capacité requise à l'effet d'introduire une demande soit mobilière, soit immobilière, suivant que la succession comprend soit des meubles, soit des immeubles, ou tout à la fois des meubles et des immeubles. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2e éd., t. 3, n. 3120.

9. — Mais la séparation des patrimoines peut être amiablement demandée et obtenue ; dans ce cas, la capacité nécessaire pour procéder aux actes conservatoires est suffisante. Ainsi, il a été jugé qu'un maire et le trésorier d'une fabrique peuvent, à titre de mesure conservatoire, et sans avoir encore été autorisés à accepter un legs, obtenir amiablement la séparation du patrimoine mobilier du *de cujus* d'avec celui de son légataire général et universel. — Toulouse, 21 mars 1895, sous Cass., 30 mars 1897, Castans, [S. et P. 98.1.181, D. 98.1.153]

CHAPITRE II.

DANS QUELS CAS SE PRODUIT LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

SECTION I.

Dans quels cas peut être demandée la séparation des patrimoines.

10. — En principe, le droit de demander la séparation des patrimoines n'existe qu'à la suite de l'ouverture d'une succession. Toutefois, il a été jugé que la démission de biens faite par un père au profit de ses enfants donne aux créanciers du démettant, de même que l'ouverture de succession, le droit de demander la séparation des patrimoines. — Bordeaux, 14 juill. 1836, précité.

11. — La vente de ses droits successifs faite par un héritier n'est pas un obstacle à ce que les créanciers du défunt puissent demander la séparation des patrimoines. — Lyon, 17 nov. 1850, Chevalier, [S. 51.2.315, P. 51.2.607] — *Sic*, Vazeille, sur l'art. 880, n. 6. — *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 178.

12. — Mais le cessionnaire de droits successifs ne saurait, en aucun cas, être assimilé aux successeurs visés par l'art. 2111, C. civ. Dès lors, la séparation des patrimoines ne peut être demandée contre les créanciers de celui qui a réuni entre ses mains, non comme héritier, mais à titre de donataire et d'acquéreur, la généralité des biens héréditaires. — Grenoble, 9 mars 1831, Mounier, [P. chr.] — *Sic*, Delvincourt, t. 2, p. 178; Duranton, t. 7, n. 491; Demolombe, t. 17, n. 127; Laurent, t. 10, n. 13; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 29, p. 480; [illegible] de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 75. — *Contrà*, Lyon, 17 nov. 1850, précité. — Vazeille, *loc. cit.*; Barafort,

n. 45; Dubreuil, *Séparation des patrimoines*, ch. 8, § 7, n. 9; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, p. 331, note 8.

13. — De même, la séparation des patrimoines ne peut être demandée par les créanciers d'un simple donateur entre-vifs contre le donataire. — Bordeaux, 3 août 1832, Trigant, [P. chr.]

14. — Sur le point de savoir si la séparation des patrimoines peut être demandée par le créancier de la communauté aussi bien que par celui d'une succession, V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 2326 et s.

15. — Il a été jugé que les créanciers d'une femme mariée sous le régime dotal, mais qui s'est réservé par son contrat de mariage la faculté d'aliéner ses biens dotaux et de prendre tels engagements que bon lui semblerait, peuvent, après le décès de leur débitrice, demander la séparation des patrimoines contre ses héritiers, et prendre inscription sur les biens dotaux conformément à l'art. 2111, C. civ. — Cass., 13 déc. 1853 (sol. impl.), Bertrand, [S. 54.1.17, P. 55.2.332, D. 54.1.329] — V. *suprà*, v° *Dot*, n. 1397 et s.

SECTION II.

Dans quels cas la séparation des patrimoines a lieu de plein droit.

16. — Il est des cas où la séparation des patrimoines se produit de plein droit; et, dans ces cas, elle est acquise sans qu'il soit nécessaire de remplir les formalités auxquelles le législateur l'a soumise. Cette solution est généralement admise dans certaines hypothèses, tandis que dans d'autres, elle est plus contestée. Nous allons successivement examiner chacune d'elles.

§ 1. *Succession bénéficiaire.*

17. — Nous avons exposé *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 367 et s., l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur le point de savoir si la séparation des patrimoines résulte du seul fait que l'héritier a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire et sur les différentes questions qui s'y rattachent. Nous nous bornerons donc ici à indiquer quelques solutions, soit de principe, soit d'espèces.

18. — C'est un point aujourd'hui certain en jurisprudence et en doctrine, que l'acceptation bénéficiaire d'une succession entraîne de plein droit, au profit des créanciers de la succession, la séparation des patrimoines, sans qu'il soit nécessaire que ces créanciers remplissent les formalités prescrites par l'art. 878, C. civ. — V. Cass., 25 août 1858, Châtel, [S. 59.1.65, P. 59.801, D. 58.1.358] — Agen, 29 mars 1838, Laroque, [P. 40.2.319] — Lyon, 20 déc. 1855, Poulard, [S. 57.2.289, P. 57.712] — Paris, 23 avr. 1885, [*Gaz. Pal.*, 85.1.739] — Pau, 10 janv. 1887, Claverie, [D. 87.2.173] — Douai, 17 mai 1890, Femme Duthoit, [D. 91.2.93] — V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 372 et s.

19. — Il n'y a d'ailleurs, quant à l'application de ce principe, aucune distinction à faire entre le cas d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire spontanée, et celui où l'héritier étant mineur, le bénéfice d'inventaire lui est acquis de plein droit (V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 385 et s.). Jugé à cet égard que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire par suite de l'état de minorité des héritiers, entraînant de plein droit la séparation des patrimoines entre les biens dépendant de la succession et les biens personnels des héritiers, la veuve créancière de son mari pour le montant de ses reprises peut, à ce titre, et en vertu tant du jugement homologatif de la liquidation desdites reprises que de son hypothèque légale, poursuivre son paiement par voie d'expropriation sur les immeubles de la succession. — Besançon, 30 nov. 1859, Vertey, [P. 60.95]

20. — Et ce droit de la femme ne peut recevoir aucune atteinte de la faillite de l'un des héritiers, survenue postérieurement à l'ouverture de la succession et depuis la demande en liquidation et partage de la communauté; l'art. 571, C. comm., qui défend l'expropriation des biens du failli par ses créanciers non hypothécaires, n'étant applicable que lorsqu'il s'agit des créanciers du failli et des biens de celui-ci, mais non au cas de créanciers étrangers à la faillite exerçant leurs droits sur des immeubles auxquels cette faillite ne peut actuellement prétendre. — Même arrêt.

21. — Suivant l'opinion dominante, l'acceptation faite bénéficiairement par un seul des héritiers entraîne la séparation des patrimoines d'une manière absolue, même à l'égard de ceux des héritiers qui auraient accepté purement et simplement. — Bordeaux, 6 janv. 1898, Roland, [S. et P. 98.2.189] — V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 389 et s.

22. — La jurisprudence décide également, et d'une façon absolue, que la déchéance du bénéfice d'inventaire ne porte aucune atteinte à la séparation des patrimoines résultant de l'acceptation bénéficiaire. — Grenoble, 26 déc. 1891, Verson, [S. et P. 93.2.33, D. 92.2.279] — V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 377 et s.

23. — Il a été jugé, par suite, que le donataire à titre particulier, devenu héritier sous bénéfice d'inventaire du donateur, n'a pu, en faisant ensuite acte d'héritier pur et simple, opérer la confusion des patrimoines que le bénéfice d'inventaire avait eu pour effet de prévenir, de manière à priver les créanciers du donateur de la faculté d'exercer les droits et actions de celui-ci, et spécialement de demander la révocation de la donation pour inexécution des conditions sous lesquelles elle avait été faite. — Cass., 29 juin 1853, Gonnot, [S. 53.1.721, P. 55.1.135, D. 53.1.282]

24. — ... Que la cession d'une créance héréditaire consentie par l'héritier bénéficiaire déchu du bénéfice d'inventaire, ne peut être opposée aux légataires particuliers de cette créance, alors surtout que l'héritier bénéficiaire les connaissait, et qu'antérieurement à la cession ceux-ci avaient formé opposition, pour la conservation de leurs droits, entre les mains du débiteur de la créance cédée. — Cass., 8 juin 1863, Villa, [S. 63.1.379, P. 63.1030, D. 63.1.273]

25. — ... Que la séparation continuant de subsister, alors même que, plus tard, l'héritier bénéficiaire deviendrait héritier pur et simple, le légataire d'un corps certain ne peut réclamer la délivrance de son legs au préjudice des droits d'un créancier qui a obtenu un jugement contre l'héritier bénéficiaire; qu'une pareille condamnation équivaudrait à une opposition de la part du créancier. Par suite, ce créancier est fondé à former tierce opposition au jugement qui a ordonné la délivrance dudit legs. — Cass., 11 janv. 1882, Wion, [S. 84.1.317, P. 84.1.790, D. 82.1.

26. — Mais certains auteurs se refusent à admettre l'opinion de la jurisprudence dans sa généralité, et enseignent que la séparation des patrimoines cesse par la renonciation volontaire du bénéficiaire à son privilège. — V. Huc, t. 5, n. 425; Vigié, t. 2, n. 495; Le Sellyer, t. 3, n. 1181; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2ᵉ éd., t. 3, n. 3105; Thiry, t. 2, n. 239. — V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 369, 375.

27. — Si l'on adopte cette dernière opinion, il va de soi que, malgré l'acceptation bénéficiaire, les créanciers sont néanmoins recevables à demander la séparation des patrimoines, pour s'en assurer le bénéfice au cas où l'héritier viendrait à être déchu du bénéfice d'inventaire (V. en ce sens, Huc, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*). A l'inverse, si l'on accepte l'opinion consacrée par la jurisprudence, et d'après laquelle la séparation des patrimoines résultant de l'acceptation bénéficiaire survit à la déchéance du bénéfice d'inventaire, faut-il en conclure que les créanciers seront non recevables, faute d'intérêt, à demander la séparation des patrimoines? On pourrait le penser; toutefois, MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (*loc. cit.*) estiment que la demande de séparation des patrimoines n'est pas dénuée d'intérêt, et qu'elle est, par cela même, recevable. « Il nous semble, disent ces auteurs, qu'on ne peut refuser aux créanciers l'accomplissement d'une formalité qu'ils jugent, même à tort, utile à leurs intérêts. Du reste, le système de la jurisprudence, étant très combattu, est susceptible d'un revirement, et on ne peut reprocher aux créanciers de se mettre en garde contre ce revirement ».

28. — La recevabilité de la demande de séparation des patrimoines a été admise dans une espèce où plusieurs des héritiers avaient accepté purement et simplement. Il a été, en effet, jugé que, si l'acceptation bénéficiaire d'une succession entraîne de plein droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession, alors même que plusieurs des héritiers ont accepté purement et simplement, les créanciers ont néanmoins le droit de demander, en ce cas, la séparation des patrimoines, et que les juges ne peuvent déclarer leur demande irrecevable. — Bordeaux, 6 janv. 1898, précité.

29. — Jugé, d'autre part, d'une manière générale, que les créanciers d'une succession peuvent demander la séparation des patrimoines contre l'héritier, bien qu'il ait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, s'ils ne trouvent pas dans la personne et dans la position de fortune de l'héritier des garanties suffisantes pour la conservation de leurs droits. — Lyon, 24 juill. 1835, Lacour, [S. 36.2.464, P. chr.]

§ 2. *Succession vacante.*

30. — La séparation des patrimoines a lieu de plein droit au cas de succession vacante. — Amiens, 11 juin 1853, Fo[illegible], [S. [illegible], P. [illegible], D. [illegible]] — *Sic*, T[illegible], *Hyp.*, t. [illegible], n. 651; Blondeau, n. 503; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 508; Demolombe, t. 15, n. 458; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 2, n. 1962, t. 3, n. 3110.

31. — Et le bénéfice de la séparation des patrimoines, une fois acquis de plein droit, subsiste, quand même la vacance de la succession viendrait à cesser par la survenance d'héritiers acceptants. — B[illegible], *loc. cit.*; [illegible], t. 2, n. [illegible], et *Rev. prat.*, t. 37, 1874, p. 411, n. 426. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 78, p. 508; [illegible], *De la dévolution*, p. 183; Le Sellyer, t. 2, n. 1054. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3110.

§ 3. *Faillite.*

32. — Sur le point de savoir si la faillite du *de cujus* entraîne de plein droit la séparation des patrimoines, au profit de ses créanciers, il a été jugé que la faillite d'un commerçant, déclarée après son décès, a pour effet d'assurer à ses créanciers un droit de gage exclusif sur tous les biens qu'il a laissés. Et ce droit subsiste sur les immeubles de la succession, même à l'encontre des créanciers hypothécaires de l'héritier régulièrement inscrits sur ces immeubles, sans que les créanciers du défunt soient tenus de demander la séparation des patrimoines, ni de prendre l'inscription prescrite par l'art. 2111, C. civ. — Douai, 24 déc. 1877, Syndic. Chevalier-Métayer, [S. 80.2.260, P. 80.984, D. 78. 2.149] — *Sic*, Hureaux, *Rev. prat.*, t. 37, 1874, p. 413, n. 420; Esnault, *Faill. et banq.*, t. 2, n. 351; Dollinger, *Sépar. des patrim.*, n. 125; Demangeat de Santerre, t. 9, n. 120 *bis* VIII; Boistel, *Précis de droit comm.*, n. 918. — Mais cette opinion n'est pas unanimement admise. — V. d'ailleurs, *suprà*, v° *Faillite*, n. 101, et *infrà*, n. 157 et s.

CHAPITRE III.

PAR QUI ET CONTRE QUI LA SÉPARATION DES PATRIMOINES PEUT ÊTRE DEMANDÉE.

SECTION I.

Par qui la séparation des patrimoines peut être demandée.

33. — La séparation des patrimoines peut être demandée en premier lieu par les créanciers de la succession. Leur droit est formellement consacré à cet égard par l'art. 878, C. civ., ainsi conçu : « Ils peuvent demander dans tous les cas et contre tout créancier la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. » En second lieu, la séparation des patrimoines peut être demandée par les légataires. Sans doute, l'art. 878 ne les vise pas; mais l'art. 2111 les désigne, en même temps que les créanciers, comme pouvant former la demande. Nous allons nous occuper successivement des uns et des autres.

§ 1. *Créanciers héréditaires.*

34. — La disposition de l'art. 878 est générale; elle autorise donc tous les créanciers héréditaires sans exception à demander la séparation des patrimoines et à prendre, par suite, l'inscription prescrite par l'art. 2111. Ce principe est admis par tout le monde. Mais, précisons-le bien, il ne s'agit ici que des créanciers de la succession. Quant aux créanciers personnels de l'héritier, ils n'ont aucun droit à cet égard, ainsi que le déclare formellement d'ailleurs, l'art. 881, C. civ., dans les termes suivants : « Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession ». Si l'héritier avait accepté une succession entièrement mauvaise et dans l'intention évidente de frustrer ses créanciers personnels, ceux-ci auraient, sinon le remède de la séparation, au moins l'action révocatoire contre l'acceptation. — Chabot, sur l'art. 881, n. 2; Grenier, *Hypothèque*, n. 425; Duranton, t. 7, n. 503; Malpel, n. 220; Delaporte, *Pand. franç.*, t. 3, p. 390; Vazeille, sur l'art. 881, n. 1; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 14; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3117; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

35. — Tous les créanciers héréditaires, disons-nous, ont le droit de demander la séparation des patrimoines. Donc ce droit appartient aussi bien aux créanciers à terme, qu'aux créanciers dont le droit est actuellement exigible. — Lyon, 24 juill. 1835, précité. — Orléans, 15 juin 1861, Debray et Girard-Caillet, en sous-note sous Cass., 2 févr. 1885, Brouillat, [S. 86.1.57, P. 86.1.126, D. 61.2.151] — Trib. Rochefort, 27 déc. 1881, sous Cass., 2 févr. 1885, Brouillat, [S. et P., *ibid.*, D. 85.1.286] — Trib. Lyon, 22 juin 1887, [*Mon. jud. Lyon*, 9 sept. 1887] — Trib. Bordeaux, 19 juin 1894, [*Rec. Bordeaux*, 95.2.35] — Liège, 17 mars 1869, [*Pasicr.* 69.2.124] — *Sic*, Chabot, sur l'art. 878, n. 4; Merlin, *Rép.*, v° *Séparation des patrimoines*, § 2, n. 2; Poujol, sur l'art. 878, n. 2; Vazeille, sur l'art. 878, n. 1; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 7; Fouët de Conflans, sur l'art. 878, n. 4; Dufresne, *Séparation des patrimoines*, n. 22; Masson, *ibid.*, n. 15; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 471; Demolombe, t. 17, n. 106; Laurent, t. 10, n. 7; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 307; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3111; Vigié, t. 2, n. 447; Huc, t. 5, n. 410; Le Sellyer, t. 3, n. 1698; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

36. — Jugé, en ce sens, que le créancier porteur d'un titre sous seing privé non échu à l'époque de l'ouverture de la succession de son débiteur peut former une demande en séparation de patrimoines contre l'héritier de ce dernier, comme si la créance était exigible. C'est là un acte conservatoire auquel on ne peut appliquer la disposition de l'art. 1, L. 3 sept. 1807, qui défend de prendre une inscription hypothécaire en vertu d'un titre non échu. — Lyon, 24 juill. 1835, précité.

37. — ... Et que, lorsqu'un créancier au profit duquel des billets ont été souscrits a fait timbrer et enregistrer ces billets avant leur échéance, pour exercer une action conservatoire en séparation de patrimoines contre la succession de son débiteur, les frais de timbre et l'amende encourue doivent lui être actuellement remboursés par les héritiers; quant aux frais d'enregistrement, le remboursement ne lui en est dû qu'autant que les héritiers ne paieraient pas les billets à l'échéance. — Même arrêt.

38. — Non seulement la séparation des patrimoines peut être demandée par les créanciers à terme, mais elle peut l'être même par les créanciers conditionnels ou éventuels. — Orléans, 15 juin 1861, précité. — Bordeaux, 6 mai 1897, Hérit. Duran et autres, [S. et P. 99.2.310, D. 97.2.495] — Douai, 2 janv. 1903, Chocqueel, [J. *Le Droit*, 8 nov. 1903] — Trib. Rochefort, 27 déc. 1881, précité. — *Sic*, Chabot, *loc. cit.*; Merlin, *loc. cit.*; Poujol, *loc. cit.*; Rolland de Villargues, *loc. cit.*; Fouët de Conflans, *loc. cit.*; Dufresne, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*; Vigié, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Le Sellyer, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

39. — Ainsi jugé que la séparation des patrimoines peut être demandée par un créancier à terme ou conditionnel aussi bien que par un créancier pur et simple. — Bordeaux, 6 mai 1897, précité.

40. — Spécialement, le bailleur, par la mise en possession du preneur, devenant créancier à terme ou sous condition des loyers à échoir pendant la durée du bail, a qualité pour demander, après l'ouverture de la succession du preneur, la séparation des patrimoines. — Même arrêt.

41. — Il importerait peu que la créance à raison de laquelle est demandée la séparation des patrimoines, et non contestée d'ailleurs par l'héritier qui en discutait seulement le montant (dans l'espèce, la créance d'un notaire pour frais et honoraires), ne fût pas liquidée. — Cass., 2 févr. 1885, précité.

42. — Toutefois, un jugement préparatoire ne reconnaissant aucun droit de créance en faveur du demandeur, ne peut servir de base à une demande en séparation de patrimoines. — Cass., 22 févr. 1864, Foureau, [S. 64.1.418, P. 64.1105, D. 64.1.276]

43. — La séparation des patrimoines peut être demandée par les créanciers porteurs d'un titre sous seing privé aussi bien que par ceux qui sont munis d'un titre authentique. — Lyon, 24 juill. 1835, Lacour, [S. 36.2.464, P. chr.] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 471, note 3; Huc, *loc. cit.*; Vigié, *loc. cit.*; Demolombe, t. 17, n. 106; Le Sellyer, t. 3, n. 1680; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3111; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

44. — ... Et même par un créancier dont la créance n'est constatée par aucun titre. — Trib. Rochefort, 27 déc. 1881, précité. — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 492; Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et notes 3 et 39, p. 471 et 483; Dufresne, n. 8; Barafort, n. 18 et s.; Masson, n. 11 et s.; Baudry-Lacanti-

nerie et Wahl, t. 3, n. 3111; Huc, *loc. cit.*; Le Sellyer, *loc. cit.* — V. dans le même sens, Orléans, 12 août 1840, [D. *Rép.*, v° *Succession*, n. 1481] — Toulouse, 6 mars 1884, Frères de Paradis, [D. 85.2.145]

45. — Jugé que le bénéfice de la séparation des patrimoines, qui est établi par la loi en faveur de tous les créanciers du défunt sans exception, pouvant être invoqué par les créanciers porteurs d'un titre sous seing privé aussi bien que par ceux qui sont munis d'un titre exécutoire, et même par les créanciers qui n'ont pas de titre, le créancier de la succession peut, même sans titre, et sur la seule affirmation de sa créance, sauf à la prouver plus tard, requérir l'inscription du privilège de séparation des patrimoines sur les immeubles de la succession. — Agen, 18 juill. 1894, Régal, [S. et P. 95.2.177, D. 95.2.217]

46. — Et le créancier dépourvu de titre ne saurait être astreint à se pourvoir, pour prendre l'inscription du privilège de séparation des patrimoines, de l'autorisation du juge. — Même arrêt.

47. — La séparation des patrimoines peut, également, être demandée par les créanciers, même hypothécaires, de la succession. On ne pourrait leur refuser le droit d'exercer la séparation, sous le prétexte que leurs hypothèques, antérieures à l'ouverture de la succession, seraient suffisantes pour leur donner la priorité sur les créanciers de l'héritier. Car, outre que la loi ne distingue pas, il peut se faire que les créanciers du défunt ne trouvent, dans les hypothèques spéciales qui leur auraient été seulement conférées, qu'un gage véritablement insuffisant; il pourrait arriver, surtout, que les hypothèques de ces créanciers fussent primées par des hypothèques générales, judiciaires ou légales, existant contre l'héritier. — Trib. Rochefort, 27 déc. 1881, sous Cass., 2 févr. 1885, Brouillat, [S. 86.1.57, P. 86.1.126, D. 85.1.286] — Liège, 17 mars 1869, [*Pasicr.*, 69.2.124] — Cour de just. Genève, 12 avr. 1886, Stouvenel, [S. 87.4.25, P. 87.2.33, D. 87.4.31] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparation des patrimoines*, § 2, n. 4; Vazeille, sur l'art. 878, n. 1; Malpel, n. 217; Fouet de Conflans, sur l'art. 878, n. 3; de Fréminville, t. 1, n. 399; Blondeau, p. 491, note 1; Masson, n. 13; Grenier, t. 2, n. 420; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 5; Chabot, t. 2, sur l'art. 878, n. 4; Toullier, t. 4, n. 539; Duranton, t. 7, n. 470; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 3, p. 329; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et notes 3 et 4, p. 471; Demolombe, t. 17, n. 107; Dufresne, n. 9 et s.; Barafort, n. 18; Dollinger, n. 47; Laurent, t. 10, n. 7; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 292; Thiry, t. 2, n. 238; Rousseau et Laisney, v° *Ordre et contribution*, chap. 2, n. 467; Huc, *loc. cit.*; Vigié, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3115; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

48. — Jugé toutefois que les art. 878 et 2111, C. civ., sur la séparation des patrimoines, ne doivent s'appliquer qu'aux créanciers chirographaires du défunt, et à ceux qui, ayant hypothèque, ont négligé de l'inscrire ou n'ont pas renouvelé leurs inscriptions en temps utile. — Pau, 30 juin 1830 (motifs), Gros, [S. et P. chr.]

49. — Dans le même ordre d'idées, le droit de demander la séparation des patrimoines appartient au créancier dont la créance est garantie par une caution. — Demolombe, t. 17, n. 107; Barafort, n. 22; Masson, n. 14; Le Sellyer, t. 3, n. 1679; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3115.

50. — Tout créancier pouvant demander la séparation des patrimoines, ce bénéfice demeure ouvert à celui vis-à-vis duquel le défunt n'était engagé que comme caution. Ainsi, lorsque le débiteur principal d'une créance devient l'héritier de celui qui l'a cautionné, il s'opère en lui une confusion qui éteint l'obligation accessoire du cautionnement et ne laisse plus subsister que l'obligation principale. Mais cette confusion ne peut faire perdre au créancier les droits qui lui étaient acquis au moment du décès du fidéjusseur, en vertu du cautionnement. En conséquence, la séparation du patrimoine de la caution d'avec celui de ce débiteur principal, peut être demandée par le créancier. — Douai, 2 janv. 1903, Chocqueel, [J. *Le Droit*, 8 nov. 1903] — Domat, liv. 3, tit. 2, sect. 1; Chabot, sur l'art. 878, n. 6; Delvincourt, t. 2, note 4, p. 56; Duranton, t. 7, n. 474; Vazeille, sur l'art. 878, n. 3; Dufresne, n. 14; Barafort, n. 25; Masson, n. 19; Dollinger, n. 49; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 9; Troplong, *Tr. du caut.*, n. 230; Pont, *Traité des petits contrats*, t. 2, n. 148; Boitelle, *Revue pratique*, t. 49, p. 369; Demolombe, t. 17, n. 149; Le Sellyer, t. 3, n. 1695; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 13, p. 474; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3111. — *Contrà*, Ponsot, *Tr. du caut.*, n. 174.

51. — Ce qui vient d'être dit du cas où le débiteur principal hérite de la caution s'applique à plus forte raison au cas où c'est la caution qui hérite du débiteur principal; car si la confusion des deux qualités en la même personne éteint l'un des deux engagements, ce ne peut être que celui du fidéjusseur; l'obligation principale, inhérente à la personne de l'héritier, n'en peut être altérée. — Mêmes auteurs.

52. — Celui qui est à la fois créancier du défunt et de son héritier peut, après avoir dirigé contre ce dernier des poursuites infructueuses, demander la séparation des patrimoines, sans qu'on puisse lui opposer qu'il a fait novation à sa créance en acceptant l'héritier pour débiteur. Du moins, l'arrêt qui juge, par appréciation des actes, qu'il n'y a pas novation ne viole aucune loi. — Cass., 22 juin 1841, Delente, [S. 41.1.723, P. 41.2.339]

53. — Le créancier du défunt, qui se trouve être en même temps l'un de ses héritiers, peut demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de ses cohéritiers, pour les portions auxquelles il ne succède pas. En ce cas la confusion ne s'opère en lui que pour la portion de créance dont il est tenu comme héritier (C. civ., art. 873). — Pothier, *Successions*, chap. 5, art. 4; Toullier, t. 4, n. 539; Chabot, sur l'art. 878, n. 5; Grenier, *Hypoth.*, t. 2, n. 436; Duranton, t. 7, n. 472; Vazeille, sur l'art. 878, n. 2; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 3, p. 330; Dufresne, n. 13; Masson, n. 21; Barafort, n. 24 et 138; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 472; Demolombe, t. 17, n. 111; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-IV; Laurent, t. 10, n. 8; Huc, t. 5, n. 410; Vigié, t. 2, n. 447, note; Le Sellyer, t. 3, n. 1698; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3116.

54. — Les créanciers d'une succession n'ont point pour débiteur celui qui l'a administrée; ils ne sont donc pas admis à demander la séparation des patrimoines à l'égard de sa propre succession. Jugé, en effet, que la séparation des patrimoines ne peut être demandée et, par suite, l'inscription autorisée par l'art. 2111, C. civ., ne peut être prise que par les créanciers directs du défunt et sur les biens laissés par celui-ci. Or, comme celui qui a administré une succession bénéficiaire en qualité de tuteur des héritiers du défunt n'est pas devenu le débiteur direct de son compte de gestion envers cette succession, et qu'il ne doit ce compte qu'à ses pupilles, il s'ensuit que le curateur à la succession bénéficiaire n'est pas recevable à demander la séparation du patrimoine du tuteur décédé, d'avec celui de ses héritiers, ni à prendre sur ses immeubles l'inscription autorisée par l'art. 2111, C. civ. — Orléans, 22 déc. 1848, Salomon, [P. 49.1.84, D. 49.2.109]

55. — Peu importe, d'ailleurs, la nature de la créance, en vertu de laquelle est demandée la séparation des patrimoines, pourvu qu'elle soit justifiée. — Demolombe, t. 17, n. 105; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 471; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3114. — Ainsi, les créanciers de rentes perpétuelles ou viagères dues par le défunt ont le droit de demander la séparation des patrimoines. — Demolombe, t. 17, n. 109; Barafort, n. 20; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

56. — De même, le Trésor public a cette faculté pour le paiement des droits de mutation auxquels donne lieu l'ouverture de la succession. — Trib. Grasse, 9 juin 1890, [*Gaz. des Trib.*, 20 juill. 1890] — *Sic*, Demante, *Princ. de l'enreg.*, t. 2, n. 673; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3114. — Faisons remarquer du reste qu'il y a controverse sur le point de savoir si les droits dont il s'agit constituent une véritable créance contre la succession. — V. Albert Wahl, *Etude sur le privilège du Trésor en matière de droit de mutation par décès*, n. 30. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. 2, n. 1267 et 1268. — V. *infrà*, v° *Succession*.

57. — L'art. 878 n'autorisant la séparation des patrimoines qu'en faveur des créanciers de la succession, les héritiers eux-mêmes ne sont pas admis à la demander; ils ont d'ailleurs pour eux le bénéfice d'inventaire. — Trib. Amiens, 11 avr. 1895, [*Rec. Amiens*, 96.29] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3117. — Nous avons vu cependant *suprà*, n. 53, que l'héritier qui est en même temps créancier de la succession peut en cette qualité recourir à la séparation des patrimoines.

§ 2. *Légataires.*

58. — Comme les créanciers, les légataires particuliers du défunt ont le droit de demander la séparation des patrimoines;

s'ils n'ont pas ce droit en vertu de l'art. 878 qui ne les vise pas, ils le puisent dans l'art. 2111 qui les désigne formellement. — Cass., 16 août 1869, Vibert, [S. 69.1.417, P. 69.1081, D. 69.1.463] — Agen, 11 juin 1809, Lavignan, [S. et P. chr.] — Paris, 31 janv. 1852, Courtois, [S. 52.2.604, P. 53.1.618, D. 53.2.33]; — 28 avr. 1865, Lamarret, [S. 66.2.49, P. 66.219, D. 67.2.156]; — 14 août 1867, Vibert, sous Cass., 16 août 1869, précité. — Lyon, 1er mai 1888, [Gaz. Pal., 88.2.45] — Toulouse, 5 juin 1889 [illegible], [S. 91.2.117, P. 91.1.690] — Lyon, 6 juill. 1892, [illegible], [S. et P. 92.2.280, D. 93.2.96] — Trib. Amiens, 11 avr. 1895, précité. — Liège, 17 mars 1869, *Pasicr.* 69.2.124 — Bruxelles, 4 juin 1892, Jacqmin, [S. et P. 92.4.32, D. 92.2.96]; — 18 févr. 1896, *Pasicr.* 96.2.239] — *Sic*, Chabot, sur l'art. 878, n. 8; Vazeille, sur l'art. 878, n. 1; Grenier, *Hypotheque*, t. 2, n. 421; Toullier, t. 4, n. 539; Malpel, n. 217; Duranton, t. 7, n. 475; Fouët de Conflans, sur l'art. 878, n. 2; Dufresne, n. 7; Barafort, n. 28; Masson, n. 9; Le Sellyer, t. 3, n. 1682; Demolombe, t. 17, n. 118; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 2, p. 471; Laurent, t. 10, n. 5; Thiry, t. 2, n. 238; Vigié, t. 2, n. 448; Huc, t. 5, n. 407, 410; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3118.

59. — Jugé que le légataire particulier d'une somme d'argent peut, pour obtenir le paiement de son legs, demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier ou de ses représentants, tant que la prescription de ce droit n'est pas encourue. — Agen, 11 juin 1809, précité. — V. aussi *suprà*, n. 7.

60. — Nous disons que les légataires particuliers peuvent demander la séparation des patrimoines. Mais il n'en est pas de même des légataires universels ou à titre universel. Ceux-ci, en effet, « sont, disent Baudry-Lacantinerie et Wahl (t. 3, n. 3118), *loco heredum*, et n'ont pas plus besoin de la séparation des patrimoines dans leurs rapports avec les héritiers que les héritiers eux-mêmes dans leurs rapports les uns avec les autres ». — V. en ce sens, Demolombe, t. 17, n. 110; Barafort, n. 20; Le Sellyer, t. 3, n. 1684; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 852.

Section II.

Contre qui la séparation des patrimoines peut être demandée.

§ 1. *Créanciers de l'héritier légitime.*

61. — Aux termes de l'art. 878, la séparation des patrimoines peut être demandée « contre tout créancier ». Puisqu'elle est permise contre tout créancier, il n'y a donc aucune distinction à faire entre les créanciers personnels des héritiers : soit quant à leurs titres, soit quant à leurs privilèges ou à leurs hypothèques. — Chabot, sur l'art. 878, n. 9; Duranton, t. 7, n. 466; Demante, *Thémis*, t. 6, p. 251; de Fréminville, t. 1, n. 400; Grenier, t. 2, n. 426; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 9, p. 331; Barafort, n. 33 et 35; Masson, n. 62; Demolombe, t. 17, n. 119; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 11, p. 474; Laurent, t. 10, n. 12; Huc, t. 5, n. 411; Le Sellyer, t. 3, n. 1698; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3123. — *Contrà*, Dufresne, n. 46.

62. — Ainsi, la séparation des patrimoines peut être demandée contre le Trésor public, à raison de sa créance relative aux droits de mutation par décès, qui ne constitue qu'une créance chirographaire à la charge de l'héritier. — Barafort, n. 37 *bis;* Dufresne, n. 40; Huc, t. 5, n. 411; Albert Wahl, *Etude sur le priv. du Trésor en mat. de dr. de mut. par décès*, n. 30; Demante, *Prncipes de l'enreg.*, n. 673. — En effet, l'impôt de mutation par décès n'est pas un droit réel pouvant s'exercer à titre de prélèvement sur les biens de la succession; il ne constitue qu'une obligation purement personnelle du redevable. — Cass., 23 juin 1857, Clausse, [S. 57.1.401, P. 57.673, D. 57.1.233]

63. — Il a été néanmoins jugé que, pour obtenir le recouvrement du droit de mutation par décès, la Régie a d'abord une action privilégiée sur les revenus des biens héréditaires, en quelques mains qu'ils se trouvent; et, en second lieu, une action non privilégiée qui lui confère le droit de se faire colloquer sur le prix des capitaux eux-mêmes, concurremment avec les autres créanciers de la succession. Et elle peut exercer cette seconde action, nonobstant la séparation des patrimoines du défunt et des héritiers. — Paris, 6 janv. 1880, Succession vacante de Riario Sfarza, [S. 81.2.105, P. 81.1.574, D. 80.2.151] — *Sic*, Garnier, *Rép. gén. de l'Enreg.*, n. 16856 et 16879; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3124.

64. — Dans tous les cas, la séparation des patrimoines ne saurait être demandée contre le Trésor créancier de la contribution foncière pour l'année échue et l'année courante, lorsqu'il s'agit des récoltes, fruits, loyers et revenus des immeubles soumis à l'impôt. — Dufresne, *loc. cit.*; Barafort, n. 37.

65. — Elle n'est pas davantage opposable au Trésor créancier privilégié sur les meubles de la succession, pour les contributions mobilières des portes et fenêtres ou patentes. — Dufresne, *loc. cit.*; Barafort, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3124.

66. — Elle n'est pas non plus admise contre les créanciers ayant privilège, aux termes des art. 2102 et 2103, C. civ., pour la conservation des biens de la succession, l'ensemencement des terres, la préparation et la rentrée des récoltes. — Demolombe, t. 17, n. 120; Dufresne, *loc. cit.*; Barafort, n. 36; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 474.

67. — Lorsque les biens d'une succession passent de l'héritier à son héritier et de celui-ci à d'autres héritiers successivement, les créanciers de chaque succession peuvent en suivre les biens d'un héritier à l'autre, et demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de ces héritiers, pourvu toutefois qu'à chaque transmission d'hérédité le droit ait été conservé et exercé de la manière et dans les délais indiqués par la loi. — Grenier, n. 420; Chabot, sur l'art. 878, n. 7; Duranton, t. 7, n. 473; Vazeille, sur l'art. 878, n. 4; Dufresne, n. 17; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines,* n. 10; Barafort, n. 27 *bis;* Dollinger, n. 52; Demolombe, t. 17, n. 152; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 474.

68. — Jugé que la demande en séparation des patrimoines peut être formée contre l'héritier médiat aussi bien que contre l'héritier immédiat, tant que le titre du créancier qui a le droit de l'exercer n'est pas prescrit, si les choses sont encore entières. — Toulouse, 26 mai 1829, Pourcet, [S. et P. chr.]

69. — Il en est de même dans le cas où la confusion s'est opérée par la réunion, dans la même personne, de diverses successions dont l'une était débitrice envers l'autre; tel est le cas où le fils trouve dans l'hérédité de sa mère des reprises contre son père dont il recueille la succession. Les créanciers de la mère pourront demander la séparation des patrimoines contre les créanciers du père. — Duranton, n. 473; Delaporte, *Pand. franç.*, t. 3, p. 387; Vazeille, n. 4; Rolland de Villargues, *v° cit.*, n. 11; Dufresne, n. 16; Barafort, n. 27; Dollinger, n. 51; Demolombe, t. 17, n. 151; Chabot, sur l'art. 878, n. 7; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3121.

70. — Jugé que la séparation des patrimoines (que l'art. 878, C. civ., dit pouvoir être demandée contre tout créancier) a lieu alors même que les créanciers qui la demandent et les créanciers qui la contestent sont tous également créanciers du défunt : il n'est pas nécessaire que les uns soient créanciers du défunt et les autres créanciers de l'héritier. — Cass., 17 avr. 1827, Dupic, [S. et P. chr.]

71. — Ainsi, les créanciers de la succession peuvent demander la séparation des patrimoines pour empêcher qu'un autre créancier héréditaire ne soit payé avant eux au moyen d'une hypothèque que lui aurait consentie l'héritier sur un bien de la succession. — Cass., 9 déc. 1823, Seillier, [S. et P. chr.] — Grenoble, 21 juin 1841, Colin et Perret, [S. 43.2.355, P. 43.1.39] — *Sic,* Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 2; Demante, t. 3, n. 219 *bis*-III; Dufresne, n. 37 et 65; Demolombe, t. 17, n. 122; Le Sellyer, t. 3, n. 1699. — *Contrà*, Rouen, 16 juill. 1844, Hauchecorne, [S. 45.2.360] — Delvincourt, t. 2, note 7, p. 33; Toullier, t. 4, n. 536 et 537.

§ 2 *Successeurs autres que l'héritier légitime.*

72. — Les termes de l'art. 2111, C. civ., autorisent à conclure que la séparation des patrimoines peut être demandée contre tous successeurs universels du défunt : successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont ou non saisis et tenus des dettes jusqu'à concurrence ou au delà de leur émolument. — Paris, 28 avr. 1865, Lamarret, [S. 66.2.49, P. 66.219, D. 67.2.156]; — 14 août 1867, sous Cass., 16 août 1869, Vibert, [S. 69.1.417, P. 69.1081, D. 69.1.463] — Lyon, 1er mai 1888, [*Gaz. Pal.*, 88.2.45] — *Sic*, Barafort, n. 44; Masson, n. 69; Demolombe, t. 17, n. 126; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 10, p. 474; Laurent, t. 10, n. 14; Huc, t. 5, n. 411; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3121.

73. — Jugé, en ce sens et d'une manière générale, qu'en décidant que la séparation des patrimoines peut être demandée contre tout créancier, l'art. 878, C. civ., est seulement énonciatif et n'a point entendu exclure toutes autres personnes contre lesquelles les créanciers du défunt auraient intérêt à demander cette séparation, notamment l'héritier ou le légataire universel, si ces créanciers ont de justes raisons de craindre que la confusion des patrimoines ne préjudicie à leurs droits. — Paris, 16 déc. 1848, Robert, [P. 49.1.20, D. 49.2.121]

74. — Cette conclusion ne doit pourtant être admise que si l'on reconnait que l'acceptation de ces successeurs a pour conséquence d'entraîner la confusion des patrimoines. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3121.

CHAPITRE IV.

DEMANDE EN SÉPARATION DES PATRIMOINES.

75. — La séparation des patrimoines n'a pas lieu de plein droit et elle doit être demandée. Nous avons à examiner successivement : 1° si la demande est nécessaire; 2° dans quel délai elle doit être faite; 3° quelles en sont les formes; 4° contre qui se dirige la demande; 5° quel est le tribunal compétent pour en connaître ; 6° sur quelle base on doit se fixer pour décider si la demande est en premier ou en dernier ressort; 7° quelles sont les mesures provisoires ou conservatoires permises avant ou après la demande.

§ 1. *Nécessité de la demande en séparation des patrimoines.*

76. — Nous venons de le dire, la séparation des patrimoines n'est pas acquise de plein droit et elle doit être demandée. La nécessité de cette demande résulte des dispositions mêmes des art. 878, 881 et 2111, C. civ. ; et dès lors, notamment pour les immeubles, l'inscription prescrite par le dernier de ces articles ne saurait, à elle seule, faire acquérir le bénéfice de la séparation des patrimoines. — Poitiers, 8 août 1828, Flattron, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparation des patrimoines*, § 3, n. 6, et *Quest.*, *ibid.*, § 2; Grenier, t. 2, n. 432; Duranton, t. 7, n. 488; Chabot, sur l'art. 878, n. 3; Toullier, t. 4, n. 544; Vazeille, sur l'art. 880, n. 8; Dufresne, n. 34; Barafort, n. 54; Masson, n. 72; de Fréminville, t. 1, n. 405; Laurent, t. 10, n. 15; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 16, p. 475; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 761; Huc, t. 5, n. 420 et 424; Vigié, t. 2, n. 450; Le Sellyer, t. 3, n. 1690; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3138.

77. — Toutefois, malgré les termes formels des articles précités, plusieurs arrêts et jugements ont décidé et un certain nombre d'auteurs enseignent que la séparation des patrimoines n'exige pas une demande spéciale et qu'elle résulte suffisamment de l'inscription prise en conformité de l'art. 2111, C. civ. — Paris, 22 août 1818, Manseau, [S. et P. chr.] — Metz, 27 mai 1868, Pécard, [S. 68.2.281, P. 68.1025, D. 68.2.103] — Aix, 4 déc. 1893, Buech-Randon, [S. et P. 96.2.17, D. 95.2.273] — Trib. Nérac, 25 mars 1890, de Laville-Monbazon, [D. 92.3.30] — Trib. Bourgoin, 24 juill. 1895, [*Mon. jud. Lyon*, 10 sept. 1895] — C. just. Genève, 12 avr. 1886, Stouvenel, [S. 87.4.25, P. 87.2.33] — *Sic*, Taulier, t. 7, p. 215; Demolombe, t. 17, n. 141; Dollinger, n. 106; Troplong, t. 1, n. 325; Demante, t. 3, n. 222; Marcadé, sur l'art. 878, n. 4; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 28, p. 338; Boitelle, *Rev. prat.*, t. 40, p. 375, et t. 49, p. 368.

78. — Il a été, en effet, jugé que les créanciers d'une succession doivent être payés avant les créanciers personnels de l'héritier, lors même qu'ils n'auraient point formé de demande en séparation des patrimoines. — Paris, 22 août 1818, précité.

79. — ... Que le bénéfice de la séparation des patrimoines se conserve, quant aux immeubles, au moyen d'une simple inscription, laquelle ne peut être requise que contre l'héritier, et non contre les créanciers de l'héritier ; il n'est pas besoin de former préalablement une demande en justice contre les créanciers de l'héritier. L'art. 878, C. civ., portant que les créanciers du défunt peuvent, dans tous les cas, demander la séparation des patrimoines contre tout créancier de l'héritier, s'entend en ce sens que, après l'inscription requise, les créanciers du défunt sont à même, dans chaque cas particulier, de réclamer le bénéfice de la séparation, non pas contre l'héritier, qui est sans intérêt, mais contre tout créancier de l'héritier, qui se présente pour concourir à la distribution du prix des biens héréditaires. — C. just. Genève, 12 avr. 1886, précité.

§ 2. *Dans quel délai doit et peut être formée la demande.*

80. — En admettant qu'il faille une demande en justice, il n'est pas nécessaire que cette demande soit introduite dans le délai de six mois indiqué par l'art. 2111, C. civ. Cette solution, jadis contestée par quelques auteurs, ne fait plus question aujourd'hui ni en doctrine, ni en jurisprudence. — V. *supra*, v° *Privilèges*, n. 1060 et 1061.

81. — La demande en séparation des patrimoines peut être formée pour la première fois en appel. — Cass., 8 sept. 1806, Magne et Le Faudeux, [S. et P. chr.] ; — 17 oct. 1809, Gonadin, [S. et P. chr.] ; — 8 nov. 1815, Dupré, [S. et P. chr.] — Caen, 24 août 1824, Morin, [P. chr.] — Toulouse, 3 mars 1841, Picou, [P. 43.1.572] — Orléans, 15 juin 1861, Debray et Girard-Caudet, [D. 61.2.151] — Bordeaux, 24 avr. 1864, Calvet et Parre, [D. 64.2.220] — Liège, 10 févr. 1807, Vecquerai, [S. et P. chr.] — *Sic*, Vazeille, sur l'art. 880, n. 8; Fouët de Conflans, sur l'art. 878, n. 6; Barafort, n. 55; Masson, n. 75; Grenier, *Hypoth.*, t. 2, n. 434; Poujol, sur l'art. 878, n. 21; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 62; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 4139.

82. — Il en est ainsi, du moins, en tant qu'elle ne constitue pas une demande nouvelle, mais un moyen nouveau, spécialement s'il s'agit d'écarter un contredit élevé contre une collocation. — Bordeaux, 24 avr. 1864, précité.

83. — Jugé pareillement que l'action en séparation peut être exercée pour la première fois en appel, quoique les biens du débiteur soient vendus, si le prix n'en est pas encore distribué. — Toulouse, 3 mars 1841, précité.

§ 3. *Forme de la demande.*

84. — Quant à la forme de la demande, on s'accorde à reconnaître aux créanciers héréditaires et aux légataires la plus grande latitude; on n'exige pas une action principale; on se contente de conclusions incidemment posées au cours d'une procédure d'ordre ou de distribution, au cours d'une intervention à partage. — Agen, 6 janv. 1886, [*Rec. d'Agen*, 1886, p. 13] — Trib. Grasse, 9 juin 1890, [*Gaz. des Trib.*, 20 juill. 1890] — Trib. Bourgoin, 24 juill. 1895, précité. — C. just. Genève, 12 avr. 1886, précité. — V. Barafort, *loc. cit.*; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 176, note 19; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 13139; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 878, n. 55 et s.

85. — Ainsi est suffisante la mention de la séparation dans un acte de production dans l'ordre. Cette mention a les caractères d'une assignation. — Trib. Bourgoin, 24 juill. 1895, précité.

86. — Mais on déclare insuffisante la demande de séparation produite seulement devant le juge-commissaire et en dehors de tout acte. — Aubry et Rau, t. 6, § 619 p. 476, note 19 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3139. — *Contrà*, Demolombe, t. 17, n. 139.

87. — Il en est de même si la demande ne se produit qu'après la clôture de l'ordre. — Trib. Grasse, 9 juin 1890, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3139.

88. — La demande peut être efficacement produite et opposée au cours d'un partage dans lequel les créanciers interviennent. — Amiens, 22 mai 1889, Bernot, [S. 91.2.131, P. 91.1.707]

89. — Il a même été jugé que la demande résulte suffisamment d'une convention intervenue entre le légataire universel et le légataire particulier, à la suite d'une opposition signifiée par ce dernier entre les mains du notaire liquidateur et de l'exécuteur testamentaire pour empêcher l'appréhension par le légataire universel des valeurs héréditaires et leur confusion avec son patrimoine, convention par laquelle il est décidé que les valeurs successorales seront versées à la Caisse des dépôts et consignations ou retenues par l'exécuteur testamentaire, et ce, par mesure conservatoire prise dans l'intérêt exclusif du légataire particulier. — Toulouse, 21 mars 1895, sous Cass., 30 mars 1897, Castans, [S. et P. 98.1.181, D. 98.1.153] — Trib. Toulouse, 24 juin 1893, Mêmes parties, [*ibid.*]

90. — Une telle convention produit légalement et réalise pratiquement par son exécution la séparation des patrimoines. —

Mêmes arrêts. — La demande est, en effet, nécessaire quand les droits des créanciers ou légataires sont contestés; mais elle devient inutile quand ils sont reconnus et établis par une convention entre les créanciers héréditaires ou les légataires, et l'héritier représentant ses créanciers. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3143.

91. — La demande en séparation est valable, bien qu'elle ne soit accompagnée de la justification d'aucun intérêt. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3142. — V. cependant Trib. Lyon, 22 juin 1887 (motifs), [*Mon. jud. Lyon*, 9 sept. 1887]

92. — Relativement aux meubles de la succession, la séparation des patrimoines se trouve acquise par la demande dont nous venons de parler, sans autre formalité. — Chabot, sur l'art. 880, n. 3; Duranton, t. 7, n. 482; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 482, note 35; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3141. — Mais, quant aux immeubles, l'art. 2111 impose une inscription à prendre dans les six mois à dater de l'ouverture de la succession. — V. *infrà*, n. 122 et s.

93. — La demande peut être formée soit individuellement, soit collectivement par les créanciers ou légataires. — Cass., 28 avr. 1869, Gastel, [S. 69.1.313, P. 69.777, D. 69.1.443] — Trib. Aix, 18 mars 1873, [illegible], [S. 74.2.[illegible], P. 74.[illegible]] — Trib. Grasse, 9 juin 1890, précité. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparation des patrimoines*, § 2, n. 4; Grenier, t. 2, n. 432; Duranton, t. 7, n. 469; Dufresne, n. 12; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 6; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 5, p. 330; de Fréminville, t. 1, n. 406; Laurent, t. 10, n. 6; Barafort, n. 29; Masson, n. 22; Demolombe, t. 17, n. 112; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 473, note 7; Vigié, t. 2, n. 449; Thiry, t. 2, n. 240; Le Sellyer, t. 3, n. 1698; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3144; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

94. — Mais le créancier qui demande seul la séparation des patrimoines n'est réputé agir que pour son propre compte. Dès lors, le seul effet de la demande par lui formée est de faire distraire sur le prix des immeubles de la succession une somme égale à la créance qu'elle a eu pour objet de constater, tous droits réservés au profit des autres créanciers de la succession quant au partage de la somme ainsi distraite. — Cass., 28 avr. 1869, précité.

95. — Jugé de même que la séparation des patrimoines ne profite, vis-à-vis des créanciers des héritiers, qu'à celui ou à ceux des créanciers de la succession qui l'ont demandée dans les conditions requises. — Trib. Aix, 18 mars 1873, précité.

§ 4. *Contre qui doit être dirigée la demande.*

96. — Une grande controverse existe, soit en jurisprudence, soit en doctrine, sur le point de savoir contre qui doit être dirigée la demande en séparation des patrimoines. A cet égard, plusieurs systèmes se trouvent en présence.

97. — *1er système.* — D'après un premier système qui paraît logique, mais d'une réalisation pratique assez difficile, la séparation des patrimoines doit être poursuivie contre les créanciers de l'héritier, puisque c'est contre eux qu'elle est accordée. — Poitiers, 8 août 1828, Flattron, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 11 déc. 1834, Chesne, [S. 35.2.345, P. chr.] — Bruxelles, 29 juill. 1843, [*Pasicr.*, 44.2.190] — Gand, 27 juin 1896, Roels, [D. 98.2.125] — *Sic*, Toullier, t. 4, n. 539; Duranton, t. 7, n. 488; Demante, t. 3, n. 219 *bis*-I; Duvergier, sur Toullier, t. 4, n. 539, note *a*; Hureaux, *Rev. prat.*, t. 37, p. 65, note 1, p. 376; Laurent, t. 10, n. 10; Demolombe, t. 17, n. 117 et 118; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 16, p. 475; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3145; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 858.

98. — Jugé, conformément à ce premier système, que la séparation des patrimoines ne peut être demandée que contre les créanciers de l'héritier, et lorsque ceux-ci se présentent pour exercer des droits sur les biens de la succession; qu'elle ne peut être demandée contre l'héritier lui-même; que si donc les créanciers du défunt agissent directement contre l'héritier, leur demande doit être écartée comme formée sans droit, ni intérêt, et que, par suite, les demandeurs doivent supporter personnellement les frais de leur action illégalement intentée. — Poitiers, 8 août 1828, précité.

99. — ... Que l'héritier ne peut, de son chef, s'opposer à la demande en séparation de patrimoines formée par les créanciers de la succession contre ses créanciers personnels; que ce droit n'appartient qu'à ces derniers. — Bordeaux, 11 déc. 1834, précité.

100. — ... Que la demande en séparation des patrimoines formée contre l'héritier seulement n'ayant pas d'effet à l'égard de ses créanciers, ceux-ci peuvent, pour écarter le jugement qui prononce la séparation des patrimoines sans qu'ils y aient été parties, se borner à invoquer la règle *res inter alios acta...* et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils y forment tierce opposition. — Gand, 27 juin 1896, précité.

101. — *2e système.* — Dans un second système, plus suivi en jurisprudence et admis par de nombreux auteurs, la demande peut toujours être formée contre l'héritier, représentant légal de la succession. — Nancy, 14 févr. 1833, Guerre, [S. 35.2.304, P. chr.] — Paris, 16 déc. 1848, Robert, [P. 49.1.20, D. 49.2.121]; — 15 nov. 1856, Equer, [S. 57.2.8, P. 57.594, D. 57.2.195] — Nancy, 14 juill. 1875, Humbert, [S. 76.2.151, P. 76.680, D. 76.2.177] — Paris, 2 nov. 1889, Delarue, [S. 90.2.215, P. 90.1.1201, D. 90.2.285] — Lyon, 6 juill. 1892, Cornet, [S. et P. 92.2.280, D. 93.2.96] — Bruxelles, 4 juin 1892, Jacqmin, [S. et P. 92.4.32, D. 93.2.96]; — 18 févr. 1896, [*Pasicr.*, 96.2.239] — *Sic*, Belost-Jolimont, sur Chabot, sur l'art. 878, obs. 5; Vazeille, sur l'art. 878, note 1; Delvincourt, t. 2, p. 56, note 4; Fouet de Conflans, sur l'art. 878, n. 2; Poujol, sur l'art. 878, n. 2; Rolland de Villargues, *Séparat. des patrim.*, n. 16; Masson, n. 64 et s.; Barafort, n. 38 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 10, p. 331; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 762; Vigié, t. 2, n. 451 et 452; Huc, t. 5, n. 423; Le Sellyer, t. 3, n. 1692.

102. — D'après ce même système, la demande peut aussi être valablement formée contre le légataire universel. — Paris, 16 déc. 1848, précité; — 2 nov. 1889, précité.

103. — Mais, dans les deux cas, les créanciers de l'héritier ou du légataire universel ont le droit d'intervenir dans l'instance. — Nancy, 14 févr. 1833, précité. — Paris, 15 nov. 1856, précité; — 2 nov. 1889, précité. — *Sic*, Masson, n. 66; Barafort, n. 38 et 41; Dufresne, n. 36; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 384, note 10, *in fine*, p. 332; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3147.

104. — Jugé, en ce sens, que la demande en séparation de patrimoines peut être dirigée contre l'héritier seulement, représentant légal de la succession : qu'il n'est pas nécessaire d'assigner les créanciers personnels de cet héritier, qui du reste peuvent intervenir dans l'instance, s'ils le jugent nécessaire. — Nancy, 14 févr. 1833, précité.

105. — S'ils ne sont pas intervenus, ils peuvent aussi former ensuite tierce opposition au jugement rendu en leur absence. — Paris, 15 nov. 1856, précité. — Nancy, 14 juill. 1875, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3147.

106. — *3e système.* — Suivant un troisième système, la demande peut être formée contre l'héritier ou le légataire universel, mais seulement quand il n'a pas de créanciers ou pas de créanciers connus. — Paris, 31 juill. 1852, Courtois, [S. 52.2.604, P. 53.1.618, D. 53.2.33]; — 28 avr. 1865, Lamarret, [S. 66.2.49, P. 66.219, D. 67.2.156]; — 14 août 1867, sous Cass., 16 août 1869, Vibert, [S. 69.1.417, P. 69.1081, D. 69.1.463]; — 14 févr. 1891, [*Gaz. Pal.*, 91.1.503] — Toulouse, 21 mars 1895, sous Cass., 30 mars 1897, Castans, [S. et P. 98.1.181, D. 98.1.153] — Trib. Liège, 10 juill. 1872, [*Pasicr.*, 72.3.332] — *Sic*, Dufresne, n. 6 et 25; Defrénois et Vavasseur, *Tr. prat. du not.*, t. 4, n. 5628 et s.; Fouët de Conflans, sur l'art. 878, n. 2; Laurent, t. 10, n. 11; Thiry, t. 2, n. 241; Vazeille, sur l'art. 878, n. 1; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 16; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 762; Massé et Vergé, sur Zachariæ, *loc. cit.*

107. — Ainsi jugé que si, lors de la demande en séparation, aucun créancier personnel du légataire général et universel ne s'est révélé, cette demande est valablement engagée contre ce dernier. — Toulouse, 21 mars 1895, précité.

108. — De même que l'action, nous l'avons vu, est divisible au regard de ceux qui y ont droit (V. *suprà*, n. 94 et 95), de même elle a ce caractère au regard de ceux contre qui elle peut être intentée. Dès lors, la séparation peut n'être demandée que contre les créanciers de l'un des héritiers seulement, sans qu'il soit nécessaire de la demander contre tous. Elle peut même n'être opposée qu'à un seul des créanciers de cet héritier; ce créancier n'aurait pas le droit de s'en plaindre, les autres créanciers se trou-

vant, par là, payés avec les biens de la succession, et ce paiement libérant d'autant leur débiteur. — Chabot, p. 634; Duranton, t. 7, n. 467 à 469; Delaporte, *Pand. franç.*, t. 3, p. 384; Vazeille, sur l'art. 878, n. 8; Dufresne, n. 39; Barafort, n. 43; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, p. 334; Demolombe, t. 17, n. 124 et 125; Rolland de Villargues, vº *Séparation des patrimoines*, n. 18; Aubry et Rau, t. 6, § 619, notes 17 et 18, p. 475; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 766; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3145; Thiry, t. 2, n. 241; Le Sellyer, t. 3, n. 1687 et 1698.

§ 5. *Quel est le tribunal compétent pour connaître de la demande en séparation des patrimoines.*

109. — C'est le tribunal civil qui est compétent pour connaître de la demande en séparation des patrimoines. — Huc, t. 5, n. 423; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3143.

110. — L'incompétence du tribunal de commerce a été expressément reconnue. — V. *suprà*, vº *Compétence civile et commerciale*, n. 842.

111. — L'incompétence du juge de paix a été déclarée également pour le cas où la demande en séparation des patrimoines est formée en même temps qu'une demande en délivrance de legs (V. *suprà*, vº *Juge de paix*, n. 479). La question qui nous occupe se rattache alors à la question de savoir si le juge de paix est compétent pour connaître d'une demande en délivrance d'un legs d'une somme d'argent n'excédant pas 200 fr. (V. *suprà*, *eod. verb.*, n. 475 et s.). Sur l'hypothèse où la demande en séparation des patrimoines accompagne une demande en paiement d'une dette n'excédant pas 200 fr., la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée. — V. à cet égard la note sous Cass., 13 déc. 1887, Veylon, [S. 88.1.153, P. 88.1.366]

112. — Si la demande est principale, elle doit être portée devant le tribunal civil du lieu de l'ouverture de la succession (V. *suprà*, vº *Compétence civile et commerciale*, n. 274 et s. — Garsonnet, t. 1, §170, note 17, p. 712; Le Sellyer, t. 3, n. 1692; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3143). — Il n'en serait autrement que s'il y avait un seul héritier ou si le partage était déjà effectué. — Le Sellyer, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

113. — Si la demande est incidente, elle sera formée devant le tribunal saisi de la demande principale. — Barafort, n. 60; Le Sellyer, t. 3, n. 1693; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

§ 6. *La demande est en premier ou en dernier ressort, suivant le* quantum *de la créance qui lui sert de base.*

114. — On ne saurait prétendre que la demande en séparation des patrimoines est d'une valeur indéterminée et doit toujours, par suite, être jugée en premier ressort. Elle ne constitue, en effet, qu'une garantie prise par le créancier pour assurer le paiement de sa créance; or la garantie ne peut rien ajouter à la limite de la compétence. La demande en séparation des patrimoines sera donc en premier ou en dernier ressort, suivant que la créance qu'elle garantit est elle-même en premier ou en dernier ressort. — V. *suprà*, vº *Appel* (mat. civ.), n. 424.

§ 7. *Mesures conservatoires permises, soit avant, soit après la demande en séparation des patrimoines.*

115. — Les créanciers de la succession peuvent, avant la demande en séparation des patrimoines, ou même sans la demander, recourir à des mesures conservatoires destinées à sauvegarder leurs droits. Ils ont également le droit de prendre ces mesures après avoir demandé la séparation des patrimoines, précisément afin d'en assurer l'efficacité contre un héritier ou des héritiers qui ne présentent point des garanties suffisantes, surtout pour empêcher la dilapidation ou disparition du mobilier. Ces mesures sont naturellement prises contre les héritiers ou l'héritier, mais sous la réserve du droit d'intervention ou de tierce opposition des créanciers de ces derniers. — Nancy, 14 juill. 1875, Humbert, [S. 76.2.151, P. 76.680, D. 76.2.177] — Trib. Arras, 9 nov. 1886, [J. *La Loi*, 4 déc. 1886] — Trib. Amiens, 17 nov. 1894, [*Rec. d'Amiens*, 95.100] — *Sic*, Dufresne, n. 22; Demolombe, t. 17, n. 144, 185; Le Sellyer, t. 3, n. 1698 et 1727; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3148.

116. — Jugé que, pour empêcher l'héritier de dissiper le mobilier et, spécialement, lorsque la succession est purement mobilière, les créanciers du défunt et les légataires qui ont demandé la séparation des patrimoines ont le droit de prendre des mesures conservatoires dont la nature et l'importance peuvent être déterminées par le tribunal suivant les circonstances. — Liège, 17 mars 1869, [*Pasicr.*, 69.2.123]

117. — Ainsi, les créanciers héréditaires peuvent faire apposer les scellés sur les biens de la succession, faire procéder à leur inventaire, requérir la nomination d'un séquestre. — Paris, 28 avr. 1865, Lamarre, [S. 66.2.49, P. 66.219, D. 65.2.156] — Liège, 10 juill. 1872, précité. — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 484 et 485; Delvincourt, t. 2, p. 56, note 8; Grenier, *Hypoth.*, t. 2, n. 427; Rolland de Villargues, *Séparat. des patrim.*, n. 40; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 761; Vazeille, sur l'art. 878, n. 3; Barafort, n. 89 et s.; Dollinger, n. 80 et s.; Masson, n. 38; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 14, p. 332; Dufresne, n. 60 et s.; Laurent, t. 10, n. 26; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 56, p. 498; Demolombe, t. 17, n. 144; Le Sellyer, t. 3, n. 1698 et 1727; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3148.

118. — De même, le légataire d'une rente viagère, pouvant demander la séparation des patrimoines, est recevable à faire procéder à ses propres frais à l'inventaire de la succession, alors même que l'héritier ou le légataire universel n'aurait pas de créanciers connus. Et il n'importe que l'héritier ou légataire universel ait été dispensé par le légataire de fournir aucune garantie. — Paris, 28 avr. 1865, précité.

119. — La saisie-arrêt sera-t-elle permise au créancier ou au légataire, comme mesure conservatoire? L'affirmative nous semble devoir être adoptée (V. *suprà*, vº *Saisie-arrêt*, n. 41). Jugé en ce sens que si la succession est mobilière, la séparation des patrimoines autorise le légataire auquel elle doit profiter à provoquer, dans l'intérêt du recouvrement de son legs, des mesures conservatoires, et spécialement à former des saisies-arrêts entre les mains des détenteurs des valeurs successorales. — Cass., 16 août 1869, Vibert, [S. 69.1.417, P. 69.1081, D. 69.1.463] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 144; Garsonnet et Cézar-Bru, 2e éd., t. 4, § 1377, p. 317; Le Sellyer, t. 3, n. 1698 et 1728. — V. aussi Trib. Amiens, 17 nov. 1894, précité.

120. — Il y a controverse en doctrine sur le point de savoir si ce droit appartient aux crédirentiers de la succession pour les arrérages à échoir de leurs rentes (V. *suprà*, vº *Saisie-arrêt*, n. 42). Il a été décidé sur ce point que le crédirentier ne peut, si tous les arrérages échus sont payés ou offerts, former de saisie-arrêt sur les valeurs de la succession, ni exiger l'emploi d'un capital pour assurer le paiement des arrérages à venir. — Paris, 28 avr. 1865, précité. — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 18; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 61, p. 499; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3148. — V. également, Lyon, 1er mai 1888, [*Gaz. Pal.*, 88.2.45]

121. — Si l'héritier n'a pas de créanciers connus et si la succession est purement mobilière, le demandeur en séparation de patrimoines (légataire d'une rente perpétuelle) ne peut réclamer une caution ou une affectation hypothécaire, en garantie des droits et actions qu'il a contre la succession. — Paris, 31 juill. 1852, Courtois, [S. 52.2.604, P. 53.1.618, D. 53.2.33] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 19; Huc, t. 5, n. 422; Le Sellyer, t. 3, n. 1698; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3148. — *Contrà*, Demolombe, t. 17, n. 146; Barafort, n. 92.

CHAPITRE V.

INSCRIPTION PRESCRITE POUR LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

122. — Nous venons de voir que la séparation des patrimoines n'a pas lieu de plein droit et doit être demandée. Mais cette demande, à elle seule, est insuffisante pour assurer le bénéfice de la séparation sur les immeubles de la succession. Quant à eux, il faut, en outre, une inscription requise dans les six mois. Telle est la disposition formelle de l'art. 2111, C. civ. — V. *suprà*, vº *Privilèges*, n. 1059.

123. — Cette inscription peut être requise par tous les créanciers de la succession, puisque tous ont droit à la séparation des patrimoines; ils ont tous également qualité pour accomplir les

formalités nécessaires à la conservation du privilège de séparation des patrimoines. Il n'y a pas à distinguer selon que le créancier qui requiert l'inscription a un titre authentique ou ne peut représenter qu'un titre sous seing privé : la disposition de l'art. 2148, C. civ., qui exige la remise au conservateur des hypothèques de l'original en brevet ou de l'expédition en forme authentique de l'acte donnant naissance au privilège ou à l'hypothèque, est ici inapplicable. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1068. — *Contrà*, Vigié, t. 2, n. 488, p. 250, note, qui exige une autorisation du juge.

124. — En ce qui concerne le créancier dépourvu de titre, la question de savoir s'il peut prendre *de plano* l'inscription du privilège de séparation des patrimoines est plus controversée. Un certain nombre d'auteurs, et, parmi eux, ceux mêmes qui admettent le créancier en vertu d'un titre sous seing privé à prendre inscription sans aucune formalité préalable, lui imposent l'obligation, soit d'obtenir au préalable, de l'héritier, par voie judiciaire ou autrement, une reconnaissance de son droit, cette reconnaissance eût-elle même un caractère provisoire (Duranton, t. 7, n. 492; Demolombe, t. 17, n. 105; Le Sellyer, t. 3, n. 1680); soit tout au moins, par analogie avec la procédure de saisie-arrêt, de se pourvoir d'une autorisation du juge, sur le vu de laquelle se fera l'inscription. — Masson, n. 8; Poujol, sur l'art. 878, n. 17; Vigié, t. 2, n. 488 ; de Loynes, note sous Agen, 18 juill. 1894, Roumengou, [D. 95.2.217] — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1070.

125. — Mais, d'après une autre opinion, le créancier dépourvu de titre doit être admis à prendre l'inscription de séparation des patrimoines sans avoir à se munir d'aucune autorisation, et sur la seule affirmation de sa créance. A l'appui de cette solution, on fait observer qu'il n'y a pas de raison pour soumettre à un traitement différent le créancier muni d'un titre sous seing privé et le créancier dépourvu de titre : ni l'un ni l'autre ne remplissent la condition, exigée par l'art. 2148, de tout créancier qui se présente pour inscrire un privilège ou une hypothèque, à savoir d'être porteur d'un titre exécutoire ; pourquoi admettre une dérogation à cette règle en faveur du créancier qui ne peut représenter qu'un titre sous seing privé, et refuser d'étendre cette dérogation au créancier dépourvu de titre? La raison donnée pour admettre à prendre inscription le créancier porteur d'un titre sous seing privé est qu'il a le droit d'invoquer le bénéfice de la séparation des patrimoines, et que l'on dénierait tout effet au droit qui lui est ainsi reconnu si on lui refusait le moyen d'accomplir la formalité à laquelle la loi subordonne l'obtention du privilège de séparation des patrimoines sur les immeubles de la succession ; or, il y a même motif de décider pour le créancier non pourvu de titre, qui a également le droit, comme nous l'avons vu, d'invoquer le bénéfice de la séparation des patrimoines ; donc rien ne justifie une différence de traitement entre eux. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1069.

126. — Jugé, d'une manière générale, que l'inscription en séparation de patrimoines peut être prise..., même par un créancier dont la créance n'est constatée par aucun titre. — Trib. Rochefort, 27 déc. 1881, sous Cass., 2 févr. 1885, Brouillat, [S. 86.1.57, P. 86.1.126, D. 85.1.286]

127. — L'inscription peut être prise même par un créancier dont la créance est conditionnelle ou à terme. — Même jugement. — V. Duranton, t. 7, n. 471 ; Marcadé, sur l'art. 878, n. 1; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, p. 329 ; Demolombe, t. 17, n. 108 ; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 3, p. 471; Laurent, t. 10, n. 7 ; Dufresne, n. 8 ; Barafort, n. 18 et s.; Masson, n. 11 et s. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1068.

128. — Peu importe encore que la créance, d'ailleurs non contestée par l'héritier, qui en discutait seulement le montant (dans l'espèce, la créance d'un notaire pour frais et honoraires), ne fût pas liquide au moment où l'inscription a été prise. — Cass., 2 févr. 1885, précité.

129. — L'inscription n'est pas exigée dans les cas où la séparation des patrimoines a lieu de plein droit, comme en matière de succession bénéficiaire et de succession vacante (V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 379, *Privilège*, n. 1066 et 1067). Mais, en dehors des hypothèses spécialement prévues, l'inscription dans les six mois est indispensable pour assurer aux créanciers et aux légataires le bénéfice de la séparation des patrimoines. Il en est ainsi, par exemple, en matière de faillite, selon l'opinion dominante. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 101 et 102.

130. — Le créancier hypothécaire dont l'inscription avait été prise et régulièrement renouvelée sur les biens de son débiteur avant son décès, est-il tenu de prendre, après ce décès, une nouvelle inscription pour pouvoir user du bénéfice de l'art. 878, C. civ.? Suivant une opinion, la nécessité, imposée par l'art. 2111, C. civ. aux créanciers du défunt, de s'inscrire dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession pour conserver le droit de demander la séparation des patrimoines, ne concerne que ceux de ces créanciers dont les droits n'auraient pas été révélés par une inscription préexistante. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1063. — *Adde*, Grenoble, 11 mars 1854, Vallet, [S. 54.2.737, P. 54.2.31, D. 55.2.93]

131. — Jugé que, relativement aux dépens de l'instance en partage de la succession, les créanciers hypothécaires du défunt peuvent exciper du privilège résultant pour eux de la séparation des patrimoines, bien qu'ils ne l'aient pas fait inscrire, l'inscription de leur hypothèque antérieure au décès remplaçant celle que demande l'art. 2111, C. civ., et dispensant de la prendre. — Bourges, 16 nov. 1853, Martin, [P. 54.1.178, D. 55.2.118]

132. — ... Que, le créancier inscrit sur les immeubles de la succession avant son ouverture, étant sans intérêt pour invoquer le bénéfice de la séparation des patrimoines, n'a aucune inscription à prendre à cet égard, et son hypothèque prime l'hypothèque légale de la femme de l'héritier, laquelle ne frappe les biens du défunt qu'au moment où ils entrent dans le patrimoine du mari. Il n'importe que les biens de la succession et ceux de l'héritier aient été vendus en même temps et pour un prix unique, la distinction du prix de chaque catégorie pouvant s'opérer par une ventilation. — Grenoble, 11 mars 1854, précité.

133. — Jugé, même, que le créancier ayant une hypothèque inscrite sur les biens de son débiteur décédé, peut venir à l'ordre pour être colloqué à son rang, encore que l'immeuble hypothéqué ait été vendu par expropriation forcée sur la tête de l'héritier et qu'il n'ait point demandé la séparation du patrimoine de ce dernier d'avec le patrimoine du défunt. — Pau, 30 juin 1830, Gros, [S. 31.2.103, P. chr.]

134. — L'opinion inverse est également soutenue, selon laquelle les créanciers du défunt doivent tous, en principe, prendre l'inscription du privilège de séparation des patrimoines, sans en excepter les créanciers hypothécaires et privilégiés, alors même que les droits de ces derniers se trouveraient sauvegardés par une inscription primitive régulièrement entretenue. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1062.

135. — Jugé, en ce sens, que l'efficacité de la séparation des patrimoines étant subordonnée, en ce qui concerne les immeubles, à la nécessité d'une inscription spéciale, l'inscription d'hypothèque conventionnelle prise par un créancier de la succession, même dans le délai de l'art. 2111, C. civ., ne saurait suppléer à l'inscription de séparation des patrimoines, ni en produire les effets. — Aix, 14 mars 1900, Dubost, [S. et P. 1902.2.303, D. 1902.2.129]

136. — Le créancier qui n'a pas pris inscription dans le délai de six mois est irrecevable à demander plus tard la séparation des patrimoines, alors même qu'il aurait été empêché de prendre cette inscription par un événement de force majeure. — Bordeaux, 24 juin 1836, Chevalier, [S. 37.2.38, P. 37.1.189]

137. — Du reste, aucune autre formalité ne saurait remplacer l'inscription. Ainsi, il a été jugé que les créanciers d'un défunt ne sont pas dispensés de l'inscription prescrite par l'art. 2111, C. civ., pour la conservation du privilège de la séparation des patrimoines, par cela seul que le défunt aurait laissé un testament dans lequel il ordonnait la vente d'une partie déterminée de ses biens pour le paiement de ses dettes, et que ce testament aurait été transcrit, surtout si la transcription n'a pas été faite à la requête des créanciers. — Vainement on dirait que l'inscription exigée par l'art. 2111 n'a pour objet que de rendre publique l'existence de créances propres au défunt, et que le testament produit cet effet lorsqu'il a été transcrit. — Cass., 5 mai 1830, Bourgeois, [S. et P. chr.]

138. — L'inscription doit, aux termes de l'art. 2111, être prise « dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession ». — Sur le calcul de ce délai, V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1072.

139. — Jugé que les créanciers d'un père qui a fait donation de tous ses biens à ses enfants sont déchus du droit de demander la séparation du patrimoine de ce dernier d'avec celui des donataires, s'ils n'ont pris inscription dans les six mois de l'ou-

verture de la succession du donateur. — Bordeaux, 10 avr. 1845, Giret, [S. 47.2.166, P. 48.2.562, D. 45.4.16]

140. — ... Que les légataires particuliers ne conservent, à l'égard des créanciers personnels de l'héritier institué, le bénéfice de la séparation des patrimoines, que par l'inscription prise sur les immeubles de la succession dans les six mois de son ouverture; qu'ils n'ont, à défaut de cette formalité dans le délai prescrit, d'autre rang que celui que leur donne la date de leur inscription sur lesdits immeubles. — Riom, 30 août 1852, Latour d'Auvergne, [P. 54.1.155, D. 54.2.227]

141. — D'ailleurs la séparation des patrimoines ne modifiant pas les relations juridiques des créanciers de la succession avec les héritiers, cette inscription n'est nécessaire, de la part de ces créanciers ou des légataires du défunt, que contre les créanciers personnels de l'héritier. Spécialement, le défaut d'inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession ne profite, d'après l'art. 2111, qu'aux créanciers de l'héritier ou d'autres représentants du défunt qui auraient fait inscrire eux-mêmes le privilège ou l'hypothèque que le représentant du défunt leur aurait conféré. — Cass., 12 juill. 1900, Couderc, [S. et P. 1901.1.441]

142. — En conséquence, la tardiveté de l'inscription de séparation des patrimoines, prise par un créancier du défunt après l'expiration dudit délai, ne saurait être utilement invoquée par un des héritiers qui, après avoir cédé à son cohéritier ses droits successifs et fait inscrire, pour garantie du prix de cette cession, son privilège de copartageant, prétendrait, pour le paiement de ce prix, avoir droit, dans un ordre ouvert sur le prix de revente d'un immeuble héréditaire, à une collocation préférable à celle du créancier séparatiste retardataire. — Même arrêt.

143. — D'ailleurs, la séparation des patrimoines peut être demandée par le créancier du défunt, qui n'a pris inscription qu'après six mois de l'ouverture de la succession, soit contre les créanciers hypothécaires de l'héritier non inscrits avant lui, soit contre ses créanciers purement chirographaires. — Paris, 23 mars 1824, Remy, [S. et P. chr.] — Poitiers, 28 janv. 1823, Beaumont, [S. et P. chr.]

144. — L'inscription ne peut porter que sur les biens héréditaires; c'est ce que déclare l'art. 2111 dans les termes suivants : « Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878 du titre « des successions », conservent leur privilège sur les immeubles de la succession par les inscriptions faites sur chacun de ces biens... ». Ce point soulève des questions qui seront examinées quand nous nous demanderons quels sont les biens qui se trouvent soumis au privilège de la séparation des patrimoines. Nous nous bornons ici à poser le principe.

145. — Sur le point de savoir contre qui et à quel bureau l'inscription doit être prise, V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1071.

146. — D'après la jurisprudence, l'inscription du privilège de séparation des patrimoines est, en général, soumise aux formalités prescrites par l'art. 2148, C. civ., et notamment, elle est nulle lorsqu'elle n'indique pas l'espèce et la situation des biens sur lesquels elle est prise, conformément à l'art. 2148, n. 5, C. civ. (V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 2168 et s., *Privilèges*, n. 1071). Ainsi, a été déclarée nulle l'inscription portant cette simple mention : « sur les immeubles délaissés par le défunt dans la dépendance de la conservation de N..., et notamment sur les immeubles situés dans la commune de X... ». — Cass., 30 juill. 1878, de Saint-Paul, [S. 79.1.154, P. 79.385, D. 79.1.366]

147. — Un arrêt ancien avait au contraire décidé que l'art. 2111, C. civ., qui oblige les créanciers du défunt, pour conserver le privilège de la séparation de patrimoines, à prendre inscription sur chacun des biens de la succession, ne doit pas être entendu en ce sens qu'il soit nécessaire de spécialiser les immeubles sur lesquels frappe l'inscription. La loi, par ces mots « chacun des biens », a eu pour objet, non de régler le mode de l'inscription, mais seulement de distinguer les biens du défunt de ceux de l'héritier. Ainsi, est valable l'inscription prise sur tous les biens du défunt. — Nîmes, 19 févr. 1829, Roche, [S. et P. chr.] — *Sic*, Fouët de Conflans, sur l'art. 878, n. 7.

148. — Il n'est pas indispensable que l'inscription énonce la volonté du créancier de former ultérieurement sa demande en séparation; il suffit que cette inscription soit requise contre la succession dans la forme des inscriptions ordinaires. — Paris, 30 nov. 1861, Pilatre-Jacquin, [P. 62.754]

149. — Faut-il appliquer à l'inscription du privilège de séparation des patrimoines la disposition du § 3 de l'art. 2148, C. civ., d'après laquelle l'inscription doit indiquer la date et la nature du titre, mention dont l'omission entraîne nullité? (V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. [illegible] et s.). La raison de douter vient de ce que, dès lors que l'on admet à prendre l'inscription de séparation des patrimoines tous les créanciers sans exception, l'indication de la date et de la nature du titre n'aura pas, en ce qui concerne les créanciers munis d'un titre sous seing privé, le caractère qu'elle présente lorsqu'elle est puisée dans les énonciations d'un acte authentique; elle n'aura pas les mêmes garanties de sincérité. D'autre part, en ce qui concerne les créanciers dépourvus de titre, l'indication de la date et de la nature du titre est impossible, à moins qu'on ne les astreigne à se pourvoir de l'autorisation du juge, et que l'on ne considère que l'ordonnance d'autorisation du juge tiendra lieu de titre; encore une ordonnance, qui autorise provisoirement un créancier à prendre inscription, peut-elle être difficilement tenue pour un titre de créance. Or, on ne peut songer à exiger l'indication de la date et de la nature du titre de la part des seuls créanciers munis d'un titre exécutoire; la même règle doit être appliquée à toutes les inscriptions de séparation des patrimoines; et, si l'indication de la date et de la nature du titre est impossible pour l'une des catégories de créanciers qui peuvent prendre cette inscription, il semble que l'on puisse en conclure que l'omission de cette formalité ne pourra jamais entraîner la nullité de l'inscription.

150. — Aussi a-t-il été jugé que l'inscription du privilège de séparation des patrimoines pouvant être prise même par un créancier de la succession dépourvu de titre, il ne saurait résulter aucune nullité de l'inscription de ce qu'elle ne contiendrait pas la mention de la date et de la nature du titre de l'inscrivant. — Agen, 18 juill. 1894, Rigal, [S. et P. 95.2.177, D. 95.2.217]

151. — Et il en est ainsi, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où le créancier qui a requis l'inscription était dépourvu de titre, et le cas où l'inscription a été requise par un créancier muni d'un titre. — Même arrêt.

152. — Sur la nécessité de renouveler l'inscription prise pour le privilège de la séparation des patrimoines, V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1076.

153. — La question de savoir si l'art. 2161, C. civ., qui autorise la réduction des hypothèques (V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1646 et s.), s'applique à l'inscription de séparation des patrimoines est controversée. — V. dans le sens de la négative, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 3, n. 1921; Massigli, *Rev. crit.*, 1887, p. 362; Pont, t. 2, n. 572 et 600, et *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1077.

154. — Jugé, au contraire, que l'art. 2161, C. civ., qui autorise la réduction des inscriptions hypothécaires, peut être appliqué à l'inscription de séparation des patrimoines, à la condition que la réduction ne soit demandée qu'après l'expiration du délai de six mois pendant lequel d'autres créanciers peuvent, en inscrivant également la séparation des patrimoines, venir en concours avec le créancier premier inscrit. — Bordeaux, 6 mai 1897, Hérit. Duran et autres, [S. et P. 99.2.310, D. 97.2.95] — *Sic*, Colmet de Santerre, t. 9, n. 151 *bis*-XIII. — V. aussi note de M. Mérignhac, sous Paris, 17 avr. 1884, Descroix, [D. 86.2.81]

155. — Mais la demande de réduction de l'inscription de séparation du patrimoine doit être rejetée, lorsqu'elle tend à cantonner l'inscription sur un immeuble dont le prix n'est pas payé, (Même arrêt). Cette solution ne peut faire difficulté. Si l'on admet que l'inscription de séparation des patrimoines peut être réduite, dans les termes de l'art. 2161, C. civ., encore faut-il qu'elle soit cantonnée sur des immeubles suffisants. Or, il n'en est pas ainsi d'immeubles successoraux dont le prix n'a pas été payé, et sur lesquels, par suite, les créanciers héréditaires peuvent être primés par le privilège du vendeur non payé (C. civ., art. 2103).

156. — En droit commun, aux termes des art. 2146, C. civ., et 448, C. comm., l'acceptation bénéficiaire, la vacance d'une succession, la faillite mettent obstacle à l'inscription (V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 2585 et s.). — Mais nous avons vu que le bénéfice de la séparation des patrimoines est acquis de plein droit, sans demande, ni inscription, lorsque la succession est bénéficiaire ou vacante (n. 17 et s.). Nous n'avons donc point à rechercher si ces deux événements empêchent une inscription réputée inutile dans l'espèce.

157. — En ce qui concerne l'effet de la faillite de l'héritier sur le droit qu'ont les créanciers du *de cujus* à demander la séparation des patrimoines et à prendre l'inscription prescrite par l'art. 2111, C. civ., il est évident que ce droit reste intact quand la succession est échue au failli postérieurement au jugement déclaratif. — V. *suprà*, vº *Faillite*, n. 787, et vº *Hypothèque*, n. 2394.

158. — Lorsque, par contre, la succession s'est ouverte antérieurement à ce jugement, nous trouvons une divergence d'opinions. Un premier système déclare que les créanciers du *de cujus* sont immédiatement forclos de leur droit et ne jouissent pas du délai de six mois que leur impartit l'art. 2111, C. civ. — V. *suprà*, vº *Faillite*, n. 788.

159. — Suivant un autre système, adopté par la jurisprudence, le jugement déclaratif de faillite ne met obstacle ni à la demande en séparation des patrimoines, ni à l'inscription prescrite par l'art. 2111, C. civ., pour en assurer le bénéfice, les raisons qui ont fait instituer la séparation des patrimoines au profit des créanciers héréditaires existant dans toute leur force, malgré la faillite de l'héritier. — Cass., 22 juin 1841, Deleutre, [S. 41.1.723, P. 41.2.340] — Paris, 23 mars 1824, Remy, [S. et P. chr.] — Nîmes, 27 janv. 1840, Deleutre, [S. 40.2.368, P. 40.1.444] — Paris, 30 nov. 1861, Pilatre-Jacquin, [P. 62.754] — Montpellier, 2 avr. 1868, Campergue, [S. 68.2.283, P. 68.1028] — Trib. Narbonne, 9 août 1891, [La Loi, 16 févr. 1892]; — 9 févr. 1892, [*Gaz. Pal.*, 92.1. *Suppl.*, 30] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 198; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 485; Barafort, n. 109 et 155; de Fréminville, *Minorité*, t. 1, n. 396; Masson, *Séparation des patrim.*, n. 147 et s.; Mourlon, *Transcription*, t. 2, n. 740; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Tr. du nantissement et des priv. et hyp.*, t. 1, n. 868; Troplong, *Priv. et hyp.*, t. 3, n. 651; Pont, *Tr. des priv. et hyp.*, t. 2, n. 900 et s.; Demangeat, sur Bravard, *Tr. de dr. comm.*, 2e édit., t. 5, p. 294, note; Nicolas, *Des effets de la faillite relativement aux priv. et hypt.*, p. 221; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, t. 4, vº *Faillite*, n. 457; Le Sellyer, *Comment. du titre des success.*, t. 3, n. 1752.

160. — Jugé, d'après ce système, que le créancier hypothécaire d'une succession échue à un commerçant est recevable à former une demande en séparation de patrimoines après la faillite, bien qu'un arrêt passé en force de chose jugée ait annulé l'inscription qu'il avait prise depuis la faillite, contre le failli personnellement, sur les immeubles du défunt. — Cass., 22 juin 1841, précité. — Nîmes, 27 janv. 1840, précité.

161. — ... Que la séparation des patrimoines peut être demandée par les créanciers du défunt plus de six mois après l'ouverture de la succession, et être utilement inscrite même postérieurement à la déclaration de faillite de l'héritier. Les art. 2146, C. civ., et 448, C. comm., sont ici sans application. — Paris, 30 nov. 1861, précité. — Montpellier, 2 avr. 1868, précité.

162. — ... Pourvu toutefois que cette inscription précède celle prise par les syndics, au profit de la masse, conformément à l'art. 490, C. comm. — Paris, 30 nov. 1861, précité.

163. — ... Que la séparation des patrimoines peut être utilement inscrite après la faillite de l'héritier, aussi longtemps que l'immeuble reste aux mains de ce dernier, ou que le prix en est encore dû; ici ne s'applique pas l'art. 448, C. comm. — Bordeaux, 19 févr. 1895, Courpon, [S. et P. 96.2.27, D. 96.2.276]

164. — Jugé même, que l'inscription prise, en vertu de l'art. 500, C. comm., par les syndics de la faillite d'un héritier, sur la part des immeubles à lui échue dans une succession, ne confère aux créanciers du failli aucun droit d'hypothèque au préjudice des créanciers de la succession et ne fait point obstacle à ce que ceux-ci demandent la séparation des patrimoines, bien qu'ils n'aient pas pris inscription dans le délai de l'art. 2111, C. civ. — Bourges, 20 août 1832, Devaux, [S. 33.2.635, P. chr.]

165. — Il a été jugé restrictivement qu'un créancier du défunt a pu, s'il n'y a eu ni dol, ni fraude de sa part, faire valablement inscrire le privilège de séparation des patrimoines bien que l'héritier fût en état de cessation de paiements, s'il n'était pas encore en faillite déclarée. — Grenoble, 21 juin 1841, Collin et Perret, [S. 42.2.355, P. 43.1.39]

166. — Une autre cause mettant obstacle, en droit commun, à l'inscription des privilèges et hypothèques, est écrite dans l'art. 6, L. 23 mars 1855, sur la transcription, aux termes duquel, après la transcription de l'acte d'aliénation, le créancier ne peut plus prendre utilement inscription (V. *suprà*, vº *Hypothèque*, n. 2555 et s.). La transcription de l'acte d'aliénation des immeubles héréditaires empêchera-t-elle les créanciers séparatistes d'inscrire la séparation même s'ils sont encore dans les six mois impartis par l'art. 2111? La réponse à cette question dépend du caractère que l'on attribue au bénéfice résultant de la séparation des patrimoines. — V. *suprà*, vº *Privilèges*, n. 1074 et 1075.

CHAPITRE VI.

SUR QUELS BIENS S'EXERCE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

167. — La séparation des patrimoines, on le sait, a pour objet d'empêcher la confusion des biens de la succession et des biens personnels de l'héritier; le bénéfice qui en résulte ne peut donc s'appliquer qu'aux biens qui font partie de la succession. Mais ces biens, elle les embrasse tous, en principe : les biens meubles et les biens immeubles, les biens corporels et les biens incorporels, en tant qu'ils constituent le gage des créanciers et légataires. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3127; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 619, p. 332; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 476; Demolombe, t. 17, n. 128; Laurent, t. 10, n. 20.

168. — Toutefois il est permis de ne demander la séparation des patrimoines que sur certains de ces biens seulement; dans ce cas elle est limitée à l'étendue de la demande elle-même. — Chabot, sur l'art. 880, n. 2; Demante, t. 3, n. 219 *bis*-I; Demolombe, t. 17, n. 135; Barafort, n. 6 et 32; Le Sellyer, t. 3, n. 1698; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3135.

169. — Faute d'inventaire établissant la consistance des biens héréditaires, les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines sont tenus d'établir cette consistance. La preuve doit en être faite suivant les modes de droit commun; par suite, la preuve testimoniale n'est admise que jusqu'à la somme de 150 fr. — Demante, t. 3, n. 221 *bis*-III; Laurent, t. 10, n. 26; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3136.

170. — Puisque le privilège de la séparation des patrimoines ne peut porter que sur les biens qui font partie de la succession, il ne saurait par suite atteindre des biens dont le *de cujus* s'est dessaisi en faveur de son héritier par une donation entre-vifs; ces biens, en effet, sont des biens personnels de l'héritier. — V. Demolombe, t. 17, n. 129; Barafort, n. 48.

171. — Cette solution, qui ne saurait faire difficulté au cas de donation pure et simple de biens présents, doit également être étendue au cas où le *de cujus* a disposé de ses biens présents au profit de ses héritiers par un partage d'ascendant en forme de donation; le partage d'ascendant a, en effet, eu pour résultat, dans cette hypothèse, d'approprier les héritiers donataires des biens à eux donnés, qui, par suite, au jour où s'ouvre la succession, sont des biens personnels des héritiers, et non des biens de la succession sur lesquels puisse s'exercer le privilège de séparation des patrimoines. Jugé en ce sens que le privilège de la séparation des patrimoines ne pouvant s'exercer que sur les biens de l'hoirie possédés comme tels par l'héritier, les créanciers de la succession ne sont pas recevables à inscrire le privilège de la séparation des patrimoines sur des immeubles qui sont advenus aux héritiers en vertu d'une donation-partage de ses biens présents, à eux faite par le *de cujus*. — Rouen, 17 mars 1897, Bailleul, [S. et P. 98.2.51] — V. Barafort, n. 47; Dufresne, n. 55.

172. — Il importe peu que les biens donnés soient rentrés dans la masse à partager par l'effet du rapport à succession, le rapport ne pouvant profiter aux créanciers. — Même arrêt. — C'est un point certain en doctrine que la séparation des patrimoines ne peut atteindre les biens que l'héritier donataire est tenu de rapporter à la succession; la raison en est qu'aux termes de l'art. 857, C. civ., le rapport n'est dû par le cohéritier qu'à ses cohéritiers, et non aux créanciers de la succession (V. *suprà*, vº *Rapport à succession*, n. 233 et s.). — V. en ce sens, Delvincourt, t. 2, p. 382; Duranton, t. 7, n. 193; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, texte et note 12, p. 332; Demante, t. 3, n. 219 *bis*-II; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 23, p. 478; Laurent, t. 10, n. 21; Huc, t. 5, n. 426; Demolombe, t. 17, n. 129; Le Sellyer, t. 3, n. 1688; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3134; Grenier, t. 1, n. 436; de Fréminville, t. 1, n. 426; Masson, n. 58; Dollinger, n. 67; Dufresne, n. 52; Barafort, n. 48 et 131.

173. — La séparation des patrimoines peut être demandée par

les créanciers du défunt et l'inscription qu'ils sont tenus de prendre sur les immeubles de la succession pour conserver le privilège de la séparation des patrimoines peut être prise par eux aussi bien pour les immeubles indivis avec des tiers que pour ceux appartenant exclusivement au défunt; mais, pour les premiers, l'efficacité et l'étendue de cette inscription est subordonnée au résultat du partage. — Cass., 29 janv. 1900, Caisse industr. de Saint-Quentin, [S. et P. 1900.1.69, D. 1900.1.2[illegible]

174. — Cette règle s'applique spécialement en cas d'acceptation de la communauté, aux immeubles en dépendant, qui sont indivis entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé. — Même arrêt. — Si le lot des héritiers du mari, après le résultat du partage, comprend des immeubles, ceux-ci, par suite de l'effet déclaratif, devront être considérés comme ayant fait intégralement partie de sa succession; si aucun immeuble n'est attribué à la succession, l'inscription sera non avenue. — V. en ce sens, Guillouard, *Tr. des priv. et hyp.*, t. 3, n. 1332; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 865; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3129. — V. Cass., 15 juill. 1891, Hacquart, [illegible] et Cie, [S. 91.1.409, P. 91.1.996, D. 93.1.465] — et la note sous Cass., 29 janv. 1900, précité.

175. — Jugé, dans le même sens, que si l'inscription du privilège de la séparation des patrimoines ne peut être prise que sur les immeubles de la succession du *de cujus*, et si, en conséquence, elle doit respecter la copropriété que la femme acceptante a sur les immeubles de la communauté, elle peut néanmoins être prise sur ces immeubles pour la part qui doit revenir au *de cujus* par l'effet du partage, cette part étant censée, par la fiction de l'art. 883, C. civ., avoir toujours fait partie de son patrimoine depuis la dissolution de la communauté. — Douai, 5 mars 1897, Lebègue et Maillet, [S. et P. 99.2.39, D. 97.2.220

176. — La séparation des patrimoines s'applique non seulement aux immeubles de la succession, mais encore aux fruits de ces immeubles, tant qu'ils se trouvent aux mains de l'héritier ou de ses fermiers. — Barafort, n. 137; Masson, n. 60; Dufresne, n. 118; Demolombe, t. 17, n. 132; Laurent, t. 10, n. 22; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et notes 21 et 22, p. 477; Huc, t. 5, n. 426; Le Sellyer, t. 3, n. 1689; Thiry, t. 2, n. 242; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3128. — Il en est de même pour les fruits civils, notamment pour les intérêts des créances ou valeurs de la succession. — Demolombe, *loc. cit.*

177. — Jugé que le privilège que la séparation des patrimoines permet aux créanciers du défunt d'exercer sur les immeubles de la succession, tant qu'ils sont dans la possession de l'héritier, s'étend pareillement aux fruits de ces immeubles : ce privilège peut être exercé sur les fruits tant qu'ils sont dans les mains de l'héritier ou de ses fermiers. — Caen, 26 févr. 1849, Leguédois, [S. 49.2.528, P. 50.2.368, D. 51.2.236]

178. — Et, dans ce cas, on doit considérer comme n'étant pas sortis des mains de l'héritier ou de ses fermiers les fermages qui ont été consignés par ceux-ci, même sur la sommation des créanciers personnels de l'héritier. — Même arrêt.

179. — Il est généralement admis que les rentes sur l'Etat, à raison de leur insaisissabilité, ne sont point soumises au privilège de la séparation des patrimoines. — V. *suprà*, v° *Dette publique*, n. 289 et s.

180. — La séparation des patrimoines s'exerce généralement sur les biens et droits quelconques qui appartiennent au défunt, et tout aussi bien sur le prix resté dû des immeubles vendus, qu'elle s'exercerait sur les immeubles eux-mêmes, s'ils existaient encore en nature. Le prix forme alors une créance héréditaire. — Cass., 16 juill. 1828, Paulet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 204; Barafort, n. 110; Laurent, t. 10, n. 23; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3130.

181. — Et il en est ainsi alors même qu'il s'agirait d'un immeuble vendu par le défunt à son héritier. — Même arrêt.

182. — En conséquence, le légataire d'une partie de ce prix est fondé, en cas de vente judiciaire de l'immeuble sur l'héritier, à demander qu'il soit distrait du montant de l'adjudication une somme suffisante pour le remplir de son legs, sans que les créanciers personnels et hypothécaires de cet héritier puissent légitimement contester cette prétention. — Même arrêt.

183. — Il est même admis que la séparation des patrimoines s'exerce sur le prix encore dû des immeubles du défunt vendus par l'héritier ou à son préjudice : dans ce cas le prix représente l'immeuble à l'égard des créanciers du défunt. — Cass., 8 sept. 1806, Magne, [S. et P. chr.]; — 17 oct. 1809, Guadin, [S. et P. chr.]; — 25 juin 1828, [illegible], [S. et P. chr.]; — 22 [illegible] 1841, Deleutre, [S. 41.1.[illegible], P. 41.2.[illegible]]; — [illegible] août 1860, [illegible], [S. 61.1.2[illegible], P. [illegible], D. [illegible].1.500] — Rouen, 9 déc. 1813, N..., [P. chr.] — Poitiers, 28 janv. 1823, de Beaumont, [S. et P. chr.] — Caen, 20 août 1824, [illegible], [P. chr.] — [illegible], 30 [illegible] 1841, [illegible], [S. 42.2.[illegible]] — Nîmes, 27 janv. 1840, Deleutre, [S. 40.2.368, P. 40.1.444]; — 21 juill. 1852, Arlhac, [S. 53.2.701, P. [illegible], D. [illegible]] — Gand, 2[illegible] juin 18[illegible], [illegible], [D. 98.2.125] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Séparat. des patrim.*, § 3, n. 2; Delvincourt, t. 2, p. [illegible]; Toullier, t. 4, n. 54[illegible]; Grenier, t. 2, n. 430; [illegible], t. [illegible], n. 407; Chabot, sur l'art. 880, n. [illegible]; Duranton, t. 7, n. [illegible]; Vazeille, sur l'art. 880, n. 3; Troplong, *Hypoth.*, t. 2, n. [illegible]; [illegible], n. 102; Dufresne, n. 41, 46, 53; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 477; Demolombe, t. 17, n. 181 et 202; Laurent, t. 10, n. [illegible]; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3130.

184. — Jugé que la séparation des patrimoines peut encore être demandée [illegible] par l'héritier, tant que le prix n'en a pas encore été distribué. — Cass., 25 juin 1828, précité. — Poitiers, 28 janv. 1823, précité. — Caen, 20 août 1824, précité.

185. — Mais pour que la séparation des patrimoines puisse s'exercer sur le prix, il faut que ce prix soit encore dû à l'héritier lui-même. — Cass., 27 juill. 1813, [illegible], [S. et P. chr.] — *Sic*, Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 6; Merlin, *Rép.*, v° *Séparat. des patrim.*, § 3, n. 2; Grenier, t. 2, n. 430; Chabot, sur l'art. 880, n. 7; Duranton, t. 7, n. 490; Vazeille, sur l'art. 880, n. 9; Dollinger, n. 69; Dufresne, n. 87; Demolombe, t. 17, n. 186; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 22, p. 477; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3131. — V. aussi *infrà*, n. 278 et s.

186. — On ne peut donc plus demander la séparation des patrimoines lorsque les biens du défunt ont été vendus par expropriation et les créanciers de l'héritier et du défunt colloqués sur les deniers à distribuer. — Besançon, 11 févr. 1813, Coras, [P. chr.] — V. dans le même sens, Montpellier, 26 févr. 1810, Albarel, [S. et P. chr.]

187. — Il en serait de même si le prix n'était plus dû à l'héritier lui-même : par exemple si le prix ayant été payé une première fois au vendeur, les créanciers de celui-ci poursuivaient l'acquéreur à fin de nouveau paiement faute par lui d'avoir rempli les formalités de la purge. — Cass., 27 juill. 1813, précité — *Sic*, Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 6; Merlin, *Rép.*, v° *Séparat. des patrim.*, § 3, n. 2; Grenier, t. 2, n. 430; Chabot, sur l'art. 880, n. 7; Duranton, t. 7, n. 490; Dollinger, n. 69; Dufresne, n. 87; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 26, p. 479; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3132.

188. — De même encore, l'action en séparation des patrimoines n'est pas recevable lorsque, les biens de la succession ayant été vendus par l'héritier, une partie du prix a été compensée avec ce qui était dû à l'acquéreur par l'héritier, et le surplus délégué aux créanciers personnels de ce dernier. Les choses, dans cet état, ne sont plus entières. — Grenoble, 21 avr. 1823, Allard, [S. et P. chr.] — *Sic*, Vazeille, sur l'art. 880, n. 10; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 68; Dufresne, n. 88; Demolombe, t. 17, n. 180; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 26, p. 479; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3132. — V. aussi Cass., 28 avr. 1840, Pâté des Ormes, [S. 40.1.821, P. 40.2.191]

189. — Mais le dépôt du prix à la Caisse des dépôts et consignations n'est pas considéré comme un paiement de ce prix mettant obstacle à la séparation des patrimoines. — Caen, 26 févr. 1849, Leguédois, [S. 49.2.528, P. 50.2.368, D. 51.2.236] — Agen, 22 févr. 1884 [*Rec. Agen*, 1886, p. 24] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3132.

190. — Sur le point de savoir si, à supposer que l'acquéreur de l'immeuble ait payé son prix et qu'on puisse invoquer contre lui une inscription régulièrement prise, il pourra être attaqué par le créancier qui demande, après l'aliénation et le paiement du prix, la séparation des patrimoines, V. *infrà*, n. 398 et s.

191. — La séparation des patrimoines peut être demandée, après un échange des immeubles du défunt, à l'égard des biens reçus par l'héritier en contre-échange. — Nîmes, 21 juill. 1852, précité. — Bordeaux, 22 nov. 1894, sous Cass., 22 févr. 1897, Raugier, [S. et P. 98.1.77, D. 96.2.235] — *Sic*, Grenier, t. 2. n. 429; Dufresne, n. 49; Masson, n. [illegible]; Pont, n. [illegible]; Barafort, n. 140; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 380, note 1[illegible],

p. 333; Demolombe, t. 17, n. 182; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 20, p. 477; Laurent, t. 10, n. 24; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3133. — *Contrà*, Dubreuil, *Essai sur la séparat. des patrim.*, ch. 8, § 1, n. 3.

192. — Mais l'immeuble aliéné par l'héritier sous faculté de réméré ne peut être suivi, de la part du créancier, par l'action en séparation de patrimoines. — Grenier, *loc. cit.*

193. — Il est généralement admis que, comme pour le prix des immeubles non payés (V. *suprà*, n. 180), la séparation des patrimoines peut être demandée pour le prix encore dû des meubles héréditaires aliénés par l'héritier. — Merlin, *Rép.*, v° *Séparat. des patrim.*, § 3, n. 2; Malpel, n. 218, Demante, t. 3, n. 221 *bis*-11; Dufresne, n. 48; Barafort, n. 97; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 476; Demolombe, t. 17, n. 181; Laurent, t. 10, n. 27; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3121 et 3166.

194. — L'effet de la séparation des patrimoines, étant de maintenir intacte la succession au profit des créanciers héréditaires, ces derniers ne doivent pas souffrir un préjudice quelconque du fait qu'un acte juridique concernant leur gage aurait été accompli par l'héritier, et non par le défunt. La séparation des patrimoines est la survie fictive du *de cujus*, la personnification de sa succession séparée de la personne de l'héritier. Il s'ensuit que les droits ayant pu résulter au profit du défunt du paiement qu'il aurait opéré se produisent au profit de sa succession, si c'est elle qui fait le paiement, et ainsi au profit des créanciers héréditaires. Ceux-ci pourront notamment se prévaloir de la subrogation légale établie par l'art. 1251, n. 3. Aussi bien, la séparation des patrimoines n'empêche pas l'héritier d'être le représentant du défunt. Les actes qu'il accomplit sont réputés accomplis par le *de cujus;* le paiement qu'il opère produit les mêmes effets que s'il était opéré par le défunt lui-même, et donne, par suite, ouverture à la subrogation légale de l'art. 1251, C. civ., au profit des créanciers héréditaires.

195. — Conformément à ce principe, il a été jugé que la séparation des patrimoines faisant cesser la confusion entre le patrimoine du *de cujus* et celui de l'héritier, et ayant pour effet de mettre à part, non seulement les biens compris dans la succession du défunt au jour de son décès, mais encore les droits pouvant résulter d'une subrogation à son profit dans lesdits biens ou de toute autre cause d'acquisition par voie de remplacement, il s'ensuit que la subrogation légale qui se serait attachée au paiement fait par le *de cujus* doit s'attacher au paiement effectué avec des valeurs provenant de sa succession. — Bordeaux, 22 nov. 1894, sous Cass., 23 févr. 1897, Raugier, [S. et P. 98.1.77, D. 1900.1.597]

196. — Ainsi, le paiement de la totalité de la dette, fait, après son décès, par la succession de l'une des deux cautions solidaires, a pour effet, au cas de séparation des patrimoines, de subroger légalement la succession, c'est-à-dire les créanciers héréditaires, dans les droits du créancier contre l'autre caution. — Même arrêt.

197. — Jugé, également, que la séparation des patrimoines peut être demandée à l'égard des sommes employées par l'héritier à payer des dettes de la succession; et, en pareil cas, elle a pour effet de subroger le créancier qui la demande dans les droits et actions des créanciers remboursés. — Nîmes, 21 juill. 1852, Arbaud, [S. 53.2.701, P. 55.1.132, D. 54.2.206]

198. — D'une manière générale, la séparation des patrimoines produit effet sur les créances que le défunt pouvait avoir contre l'héritier : elle empêche à cet égard toute confusion. — Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, n. 24; Barafort, n. 24; Masson, n. 61; Demolombe, t. 17, n. 133; Laurent, t. 10, n. 20.

199. — Ainsi, la séparation des patrimoines fait revivre les rentes qui sont dues au défunt par l'héritier et qui s'étaient éteintes par confusion. — Paris, 14 flor. an XI, Savalette, [S. et P. chr.]

200. — A l'inverse, comme la séparation des patrimoines ne porte pas sur les biens de l'héritier, elle ne s'applique pas aux créances que ce dernier peut avoir contre la succession, lesquelles ne sont pas considérées comme éteintes par confusion vis-à-vis des créanciers ayant demandé la séparation. — Demolombe, t. 17, n. 133; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3134.

201. — Elle ne s'applique pas non plus aux sommes attribuées à l'héritier, en réparation du meurtre du *de cujus*. — Demolombe, t. 17, n. 130; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3134.

CHAPITRE VII.

EXTINCTION DU DROIT DE DEMANDER LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Section I.

Déchéances relativement à la demande en séparation des patrimoines.

202. — Plusieurs causes, sans parler ici de la prescription dont nous traiterons plus loin, peuvent entraîner la déchéance du droit de demander la séparation des patrimoines. Une première cause, principale et directe, se rencontre dans la renonciation à ce droit se produisant par l'acceptation de l'héritier comme débiteur, et désignée par le législateur sous le nom de novation. Nous rencontrerons ensuite une autre cause de déchéance dans la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier. La loi ne parle point de celle-ci; mais elle n'en doit pas moins être relevée, puisque dès qu'il y a confusion des deux patrimoines, la séparation n'est plus possible. Enfin une troisième cause de déchéance résultera de l'aliénation des biens héréditaires. Cette dernière est écrite dans l'art. 880 pour les immeubles seulement; mais nous verrons qu'elle s'applique aussi aux meubles.

§ 1. *Déchéance résultant de la novation.*

203. — Aux termes de l'art. 879, C. civ., le droit de demander la séparation des patrimoines ne peut plus être exercé lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Il s'agit ici d'une novation particulière qui n'a ni le caractère, ni les effets de la novation en général (C. civ., art. 1271), et qui se réduit à l'acceptation de l'héritier pour débiteur. — Grenier, *Hypoth.*, n. 426; Chabot, sur l'art. 879, n. 2; Vazeille, sur l'art. 879, n. 1; Toullier, t. 7, n. 283; Rolland de Villargues, v° *Sépar. des patrim.*, n. 21; Delvincourt, t. 2, p. 56, note 6; Belost-Jolimont, sur Chabot, sur l'art. 879, obs. 1; de Fréminville, t. 1, n. 418 et s.; Masson, n. 30; Dollinger, n. 74; Barafort, n. 60; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, §385, note 20, p. 340; Duranton, t. 7, n. 494; Fouët de Conflans, sur l'art. 879; Demolombe, t. 17, n. 157 et s.; Larombière, *Tr. des oblig.*, sur l'art. 1273, n. 12; Thiry, t. 2, n. 245; Huc, t. 5, n. 413; Laurent, t. 10, n. 41; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 6, p. 472; Wahl, note sous Grenoble, 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81]; de Loynes, note sous Aix, 4 déc. 1893, Buech-Randon, [D. 95.2.273]; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3153. — V. cep. Genty, *Rev. crit.*, 1856, t. 8, p. 352 et s.; Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, t. 37, p. 399, n. 414; Le Sellyer, t. 3, n. 1706.

204. — La novation de l'art. 879 se produit même lorsque l'héritier a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. Cette qualité ne saurait, en effet, empêcher le créancier d'accepter l'héritier pour son débiteur personnel. — Cass., 30 janv. 1834, Dabadie, [P. chr.] — Grenoble, 10 avr. 1824, Bouillaton, [P. chr.] — *Sic*, Barafort, n. 72; Laurent, t. 10, n. 54; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3164.

205. — Mais l'art. 879 est sans application au cas où la séparation des patrimoines résulte de l'acceptation bénéficiaire par suite de l'état de minorité des héritiers, car la séparation provient alors d'une situation indivisible qu'il ne saurait dépendre des créanciers de faire cesser. — Nîmes, 5 mars 1855, Julian, [D. 55.2.163] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 54.

1° *Cas dans lesquels se produit la novation prévue par l'art. 879, C. civ.*

206. — Pour qu'il y ait novation empêchant, aux termes de l'art. 879, C. civ., la demande en séparation des patrimoines, il faut un acte d'où l'on puisse nécessairement induire, chez le créancier, la volonté d'accepter l'héritier pour débiteur. Cette acceptation peut être expresse ou tacite. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3152.

207. — I. *Acceptation de l'héritier pour débiteur.* — D'après le Code civil, l'acceptation expresse que le créancier de la succession fait de l'héritier pour débiteur suffit sans autres circonstances pour constituer la novation et empêcher ce créancier de demander la séparation des patrimoines. Il en était de même sous l'ancienne jurisprudence. — Pothier, *Success.*, chap. 5, art. 4

Grenier, *Hypoth.*, n. 426; Delvincourt, t. 2, p. 176; Chabot, sur l'art. 879, n. 3; Vazeille, sur l'art. 879, n. 1; Duranton, t. 7, n. 494 et s.; Laurent, t. 10, n. 40.

208. — Il n'y a donc difficulté que lorsque l'acceptation est tacite. Alors quand pourra-t-on dire qu'il y a intention de faire novation? Cela dépendra nécessairement des circonstances. Dans tous les cas, il ne faut pas perdre de vue que la novation étant de la part des créanciers du défunt une véritable renonciation aux droits qui leur compétaient d'une manière exclusive sur les biens de leur débiteur, ne peut s'induire contre eux que de faits qui entraînent nécessairement, de leur part, la volonté d'accepter l'héritier pour débiteur à la place du défunt. — Nîmes, 27 janv. 1840, Deleutre, [S. 40.2.368, P. 40.1.444] — V. aussi *infrà*, n. 253 et s.

209. — A cet égard, les auteurs ont posé quelques règles. Suivant eux, il y a novation si le créancier a reçu de l'héritier un gage, une caution, lors même qu'ils seraient insuffisants. Le créancier alors annonce l'intention de profiter de la confusion au lieu de s'y opposer. — Chabot, *loc. cit.*; Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, *loc. cit.*; Demolombe, t. 17, n. 163; Laurent, t. 10, n. 47; Thiry, t. 2, n. 245; Huc, t. 5, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3155; Barafort, n. 65 et s.; Masson, n. 36; Dollinger, n. 78; Fouët de Conflans, sur l'art. 879, n. 1.

210. — Il a été jugé en ce sens qu'il faut que l'acceptation de l'héritier pour débiteur soit formelle; et que, si elle ne l'est pas, l'intention d'innover, de la part du créancier, doit résulter d'actes, tels qu'un gage, une affectation hypothécaire, établissant une amélioration évidente dans la condition du créancier. — Grenoble, 9 août 1826, Rey, [P. chr.] — V. cepend. *infrà*, n. 255 et s.

211. — Ainsi le créancier qui prend inscription directement contre l'héritier de son débiteur, est censé l'accepter pour débiteur et devient, dès lors, non recevable à demander la séparation des patrimoines. — Liège, 13 mars 1811, Degrady, [S. et P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 47.

212. — Dans le même ordre d'idées, il y aura novation empêchant de demander la séparation des patrimoines, si le créancier a stipulé que les héritiers seraient tenus solidairement à son égard. — Trib. Auxerre, 4 août 1897, [*Gaz. des Trib.*, 11 nov. 1897]

213. — Il y aura encore novation s'il est intervenu un acte par lequel l'héritier a pris l'engagement personnel de payer le créancier, acte passé « avec le créancier ou accepté par lui ». Dès lors, la novation peut être considérée comme résultant soit de l'acquiescement par le créancier à la stipulation d'un acte de donation qui met à la charge du donataire toutes les dettes du donateur, soit de l'acceptation par lui faite d'un contrat d'antichrèse consenti à son profit par le donataire. — Bordeaux, 10 avr. 1845, Gillet, [S. 47.2.166, P. 48.1.562, D. 45.4.16]

214. — Tel est aussi le cas où le créancier d'une succession a approuvé l'acte passé en son absence par l'héritier qui, en reconnaissant la dette, s'est obligé personnellement au paiement, mais suivant un autre mode. Ce créancier est censé avoir donné cette approbation, en demandant l'exécution de cet acte. — Cass., 7 déc. 1814, Hospices de Clermont, [S. et P. chr.]

215. — Il a été jugé que l'acte de vente de droits successifs, entre cohéritiers, moyennant une rente constituée, constitue une novation suffisante pour faire rejeter la séparation des patrimoines invoquée par le cédant. — Aix, 3 déc. 1831, Autric, [P. chr.] — *Sic*, Barafort, n. 70. — Mais l'opinion contraire a été consacrée par la Cour suprême. — V. *infrà*, n. 261.

216. — Toujours dans le même ordre d'idées, il y aurait novation dans l'acceptation d'une délégation ou des actes récognitifs par lesquels l'héritier ou des acquéreurs de l'héritier auraient pris l'engagement de payer un créancier. — Caen, 10 nov. 1824, Caille de Rencherolles, [P. chr.]

217. — Le fait également par un créancier de la succession de se faire consentir, pour assurer le paiement de sa créance, un engagement personnel de l'héritier, avec le concours et la garantie d'un tiers étranger à la succession, emporte novation par acceptation de l'héritier pour débiteur, et rend, dès lors, ce créancier irrecevable à demander la séparation des patrimoines. — Paris, 2 nov. 1889, Delarue, [S. 90.2.215, P. 90.1.1201, D. 90.2.285] — *Sic*, Dollinger, n. 77; Demolombe, t. 17, n. 163; Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Barafort, n. 62; Masson, n. 36; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 341; Laurent, t. 10, n. 47; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3155.

218. — De même, la conversion d'un capital exigible en une rente viagère, sans réserve des privilèges attachés à la créance primitive, emporte novation. En conséquence, lorsqu'une telle convention a été consentie de la part de l'héritier débiteur et acceptée par le créancier, celui-ci ne peut plus demander la séparation des patrimoines. — Caen, 21 oct. 1826, Fouet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 165; Barafort, n. 67 et 68; Vigié, t. 2, n. 459; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3160.

219. — Les créanciers d'une succession qui ont traité, quant à leurs créances, avec l'un des héritiers, non pas comme liquidateur de la succession, mais comme gérant d'une société par lui constituée pour la continuation des affaires du défunt, notamment en laissant leurs fonds dans la caisse de cette société, en acceptant sans protestation les comptes courants arrêtés chaque année et en subissant une réduction d'intérêts imposée par une circulaire à tous les créanciers de la société, doivent être considérés comme ayant opéré la novation prévue par l'art. 879, C. civ., c'est-à-dire comme ayant accepté pour débiteur l'héritier avec lequel ils ont ainsi traité. Ils ne peuvent plus, dès lors, aux termes dudit article, demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de cet héritier. — Cass., 3 févr. 1857, Villars, [S. 57.1.321, P. 57.841, D. 57.1.49

220. — Mais ces créanciers ne sauraient être considérés comme ayant opéré la novation prévue par l'art. 1271 du même Code, c'est-à-dire comme ayant consenti à décharger de la dette de la succession envers eux tous les héritiers indistinctement, et à accepter pour débitrice en leurs lieu et place, la société. — Même arrêt.

221. — Il y aura encore novation si le créancier accepte une délégation de l'héritier, quoique le débiteur délégué devienne insolvable et que l'héritier n'ait pas été déchargé. — Duranton, t. 7, n. 495; Dufresne, n. 28; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-II; Demolombe, t. 17, n. 163; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3158. — *Contrà*, Vazeille, sur l'art. 879, n. 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 340.

222. — Enfin, d'après une opinion, il y aura novation si le créancier vote au concordat de l'héritier tombé en faillite, s'il ouvre un crédit à l'héritier. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3159. — *Contrà*, Trib. Seine, 26 juill. 1892, [*J. La Loi*, 15 nov. 1892]

223. — II. *Poursuites exercées sur les biens de l'héritier.* — C'est accepter l'héritier pour débiteur que de le poursuivre sur ses biens personnels, avant d'avoir épuisé tous ceux de la succession; il y a novation et renonciation au bénéfice de la séparation. — Cass., 9 janv. 1812, Gérard, [D. *Rép.*, v° *Succession*, n. 1438] — Grenoble, 24 mars 1896, Guillet et autres, [D. 98.2.89] — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 495; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 33; Dollinger, n. 78; Masson, n. 35; Barafort, n. 66; Demolombe, t. 17, n. 163; Laurent, t. 10, n. 48; Thiry, t. 2, n. 245; Huc, t. 5, n. 413; Vigié, t. 2, n. 459; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

224. — Ainsi, la sœur, légataire de l'auteur commun, pour une somme excédant sa légitime, qui a pris inscription sur les biens de son frère et exerce contre lui des poursuites en saisie immobilière, doit être considérée comme l'ayant accepté comme débiteur personnel. — Cass., 9 janv. 1812, précité.

225. — Pareillement, le créancier de la succession, qui a actionné l'héritier en remboursement de sa créance et requis l'inscription de l'hypothèque judiciaire résultant à son profit du jugement obtenu contre l'héritier, est déchu du droit de demander la séparation des patrimoines, par suite de la novation résultant de l'acceptation de l'héritier pour débiteur. — Trib. de l'Empire d'Allemagne, 30 déc. 1884 (motifs), X..., [S. 87.4.19, P. 87.2.31]

226. — Il a même été décidé que le créancier opère novation par le seul fait qu'il assigne l'héritier en paiement. — Chambéry, 11 janv. 1888 [*Gaz. des Trib.*, 22 janv. 1888] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 45; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156. — *Contrà*, Duranton, t. 7, n. 495; Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, p. 402, n. 417.

227. — Mais celui qui est à la fois créancier du défunt et de son héritier peut, après avoir dirigé contre ce dernier des poursuites infructueuses, demander la séparation des patrimoines, sans qu'on puisse lui opposer qu'il a fait novation en acceptant l'héritier pour débiteur. — Cass., 22 juin 1841, Deleutre, [S. 41.1.723, P. 41.2.339] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 167; Dufresne,

p. 333; Demolombe, t. 17, n. 182; Aubry et Rau, t. 6, § 619, note 20, p. 477; Laurent, t. 10, n. 24; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3133. — *Contra*, Dubreuil, *Essai sur la séparat. des patrim.*, ch. 8, § 1, n. 3.

192. — Mais l'immeuble aliéné par l'héritier sous faculté de réméré ne peut être suivi, de la part du créancier, par l'action en séparation de patrimoines. — Grenier, *loc. cit.*

193. — Il est généralement admis que, comme pour le prix des immeubles non payés (V. *suprà*, n. 180), la séparation des patrimoines peut être demandée pour le prix encore dû des meubles héréditaires aliénés par l'héritier. — Merlin, *Rép.*, v° *Séparat. des patrim.*, § 3, n. 2; Malpel, n. 218; Demante, t. 3, n. 221 *bis*-11; Dufresne, n. 48; Barafort, n. 97; Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 476; Demolombe, t. 17, n. 181; Laurent, t. 10, n. 27; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3121 et 3166.

194. — L'effet de la séparation des patrimoines, étant de maintenir intacte la succession au profit des créanciers héréditaires, ces derniers ne doivent pas souffrir un préjudice quelconque du fait qu'un acte juridique concernant leur gage aurait été accompli par l'héritier, et non par le défunt. La séparation des patrimoines est la survie fictive du *de cujus*, la personnification de sa succession séparée de la personne de l'héritier. Il s'ensuit que les droits ayant pu résulter au profit du défunt du paiement qu'il aurait opéré se produisent au profit de sa succession, si c'est elle qui fait le paiement, et ainsi au profit des créanciers héréditaires. Ceux-ci pourront notamment se prévaloir de la subrogation légale établie par l'art. 1251, n. 3. Aussi bien, la séparation des patrimoines n'empêche pas l'héritier d'être le représentant du défunt. Les actes qu'il accomplit sont réputés accomplis par le *de cujus;* le paiement qu'il opère produit les mêmes effets que s'il était opéré par le défunt lui-même, et donne, par suite, ouverture à la subrogation légale de l'art. 1251, C. civ., au profit des créanciers héréditaires.

195. — Conformément à ce principe, il a été jugé que la séparation des patrimoines faisant cesser la confusion entre le patrimoine du *de cujus* et celui de l'héritier, et ayant pour effet de mettre à part, non seulement les biens compris dans la succession du défunt au jour de son décès, mais encore les droits pouvant résulter d'une subrogation à son profit dans lesdits biens ou de toute autre cause d'acquisition par voie de remplacement, il s'ensuit que la subrogation légale qui se serait attachée au paiement fait par le *de cujus* doit s'attacher au paiement effectué avec des valeurs provenant de sa succession. — Bordeaux, 22 nov. 1894, sous Cass., 23 févr. 1897, Raugier, [S. et P. 98.1.77, D. 1900.1.597]

196. — Ainsi, le paiement de la totalité de la dette, fait, après son décès, par la succession de l'une des deux cautions solidaires, a pour effet, au cas de séparation des patrimoines, de subroger légalement la succession, c'est-à-dire les créanciers héréditaires, dans les droits du créancier contre l'autre caution. — Même arrêt.

197. — Jugé, également, que la séparation des patrimoines peut être demandée à l'égard des sommes employées par l'héritier à payer des dettes de la succession; et, en pareil cas, elle a pour effet de subroger le créancier qui la demande dans les droits et actions des créanciers remboursés. — Nîmes, 21 juill. 1852, Arbaud, [S. 53.2.701, P. 55.1.132, D. 54.2.206]

198. — D'une manière générale, la séparation des patrimoines produit effet sur les créances que le défunt pouvait avoir contre l'héritier : elle empêche à cet égard toute confusion. — Lebrun, liv. 4, chap. 2, sect. 1, n. 24; Barafort, n. 24; Masson, n. 61; Demolombe, t. 17, n. 133; Laurent, t. 10, n. 20.

199. — Ainsi, la séparation des patrimoines fait revivre les rentes qui sont dues au défunt par l'héritier et qui s'étaient éteintes par confusion. — Paris, 14 flor. an XI, Savalette, [S. et P. chr.]

200. — A l'inverse, comme la séparation des patrimoines ne porte pas sur les biens de l'héritier, elle ne s'applique pas aux créances que ce dernier peut avoir contre la succession, lesquelles ne sont pas considérées comme éteintes par confusion vis-à-vis des créanciers ayant demandé la séparation. — Demolombe, t. 17, n. 133; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3134.

201. — Elle ne s'applique pas non plus aux sommes attribuées à l'héritier, en réparation du meurtre du *de cujus*. — Demolombe, t. 17, n. 130; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3134.

CHAPITRE VII.

EXTINCTION DU DROIT DE DEMANDER LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Section I.

Déchéances relativement à la demande en séparation des patrimoines.

202. — Plusieurs causes, sans parler ici de la prescription dont nous traiterons plus loin, peuvent entraîner la déchéance du droit de demander la séparation des patrimoines. Une première cause, principale et directe, se rencontre dans la renonciation à ce droit se produisant par l'acceptation de l'héritier comme débiteur, et désignée par le législateur sous le nom de novation. Nous rencontrerons ensuite une autre cause de déchéance dans la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier. La loi ne parle point de celle-ci; mais elle n'en doit pas moins être relevée, puisque dès qu'il y a confusion des deux patrimoines, la séparation n'est plus possible. Enfin une troisième cause de déchéance résultera de l'aliénation des biens héréditaires. Cette dernière est écrite dans l'art. 880 pour les immeubles seulement; mais nous verrons qu'elle s'applique aussi aux meubles.

§ 1. *Déchéance résultant de la novation.*

203. — Aux termes de l'art. 879, C. civ., le droit de demander la séparation des patrimoines ne peut plus être exercé lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Il s'agit ici d'une novation particulière qui n'a ni le caractère, ni les effets de la novation en général (C. civ., art. 1271), et qui se réduit à l'acceptation de l'héritier pour débiteur. — Grenier, *Hypoth.*, n. 426; Chabot, sur l'art. 879, n. 2; Vazeille, sur l'art. 879, n. 1; Toullier, t. 7, n. 283; Rolland de Villargues, v° *Sépar. des patrim.*, n. 21; Delvincourt, t. 2, p. 56, note 6; Belost-Jolimont, sur Chabot, sur l'art. 879, obs. 1; de Fréminville, t. 1, n. 418 et s.; Masson, n. 30; Dollinger, n. 74; Barafort, n. 60; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 20, p. 340; Duranton, t. 7, n. 494; Fouët de Conflans, sur l'art. 879; Demolombe, t. 17, n. 157 et s.; Larombière, *Tr. des oblig.*, sur l'art. 1273, n. 12; Thiry, t. 2, n. 245; Huc, t. 5, n. 413; Laurent, t. 10, n. 41; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 6, p. 472; Wahl, note sous Grenoble, 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81]; de Loynes, note sous Aix, 4 déc. 1893, Buech-Randon, [D. 95.2.273]; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3153. — V. cep. Genty, *Rev. crit.*, 1856, t. 8, p. 352 et s.; Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, t. 37, p. 399, n. 414; Le Sellyer, t. 3, n. 1706.

204. — La novation de l'art. 879 se produit même lorsque l'héritier a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. Cette qualité ne saurait, en effet, empêcher le créancier d'accepter l'héritier pour son débiteur personnel. — Cass., 30 janv. 1834, Dabadie, [P. chr.] — Grenoble, 10 avr. 1824, Bouillaton, [P. chr. — *Sic*, Barafort, n. 72; Laurent, t. 10, n. 54; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3164.

205. — Mais l'art. 879 est sans application au cas où la séparation des patrimoines résulte de l'acceptation bénéficiaire par suite de l'état de minorité des héritiers, car la séparation provient alors d'une situation indivisible qu'il ne saurait dépendre des créanciers de faire cesser. — Nîmes, 5 mars 1855, Julian, [D. 55.2.163] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 54.

1° *Cas dans lesquels se produit la novation prévue par l'art. 879, C. civ.*

206. — Pour qu'il y ait novation empêchant, aux termes de l'art. 879, C. civ., la demande en séparation des patrimoines, il faut un acte d'où l'on puisse nécessairement induire, chez le créancier, la volonté d'accepter l'héritier pour débiteur. Cette acceptation peut être expresse ou tacite. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3152.

207. — I. *Acceptation de l'héritier pour débiteur.* — D'après le Code civil, l'acceptation expresse que le créancier de la succession fait de l'héritier pour débiteur suffit sans autres circonstances pour constituer la novation et empêcher ce créancier de demander la séparation des patrimoines. Il en était de même sous l'ancienne jurisprudence. — Pothier, *Success.*, chap. 5, art. 4

Grenier, *Hypoth.*, n. 426; Delvincourt, t. 2, p. 176; Chabot, sur l'art. 879, n. 3; Vazeille, sur l'art. 879, n. 1; Duranton, t. 7, n. 494 et s.; Laurent, t. 10, n. 40.

208. — Il n'y a donc difficulté que lorsque l'acceptation est tacite. Alors quand pourra-t-on dire qu'il y a intention de faire novation? Cela dépendra nécessairement des circonstances. Dans tous les cas, il ne faut pas perdre de vue que la novation étant de la part des créanciers du défunt une véritable renonciation aux droits qui leur compétaient d'une manière exclusive sur les biens de leur débiteur, ne peut s'induire contre eux que de faits qui entraînent nécessairement, de leur part, la volonté d'accepter l'héritier pour débiteur à la place du défunt. — Nîmes, 27 janv. 1840, Deleutre, [S. 40.2.368, P. 40.1.444] — V. aussi *infrà*, n. 253 et s.

209. — A cet égard, les auteurs ont posé quelques règles. Suivant eux, il y a novation si le créancier a reçu de l'héritier un gage, une caution, lors même qu'ils seraient insuffisants. Le créancier alors annonce l'intention de profiter de la confusion au lieu de s'y opposer. — Chabot, *loc. cit.*; Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, *loc. cit.*; Demolombe, t. 17, n. 163; Laurent, t. 10, n. 47; Thiry, t. 2, n. 245; Huc, t. 5, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3155; Barafort, n. 65 et s.; Masson, n. 36; Dollinger, n. 78; Fouët de Conflans, sur l'art. 879, n. 1.

210. — Il a été jugé en ce sens qu'il faut que l'acceptation de l'héritier pour débiteur soit formelle; et que, si elle ne l'est pas, l'intention d'innover, de la part du créancier, doit résulter d'actes, tels qu'un gage, une affectation hypothécaire, établissant une amélioration évidente dans la condition du créancier. — Grenoble, 9 août 1826, Rey, [P. chr.] — V. cepend. *infrà*, n. 255 et s.

211. — Ainsi le créancier qui prend inscription directement contre l'héritier de son débiteur, est censé l'accepter pour débiteur et devient, dès lors, non recevable à demander la séparation des patrimoines. — Liège, 13 mars 1811, Degrady, [S. et P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 47.

212. — Dans le même ordre d'idées, il y aura novation empêchant de demander la séparation des patrimoines, si le créancier a stipulé que les héritiers seraient tenus solidairement à son égard. — Trib. Auxerre, 4 août 1897, [*Gaz. des Trib.*, 11 nov. 1897]

213. — Il y aura encore novation s'il est intervenu un acte par lequel l'héritier a pris l'engagement personnel de payer le créancier, acte passé « avec le créancier ou accepté par lui ». Dès lors, la novation peut être considérée comme résultant soit de l'acquiescement par le créancier à la stipulation d'un acte de donation qui met à la charge du donataire toutes les dettes du donateur, soit de l'acceptation par lui faite d'un contrat d'antichrèse consenti à son profit par le donataire. — Bordeaux, 10 avr. 1845, Gillet, [S. 47.2.166, P. 48.1.562, D. 45.4.16]

214. — Tel est aussi le cas où le créancier d'une succession a approuvé l'acte passé en son absence par l'héritier qui, en reconnaissant la dette, s'est obligé personnellement au paiement, mais suivant un autre mode. Ce créancier est censé avoir donné cette approbation, en demandant l'exécution de cet acte. — Cass., 7 déc. 1814, Hospices de Clermont, [S. et P. chr.]

215. — Il a été jugé que l'acte de vente de droits successifs, entre cohéritiers, moyennant une rente constituée, constitue une novation suffisante pour faire rejeter la séparation des patrimoines invoquée par le cédant. — Aix, 3 déc. 1831, Autric, [P. chr.] — *Sic*, Barafort, n. 70. — Mais l'opinion contraire a été consacrée par la Cour suprême. — V. *infrà*, n. 261.

216. — Toujours dans le même ordre d'idées, il y aurait novation dans l'acceptation d'une délégation ou des actes récognitifs par lesquels l'héritier ou des acquéreurs de l'héritier auraient pris l'engagement de payer un créancier. — Caen, 10 nov. 1824, Caille de Rencherolles, [P. chr.]

217. — Le fait également par un créancier de la succession de se faire consentir, pour assurer le paiement de sa créance, un engagement personnel de l'héritier, avec le concours et la garantie d'un tiers étranger à la succession, emporte novation par acceptation de l'héritier pour débiteur, et rend, dès lors, ce créancier irrecevable à demander la séparation des patrimoines. — Paris, 2 nov. 1889, Delarue, [S. 90.2.215, P. 90.1.1201, D. 90.2.285] — *Sic*, Dollinger, n. 77; Demolombe, t. 17, n. 163; Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Barafort, n. 62; Masson, n. 36; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 341; Laurent, t. 10, n. 47; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3155.

218. — De même, la conversion d'un capital exigible en une rente viagère, sans réserve des privilèges attachés à la créance primitive, emporte novation. En conséquence, lorsqu'une telle convention a été consentie de la part de l'héritier débiteur et acceptée par le créancier, celui-ci ne peut plus demander la séparation des patrimoines. — Caen, 21 oct. 1826, Fouet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 165; Barafort, n. 67 et 68; Vigié, t. 2, n. 459; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3160.

219. — Les créanciers d'une succession qui ont traité, quant à leurs créances, avec l'un des héritiers, non pas comme liquidateur de la succession, mais comme gérant d'une société par lui constituée pour la continuation des affaires du défunt, notamment en laissant leurs fonds dans la caisse de cette société, en acceptant sans protestation les comptes courants arrêtés chaque année et en subissant une réduction d'intérêts imposée par une circulaire à tous les créanciers de la société, doivent être considérés comme ayant opéré la novation prévue par l'art. 879, C. civ., c'est-à-dire comme ayant accepté pour débiteur l'héritier avec lequel ils ont ainsi traité. Ils ne peuvent plus, dès lors, aux termes dudit article, demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de cet héritier. — Cass., 3 févr. 1857, Villars, [S. 57.1.321, P. 57.841, D. 57.1.49]

220. — Mais ces créanciers ne sauraient être considérés comme ayant opéré la novation prévue par l'art. 1271 du même Code, c'est-à-dire comme ayant consenti à décharger de la dette de la succession envers eux tous les héritiers indistinctement, et à accepter pour débitrice en leurs lieu et place, la société. — Même arrêt.

221. — Il y aura encore novation si le créancier accepte une délégation de l'héritier, quoique le débiteur délégué devienne insolvable et que l'héritier n'ait pas été déchargé. — Duranton, t. 7, n. 495; Dufresne, n. 28; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-II; Demolombe, t. 17, n. 163; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3158. — *Contrà*, Vazeille, sur l'art. 879, n. 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 340.

222. — Enfin, d'après une opinion, il y aura novation si le créancier vote au concordat de l'héritier tombé en faillite, s'il ouvre un crédit à l'héritier. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3159. — *Contrà*, Trib. Seine, 26 juill. 1892, [*J. La Loi*, 15 nov. 1892]

223. — II. *Poursuites exercées sur les biens de l'héritier.* — C'est accepter l'héritier pour débiteur que de le poursuivre sur ses biens personnels, avant d'avoir épuisé tous ceux de la succession; il y a novation et renonciation au bénéfice de la séparation. — Cass., 9 janv. 1812, Gérard, [D. *Rép.*, v° *Succession*, n. 1438] — Grenoble, 24 mars 1896, Guillet et autres, [D. 98.2.89] — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 495; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 33; Dollinger, n. 78; Masson, n. 35; Barafort, n. 66; Demolombe, t. 17, n. 163; Laurent, t. 10, n. 48; Thiry, t. 2, n. 245; Huc, t. 5, n. 413; Vigié, t. 2, n. 459; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

224. — Ainsi, la sœur, légataire de l'auteur commun, pour une somme excédant sa légitime, qui a pris inscription sur les biens de son frère et exerce contre lui des poursuites en saisie immobilière, doit être considérée comme l'ayant accepté comme débiteur personnel. — Cass., 9 janv. 1812, précité.

225. — Pareillement, le créancier de la succession, qui a actionné l'héritier en remboursement de sa créance et requis l'inscription de l'hypothèque judiciaire résultant à son profit du jugement obtenu contre l'héritier, est déchu du droit de demander la séparation des patrimoines, par suite de la novation résultant de l'acceptation de l'héritier pour débiteur. — Trib. de l'Empire d'Allemagne, 30 déc. 1884 (motifs), X..., [S. 87.4.19, P. 87.2.31]

226. — Il a même été décidé que le créancier opère novation par le seul fait qu'il assigne l'héritier en paiement. — Chambéry, 11 janv. 1888 [*Gaz. des Trib.*, 22 janv. 1888] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 45; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156. — *Contrà*, Duranton, t. 7, n. 495; Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, p. 402, n. 417.

227. — Mais celui qui est à la fois créancier du défunt et de son héritier peut, après avoir dirigé contre ce dernier des poursuites infructueuses, demander la séparation des patrimoines, sans qu'on puisse lui opposer qu'il a fait novation en acceptant l'héritier pour débiteur. — Cass., 22 juin 1841, Deleutre, [S. 41.1.723, P. 41.2.339] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 167; Dufresne,

n. [illegible], Dollinger, n. 77; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

228. — Ainsi, [illegible] à en même temps pour débiteurs et le fils, comme obligé principal, et le père, comme caution, ne peut pas, par cela seul que, depuis le décès du père, il aurait dirigé des poursuites contre le fils, être déclaré non recevable dans [illegible] en séparation qu'il forme à l'égard de la succession [illegible]. — Cass., 22 juin 1841, [illegible]. — Nîmes, [illegible] [S. 40.2.[illegible], P. [illegible]]

229. — Il a été jugé [illegible] novation, si le créancier du défunt poursuit l'expropriation des biens de l'héritier, ou produit seulement dans un ordre ouvert sur lui à la requête de ses créanciers, alors même que plus tard il viendrait à se désister de sa demande en collocation. — Montpellier, 26 [illegible] 1810, [illegible], [S. et P. chr.] — *Sic*, [illegible], n. 73; Demolombe, t. 17, n. 163; Laurent, t. 10, n. 48; Huc, t. 5, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

230. — ... Mais qu'il n'en est pas de même à l'égard du créancier qui [illegible]. — Paris, 23 mars 1824, Rémy, [S. et P. chr.] — *Sic*, Vazeille, sur l'art. 879, n. [illegible], v° *Séparat. des patrim.*, n. 28. — *Contrà*, Laurent, t. 10, n. 52; Barafort, n. 78; Huc, t. 5, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

231. — N'opère pas novation et peut demander encore la séparation des patrimoines le créancier qui a fait faire à l'héritier la signification de ses titres, conformément à l'art. 877, C. civ. — Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Grenier, t. 2, n. 426; Duranton, t. 7, n. 495; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-II; Demolombe, t. 17, n. 159; Barafort, n. 80; Le Sellyer, t. 3, n. 1709; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

232. — Une citation en conciliation, notifiée à l'héritier, et un procès-verbal de non-conciliation ne sont que le préalable et non le commencement d'exécution d'une action. On ne peut dès lors y voir une novation qui puisse empêcher le créancier d'exercer la séparation des patrimoines. — Grenoble, 28 mars 1812, Morin, [P. chr.]

233. — On ne saurait non plus voir une cause de novation, ni dans la citation donnée à l'héritier comme représentant de la succession, ni [illegible] dans le jugement que le créancier obtient contre lui, en ladite qualité, afin de faire reconnaître son titre. — Nîmes, 5 mars 1855, [illegible], [D. 55.2.163] — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 160, 162; Barafort, n. 79; Laurent, t. 10, n. 45; Dufresne, n. 30; Thiry, t. 2, n. 245; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3156.

234. — ... Ni dans l'exécution poursuivie contre lui, mais sur les biens de la succession, à moins qu'il ne soit pris dans les actes de poursuite comme débiteur personnel. — Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Duranton, t. 7, n. 495; Dufresne, n. 30; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-II; Demolombe, t. 17, n. 160; Thiry, t. 2, n. 245.

235. — Mais doit être considéré comme renonçant à la séparation des patrimoines le créancier qui exerce les droits et actions appartenant à l'héritier, qui intente notamment, au nom de celui-ci, l'action en partage de la succession, ou dirige des poursuites contre les débiteurs de cette dernière. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3157.

236. — III. *Concession d'un terme.* — Le créancier qui accorde un terme ou consent une modification au terme déjà concédé ne renonce pas à la séparation des patrimoines. — Grenoble, 9 août 1826, Rey, [P. chr.]; — 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81, D. 91.2.193] — Trib. Auxerre, 4 août 1897, *Gaz. des Trib.*, 11 nov. 1897. — *Sic*, Delvincourt, t. 2, p. 56, note 6; Chabot, sur l'art. 879, n. 4; Grenier, t. 2, n. 426; Duranton, t. 7, n. 498; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 340; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-II; Dollinger, n. 77; Barafort, n. 74; Masson, n. 34; Demolombe, t. 17, n. 161. — *Contrà*, [illegible], sur l'art. 879; Dufresne, n. 29; Laurent, t. 10, n. 49; Huc, t. 5, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3157.

237. — IV. *Règlement de compte.* — Un règlement de compte intervenu entre le créancier et l'héritier ne saurait entraîner la novation prévue par l'art. 879, C. civ.; il n'y a là qu'un acte de pure administration. — Poitiers, 28 janv. 1823, de Beaumont, [S. et P. chr.]; — Grenoble, 10 avr. 1824, [illegible], [P. chr.]; — 8 juin 1825, Mercier, [S. et P. chr.]; — 9 août 1826, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 17, n. 158; Fouët de Conflans, sur l'art. 879, n. 3; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3158.

238. — Jugé, à cet égard, qu'il n'y a point novation lorsqu'un traité ou accord intervenu entre le créancier et l'héritier du débiteur n'est qu'un simple règlement de compte, et que l'héritier s'oblige par le même acte à payer le montant de la créance à des délais rapprochés. — Grenoble, 9 août 1826, précité.

239. — Il en est de même s'il n'y a eu qu'un simple règlement de compte fait en exécution de titres antérieurs auxquels il n'a pas été dérogé, et surtout si le créancier y a expressément stipulé la réserve de ses anciens droits, privilèges et hypothèques sans novation. — Grenoble, 10 avr. 1824, précité.

240. — Jugé, dans le même sens, que par cela seul qu'un propriétaire reçoit des héritiers de son fermier, qui continuent le bail, le montant de ses fermages en billets à ordre, et qu'il exerce les poursuites nécessaires pour parvenir au paiement de ces billets, il ne fait rien qui ne doive être considéré comme fait en vertu du bail, et qui puisse servir, non pas à établir une novation, mais seulement à faire présumer la volonté de changer la nature de sa créance et qui par suite le rende non recevable à demander la séparation des patrimoines, alors surtout que dans le récépissé des billets, il a dit : *lesquels billets acquittés, la présente vaudra quittance.* — Poitiers, 28 janv. 1823, précité.

241. — Jugé aussi que la souscription par l'héritier, au profit du créancier de la succession, d'effets de commerce pour le montant de sa créance, ne saurait être considérée comme emportant la novation écrite dans l'art. 879, C. civ., lorsque le créancier n'a accepté ces effets que sous condition de paiement, et que cette condition ne s'est pas réalisée (V. *infrà*, n. 248). Il ne saurait non plus résulter de ce fait la novation établie par l'art. 1271, C. civ., emportant extinction de la créance originaire. La prescription des billets primitifs, en remplacement desquels les héritiers en auraient souscrit de nouveaux, ne saurait être considérée comme équivalant à un paiement au point de vue de l'accomplissement de la novation. — Nîmes, 21 juill. 1852, Arliaud, [S. 53.2.701, P. 55.1.132, D. 54.2.206]

242. — V. *Paiement sur le capital.* — Ne renonce pas à la séparation des patrimoines le créancier qui reçoit de l'héritier le paiement d'une partie de ce qui lui est dû; il ne consent pas par là novation de sa créance. — Chabot, sur l'art. 879, n. 2; Vazeille, sur l'art. 879, n. 4; Toullier, t. 7, n. 283; Grenier, t. 2, n. 426; Delvincourt, t. 2, p. 176; Malpel, n. 217; Belost-Jolimont, sur Charbot, sur l'art. 879, obs. 2; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 340; Duranton, t. 7, n. 498; Barafort, n. 74; Dollinger, n. 77; Demante, t. 3, n. 220 *bis*-II; Demolombe, t. 17, n. 161; Masson, n. 32; Dufresne, n. 28. — *Contrà*, Laurent, t. 10, n. 51; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3159.

243. — Jugé, en ce sens, qu'il n'y a pas novation, quand le créancier du défunt a reçu des acomptes sur sa créance de l'héritier du débiteur. — Grenoble, 21 juin 1841, Colin et Perret, [S. 42.2.355, P. 43.1.39]

244. — VI. *Paiement des intérêts.* — A plus forte raison, n'y a-t-il pas novation pour le créancier qui reçoit de l'héritier le paiement de ses intérêts ou arrérages. — Paris, 14 flor. an XI, Savalette, [S. et P. chr.]; — 1er niv. an XIII, Grimaud, [S. et P. chr.]; — 23 mars 1824, Rémy, [S. et P. chr.] — *Sic*, Chabot, sur l'art. 879, n. 3 et 4; Grenier, t. 2, n. 426; Maleville, sur l'art. 879; Vazeille, sur l'art. 879, n. 4; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 30, p. 340; Demolombe, t. 17, n. 162; Barafort, n. 70; Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, t. 37, p. 402, n. 417. — *Contrà*, Laurent, t. 10, n. 50; Huc, t. 5, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3159.

245. — Ainsi, dans une espèce où le créancier avait reçu de l'héritier de son débiteur les intérêts de sa créance, il a été jugé qu'il n'y avait pas preuve suffisante de l'acceptation de l'héritier pour débiteur, ni par conséquent de la renonciation au droit de demander la séparation. — Paris, 1er niv. an XIII, précité.

246. — Jugé également que le créancier du défunt, qui a reçu de l'héritier les intérêts d'un capital non exigible, peut encore demander la séparation des patrimoines. — Paris, 14 flor. an XI, précité.

247. — ... Que le créancier n'est pas réputé avoir fait novation en donnant à l'héritier une quittance pure et simple, et sans réserve, des intérêts ou arrérages de sa créance. — Paris, 23 mars 1824, précité.

248. — VII. *Engagement conditionnel.* — Lorsque l'héritier n'a pris vis-à-vis du créancier qu'un engagement éventuel ou conditionnel, la novation ne se produit que si l'éventualité ou la condition se réalise. — Paris, 2 nov. 1889, Delarue, [S. 90.2.215, P. 90.1.1201, D. 90.2.285] — Trib. Seine, 26 juill. 1892,

[J. *La Loi*, 15 nov. 1892] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3162. — V. *suprà*, n. 241.

2° Réserves tendant à empêcher la novation.

249. — Le créancier qui passe avec l'héritier un acte de nature à emporter novation peut empêcher cette novation par des réserves expresses dans ce but, pourvu toutefois que ces réserves ne soient pas en contradiction avec la nature même de l'acte. — Cass., 30 janv. 1834, Dabadie, [P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 53; Barafort, n. 72; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3163.

250. — Jugé, en ce sens, que, lorsque, dans un partage fait à la suite d'une démission de biens par le père commun, une sœur a abandonné les biens de la succession à son frère, à la charge par celui-ci de lui payer la dot que lui avait constituée son père en déclarant expressément ne pas déroger aux privilèges et aux effets de cette dot, il ne s'ensuit pas qu'il y ait eu novation, et que, par suite, la sœur soit non recevable à demander contre son frère la séparation des patrimoines. — Même arrêt.

251. — Mais, dans une certaine opinion, la novation aura lieu malgré les réserves, si l'acte la produit par sa nature même, c'est-à-dire s'il s'oppose au maintien de la séparation des patrimoines. — Grenoble, 14 janv. 1824, Tholosan, [P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 53; Wahl, note sous Grenoble, 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81]; Barafort, n. 72; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3163.

252. — Ainsi, il a été jugé que, lors même qu'en acceptant l'héritier pour débiteur, le créancier du défunt se serait réservé expressément ses anciens droits, privilèges et hypothèques sans novation, la séparation des patrimoines a pu s'éteindre, si la novation résultait de la nature et des effets du traité. Tel serait le cas où, dans une transaction sur procès, le créancier aurait déclaré tenir l'héritier quitte à différentes conditions, qui changent la nature de la dette primitive; surtout si, pour l'exécution de l'obligation, l'héritier avait été postérieurement poursuivi en son nom propre et non en qualité d'héritier, et que le créancier eût pris l'inscription sur ses biens personnels. — Grenoble, 14 janv. 1824, précité.

253. — On soutient, dans une théorie contraire, dans le sens de laquelle la jurisprudence paraît définitivement fixée aujourd'hui, que le créancier peut faire avec l'héritier les actes les plus formels, l'accepter pour débiteur personnel dans les termes les moins équivoques, sans être déchu de la séparation des patrimoines, à la seule condition d'insérer des réserves dans l'acte, de déclarer qu'il entend conserver son droit de préférence sur le patrimoine du défunt. La déchéance de la séparation des patrimoines devient ainsi une renonciation à ce bénéfice; elle est attachée à des actes qui supposent la volonté de renoncer à la séparation des patrimoines, et la manifestation d'une volonté contraire suffit pour éviter la renonciation, tout en laissant ces actes produire leur effet. — Cass., 12 juill. 1900, Couderc, [S. et P. 1901.1.441] — Grenoble, 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81, D. 91.2.193] — *Sic*, Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, t. 37, n. 417, p. 402; Planiol, note sous Grenoble, 9 janv. 1891, [D. *loc. cit.*]; Tissier, note sous Aix, 4 déc. 1893, Buech-Baudon, [S. et P. 96.2.17]; Naquet, note sous Cass., 12 juill. 1900, précité.

254. — Dès lors, dans cette théorie, on décide d'une façon absolue que la déchéance du droit de demander la séparation des patrimoines ne peut être encourue par le créancier héréditaire, alors que, lors de l'acte, le créancier a formellement manifesté sa volonté d'en conserver le bénéfice. — Mêmes arrêts.

255. — Et on pose en principe que l'art. 879, C. civ., doit s'interpréter en ce sens que le créancier de la succession ne renonce à la séparation des patrimoines qu'en faisant un acte qui suppose nécessairement son intention d'avoir l'héritier comme seul et unique débiteur dans les conditions ordinaires du droit commun. En faisant un acte qui implique simplement qu'il accepte l'héritier pour débiteur, le créancier ne renonce à rien; il maintient l'état de choses créé par la loi qui laisse, malgré la séparation des patrimoines, le droit aux créanciers héréditaires de poursuivre l'héritier. La seule règle à suivre est donc de rechercher si le créancier a renoncé à se prévaloir de la séparation; et la déchéance ne peut être par lui encourue que tout autant qu'il a suivi la foi de l'héritier et adhéré définitivement à la confusion des patrimoines. — Cass., 12 juill. 1900, précité. — Grenoble, 9 janv. 1891, précité. — Aix, 4 déc. 1893, Buech-Baudon, [S. et P. 96.2.17, D. 95.2.273]

256. — Il a été jugé également que lorsqu'un créancier héréditaire subrogé, en présence de l'héritier, à une inscription de séparation des patrimoines un tiers dont les deniers ont servi à l'acquittement de la somme due audit créancier, le tiers subrogé n'encourt pas la déchéance de la séparation des patrimoines, encore bien que l'acte de subrogation contienne des stipulations nouvelles telles qu'une prorogation de délai, l'exigibilité de la créance sans sommation, la capitalisation des intérêts, l'indivisibilité et la solidarité entre les héritiers du débiteur, l'affectation hypothécaire des immeubles de la succession, et la cession éventuelle de l'indemnité d'assurance, si ces diverses clauses ne sont nullement incompatibles avec celles de l'acte primitif d'obligation, qu'elles ont eu seulement pour but de fortifier. — Grenoble, 9 janv. 1891, précité.

257. — ... Alors surtout que, lors de l'acte de subrogation, le nouveau créancier a formellement manifesté sa volonté de conserver le bénéfice de la séparation des patrimoines. — Même arrêt.

258. — Peu importe que le nouveau créancier ait fait commandement à l'héritier, en vertu des actes de subrogation, en le qualifiant de débiteur, une pareille formule n'étant pas de nature à impliquer, de la part du créancier, renonciation au bénéfice de la séparation des patrimoines. — Même arrêt.

259. — Au surplus, en cas d'incompatibilité absolue entre les clauses nouvelles et le maintien du privilège de séparation des patrimoines, ces stipulations étant, dans l'intention des parties, subordonnées au maintien du privilège, il y aurait lieu de les tenir pour non avenues. — Même arrêt.

260. — Il a été jugé, d'autre part, qu'on ne saurait voir une novation entraînant déchéance du bénéfice de la séparation des patrimoines dans le fait par le créancier de la succession, qui a régulièrement pris l'inscription exigée par la loi, d'avoir, en même temps qu'il formait contre l'héritier une demande en séparation des patrimoines, conclu à ce que l'héritier fût condamné personnellement à payer la dette, et d'avoir, en vertu du jugement obtenu par lui, exercé des poursuites contre l'héritier personnellement. Pour pouvoir invoquer efficacement la novation de l'art. 879, C. civ., il faut que la volonté d'accepter l'héritier comme seul et unique débiteur ait été clairement manifestée. — Aix, 4 déc. 1893, précité.

261. — Jugé, conformément à la même théorie, que la séparation des patrimoines peut encore être demandée par un créancier du défunt, même après la cession de ses droits successifs consentie moyennant une rente viagère par un cohéritier à l'autre, cession étrangère à ce créancier. — Cass., 12 juill. 1900, précité.

262. — ... Ou après l'adjudication au cohéritier cédant, à la suite de la saisie pratiquée à sa requête contre l'héritier cessionnaire, de biens provenant exclusivement de l'auteur commun, et sur le prix de revente de l'un desquels le créancier séparatiste a reçu une certaine somme, postérieurement, d'ailleurs, à l'arrêt attaqué et en exécution de cet arrêt. — Même arrêt.

263. — ... Ou après l'acceptation par le créancier séparatiste de l'engagement personnel de l'héritier, si c'est seulement comme garantie supplémentaire, et sous réserve de tous ses droits; car il n'y a pas eu alors novation de créance, dans les termes de l'art. 879, C. civ. — Même arrêt.

264. — Malgré la consécration que lui a donnée la Cour de cassation, cette doctrine est fortement combattue. L'art. 879 doit être appliqué, dit-on, tel qu'il s'exprime. Tout acte par lequel le créancier manifeste qu'il entend considérer l'héritier comme son débiteur entraîne perte du bénéfice de la séparation des patrimoines. On considère qu'il faut donner au texte le sens traditionnel qu'il a toujours eu; qu'autrement, on aboutit à supprimer l'art. 879, puisque le créancier ne peut jamais avoir en réalité l'intention de renoncer au bénéfice de la séparation et de prendre l'héritier pour seul et unique débiteur dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire de subir une perte sans compensation. Sans doute, on reconnaît que la règle de l'art. 879 ne peut plus être basée sur ce que l'acceptation de l'héritier comme débiteur implique intention de renoncer à la séparation (V. Laurent, t. 10, n. 44). Mais on soutient que l'art. 879 est suffisamment fondé sur l'équité; le législateur ne veut pas que les créanciers héréditaires, qui ont l'avantage de la séparation, prennent en outre l'initiative

de poursuivre en même temps l'héritier; ils concourent sur le prix des biens de celui-ci, s'ils sont vendus, mais ne peuvent prendre l'initiative de la vente. — V. les développements de cette théorie dans la note de M. Albert Wahl, sous Grenoble, 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81] — V. aussi Baudry-Lacantinerie, 7e éd., t. 2, p. 219, note 2; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3153 et s.; Laurent, t. 10, n. 53; Huc, t. 5, n. 413.

3° Étendue de la novation.

265. — C'est seulement contre l'héritier qu'il a accepté comme débiteur, que le créancier ne peut plus exercer la séparation des patrimoines; son droit demeure ouvert vis-à-vis des autres héritiers qui n'ont pas participé aux actes ayant entraîné la novation. Jugé, en ce sens, que si les créanciers sont déchus du droit de demander la séparation des patrimoines vis-à-vis de l'héritier qu'ils ont accepté pour débiteur, ils ont conservé ce droit à l'égard de ses cohéritiers. — Cass., 3 févr. 1857, Villars, [S. 57.1.321, P. 57.841, D. 57.1.49] — *Sic*, Chabot, sur l'art. 879, n. 5; Vazeille, sur l'art. 879, n. 9, Delvincourt, t. 2, p. 56, note 6; Rolland de Villargues, vo *Sépar. des patrim.*, n. 36; Dufresne, n. 32; Barafort, n. 83; Dollinger, n. 79; Laurent, t. 10, n. 43; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3160.

266. — Mais, le créancier qui a perdu le droit de demander la séparation des patrimoines contre l'un des héritiers, et qui doit, par conséquent, subir le sort de tous les créanciers personnels de cet héritier pour la part des dettes afférente à cet héritier, ne peut plus réclamer les effets de la séparation de patrimoines vis-à-vis des autres héritiers que pour la part dont ces derniers restent tenus. — Même arrêt.

267. — D'autre part, le créancier qui a fait novation n'est pas admis à bénéficier de la séparation obtenue par les autres créanciers; il ne saurait donc venir en concours avec eux. — Delvincourt, *loc. cit.;* Duranton, t. 7, n. 499; Vazeille, *loc. cit.*; Dufresne, n. 33; Barafort, n. 84; Masson, n. 37; Dollinger, n. 79; Demolombe, t. 17, n. 169.

§ 2. *Déchéance résultant de la confusion du patrimoine du défunt avec le patrimoine de l'héritier.*

268. — La confusion des patrimoines constitue une autre cause de déchéance du droit de demander la séparation. La loi ne la mentionne pas sans doute, mais elle n'en doit pas moins être retenue, car la séparation ayant précisément pour objet d'empêcher la confusion, n'a plus sa raison d'être dès que celle-ci s'est produite. — Cass., 8 nov. 1815, Dupré, [S. et P. chr.] — *Sic*, Chabot, sur l'art. 880, n. 4; Toullier, t. 4, n. 539; Duranton, t. 7, n. 484; Delvincourt, t. 2, p. 56, note 8; Rolland de Villargues, vo *Sépar. des patrim.*, n. 40; Marcadé, sur l'art. 880, n. 3; Grenier, t. 2, n. 427 et 431; Dollinger, n. 80; Dufresne, n. 41 et 46; Masson, n. 38; Barafort, n. 85; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 4, p. 332; Demolombe, t. 17, n. 185; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 24, p. 478; Laurent, t. 10, n. 26; Le Sellyer, t. 3, n. 1721; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3171.

269. — La confusion peut être totale ou partielle, c'est-à-dire s'être produite pour la totalité des patrimoines ou pour une partie seulement. Dans ce dernier cas, la séparation pourra être demandée relativement à la partie pour laquelle il n'y a pas eu confusion. — Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 7; Dollinger, n. 83; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 24, p. 479; Le Sellyer, t. 3, n. 1698, 1726; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3171.

270. — Jugé que la confusion des patrimoines n'empêche la demande en séparation, qu'autant qu'elle est générale : dans le cas où elle n'est que partielle, la demande peut être formée relativement aux biens non confondus. — Cass., 8 nov. 1815, précité.

271. — C'est surtout pour les meubles que la confusion peut se produire. Les créanciers et légataires l'éviteront en faisant apposer les scellés et procéder ensuite à l'inventaire qui établira la consistance et l'individualité des meubles. Ils pourront également requérir la nomination d'un séquestre et user de la saisie-arrêt à l'égard des créances héréditaires. — Delvincourt, *loc. cit.;* Grenier, *loc. cit.;* Chabot, *loc. cit.*; Vazeille, sur l'art. 880, n. 3; Duranton, t. 7, n. 485; Rolland de Villargues, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.;* Dufresne, *loc. cit.*; Barafort, *loc. cit.*; Dollinger, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3172. — V. *suprà*, n. 115 et s.

272. — La confusion peut se produire pour tous les meubles sans distinction, c'est-à-dire non seulement pour les choses qui, par le mélange, perdent leur propriété, leur individualité : tels les grains, les vins, l'argent; mais encore pour les autres choses ne présentant point ce caractère. — Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, t. 37, p. 391, n. 407; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3173.

273. — Il s'agit, d'ailleurs, ici, d'une confusion matérielle, ne donnant lieu qu'à une question de fait à résoudre par le juge. — Hureaux, *Rev. prat.*, 1874, t. 37, p. 389, n. 405; Le Sellyer, t. 3, n. 1722; Laurent, t. 10, n. 26; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3174.

274. — Le seul défaut d'inventaire n'entraîne pas nécessairement la confusion. — Hureaux, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

275. — Et, d'autre part, la seule confection de l'inventaire de l'un des deux patrimoines ne saurait suffire pour l'empêcher. — Cass., 14 août 1820, Plinguet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, vo *Séparat. des patrim.*, § 3, n. 1; Barafort, n. 91; Dufresne, n. 60; Duranton, t. 7, n. 484; Demolombe, t. 17, n. 188; Le Sellyer, t. 3, n. 1723; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3174.

276. — Il est prudent, dès lors, après la confection de l'inventaire, de confier les objets inventoriés à un gardien responsable. — Hureaux, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3174.

277. — En ce qui concerne les immeubles, la confusion ne se comprend guère. Toutefois elle pourrait avoir lieu, quant à eux : par exemple, au cas d'améliorations ou de constructions faites par l'héritier sur un bien de la succession. — Grenoble, 18 août 1828, Hall, [P. chr.] — *Sic*, Rolland de Villargues, vo *Séparat. des patrim.*, n. 74, Barafort, n. 101; Demolombe, t. 17, n. 199; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3173.

278. — Nous avons vu (*suprà*, n. 180 et s.), en traitant du point de savoir sur quels biens s'exerce la séparation des patrimoines, qu'elle peut porter sur le prix encore dû des immeubles aliénés. Disons pourtant qu'il n'en est ainsi qu'autant qu'il n'y a point eu confusion. — Cass., 25 mai 1812, Bonnans, [S. et P. chr.] — Grenoble, 7 févr. 1827, Blanc-Fatin, [S. et P. chr.]; — 18 août 1828, précité. — Montpellier, 6 juill. 1830, Delheuse, [S. 33.2.446, P. chr.] — Grenoble, 9 mars 1831, Mounier, [P. chr.] — *Sic*, Grenier, t. 2, n. 431; Belost-Jolimont, sur Chabot, sur l'art. 880, obs. 2; Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 3; Barafort, n. 100; Dollinger, n. 82; Masson, n. 41; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 27, p. 479; Demolombe, t. 17, n. 190; Dufresne, n. 82; Laurent, t. 10, n. 26; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3130.

279. — Ainsi, il a été jugé que la séparation des patrimoines ne peut plus être demandée lorsque les biens du défunt et de l'héritier ont été compris dans une seule saisie, adjugés cumulativement pour un seul prix, en présence des créanciers et sans opposition de leur part. — Riom, 3 août 1826, Servant, [S. et P. chr.] — Grenoble, 7 févr. 1827, précité; — 9 mars 1831, précité.

280. — Il en était de même sous l'empire du droit romain, lorsque les biens du défunt et ceux de l'héritier avaient été vendus par un seul et même acte, sans distinction de prix, en présence et sans opposition des créanciers, dont l'un s'était rendu adjudicataire, et enfin lorsqu'il s'était opéré une confusion telle qu'on n'aurait pu la faire cesser que par des opérations longues, incertaines et dispendieuses. — Cass., 25 mai 1812, précité.

281. — Ce principe est applicable encore au légataire d'une quote-part des biens du défunt, lorsque les biens de l'hérédité et ceux de l'héritier ont été expropriés confusément, et adjugés pour un seul et même prix, sans opposition de sa part. — Montpellier, 6 juill. 1830, précité.

282. — Jugé de même que la séparation n'est plus possible lorsque les circonstances rendent la distinction des patrimoines si difficile que, même à la suite de procédures longues et dispendieuses, on n'arriverait qu'à des évaluations incertaines de chacun d'eux. — Grenoble, 18 août 1828, précité.

283. — Mais il a été jugé que la vente simultanée des biens de l'héritier et de ceux du défunt, pour un seul prix, ne font point obstacle à la demande en séparation des patrimoines, si d'ailleurs il existe des éléments suffisants d'une ventilation. — Grenoble, 30 août 1831, Roux, [S. 32.2.645, P. chr.]

284. — S'il y a contestation au sujet de la ventilation, elle sera faite par le tribunal, après ou sans expertise. — Hureaux

Rev. prat., 1874, t. 37, p. 389, n. 406; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3174.

§ 3. *Déchéance résultant de l'aliénation des biens héréditaires.*

285. — Une troisième cause de déchéance du droit de demander la séparation des patrimoines résulte de l'aliénation des biens de la succession par l'héritier ou à son préjudice. Sur ce point, l'art. 880 s'explique formellement quant aux immeubles : « A l'égard des immeubles, déclare le texte, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier ». Puisque l'action peut être exercée tant que les immeubles sont aux mains de l'héritier, elle n'est plus permise, par voie de conséquence, dès qu'ils en sont sortis.

286. — Ainsi jugé que la fille normande n'est plus recevable à demander sa légitime en biens-fonds héréditaires, lorsque les immeubles de la succession ont été vendus par l'héritier, avant qu'elle ait intenté cette action et demandé la séparation des patrimoines. — Caen, 20 août 1824, Morin, [P. chr.]

287. — Nous disons que l'action n'est plus permise pour les immeubles, après leur aliénation par l'héritier ou à son préjudice. Il importe donc peu que cette aliénation ait été volontaire ou forcée. Jugé d'une manière absolue que la demande en séparation des patrimoines est tardive et non recevable lorsqu'elle est formée postérieurement à l'expropriation du débiteur saisi. — Montpellier, 26 févr. 1810, Albarel, [S. et P. chr.] — Besançon, 11 févr. 1813, Coras, [P. chr.]

288. — Il en est ainsi même après une vente à réméré. L'immeuble qui a été aliéné par l'héritier, sous faculté de réméré, ne saurait être l'objet d'une action en séparation de patrimoines, car la vente sous faculté de réméré transmet la propriété comme toute vente ordinaire tellement que l'immeuble vendu peut être hypothéqué par l'acquéreur (C. civ., art. 2125). — Grenier, t. 2, n. 429; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 16, p. 333; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 80; Barafort, n. 134; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3165.

289. — Mais dans ce cas, si le contrat est résolu, l'immeuble sera compris dans la séparation. Celle-ci comprendra également l'action en réméré que les créanciers pourront exercer en l'intentant et contre l'héritier et contre l'acquéreur à réméré. — Grenier, t. 2, n. 429; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 80; Barafort, n. 134; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 16, p. 333; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3165.

290. — Nous avons vu (*suprà*, n. 191), en recherchant sur quels biens peut s'exercer la séparation des patrimoines, que la demande en séparation peut porter sur un immeuble qui aurait été reçu par l'héritier en échange d'un autre immeuble de la succession. En effet, l'échange n'a pas tous les effets de la vente, quoiqu'il y soit assimilé sous certains rapports; c'est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre (C. civ., art. 1702). Ainsi il y a là un remplacement et une espèce d'identité de l'objet reçu en échange avec celui donné au même titre; et la corrélation entre ces deux objets est telle, que si l'un d'eux se trouve ne point appartenir à celui qui l'a échangé, ou s'il arrive une éviction, la propriété de l'autre peut être retirée (C. civ., art. 1704 et 1705). — Grenier, t. 2, n. 429. — V. *infrà*, n. 298.

291. — La simple affectation hypothécaire des biens de la succession, de la part de l'héritier, ne ferait point obstacle au bénéfice de la séparation, car l'hypothèque n'empêche pas que les biens n'existent toujours dans les mains de l'héritier. — Cass., 9 déc. 1823, Sellier, [S. et P. chr.] — Grenoble, 21 juin 1841, Collin et Perret, [S. 42.2.355, P. 43.1.39] — *Sic*, Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 2; Demante, t. 3, n. 219 *bis*-III; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 33; Demolombe, t. 17, n. 122; Le Sellyer, t. 3, n. 1699; Dufresne, n. 37 et 65; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3125 et 3170.

292. — La séparation des patrimoines est-elle encore possible lorsque l'immeuble a été donné en nantissement? La question est controversée. On dit pour l'affirmative qu'il résulte de l'art. 880, C. civ., que la séparation peut être demandée tant que la propriété demeure à l'héritier; or, il n'y a qu'une aliénation qui, avant la demande, dépouillerait de ce droit les créanciers du défunt. Telle était l'ancienne doctrine fondée sur la loi romaine (C. 1, § 3, ff., *De sépar.* — Domat, liv. 3, tit. 2, sect. 1, n. 7; Toullier, t. 4, n. 522; Dufresne, n. 44 et 45). — Mais elle n'est pas unanimement admise de nos jours. — V. en sens contraire : Bordeaux, 6 avr. 1892, [*Rec. de Bordeaux*, 92.1.254] — Trib. Périgueux, 27 déc. 1890, Lemaire, [*Gaz. Pal.*, 91.1.319] — Demolombe, t. 17, n. 184; Le Sellyer, t. 3, n. 1740; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3170.

293. — L'antichrèse n'empêche point l'exercice du droit de séparation : car non seulement ce contrat ne transmet pas la propriété à celui au profit duquel il est consenti, mais la loi déclare formellement qu'il ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis en antichrèse (C. civ., art. 2085 et 2091). — V. *suprà*, v° *Antichrèse*, n. 141 et s.

294. — Au cas d'aliénation, s'il était établi par des circonstances graves que l'héritier n'a aliéné ses immeubles qu'en fraude des créanciers de la succession et par connivence avec ses créanciers personnels, les créanciers de la succession auraient le droit de faire révoquer l'aliénation si les acquéreurs étaient aussi de mauvaise foi, et de former encore la demande en séparation et même de faire restituer ce qui aurait été reçu par les créanciers personnels. — Domat, liv. 3, tit. 2, sect. 1; Lebrun, liv. 4, ch. 2, sect. 1, n. 25; Toullier, t. 4, n. 520; Delaporte, *Pand. franç.*, t. 7, p. 351 et s.; Chabot, sur l'art. 880, n. 5; Vazeille, sur l'art. 880, n. 10; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 65; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 16, p. 333; Masson, n. 48 et 49; Barafort, n. 104; Demolombe, t. 17, n. 179; Laurent, t. 10, n. 38. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3165.

295. — *A fortiori* la séparation pourra-t-elle être demandée si l'aliénation a eu lieu au profit d'un tiers qui n'est que le prête-nom de l'héritier. — Trib. Lyon, 9 juill. 1887, [*Mon. jud.*, Lyon, 31 oct. 1887] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3169.

296. — L'art. 880, C. civ., est muet en ce qui concerne les meubles; mais la même solution est admise à leur égard : par leur aliénation, ils échappent tous sans distinction, corporels et incorporels, à la séparation des patrimoines. — Trib. Périgueux, 27 déc. 1890, précité. — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 483; Malpel, n. 218; Grenier, t. 2, n. 427; Rolland de Villargues, v° *Séparat. des patrim.*, n. 42; Duvergier, sur Toullier, t. 4, n. 539, note 6; Dufresne, n. 46; Barafort, n. 96; Demolombe, t. 17, n. 176 et s.; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 25, p. 479; Laurent, t. 10, n. 27; Huc, t. 5, n. 416; Vigié, t. 2, n. 453 et 459; Le Sellyer, t. 3, n. 1730; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3165.

297. — Si l'acquéreur des meubles a été de mauvaise foi, s'il a acquis à vil prix et s'est rendu complice de la fraude de l'héritier, qui a vendu d'une manière précipitée pour rendre impossible la séparation des patrimoines, les créanciers héréditaires pourront, en vertu de l'action paulienne, faire révoquer la vente et demander utilement la séparation. — Lebrun, liv. 3, ch. 2, sect. 1, n. 20; Barafort, n. 95; Demolombe, t. 17, n. 179; Laurent, t. 10, n. 27; Dufresne, n. 47; Vigié, t. 2, n. 459; Le Sellyer, t. 3, n. 1732. — *Contrà*, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 770; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3165.

298. — Dans l'hypothèse où l'héritier, au lieu de vendre les meubles de la succession, les a échangés, la séparation des patrimoines s'appliquera aux meubles reçus en contre-échange. — Grenier, t. 2, n. 429; Demolombe, t. 17, n. 182. — *Contrà*, Dubreuil, ch. 8, § 1, n. 3. — V. *suprà*, n. 290.

299. — Il est évident que lorsque l'aliénation, soit des immeubles, soit des meubles, n'a eu lieu que pour partie, la séparation s'appliquera aux biens qui n'ont pas été aliénés. — Fouët de Conflans, sur l'art. 880, n. 7; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 16, p. 333; Demolombe, t. 17, n. 178; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 21, p. 478; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3168.

300. — De plus, nous avons vu que lorsque le prix des meubles ou des immeubles aliénés est encore dû à l'héritier, la séparation des patrimoines s'y applique. — V. *suprà*, n. 180 et s., 193, 278.

Section II.

Prescription du droit de demander la séparation des patrimoines.

301. — Nous avons dit que la séparation des patrimoines ne s'opère pas de plein droit et doit être demandée. Or cette demande doit se produire dans un délai déterminé par le législateur, après lequel elle n'est plus recevable parce qu'elle tombe sous le coup de la prescription. La prescription n'est pas

336. — D'autre part, si l'héritier a, comme nous venons de le lui reconnaître, le droit de grever les immeubles de la succession de charges nouvelles, notamment de servitudes, ce droit est limité par ce principe qu'il ne saurait faire aucun acte de nature à nuire au droit resultant du privilège des créanciers et légataires séparatistes. Ainsi, la servitude concédée ne sera point opposable à ces derniers, s'ils étaient inscrits avant la transcription de l'acte établissant la servitude. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 3109 et s.

337. — Sur les biens héréditaires, les créanciers de la succession sont préférés aux créanciers de l'héritier, en vertu du bénéfice de la séparation des patrimoines. De plus, ils conservent l'héritier comme débiteur, et sur ses biens ils viennent en concours avec ses propres créanciers. En effet, la séparation des patrimoines, introduite en faveur des créanciers héréditaires, se retournerait contre eux si elle leur faisait perdre leurs droits contre l'héritier devenu leur débiteur. Il y a un seul débiteur, l'héritier; mais l'héritier est fictivement titulaire de deux patrimoines distincts; sur celui qui lui vient du défunt, les créanciers du défunt sont préférés; sur l'autre, ils viennent en concours, après avoir épuisé le premier. — Merlin, *Rép.*, v° *Séparation des patrimoines*, § 5, n. 6; Boileux, t. 3, sur l'art. 878, p. 373; Toullier, t. 4, n. 548; Duranton, t. 7, n. 501 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 385, note 21, p. 336; Vazeille, sur l'art. 878, n. 7; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 64, p. 500; Laurent, t. 10, n. 73; Poujol, t. 2, sur l'art. 878, n. 20; Chabot, t. 1, sur l'art. 878, n. 13; Malpel, n. 219; Demolombe, t. 17, n. 155 et 220; Grenier, t. 2, n. 437; Dufresne, n. 111; Barafort, n. 221; Masson, n. 115; Vigié, t. 2, n. 458; Huc, t. 5, n. 429; Thiry, t. 2, n. 247; Le Sellyer, t. 3, n. 1704; Wahl, note sous Grenoble, 9 janv. 1891, Droguet et Benoît-Cattin, [S. et P. 92.2.81]; Tissier, note sous Aix, 4 déc. 1893, Buch-Randon, [S. et P. 96.2.18]; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3191; Naquet, note sous Cass., 12 juill. 1900, Couderc, [S. et P. 1901.1.441]

338. — D'après une opinion, cependant, les créanciers héréditaires ne pourraient agir sur les biens de l'héritier qu'après paiement des créanciers de ce dernier. — Maleville, *Anal. raisonnée du Code civil*, t. 2, p. 299, sur l'art. 878; Marcadé, t. 3, sur l'art. 881, n. 2; Demante, n. 223 *bis*-II; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 317.

339. — L'action reconnue aux créanciers séparatistes sur les biens personnels de l'héritier ne pourra d'ailleurs être par eux exercée qu'après épuisement des biens héréditaires. Dans le cas contraire, ils s'exposeraient à être considérés comme ayant accepté l'héritier pour leur débiteur personnel, et à perdre par la novation prévue par l'art. 879, C. civ., le bénéfice de la séparation (V. *suprà*, n. 223 et s.). Par suite, dans le cas où le prix des biens personnels de l'héritier viendrait à être mis en distribution avant le prix des biens héréditaires, les créanciers séparatistes seraient autorisés à faire mettre en réserve somme suffisante pour compléter leur paiement, au cas d'insuffisance de ces derniers biens. — Demolombe, t. 17, n. 221; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3192.

340. — La séparation des patrimoines empêche-t-elle les effets de la division des dettes et du rapport en moins prenant? Il s'agit de l'hypothèse où, par suite de rapports effectués en moins prenant, les biens laissés par une personne à son décès se trouvent attribués à un ou à quelques-uns des cohéritiers, soit en totalité, soit du moins pour une part supérieure à celle qui leur serait revenue, s'il n'y avait pas eu d'avancement d'hoirie fait à d'autres héritiers. Les créanciers de la succession sont-ils tenus, malgré ces prélèvements, de diviser leur créance entre tous les héritiers, y compris ceux qui n'ont rien à prendre dans les biens laissés par le défunt et épuisent leur droit héréditaire en imputant sur leur part le montant de ce qu'ils ont à rapporter? Ne peuvent-ils pas obliger ceux qui absorbent les biens dont le défunt était propriétaire à son décès à payer l'intégralité des dettes?

341. — La théorie d'après laquelle le créancier qui obtient la séparation des patrimoines se met à l'abri des effets de la division des dettes avait tout d'abord été acceptée. Plusieurs cours d'appel l'avaient admise, et des auteurs considérables s'étaient rangés à cette solution. — Bourges, 20 août 1832, Devaux, [S. 33.2.635, P. chr.] — Bordeaux, 14 juill. 1836, Dupuy, [S. 37.2.222, P. 37.2.506] — Caen, 17 janv. 1855, Legabilleux, [S. 57.2.294, P. 57.709] — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 270, et t. 11, n. 224; Bonnier, *Rev. de législ.*, t. 14, p. 482 et s.; Dufresne, n. 114; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 766; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 79; Demante, t. 3, n. 222 *bis*-II; Laurent, t. 10, n. 64; Dollinger, n. 128; Barafort, n. 187; Gabriel Demante, *Rev. crit.*, t. 5, p. 177 et s.

342. — Ainsi il a été jugé que tous les biens de la succession étant spécialement le gage des créanciers du défunt, la séparation des patrimoines confère aux créanciers le droit de se faire payer indistinctement sur tous ces biens sans égard à la division des dettes entre les héritiers, et nonobstant l'offre faite par quelques-uns de ceux-ci de payer leur part dans la dette. — Bourges, 20 août 1832, précité. — Bordeaux, 14 juill. 1836, précité.

343. — Il a été jugé également que le privilège de la séparation de patrimoines confère aux créanciers du défunt le droit de se faire payer sur tous les biens de la succession, sans égard à la division des dettes entre les cohéritiers; que chaque héritier est donc tenu de toutes les dettes, non seulement jusqu'à concurrence de sa part contributive dans ces dettes, mais même jusqu'à concurrence des biens par lui recueillis. — Caen, 17 janv. 1855, précité.

344. — Mais la Cour de cassation se prononce contre cette théorie, et la solution contraire à laquelle elle s'est ralliée, et qu'on peut considérer maintenant comme définitive en jurisprudence, nous paraît très-juridique. La règle des art. 873 et 1220, C. civ., sur la division des dettes, est une règle générale, à laquelle il n'y a pas lieu de déroger dans l'hypothèse de la séparation des patrimoines. — Cass., 3 févr. 1857, Villars, [S. 57.1.321, P. 57.841, D. 57.1.49]; — 9 juin 1857, Legabilleux, [S. 57.1.465, P. 58.614, D. 57.1.295]; — 10 juill. 1893, Rolland et Cie, [S. et P. 94.1.177, D. 94.1.5] — Caen, 14 févr. 1825, Couet-Delahaye, [S. 33.2.639, P. chr.] — Rennes, 14 janv. 1858, Legabilleux, [S. 58.2.573, P. 58.614, D. 58.2.54] — Caen, 9 févr. 1860, Le Petit, [D. 60.2.193] — Limoges, 16 juin 1860, Rebeyratte, [S. 61.2.330, P. 62.80, D. 61.2.71] — Nancy, 13 avr. 1867, Dolmaire, [S. 68.2.81, P. 68.440, D. 67.2.104] — Nîmes, 10 nov. 1885, [*Gaz. Pal.*, 86.1.197] — Rennes, 29 nov. 1889, [*Gaz. Pal.*, 90.1.291] — Trib. Bordeaux, 11 mai 1903, Garrie, [*Gaz. des Trib.*, 7 nov. 1903] — *Sic*, Troplong, *Priv. et hyp.*, t. 1, n. 323; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 385, note 19, p. 334; Aubry et Rau, t. 6, § 610, note 68, p. 502, et § 636, note 14, p. 673; Derouet, *Rev. prat.*, t. 9, p. 529; de Caqueray, *Rev. prat.*, t. 12, p. 68 et s.; Demolombe, t. 17, n. 211 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 1183; Vigié, t. 2, n. 457; Le Sellyer, t. 3, n. 1744; Tissier, note sous Cass., 10 juill. 1893, précité; de Loynes, note sous Cass., 10 juill. 1893, [D. 94.1.5]; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3201.

345. — En conséquence, il a été jugé que la séparation des patrimoines ne peut avoir pour résultat de changer la nature de la créance, ni de modifier les relations juridiques, soit des créanciers de la succession avec les héritiers, soit des héritiers les uns vis-à-vis des autres. — Cass., 10 juill. 1893, précité.

346 — ... Que, par suite, la division des dettes s'opérant de plein droit entre les héritiers au moment même du décès du *de cujus*, les créanciers qui ont demandé et obtenu la séparation des patrimoines, même avant tout partage, ne peuvent poursuivre chaque héritier que pour sa part dans la dette. — Même arrêt.

347. — ... Qu'il en est ainsi, alors même que, par suite d'un rapport effectué en moins prenant, quelques-uns d'entre les héritiers se trouveraient prendre au delà de leur part virile dans les biens laissés par le défunt à son décès. — Même arrêt.

348. — ... Que la séparation des patrimoines ne saurait avoir effet contre les cohéritiers qui ont droit au rapport, sous prétexte que ceux-ci seraient créanciers personnels du cohéritier soumis au rapport; que ces cohéritiers, en effet, ont droit au rapport, non à titre de créanciers, dans le sens de l'art. 878, C. civ., mais à titre de copartageants, afin de faire reconstituer l'hérédité à partager. — Même arrêt.

349. — ... Que l'action résultant de la séparation de patrimoines se divise entre les héritiers comme la dette elle-même, en proportion de leur part héréditaire, de telle sorte que chaque héritier n'est tenu, sur les biens par lui recueillis, que de sa part contributive dans les dettes, et non jusqu'à concurrence de ces mêmes biens. — Cass., 9 juin 1857, précité. — Rennes, 14 janv. 1858, précité. — Limoges, 16 juin 1860, précité.

349 *bis*. — ... Que le créancier qui a demandé la séparation des patrimoines n'est pas en droit de réclamer au légataire universel de son débiteur, recueillant la moitié de la succession, le payement de la totalité de la créance, alors même que ce légataire universel aurait reçu dans le partage tout l'actif héréditaire sans être chargé du passif correspondant. — Trib. Bordeaux, 11 mai 1903, précité.

350. — ... Que la séparation des patrimoines ne fait pas obstacle à la division des dettes de la succession entre les héritiers ; qu'en conséquence, au cas où une caution a laissé pour héritiers le débiteur principal et un tiers étranger à la dette, l'obligation de la caution se divise entre ces deux héritiers, alors même que la séparation des patrimoines aurait été demandée contre les créanciers du premier ; et, que dès lors, si elle n'a pas été demandée, l'héritier étranger à la dette, poursuivi comme caution, n'a aucun intérêt à se plaindre de cette omission, puisque la séparation, restreinte à son cohéritier débiteur, ne l'eût pas affranchi de la part d'obligation dans le cautionnement tombée à sa charge personnelle par l'effet de la division des dettes. — Nancy, 13 avr. 1867, précité.

351. — ... Que le bénéfice de la séparation des patrimoines se réduit à conférer aux créanciers qui l'ont obtenu, l'avantage de se faire payer sur le lot de chaque héritier, par préférence à tous créanciers de celui-ci, mais seulement jusqu'à concurrence de la part contributive de cet héritier, et non pas pour la totalité de la dette. — Caen, 14 févr. 1825, précité.

352. — Ainsi la séparation des patrimoines n'empêche en rien les effets de la division des dettes et du rapport en moins prenant. Les créanciers héréditaires vont-ils donc rester sans ressources contre le danger qui les menace ? On a dit, d'abord, que les créanciers peuvent faire opposition au partage, afin qu'il n'ait pas lieu hors de leur présence : étant appelés en vertu de leur opposition, ils surveilleront leurs droits. Mais cette mesure ne servirait à rien ; il s'agit, en effet, de procéder à des opérations régulières autorisées par la loi ; la présence des créanciers au partage n'empêchera pas l'exercice des prélèvements et l'attribution des biens héréditaires à ceux des cohéritiers qui ont droit au rapport. — V. Aubry et Rau, t. 6, § 619, notes 68 et 69, p. 502 et 503.

353. — On a proposé une mesure plus efficace qui consiste dans la saisie des biens héréditaires avant qu'il ne soit procédé au partage par les héritiers (Demante, t. 3, n. 210 *bis*-II, III, note ; Demolombe, t. 17, n. 214. — V. Bertauld, *Quest. prat. et doctr.*, t. 1, n. 338). On peut faire remarquer dans cette théorie que l'art. 2205, C. civ., en empêchant les créanciers personnels des héritiers de saisir les immeubles indivis, les réserve à l'action des créanciers de la succession, auxquels ils sont exclusivement affectés (Mongin, *Rev. crit.*, t. 39, p. 702). Aubry et Rau (t. 6, § 583, p. 258) enseignent aussi que, « malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, l'intégralité de chacune de ces dettes reste, tant que le partage n'a pas été effectué, garantie par la totalité des biens héréditaires ; en d'autres termes, le droit de gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité tout entière ». — V. sur ce point, Tissier, note précitée.

§ 2. *Effets de la séparation des patrimoines au regard des créanciers et légataires séparatistes et des créanciers de l'héritier.*

354. — Les effets de la séparation des patrimoines, au point de vue de la répartition de l'actif héréditaire, varient suivant que cette séparation a été demandée par tous les créanciers et légataires ou par quelques-uns seulement. Nous allons examiner ces effets dans les deux cas.

1° *Du cas où la séparation a été demandée par tous les créanciers et légataires.*

355. — Nous supposons que tous les créanciers et légataires ont demandé la séparation des patrimoines et pris l'inscription prescrite par l'art. 2111, C. civ., le tout dans les délais voulus. Dans cette hypothèse, la situation sera bien simple et la séparation de l'actif héréditaire ne présentera aucune difficulté.

356. — I. *Répartition du prix des meubles.* — Dans la répartition qui se fera, soit à l'amiable, soit en justice par voie de distribution par contribution, on paiera ou on colloquera d'abord les créanciers héréditaires qui auront une cause de préférence, un privilège, chacun au rang que lui assurera la nature du privilège invoqué. On paiera ou on colloquera ensuite, au marc le franc et par concours entre eux, les créanciers héréditaires qui n'auront aucun privilège à faire valoir, même les créanciers hypothécaires, s'ils se présentent, puisque, sur le prix des meubles, ils sont au même rang que les chirographaires. Ils seront tous intégralement payés, s'il y a suffisance ; dans le cas contraire, ils recevront au prorata de leur créance respective. — Aubry et Rau, t. 4, § 619, p. 489 ; Le Sellyer, t. 3, n. 1687 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3193.

357. — Après les créanciers viendront les légataires qui seront payés ou colloqués, soit pour le tout s'il y a suffisance, soit au marc le franc et par concours s'il y a insuffisance, à moins que le défunt n'ait établi entre eux un ordre de préférence (Aubry et Rau, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*). La même règle s'appliquera même s'il s'agit d'un legs rémunératoire. — Trib. Seine, 12 déc. 1882, [J. *La Loi*, 30 déc. 1882] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

358. — S'il restait un excédent, les créanciers de l'héritier le prendraient dans les mêmes conditions que nous venons d'indiquer pour les créanciers héréditaires, c'est-à-dire au marc le franc s'il n'existe entre eux aucune cause de préférence ou de privilège ; dans le cas contraire, les privilégiés viendraient avant. — V. au surplus, *suprà*, v° *Ordre*.

359. — II. *Répartition du prix des immeubles.* — S'il n'existe ni privilège, ni hypothèque au profit des créanciers héréditaires, le prix des immeubles sera d'abord distribué entre eux au marc le franc et par concours ; puis s'il y a excédent, entre les légataires ; enfin, s'il y a excédent encore, entre les créanciers de l'héritier ; le tout ainsi qu'il vient d'être dit pour le prix des meubles ; sous réserve, pour les créanciers de l'héritier, de toute préférence pouvant résulter entre eux, non seulement d'un privilège, mais encore ici d'une hypothèque.

360. — Les créanciers héréditaires et les légataires inscrits dans les six mois primeront les créanciers hypothécaires de l'héritier, bien que ceux-ci puissent invoquer une inscription antérieure ; ils primeront même toute hypothèque légale ou judiciaire ayant frappé, au préjudice de l'héritier, les biens de la succession dès son ouverture. — Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 484 ; Thézard, n. 327 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 867.

361. — Mais il se peut que parmi les créanciers héréditaires certains soient ou privilégiés ou hypothécaires ; dans ce cas, le droit de préférence résultant de leur privilège ou de leur hypothèque devra être respecté, car la séparation des patrimoines a bien pour effet de faire mettre à part les biens de la succession pour les créanciers de celle-ci, mais elle ne saurait porter atteinte aux droits de préférence que certains d'eux pouvaient avoir avant son ouverture. Dès lors, la distribution, qu'elle ait lieu à l'amiable ou par voie d'ordre, se fera dans les conditions suivantes : on colloquera en premier lieu les créanciers privilégiés suivant la nature de leur privilège ; on colloquera ensuite, suivant la date de leur inscription, les créanciers hypothécaires ; on colloquera en troisième lieu les créanciers chirographaires au marc le franc (V. *suprà*, v° *Ordre*) ; enfin, sur l'excédent qui restera, viendront les légataires et, en dernier lieu, les créanciers de l'héritier, comme il a été indiqué.

362. — D'ailleurs, les créanciers conditionnels qui, nous l'avons déjà vu, peuvent, comme les autres, demander la séparation des patrimoines, seront comme les autres aussi admis à faire valoir leurs droits. A leur égard et pour leur donner satisfaction, un double moyen se présentera : ou bien ils seront colloqués et payés en donnant garantie suffisante pour le remboursement à qui de droit de la collocation, si la condition ne se réalise point ; ou bien les créanciers venant après eux toucheront la collocation à leur place, en donnant à leur tour la même garantie pour le remboursement au cas où la condition viendra à se réaliser. A défaut de garantie, le versement de la collocation à la Caisse des dépôts et consignations pourrait être ordonné. — Chabot, sur l'art. 878, n. 4 ; Duranton, t. 7, n. 476 ; Barafort, n. 21 ; Le Sellyer, t. 3, n. 1698 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3194.

363. — Les créanciers héréditaires ayant privilège ou hypothèque ne pourront se faire colloquer au rang de leur créance que pour un chiffre déterminé d'intérêts (aujourd'hui trois ans. V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 2425). Mais cette règle ne sera ob-

servée qu'entre eux. Vis-à-vis des créanciers de l'héritier, ils auront le droit de se faire colloquer pour la totalité des intérêts puisque toute leur créance doit être payée avant ces derniers. Ainsi il a [illegible] jugé [illegible] par suite de la séparation de patrimoines, le créancier du défunt a droit de se faire colloquer par préférence aux créanciers de l'héritier, pour la totalité des intérêts de sa créance, [illegible] son inscription primitive n'aurait conservé que deux années et l'année courante. — Cass., 30 nov. 1847, Lab[illegible], [S. 48.1.17, P. 48.1.3[illegible], D. 48.1.[illegible]] — Bordeaux, 2 juin 1846, Mêmes parties, [S. 46.2.6[illegible]]

[illegible]

364. — Lorsque, contrairement aux prescriptions de l'art. 2111, l'inscription n'a pas été prise dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, le droit conféré par la séparation des patrimoines n'est pas pour cela perdu; mais le privilège qui en découle est converti en une simple hypothèque conformément à la règle de l'art. 2113, C. civ., hypothèque qui, par suite, d'après le même article et selon la règle générale d'ailleurs, ne date à l'égard des tiers que du jour de l'inscription.

365. — Dès lors, la disposition finale de l'art. 2111, C. civ., qui déclare qu'avant l'expiration des six mois aucune inscription ne saurait être utilement prise sur les biens de la succession du chef de l'héritier, ne pourra plus recevoir son application; et comme conséquence, le créancier héréditaire tardivement inscrit sera primé par tout créancier hypothécaire de l'héritier qui se sera inscrit avant lui. — Paris, 23 mars 1824, Remy, [S. et P. chr.] — Metz, 27 mai 1868, Pécard, [S. 68.2.281, P. 68.1025, D. 68.2.103] — *Sic*, Marcadé, sur l'art. 880, n. 4; Taulier, t. 7, p. 220; Boileux, sur l'art. 2113; Barafort, n. 13 et 143.

366. — Jugé que le privilège résultant de la séparation des patrimoines, s'il n'a pas été inscrit dans les six mois de l'ouverture de la succession, est, d'après la règle générale établie par l'art. 2113, C. civ., converti en un droit hypothécaire qui n'est plus soumis à aucune restriction ou modification quelconque, et qui produit, à partir de son inscription, tous les effets attribués aux hypothèques proprement dites. — Metz, 27 mai 1868, précité.

367. — Et lorsque le droit de séparation des patrimoines, exercé relativement à un immeuble indivis entre le défunt et l'héritier, est dégénéré en simple hypothèque, comme ayant été tardivement inscrit, si cette hypothèque se trouve primée par une hypothèque antérieure consentie par l'héritier, depuis l'ouverture de la succession sur la totalité de l'immeuble, le prix de cet immeuble doit être réparti de manière que, après le paiement du créancier hypothécaire de l'héritier, la partie du prix afférente à la portion de l'immeuble provenant du défunt soit attribuée au créancier de celui-ci, à l'exclusion des créanciers personnels ou cessionnaires de l'héritier. — Même arrêt.

368. — Jugé dans le même sens que le créancier du défunt qui n'a pris inscription qu'après les six mois de l'ouverture de la succession, n'a pas le droit de se prévaloir de cette inscription contre les créanciers hypothécaires inscrits avant lui. — Paris, 23 mars 1824, [illegible].

369. — Les créanciers héréditaires ou les légataires tardivement inscrits, c'est-à-dire après les six mois, seront non seulement primés par l'hypothèque conventionnelle consentie par l'héritier et antérieurement inscrite, mais encore et *a fortiori* par toute hypothèque légale ou judiciaire qui existait contre ce dernier et qui a immédiatement grevé les immeubles de la succession. — Paris, 30 nov. 1861, P[illegible]-Jacquin, [P. 62.[illegible]] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 4[illegible]; Thézard, n. 327; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t, 1, n. 867.

370. — Mais les créanciers héréditaires ou légataires non inscrits dans les six mois, et même inscrits seulement après la transcription de l'acte d'aliénation des immeubles de la succession, primeront sur le prix desdits immeubles encore dû et mis en distribution, les créanciers simplement chirographaires de l'héritier. Contre ces derniers, en effet, l'exercice du droit n'est soumis à aucune condition de publicité. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 870. — V, Paris, 23 mars 1824, précité.

3° Du cas [illegible]

371. — Nous avons dit que, dans la distribution de l'actif héréditaire, les créanciers séparatistes doivent venir avant les légataires. Mais nous précisons qu'il n'en sera ainsi qu'autant qu'ils auront conservé leur qualité. Si donc ils se trouvent déchus de leur bénéfice, notamment parce qu'ils auront accepté l'héritier pour leur débiteur personnel et opéré ainsi la novation prévue par l'art. 879, C. civ., alors que les légataires auront, au contraire, conservé le même bénéfice et rempli toutes les formalités voulues, ils ne viendront qu'après les légataires. Jugé, en effet, que le légataire qui a fait inscrire, dans les six mois, le privilège de l'art. 2111, C. civ., doit être colloqué sur les immeubles héréditaires avant le créancier de la succession qui a accepté l'héritier pour débiteur (motifs). — Trib. Emp. Allemagne, 30 déc. 1884, X..., [S. 87.4.19, P. 87.2.31] — *Sic*, Demante, *Cours analytique du Code civil*, t. 3, n. 219 *bis*-IV, *in fine*. — V. aussi Aubry et Rau, t. 6, p. 490, § 619, texte et note 51; Demolombe, t. 17, n. 122, *in fine*.

372. — Jugé au contraire que, bien que les créanciers d'une succession acceptée purement et simplement par l'héritier n'aient fait inscrire leur demande en séparation des patrimoines que depuis six mois du décès du défunt, ils ont cependant un droit de préférence sur les légataires, quand même ceux-ci auraient pris en temps utile l'inscription exigée par l'art. 2111, C. civ. — Grenoble, 21 juin 1841, Collin et Perret, [S. 42.2.355, P. 43.1.39]

373. — Jugé, dans une opinion intermédiaire, que lorsque les créanciers d'une succession acceptée purement et simplement par l'héritier n'ont pas demandé la séparation des patrimoines dans le délai fixé par la loi, les légataires ont le droit d'être payés de leurs legs concurremment avec les créanciers de cette succession. — Cass., 2 prair. an XII, Buisson, [S. et P. chr.]; — 9 déc. 1823, Seillier, [S. et P, chr.] — *Sic*, Vazeille, sur l'art. 878, n. 13.

4° Du cas où la séparation [illegible] demandée par tous les créanciers [illegible].

374. — Parmi les créanciers ou légataires quelques-uns seulement peuvent avoir demandé la séparation ou pris inscription. Comment se fera alors la séparation de l'actif héréditaire? On observera ici deux règles généralement admises.

375. — *Première règle.* — La séparation ne profite qu'à celui qui l'a obtenue; l'inscription ne sert qu'à celui qui l'a prise. — Cass., 28 avr. 1869, Gastel, [S. 69.1.313, P. 69.777, D. 69.1.443] — Paris, 12 févr. 1878, [*Rev. du not.*, art. 5[illegible]] — Toulouse, 5 juin 1889, Boé, [S. 91.2.117, P. 91.1.690] — Trib. Aix, 18 mars 1873, Jubelin, [S. 74.2.25, P. 74.108] — Trib. Gaillac, 16 déc. 1890, [*Gaz. des Trib. du Midi*, 8 févr. 1891] — Trib. Evreux, 14 avr. 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.2.317] — *Sic*, Demante, t. 3, n. 219 *bis*-I; Grenier, t. 2, n. 412; Duranton, t. 7, n. 4[illegible]; Delvincourt, p. 385; Rolland de Villargues, v° *Séparation des patrimoines*, n. 6; Demolombe, t. 17, n. 112; Barafort, n. 29; Huc, t. 5, n. 427; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3195; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 874. — V. aussi Trib. Seine, 12 déc. 1882, [*Gaz. Pal.*, 82-83.1.216] — Cass. Rome, 29 mai 1889, Fa[illegible], [S. 90.4.15, P. 90.2.26]

376. — *Deuxième règle.* — La séparation et l'inscription ne créent point une cause de préférence au profit de ceux qui peuvent les invoquer contre ceux vis-à-vis de qui elles font défaut. — Cass., 4 déc. 1871, Desgrottes, [S. 71.1.238, P. 71.749, D. 71.1.249] — Grenoble, 21 juin 1841, précité. — Bordeaux, 26 avr. 1864, Calvet, [S. 64.2.262, P. 64.1208, D. 64.2.220] — Paris, 12 févr. 1878, précité; — 17 avr. 1884, Descroix et Chouanard, [S. 86.2.197, P. 86.1.1100, D. 86.2.81] — Toulouse, 5 juin 1889, précité. — Grenoble, 24 mars 1896, Guillet, [D. 98.2.89] — Trib. Aix, 18 mars 1873, précité. — Trib. Gaillac, 16 déc. 1890, précité. — Trib. Evreux, 14 avr. 1897, précité. — Cass. Rome, 29 mai 1889, précité. — *Sic*, Grenier, t. 2, n. 435; Duranton, t. 7, n. 477, et t. 19, n. 226; Malpel, n. 219; Dufresne, n. 93, 97 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ t. 2, § 385, p. 337; Marcadé, sur l'art. 878, n. 6; Vazeille, sur l'art. 878, n. 13; Laurent, t. 10, n. 55 et s.; Demolombe, t. 17, n. 222; Barafort, n. 196 et s.; [illegible], n. 131; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 53, p. 49[illegible], et note 54, p. 494; Vigié, t. 2, n. [illegible]; Huc, t. 5, n. 4[illegible]; Le Sellyer, t. 3, n. 1686; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1. n. 874; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3195. — *Contrà*, Paris, 20 mars 1868, [*Rev. du not.*, art. 2162] — Fo[illegible] de Coulans, sur l'art. 878, n. 11; Garraud, *Incompl.*, n. 177.

377. — Jugé, conformément à ces règles, que le créancier qui demande la séparation de patrimoines n'est réputé agir que

pour son propre compte et dans son intérêt personnel. Dès lors, le seul effet de la demande par lui formée est de faire distraire sur le prix des immeubles de la succession une somme égale à la créance qu'elle a eu pour objet de conserver. — Cass., 28 avr. 1869, précité. — Tous droits réservés au profit des autres créanciers de la succession quant au partage de la somme ainsi distraite. — Même arrêt.

378. — ... Que le principe de la séparation des patrimoines n'a d'effet que contre les créanciers de l'héritier et n'a point pour objet d'établir des droits de préférence entre les créanciers de la succession; que, dès lors, ceux-ci restent, les uns vis-à-vis des autres, dans la position que leur donnent leurs titres de créances, sans égard pour l'époque où ils peuvent avoir individuellement pris inscription. — Grenoble, 21 juin 1871, précité.

379. — ... Que la séparation des patrimoines profite seulement aux créanciers du défunt qui l'ont demandée, et non à ceux qui ne l'ont pas réclamée, mais ne crée pas un droit de préférence, au profit des créanciers chirographaires du défunt qui en ont fait la demande, contre ceux qui ne l'ont pas invoquée, sauf pour ces derniers à subir le concours des créanciers de l'héritier. — Cass. Rome, 29 mai 1889, précité.

380. — ... Que la séparation des patrimoines ne crée aucun droit de préférence ou privilège en faveur de ceux des créanciers du défunt qui seuls ont pris inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession; que tous les créanciers indistinctement doivent venir, proportionnellement à leurs créances, sur les biens de l'hérédité. — Cass., 4 déc. 1871, précité.

381. — ... Que la séparation des patrimoines ne crée entre les créanciers héréditaires ou légataires du *de cujus* aucune cause de préférence en dehors de celles qui peuvent résulter de leur titre ou de la loi. — Toulouse, 5 juin 1889, précité.

382. — Jugé encore que tant que les légataires et les créanciers du défunt ne sont pas déchus du droit de demander la séparation des patrimoines, et lorsqu'ils la demandent, on ne peut leur opposer comme une cause de préférence, ni l'inscription que quelques-uns d'entre eux auraient prise dans les six mois de l'ouverture de la succession, conformément aux art. 878 et 2111, C. civ., ni, pour ce qui regarde les créanciers du défunt, l'hypothèque légale que l'art. 1017, même Code, confère aux légataires, l'inscription n'ayant effet qu'à l'encontre des créanciers de l'héritier, et l'hypothèque, vis-à-vis de ces derniers et de l'héritier seulement. — Bordeaux, 26 avr. 1864, précité.

383. — Ainsi, il résulte des principes et décisions qui précèdent que la seule somme à distraire de l'actif successoral est celle pour laquelle la séparation a été demandée; et que cette somme une fois distraite appartiendra à tous les créanciers ou légataires du *de cujus* et leur sera partagée conformément à leurs droits, la séparation, dans leurs rapports entre eux ne conférant aucun privilège en faveur de ceux qui l'ont demandée et utilement inscrite. Ces principes sont aujourd'hui certains, mais leur application peut donner lieu à des difficultés assez sérieuses.

384. — On peut supposer, en effet, d'une part, qu'un créancier chirographaire ou un légataire du *de cujus* a inscrit la séparation des patrimoines pour le montant de sa créance ou de son legs; et d'autre part, qu'un créancier personnel de l'héritier a ensuite pris inscription hypothécaire sur les immeubles de la succession. Il suit bien des principes ci-dessus que seul le montant de la créance ou du legs inscrit est protégé par la séparation, à l'encontre du créancier personnel inscrit de l'héritier. Mais quels droits vont pouvoir exercer sur la somme protégée et distraite les créanciers ou légataires héréditaires qui ont négligé de s'inscrire ou ne se sont pas inscrits en temps utile? A cet égard, plusieurs systèmes sont soutenus.

385. — D'après un premier système, dans cette hypothèse, on ne doit point faire application de la règle ci-dessus énoncée, d'après laquelle l'inscription de la séparation ne doit point créer un avantage à celui qui l'a prise contre ceux qui ont négligé de s'inscrire. Ainsi, le créancier chirographaire inscrit prendra toute la somme conservée par son inscription, c'est-à-dire toute sa créance, à l'exclusion des autres créanciers chirographaires de la succession non inscrits, qui n'auront rien à percevoir sur ladite somme. Pour arriver à ce résultat, on raisonne de la manière suivante : le créancier hypothécaire de l'héritier qui a pris inscription primera, cela est certain, les créanciers chirographaires du défunt qui ne se sont pas inscrits conformément aux prescriptions de l'art. 2111, C. civ.; or le créancier héréditaire inscrit prime, lui, ce créancier de l'héritier; à plus forte raison, dès lors, doit-il primer les créanciers héréditaires non inscrits. C'est là l'application de la maxime : *si vinco vincentem te, a fortiori te vinco*. Ainsi dans ce système on fait bénéficier le créancier héréditaire qui s'est inscrit de l'intervention d'un créancier personnel de l'héritier. — Delvincourt, t. 2, p. 179; Belost-Jolimont, sur Chabot, t. 2, sur l'art. 878, obs. 3; Masson, n. 122; Garraud, *De la déconfiture*, p. 148; Huc, t. 5, n. 428.

386. — Jugé en ce sens que le défaut d'inscription dans les six mois du décès, pour conserver le privilège de la séparation des patrimoines, peut être opposé par un légataire à un autre légataire. — Lyon, 17 avr. 1822, Desnoyer, [S. et P. chr.]

387. — D'autres auteurs, respectant la règle dont il s'agit, admettent que sur la somme conservée par son inscription, le créancier héréditaire inscrit ne pourra prendre que ce qu'il aurait obtenu si tous les créanciers du défunt s'étaient inscrits; mais ils décident que, sur le surplus de ladite somme, le créancier hypothécaire de l'héritier passera avant les créanciers héréditaires non inscrits. Dès lors, pour ces derniers, l'inscription prise par le créancier héréditaire n'aurait aucune utilité. — Grenier, t. 2, n. 435; Merlin, *Rép.*, v° *Séparation des patrimoines*, § 5, n. 4; Malpel, n. 219; Dufresne, n. 99, 100, 106, 108; Laurent, t. 10, n. 68; Aubry et Rau, t. 6, § 619, texte et note 54, p. 493, 494.

388. — Mais dans un autre système plus équitable qu'ont adopté d'ailleurs la jurisprudence et la plupart des auteurs, on décide que si l'inscription prise par le créancier ou le légataire diligent ne peut lui créer un privilège à l'encontre de ceux qui ont été négligents, elle ne doit pas demeurer inutile pour ces derniers. Et l'on aboutit ainsi à la solution suivante : le créancier ou le légataire inscrit, sur la somme distraite en vertu de son inscription, prendra ce qu'il aurait obtenu si tous les autres créanciers ou légataires s'étaient également inscrits; puis, ce prélèvement opéré, le surplus sera partagé, conformément à leurs droits, entre les créanciers héréditaires ou légataires qui ne se sont point inscrits ou qui n'ont pris qu'une inscription tardive. — Cass., 15 juill. 1891, Hacquart, Née et Cie, [S. 91.1.409, P. 91.1.996, D. 93.1.465] — Toulouse, 5 juin 1889, Bos, [S. 91.2.117, P. 91.1.690 — Trib. Aix, 18 mars 1873, Jubelin, S. 74.2.25, P. 74.108] — *Sic*, Duranton, t. 7, n. 478; Colmet de Santerre, t. 9, n. 172 *bis*-V, p. 132; Demolombe, t. 17, n. 223; Mourlon, *Examen critique*, p. 912; Dollinger, n. 131; Barafort, n. 213; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 876; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3195.

389. — Ce dernier système doit être préféré, car il conserve à l'inscription de séparation des patrimoines son véritable caractère juridique. Elle ne peut avoir effet qu'au regard des créanciers de l'héritier; mais cet effet doit se produire contre eux pour toute la somme pour laquelle elle a été prise. Quant aux créanciers du défunt, elle ne saurait changer leur situation respective : créanciers chirographaires, les uns et les autres, avant le décès du *de cujus*, ils demeurent tels quand ce décès s'est produit, et malgré l'inscription de séparation prise par l'un d'eux, les droits de tous se règlent par un dividende, *au prorata*, si l'actif n'est pas suffisant pour un paiement intégral.

390. — Il a donc été jugé que, si la négligence des créanciers héréditaires ou légataires, qui n'ont pas inscrit la séparation des patrimoines dans le délai de six mois imparti par l'art. 2111, C. civ., ne peut profiter au créancier ou légataire qui a inscrit la séparation dans ce délai, elle ne doit pas davantage lui nuire. — Dès lors, si, par suite de la négligence de certains légataires, qui n'ont pas pris inscription dans le délai de six mois, un créancier personnel de l'héritier a pris utilement hypothèque sur les immeubles de la succession, le légataire qui a inscrit dans le délai de six mois la séparation des patrimoines a droit, sur le prix des immeubles, à la part qui lui serait revenue si tous les légataires avaient inscrit en temps utile la séparation, mais à cette part seulement. — Toulouse, 5 juin 1889, précité.

391. — Jugé de même que la séparation des patrimoines demandée par application de l'art. 878, C. civ., et inscrite conformément à l'art. 2111, C. civ., a pour effet de placer, pour une part correspondante au chiffre de l'inscription, les immeubles qui en sont frappés dans la situation où ils étaient du vivant du *de cujus*, c'est-à-dire de les mettre hors des atteintes des créanciers de l'héritier, lesquels, dès lors, et malgré l'inscription d'hypothèque par eux prise sur les immeubles successoraux, doivent rester étrangers à la répartition à faire entre les créanciers du *de cujus* de la somme portée dans l'inscription. — Cass., 15 juill. 1891, précité.

392. — Il en est ainsi, alors même qu'un seul créancier du

défunt aurait pris inscription de séparation et que tous les autres auraient négligé de le faire. — Même arrêt.

393. — Peu importe qu'entre les créanciers du défunt l'inscription de séparation des patrimoines ne crée pas un droit de préférence contre ceux qui ont négligé d'inscrire au profit de celui qui a inscrit, et qu'ainsi celui-ci ne doive prendre qu'un dividende sur la somme pour laquelle il s'est inscrit. — Même arrêt.

394. — Il doit être attribué au créancier qui a inscrit, sur la somme portée dans l'inscription, ce qu'il aurait obtenu, si, tous les créanciers du *de cujus* s'étant inscrits, les biens du défunt s'étaient repartis entre tous ses créanciers. — Douai, 27 mars 1889, sous Cass., 15 juill. 1891, précité.

395. — Voici l'application de ce principe. Le défunt a laissé trois créanciers porteurs chacun d'une créance de 8,000 fr., et sa succession ne comprenait qu'un immeuble qui s'est vendu 12,000 fr. Si les trois créanciers s'étaient inscrits, tout le prix leur eût été attribué par portions égales, puisqu'ils avaient des droits égaux, et chacun aurait eu 4,000 fr. Mais un seul a inscrit la séparation pour le montant de sa créance, c'est-à-dire pour 8,000 fr., et après son inscription vient celle d'un créancier hypothécaire de l'héritier utilement prise pour 4,000 fr. Dans ces conditions, 4,000 fr. seront attribués à ce dernier et 8,000 fr. aux créanciers héréditaires. Sur cette somme de 8,000 fr., 4.000 fr. reviendront au créancier héréditaire inscrit et les deux autres non inscrits prendront chacun 2,000 fr. Par cette distribution, le créancier héréditaire inscrit obtiendra ce qu'il aurait obtenu si tous s'étaient inscrits, et ainsi il ne recevra rien au détriment des autres, pas plus qu'il ne souffrira de leur négligence; et les conséquences de cette négligence seront en totalité supportées par ces derniers. Le raisonnement sera le même si, au lieu de créanciers, il s'agit de légataires dans les mêmes conditions.

396. — Si le créancier hypothécaire de l'héritier était inscrit pour 6,000 fr., la situation ne changerait pas à son égard : il ne prendra encore que les 4,000 fr. restant sur le prix après le prélèvement des 8,000 fr. conservés par l'inscription de la séparation des patrimoines. En effet, cette inscription le prime pour toute la somme qu'elle garantit, sans qu'il ait à rechercher à qui cette somme va être distribuée. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n. 876.

§ 3. *Effets de l'inscription de la séparation des patrimoines contre les tiers détenteurs.*

397. — L'héritier, nous l'avons dit, conserve, malgré la séparation des patrimoines, le droit d'aliéner les meubles de la succession; et il est certain qu'à leur égard les créanciers séparatistes n'ont aucun droit de suite à exercer contre les acquéreurs. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 3, n. 3200.

398. — Il a également la faculté d'aliéner les immeubles. Les créanciers séparatistes inscrits pourront-ils, en ce qui les concerne, exercer un droit de suite contre le tiers détenteur? La solution dépend du caractère juridique que l'on attribue au bénéfice conféré par la séparation des patrimoines. Or nous savons qu'une controverse existe sur ce point. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 778 et 779.

399. — Une opinion déclare que la séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège, qu'elle a pour unique résultat de procurer aux créanciers séparatistes un simple droit de préférence (V. *suprà*, v° *Privilège*, n. 778), et elle admet que l'inscription de l'art. 2111, C. civ., peut être prise sur les immeubles héréditaires, même après la transcription de leur aliénation, contrairement à la disposition de l'art. 6, L. 23 mars 1855 (V. *suprà*, v° *Privilège*, n. 1075). — C'est décider, on le voit, qu'aucun droit de suite n'est attaché au privilège de la séparation des patrimoines.

400. — En partant de cette idée, il a été jugé que l'inscription en séparation des patrimoines prise par un créancier du défunt sur un immeuble de la succession vendu par l'héritier, ne fait pas obstacle à ce qu'un autre créancier du *de cujus* pratique valablement une saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur sur le prix de vente dudit immeuble. — Et ce créancier a seul droit, jusqu'à concurrence de sa créance, à la somme par lui frappée de saisie-arrêt, lorsque cette saisie a été validée par un jugement devenu définitif. — Trib. Aix, 18 mars 1873, Jubelin, [S. 74.2.25, P. 74.108] — V. Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 496 et s.

401. — Mais, l'opinion qui déclare, au contraire, que la séparation des patrimoines constitue un véritable privilège, est plus généralement admise et nous semble plus juridique (V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 779). Si donc, il y a privilège au profit des créanciers séparatistes, ce privilège, inscrit dans les délais de l'art. 2111, C. civ., doit attribuer à ces derniers, conformément au droit commun, et le droit de préférence et le droit de suite. Ici s'appliqueront, en conséquence, les dispositions de l'art. 2166, C. civ., aux termes duquel « les créanciers ayant privilège ou hypothèque ensuite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». — Toutefois, conformément à la loi précitée du 23 mars 1855, le privilège ne pourra plus être inscrit après la transcription de l'aliénation des immeubles héréditaires, alors même qu'on se trouverait encore dans les six mois accordés par l'art. 2111. — V. *suprà*, v° *Privilèges*, n. 1074.

402. — En vertu de leur droit de suite, les créanciers séparatistes valablement inscrits suivront donc aux mains du tiers détenteur l'immeuble héréditaire aliéné par l'héritier. Et ils seront autorisés à procéder par la voie de la sommation de payer ou de délaisser prévue par l'art. 2183, C. civ. Le tiers détenteur, s'il veut se libérer de toute poursuite ultérieure, sera tenu de remplir les formalités de la purge prescrites par le même article.

403. — Jugé, à cet égard, que, bien que l'action en séparation des patrimoines soit prescrite par la vente des immeubles héréditaires, le créancier qui a pris inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession, conformément à l'art. 2111, C. civ., conserve un droit de suite sur l'immeuble vendu, droit qu'il ne peut perdre que par l'accomplissement des mesures prescrites pour la purge des hypothèques. Il importe peu, dans ce cas, que le prix de l'immeuble vendu ait été versé par l'acheteur à l'héritier du défunt. — Nîmes, 19 févr. 1829, Roche, [S. et P. chr.]

404. — Sur la purge, les créanciers séparatistes auront le droit de pratiquer la surenchère du dixième prévue et permise par l'art. 2185, C. civ. Cette surenchère est la sanction indispensable du droit de suite, puisque sans elle le privilège ou l'hypothèque pourrait devenir une sûreté insuffisante et même inutile au cas où l'immeuble affecté viendrait à être aliéné pour un prix ne représentant pas sa véritable valeur. — V., sur tous ces principes, *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 4215 et s.

405. — Ainsi il a été jugé que les créanciers du défunt qui, conformément à l'art. 2111, C. civ., ont pris inscription sur les immeubles de la succession acquièrent, par cela seul, un droit de suite sur ces immeubles, et peuvent, conséquemment, les surenchérir en cas de vente. — Cass., 27 juill. 1870, Bénassy, [S. 72.1.153, P. 72.369, et la note de M. Labbé, D. 71.1.352]

406. — ... Que le bénéfice de la séparation des patrimoines confère aux créanciers, même purement chirographaires, du défunt, le droit de surenchérir les immeubles de leur débiteur, vendus depuis son décès. — Orléans, 22 août 1840, Bouloy, [S. 41.2.513, P. 41.1.197]

407. — Nous précisons, du reste, que la purge et la surenchère à laquelle elle donne ouverture n'ont lieu qu'après les aliénations qui ne purgent pas virtuellement. Après celles qui purgent par elles-mêmes le droit de suite est éteint et il ne reste plus que le droit de préférence. — V. à cet égard, *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 3858 et s.

408. — Après l'extinction du droit de suite, s'exercera, au profit des créanciers séparatistes, le droit de préférence sur le prix. Ce droit se traduira par une collocation dans l'ordre au rang assuré par la nature du privilège. Et le tiers détenteur ne sera libéré de son prix que par le paiement de la collocation obtenue, ou par l'ordonnance de radiation à défaut de production ou de collocation utile (V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 3739 et s.). On le voit, de par la force du privilège, le prix appartient aux créanciers séparatistes, suivant leur rang et leurs créances (V. Nîmes, 19 févr. 1829, précité), et ne saurait être frappé de saisie-arrêt, ce qu'autorise cependant l'opinion qui ne voit point dans la séparation un véritable privilège.

CHAPITRE IX.

LÉGISLATION COMPARÉE.

§ 1. Allemagne.

409. — La plupart des législations en vigueur avant la promulgation du Code civil de l'Empire admettaient la séparation

des patrimoines, et la *Konkursordnung* confirme le principe dans son § 43. — *Landr.* pruss., I, 16, § 500, C. civ. sax., §§ 2333 et s.; Stein, *Württemb. Erbrecht*, § 112, etc.

410. — Les rédacteurs du Code civil n'ont pas jugé que cette séparation fût la meilleure garantie à offrir aux créanciers du défunt; et ils y ont substitué, pour le cas où ces créanciers auraient lieu de redouter la confusion du patrimoine de leur débiteur avec celui de ses héritiers, la faculté de demander, soit la remise de la masse entre les mains d'administrateurs officiels chargés de la gérer et de la liquider au mieux des intéressés, soit l'ouverture d'un « concours » relativement à la succession (*Nachlasskonkurs*); ce concours a l'avantage de substituer à l'initiative isolée de chaque créancier pris individuellement, laquelle risque d'aboutir à une mainmise des uns au préjudice des autres, une procédure parfaitement régulière, qui sauvegarde tous les droits. — V. *Motive*, t. 5, p. 682.

411. — Les dispositions du Code sur cette administration de la succession et sur la liquidation judiciaire font l'objet des §§ 1975 et s.; nous les analyserons *infrà*, v° *Succession*. — V. Ernest Lehr, *Traité de droit civil germanique*, t. 2, n. 1438.

§ 2. *Autriche.*

412. — Lorsqu'un créancier de la succession, un légataire ou un héritier à réserve redoute que, par suite de la confusion de la succession avec le patrimoine de l'héritier, ses droits ne soient mis en péril, il peut, avant l'envoi en possession (*Einantwortung*) de ce dernier, demander que la succession demeure séparée dudit patrimoine, qu'elle soit prise en garde par le tribunal ou administrée par un curateur, et que ses droits soient prénotés de façon à recevoir satisfaction des biens du défunt. Dans ce cas, l'héritier, encore qu'il ait accepté la succession purement et simplement n'est plus tenu envers lui personnellement et sur ses propres biens (C. civ., § 812).

413. — La Cour suprême a jugé que les mots de « mise en péril des droits » ne doivent pas être pris à la lettre et qu'il suffit, pour justifier la demande, que, d'après les circonstances, celle-ci ne soit pas manifestement sans fondement et dictée par un esprit de chicane (Arr. du 12 juin 1872, n. 5778).

§ 3. *Belgique.*

414. — La Belgique est régie, à cet égard, par le Code civil français.

§ 4. *Espagne.*

415. — Le Code civil espagnol ne prévoit pas expressément la séparation des patrimoines; mais l'art. 1083 accorde aux créanciers personnels des héritiers le droit d'intervenir à leurs frais, afin d'éviter que le partage de la succession du défunt ne se fasse en fraude ou au préjudice de leurs droits.

§ 5. *Grande-Bretagne.*

416. — I. *Angleterre, Ecosse.* — La séparation des patrimoines est absolument étrangère à ces deux législations, par la raison que l'ouverture de la succession n'y a pas pour effet de confondre la personnalité de l'héritier avec celle du défunt et d'obliger, en principe, l'héritier à payer de ses propres deniers les dettes de la succession. Ses propres créanciers n'ont donc aucune précaution spéciale à prendre pour maintenir son patrimoine distinct de celui du défunt.

417. — II. *Malte.* — Il en est autrement d'après la législation maltaise, qui a les plus grandes analogies, pour le droit des successions, avec celle de la France. L'héritier acceptant sans invoquer le bénéfice d'inventaire est tenu des dettes du défunt même *ultra vires hereditarias*; la loi a dû, en conséquence, accorder à ses créanciers le droit de se défendre contre une confusion préjudiciable à leurs intérêts. Le principe est posé dans l'art. 646 des ordonnances de 1868, n. 7, et de 1870, n. 1; et il est développé notamment au point de vue de la procédure, aux art. 1860 et s. — V. *Les lois civiles de Malte*, trad. par C. Billiet, 1 vol. in-8°, Paris, 1896.

§ 6. *Italie.*

418. — La séparation des patrimoines fait, dans le Code civil italien, l'objet de l'art. 1032 et du titre 24, liv. 3 (art. 2054 à 2065).

419. — Les créanciers de la succession et les légataires peuvent la demander, alors même qu'ils ont déjà une autre garantie sur les biens du défunt (art. 1032, 2054).

420. — La séparation a pour objet de payer, avec le patrimoine du défunt, ses créanciers et légataires qui l'ont demandée, par préférence aux créanciers de l'héritier (art. 2055).

421. — Ceux d'entre eux qui auraient fait une novation en acceptant l'héritier pour débiteur, n'ont pas droit à la séparation (art. 2056).

422. — Le droit à la séparation ne peut être exercé que dans le délai péremptoire de trois mois à compter du jour de l'ouverture de la succession (art. 2057)

423. — Le fait que la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire ne dispense pas les créanciers du défunt ou les légataires qui peuvent se prévaloir du droit de séparation, d'observer les dispositions établies par les articles du Code que nous analysons dans ce moment (art. 2058).

424. — Le droit à la séparation s'exerce, quant aux meubles, en en faisant la demande en justice; quant aux immeubles, au moyen de l'inscription de la créance ou du legs, sur chacun des immeubles, au bureau des hypothèques du lieu de la situation. L'inscription s'opère, comme celle d'une hypothèque, sur la présentation de deux bordereaux (V. art. 1987), indiquant, en sus des renseignements habituellement requis, le nom du défunt, celui de l'héritier s'il est connu, et la déclaration que l'inscription est requise à titre de séparation des patrimoines; la production du titre même n'est pas nécessaire (art. 2059 et 2060).

425. — Pour les meubles déjà aliénés par l'héritier, le droit à la séparation porte seulement sur le prix non encore payé (art. 2061).

426. — Les hypothèques inscrites sur les immeubles de la succession au profit des créanciers de l'héritier et les aliénations même transcrites desdits immeubles ne préjudicient en aucune manière aux droits des créanciers du défunt et des légataires qui, dans le délai susindiqué de trois mois, ont obtenu la séparation des patrimoines (art. 2062).

427. — La séparation ne profite qu'à ceux qui l'ont demandée, et elle ne modifie pas entre eux, quant aux biens du défunt, la condition juridique originaire résultant de leurs titres respectifs et de leurs droits d'antériorité (art. 2063).

428. — L'héritier peut empêcher ou faire cesser la séparation en payant les créanciers et les légataires, ou en donnant caution pour le paiement de ceux dont le droit serait, soit contesté, soit suspendu par une condition ou par un terme (art. 2064).

429. — Toutes les dispositions relatives aux hypothèques sont applicables au lien (*vincolo*) dérivant de la séparation des patrimoines régulièrement inscrits sur les immeubles de la succession (art. 2065).

§ 7. *Pays-Bas.*

430. — D'après les art. 1153 et s., C. civ. néerlandais, les créanciers légataires du défunt peuvent demander, contre les créanciers de l'héritier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier. Ceux d'entre eux qui, dans les six mois de l'ouverture de la succession, ont intenté une action à ces fins ont la faculté de faire inscrire leur demande sur les registres publics à ce destinés, et en marge de chaque immeuble de la succession, en suite de quoi nulle aliénation ou hypothèque ne peut être consentie à leur préjudice. Ce droit ne peut plus être exercé lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt par le fait que les créanciers ont accepté l'héritier pour débiteur; il se prescrit d'ailleurs, en tout état de cause, par trois ans.

431. — Les créanciers de l'héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession (art. 1157).

§ 8. *Roumanie.*

432. — Les art. 781 à 785, C. civ. roumain, relatifs à la séparation des patrimoines, sont la traduction littérale des art. 878 à 882, C. civ. français.

433. — L'action en séparation introduite en délai utile conserve le privilège des créanciers, et les aliénations consenties par l'héritier mis en possession sont nulles. — Jassy, 16 déc. 1889, *Dreptul*, 31/90.

§ 9. *Russie.*

434. — En Russie, les dettes personnelles de l'héritier ne peuvent être poursuivies sur les biens d'une succession qui lui est échue qu'après extinction complète des obligations qui lui incombent du chef de son auteur. En d'autres termes, les créanciers de la succession jouissent implicitement du bénéfice de séparation des patrimoines, nonobstant la confusion que l'acceptation opère entre la personne de l'héritier et celle du défunt. — *Recueil des arrêts du Sénat*, t. 1, p. 162.

435. — La même séparation est admise par les législations polonaise et baltique, mais à la condition que les intéressés la demandent (C. civ. franç., art. 878 ; *Landr.* balt., § 2658). — Ernest Lehr, *Éléments de droit civil russe*, t. 1, n. 514.

§ 10. *Suisse.*

436. — I. *Droits cantonaux*. — La séparation des patrimoines (*Güterabsonderung, beneficium separationis*) est admise et réglementée par la plupart des législations cantonales et accordée par une jurisprudence à peu près unanime, là où la loi, pour prévenir le mal, n'a pas exigé que, en principe, les dettes héréditaires fussent payées avant toute mainmise des héritiers sur la succession. Le bénéfice ne peut jamais être invoqué par les créanciers de l'héritier contre ceux du défunt.

437. — Les dispositions du Code civil français (art. 878 à 880) en vigueur à *Genève*, ont été suivies d'assez près par les autres Codes de la Suisse romande; le Code du Tessin est le seul qui ne fasse aucune allusion à la séparation des patrimoines (V. C. vaud., art. 793, 794; neuchât., art. 863 à 867; frib., art. 980 à 983; valais., art. 899 à 905). Nous n'avons, sur les Codes de ce groupe, que les quelques points suivants à relever.

438. — *Fribourg* exige qu'il soit fait usage du droit dans les quatre-vingt-dix jours à partir de l'acceptation de la succession (art. 980). La séparation a pour effet le séquestre du patrimoine du défunt jusqu'à ce que ses créanciers et légataires aient été payés par l'héritier, ou qu'il leur ait fourni, soit des cautions suffisantes domiciliées dans le canton, soit « d'autres sûretés à leur contentement » (art. 981).

439. — A *Neuchâtel*, le droit est prescrit s'il n'en a pas été fait usage dans la quinzaine qui suit le jour de l'investiture de la succession; la notification de la demande arrête la prescription (art. 865). Si la demande est accueillie, la liquidation de la créance s'opère conformément aux lois de procédure sur la matière (art. 867).

440. — Le Code du *Valais* porte que le droit de séparation se conserve sur les immeubles de la succession par la seule inscription prise sur chacun d'eux dans les six mois à partir de l'ouverture de la succession, sans qu'il soit nécessaire que cette inscription soit précédée ou accompagnée d'aucune demande ; en ce qui concerne les meubles, le droit ne peut être exercé que tant qu'ils sont possédés par l'héritier, et il se prescrit par trois ans (art. 901).

441. — Enfin, d'après le Code de *Vaud*, la demande en séparation ne peut être intentée que dans les trois mois à partir de l'ouverture de la succession (art. 793).

442. — Parmi les Codes de la Suisse allemande, nous dirons quelques mots des règles en vigueur à Bâle-ville, à Berne, dans les Grisons, à Lucerne et à Zurich.

443. — *Bâle-ville.* — D'après le § 96 de la loi sur les successions, le créancier qui peut démontrer que la confusion des patrimoines lui serait préjudiciable, a le droit, si l'on ne lui donne pas d'autres sûretés suffisantes, de demander la liquidation judiciaire de la masse; c'est le président du tribunal civil qui est compétent pour statuer sur la demande. Lorsque le créancier a usé de ce droit et qu'il a été procédé à cette liquidation, il n'a, en cas d'insuffisance de l'actif, aucun recours contre les héritiers.

444. — *Berne.* — Dans le canton de Berne, y compris le Jura bernois, les créanciers et légataires ont quarante jours depuis la clôture de l'inventaire pour demander la liquidation judiciaire de la masse.

445. — *Grisons.* — Le § 481 du Code civil reconnaît aussi aux créanciers ou légataires le droit de demander une semblable liquidation; mais ils sont privés, en cas d'insuffisance de l'actif, de tout recours contre les héritiers. D'après le § 480, les créanciers ont, en outre, la faculté de demander que, pour la sauvegarde de leurs droits, la succession soit mise sous séquestre par le juge.

446. — *Lucerne.* — D'après le § 384 du Code civil (auquel correspond le § 993 du Code d'*Argovie*), lorsqu'un créancier héréditaire a lieu de craindre que la confusion des patrimoines ne préjudicie à ses intérêts, il peut demander à être remboursé avant que l'héritier ne prenne possession de la succession.

447. — *Zurich.* — Le § 958 du Code civil autorise expressément les créanciers à demander la séparation des patrimoines, « dans la mesure où elle est nécessaire pour assurer le paiement de leurs prétentions; la demande doit être formée dans les trois mois à partir du décès du défunt. Le tribunal, après examen de la situation, prescrit ce qui convient pour atteindre ce but; il veille, en particulier, si l'héritier est l'objet d'une procédure de concours, à ce qu'il soit fait une liquidation à part de la masse héréditaire ». Le § 1896 du Code civil de Schaffhouse renferme des dispositions analogues.

448. — II. *Droit fédéral.* — Le *Projet de Code civil fédéral* porte, dans son art. 606, que, si les créanciers du défunt ont de justes raisons de craindre que leurs créances ne soient pas payées, ils ont le droit, dans les trois mois à partir du décès du défunt ou de l'ouverture de son testament, de demander la liquidation officielle (*amtliche*) de la succession. Dans les mêmes circonstances, les légataires peuvent également demander, pour la sauvegarde de leurs droits, des mesures conservatoires. Les héritiers peuvent se soustraire à la liquidation en remboursant les créanciers qui ont introduit la demande, dans le mois à partir du jour où elle a été introduite, ou en leur donnant, dans le même délai, des sûretés suffisantes.

449. — L'art. 607 accorde de même aux créanciers de l'héritier qui ont lieu de craindre que l'acceptation d'une succession obérée ne le rende insolvable, le droit de demander des sûretés ou une liquidation officielle.

450. — La liquidation officielle est faite par les soins de l'autorité compétente ou d'un ou plusieurs administrateurs désignés et contrôlés par elle; les immeubles ne peuvent être vendus, s'il y a lieu, qu'aux enchères publiques, et il est loisible aux héritiers de demander que les objets et deniers dont on peut se passer pour la liquidation leur soient délivrés, en tout ou en partie, avant sa clôture (art. 608). Lorsque le passif dépasse l'actif, la liquidation a lieu conformément aux règles prescrites en matière de faillite (art. 609).

SÉPARATION DES POUVOIRS. — V. Acte administratif. — Compétence administrative.

SÉPARATION DE TERRITOIRES. — V. Annexion et démembrement de territoires.

SEPTUAGÉNAIRES. — V. Jury. — Peine. — Régime pénitentiaire, n. 294 et s. — Tutelle.

SÉPULTURE. — V. Cimetières. — Inhumation et sépulture. — Pompes funèbres.

SÉQUESTRATION DE PERSONNE. — V. Arrestation et détention arbitraire.

SÉQUESTRE.

Législation.

C. civ., art. 602, 1955 et s.; C. proc. civ., art. 135, 550, 681 ; C. comm., art. 106; C. instr. crim., art. 16, 465, 469 et 471 ; C. pén., art. 209.

Bibliographie.

Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 1901, 5e éd., 5 vol. gr. in-8°, v° *Séquestre*. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897-1902, 4e éd., 18 vol. in-8°, t. 4, § 407, p. 630. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1903, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 3, n. 876 et s. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, 1898, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 1253 et s. — Bioche, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 1867, 5e éd., 6 vol. in-8°,

v° *Séquestre.* — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, 1866, 6e éd., 7 vol. in-8°, t. 6, p. 594. — Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, 1880-1888, 13 vol. in-8°, y compris le supplément. Suppl., v° *Action possessoire, Exécution forcée, Expertise, Séquestre.* — **Delvincourt, *Cours de Code civil***, 1834, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 3, p. 205 et notes, p. 666 et 667. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1895, 9 vol. in-8°, t. 8, n. 167 et s. — Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 18, n. 85 et s. — Dutruc, *Formulaire annoté des huissiers*, 1898, 3e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, p. 642. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Dépôt*, sect. 2. — Fuzier-Herman et **Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, sur les art. 1955 et s. — Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique*** *de procédure*, 1898-1903, 2e éd., 8 vol. in-8°, t. 3, § 1090; t. 7, § 2808. — Guillouard, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1893, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 162. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1902, 14 vol. in-8°, t. 11, n. 270 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893-1902, 5e éd., 41 vol. in-8°, t. 27, n. 163 et s., et suppl., 5 vol. in-8° parus, t. 7, n. 160 et s. — Marc-Deffaux, Harel et Dutruc, ***Encyclopédie des huissiers*, 1888-1896, 4e éd., 12 vol. in-8°**, compris le supplément, v° *Séquestre.* — Marcadé et Pont, *Commentaire du Code civil; traité des petits contrats*, 1877, 2e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, n. 544. — Massé et Vergé, sur Zachariae, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 2, § 287; t. 5, § 740 et s. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 2226 et s. — Pothier (éd. Bugnet), *Œuvres annotées*, 1861-1890, 11 vol. in-8°; *Dépôt et séquestre*, t. 5, p. 156. — Rodière, *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, **1878, 5e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, p. 90. — Rogron, *Le Code civil expliqué***, 1884, 20e éd., 2 vol. in-18, sur les art. 1955 et s.; — ***Le Code de procédure expliqué*, 1891, 11e éd., 2 vol. in-18**, sur les art. 135, 550 et 681. — Rolland de Villargues, *Répertoire* **du notariat, 1845, 2e éd., 9 vol. in-8°, v° *Séquestre.* — Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-1846, 7 vol. in-8°, t. 6, p. 480. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8°, t. 4, n. 199 et s. — Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines,** *Code de procédure civile annoté*, 2 vol. gr. in-8°, sur les art. 135, 550 et 681. — Toullier et Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 21, **n. 523. — Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 1844-1848, 6e éd., t. 15, n. 242. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 1074 et s.**

Du séquestre administratif (H. Dubuy) : J. Le Droit, 16 et 17 **sept. 1880. — *Séquestre. Valeurs de bourse. Envoi anonyme*** (L. Picot) : Mon. des juges de paix, 1895, p. 459. — *Le séquestre* **des biens des contumax** (Pascaud) : Rev. crit., 1879, p. 9.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES.

1. — Le séquestre est la remise d'une chose litigieuse, soit mobilière, soit immobilière, entre les mains d'un tiers qui s'oblige à la garder et à la restituer, après la contestation terminée, à celui auquel elle aura été adjugée. — On donne aussi le nom de séquestre à la personne même à laquelle est confiée la garde de la chose. Le séquestre peut être établi par convention ou par jugement. Dans le premier cas, il est *conventionnel;* dans le second, *judiciaire* (C. civ., art. 1955).

2. — Dans le droit romain, le séquestre était la personne à qui était confié le dépôt d'une chose que plusieurs personnes se disputaient (L. 110. *Dig. De verb. signif.*). Dans l'ancien droit, la notion s'élargit : la justice met sous séquestre des biens non litigieux, toutes les fois que le juge estime qu'il y a nécessité de le faire, soit pour conserver les biens qui dépériraient sans cela, soit seulement pour en enlever l'administration et la jouissance au seigneur, au maître, au propriétaire. L'autorité royale a le même pouvoir. C'est souvent pour protéger un incapable que la mesure est ordonnée ; c'est aussi comme mesure de police ; c'est parfois le préliminaire, parfois l'atténuation de la confiscation. Ce second point de vue se retrouve dans le séquestre des biens du contumax et dans la saisie des biens des condamnés. — Lacoin, *Des adm. comm. par justice*, p. 169.

CHAPITRE II.

DU SÉQUESTRE CONVENTIONNEL.

3. — Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes d'une chose contentieuse entre les mains d'un tiers, qui s'oblige à la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir (C. civ., art. 1956).

4. — Il semblerait, d'après le texte de cet article, que le séquestre pût être constitué par une seule personne, mais cette rédaction n'est pas exacte : un litige suppose toujours le concours de plusieurs personnes; le séquestre ne peut donc être fait que par deux personnes au moins et suppose l'intervention d'une troisième : les deux contendans et le tiers qui reçoit le dépôt (*Apud sequestrem non nisi plures deponere possunt.* — L. 17. ff., *Depositi vel contrà*). — Pothier, *Dépôt et séquestre*, chap. 4, n. 84 et 85; Duranton, t. 18, n. 84; Domat, liv. 1, tit. 7, *Dépôt et séquestre*, sect. 4, n. 1; Delvincourt, t. 3, p. 212, note 9; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, 2e édit., v° *Séquestre*, n. 2; Laurent, t. 27, n. 163; Troplong, n. 249; Aubry et Rau, t. 4, p. 630, § 408; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 877. — V. cep. Colmet de Santerre, t. 8, n. 168 *bis*-I-III.

5. — Si le plus souvent le séquestre porte sur une chose contentieuse, il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi; l'art. 602, C. civ., qui décide que lorsqu'un usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre, prévoit même expressément une hypothèse dans laquelle il y a lieu à séquestre d'une chose qui n'est certainement pas contentieuse. — Aubry et Rau, t. 4, p. 631, § 407; Pont, t. 1, n. 548; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 876.

6. — Le séquestre conventionnel est gratuit de sa nature; ainsi le gardien nommé par les parties n'est pas salarié de droit, mais le séquestre peut, par suite d'une convention entre les parties, être salarié (C. civ., art. 1957).

7. — Jugé que le gardien n'a droit à un salaire que tout autant qu'il a veillé avec soin à la conservation des objets confiés

à sa garde. — Si donc il détourne ou laisse détourner partie des objets saisis, et, si ce fait prouve qu'en réalité il n'était pas gardien, il ne peut prétendre à aucun salaire, même en tenant compte de la valeur des objets détournés. — Bordeaux, 21 déc. 1827, Lacombe, [S. et P. chr.]

8. — Lorsque le séquestre n'est pas gratuit, il soumet celui qui en est responsable à une responsabilité plus rigoureuse, parce qu'alors il tient plus du contrat de louage de services que du dépôt. Dans ce cas, il répond de ses fautes dans les termes de l'art. 1928, c'est-à-dire que l'on doit appliquer avec plus de rigueur la règle d'après laquelle il est responsable de ses fautes légères *in concreto*. — Pothier, n. 90; Rolland de Villargues, v° *Séquestre*, n. 4; Demante et Colmet de Santerre, t. 8, n. 169; Laurent, t. 27, n. 166 et 168; Duvergier, n. 529; Troplong, n. 261; Baudry-Lacantinerie, t. 3, n. 878. — V. cep. Aubry et Rau, t. 4, p. 631, § 408; Pont, t. 1, n. 550.

9. — Lorsqu'il est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit; sauf les différences ci-dessous énoncées (C. civ., art. 1958).

10. — Le séquestre conventionnel diffère du dépôt ordinaire : 1° En ce que le dépôt ne se fait que des meubles; tandis que le séquestre peut avoir pour objet non seulement des effets mobiliers, mais aussi des immeubles (C. civ., art. 1959). — V. Guillouard, n. 168.

11. — 2° En ce que le dépôt ordinaire peut être fait par une ou plusieurs personnes, alors que le séquestre ne peut émaner que de plusieurs personnes entre lesquelles existe un litige relativement à la chose donnée en séquestre. — Duranton, t. 18, n. 85; P. Pont, t. 1, n. 547; Laurent, t. 27, n. 163; Troplong, n. 249; Aubry et Rau, t. 4, p. 630, § 408; Baudry-Lacantinerie, t. 3, n. 877; Fuzier-Herman et Darras, art. 1956, n. 1; Guillouard, n. 164.

12. — 3° En ce que le dépôt est *par essence* un contrat à titre gratuit, comme l'indique l'art. 1917, alors que le séquestre peut n'être pas gratuit, ainsi qu'il résulte de l'art. 1957, C. civ. — Guillouard, n. 167.

13. — 4° En ce que, dans le dépôt ordinaire, on ne confie au dépositaire que la garde de la chose, on ne lui en transfère pas la possession qui demeure toujours au déposant au nom duquel le dépositaire est censé la retenir. Dans le contrat de séquestre, au contraire, la possession de la chose séquestrée peut être transférée au séquestre lorsque c'est l'intention des parties, dans le cas où elles sont en contestation sur la possession de la chose séquestrée; mais cette possession sert à celui qui a gagné le procès, et lui est comptée pour la prescription. — Pothier, n. 86; Duranton, t. 18, n. 88; Domat, liv. 1, tit. 7, sect. 4, n. 4; Rolland de Villargues, v° *Séquestre*, n. 6.

14. — 5° En ce qui concerne les rapports du dépositaire avec le déposant, la répétition des sommes que le dépositaire a pu avancer pour l'entretien de la chose déposée et le paiement de son salaire. Dans le cas d'un dépôt ordinaire effectué par plusieurs déposants, le dépositaire n'a d'action pour le remboursement de ses impenses contre chaque déposant que pour la part de celui-ci, la solidarité ne se présumant pas, et aucun texte ne la prononçant entre les déposants. Dans le cas d'un séquestre la question est controversée. — V. *infrà*, n. 22 et s.

15. — 6° En ce que, dans le dépôt ordinaire, le dépositaire doit rendre la chose à celui qui la lui a confiée, dès qu'il la lui redemande; tandis que, dans le contrat de séquestre, on ne doit la rendre qu'à la fin de la contestation, et à celui qui en sera reconnu propriétaire. — Pothier, n. 88; Duranton, t. 18, n. 89; Guillouard, n. 169.

16. — Toutefois le dépositaire chargé du séquestre peut être déchargé, avant la contestation terminée, du consentement de toutes les parties intéressées, ou même pour une cause jugée légitime (C. civ., art. 1960).

17. — Il n'est pas nécessaire, pour qu'un dépositaire du séquestre judiciaire soit valablement dessaisi, que le jugement qui ordonne la restitution du dépôt soit contradictoire avec lui. — Rennes, 22 août 1812, N..., [S. et P. chr.]

18. — Mais, d'autre part, en dehors d'un jugement, le consentement de la partie ou de celles des parties qui auraient mis la chose en séquestre ne suffirait pas pour en autoriser la restitution avant la fin du procès. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 2.

19. — En d'autres termes, la disposition de l'art. 1960, aux termes duquel le séquestre conventionnel ne peut être déchargé, avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées, ne se borne pas aux seules personnes qui ont constitué le séquestre, mais doit s'entendre de toutes celles qui par leur intervention au litige ont manifesté des prétentions de nature à rendre leur concours nécessaire, lors de la remise de l'objet séquestré. — Réal dans Fenet, t. 14, p. 508; Guillouard, n. 170; Laurent, t. 27, n. 169; Aubry et Rau, t. 4, p. 631, § 408; Pont, t. 1, n. 555; Colmet de Santerre, t. 8, n. 168 *bis*-III et n. 171 *bis*-II; Troplong, n. 272; Fuzier-Herman et Darras, art. 1960, n. 1.

20. — L'art. 1960 n'ayant pas précisé ce qu'il faut entendre par cause légitime, on doit admettre que si les parties ne tombent pas d'accord pour décharger le séquestre de ses obligations avant que la contestation ne soit terminée, celui-ci peut s'adresser à la justice pour faire approuver le mérite du motif par lui allégué pour restituer le dépôt. — Guillouard, n. 169; Laurent, t. 27, n. 170; Pont, t. 1, n. 556.

21. — Pothier donne deux exemples de ces causes légitimes : une infirmité habituelle survenue au dépositaire ou un long voyage qu'il aurait à entreprendre. — Guillouard, n. 169.

22. — Le séquestre a évidemment action pour se faire payer les dépenses qu'il a pu être amené à faire à l'occasion de la chose donnée en séquestre; il ne saurait y avoir de difficulté à cet égard, mais la chose ayant été forcément déposée par plusieurs personnes (V. *suprà*, n. 11), c'est un point controversé que celui de savoir si le séquestre peut agir pour le tout contre chacun des déposants.

23. — Dans une première opinion on décide que le séquestre étant censé avoir détenu la chose pour le compte de la partie qui a obtenu gain de cause, a droit de répéter en totalité contre cette partie les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose. — Zachariæ, t. 3, p. 118, § 408-2°.

24. — Dans une seconde, généralement admise, on décide que dans le contrat de séquestre, chacune des parties déposantes étant censée avoir fait le dépôt en totalité, *in solidum*, est solidairement responsable envers le séquestre du remboursement des dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée. — Pothier, n. 89; Rolland de Villargues, v° *Séquestre*, n. 8; Delvincourt, t. 3, note 9, p. 212; Pont, t. 1, n. 549; Colmet de Santerre, t. 8, n. 169 *bis*. — Aubry et Rau (t. 4, p. 631, § 408, note 3) et Laurent (t. 27, n. 167) se rangent à cette opinion tout en déclarant que cette solution n'est pas sans difficulté. Comme le dit Pont (*loc. cit.*), « le dépositaire a suivi la foi des deux parties, et il est d'autant plus équitable de lui accorder une action contre le perdant que celui-ci, en définitive, doit supporter les frais puisqu'il a mal contesté le droit de son adversaire. On peut du reste, suivant la remarque de Aubry et Rau, argumenter par analogie de l'art. 2002 qui décide que lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat ».

25. — On rencontre enfin une troisième opinion, éclectique celle-ci. Guillouard (n. 171), admet une action pour le tout contre la partie à laquelle la propriété de la chose litigieuse est attribuée, mais ne permet d'agir que pour fraction contre les autres parties. Suivant cet auteur, « aucun texte en effet ne crée cette solidarité, et l'art. 2002, écrit pour le mandat, ne peut être étendu au contrat de dépôt. D'un autre côté, le contrat constitutif du séquestre ne renferme aucune stipulation obligeant chaque déposant. On reste donc sous l'empire du droit commun en vertu duquel la solidarité ne se présume pas, et l'obligation de payer une somme d'argent se divise entre les différents débiteurs suivant la part de chacun ».

26. — Sur les effets du séquestre conventionnel signalons deux arrêts aux termes desquels le dépôt d'une somme d'argent entre mains tierces, fait avant le Code civil, par suite d'une convention, pour tenir lieu de la consignation dans une caisse publique et en éviter les frais, a eu pour effet de libérer le débiteur et de faire cesser le cours des intérêts, sauf le recours des créanciers contre le séquestre conventionnel. — Metz, 29 juin 1821, Deslegland, [P. chr.]

27. — ... Et lorsqu'à la suite d'un abandon de biens fait par un débiteur à ses créanciers, ceux-ci ont nommé un séquestre, et qu'un premier arrêt a déclaré les enfants du débiteur non

recevables à contester la validité du compte rendu aux créanciers par le séquestre tant qu'ils n'auront pas fait prononcer la nullité de l'acte par lequel ce mandataire a été nommé. Il y a chose jugée sur la validité de cet acte, et les juges peuvent, par cet unique motif, rejeter la demande en nullité formée par les enfants. — Cass., 29 juin 1829, Rochechouard, [P. chr.]

CHAPITRE III.

DU SÉQUESTRE JUDICIAIRE.

Section I.

Généralités.

28. — Le séquestre judiciaire est celui qui est fait par ordonnance du juge, soit d'office, soit à la réquisition des parties (C. civ., art. 1963).

29. — Bien que le séquestre nommé par le juge l'ait été sur la présentation des parties, cela ne l'empêche pas d'être considéré comme séquestre judiciaire et, par conséquent, d'être soumis aux obligations imposées à ce genre de séquestre : c'est ainsi qu'on le déclarait autrefois soumis à la contrainte par corps. Il pourrait également réclamer un salaire, quoiqu'il n'y eût pas eu de convention à cet égard. — Duranton, t. 18, n. 93; Delvincourt, t. 3, note 6, p. 213.

30. — Les cas dans lesquels la justice peut prononcer le séquestre sont énumérés par l'art. 1961. La justice peut ordonner le séquestre : 1° des meubles saisis sur un débiteur; 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes; 3° des choses qu'un débiteur offre pour sa libération (C. civ., art. 1961).

31. — Mais en pratique, on constate une extension singulière que fait la justice du nom de séquestre à des missions qui n'ont pas seulement pour objet de conserver, mais qui vont jusqu'à la plus large administration, jusqu'à la liquidation, à des mandats qui, au lieu d'avoir la durée d'un litige, auront une durée indéfinie, se prolongeant jusqu'à la répartition et la disparition de la chose. En pratique, ce séquestre est désigné sous le nom d'administrateur-séquestre (il est même plus administrateur que séquestre) et nommé dans les hypothèses les plus diverses, soit en vertu de textes qui autorisent cette nomination, soit par suite d'assimilations souvent hasardées et d'analogies lointaines avec les cas de séquestre proprement dit. La mission du mandataire sera donc essentiellement variée comme le sont les circonstances qui accompagnent sa mission. — Lacoin, p. 170, 171.

32. — On peut donc distinguer : 1° Les cas de séquestre *spécialement prévus par la loi* dans l'art. 1961, c'est-à-dire : a) le séquestre gardien des meubles saisis sur un débiteur (C. civ., art. 1961-1°); b) le séquestre proprement dit, ou dépositaire de biens litigieux lorsqu'il tient son mandat de justice (C. civ., art. 1961-2°); c) le séquestre de biens offert par un débiteur pour sa libération (C. civ., art. 1961-3°); 2° Les *extensions de la jurisprudence :* a) le séquestre de biens saisis sur un débiteur ou même non saisis, tel le séquestre nommé lors de la demande d'envoi en possession d'un légataire universel; b) le séquestre, liquidateur et répartiteur des biens d'un débiteur déconfit, autre extension excessive de la notion de séquestre; c) le séquestre de biens dotaux à l'effet d'assurer l'exécution des mesures concernant la dot, lors d'un remploi; d) le séquestre administrateur des biens de la communauté pendant le procès en séparation de corps ou en divorce; e) le séquestre chargé de gérer provisoirement un office ministériel, un cabinet d'affaires, une société; f) le séquestre chargé de faire opérer le transfert des rentes sur l'État; g) le séquestre gardien de papiers litigieux ou indivis.

Section II.

Séquestres spécialement prévus par la loi.

33. — Nous parlerons d'abord des séquestres spécialement prévus par la loi.

§ 1. *Séquestre gardien des meubles saisis.*

34. — Le premier cas de séquestre prévu par la loi est, avons-nous dit, le séquestre des meubles saisis. — V. à cet égard, *suprà*, v° *Saisie-exécution*, n. 336 et s.

§ 2. *Du séquestre de biens litigieux.*

1° Quand y a-t-il lieu à nomination d'un séquestre?

35. — Le second cas où le séquestre peut être ordonné, aux termes de l'art. 1961, est celui où il s'agit de biens litigieux.

36. — Pour qu'on puisse dire que le bien est litigieux, il faut en principe qu'il soit l'objet d'un procès régulièrement autorisé conformément aux règles de la procédure civile et qui n'a pas encore pris fin.

37. — C'est ainsi qu'il a été jugé que le fait par le propriétaire-gérant d'un journal d'en suspendre ou d'en cesser la publication n'autorise pas ses créanciers à demander, à titre de mesure conservatoire, la nomination d'un séquestre chargé de continuer provisoirement cette publication. — Paris, 5 mars 1870, Chatelain, [S.70.2.204, P. 70.828, D. 71.2.89] — *Sic*, Lacoin, p. 174 et 175.

38. — De même, la demande en délivrance d'un legs de sommes, formée par le légataire particulier contre le légataire universel dont le titre n'est pas contesté, ne saurait avoir pour effet de rendre la succession litigieuse, ni par suite d'autoriser la mise sous séquestre des biens qui en dépendent. — Paris, 9 janv. 1895, André, [S. et P. 96.2.308, D. 96.2.272]

39-41. — Par la même raison les tribunaux ne peuvent placer sous séquestre que des valeurs ou des immeubles se rattachant à un litige; cette mesure ne saurait être prise à l'égard de valeurs contenues dans un coffre-fort pris en location, lorsque ces valeurs ne font l'objet d'aucune difficulté. — Montpellier, 19 mars 1901, Mardy-Sanyas, [D. 1902.2.25]

42. — Mais on ne s'est pas toujours attaché d'ailleurs étroitement à la lettre de l'art. 1961 (V. *infrà*, n. 86 et s.). Et tout d'abord, on a parfois considéré, en dehors de toute instance proprement dite, des droits comme ayant un caractère litigieux au moins éventuellement.

43. — Jugé notamment que le juge des référés peut, en vertu de l'art. 1961, § 2, C. civ., nommer un séquestre des biens immeubles du débiteur, alors qu'il constate que celui-ci a reconnu être dans l'impossibilité de donner à ses biens les soins nécessaires, qu'il était menacé de poursuites de la part de ses créanciers hypothécaires, que ceux-ci avaient un grand intérêt à ce que l'administration des biens du débiteur fût donnée à un séquestre et que le débiteur avait donné son assentiment à cette nomination. — Cass., 21 févr. 1899, Bert, [S. et P. 99.1.212, D. 99.1.245]

44. — ... Que celui qui, par suite d'une liquidation, peut avoir des droits à exercer sur un immeuble, est en droit d'en demander le séquestre; que dans ce cas, la propriété de l'immeuble est également litigieuse; spécialement, que le cohéritier qui a cédé sa part dans un immeuble de la succession à son cohéritier peut néanmoins demander la mise en séquestre de l'immeuble, en ce que, par le résultat de la liquidation de la succession, il peut avoir des reprises à exercer contre son cohéritier et sur l'immeuble cédé. — Bourges, 8 mars 1822, Bruneau, [S. et P. chr.]

45. — ... Que le séquestre judiciaire d'un immeuble peut, en appel, être ordonné sur la réclamation du vendeur qui demande la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, alors surtout que, par le jugement, il a été décidé que la vente serait résolue de plein droit à défaut de paiement du prix dans un délai déterminé; qu'en ce cas, la propriété doit être réputée litigieuse, dans le sens de l'art. 1961, C. civ. — Toulouse, 29 août 1827, Vidal, [S. et P. chr.]

46. — On paraît d'ailleurs généralement admettre que la nature de l'action engagée ne doit pas être nécessairement *contentieuse,* et qu'une simple action en partage suffit à rendre les biens litigieux.

47. — Ainsi jugé que jusqu'au partage d'une succession, les

biens en dépendant sont réputés en litige en ce sens qu'il y a incertitude et instance touchant la portion revenant à chaque cohéritier; qu'en conséquence un tribunal a pu, sur la demande d'un cohéritier, ordonner la mise en séquestre de ces biens. — Agen, 8 janv. 1825, Coulom, [S. et P. chr.] — V. aussi *infrà*, n. 60.

48. — ... Que lorsque des héritiers légitimes se sont mis en possession réelle des biens de la succession, et qu'ils déclarent ne pas reconnaître l'écriture d'un testament olographe par lequel leur auteur a institué un légataire universel, il y a lieu d'ordonner que les immeubles de la succession soient mis en séquestre, si les héritiers y consentent. — Montpellier, 19 juill. 1827, Demas, [S. et P. chr.]

49. — Décidé toutefois que si les tribunaux peuvent nommer un gérant à une succession, quoiqu'il n'existe aucun litige entre les héritiers quant aux biens de l'hérédité, ce n'est pas là un séquestre judiciaire. — Cass., 27 avr. 1825, Albarel, [S. et P. chr.]

50. — Ce sont des points sur lesquels nous aurons à revenir lorsque nous nous demanderons si l'art. 1961 a un caractère limitatif. Il y a là en effet des idées tout à fait connexes et qu'on ne saurait séparer.

51. — Il ne suffit pas qu'il y ait litige, il faut encore que le litige porte sur la propriété ou sur la possession de l'objet (art. 1961).

52. — Jugé, par application de cette règle, que le séquestre d'une forêt ne peut être ordonné dans une instance qui n'a pour objet que des droits d'usage réclamés sur cet immeuble, à moins que, sans cette mesure, ces droits ne puissent être anéantis. — Colmar, 2 janv. 1834, de Haussen, [P. chr.]

53. — La femme à qui il échoit une succession pendant l'instance en séparation de corps ne peut requérir le séquestre des biens qui la composent; le mari en demeure toujours administrateur légal. — Angers, 27 août 1817, G..., [S. et P. chr.] — V. *infrà*, n. 89.

54. — Le légataire particulier dont les droits ne sont pas établis ne peut intervenir et se joindre à la femme pour demander le séquestre. — Même arrêt.

55. — Il importe peu d'ailleurs que la contestation porte directement ou seulement indirectement sur la propriété ou la possession. Ainsi au cas de contestation entre les héritiers d'une des deux branches paternelle et maternelle appelées conjointement à recueillir une succession, sur la qualité de successibles de quelques-uns d'entre eux, il peut être ordonné que la portion litigieuse de la succession sera administrée par un séquestre. — Bruxelles, 21 prair. an XIII, Vanderbilt, [P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 27, n. 175.

56. — Jugé également que lorsqu'un légataire universel par testament olographe a été envoyé en possession, conformément à l'art. 1008, C. civ., on peut ordonner le séquestre des biens composant son legs, sur le motif que, l'écriture et la signature du testament étant contestées, il y a litige sur la propriété. — Bourges, 18 déc. 1826, Pouillot, [S. et P. chr.]

57. — Il suffit que le litige existe, et ce, quel que soit l'objet sur lequel porte le litige : meuble, immeubles, valeur incorporelle, ensemble de biens, tels qu'une succession, un fonds de commerce, le patrimoine d'une personne morale, les biens composant une indivision de fait. — Lacoin, p. 175.

58. — Jugé en conséquence que, lorsqu'il y a litige entre les parties sur la propriété d'un immeuble, les juges peuvent ordonner le séquestre. — Rennes, 6 juill. 1819, Rousseau de la Brosse, [S. et P. chr.]

59. — ... Que l'on peut ordonner le séquestre non seulement des immeubles, mais encore des choses mobilières dont la propriété et la possession sont en litige entre deux ou plusieurs personnes, et qu'on doit considérer comme des choses mobilières litigieuses les revenus d'hôtels indivis entre deux époux, à répartir entre eux suivant l'importance des reprises de la femme et la part contributive de celle-ci dans les dépenses du ménage. — Chambéry, 27 juill. 1898, Crépaux, [D. 99.2.352]

60. — Des valeurs données par le *de cujus* et revendiquées par les héritiers doivent être considérées comme litigieuses lorsque, dépassant notablement la quotité disponible, elles doivent, pour une fraction importante, revenir aux revendiquants; à ce titre elles peuvent être mises sous séquestre jusqu'au partage définitif pour la conservation des droits de toutes les parties. — Paris, 17 avr. 1894, Consorts Petit, [D. 95.2.278]

61. — Le séquestre peut être ordonné aussi longtemps que l'immeuble a le caractère litigieux. Jugé, à cet égard, qu'un immeuble litigieux entre diverses parties ne perd ce caractère ni par l'effet du jugement, si ce jugement est frappé d'appel, ni par le décès de l'appelant et l'instance demeurée pendante entre d'autres parties qui ne le représentent pas, ni par la radiation de la cause du rôle d'appel, simple mesure d'ordre qui ne met pas fin à l'instance, et que l'arrêt qui prononce la péremption de l'instance d'appel n'a pas pour effet d'annuler les actes d'administration intervenus entre le séquestre et les tiers; jusqu'à l'arrêt, les tiers ont pu traiter, pour les nécessités de la gestion, avec celui qui en était investi. — Cass., 18 mai 1881, Sauger et Veyrières, [S. 82.1.57, P. 82.1.126, D. 82.1.115]

62. — Lorsque le bien à l'occasion duquel le séquestre est demandé est véritablement litigieux, les tribunaux ne sont pas tenus d'accorder ce séquestre. Tout le monde reconnaît que cette mesure est purement facultative de leur part, et les circonstances sur lesquels s'appuient les tribunaux pour l'accorder ou le refuser sont extrêmement nombreuses. L'importance ou l'exiguïté du litige, la sécurité ou l'insécurité de l'état de possession dans lequel il se trouve, etc.

63. — Ainsi jugé que lorsque la possession d'un immeuble est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes, les juges peuvent bien ordonner le séquestre, mais ils ne sont pas tenus de l'ordonner; que s'ils recourent à toute autre mesure, si, par exemple, ils maintiennent provisoirement chaque partie en possession, leur jugement ne peut être cassé de ce chef. — Cass., 28 avr. 1813, Bruneau, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 559; Guillouard, n. 180; Aubry et Rau, t. 4, p. 632, § 409; Laurent, t. 27, n. 173.

64. — ... Qu'il ne suffit pas qu'un droit de propriété soit mis en litige pour que les tribunaux doivent ordonner un séquestre; que les tribunaux peuvent refuser de l'ordonner si l'une des parties a la possession de l'immeuble litigieux. — Riom, 12 juill. 1816, de Legolle, [S. et P. chr.]

65. — ... Que, spécialement, un hospice qui revendique la propriété de forêts dont une commune est en possession reconnue et avouée n'est pas fondé à exiger que ces forêts soient séquestrées pendant la litispendance, la surveillance de l'administration forestière, sous laquelle ces forêts, considérées comme communales, sont placées de droit, suffisant pour la conservation des droits de toutes les parties. — Colmar, 17 déc. 1812, Ville de Strasbourg, [S. et P. chr.]

66. — Mais il y a lieu, pour les tribunaux, à ordonner la mise en séquestre d'un domaine dont le partage est demandé, lorsque les copropriétaires ne sont d'accord ni pour l'administrer eux-mêmes, ni sur le choix de celui d'entre eux auquel l'administration en pourrait être confiée. — Bordeaux, 5 juin 1847, Maurice, [P. 47.2.618]

67. — Le droit de récréance ou possession provisionnelle, que, sous l'ancien droit, les tribunaux pouvaient accorder à celle des parties qui leur paraissait offrir le plus de garantie, lorsque, sur l'action en complainte, les deux parties justifiaient qu'elles étaient simultanément en possession de l'objet litigieux, n'est en contradiction avec aucune disposition du Code civil ou du Code de procédure. En conséquence, l'art. 1961, C. civ., qui permet aux juges d'ordonner le séquestre, est purement facultatif et subordonné, pour son application, à l'importance de l'objet en litige et aux considérations de fait dont l'appréciation est confiée aux tribunaux. — Cass., 14 nov. 1832, Mélissent, [S. 32.1.816, P. chr.] — *Sic*, Duparc-Poullain, t. 10, n. 695; Jousse sur l'art. 3, tit. 18, *Ordonn.* 1667; Pothier, *Tr. de la poss.*, ch. 6, sect. 2, n. 105; *Pratic. franç.*, t. 1, p. 185; Demiau-Crouzilhac, *Explic. somm. du Cod. proc. civ.*, p. 34; Poncet, *Actions*, n. 59; Carré, *Just. paix*, t. 2, n. 1367, et *Proc. civ.*, p. 34; Troplong, *Prescr.*, t. 1, n. 329; Joccotton, *Actions civ.*, n. 165; Pont, t. 1, n. 559; Guillouard, n. 180; Aubry et Rau, t. 4, p. 632, § 409; Laurent, t. 27, n. 173; Fuzier-Herman et Darras, art. 1961, n. 1 et s. — *Contrà*, Garnier, *Possession et actions possessoires et pétitoires*, p. 71.

68. — Il en est ainsi, alors même que le défendeur n'a pas demandé par des conclusions expresses à faire preuve de sa possession, si d'ailleurs il a produit et fait entendre des témoins dans une contre-enquête. — Cass., 16 nov. 1842, Commune de la Gouberge, [S. 42.1.907, P. 43.1.115]

69. — Si les tribunaux ont la faculté de nommer un séquestre lorsque le titre d'un légataire universel est attaqué (V. *suprà*, n. 60), ils ne sauraient user de cette faculté, alors que le léga-

taire universel est resté longtemps en possession de sa succession, sans aucune opposition des parties intéressées, et que cette possession ne peut nuire aux droits que ces parties peuvent faire valoir. — Caen, 10 avril 1897, Époux Tanguy, [*Rec. Not.*, 97.551; *Gaz. Pal.*, 97.2.452; *Pand. fr.*, 98.2.71]

70. — Il n'y a pas lieu non plus à la nomination d'un séquestre d'une succession lorsqu'elle se compose presque exclusivement de valeurs mobilières et d'un immeuble, que les droits des intéressés ne sont pas contestés, que les titres comme l'argent comptant sont déposés chez le notaire liquidateur et que celui-ci suffira à l'administration des biens. — Amiens, 9 août 1898, [*Rec. Amiens*, 98.194]

71. — Jugé encore qu'une succession ne peut être placée sous le séquestre pour la conservation des droits ouverts au profit de tiers par un testament, lorsque l'héritier offre de garantir ces droits, soit au moyen d'hypothèques, soit en laissant provisoirement les biens affectés entre les mains des exécuteurs testamentaires. — Liège, 12 janv. 1813, de Galen, [S. et P. chr.]

72. — Jugé encore que, lorsque l'ordonnance d'envoi en possession du légataire universel n'a été frappée ni d'opposition, ni d'appel, la demande en nomination d'un séquestre pour administrer la succession pendant le litige, formée par l'héritier qui conteste le testament, ne saurait jamais être accueillie. — Bruxelles, 3 janv. 1823, N..., [S. et P. chr.] — Chambéry, 20 nov. 1888, Bourgeois, [S. 89.2.237, P. 89.1.1242]

73. — Il ne paraît pas d'ailleurs, lorsque les tribunaux s'attachent à l'état de possession préexistante de l'immeuble, qu'ils soient tenus de prendre en considération le caractère de cette possession et notamment d'exiger qu'elle réunisse les caractères indispensables pour fonder une action possessoire.

74. — C'était déjà la règle suivie sous l'empire de l'ordonnance de 1667; lorsque deux parties étaient en contestation relativement à la propriété d'un immeuble, les juges pouvaient en ordonner le séquestre pendant l'instance, alors même que le détenteur justifiait d'une possession paisible en vertu d'un titre translatif de propriété. — Paris, 12 vend. an XII, Montarnal, [S. et P. chr.]

75. — Il a été décidé encore, depuis, qu'on peut ordonner le séquestre d'un immeuble litigieux, lors même que la partie contre laquelle la demande est dirigée invoque en sa faveur et un titre authentique et la possession annale de cet immeuble, spécialement dans le cas où, s'agissant d'un immeuble dépendant d'une succession, l'une des parties exhibe un titre authentique de vente avec rétention d'usufruit, que l'autre partie soutient être évidemment une donation déguisée. — Cass., 10 mars 1814, Chaussegroux, [S. et P. chr.] — Poitiers, 29 janv. 1813, Sarragot, [S. et P. chr.]

76. — ... Que l'envoi en possession ordonné sur la requête d'un légataire universel institué par un testament olographe ne met pas obstacle à ce que, sur la demande en nullité du testament formée par les héritiers non réservataires, un séquestre soit nommé pour administrer les biens de la succession pendant l'instance en nullité. — Angers, 26 juin 1889, Royer, [S. 89.2.237, P. 89.1.1242] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, p. 633, § 409; Laurent, t. 27, n. 175.

77. — ... Qu'en ce cas il appartient au tribunal d'impartir aux héritiers un délai dans lequel ils devront faire statuer sur leur action. — Même arrêt.

78. — ... *A fortiori*, que lorsque celui qui est en possession de l'immeuble sur la propriété duquel il y a litige n'offre point de solvabilité, il y a lieu d'ordonner le séquestre judiciaire. — Metz, 10 févr. 1814, Herbain, [P. chr.]

79. — Mais la solution contraire est également enseignée. Dans cette opinion, le juge doit ordonner le séquestre, à la réquisition des parties, lorsqu'il y a plusieurs prétendants qui se disputent la propriété d'une chose, sans que ni l'une ni l'autre des parties puisse justifier de la possession annale en sa faveur, et puisse, en conséquence, user de l'action possessoire. — Merlin, *Rép.*, v° *Séquestre*, § 2, n. 1.

80. — Spécialement, le juge qui ne reconnaît la possession annale à aucune des parties peut ordonner le séquestre du bien litigieux, de telle sorte que la jouissance reste indivise entre les parties. — Cass., 16 nov. 1842, Commune de La Gouberge, [S. 42.1.907, P. 43.1.115]

81. — En tout cas lorsque ni le demandeur, ni le défendeur au possessoire ne font preuve de leur possession exclusive, le juge du possessoire peut ordonner le séquestre de l'objet litigieux ou la récréance et renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire : il n'est pas obligé de statuer d'une manière définitive sur la possession soit en adjugeant cette possession à l'une des parties, soit en maintenant les deux parties en possession. — Cass., 11 févr. 1857, de Mainville, [S. 57.1.673, P. 58.188, D. 57.1.252] — V. dans ce sens, Pothier, *Tr. de la possession*, n. 105; Henrion de Pansey, *Compétence du juge de paix*, chap. 48; Favard de Langlade, v° *Complainte*, sect. 1, § 5, n. 11; Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 72; Demiau-Crouzilhac, p. 34; Thomine-Desmazures, n. 46; Poncet, *Actions*, n. 59; Carré, n. 111; Berriat-Saint-Prix, t. 1, p. 124; Delzers, sur l'art. 24; Garnier, *Possession*, 3e éd., p. 69; Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. 2, p. 723, note; Troplong, *Prescr.*, t. 1, n. 329; Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Action possessoire*, n. 324 et 326, et *Dictionnaire des juges de paix*, v° *Action possessoire*, n. 522 et 526; Allain, *Manuel encyclop.*, n. 1497; Rodière, *Procédure civile*, t. 1, p. 96; Rousseau et Laisney, v° *Action possessoire*, n. 497; Aubry et Rau, 5e éd., t. 2, p. 242 et 243, § 187, et 4e éd., t. 4, p. 632, § 409; Jay, *Dictionnaire des juges de paix*, v° *Action possessoire*, n. 251 et s., et v° *Séquestre*, n. 4; Bost, *Encyclopédie des just. de paix*, v^is *Action possessoire*, n. 35, et *Séquestre*, n. 6; Martin, *Des just. de paix*, § 22, p. 97; Dutruc, note sous Cass., 5 nov. 1860, [S. 61.1.17, P. 61.211]; Fuzier-Herman et Darras, art. 1961, n. 14. — *Contrà*, Duparc-Poullain, *Princ. du dr.*, t. 10, p. 693, n. 10; Bourjon, *Dr. comm.*, t. 2, p. 512; Rodier, sur l'art. 18 de l'ordonnance de 1667; Belime, *Droit de possession*, n. 398 et s.; Carou, *Action possessoire*, n. 632 et 633; Chauveau, sur Carré, quest. 111; Alauzet, *De la possession*, p. 267; Bugnet, sur Pothier, *De la possession*, n. 105; Joccotton, *Actions*, n. 163; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 93, § 287, note 6; Appleton, *Possession*, § 394. — V. au surplus, *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 1118 et s.

82. — Jugé, dans le même sens, qu'au cas où, dans une action possessoire à laquelle le défendeur oppose des conclusions tendant à sa propre maintenue en possession, le juge ne peut, après enquêtes et vues de lieux, reconnaître à laquelle des deux parties appartient la possession annale du terrain litigieux, il a la faculté de renvoyer celles-ci à se pourvoir au pétitoire, soit purement et simplement, soit en ordonnant le séquestre ou en accordant la récréance à l'une d'elles jusqu'après le jugement sur le pétitoire. — Cass., 5 nov. 1860, Bourqueney, [S. 61.1.17, P. 61.211, D. 60.1.490]; — 11 nov. 1867, Comp. du canal du Midi, [S. 68.1.171, P. 68.396, D. 68.1.426]; — 4 déc. 1882, Blandin, [S. 83.1.63, P. 83.1.136, D. 83.1.247]

83. — Cette récréance ne crée d'ailleurs aucune présomption, en faveur de la partie à laquelle elle est accordée; elle n'a pour effet que de lui confier la jouissance de la chose pendant le procès au pétitoire, à charge d'en rendre compte à l'autre partie, dans le cas où celle-ci serait reconnue propriétaire. — Cass., 4 déc. 1882, précité.

84. — Cette liberté reconnue aux juges leur est maintenue même lorsque l'objet principal du litige est le possesseur même de l'immeuble. Jugé que lorsque, sur une action possessoire, ni l'une ni l'autre des parties n'a fait preuve suffisante de la possession, le juge peut ordonner le séquestre de l'objet litigieux jusqu'au jugement de propriété; dans ce cas il n'y a pas nécessairement lieu à l'application de la maxime *actore non probante, reus absolvitur*. — Cass., 31 juill. 1838, Levivier, [S. 38.1.676, P. 41.1.304]

85. — D'autre part, en matière possessoire, les juges peuvent, alors même qu'ils déclarent en fait que les enquêtes sont contradictoires sur le point de savoir à laquelle des deux parties appartient la possession, se dispenser d'accorder la récréance à l'une d'elles ou d'ordonner le séquestre de l'immeuble litigieux; surtout si d'autres motifs de leur jugement, puisés dans l'appréciation des titres sous le rapport de la possession, reconnaissent que cette possession appartient au demandeur. — Cass., 9 déc. 1840, Fournier, [P. 41.1.305] — V. d'ailleurs sur tous ces points, *infrà*, n. 154 et s.

86. — D'une façon plus générale, on s'est demandé quel était le caractère de l'art. 1961, s'il était limitatif, ou si on ne pouvait pas au contraire en dehors de ses termes ordonner cette mesure.

87. — Dans une première opinion on décide que l'art. 1961, C. civ., est limitatif en ce sens que le séquestre ne peut être ordonné que dans les cas qu'il prévoit. — Bruxelles, 6 juin 1809, Ruquois, [S. et P. chr.] — En ce sens, Troplong, *Dépôt*, n. 292;

Duvergier, n. 336; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 5, p. 16, § 742, note 3; Laurent, t. 27, n. 177 et 178.

88. — Spécialement le séquestre d'un immeuble indivis ne peut être ordonné, durant l'instance en partage, sur la demande de l'un des copropriétaires, lorsque son droit de copropriété est reconnu, sous le prétexte que ses copropriétaires ont toujours joui de la totalité des revenus. — Même arrêt.

89. — C'est dans le sens de cette opinion qu'il a été décidé que le mari, malgré la demande en séparation de corps, conserve l'administration des biens de la communauté, ainsi que de ceux personnels à la femme et que celle-ci ne peut, pendant l'instance, obtenir que ces biens, même les fruits, soient séquestrés, quoiqu'elle allègue que son mari puisse détourner les objets nécessaires à son existence. — Liège, 13 janv. 1809, R..., [S. et P. chr.] — *Sic*, Pont, *loc. cit.* — V. d'ailleurs sur ce point, *infrà*, n. 306 et s.

90. — Dans cette opinion on fait remarquer que l'ordonnance de 1667, tit. 19, art. 2, tranchait cette question par une disposition générale que n'ont reproduite ni le Code civil, ni le Code de procédure civile : « Les séquestres pourront être ordonnés tant sur la demande des parties que d'office en cas que les juges estiment qu'il y ait nécessité de le faire ». Ce n'est donc pas sans dessein que la législation moderne s'est écartée de l'ordonnance de 1667. Le juge n'est pas maître de priver arbitrairement une partie des avantages que lui assurent et sa possession et son titre apparent. Il ne le peut qu'autant que l'on rentre dans les cas prévus par l'art. 1961, § 2, c'est-à-dire lorsque le litige porte sur des intérêts qui se lient à la propriété ou à la possession de l'immeuble et que la jouissance de l'une des parties peut sérieusement compromettre. — Troplong, n. 294.

91. — Dans une deuxième opinion on admet une distinction : on ne peut demander par voie directe la nomination d'un séquestre, mais la désignation d'un séquestre peut toujours être demandée au cours d'une instance pendante à propos d'une chose corporelle toutes les fois que l'on se trouve en dehors des cas faisant l'objet des dispositions mêmes de l'art. 1961, C. civ. C'est dans le premier cas seulement qu'il est parfaitement exact de dire que le juge ne peut arbitrairement, sur la demande plus ou moins capricieuse de l'une des parties, dépouiller l'autre des avantages que lui assurent et sa possession, et son titre apparent. — Pont, t. 1, n. 560; Aubry et Rau, t. 4, p. 632, § 409.

92. — Enfin dans une troisième opinion, généralement admise en doctrine et adoptée par la jurisprudence, on décide que les termes de l'art. 1961 ne doivent pas être considérés comme restrictifs aux cas qui y sont énoncés et que le juge peut ordonner le séquestre non seulement dans ces différents cas, mais encore toutes les fois qu'il le juge convenable pour la sûreté des parties. — Bourges, 8 mars 1822, Bruneau, [S. et P. chr.]

93. — Jugé que les dispositions de l'art. 1961, C. civ., qui énumèrent les cas dans lesquels le séquestre peut être ordonné, ne sont pas limitatives, en ce sens que le séquestre ne puisse être ordonné que dans les hypothèses qu'il prévoit. — Cass., 21 févr. 1899, Bert, [S. et P. 99.1.212] — Paris, 6 janv. 1866 (sol. impl.), Gibiat, [S. 66.2.41, P. 66.205, D. 66.2.27]; — 23 janv. 1866, Moullet, [S. 66.2.41, P. 66.205, D. 66.2.28]; — 15 avr. 1885, Consorts Desportes, [S. 87.1.183, P. 87.1.984, D. 86.2.127] — Nancy, 31 oct. 1885, Bussienne, Hollebecque et C[ie], [S. 86.2.239, P. 86.1.1242, D. 87.2.4] — Bordeaux, 2 déc. 1897, [*Rec. proc. civ.*, 98.432] — Trib. Toulouse, 28 juill. 1897, Epoux Lacaze, [*Gaz. des Trib. du Midi*, 1898, p. 28] — Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 27, n. 173; Delvincourt, t. 3, p. 666; Maleville, *Anal. du Code civ.*, t. 4, sur l'art. 1961; Mourlon, *Rép. écr.*, t. 3, n. 1074; Aubry et Rau, t. 4, § 409, p. 632, texte et note 4; Pont, *Pet. contr.*, t. 1, n. 560; Larombière, *Théor. et prat. des oblig.*, t. 2, sur l'art. 1180, p. 189; Guillouard, n. 173 et s.; Debelleyme, t 2, p. 208; Colmet de Santerre, t. 8, n. 172 *bis*-II et III; Rolland de Villargues, v° *Séquestre*, n. 16. — V. Fuzier-Herman et Darras, art. 1961, n. 27 et s.

94. — Décidé spécialement que l'art. 1961, C. civ., qui autorise la justice à ordonner le séquestre des objets litigieux, dispose d'une manière générale, et s'applique dès lors aux objets dépendant d'une société toutes les fois que l'intérêt des parties exige cette mesure; qu'il importe peu, en pareil cas, que l'acte de société prohibe l'apposition des scellés sur les livres, registres et meubles sociaux, une telle prohibition n'étant applicable qu'au cas de décès. — Paris, 6 janv. 1866, précité; — 23 janv. 1866, précité.

95. — ... Que les juges peuvent ordonner le séquestre d'un domaine dont un créancier du vendeur a requis la mise aux enchères, bien que la propriété n'en fût pas litigieuse. — Bordeaux, 17 mai 1831, Charrier, [S. 31.2.287, P. chr.] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, p. 633, § 409. — *Contrà*, Laurent, t. 27, n. 179.

96. — ... Que le séquestre judiciaire d'un immeuble peut être ordonné sur la demande des créanciers inscrits lorsque l'immeuble se trouve entre les mains d'un tiers, à titre d'antichrèse. — Bourges, 8 mars 1822, Bruneau, [S. et P. chr.]

97. — ... Qu'en ce cas, les créanciers ont le droit de réclamer le séquestre, soit pour la conservation de leur gage, soit pour que les revenus soient perçus dans leur intérêt. — Même arrêt.

98. — ... Que, dans une contestation entre associés, les juges peuvent, par application de l'art. 1961, nommer, si cela est nécessaire et urgent, un gérant provisoire, encore qu'il existe un gérant nommé par l'acte de société. — Bastia, 14 déc. 1839, Casabianca, [S. 40.2.454]

99. — Les parties peuvent valablement convenir dans l'acte qui constate un dépôt (spécialement le dépôt de titres au porteur fait à la Banque de France) que le contrat prendra fin par le décès du déposant, et que le dépositaire provoquera le retrait ou la consignation judiciaire. — Par conséquent, en cas de désaccord sur les conditions qui peuvent rendre le retrait libératoire pour le dépositaire, celui-ci a le droit de demander la nomination d'un séquestre. — Paris, 8 mars 1872, Banque de France, [S. 72.2.6, P. 72.87, D. 74.2.16]

100. — Dans cette opinion, on fait remarquer que l'ordonnance d'avril 1667, tit. 19, art. 2, permettait aux juges de nommer un séquestre, même d'office, toutes les fois qu'ils estimaient qu'il y avait nécessité de le faire. L'ordonnance ne limitait donc en rien le pouvoir des juges en cette matière, et rien dans les travaux préparatoires n'indique l'intention de restreindre le pouvoir que notre ancien droit accordait aux juges. Et ce qui prouve bien que l'art. 1961-2° n'est qu'énonciatif et non limitatif, c'est que l'on trouve dans la loi elle-même trois exemples dans lesquels un séquestre peut être ordonné en dehors de tout litige sur la propriété ou la possession d'une chose. En effet, il résulte : 1° de l'art. 681, C. proc. civ., que le débiteur saisi dans ses immeubles est de droit constitué par cet article *séquestre judiciaire* de ces immeubles, bien que l'art. 1961, C. civ., ne prévoie nullement cette hypothèse et que le président du tribunal, statuant en référé, puisse en ordonner autrement, c'est-à-dire ordonner le séquestre dans les mains d'un autre que le débiteur, par exemple dans celle du créancier saisissant ou d'un tiers; 2° de l'art. 602, C. civ., que si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou *mis en séquestre;* 3° de l'art. 465, C. instr. crim., que si un accusé ne se présente pas dans les dix jours de la notification de l'arrêt de mise en accusation, le président de la cour d'assises rend une ordonnance portant qu'il devra se présenter dans un nouveau délai de dix jours, sinon que ses biens seront *séquestrés* pendant l'instruction de la contumace. Ces hypothèses ne sont pas les seules d'ailleurs où il soit nécessaire de recourir à cette mesure, et il en est d'autres où elle s'impose avec le même caractère d'utilité. En matière de séparation de corps ou de divorce notamment, alors que les art. 270 et 271 se préoccupent avec raison de garantir la femme contre les actes que le mari pourrait faire en fraude de ses droits, il est inadmissible que les tribunaux ne puissent pas, lorsque les circonstances l'exigent, ordonner la mesure préventive la plus efficace, le séquestre des valeurs de communauté (En ce qui concerne ce dernier point, V. *infrà*, n. 306 et s.). L'unique question que les juges doivent donc se poser est celle de savoir si la personne qui demande que le séquestre soit ordonné a un intérêt pécuniaire sérieux et évident à cette mesure. — Guillouard, n. 175.

101. — Jugé, en ce sens, qu'en cas de vente par un cultivateur de sa récolte de betteraves sous la condition que les paiements du prix auront lieu chaque semaine sur factures de livraisons effectuées au cours de la semaine, si une partie des betteraves a été mise à la disposition de l'acheteur sans que celui-ci les eût payées entièrement, c'est à bon droit que le vendeur, en vertu des art. 1650, 1961, C. civ. et 806, C. proc. civ., demande en référé la nomination d'un séquestre avec mission : 1° de n'opérer la remise de ces betteraves au vendeur que contre le paiement d'au moins une notable partie de leur prix : 2° de continuer les livraisons, mais moyennant l'exécution de la clause relative au mode de paiement; 3° et, en cas d'inexécution de cette clause, de faire vendre les betteraves au mieux des inté-

[illegible] des parties. — [illegible] 1900, Wauquier et fils, [Rec. [illegible] 1901.2.260]

102. — [illegible] dehors des cas que nous avons désignés [illegible] cas de séquestre légal, on est [illegible] à distinguer des cas de séquestre judiciaire, et c'est même pour mieux les distinguer que nous avons consacré une place spé[illegible] entre eux. — V. *infrà*, n. 2[illegible] et s.

103. — [illegible] concerne le point de savoir si les tribunaux ont le pouvoir de nommer un séquestre pour administrer dans l'intérêt collectif des créanciers tout le patrimoine d'un non commerçant en état de déconfiture, V. *infrà*, n. 257 et s.

104. — En ce qui concerne le point de savoir si, en cas d'instance en séparation de corps ou en divorce, il peut être nommé un séquestre pour administrer aux lieu et place du mari les biens dotaux et de communauté, V. *infrà*, n. 306 et s.

105. — En tout cas, d'ailleurs, il est bien évident qu'il faut observer une certaine réserve, et que le pouvoir des tribunaux n'est pas absolument sans limite. C'est donc avec raison qu'on a pu décider que si les juges peuvent ordonner, aux termes de l'art. 1961, C. civ., le séquestre d'un corps certain immobilier dont la possession ou la propriété est litigieuse, aucun texte de loi ne les autorise à ordonner qu'un plaideur dont la dette est incertaine sera tenu de verser une somme d'argent égale à celle que lui réclame son adversaire pour que cette somme soit mise en séquestre ou en dépôt. — Lyon, 6 févr. 1897, [*Mon. Lyon*, 3 août 1897]

2° Qui peut demander la nomination d'un séquestre?

106. — Nous avons vu qu'aux termes de l'ordonnance de 1667, le séquestre pouvait être nommé même d'office par les tribunaux. Cette disposition n'a pas été reproduite par le Code civil.

107. — En général, ce sera l'une des parties qui sollicitera la nomination du séquestre, tandis que l'autre au contraire tentera de s'y opposer, car le séquestre aura d'ordinaire pour effet de dessaisir l'une d'elles. Toutefois les plaideurs peuvent se trouver d'accord sur l'opportunité de la nomination et ne discuter que sur la désignation du titulaire. Les pouvoirs du séquestre sont, d'ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, les mêmes. — Lacoin, p. 176. — V. *infrà*, n. 167 et s.

108. — Il faudra s'attacher à cet égard [illegible] l'utilité du droit du demandeur ou de son action et ne repousser sa demande qu'autant qu'il ne peut justifier d'aucun intérêt.

109. — C'est en ce sens qu'on a pu dire que le vendeur d'un immeuble qui a fait prononcer la rescision de la vente pour vileté du prix a le droit de demander le séquestre, encore que l'acquéreur, usant de la faculté accordée par l'arrêt de rescision, ait déclaré préférer payer le supplément de prix; et que le séquestre doit être maintenu jusqu'à ce que ce supplément ait été intégralement payé. Tant que l'acquéreur n'a pas offert réellement le supplément, le vendeur en effet a sur la chose un droit qui l'autorise à demander le séquestre. — Bourges, 8 mars 1822, Bruneau, [S. et P. chr.]

110. — ... Que le cohéritier qui a cédé sa part dans un immeuble de la succession à son cohéritier peut néanmoins demander la mise en séquestre de l'immeuble en ce que, par le résultat de la liquidation de l'immeuble, il peut avoir des reprises à exercer contre son cohéritier et sur l'immeuble cédé. — Même arrêt.

111. — Un tiers peut obtenir la nomination d'un séquestre au cours d'un litige dans lequel il intervient ou même auquel il demeure étranger : tel par exemple le cessionnaire d'un droit litigieux. Le tiers saisi qui veut se soustraire aux périls, aux risques et aux frais de la garde de la chose objet d'un procès peut également demander la nomination d'un séquestre. — Lacoin, p. 176.

112. — Mais encore faut-il que son intervention se produise à l'occasion d'un procès qui confère à l'immeuble le caractère litigieux. — V. *suprà*, n. 35 et s.

113. — Le séquestre peut être nommé, même sur la demande d'un seul créancier. — Guillouard, p. 470, n. 175.

3° [illegible]

114. — En principe, c'est la juridiction saisie de l'affaire principale (le tribunal ou la Cour) qui ordonnera le séquestre. — Lacoin, p. 176.

115. — Autrefois on décidait que la demande qui avait pour objet la nomination d'un séquestre n'était pas de nature à être soumise au président en référé : elle devait être décidée par le tribunal entier. — Liège, 13 janv. 1809, R..., [S. et P. chr.] — Bruxelles, 6 sept. 1822, Dupré, [S. et P. chr.]

116. — Mais aujourd'hui il est de doctrine et de jurisprudence qu'il est permis au président du tribunal, statuant en référé, d'ordonner l'établissement d'un séquestre pour veiller à la conservation d'un objet litigieux. — V. *suprà*, v° *Référés*, n. 348 et s.

117. — Le juge des référés tient le pouvoir d'ordonner la mise sous séquestre non de l'art. 1961, C. civ., mais de l'art. 806, C. proc. civ., qui lui permet de prendre toutes les mesures nécessitées par l'urgence. La jurisprudence est en conséquence unanime à reconnaître le droit du juge des référés d'ordonner le séquestre. — Albert Tissier, note sous Paris, 1er août 1890, Chauveau, [S. et P. 92.2.249]

118. — Un auteur enseigne qu'en raison de l'urgence qui peut être extrême, et des fraudes possibles, le séquestre pourrait être nommé avant même que l'assignation sur le débat principal ait été lancée en référé, en vertu des attributions discrétionnaires du président du tribunal. Mais l'ordonnance devrait alors imposer un très-court délai, le temps indispensable pour introduire l'instance, car il y aurait abus à nommer un séquestre sur une menace de litige non suivie d'effet. — Lacoin, p. 175.

119. — Nous avons déjà rencontré, dans les numéros precédents, des applications du principe qui vient d'être posé (V. *suprà*, n. 43, 101); nous allons compléter à cet égard nos explications par l'indication des nombreuses applications qui en ont été faites en jurisprudence.

120. — Jugé que la mise en séquestre de l'immeuble pendant les poursuites de folle enchère peut, sur la justification des dégradations commises par l'adjudication, être poursuivie par ordonnance de référé. — Bordeaux, 23 juin 1840, Itey, [P. 40.2.287]

121. — ... Que le juge des référés peut, comme le tribunal lui-même, nommer un séquestre en dehors des cas spécialement visés par l'art. 1961. — Nancy, 31 oct. 1885, Bussienne et autres, [S. 86.2.239, P. 86.1.1242, D. 87.2.4] — V. *suprà*, n. 86 et s.

122. — ... Spécialement, qu'en cas d'urgence, le juge des référés est compétent, à la condition de ne statuer qu'au provisoire, pour nommer un séquestre à l'effet de recevoir les loyers dus à une société en liquidation et frappés d'opposition. — Cass., 14 mars 1882, Ville de Marseille, [S. 82.1.349, P. 82.1.854, et le rapport de M. le conseiller Alméras-Latour, D. 83.1.256]

123. — ... Que le juge des référés a pouvoir pour nommer un séquestre chargé de l'administration provisoire des biens d'une succession en litige. — Bordeaux, 4 avr. 1855, Laville, [S. 56.2.117, P. 56.2.389, D. 57.5.275]

124. — ... Que le juge des référés est compétent pour nommer un séquestre chargé d'administrer une succession pendant l'instance en nullité de testament formée par les héritiers du sang, contre le légataire universel institué par testament olographe et envoyé en possession. — Angers, 26 juin 1889, Bourgeois, [S. 89.2.237, P. 89.1.1242]

125. — ... Que l'envoi en possession d'un legs universel, ayant un caractère essentiellement provisoire, ne fait pas obstacle à ce que les prétendants-droit à la succession puissent provoquer, par voie de référé, ou par voie d'instance devant le tribunal, les mesures conservatoires qui leur paraissent nécessaires. — Nancy, 20 déc. 1892, Ferry, [S. et P. 94.2.133, D. 94.2.9]

126. — ... Que, spécialement, le président du tribunal, statuant en référé, a compétence pour ordonner, à la demande des héritiers du sang, toute mesure urgente et provisoire destinée à assurer la conservation et la bonne administration de la succession litigieuse. — Paris, 15 janv. 1894, Corgeron, [S. et P. 94.2.168, D. 94.2.160]

127. — ... Et notamment la nomination d'un séquestre ou d'un administrateur provisoire. — Nancy, 20 déc. 1892, précité. — Paris, 15 janv. 1894, précité.

128. — ... Que, en présence d'un testament olographe, les héritiers du sang et autres prétendants-droit peuvent provoquer, par voie de référé, les mesures provisoires de nature à assurer la conservation de la succession. — Paris, 26 mars 1884, Depuille, [S. 86.2.28, P. 86.1.203, D. 85.2.158]

129. — ... Que, spécialement, le mari, donataire universel de sa

femme par contrat de mariage, est fondé à demander aux juges des référés, contre le légataire universel envoyé en possession par ordonnance du président, la nomination d'un administrateur provisoire de la succession. — Même arrêt.

130. — ... Que le juge des référés peut, en cas d'opposition au paiement des loyers, nommer un séquestre chargé de le recevoir, avec mission d'employer les fonds touchés au paiement des dépenses d'entretien des immeubles. — Paris, 21 août 1876, Patois, [S. 76.2.317, P. 76.1234] — V. Bertin, *Ordonnance de référé*, t. 2, p. 429; Debelleyme, *Ordonnance sur requête et référé*, t. 1, p. 276. — V. *infrà*, n. 246 et s.

131. — ... Que le juge des référés régulièrement saisi peut, en cas d'urgence, nommer un séquestre des objets sociaux, bien que la société soit pourvue d'un liquidateur. — Paris, 4 mai 1867, Argaud, [S. 67.2.189, P. 67.788, D. 67.2.159] — V. *infrà*, n. 332 et s.

132. — Le juge des référés est également compétent pour statuer sur les difficultés et les obstacles opposés à l'exécution d'un jugement qui ordonne un séquestre. — Rennes, 23 déc. 1818, de Listré, [S. et P. chr.]

133. — La mesure du séquestre peut être ordonnée par le juge de référé, à la condition toutefois que cette mesure présente un caractère d'urgence, au sens légal du mot, et qu'elle ne fasse pas préjudice au principal; autrement c'est au tribunal déjà saisi que la partie doit s'adresser par voie de conclusions, l'urgence en matière de référés s'entendant d'un cas où le moindre retard causerait un préjudice irréparable. — Lacoin, p. 177; Dutruc, *Supplément* aux *Lois de procédure*, v° *Référé*, n. 1 et s., 62, 67, 73. — V. encore *Journ. des avoués*, 1896, p. 286.

134. — Jugé que si le président statuant en référé peut donner à un séquestre certains pouvoirs (en l'espèce celui de dresser un état régulier des recettes et des dépenses d'hôtel appartenant en indivision à des époux mariés dans le régime de la séparation de biens), ce n'est qu'à la condition qu'une semblable mesure présente urgence et utilité. — Chambéry, 27 juill. 1898, Crepaux, [D. 99.2.352]

135. — D'un autre côté il n'y a lieu à nomination de séquestre par le juge des référés qu'autant que la mesure sollicitée n'engage pas le fond de l'affaire, et qu'il s'agit de conférer au séquestre la garde et l'administration de choses dont la possession ou la propriété sont litigieuses. — Nancy, 31 oct. 1885, Bussienne et autres, [S. 86.2.239, P. 86.1.1242]

136. — Ainsi, le juge des référés saisi d'une demande en nomination de séquestre des sommes détenues par les administrateurs d'une loterie, doit refuser de faire droit à cette demande alors, d'une part, que l'instance introduite au principal par les demandeurs porte sur l'exécution d'une obligation personnelle, et non sur la propriété ou la possession des valeurs dépendant de la loterie, que, d'autre part, les défendeurs contestent la qualité d'administrateurs de la loterie qui leur est attribuée par les demandeurs, et qu'enfin les sommes réalisées par la loterie sont déposées à la Trésorerie générale. — Même arrêt.

137. — Du reste l'autorité judiciaire est incompétente pour nommer un séquestre chargé d'administrer une loterie dont l'organisation a été autorisée par un arrêté du ministre de l'Intérieur fixant la valeur des lots, l'époque des tirages et le maximum des frais, ledit arrêté prescrivant que l'autorisation serait incessible et que le préfet serait chargé d'en assurer l'exécution, avec le concours d'une commission par lui nommée. — Même arrêt.

138. — Le juge des référés est incompétent pour ordonner que, faute par un héritier bénéficiaire de fournir bonne et valable caution dans un délai déterminé, il sera dépouillé de son droit d'administration lequel sera confié à un séquestre désigné. — Lyon, 26 janv. 1871, Chabon, [S. 71.2.11, P. 71.82, D. 71.2.45]

139. — Au surplus, le juge des référés, qui n'a pu statuer qu'au provisoire, ne peut, à plus forte raison, ordonner des mesures qui, en même temps qu'elles touchent au principal, sont telles qu'elles ne pourraient être ordonnées par le juge du principal lui-même. — Cass., 17 janv. 1855, C..., [S. 55.1.97, P. 55.2.209, D. 55.1.11]

140. — Ainsi le juge des référés, pas plus que le juge du principal, ne peut, en matière de déconfiture et en cas de saisies-arrêts, par des créanciers, de sommes appartenant au débiteur, ordonner la discontinuation des poursuites, enlever aux créanciers l'exercice de leurs actions, et nommer un séquestre chargé du recouvrement de l'actif du débiteur et de faire la distribution de cet actif entre tous les créanciers opposants et non opposants. — Même arrêt.

141. — V. au surplus les divers autres cas où il peut y avoir lieu à séquestre, *suprà*, v° *Référés*, n. 348 et s.

142. — Quoi qu'il en soit des limitations qu'il peut y avoir lieu d'apporter au pouvoir du juge des référés, on peut considérer comme acquis qu'il a le droit de nommer des séquestres; c'est au contraire une question encore controversée que celle de savoir si un séquestre peut être nommé par une ordonnance sur requête; on se prononce généralement dans le sens de la négative. Jugé, à cet égard, qu'un tribunal ne peut être saisi par voie de requête que lorsque la mesure réclamée ne constitue pas une demande et n'appelle pas de contradiction. — Lyon, 26 nov. 1881, Cœur, [S. 83.2.109, P. 83.1.676, D. 86.2.88] — *Sic*, Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, v° *Jugement*, n. 53; Guillouard, n. 179. — *Contrà*, Bertin, J. *Le Droit*, 6-9 janv. 1866 et 15 mars 1866; Note sous Paris, 6 janv. 1866, Gibiat, [D. 66.2.27]; Lacoin, p. 175.

143. — ... Spécialement, que le remplacement par un séquestre, du mandataire choisi par plusieurs cohéritiers ne peut se faire en vertu d'un jugement sur requête; que tous les cohéritiers doivent être mis en cause. — Même arrêt.

144. — ... Mais que la Cour, saisie sur appel, peut, en annulant le jugement pour incompétence, évoquer le fond et nommer elle-même le séquestre. — Même arrêt.

145. — Jugé toutefois, en sens contraire, que la nomination d'un séquestre peut être demandée par voie de simple requête, sans qu'il soit besoin d'assigner, et que cette mesure, lorsqu'elle est urgente, peut être ordonnée par le tribunal du lieu où se trouve la chose objet du séquestre, alors surtout qu'aucun autre tribunal n'a été encore saisi. — Trib. comm. Le Havre, [*Rec. Havre*, 98.1.221]

146. — Dans l'opinion affirmative on fait remarquer pour justifier la compétence du président, aussi bien lorsqu'il s'agit d'ordonnance sur requête que d'ordonnance sur référé, que l'art. 54, Décr. 30 mars 1808, contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux et qui décide que « toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou de marchandises *ou autres mesures d'urgence*..., seront présentées au président du tribunal, qui répondra par son ordonnance », est conçu dans des termes analogues à ceux de l'art. 806, C. proc. civ., et que de même que l'urgence suffit pour attribuer compétence au juge des référés, de même elle suffit pour permettre au président de statuer par simple ordonnance. On ajoute qu'il devait en être ainsi, car la procédure de référés, si rapide qu'elle soit, présente un grave inconvénient, notamment en matière de séquestre : c'est de prévenir le défendeur de la mesure que l'on veut provoquer contre lui et de le prévenir un certain temps à l'avance, ce qui lui permettra de faire disparaître et de rendre ainsi inutile, au moins dans une large mesure, le séquestre qui va être ordonné. Au contraire, dans la procédure sur requête, le défendeur n'est pas prévenu, l'ordonnance est rendue de suite et il est certain que la mesure sollicitée aura toute son efficacité. — Note sous Paris, 6 janv. 1866, précité; Bertin, *loc. cit.*

147. — En revanche, dans l'autre opinion, on fait valoir que l'art. 1961, C. civ., porte que la *justice* peut ordonner le séquestre, et l'art. 1963 ajoute que le séquestre judiciaire est donné soit à une personne dont *les parties intéressées* sont convenues entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge, expressions qui signifient que la *justice*, c'est-à-dire la juridiction contentieuse, a seule le pouvoir d'ordonner le séquestre et que la procédure que l'on emploie met nécessairement en présence *les parties intéressées*, c'est-à-dire un demandeur et un défendeur. Or la procédure de l'ordonnance sur requête, juridiction gracieuse, peut-être même non susceptible d'appel, est toute autre. En second lieu cette procédure supprime le droit de la défense, et si elle a cet avantage d'être expéditive, elle a en revanche cet inconvénient de l'être trop, puisqu'elle ne permet pas au défendeur de faire valoir ses moyens de défense. L'ordonnance de référé a cet avantage d'être contradictoire, d'être susceptible d'être déférée aux juges d'appel et d'être très-rapide, puisque le président peut autoriser à assigner pour le jour même où la demande est faite, et à l'heure qu'il voudra, ce qui permet de répondre à l'objection que le défendeur sera prévenu, qu'il peut l'être très-peu de temps à l'avance, ce qui l'empêchera de réaliser les manœuvres frauduleuses signalées plus haut. — Guillouard, *loc. cit.*

148. — En tout cas, le président du tribunal civil ne peut, par ordonnance rendue sur simple requête, remplacer par un séquestre judiciaire le liquidateur d'une société commerciale. — Paris, 4 mai 1867, Argaud, [S. 67.2.189, P. 67.788, D. 67.2.159] — V. aussi Paris, 6 janv. 1866, Gibiat, [S. 66.2.41, P. 66.205, D. 66.2.27]; — 23 janv. 1866, Moullet et Caillol, [*Ibid.*] — Et la partie lésée par une telle ordonnance est recevable à en interjeter appel — Paris, 4 mai 1867, précité.

149. — La demande de mise en séquestre, n'étant qu'une mesure provisoire, peut être formée pour la première fois en cause d'appel. On ne peut la considérer comme une demande nouvelle dans le sens de l'art. 464, C. proc. civ. — Bordeaux, 3 juin 1847, Maurice, [P. 47.2.618]

150. — On peut demander devant la cour que des biens litigieux soient mis sous le séquestre, lors même qu'en appelant du jugement de première instance on n'aurait pas attaqué le chef qui aurait rejeté cette demande. — Bordeaux, 12 janv. 1833, Anthias, [P. chr.]

151. — Lorsqu'une demande en nomination de séquestre des biens d'une succession litigieuse est portée devant un tribunal duquel émane un jugement d'instruction frappé d'appel, ce tribunal est compétent pour statuer et ne doit pas renvoyer devant la Cour, sous le prétexte qu'elle est saisie de tout le débat. — Alger, 29 juin 1896, Consorts Groniez, [D. 97.2.148]

152. — Mais la nomination de ce séquestre n'étant pas une mesure d'exécution, la cour peut, si le premier jugement a été confirmé, lorsqu'elle est appelée à statuer sur la décision d'incompétence, évoquer et désigner elle-même le séquestre. — Même arrêt.

153. — Bien que l'art. 1961, C. civ., semble dire que dans les différentes hypothèses par lui visées, c'est toujours la justice qui nomme le séquestre tenu de veiller sur des meubles saisis, le choix du séquestre appartient alors, aux termes exprès des art. 596 et 597, C. proc. civ., à l'huissier, qui procède aux opérations de la saisie. — Pothier, *Dépôt*, n. 91 et s.; Guillouard, n. 191 et s.; Aubry et Rau, t. 4, p. 632, § 409, note 2. — V. *suprà*, v° *Saisie-exécution*, n. 336.

4° Choix du séquestre.

154. — Les parties peuvent, d'accord, demander pour séquestre un tiers convenu entre elles. La justice fera droit à leur demande le plus souvent; mais elle n'y est pas obligée, l'art. 305, C. proc. civ., qui impose au juge le choix fait par les parties au cas d'expertise, n'ayant pas son équivalent en matière de séquestre. — Lacoin, p. 180.

155. — Le juge ne doit désigner d'office un séquestre de son choix que si les parties n'en proposent pas un à son agrément. — Pothier, *Procédure civile*, n. 306; Colmet de Santerre, t. 8, n. 174 *bis*-II; Guillouard, n. 181. — *Contrà*, Laurent, t. 27, n. 181. — V. Pont, t. 1, n. 562.

156. — Libre de décider, le juge peut maintenir une des parties en possession et lui donner ainsi le rôle de séquestre; il pourra également maintenir chacune d'elles en possession. Jugé, dans cette dernière hypothèse, que lorsque sur une action possessoire intentée par un voisin contre l'autre, les parties ont été appointées en preuve et qu'il résulte des enquêtes respectives qu'elles ont cumulativement et sans trouble exercé des actes de possession sur le terrain contesté, le juge peut les maintenir toutes deux dans cette possession, sans être tenu d'ordonner le séquestre de l'objet litigieux. — Cass., 28 avr. 1813, Dumoulin, [S. et P. chr.] — *Sic*, Lacoin, *loc. cit.* — V. *suprà*, n. 82 et s.

157. — Cette solution, appliquée souvent en matière de séparation de corps ou de divorce, hypothèses où l'administration judiciaire est confiée au mari, présente les avantages suivants : 1° gratuité du mandat, d'où économie dans tous les cas. Jugé que le mari, nommé en référé, au cours d'une instance en séparation de corps, administrateur séquestre de la communauté durant le procès, n'a droit à aucun émolument pour cette administration, qu'il ne peut que répéter ses dépenses. — Paris, 8 avr. 1869, [*Bull. arr. Paris*, 1869, p. 269] — 2° répression très-énergique des fraudes, en raison de la sanction des peines de l'abus de confiance ou du détournement d'objets saisis. — Cass., 8 nov. 1894, Mouron, [S. et P. 95.1.56]

158. — Jugé à cet égard : 1° que le mari qui dans les mêmes conditions que ci-dessus, détourne à son profit les valeurs confiées à sa garde, se rend coupable du délit prévu par l'art. 400, C. pén. — Lyon, 10 mai 1865, Roire, [S. 65.2.228, P. 65.1.930] — V. *supra*, v° *Saisie-exécution*, n. 457 et s.; — 2° que l'action correctionnelle peut être exercée par le séquestré qui a succédé au mari. — Cass., 13 août 1869, Harouel, [S. 70.1.47, P. 70.76] — *Sic*, Lacoin, *loc. cit.*

159. — Cependant on a décidé également que lorsqu'il y a lieu à l'établissement d'un séquestre judiciaire, les tribunaux doivent nommer de préférence, pour en remplir les fonctions, un tiers qui n'ait aucun intérêt dans la contestation. — Toulouse, 13 mai 1812, Blot, [S. et P. chr.] — V. cep. Paris, 2 juill. 1830, Mecklembourg, [D. *Rép.*, v° *Dépôt*, n. 232] — P. Pont, t. 1, n. 562.

160. — La fonction de séquestre est toute volontaire; personne ne peut être forcé de l'accepter. — Merlin, *Rép.*, v° *Séquestre*; Carré, *Lois de la proc.*, n. 2052, note; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 5, p. 17, § 742, note 8; Aubry et Rau, t. 4, p. 633, § 409; Guillouard, n. 193.

161. — Au surplus, l'inscription d'un administrateur judiciaire sur la liste des administrateurs agréés par le tribunal civil de la Seine ne lui confère, à aucun point de vue, le caractère d'officier ministériel, et ne saurait avoir pour effet de le placer sous l'empire de règles spéciales et de le soustraire à l'application des règles du droit commun. En conséquence, l'administrateur judiciaire nommé par le juge, sur la liste des administrateurs agréés par le tribunal, est toujours libre de refuser la mission qui lui est confiée, sauf au juge à apprécier les motifs de refus, pour maintenir son nom sur la liste ou en opérer la radiation. — Paris, 17 janv. 1889, Morin, [S. 89.2.230, P. 89.1.1230]

162. — Spécialement, l'administrateur inscrit sur la liste des administrateurs agréés par le tribunal, qui a été nommé par ordonnance de référé séquestre d'un immeuble litigieux à l'effet d'en percevoir les loyers, n'encourt aucune responsabilité à l'égard de la partie qui a provoqué sa nomination à raison de son refus d'exécuter l'ordonnance tant qu'elle n'aura pas acquis l'autorité de chose jugée, s'il n'en est pas régulièrement requis, ou s'il n'est tout au moins garanti contre tout recours de l'autre partie. — Même arrêt.

163. — Au cas où il y a lieu de nommer un séquestre pour l'exploitation litigieuse d'une installation électrique, les fonctions ne peuvent en être confiées à une société étrangère. Dans de telles circonstances un avoué peut être nommé séquestre, avec autorisation de déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un ingénieur de ladite société. — Lyon, 31 juill. 1897, [*Mon. Lyon*, 28 août 1897]

164. — En principe on ne peut nommer séquestres que les personnes capables de s'obliger. Un interdit, un mineur, etc., ne pourront donc pas être nommés séquestres, ou du moins leur responsabilité aura pour mesure leur capacité même. La femme mariée, à ce titre, sera soumise à l'observation des règles de droit commun.

165. — Jugé que la femme qui fait un commerce avec son mari ne peut, sans l'autorisation de celui-ci, s'engager valablement comme séquestre judiciaire, qu'autant que le fait du séquestre se rattache à son commerce. — Cass., 10 févr. 1840, Rodier, [P. 40.1.499]

166. — Spécialement, la femme d'un cabaretier (non aubergiste) qui, sans l'autorisation de son mari, a été constituée gardienne de boissons saisies sur des fraudeurs, n'est pas responsable de la valeur de ces objets dans le cas où ils sont postérieurement enlevés par les fraudeurs. On ne peut considérer comme valable son engagement de séquestre ou gardienne judiciaire, le fait de séquestre ne se rattachant pas à la nature de son débit. — Même arrêt.

5° Pouvoirs du séquestre.

167. — Les actes du séquestre seront, le plus souvent, de simples actes conservatoires et d'administration courante : vendre des récoltes, faire des réparations d'entretien, conclure des contrats de travail ou de fournitures pour continuer l'entreprise en cours d'exploitation. Chaque chose s'administre suivant sa destination et conformément aux habitudes du propriétaire et à l'usage des lieux. — Lacoin, p. 182.

168. — En principe, l'art. 1961, C. civ., n'autorise pas les tribunaux à donner au tiers séquestre d'autres pouvoirs que ceux

qui sont nécessaires pour la conservation de la chose litigieuse. — Cass., 14 nov. 1883, Worms, [S. 85.1.423, P. 85.1.1032, D. 85.1.12]; — 13 nov. 1889, de la Houssaye, [S. 90.1.8, P. 90.1.10, D. 90.1.34] — Sic, Garraud, *De la déconfiture*, p. 224; Guillouard, n. 177; Laurent, t. 27, n. 183; Fuzier-Herman et Darras, art. 1963, n. 7 et s.

169. — En d'autres termes, le séquestre judiciaire, ayant pour but unique la conservation de la chose litigieuse, ne comporte pas, pour le tiers qui en est chargé, d'autres pouvoirs que ceux d'administration. — Cass., 14 nov. 1883, précité.

170. — Ainsi, les tribunaux ne peuvent nommer un séquestre à l'effet d'administrer tous les biens d'un débiteur, en conférant à ce séquestre le pouvoir de toucher les sommes dues au débiteur, d'exercer toutes poursuites au nom de celui-ci, et de procéder à toutes distributions amiables entre les créanciers. — Cass., 14 nov. 1883, précité. — 13 nov. 1889, précité.

171. — Comme le dit Laurent : « Le juge déterminera les pouvoirs du séquestre, mais cela ne veut pas dire qu'il pourra les lui donner illimités. Le juge est lui-même limité par la nature du mandat qu'il donne au dépositaire; c'est à titre de mesure conservatoire qu'il met les biens sous séquestre, et cette mesure doit concilier les divers intérêts des parties en litige. D'un autre côté, les droits des tiers sur les biens séquestrés restent entiers. Le juge ne peut pas y porter atteinte, tel est le principe. L'application dépend des circonstances de la cause. » — Laurent, t. 27, p. 201.

172. — Le jugement qui ordonne le séquestre d'un domaine dépendant d'une succession comprend nécessairement celui du mobilier qui garnit ce domaine; dès lors la personne commise au séquestre doit inventorier le mobilier ou récoler l'inventaire déjà existant. Si la partie contre laquelle le séquestre a été ordonné met obstacle à son exécution, elle peut être expulsée des lieux. — Rennes, 23 déc. 1818, de Listré, [S. et P. chr.]

173. — Le séquestre judiciaire des biens d'une succession, avec mandat d'administrer les immeubles en dépendant, a qualité pour consentir des baux. — Rennes, 23 déc. 1818, précité. — ... Et, notamment, des baux de courte durée (dans l'espèce des baux de deux années). — Toulouse, 26 avr. 1893, Castaing, [S. et P. 96.2.252, D. 94.2.556]

174. — Il a été jugé, par un arrêt de la cour de Bruxelles, du 21 nov. 1867, [*Pasicr.* 68.2.384, et cité par Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 27, n. 183], qu'un notaire nommé à titre de séquestre pour administrer les biens d'une succession ne pourrait pas louer ces biens sans le consentement des parties litigantes, sauf recours au juge au cas où elles seraient en désaccord, mais par le motif que, dans les circonstances de la cause, il pouvait être contraire à l'intérêt commun des parties de louer les biens séquestrés. Guillouard (*Traité du dépôt et du séquestre*, n. 182) tout en refusant au séquestre, par analogie de l'art. 31, L. 30 juin 1838, sur les aliénés, le droit de faire des baux d'une durée supérieure à trois ans, lui reconnaît le pouvoir de passer des baux pour une durée moindre.

175. — Il a été jugé également que, lorsqu'un séquestre a été ordonné par justice, à la demande des parties qui plaident sur le droit de propriété et des créanciers inscrits intervenus dans l'instance, le dépositaire chargé du séquestre ne peut, par consentement même exprès, valider un bail fait par l'une des parties litigantes sans l'approbation de l'autre et des créanciers intéressés. — Bruxelles, 11 nov. 1819, Colson, [S. et P. chr.] — Fuzier-Herman et Darras, art. 1963, n. 15.

176. — Au surplus, le jugement qui autorise le séquestre à passer des baux ne porte pas atteinte aux baux réguliers existants. — Rennes, 23 déc. 1818, précité. — V. Guillouard, n. 182; Fuzier-Herman et Darras, art. 1963, n. 14.

177. — Mais il a été jugé que le dépositaire chargé du séquestre judiciaire d'une ferme et terres en dépendant, à la demande des parties qui plaident sur le droit de propriété, et à l'intervention des créanciers inscrits, peut, à la fin du bail, expulser le fermier. Il n'est pas tenu de suivre le nouveau bail, s'il n'a pas été consenti par toutes les parties intéressées. — Bruxelles, 11 nov. 1819, précité.

178. — Quoique destitué de l'administration d'une succession et quoique comptable envers la veuve, le séquestre peut poursuivre les héritiers en vertu d'un exécutoire. — Orléans, 26 mai 1813, Benard, [P. chr.]

179. — L'administrateur judiciaire d'une succession, autorisé par le jugement qui le nomme à poursuivre le règlement d'un compte et à en toucher le reliquat sur sa quittance, a qualité pour poursuivre contre le reliquataire l'exécution du jugement qui condamne ce dernier à payer ce reliquat, et pour le recevoir. Il n'y a pas lieu, dans ce cas, soit à consignation de la somme due, soit à la nomination d'un séquestre, quand le jugement de condamnation a déterminé la somme due et celui qui devait la recevoir. — Cass., 23 juil. 1851, Héritiers de Montbreton, [S. 51.1.753, P. 51.2.48, D. 51.1.269] — Fuzier-Herman et Darras, art. 1963, n. 13.

180. — Le séquestre judiciaire, investi de la qualité de détenteur légal des fonds et valeurs dont il doit assurer la conservation peut en réclamer la détention matérielle par toutes voies de droit, et notamment par la voie judiciaire. Spécialement il est fondé, pour obtenir la remise des fonds et valeurs dont il a été constitué l'administrateur, à intenter une poursuite devant le tribunal correctionnel. — Trib. corr. Seine, 15 nov. 1901, [J. *le Droit*, 4 déc. 1901]

181. — En ce qui concerne les actes plus graves, tels que les aliénations, les emprunts pour faire des réparations importantes ou acquitter des droits exigibles, le séquestre ne pourrait les faire seul, n'ayant que les pouvoirs limités d'un administrateur provisoire, d'un gardien. Mais à qui devra-t-il s'adresser pour ajouter à ses pouvoirs? aux parties ou bien à la justice? Il est certain que l'une des parties pourra lui donner le mandat de consentir une aliénation. Si plus tard la justice reconnaît que cette partie était propriétaire, l'acte ayant été accompli en son nom et sur son ordre sera valable. Si le séquestre se fait en même temps donner par l'autre partie un pouvoir semblable, il est bien évident qu'il sera garanti contre toute éventualité, et comme lui les tiers seront en sécurité. Mais, à défaut, ou sur le refus de l'une des parties d'autoriser l'administrateur à passer l'acte devenu nécessaire, il faut reconnaître à la justice le pouvoir d'autoriser cet acte, et, celui-ci, une fois accompli après cette autorisation, demeurera irrévocable et donnera aux tiers toute sécurité. Toutefois on apporte à cette solution, conforme aux principes, un tempérament : la partie contre la volonté de laquelle l'acte a été passé pourra recourir en dommages-intérêts contre celle qui avait sollicité l'autorisation si l'acte passé lui est préjudiciable ou s'il est onéreux. La justice a bien pu, en effet, autoriser un acte qu'elle croyait utile, mais elle ne saurait garantir celui auquel elle a donné son appui contre les conséquences que cet acte, reconnu préjudiciable et fait sans droit, a pu occasionner à un tiers. A l'inverse, la partie qui voulait procéder à un acte très-avantageux, mais qui a été arrêtée par la résistance de son adversaire pourra lui demander la réparation du préjudice qu'elle subit de ce chef. — Lacoin, p. 182 et 183.

182. — De même, si l'insertion dans l'ordonnance de référé que la vente aura lieu « aux risques de qui il appartiendra », signifie bien que la vente sera désormais inattaquable, quelle que soit la partie qui gagne le procès, elle permet néanmoins au propriétaire qui subirait en raison de cette vente inopportune, un préjudice, de recourir contre son adversaire pour en poursuivre la réparation. — Lacoin, p. 183 et 184.

183. — Les décisions de justice qui autorisent le séquestre à aliéner tout ou partie du bien qui lui a été confié sont très-nombreuses. Jugé notamment que lorsque des marchandises sont soumises à des droits de magasinage qui menacent d'en absorber la valeur, ou lorsqu'elles sont de nature à perdre toute leur valeur durant le procès, le président peut ordonner que la compagnie de transports vendra aux risques et périls de qui il appartiendra, se paiera et déposera le surplus. — Ord. de référé des 7 janv. et 17 sept. 1896, [citées par Lacoin, p. 183]

184. — Mais ces hypothèses sont exceptionnelles et doivent être restreintes aux seuls cas où des dépenses urgentes, importantes, sont nécessaires, et en droit commun il faut s'en référer au principe posé plus haut par la Cour de cassation d'après lequel le séquestre n'a le pouvoir de faire que les actes d'administration courante. — V. *suprà*, n. 168 et s.

185. — Ces pouvoirs, d'ailleurs, peuvent être soit restreints, soit étendus par les jugements qui désignent le séquestre. C'est ainsi qu'il a été jugé notamment : 1° Que le juge peut, en nommant un séquestre judiciaire, lui interdire de donner à bail les biens séquestrés. — *Pasicr. belge*, 68.2.384; *Belg. jud.*, 67.1558.

186. — 2° Qu'à l'inverse le jugement peut l'autoriser à passer des baux, à recevoir une somme d'argent, à en donner quittance et à consentir mainlevée des inscriptions y afférentes, le pouvoir de donner mainlevée n'impliquant pas toutefois celui de former une

demande en paiement d'intérêts contre le débiteur, lorsque ce dernier les conteste. — Lyon, 20 juill. 1839, Daguevt, [D. Rép., v° Privil. et hypoth., n. 2471] — V. Hervieu, *Dict. des hypoth.*, p. 614, note 1; Boulanger, *Des radiations hypothécaires*, t. 1, n. 265.

187. — [illegible] peut donner à un séquestre d'un théâtre le droit de prélever chaque jour, sur les recettes, le prix de l'éclairage de la salle, réclamé par la compagnie du gaz. — Ord. de référé, 8 avr. 1897, [citée par Lacoin, p. 184]

188. — Lorsque les pouvoirs du séquestre sont déterminés par l'ordonnance de nomination, ils ne peuvent être dépassés. Jugé qu'un séquestre nommé pour toucher les loyers, nonobstant tous transferts et oppositions dont les effets sont expressément réservés, ne tient pas de l'ordonnance de nomination les pouvoirs d'un mandataire *ad litem*, et qu'en conséquence, une décision, rendue entre ce séquestre et le locataire de l'immeuble dont les loyers sont séquestrés, n'est pas opposable au cessionnaire de ces loyers. — Cass., 14 nov. 1883, Worms, [S. 85.1.423, P. 85.1.1032, D. 85.1.12]

189. — ... Que le séquestre d'une succession bénéficiaire n'a pas qualité pour donner mainlevée des inscriptions garantissant les créances dont il a opéré le recouvrement, alors que l'ordonnance de référé qui l'a nommé ne l'y a pas autorisé. — Lyon, 16 janv. 1879, Brossard, [S. 81.2.69, P. 81.1.433, D. 80.2.152] — Fuzier-Herman et Darras, art. 1963, n. 12.

190. — Le juge des référés peut donner pouvoir à un séquestre de dresser un état régulier des recettes et des dépenses d'hôtels appartenant en indivision à des époux mariés sous le régime de la séparation de biens, au cas où la femme a été autorisée en justice à intenter contre son mari une action en reddition de comptes pour la gestion desdits hôtels, en supposant d'ailleurs qu'une semblable mesure présente urgence et utilité. — Chambéry, 27 juill. 1898, Crépaux, [D. 99.2.352]

191. — Un arrêt peut valablement reconnaître à un séquestre le droit de payer des dettes urgentes, telles que des frais taxés, alors que la taxe n'était frappée d'aucune opposition et que le séquestre avait les pouvoirs les plus étendus pour gérer et administrer les biens. — Cass., 9 mai 1899, époux Vanet, [D. 99.1.365]

192. — L'ordonnance de référé qui donne mission à un séquestre d'entretenir un immeuble jusqu'au jour de l'adjudication, et l'autorise à emprunter à cet effet une somme déterminée, doit être interprétée comme ayant visé les premières dépenses urgentes et comme n'ayant pas entendu limiter les frais d'entretien à la somme prévue. — Bordeaux, 2 déc. 1897, [*Rev. proc. civ.*, 98.432]

193. — En ce qui concerne les sommes liquides, le séquestre pourrait, et même devrait toujours les consigner à la Caisse des dépôts et consignations, qui est seule qualifiée pour recevoir les sommes litigieuses. Mais, en fait, la pratique prend avec la loi de grandes libertés. Pour des raisons spéciales, parfois sans raisons apparentes, un notaire, un officier ministériel, un particulier accrédité ou non près le tribunal est souvent constitué séquestre de capitaux. Cela semble contraire à la loi, qui donne à cet égard à la Caisse des dépôts et consignations un monopole exclusif. — Lacoin, p. 184-185.

194. — Les pouvoirs du séquestre peuvent se trouver restreints à raison même de la qualité du juge par lequel il a été désigné. C'est ainsi que la décision du juge des référés ne pouvant porter préjudice au principal, le juge des référés ne peut pas conférer au séquestre le pouvoir d'appliquer les recettes à l'acquit des intérêts des créances hypothécaires grevant les immeubles. — Paris, 21 août 1876, Pitois, [S. 76.2.317, P. 76.1.1234] — V. Bazot, *Ord. sur req. et sur réf.*, p. 290.

195. — Lorsqu'une saisie-exécution et des saisies-arrêts ont été pratiquées sur des objets se trouvant dans un coffre-fort loué à un particulier par un établissement de crédit, le juge des référés peut nommer un séquestre chargé d'ouvrir le coffre-fort devant les intéressés ; mais il ne peut attribuer au séquestre pouvoir de réaliser ainsi qu'il avisera les valeurs trouvées dans le coffre, à charge d'en rendre compte à qui il appartiendrait; la vente de ces valeurs, de même que la répartition par voie de contribution s'il y a lieu, doivent être poursuivies conformément aux dispositions générales du Code de procédure civile par les soins des intéressés auxquels le séquestre a qualité seulement pour les représenter dans les termes de l'art. 1962, C. civ. — Paris, 12 févr. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903.1.463]

196. — Lorsqu'un concierge a été préposé à la garde d'un immeuble par un administrateur-séquestre, il semble qu'il appartienne à ce dernier seul, durant sa mission, de choisir et révoquer ce concierge. Et en ordonnant, à la requête du nouveau propriétaire dudit immeuble, alors que ce propriétaire ne touche pas encore les loyers, l'expulsion du concierge, le juge des référés préjudicie au principal et porte atteinte aux droits du séquestre. Et il en est ainsi surtout quand l'administrateur-séquestre n'était pas en cause devant le juge des référés. — Paris, 14 mars 1900, [*Gaz. des Trib.*, 2 juin 1900]

197. — Le paiement fait au mandataire du créancier étant valable et libératoire, il en est de même du paiement fait aux mains d'un séquestre judiciaire quelles qu'en aient été les répartitions que le séquestre a pu faire par la suite. — Lyon, 26 avr. 1899, [*Mon. Lyon*, 3 oct. 1899]

198-199. — Le décret du 3 août 1793 avait mis sous séquestre les biens des émigrés, qui furent vendus comme biens nationaux. — V. *suprà*, v° *Biens nationaux*.

200. — Signalons à cet égard un arrêt d'où il résulte que les dispositions du décret du 2 sept. 1792, relatives à la mise en vente au profit de la nation des biens des émigrés ne peuvent être étendues à des biens qui n'étaient point des biens d'émigrés et qui ont été simplement mis sous le séquestre de la nation. — Cass., 20 janv. 1896, Bloch, [D. 96.1.574]

201. — ... Qu'ainsi elles ne sauraient être appliquées aux biens de la succession de la princesse de Lamballe qui ont été frappés de saisie et de séquestre au profit de la nation par le décret du 3 août 1793. — Même arrêt.

6° Fin de la mission du séquestre. — Frais et honoraires. Responsabilité.

202. — Le séquestre de biens litigieux, chargé de conserver et d'administrer la chose tant que dure le procès, ne la remettra qu'en vertu d'une décision de justice, soit à celui qui justifiera, par un jugement ou un arrêt passé en force de chose jugée, y avoir droit, soit à celui que la justice lui désignera comme devant être mis en possession. Si les parties transigeaient avant que le procès soit terminé, le séquestre pourrait remettre les biens dont il a le dépôt à la personne désignée par la transaction. Mais il a, même dans ce cas, le droit d'exiger une décision de justice pour se décharger. — Lacoin, p. 185.

203. — Lorsque le président des référés a ordonné la mise sous séquestre des biens d'une succession et que l'ordonnance ne précise point la durée du séquestre, le tribunal saisi de l'instance relative à la succession est compétent pour mettre fin au séquestre. — Trib. Oran, 10 déc. 1900, Viala, [D. 1902.2.358]

204. — Les dépenses faites par le séquestre devront être payées par la partie à laquelle la chose séquestrée sera remise : les fournisseurs et ouvriers employés par le tiers dépositaire ont une action directe contre cette partie. Jugé, en conséquence, que lorsqu'un jugement, en séquestrant un immeuble litigieux, a réservé au possesseur la faculté de faire cesser cette mesure au moyen d'une caution, celui-ci, s'il veut user du droit réservé, est tenu d'acquitter les obligations contractées envers les tiers par le séquestre, dans les bornes de son mandat, pendant la durée de la séquestration; sans pouvoir prétendre que le paiement de ces obligations doit être différé jusqu'au jugement définitif sur le fond du procès, époque à laquelle il aura été décidé sur qui les obligations doivent définitivement retomber. — Bordeaux, 27 juill. 1830, Lesparre-Duroc, [S. 31.2.79, P. chr.] — *Sic*, Guilllouard, n. 183.

205. — Bien plus, la créance de ces ouvriers et fournisseurs devra être privilégiée en vertu de l'art. 2101-1°, comme frais de justice. Comme le dit très-bien un jugement du tribunal de Saint-Denis (île de la Réunion) sous Cass., 29 juin 1875, d'Ambelle de Peindray, [D. 75.1.273] : « Attendu que toutes les avances faites, toutes les denrées fournies à un séquestre judiciaire pour les besoins de son administration, emportent comme garantie de leur remboursement un privilège qui frappe la généralité des biens séquestrés, que toutes les dépenses faites par cet administrateur pour l'accomplissement de sa mission, étant exposées pour conserver et utiliser le gage commun, il est clair que les créanciers hypothécaires ou autres, dont le séquestre a fait l'affaire, sont légalement et équitablement tenus de subir la priorité des bailleurs de fonds et fournisseurs qui ont fait confiance à leur mandataire, le séquestre judiciaire; que ce droit de priorité

pour les créanciers du séquestre, rentre évidemment dans les conditions du privilège édicté par l'art. 2101-1°, en faveur des frais de justice ». — V. aussi Cass., 26 juin 1878, Banque de la Réunion, [S. 78.1.460, P. 78.1.1202, D. 78.1.343]; — 18 mai 1882, Demoiselle Sanger et autres, [S. 82.1.57, P. 82.1.126, D. 82.1.115]; — 30 mars 1886, [*Pand. fr.*, 87.2.256] — *Sic*, Guillouard, n. 182; Laurent, t. 27, n. 184.

206. — Le séquestre régulièrement nommé bénéficie également, pour ses frais et honoraires, du privilège établi par le § 1er de l'art. 2101, C. civ. — Cass., 21 févr. 1899, Bert, [S. et P. 99.1.212, D. 99.1.245] — Bordeaux, 2 déc. 1897, [*Rec. proc. civ.*, 98, p. 132] — Trib. comm. Le Havre, 25 oct. 1898, [*Rec. Havre*, 98.1.221]

207. — Cependant il a été jugé que les privilèges étant de droit étroit et ne pouvant résulter que de la loi, le séquestre d'un immeuble nommé en référé, avec mission de faire les travaux agricoles pour sauvegarder les récoltes, n'est pas fondé à réclamer un privilège pour ses frais et honoraires d'administration, quand il n'a pas été nommé avec le concours de tous les intéressés, alors surtout que le montant des récoltes a été absorbé par les dépenses et que la gestion du séquestre n'a pas augmenté la valeur de l'immeuble — Alger, 11 févr. 1899, [*J. Trib. Alg.*, 26 juill. 1899; *Mon. jud. Lyon*, 10 août 1899]

208. — Nous avons dit que le tiers chargé d'un séquestre par les parties est gratuit de sa nature, mais peut être salarié (V. *suprà*, n. 6); au contraire, lorsque le séquestre tient sa mission de justice, le salaire est de droit. — Caen, 23 juill. 1878, Syndic Lelong, [S. 79.2.15, P. 79.101]

209. — Jugé qu'a droit à une rémunération le séquestre qui, en vertu du mandat de justice dont il a été investi, a dû procéder à un inventaire des pièces confiées à sa garde. — Nancy, 7 juill. 1900, [*Rec. Nancy*, 1900.294]

210. — ... Alors surtout qu'il est résulté pour lui une certaine responsabilité de la garde des titres scellés. — Même arrêt.

211. — Les honoraires du séquestre doivent être proportionnés à l'importance de sa gestion. — Bordeaux, 2 déc. 1897, précité.

212. — Le juge des référés excède ses pouvoirs en prescrivant ou en admettant pour la gestion d'un séquestre des conditions et charges autres que celles édictées par la loi pour les administrateurs ou gérants judiciaires ordinaires. Le séquestre doit gérer sous sa responsabilité, et il n'a droit qu'à un salaire, sans qu'on puisse lui attribuer une part dans les bénéfices ou les pertes de l'administration qui lui est confiée. — Même arrêt. — V. Guillouard, n. 198. — V. aussi tarif du 16 févr. 1807, art. 34.

213. — Les honoraires du séquestre seront taxés; mais par quel juge? Il été décidé que les frais et honoraires d'un séquestre judiciaire doivent être taxés par le juge qui a statué sur le litige, par préférence au juge qui a nommé le séquestre. — Angers, 12 févr. 1868, sous Cass., 22 août 1871, Jollivet, [S. 71.1.228, P. 71.721, D. 71.1.136] — *Sic*, Guillouard, n. 184.

214. — S'il n'y a pas de litige principal, la taxe devra être faite par le juge qui a ordonné le séquestre. — Lacoin, p. 186.

215. — Si la disposition de l'art. 319, C. proc. civ., ne vise que les experts, il y a lieu par analogie de l'appliquer aux administrateurs-séquestres, qui, comme les experts, reçoivent mandat de la justice et collaborent à son administration. Ils doivent donc pouvoir, sans recourir au tribunal, recouvrer leurs honoraires au moyen d'un exécutoire à eux délivré. — Trib. Bordeaux, 24 janv. 1900, [*Gaz. Pal.*, 1900.1.720]

216. — Le séquestre a une action solidaire contre toutes les parties qui ont concouru à sa nomination. — Cass., 27 avr. 1859, Benoît, [D. 59.1.171] — *Sic*, Lacoin, p. 186; Guillouard, n. 185.

217. — Le séquestre est tenu de déposer à la Caisse des dépôts et consignations les sommes qu'il a perçues dans l'exercice de ses fonctions (Ord. 3 juill. 1816, art. 2, n. 5; Décr. 26 juill. 1889, art. 2). — Fuzier-Herman et Darras, art. 1963, n. 21. — V. *suprà*, v° *Caisse des dépôts et consignations*, n. 822 et s.

218. — Si le séquestre néglige d'opérer le dépôt prescrit par la loi, il doit compte des intérêts aux ayants-droit. Certains auteurs estiment que le taux des intérêts par lui dus est en ce cas celui des intérêts qui auraient été servis par la Caisse des dépôts et consignations, à supposer que le dépôt eût été effectué. — Guillouard, n. 187.

219. — Lorsque les fonds sont versés à la Caisse par le séquestre, on peut se demander si ce dernier est complètement déchargé, ou s'il ne doit pas, au contraire, donner son consentement lors du retrait des fonds, s'il n'en doit pas être averti, s'il n'en est pas responsable, au cas où les fonds seraient remis, par erreur, à d'autres qu'aux ayants-droit. En pratique, le séquestre doit indiquer, lors du dépôt, que la remise des fonds ne pourra avoir lieu qu'en sa présence ou lui appelé. — Lacoin, p. 185.

220. — Tout séquestre contre lequel on agit pour le contraindre à payer une seconde fois des sommes déjà payées par lui a droit et qualité pour contester les titres en vertu desquels on l'actionne en justice. Et spécialement la Caisse des consignations, qui, après avoir payé une première fois à un individu sans qualité une somme qui lui avait été déposée, est actionnée de nouveau en paiement par un prétendu ayant-droit, peut se prévaloir des droits adhérents à un tiers nommé avant auquel cette somme appartiendrait. — Cass., 22 juill. 1845, Kelde, [S. 45.1.819, P. 46.1.96, D. 46.1.33]

221. — Un séquestre judiciaire qui a été obligé, par les lois de la Révolution, de verser ses dépôts dans le Trésor public, n'est libéré envers les parties intéressées qu'autant que le versement a eu lieu dans les mêmes espèces que celles reçues. — Paris, 19 mars 1816, Andelle, [P. chr.]

222. — Le séquestre qui commet des fautes dans la garde des objets qui lui sont confiés en est responsable dans les conditions prévues par les art. 1927 et 1928, suivant que ses services sont salariés ou non. — Fuzier-Herman et Darras, art. 1965, n. 19. — Sur la responsabilité du gardien des effets saisis, V. *suprà*, v° *Saisie-exécution*, n. 371 et s.

223. — Jugé, à cet égard, que l'aubergiste constitué gardien salarié d'un cheval en litige est responsable des accidents qui lui arrivent dans son écurie par sa négligence; que, spécialement il est responsable des suites d'un coup de pied reçu par ce cheval d'un autre cheval qui a été placé à côté de lui, s'il ne justifie pas qu'il a pris les précautions nécessaires pour prévenir cet accident; que, néanmoins, il a droit aux frais de fourrière du jour de la réception du cheval à celui de l'accident. — Lyon, 26 janv. 1825, Laroche, [S. et P. chr.]

224. — ... Que le séquestre qui paie aux ayants-droit de l'enfant naturel l'émolument pouvant leur revenir en vertu du retour successoral de l'art. 766, C. civ. sans déduire la somme jusqu'à concurrence de laquelle ils étaient tenus de payer les dettes, commet une faute des conséquences de laquelle il est d'autant plus responsable qu'il était investi d'un mandat salarié. — Lyon, 2 janv. 1900, Madon-Fricaud, [D. 1902.2.131]

225. — Lorsque l'administrateur judiciaire ou séquestre d'un fonds de commerce litigieux, nommé avec pouvoir de le gérer et administrer tant activement que passivement, a été condamné à des dommages-intérêts en cette qualité et à raison des faits qui s'étaient produits à l'occasion de l'administration du fonds, les condamnations ainsi prononcées constituent une charge de cette administration. En conséquence, le compte d'administration du séquestre ne peut présenter un reliquat actif, qu'après extinction des causes de ces condamnations. Et si le reliquat dudit compte a été déposé à la Caisse des dépôts et consignations, antérieurement au paiement du montant de ces condamnations, les sommes nécessaires à ce paiement qui aurait du être effectué avant le dépôt doivent être prélevées sur les fonds déposés avant toute mise en distribution par voie de contribution. — Paris, 28 juill. 1899, Andrieu, [D. 1901.2.17]

226. — Si, en fait, une contribution a été ouverte sans ce prélèvement préalable, le titulaire d'une créance de cette nature est fondé à obtenir sa collocation avant tous autres sur la somme qui en fait l'objet pour le montant en principal, intérêts et frais des condamnations prononcées à son profit contre le séquestre en cette qualité. Et il en doit être ainsi surtout lorsque cette collocation ne pouvait être contestée que par un seul créancier, qui a été partie à l'ordonnance nommant le liquidateur séquestre et qui, d'autre part, s'étant rendu acquéreur du fonds litigieux (après en avoir revendiqué la propriété), s'est abstenu de verser la plus grande partie du prix en compensant sa dette d'acquéreur avec diverses créances résultant à son profit de l'administration du séquestre. — Même arrêt.

227-232. — Le locataire qui, mis en demeure de reprendre possession du mobilier sur lui saisi et séquestré, s'y est refusé est à bon droit déclaré mal fondé à réclamer des dommages-intérêts pour la détérioration ultérieure de ce mobilier, s'il est établi que son refus n'a eu lieu que dans un but de spéculation. —

Cass., 12 avr. 1869, Bertot, [S. 69.1.252, P. 69.628, D. 69.1. 424]

233. — L'acquéreur d'un immeuble, nommé par l'ordonnance de référé séquestre du mobilier de deux époux déposé dans cet immeuble, ne peut être soumis à l'application de l'art. 1962, C. civ., alors que dans des actes authentiques, datant de sa nomination, il a déclaré ne vouloir être soumis qu'aux obligations d'un bailleur vis-à-vis de son locataire et refuser absolument la mission de séquestre dans son acception légale, et que d'ailleurs l'un des époux demandeur en cassation a accepté la restriction mise ainsi par l'acquéreur au mandat dont il consentait à se charger. — Cass., 7 nov. 1899, d'Hauterive, [D. 99.1.564]

234. — Le notaire tenu de rendre un compte comme séquestre, et qui, par sa conduite particulière et dans son intérêt privé, donne lieu à une mauvaise contestation avec les héritiers du débiteur, dont le bien est mis en séquestre, en doit supporter personnellement les dépens. — Orléans, 15 mai 1822, N..., [P. chr.]

235. — Lorsque l'administration des douanes s'est constituée dépositaire et séquestre des objets saisis, elle devient responsable des détournements opérés par ses agents. — Douai, 18 déc. 1839, Benssens, [P. 40.2.682]

236. — Si, durant l'instance en résolution à défaut de paiement, l'immeuble a été, sur la demande du vendeur, mis sous le séquestre, le compte des fruits doit, en cas de résolution, être rendu au vendeur par le séquestre, à partir de cette époque. — Lyon, 23 juin 1831, Lablanche, [S. 32.2.344, P. chr.]

237. — L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques (C. civ., art. 1962). — V. à cet égard, *suprà*, v° *Saisie-exécution*, n. 371 et s.

238. — L'art. 400, C. pén., qui réprime le détournement par le saisi des objets saisis sur lui, est applicable au cas de séquestre judiciaire prévu par l'art. 1961, C. civ. — Cass., 8 nov. 1894, Mouron, [S. et P. 95.1.56, D. 96.1.55]

239. — Il importe, pour que le délit existe, que les formalités de procédure, exigées par la loi pour que la décision ordonnant le séquestre produise ses effets civils, aient été accomplies, notamment la remise de la chose litigieuse à un gardien. — Même arrêt. — V. Cass., 18 juill. 1895, Pompidor, [D. 96. 1.55]

240. — Il suffit que le détournement ait été commis alors que le prévenu avait pleine connaissance de la décision du juge. — Même arrêt.

241. — De même en cas de saisie, le délit existe par cela seul que la saisie offre les caractères extérieurs d'un tel acte, qu'elle est l'œuvre d'un officier public compétent et que le débiteur saisi en a pleine connaissance. — Cass., 18 juill. 1895, précité. — V. *suprà*, v° *Saisie-execution*, n. 436 et s.

§ 3. *Du séquestre de biens offert par un débiteur pour sa libération.*

242. — L'art. 1961, § 3, qui porte que la justice peut ordonner le séquestre des choses qu'un débiteur offre pour sa libération se rattache à l'art. 1264, C. civ., dont il n'est que l'application. Ce dernier article prévoit l'hypothèse où la chose due est un corps certain : le débiteur qui veut se libérer doit faire sommation au créancier de l'enlever, et si le créancier ne l'enlève pas, le débiteur pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt. C'est ce dépôt que vise l'art. 1961, § 3. — Guillouard, n. 199.

243. — Lorsque l'art. 1961, § 3, parle de *choses* qu'un débiteur offre pour sa libération, il n'entend pas s'appliquer au cas où il s'agit *d'une somme d'argent,* hypothèse où il n'y a lieu ni à obtenir la permission du juge, ni à faire désigner une personne pour être chargée du dépôt. La loi a organisé dans les art. 1257 à 1263, C. civ., la procédure *des offres réelles et de la consignation* qui permet au débiteur d'une somme d'argent de la déposer sans autorisation du juge, et qui lui indique où ce dépôt devra être fait, à la Caisse des dépôts et consignations, sauf ensuite à faire valider par la justice cette consignation. — Guillouard, n. 200. — V. *suprà*, v° *Caisse des dépôts et consignations*.

244. — Quoique la question soit controversée, on décide généralement que l'on doit appliquer aux dettes de choses *in genere* non pas la procédure des offres réelles et de la consignation, mais celle du dépôt judiciaire de l'art. 1264. — Guillouard, n. 201 ; Toullier, t. 7, n. 212; Duranton, t. 12, n. 221 ; Marcadé, sur l'art. 1257, n. 1 ; Demolombe, t. 28, n. 173 et s.; Aubry et Rau, t. 4, p. 196, § 322 ; Larombière, sur l'art. 1264, n. 1. — *Contrà*, Colmet de Santerre, t. 5, n. 208 *bis*-III; Laurent, t. 18, n. 191.

245. — En raison de l'expression générale de l'art. 1961, § 3, « *choses* qu'un débiteur offre », on décide *secundum subjectam materiam* que le débiteur peut demander la nomination d'un séquestre pour se libérer d'une dette *d'immeuble* dont le propriétaire refuserait de prendre possession. — Demolombe, t. 28, n. 172; Larombière, sur l'art. 1264, n. 8; Guillouard, n. 202.

Section III.

Séquestres résultant des extensions de la jurisprudence.

§ 1. *Séquestre de loyers.*

246. — En pratique, on nomme souvent un séquestre aux biens frappés d'opposition par les créanciers du propriétaire. Le séquestre perçoit les loyers et les conserve. Souvent aussi on lui reconnaît des pouvoirs plus étendus : il administre l'immeuble tout entier, répartissant les loyers arrêtés entre les créanciers opposants. On nomme dans ces hypothèses un séquestre parce que les locataires insolvables souvent déménagent et que les créanciers opposants ont vu fréquemment leur échapper des sommes qu'ils croyaient être restées à leur disposition. Au surplus la nomination du séquestre est à certains points de vue pour les locataires une mesure utile en ce qu'elle les oblige à payer régulièrement alors que fort souvent ils ne mettraient pas leurs termes de côté, si ce soin était abandonné à leur prudence. Le propriétaire surtout y trouve sécurité, car il évite que des locataires de mauvaise foi ne simulent des oppositions faites entre leurs mains par des créanciers imaginaires, fraude fréquente en pratique et difficile à établir. Cette pratique quotidienne dépasse assurément ce que comporte l'interprétation déjà fort large des dispositions de l'art. 1961. La légitimité de cette pratique a néanmoins été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1883, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour d'Aix du 30 janv. 1881, infirmatif de l'ordonnance de référé : « Attendu que les saisies-arrêts, faites par la ville de Marseille, n'étant pas encore validées, et qu'aucun droit exclusif sur les loyers ne lui étant encore attribué, il n'était pas possible de l'autoriser elle-même à recevoir ; attendu, d'autre part, qu'il y avait danger soit à laisser s'accumuler les loyers aux mains des locataires plus ou moins solvables, soit à déclarer qu'ils les verseraient eux-mêmes à la Caisse des dépôts et consignations ». — Cass., 10 juill. 1876, D..., [S. 76.1.405, P. 76.1045] ; — 14 mars 1882, Ville de Marseille, [S. 82.1.349, P. 82.1.854, et le rapport de M. le conseiller Alméras-Latour, [D. 83.1.256] — Lacoin, p. 189, 190.

247. — La pratique a étendu les pouvoirs du séquestre des loyers; on l'a chargé de percevoir les loyers de tous autres locataires, même ceux non frappés d'opposition, et l'on a même voulu en faire un véritable administrateur de l'immeuble. — V. les ordonnances de référé citées par Lacoin, p. 191 et 193.

248. — Mais en général les décisions des tribunaux ont limité prudemment et sagement les droits conférés au séquestre. Jugé, tout d'abord, que le séquestre n'a que les pouvoirs qui lui ont été conférés par l'ordonnance de référé qui l'a désigné. — Lyon, 16 janv. 1879, Brossard, [S. 81.2.69, P. 81.1.433, et la note, D. 80.2.152] — V. *suprà*, n. 188.

249. — ... Qu'un séquestre, chargé seulement de recevoir les loyers d'un immeuble saisi, n'a pas qualité, notamment, pour traiter avec les locataires de l'immeuble les cessions relatives à ces loyers et pour faire un règlement avec ceux de ce chef; que dès lors, si un pareil règlement a eu lieu et a été sanctionné par justice, la décision intervenue n'est pas opposable au cessionnaire de ces loyers, qui, n'a pas été partie à cette instance, le séquestre n'ayant pas qualité pour l'y représenter, et que le propriétaire dont l'immeuble a été saisi, et alors même qu'un administrateur-séquestre a été nommé pour toucher les loyers, n'en conserve pas moins le droit d'administrer son immeuble et de congédier le concierge, bien que les créanciers

demandent qu'il soit maintenu sur les lieux. — Paris, 1er févr. 1873, *Bull. arr. Paris*, 73.22 — V. *suprà*, n. 196.

250. — La mission du séquestre des loyers a été encore singulièrement accrue. Chargé de percevoir, lors de leur échéance, les loyers saisis-arrêtés, il doit les remettre au propriétaire dès qu'ils sont libres, c'est-à-dire quand la mainlevée des oppositions est consentie par les tiers ou ordonnée par justice, ou les déposer, si les oppositions sont validées et maintenues, pour qu'ils soient distribués par voie de contribution.

251. — Mais la procédure de la contribution est onéreuse et on a tenté de la rendre inutile en faisant du séquestre des loyers un répartiteur amiable. Néanmoins, dans ce cas, jamais la justice n'a expressément conféré au séquestre de tels pouvoirs; elle les tolère toutefois lorsque cette mesure a l'assentiment de tous les créanciers opposants et du débiteur. — Lacoin, p. 193-194.

252. — Le bail occasionne encore la nomination du séquestre dans d'autres circonstances. C'est ainsi qu'en cas de non-paiement des loyers, la jurisprudence de la cour de Paris autorise le juge des référés, que les meubles aient été ou non saisis, à ordonner le séquestre du mobilier. — Paris, 7 août 1890, Verhaegen, [D. 91.2.161]

253. — C'est encore ainsi que, lorsqu'un locataire veut déménager, si le propriétaire s'oppose à l'enlèvement des meubles, le locataire peut vaincre sa résistance en faisant nommer un séquestre chargé de garder somme suffisante pour assurer le paiement du bailleur. — Ord. de référé, 21 janv. 1896, [citée par Lacoin, p. 195]

254. — De même, lorsqu'un propriétaire, sans exiger l'expulsion du locataire pour cause de non-paiement des loyers ou du défaut de garnir les lieux loués de meubles suffisants, par exemple, doit, tout en le conservant, prendre des mesures destinées à sauvegarder les droits respectifs de chacun, il a été admis qu'il pourrait faire nommer un séquestre. — Paris, 15 avr. 1885, [*Gaz. des Trib.*, 3 juill. 1885] — *Sic*, Debelleyme, t. 1, n. 270; Lacoin, p. 195.

255. — Et cette doctrine n'est pas contredite par un arrêt de la cour de Paris du 5 mars 1885. En effet, dans l'espèce de cette décision, il était établi qu'il n'était pas dû de loyers arriérés et que les marchandises et le mobilier commercial étaient encore considérables; il n'y avait pas lieu en conséquence de nommer un séquestre chargé d'encaisser jusqu'à concurrence des réparations locatives. — Paris, 5 mars 1885, [*Gaz. des Trib.*, 9 avr. 1885]

256. — Les nominations de séquestre aux loyers ont presque toujours lieu par ordonnance de référé; de simples ordonnances sur requête pourraient être contestées par ceux des intéressés qui n'ont pas présenté la requête; c'est pourquoi on les assigne. — Lacoin, p. 196. — V. *suprà*, n. 142 et s.

§ 2. *Séquestre au cas de déconfiture.*

1° *Hypothèses dans lesquelles la justice nomme un séquestre.*

257. — Entre le cas du propriétaire qui, ne payant pas ses dettes, voit saisir ses loyers et nommer un séquestre et le cas où un non-commerçant, dont le passif est supérieur à l'actif, est traqué par ses créanciers et voit demander, à défaut d'une déclaration de faillite impossible, la nomination d'un séquestre de tous ses biens, un rapprochement est bien naturel et l'on a succombé à la tentation de faire pour le second ce qu'on avait déjà fait pour le premier.

258. — Cette nomination de séquestre cas de déconfiture paraît d'autant plus nécessaire et mieux justifiée que la loi ne fait que nommer la déconfiture (C. civ., art. 1188), sans la réglementer en aucune façon. Par analogie avec ce qui se passe au cas de faillite et avec ce que la loi décide pour l'administration d'une succession par un héritier bénéficiaire, l'acceptation bénéficiaire ayant fréquemment lieu lorsque le *de cujus* est insolvable, la pratique a admis parfois que l'on pouvait nommer un séquestre-administrateur du patrimoine du déconfit, comme on a nommé des administrateurs aux successions bénéficiaires. — Lacoin, p. 196-197.

259. — I. *Séquestre en cas de déconfiture avant décès.* — Plusieurs hypothèses sont à considérer. Dans une première hypothèse les parties sont d'accord pour confier à un tiers la mission d'administrer et de liquider. Il semble tout d'abord que l'intervention de la justice soit inutile. Au fond la nomination d'un séquestre par le juge présente des avantages pratiques. En premier lieu, la justice exercera une surveillance étroite sur le mandataire ainsi chargé des intérêts communs. D'autre part, l'intervention judiciaire pourra faciliter l'accord entre les parties; elle lève, en outre, les hésitations des créanciers qui adhèrent à une organisation qui leur assure, en fait, quelques-uns des avantages de la faillite. Enfin il y a des économies de temps et d'argent : économie de frais de poursuite, diminution des procès de créancier à créancier, suppression des défenses dilatoires, unité dans la direction des opérations, ventes amiables au lieu de ventes sur saisie, transactions facilitées, simple répartition des fonds remplaçant la consignation des sommes et leur distribution suivant les formes des ordres et contributions. La justice n'a pas hésité à ordonner la nomination d'un séquestre en présence de ces avantages. — Lacoin, p. 198 et s.

260. — Dans une seconde hypothèse il y a opposition à la nomination du séquestre. Dans ce cas la doctrine généralement admise est que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de nommer un séquestre pour administrer, dans l'intérêt collectif des créanciers, tout le patrimoine d'un non-commerçant en état de déconfiture. — V. Bertin, *Ordonn. sur référé*, n. 1007; Bazot, *Ordonn. sur req. et sur référé*, p. 290; Garraud, *De la déconfit.*, p. 224; Colmet de Santerre, t. 8, n. 172 *bis*-III; Laurent, t. 27, n. 183. — Guillouard, n. 176. — V. *suprà*, v° *Déconfiture*, n. 44 et s.

261. — Jugé, en conséquence, que la nomination d'un séquestre judiciaire, mesure essentiellement spéciale, conservatoire et provisoire, ne saurait avoir pour effet de modifier comme en matière de faillite la capacité civile de la personne objet du séquestre, ni son droit de s'engager par contrat ou autrement, ni son obligation de remplir ses engagements sur tous ses biens meubles et immeubles présents et à venir. — Cass. belg., 6 oct. 1892, l'Etat belge, [S. et P. 93.4.19]

262. — Spécialement, la personne qui est l'objet du séquestre peut, après la nomination du séquestre, donner mandat à un tiers à l'effet de la représenter en justice, et se soumettre à l'obligation de rembourser à ce tiers les frais faits et les honoraires par lui mérités à l'occasion de l'exécution du mandat. — Même arrêt.

263. — Pareillement, la nomination du séquestre ne peut dessaisir le tiers des fonds et valeurs qu'il a reçus en qualité de mandataire de la personne objet du séquestre, et dont il est comptable envers celle-ci, sous déduction de ses déboursés et honoraires, conformément aux art. 1280, 1965 et 1999, C. civ. — Même arrêt.

264. — Et la compensation légale est valablement admise entre les déboursés et honoraires réclamés par le tiers et les sommes qu'il a reçues comme mandataire. — Même arrêt.

265. — Ce n'est pas en partant de l'idée que l'énumération de l'art. 1961, C. civ., est limitative que ces décisions ont été rendues, mais par cette considération « que la déconfiture, à la différence de la faillite, ne dessaisit pas le débiteur de ses biens... », que chacun a la libre disposition de ses biens, et que nul ne peut être privé du droit de les administrer qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi;... que, à la différence de la faillite, la déconfiture ne dessaisit le débiteur, ni de la disposition, ni de l'administration de ses biens. » Il s'ensuit que la justice ne peut charger un séquestre d'administrer, dans l'intérêt des créanciers, tout le patrimoine d'un débiteur, à raison de son état de déconfiture, car le séquestre ordonné sur tout le patrimoine conduirait à un dessaisissement. Par conséquent, nonobstant la nomination du séquestre, le débiteur reste chargé de l'administration et de la disposition de ses biens. Il conserve aussi la capacité de s'obliger, et il répond de ses obligations sur ses biens.

266. — M. Guillouard, tout en admettant que la déconfiture n'entraîne pas le dessaisissement du débiteur, décide que les tribunaux peuvent charger un séquestre d'administrer le patrimoine du débiteur, au mieux de l'intérêt des créanciers. A l'objection tirée de ce que la déconfiture n'entraîne pas le dessaisissement du débiteur, et de ce que le séquestre ordonné sur tout le patrimoine conduit au dessaisissement, M. Guillouard répond : « La mesure purement conservatoire et provisoire du séquestre n'est pas l'équivalent du dessaisissement que prononce la loi commerciale (en matière de faillite); c'est un moyen plus efficace et moins coûteux d'exercer un droit qui appartient incon-

testamentairement aux créanciers, le droit d'empêcher, au moyen de saisie-exécution ou de saisie-arrêt, le détournement des biens de leur débiteur. — Guillouard, *Tr. du dépôt et du séquestre*, n. 176.

267. — Enfin, dans une dernière hypothèse le déconfit laisse faire, et s'abstient. M. Garraud semble d'avis que le consentement du débiteur pourrait être présumé et qu'il suffit qu'il ne proteste pas pour que le mandat judiciaire de liquider soit valablement donné et exécuté (Garraud, *Journ. des faillites*, 1882, p. 149 et s.). — M. Lacoin (p. 218 et 219) est d'un avis contraire et fait remarquer que quand on ne se trouve pas dans une des hypothèses prévues par la loi et autorisant la nomination d'un administrateur ou d'un séquestre, ce dernier, dont la mission est de *dessaisir* un possesseur ou un propriétaire, est nommé sans droit et que les actes qu'il fait peuvent être déclarés nuls.

268. — II. *Séquestre en cas de déconfiture après décès.* — La déconfiture peut ne se révéler qu'après le décès du débiteur et l'héritier peut prendre un des trois partis suivants : 1° accepter purement et simplement; auquel cas il est tenu même *ultra vires* de toutes les dettes et charges de la succession : la justice n'a pas alors à nommer de séquestre; 2° renoncer; auquel cas, à défaut d'autre héritier, les créanciers du *de cujus* s'adresseront aux agents de la Régie de l'enregistrement et des domaines (C. civ., art. 767 et 772; là encore il n'y a pas lieu à nomination de séquestre; 3° enfin accepter sous bénéfice d'inventaire, auquel cas il doit administrer et peut liquider la succession. Mais aux termes de l'art. 802, C. civ., il a le droit de se décharger de l'administration de la succession et de renoncer à la possession de l'hérédité, tout en conservant la qualité d'héritier et en restant seul propriétaire des biens héréditaires, avec droit au reliquat s'il y en a un. Toutes les fois que la succession comprendra des biens dont la gestion est compliquée (tels une usine, un fonds de commerce), volontiers l'héritier en abandonnera la gestion. Les raisons qui font que l'héritier se décharge de l'administration feront en général que les créanciers ne pourront y pourvoir mieux que lui; une compétence particulière est indispensable; il faut une direction unique et du loisir. Les créanciers s'entendront pour désigner un administrateur d'accord, et s'adresseront, en cas de désaccord, à la justice pour qu'elle commette un mandataire de son choix. Ce mandataire administrera donc et sa nomination, bien que non prévue par la loi, est naturelle et légitime. Et l'on s'est demandé ensuite pourquoi il ne remplacerait pas l'héritier comme liquidateur. D'où une nouvelle extension, plus discutable celle-là, en raison de l'intérêt que présente cette liquidation collective ou amiable, qui se substitue au désordre du régime des poursuites individuelles. — Lacoin, p. 220 et s.

269. — Toutefois, les créanciers n'ont pas tous le même intérêt à cette nomination d'un séquestre. Certains d'entre eux ont un grand intérêt : ce sont ceux qui, arrivant un peu tard, n'auraient rien obtenu dans le désarroi de la déconfiture ordinaire et qui toucheront au contraire tout ce que la liquidation collective aura économisé. Mais, pour ceux qu'une poursuite déjà avancée aurait vraisemblablement permis de désintéresser, le bénéfice n'existe plus. Les premiers donneront aisément leur consentement à la nomination du séquestre. Les seconds pourraient être tentés de le refuser, quoiqu'en fait ils tiennent rarement une pareille conduite, pour deux raisons : d'une part, la nomination du mandataire les décharge du soin de poursuivre eux-mêmes et de plaider, et, d'autre part, ils seront le plus souvent déboutés de leur demande pour défaut d'intérêt, car la pratique leur accorde le droit de prélever, au jour où ils interviennent, un dividende égal à celui qui aurait été déjà versé aux autres créanciers. — Lacoin, p. 225, note.

270. — Trois hypothèses peuvent se présenter. S'il y a accord entre l'héritier et les créanciers, la nomination de l'administrateur séquestre ne souffre pas de difficulté. Un contrat intervient qui réglera les conséquences de cet accord et l'on ne viole le droit de personne. La seconde hypothèse est celle d'un désaccord entre les créanciers. Mais il faut sous-distinguer. L'héritier refuse-t-il son consentement? Comme il ne peut être dessaisi de l'administration que de son plein gré, il sera impossible de procéder à la nomination de l'administrateur-séquestre (V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 467 et s.). L'opposition vient-elle des créanciers alors que l'héritier consent à cette nomination? Celle-ci sera possible, car ici encore, elle ne va à l'encontre de l'intérêt de personne. — Lacoin, p. 226 et 227.

271. — Enfin dans une troisième hypothèse, l'héritier bénéficiaire, sans s'opposer, laisse faire. Dans ce cas l'héritier bénéficiaire devant administrer, et cela dans l'intérêt des créanciers héréditaires, s'il reste inerte et que la succession en souffre, la justice peut, sur la demande des créanciers, lui substituer un tiers, car il manque à son devoir. — V. *infra*, n. 275.

272. — C'est ainsi qu'il a été décidé que les tribunaux peuvent confier l'administration d'une succession bénéficiaire à un tiers, alors que l'éloignement d'un des cohéritiers met obstacle au recouvrement de l'actif et à l'acquittement du passif. — Caen, 22 févr. 1879, [*Rec. arr. Caen*, t. 43, p. 108; *Gaz. not.*, p. 479] — *Sic*, Lacoin, p. 227 et 228.

273. — Mais en ce cas cet administrateur ne sera, à aucun titre un liquidateur, il n'aura que des pouvoirs conservatoires et provisoires; il ne pourra aliéner à l'amiable, comme le pourrait le mandataire nommé avec l'agrément du débiteur. S'il se révèle et proteste, on rentre dans le cas précédemment examiné; on doit en conséquence le remettre en possession, sauf à poursuivre contre lui les déchéances que sa négligence ou sa faute peut entraîner. — Lacoin, p. 228.

274. — En pratique, l'administrateur est presque toujours nommé à la requête de l'héritier bénéficiaire lui-même, et le plus souvent lorsque l'administrateur est nommé à la demande des créanciers, l'héritier, que l'on assigne, consent à cette mesure.

275. — Si l'héritier ne peut être dessaisi que de son gré de son administration ou de sa liquidation, c'est à la condition qu'il s'acquitte de sa mission, qu'il fasse diligence et qu'il se conforme aux obligations que la loi lui trace. Si certains auteurs refusent absolument aux tribunaux le droit de dessaisir l'héritier bénéficiaire de l'administration de la succession, la plupart des auteurs en revanche estiment que cette administration peut lui être enlevée lorsque, par son incurie, sa négligence ou son inertie, il compromet les intérêts des créanciers; la loi impose en effet à l'héritier l'obligation d'administrer, et cela, dans l'intérêt des créanciers héréditaires; s'il s'en acquitte mal, on ne peut le contraindre directement, car il s'agit d'une obligation de faire et un tiers sera commis pour administrer à sa place. — V. dans le sens de cette dernière opinion, Wahl, note sous Paris, 5 juin 1891, [S. et P. 93.2.103]; — Lacoin, p. 228, 229. — V. dans le sens de la première opinion, Laurent, t. 10. n. 124.

276. — Mais la jurisprudence est allée beaucoup plus loin en décidant qu'il suffit d'une menace de préjudice pour que les créanciers puissent obtenir la nomination d'un administrateur autre que l'héritier, « attendu qu'il y a lieu de présumer que certains des heritiers étant éloignés, la gestion sera compromise ». — Bordeaux, 9 mars 1841, Froidefond-Duchatenet, [P. 41.1.705]

277. — D'un autre côté, il a été jugé que le refus persistant de l'héritier bénéficiaire de fournir caution autorisait les tribunaux a lui retirer la gestion de l'hérédité pour la confier à un séquestre. — Cass., 6 mars 1821, de Chastenet, [D. *Rép.*, v° *Succession*, n. 885] — *Contrà*, Laurent, t. 10, n. 129. — V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 784.

278. — Mais la jurisprudence a réagi contre ces décisions excessives et il a été jugé que le juge des référés était incompétent pour ordonner que faute par un héritier bénéficiaire de fournir bonne et valable caution après un délai déterminé, il serait dépouillé de son droit d'administration lequel serait confié à un séquestre désigné. — Lyon, 26 janv. 1871, Chabon, [S. 71.2.1, P. 71.1.82, D. 71.2.45] — *Sic*, Laurent, t. 10, n. 129; Lacoin, p. 230. — V. au surplus, *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 786.

279. — En revanche, la nomination d'un administrateur-séquestre est faite à bon droit quand les héritiers sont des mineurs, et que le tuteur de ceux-ci a, dans la succession, des intérêts qui sont en opposition avec les leurs. Mais dans ce cas l'administrateur qui intervient ici a pour mission exclusive de représenter, dans les opérations du partage de la succession, les mineurs, que leur tuteur ne peut plus représenter à cause de l'intérêt contraire qu'il a lui-même dans l'opération. C'est une sorte de tuteur *ad hoc*. — Cass., 17 déc. 1895, Charton, [D. 96.1.467] — Lacoin, p. 230, 231.

280. — Il a été jugé que lorsqu'il y a des héritiers purs et simples et un seul héritier bénéficiaire, si la justice charge celui-ci de liquider, ou le remplace par un administrateur-séquestre de

son choix, le mandat donné par elle ne peut s'étendre à la liquidation de toute la succession. — Paris, 5 juin 1891, Consorts Leclerc, [D. 94.2.81] — *Contra*, Planiol, note sous cet arrêt; Lacoin, p. 234, 235.

281. — V. au surplus sur tous ces points, *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 467 et s.

2° Pouvoirs du séquestre.

282. — L'administrateur ne pouvant être nommé, au cas de déconfiture, que de l'assentiment unanime du débiteur et de tous les créanciers (V. *suprà*, n. 260), une convention interviendra qui précisera les pouvoirs du mandataire commun et spécifiera notamment les formalités suivant lesquelles il pourra procéder aux actes de disposition. Elle sera la loi des parties; les juges devront l'appliquer, les l'interpréteront si des difficultés surgissent. — Lacoin, p. 235.

283. — Dans le cas d'une succession bénéficiaire, l'administrateur judiciaire-séquestre ne peut être nommé que du consentement de l'héritier, qu'il représente seulement dans la mesure où il a été agréé par lui (V. *suprà*, n. 270). Il n'a donc que les pouvoirs que celui-ci lui a expressément ou tacitement reconnus, ce qui sera une question de fait; mais si l'héritier n'a pas été consulté lors de la nomination de l'administrateur-séquestre (V. *suprà*, n. 274, 275), sa gestion n'est possible que si l'héritier l'ignore ou la tolère. Elle ne s'étend jamais aux actes de disposition. Dès que l'héritier veut prendre l'administration de la succession, l'administrateur-séquestre, simple gérant d'affaires, doit lui céder immédiatement la place (V. *infrà*, n. 299 et 300). Il faut donc soigneusement stipuler les cas où la nomination a eu lieu, et l'on ne peut les assimiler ni argumenter l'un de l'autre. — Lacoin, p. 235, 236.

284. — Il a été jugé que l'administrateur judiciaire-séquestre est sans qualité, alors qu'il se trouve en présence d'un héritier bénéficiaire, pour exercer les actions contre les débiteurs de la succession, et pour s'en désister. — Metz, 13 juill. 1865, B... ès-qualités, [D. 65.2.127]

285. — Il ne faudrait pas exagérer la portée de cette décision et en faire découler cette conséquence que *jamais* un administrateur judiciaire-séquestre ne pourrait, en présence d'un héritier bénéficiaire, agir en justice. Toute la question se résume ainsi : l'administrateur-séquestre est-il, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, le représentant de l'héritier bénéficiaire, ou bien au contraire, les pouvoirs qu'il tient de justice n'ont-ils jamais été, en totalité ou en partie, consentis ou ratifiés par l'héritier? Capable au premier cas, l'administrateur est sans pouvoir au second. — Lacoin, p. 237, 238.

286. — Bien évidemment l'administrateur-séquestre ne saurait jamais avoir plus de pouvoirs que n'en ont ceux dont il est le mandataire : ainsi, il est sans qualité pour introduire une action en nullité d'un contrat, cette nullité dût-elle profiter aux créanciers de la succession ou aux héritiers, si le *de cujus* n'avait pu la former lui-même. — Trib. Seine, 22 févr. 1898, [J. *Le Droit*, 2 avr. 1898]

287. — En résumé trois situations sont possibles : 1° Ou bien l'héritier consent à la nomination du mandataire judiciaire séquestre en qualité d'administrateur et de liquidateur de la succession et se décharge sur lui de toutes les opérations que lui-même aurait pu faire; dans ce cas l'administrateur a les mêmes pouvoirs que l'héritier disposant, suivant les règles que la loi a elle-même tracées, les art. 795 à 810, C. civ., lui étant applicables; 2° Ou bien l'héritier n'a reconnu à l'administrateur que certains pouvoirs qui sont spécifiés dans l'ordonnance de référé ou qui résultent de procurations; l'administrateur est limité par les termes mêmes dont l'héritier s'est servi, et si, plus tard, il veut faire augmenter ses pouvoirs, c'est à l'héritier qu'il devra s'adresser, ou, au cas de refus, au tribunal mais en mettant l'héritier en cause. 3° Enfin l'héritier n'a jamais consenti à la nomination de l'administrateur-séquestre, il a ignoré sa gestion ou il a laissé faire. L'héritier n'a qu'à se montrer pour être mis en possession de toute l'hoirie, et l'administrateur doit lui rendre compte de sa gestion. Pour l'avenir, l'héritier jouit d'une entière indépendance. Pour le passé, il doit respecter les actes que les principes de la gestion d'affaires font considérer comme irrévocables; il peut faire annuler les autres, comme accomplis par une personne sans mandat valable, ou les ratifier s'il y trouve avantage. — Lacoin, p. 238, 239.

[illegible] pratiques. — Autorisations.

288. — L'héritier bénéficiaire et l'administrateur-séquestre peuvent aliéner les meubles suivant les formes indiquées dans les art. 805, C. civ., et [illegible] proc. civ., et les immeubles suivant les art. 806, C. civ., et [illegible], C. proc. civ. Mais peuvent-ils transiger, accepter une succession, y renoncer, contracter un emprunt hypothécaire? L'héritier le peut, mais il s'expose à perdre le bénéfice d'inventaire (V. *suprà*, v° *Acceptation de succession*, n. 480 et s., *Bénéfice d'inventaire*, n. 244 et s. La justice peut-elle les autoriser?

289. — En ce qui concerne l'héritier, [illegible] admettait la faculté pour [illegible] et le droit actuel ne s'y oppose pas. La question s'est d'abord posée pour les rentes sur l'Etat. Leur aliénation n'était pas prévue par la loi, l'art. 805 ne s'occupant que des meubles corporels, l'art. 806 ne visant que les immeubles. Il en résultait que l'héritier bénéficiaire, s'il aliénait les rentes sur l'Etat, ce qui était souvent indispensable, pouvait être déchu de son bénéfice d'inventaire. Le Conseil d'Etat, dans un avis du 11 janv. 1808, a décidé que l'héritier bénéficiaire qui veut aliéner comme administrateur des rentes sur l'Etat peut être habilité par une autorisation de justice. — Lacoin, p. 240, 241.

290. — On s'est demandé s'il ne fallait par étendre cette solution aux actes [illegible] des textes qui décident que l'héritier bénéficiaire pourra aliéner les meubles avec l'autorisation du président (C. civ., art. 805, et C. proc. civ., art. 986), et les immeubles avec l'autorisation du tribunal (C. civ., art. 806, et C. proc. civ., art. 987). La jurisprudence se décide en général pour la négative. [illegible] que les tribunaux ne peuvent sans excès de pouvoir, en l'absence d'une disposition spéciale de la loi, affranchir à l'avance l'héritier bénéficiaire de la déchéance qui pourrait résulter de la transaction qu'ils auraient autorisée. — Paris, 30 juill. 1850, Boudin, [D. 51.2.116] — *Contrà*, Demolombe, t. 15, p. 290 et s.

291. — Bertin cite toutefois deux arrêts de la Cour de cassation qui tranchent implicitement la question pour une sorte de transaction (dation en paiement) et pour un emprunt hypothécaire. — Cass., 1er juill. 1856, de la Moskowa, [D. 56.1.274]; 12 juin 1865, Montlaur, [D. 65.1.444] — Bertin, *Ch. du cons.*, t. 2, p. 257.

292. — En ce qui concerne l'administrateur, en pratique la justice ne fait aucune difficulté pour lui accorder des autorisations. Il en résulte qu'il peut avoir, en fait, des droits plus étendus que l'héritier, par cette raison bien simple que l'on ne peut plus faire à l'administrateur-séquestre l'objection que l'on faisait à l'héritier, savoir qu'il peut agir par lui-même à ses risques et périls. La justice accordera volontiers à l'administrateur-séquestre ce qu'elle refuse à l'héritier qu'il remplace. Cette facilité pour l'administrateur d'obtenir des autorisations judiciaires est une des raisons qui font multiplier les nominations d'administrateurs-séquestres. La nomination apparaît dès lors comme un moyen très-pratique de vaincre la résistance de la jurisprudence, et l'on y recourt très-fréquemment à Paris. — Lacoin, p. 243.

293. — L'autorisation judiciaire ne fait d'ailleurs pas disparaître la responsabilité de l'administrateur. Si la transaction dûment homologuée est frauduleuse, elle pourra être annulée; si elle est simplement désavantageuse elle pourra motiver une action en dommages-intérêts contre l'administrateur-séquestre. Il y a encore d'autres différences entre celui-ci et l'héritier. En premier lieu, si les créanciers se méfient de l'héritier bénéficiaire, ils peuvent, conformément à l'art. 966, C. proc. civ., faire surveiller sa gestion par un curateur au bénéfice d'inventaire, mandataire chargé de prévenir les fraudes possibles. Au cas où un administrateur-séquestre est nommé par justice en remplacement de l'héritier, le contrôle judiciaire et la sécurité qui en résulte dispenseront de recourir à la nomination d'un curateur au bénéfice d'inventaire. En second lieu, aux termes de l'art. 805, C. civ., l'héritier peut être contraint, sur la demande des créanciers héréditaires, à fournir caution. Si l'héritier ne peut ou ne veut fournir caution, le mobilier sera vendu et le prix déposé, ainsi que la portion du prix des immeubles vendus qui n'aura pas été déléguée aux créanciers hypothécaires (C. civ., art. 807). Si l'on fait nommer un administrateur-séquestre, en même temps que l'on dispensera l'héritier de fournir caution on obtiendra d'autres garanties de la part de l'administrateur-séquestre qui

est astreint par la loi à verser à la Caisse des consignations les sommes qui lui sont remises. — Lacoin, p. 243 et s.

294. — La gestion de l'administrateur a, en principe, les mêmes limites que celle de l'héritier bénéficiaire. Les actes qui excèdent les pouvoirs d'administration de l'héritier excèdent également les pouvoirs de l'administrateur-séquestre qui, nous venons de le dire, peut obtenir l'autorisation de justice pour compléter ses pouvoirs insuffisants. Mais si ces administrateurs ont fait un acte qui dépasse le mandat d'administrer sans se munir de l'autorisation de justice, l'acte est nul comme tout acte fait par un mandataire en dehors des limites de son mandat. — Lacoin, p. 245; Demolombe, t. 15, n. 223; Vazeille, sur l'art. 802, n. 9.

295. — On ne s'est pas contenté de confier à l'administrateur-séquestre la mission d'administrer et même de réaliser, on lui a parfois donné le pouvoir de répartir. Or la répartition, dit-on, est contraire aux deux dispositions de l'art. 808, C. civ. En effet, cet article décide que s'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge. L'administrateur se substitue donc au juge. A ce premier reproche s'en joint un second, l'art. 808 ajoutant que s'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier paie les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se représentent. L'administrateur-séquestre qui veut imposer à tous le marc le franc ne viole-t-il pas la loi? Le premier reproche est mal fondé, car la disposition de l'art. 808-1° étant édictée en faveur des créanciers opposants, ceux-ci peuvent renoncer à ce bénéfice, ce mode de régler la situation n'étant pas d'ordre public. — Lacoin, p. 245 et 246.

296. — Le second reproche manquera presque toujours de fondement en fait, car il y aura toujours des créanciers opposants; il ne s'agit pas en effet ici d'oppositions régulières prévues par la loi, et la jurisprudence est des plus larges; en matière de succession bénéficiaire, elle considère comme opposant tout créancier qui a manifesté la volonté d'être payé, que ce soit à l'héritier ou à l'administrateur-séquestre. — Cass., 17 déc. 1894, Poret, [D. 95.1.193] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 6, § 618, p. 459; Demolombe, t. 15, n. 299; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 2, n. 1988 et s. — *Contrà*, Laurent, t. 10, n. 157; Le Sellyer, t. 2, n. 990 et s.

297. — Certaines décisions avaient même admis que la seule constatation de la créance valait opposition. Mais un arrêt récent de la cour de Riom fait à juste titre valoir que l'opposition prévue par l'art. 808 C. civ., suppose tout au moins un acte positif du créancier. — Riom, 20 mai 1897, [J. *La Loi*, 11 et 12 juill. 1897] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 2, n. 1993.

298. — La tendance aux répartitions amiables est si grande à Paris que le nombre des contributions judiciaires a singulièrement diminué et la jurisprudence ne craint pas d'autoriser un répartiteur, en l'espèce un liquidateur de société civile, à attendre pour la répartition les créanciers qui ne se sont pas manifestés encore, et de lui prescrire de faire de la publicité pour que de nouveaux créanciers se révèlent. — Trib. Seine, 26 déc. 1895, [J. *Le Droit*, 13 janv. 1896]

4° Fin de la mission de l'administrateur-séquestre.

299. — Le mode normal d'extinction du mandat est sa complète exécution. Mais il y a lieu de distinguer : si l'administrateur-séquestre était chargé de liquider, après avoir réalisé les biens il en répartira le prix entre les créanciers ; il remettra à l'héritier le reliquat s'il en reste; il fera accepter son compte par ce dernier et taxer ses honoraires par le président du tribunal ; s'il n'était qu'administrateur, — et l'on a vu plus haut qu'il ne peut être autre chose si l'héritier ne lui a pas reconnu d'autres pouvoirs, ou s'il ne tient son mandat que de justice, — il devra cesser ses fonctions dès que l'héritier lui signifiera sa volonté d'administrer ou de liquider lui-même. Si l'héritier avait au contraire concouru à sa nomination, s'il l'avait dans la suite approuvée ou ratifiée, ses pouvoirs seraient déterminés par l'acte qui l'a nommé (V. *suprà*, n. 283). L'héritier ne pourrait pas révoquer seul le mandat qu'il a consenti et qui est donné dans l'intérêt des créanciers héréditaires autant que dans le sien; ce contrat, constaté et scellé par justice, ne peut être résolu de la seule volonté soit des créanciers, soit du débiteur. — Lacoin, p. 248.

300. — La mission de l'administrateur peut être limitée au délai pendant lequel l'héritier bénéficiaire restera sans faire de diligences; dès que l'héritier prendra la liquidation en mains, l'administrateur sera sans pouvoir. Et un arrêt de la Cour suprême a à cet égard posé nettement le principe de la subordination de l'administrateur à l'héritier. — Cass., 17 janv. 1898, [J. *Le Droit*, 13 mars 1898] — *Sic*, Lacoin, p. 248-249.

§ 3. Séquestre pour remploi de biens dotaux.

301. — Il peut être nécessaire de faire à l'immeuble dotal des réparations (C. civ., art. 1558). Si l'on vend une partie de l'immeuble, si on l'hypothèque pour réparer, il va falloir que l'on emploie utilement aux réparations les fonds provenant de l'aliénation. Le notaire, l'agent de change, ne sont pas compétents pour surveiller un travail de ce genre; la justice charge quelqu'un de toucher les fonds d'origine dotale, et de les remettre à l'entrepreneur au fur et à mesure des travaux. Elle commet un séquestre qui surveillera lui-même et fera vérifier les travaux par un architecte. — Lacoin, p. 250.

302. — D'autres fois un séquestre sera nommé par la Chambre du conseil pour faciliter soit la libération de l'acquéreur du fonds dotal, soit un emprunt moins onéreux que celui déjà contracté par la femme, ou pour assurer les secours nécessaires à l'entretien ou à la santé de la famille, auquel cas il remettra les sommes au fur et à mesure des besoins, ou encore pour faire inscrire sur des titres trouvés dans un inventaire la mention de dotalité. — Lacoin, p. 250, 251, 255.

303. — L'intervention du séquestre pour opérer ou surveiller le remploi a été étendue à d'autres hypothèses. Lorsqu'on a prévu qu'un remploi serait difficile à obtenir de la femme, quand l'acquéreur du bien dotal veut se soustraire à la responsabilité du remploi, on sollicite de la justice la nomination d'un séquestre chargé de faire ce remploi. Ce mandataire de justice paraîtra en endosser toute la responsabilité; il semblera du même coup dégager celle de l'acquéreur et affranchir celui-ci du risque qu'il redoute. Ces nominations sont très-souvent demandées, parfois refusées, souvent accordées. Si elles sont extrêmement commodes, en ce qu'elles facilitent beaucoup les transactions dont les biens de la femme dotale peuvent être l'objet, elles sont en revanche irrégulières, parce que la loi ne les autorise pas et que le juge ne saurait substituer à la sécurité que la loi a exigée une sécurité autre, qui serait souvent fort insuffisante et dangereuse, car la responsabilité du séquestre ne saurait abolir celle de l'acquéreur du bien dotal. — Lacoin, p. 251-252.

304. — Des abus étant à craindre, c'est fort sagement que la Chambre du conseil refuse de semblables autorisations et déclare qu'il n'y a lieu à la nomination d'un séquestre toutes les fois que les circonstances ne l'exigent pas absolument. — Lacoin, p. 253.

305. — En ce qui concerne la procédure et l'autorité compétente pour nommer le séquestre, l'art. 943, § 9, C. proc. civ., autorise le notaire à demander au président du tribunal par voie de référé la remise des titres entre les mains d'une personne par lui désignée, afin d'assurer la stricte observation des emplois ou remplois. La nomination du séquestre a lieu d'ordinaire par jugement de la Chambre du conseil rendu sur requête. Souvent elle a lieu en référé par le président du tribunal. Le tribunal compétent est celui du domicile de l'exposant par préférence au tribunal de la situation de l'immeuble. — Lacoin, p. 255 et s. — V. encore Charles Robert, *De l'emploi et du remploi sous le régime dotal.*

§ 4. Séquestre en cas d'instance en divorce ou en séparation de corps.

306. — Le Code civil, dans l'art. 270 reconnaissait à la femme commune en biens le droit de faire apposer les scellés sur les effets mobiliers de la communauté. L'inventaire fait ensuite en constituait le mari gardien et la jurisprudence décidait que s'il détournait, il pouvait être condamné correctionnellement. D'autre part, d'après l'art. 271, la femme avait le droit de faire annuler toute obligation contractée par le mari à la charge de la

communauté, toute aliénation des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance par laquelle le président ordonne la comparution des époux, à condition toutefois qu'il fût prouvé que ces obligations avaient été contractées, que ces aliénations avaient été faites en fraude des droits de la femme. C'était insuffisant; la femme commune était seule protégée, la jurisprudence hésitait à étendre cette protection à la femme non commune, le mari ne l'était pas du tout et il peut avoir besoin de l'être si les valeurs communes ou les siennes propres se trouvent aux mains de la femme. Aussi sous le régime du Code, la jurisprudence avait-elle permis d'obtenir des ordonnances autorisant la femme à frapper de saisie-arrêt ce qui pouvait être dû à son mari, nommant des séquestres de certains biens ou même de tous les biens jusque-là confiés à l'administration de son mari. La loi des 18-20 avr. 1886 sur la procédure en matière de séparation de corps ou de divorce a étendu dans son nouvel art. 242 les mesures conservatoires des biens des époux communs, et en a fait bénéficier la femme quel que soit son régime matrimonial, et le mari comme la femme. — Lacoin, p. 258-259.

307. — Il avait été décidé avant 1886 qu'en raison des termes restrictifs de l'art. 270, C. civ. (ancien), le mari restait, malgré la demande en séparation de corps formée contre lui, administrateur légal de la communauté et que cette qualité n'était point détruite par l'ordonnance de référé qui le nommait administrateur-séquestre et qui avait pour seul résultat de le rendre responsable des objets inventoriés. — Paris, 2 avr. 1869, Lachapelle, [S. 69.2.205, P. 69.958]

308. — ... Qu'il gérait par conséquent comme administrateur légal et non comme séquestre judiciaire et que dès lors il n'avait droit à aucun émolument pour sa gestion. — Même arrêt.

309. — ... Que pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, les tribunaux ne pouvaient ordonner que les revenus communs seraient perçus par un tiers chargé de rendre compte. — Amiens, 4 prair. an XII, Tattegrain, [S. et P. chr.] — Paris, 13 juill. 1825, Meslin, [S. et P. chr.] — V. *suprà*, v° *Divorce*, n. 1510.

310. — ... Que la femme qui poursuivait sa séparation de corps ne pouvait demander le séquestre des fruits de ses biens personnels, encore qu'ils fussent sur le point d'être recueillis. — Liège, 13 janv. 1809, R..., [S. et P. chr.] — Bruxelles, 16 juin 1832, [*Pasicr.*, 32.179]; — 13 nov. 1847, [*Belg. jud.*, 48.74]

311. — ... Que la femme à qui il était échu une succession pendant une instance en séparation de corps n'était pas fondée à demander que les biens de la succession fussent mis en séquestre, le mari en étant administrateur légal. — Angers, 27 août 1817, P..., [S. et P. chr.]

312. — ... Que dans tous les cas, le président était incompétent pour prononcer en référé sur la demande en séquestre. — Liège, 13 janv. 1809, précité. — V. *suprà*, v° *Divorce*, n. 1510.

313. — L'opinion contraire avait toutefois trouvé des partisans, et c'est ainsi qu'il avait été décidé notamment que les juges pouvaient décider que les biens de la femme ou de la communauté seraient administrés par un tiers ou par la femme elle-même durant l'instance en séparation de corps, lorsque cette mesure leur paraissait nécessaire pour assurer le paiement des provisions *ad litem* et alimentaires qui lui avaient été accordées. — V. *suprà*, v° *Divorce*, n. 1520.

314. — Depuis 1886, la question est restée controversée de savoir si les juges peuvent, sous prétexte de sauvegarder les droits de la femme au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce, dépouiller le mari de ses droits d'administrateur des biens dotaux et de communauté, en nommant un séquestre pour les administrer en ses lieu et place. — Trib. Seine, 28 janv. 1889, [J. *Le Droit*, 8 févr. 1889]

315-319. — Nous avons signalé *suprà*, v° *Divorce*, n. 1535, toutes les décisions de jurisprudence relatées à cette question. Nous n'avons pas à y revenir.

320. — Bornons-nous à signaler un arrêt aux termes duquel il a été décidé que, bien que le mari ne puisse être dépouillé ni pour le tout, ni pour partie, de son droit d'administration sur les biens communs, un séquestre des biens personnels de la femme pouvait être nommé lorsque le mari les laissait à l'abandon. — Montpellier, 31 janv. 1895, D..., [D. 95.2.356

321. — Si on décide qu'un séquestre peut être nommé dans le cas qui nous occupe, la jurisprudence reconnaissant aux tribunaux, et notamment au juge des référés, un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la nomination du gardien judiciaire des scellés, lequel peut être soit le mari, soit l'époux détenteur, soit même un tiers (V. *suprà*, v° *Divorce et séparation de corps*, n. 1468), nous estimons qu'on doit donner aux tribunaux le même pouvoir en ce qui concerne le choix de la personne qui pourra être nommée séquestre.

322. — La demande de nomination de séquestre, dans l'opinion qui considère cette mesure comme légitime, peut être formée dès le début de l'instance (C. civ., art. 242).

323. — Sur le point de savoir quels sont à cet égard les pouvoirs respectifs du président et du tribunal, V. *suprà*, v° *Divorce*, n. 1400.

324. — On n'est pas d'accord davantage sur le point de savoir si cette mesure doit faire l'objet d'une ordonnance distincte ou si elle peut figurer dans l'ordonnance qui permet de citer. — V. dans le premier sens Depeiges (n. 81) et Lacoin (p. 268), et dans le second, Carpentier, *Divorce et séparation de corps*, t. 1, n. 1400.

325. — Ces mesures cessent, dit l'art. 238, au bout de vingt jours; mais même après ce délai, le tribunal peut être saisi et modifier, confirmer, supprimer les mesures (et notamment la nomination d'un séquestre) autorisées par le président. — Paris, 16 févr. 1898, [J. *Le Droit*, 31 mars 1898] — Lacoin, *loc. cit.*

326. — Les hésitations que nous venons de faire connaître disparaissent lorsque le jugement sur le fond est intervenu. Jugé que le droit de constituer un séquestre, existant dès avant le jugement de séparation (ou de divorce), doit à plus forte raison pouvoir s'exercer lorsque ce jugement a été rendu, et en cas d'urgence, cette mesure peut être ordonnée par le juge des référés. — Cass., 10 juin 1898, Vandenbroucque, [*Gaz. des Trib.*, 12 juin 1898]

327. — Jugé encore que lorsqu'en suite d'une séparation de corps prononcée, le mari, pour paralyser les opérations de la liquidation de la communauté, se refuse à produire ses livres de banque et de commerce dont l'existence a été constatée, dissimule les valeurs de bourse retirées par lui de maisons de banque et met obstacle par tous moyens à l'établissement de l'inventaire, de sorte que les droits de la femme se trouvent compromis par ses dissimulations, le juge peut, en vue d'assurer l'exécution du jugement qui ordonne, comme conséquence de la séparation de corps, la liquidation de ladite communauté, ordonner que le mari soit tenu de produire ses livres ou de verser à la Caisse des dépôts et consignations une certaine somme d'argent nécessaire pour assurer le paiement de ce qui doit revenir à la femme et décider qu'à défaut par lui de faire ce versement, un administrateur-séquestre sera mis en possession des biens et valeurs de la communauté dissoute, avec mission pour lui de déposer à la Caisse les fonds nécessaires. — Cass., 16 févr. 1903, Blanchet, [S. et P. 1903.1.176]

328. — En tout cas, si le mari est séquestre, il doit être traité comme tel. Jugé, en conséquence, que le fait par un mari de détourner frauduleusement des effets de la communauté dont la garde lui a été confiée en qualité de séquestre judiciaire pour assurer les droits de la femme pendant l'instance en séparation de corps (ou en divorce) constitue le délit prévu par le § 3 de l'art. 400, C. pén. — Cass., 13 août 1869, Harouel, [S. 70.1.47, P. 70.76, D. 70.1.92] — Lyon, 10 mai 1865, Roire, [S. 65.2.228, P. 65.930]

329. — Et un tel détournement n'est pas couvert par l'immunité de l'art. 380, C. pén., concernant les vols entre époux. — Cass., 13 août 1869, précité. — V. *suprà*, v° *Saisie-exécution*, n. 457 et s.

330. — L'action correctionnelle dirigée contre le mari pour avoir détourné frauduleusement des effets de la communauté dont il avait la garde peut être exercée par le séquestre judiciaire nommé en remplacement de ce dernier. — Même arrêt. — V. également *suprà*, n. 238 et s.

331. — V. au surplus sur tous ces points, *suprà*, v° *Divorce*

et séparation de corps, notamment les n. 3819, 1413, 1448, 1465, 1482, 1488, 1513, 1516, 1537, 1551, 1608.

§ 5. *Séquestre d'offices ministériels, de cabinets d'affaires, de sociétés, de fonds de commerce.*

332. — La pratique a très-souvent recours à des mandataires de justice pour remplacer, au cas où elles sont dans l'impossibilité d'agir, les personnes qui concentrent dans leurs mains des intérêts collectifs. Les subalternes, qui sont au courant des affaires, seront souvent chargés de cette mission et géreront jusqu'au rétablissement du titulaire ou la nomination de son successeur. Mais ils manquent en général des connaissances et de l'énergie nécessaire; la crainte des responsabilités possibles émoussera leur initiative; peut-être serait-il imprudent de mettre dans leurs mains tous les ressorts, de leur confier le jeu secret de l'affaire. Il s'agira de sociétés, d'indivisions portant sur des intérêts considérables, d'offices dont les titulaires participent, dans une certaine mesure, à la puissance publique. Il faut que ces sociétés, que ces offices, que ces cabinets d'agents de change, que ces banques soient protégées contre un arrêt subit ou une direction imprudente, qui pourraient amener de véritables désastres. La justice, dans ces diverses circonstances, commet des mandataires investis de sa confiance rompus aux affaires et spécialement compétents. — Lacoin, p. 270.

333. — Décidé que lorsqu'une société anonyme n'a plus d'administrateurs, la justice peut, sur la demande de l'un des intéressés, désigner un administrateur-séquestre chargé de gérer provisoirement la société jusqu'à ce que l'administration de la société ait été régulièrement organisée. — Pau, 10 avr. 1900, Sassère, [D. 1900.2.433]

334. — Encore qu'il s'agisse de cabinets d'affaires, d'industries essentiellement privées, de patrimoines appartenant à des personnes morales dans le fonctionnement desquels il semble au premier abord que la justice n'ait pas à intervenir, il se peut que la mesure soit cependant nécessaire. Il y a des documents appartenant au public, des papiers, des valeurs, des pièces relatives à des secrets de famille, qui ont été remis à titre de dépôt pour qu'on les garde ou qu'on en tire parti. On ne peut laisser faire le départ de ce qui revient à chacun par l'entourage de l'homme d'affaires. Dans toutes ces hypothèses, d'après une opinion très-autorisée, on nommera un administrateur judiciaire-séquestre dont la mission variera à l'infini comme son objet. — Lacoin, p. 271.

335. — En cas de décès, destitution, démission, disparition d'un officier public ou ministériel, il est pourvu à la gérance de l'office jusqu'au remplacement du titulaire, par ordonnance du président du tribunal. Il commet un administrateur provisoire séquestre qui doit, à bref délai, faire confirmer ses pouvoirs par la Chambre du conseil, si sa mission se prolonge au delà du temps fixé par l'ordonnance. Souvent la nomination résultera directement d'un jugement sur requête. Le remplaçant sera, à Paris, un collègue : notaire, avoué, huissier; ailleurs ce sera un principal clerc. Il aura tous les pouvoirs attachés à la fonction dont il est investi à titre transitoire. Pour le remplacement des officiers ministériels, des textes donnent d'ailleurs pouvoir aux magistrats. — V. notamment en ce qui concerne les notaires, l'art. 61, L. 25 vent. an XI, et en ce qui concerne les agents de change, l'art. 7, Décr. 7 oct. 1890. — V. sur tous ces points, Lacoin, p. 271-272.

336. — Jugé qu'en cas de destitution, les créanciers d'un notaire peuvent provoquer l'ordonnance du président du tribunal chargeant provisoirement un autre notaire de la garde des minutes. Ils peuvent demander aussi la nomination d'un administrateur provisoire. — Rouen, 18 août 1874, Brianchon, [S. 76.2.45, P. 76.219, D. 75.2.167. — V. aussi *suprà*, v° *Notaire*, n. 817.

337. — ... Que lorsqu'un décret a ordonné la suppression d'un office d'huissier qui a été racheté par la corporation tout entière, le juge des référés est compétent pour nommer un administrateur provisoire à l'effet de prendre possession de toutes les affaires terminées ou pendantes après qu'un inventaire en aura été dressé, de continuer les poursuites aux lieu et place de l'ancien titulaire et d'en aviser les clients intéressés, d'exiger et de recevoir de lui tous les répertoires, ces mesures ne touchant pas au fond du droit, du moment que l'administrateur est appelé à gérer, non pas dans l'intérêt exclusif de la corporation des huissiers, mais dans l'intérêt de tous et au profit de qui de droit. — Lyon, 22 déc. 1891, Maxe, [D. 92.2.492

338. — Enfin, en fait, le président du tribunal civil exerce très-souvent, même à l'égard des commerçants, des attributions gracieuses. C'est ainsi que lorsqu'un banquier, un changeur, un commerçant quelconque disparaît, tombe subitement malade, meurt, le magistrat charge un administrateur judiciaire de parer aux difficultés que la situation occasionne et d'administrer provisoirement le cabinet d'affaires ou le fonds de commerce. C'est ce qui arrive, par exemple, en attendant que la légataire universelle puisse accepter le legs qui lui a été fait d'un fonds de commerce, en attendant que l'héritier puisse prendre parti, pour permettre à l'héritier de gérer un fonds de commerce sans qu'il résulte pour lui attribution de qualité de ce chef, afin de permettre à un déposant de retirer le dépôt fait chez un banquier dont l'office est actuellement sous scellés. — Lacoin, p. 272-273.

339. — Lorsqu'il y a lieu de confier la gestion d'un fonds de commerce à un administrateur-séquestre, c'est en principe à un tiers indépendant des parties en cause, et non pas au représentant de l'une d'elles, qu'il faut la remettre. Cette mission ne peut d'ailleurs être donnée à un officier ministériel. Pour administrer un fonds de commerce il ne sufit pas en effet de vendre ou de faire vendre les marchandises et d'en encaisser le prix; il faut encore acheter des marchandises nouvelles et user du crédit, si besoin est; en un mot, se mêler activement à la vie commerciale, ce que, même pour le compte d'autrui, l'officier ministériel ne peut pas faire. Confier à un gérant, quel qu'il soit, un commerce spécial (dans l'espèce celui des antiquités) qui ne vaut que par l'initiative, l'expérience, le savoir-faire de celui qui l'exerce et par la connaissance qu'il a de la clientèle, c'est manifestement en consacrer la ruine. D'autre part, dans l'espèce la nomination d'un séquestre réduit au rôle de simple gardien qui conserverait dans un garde-meuble les marchandises pendant tout le temps que dure un procès conduirait au même résultat, au préjudice même de toutes les parties. — Lyon, 19 janv. 1897, [*Mon. Jud. Lyon*, 11 nov. 1897

340. — En ce qui concerne les administrateurs-séquestres de sociétés, V. Lacoin, p. 274 et s., et *infrà*, v° *Sociétés*.

§ 6. *Séquestre de rentes sur l'Etat.*

341. — On décide à peu près unanimement aujourd'hui que les rentes sur l'Etat peuvent être saisies, lorsque la saisie s'en opère sans opposition faite au Trésor (V. *suprà*, v° *Dette publique*, n. 218). En conséquence, les tribunaux peuvent nommer un séquestre d'un titre de rente nominatif à l'effet de le vendre, d'opérer tous transferts utiles, de payer les créanciers et déposer le surplus à la Caisse des dépôts et consignations, à la charge de rendre compte quand et à qui il appartiendra. — Trib. Seine, 27 nov. 1896, Farne, [D. 97.2.21] — V. au surplus, *suprà*, v° *Dette publique*, n. 245 et s., et Lacoin, p. 289 et s.

§ 7. *Séquestre de papiers.*

342. — Il peut y avoir lieu, soit en vue ou au cours d'un procès de séparation de corps ou de divorce, soit après dissolution de société, liquidation et partage d'un fonds de commerce, disparition ou décès d'un dépositaire, de statuer sur le sort de papiers, documents, titres, correspondances, que plusieurs personnes ont intérêt à posséder et peuvent réclamer. Dans ces divers cas, la justice nomme un séquestre de ces papiers et correspondances. Parfois il suffira de garder ces documents, d'en empêcher la perte ou la soustraction; mais le plus souvent il faudra en opérer le triage, faire le départ de ceux qui présentent de l'intérêt de ceux qui n'en ont pas, déterminer quels sont ceux qui ont un caractère confidentiel, poser, tout au moins par un classement, les questions relatives à la propriété de ces objets. La mission à confier au séquestre sera souvent fort délicate; si le séquestre est chargé d'opérer le triage et de remettre les papiers à qui de droit, il devient plus qu'un dépositaire, plus qu'un expert, il devient un juge. Telle ne peut être sa mission. Il convient que le séquestre,

alors même qu'il serait notaire, se borne à faire un travail préparatoire, sur lequel le tribunal seul statuera puisque l'incident présente un caractère contentieux. — Lacoin, p. 297, 298.

343. — Jugé que dans le cas où la propriété de certains papiers est l'objet d'une contestation sérieuse entre les époux plaidant en divorce l'un contre l'autre, le notaire chargé de l'inventaire doit être autorisé à retourner devant le juge des référés pour en faire apprécier le mérite et le caractère, et ordonner, le cas échéant, leur remise aux mains d'un séquestre conformément à la loi. — Paris, 20 juin 1895, Souchez Toledo, D. 96.2.245 — V. Rouen, 23 mars 1864, Bignon, [S. 64.2.143, P. 64.745, D. 64.2.70] — Caen, 19 déc. 1865, de Richemont, [S. 66.2.234, P. 66.918, D. 66.2.69] — V. au surplus, *suprà*, v° *Divorce et séparation de corps*, n. 1441 et s., et 1448.

344. — Jugé, dans un autre ordre d'idées, qu'en cas de difficultés entre les héritiers d'un architecte, il y a lieu de constituer un tiers séquestre des dossiers, plans, devis, archives et correspondances qu'il est important de conserver dans l'intérêt de la succession, notamment à l'effet de défendre à des actions en responsabilité. — Nancy, 19 févr. 1895, Harang, D. 95.2.433 — *Sic*, Demolombe, *Tr. des successions*, t. 3, n. 696.

345. — C'est surtout en matière commerciale, à la suite de la cession d'un fonds de commerce, que la nomination d'un séquestre, chargé de retirer de la poste la correspondance adressée au vendeur, est de pratique quotidienne. Le séquestre fait le départ entre les lettres qui ont un caractère personnel et privé et celles qui sont purement commerciales, et remet à chacun des intéressés ce qui le concerne. — Lacoin, p. 302, 303.

CHAPITRE IV.

SÉQUESTRES DIVERS. — SÉQUESTRE ORDONNÉ PAR L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE. — CONTUMACE. — BANQUEROUTE.

346. — On trouve en droit administratif d'assez nombreux cas de séquestre. C'est souvent une mesure préalable à une mesure plus grave, telle que la déchéance prononcée contre un concessionnaire. En pareil cas elle est réglée par le cahier des charges. — V. notamment les différents cahiers de charges des concessions de chemins de fer et de tramways, et *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 5601, 5619 et s.

347. — Des séquestres ont été souvent sollicités de l'autorité administrative même en dehors de cette hypothèse, et alors s'est élevée parfois une question de compétence. Jugé, à cet égard, notamment, que l'autorité administrative ne peut ordonner le séquestre des revenus d'un domaine, lorsque l'autorité judiciaire est saisie de la question de propriété : c'est une question incidente qui ne doit pas être séparée de la question principale. — Cons. d'Et., 17 janv. 1812, Habit. de la Lizolle, [S. et P. adm. chr.]

348. — ... Mais que c'est à l'autorité administrative et non à l'autorité judiciaire qu'il appartient de prononcer sur l'effet de tout arrêté administratif; et que la question de savoir si celui qui a obtenu mainlevée de séquestre, en qualité de propriétaire de l'immeuble séquestré, a un titre réel ou un titre simulé, s'il a demandé la mainlevée pour lui-même, ou s'il n'agissait que comme prête-nom ou fidéicommissaire, et si l'arrêté de mainlevée doit profiter à ce tiers, ou bien au porteur de l'arrêté administratif..., est une question relative à l'effet de l'arrêté, et conséquemment doit être jugée par l'autorité administrative. — Cons. d'Et., 24 avr. 1808, Breton, [S. chr., P. adm. chr.]

349. — Les tribunaux peuvent bien juger la question de simulation, mais ils doivent s'arrêter là, et ne pas dire que par suite de la simulation, la mainlevée du séquestre tourne au profit de tel individu dont l'envoyé en possession est le prête-nom. — Même arrêt.

350. — Lorsqu'une loterie a été autorisée par un arrêté administratif, les entrepreneurs de publicité et de placement des billets, qui ont traité avec la société de la loterie, ne peuvent pas demander au juge des référés la nomination d'un séquestre chargé d'administrer cette loterie à la place du comité dont les pouvoirs et les attributions ont été réglementés par l'autorité administrative. En effet, n'étant ni associés, ni copropriétaires de la chose litigieuse, ces entrepreneurs n'ont pas qualité pour provoquer cette désignation. La mesure sollicitée échappe, du reste, aux pouvoirs de l'autorité judiciaire qui ne peut, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, connaître de l'exécution d'un arrêté administratif. — Nancy, 31 oct. 1885, Bussienne, [S. 86.2.239, P. 86.1.1242] — *Sic*, Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 233.

351. — Le conseil de préfecture peut, aux termes de l'art. 1961, nommer un administrateur-séquestre, chargé de la garde et de la conservation des objets litigieux, lorsqu'un entrepreneur, après une mise en régie suivie de résiliation, demande que l'administrateur reprenne le matériel et les matériaux de l'entreprise. — Cons. préf. Seine, 16 mai 1882, [*La Loi*, 1882, p. 470]

352. — Lorsqu'un accusé contumax a fait des actes d'aliénation de ses biens, qui peuvent tourner au préjudice du fisc, c'est à l'autorité judiciaire, et non à l'autorité administrative, de décider si ces actes d'aliénation sont nuls ou frauduleux. — Cons. d'Et., 10 mars 1807, Vanhorsigh, [S. chr., P. adm. chr.]

353. — L'arrêté consulaire qui maintient le séquestre sur les biens d'un accusé contumax, et qui ne statue point sur la validité de ventes consenties par l'accusé avant sa contumace, ne fait point obstacle à ce que la question de cette validité soit portée devant les tribunaux. — Cons. d'Et., 19 mars 1817, [illegible], [S. chr., P. adm. chr.] — V. encore sur le séquestre des biens des accusés contumax, *suprà*, v° *Contumace*, n. 75 et s.

354. — Rappelons que la juridiction criminelle, au cas de poursuites pour banqueroute frauduleuse, ne peut désigner le séquestre des biens du banqueroutier. L'administration de ces biens appartient exclusivement au syndic et au juge-commissaire de la faillite. — Bertin, *Ord. sur req.*, t. 2, p. 488. — V. *suprà*, v° *Banqueroute*, n. 329 et s.

355. — Enfin aux termes de l'art. 106, C. comm., en cas de refus ou contestation pour la réception des objets transportés, leur état est vérifié et constaté par les experts nommés par le président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête. Aux termes du même article, le dépôt ou séquestre, et ensuite le transport dans un dépôt public et la vente peuvent en être ordonnés en faveur du voiturier jusqu'à concurrence du prix de la voiture. — V. *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 3504 et s.

CHAPITRE V.

DROIT FISCAL.

356. — Lorsque le séquestre a pour objet un corps certain, le droit fixe est seul exigible. Il en est de même s'il a pour objet une somme d'argent : la question n'a jamais été discutée pour le cas où le dépôt est ordonné par justice, ou effectué entre les mains d'un officier public. Mais on a soutenu que dans le cas où il était effectué entre les mains d'un particulier, le droit de 1 p. 0/0 pour obligation était dû (*Dict. not.*, v° *Séquestre*, n. 28; *J. Enreg.*, n. 13693). Toutefois, il est plus juridique de décider que le contrat de séquestre, non prévu par la loi fiscale, est un acte innommé, passible du droit fixe. — En ce sens, *Dict. Enreg.*, v° *Séquestre*, n. 6; Maguéro, *Traité alph. eod. v°*, n. 2; Championnière et Rigaud, t. 6, n. 24. — V. *suprà*, v° *Acte*, n. 128 et s.

357. — De même la décharge donnée au séquestre est assujettie au droit fixe. Cependant si le séquestre payait les créanciers du débiteur, la *quittance* délivrée par ceux-ci serait passible du droit de 0 fr. 50 p. 0/0. — Délib. Enreg., 20 août 1833, [*J. Enreg.*, n. 10712]

358. — Le jugement qui autorise le séquestre à remettre la chose à l'une des parties n'est assujetti qu'au droit fixe (*J. Enreg*, n. 13693). Il en serait autrement si le dépositaire refusait de se dessaisir et si une condamnation était prononcée contre lui.

359. — Le séquestre ordonné par justice étant toujours salarié, à moins de stipulation contraire (V. *suprà*, n. 208), l'allocation d'une rétribution au gardien ne donne ouverture à aucun droit spécial. Mais s'il s'agit d'un séquestre amiable, la stipulation d'un salaire rend exigible le droit de 1 p. 0/0 : le contrat est alors assimilé à un louage d'industrie ou à un marché. — Maguéro, *Traité alph.*, *loc. cit.*, n. 5.

360. — L'Etat, séquestre d'un chemin de fer, d'un canal, des biens d'un contumax, etc... (V. *suprà*, n. 346 et s.), est assimilé à un particulier pour le paiement des droits de timbre et d'enregistrement.

CHAPITRE VI.

DROIT COMPARÉ.

§ 1. *Allemagne.*

361. — Le Code civil allemand, qui contient de longues dispositions sur la consignation (*Hinterlegung*) et sur le dépôt (*Verwahrung*), ne contient point de chapitre spécial sur le séquestre et ne mentionne incidemment le séquestre judiciaire (*gerichtliche Verwaltung*) qu'à l'occasion de certains cas spéciaux, par exemple d'abus de jouissance commis par un usufruitier (§ 1052), auxquels il nous paraît superflu de nous arrêter ici.

362. — D'après le § 745, C. proc. civ. de l'Empire, en cas de saisie d'un droit concernant un immeuble, le juge ordonne la délivrance de l'immeuble à un séquestre (*Sequester*), que le tribunal de bailliage de la situation nomme sur la demande du créancier. De même, quand il s'agit d'un droit sur un immeuble, le tiers saisi a la faculté de mettre l'immeuble entre les mains d'un séquestre, nommé de la même façon sur sa demande (§ 752). Enfin, quand un objet est litigieux, le tribunal peut, s'il le juge opportun, le confier provisoirement à un séquestre, à titre de mesure conservatoire (§ 817).

§ 2. *Angleterre.*

363. — De même qu'en Allemagne, on ne trouve, dans les traités de droit anglais, aucune règle théorique sur le séquestre; ils mentionnent seulement le *writ of sequestration* comme l'un des moyens mis à la disposition des tribunaux pour assurer, par une mesure conservatoire de précaution, l'exécution ultérieure du jugement qu'ils auront à rendre sur un objet litigieux ou sur une contestation. — V. Stephen, *Comment. on the laws of England*, t. 3, liv. 5, c. 13, n. 5.

§ 3. *Autriche.*

364. — Le Code civil autrichien, § 968, traite, comme le Code français, du séquestre à propos du dépôt : « Quand un objet litigieux est donné en garde à quelqu'un par les parties ou par le juge, le dépositaire prend le nom de séquestre. Ses droits et ses obligations sont régis par les dispositions du titre *du Dépôt* (*Verwahrungs vertrag*) ».

365. — Le Code prévoit, d'autre part, la nomination d'un séquestre en cas de compétition sur la possession d'une chose (§§ 347, 348); pour la garantie des droits d'un créancier ayant un droit de gage sur un meuble ou un immeuble (§ 471); etc.

§ 4. *Belgique.*

366. — Les dispositions du Code civil français sur le séquestre sont encore textuellement en vigueur, en Belgique.

§ 5. *Espagne.*

367. — D'après le Code civil de 1888-89, le séquestre n'est plus que judiciaire. Ce que l'ancienne législation espagnole, comme le Code français, qualifiait séquestre conventionnel, est considéré par le Code comme un simple dépôt volontaire (art. 1785). Les art. 1786 et 1787 sont la traduction littérale des art. 1959 et 1960, C. civ. fr. D'après l'art. 1788, le dépositaire chargé du séquestre a les obligations d'un bon père de famille. Pour les autres détails de l'institution, le Code civil s'en réfère au Code de procédure civile, qui traite de dépôts judiciaires dans cinq ou six de ses chapitres (C. civ., art. 1789; C. proc. civ., de 1881, art. 968 et s., 1069 et s., 1173, 1409, 1442, 1601, 1621, 1636, etc.).

§ 6. *Italie.*

368. — Les art. 1869 à 1877, C. civ. ital., sont la traduction littérale des art. 1956 à 1963, C. civ. fr., à cela près que l'art. 1875 (= art. 1991, C. civ. fr.), avant d'énumérer comme susceptibles d'être séquestrés les meubles ou immeubles litigieux et les choses offertes par un débiteur pour sa libération, renvoie aux cas établis par les art. 921 et s., C. proc. civ. ital.

§ 7. *Montenégro.*

369. — Après avoir posé les règles générales du contrat de dépôt, le *Code des biens* de la principauté porte que la chose litigieuse confiée par les intéressés à un tiers ne peut être restituée par lui à l'un d'eux sans le consentement des autres, à moins que le tribunal ne le décide expressément ou que le contrat ne l'ait ainsi stipulé (art. 388).

370. — Le Code prévoit aussi que des règles spéciales seront établies pour le séquestre fait au tribunal même ou à la suite d'une décision judiciaire (art. 389); mais, à notre connaissance, ces règles n'ont pas encore été promulguées.

§ 8. *Pays-Bas.*

371. — Les art. 1767 à 1776 sont, avec des différences de rédaction insignifiantes, la reproduction exacte des dispositions du Code civil français.

§ 9. *Portugal.*

372. — Le Code civil portugais, qui, dans ses art. 1431 et s., pose, avec beaucoup de détails, les règles du contrat de dépôt en général, ne consacre pas de dispositions spéciales au séquestre. Il est à remarquer que l'institution a peut-être moins sa raison d'être dans ce pays qu'ailleurs, parce qu'il existe, en Portugal, en vertu d'une loi du 10 avr. 1876, une caisse générale de dépôts, avec de nombreuses succursales, en vue de recevoir les dépôts, soit nécessaires, soit volontaires, sous le contrôle d'une commission de crédit public qui rend, chaque année, compte au Parlement des opérations de la caisse. On dépose, notamment, dans cette caisse le prix des ventes judiciaires de meubles et immeubles saisis, le produit des héritages recueillis dans les colonies, les biens des orphelins, etc. — V. *Notice*, de M. H. Midosi, *Ann. de légis. étrang.*, t. 6, p. 432.

§ 10. *Roumanie.*

373. — Les art. 1626 à 1634, C. civ. roum., sont la traduction littérale des dispositions du Code civil français, sur le séquestre. Seul, l'art. 1632, correspondant à l'art. 1961, C. civ. fr., omet le 1° de ce dernier article et se réfère, comme le Code italien « aux cas prévus, en outre, par le Code de procédure civile »; à défaut de dispositions très-précises sur les cas où le séquestre judiciaire peut être ordonné, les tribunaux paraissent les avoir parfois étendus d'une façon quelque peu arbitraire, notamment en matière de succession. — V. D. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 188.

§ 11. *Russie.*

374. — Le séquestre (*sekvestr*) est reconnu par la législation de l'Empire; car les art. 1394 et 1397 des *Lois civiles* défendent au propriétaire de vendre ceux de ses biens qui en sont frappés. Mais lesdites *Lois*, qui posent assez longuement les règles du dépôt proprement dit, ne traitent pas de cette espèce spéciale de dépôt.

375. — Le Code civil baltique se borne à dire, dans le § 3815, que le séquestre (*Sequestration*) peut prendre naissance dans le cas où deux ou plusieurs personnes, ayant des prétentions à une même chose, la remettent, d'un commun accord, à la garde d'un tiers ou du juge lui-même, sous la condition de la délivrer à celle d'entre elles qui, d'après l'issue d'un pari, d'un procès, etc., sera reconnue y avoir un droit exclusif. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 953, 954, 1279.

§ 12. *Scandinaves (États).*

376. — Les législations civiles scandinaves contiennent des règles générales sur le dépôt, mais n'en posent pas de spéciales pour le séquestre. Toutefois l'institution même est reconnue; car, dans plusieurs circonstances, notamment en matière de succession, le juge peut, en cas d'absence de quelques-uns des intéressés ou quand une mesure conservatoire paraît nécessaire pour d'autres raisons, constituer un séquestre, soit d'office, soit

sur requête. — Ernest Lehr, *Éléments de droit civil scandinave*, n. 769.

§ 13. *Suisse.*

377. — Le Code fédéral des obligations traite du contrat de dépôt, pour l'ensemble du territoire helvétique, dans ses art. 475 et s.: il a abrogé par là même, comme règles de droit civil, les dispositions qui pouvaient exister dans certains codes cantonaux sur le séquestre en particulier, ne les laissant subsister que comme règles de procédure locales. Il ne consacre néanmoins à cette variété du dépôt qu'un seul article (483), portant que « lorsque deux ou plusieurs personnes, en vue de garantir leurs droits, déposent entre les mains d'un tiers une chose litigieuse ou contentieuse, le dépositaire ou séquestre ne peut la restituer que du consentement de toutes les parties ou sur un ordre du juge ».

SERBIE.

Bibliographie.

Ouvrages bibliographiques. — Novakovitch (St.), *Serpska bibliografia* (*Bibliographie serbe*), Belgrade, 1869, in-8°. — Petrovitch (Nic. S.), *Essai de bibliographie française sur les Serbes et les Croates, de 1544 à 1900*, Belgrade, 1900, in-8°. — *Table alphabétique et chronologique de tous les recueils des lois et ordonnances rendues dans la principauté de Serbie, depuis le 2 févr. 1835 jusqu'au 24 juill. 1877* (en serbe), Belgrade, 1877, in-8°. — Zivalevitch (Dan. A.), *Bibliographie serbe et croate pour l'année 1893*, Belgrade, 1896, in-4°.

Recueils de textes et publications officielles. — Blodig (H.), *Handelsgesetzbuch für das Fürstenthum Serbien*, Vienne, 1861, in-8°. — Brunswick (Benoît), *Le traité de Berlin annoté et commenté*, Paris, 1878, in-8°. — *Recueil de documents diplomatiques relatifs à la Serbie*, Constantinople, Weiss, 1876. — *Code civil de la principauté de Serbie*, promulgué le 25 mars 1844, in-4° (en serbe), Belgrade, 1844; 4e éd. offic., augmentée des lois commerciales, Belgrade, 1884, in-12. — *Code civil général Serbe* (texte serbe), Paris, 1888. — *Code de procédure civile de la principauté de Serbie, du 20 févr. 1865* (en serbe), in-8°, Belgrade, 1865. — *Code de procédure criminelle de la principauté de Serbie, du 10 avr. 1865* (en serbe), in-8°, Belgrade, 1865. — *Code de procédure en matière de faillite, suivi d'un supplément contenant les modifications introduites dans ce Code jusqu'au 15 nov. 1864* (en serbe), Belgrade, 1861, in-8°. — *Code pénal de la principauté de Serbie, du 29 mars 1860* (en serbe), in-8°, Belgrade, 1864. — *Collection abrégée des lois* (en serbe), Belgrade, 1897, 1 vol. in-8° (1835-1896) paru. — *Constitution du royaume de Serbie*, Belgrade, imprimerie d'Etat, 1889, in-8°. — Foucher (Victor), *Collection des lois civiles et criminelle des Etats modernes*, 1833-1844, 9 vol. in-8°. — *Industrie minière en Serbie*, Paris, Exposition de 1900, in-8°. — Jovanovitch (L.-R.), *L'agriculture en Serbie*, Paris, Exposition de 1900, in-8°. — Leitmaier (V.), *Der serbische Civilprocess, nebst Concursordnung*, Vienne, 1885, in-8°. — *Les forêts et la chasse en Serbie*, Paris, Exposition de 1900, in-8°. — *Livre jaune*, 1878, in-4°, affaires d'Orient, congrès de Berlin. — *Loi sur les écoles primaires du royaume de Serbie*, votée le 22 déc. 1882, texte officiel, Belgrade, 1883, in-8°. — *Lois sanitaires de la Serbie*, publication officielle, Belgrade, 1881. — *Notice sur l'instruction publique en Serbie*, Paris, Exposition de 1900, in-8°. — *Rapport au Roi sur le fonctionnement de la justice en Serbie*, Belgrade, 1885, in-8°. — *Recueil des interprétations législatives et des modifications apportées au Code civil de la principauté de Serbie*, de mars 1844 à décembre 1860 (en serbe), Belgrade, 1860, in-12. — *Recueil général de la législation et des traités concernant la propriété industrielle*, publié par le Bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, avec le concours de jurisconsultes de divers pays, Berne, 1896-1899, 3 vol. in-8°, t. 2. — *Zbornik zakona*, etc., *Recueil des lois, ordonnances et décrets rendus dans la principauté de Serbie, depuis 1839*, t. 1 à 14, Belgrade, 1877, in-4° (les volumes 1 et 2 ont été réimprimés in-8°, 1880); t. 15 à 40, Belgrade, 1883-1884, in-8°.

Ouvrages généraux. — Arsenievitch (L.), *Histoire de la Révolution serbe*, Belgrade, 1899, 2 vol. in-8°. — Avril (Baron A. d'), *La Serbie chrétienne*, Paris, 1897, in-8°. — Balme, *La principauté de Serbie*, Paris, 1880, in-8°. — Block (Maurice), *L'Europe politique et sociale*, 2e éd., Paris, 1892, in-8°. — Borchgrave (E. de), *La Serbie administrative, économique et commerciale*, Bruxelles, 1883. — Bouillet et Chassang, *Dictionnaire universel d'histoire et de géographie*, 24e éd., Paris, 1874, vo *Serbie*, et *passim*. — Caix de Saint-Aymour (vicomte de), *Les pays sud-slaves de l'Austro-Hongrie*, Paris, 1883, in-12. — Combes de Lestrade, *Droit politique contemporain*, Paris, 1900, in-8°, p. 458 et s. — Coquelle (P.), *Le royaume de Serbie*, Paris, 1894, in-12. — Cunibert (B. S.), *Essai historique sur les révolutions et l'indépendance de la Serbie depuis 1804 jusqu'à nos jours*, Paris et Leipzig, 1850-1855, 2 vol. in-8°. — Cuniberti (F.), *La Serbia e la dinastia degli Obrenovich 1804-1893*, Turin, 1893. — Debidour (A.), *Histoire diplomatique de l'Europe* (1814-1878), 1891, 2 vol. in-8°, *passim*. — Denton (W.), *Servia and the Servians*, Londres, 1862. — Desprez (Hipp.), *Les peuples de l'Autriche et de la Turquie*, Paris, 1850. — Doutchicht (N.), *Histoire de l'Eglise orthodoxe serbe* (en serbe), Belgrade, 1893, in-8°. — Driault (Édouard), *La question d'Orient depuis ses origines jusqu'à nos jours*, avec préface de Gabriel Monod, Paris, 1898, in-8°. — Fillion (Georges), *Entre Slaves*, Paris, Bellier, 1894, in-8°. — Gopcevic (Sp.), *Serbien und die Serben*, Leipzig, 1886, in-8°. — Fueler (H.), *Das Konigreich Serbien*, Leipzig, 1889, in-8°. — *Grande encyclopédie*, vo *Serbie*, et *passim*. — Gubernatis (A. de), *La Serbie et les Serbes*, Florence, 1897, et Paris, 1898, in-8°. — Hilferding, *Geschichte der Serben und Bulgaren* (trad. du russe), Bautzen, 1856-1864, 2 vol. — Jirecek (C.-J.), *Die Handelstrassen und Bergwerke von Serbien und Bosnien während des Mittelalters*, Prague, 1879, in-4°. — Kanitz (P.), *Serbien, historischethnographische Reisestudien* (1859-1868), Leipzig, 1868, in-8°. — Karadjitch (Vouk), *La description géographique et statistique de la Serbie* (en serbe), 1827. — Karitch (V.), *Le pays serbe* (en serbe), Belgrade, 1882; — *La Serbie, description du pays, du peuple et de l'Etat* (en serbe), Belgrade, 1888, in-8°. — Kerr (Alex.), *History of Servia*, Londres, 1847, in-8°. — Kohn (W.), *Serbien*, 1894. — Krizek, *Histoire des nations slaves* (en tchèque), Prague, 1861. — Lauth (J.), *L'état militaire des principales puissances étrangères en 1902*, 8e éd., Paris et Nancy, in-8°. — Laveleye (E. de), *La péninsule des Balkans*, nouv. éd., Paris, 1888, in-12. — Lavisse (E.), *Vue générale de l'histoire politique de l'Europe*, Paris, 1890, in-8°, *passim*. — Léger (L.), *La Save, le Danube et le Balkan*, Paris, 1864. — Lejean, *Ethnographie de la Turquie d'Europe*, Gotha, 1861. — L. J. A., *La principauté de Serbie*, Paris, 1880, in-8°. — Loiseau (Ch.), *Le Balkan slave et la crise autrichienne*, 1898, in-8°. — Malte-Brun (V.-A.), *Géographie complète et universelle*, Paris, s. d., 8 vol. in-8°, t. 6, *passim*. — Mas-Latrie (Cte de), *Les rois de Serbie*, Paris, 1888. — Mijatovics, *The history of modern Servia*, Londres, 1872. — Militchévitch (M.), *La principauté de Serbie* (en serbe), Belgrade, 1876, in-8°; — *Le royaume de Serbie, les nouveaux pays* (en serbe), Belgrade, 1884, in-8°. — Millet (René), et Torcy (marquis H. de), *La Serbie économique et commerciale*, Paris et Nancy, 1889, in-8°. — Millet (René), *Souvenirs des Balkans : de Salonique à Belgrade, et du Danube à l'Adriatique*, 1891, in-8°. — Monicault (G. de), *Le traité de Paris et ses suites* (*1856-1871*), Paris, 1898, in-8°. — Novakovitch (St.), *Provinces serbes du XVe au XIXe siècles* (en serbe), Belgrade, 1879, in-8°. — Picot (Emile), *Les Serbes de Hongrie*, Prague, 1873-74, in-8°. — Popov (N.), *La Serbie et la Russie* (trad. serbe du russe), Belgrade, 1870, in-8°. — Poujade (Eugène), *Chrétiens et Turcs*, 1859. — Ranke (L.), *Die serbische Revolution*, Berlin, 1844, in-8°, 2e éd., sous ce titre : *Serbien und die Türkei im 19ten Jahrhundert*, Leipzig, 1879, in-8°. — Regnault (Elias), *Histoire politique et sociale des principautés danubiennes*, Paris, 1855, in-8°. — Reinach (Joseph), *La Serbie et le Monténégro*, Paris, 1876, in-12. — Ristitch (J.), *Relations extérieures de la Serbie moderne* (*1848-1868*) (en serbe), Belgrade, 1887, in-8°. — Robert (Cyprien), *Les Slaves de Turquie*, Paris, 1844-1852, 2 vol. in-8°. — Schafarik, *Antiquités slaves* (en tchèque), Prague, 1862. — Scarabicchi (G.), *La Serbia antica et moderna*, Vienne, 1888. — Scherer (F.), *Bilder aus dem serbischen Volks-und Familien leben*, Neusatz, 1882. — Sentupéry (Léon), *L'Europe politique, gouvernement, parlement, presse*, Paris, 1893-1895, 2 vol. et un suppl., in-8°, t. 2, p. 929 à 1008, et suppl. p. 59 et 60. — Sorel (Albert), *La question d'Orient au XVIIIe siècle*, Paris, 1878, in-8°. — Taillandier (Saint-René), *La Serbie au XIXe siècle*, Paris, 1872, in-8°. — Thiers (Henri), *La Serbie, son passé*

et son avenir, Paris, 1862, in-8°. — Toussenel (T.), *Histoire contemporaine de 1789 à 1870*, 1884-1890, 2 vol. in-8°, *passim*. — T[illegible] [illegible], 1864. — Ubicini, *Les Serbes de Turquie*, Paris, 1865, in-8° ; — *Lettres sur la Turquie*. — Vandal, *Une ambassade française en Orient sous Louis XV, la mission du marquis de Villeneuve, 1728-1741*, Paris, 1887, in-8°. — [illegible] (C.-N.), *La [illegible] d'Europe, envisagée au double point de vue de la politique de sentiment et de la politique d'intérêt*, 1891, in-8°. — Vivien de Saint-Martin et Rousselet (Louis), *Nouveau dictionnaire de géographie universelle*, Paris, gr. in-4°, v° *Serbie*, et *passim*. — Wiesner (A.-C.), *Aus Serbien und Bulgarien, Schilderungen von Land und Leuten*, Leipzig, 1886, in-8°. — Wittinghauson (F.) et Szatmarvar (H.), *Das Königreich Serbien geographisch militarisch dargestellt*, Presbourg, 1863, in-8°. — Westenne (Ivan de), *Voyages au pays des Bachi-Bouzouks*, Paris, 1876, in-12.

Droit constitutionnel et administratif. — Cohin (F.), *Etude sur les impôts et les budgets des différents Etats d'Europe*, Paris, 1880. — Dareste (F.-R. et P.), *Les Constitutions modernes*, 2e éd., Paris, 1891, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 236 à 271. — Demombynes (G.), *Constitutions européennes*, Paris, 2e éd., 1883, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 714 à 743. — Gran (J.), *Fonctionnement de la justice militaire dans les différents Etats d'Europe*, Christiania et Paris, 1884-1885, 3 part., 3e part. — Laurent (E.), *L'indemnité législative en France et à l'étranger*, Paris, 1882, in-8°. — Lesignano (princesse de), *Les constitutions de tous les pays civilisés, recueillies, mises en note et annotées*, Bruxelles, 1880, in-fol.; — *Le suffrage universel, étude comparée des diverses législations électorales*, Paris, 1883, in-8°. — Meyer (J.-D.), *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, Paris, 1823, 5 vol. in-8°. — Sveistrup (Paul), Asmussen et autres, *Bestaaende Forfatsningslove, Valglove og Forretningsordener i forskjellige Lande* (*Constitutions modernes, lois électorales et règlements dans les divers pays*), Copenhague, 1880-1886, 4 vol. in-8°. — Ubicini, *Constitution de la principauté de Serbie* (*du 29 juin/11 juill. 1869*), *annotée et expliquée*, Paris, 1871, in-12. — Villey (Edmond), *Législation électorale comparée des principaux pays d'Europe*, Paris, 1900, in-8°, p. 15.

Droit civil. — Amiaud (A.), *Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe et de l'Amérique*, Paris, 1884, in-8°. — Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2e éd., Paris, 1856, 4 vol. in-8°, t. 3, p. 447 à 493, traduction du Code civil serbe, publiée à Belgrade, le 11 mars 1844. — Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, Paris, 1879, p. 197 et s. — Lyon-Caen et Delalain, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, 1889, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 519. — Neubauer, *Das eheliche Güterrecht des Auslandes*, Berlin, 1882, in-4°. — Péritch (J.), *Le traité de Berlin et la question de la nationalité par rapport à la principauté de Serbie*, 1900.

Droit commercial et industriel. — Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français*, Paris, s. d., in-4°. — Borchardt (Oscar), *Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs*, Berlin, 1883-1887, 5 vol. in-8° parus (contient le Code de commerce serbe).

Droit pénal. — Du Boÿs (Alb.), *Histoire du droit criminel des peuples européens*, Paris, 1858-1870, 4 vol. in-8°. — Leitmaier (V.), *Das serbische Strafprocess*, Vienne, 1884, in-8°. — Saint-Edme (B.), *Dictionnaire de la pénalité dans toutes les parties du monde connu*, Paris, 1824-1828, 5 vol. in-8°.

Questions sociales. — Desmarest (E.), *Législation et organisation des sociétés de secours mutuels en Europe*, 4e éd., Paris, 1877, in-8°. — *Foreign reports...* (*Rapports sur les conditions du travail dans les pays étrangers, publiés par la commission royale du travail*), Londres, 1892-1894, rec. in-fol. — Georgevitch (V.), *Die Entwickelung der öffentliche Gesundheitspflege im serbischen Königreiche, vom 12ten Jahrhundert bis an 1883*, Berlin. — Krauss, *Sitte und Brauch der Sud-Slaven*, Vienne, 1885. — Laveleye (E. de), *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris, 1883, in-8°. — Loeb (Isidore), *La situation des Israélites en Turquie, en Serbie et en Roumanie*, Paris, 1877. — Schuster (Heinrich-M.), *Das Urheberrecht der Tonkunst* (*Le droit d'auteur sur les œuvres musicales en Autriche, en Allemagne et dans les autres Etats européens*), Munich, 1891, in-8°. — Vivian (H.), *Servia, the Poor Man's Paradise*, Londres, 1897.

Périodiques. — *Almanach de Gotha*, année 1904. — *Annuaire de législation étrangère*, 1881, p. 716 à 747 ; 1882, p. 910 à 932; 1883, p. 712 à 720; 1884, p. 704 à 727; 1885, p. 567 à 569 ; 1886, p. 690 à 693; 1887, p. 791 et 792; 1888, p. 836 à 868 ; 1889, p. 845 à 857 ; 1890, p. 758 à 767 ; 1891, p. 852 à 858; 1893, p. 677 à 679; 1894, p. 830 à 832 ; 1895, p. 764 à 768 ; 1896, p. 684 à 686 ; 1897, p. 778 à 787 ; 1898, p. 667 à 675; 1899, p. 596 à 607 ; 1900, p. 498 à 504; 1901, p. 469 à 495. — *Annuaire statistique du royaume de Serbie*, publié par la section statistique du ministère du commerce, de l'agriculture et de l'industrie, Belgrade, in-8°. — *Bulletin de la société de législation comparée*, 1882, p. 253 ; 1883, p. 271, 286 et s. — *Glas de l'Académie royale de Serbie*. — *Glasniks* (publication de la société savante serbe qui a cessé d'exister), 75 vol. — Pfeiffer (Dr F.-B.), *Volkswirthschafftliches jahrbuch des Königreiches Serbien*, Berlin, 1894 et s. — *Sponeniks*. Matériaux pour l'histoire et la littérature (publiés par l'Académie royale de Serbie), 34 vol. in-8° parus.

La Serbie (Ed. Théry) : Econom. europ., 1895. — *La Serbie* : Econom. franç., 3 août 1889. — *De la nationalité suivant la législation serbe* (J. Peritch) : Journ. de dr. int. pr., 1899, p. 940. — *De la forme dite inokesna de la famille rurale chez les Serbes et les Croates* (Bogichitch) : Rev. de dr. int., 1884. — *Le traité de Berlin et la question de la nationalité par rapport à la principauté de Serbie* (J. Péritch) : Rev. gén. de dr. int. publ., 1900, p. 181 et s. — *La Serbie chrétienne* (Baron d'Avril) : Rev. de l'Orient chrétien, 1896 et 1897. — *La nouvelle constitution serbe et sa tradition* : Rev. polit. et parlem., 1901, t. 29, p. 437 et s.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES ET HISTORIQUES.

1. — Depuis un certain nombre d'années, les institutions politiques et administratives de la Serbie ont été l'objet de changements incessants; les lois qui avaient trait à ces institutions ont été, à quelques rares exceptions près, successivement abrogées. A l'heure présente, un seul renseignement peut être donné avec certitude : c'est que la Constitution de 1888 est en vigueur

et que le roi Pierre Ier a prêté serment d'y demeurer fidèle. Dans ces conditions, force nous est de nous départir du plan suivi pour la rédaction des articles relatifs à l'organisation des pays étrangers. Après avoir retracé rapidement l'histoire des révolutions dont la Serbie a été le théâtre, nous donnerons l'analyse de la Constitution de 1888, puis le tableau complet du mouvement législatif en Serbie dans les trente dernières années.

2. — Les limites de la Serbie (*Srbija*) actuelle ont été tracées par l'art. 36 du traité de Berlin (13 juill. 1878). La dénomination : *Serbie*, définitivement consacrée par ce traité, est de date relativement récente; il y a trente ans à peine, la Serbie était encore appelée généralement : Servie. La tribu slave des Serbes vint s'établir, au commencement du VIIe siècle de l'ère chrétienne, dans la région qu'elle occupe encore et dont les Avares avaient presque anéanti la population; Héraclius, empereur d'Orient (de 610 à 641) leur permit de s'y fixer, mais en les obligeant à se reconnaître sujets de l'Empire. Ils conservèrent leurs institutions, notamment la *zadrouga*, association de plusieurs branches d'une même famille sous l'autorité d'un chef commun, assez analogue au *mir* russe, et, comme ce dernier, ayant principalement pour objet la culture du sol; les Serbes étaient dès lors et sont toujours restés depuis un peuple essentiellement agricole. Plusieurs zadrougas formaient une commune (*opchtina*); plusieurs communes, une *joupa*, ayant à sa tête un joupan, élu par les membres des communes; au-dessus des joupans, et désigné par eux, se trouvait un grand-joupan, vassal de Bysance, qui résidait à Desnitza. Au milieu du IXe siècle, la nation serbe se convertit au christianisme; elle tombe, après une longue lutte, au pouvoir des Bulgares, mais elle passe ensuite, avec ceux-ci, dont l'Empereur Basile II a réussi (1019) à détruire le royaume, sous la domination directe de Constantinople. Toutefois, dès 1040, Etienne Boïslaf la rendit indépendante de l'Empire grec; ce prince fonda une dynastie qui régna sur la Serbie un peu plus d'un demi-siècle, et dont un des souverains obtint du pape Grégoire VII le titre de *rex Slavorum*. Au milieu du XIIe siècle, commence une autre dynastie, celle des Némania : elle durera deux cents ans, et sous elle la Serbie atteindra son apogée. Etienne I Némania (1160-1195) détruisit la féodalité. Etienne II Némania (1195-1125), à la demande de Rastko, son frère, moine du mont Athos, (il est honoré par les Serbes sous le nom de saint Sava), obtint (1219) du patriarche œcuménique (grec) l'autonomie ecclésiastique pour son royaume, dont l'archevêque et les évêques furent, depuis lors jusqu'à l'invasion turque, nommés par le Saint-Synode serbe; il obtint, d'autre part (1221) du Pape le titre de Roi (en serbe *kral*); il se fit couronner, et fut appelé *Prvoventchani* (*primus coronatus*). Etienne Douchan (1332-1355) fut le plus grand monarque serbe; il se proclama (1345) empereur (tsar) des Serbes, des Bulgares et des Grecs, prit pour capitale Uskub, et y convoqua (1349) une assemblée des grands barons et du haut clergé, où fut promulgué le célèbre recueil de lois (*zakonik*), qui porte son nom. Une période d'anarchie suivit sa mort. Lazare Chrébélanovitch, devenu (1372) *despote* des Serbes, est vaincu et tué par les Turcs du sultan Mourad Ier à la bataille décisive de Kossovo-Polié (Plaine des Merles) (1389); son fils Etienne, qui lui succéda (1389-1427), fit de Belgrade sa capitale; Georges Brankovitch, successeur d'Etienne (1427-1456), céda cette ville au roi de Hongrie et transféra sa résidence à Semendria (Smédérévo). Lazare Brankovitch fut le dernier *despote* serbe (1456-1458). En 1459, Smédérévo, dernier rempart de l'indépendance, était pris par Mahomet II, qui transformait la Serbie en un pachalik turc. En 1521, la ville de Belgrade était prise à son tour, et en 1526, la bataille de Mohacs faisait tomber la Hongrie elle-même presque entière sous la domination ottomane.

3. — Tout opprimés qu'ils fussent par les pachas et les janissaires, les Serbes n'en surent pas moins conserver leur organisation communale et leurs institutions civiles. A la suite des victoires du prince Eugène sur les Turcs, la paix de Passarowitz (Pojarévatz) (1718) céda à la monarchie autrichienne Belgrade, Semendria, Chabatz et la moitié de la Servie; mais la paix de Vienne (1739) restitua à la Porte toutes ces conquêtes. Le traité de Sistova (4 août 1791) ne changea rien à cette situation. En février 1804, un simple paysan, Georges Petrovitch, dit Czerny-Georges ou Kara-Georges (Georges le Noir), à cause de son teint basané, fomente une insurrection générale, prend Belgrade et, en trois ans, se rend maître de la Serbie; en 1807, il sollicite l'appui du tsar Alexandre Ier, en déclarant que les Serbes se bornent à réclamer l'autonomie administrative, contre le paiement à la Porte d'un tribut annuel. Au mois d'avril 1809, une armée russe envahit la Turquie; mais, en 1812 (28 mai), Alexandre, que menace une guerre avec la France, négocie avec le Divan la paix de Bucarest, où il se borne à stipuler (art. 8), en ce qui concerne la Serbie, que les Serbes se soumettront au Sultan, bénéficieront d'une amnistie et jouiront d'une administration autonome. Les Turcs se livrèrent à d'horribles représailles. Karageorges, jalousé par des compétiteurs, par Miloch Obrénovitch notamment, lassé et découragé, se retira en Autriche. Miloch reprit la lutte en 1815; à trois reprises différentes : en 1817, après l'assassinat de Karageorges, qui fut, avec quelque apparence, attribué à l'instigation de Miloch; en 1826, et le 15 janv. 1827, la Skoupchtina (Assemblée nationale des Serbes) le proclama prince (*kniaz*) héréditaire. L'acte additionnel à la convention turco-russe d'Ackerman du 6 oct. 1826 stipula l'évacuation de la Serbie par les Turcs et leur laissa seulement le droit de tenir garnison dans les forteresses. L'art. 6 du traité d'Andrinople (14 sept. 1829) érigea le pachalik de Belgrade en la principauté autonome et tributaire de Serbie, sous la suzeraineté de la Porte et le protectorat de la Russie. Le 3 août 1830, la Porte accordait à Miloch le bérat d'investiture, et imposait à la Serbie un tribut de 240,000 fr. par an. Trois ans plus tard, six nouveaux départements, demeurés sous la domination turque, étaient réunis à la principauté.

4. — En 1834, le prince Miloch annonça à la Skoupchtina l'intention où il était de doter le pays d'une Constitution. Il chargea Davidovitch, son secrétaire, d'en rédiger le projet; ce projet fut voté par la Grande Skoupchtina, dite de la Purification (2 févr. 1835), et promulgué le 15 du même mois. Cette Constitution, en 171 articles, créait un Conseil d'Etat de vingt-deux membres inamovibles, chargé de l'élaboration des lois; la « Skoupchtina, qui ne devait se réunir que deux jours par an, ne conservait presque que les attributions d'une chambre d'enregistrement » (Dareste, *Constitutions modernes*). Sous la pression de l'Autriche et de la Russie, cette charte fut bientôt retirée, et la Russie dicta au sultan le hatti-chérif du 12/24 déc. 1838, que Miloch dut promulguer à Belgrade, le 2 mars 1839, sous le nom d'*Oustav* (statut). Ce Statut, en 66 articles, confiait le pouvoir législatif à un Sénat (*Sovet*), dont les membres étaient justiciables de la Porte; il ménageait ainsi au Divan une large influence dans les affaires de la principauté. Miloch, renonçant à lutter contre les difficultés de la situation, abdiqua (13 juin 1839) en faveur de son fils aîné, Milan Obrénovitch II, qui mourut vingt-cinq jours plus tard (9 juillet). Michel Obrénovitch III, second fils de Miloch, succéda à son père; il était âgé de dix-sept ans seulement et se trouvait à l'étranger; une Régence exerça le pouvoir jusqu'à son retour. Le jeune prince se heurta aux obstacles qu'il rencontra de la part du Sénat, et, en présence d'une insurrection soulevée par Voutchitch, partisan de la famille de Karageorges, il se décida à son tour à abdiquer (17 sept. 1842).

5. — Voutchitch fit élire par la Skoupchtina Alexandre Karageorgévitch, fils cadet de Karageorges (le fils aîné, Alexis, était mort en 1830). Le nouveau prince eut également à compter avec le Sénat, toujours disposé à outrepasser ses droits. Peu à peu, un revirement se produisit dans le pays en faveur des Obrénovitch. Le 24 déc. 1858, sous l'influence de la Russie et contre le gré de l'Autriche, la Skoupchtina prononça la déchéance d'Alexandre; ce dernier avait eu le tort de se placer sous la protection des troupes turques qui tenaient garnison dans la citadelle de Belgrade. Deux ans auparavant, le traité de Paris, du 30 mars 1856, avait (art. 28 et 29) supprimé le protectorat de la Russie sur la Serbie et placé cette principauté sous la garantie collective des puissances signataires. Le vieux Miloch fut rappelé; il opéra une première réforme de l'Oustav par une loi du 3 mai 1859, mais cette loi fut elle-même abrogée bientôt après par un décret du 24 sept. 1859.

6. — Miloch mourut le 20 sept. 1860, et son fils Michel lui succéda. Michel aborda sans délai la question de la réorganisation du Sénat. La Grande Skoupchtina, dite de la Transfiguration (à cause de sa convocation, en date du 6 août), ouverte le 18 août 1861, à Kragoujévatz, qui servait alors de capitale, la citadelle de Belgrade étant toujours occupée par une garnison turque, vota, le 22 août, une loi qui délimita les attributions de ce corps politique. La veille, une autre loi avait déterminé soi-

gneusement le fonctionnement de l'ancienne institution de la Skoupchtina, et établi une distinction entre les grandes skoupchtinas nationales et les skoupchtinas ordinaires. En juin 1862, à la suite d'un conflit qui s'éleva entre la population serbe et la garnison turque de Belgrade, la ville fut bombardée par Achir-Pacha. Le prince Michel fit appel aux puissances signataires du traité de Paris; la France et la Russie agirent auprès de la Porte, qui se décida enfin (avril 1867) à évacuer les forteresses qu'elle occupait en Serbie.

7. — L'année suivante (10 juin 1868), le prince Michel était assassiné par des adversaires de la maison Obrénovitch. Mais le changement de dynastie que souhaitaient les auteurs de ce crime ne se produisit pas. La Skoupchtina proclama Milan Obrénovitch IV, que l'on fit passer pour fils légitime d'un cousin germain de la victime. Né le 12 août 1854, le nouveau prince n'avait pas encore quatorze ans; il était élevé à Paris, au lycée Louis-le-Grand. Il fut amené en Serbie, mais, pour le temps de sa minorité, le pouvoir fut confié à une Régence composée du général Blaznavatz et de MM. Ristitch et Gravilovitch. Dès le 20 décembre suivant, les trois régents réunirent à Belgrade, choisie pour capitale depuis le départ des troupes turques, un comité consultatif de soixante-dix membres, qu'ils chargèrent du soin d'arrêter les bases d'un projet de Constitution définitive. Le projet lui-même fut ensuite rédigé par les soins du Conseil de Régence, puis soumis à la Grande Skoupchtina de la Pentecôte, qui se réunit à Kragoujévatz le 12/24 juin 1869; cinq cent seize députés étaient présents. Une commission de cinquante-deux membres termina rapidement ses travaux, et la Constitution fut promulguée dès le 29 juin/11 juillet par le Conseil de Régence. Elle déterminait les droits et les devoirs des citoyens en général; excluait à jamais du trône de Serbie la famille et la postérité des Karageorgévitch; supprimait le Sénat en le passant sous silence; instituait un Conseil d'Etat chargé d'élaborer et d'examiner les projets de lois et de règlements, de statuer sur les plaintes contre les décisions ministérielles en matière de contentieux administratif et sur les conflits d'attributions entre les autorités administratives, et d'autoriser les emprunts d'Etat; décidait que la Skoupchtina nationale était la représentation du pays, qu'elle se composait de députés élus librement par la nation et de députés nommés par le prince, qu'elle était ordinaire (*obitchna*) ou grande (*velika*); que la première exerçait le pouvoir législatif conjointement avec le prince; que la seconde avait pour mission d'élire le prince, si le prince régnant venait à mourir sans laisser de successeur, d'élire la Régence le cas échéant, de modifier la Constitution, et qu'elle pouvait en outre être consultée par le prince, s'il le jugeait nécessaire.

8. — Milan atteignit sa majorité (18 ans) le 10 août 1872; le 5 oct. 1875, il épousait Natalie Kechko, fille d'un colonel au service de la Russie. En 1875, la Bosnie et l'Herzégovine s'insurgèrent contre la domination turque; le 1er juill. 1876, la Serbie et le Monténégro déclarèrent la guerre à la Turquie et essuyèrent revers sur revers; à la suite d'un ultimatum adressé par le tsar Alexandre II au sultan, la Serbie obtint tout d'abord un armistice de deux mois, puis un traité de paix qui rétablit le *statu quo ante bellum* (28 févr. 1877). Mais bientôt après (24 avr. 1877), la Russie déclarait à son tour la guerre à la Porte, et la Serbie entrait de nouveau en campagne (14 déc.). Le traité de Berlin (art. 34) reconnut son indépendance pleine et entière et définitive, sous les conditions suivantes, énoncées à l'art. 35 : la distinction des croyances et des confessions religieuses ne pourra être pour personne un motif d'exclusion ou d'incapacité en ce qui concerne la jouissance des droits civils et politiques et l'admission aux emplois publics; la liberté et la pratique extérieure de tous les cultes seront assurées aux ressortissants et aux étrangers. Une loi du 22 févr./6 mars 1882 décida que la principauté de Serbie était proclamée royaume (art. 1er); que le prince Milan M. Obrénovitch IV était proclamé roi héréditaire de Serbie sous le nom de Milan Ier, et que le Roi et la Reine auraient le titre de Majesté (art. 2); que l'héritier du trône, le prince Alexandre M. Obrénovitch, était proclamé prince héréditaire du trône royal de Serbie et aurait le titre d'Altesse royale (art. 3).

9. — La popularité dont jouissait le nouveau roi ne tarda pas à décliner, par suite de l'influence croissante qu'il laissa prendre à l'Autriche sur son esprit et sa politique. Ce fut en grande partie à l'instigation de cette puissance qu'il déclara la guerre à la Bulgarie (nov. 1885), au nom de l'équilibre de la péninsule des Balkans, lorsqu'Alexandre de Battenberg eut réuni la Roumélie orientale à sa principauté. Il lui dut, il est vrai, le salut de son royaume après que ses troupes eurent été écrasées par les troupes bulgares : l'Autriche, en effet, imposa sa médiation, et le traité de paix de Bucarest (18 mars 1886) rétablit entre la Serbie et la Bulgarie le *statu quo ante bellum*. D'autre part, les luttes des partis devenaient de plus en plus vives dans le pays; la Serbie est peut-être, de tous les Etats d'Europe, celui où la politique passionne le plus les esprits. L'accord était même loin d'être parfait entre le roi et la reine sur l'orientation à donner au Gouvernement : la reine soutenait le parti radical, qui représente la tendance démocratique et russophile, c'est-à-dire la tradition nationale; le roi, qui s'attachait chaque jour davantage au parti conservateur et au parti progressiste, songeait à divorcer; la reine dut quitter la Serbie; son fils, le prince Alexandre, lui fut enlevé à Wiesbaden par le général Protitch. Milan prit un cabinet conservateur, en l'absence de la Skoupchtina, dont la majorité était radicale (avr. 1888), fit un long séjour à l'étranger, rentra à Belgrade le 7 octobre suivant, fit publier le 12 du même mois une décision du métropolitain Théodose qui prononçait son divorce, décision illégale, les causes matrimoniales appartenant non pas au métropolitain, mais aux tribunaux ecclésiastiques, puis, le 14, lança une proclamation où il énonçait le dessein de faire réviser la Constitution. Le lendemain, 15 octobre, le *Journal officiel* publiait une liste de soixante-dix personnes notables, choisies par le roi, sans acception de parti, et chargées d'élaborer un projet de Constitution nouvelle. Cette commission travailla avec activité, et, dès le 18 décembre suivant, la Grande Skoupchtina pouvait se réunir à Belgrade afin de statuer sur la réforme proposée. L'assemblée fut invitée à voter par *oui* ou par *non* sur l'adoption intégrale du projet qui lui était présenté, sans pouvoir user du droit d'amendement. Le résultat du vote (21 décembre) fut le suivant : 498 voix pour, 75 voix contre, 3 abstentions, 15 absences. La Constitution fut promulguée dès le lendemain (22 déc. 1888/2 janv. 1889). Quelques semaines plus tard (22 févr./6 mars 1889), Milan abdiquait en faveur de son fils Alexandre, et déclarait même renoncer à la nationalité serbe.

10. — Né le 2/14 août 1876, le nouveau roi était encore mineur et le pouvoir fut, aux termes de l'art. 70 de la Constitution récemment mise en vigueur, confié jusqu'à sa majorité (2/14 août 1894) à trois régents : MM. Ristitch, le général Protitch et le général Belimarkovitch. La législation politique fut mise en harmonie avec la Constitution nouvelle, très-libérale; une loi du 14 août 1892 interdit au roi Milan et à la reine Natalie de rentrer en Serbie. Le 1/14 avr. 1893, Alexandre Ier qui, la nuit précédente, avait décrété la déchéance des trois régents et la formation d'un ministère radical sous la présidence du docteur Dokitch, lança une proclamation où il annonçait que, la Constitution se trouvant en péril, il avait résolu de prendre le pouvoir. La Skoupchtina fut déclarée dissoute; les élections donnèrent une majorité radicale écrasante. Au commencement de janvier 1894, de vagues rumeurs firent présager le retour du roi Milan. Le 9 janvier, en effet, Milan, qui s'était réconcilié avec la reine Natalie un an auparavant, arrivait à Belgrade; le même jour, le cabinet radical démissionnait et était remplacé par un cabinet libéral, sous la présidence de M. Simitch, puis par un cabinet radical modéré, présidé par M. Nicolaïévitch. Sous ce dernier ministère, le 5/13 mars 1894, une sentence du Saint-Synode annula le divorce du roi Milan et de la reine Natalie, puis successivement un décret royal, en date du 17/29 avr. 1894, déclara abrogée la loi du 14 mars 1892 qui interdisait l'accès du territoire serbe au roi Milan et à la reine Natalie; le 9/21 mai 1894, une proclamation du roi, contresignée de tous les ministres, suspendit la Constitution de 1888 et remit « provisoirement » en vigueur celle de 1869, tandis qu'un décret royal abrogeait la loi électorale du 25 mars 1890, celle du 1er nov. 1889, sur le règlement intérieur de la Skoupchtina, celle du 2 févr. 1891, sur le règlement intérieur du Conseil d'Etat, celle du 31 mars 1891, sur la presse, celle du 31 mai 1891, sur les associations et les réunions publiques, la loi communale du 25 nov. 1889, et leur substituait celles qu'elles avaient remplacées, et enfin supprimait l'inamovibilité existant au profit des conseillers d'Etat, des membres de la Cour des Comptes et des magistrats.

11. — Au mois d'octobre, le ministère Nicolaïévitch donna sa démission; le nouveau président du conseil fut M. Christitch, ancien conservateur. Le 10 avr. 1895 eurent lieu les élections gé-

nérales ; les radicaux s'abstinrent d'y prendre part, et la nouvelle Skoupchtina se trouva ainsi composée uniquement de libéraux et de progressistes. La question de l'unification de la dette publique amena la chute du ministre des Finances ; le projet primitif dut être remanié, et l'*arrangement de Carlsbad*, négocié par le nouveau ministre, fut signé le 20 juin 1895. Le cabinet Christitch ne voulut point se charger de présenter à la Skoupchtina cet *arrangement*, et le 25 juin il céda le pouvoir au ministère progressiste Novakovitch, qui le fit adopter par l'Assemblée (il devint la *loi sur la conversion de la dette publique*). Le cabinet Novakovitch, qui avait ménagé un rapprochement avec la Russie, fit place le 17/30 déc. 1896 à un cabinet Simitch, qui ordonna, pour le 22 juin suivant, des élections générales. Le résultat en fut favorable aux radicaux. Au mois de juillet, le roi partit pour l'étranger ; il revint, au commencement d'octobre, avec le roi Milan, dont l'intention était de se fixer définitivement en Serbie. Le ministère offrit aussitôt sa démission ; elle fut acceptée, et Alexandre constitua un nouveau cabinet, sous la présidence du docteur Vladan Georgévitch, à qui il adressa, en la rendant publique, une lettre où il insistait sur la nécessité de faire régner l'ordre et la légalité et de doter le pays d'une administration impartiale et d'une justice sans tache. Le budget voté pour 1896, qui déjà avait été par décret déclaré applicable en 1897, fut encore rendu applicable en 1898.

12. — Le 14/27 mars 1898, la Skoupchtina fut dissoute ; les élections générales eurent lieu le 23 mai/4 juin suivant ; grâce à la pression gouvernementale, un seul radical fut élu. La nouvelle assemblée vota, le 9/21 juillet, une loi qui soumettait la presse à un régime rigoureux, et, le 21 juillet/2 août, une loi qui restreignait dans une très-forte proportion les immunités communales. Les conseils départementaux et les conseils d'arrondissement se virent ensuite retirer toute autonomie par une loi du 9/21 déc. 1898, tandis qu'une loi du 17/29 nov. 1898, restreignait considérablement la liberté de réunion et qu'enfin une loi du 2/14 janv. 1899 décidait que les députés seraient désormais nommés pour cinq ans, au lieu de l'être pour trois ans. Le roi Milan était l'inspirateur de toutes ces mesures ; il faillit être victime du mauvais gré qu'on lui savait d'exercer semblable influence : le 24 juin/6 juill. 1899, un attentat fut commis, sans succès d'ailleurs, contre sa personne. Quatre jours plus tard, étaient rendus deux décrets royaux : l'un mettait en état de siège la ville de Belgrade et le département du Danube, l'autre constituait une cour de justice, avec un jury d'exception, chargée d'instruire et de juger sommairement les auteurs de l'attentat.

13. — Mais bientôt le dessein que forma le roi Alexandre d'épouser Mme Draga Lougnévitza, veuve du colonel Machin et dame d'honneur de la reine Natalie, amena un refroidissement marqué entre le souverain de Serbie et son père. Le 8/21 juill. 1900, le ministère Georgévitch, également opposé à ce mariage, se retirait, et était remplacé le 12/25 du même mois par un cabinet Jovanovitch ; en même temps, Milan donnait sa démission de commandant en chef de l'armée serbe et quittait le royaume. La Russie, au contraire, accueillit avec la plus grande faveur le projet du jeune roi, et l'empereur Nicolas voulut être par procuration témoin du mariage, qui fut célébré le 23 juill./5 août 1900. A l'occasion de cet événement, Alexandre gracia les auteurs de l'attentat commis l'année précédente contre son père. Le 19 janv./1er févr. 1901, une loi établit l'inamovibilité de la magistrature. Le 21 mars/3 avril suivant, le cabinet Jovanovitch cédait le pouvoir au cabinet Vouitch, et le 6/19 avril était promulguée une Constitution nouvelle, qui venait enfin remplacer celle de 1869, provisoirement remise en vigueur en 1894. Cette Constitution décidait que le pouvoir législatif serait exercé par le Roi, de concert avec « la Représentation nationale » formée de la Skoupchtina nationale et du Sénat. Un Conseil d'Etat, composé de quinze membres pris par le Roi parmi ceux des sénateurs dont la nomination était émanée de lui, « et ne pouvant être, sans leur assentiment, relevés de leurs fonctions ni appelés à d'autres emplois de l'administration publique », formait un tribunal administratif suprême doté de très-importantes attributions. Le trait le plus saillant de cette charte politique, c'était la division des représentants du pays en deux Chambres, par la restauration du Sénat aboli depuis 1869. Le Sénat devait comprendre : l'héritier du trône, à sa majorité, l'archevêque de Belgrade et l'évêque de Nich, membres de droit ; 30 membres nommés à vie par le Roi ; 18 membres, dont un élu par la ville de Belgrade, et les 17 autres élus par les départements électoraux que déterminerait la loi électorale. Une loi électorale, en date du 12/25 déc. 1901, une loi sur la presse en date du 18/31 déc. 1901, et un loi du 21 déc. 1901/2 janv. 1902 sur l'organisation du Conseil d'Etat, vinrent compléter la tâche nécessaire que le Gouvernement d'Alexandre Ier avait su s'imposer. Le 29 janv./11 févr. 1901, le roi Milan était mort à Vienne, où il s'était retiré depuis le mois de juillet précédent.

14. — L'œuvre accomplie ne ramena point la paix dans le royaume de Serbie. L'année 1902 fut remplie d'obstacles et de périls nouveaux. La reine Draga ne donnait pas d'héritier du trône, et son impopularité, déjà très-accusée, s'en accroissait. Les partisans des Karageorgévitch commençaient à se remuer. Le 21 févr./4 mars 1902, un conspirateur, Alavantitch, fut tué à Chabatz, après avoir tenté d'opérer un soulèvement en faveur de Pierre Karageorgévitch. Le Roi éprouvait pour gouverner des difficultés de plus en plus grandes ; après un ministère Pachitch, radical (mars 1901), avait été constitué (13/20 oct. 1902) un ministère Vélimirovitch, puis (6/19 nov.) un ministère Markowitch, neutre. Lors de la formation de ce dernier cabinet, le bruit se répandit qu'Alexandre se proposait de dissoudre la Skoupchtina et d'établir un Gouvernement dictatorial avec le concours de l'armée ; le programme ministériel déclarait que le Gouvernement se placerait sur le terrain de la légalité constitutionnelle et prendrait des mesures pour que l'on pût opérer par des moyens réguliers la révision de la Constitution, révision dont l'expérience avait prouvé la nécessité. Le 1er/13 janv. suivant (1903), le *Journal officiel* publiait une ordonnance royale portant le maintien en 1903 du budget de 1902. Le 24 mars/5 avr. 1903, de graves désordres se produisaient à Belgrade, par suite de la publication d'une ordonnance de police, qui enjoignait à tous employés et commis d'être porteurs d'une carte d'identité munie de la photographie de l'individu. Le lendemain, une proclamation d'Alexandre Ier faisait remarquer que la Constitution de 1901 n'avait répondu ni aux espérances du Roi, ni à celles du peuple serbe, suspendait en conséquence cette Constitution, suspendait également la loi électorale, la loi sur la presse et la loi communale, qu'elle remplaçait respectivement par les anciennes lois, ordonnait la dissolution de la Skoupchtina, et déclarait que les mandats de sénateurs cessaient d'être valides et que les membres du Conseil d'Etat « étaient mis à la disposition du Roi ». Cette proclamation lancée, le Roi nomma de nouveaux sénateurs et de nouveaux conseillers d'Etat, puis, le même jour, fit une seconde proclamation ordonnant la remise en vigueur de la Constitution de 1901, mais chargeant la future Skoupchtina et le nouveau Sénat d'élaborer les lois nouvelles en remplacement de celles qui restaient suspendues. Une loi électorale provisoire fut sanctionnée par le Roi le 23 avr./5 mai ; elle décidait que la prochaine Skoupchtina se composerait de 130 députés, élus au scrutin de liste, et le Sénat de 30 sénateurs nommés à vie et de 18 élus pour six ans ; les élections étaient fixées au 20 mai/1er juin. Elles furent entièrement favorables au Gouvernement, qui reprit la plus grande confiance.

15. — Quelques jours plus tard, dans la nuit du 29 mai/10 juin au 30 mai/11 juin, le roi Alexandre, la reine Draga et ses deux frères, M. Zinzar Markovitch, président du conseil, le général Pavlovitch, ancien ministre de la Guerre, et d'autres personnages encore, étaient assassinés par une troupe de conjurés, tandis qu'un nouveau ministère se constituait, sous la présidence de M. Iovan Avakoumovitch. Dans la proclamation lancée le lendemain par le nouveau Gouvernement on pouvait lire la phrase suivante : « le Gouvernement fait savoir, par la présente proclamation, qu'à partir de ce jour, la Constitution du 6 avr. 1901 entre en vigueur. La Représentation nationale dissoute par proclamation du 24 mars est convoquée pour le 15 juin à Belgrade ». En même temps, le colonel Michitch répandait partout dans Belgrade le bruit que Pierre Karageorgévitch devenait Roi de Serbie. Le 2/15 juin, ce prince, qui résidait alors à Genève, fut en effet élu Roi à l'unanimité par la Représentation nationale, composée de la Skoupchtina et du Sénat réunis. Le matin de l'élection, la Skoupchtina et le Sénat avaient décidé séparément que la Constitution de 1888 serait remise en vigueur, avec quelques légères modifications.

16. — Pierre arriva à Belgrade le 11/24 juin, et prêta le lendemain le serment royal prescrit par la Constitution de 1888. Il fut reconnu dès son avènement par l'Autriche-Hongrie, la Russie, l'Allemagne, la France, la Roumanie, le Monténégro, la Bulgarie,

la Turquie, l'Angleterre et l'Italie. Le 14/27 juin, il proclama une amnistie générale pour les crimes et délits politiques. Le 17/30 juin, il déclara dissoute la Skoupchtina, et le 25 juin/7 juillet fixa les élections au 8/21 septembre. Le 1er/13 août, il accepta la démission du cabinet Avakoumovitch, mais confia à son président le soin de reconstituer un nouveau ministère, qui dura jusqu'aux élections et fut alors remplacé par un cabinet Grouitch. Le 6/19 octobre, ce dernier ministère lut à la Skoupchtina son programme, qui promettait notamment le prochain dépôt de projets de lois sur les départements, les arrondissements et les communes, sur les fonctionnaires publics, sur la presse et sur les tribunaux.

17. — Le 19 déc. 1903/1er janv. 1904, la Skoupchtina a adopté en première lecture son nouveau projet de loi sur la presse.

CHAPITRE II.

ANALYSE DE LA CONSTITUTION DE 1888.

Section I.

Organisation politique.

§ 1. *Forme du gouvernement et religion de l'Etat.*

18. — Le royaume de Serbie est une monarchie héréditaire et constitutionnelle, avec représentation nationale (art. 1); son territoire est inaliénable et indivisible (art. 4).

19. — La religion orientale orthodoxe est la religion de l'Etat (art. 3).

§ 2. *Principes du droit public serbe, droits constitutionnels des citoyens, condition des étrangers.*

20. — La Constitution ne peut être suspendue ni dans son ensemble ni dans aucune de ses parties (art. 32); elle ne peut pas être modifiée pendant la minorité du Roi (art. 68). Tous les pouvoirs de l'Etat s'exercent conformément aux dispositions de la Constitution (art. 32).

21. — Le pouvoir législatif est exercé en commun par le Roi et par la Représentation nationale (art. 33); le droit d'initiative en matière législative appartient à chacune des deux branches du pouvoir législatif (art. 34), et pour chaque loi l'adhésion de ces deux branches est nécessaire (art. 35). Les lois n'ont pas d'effet rétroactif au préjudice des droits acquis en vertu des lois antérieures (art. 36). L'interprétation d'une loi n'a de caractère obligatoire que si elle émane du pouvoir législatif (art. 37). Les lois et règlements dérivant des lois ont force obligatoire pour tous les Serbes et pour les autorités du pays, dès qu'ils ont été publiés conformément à la loi (art. 118).

22. — Le pouvoir exécutif appartient au Roi, qui l'exerce par l'intermédiaire de ministres responsables (art. 38).

23. — Les règlements pour l'application des lois, et ceux ayant leur source dans le pouvoir exécutif et le droit de contrôle reconnus au Roi, sont émis par le pouvoir exécutif; mais ils doivent porter mention expresse de la loi sur laquelle ils sont fondés. Aucune loi, aucun règlement émanant des autorités qui représentent l'Etat, le département ou la commune, n'ont de force d'application qu'après avoir été publiés de la manière prescrite par la loi. La formule de la publication des lois doit constater expressément leur adoption par la Skoupchtina nationale (art. 117).

24. — Le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et les tribunaux; leurs sentences sont rendues et exécutées en vertu de la loi (art. 39). Les tribunaux sont indépendants; en rendant la justice, ils ne relèvent d'aucune autorité que de celle de la loi. Aucun pouvoir dans l'Etat, ni législatif, ni exécutif, ne peut s'immiscer dans les affaires judiciaires, et réciproquement les tribunaux ne peuvent participer à l'exercice du pouvoir législatif ou exécutif (art. 147). Il ne peut être institué de tribunal quelconque, ni créé quoi que ce soit, en matière d'organisation et de compétence judiciaire, qu'en vertu d'une loi rendue à cet effet. Dans aucun cas et à aucun titre il ne peut être institué de tribunaux extraordinaires ou sommaires, ni de commissions rendant la justice (art. 148). L'institution du jury est maintenue; la compétence du jury est fixée par une loi (art. 149).

25. — Des troupes étrangères ne peuvent être prises au service de l'Etat (art. 200).

26. — Aucune pension, aucun secours ou rétribution quelconque ne peut être servi par le Trésor, si ce n'est en vertu d'une prescription légale (art. 173).

27. — Le budget de l'Etat doit être voté tous les ans et est valable pour un an seulement (art. 174). Les économies réalisées sur certains crédits alloués par le budget ne peuvent être affectés à d'autres chapitres budgétaires sans l'approbation du pouvoir législatif (art. 174). Le budget de chaque année doit déterminer l'effectif de l'armée permanente pour le courant de l'exercice (art. 197).

28. — Le domaine de l'Etat, qui est distinct du domaine privé du Roi (art. 179), se compose de tous les biens meubles et immeubles et de tous les droits de possession que l'Etat acquiert ou qu'il possède en propre; les biens de ce domaine ne peuvent être aliénés ou hypothéqués, ni leurs revenus engagés ou grevés d'aucune charge, qu'en vertu d'une loi (art. 178). Les mines appartiennent au domaine de l'Etat (art. 176). Le droit de monopole appartient à l'Etat. L'Etat peut céder ce droit à un tiers, mais seulement en vertu d'une loi et pour un temps déterminé. L'Etat ne peut accorder de concession que dans ces mêmes conditions (art. 177).

29. — Les modes d'acquisition et de retrait de la qualité de citoyen serbe, les droits attachés à cette qualité, et les causes qui en provoquent la perte, sont déterminés par la Constitution et par les lois (art. 6). Les Serbes sont libres de renoncer à leur nationalité, mais après avoir satisfait au service militaire et rempli toutes leurs obligations, tant envers l'Etat qu'envers les particuliers (art. 29).

30. — Tous les Serbes sont égaux devant la loi (art. 7). Il est défendu d'accorder ou de reconnaître aux citoyens Serbes des titres de noblesse (art. 8). Tous les citoyens Serbes de naissance ont des droits égaux à tous les emplois de l'Etat, pourvu qu'ils remplissent les conditions requises par les lois; il en est de même des naturalisés Serbes, pourvu qu'ils aient cinq ans de résidence en Serbie (art. 183).

31. — La liberté individuelle est garantie : en conséquence, nul ne peut être soumis à un interrogatoire par l'autorité publique que dans les cas prévus par la loi et dans les formes prescrites par elle; nul ne peut être mis en état d'arrestation, ni privé d'aucune autre manière de sa liberté, si ce n'est en vertu d'un mandat écrit et motivé du juge d'instruction, lequel mandat doit être communiqué à la personne arrêtée au moment même de l'arrestation. Seuls, les coupables surpris en flagrant délit peuvent être arrêtés sans mandat préalable; mais en pareil cas un procès-verbal doit être rédigé par écrit et leur être communiqué dans les vingt-quatre heures de leur arrestation. La personne arrêtée a le droit de porter plainte devant le tribunal de première instance contre le mandat d'arrestation la concernant, elle peut à cet effet se pourvoir d'un défenseur (art. 154); si elle n'use pas de ce droit dans les trois jours à dater de la communication du mandat d'amener ou du procès-verbal d'arrestation, le juge d'instruction devra transmettre d'office le dossier au tribunal compétent dans les vingt-quatre heures suivantes; et le tribunal, par une décision qui sera immédiatement exécutoire, devra se prononcer, aussi dans les vingt-quatre heures, sur le maintien ou l'annulation de l'arrestation. Les agents de l'autorité publique qui enfreindraient ces dispositions seraient punis pour atteinte illégale à la liberté. Les cas de remise en liberté sans caution ou sous caution seront déterminés par la loi (art. 9); nul ne peut être jugé par un tribunal incompétent (art. 10), ni cité devant un tribunal autre que celui dont il relève légalement (art. 151), ni jugé sans avoir été préalablement interrogé par l'autorité compétente et invité à se défendre (art. 11). Les peines ne peuvent être établies que par la loi, et ne peuvent être appliquées qu'aux faits formellement prévus par elle (art. 12). La peine de mort est abolie en matière purement politique, mais maintenue pour les cas d'attentat et de tentative d'attentat contre la personne du Roi ou des membres de la Maison royale, pour les cas de crimes mixtes prévus par le Code pénal, et pour les cas prévus par les

lois militaires (art. 13). Tout prévenu d'un crime ou d'un délit doit être pourvu d'un défenseur dès sa mise en accusation; s'il néglige d'en prendre un, le tribunal doit lui en désigner un d'office. L'individu prévenu d'une contravention est libre de se pourvoir ou non d'un défenseur (art. 154). Les citoyens Serbes ne peuvent être expulsés du territoire; on ne peut ni leur interdire le séjour dans une localité, ni les obliger à se fixer dans un endroit déterminé, que dans les cas prévus expressément par la loi (art. 14).

32. — La liberté de conscience est absolue, et tous les cultes reconnus sont libres et placés sous la protection de la loi, en tant que leur célébration ne porte atteinte ni à la moralité, ni à l'ordre public (art. 18). Mais tout acte de prosélytisme pouvant porter atteinte à la religion d'Etat est interdit (art. 19), et les citoyens ne peuvent se prévaloir de prescriptions religieuses afin de se soustraire à l'accomplissement de leurs devoirs de citoyens et de soldats (art. 20).

33. — Tout Serbe a le droit d'exprimer librement sa pensée par la parole, par écrit, par la voie de la presse, ou par images, en se conformant aux prescriptions de la loi. La presse est libre; la censure et toute autre mesure préventive, destinée à entraver la publication, la vente ou la distribution des journaux et autres écrits, sont interdites. La publication des journaux n'est soumise à aucune autorisation préalable; il ne sera exigé aucune caution de l'auteur, du rédacteur en chef, de l'éditeur ou de l'imprimeur. La saisie des journaux ou autres imprimés n'est licite que dans les cas où ils contiendraient des outrages envers le Roi et la Maison royale, ou envers les souverains étrangers et leurs maisons, ou dans le cas où il s'y trouverait une excitation à la rébellion. Dans tous ces cas, l'autorité est tenue de porter l'affaire devant le tribunal dans les vingt-quatre heures de la saisie, et le tribunal est tenu de se prononcer dans les vingt-quatre heures suivantes sur la confirmation ou la mainlevée, faute de quoi la saisie est levée de plein droit. Il est interdit d'adresser aux publications imprimées des avertissements administratifs. Les journaux sont tenus d'avoir un rédacteur responsable, qui jouisse de ses droits civils et politiques. L'auteur est responsable en premier lieu; s'il est inconnu ou s'il n'habite pas la Serbie, ou est irresponsable, la responsabilité tombe sur le rédacteur, l'imprimeur ou le distributeur (art. 22). Le secret des lettres et des dépêches télégraphiques est inviolable, sauf en temps de guerre et dans le cas d'enquête criminelle; l'indication des agents du Gouvernement responsables de la violation du secret des lettres et des dépêches confiées aux bureaux de la poste et du télégraphe, doit être énoncée par une loi (art. 23).

34. — L'enseignement est libre, en tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public et à la morale. L'instruction primaire est obligatoire; elle est gratuite dans les écoles publiques (art. 21). Toutes les écoles publiques et privées et autres établissements d'éducation sont placés sous la surveillance de l'Etat (art. 193).

35. — Les Serbes ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes en se conformant aux lois. Il n'est pas nécessaire d'aviser les autorités pour tenir une réunion dans un local fermé; les réunions en plein air sont soumises à des lois et règlements spéciaux, et ne peuvent être tenues sans que l'autorité en ait été préalablement avisée (art. 24).

36. — Les Serbes ont le droit de s'associer dans des buts qui ne sont pas contraires à la loi; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive (art. 25).

37. — Tout Serbe a le droit de s'adresser en son propre nom aux autorités publiques par des pétitions portant une ou plusieurs signatures; les pétitions en nom collectif ne peuvent émaner que des autorités constituées et des personnes civiles (art. 26). Chacun a le droit d'adresser à la Skoupchtina, par l'intermédiaire de son président, des pétitions et des plaintes (art. 123).

38. — Tout Serbe a le droit de porter plainte contre les actes illégaux de l'autorité; si l'autorité supérieure rejette la plainte comme mal fondée, elle est tenue, en communiquant sa décision au plaignant, d'en indiquer les motifs (art. 27).

39. — Tout Serbe a le droit d'intenter une poursuite judiciaire, sans aucune autorisation préalable, contre les fonctionnaires publics, les maires, les présidents des conseils municipaux et les employés communaux, qui, dans l'exercice de leur pouvoir, ont porté atteinte à ses droits. Des dispositions spéciales sont applicables, à cet égard, aux ministres, aux juges et aux soldats sous les drapeaux (art. 28).

40. — Le domicile privé est inviolable. L'autorité publique ne peut procéder à aucune visite domiciliaire, sauf dans les cas prévus et selon les formes prescrites par la loi. Avant la visite domiciliaire, l'autorité compétente est tenue de communiquer à l'intéressé l'ordonnance écrite du juge d'instruction autorisant cette mesure; l'intéressé peut attaquer cette ordonnance devant le tribunal de première instance, sans pouvoir toutefois par ce moyen suspendre l'exécution de la visite. La visite ne pourra être opérée qu'en présence de deux citoyens Serbes. La visite domiciliaire achevée, l'autorité est tenue de remettre à l'intéressé un certificat constatant le résultat obtenu, et un procès-verbal signé, énumérant les objets saisis en vue de la poursuite de l'enquête. En aucun cas une visite domiciliaire ne peut avoir lieu la nuit (art. 15).

41. — La propriété de toute nature est inviolable. Nul ne peut être contraint de céder ses biens à l'Etat ou à d'autres personnes morales publiques, ni à subir aucune restriction en leur faveur, sauf les cas établis par la loi et moyennant une indemnité légale (art. 16). La peine de la confiscation générale des biens est interdite; pourront être confisqués les objets provenant d'une source frauduleuse, ceux ayant servi ou ceux destinés à servir à l'accomplissement d'un délit (art. 17).

42. — Les établissements de bienfaisance, fondations d'enseignement et autres œuvres philanthropiques, instituées par des particuliers, soit de leur vivant, soit par acte de dernière volonté, au moyen de donations ou de legs, ou par la création de fonds, n'auront droit d'existence qu'en tant qu'ils auront l'autorisation de l'Etat; mais les biens de ces institutions ne pourront être considérés comme propriété de l'Etat, ni détournés de la destination qui leur a été assignée par leurs fondateurs. Dans le cas seulement où, à la longue, par suite des changements survenus dans l'état social, ou pour une cause quelconque, il deviendrait impossible de les affecter à leur destination primitive, ils pourraient, en vertu d'une décision du pouvoir législatif et sur la proposition des personnes préposées à leur gestion, recevoir une autre destination analogue. Une loi précisera la procédure à suivre en la matière, ainsi que les droits et les devoirs des personnes chargées de la gestion de ces œuvres et de leurs fonds, et déterminera la mesure dans laquelle s'exercera la surveillance de l'Etat (art. 194). Cette loi ne paraît pas jusqu'ici avoir été rendue.

43. — Les emplois dans les services de l'Etat, ainsi que les traitements des fonctionnaires, sont fixés par la loi (art. 187). Pour la nomination et l'avancement des fonctionnaires, il sera tenu compte de la bonne conduite, des aptitudes et des connaissances spéciales; les connaissances spéciales seront contrôlées par des examens d'Etat (art. 184). L'institution des pensions de retraite des fonctionnaires est maintenue; la loi détermine les considérations qui peuvent donner à un fonctionnaire droit à la retraite, aussi bien que celles qui peuvent motiver sa mise à la retraite (art. 188). Pour la pension à servir à la veuve et aux orphelins d'un fonctionnaire, est maintenue la caisse spéciale constituée par les versements prélevés sur les traitements et les pensions de retraites des fonctionnaires (art. 189). Les fonctionnaires prêtent, à leur entrée au service de l'Etat, serment d'obéissance et de fidélité au Roi, et jurent d'observer consciencieusement la Constitution (art. 186). Tout fonctionnaire est responsable de ses actes officiels (art. 185).

44. — Nul ne peut entrer au service de l'Etat, s'il n'a fait son service dans l'armée, ou s'il n'a été exempté du service (art. 195).

45. — Tout Serbe est tenu de servir dans l'armée. La durée du service militaire, les modes de service, les cas d'exemption du service personnel, le nombre et le mode de collation des grades, les causes de perte de ces grades, et l'organisation de l'armée sont déterminés par des lois spéciales (art. 195 et 196). Les soldats sous les drapeaux sont justiciables, en matière pénale, des tribunaux militaires, qui statuent d'après les prescriptions de la juridiction militaire (art. 198).

46 — Tout citoyen Serbe est tenu de payer l'impôt à l'Etat. L'impôt est réparti proportionnellement à la fortune (art. 171). Nul ne peut être dégagé de l'obligation de payer l'impôt que dans les cas prévus par la loi (art. 172).

47. — **Tout citoyen, de même que tout immeuble, fait partie**

d'une commune et doit participer aux charges communales d'arrondissement et de département (art. 167).

48. — Les étrangers habitant la Serbie sont placés sous la protection des lois serbes quant à leurs personnes et à leurs biens; mais ils sont astreints au paiement des impôts et des autres charges au profit de l'État et de la commune, à moins qu'ils n'en soient affranchis par les traités internationaux (art. 30).

49. — Les étrangers, ainsi que les naturalisés serbes n'ayant pas cinq ans de résidence en Serbie, peuvent être admis aux emplois publics, mais sous contrat seulement et dans des cas déterminés par la loi (art. 183).

50. — L'extradition est interdite en matière de délits purement politiques (art. 31).

§ 3. *Le Roi.*

51. — I. *Succession à la couronne, condition de l'héritier du trône et des membres de la Maison royale, vacance du Trône, absence et minorité du Roi.* — La couronne est héréditaire dans la descendance mâle du Roi, par ordre de primogéniture, et, à défaut de descendance mâle du Roi, dans la ligne consanguine, également par ordre de primogéniture (art. 57).

52. — L'héritier du Trône est majeur à dix-huit ans révolus (art. 58); il ne paie pas d'impôts (art. 172); ainsi que les autres membres de la Maison royale il doit appartenir à la religion orientale orthodoxe (art. 41), ne peut contracter mariage sans l'assentiment du Roi (art. 44), et ne peut être ministre (art. 134). Si le Roi s'absente pour quelque temps du territoire serbe, il le remplace de droit dans l'exercice des pouvoirs royaux, pourvu qu'il soit majeur (art. 53). En cas de décès du Roi, s'il est majeur, il prend immédiatement le pouvoir comme roi constitutionnel (art. 59). Il règne au nom du Roi, pourvu qu'il soit majeur, si le Roi se trouve empêché d'exercer le pouvoir royal (art. 69).

53. — Si, lors de la mort du Roi, l'héritier du Trône est mineur, le pouvoir royal est exercé jusqu'à sa majorité par un Conseil de Régence composé de trois personnes (art. 61). Les Régents sont nommés par la Skoupchtina nationale, spécialement convoquée à cet effet, parmi six personnes désignées par le Roi défunt dans son testament comme candidats à la Régence. Ce testament doit être écrit en entier et signé de la main du Roi; il n'est pas contresigné par les ministres, mais tous les ministres doivent signer comme témoins au verso; il est dressé en trois exemplaires : chacun d'eux porte le sceau royal; l'un d'eux est remis en dépôt au Conseil d'Etat, un autre à la Cour de cassation, et le troisième au garde des Sceaux (art. 62). Si le Roi n'a pas désigné par testament les candidats à la Régence, la Grande Skoupchtina nationale est convoquée un mois au plus tard après la mort du Roi, afin de procéder à l'élection des Régents (art. 63); l'élection a toujours lieu au scrutin secret (art. 65). La Régence ne peut être confiée qu'à des citoyens Serbes de naissance, appartenant à la religion orientale orthodoxe, jouissant de tous leurs droits civils et politiques, âgés de quarante ans, et exerçant ou ayant exercé les fonctions de ministre, conseiller d'Etat, général, ou ministre plénipotentiaire accrédité auprès d'un Gouvernement étranger (art. 64). Si un des Régents vient à mourir, ou s'il est atteint d'une maladie qui, de l'avis de trois médecins désignés par le Conseil d'Etat sur la réquisition des deux autres régents, et d'accord avec eux, le met hors d'état de remplir ses fonctions, ou enfin s'il donne sa démission, les deux autres Régents pourvoiront seuls aux affaires de l'Etat, jusqu'à la réunion de la Skoupchtina nationale, qui procédera à l'élection du troisième Régent. Si l'un des trois Régents se trouve dans la nécessité urgente de s'absenter momentanément du pays, les deux autres administreront seuls les affaires de l'Etat pendant son absence; mais dans ce cas celui qui s'absente est obligé de laisser à ses collègues une déclaration écrite portant qu'il adhère à tout ce que ces derniers feront dans les limites de leurs pouvoirs constitutionnels. Dans tous les cas qui précèdent, on doit faire connaître immédiatement au pays les motifs pour lesquels deux seulement des Régents exercent l'autorité royale (art. 71). Chaque Régent reçoit annuellement, pendant la durée de ses fonctions, 60,000 dinars, prélevés sur la liste civile (art. 66).

54. — Avant de prendre en mains l'exercice de l'autorité royale, les Régents prêtent devant la Skoupchtina qui les a élus le serment de demeurer fidèles au Roi et de gouverner conformément à la Constitution et aux lois. Ils font ensuite connaître au pays, par une proclamation, qu'ils ont pris au nom du Roi le pouvoir royal (art. [illegible]).

55. — Ils pourvoient à l'éducation du Roi mineur, si ce dernier est devenu Roi par suite du décès de son père; si le Roi mineur est devenu Roi par suite d'une abdication, c'est au Roi qui lui a transmis la dignité royale à pourvoir à son éducation. Quant à la gestion des biens du Roi mineur, elle est confiée aux tuteurs que le Roi défunt a désignés dans son testament, et si le testament est muet à cet égard, par des tuteurs nommés par les Régents d'accord avec le Conseil d'Etat (art. 72

56. — Le Roi, s'il se trouve empêché d'exercer le pouvoir royal, et que l'héritier du Trône soit mineur, a le droit de nommer une Régence provisoire (art. 69).

57. — Si le Roi transfère de son vivant le pouvoir à son héritier mineur, il a le droit de nommer en même temps les trois Régents. Pour les Régents ainsi nommés sont valables toutes les dispositions constitutionnelles concernant les Régents élus par la Skoupchtina nationale (art. 70).

58. — Si le Roi s'absente pour quelque temps du territoire serbe, et que l'héritier du Trône soit mineur ou empêché de le remplacer, le conseil des ministres exerce le pouvoir royal d'après les instructions que lui donne le Roi dans les limites de la Constitution (art. [illegible]).

59. — Si le Roi meurt sans descendance masculine, mais en laissant la Reine enceinte, le pouvoir royal est exercé jusqu'aux couches de la Reine, à titre de Régence provisoire, par le président du Conseil d'Etat, le président de la Cour de cassation et le ministre de la Justice (art. 73).

60. — Dans tous les cas où il y a lieu à élire une Régence, le conseil des ministres exerce provisoirement, sous sa responsabilité, le pouvoir royal; il fait connaître au pays, par une proclamation, le fait et la cause de sa prise du pouvoir royal (art. 74).

61. — Si le Trône restait sans héritier, le conseil des ministres prendrait en main le pouvoir royal; il devrait, dans le délai d'un mois à dater de la mort du Roi, convoquer la Grande Skoupchtina nationale, qui réglerait la question de la succession à la couronne (art. 75).

62. — II. *Fonction royale.* — En montant sur le Trône, le Roi, s'il est majeur, fait connaître au pays son avènement par une proclamation, puis, dans les dix jours qui suivent cette proclamation, convoque la Skoupchtina nationale, afin de prêter devant elle le serment prescrit par la Constitution. Si la Skoupchtina se trouve dissoute et que les nouvelles élections ne soient pas encore faites, c'est la Skoupchtina dissoute qui est convoquée pour recevoir le serment du Roi (art. 59). Si le Roi est mineur à son avènement, la prestation du serment est reportée à la date où, devenu majeur, il prendra l'exercice du pouvoir royal. Voici la formule de ce serment : « Moi, N., en prenant l'exercice du pouvoir royal, je jure par le Dieu tout-puissant et par tout ce qui m'est le plus sacré et le plus cher en ce monde, que je veillerai à la conservation de l'indépendance de la Serbie et de l'intégrité de son territoire, que je maintiendrai intacte la Constitution nationale, que je gouvernerai d'après elle et conformément aux lois, et que, dans tous mes désirs et tous mes actes, j'aurai en vue le bonheur de la nation. En prononçant solennellement ce serment devant Dieu et devant la nation, je prends à témoin le Seigneur Dieu, à qui je rendrai compte au jugement dernier. Ainsi le Seigneur Dieu me soit en aide! Amen » (art. 60).

63. — Le Roi doit appartenir à la religion orientale orthodoxe (art. 41). Il est majeur à dix-huit ans révolus (art. 58).

64. — Il ne paie pas d'impôts (art. 172). Il jouit d'une liste civile qui est fixée par la loi et qui ne peut être ni diminuée sans son consentement, ni augmentée sans le consentement de la Skoupchtina (art. 66). Les dépenses d'entretien de ceux des biens de l'Etat dont il a gratuitement la jouissance sont supportées par la liste civile. Il peut disposer librement, de son vivant et par acte de dernière volonté, de son domaine privé, conformément aux dispositions du Code civil (art. 179).

65. — Il ne peut être en même temps le chef d'un autre Etat sans l'adhésion de la Grande Skoupchtina nationale (art. 55). Il

réside à titre permanent dans le pays (art. 53). — V. *suprà*, n. 52 et 53.

66. — Il est le chef de l'Etat, détient tous les droits qui dérivent de cette autorité suprême, et les exerce conformément aux dispositions de la Constitution. Sa personne est inviolable; on ne peut le rendre responsable, ni porter contre lui une accusation ou introduire contre lui une action quelconque (art. 40), si ce n'est en ce qui concerne son domaine privé (art. 179); mais aucun acte royal se rapportant aux affaires d'Etat n'a de force d'application et ne peut être exécuté, s'il n'est contresigné par le ministre compétent, qui en assume la responsabilité par l'apposition de sa signature (art. 56).

67. — Le Roi représente le pays dans toutes ses relations extérieures. Il déclare la guerre, conclut les traités de paix, d'alliance et de toute autre espèce, en les communiquant à la Skoupchtina nationale, aussitôt que les intérêts du pays le permettent. Mais les traités de commerce, ainsi que tous les autres traités dont l'exécution entraîne soit une dépense à la charge du Trésor public, soit une modification des lois existantes, comme aussi les traités portant atteinte aux droits publics ou privés des citoyens serbes, n'ont pas de valeur sans l'assentiment de la Skoupchtina nationale (art. 52).

68. — Le Roi sanctionne et promulgue les lois; aucune loi n'a force exécutoire avant d'avoir été promulguée par le Roi (art. 43). Il sanctionne les décisions de la Grande Skoupchtina (art. 202).

69. — Il est le protecteur de tous les cultes reconnus en Serbie (art. 42). Il est le commandant en chef de toutes les forces militaires du pays (art. 46). Il nomme et révoque les ministres (art. 38), et ceux-ci sont responsables devant lui (art. 136). Il nomme tous les fonctionnaires de l'Etat; c'est en son nom et sous sa haute surveillance que toutes les administrations publiques exercent leur autorité (art. 45). Il nomme notamment tous les juges (art. 155). Il confère les grades militaires en se conformant aux lois (art. 47); il détermine par voie d'ordonnance la formation de l'armée (art. 196) et édicte par le même moyen les règlements concernant la discipline militaire et les peines disciplinaires (art. 198). Il confère les ordres et autres distinctions établies par la loi (art. 48). Il a le droit de frapper monnaie, conformément à la loi (art. 49).

70. — Il peut mettre en accusation un ministre. — V. *infrà*, n. 122.

71. — La justice est rendue en son nom (art. 147).

72. — Il a le droit d'amnistie (art. 50), ainsi que le droit de grâce, qu'il peut exercer par voie de commutation, de réduction ou de remise intégrale de la peine (art. 51). Il ne peut, sans le consentement de la Skoupchtina, user du droit de grâce en faveur du ministre condamné par le tribunal d'Etat (art. 140).

73. — Il convoque la Skoupchtina nationale en session ordinaire ou extraordinaire. Il ouvre et clôt ces sessions personnellement, soit par un discours du Trône, soit par un message ou un décret présenté par le conseil des ministres. Le discours du Trône, le message ou le décret doit être contresigné par tous les ministres. Le Roi a le droit de proroger la session de la Skoupchtina nationale, mais la prorogation ne peut s'étendre à une durée de plus de deux mois, ni être renouvelée dans une même session sans le consentement de la Skoupchtina. Le Roi a le droit de dissoudre la Skoupchtina nationale, mais l'acte de dissolution doit ordonner que de nouvelles élections aient lieu dans les deux mois au plus tard, et doit convoquer la nouvelle Skoupchtina dans les trois mois au plus tard. Le décret de dissolution doit être contresigné par tous les ministres (art. 103 et 54).

74. — Le Roi peut présenter des propositions tendant à introduire des modifications ou des additions dans la Constitution ou à interpréter une de ses dispositions (art. 201). — V. *infrà*, n. 110.

§ 4. *La Représentation nationale.*

75. — I. *Notions générales.* — La Skoupchtina nationale, — qui est *ordinaire* ou *grande* — et se compose de députés librement et directement élus par le peuple, au scrutin secret et au moyen de boules, est la représentation du pays (art. 76, 77 et 78).

76. — Chaque député national représente toute la nation et non pas seulement ses électeurs (art. 83); il ne peut accepter, et les électeurs ne peuvent lui donner un mandat impératif (art. 84). Personne ne peut, en aucun temps, demander compte à un député d'un vote qu'il a émis comme membre de la Skoupchtina (art. 124). Les députés reçoivent, de la caisse de l'Etat, des frais de déplacement et une indemnité quotidienne pour la durée des sessions, indemnité dont le montant est fixé par une loi spéciale (art. 128).

77. — La Skoupchtina est seule appelée à vérifier les pouvoirs de ses membres et à prononcer sur la validité de ces pouvoirs, ainsi que sur les contestations qui ont pu s'élever à ce sujet. Personne ne peut empêcher un député à qui le bureau électoral compétent (V. *infrà*, n. 95) a délivré un mandat, de pénétrer dans la Skoupchtina, du moins jusqu'à ce que celle-ci ait prononcé son invalidation (art. 104).

78. — Chaque député, après sa validation, prête le serment suivant : « Moi, N..., je jure par le Dieu seul et unique, par ce que la loi a de plus sacré pour moi et par ce que j'ai de plus cher en ce monde, d'observer la Constitution et d'avoir, dans l'accomplissement de ma mission de député, constamment en vue, en y consacrant toutes les forces de mon âme et de mon intelligence, le bien commun du Roi et de la nation. Qu'ainsi Dieu me soit en aide en ce monde et dans l'autre! » (art. 107).

79. — Les séances de la Skoupchtina sont publiques, mais le huis-clos peut être prononcé quand le président de la Skoupchtina, le Gouvernement ou dix députés le demandent (art. 109). Les députés ne peuvent pas voter par procuration. Le scrutin a lieu : à l'appel nominal, par assis et levé, ou secrètement; il a lieu à l'appel nominal, toutes les fois qu'il s'agit de se prononcer sur l'ensemble d'un projet de loi, et dans tous les cas où, soit le Gouvernement, soit vingt députés le demandent; l'élection du bureau a toujours lieu au scrutin secret (art. 111). La Skoupchtina ne peut prendre de résolution, si la moitié plus un du nombre des députés prévu par la Constitution n'est pas présente, et toute résolution, pour être valable, doit réunir la majorité des suffrages des députés présents; en cas de partage égal, la proposition qui fait l'objet du vote est rejetée (art. 110).

80. — La Skoupchtina a le droit exclusif de maintenir l'ordre dans son sein par l'intermédiaire de son président; aucune force armée ne peut pénétrer dans son local, ni dans son enceinte; aucune personne en armes n'y peut davantage pénétrer, à moins d'être obligée par profession à porter des armes et d'être appelée dans la Skoupchtina par des affaires parlementaires (art. 126).

81. — La Skoupchtina n'est en relations directes qu'avec les ministres (art. 127).

82. — Les députés ne peuvent, sans l'autorisation préalable de la Skoupchtina, être poursuivis ou mis en état d'arrestation pour délits ou pour dettes, du jour de leur élection jusqu'à l'expiration de leur mandat, sauf le cas de flagrant délit; dans ce dernier cas même, la Skoupchtina, si elle se trouve réunie, doit être immédiatement avisée, et elle donne ou refuse l'autorisation de poursuivre l'affaire avant la clôture de la session (art. 125).

83. — II. *La Skoupchtina ordinaire.* — a) *Composition.* — Chaque département (*okroug*) élit un nombre de députés proportionnel au nombre de ses contribuables, à raison d'un député par 4,500 contribuables; s'il y a un excédent de plus de 3,000 contribuables, il est élu un député de plus. Sont compris dans le chiffre global les députés pour lesquels l'art. 100 de la Constitution exige des conditons spéciales (V. *infrà*, n. 91) (art. 79). Le nombre des contribuables et celui des députés de chaque département sont d'ailleurs déterminés, préalablement à chaque élection générale, par une commission composée du président du Conseil d'Etat, du président et de deux vice-présidents de la dernière Skoupchtina et du président de la Cour de cassation (art. 80).

84. — La ville de Belgrade élit quatre députés; les villes de Nich et de Kragouiévatz, chacune deux députés; les villes d'Alexinatz, Valiévo, Vrania, Gorni-Milanovatz, Zaïtchar, Iagodina, Kniajévatz, Kroujévatz, Loznitza, Leskovatz, Négotin, Paratchin, Pirot, Pojarévatz, Prokouplié, Svilaïnatz, Smédérévo, Tchoupria, Oujitzé, Tchatchak et Chabatz, chacune un député (art. 81).

85. — La commune rurale à laquelle appartient le village de Dobrinié, et la commune rurale à laquelle appartient le village de Takovo, élisent chacune un député (art. 82).

86. — b) *Electorat.* — Est électeur tout citoyen Serbe, de naissance ou naturalisé, ayant vingt et un ans accomplis et payant à l'Etat au moins 15 dinars d'impôt direct par an. Les membres des zadrougas, qui ont vingt et un ans accomplis, ont

le droit de voter, quel que soit le montant des impôts qu'ils paient à l'Etat (art. 85). — V. *infrà*, n. 138.

87. — Sont privés temporairement du droit électoral : 1° les condamnés aux travaux forcés, jusqu'à leur réintégration dans leurs droits de citoyens; 2° ceux qui sont condamnés pour délit à la perte de l'honneur civique, pendant la durée de cette peine; 3° ceux qui se trouvent en détention préventive ou en état d'incarcération à la suite de crimes ou de délits entraînant l'une ou l'autre des deux peines ci-devant énoncées; 4° ceux qui sont condamnés pour avoir fait abus de leur autorité ou pour avoir eu recours aux menaces ou à la corruption afin d'être élus eux-mêmes ou de faire élire un autre, ainsi que tous ceux qui sont condamnés pour avoir trafiqué de leur vote, et ce pour une durée qui est fixée par le jugement de condamnation; 5° ceux qui ont été déclarés en faillite; 6° ceux qui sont placés en curatelle ou pourvus d'un conseil judiciaire; 7° ceux qui se sont mis sans l'autorisation du Gouvernement au service d'une puissance étrangère; 8° ceux qui ont été condamnés pour avoir refusé de satisfaire à leurs devoirs de citoyens ou de soldats, en excipant de leur qualité d'adhérents d'un culte non reconnu (art. 88).

88. — Les officiers en service actif ou en disponibilité et les soldats se trouvant sous les drapeaux ne peuvent pas voter (art. 87). Tout électeur n'a droit de voter qu'en un seul endroit et cela dans la circonscription électorale où il est inscrit (art. 86).

89. — Pour faire usage de son droit électoral, il faut, au préalable, retirer sa carte d'électeur. L'autorité compétente est tenue de délivrer cette carte à tous ceux qui prouvent, par un récépissé ou par le registre où l'on inscrit les impôts perçus, avoir acquitté, pour le dernier semestre ou le semestre courant, la somme d'impôt donnant droit à la qualité d'électeur (art. 85).

90. — c) *Eligibilité.* — Pour être éligible, il faut : être électeur; avoir le droit de voter; être Serbe de naissance, ou, si l'on est naturalisé, être établi en Serbie depuis cinq ans au moins; jouir de tous les droits civils et politiques; résider d'une manière permanente en Serbie, sauf si le séjour à l'étranger est imposé par une fonction publique; avoir trente ans accomplis; payer à l'Etat au moins 30 dinars d'impôt direct par an; ne pas être fonctionnaire au service de la police (art. 95, 96 et 97).

91. — En outre, parmi les députés nommés par chaque département, il doit s'en trouver au moins deux qui, outre les conditions qui viennent d'être énoncées, doivent avoir reçu d'une façon complète, soit en Serbie, soit à l'étranger, l'enseignement donné dans une faculté, ou dans une école professionnelle placée au même rang qu'une faculté. Sont toutefois assimilés à ceux qui peuvent justifier de cet avantage : les anciens présidents ou vice-présidents de la Skoupchtina, les ministres, anciens ministres, agents ou anciens agents diplomatiques, le président, les anciens présidents, les vice-présidents et anciens vice-présidents, les membres et anciens membres du Conseil d'Etat, les généraux et colonels en retraite (art. 100).

92. — Les fonctionnaires et agents au service de l'Etat qui, élus députés, acceptent le mandat législatif, perdent de plein droit leurs fonctions ou emplois, sauf : les ministres en service ou en disponibilité, les conseillers d'Etat, les envoyés extraordinaires et ministres plénipotentiaires accrédités auprès d'une cour étrangère, les agents diplomatiques et les consuls généraux, les présidents et les membres des cours et des tribunaux de première instance, les professeurs de l'Université, des écoles professionnelles et de l'enseignement secondaire, les ingénieurs et les médecins au service de l'Etat, les fonctionnaires en retraite ou en disponibilité (art. 99).

93. — Les députés qui, n'étant pas, lors de leur élection, fonctionnaires de l'Etat, sont, au cours de leur mandat législatif, nommés à une fonction ou emploi de l'Etat, et qui acceptent, perdent, de plein droit, leur caractère de députés; ils peuvent toutefois se faire réélire, si cette fonction ou cet emploi est au nombre des fonctions ou emplois indiqués sous le numéro qui précède; la réélection n'est même pas nécessaire, si la fonction est celle de ministre (art. 98).

94. — d) *Opérations électorales et durée du mandat.* — Tous les électeurs d'un département constituent un corps électoral et votent pour une liste complète de candidats; il en est de même dans les villes qui ont à élire plus d'un député (art. 89). Dans les villes qui n'ont à élire qu'un député, et dans les communes qui, aux termes de l'art. 81 de la Constitution (V. *suprà*, n. 84), jouissent d'un droit électoral spécial, le vote a lieu au scrutin uninominal. La loi électorale désigne les lieux de vote pour chaque département; les villes, en cas de nécessité, peuvent être divisées en plusieurs sections de vote (art. 90).

95. — En chaque lieu de vote il est constitué un bureau électoral, composé d'un conseiller municipal désigné par ses collègues, d'un représentant de chaque liste des candidats, et d'un juge ou d'un attaché au tribunal ou d'un homme de loi (art. 91). Dans chaque chef-lieu de département, et dans les villes qui ont à nommer plus d'un député, il est formé un bureau électoral central qui réunit tous les votes, les dépouille, proclame le résultat du scrutin et délivre le mandat de député; ce bureau est présidé par un conseiller d'Etat ou un conseiller à la Cour de cassation, désigné par la voie du sort, et composé en outre d'un membre de la commission permanente du département, du président du conseil municipal du lieu, d'un conseiller à la cour d'appel ou du président du tribunal de première instance, et de deux représentants de chaque liste de candidats (art. 92). Dans les villes qui nomment un seul député, et dans les communes qui jouissent d'un droit électoral spécial, le bureau électoral qui délivre le mandat de député se compose d'un juge, désigné par le sort, du tribunal de première instance le plus rapproché, du maire, et d'un délégué de chaque candidat (art. 94).

96. — Dans chaque département cent électeurs, dans chaque ville élisant plus d'un député cinquante électeurs, ont le droit d'établir une liste de candidats. Chaque liste doit porter autant de noms qu'il y a de députés à élire dans le département ou dans la ville intéressée; elle sera désignée par le nom du candidat inscrit en tête; elle aura son urne spéciale dans tout endroit où le vote aura lieu. Le chiffre total des votants, divisé par le nombre des députés que doit choisir le corps électoral intéressé, donne le quotient électoral, d'après lequel se détermine le nombre des candidats élus à prendre dans chaque liste. Chaque liste reçoit autant de sièges qu'elle réunit de fois le quotient électoral. Le quotient est décerné tout d'abord au candidat inscrit en tête de la liste, et ensuite aux autres candidats suivant l'ordre de leur inscription, jusqu'à ce que le nombre de suffrages obtenus par la liste soit épuisé. S'il reste des sièges pour lesquels aucune liste n'a réuni un nombre de voix égal au quotient, ces sièges sont répartis entre les listes qui disposent du chiffre le plus voisin du quotient, jusqu'à ce que le nombre complet de députés soit obtenu; en cas d'égalité de voix entre deux ou plusieurs listes, le sort décide à quelle liste le siège doit être attribué (art. 93). Les deux députés de départements, soumis à des conditions spéciales de capacité édictées par l'art. 100 de la Constitution (V. *suprà*, n. 91), sont élus par les départements le même jour et de la même manière que leurs collègues, mais à part de ces derniers (art. 100). Dans les villes qui ont à élire un seul député, et dans les communes auxquelles l'art. 81 de la Constitution confère un droit électoral spécial, doit être regardé comme élu le candidat qui réunit la majorité absolue des suffrages; si aucun des candidats n'a obtenu cette majorité, on procède à une élection nouvelle; la majorité relative suffira cette fois, et en cas d'égalité des voix le sort décidera (art. 94).

97. — La Skoupchtina se renouvelle intégralement tous les trois ans, le jour de la fête de la Sainte-Croix (14 septembre); la durée normale du mandat est de trois ans. Si les élections générales ont eu lieu à la suite d'une dissolution, les trois ans du mandat ne commenceront à courir qu'à partir du 14 septembre suivant; mais avant cette date, la Skoupchtina pourra être convoquée en session extraordinaire. Les députés nommés dans les élections complémentaires voient leur mandat cesser à la fin de la période triennale au cours de laquelle ils ont été élus. Les élections complémentaires doivent avoir lieu au plus tard un mois après que les sièges sont devenus vacants (art. 101).

98. — e) *Fonctionnement.* — La Skoupchtina est convoquée en session ordinaire dans la capitale le 1er novembre de chaque année; dans le cas de nécessité absolue, elle peut être réunie en dehors de la capitale, mais alors le Gouvernement est tenu d'en justifier devant elle. La session ordinaire ne peut durer moins de six semaines (art. 102). La Skoupchtina peut aussi être convoquée par le Roi en session extraordinaire (art. 103).

99. — La première séance se tient sous la présidence du doyen d'âge; la Skoupchtina s'y divise en sections par la voie du sort; chaque section désigne un de ses membres pour faire partie de la commission de vérification des pouvoirs (art. 105).

100. — La Skoupchtina nomme, pour chaque session, un pré-sident, deux vice-presidents et des secrétaires (art. 106).

101. — Son règlement intérieur est établi par une loi spé-ciale (art. [illegible]). [illegible] qui concerne les discours prononcés dans ses séances par les députés, ceux-ci ne sont responsables que vis-à-vis d'elle-même, qui peut leur infliger, sur la proposition de son président, les peines disciplinaires prévues par le règlement (art. 124). Ne peuvent prendre la parole dans son sein que les députés, les ministres et les commissaires du Gouvernement; elle-même ne peut accorder la parole à d'autres personnes, ni recevoir des députations ou des pétitionnaires (art. [illegible]).

101 *bis.* — La Skoupchtina répond au discours du trône par une adresse (art. [illegible]).

102. — Tout projet de loi, sauf celui relatif au budget et ceux des lois de finances annuelles en relation immédiate avec le budget, doit être, avant toute délibération, examiné, puis transmis à la Skoupchtina avec avis à cet sujet, par le Conseil d'Etat (art. 112); tout projet de loi, [illegible] ceux qui viennent d'être exceptés, doit ensuite être renvoyé à l'examen d'une commission spéciale [illegible], désignée par la Skoupchtina parmi ses sections; cette commission présentera un rapport sur le projet (art. 113 et 114); le projet sera [illegible] à deux [illegible] et à deux votes dans la même session, avant son adoption définitive; un délai d'au moins cinq jours devra être observé entre le premier et le second vote (art. 116); aucun projet de loi ne pourra être adopté dans son ensemble, si chacun de ses articles n'a pas été approuvé au préalable (art. 115). Un projet de loi définitivement rejeté par la Skoupchtina ne peut lui être représenté durant la même session (art. 121). Le Gouvernement peut retirer un projet de loi soumis par lui à la Skoupchtina tant que ce projet n'a pas été l'objet d'un vote définitif (art. 120).

103. — Aucune loi ne peut être promulguée, abrogée, modifiée ou interprétée, sans l'assentiment de la Skoupchtina (art. 117). Il appartient à cette dernière seule de décider si une loi régulièrement publiée a été élaborée conformément à la Constitution (art. 118).

104. — Aucun impôt général ne peut être créé ou modifié, aucune dette ne peut être contractée par l'Etat sans l'adhésion de la Skoupchtina. Le Gouvernement est tenu de lui soumettre un rapport exact et certifié par la Cour des comptes, qui constate que les conventions financières ont été conclues et exécutées conformément à la loi (art. 119).

105. — La Skoupchtina vote tous les ans le budget de l'Etat. Il doit lui être présenté au début de la session ordinaire, ainsi que les tableaux rectificatifs de l'exercice échu. Elle peut augmenter, réduire ou supprimer les crédits proposés (art. 174). Si elle ne peut voter le budget avant le commencement du nouvel exercice, elle peut appliquer, à titre provisoire, le budget de l'exercice clos jusqu'à l'adoption du nouveau budget (art. 175).

106. — La Skoupchtina a le droit d'enquête en matière électorale et dans les questions purement administratives. Chaque député peut adresser aux ministres des questions et des interpellations; les ministres doivent y répondre avant la clôture de la session (art. 122).

107. — La Skoupchtina a le droit d'exiger la présence des ministres à ses séances (art. 135); ils sont responsables devant elle de tous les actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions (art. 136); elle peut les mettre en accusation (art. 137) (V. *infrà*, n. 122). La Skoupchtina a le droit de communiquer aux ministres les pétitions et les plaintes qu'elle a reçues; les ministres doivent fournir sur leur contenu des explications toutes les fois que la Skoupchtina le demande (art. 123).

108. — Pour les pouvoirs de la Skoupchtina en ce qui concerne les traités, V. *suprà*, n. 67. Son assentiment suffit pour les rectifications des frontières de territoires non peuplés et de peu d'importance (art. 4).

109. — Toute convention stipulant qu'une armée étrangère occupera le territoire serbe ou traversera ce territoire n'est valable que si elle est consentie par la Skoupchtina; l'armée serbe ne peut être mise au service d'un autre Etat sans le consentement de la Skoupchtina (art. 200).

110. — La Skoupchtina peut, comme le Roi, présenter des propositions tendant à introduire des modifications ou des additions dans la Constitution, ou à interpréter une de ses dispositions. Toute proposition de ce genre doit contenir [illegible] formelle de tous les points de la Constitution sur lesquels doivent porter les modifications, additions ou interprétations projetées. Si la proposition émane du Roi, elle doit être communiquée à deux Skoupchtinas issues de deux élections consécutives; la dernière Skoupchtina est ensuite dissoute, et la Grande Skoupchtina convoquée dans le délai de quatre mois au plus. Si la proposition émane de la Skoupchtina, elle doit être votée à trois reprises différentes et à cinq jours d'intervalle entre deux votes consécutifs. Les trois quarts au moins du nombre des députés fixé par la Constitution doivent être présents à chaque séance, et la majorité des deux tiers des députés présents est nécessaire pour que le vote favorable soit acquis. Si la proposition est finalement adoptée, la Skoupchtina est dissoute, et la Grande Skoupchtina convoquée dans le délai de quatre mois au plus (art. 201) (V. *infrà*, n. 114). Les dispositions énoncées dans les art. 89, 90, 91, 92, 93 et 94 de la Constitution (V. *suprà*, n. 94 et s.) peuvent être soumises pour révision à la Grande Skoupchtina, après vote favorable d'une seule Skoupchtina ordinaire (art. 202).

111. — III. *La Grande Skoupchtina.* — a) *Composition, électorat et éligibilité.* — La Grande Skoupchtina comprend un nombre de députés double de celui de la Skoupchtina ordinaire (art. 130).

112. — Les règles de l'électorat et celles de l'élection sont les mêmes, mais la durée du mandat ne s'étend pas au delà de l'accomplissement de son objet.

113. — Les règles de l'éligibilité sont également les mêmes, si ce n'est que l'art. 100 de la Constitution n'est pas applicable (art. 130). — V. *suprà*, n. 91.

114. — b) *Fonctionnement.* — La Grande Skoupchtina est convoquée : quand le Roi juge utile de la convoquer; quand il est nécessaire de décider de la question du Trône, de nommer le Conseil de Régence, de décider de l'aliénation ou de l'échange d'une portion du territoire de l'Etat, de la diminution ou de la modification des limites de ce même territoire; de permettre au Roi d'être en même temps le chef d'un autre Etat; de décider des modifications à apporter à la Constitution (art. 131, 75, 63, 4 et 55). Sur ce dernier point, V. *suprà*, n. 110. Il y a lieu d'ajouter que la Grande Skoupchtina ne peut, en matière de révision ou d'interprétation de la Constitution, statuer que sur les questions dont elle a été saisie (art. 202).

115. — Les décisions de la Grande Skoupchtina ne sont exécutoires qu'après avoir été sanctionnées par le Roi (art. 202).

116. — Les règles édictées sous les n. 99 et s., 101 *bis*, 106 et 107 sont applicables à la Grande Skoupchtina.

§ 5. *Les ministres et le tribunal d'Etat.*

117. — Le Conseil des ministres, placé immédiatement au-dessous du Roi, est à la tête des services de l'Etat. Il se compose des ministres préposés aux divers services publics, et du président du Conseil des ministres, qui peut être sans portefeuille (art. 132).

118. — Les ministres et le président du Conseil sont nommés par décret royal. En entrant en fonctions, ils prêtent serment d'obéissance et de fidélité au Roi et jurent d'observer consciencieusement la Constitution et les lois (art. 132).

119. — Ne peuvent être ministres que les Serbes de naissance ou les naturalisés qui résident en Serbie depuis cinq ans (art. 133).

120. — Les ministres ont libre accès à la Skoupchtina nationale, qui est tenue de les entendre chaque fois qu'ils le demandent. Ils ne peuvent prendre part à ses votes que s'ils sont députés (art. 135).

121. — Ils sont responsables devant le Roi et devant la Skoupchtina nationale de tous les actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. Tout acte officiel signé du Roi doit être contresigné par le ministre compétent. Un ordre verbal ou écrit du Roi ne peut, en aucun cas, couvrir la responsabilité d'un ministre (art. 136).

122. — Un ministre peut être mis en accusation dans le délai de quatre années à partir de l'accomplissement du délit, par le Roi ou par la Skoupchtina : pour trahison envers la patrie ou envers le souverain, pour violation de la Constitution ou des droits garantis par elle aux citoyens Serbes, pour prévarication, pour préjudice porté à l'Etat dans un intérêt personnel, pour violation des lois dans les cas précisés par la loi sur la responsabilité ministérielle (art. 137).

123. — Cette loi doit préciser les différents cas de responsabilité ministérielle, les pénalités à appliquer aux différents délits, la composition du tribunal appelé à juger les ministres et la pro-

cédure à suivre. Pour les cas de responsabilité ministérielle non prévus par le Code pénal et ne relevant pas du droit commun, le ministre prévenu ne peut être condamné à une peine plus forte que l'emprisonnement (art. 139).

124. — La proposition de mise en accusation d'un ministre doit être faite par écrit, contenir l'énumération des chefs d'accusation et porter les signatures d'au moins vingt députés. Pour que la mise en accusation soit prononcée, il faut que la majorité qui la vote comprenne au moins les deux tiers des députés présents. Le ministre mis en accusation est jugé par un tribunal d'État, composé de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation (art. 138).

125. — Les ministères sont au nombre de huit : Affaires étrangères; Finances ; Intérieur; Instruction publique et Cultes ; Guerre ; Justice ; Travaux publics ; Commerce ; Industrie et Agriculture (*Almanach de Gotha*, 1904).

§ 6. *Le Conseil d'Etat.*

126. — Il se compose de seize membres dont huit sont nommés par le Roi, et huit élus par la Skoupchtina, de la façon suivante : le Roi soumet à la Shoupchtina une liste de seize candidats; elle choisit sur cette liste huit candidats que le Roi nomme membres du Conseil d'Etat; la Skoupchtina soumet, de son côté, au Roi une liste de seize candidats, parmi laquelle le Roi choisit et nomme huit membres du Conseil d'Etat. Il est pourvu de la même manière aux vacances qui viennent à se produire (art. 141).

127. — Nul ne peut être membre du Conseil d'Etat, s'il n'est citoyen Serbe, s'il n'est âgé de trente-cinq ans révolus, s'il n'a reçu normalement, en Serbie ou à l'étranger, l'enseignement d'une faculté ou d'une école spéciale assimilée à une faculté, et s'il n'a été employé dix ans au moins dans un service public (art. 143).

128. — Les conseillers d'Etat sont des fonctionnaires de l'Etat. Ils sont nommés à vie et ne peuvent être, sans leur assentiment, relevés de leurs fonctions, ni appelés à un autre emploi de l'administration publique; ils ne peuvent être davantage mis à la retraite, s'ils n'en ont exprimé le désir, à moins qu'ils ne comptent quarante ans révolus de services ou soixante-cinq ans d'âge, ou que leur état de santé ne leur permette plus de remplir leurs fonctions (art. 142).

129. — Si un conseiller d'Etat est nommé ministre, il n'est pas remplacé au Conseil d'Etat, et il reprend son poste lorsqu'il cesse d'être ministre (art. 142).

130. — Dans le cas seulement où le nombre des membres du Conseil d'Etat deviendrait inférieur à celui fixé par le règlement intérieur (ce règlement doit être (art. 146) fixé par une loi spéciale) pour la validité des délibérations, il serait immédiatement pourvu aux nominations nécessaires (art. 142).

131. — Le Roi nomme, parmi les membres du Conseil d'Etat, un président et un vice-président, qui restent en fonctions pendant trois ans (art. 144).

132. — Les attributions du Conseil d'Etat sont les suivantes : 1° élaborer, sur l'invitation du Gouvernement, les projets de lois ou de reglements administratifs d'intérêt général, et émettre son avis sur les questions que le Gouvernement lui soumet; 2° examiner les projets de lois que le Gouvernement présente à la Skoupchtina nationale, ou qui lui sont déférés par cette dernière elle-même, et donner son avis sur ces projets. L'avis n'aura d'ailleurs d'effet obligatoire ni pour la Skoupchtina, ni pour le Gouvernemennt; mais il devra être communiqué intégralement à la Skoupchtina avant l'ouverture de la discussion du projet. La Skoupchtina et le Gouvernement peuvent fixer pour leurs projets de lois respectifs un délai dans lequel le Conseil d'Etat aura à donner son avis; mais le Conseil d'Etat pourra demander la prolongation de ce délai. Toutefois si, à l'expiration du nouveau sursis, le Conseil d'Etat ne présentait pas son rapport et ses observations, la Skoupchtina pourrait passer outre et commencer la discussion et les débats; 3° fixer la liste des candidats aux sièges vacants de la Cour des comptes, de la Cour de cassation et de la Cour d'appel; 4° statuer en dernier ressort sur les plaintes relatives aux élections législatives, départementales et municipales; 5° juger, en qualité de tribunal disciplinaire, les fonctionnaires de l'Etat; 6° statuer sur les recours introduits contre les décisions ministérielles en matière de contentieux administratif (l'arrêt a force obligatoire à l'égard du ministre); 7° statuer sur les conflits d'attributions entre les autorités administratives; 8° approuver les dépenses partielles sur les crédits généraux inscrits au budget pour les besoins extraordinaires, ainsi que l'application détaillée du crédit alloué pour travaux publics, en tant que ces dépenses dépassent la somme dont le ministre peut lui-même légalement disposer; 9° statuer sur les cas exceptionnels d'admission à l'état de citoyen serbe; 10° approuver les compromis entre l'État et des particuliers, qui seraient trouvés avantageux pour l'État; 11° décider si l'on se trouve dans un cas légal de prononcer l'expropriation pour cause d'utilité publique; 12° remplir les autres fonctions qui lui seraient attribuées par les lois.

Section II.

Organisation administrative

§ 1. *Généralités.*

133. — Le royaume de Serbie se divise en quinze départements (*okrougs*). Les départements se divisent en arrondissements (*srez*), et les arrondissements en communes (*opchtinas*) (art. 5).

134. — Les départements, arrondissements et communes peuvent posséder au même titre que les particuliers (art. 169).

135. — Les attributions et l'organisation des pouvoirs autonomes départementaux, d'arrondissement et communaux, ainsi que leurs rapports avec les différents pouvoirs de l'État, doivent être déterminés par une loi spéciale (art. 170).

136. — Les autorités propres aux départements et aux communes sont tenues, en outre de la gestion des intérêts départementaux et communaux, de donner leurs soins aux affaires de l'Etat qui leur sont soumises par les lois (art. 165).

137. — Il ne peut être imposé de centimes additionnels ni à un département, ni à un arrondissement sans l'assentiment de l'assemblée départementale, et il ne peut être imposé de centimes additionnels à une commune sans l'assentiment de l'assemblée communale. Les départements, arrondissements et communes ne peuvent contracter d'emprunts sans l'assentiment des assemblées départementales et communales intéressées. Une loi doit déterminer les cas où l'assentiment du pouvoir législatif ou d'un autre pouvoir de l'Etat sera nécessaire pour établir des centimes additionnels ou contracter des emprunts (art. 168).

138. — En matière d'élections municipales et départementales, est électeur tout citoyen Serbe ressortissant de la commune ou du département dont il s'agit, qui, en outre des conditions générales, paie à l'Etat 15 dinars de contributions directes par an. Tout membre d'une zadrouga, âgé de vingt et un ans révolus, est électeur, quel que soit le taux des contributions directes qu'il paie (art. 164). — V. *suprà*, n. 86.

§ 2. *Le département et l'arrondissement.*

139. — Dans le département fonctionnent, comme pouvoir autonome, à côté des autorités administratives représentant l'Etat, les assemblées départementales et les commissions permanentes, qui sont appelées à veiller aux intérêts départementaux en matière d'instruction publique, d'industrie, de voies de communication, d'hygiène et de finances, et à travailler à leur développement, et qui devront également donner leurs soins à toutes affaires qui leur seront commises par les lois (art. 161).

140. — L'Etat est représenté dans le département par un préfet (*natchelnik*), et dans l'arrondissement par un sous-préfet (*sreski natchelnik*).

141. — L'assemblée départementale (*okroujna skoupchtina*) offre de l'analogie avec notre conseil général, et la commission permanente (*okroujni odbord*), avec notre commission départementale.

142. — Il y a dans chaque arrondissement une assemblée d'arrondissement (*sreska skoupchtina*), dont le rôle est aussi effacé que celui de notre conseil d'arrondissement.

§ 3. *La commune.*

143. — Aucune commune nouvelle ne peut être instituée, aucune commune existante ne peut modifier sa circonscription, sans l'approbation de l'autorité législative (art. 166). Les communes sont autonomes. La gestion des intérêts communaux est

confiée aux tribunaux communaux, aux conseils municipaux et aux assemblées générales des communes (art. 162).

144. — Le tribunal communal (*opchtinski soud*), qui est élu tout entier par l'assemblée générale de la commune si la commune ne comprend qu'un seul village, et qui, dans le cas contraire, se compose d'un président élu par l'assemblée communale et du maire de chacun des villages formant la commune, élu par son village, possède : 1° un pouvoir judiciaire en matière civile et pénale; 2° un pouvoir de police : il doit faire régner l'ordre et la sécurité dans la commune, exécuter les lois et règlements du pouvoir central; 3° un pouvoir administratif : il dirige, d'accord avec le conseil municipal, les affaires de la commune et s'occupe de ses intérêts en général.

145. — Le conseil municipal (*opchtinski obdor*), qui est présidé par le tribunal communal, contrôle ce tribunal, fixe et discute le projet de budget communal, vérifie les comptes présentés par le tribunal communal, fixe le traitement des membres de ce tribunal. Il se compose de membres titulaires et de membres suppléants, élus par l'assemblée générale de la commune.

146. — L'assemblée générale de la commune (*opchtinski zbor*) se compose de tous les électeurs communaux (V. *suprà*, n. 138). Outre ses fonctions électorales, elle prend les décisions relatives aux centimes additionnels et aux emprunts communaux.

147. — La commune a un maire (*kmet*) et des adjoints (*pomotchnitzi*), si elle ne comprend qu'un seul village; si elle en comprend plusieurs, elle a un président (*presednitzi opchtina*) et des adjoints, et dans ce cas chaque village a en outre un maire et des adjoints.

148. — Les élections municipales ont lieu au suffrage direct (art. 163).

149. — Cette organisation offre beaucoup d'analogie avec celle de la commune russe (V. *suprà*, v° *Russie*, n. 242 et s.), et témoigne de l'origine slave de la nation serbe.

150. — La ville de Belgrade et celle de Nich sont dotées d'une administration particulière et indépendante de celle des départements dont chacune d'elles est le chef-lieu. L'une et l'autre ont à leur tête un préfet de police; la ville de Belgrade est placée sous la tutelle administrative du Conseil d'Etat; la ville de Nich est placée sous la tutelle administrative de la commission permanente du département de la Toplitza.

Section III.

Organisation judiciaire.

§ 1. *Généralités.*

151. — Les débats des tribunaux sont publics, sauf les cas où les juges trouvent que le huis-clos est conforme à l'intérêt de l'ordre public ou de la morale. Les juges délibèrent et votent secrètement, mais le jugement est prononcé à haute voix et publiquement. Tout jugement doit énoncer les motifs et les articles de loi en vertu desquels il est rendu (art. 153).

152. — Pour qu'un tribunal puisse rendre la justice, il faut que trois juges au moins soient présents; cependant une loi peut établir qu'un seul juge suffit pour prononcer dans les affaires de peu d'importance, tant civiles que pénales (art. 152).

153. — Nul ne peut être nommé magistrat s'il n'est Serbe et si, indépendamment des conditions générales requises par la loi pour l'admission à un emploi public, il n'a reçu normalement l'enseignement d'une faculté de droit en Serbie ou à l'étranger, ni si, par suite d'un arrêt de la Cour de cassation relatif à un délit disciplinaire, ou d'une condamnation par un tribunal régulier pour un crime ou un délit de droit commun, il a perdu la charge qu'il occupait précédemment dans la magistrature; toutefois, ces dispositions ne sont applicables qu'aux juges, fonctionnaires de l'Etat (art. 157).

154. — Un magistrat ne peut accepter aucun autre emploi dans l'administration publique, à l'exception des fonctions de professeur honoraire à la faculté de droit. Il ne peut être affecté contre son gré, même à titre provisoire, à aucun autre emploi, rétribué ou honorifique (art. 159).

155. — Ne peuvent faire en même temps partie d'un corps judiciaire des parents en ligne directe à un degré quelconque, ni des collatéraux jusqu'au quatrième degré, ni des alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement (art. 156).

156. — L'inamovibilité de leurs fonctions est assurée aux juges. Aucun d'eux ne peut être destitué ou révoqué de ses fonctions contre son gré, si ce n'est en vertu d'un jugement d'un tribunal régulier, ou d'un arrêt de la Cour de cassation pour délit disciplinaire; — ni cité en justice pour ses actes officiels sans l'assentiment de la Cour de cassation; — ni changé de siège, s'il ne déclare par écrit qu'il accepte sa translation; ni mis à la retraite contre son gré, à moins qu'il n'ait soixante ans d'âge ou quarante ans de service, ou que ses infirmités physiques ou intellectuelles ne le rendent impropre à ses fonctions : toutefois, dans ce dernier cas, il faut que sa mise à la retraite soit prononcée par la Cour de cassation (art. 158).

157. — Une loi spéciale règle la composition, l'organisation et la compétence des tribunaux militaires (art. 160). — V. *infrà*, n. 192.

158. — Le ministère public n'existe pas devant les cours et tribunaux civils et commerciaux.

§ 2. *La Cour de cassation* (*Kasatzioni Soud*).

159. — Il y en a une seule pour toute la Serbie. Elle est appelée à statuer seulement sur les questions de droit, et non sur les questions de fait. Elle statue en outre sur les conflits entre les autorités judiciaires et les autorités administratives. Son président a rang de membre du Conseil d'Etat (art. 150). Elle siège à Belgrade.

160. — Le président et les membres de la Cour de cassation sont choisis par le Roi parmi les candidats figurant sur deux listes, dont l'une est proposée par le Conseil d'Etat et l'autre par la Cour de cassation; chacune de ces deux listes doit contenir deux fois autant de noms qu'il y a de places vacantes; les mêmes candidats peuvent d'ailleurs être portés sur l'une et l'autre liste (art. 155).

161. — Nul ne peut être nommé président ou membre de la Cour de cassation s'il n'a trente ans révolus et si, indépendamment des conditions générales énoncées *suprà*, n. 153, il n'a été dix ans juge, professeur de droit à la faculté de Belgrade ou avocat, ou pendant cinq ans membre de la cour d'appel ou président d'un tribunal de première instance, ou s'il n'a été ministre de la Justice (art. 157).

§ 3. *La Cour d'appel* (*Apelatzioni Soud*).

162. — Il n'y a qu'une seule cour d'appel; elle siège à Belgrade.

163. — Le mode de nomination de son président et de ses membres est le même que celui du président et des membres de la Cour de cassation (art. 155) (V. *suprà*, n. 160). Il faut avoir au moins trente ans révolus (art. 157).

164. — Pour pouvoir être nommé président, les conditions à remplir sont les mêmes que pour pouvoir être nommé président ou conseiller à la Cour de cassation (art. 157). — V. *suprà*, n. 161.

165. — Pour pouvoir être nommé conseiller à la cour d'appel, il faut avoir été cinq ans juge d'un tribunal de première instance, ou secrétaire du ministère de la Justice ou d'une cour, ou professeur titulaire de droit à la faculté de Belgrade, ou avoir exercé sept ans la profession d'avocat (art. 157).

§ 4. *Les tribunaux de première instance* (*Pvrostepene Soudovi*).

166. — Il y en a vingt-trois; chaque département en compte au moins un.

167. — Le président d'un tribunal de première instance est choisi parmi les candidats figurant sur deux listes, dont l'une est proposée par la Cour de cassation et l'autre par la Cour d'appel. Les juges sont choisis directement par le Roi (art. 155).

168. — Les conditions à remplir pour pouvoir être nommé président sont les mêmes que pour être nommé conseiller à la Cour d'appel (art. 157) (V. *suprà*, n. 165). Pour pouvoir être nommé membre d'un tribunal de première instance, il faut avoir vingt-cinq ans révolus.

§ 5. *Le tribunal de commerce de Belgrade* (*Trgovacki Soud*).

169. — Il a été créé par une loi du 30 nov./12 déc. 1859. Il se compose d'un président et d'un juge permanent, nommés par

le Roi sur la proposition du ministre de la Justice, de six juges titulaires et de six juges suppléants, élus pour un an par l'assemblée des commerçants de Belgrade et confirmés par décret royal.

170. — Partout ailleurs, les tribunaux de première instance connaissent des affaires commerciales.

§ 6. *La Porota.*

171. — La Porota est une très-ancienne institution serbe, déjà réglementée par le Code d'Etienne Douchan (art. 20 et s., et 196 de ce Code). C'est un tribunal criminel et correctionnel, siégeant avec l'adjonction d'un jury, et compétent seulement en matière d'attentats à la propriété privée.

172. — Elle se compose de trois juges de première instance et de quatre jurés, siégeant tous ensemble. Les noms des quatre jurés sont tirés au sort, le premier parmi les jurés de la commune d'où le prévenu est originaire, le deuxième parmi les jurés de la commune où le méfait a été commis, le troisième et le quatrième parmi les jurés de la ville où siège le tribunal de première instance. Pour être éligible comme juré, il faut être âgé de trente ans révolus et domicilié depuis cinq ans dans la commune, et payer 15 dinars au moins d'impôts directs par an. Chaque commune élit tous les ans une liste de jurés, qui est proportionnée à sa population (20 jurés au moins).

173. — La Porota connaît des crimes et délits suivants : vols criminels, brigandage, incendie, destruction d'une chose d'autrui valant plus de 100 dinars, et recel dans ces différents cas.

174. — Les juges et les jurés délibèrent et votent ensemble; la majorité relative suffit pour la solution, quelle qu'elle soit. Les juges seuls prononcent le jugement.

§ 7. *La Cour des comptes.*

175. — Les art. 180, 181 et 182 de la Constitution de 1888 ont trait à la Cour des comptes; l'art. 180 la qualifie d'administration indépendante, instituée en vue de contrôler les comptes des différents services de l'Etat; l'art. 182 annonçait qu'une loi spéciale réglerait en détail l'organisation et les attributions de ce corps, ainsi que le mode de recrutement de son personnel. Cette loi intervint, en effet, le 1er mai 1892; elle paraît n'avoir pas cessé d'être en vigueur. L'inamovibilité garantie aux membres de la Cour des comptes par l'art. 181 de la Constitution fut, il est vrai, abrogée par décret royal du 9 mai 1894, mais la Constitution de 1888 étant aujourd'hui rétablie, l'inamovibilité l'est également.

176. — La Cour des comptes se compose d'un président et de quatre conseillers; tous ses membres sont choisis par la Skoupchtina sur une liste présentée par le Conseil d'Etat, et contenant deux fois autant de noms qu'il y a de sièges vacants. Le président a rang de conseiller d'Etat, les conseillers ont rang de membres de la Cour de cassation (art. 180).

177. — Peuvent être nommés conseillers à la Cour des comptes les citoyens Serbes qui, en Serbie ou à l'étranger, ont reçu normalement l'enseignement du droit et qui, en outre, ont appartenu pendant dix ans à l'un des services de l'Etat, ou qui ont été ministres des Finances, ou qui ont appartenu pendant dix ans en qualité de hauts fonctionnaires au département des finances. Le président de la Cour des comptes et deux des conseillers au moins doivent avoir fait leur droit (art. 181).

178. — Le président et les conseillers ne peuvent être privés de leur fonction qu'en vertu d'un jugement rendu par les tribunaux réguliers, ni transférés à un autre poste, sinon en vertu de leur consentement formel, consigné dans une déclaration écrite; ils ne peuvent être mis à la retraite que s'ils comptent quarante ans de services ou soixante-cinq ans d'âge, ou si leur état de santé les rend impropres à continuer leur service (art. 181).

179. — Outre le président et les quatre conseillers, la Cour compte (L. de 1892) des référendaires et des employés subalternes, dont la loi du budget détermine chaque année le nombre, et qui sont nommés par le Roi d'après un choix que fait le conseil des ministres sur une liste de proposition dressée et présentée par la Cour, et qui contient deux fois autant de noms qu'il y a de places vacantes. Les candidats aux places de référendaires subissent, d'ailleurs, un examen préalable sur une branche de la comptabilité ou sur les affaires du ressort de la Cour.

180. — La Cour des comptes procède à la révision, à la rectification et au décompte des comptabilités de l'administration générale et de toutes les caisses relevant du Trésor. Elle veille à ce que les différents crédits alloués par le budget ne soient pas dépassés et à ce qu'il ne se fasse pas de virements. Elle clôt les comptes de toutes les administrations publiques, et elle est tenue de recueillir toutes pièces justificatives et tous renseignements nécessaires. Elle présente, avec ses observations, le compte général à la Skoupchtina nationale, dans un délai de deux ans à dater de la clôture de chaque exercice (art. 182).

181. — Tous établissements et institutions placés sous la surveillance de l'Etat ou subventionnés par l'Etat sont soumis à la Cour des comptes quant à leur comptabilité (L. de 1892).

182. — La Cour a un pouvoir judiciaire relativement aux comptabilités dont elle connaît; ce pouvoir s'étend à tous les ordonnateurs, excepté les ministres, et à tous les comptables. Elle juge sur pièces; ses décisions sont susceptibles d'un recours devant la Cour de cassation; la procédure de ce recours est celle prescrite par le Code de procédure civile pour le recours en cassation (*Ibid.*).

183. — La Cour a un pouvoir disciplinaire sur tous les ordonnateurs et comptables soumis à sa juridiction. Les peines qu'elle peut prononcer sont les suivantes : la censure, la suspension, l'amende (sous forme de privation du traitement pendant trois mois au plus). Si, dans un espace de deux ans, trois peines disciplinaires ont déjà été prononcées, et qu'une quatrième soit méritée, la Cour doit envoyer le dossier de l'intéressé au Conseil d'Etat, qui prononce (il peut, dans ce cas, punir de la destitution) (*Ibid.*).

184. — La Cour tient deux sortes d'audiences : les audiences plénières, tenues par le président et les quatre conseillers; on y délibère sur quelques questions indiquées limitativement par la loi; les audiences ordinaires, tenues par le président et deux conseillers, ou par trois conseillers, ou par deux conseillers et un référendaire (le plus ancien parmi ceux disponibles); on y délibère sur les affaires courantes (*Ibid.*).

SECTION IV.

Organisation religieuse.

§ 1. *Généralités.*

185. — Aucun acte émanant des autorités spirituelles, conciles et synodes étrangers, ne peut être publié par une autorité spirituelle quelconque en Serbie, ni recevoir son exécution, qu'au sujet avec l'autorisation du ministre des Cultes (art. 192).

186. — Les autorités spirituelles ont droit de juridiction sur les ecclésiastiques en ce qui touche les délits commis par ceux-ci dans l'exercice de leurs fonctions spirituelles, à l'exception des délits relevant du Code pénal. Les plaintes à raison d'abus, dirigées contre les autorités spirituelles de l'un quelconque des cultes exercés en Serbie, sont déférées au ministre des Cultes. Les personnes ecclésiastiques et les pouvoirs spirituels relèvent, en ce qui concerne leurs actes civils et leurs biens, des lois communes du pays (art. 191).

§ 2. *L'Église orthodoxe serbe.*

187. — L'Eglise serbe est autocéphale, elle ne relève d'aucune église étrangère, mais elle conserve la communauté des dogmes avec l'Eglise orientale universelle (Const., art. 3). Cette indépendance ne remonte qu'à l'année 1879; c'est à cette date que le Saint-Synode de Constantinople l'a admise et qu'elle a été proclamée; jusqu'alors, l'Eglise serbe reconnaissait la suprématie du patriarche de Constantinople.

188. — L'administration intérieure de l'Eglise orthodoxe serbe appartient au Synode serbe; l'organisation des autorités spirituelles et des séminaires de cette Eglise est établie par une loi, préparée après entente du ministre des Cultes avec le Synode (art. 190). — V. *infrà*, n. 205.

189. — Les organes spirituels de l'Eglise orthodoxe sont placés sous la surveillance du ministre des Cultes (art. 190), à l'approbation de qui est soumise la correspondance des autorités spirituelles de cette Eglise avec les autorités spirituelles, conciles et synodes étrangers (art. 192).

§ 3. *Les autres cultes reconnus.*

190. — L'administration des affaires intérieures de ces cultes appartient aux autorités spirituelles propres à chacun d'eux, mais ces autorités et tous les organes spirituels desdits cultes sont placés sous la surveillance du ministre des Cultes (art. 190).

191. — La correspondance des organes de ces mêmes cultes avec les autorités spirituelles, conciles et synodes étrangers, doit être soumise à l'approbation du ministre des Cultes (art. 192).

CHAPITRE III.

LÉGISLATION.

SECTION I.

Codes.

192. — Code d'Etienne Douchan, 21 mai 1349.

Code civil, 11 mars 1844, promulgué le 25 mars 1844.

Code de commerce, 25 janv./6 févr. 1860.

Code pénal, 29 mars 1860.

Code des faillites et de la procédure de concours, 1861, modifié en 1864 et 1876.

Code de procédure civile du 20 févr. 1865, fortement modifié par une loi du 14 juill. 1898, modifié de nouveau (notamment dans ses art. 52, 65, 102 et 426) par une loi du 17 janv. 1900; modifié également par une loi du 26 janv. 1901, qui permet aux parties de transiger devant le tribunal communal, si la valeur de l'objet en litige ne dépasse pas 200 dinars, et qui décide que, s'il y a lieu à prestation de serment, le serment sera reçu en présence et par le ministère d'un prêtre.

Code de procédure criminelle, 10 avr. 1865.

Code des mines, 15 avr. 1866, modifié par une loi du 27 janv. 1900.

Code de la police rurale, 22 avr. 1885.

Code pénal militaire, 22 oct. 1885.

Nouveau Code pénal militaire, 31 janv. 1901.

Code de procédure militaire, 15 févr. 1901 (en 333 articles). Sont soumis à la juridiction militaire : les officiers, sous-officiers et soldats de l'armée active, les élèves des écoles militaires, les gendarmes, les recrues non encore incorporées, pour insoumission ou mutilation volontaire, les officiers de réserve, les gradés et hommes de troupe des différents bans, pour insoumission, depuis et y compris le cinquième jour avant celui fixé pour le rassemblement jusques et y compris le cinquième jour après le renvoi, et pour crimes et délits commis durant la période d'exercice, les fonctionnaires militaires, aumôniers, employés et ouvriers attachés à l'armée, mais seulement pour les crimes et délits commis à l'occasion de leurs fonctions.

SECTION II.

Lois politiques.

193. — Loi du 1er oct. 1870, sur le règlement intérieur de la Skoupchtina.

Loi du 21 oct./2 nov. 1870, sur la responsabilité des ministres.

Loi du 20 juin 1882, relative aux armes du royaume de Serbie.

Loi du 23 janv. 1883, relative aux ordres royaux.

Loi du 1er nov. 1889, sur le règlement intérieur de la Skoupchtina, abrogeant celle du 1er oct. 1870.

Loi du 28 janv. 1891, modifiant celle du 1er nov. 1889, sur le règlement intérieur de la Skoupchtina.

Loi du 30 janv. 1891, sur la responsabilité des ministres.

Décret royal du 9 mai 1894, abrogeant la loi du 1er nov. 1889, sur le règlement intérieur de la Skoupchtina, et y substituant celle du 1er oct. 1870, et supprimant l'inamovibilité établie en faveur des conseillers d'État et des membres de la Cour des comptes et de la magistrature.

Loi du 24 janv. 1900, modifiant celle du 23 janv. 1883 sur les ordres royaux et les médailles civiles et militaires.

SECTION III.

Lois électorales.

194. — Loi du 10 oct. 1870, sur les élections à la Skoupchtina.

Loi électorale du 25 mars 1890, abrogeant la précédente.

Loi électorale du 28 janv. 1891, modifiant celle du 25 mars 1890.

Décret royal du 9 mai 1894, abrogeant la loi électorale du 25 mars 1890 et y substituant celle du 10 oct. 1870.

Loi du 2 janv. 1899, modifiant la loi électorale du 10 oct. 1870, remise en vigueur en 1894.

Loi électorale du 12 déc. 1901, remplaçant toutes les précédentes. L'art. 90 consacre le principe de la représentation des minorités. Cette loi était rendue en conformité de la Constitution de 1901 : mais cette Constitution fut déclarée suspendue par décret royal le 11/24 mars 1903 et est aujourd'hui remplacée par celle de 1888.

SECTION IV.

Lois sur la presse.

195. — Loi du 12/24 mars 1881 sur la presse. — V. texte français, *Ann. de lég. étr.*, année 1881, p. 732 et s.

Loi du 22 oct./3 nov. 1883, modifiant les art. 8 et 10 de la loi du 12/24 mars 1881.

Loi du 11/23 juin 1884, modifiant la loi du 12/24 mars 1881.

Loi du 31 mars 1891, sur la presse, abrogeant celle du 12/24 mars 1881 et ses modifications.

Décret royal du 9 mai 1894, abrogeant la loi sur la presse du 31 mars 1891 et y substituant celle du 12/24 mars 1881.

Loi du 9 juill. 1898, modifiant la loi du 12/24 mars 1881 (remise en vigueur en 1894). Elle soumet la presse périodique à un régime administratif : le gérant d'un journal doit avoir fait des études dans une faculté, à Belgrade ou à l'étranger; le dépôt d'un cautionnement de 5,000 fr. est exigé; après confiscation de trois numéros, la suppression du journal est prononcée par la police; il y a solidarité entre l'auteur de l'article, le gérant et l'imprimeur. La librairie, l'imprimerie, le colportage, l'affichage et la vente sur la voie publique sont également soumis à des mesures restrictives.

Loi du 18 déc. 1901, remplaçant toutes les précédentes. Elle était rendue en conformité de la Constitution de 1901, mais cette Constitution fut déclarée suspendue par décret royal le 11/24 mars 1903 et est aujourd'hui remplacée par celle de 1888.

SECTION V.

Lois sur les associations.

196. — Loi du 16 juin 1868, sur les associations et les réunions publiques.

Loi du 1er/13 avr. 1881, sur les associations et les réunions. — V. texte français, *Ann. lég. étr.*, année 1881, p. 741 et s.

Loi du 11/23 juin 1884, abrogeant celle du 1er/13 avr. 1881.

Loi du 31 mars 1891, sur les réunions publiques et les associations.

Décret royal du 9 mai 1894, abrogeant la loi du 31 mars 1891 sur les réunions publiques et les associations et y substituant celle du 16 juin 1868.

Loi du 17 nov. 1898, sur les réunions publiques et les associations (édictant des dispositions très-restrictives : nul fonctionnaire, instituteur, membre du clergé, ne peut faire partie d'une association politique, ni assister à une réunion publique; les réunions des associations politiques ne peuvent se tenir qu'à Belgrade et dans les chefs-lieux des départements).

Loi du 14 janv. 1900, sur les associations. C'est une loi civile plutôt qu'une loi politique : elle vise toutes les associations ayant un nombre non limité de membres, se proposant pour but le secours, le crédit ou l'assurance mutuels, et ne tombant sous le coup d'aucune loi spéciale; ces associations doivent notifier au tribunal de première instance leur création et faire enregistrer l'acte de notification.

SECTION VI.

Lois administratives.

§ 1. *Administration centrale.*

197. — Loi organique du 10 mars 1862, sur l'administration centrale.

Loi du 16 août 1862, créant une direction des fonds publics.

Loi du 12 déc. 1863, sur l'organisation des douanes.

Loi du 15 févr. 1864, sur les fonctionnaires publics de l'Etat.

Loi du 21 oct. 1871, sur les pensions des veuves et orphelins des fonctionnaires de l'Etat.

Loi du 17 déc. 1878, sur l'organisation du ministère des Travaux publics.

Loi du 18 janv. 1880, sur la condition des fonctionnaires du ministère des Travaux publics.

Loi du 21 déc. 1882, sur l'organisation du ministère du Commerce, de l'Industrie et de l'Agriculture.

Loi du 3/15 janv. 1883, sur l'organisation du ministère de la Guerre.

Loi du 14/26 juin 1884, sur le recensement.

Loi du 1er nov. 1885, sur l'organisation du ministère des Affaires étrangères et celle des légations et des consulats de Serbie à l'étranger.

Loi du 1er nov. 1886, modifiant celle du 3/15 janv. 1883, sur l'organisation du ministère de la Guerre.

Loi du 20 janv. 1888, créant un comité consultatif auprès du ministre des Travaux publics.

Loi du 20 janv. 1888, modifiant celle du 17 déc. 1878, sur l'organisation du ministère des Travaux publics.

Loi du 20 janv. 1888 modifiant celle du 18 janv. 1880, sur la condition des fonctionnaires du ministère des Travaux publics.

Loi du 31 mars 1890, instituant une Direction de la dette publique.

Loi du 5 déc. 1890, sur le dénombrement de la population et du bétail.

Loi du 18 mars 1891, instituant auprès du ministère du Commerce, de l'Agriculture et de l'Industrie un conseil économique, composé de quinze membres nommés tous les trois ans par décret royal, et chargé de donner au ministre son avis sur toutes les questions d'économie politique, ainsi que d'élaborer les projets de lois du ressort dudit ministère.

Loi du 19 févr. 1892, allouant des indemnités journalières, des frais de transport et de déménagement aux fonctionnaires, employés et gens de service de l'Etat.

Loi du 31 mars 1892, sur la création et l'organisation d'une Direction des chemins de fer serbes. Cette Direction est attachée au ministère des Travaux publics; elle est divisée en section générale, section de comptabilité, section économique, section de contrôle des tarifs de communication, de construction et d'entretien, section des machines; elle connaît de tout ce qui concerne l'établissement, la concession, l'exploitation et le contrôle de toutes les voies ferrées appartenant à l'Etat ou à des compagnies privées; elle décide en dernier ressort de toutes les questions, sauf d'un petit nombre pour lesquelles elle doit demander l'approbation du ministre.

Loi du 10 août 1893, modifiant celle du 12 déc. 1863, sur l'organisation des douanes.

Loi du 6 févr. 1896, modifiant celle du 31 mars 1892, sur la Direction des chemins de fer.

Loi du 11 déc. 1896, modifiant les art. 2 et 3, de celle du 20 janv. 1888, sur le comité consultatif du ministre des Travaux publics.

Loi du 8 juill. 1898, remplaçant celle du 16 août 1862, sur la Direction des fonds publics.

Loi du 30 nov. 1898, portant réorganisation complète du ministère des Travaux publics.

Loi du 2 déc. 1898, créant les Archives de l'Etat.

Loi du 5 janv. 1899, modifiant celle du 31 mars 1892, sur l'organisation de la Direction des chemins de fer serbes.

Loi du 17 janv. 1899, modifiant l'organisation du ministère de la Guerre, auquel elle ajoute une section de contrôle.

Loi du 5 oct. 1899, complétant l'art. 27, L. 10 mars 1862, sur l'organisation centrale de l'Etat; elle crée deux nouvelles sections au ministère de l'Intérieur : une section de sûreté politique et une section d'inspection administrative.

Loi du 24 janv. 1900, modifiant et complétant celle du 21 oct. 1871, sur les pensions des veuves et orphelins des fonctionnaires de l'Etat. Le maximum de la pension ne peut dépasser 3,600 dinars, ni le minimum être inférieur à 360 dinars.

Loi du 4 oct. 1899 modifiant celle du 21 déc. 1882, sur l'organisation du ministère du Commerce, de l'Industrie et de l'Agriculture.

Loi du 13 janv. 1900, modifiant celle du 5 déc. 1890, sur le dénombrement de la population et du bétail; la dépense est mise à la charge des communes.

Loi du 15 janv. 1901, sur l'organisation de la statistique d'Etat.

Loi du 23 janv. 1901, sur la Bibliothèque nationale; tout imprimeur est tenu d'envoyer à la Bibliothèque nationale trois exemplaires de tout volume imprimé, de tout numéro de journal, de toute carte géographique, etc.

§ 2. *Conseil d'Etat.*

198. — Loi du 5 oct. 1870, sur le règlement intérieur du Conseil d'Etat.

Loi du 15 févr. 1890, sur la composition du Conseil d'Etat et les appointements de son personnel.

Loi du 2 févr. 1891, sur le règlement intérieur du Conseil d'Etat.

Loi du 21 déc. 1901, sur l'organisation du Conseil d'Etat, rendue en conformité de la Constitution de 1901, qui est aujourd'hui remplacée par celle de 1888.

§ 3. *Cour des comptes.*

199. — Loi du 27 oct. 1862 et loi du 25 nov. 1868, sur le Contrôle général (sorte de Cour des comptes qui relevait du ministère de la Justice).

Loi du 1er mai 1892, sur la Cour des comptes. — V. *suprà*, n. 179 et s.

§ 4. *Administration départementale.*

200. — Loi du 15 mars 1890, sur la division administrative du territoire du royaume.

Loi du 1er juill. 1890, sur l'organisation des départements et arrondissements.

Loi du 31 mars 1891, modifiant les art. 2 et 3 de la loi du 15 mars 1890, sur la division administrative du territoire du royaume.

Loi du 31 mars 1892, sur l'organisation des conseils départementaux et des conseils d'arrondissement, sur les élections à ces conseils et sur leur règlement intérieur.

Loi du 17 févr. 1896, modifiant celle du 15 mars 1890, sur la division administrative du territoire du royaume.

Loi du 9 déc. 1898, relative aux assemblées départementales et aux assemblées d'arrondissement (qu'elle réorganise sur des bases nouvelles, accordant la présidence des premières au préfet, la présidence des secondes au sous-préfet, et les mettant entièrement sous la main du pouvoir central).

Loi du 5 janv. 1899, modifiant celles du 15 mars 1890 et du 17 févr. 1890, sur la division administrative du territoire du royaume.

Loi du 24 janv. 1900, modifiant celles des 15 mars 1890, 17 févr. 1896 et 5 janv. 1899, sur la division administrative du territoire du royaume.

Loi du 31 janv. 1901, sur l'établissement des budgets des départements, des arrondissements et des communes.

§ 5. *Administration communale.*

201. — Loi du 22 oct. 1854, sur les greniers d'abondance communaux.

Loi du 24 mars 1866, relative à l'organisation des communes, modifiée par une loi du 8 oct. 1875.

Loi du 11/23 juin 1884, modifiant la législation sur l'organisation municipale.

Loi communale du 25 nov. 1889, remplaçant toutes les lois antérieures sur le même objet.

Loi du 19 déc. 1889, remplaçant celle du 22 oct. 1854, sur les greniers d'abondance communaux.

Loi du 25 avr. 1890, sur les droits de péage et de jaugeage que les communes sont autorisées à percevoir pour prix de services correspondants.

Décret royal du 9 mai 1894, abrogeant la loi communale du 25 nov. 1889 et y substituant celle du 24 mars 1866.

Loi du 21 juill. 1898, modifiant (dans le sens de la restriction des libertés communales), la loi du 24 mars 1866, remise en vigueur en 1894. Art. 20 : Si l'assemblée générale communale n'a

pas réussi à élire le maire il est nommé par l'autorité de police [illegible]. Art. 23 : Le président de la commune de Belgrade et les deux juges du tribunal communal de cette ville sont nommés par décret royal, sur la proposition du ministre de l'Intérieur. Art. 24 : Les présidents des communes de tous les chefs-lieux de département et d'arrondissement, ainsi que de quelques autres communes, sont nommés par décret royal, sur la proposition du ministre de l'Intérieur; dans les autres communes, la nomination des présidents de communes est réservée au ministre de l'Intérieur. Art. 68 : Les présidents de communes reçoivent un traitement.

Section VII.

Lois judiciaires.

202. — Loi du 20 févr. 1865, sur l'organisation des tribunaux de première instance, de la cour d'appel et de la Cour de cassation.

Loi du 21 oct. 1871, créant, pour la répression de certains crimes, des tribunaux de jury, composés de trois magistrats et de quatre jurés, délibérant et votant ensemble.

Loi du 31 déc. 1878, sur la procédure en matière de jugement et sur les lois d'après lesquelles il doit être jugé dans les nouveaux territoires.

Loi du 7/19 févr. 1881, sur la magistrature. — V. texte français, *Ann. législat. étr.*, 1881, p. 724 et s.

Loi du 18 déc. 1882, modifiant celle du 20 févr. 1865.

Loi du 17 avr. 1890, créant l'institution des juges d'instruction.

Loi du 24 janv. 1891, modifiant la précédente.

Lois du 5 févr. 1891, modifiant celle du 7/19 févr. 1881 sur la magistrature.

Loi du 31 mars 1892, sur le jury; elle reproduit, en la remaniant, celle du 21 oct. 1871, sur le même objet.

Loi du 27 avr. 1895, sur les organes chargés de l'instruction criminelle.

Loi du 28 nov. 1895, modifiant celle du 20 févr. 1865, quant à l'organisation de la Cour de cassation.

Loi du 28 nov. 1895, modifiant celle du 31 mars 1892, sur le jury.

Loi du 15 oct. 1895, modifiant les art. 2 et 3 de celle du 27 avr. 1895, sur les organes chargés de l'instruction criminelle.

Loi du 15 oct. 1896, modifiant les art. 3, 4, 10, 11, 62 et 63 de la loi sur les avocats.

Lois du 17 déc. 1898 et 11 janv. 1899, modifiant celles du 20 févr. 1865 et du 17 avr. 1890, en ce qui touche l'organisation des tribunaux de première instance.

Loi du 19 janv. 1901, sur la magistrature. Elle reconnaît aux magistrats l'inamovibilité, énonce le mode de nomination des magistrats, ouvre la voie de la prise à partie à tout justiciable lésé par la faute d'un magistrat, crée un tribunal disciplinaire, composé du président de la Cour de cassation, de quatre membres du Conseil d'Etat et de quatre membres de la Cour de cassation, tirés au sort, et qui peut prononcer les peines suivantes : réprimande écrite, amende, transfert dans un autre tribunal, mise à la retraite, destitution.

Loi du 26 janv. 1901, modifiant et complétant la précédente.

Section VIII.

Lois financières.

203. — Loi du 16 août 1862, sur la banque d'Etat.

Loi du 23 janv. 1864, édictant un tarif général des douanes.

Loi du 2 oct. 1864, sur les impôts directs.

Loi du 19 janv. 1879, créant un fonds destiné à l'armement.

Loi du 4 déc. 1879, sur les mandats-poste.

Loi du 3/15 avr. 1881, sur le timbre.

Loi du 22 juin 1882, sur l'emprunt agraire relatif aux départements annexés.

Loi du 1er/13 janv. 1883, sur la frappe de la monnaie de nickel.

Loi du 10/22 juin 1884, abrogeant celle du 3/15 avr. 1881 sur le timbre.

Loi du 13/25 juin 1884, autorisant le ministre des Finances à opérer un emprunt de 25,000,000 dinars en titres de rente sur l'Etat à 5 0/0.

Loi du 13/25 juin 1884, sur l'octroi de la ville de Belgrade.

Loi du 14/26 juin 1884, sur les impôts directs, abrogeant celle du 2 oct. 1864 sur le même objet, et établissant un système nouveau.

Loi du 14/26 juin 1884, sur la perception des impôts directs.

Loi du 15/27 juin 1884, prescrivant la frappe d'une monnaie divisionnaire de nickel, en remplacement d'une monnaie de cuivre.

Loi du 17/29 juin 1884, attribuant à l'Etat le droit exclusif de la production et de la vente des poudres et de la dynamite.

Loi du 17/29 juin 1884, attribuant à l'Etat le droit exclusif de la vente du tabac.

Loi du 18 juin 1884, sur les taxes grevant les actes émanés des autorités administratives et judiciaires.

Loi du 6 janv. 1885, modifiée par une loi du 23 sept. 1885, sur l'organisation de la Banque nationale.

Loi du 20 avr. 1885, modifiant celle du 14/26 juin 1884, sur l'impôt direct.

Loi du 22 sept. 1885, sur le monopole du tabac

Loi du 31 juill. 1886, établissant des droits d'importation et de production sur le pétrole.

Loi du 31 juill. 1886, établissant des droits d'importation et de production sur les allumettes chimiques.

Loi du 31 juill. 1886, établissant des droits d'importation et de production sur les spiritueux.

Loi du 31 oct. 1886, modifiant celle du 14/26 juin 1884, sur les impôts directs.

Loi du 31 déc. 1887, sur la consolidation de la dette flottante.

Loi du 2 nov. 1889, mettant l'année budgétaire d'accord avec l'année civile (jusqu'alors l'année budgétaire allait du 1er novembre au 31 octobre).

Loi du 10 févr. 1890, prescrivant le rachat à la Banque anglo-autrichienne de Vienne du monopole du sel, dont cette banque était concessionnaire.

Loi du 1er mars 1890, prescrivant un emprunt de 26,666,500 dinars. pour couvrir le rachat du droit d'exploitation à la Compagnie de construction et d'exploitation des chemins de fer de l'Etat, diminuer la dette flottante et construire de nouvelles voies ferrées.

Loi du 9 mars 1890, modifiant celle du 22 juin 1882, sur l'emprunt agraire relatif aux départements annexés.

Loi du 14 mars 1890, sur le monopole du tabac.

Loi du 15 mars 1890, ordonnant la frappe de 6,000,000 dinars en monnaie d'argent.

Loi du 17 mars 1890, sur le monopole du sel.

Loi du 17 avr. 1890, sur la production, l'importation et la vente de la poudre, de la dynamite et des autres substances explosives.

Loi du 21 avr. 1890, sur la loterie d'Etat.

Loi du 12 mars 1891, décidant que les droits et taxes de douanes sont payables en or.

Loi du 15 mars 1891, modifiant de nouveau celle du 22 juin 1882, sur l'emprunt agraire.

Loi du 16 mars 1891, établissant au profit de l'Etat un impôt de consommation sur le sucre, le café, le chocolat et leurs dérivés, le thé, le riz, l'huile de cuisine, le poisson salé, fumé ou préparé, les écrevisses, les escargots, les huîtres, les salines, les fromages, les spiritueux titrant plus de 40 0/0 d'alcool, le rhum, les liqueurs et leurs dérivés, les vins fins, la bière, le savon, la bougie, le papier à cigarettes, le pétrole et les allumettes.

Loi du 21 mars 1891, modifiant celle du 17 mars 1890, sur le monopole du sel.

Loi du 28 mars 1891, modifiant celle du 21 avr. 1890, sur la loterie d'Etat.

Loi du 30 mars 1891, modifiant celle du 14/26 juin 1884, sur les impôts directs.

Loi du 31 mars 1892, modifiant celle du 4 déc. 1879, sur les mandats-poste.

Loi du 10 juill. 1893, remplaçant celle du 23 janv. 1864, sur le tarif général des douanes.

Loi du 12 juill. 1893, réglant à nouveau l'impôt de consommation grevant au profit de l'Etat les objets servant à l'alimentation des hommes et du bétail, les boissons, les matières de chauffage et d'éclairage et les bois de construction.

Loi du 3 août 1893, établissant au profit de l'Etat de nouveaux monopoles sur les allumettes, le pétrole, le papier à cigarettes et les alcools.

Loi du 16 déc. 1896, remaniant celle du 18 juin 1884, relative aux taxes qui grèvent les actes émanés des autorités administratives et judiciaires.

Loi du 16 déc. 1896, modifiant celle du 14/26 juin 1884, sur l'impôt direct.

Loi du 16 déc. 1896, modifiant celle du 14/26 juin 1884, sur la perception des impôts directs.

Loi du 11 juill. 1897, augmentant de 13 paras par dinar la cote de chaque contribution, en vue d'accroître le fonds destiné à l'armement.

Loi du 8 juill. 1898, sur la conversion de la dette publique.

Loi du 23 juill. 1898, autorisant la Banque d'Etat à émettre jusqu'à concurrence d'une valeur de 30 millions de dinars (au lieu de 25) des billets de banque payables en argent.

Loi du 7 nov. 1898, modifiant celle du 21 avr. 1890, sur la loterie d'Etat.

Loi du 20 déc. 1898, sur la comptabilité publique de l'Etat.

Loi du 8 janv. 1899, sur le tarif général des douanes.

Loi du 23 janv. 1899 (en 266 articles), sur les douanes.

Loi du 29 sept. 1899, modifiant celle du 14/26 juin 1884, sur l'impôt direct.

Loi du 30 sept. 1899, modifiant celles du 21 avr. 1890 et du 7 nov. 1898, sur la loterie d'Etat.

Loi du 2 oct. 1899, sur les taxes administratives et judiciaires.

Loi du 2 oct. 1899, modifiant et complétant celle du 8 juill. 1898, sur la conversion de la dette publique.

Loi du 7 oct. 1899, modifiant celle du 12 juill. 1893, sur l'impôt de consommation.

Loi du 14 janv. 1900, établissant un impôt proportionnel sur le revenu du travail lucratif des commerçants, des industriels et de ceux qui exercent les autres professions (*poreza na zaradu*).

Loi du 21 janv. 1900, modifiant celle du 8 janv. 1899, sur le tarif général des douanes.

Loi du 26 janv. 1900, modifiant celle du 14 mars 1890, sur le monopole du tabac.

Loi du 29 janv. 1901, accordant des privilèges à la Banque d'exportation, nouvellement créée (droit d'acquérir à titre gratuit les terrains vagues appartenant à l'Etat ou aux communes, afin d'y élever les constructions nécessaires pour ses affaires; exemption des droits de douanes et des taxes accessoires, ainsi que de l'impôt dit *obrt;* droit de procéder, dans les forêts de l'Etat, à la coupe des bois nécessaires à ses constructions; droit d'ouvrir des carrières sur les terrains vagues appartenant à l'Etat ou aux communes, et d'en extraire les matériaux nécessaires à ses constructions; exemption de tout impôt sur ses biens et revenus).

Loi du 15 janv. 1901, sur les impôts directs; elle abroge celle du 14 janv. 1900 et remplace l'impôt proportionnel sur le revenu brut, établi par cette dernière, par un impôt progressif sur le revenu net (la progression s'arrête au-dessus de 25,000 dinars; le maximum du pourcentage est 7 p. 0/0).

Section IX.

Lois militaires.

204. — Règlement du 18/30 janv. 1880, concernant l'Académie militaire.

Loi du 3/15 janv. 1883, sur l'administration de l'armée.

Loi du 3/15 janv. 1883, sur l'organisation de l'armée.

Loi du 8/20 juin 1884, abrogeant le règlement du 18/30 janv. 1880, concernant l'Académie militaire, et y substituant un autre règlement.

Loi du 11/23 juin 1884, sur la gendarmerie.

Loi du 14/26 juin 1884, modifiant celle du 3/15 janv. 1883, sur l'organisation de l'armée.

Ordonnance royale du 28 juin/10 juill. 1884, sur la formation, l'armement, l'uniforme, l'équipement, le service et l'instruction de la gendarmerie.

Ordonnance royale du 7/19 août 1884, concernant les drapeaux de l'armée.

Loi du 21 avr. 1885, modifiant celle du 3/15 janv. 1883, sur l'administration de l'armée.

Loi du 23 sept. 1885, sur les logements militaires.

Loi du 27 sept. 1885, sur le prêt des objets nécessaires à l'armée.

Loi du 1er nov. 1886, sur l'organisatiou de l'armée, abrogeant celle du 3/15 janv. 1883 (déjà modifiée en 1884).

Loi du 20 déc. 1887, modifiant l'organisation de l'Académie militaire.

Loi du 20 déc. 1887, modifiant la législation sur les secours à donner aux invalides militaires.

Loi du 15 avr. 1890, modifiant celle du 1er nov. 1886, sur l'organisation de l'armée.

Loi du 16 déc. 1895, relative aux fortifications.

Loi du 20 déc. 1895, modifiant celles du 1er nov. 1886 et du 15 avr. 1890, sur l'organisation de l'armée.

Loi du 12 janv. 1896, modifiant celles du 8/20 juin 1884 et du 20 déc. 1887, sur l'organisation de l'Académie militaire.

Loi du 12 janv. 1896, modifiant celle du 11/23 juin 1884, sur la gendarmerie.

Loi du 12 janv. 1896, accordant des indemnités et privilèges à la société serbe de la Croix-Rouge.

Loi du 31 janv. 1896, sur l'organisation et le service de la gendarmerie-frontière.

Loi du 6 févr. 1896, modifiant celles du 3/15 janv. 1883 et du 21 avr. 1885, sur l'administration de l'armée.

Loi du 7 déc. 1896, modifiant les art. 10, 23 et 89 de celle du 1er nov. 1886, sur l'organisation de l'armée.

Loi du 14 juill. 1898, modifiant de nouveau celle du 1er nov. 1886, sur l'organisation de l'armée.

Loi du 29 juill. 1898, sur les subventions à accorder aux militaires invalides et aux familles des soldats tués à la guerre ou morts des suites de leurs blessures. Elle institue au ministère de la Guerre un tribunal pour les invalides.

Loi du 3 août 1898 sur le mariage des officiers, sous-officiers et soldats.

Loi du 28 nov. 1898 sur l'administration militaire (principalement en ce qui concerne l'approvisionnement de l'armée).

Loi du 12 janv. 1899 sur le conseil militaire de discipline, tribunal spécial, exerçant sa juridiction sur les fautes disciplinaires graves et sur les contraventions purement militaires, de nature à nuire à la considération de l'armée et aux intérêts du service; ce tribunal se compose d'un président, de quatre membres titulaires et de quatre membres suppléants, ayant rang de général ou de colonel; sont justiciables de ce tribunal les officiers, les fonctionnaires et employés faisant partie du service administratif et du service de santé, les médecins et les vétérinaires; peines applicables : la mise en non-activité pour une durée d'un mois à un an, le retrait du rang ou de l'emploi.

Loi du 28 sept. 1899, modifiant l'organisation de l'Académie militaire.

Loi du 4 oct. 1899, affranchissant les officiers de l'armée active et de sa réserve de toutes impositions au profit du département, de l'arrondissement et de la commune, afférentes à leur capitation ou à leur traitement.

Loi du 6 oct. 1899, sur les fournitures de guerre.

Loi du 27 janv. 1901, sur l'organisation de l'armée, remplaçant toutes les lois antérieures sur le même objet.

Loi du 27 janv. 1901, sur l'organisation des tribunaux militaires. Dans chacune des cinq divisions militaires, il y a : un tribunal militaire de première instance pour les sous-officiers et soldats, et un tribunal militaire de première instance pour les officiers; ces divers tribunaux ont au-dessus d'eux un tribunal militaire supérieur, unique pour tout le royaume. Les juges militaires sont de deux catégories : les uns, pris parmi les officiers de la justice militaire, sont permanents; les autres, pris parmi les officiers de troupe, sont temporaires; tous sont nommés par décret royal, sur la proposition du ministre de la Guerre; à leur entrée en fonctions, ils prêtent serment devant un prêtre. La même loi crée près chaque tribunal militaire de première instance un parquet militaire et des juges rapporteurs; ces derniers et les membres du parquet sont pris parmi les officiers de la justice militaire. L'accusé peut se défendre lui-même ou se choisir un défenseur parmi les officiers de toutes armes en service; en cas de crime pouvant entraîner la peine de mort, celle des travaux forcés ou celle de la réclusion, l'assistance d'un défenseur est obligatoire; le concours d'un défenseur civil n'est pas admis. En cas de guerre ou de mobilisation, la composition des tribunaux militaires reste la même.

Loi du 24 déc. 1901, sur le mariage des officiers, sous-officiers, caporaux et soldats.

Section X.

Lois relatives aux cultes.

205. — Loi du 30 sept. 1862, sur les autorités ecclésiastiques de la religion orthodoxe.

Loi du 27 sept. 1863, sur l'organisation de l'Ecole de théologie.

Loi du 31 déc. 1882, modifiant celle du 30 sept. 1862, sur les autorités ecclésiastiques de la religion orthodoxe.

Loi du 31 déc. 1882, sur l'institution d'un fonds d'Eglise.

Loi du 31 déc. 1882, sur le casuel du clergé séculier.

Loi du 31 oct. 1886, modifiant celle du 27 sept. 1863, sur l'organisation de l'Ecole de théologie.

Loi du 27 avr. 1890, sur les autorités ecclésiastiques de la religion orthodoxe, abrogeant celle du 30 sept. 1862 et celle du 31 déc. 1882, sur le même objet.

Loi du 11 mars 1891, instituant une Caisse des pensions pour les veuves et orphelins des prêtres et diacres de la religion orthodoxe.

Loi du 11 janv. 1896, sur l'organisation de la faculté de théologie.

Loi du 29 juill. 1898, modifiant celle du 27 avr. 1890, sur les autorités ecclésiastiques. Un archevêché (Belgrade, l'archevêque a le titre de métropolitain de Serbie ; traitement : 15,000 dinars par an, avec allocation supplémentaire de 7,500 dinars par an), et quatre évêchés (Chabatz, Jitcha, Nich et Timok ; traitement d'un evêque : 10,000 dinars par an, avec allocation supplémentaire de 1,000 dinars par an).

Section XI.

Instruction publique

206. — Loi du 11 sept. 1863, sur les écoles primaires.

Loi du 24 sept. 1863, sur l'organisation de la grande Ecole (Université).

Loi du 9 juin 1865, sur l'organisation des gymnases.

Loi du 15 juin 1865, sur les écoles réales.

Loi du 19 janv. 1879, sur l'organisation de l'Ecole supérieure de filles.

Loi du 21 mai 1881, sur l'inspection des écoles.

Loi du 22 déc. 1882/3 janv. 1883, sur les écoles primaires, abrogeant celle du 11 sept. 1863, sauf la disposition relative à la pension des veuves et orphelins des instituteurs, et la disposition relative à la retenue d'un mois de traitement pour frais d'enterrement, et celle du 21 mai 1881, quant à ses dispositions relatives aux écoles primaires.

Loi du 20 avr. 1885, modifiant celle du 22 déc. 1882/3 janv. 1883, sur les écoles primaires.

Loi du 20 avr. 1885, réglant la pension des veuves et orphelins des instituteurs et celle des orphelins des institutrices.

Loi du 26 juill. 1886, sur l'établissement des écoles de filles.

Loi du 31 oct. 1886, modifiant celle du 9 juin 1865, sur l'organisation des gymnases.

Loi du 31 oct. 1886, modifiant celle du 19 janv. 1879, sur l'organisation de l'Ecole supérieure des filles.

Loi du 31 oct. 1886, modifiant celles relatives à l'organisation des écoles normales d'instituteurs primaires de Belgrade et de Nich.

Loi du 1er nov. 1886, modifiant l'organisation du Conseil supérieur de l'instruction publique.

Loi du 1er nov. 1886, créant l'Académie royale des sciences.

Loi du 22 janv. 1892, créant une Ecole de commerce de l'Etat.

Loi du 10 févr. 1892, modifiant celle du 1er nov. 1886 et créant l'Académie royale de Serbie; cette Académie comprendra les membres de l'ancienne Académie royale des sciences et comptera trente-quatre membres en tout.

Loi du 27 mars 1892, prescrivant la création d'écoles de métiers, qui seront entretenues aux frais de l'Etat.

Loi du 31 mars 1892, allouant des subventions aux sociétés de tir et de gymnastique et aux sociétés hippiques.

Loi du 22 oct. 1896, modifiant les art. 5, 9, 10, 13, 14, 15, 22, 23, 29, 31, 33 et 36 de celle du 24 sept. 1863, sur l'organisation de la grande Ecole (Université).

Loi du 14 juill. 1898, remplaçant les lois antérieures sur les gymnases et les écoles réales.

Loi du 26 juill. 1898, sur l'enseignement primaire, abrogeant toutes les lois antérieures relatives au même objet. Désormais, deux catégories d'écoles nationales primaires : les écoles primaires (subdivisées en écoles enfantines et en écoles primaires élémentaires), et les écoles primaires supérieures; en outre, des écoles primaires supérieures pour les jeunes filles. Les communes doivent fournir gratuitement le logement et le bois de chauffage aux instituteurs et institutrices; les communes et les départements doivent, à leurs frais, construire et entretenir les bâtiments nécessaires. Dans chaque commune, il y aura un comité communal scolaire, composé du maire, du directeur de l'école, et de trois notables élus par le conseil municipal; et dans chaque département, un comité départemental scolaire, composé du préfet, de l'inspecteur départemental des écoles, du médecin du département, de l'ingénieur du département, et d'un délégué par arrondissement, élu par l'assemblée de cet arrondissement.

Loi du 5 oct. 1899, modifiant celle du 20 avr. 1885, sur la pension des veuves et orphelins des instituteurs et celle des orphelins des institutrices.

Loi du 6 oct. 1899, complétant celle du 26 juill. 1898, sur l'enseignement primaire, obligeant notamment les parents à demander au ministre de l'Instruction publique une autorisation, s'ils désirent que leurs enfants reçoivent l'instruction à la maison, dans une école privée ou à l'étranger.

Loi du 14 janv. 1900, créant une Académie commerciale, destinée à donner aux jeunes gens l'enseignement commercial.

Section XII.

Travaux publics.

207. — Loi du 23 mars 1865, sur l'exécution des travaux publics.

Loi du 16/28 janv. 1880, sur l'expropriation des immeubles pour la construction des chemins de fer.

Loi du 12/24 juin 1884, modifiant celle du 23 mars 1865.

Loi du 12/24 juin 1884, modifiant l'art. 33 de la loi du 16/28 janv. 1880.

Loi du 3 nov. 1886, modifiant celle du 23 mars 1865, sur l'exécution des travaux publics.

Loi du 25 déc. 1889, relative au droit d'exploitation appartenant à la Compagnie de construction et d'exploitation des chemins de fer de l'Etat.

Loi du 27 mars 1890, accordant des privilèges à la Société russe des bateaux à vapeur.

Loi du 6 avr. 1890, accordant des privilèges à la Société serbe de navigation.

Loi du 3 févr. 1896, sur la construction et l'exploitation de la ligne ferrée Nich-Kladova.

Loi du 11 févr. 1896, relative aux travaux publics à exécuter dans la ville de Belgrade.

Loi du 3 déc. 1898, sur le télégraphe et le téléphone.

Loi du 6 déc. 1898, sur la construction et l'exploitation d'un nouveau réseau de chemins de fer.

Loi du 11 janv. 1899, sur l'emprunt destiné à l'exploitatien des chemins de fer.

Loi du 24 janv. 1901, modifiant l'art. 22 de la loi du 11 févr. 1896, sur les travaux publics à exécuter dans la ville de Belgrade.

Section XIII.

Lois sanitaires.

208. — Loi du 30 mars 1881, sur l'organisation sanitaire.

Loi du 1er/13 janv. 1883, sur les mesures préventives à prendre contre le phylloxéra.

Loi du 3/15 janv. 1883, concernant les médecins des établissements pénitentiaires.

Loi 11/23 juin 1884, modifiant celle du 30 mars 1881, sur l'organisation sanitaire.

Section XIV.

Assistance publique.

209. — Loi du 3 juill. 1898, créant les économats publics. Ils sont mis à la charge des départements. — V. *suprà*, v° *Assistance publique*, n. 3373 et s.

Section XV.

Lois foncières et agricoles.

210. — Loi du 3/15 févr. 1880, sur le règlement des questions agraires dans les nouveaux territoires de la principauté.

Loi du 14 févr. 1882, sur les écoles d'agriculture.

Loi forestière du 30 mars 1891 (en 158 art.). Les forêts appartiennent à l'Etat, aux communes, aux villages, aux monastères, aux églises ou aux particuliers. Les forêts communales, celles des villages, celles des monastères et des églises sont soumises à la surveillance de l'Etat. Plusieurs commissions seront instituées, afin de procéder à la délimitation exacte des forêts appartenant aux personnes morales; chacune de ces commissions se composera de sept membres, savoir : un agent forestier, un ingénieur, un homme de loi, trois membres élus par les communes où les forêts se trouvent situées, un membre élu par le conseil départemental. Chaque département devra être pourvu d'un agent forestier et de sous-agents et gardes forestiers en nombre suffisant; tous seront assermentés. Il sera créé une caisse forestière, où seront versées les sommes provenant du prix des ventes, glandées, pacages, indemnités, taxes, etc.; le montant de ces sommes sera affecté à couvrir les dépenses nécessitées par la mise en vigueur de la loi; cette caisse sera gérée par la Direction des fonds publics. Les bois et forêts des particuliers sont eux-mêmes réglementés par la loi.

Loi du 29 févr. 1892, créant un établissement modèle pour l'élevage et l'amélioration des chevaux, bêtes à cornes et porcs.

Loi du 28 nov. 1895, relative au rétablissement et à l'extension de la viticulture.

Loi du 8 déc. 1896, modifiant les art. 2, 6, 7, 15 et 16 de celle du 14 févr. 1882, sur les écoles d'agriculture.

Loi du 3 juill. 1898, sur la culture des arbres fruitiers. Chaque arrondissement devra établir et entretenir à ses frais une pépinière d'arbres fruitiers et autres, de cinq hectares au moins, qui sera administrée par des économes d'arrondissement; ceux-ci devront en outre faire des cours publics à des élèves envoyés et entretenus par chaque commune.

Loi du 3 juill. 1898, sur les stations agricoles. Chaque département doit établir et entretenir à ses frais une station agricole d'au moins soixante hectares.

Loi du 16 juill. 1898, sur la chasse.

Loi du 16 juill. 1898, sur la destruction des animaux et des plantes nuisibles et sur la protection des animaux utiles. Les dépenses nécessitées par cette loi sont mises à la charge des communes.

Loi du 9 janv. 1899, créant des livres fonciers des chemins de fer, où seront inscrits les prêts hypothécaires sur les chemins de fer.

Loi du 27 juill. 1898, sur la pêche fluviale.

Loi du 2 août 1898, modifiant la loi forestière du 30 mars 1891.

Loi du 2 déc. 1898, sur l'élevage et l'amélioration du bétail en général. Elle impose à toutes les communes l'obligation de se procurer de bons étalons pour toute espèce de bétail.

Loi du 26 janv. 1900, pour l'encouragement des associations agricoles.

Loi du 26 janv. 1900, modifiant celle du 28 nov. 1895, sur le rétablissement et l'extension de la viticulture.

Loi du 26 janv. 1900, complétant et modifiant la loi forestière du 30 mars 1891.

Section XVI.

Lois civiles.

211. — Lois du 2 mai 1844, 14 août 1851 et 8 janv. 1860, sur la nationalité et la naturalisation.

Loi du 15 mars 1866, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Loi du 21 avr. 1885, sur les dommages-intérêts dus à raison d'accidents survenus sur les voies ferrées.

Loi du 20 mars 1892, sur l'indemnité à accorder pour les dommages causés par l'incendie volontaire ou la destruction volontaire des choses appartenant à autrui. Si l'auteur du méfait reste inconnu, la commune où le fait a eu lieu est responsable, et le montant du dommage est fixé par trois experts.

Loi du 31 mars 1892, sur les sociétés d'assurances.

Loi du 17 janv. 1896, modifiant celle du 15 mars 1866, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Loi du 3 déc. 1898, sur les associations coopératives, agricoles et professionnelles.

V. *suprà*, vis *Mariage*, n. 2537 et s., *Nationalité-Naturalisation*, n. 1857 et s., et *Puissance paternelle*, n. 613 et 614.

Section XVII.

Lois commerciales et industrielles.

212. — Loi du 25 oct. 1870, sur les boutiques de débitants dans les villages.

Loi du 31 déc. 1873, pour le développement de l'industrie nationale.

Loi du 30 mai/11 juin 1884, sur la protection des échantillons et modèles industriels.

Loi du 30 mai/11 juin 1884, sur la protection des marques de fabrique.

Loi du 3 nov. 1886, sur les bourses de commerce et de marchandises.

Loi du 20 févr. 1891, modifiant celle du 25 oct. 1870, sur les boutiques de débitants dans les villages; elle énumère les marchandises dont la vente est permise et celles dont la vente est prohibée.

Loi du 10 déc. 1896, sur les sociétés anonymes par actions.

Loi du 16 juill. 1898, remplaçant celle du 31 déc. 1873, pour le développement de l'industrie nationale.

Loi du 21 janv. 1900, modifiant et complétant le Code sur les concours et les faillites, en ce qui touche les honoraires des syndics et du défenseur chargé des intérêts de la masse.

Section XVIII.

Lois criminelles.

213. — Loi du 30 juin/12 juill. 1884, sur la police des chemins de fer.

Loi du 19 mars 1891, modifiant quelques dispositions du Code pénal.

Loi du 6 oct. 1899, modifiant et complétant le Code pénal sur de nombreux points.

Loi du 17 janv. 1900, contenant deux dispositions additionnelles aux art. 156 et 183, C. proc. crim., et modifiant l'art. 326 de ce Code, lequel fixe désormais d'une manière approximative les honoraires dus aux avocats chargés de la défense des accusés.

Loi du 25 janv. 1900, modifiant celle du 30 juin 1884, sur la police des chemins de fer.

Loi du 26 janv. 1901, modifiant le Code de procédure criminelle : la prestation du serment des témoins aura lieu désormais en présence et par le ministère d'un prêtre.

SERGENT. — V. Écoles militaires. — État des officiers et sous-officiers. — Sous-officiers.

SERGENT DE VILLE. — V. Agent de police. — Outrages. — Paris (Ville de) et département de la Seine. — Police.

SÉRICICULTURE — V. Agriculture. — Animaux. — Vers a soie.

SERMENT.

Législation.

C. civ., art. 1357 et s.; C. proc. civ., art. 120 et 121; C. comm., art. 17; C. pén., art. 366.

Bibliographie.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1869-1879, 4e éd., 8 vol. in-8o, t. 8, § 752 et s., p. 181 et s., §§ 767 et 768, p. 359 et s. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1903, 8e éd., 3 vol. in-8o, t. 2, n. 1306 et s. — Bioche, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 1867, 5e éd., 6 vol. in-8o, vo *Serment*. — Blanche et Dutruc, *Etudes sur le Code pénal*, 1888-1891, 7 vol. in-8o, t. 5, n. 399 et s. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure*, 1890, 15e éd., 2 vol. in-8o, t. 1, n. 253 et s. — Bonnier et Larnaude, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 1888, 5e éd., in-8o, n. 404 et s. — Carré et Chauveau,

Lois de la procédure civile et commerciale, 1880-1888, 5e éd., avec suppl. par Dutruc, 11 tomes in-8° en 13 vol., t. 1, quest. 503 et s., et suppl., v° *Serment*. — Casati, *Code pénal commenté par la jurisprudence la plus récente*, 1890-1891, 1 vol. in-8°, sur l'art 366. — Chauveau, F. Hélie et Villey, *Théorie du Code pénal*, 1887-1888, 6e éd., 6 vol. in-8°, t. 4, n. 1831 et s. — Deffaux, Harel et Dutruc, *Encyclopédie des huissiers*, 1888-1896, 4e éd., 12 vol. in-8°, v° *Serment extrajudiciaire ou judiciaire*. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1873-1884, 9 vol. in-8°, t. 5, n. 336 et s. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 32 vol. in-8°, t. 30, n. 557 et s. — Duranton, *Cours de droit français*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 13, n. 565 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Serment*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, et suppl. par Griffond, t. 3, sur les art. 1357 et s., et suppl., *ibid.* — Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1898-1902, 2e éd., 6 vol. in-8°, t. 5, n. 2034 et s. — Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, 2e éd., 8 vol. in-8°, t. 3, § 878 et s., p. 121 et s. — Glasson et Colmet-Daage, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 1902, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 642 et 643. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 8, n. 356 et s. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 1885, 2e éd., 7 vol. in-8°, t. 7, sur les art. 1357 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1869-1878, 3e éd., 33 vol. in-8°, t. 20, n. 222 et s. — Lautour, *Code usuel d'audience*, 1887-1890, 2e éd., 2 vol. gr. in-8°, t. 1, sur l'art. 366, C. pén. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 5, sur les art. 1357 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 3, § 601 et s., p. 529 et s. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 8 vol. in-8°, v° *Serment*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Serment*. — Morin, *Répertoire universel et raisonné du droit criminel*, 1851, 2 vol. gr. in-8°, vis *Faux serment*, *Serment*. — Pigeau et Crivelli, *La procédure civile des tribunaux de France*, 1837, 5e éd., 2 vol. in-4°, t. 1, p. 315 et s. — Pigeau et Poncelet, *Commentaire sur le Code de procédure civile*, 1827, 2 vol. in-4°, t. 1, p. 284 et s. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 35 et s. — Pothier, *Œuvres* (éd. Bugnet), 1861-1890, 11 vol. in-8°, t. 2, p. 482 et s., *Traité des obligations*, n. 910 et s. — Poujol, *Traité des obligations*, 1846, 3 vol. in-8°, t. 3, sur les art. 1357 et s. — Rodière, *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, 1878, 5e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, p. 468 et 469. — Rogron, *Le Code civil expliqué*, 1884, 20e éd., 2 vol. in-18, sur les art. 1357 et s. — Rolland de Villargues, *Les Codes criminels*, 1877, 5e éd., 2 vol. gr. in-8°, sur l'art. 366, C. pén.; — *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 2e éd., 9 vol. in-8°, v° *Serment judiciaire*. — Rousseau et Laisney, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale*, etc., 1886-1896, 2e éd. avec suppl., 10 vol. in-8°, v° *Serment*. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892, 4 vol. gr. in-8°, t. 3, n. 181 et s. — Thomine-Desmazures, *Commentaire sur le Code de procédure civile*, 1832, 2 vol. in-4°, t. 1, n. 134 et s. — Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, *Code de procédure civile annoté*, 1901, 1 vol. paru, t. 1, sur les art. 120 et 121. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 10, n. 342 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1961 et s.

Antonini, *Du serment*, 1874, in-8°. — Bayssat (F.), *Du serment en justice*, 1886. — Briançon, *Du serment considéré comme mode de preuve*, Toulouse, 1872, in-8°. — Giraud, *Du serment décisoire. Pouvoir et devoir du juge. Du faux serment en matière civile*, 1854, in-8°. — Houel, *Du serment*, 1890, in-8°. — Jeanvrot, *La suppression du serment*, 1887. — De la Plane, *Du serment en droit civil et criminel*, 1862, in-8°. — Lavallée (H.), *Consultation délibérée sur le serment des Israélites*, Bruxelles, broch. in-8°. — Lemonnier, *Du serment considéré comme mode de preuve*, 1869, in-8°. — Monterde, *Du serment considéré comme moyen de preuve*, 1871, in-8°. — Prandière (de), *Le serment en justice*, 1864, 1 vol. in-8°. — Schaller, *Du serment*, Strasbourg, 1818. — Tardif de Moidrey, *Du serment litisdécisoire*, Metz, 1860, in-8°. — X..., *Le serment considéré au point de vue historique, chrétien, philosophique et pratique*, 1876, in-8°.

Du serment : Ann. des just. de paix, 1850, p. 118 et s. — *Serment décisoire, refus* (Collet) : Bull. des Trib., 1863, p. 405. — *Dans le cas où la preuve par témoins est inadmissible, le juge peut-il avoir égard aux déclarations des parties et déférer à l'une d'elles le serment?* (J. Lévy) : Corr. just. de paix, 1865, 2e sér., t. 12, p. 320. — *Le serment supplétif peut-il être déféré à un marchand lorsque celui-ci n'a pas personnellement livré au défendeur les marchandises dont il réclame le prix, mais que la fourniture est inscrite sur les registres de son commerce, tenus par sa femme?* (Nœuvéglise) : Corr. des just. de paix, 1883, 3e sér., t. 3, p. 79. — *Sur le serment* more judaïco (Ad. Crémieux) : Gaz. des Trib., 29 oct. 1827. — *Lorsqu'un serment, prêté par l'une des parties en matière civile, est l'objet d'une poursuite criminelle pour faux serment, quelles sont les règles de preuve admissibles et comment doit agir la partie lésée?* J. des av., t. 46, p. 265 et s. — *Les Israélites auxquels est déféré le serment judiciaire peuvent-ils être assujettis à le prêter dans la forme solennelle de leur religion, alors même qu'ils déclarent que ces solennités sont au moins inutiles?* J. des av., t. 66, p. 193 et s. — *Quelques notes sur le serment* (Charles Carpentier) : J. le Droit, 17 et 18 mars 1882. — *Le vote de la Chambre sur la laïcisation du serment* (Charles Carpentier) : J. le Droit, 10-11 juill. 1882. — *La question du serment* (Victor Jeanvrot) : J. la Loi, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 avr. 3 mai 1882. — *Le serment au Japon* (G. Boissonnade) : La paix sociale, 3 août 1889. — *Du serment judiciaire* (Miqueret) : Rev. crit., 1871-1880, p. 668. — *Le serment ne peut-il être déféré d'office à une partie que sur un fait qui lui soit personnel?* (Zachariæ de Ligenthal) : Rev. Fœlix, t. 12, p. 211 et s. — *Réflexions et recherches sur le serment judiciaire* (Berriat-Saint-Prix) : Rev. Wolowski, 1838, t. 8, p. 241 et s.

Droit international privé. — Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, 1884, in-8°, n. 78 et s. — Brocher, *Cours de droit international privé*, 1882-1885, 3 vol. in-8°, t. 2, p. 137. — Fœlix et Demangeat, *Traité du droit international privé*, 1866, 4e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, n. 236, 247. — Fiore (trad. Antoine), *Le droit international privé*, 1889-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 1, n. 184 et s. — Laurent, *Le droit civil international*, 1880-1882, 8 vol. in-8°, t. 8, n. 54 et s. — Rolin, *Principes de droit international privé*, 1896, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 1056 et 1057. — Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé, avec deux suppléments*, 1887-1889, gr. in-8°, v° *Commission rogatoire*. — Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1890, 2e éd., in-8°, p. 808 et s.

Des preuves et formalités probantes d'après le droit international : Rev. étr. et franç., 1841, p. 950.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1. — Le serment est un acte civil et religieux par lequel on prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait. « *Est enim jusjurandum affirmatio religiosa* », a dit Cicéron (*De officiis*, liv. 3, ch. 19). Le serment diffère sous ce rapport de la simple affirmation ou de la promesse de dire la vérité, engagement dépourvu du caractère religieux. — Duranton, t. 13, n. 565; Marcadé, sur l'art. 1357; Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, quest. 1028; Demolombe, t. 30, n. 558; Bonnier (éd. Larnaude), *Des preuves*, n. 406.

2. — On distingue deux espèces principales de serment : le serment promissoire et le serment affirmatif. Le serment promissoire, *juramentum promissorium*, est employé pour affermir un engagement ou une promesse, comme garantie de son accomplissement; il se rapporte à un fait futur. Toutefois, il renferme

implicitement l'affirmation d'un fait présent, savoir : que celui qui jure a présentement la volonté de faire ce qu'il promet. C'est au serment promissoire que se rapporte le serment que doivent prêter les fonctionnaires publics avant d'entrer en fonctions, et les particuliers qui ont certains devoirs à remplir. — Bonnier (éd. Larnaude), [illegible].

3. — Le serment affirmatif, *juramentum assertorium*, est celui qu'on emploie ou qu'on exige pour garantir la sincérité de l'affirmation ou de la négation d'un fait présent ou passé. Le serment affirmatif déféré à une partie, quoiqu'il doive avoir à son égard l'effet d'affermir son engagement de dire la vérité, est, sous un autre rapport, considéré comme tenant lieu d'une preuve qui fait qu'on admet comme véritable le fait sur lequel la partie a juré, et c'est sous ce point de vue que cette sorte de serment est rangée par le Code civil (art. 1316) au nombre des différentes manières de prouver les conventions. — Toullier, t. 10, n. 349 et 350.

4. — Le serment affirmatif est judiciaire ou extrajudiciaire, selon qu'il est déféré en justice, ou hors jugement en vertu d'une convention. Les règles relatives au serment judiciaire sont tracées par les art. 1357 et s., C. civ. C'est de cette espèce de serment que nous nous occuperons principalement ici.

5. — Le serment judiciaire est : 1° ou déféré par une partie à l'autre, pour en faire dépendre le jugement de la cause; il s'appelle alors décisoire; 2° ou déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties. Ce dernier serment comprend lui-même deux espèces : 1° celui qui est déféré pour suppléer à l'insuffisance des preuves; il prend le nom de serment supplétif ou supplétoire; 2° celui que le juge défère sur la valeur des choses qui sont l'objet du procès; on l'appelle serment *in litem*.

6. — Dans le droit romain, celui qui déférait le serment était tenu, si son adversaire l'exigeait, de prêter d'abord lui-même le serment *de calumniâ;* c'est-à-dire qu'il ne déférait point le serment à la partie pour la vexer. Le serment *de calumniâ* pouvait être référé (V. C., tit. *De jurejurando propt. calumn. dando*, lib. 2, tit. 59). Ce serment n'a point été admis dans notre droit. — Duranton, t. 13, n. 572.

CHAPITRE II.

DU SERMENT DÉCISOIRE.

SECTION I.

Caractères du serment décisoire.

7. — D'après l'art. 1357, C. civ., le serment décisoire est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause.

8. — Il résulte de cette définition même que le serment décisoire a le caractère d'une transaction. La partie qui défère le serment, ou celle qui le réfère, offre à son adversaire de renoncer à ses prétentions et de s'en remettre à lui pour la décision du litige. C'est une transaction conditionnelle, car elle est subordonnée à la condition que le serment sera prêté; elle est de plus forcée, car la partie à laquelle elle est offerte doit l'accepter et succombe si elle refuse de prêter serment. — Toulouse, 25 mai 1885, syndic Cabanes, [S. 89.2.41, P.89.1.228] — *Sic*, Rolland de Villargues, *Rép. du notar.*, v° *Serment judic.*, n. 4; Taulier, t. 4, p. 566; Boileux, t. 4, p. 732; Toullier, t. 10, n. 362; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 541, § 608; Aubry et Rau, t. 8, p. 184, § 753, texte et note 1; Laurent, t. 20, n. 230; Poujol, *Oblig.*, t. 3, p. 467; Demolombe, t. 30, n. 580; Larombière, sur l'art. 1358, n. 5; Bonnier (éd. Larnaude), n. 409; Labbé, note sous Toulouse, 25 mai 1885, précité ; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 15; Huc, t. 8, n. 357 *bis;* Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 879, p. 122 et s.

9. — N'a donc pas le caractère de serment décisoire, le serment déféré comme complément d'autres mesures d'instruction; un pareil serment n'est qu'un mode supplémentaire de preuve. — Cass., 7 nov. 1893, Ballantier, [S. et P. 94.1.182, D. 94.1.15]

10. — Le serment décisoire devant mettre fin à la contestation, on décide qu'il ne peut être ordonné que sur des faits décisifs et tels que la prestation ou le refus de serment entraine nécessairement le jugement de la cause. — Cass., 6 mai 1834, Franceschetti, [S. 34.1.756, P. chr.]; — 6 févr. 1843, Jouffrault, [P. 43.2.674]; — 29 nov. 1846, Sudreau, [P. 48.2.466]; — 5 mai 1852, Gounon, [S. 52.1.395, P. 52.1.600, D. 52.1.275] — Bordeaux, 14 avr. 1840, Ichery, [P. 40.2.159] — Grenoble, 17 déc. 1858, X..., [S. 59.2.433, P. 59.361] — *Sic*, Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 544, § 608, note 16; Aubry et Rau, t. 8, p. 187 et 190, § 753; Demolombe, t. 30, n. 610; Marcadé, sur l'art. 1358, n. 1; Huc, t. 8, n. 360; Laurent, t. 20, n. 251; Larombière, sur l'art. 1359, n. 14; Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, sur l'art. 1357, n. 33. — V. *infrà*, n. 159 et s.

11. — En d'autres termes, le serment décisoire ne peut être admis par le juge qu'autant qu'il doit avoir pour résultat de terminer la contestation. — Cass., 12 mai 1852, Commune de Beaumont, [S. 52.1.782, P. 53.2.551]

12. — Ainsi, lorsque pour empêcher la saisie des biens dépendant de la succession de son mari, la veuve excipe du droit de rétention qu'en vertu de son contrat de mariage elle aurait sur lesdits biens, le créancier saisissant serait fondé à lui déférer le serment sur le fait de savoir si, par un traité quelconque fait avec son mari par suite d'une séparation, elle n'a pas été complètement payée de tous ses droits. Mais le serment sur le fait seulement de savoir si, après la séparation, il n'est pas intervenu un traité portant règlement des droits de la femme, ne serait pas admissible, parce que l'aveu que ce traité aurait eu lieu ne prouverait pas que la femme a été payée, et que par conséquent le droit de rétention a cessé. — Bordeaux, 14 avr. 1840, précité.

13. — De même, il n'y a pas lieu d'admettre le serment déféré par celui qui prétend qu'on a cédé un droit litigieux contre lui, sur le fait de la cession, alors qu'il se réserve, en cas d'aveu, la faculté de ne pas exercer le retrait et de continuer ainsi le procès contre le cessionnaire. — Cass., 12 mai 1852, précité.

14. — Lorsqu'après une réduction de prix de vente, opérée du consentement de toutes les parties, l'acquéreur demande la restitution des droits de mutation payés sur le montant de la réduction, et que le vendeur soutient que, nonobstant la réduction consentie, les droits de mutation, à raison d'une dissimulation du prix réel, ont été perçus sur une somme inférieure à ce prix, de telle sorte qu'il ne doit rien restituer, les juges peuvent, sans violer aucune loi, refuser d'admettre le serment déféré à l'acquéreur, sur le point de savoir quel était le prix réel de la vente. — Cass., 5 mai 1852, précité.

15. — Lorsqu'il ressort de l'examen des questions posées par une partie, dans le serment décisoire par elle proposé à l'adversaire, que, loin de clore le débat, ces questions ne pouvaient que donner naissance à de nouvelles instances, il y a lieu de rejeter le serment proposé. — Cass., 8 janv. 1890, Gottis, [S. 90.1.112, P. 90.1.267, D. 90.1.24]

16. — Jugé aussi que c'est à bon droit qu'un tribunal rejette, en le déclarant non pertinent, un serment déféré comme litisdécisoire, lorsque le fait sur lequel le serment est déféré est tel, que le refus, par la partie adverse, de prêter ce serment, n'aurait pas décidé la question du procès. — Cass., 24 nov. 1846, Tabouillot, [P. 46.2.669]

17. — Les juges peuvent donc refuser de déférer le serment s'ils pensent que sa prestation n'aurait aucun effet sur la décision à intervenir. — Rennes, 13 août 1812, le Mentheour, [P. chr.] — Bourges, 15 juill. 1814, Flandin, [P. chr.]

18. — Par suite ne doit pas être considéré comme décisoire le serment déféré à un cessionnaire sur la question de savoir s'il est réellement cessionnaire ou seulement prête-nom. — Bordeaux, 30 juill. 1829, Durousseau, [S. chr., P. chr., sous Cass., 27 avr. 1831]

19. — De même lorsqu'un défendeur, assigné en remboursement d'un prêt, ne conteste pas la réalité de ce prêt, mais affirme, par un aveu indivisible, s'être libéré, le serment qui lui est déféré, et qui ne porte que sur le prêt en lui-même, et non sur le remboursement allégué, n'est pas le serment décisoire de nature à terminer le litige, dans les termes de l'art. 1357, C. civ. En conséquence, n'est pas justifié le jugement qui condamne ce défendeur au paiement de la somme réclamée, sur le motif que, par son refus de prêter le serment dans les termes dans lesquels il lui était déféré, en se bornant à jurer qu'il avait remboursé son adversaire, et en ne lui référant pas le serment, il devait être réputé avoir refusé de le prêter. — Cass., 11 févr. 1902, Lagoutte, [S. et P. 1902.1.240, D. 1902.1.80]

20. — On admet cependant qu'il n'est pas indispensable que le serment ait pour résultat de terminer le litige en son entier, mais il doit terminer au moins l'un des chefs du litige. — Cass.,

5 mai 1886, Audin, [S. 86.1.264, P. 86.1.632, D. 86.1.467] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 36 ; Laurent, t. 20, n. 254.

21. — Ainsi il ne peut être déféré sur un fait servant de base à une exception opposée à la demande, qu'autant que l'admission de cette exception entraîne le rejet de la demande, et que, à l'inverse, le rejet de l'exception entraîne l'admission de la demande. — Même arrêt. — *Sic*, Duvergier, *Louage*, t. 2, n. 341; Troplong, *Louage*, t. 2, n. 987; Colmet de Santerre, t. 7, n. 243 *bis* I; Laurent, t. 26, n. 9 et 10; Guillouard, *Louage*, t. 2, n. 787; Sauzet, *Revue critique*, 1883, p. 613.

22. — Et, à cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Même arrêt.

23. — De même, le serment ne doit pas être ordonné, s'il ne porte que sur l'un des moyens ou exceptions opposés, de telle sorte que, fût-il accepté et prêté, le litige n'en continuerait pas moins de subsister sur les autres moyens ou exceptions. — Agen, 17 févr. 1830, Lafiteau, [S. et P. chr.]

24. — Le serment déféré à une partie ne peut être considéré comme décisoire, qu'autant que celui qui l'a déféré a entendu en faire dépendre le sort de la contestation. — Cass., 13 juin 1881, Bartoli, [S. 84.1.22, P. 84.1.34, D. 82.1.474] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 8, p. 190, § 753, textes et notes 29 et 30; Demolombe, t. 30, n. 616.

25. — Ainsi, la formule d'un serment, qui porte notamment sur la reconnaissance qu'aurait faite un créancier de la libération de son débiteur, celui-ci n'invoquant d'ailleurs aucune autre preuve que celle qui aurait pu résulter du refus de son adversaire de prêter le serment déféré, implique que le débiteur se soumet par avance, en cas de prestation du serment, à une condamnation sur le fond, et le serment, devant ainsi terminer le litige d'une façon définitive, est un serment décisoire. — Cass., 13 mars 1900, Batier, [S. et P. 1900.1.448, D. 1900.1.263]

26. — Le serment déféré sur le point qui fait l'objet des conclusions principales, emporte, de la part de celui qui le défère, renonciation à ses conclusions subsidiaires. — Cass., 27 avr. 1853, Chabus, [S. 53.1.698, P. 54.1.493, D. 53.1.195]

27. — Spécialement, la partie qui soutient au principal qu'un transport a pour but de déguiser un simple contrat de gage, et qui défère le serment sur ce point, renonce, par cela seul, aux conclusions subsidiaires par lesquelles elle soutenait que ce transport, supposé réel, était entaché de dol et d'usure. — Même arrêt.

28. — Le serment décisoire est exclusif de toutes autres conclusions de la part de celui qui l'a déféré; en conséquence, ce dernier ne pourrait être admis à se plaindre de ce que les juges, après avoir refusé d'ordonner le serment, ont immédiatement statué au fond, sans qu'il y ait pris aucunes conclusions pour le cas où sa délation de serment ne serait pas accueillie. — Cass., 11 nov. 1861, Orange, [S. 63.1.151, P. 63.544, D. 62.1.416]

29. — Il en résulte, également, que les juges peuvent rejeter la demande qui a pour objet de déférer le serment décisoire, si la partie qui veut le déférer se réserve de prendre des conclusions postérieures. — Bourges, 15 juill. 1814, Flandin, [P. chr.]

30. — Par application de cette règle que le serment pour être décisoire doit être susceptible de mettre fin à la contestation, certains auteurs ont admis qu'un serment, déféré par une partie au moyen de conclusions subsidiaires, perd le caractère de serment décisoire et n'est plus qu'un serment supplétif. — Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Serment*, sect. 3, § 2, n. 6; Merlin, *Rép.*, v° *Serment*, § 2, n. 7; Toullier, t. 10, n. 404; Labbé, note sous Toulouse, 25 mai 1885, [S. 89.2.41, P. 89.1.228]; Paul Bressolles, *Gaz. des Trib. du Midi*, 1er août 1886.

31. — La jurisprudence s'est en majorité prononcée pour cette solution. Elle décide que lorsque le demandeur, après avoir fait valoir les moyens qu'il a crus propres à justifier sa demande, défère subsidiairement le serment au défendeur, ce serment n'est pas décisoire, qu'il est simplement supplétif. — Cass., 30 oct. 1810, Dechastenet, [S. et P. chr.]; — 7 nov. 1838, Watier de Saint-Alphonse, [P. 38.2.495] — Agen, 25 févr. 1817, Courberieu, [S. et P. chr.] — Montpellier, 25 juin 1819, Danjou, [S. et P. chr.] — Colmar, 5 févr. 1834, Zuhos, [S. 35.2.143, P. chr.]; — 7 mars 1835, Pflumer, [S. 35.2.416, P. chr.] — Bourges, 26 mai 1835, Hogues de Châteauroux, [P. chr.] — Paris, 18 janv. 1837, Lemaire, [P. 37.1.248]; — 29 janv. 1841, Lauray, [P. 41.1.294] — Bordeaux, 8 avr. 1842, Tronche, [P. 42.2.95] — Limoges, 24 févr. 1843, Brachet, [S. 44.2.637, P. chr.] — Paris, 20 janv. 1843, Mocquot, [P. 44.1.181] — Douai, 31 janv. 1855, Plasquin, [S. 55.2.247, P. 55.1.20, D. 55.5.412] — Grenoble, 17 déc. 1858, X..., [S. 59.2.433, P. 59.461]

32. — En conséquence il ne peut être ordonné que lorsqu'il existe déjà des présomptions graves ou un commencement de preuve. — Cass., 30 oct. 1810, précité. — Agen, 25 févr. 1817, précité. — Montpellier, 25 juin 1819, précité. — Colmar, 5 févr. 1834, précité; — 7 mars 1835, précité. — Limoges, 24 févr. 1843, précité.

33. — Ainsi jugé notamment que, si, aux termes de l'art. 1360, C. civ., le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause, il ne doit pourtant être reçu que lorsque la partie qui le défère en fait dépendre le jugement du procès, et non quand elle l'emploie comme moyen subsidiaire pour le cas où les juges n'admettraient pas ses conclusions principales; car ce n'est plus là que le serment supplétif dont l'art. 1367 trace au juge les conditions d'admissibilité. — Rouen, 27 janv. 1840, Bottier, [P. 40.1.534] — Nancy, 12 févr. 1846, Lenevue, [P. 46.2.208, D. 46.2.121] — Orléans, 26 févr. 1847, Ory, [P. 47.1.546]

34. — ... Que le serment déféré par un défendeur, dans ses conclusions subsidiaires, alors que, dans ses conclusions principales, il a combattu la demande par d'autres moyens tirés du fond, a le caractère d'un serment supplétif. — Toulouse, 25 mai 1885, Cabanes, [S. 89.2.41, P. 89.1.228]

35. — ... Spécialement, que lorsque le défendeur, invoquant en tout cas la prescription édictée par l'art. 2277, C. civ., pour une portion des arrérages d'une rente viagère qui sont réclamés, défère subsidiairement le serment à son adversaire, sur le point de savoir s'il n'a pas reçu le paiement de ce qui lui était dû, on ne saurait dire que sa volonté ait été de subordonner la décision du procès au serment, en ce qui concerne les arrérages remontant au delà des cinq dernières années; que le serment n'est donc pas décisoire. — Cass., 13 juin 1881, Bartoli, [S. 84.1.22, P. 84.1.34, D. 82.1.374]

36. — ... Que le serment déféré par des conclusions subsidiaires est purement supplétoire et non litisdécisoire; qu'en conséquence, il appartient aux juges d'en apprécier l'opportunité et de l'admettre ou de le rejeter, suivant les circonstances. — Bordeaux, 22 août 1871, Trimoulet, [S. 71.2.273, P. 71.858, D. 72.2.214]

37. — ... Que le serment déféré par une partie subsidiairement à un moyen principal ne prend point le caractère de litisdécisoire parce qu'il a été accepté et que le juge a donné acte de l'acceptation. — Colmar, 13 juill. 1846, Brunschwig, [P. 47.1.109]

38. — ... Que lorsqu'une partie a déféré le serment à un adversaire à l'effet de déclarer s'il n'est pas vrai qu'au moment de la confection d'un acte qui avait déterminé leurs droits respectifs sur un fonds il avait été entendu entre elles que, dans le cas où des titres retrouvés détermineraient autrement ces droits, elles ne pourraient exiger que les droits fixés dans ces titres, un pareil serment a pu être considéré comme supplétoire et non comme décisoire; du moins, l'arrêt qui le décide ainsi, par appréciation des termes dans lesquels ce serment est conçu, ne peut donner ouverture à cassation. — Cass., 26 nov. 1828, de Bouvet, [P. chr.]

39. — Mais le serment déféré en première instance par des conclusions subsidiaires prend en appel le caractère de décisoire lorsque la partie, rectifiant ses conclusions originaires, se borne à requérir ledit serment purement et simplement, et à faire dépendre la décision de sa prestation. — Paris, 27 août 1847, Marguéré, [P. 47.2.539]

40. — En vertu du même principe, comme, à la différence de serment décisoire, le serment supplétoire n'est pas obligatoire pour l'adversaire de celui qui l'a prêté, à moins qu'il n'ait acquiescé au jugement qui en ordonne la prestation, la jurisprudence décide que la partie qui, subsidiairement à un moyen principal par elle proposé, a déféré le serment à son adversaire, peut interjeter appel du jugement qui ordonne le serment déféré en rejetant les conclusions principales. — Cass., 15 mars 1852, Adam, [S. 52.1.324, P. 52.2.510, D. 52.1.79] — Riom, 1er mars 1826, Dauphan, [S. et P. chr.] — Colmar, 5 févr. 1834, précité.

41. — La majorité de la doctrine se prononce pour le système contraire et décide que le serment déféré par voie de conclusions subsidiaires ne laisse pas de conserver le caractère de serment décisoire. — Larombière, sur l'art. 1360, n. 6; Bonnier, n. 413; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 532, § 602, note 2;

Marcadé, sur les art. 1358 à 1360, n. 3 ; Laurent, t. 20, n. 257 ; Demolombe, t. [illegible], n. 620 et s.; Bonnier, n. 413 ; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1316. — V. aussi Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 884, p. 132.

42. — Jugé, en ce sens, que le serment décisoire peut être déféré par des conclusions subsidiaires et après emploi de tous moyens propres à combattre la demande. — Bastia, 12 avr. 1864, Paoli, [S. 64.2.189, P. 64.954, D. 64.2.88]

43. — Jugé, en conséquence, qu'en pareil cas, la partie qui a déféré le serment n'est pas recevable, après que ce serment a été prêté, à interjeter appel du chef du jugement qui a repoussé le [illegible] principal. — Nîmes, 24 mars 1852, Balazuc, [S. 52.2.328, P. 53.1.95]

44. — Enfin, d'après une troisième opinion, le caractère du serment déféré par conclusions subsidiaires dépend des circonstances, et les juges peuvent, d'après leur appréciation, considérer le serment comme décisoire ou seulement comme supplétif. — Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 190 et 191, note 30.

45. — Jugé, en ce sens, que le serment qui n'a été déféré que subsidiairement peut, par interprétation des termes dans lesquels il est conçu, être considéré comme un serment supplétif, qu'il est facultatif aux juges d'ordonner ou de ne pas ordonner, plutôt que comme un serment décisoire, qu'une partie a toujours le droit de déférer en tout état de cause à son adversaire. — Cass., 12 nov. 1835, Lattier, [S. 36.1.923, P. chr.]; — 7 nov. 1838, Watier, [S. 38.1.875, P. 38.2.195]

46. — Jugé encore, que le serment, bien qu'il ne soit déféré par une partie que subsidiairement, et pour le cas seulement où les moyens qu'elle a fait valoir seraient écartés, peut être considéré comme ayant, non le caractère de serment supplétif, mais bien le caractère de serment décisoire ; que, par suite, il peut être ordonné, encore bien que la demande ou l'exception soit totalement dénuée de preuves. — Pau, 3 déc. 1829, Marc, [S. et P. chr.]

47. — En tout cas, le serment décisoire n'a vraiment ce caractère qu'autant qu'il est déféré précisément sur le fait qui est contesté entre les parties. — Cass., 29 avr. 1885, Lenormand de Lourmel du Hourmelin, [S. 86.1.178, P. 86.1.409, D. 85.1.440]

48. — N'a donc pas ce caractère, en présence d'une contestation sur l'existence même d'une dette, un serment déféré et imposé, sur le point de savoir si le prétendu débiteur était ou non libéré de cette dette. — Même arrêt.

49. — Un arrêt qui juge, par des considérations de fait, qu'un serment n'est pas décisoire, échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 27 avr. 1831, Durousseau, [P. chr.]

50. — C'est une question fort controversée que celle de savoir si des juges ont le droit d'admettre ou de rejeter le serment décisoire suivant leur appréciation. La majorité de la doctrine se prononce pour la négative. Lorsque le serment décisoire est déféré par l'une des parties à l'autre dans les cas où il peut être déféré légalement, il n'appartient jamais aux juges de s'opposer à cette délation et de la déclarer non recevable. D'après le Code civil, en effet, c'est aux parties et non aux juges qu'appartient la faculté de déférer le serment. La délation du serment est une offre de transaction faite par une partie à son adversaire qui n'a d'autre alternative que de le prêter, de le référer ou de le refuser. Le seul rôle de juge est de faire exécuter le serment et de statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever sur son admissibilité, mais il ne saurait procurer à la partie à qui le serment est déféré un moyen de s'y soustraire en décidant qu'il ne juge pas nécessaire de le faire prêter. — Bioche, v° *Serment*, n. 40 ; Boncenne, t. 2, p. 494 ; Bonnier, n. 413; Colmet de Santerre, t. 5, n. 337; Larombière sur l'art. 1361, n. 6 ; Demolombe, t. 30, n. 614 et s.; Laurent, t. 20, n. 258 ; Marcadé, sur l'art. 1360, n. 2 ; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 191 et 192; Boitard et Colmet-Daage, t. 1, n. 254 ; Huc, t. 8, n. 360 ; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 884, p. 130 et s.

51. — Certains auteurs, il est vrai, font une réserve au principe qu'ils admettent. Ils pensent que les juges pourraient refuser d'autoriser le serment s'il leur paraissait constant que la délation a eu lieu par esprit de vexation et de malice, à charge de le déclarer dans le jugement. — Aubry et Rau, *loc. cit.;* Larombière sur l'art. 1361, n. 7; Lavielle, p. 65.

52. — Quelques arrêts ont admis ce premier système. Ainsi il a été jugé que si le serment déféré d'office est toujours facultatif pour les juges, il n'en est pas de même du serment décisoire ; et que les juges ne peuvent le rejeter, alors que les faits sur lesquels il est provoqué sont personnels à la partie qui le demande, et pertinents dans leur ensemble. — Caen, 15 févr. 1838, de Claville, [P. 43.1.305]

53. — ... Que lorsque le serment décisoire est déféré par l'une des parties sur le fait d'intérêts illégalement perçus, un tribunal ne peut arbitrairement dispenser le créancier du serment. — Bordeaux, 10 mai 1833, Delaunay, [P. chr.]

54. — ... Que les tribunaux ne peuvent se refuser à ordonner le serment décisoire, lorsqu'il est déféré, sous le prétexte qu'aucune justification n'est produite. — Cass., 16 mars 1852, précité.

55. — ... Que les tribunaux ne peuvent se dispenser d'ordonner le serment décisoire déféré par le demandeur, encore bien que les allégations du défendeur qui s'y oppose leur paraissent vraisemblables. — Caen, 4 janv. 1840, Charuel, [P. 43.1.305]

56. — ... Ou en se fondant sur ce que la demande serait suffisamment justifiée d'ailleurs. — Bastia, 12 avr. 1864, Paoli, [S. 64.2.189, P. 64.954, D. 64.2.88]

57. — ... A moins cependant que la délation ne porte sur un fait d'une telle invraisemblance que les juges ne sauraient le prendre au sérieux. — Même arrêt.

58. — Ainsi lorsqu'un individu, détenteur de biens dont on lui demande le partage, soutient que celui qui l'actionne est sans qualité pour le faire, et, par suite, lui défère le serment sur la question de savoir s'il a cédé ou non ses droits sur ces biens à un tiers, ce serment renferme tous les caractères du serment décisoire, et la délation qui en est faite ne peut être repoussée par les tribunaux. — Bourges, 22 févr. 1842, Arvey, [P. 43.1.306]

59. — Dans l'opinion contraire on fait remarquer que les art. 1358 à 1360, C. civ., portent que le serment *peut* être déféré, ce qui indique une faculté et non une obligation. Il est tout naturel d'accorder cette faculté au juge puisque le serment est un mode de preuve et que les tribunaux ont, en matière de preuve, toute latitude pour former leur conviction. S'ils s'estiment suffisamment éclairés, pourquoi avoir recours encore au serment? — Toullier, t. 10, n. 404; Giraud, *Rev. crit.*, 1864, p. 248 et s.; Larnaude, sur Bonnier, n. 413; Hudelot et Metman, *Des obligat.*, n. 773.

60. — La jurisprudence s'est en grande majorité prononcée pour ce système. Elle estime que les juges ne sont pas obligés d'ordonner le serment décisoire qui est demandé par l'une des parties et que la loi laisse aux tribunaux la faculté d'admettre ou de rejeter ce serment ; les juges peuvent donc selon les circonstances, refuser d'ordonner le serment décisoire déféré par une partie à son adversaire. — Cass., 23 août 1829, Couvé, [S. et P. chr.]; — 6 août 1856, Salzard, [S. 58.1.669, P. 58.556, D. 57.1.39]; — 1er mars 1859, Coffineau, [S. 59.1.329, P. 59.833, D. 59.1.155]; — 6 févr. 1860, Darrieux, [S. 60.1.337, P. 60.1003, D. 60.1.253]; — 11 nov. 1861, Orange, [S. 63.1.151, P. 63.544, D. 62.1.466]; — 17 mars 1862, de Villeneuve, [S. 62.1.507, P. 62.842, D. 62.1.466]; — 17 nov. 1863, Changenet, [S. 64.1.49, P. 64.235, D. 64.1.121] — Bordeaux, 19 janv. 1830, Poirier, [S. et P. chr.]; — 23 janv. 1834, Durenthon, [P. chr.] — Limoges, 10 mai 1845, Javerdat-Fombelle, [S. 46.2.73, P. 46.1.551, D. 46.4.457] — Orléans, 2 janv. 1850, Funicy, [P. 50.1.67] — Metz, 17 déc. 1856, Humbert, [P. 57.280] — Agen, 8 déc. 1858, Rattié, [S. 59.2.15, P. 59.397, D. 59.2.19] — Pau, 10 déc. 1858, Soussem, [P. 60.224, D. 59.2.18] — Chambéry, 22 mars 1861, Facemay-Barthelmy, [S. 62.2.32, P. 61.972, D. 61.2.165] — Bordeaux, 14 janv. 1869, Salavie, [S. 69.2.164, P. 69.718, D. 74.5.449] — Aix, 21 févr. 1898, sous Cass., 13 févr. 1900, Fouque, [S. et P. 1902.1.7]

61. — En d'autres termes, si le serment décisoire peut être déféré sur quelque contestation que ce soit et en tout état de cause, il appartient au juge d'apprécier si cette mesure est ou non nécessaire. — Cass., 11 mars 1884, Boin, [S. 85.1.496, P. 85.1.1176, D. 85.1.144]; — 22 juill. 1884, Labrosse, [S. 86.1.344, P. 86.1.860, D. 85.1.253]; — 31 oct. 1893, Coudrillier, [S. et P. 94.1.16, D. 94.1.108]; — 30 juin 1896, Simon, [S. et P. 97.1.40, D. 97.1.12]; — 22 avr. 1898, Callou, [S. et P. 1901.1.23, D. 98.1.391]; — 1er août 1900, Gringuillard, [S. et P. *ibid.*] — Limoges, 15 janv. 1884, Tixier, [S. 84.2.144, P. 84.1.749, D. 84.2.101]

62. — Le juge peut donc refuser de l'ordonner, lorsqu'il estime que le fait sur lequel il porte est, dès à présent, contredit par les circonstances de la cause ou par les documents du pro-

cès. — Cass., 19 avr. 1870, Chautemps, [S. 72.1.420, P. 72.1121, D. 72.1.323]; — 27 juill. 1875, Raymond, [S. 75.1.414, P. 75.1045, D. 76.1.161]; — 11 mars 1884, précité; — 22 juill. 1884, précité; — 31 oct. 1893, précité. — Agen, 8 déc. 1858, précité. — Limoges, 15 janv. 1884, précité.

63. — ... Et par les déclarations des parties. — Cass., 19 avr. 1870, précité.

64. — ... Par exemple, lorsque ce serment est contraire aux preuves produites par la partie à laquelle il est déféré. — Bordeaux, 14 janv. 1869, précité.

65. — Spécialement, le juge peut refuser d'admettre le serment décisoire déféré par une partie à l'audience, lorsque les prétentions du demandeur se trouvent dès à présent contredites par la correspondance échangée entre les parties et par les autres documents du procès. — Dijon, 24 juill. 1874, Chantiaux, [S. 74.2.240, P. 74.1023]

66. — Il le peut, en déclarant que les faits allégués par la partie qui défère le serment (un ouvrier plaidant avec son patron) sont démentis par les documents du procès ou par les explications des parties, et que, par suite, le serment déféré a un caractère vexatoire. — Cass., 30 juin 1896, précité.

66 *bis*. — De même, les juges ne sont pas obligés d'ordonner le serment qui a été déféré par l'une des parties à l'autre, s'ils ont fait comparaître les parties en personne, et qu'ils soient en état de décider sur les éléments que leur fournit cette comparution. — Paris, 22 août 1825, Vadelorge, [P. chr.]

67. — Le juge peut encore refuser de déférer le serment, soit lorsque les actes produits démontrent l'invraisemblance de la prétention de la partie qui défère le serment... — Cass., 1er mars 1859, précité.

68. — ... Soit lorsque la demande étant au contraire suffisamment justifiée par ailleurs, le serment déféré peut être considéré comme inutile. — Cass., 6 août 1856, précité. — Agen, 8 déc. 1858, précité.

69. — Ainsi, le juge peut refuser d'ordonner le serment, lorsque la prétention qu'on veut justifier par le serment est démontrée d'ores et déjà, par tous les éléments du procès, n'avoir pas de fondement, et qu'elle ne repose sur aucun élément de nature à la faire admettre. — Cass., 1er août 1900, précité.

70. — De même, le juge peut refuser la délation du serment décisoire faite par le demandeur, lorsqu'il déclare que ledit serment, « tel qu'il est formulé par ce dernier, n'est pas de nature à trancher le litige, qu'il ne porte pas sur des faits décisifs et tels que la prestation ou le refus de le prêter entraîne nécessairement la solution de la difficulté ». — Cass., 22 avr. 1898, précité.

71. — Jugé encore que la délation du serment décisoire peut être refusée par les juges, lorsque les faits ne leur paraissent pas concluants ou devoir entraîner nécessairement le jugement de la cause, alors surtout que le serment est déféré à des héritiers sur le point de savoir s'il est à leur connaissance personnelle que la dette réclamée contre eux était due par leur auteur. — Cass., 6 mai 1834, Franceschetti, [S. 34.1.756, P. chr.] — *Sic*, Marcadé, sur l'art. 1358, n. 1.

72. — L'appréciation des juges à cet égard est souveraine. — Cass., 31 oct. 1893, précité.

73. — Elle l'est spécialement quant à la pertinence des faits allégués par la partie qui défère le serment, et quant à la contradiction que les documents du procès opposent à ses allégations. — Cass., 5 mai 1852, Gounon, [S. 52.1.395, P. 52.1.600, D. 52.1.275]; — 6 févr. 1860, Darrieux, [S. 60.1.337, P. 60.1003, D. 60.1.253]

74. — Quoi qu'il en soit, le serment décisoire ne peut plus être déféré lorsque la contestation n'existe plus et a été terminée par un jugement en dernier ressort ou par une transaction; et dès lors, est suffisamment motivé l'arrêt qui refuse de faire prêter le serment décisoire sur certains chefs qu'il constate avoir été compris dans un arrêt précédent ou dans une transaction. — Cass., 16 mars 1852, Liépe, [P. 52.1.449]

Section II.

Qui peut déférer le serment et à qui il peut être déféré.

§ 1. *Qui peut déférer le serment.*

75. — Le serment décisoire, constituant une véritable transaction, ne peut être déféré que par celui qui a capacité de transiger. — Pothier, *Obligations*, n. 821; Duranton, t. 13, n. 581; Taulier, t. 4, p. 567; Toullier, t. 10, n. 377; Marcadé, sur l'art. 1360, n. 1; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 512, § 608, texte et note 8; Demolombe, t. 30, n. 583; Larombière, sur l'art. 1359, n. 1 et 2; Bonnier, n. 416; Aubry et Rau, t. 8, p. 184, § 753; Laurent, t. 20, n. 234; Chauveau et Carré, *Lois de la procédure*, t. 1, quest. 514; Huc, t. 8, n. 357 *bis*; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 882, p. 127.

76. — Ainsi un mineur, un interdit, un individu assisté de conseil judiciaire, une femme mariée non autorisée ne peuvent pas déférer le serment. Toutefois le majeur qui aurait déféré le serment à un mineur, à un interdit, à femme mariée, ne pourrait leur opposer leur incapacité pour faire annuler le serment (C. civ., art. 1125). — Toullier, t. 10, n. 373; Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. 2, p. 630, note; Duranton, t. 13, n. 581 et s.; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 10 et 11; Laurent, t. 20, n. 235; Larombière, sur l'art. 1359, n. 1; Demolombe, t. 30, n. 583.

77. — Mais la femme mariée, autorisée de son mari ou de justice, et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, avec l'assistance de ce conseil, peuvent le déférer. — Duranton, t. 13, n. 585; Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*

78. — Certains auteurs pensent que le mineur émancipé et la femme séparée de biens peuvent déférer le serment sur les droits dont ils ont la libre disposition. — Toullier, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Duranton, *loc. cit.* — Mais d'autres sont d'avis que le mineur émancipé, ne pouvant jamais transiger n'a, pas le droit de déférer le serment tandis que la femme séparée de biens pouvant disposer de son mobilier et l'aliéner aurait ce droit. — Laurent, *loc. cit.* — Sur le pouvoir de transiger appartenant à la femme séparée de biens, V. *suprà*, v° *Séparation de biens*, n. 698.

79. — Le tuteur ne peut déférer le serment au nom du mineur ou de l'interdit qu'en suivant les formes prescrites pour les transactions (C. civ., art. 467). — Toullier, t. 10, n. 375 et 376; Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. 2, p. 630, note; Duranton, t. 13, n. 582; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 14 et 15; Duranton, t. 13, n. 582; Carré, quest. 515; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 184; Huc, t. 8, n. 358; Laurent, t. 20, n. 237; Larombière, sur l'art. 1359, n. 3.

80. — Mais rien n'empêche que le tuteur ne défère le serment en son nom personnel lorsque la contestation porte sur un acte d'administration à raison duquel sa responsabilité se trouverait engagée vis-à-vis du pupille, par exemple sur un paiement qu'il prétendrait avoir fait pour le compte de ce dernier sans en retirer quittance. — Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 185; Larombière, sur l'art. 1359, n. 4. — V. cependant Duranton, t. 13, n. 582.

81. — Un auteur enseigne que le mari qui a la jouissance et l'administration des biens de sa femme peut déférer le serment sur ce qui rentre dans cette administration (Duranton, t. 13, n. 586). — Mais on lui répond que le droit d'agir en justice et le droit de transiger étant différents, on ne peut conclure de ce que le mari a le droit d'intenter les actions mobilières de la femme, qu'il peut déférer le serment sur ces actions. — Laurent, t. 20, n. 237.

82. — Un simple mandat conçu en termes généraux ne donnerait pas au mandataire pouvoir de déférer le serment décisoire. — Pothier, *Oblig.*, n. 915; Duranton, t. 13, n. 587; Toullier, t. 10, n. 375; Aubry et Rau, t. 8, p. 185, § 753; Larombière, sur l'art. 1359, n. 2; Poujol, t. 3, p. 413; Demolombe, t. 30, n. 584; Laurent, t. 20, n. 236; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 20; Huc, t. 8, n. 358; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 882, p. 127.

83. — Ainsi, un avoué ne peut, sans un pouvoir spécial de son client, déférer le serment décisoire à la partie adverse. Celle-ci est recevable, pour refuser de prêter le serment, à se prévaloir de ce défaut de pouvoir de l'avoué. — V. *suprà*, v° *Avoué*, n. 453 et s.

84. — Mais celui qui a une procuration générale emportant pouvoir d'aliéner peut déférer le serment. — Pothier, *Oblig.*, n. 821; Duranton, t. 13, n. 587; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 12.

85. — Jugé que le serment ne peut être déféré que par la partie ou son fondé de pouvoir spécial, et la faculté de transiger n'emporte point le droit de s'en rapporter à l'affirmation de la partie adverse. — Besançon, 3 juin 1824, N..., [P. chr.]

86. — Le tribunal peut surseoir à prononcer lorsqu'il s'agit

de savoir si un mandataire a réellement reçu le pouvoir de déférer le serment. — Turin, 2 avr. 1810, Mossi, [P. chr.]

87. — Les syndics de faillite n'ont pas qualité pour déférer le serment [illegible] une instance intéressant la faillite, s'ils n'y sont [illegible] par le juge-commissaire, ni par la masse des créanciers. — Paris, 20 (17) févr. 1844, Clocher, [S. 44.2.638, P. 44.1.365] — Rennes, 29 mai 1858, de la Ville-Jossy, [S. 59.2. 216, P. [illegible]] — *Sic*, Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Serment, n. 11; Marcadé, sur l'art. 1358, n. 1; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 542, § 608, note 8; Aubry et Rau, t. 8, p. 184, § 753; Larombière, sur l'art. 1359, n. 2; Demolombe, t. 30, n. 584; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 28; Huc, t. 8, n. 358. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 2026 et 2027.

88. — Le serment décisoire, ne pouvant être déféré que par celui qui a capacité de transiger, ne peut l'être par le maire représentant la commune que dans les conditions et sous les formes spéciales où la commune peut valablement transiger. — Trib. Brignoles, 17 déc. 1879, sous Aix, 25 févr. 1880, Commune de Brignoles, [S. 82.2.97, P. 82.1.561, D. 80.2.249] — *Sic*, Chauveau et Carré, quest. 514. — V. *suprà*, v° *Commune*, n. 963 et s.

89. — Le maire qui représente la commune dans une instance ne peut, sans autorisation spéciale, déférer le serment décisoire même sur un point qui ne touche qu'à la procédure, mais qui peut avoir de l'influence sur le jugement du fond. — Nancy, 10 juin 1842, Commune de Chéniménil, [P. 42.2.650]

§ 2. *A qui le serment peut être déféré.*

90. — En premier lieu il faut décider que le serment ne peut être déféré que par l'une des parties à l'autre. Il ne peut donc être déféré à celui qui n'est point partie en cause, et qui ne figure dans l'instance que pour autoriser sa femme, bien que le fait soit personnel au mari et à la femme. — Angers, 28 janv. 1825, Poupard, [S. et P. chr.] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 184; Larombière, sur l'art. 1359, n. 5; Laurent, t. 20, n. 238; Demolombe, t. 30, n. 587.

91. — D'autre part, le serment décisoire ne peut être déféré à une partie défaillante qu'après qu'elle a été régulièrement avertie de cette délation. Il ne peut lui être déféré par de simples conclusions prises à l'audience, alors même qu'elle serait présente de fait, cette présence de fait ne pouvant être assimilée à une présence légale. — Cass., 1er mars 1859, Coffineau, [S. 59. 1.329, P. 59.833, D. 59.1.155] — *Sic*, Laurent, t. 20, n. 255.

92. — La partie à qui le serment est déféré ne doit pas être dans l'impossibilité de l'accepter ou de le refuser. Ainsi, les juges peuvent refuser de déférer le serment à une personne présumée absente, représentée dans l'instance par un procureur fondé, encore que l'absence n'ait donné lieu à aucun acte de procédure. — Douai, 8 nov. 1831, Gautier, [S. 31.2.341, P. chr.]

93. — Le caractère de transaction du serment étant le même à l'égard des deux parties, ce que nous avons dit de la capacité exigible de celui qui le défère s'applique à celui à qui il est déféré. — Pothier, *Oblig.*, n. 914; Laurent, t. 20, n. 240; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 882, p. 127; Demolombe, t. 30, n. 586 et s.; Larombière, sur l'art. 1359, n. 5; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 30; Huc, t. 8, n. 358; Marcadé, sur l'art. 1358, n. 1; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 542, § 608, note 8; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 185 et 186. — V. Paul Bressolles : *Gaz. des trib. du Midi*, 1er août 1886. — V. *suprà*, n. 75 et s.

94. — Décidé, en ce sens, que la délation du serment décisoire n'étant possible qu'à l'égard des personnes ayant capacité pour s'engager, le serment décisoire ne peut être déféré au prodigue pourvu d'un conseil judiciaire. — Paris, 15 avr. 1893, sous Cass., 13 nov. 1895, Veuve Gandolfi, [S. et P. 97.1.262]

95. — De même, si celui auquel le serment décisoire a été déféré devient, avant de l'avoir prêté, incapable de transiger, la délation est non avenue, et les parties se trouvent remises au même état que si le serment n'avait pas été déféré. — Toulouse, 25 mai 1885, syndic Cabanes, [S. 89.2.41, P. 89.1.228 et la note de M. Labbé]

96. — Spécialement, le débiteur déclaré en faillite, étant incapable de conclure seul une transaction, est incapable de prêter un serment litisdécisoire. — Même arrêt.

97. — Celui dont l'interdiction est simplement demandée n'étant pas encore frappé d'incapacité, il a été jugé que l'individu pourvu d'un administrateur provisoire, qui lui a été nommé pour la durée d'une instance en interdiction poursuivie contre lui, peut encore valablement prêter le serment décisoire sur une action judiciaire à laquelle il est intéressé : dans ce cas, le serment ne doit pas être déféré à l'administrateur provisoire. — Rouen, 21 févr. 1842, de Gueroult, [S. 42.2.262, P. 42.2.47] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 19.

98. — La loi n'établissant aucune cause d'incapacité, le serment décisoire déféré à un individu qui a antérieurement encouru une condamnation à l'emprisonnement pour vol, n'est entaché d'aucun vice et fait preuve complète contre celui qui l'a déféré, alors surtout que rien ne prouve en fait que la bonne foi de ce dernier ait été surprise. — Riom, 11 déc. 1885, Albrend, [D. 86.2.199] — *Sic*, Huc, t. 8, n. 358.

99. — Par application de la règle que nous avons énoncée, *suprà*, n. 82 et s., le serment ne peut être déféré à celui qui représente une partie en justice. Mais si la contestation porte sur un fait personnel au représentant, et si celui-ci a été mis en cause également en son nom propre, le serment peut lui être déféré et produire à son égard tous ses effets. Mais le refus de le prêter ne pourra nuire aux intérêts de la partie qu'il représente. — Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 186; Larombière, sur l'art. 1359, n. 8 et 9; Laurent, t. 20, n. 239. — V. Demolombe, t. 30, n. 590 et s.

100. — Jugé que le cohéritier qui exerce le retrait successoral, n'a pas le droit de déférer le serment au cohétitier qui a cédé ses droits. — Grenoble, 11 juill. 1806, Gazagne, [S. chr.]

Section III.

Contestations dans lesquelles le serment peut être déféré.

101. — Par application des termes mêmes de l'art. 1358, on décide que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. — Cass., 20 juin 1827, Boubée, [P. chr.]

102. — L'art. 1360, C. civ., dispose que le serment peut être déféré encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. Cette disposition a pour but de mettre fin à une controverse importante de l'ancien droit où certains auteurs exigeaient un commencement de preuve par écrit.

103. — Le serment se suffit donc à lui-même et peut être déféré quand la partie n'a aucune autre espèce de preuve. C'est même le cas le plus fréquent dans lequel il est employé. — Larombière, sur l'art. 1360, n. 1.

104. — Le serment pourrait encore être déféré à une partie qui peut invoquer une présomption légale, lorsque cette présomption est exclusivement fondée sur un intérêt privé, comme l'interposition de personne ou la remise de dette. — Demolombe, t. 30, n. 600; Laurent, t. 20, n. 246.

105. — Le serment décisoire peut être déféré sur le possessoire comme sur le pétitoire, dans les actions réelles comme dans les actions personnelles, sur les exceptions comme sur les demandes principales. — Pothier, *Oblig.*, n. 912; Toullier, t. 10, n. 379; Duranton, t. 13, n. 573; Laurent, t. 20, n. 241; Demolombe, *loc. cit.*

106. — Jugé cependant que, lorsque sur la demande formée par un mandataire en paiement des salaires qu'il prétend lui être dus, le mandant conclut reconventionnellement contre lui à des dommages-intérêts, à raison de fautes ou abus qui auraient été commis par le mandataire dans sa gestion, et lui défère le serment sur les faits qu'il lui impute, les juges peuvent refuser d'ordonner le serment déféré. — Cass., 15 févr. 1832, Bonneau, [S. 32.1.750, P. chr.]

107. — Il peut être déféré sur une partie seulement du procès, comme sur l'ensemble : *sive de totâ re, sive de parte tantùm.* Ainsi il peut être déféré non seulement pour en faire dépendre la décision de la cause au fond, mais aussi sur tous les incidents qui peuvent s'élever entre parties dans le cours de l'instance, et spécialement en matière de compte. — Bruxelles, 22 avr. 1830, Stuyck et Claes, [P. chr.]

108. — Nul doute que le serment ne puisse être déféré sur le sens ou l'intention des parties dans une clause équivoque ou obscure d'un acte authentique et sur la simulation de cet acte. — Toullier, t. 10, n. 380.

109. — Ainsi jugé que le serment décisoire peut être déféré contre un acte qu'on a qualifié de transaction sur procès. — Turin, 20 févr. 1808, Turpini, [S. et P. chr.]

110. — Dans le cas où un bail verbal n'a point encore reçu d'exécution, le serment peut être déféré à celui qui nie le bail (C. civ., art. 1715). Si le bail a reçu un commencement d'exécution et qu'il y ait contestation sur le prix, le propriétaire en est cru sur son serment lorsqu'il n'existe point de quittance (C. civ., art. 1716). — V. *suprà*, v° *Bail (en général)*, n. 339 et s.

111. — En matière commerciale, le serment peut être déféré et la preuve testimoniale admise, quoiqu'il s'agisse d'une somme excédant 150 fr. — Cass., 1er juill. 1824, Sellmann, [P. chr.] — Il en est ainsi même en matière civile. — Demolombe, t. 30, n. 598.

112. — Autrefois on pensait qu'un porteur d'endossement n'était pas tenu d'affirmer par serment la sincérité de l'ordre passé à son profit. Aujourd'hui le serment ne peut être refusé, car aucune disposition du Code de commerce ne déroge à la disposition des art. 1358 et 1360, C. civ. — Merlin, *Rép.*, v° *Endossement;* Toullier, t. 10, n. 380. — V. *suprà*, v° *Endossement*, n. 199 et s.

113. — D'une manière générale on peut dire que le serment décisoire peut être déféré toutes les fois qu'une partie ne croit pas avoir une preuve suffisante du fait qui sert de fondement à sa demande ou à son exception. — Toullier, t. 10, n. 379.

114. — Le serment décisoire peut être déféré par le débiteur poursuivi en paiement et qui prétend s'être libéré, lors même qu'il ne spécifierait pas le fait ou le mode du paiement. — Paris, 30 déc. 1809, Balleroy, [P. chr.]

115. — Le serment peut être déféré même sur des faits honteux et illicites. — Pau, 3 déc. 1829, Marc, [S. et P. chr.] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 189; Demolombe, t. 30, n. 609; Laurent, t. 20, n. 250; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1358, n. 1; Huc, t. 8, n. 360.

116. — Ainsi il peut être déféré à celui qui nie avoir entre ses mains des titres confiés autrefois à son auteur, sans qu'il puisse refuser de le prêter sous prétexte qu'il repose sur des faits honteux. — Même arrêt.

117. — Jugé, en ce sens, que le serment décisoire ne peut, dans une action pour usure, être refusé, sous prétexte que nul ne doit être obligé d'avouer sa turpitude. — Bruxelles, 1er févr. 1809, Dubois, [S. et P. chr.]

118. — De même, le serment décisoire déféré sur des faits de séduction et d'attentat à la liberté de tester, ne peut être refusé sous prétexte que nul n'est tenu de s'accuser soi-même. — Turin, 13 avr. 1808, Formica, [S. et P. chr.]

119. — La femme qui se plaint que, lors de son mariage, elle a été trompée par son beau-père et sa belle-mère sur la fortune de son mari, peut leur déférer le serment décisoire sur ce point. — Colmar, 9 juill. 1814, Pantzer, [P. chr.]

120. — Jugé encore que le serment décisoire peut être déféré au défendeur auquel on impute des faits de dol. — Turin, 13 avr. 1808, précité.

120 *bis*. — Mais on ne pourrait déférer le serment sur le point de savoir si des relations illicites se seraient établies entre concubins. — V. *suprà*, v° *Concubinage*, n. 64 et 65.

121. — Le serment peut-il être déféré contre et outre le contenu des actes authentiques? Dans une première opinion on admet l'affirmative. Cette opinion absolue s'appuie sur la généralité des termes des art. 1358 et 1360, C. civ., autorisant la délation du serment sur quelques contestations que ce soit et en tout état de cause. On fait observer que les termes généraux de l'art. 1360, C. civ., ne souffrent aucune exception, ni distinction à l'égard des actes authentiques, et que si l'acte authentique fait pleine foi, la loi ne dit pas qu'on ne puisse proposer d'exception contre la foi due à cet acte. Ainsi, par exemple, la numération des espèces, bien que faite réellement devant le notaire, peut n'avoir été que feinte. — Toullier, t. 10, n. 380; Poullain-Duparc, *Principes de droit*, t. 9, p. 437; Delamarre et Le Poitvin, *Contr. de comm.*, t. 1, n. 342; Massé, *Dr. comm.*, t. 4, n. 2595; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 20; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 543, § 608, note 14; Colmet de Santerre, t. 5, n. 337 *bis*-VI.

122. — Décidé, en ce sens, que le serment décisoire peut être déféré contre et outre le contenu en un acte authentique. — Turin, 10 niv. an XIV, Guilliers-Vernaut, [S. et P. chr.] — Colmar, 18 avr. 1806, Fleeth, [S. et P. chr.] — Turin, 8 avr. 1807, Moglia, [S. et P. chr.]; — 2 mai 1807, Ferroglio, [S. et P. chr.]; — 20 févr. 1808, Turpini, [S. et P. chr.] — Bruxelles, 20 avr. 1826, V..., [S. et P. chr.]

123. — ... Que le serment décisoire ne saurait être assimilé à la preuve testimoniale, au point de vue de l'art. 1341, C. civ., interdisant la preuve [illegible] contre et outre le contenu à un acte authentique. — Cass., 7 nov. 1893, Ballantier, [S. et P. 94.1.182, D. 94.1.15]

124. — Ainsi, le [illegible], en exerçant le retrait [illegible], déférer le serment [illegible] au cessionnaire sur la sincérité du prix de la cession, [illegible] qu'elle a été faite par acte public. — Grenoble, 11 [illegible] 18[illegible], [illegible], [S. chr.]

125. — Toutefois, dans le cas [illegible] serment [illegible] est déféré contre et outre le contenu aux actes [illegible], l'exécution de l'acte n'est pas suspendue [illegible] déféré. — Turin, 10 niv. an XIV, précité; — 20 févr. [illegible], précité.

126. — Dans un système [illegible] que les juges ne peuvent admettre une partie à prêter un serment tendant à établir qu'un notaire a faussement attesté, dans un contrat de vente, le versement du prix mentionné au contrat. — Caen, 9 janv. 1815, Blouet, [S. et P. chr.]

127. — ... Et que le serment qui n'est offert que dans des conclusions subsidiaires ne peut être déféré contre et outre le contenu d'un acte authentique. — Montpellier, 25 juin 1819, Danjon, [S. et P. chr.]

128. — Une partie de la doctrine se prononce pour un système intermédiaire. Ses partisans distinguent, et admettent que le serment ne peut être déféré à l'égard des faits réputés par la loi constants jusqu'à inscription de faux. Le serment, dit-on dans ce système, n'est qu'une preuve ou qu'un moyen d'anéantir la preuve résultant de l'acte authentique lui-même; c'est une attaque contre l'acte; or, la loi rejette toute preuve, toute attaque contre certaines énonciations de l'acte authentique, sauf l'inscription de faux; il en est ainsi à l'égard des faits qui sont énoncés par l'officier public comme s'étant passés en sa présence. Mais le serment peut être déféré quant aux autres énonciations de l'acte : par exemple, relativement à la vérité ou à la sincérité des déclarations faites par les parties; à ce point de vue, en effet, l'acte authentique ne fait foi que jusqu'à preuve contraire (V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. 283 et s.), et si la loi, dans l'art. 1341, n'admet pas la preuve testimoniale contre lui, l'exception confirme la règle : tous autres modes de preuve, et notamment le serment décisoire, sont admissibles. — Delvincourt, t. 2, p. 838; Duranton, t. 13, n. 579; Bonnier et Larnaude, n. 410; Demolombe, t. 30, n. 608; Aubry et Rau, t. 8, p. 189 et 190, § 753, texte et note 25; Laurent, t. 20, n. 244; Larombière, sur l'art. 1360, n. 2 et 3; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1359, n. 21; Huc, t. 8, n. 359.

129. — Le serment décisoire pourrait être déféré en matière administrative s'il ne s'agissait que d'intérêts privés et si l'intérêt de la société n'était pas engagé, et non dans le cas contraire parce que les intérêts publics ne sont pas susceptibles de transaction (Bonnier et Larnaude, n. 411). Il a été cependant décidé, d'une façon générale, que le serment décisoire ne peut être déféré devant la juridiction administrative. — Cons. d'Et., 29 nov. 1851, Pelissier, [S. 52.2.154, P. adm. chr.] — *Sic*, Dufour, *Droit administratif*, t. 2, n. 348.

130. — La règle générale que nous venons d'exposer comporte cependant un certain nombre d'exceptions qui résultent du caractère même que nous avons reconnu au serment. En effet, le serment n'étant qu'une espèce de preuve des conventions, il ne saurait être admis dans tous les cas où la preuve d'une convention est rejetée par la loi; ainsi on ne pourrait le déférer à celui qui invoque la prescription, à moins que la loi ne contienne une réserve expresse : par exemple, dans les cas des art. 2275, C. civ. (V. *infrà*, n. 170), et 189, C. comm. — Duranton, t. 13, n. 577; Huc, t. 8, n. 359; Laurent, t. 20, n. 246; Demolombe, t. 30, n. 603; Larombière, sur l'art. 1358, n. 9 et 12.

131. — Le serment ne peut être déféré sur la demande en paiement des dettes de jeu pour lesquelles la loi n'accorde point d'action, puisque, alors même que la dette serait avouée, le paiement n'en serait pas exigible. — Duranton, t. 13, n. 574; Demolombe, *loc. cit.*

132. — Le serment décisoire contenant une véritable transaction, il est nécessaire, pour qu'il puisse être déféré, qu'il s'agisse d'une contestation sur laquelle on puisse transiger (C. civ., art. 2045), et cela quand bien même on n'aurait pas la faculté de compromettre sur le même objet. — Toullier, t. 10, n. 377; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 17; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1358, n. 6; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 187.

133. — Ainsi il ne pourrait être admis en matière d'élections pour établir si des citoyens remplissent ou non les conditions exigées pour réclamer leur inscription sur les listes électorales — Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1314; Larombière, sur l'art. 1358, n. 9; Colmet de Santerre, t. 5, n. 337 *bis*-II; Demolombe, t. 30, n. 599; Laurent, t. 20, n. 245; Fuzier-Herman et Darras sur l'art. 1358, n. 6; Bonnier et Larnaude, n. 410. — V. *suprà*, v° *Elections*, n. 133, 471, 549, 807, 975, 1258, 5675.

134. — De même l'état des personnes ne pouvant faire l'objet d'une transaction (V. *infrà*, v° *Transaction*), le serment ne peut être déféré sur une question d'état. Décidé en ce sens que le serment décisoire implique l'idée d'une convention dont l'état des personnes ne saurait faire la matière, aux termes de l'art. 1128, C. civ. — Cass., 23 nov. 1885, Reveillère, [S. 86.1.179, P. 86.1.410, D. 86.1.55] — *Sic*, Richefort, *Traité de l'état des familles*, t. 2, n. 338; Bonnier et Larnaude, n. 410; Marcadé, sur l'art. 1358, n. 1; Colmet de Santerre, t. 5, n. 337 *bis*-II; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 543, § 608, texte et note 11; Aubry et Rau, t. 8, p. 187, § 753; Laurent, t. 20, n. 245; Demolombe, t. 30, n. 599; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1358, n. 7; Huc, t. 8, n. 359; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 882, p. 129. — *Contrà*, Toullier, t. 10, n. 377 et 378, note. — V. *suprà*, v° *Paternité et filiation*, n. 534.

135. — En conséquence, le tuteur d'un mineur n'est pas recevable, dans une instance en recherche de maternité introduite dans l'intérêt de ce mineur, à déférer à l'autre partie le serment décisoire sur la question de savoir s'il n'était pas à sa connaissance que le mineur ait pour mère telle personne. — Même arrêt.

136. — Sur la question de savoir si l'enfant naturel qui recherche sa maternité peut la prouver au moyen du serment décisoire, V. *suprà*, v° *Enfant naturel*, n. 327 et s.

137. — On ne peut déférer le serment pour établir l'existence d'un mariage, mais il en est autrement lorsqu'il ne s'agit que de faire produire au mariage ses effets civils. Ainsi le serment peut être déféré sur la question de savoir si la personne à laquelle on le défère est ou n'est pas mariée, lorsqu'il s'agit d'une obligation subordonnée au fait du mariage. — Bruxelles, 20 janv. 1807, Dubois, [S. et P. chr.]

138. — Les séparations de corps et de biens ne pouvant avoir lieu volontairement et, par conséquent, être l'objet d'une transaction, il s'ensuit qu'on ne peut déférer le serment décisoire sur les faits à l'aide desquels on prétend les faire prononcer. — Grenoble, 19 juill. 1838, R..., [S. 39.2.415, P. 39.1.368] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1358, n. 9; Huc, t. 8, n. 359; Demolombe, t. 4, n. 375, t. 30, n. 599; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 882, p. 129; Toullier, t. 10, n. 378; Merlin, *Rep.*, v° *Serment*, n. 6; Duranton, t. 13, n. 474 et 578; Solon, n. 164; Favard de Langlade, *Rep.*, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 4; Aubry et Rau, t. 8, p. 187, § 753; Larombière sur l'art. 1358, n. 9.

139. — Le serment ne peut être déféré sur une convention qui pour être obligatoire devait être constatée par un acte passé suivant les formalités requises, par exemple sur une donation, une constitution d'hypothèque, etc. C'est en ce sens qu'il a été jugé que le principe d'après lequel le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, cesse de recevoir son application dans le cas où la loi a subordonné à certaines formes solennelles l'existence ou la validité des actes, spécialement lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'une donation nulle en la forme. — Pau, 24 août 1870, Salles, [S. 71.2.99, P. 71.332] — *Sic*, Rolland de Villargues, v° *Serment*, n. 19; Duranton, t. 13, n. 575; Taulier, t. 4, p. 567; Marcadé sur les art. 1358 et s., n. 1; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 608, note 4, p. 542; Larombière, sur l'art. 1358, n. 10; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1315; Demolombe, t. 30, n. 602; Laurent, t. 20, n. 243; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1358, n. 10; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 187 et 188; Huc, t. 8, n. 359; Laurent, t. 20, n. 243; Garsonnet, *loc. cit.;* Bonnier et Larnaude, n. 410.

140. — Jugé de même qu'en autorisant la délation du serment sur quelque espèce de convention que ce soit, l'art. 1358, C. civ., suppose nécessairement que la convention sujet du litige n'est pas du nombre de celles qui, comme les conventions matrimoniales, sont subordonnées, quant à leur validité, à l'existence d'un acte notarié rédigé avant la célébration du mariage. — Cass., 21 juill. 1852, de Thoring, [S. 52.1.696, P. 52.2.116, D. 52.1.194]

141. — Dès lors, est contraire à la loi et doit être annulé le jugement qui défère le serment décisoire, et, dans la prévoyance du refus, prononce une condamnation, lorsqu'il résulte des termes dans lesquels le serment est déféré qu'il doit porter sur l'existence même de conventions matrimoniales, spécialement sur l'engagement verbal qu'aurait pris l'un des époux, comme condition du mariage, de supporter seul tous les frais du contrat. — Même arrêt.

142. — Quant à la question de savoir si le serment peut être déféré pour établir l'existence d'une transaction, elle se rattache à celle de savoir si une transaction doit, pour être valable, être nécessairement rédigée par écrit. — V. *infrà*, v° *Transaction*.

143. — La faculté de déférer le serment sur toute espèce de contestation cesse encore d'être applicable toutes les fois que la loi, dans un intérêt public, refuse l'action en justice à la partie qui défère le serment. Tel est, par exemple, le cas où un avoué réclame le paiement de frais, sans produire le registre à la tenue et à la représentation duquel son action en justice est subordonnée par l'art. 151 du tarif du 16 févr. 1807. — V. *suprà*, v° *Avoué*, n. 886.

144. — En disant que nulle preuve n'est admise contre certaines présomptions légales, l'art. 1352 ajoute : « sauf ce qui sera dit sur le serment ». Cela suppose que le serment peut être déféré contre les présomptions légales, exception faite toutefois pour les présomptions qui sont d'ordre public.

145. — Ainsi il ne pourrait être déféré contre la présomption résultant de la chose jugée ou de la prescription (V. *suprà*, n. 130). — Laurent, t. 20, n. 246; Demolombe, t. 30, n. 600; Larombière, sur l'art. 1358, n. 11.

146. — Aux termes de l'art. 1360, le serment « peut être déféré en tout état de cause et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué ». — Cass., 20 juin 1827, Boubée, [P. chr.]

147. — Il en résulte que celui qui a déféré le serment à son adversaire peut, après avoir rétracté la relation de serment, le déférer de nouveau. — Carré et Chauveau, quest. 508; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 238; Aubry et Rau, t. 8, p. 193, § 753; Toullier, t. 10, n. 367; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1360, n. 1.

148. — Cependant si l'affaire avait été mise en délibéré, le serment ne pourrait plus être déféré après le rapport (C. proc. civ., art. 111). Il ne pourrait l'être non plus après les conclusions du ministère public, car alors il n'y a plus lieu à de nouveaux débats. — Duranton, t. 13, n. 590.

149. — Jugé en ce sens que le serment décisoire ne peut plus être déféré par la partie qui a plaidé tous ses moyens et après les conclusions du ministère public. — Bourges, 27 janv. 1845, de Gargilesse. [P. 46.2.668]

150. — ... Que lorsque les plaidoiries sont terminées et la cause remise à une autre audience, pour prononcer l'arrêt, une partie est non recevable à déférer le serment décisoire à son adversaire, — Cass., 22 déc. 1829, Baratte, [P. chr.] — Colmar, 2 mai 1842, X..., [P. 42.2.80] — *Sic*, Huc, t. 8, n. 361; Laurent, t. 20, n. 256.

151. — Lorsqu'un jugement permet à une partie la preuve de certains faits, elle peut, en renonçant au bénéfice de l'interlocutoire, déférer à son adversaire le serment décisoire sur les faits en question. — Metz, 28 août 1812, Ungueschеidt, [P. chr.]

152. — Le serment décisoire peut être déféré en appel, encore bien qu'il ne l'ait pas été en première instance. — Riom, 7 déc. 1818, Bouchet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 382; Carre, quest. 2382; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 190; Larombière, sur l'art. 1360, n. 4; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1316; Colmet de Santerre, t. 5, n. 338 *bis*-IV; Demolombe, t. 30, n. 612; Laurent, t. 20, n. 255; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1360, n. 2; Huc, t. 8, n. 361.

153. — Jugé, spécialement, qu'on peut déférer, pour la première fois sur l'appel, le serment décisoire au défendeur, dont on a seulement requis l'interrogatoire en première instance, s'il s'agit de faits qui lui sont personnels. — Paris, 1er mai 1810, Manna, [P. chr.]

154. — ... Qu'en matière d'ordre, le créancier qui a contesté en première instance la collocation d'un autre créancier qui le prime peut, pour la première fois en appel, déférer à celui-ci le serment sur le point de savoir si la créance n'est pas éteinte par un remboursement antérieur à l'ouverture de l'ordre : ce n'est pas là une demande nouvelle, mais seulement un moyen nouveau.

— Metz, 15 janv. 1857, Grinewald, [S. 57.2.632, P. 57.414, D. 57.2.115]

155. — Le serment décisoire ne peut être déféré sur un fait spécial, lorsque ce fait a déjà été écarté par un jugement passé en force de chose jugée : l'expression en tout état de cause s'entend du temps où l'instruction est encore ouverte. — Cass., 22 août 1822, Mereaux, [S. et P. chr.] — *Sic*, Delvincourt, t. 2, p. 629; Duranton, t. 13, n. 576; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 190; Colmet de Santerre, t. 5, n. 338 *bis*-IV; Laurent, t. 20, n. 246.

156. — Jugé, en conséquence, que le serment décisoire ne peut être déféré sur la sincérité de sa créance, à celui qui l'établit par un jugement de condamnation passé en force de chose jugée. — Turin, 15 juill. 1806, Moscone, [S. et P. chr.]

157. — ... Qu'il ne peut être déféré sur la réalité d'une créance consacrée par un jugement arbitral en dernier ressort. — Turin, 5 avr. 1809, Perrucca, [P. chr.]

158. — ... Que lorsque le partage de certains biens a été ordonné par un arrêt passé en force de chose jugée, une des parties n'est pas recevable à déférer à l'autre le serment décisoire à l'effet d'établir que celle-ci avait abandonné sa part avant la demande en partage. — Cass., 7 juill. 1829, Brail, [P. chr.]

Section IV.

Sur quels faits le serment peut être déféré.

159. — Aux termes de l'art. 1359, C. civ., le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. En effet, s'il est vrai que je ne puis ignorer mon propre fait, je ne suis pas obligé de savoir ce qui est du fait d'un autre, à qui même j'aurais succédé. — Pothier, *Oblig.*, n. 819; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 22; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 883, p. 129. — Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 189; Laurent, t. 20, n. 249; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1315; Huc, t. 8, n. 360; Laurent, t. 20, n. 248.

160. — Jugé, par application de ce principe, que le serment décisoire ne peut être déféré à une partie sur un fait qui ne lui est pas personnel, alors d'ailleurs qu'elle ne se trouve pas, relativement à ceux auxquels ce fait se rapporte, dans la catégorie des personnes indiquées par l'art. 2275, C. civ. — Cass., 17 juill. 1876, Morel, [S. 77.1.17, P. 77.25, D. 77.1.276]

161. — ... Que le serment décisoire ne pouvant être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle il est offert, il s'ensuit que ce serment ne peut être déféré au mandant (une maison de commerce), alors qu'il porte sur des faits personnels au mandataire (le directeur d'une succursale de la maison de commerce). — C. de just. civ. de Genève, 2 nov. 1901, Schild, [S. et P. 1902.4.23]

162. — ... Que si le juge saisi d'une demande en responsabilité contre une compagnie de chemins de fer pour la perte d'une somme d'argent placée dans une malle, peut déférer au demandeur le serment supplétoire, lorsqu'il s'agit de compléter un commencement de preuve, il ne peut pas lui déférer le serment décisoire en l'absence de toute autre preuve. — Pau, 11 août 1903, [J. *Le Droit*, 19-20 oct.]

163. — ... Qu'on ne peut réputer décisoire le serment déféré au saisissant par le débiteur saisi immobilièrement sur le point de savoir non pas si ce débiteur s'est libéré personnellement, mais si le saisissant n'a pas été payé par un tiers. — Bourges, 11 févr. 1845, Dezenne, [P. 46.1.325, D. 46.4.457]

164. — ... Que le serment décisoire ne peut être déféré à la veuve du prétendu débiteur, si elle n'était pas commune en biens, et n'est pas héritière, bien qu'elle fût tutrice des enfants. — Cass., 6 mai 1834, Franceschetti, [S. 34.1.756, P. chr.]

164 *bis*. — Cependant comme la partie peut aussi ne pas ignorer le fait sur lequel le serment est déféré, on peut lui déférer le serment sur le point de savoir si elle en a ou non connaissance. — Toullier, t. 10, n. 372; Duranton, t. 13, n. 580; Rolland de Villargues, v° *Serment*, n. 24.

165. — On ne peut déférer à des héritiers le serment décisoire sur la question de savoir s'ils croient que leur auteur ait perçu des intérêts illégaux au préjudice du demandeur. Des héritiers ne peuvent être interpellés que sur le seul point de savoir s'ils ont ou s'ils n'ont pas connaissance du fait imputé à leur auteur. — Colmar, 31 déc. 1841, Wolff, [P. 42.1.538]

166. — Les juges peuvent refuser d'ordonner la prestation d'un serment déféré subsidiairement aux héritiers d'une partie contractante dans l'acte qui fait l'objet du litige, sur la connaissance que ces héritiers pourraient avoir d'un fait personnel à leur auteur : un tel serment peut être considéré comme n'ayant pas les caractères d'un serment décisoire, dans le sens des art. 1357 et 1359, C. civ. — Cass., 9 nov. 1846, Sudreau, [S. 47.1.15, P. 48.2.466, D. 46.1.348]

167. — L'arrêt qui défère à une partie le serment litisdécisoire sur le point de savoir si un testateur a eu telle ou telle intention ne doit point être cassé en ce qu'il demande l'affirmation d'un fait qui n'est point personnel à la partie, lorsqu'on reconnaît que, par cette rédaction très mauvaise de la formule du serment, les juges ont voulu seulement obliger la partie d'affirmer si elle avait une connaissance personnelle de telle ou telle intention du testateur. — Cass., 20 avr. 1831, Becq, [P. chr.]

168. — Lorsqu'un cautionnement sous seing privé, non écrit de la main de la caution, est annulé pour défaut de bon ou approuvé, en toutes lettres, du montant de l'obligation, on ne peut déférer à la caution le serment sur le point de savoir si, au moment de sa signature, elle avait connaissance de la quotité de la somme; en pareil cas, le refus de prêter le serment déféré ne saurait faire condamner la caution au paiement de l'obligation. — Dijon, 28 avr. 1826, sous Cass., 29 déc. 1830, Bigeard, [P. chr.]

169. — Au cas d'une inscription de faux incident civil contre un acte notarié, formée dans une instance engagée entre le demandeur en faux et les parties à l'acte, le serment litisdécisoire ne peut être déféré à ces parties sur les faits articulés comme moyens de faux contre les énonciations de l'acte touchant l'accomplissement des formalités nécessaires à sa validité : ces faits étant plutôt ceux du notaire qui rédige l'acte que ceux des parties. — Poitiers, 27 nov. 1850, Eon, [S. 51.2.417, P. 52.2.281, D. 51.2.93]

170. — L'art. 2275, C. civ., permet de déférer le serment aux veuves et héritiers ou aux tuteurs des héritiers mineurs qui opposent une des prescriptions de courte durée des art. 2271 à 2274, à l'effet de déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. Ce serment appelé serment de *crédulité* ou serment de *crédibilité*, ne peut être déféré en dehors des cas et des termes prévus par l'art. 2275. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 2038 et s.

Section V.

Acceptation ou refus de prêter le serment.

171. — Aux termes de l'art. 1361, C. civ., « celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception ». Cet article donne ainsi le choix entre trois partis à celui auquel est déféré le serment. Il peut : 1° le référer; 2° le refuser; 3° le prêter.

172. — 1° Il est logique d'autoriser celui à qui le serment est déféré de le référer à son adversaire, alors qu'il peut être empêché de le prêter par des scrupules de conscience. — Demolombe, t. 30, n. 624; Larombière, sur l'art. 1361, n. 2.

173. — Celui qui avait déféré le serment et à qui il a été référé ne peut à son tour le référer. C'est ce qui résulte de l'art. 1361, C. civ., d'après lequel l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse doit succomber dans sa demande ou dans son exception. Il était nécessaire de mettre un terme à la faculté par chaque partie de le référer à l'autre.

174. — Lorsque le serment est référé, il ne peut l'être que sur le même fait et dans les mêmes termes où il a été déféré. S'il n'y avait pas, en effet, identité absolue entre le serment qui a été déféré et celui qui a été référé, ce serait un serment nouveau déféré par l'adversaire à la partie qui avait pris l'initiative du serment. Il résulterait que cette dernière partie pourrait à son tour le référer. — Demolombe, t. 30, n. 627; Larombière, sur l'art. 1361, n. 5.

175. — D'autre part, l'art. 1362 dispose : « Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré ». C'est l'application à la relation de serment du principe posé par la délation dans l'art. 1359. — Larombière, sur l'art. 1362, n. 1. — V. *suprà*, n. 159 et s.

176. — Celui à qui le serment ne pourrait pas être référé, sur ce que le fait ne lui est pas personnel et qu'il n'en a pas con-

naissance, peut néanmoins le déférer à son adversaire, si c'est le [illegible] — Pothier, *Oblig.*, n. 821; Toullier, [illegible] t. 13, n. 596; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 25.

177. — [illegible] référer à son adversaire un serment déci-s[illegible] celui auquel le serment a été [illegible] [illegible]éré peut lui référer un serment de crédulité (V. *suprà*, n. 17[illegible]); pourvu, d'ailleurs, que les conditions nécessaires pour que ce serment puisse être déféré soient remplies. — Duranton, t. 13, n. [illegible]; [illegible] et Rau, t. 8, § 753, p. 1[illegible]2 et 193; La[illegible]ière, sur l'art. 1362, n. 2; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1318; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1362, n. 1.

178. — 2° Lorsque celui à qui le serment est déféré ou celui à qui il est référé refuse de le prêter, il doit succomber, dit l'art. 1361, C. civ. C'est en effet un aveu de sa part, car son adversaire l'avait lui-même constitué juge dans sa propre cause. Il ne pourrait même déclarer qu'il veut recourir à d'autres preuves, car l'art. 1361 déclare expressément qu'il doit succomber dans sa demande ou dans son exception. — Demolombe, t. 30, n. 628 et 629.

179. — Lorsqu'un créancier à qui le serment décisoire a été déféré, et qui l'a d'abord accepté, sur le point de savoir si sa créance est usuraire, n'offre plus d'affirmer par serment la sincérité de cette créance que pour une somme inférieure a celle comprise dans l'obligation, quoique supérieure à celle alléguée par le débiteur, celui-ci est alors fondé à demander que le serment lui soit déféré à lui-même, et que le créancier soit déchu du bénéfice de l'arrêt qui l'avait admis à prêter le serment. — Douai, 29 juill. 1816, Azambre, [P. chr.]

180. — Le serment décisoire ne peut être déféré qu'au cours d'une instance engagée devant les juges qui doivent prononcer sur la contestation. Ainsi, la partie citée directement devant un juge de paix pour avoir à prêter serment sur l'existence d'une vente qu'on allègue contre elle, peut refuser de prêter ce serment, sans qu'on doive pour cela regarder comme constants les faits sur lesquels le serment était déféré. — Caen, 24 vent. an IX, Fizet, [S. et P. chr.]

181. — Si le serment a été déféré ou référé à plusieurs personnes, le refus de l'une d'elles de le prêter ne peut préjudicier aux autres. — Demolombe, t. 30, n. 630; Larombière, sur l'art. 1361, n. 4. — V. aussi Toullier, t. 10, n. 391. — V. *infrà*, n. 207, 209 et s., et *infrà*, v° *Solidarité*.

182. — Ainsi, lorsque des cohéritiers ou consorts sont renvoyés d'une imputation emportant dommages-intérêts, à la charge par eux de prêter serment que leur auteur n'avait pas commis le fait dommageable, le bénéfice du jugement leur est acquis, bien que l'un d'entre eux refuse le serment, si ce cohéritier, refusant de jurer, a un intérêt contraire à celui des autres cohéritiers, si, par exemple, il est intéressé à ce que le défunt soit réputé auteur du fait dommageable. — Colmar, 7 janv. 1817, Spong, [S. et P. chr.]

183. — 3° Celui à qui le serment est déféré ou référé peut enfin déclarer qu'il est disposé à le prêter. A cet égard, l'art. 1364 dispose : « La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment ».

184. — Par suite, lorsque la partie à qui le serment a été déféré a déclaré qu'elle était prête à le prêter, elle ne peut plus le référer. — Duranton, t. 13, n. 595.

185. — Mais le serment ne peut être ordonné par le juge que lorsqu'il est accepté par la partie. Ainsi, lorsqu'une partie soutient que le serment décisoire ne peut lui être déféré, en se réservant subsidiairement de s'expliquer sur les faits et de conclure, les juges ne peuvent, sans entendre cette partie dans ses explications et conclusions, lui ordonner de prêter le serment déféré, quoique non accepté. — Bruxelles, 20 avr. 1826, V..., [P. chr.]

186. — Si celui qui a déféré ou référé le serment à son adversaire dispense celui-ci de l'obligation de le prêter, ce serment est censé prêté (L. 6, 9 et 37 ff., *De jurejur.*). — Pothier, *Oblig.*, n. 916; Toullier, t. 10, n. 384; Duranton, t. 12, n. 598; Demolombe, t. 30, n. 644; Larombière, sur l'art. 1364, n. 2.

187. — Le serment déféré ou accepté ayant le caractère d'une convention qui ne produit d'obligation que par le concours des volontés des deux parties, il s'ensuit que celle qui a déféré le serment peut se rétracter tant que son adversaire n'a pas consenti à le prêter. Il en est de même de celui qui réfère le serment; il peut se rétracter jusqu'à l'acceptation de celui qui le lui avait d'abord déféré, en lui notifiant qu'il préfère le prêter lui-même. — Toullier, t. 10, n. 366; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 6; Demolombe, t. 30, n. 631; Larombière, sur l'art. 1364, n. 2 et 3.

188. — Jugé en ce sens que la partie qui a déféré le serment décisoire conserve, tant que son adversaire n'a pas déclaré être prêt à le prêter, nonobstant le jugement qui a donné acte de la délation et indiqué le jour où le serment sera prêté, la faculté de rétracter cette délation, et qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la voie de l'appel pour faire annuler ledit jugement. — Paris, 25 mars 1854, Micard, [S. 55.2.142, P. 54.2.372, D. 56.2.236]

189. — Mais la délation du serment décisoire est irrévocable une fois qu'il a été accepté. — Rennes, 16 août 1816, N..., [P. chr.]

190. — La rétractation n'est soumise à aucune forme. Elle peut donc être expresse ou tacite. Elle serait expresse si elle était faite contradictoirement à l'audience ou hors de l'audience par une déclaration extrajudiciaire, tacite si, par exemple, la partie qui a déféré ou référé le serment interjette appel du jugement qui l'a ordonné. — Duranton, t. 13, n. 597; Demolombe, t. 30, n. 632; Larombière, sur l'art. 1364, n. 4; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 193; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1364.

191. — Jugé, en ce sens, que la rétractation de la partie qui a déféré le serment à son adversaire n'est soumise à aucune formalité; elle résulte notamment de l'appel formé par cette partie contre le jugement qui contient la délation du serment. — Cass., 3 mai 1876, Abadye, [S. 76.1.216, P. 76.520] — Montpellier, 22 avr. 1833, Larmand-Reynaud, [P. chr.]

192. — La rétractation, lorsqu'elle émane de celui qui avait déféré le serment, a pour conséquence de faire disparaître la délation. L'adversaire peut donc à son tour lui déférer ce serment. — Demolombe, t. 30, n. 633; Larombière, sur l'art. 1364, n. 5.

193. — Si c'est au contraire celui qui avait référé le serment qui se rétracte, la délation de serment qui lui avait été faite subsiste et il pourrait en conséquence prêter le serment qui lui a été déféré. — Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*

194. — Si celui qui avait déféré ou référé le serment décède avant que son adversaire ait accepté la condition, ses héritiers sont autorisés à rétracter la délation comme il pourrait le faire lui-même. — Toullier, t. 10, n. 385; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 7.

195. — Celui qui a déféré le serment à son adversaire peut-il, après avoir rétracté la délation de serment, le déférer de nouveau? La question est controversée. — V. pour l'affirmative, Carré et Chauveau, n. 508; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 238; Toullier, t. 10, n. 367. — *Contrà*, Pothier, *Oblig.*, n. 916; Demolombe, t. 30, n. 634; Larombière, sur l'art. 1364, n. 3. — V. aussi Duranton, t. 13, n. 597.

196. — Demolombe pense cependant que si l'autre partie à laquelle le serment est de nouveau déféré ou référé après la rétractation acceptait de le prêter, rien n'y ferait obstacle, parce que la transaction offerte par la délation de serment, qui n'aurait pu être forcée après la rétractation, peut toujours être volontaire dès que l'autre partie consent à ne pas opposer à son adversaire la rétractation qui résultait de sa transaction. — Demolombe, t. 30, n. 635.

197. — Que faut-il décider lorsque celui à qui le serment a été déféré meurt avant de l'avoir prêté? On admet, en général, si la partie n'a pas été mise en demeure de le prêter, que les choses sont redevenues dans le même état que si le serment n'avait pas été déféré. — Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 195 et § 767, p. 364; Carré et Chauveau, quest. 511; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 239; Larombière, sur l'art. 1364, n. 7 et 8, et sur les art. 1367 et 1368, n. 24; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1316; Laurent, t. 20, n. 271 et 295; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 545, § 608, note 23; Demolombe, t. 30, n. 639 et s., 721; Bonnier, n. 425; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1361, n. 16.

198. — Jugé, à cet égard, que lorsqu'une partie à laquelle un serment a été déféré décède avant de l'avoir prêté, l'affirmation ne peut être réputée faite, quand même cette partie aurait acquiescé au jugement qui lui a déféré le serment. — Caen, 20

janv. 1846, Dubois, [S. 46.2.199, P. 46.2.708] — Chambéry, 21 mars 1879, Gotti, [S. 79.2.300, P. 79.1155]

199. — Jugé aussi que le décès d'une partie avant la prestation d'un serment supplétif mis à sa charge par un jugement qui, sous la condition de ce serment, lui adjugeait le montant de ses demandes, ne peut être considéré comme un refus de serment qui aurait pour effet le rejet définitif des demandes conditionnellement adjugées. Il y a lieu seulement de considérer le jugement comme non avenu, et de statuer de nouveau sur les demandes d'après les documents acquis au procès. — Limoges, 12 mars 1839, Suidiriaux, [S. 40.2.24, P. 40.1.612]

200. — Jugé cependant que la partie qui a offert un serment, qui a fait expédier le jugement par lequel le serment lui est déféré, et qui décède sans avoir annoncé un changement d'intention est réputée avoir prêté serment. Le bénéfice de la condamnation prononcée à la charge du serment est acquis à sa succession. — Douai, 26 mai 1814, Carpentier, [S. et P. chr.] — *Sic*, Lapeyrère, lettre S; Prost de Royer, *Dictionnaire des arrêts*, v° *Affirmation*, t. 3, p. 382, n. 18; Boucheul, sur Poitou, art. 76, n. 14; Demiau-Crouzilhac, p. 106; Toullier, t. 10, n. 383; Boncenne, t. 2, p. 513 et s. — Tous ces auteurs font toutefois une distinction, entre le cas où la partie elle même a négligé de prêter le serment, et celui où il n'a pas tenu à elle de le faire avant sa mort. — V. aussi Chauveau, sur Carré, quest. 511.

201. — Jugé encore, que lorsqu'une partie à laquelle un serment a été déféré par jugement décède avant de l'avoir prêté, l'affirmation peut être réputée faite, surtout si la partie n'avait pas été mise en demeure au moment de son décès. En un tel cas, le bénéfice de la condamnation prononcée à la charge du serment, est acquis à sa succession. — Aix, 13 août 1829, Vidal, [S. et P. chr.]

Section VI.

Effets du serment prêté.

202. — L'effet principal du serment décisoire déféré ou référé est de terminer la contestation lorsqu'il a été prêté. Le serment tient lieu d'un jugement. Il a même plus de force qu'un jugement dont on pourrait appeler : il a la force de la chose jugée en dernier ressort ; et après la prestation, celui qui l'a déféré ou référé ne peut plus, sous aucun prétexte, reproduire son action en justice. — Pothier, *Oblig.*, n. 917; Toullier, t. 10, n. 383; Delvincourt, t. 2, p. 631, note; Duranton, t. 13, n. 599; Laurent, t. 20, n. 270.

203. — En d'autres termes, le serment constitue une présomption légale contre laquelle aucune preuve n'est admissible, même celle de la fausseté du serment. — V. *infrà*, n. 395 et s.

204. — On admet généralement que le serment décisoire ne peut, entre les mêmes parties, avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle il a été déféré. C'est une conséquence de l'assimilation du serment à la chose jugée. — Pothier, *Oblig.*, n. 918; Toullier, t. 10, n. 393, 394, 395; Delvincourt, t. 2, p. 631, note; Duranton, t. 13, n. 608; Demoombe, t. 30, n. 669; Larombière, sur l'art. 1365, n. 9; Laurent, t. 20, n. 276.

205. — Le serment déféré et prêté devant un juge de paix ne constitue pas une fin de non recevoir contre les demandes de la partie qui l'a déféré, lorsque les faits sur lesquels il portait, quoique se rattachant à ses demandes, ne sont pas cependant en opposition avec elles et que, d'ailleurs, ces faits ne sont pas personnels à la partie qui a prêté le serment. — Pau, 11 mars 1824, Curie-Seimbres, [P. chr.]

206. — Quant à l'identité de personnes, l'art. 1365 dispose : « le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants-cause ou contre eux ». Cette formule peu claire signifie que : 1° la prestation du serment forme preuve pour celui qui l'a prêté; 2° le refus du serment forme preuve pour celui qui l'a déféré ou référé. Il faut en conclure que le serment n'a aucun effet à l'égard des tiers. — Toullier, t. 10, n. 391; Rolland de Villargues, n. 47; Demolombe, t. 30, n. 670 et s.; Larombière, sur l'art. 1365, n. 1 et 2; Laurent, t. 20, n. 276; Huc, t. 8, n. 367.

207. — Par tiers on doit entendre non seulement ceux qui sont restés étrangers à l'instance, mais encore ceux qui y ont figuré en vertu d'un droit propre, tels que des cohéritiers. C'est une application de cette règle de l'art. 1365 que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Les créanciers solidaires, s'ils sont mandataires les uns des autres pour recevoir le paiement, ne le sont plus à l'effet de consentir la remise de la créance ou de la compromettre par une délation de serment. — Demolombe, t. 30, n. 675; Larombière, sur l'art. 1365, n. 6. — V. en ce qui concerne plus spécialement la solidarité, *infrà*, v° *Solidarité*.

208. — On peut encore considérer comme tiers les créanciers qui demanderaient à prouver que leur débiteur a déféré le serment en fraude de leurs droits. — Pothier, n. 915; Larombière, sur les art. 1365, n. 3; Demolombe, t. 30, n. 676.

209. — D'autre part, l'art. 1365 ajoute : « le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions ». L'obligation accessoire ne saurait en effet subsister après l'extinction de l'obligation principale. — Demolombe, t. 30, n. 677; Larombière, sur l'art. 1365, n. 7. — V. Laurent, t. 20, n. 277.

210. — Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs (art. 1365). La raison en est que le serment prêté, équivaut au paiement qui, une fois fait par l'un des débiteurs, libère les autres.

211. — Pour le même motif l'art. 1365 dispose que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal.

212. — « Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement » (C. civ., art. 1365).

213. — Quant au serment déféré par le débiteur à l'un des créanciers solidaires, le refus de serment de ce créancier ne profitera au débiteur que pour la part de ce créancier. Mais si ce dernier prête serment, la prestation profitera aux autres parce que chaque créancier a mandat de conserver la créance commune. — Demolombe, t. 30, n. 682; Larombière, sur l'art. 1365, n. 8.

214. — Quant à la question de savoir si le créancier peut se prévaloir contre la caution du serment refusé par le débiteur ou du serment prêté par le créancier, la question est controversée. — V. *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 148 et 149.

215. — Le serment décisoire fait preuve complète; la preuve en résultant ne peut être divisée. — Cass., 18 janv. 1813, Formica, [S. et P. chr.] — C. de just. civ. de Genève, 16 oct. 1895, Levaillant, [S. et P. 95.4.32] — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 396, Rolland de Villargues, v° *Serment*, n. 53; Bonnier et Larnaude, n. 424; Larombière, t. 7, sur l'art. 1363, n. 3; Demolombe, t. 30, n. 648; Laurent, t. 20, n. 253; Garsonnet, *Tr. de proc.*, t. 3, p. 140, § 889; Hudelot et Metman, *Des obligations*, 3° éd., n. 776.

216. — Citons en terminant, sur cette matière de l'étendue du serment, un arrêt qui a décidé que le serment de crédulité imposé à des cohéritiers est indivisible; que dès lors le refus des uns de le prêter peut donner lieu à la déchéance contre tous. — Colmar, 5 mai 1819, Samuel, [S. et P. chr.]

217. — ... Mais qu'il en doit être autrement lorsque ce refus a eu lieu par des motifs particuliers ou par un intérêt personnel à celui des cohéritiers qui refuse de prêter le serment. — Même arrêt.

CHAPITRE III.

DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

218. — D'après l'art. 1366, C. civ., on appelle serment supplétoire celui que, dans l'insuffisance des preuves, le juge défère lui-même à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause. On l'appelle aussi serment judiciaire ou nécessaire.

219. — Il existe une différence essentielle entre le serment décisoire et le serment supplétoire. La délation du premier, suivie d'acceptation, forme, entre les parties, une transaction contre laquelle on ne peut revenir, lors même que la fausseté du serment est prouvée. Au contraire, la délation du serment supplétoire, qui est le fait uniquement du juge, laisse à la décision de celui-ci tout le caractère des jugements ordinaires. — Toullier, t. 10, n. 398; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 17.

220. — En général, le serment supplétif peut être déféré sur les mêmes contestations qui peuvent donner lieu au serment décisoire (V. suprà, n. 101 et s.). Mais comme pour ce dernier, il ne peut être ordonné dans les matières qui ne sont pas susceptibles de transaction telles que les causes où il s'agit de l'état des personnes, par exemple le mariage, les séparations de corps, etc. — Duranton, t. 13, n. 574; Pothier, *Oblig.*, n. 832; Demolombe, t. 30, n. 704; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 15; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 11; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 888, p. 139; Toullier, t. 10, n. 418 et 419. — V. *suprà*, n. 130 et s.

221. — Jugé qu'un tribunal a pu, d'office, déférer à une fille le serment sur la question de savoir si un don qui lui a été fait l'a été purement et simplement ou sous condition de contracter mariage. — Rennes, 19 juin 1818, Panneton, [P. chr.]

222. — Nous avons vu *suprà*, n. 30 et s., que dans le système de la jurisprudence le serment déféré par les conclusions subsidiaires d'une partie n'étant pas décisoire est purement supplétif; mais nous rappelons que la question est controversée.

223. — Comme l'aveu, le serment, soit supplétif, soit décisoire, est un mode de preuve. Or, il n'y a que les faits qui puissent être prouvés par les parties; quant aux difficultés de droit, ce ne sont pas les parties qui les décident, c'est le juge. Il s'ensuit qu'il n'y a d'aveu que lorsque la déclaration porte sur un point de fait, et non lorsqu'elle porte sur un point de droit. De même, le serment ne peut porter que sur un point de fait, et non sur une question de droit. Ainsi jugé que le serment supplétif ne peut être déféré que sur une question de fait et non sur une question de droit. — Cass., 14 févr. 1898, Decazes, [S. et P. 1902.1.12, D. 98.1.112] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1315; Laurent, t. 20, n. 291; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 888, p. 139, note 7.

224. — Comme le serment décisoire, le serment supplétoire ne peut être déféré qu'à l'une des parties en cause (V. *suprà*, n. 90 et s.). Ainsi jugé que le serment supplétif ne peut être déféré par le juge à la femme de l'une des parties, alors que cette femme n'est pas en cause. — Chambéry, 14 juill. 1866, Galetto, [S. 67.2.149, P. 67.591, D. 66.2.207] — *Sic*, Larombière, sur l'art. 1367 et 1368, n. 6; Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 361; Demolombe, t. 30, n. 706; Laurent, t. 20, n. 292; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 1; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 888, p. 139.

225. — Mais le moyen tiré de ce que, dans un procès où un mari était seul en cause, le serment supplétoire a été déféré, non seulement à celui-ci, mais aussi à sa femme qui n'était pas en cause, ne peut être présenté devant la Cour de cassation par la partie qui ne s'est pas opposée à ce que ce serment fût prêté. — V. *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 2553.

226. — Décidé cependant que le mari mis en cause pour autoriser sa femme au sujet d'une contestation qui intéresse celle-ci, peut être valablement appelé à prêter le serment supplétoire sur un fait dont sa présence au dépouillement des papiers d'une succession a pu lui donner une connaissance personnelle, et qu'en sa qualité de mari de l'une des héritières, il avait intérêt et droit de vérifier. — Cass., 10 mai 1842, Cret, [S. 42.1.635, P. 42.2.171]

227. — A quelle partie le juge doit-il déférer le serment supplétoire? En principe, le choix du juge est libre; il peut déférer le serment à la partie qui lui convient. Il semble qu'à cet égard le juge doit déférer le serment à la partie dont la bonne foi lui inspire le plus de confiance. Si les preuves fournies par des parties également dignes de foi se neutralisent l'une par l'autre, le juge ne doit pas déférer le serment, mais rejeter purement et simplement la demande, le demandeur ne faisant pas la preuve à laquelle il est tenu. Si les preuves, sans être complètes de part et d'autre, n'étaient pas égales, le juge devrait déférer le serment à la partie qui aurait les preuves les plus fortes. — Duranton, t. 13, n. 616 et 617; Toullier, t. 10, n. 414; Boncenne, t. 2, p. 502; Bonnier et Larnaude, n. 441; Demolombe, t. 30, n. 708 et 709; Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 361; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 12 et 13; Huc, t. 8, n. 371; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 4; Laurent, t. 20, n. 292; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 888, p. 138; Bioche, v° *Serment*, n. 73.

228. — Un arrêt qui reconnaît en fait qu'une demande n'est pas fondée, ne peut être cassé, par cela qu'il a décidé que le serment devait être déféré au défendeur et non au demandeur. — Cass., 29 juin 1824, Lepoula, [P. chr.]

229. — Au cas où une demande n'étant pas prouvée, la dénégation du défendeur suffisait à sa défense, les juges ne font aucun grief au demandeur en déférant d'office le serment supplétoire au défendeur. — Cass., 8 mai 1855, Soulé, [S. 56.1.62, P. 56.2.177, D. 55.1.245]

230. — Le choix du juge n'est pas toujours libre; il lui est quelquefois imposé par la loi. Ainsi d'après l'art. 17, C. comm., si une partie aux livres de laquelle l'autre partie offre de s'en rapporter refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie. — Duranton, t. 13, n. 619. — V. *suprà*, v° *Livres de commerce*, n. 346 et s.

231. — Le juge ne peut, d'après l'art. 1367, C. civ., déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions : 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2° et qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

232. — Ainsi le serment ne peut être déféré en justice que comme moyen supplétoire, lorsque le fait n'est pas entièrement prouvé, et non lorsqu'il est constant que le fait allégué est démenti par les documents de la cause. — Aix, 29 juill. 1839, Pabau, [P. 40.1.360]

233. — Par suite encore, un jugement ne justifie pas suffisamment la délation du serment supplétoire et la condamnation qu'il en fait dépendre, alors qu'il se borne à constater les affirmations et les dénégations des parties et la production, à la barre, des factures du demandeur auquel le serment a été déféré, sans mentionner si ces factures avaient été acceptées expressément ou tacitement, l'acceptation seule de ces factures pouvant constituer un élément de preuve de nature à autoriser la délation du serment. — Cass., 15 avr. 1885, Rollet, [S. 87.1.15, P. 87.1.22]

234. — C'est aux juges à apprécier quand la demande est pleinement justifiée. Cependant le Code civil ayant déterminé l'effet de certaines preuves, le juge ne peut s'en écarter sans contrevenir à la loi. Tel est le cas où une convention résulte d'un acte authentique ou sous seing privé, lesquels font pleine foi entre les parties (C. civ., art. 1319 et 1320). Le juge qui déférerait le serment à une partie qui aurait fourni une pareille preuve contreviendrait à la loi. — Toullier, t. 10, n. 403; Duranton, t. 13, n. 623; Laurent, t. 20, n. 284; Demolombe, t. 30, n. 699.

235. — Lorsque la cause d'une créance fondée en titre ne leur paraît pas suffisamment justifiée, les juges peuvent d'office ordonner le serment. — Paris, 30 juin 1809, Baudouin, [S. et P. chr.]

236. — De même en allouant à un demandeur en règlement de compte le montant de ses prétentions, les juges ont pu lui déférer le serment supplétoire. — Cass., 3 août 1836, Dengler, [P. 37.1.139]

237. — Il a été décidé, cependant, que lorsque le serment supplétif n'a été ordonné d'office par le juge que pour corroborer des preuves déjà jugées suffisantes, il est inutile d'examiner si le serment supplétif était, dans l'espèce, autorisé par la loi. — Cass., 7 mars 1820, Desmares, [S. et P. chr.]

238. — Le serment supplétoire ne peut être déféré sans un commencement de preuve par écrit dans les cas où la preuve testimoniale n'est pas admissible. On doit considérer comme commencement de preuve par écrit ou actes équivalents, les interrogatoires sur faits et articles, les déclarations au bureau de paix, etc. — Toullier, t. 10, n. 407 et 408; Laurent, t. 20, n. 285 et 288; Demolombe, t. 30, n. 693 et s. — V. sur le commencement de preuve par écrit, *suprà*, v° *Preuve par écrit* (*Commencement de*).

239. — Jugé, à cet égard, qu'en cas d'aveu ou de commencement de preuve par écrit, le serment supplétoire peut être déféré au créancier. — Cass., 22 avr. 1828, Lafonta, [P. chr.]

240. — ... Que l'existence d'un commencement de preuve par écrit autorise les juges à déférer le serment supplétif au demandeur, sur un prêt de plus de 150 fr., qu'il prétend avoir fait au défendeur. — Cass., 29 déc. 1879, Cuvellier-Parmentier, [S. 81.1.127, P. 81.1.276, D. 80.1.375]

241. — Lorsque des créances fondées sur des titres non revêtus du bon ou approuvé sont reconnues par quelques-unes des parties ayant intérêt à les contester et ont même figuré dans un état des valeurs de la succession présenté par celui qui les conteste pour la première fois, les juges qui défèrent le serment,

d'office, aux créanciers, pour mieux s'assurer de la sincérité de ces créances, ne violent aucune loi. — Cass., 1er juill. 1828, Porcher, [P. chr.]

242. — Le serment supplétoire peut être déféré pour compléter des présomptions graves fortifiées par un commencement de preuve par écrit. Ainsi, il peut porter sur le contenu d'un papier domestique, alors que ce papier n'est pas considéré comme réunissant les caractères et l'autorité d'une preuve, mais seulement comme le complément des présomptions et documents déjà établis au procès. — Cass., 10 mai 1842, Cret, [S. 42.1.635, P. 42.2.172]

243. — Si la demande n'est prouvée que par une enquête qui laisse cependant quelque chose à désirer au juge, il peut, pour achever sa conviction, déférer le serment supplétoire. Ainsi jugé que si le résultat de l'enquête et le commencement de preuve par écrit ne paraissent pas suffisants au juge pour déterminer sa conviction, il peut alors déférer d'office le serment à l'une des parties. — Cass., 29 prair. an XIII, Saint-Aubin, [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 406.

244. — Mais les juges, après avoir reconnu qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, ne peuvent pas déférer le serment supplétif en se fondant sur de simples présomptions, s'il s'agit d'une demande excédant 150 fr. — Cass., 24 juill. 1865, Lallement, [S. 65.1.405, P. 65.1061, D. 65.1.468]; — 6 juin 1883, Lelaurain-Moyer, [S. 83.1.342, P. 83.1.843, D. 83.1.454]; — 10 févr. 1896, Savous, [S. et P. 96.1.72, D. 96.1.351] — Rennes, 26 janv. 1813, Mehonas, [P. chr.] — Besançon, 29 juin 1892, Baud, [D. 93.2.555] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 8, p. 360, § 767; Demolombe, t. 30, n. 694; Laurent, t. 20, n. 285; Colmet de Santerre, t. 5, n. 343 *bis*; Hudelot et Metman, *Des obligat.*, n. 781; Marcadé, sur l'art. 1367, n. 2; Huc, t. 8, n. 370; Toullier, t. 10, n. 409 et s.; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 3; Bonnier, n. 440; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1326; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1367, n. 9; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 888, p. 140.

245. — Ainsi, un tribunal ne peut, d'après de simples présomptions d'un paiement, déférer d'office au débiteur le serment sur la réalité de ce paiement. — Cass., 19 avr. 1809, Harsent, [P. chr.]

246. — De même, le juge ne peut déférer le serment supplétoire lorsque celui qui réclame une somme excédant 150 fr. ne produit à l'appui de sa demande que ses registres ou papiers domestiques. En effet, comme on ne peut se faire de titre à soi-même, la demande est alors totalement dénuée de preuves. — Cass., 2 mai 1810, Lacroix et Acre, [S. et P. chr.] — *Sic*, Duranton, t. 13, n. 621; Merlin, *Rép.*, v° *Serment*, § 2, n. 5; Toullier, t. 10, n. 417; Chardon, *Dol et fraude*, t. 1, n. 144; Aubry et Rau, t. 8, § 758, p. 274, et § 767, p. 360; Demolombe, t. 30, n. 695; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 3; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1367, n. 10.

247. — S'il est vrai qu'en principe le serment supplétoire ne puisse être déféré d'office, lorsque l'objet du litige excède 150 fr., qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit, le jugement qui défère ce serment constate suffisamment l'existence d'un tel commencement de preuve, lorsqu'il mentionne : 1° que les parties ont été entendues en personne; 2° que l'une d'elles s'est contredite et, après avoir excipé d'une pièce, a refusé de la produire. Il résulte de cet ensemble de faits un semi-aveu judiciaire, constituant un commencement de preuve par écrit. — Cass., 24 juill. 1865, précité.

248. — Lorsque le membre d'une société dont on opère la liquidation offre, pour justifier ses versements dans la société, de s'en rapporter à un registre commun qu'il dit être dans les mains de son associé, le refus de celui-ci de communiquer le registre peut paraître aux juges une présomption formant un commencement de preuve de la réalité des versements allégués, et suffire pour autoriser la délation du serment décisoire à l'auteur de ces versements. Du reste, l'existence du registre est suffisamment établie si elle résulte d'une enquête qui a eu lieu entre les parties. — Cass., 22 janv. 1828, Angu, [S. et P. chr.]

249. — En tout cas, le fait, par le défendeur, de reconnaître l'existence d'une convention verbale, mais en soutenant que le demandeur n'a pas totalement exécuté cette convention, et qu'il a reçu un paiement supérieur à ce qui lui était réellement dû, constitue, non un commencement de preuve par écrit, mais un aveu judiciaire qui ne peut être divisé; et si, le litige s'élevant à plus de 150 fr., le demandeur ne rapporte, en dehors de cet aveu, ni preuve, ni commencement de preuve par écrit, les juges ne peuvent lui déférer d'office le serment et prendre ce serment pour base de leur décision. — Cass., 8 avr. 1874, Giraud, [S. 75.1.76, P. 75.159, D. 75.1.241]

250. — Il a été décidé, en sens contraire, que dans le cas où la preuve testimoniale est inadmissible, le juge peut cependant avoir égard aux déclarations des parties et déférer à l'une d'elles le serment supplétif. — Cass., 5 juill. 1808, Letellier, [S. et P. chr.]

251. — ... Que le serment supplétif peut être ordonné par les juges sur les seules déclarations des parties, lorsque ces déclarations sont vraisemblables et que le serment n'a d'autre but que de s'assurer davantage de leur sincérité. — Cass., 31 mai 1825, Laplanche, [S. et P. chr.]

252. — Dans les causes où la preuve testimoniale est admissible, il n'est pas besoin d'un commencement de preuve par écrit pour déférer le serment supplétoire; il suffit qu'il y ait des présomptions graves. Mais pour déterminer le juge il faut que ces présomptions soient plus fortes que pour admettre la preuve testimoniale. — Toullier, t. 10, n. 409 et 410; Laurent, t. 20, n. 285 et 287; Demolombe, t. 30, n. 698.

253. — Par application des règles relatives à la preuve testimoniale on décide que l'art. 1367, C. civ., d'après lequel le serment ne peut être déféré d'office par le juge qu'autant que la demande n'est pas totalement dénuée de preuves, n'exige pas la même condition en matière commerciale. — Cass., 9 (15) nov. 1831, Rolla, [S. 32.1.10, P. chr.] — *Sic*, Marcadé sur l'art. 1367, n. 2; Demolombe, t. 30, n. 698; Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 361, note 7; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 3; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 888, p. 140.

254. — Ainsi, en cas d'une vente ayant un caractère commercial de la part de l'acheteur, la preuve testimoniale étant admissible d'après l'art. 109, C. comm., les juges peuvent, en l'absence même de commencement de preuve par écrit, déférer le serment supplétif au vendeur sur l'existence d'une prétendue stipulation de non-garantie alléguée par ce dernier, lorsque la demande n'est pas complètement prouvée, et qu'elle n'est pas, non plus, totalement dénuée de preuve. — Cass., 26 oct. 1886, André, [S. 87.1.153, P. 87.1.306, D. 87.1.105]

255. — Il en est ainsi surtout, alors que, en réalité, il s'agit uniquement d'interpréter les termes dans lesquels il a été fait un aveu, que les juges déclarent indivisible, sous la seule condition que le sens, donné à cet aveu par le vendeur dans le débat, serait affirmé par lui sous la foi du serment. — Même arrêt.

256. — De même, les juges peuvent déférer le serment d'office à l'associé qui réclame l'allocation, à son profit personnel, de sommes liquidées administrativement pour fournitures faites par la société, lorsque ses coassociés avouent qu'ils n'ont pas contribué à l'achat des fournitures que ces sommes représentent. En d'autres termes, cet aveu des associés défendeurs constitue, en faveur de la demande, une présomption légale qui autorise la délation du serment supplétoire. On doit surtout le décider ainsi en matière commerciale. — Cass., 9 (15) nov. 1831, précité.

257. — On peut encore admettre le serment même au-dessus de 150 fr. si la partie s'est trouvée dans l'impossibilité d'obtenir une preuve écrite. Ainsi si les actes authentiques ou sous seing privé formant titre étaient attaqués comme simulés ou frauduleux, le serment pourrait être déféré à celui qui les aurait produits; pourvu qu'il existât contre lui des présomptions graves de simulation. — Toullier, t. 10, n. 404 et 405; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 65; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1367, n. 14; Laurent, t. 20, n. 289; Garsonnet, *loc. cit.*

258. — Jugé, en ce sens, que dans les cas de fraude, il suffit qu'une demande soit appuyée de simples présomptions pour que le juge puisse déférer le serment supplétoire. Peu importe que la demande dépasse 150 fr. et qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit. — Cass., 11 juin 1873, Marcombe, [S. 73.1.328, P. 73.802, D. 73.1.478]

259. — Il en est ainsi, spécialement, lorsqu'un débiteur soutient qu'il a payé sa dette et que le créancier, abusant de son ignorance, lui a remis un document inutile à la place du titre dont la restitution devait avoir lieu. — Même arrêt.

260. — De même, il a été jugé que, dans le cas où une vente est attaquée pour une cause de simulation, le serment supplétoire peut être déféré par le juge, sans que la partie dans l'intérêt de laquelle ce serment est déféré puisse s'en plaindre. — Cass., 7 mars 1820, Desmares, [S. et P. chr.]

261. — ... Qu'un tribunal peut déférer au créancier le serment sur la légitimité de sa créance qu'on prétend simulée. — Rennes, 3 janv. 1818, Perron, [P. chr.]

262. — ... Que les juges, après avoir reconnu dans un acte les caractères du dol et de la fraude, peuvent pour compléter leur conviction, surtout en matière commerciale, déférer d'office le serment à celle des parties qui leur inspire le plus de confiance. — Cass., 14 mars 1842, Aigoin, [P. 42.2.232]

263. — Divers auteurs enseignent que le fait sur lequel on peut déférer le serment supplétoire doit être un fait personnel à celui qui doit le prêter, ou du moins dont il ait une connaissance personnelle. Il doit jurer *de veritate,* non *de credulitate.* Il faut appliquer l'art. 1359 au serment supplétoire; la condition de fait personnel édictée par cet article résulte de la nature même du serment, car le serment est un appel à la conscience; or, on ne peut affirmer en conscience qu'un fait personnel. — Toullier, t. 10, n. 420; Rolland de Villargues, *Rép.,* v° *Serment judiciaire,* n. 60; Laurent, t. 20, n. 291; Duranton, t. 13, n. 622. — V. *suprà,* n. 159 et s.

264. — Jugé, en ce sens, que le serment supplétoire ne peut être déféré à un héritier sur un fait personnel à celui qu'il représente. — Rennes, 10 janv. 1826, de Langle, [P. chr.]

265. — Mais la jurisprudence et la majorité des auteurs admettent que le serment supplétif, à la différence du serment décisoire, peut être déféré sur des faits étrangers ou non personnels à la partie qui doit le prêter, pourvu que la partie en ait personnellement connaissance. Dans ce système, on se fonde sur ce que la restriction édictée par l'art. 1359 pour le serment décisoire n'a pas été reproduite par la loi pour le serment supplétif dans les articles relatifs à ce serment, et qu'il n'appartient pas à l'interprète de créer une interdiction qui peut avoir pour résultat d'empêcher le juge de s'éclairer et de juger plus sainement. — Cass., 14 août 1811, Bernoux, [S. et P. chr.]; — 8 déc. 1832, Feilleul, [S. 33.1.113, P. chr.]; — 19 nov. 1878, Jardon, [S. 79.1.12, P. 79.17, D. 80.1.63] — *Sic,* Rauter, *Procéd. civ.,* § 134; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 8; Demolombe, t. 30, n. 705; Marcadé, sur l'art. 1368, n. 2; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 533, § 602, note 6; Aubry et Rau, t. 8, p. 361, § 767, texte et note 12; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 5; Garsonnet, 2° éd., t. 3, § 888, p. 139.

266. — Ainsi jugé que l'art. 1359, C. civ., d'après lequel le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère, ne s'applique pas au serment supplétif. — Cass., 14 févr. 1898, Decazes, [S. et P. 1902.1.12, D. 98.1.112]

267. — ... Que le serment déféré par le juge ne doit pas nécessairement porter sur un fait personnel à la partie à laquelle il est déféré; qu'en d'autres termes, la restriction apposée au serment décisoire par l'art. 1359, C. civ., ne doit pas être étendue au serment déféré d'office. — Cass., 8 déc. 1832, précité.

268. — ... Qu'on ne peut se faire un moyen de cassation de ce que le serment supplétoire a été déféré d'office à un individu sur des faits personnels, non à lui, mais à son mandataire, lorsqu'il ne résulte point de l'arrêt attaqué que la convention passée par ce mandataire n'ait pas été, soit dans l'origine, soit postérieurement, ratifiée par le mandant. — Cass., 5 juin 1833, Laurent, [P. chr.]

269. — Spécialement, le serment supplétif peut être déféré à un héritier pour lui faire déclarer, en cette qualité, s'il ne sait pas qu'une somme réclamée par un prétendu créancier de son auteur soit due. — Cass., 19 nov. 1878, précité.

270. — Quant à la capacité nécessaire pour prêter le serment supplétoire, il faut admettre que le juge apprécie, en dehors de toute disposition légale *a priori,* la portée morale d'une affirmation sous serment émanée à son choix de telle ou telle personne; le serment supplétoire, simple moyen d'instruction, peut donc au gré du juge être déféré à un incapable. — Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 6; Labbé, note sous Toulouse, 25 mai 1885, [S. 89.2.41, P. 89.1.228]; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 8. — V. Cass., 9 vend. an XIV, D..., [S. et P. chr.]

271. — Le serment supplétif n'est qu'une simple mesure d'instruction, un moyen supplémentaire de preuve. On en conclut que par cela que les juges ont admis la preuve testimoniale, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent plus ensuite déférer le serment d'office. — Cass., 8 sept. 1807, Simon, [S. et P. chr.]

272. — Le serment supplétoire déféré par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre (C. civ., art. 1368). Le juge lui-même ne peut changer sa première délation pour référer le serment à l'autre partie. — Toullier, t. 10, n. 423; Duranton, t. 13, n. 615; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 18.

273. — Le refus de le prêter n'entraîne pas nécessairement la condamnation de la partie à laquelle il a été déféré. — Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 23; Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 362; Laurent, t. 20, n. 293; Demolombe, t. 30, n. 720.

274. — Si, depuis la prestation du serment, l'autre partie avait découvert une pièce décisive qui prouvât la fausseté du serment, elle pourrait encore se pourvoir contre le jugement. En effet, le jugement n'est alors que la suite d'un dol commis sciemment et méchamment. Il doit donc être annulé et réformé. — Toullier, t. 10, n. 426; Duranton, t. 13, n. 614; Rolland de Villargues, *Rép.,* v° *Serment judiciaire,* n. 77.

275-276. — C'est là une différence qui existe entre le serment supplétoire et le serment décisoire (V. *suprà,* n. 202 et 203). L'art. 1363, C. civ., suivant lequel, lorsque le sement déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la fausseté, ne s'applique, en effet, qu'au cas de serment décisoire et non au cas de serment supplétif déféré d'office par le juge. — V. *infrà,* n. 396.

277. — Le juge qui l'a ordonné peut n'en tenir nul compte s'il vient, par d'autres moyens, à déterminer, avant la prestation du serment, la vérité des faits sur lesquels il a à statuer. — Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 362; Bonnier, n. 444; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 19; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1328; Demolombe, t. 30, n. 137 et 715 *bis;* Laurent, t. 20, n. 296; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 12; Huc, t. 8, n. 371; Garsonnet, 2° éd., t. 3, § 889, p. 141.

278. — Ainsi jugé que le jugement qui ordonne un serment supplétif peut être rétracté par les juges qui l'ont rendu, lorsqu'une pièce décisive a été ultérieurement découverte, alors du moins que le serment n'a pas encore été prêté. — Toulouse, 3 juill. 1827, Razimbaud, [S. et P. chr.]

279. — ... Que le serment supplétif ordonné d'office, en l'absence de toute autre preuve, devient inutile et sans objet, lorsque le juge vient à acquérir la certitude, directement et par voie indubitable, que le fait sur lequel l'affirmation était ordonnée est contraire à la vérité; que, dans ce cas, la rétractation du jugement qui avait déféré le serment n'est pas une contravention à la chose jugée. — Cass., 10 déc. 1823, Imbert, [S. et P. chr.]

280. — ... Que le serment supplétif ne pouvant être déféré par les juges qu'en l'absence de preuves suffisantes, il s'ensuit que toute décision ordonnant d'office une affirmation, tombe si, avant cette affirmation, il y a preuve acquise du fait contesté. — Limoges, 23 mars 1825, Griffolet, [S. et P. chr.]

281. — En conséquence, l'arrêt qui confirme un jugement de condamnation, mais à la charge toutefois, par la partie qui a obtenu gain de cause, de faire une affirmation, est purement interlocutoire, et ne lie aucunement les juges. Dès lors, si, avant l'affirmation, la partie adverse retrouve une pièce qui tendrait à prouver le fait sur lequel le serment avait été déféré, les juges peuvent suspendre l'exécution de leur premier arrêt jusqu'après la décision à intervenir sur le mérite de la pièce. — Même arrêt.

282. — Le serment déféré par le demandeur, après avoir fait valoir les moyens qu'il a cru propres à justifier sa demande, étant purement supplétif, il est au pouvoir du juge d'en admettre ou d'en rejeter la délation, selon les circonstances. — Douai, 31 janv. 1855, Plusquin, [S. 55.2.247, P. 55.1.20, D. 55.5.412]

283. — Lorsque le jugement qui défère le serment n'est pas en dernier ressort, on peut en interjeter appel et soutenir qu'il n'y avait pas lieu, soit à la délation du serment, soit à ce qu'il fût déféré à telle partie plutôt qu'à telle autre. Le juge d'appel n'est, de son côté, jamais lié par le serment supplétoire; bien que celui-ci ait été prêté, il peut, sans avoir à établir préalablement la fausseté du serment, réformer le jugement de première instance et déférer ou non, à son gré, le serment supplétoire à la partie de son choix. — Pothier, *Oblig.,* n. 228; Toullier, t. 10, n. 424 et 426; Duranton, t. 13, n. 613 et 623; Marcadé, sur l'art. 1368, n. 3; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 21; Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 363; Baudry-Lacantinerie, t. 2,

n. 1328; Demolombe, t. 30, n. 716; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1366, n. 17; Huc, t. 8, n. 371. — V. *infrà*, n. 397.

284. — La prestation du serment supplétoire ne rend une partie non recevable à interjeter appel qu'autant qu'elle a emporté acquiescement à la décision qui a déféré le serment. Mais de quelles circonstances résulte cet acquiescement? Il a été jugé qu'il en est ainsi notamment de l'assistance de la partie à la prestation de serment sans protestations, ni réserves. — Cass., 15 juill. 1902, J. *Le Droit*, 10 nov. 1902. — Mais la question est controversée lorsque la partie n'a pas assisté à la prestation de serment. Dans une opinion on pense que lorsqu'elle ne s'est pas opposée à la prestation du serment elle est réputée avoir acquiescé au jugement qui l'a ordonné; dans une autre on refuse de considérer comme un acquiescement son défaut d'opposition; quant à l'avoué, on lui refuse le droit d'acquiescer sans un pouvoir spécial : par suite, sa présence à l'audience où le serment est prêté n'emporte pas acquiescement de la part de son client. — V. *suprà*, v[is] *Acquiescement*, n. 530 et s.; *Appel* (mat. civ.), n. 80 et s., et *infrà*, n. 354 et s.

285. — Jugé que la partie qui a déféré subsidiairement le serment est recevable à interjeter appel du jugement qui, rejetant les conclusions principales, a admis le serment, et a reproduire devant les juges du second degré tous les moyens par elle présentés en première instance. — Colmar, 13 juill. 1846, Marx Brunschwig, [P. 47.1.109] — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 424; Merlin, *Rép.*, v° *Contrat judiciaire*, et *Quest.*, v° *Appel*, sect. 1re; Bioche, v° *Serment*, n. 80.

286. — Devant la Cour de cassation, est irrecevable comme nouveau le moyen tiré de ce qu'un tribunal aurait prononcé une condamnation sur un serment supplétoire qu'il n'y avait pas lieu de déférer, alors que le demandeur en cassation ne s'est opposé à la mesure ordonnée ni lors du jugement qui la prescrivait, ni durant le délai qui s'est écoulé entre ce jugement et la prestation de serment. — V. *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 2550 et s.

287. — Lorsque le jugement qui a tranché un litige par suite de la prestation du serment a acquis l'autorité de la chose jugée, la partie qui a succombé ne peut plus en prouver la fausseté, ni même intervenir comme partie civile dans une poursuite criminelle en faux serment. Elle ne pourrait même pas demander la rétractation du jugement par la voie de la requête civile, à moins que son adversaire n'eût employé le dol pour se faire déférer le serment. — Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 364; Larombière, sur les art. 1367 et 1368, n. 25; Garsonnet, t. 3, § 889, p. 141; Laurent, t. 20, n. 298; Demolombe, t. 30, n. 717 et s. — *Contrà*, Colmet de Santerre, t. 5, n. 345 *bis;* Marcadé, sur l'art. 1368, n. 3; Bonnier, n. 443.

288. — Si celui à qui le serment supplétoire a été déféré décède avant de l'avoir prêté, la délation de serment demeure comme non avenue, et les choses rentrent dans l'état où elles étaient auparavant, à moins que le défunt n'eût retardé de prêter le serment sans aucun motif légitime ou sans avoir déclaré qu'il était prêt à le faire. Il y a lieu d'appliquer ici ce que nous avons dit relativement au serment décisoire. — Toullier, t. 10, n. 385; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 71. — *Contrà*, Boncenne, *Théorie de la procéd.*, t. 2, p. 514. — V. *suprà*, n. 197 et s.

289. — Le serment supplétoire est indivisible, comme toute autre espèce de serment judiciaire. — Toullier, t. 10, n. 396; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 74.

290. — Jugé que le serment ne peut être déféré d'office au demandeur qui n'a d'autre preuve que l'aveu du défendeur, lequel, tout en reconnaissant la dette, déclare en même temps l'avoir payée. — Paris, 12 fruct. an XIII, Durand, [S. et P. chr.]

CHAPITRE IV.

DU SERMENT « IN LITEM ».

291. — Le juge peut encore, d'après l'art. 1366, C. civ., déférer le serment à l'une des parties pour en faire dépendre le montant de la condamnation. Ce serment, actuellement appelé serment *in litem*, était autrefois désigné sous le nom de serment *en plaids*. Il ne peut, aux termes de l'art. 1369, être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est impossible de constater autrement cette valeur. — Toullier, t. 10, n. 430; Merlin, *Rép.*, v° *Serment en plaids*.

292. — Ce serment suppose que le fait qui sert de fondement à la demande est justifié, et qu'il ne reste d'incertitude que sur la quotité de la condamnation à prononcer, parce que le demandeur est réduit à l'impossibilité de prouver la valeur ou le nombre des choses qui devraient lui être rendues. — Demolombe, t. 30, n. 723; Laurent, t. 20, n. 29[illegible].

293. — Dans quels cas les conditions requises pour l'application de l'art. 1369 se rencontrent-elles? Il est difficile de les préciser, mais on peut dire, avec certains auteurs, que le serment *in litem* peut être déféré dans tous les cas où « il s'agit de spoliation, de rétention frauduleuse, ou de tout autre acte, de bonne ou de mauvaise foi, qui oblige le défendeur à une réparation ». Il en sera ainsi, par exemple, au cas de dépôt nécessaire proprement dit, par suite d'incendie, naufrage ou tumulte, du dépôt fait par les voyageurs dans les hôtelleries, de la perte d'objets confiés à des voituriers, de vol ou de perte d'une chose dont le propriétaire réclame la valeur. — Toullier, t. 10, n. 438, 445; Rolland de Villargues, n. 84 et 85; Rousseau et Laisney, n. 101; Larombière, sur l'art. 1369, n. 3; Demolombe, t. 30, n. 724; Huc, t. 8, n. 372; Bonnier et Larnaude, n. 438.

294. — Ainsi jugé qu'en cas d'action en indemnité dirigée par un voyageur contre un entrepreneur de messageries, à raison de la perte de sa malle, les juges peuvent, s'il résulte des circonstances de la cause de fortes présomptions que les effets signalés comme perdus se trouvaient dans la malle, déférer au demandeur le serment *in litem* sur la valeur des effets. — Bruxelles, 23 mai 1831, Busso, [P. chr.] — V. aussi Rouen, 2 fruct. an XIII, Lambert, [P. chr.]

295. — ... Qu'en cas de vol, dans une auberge, d'effets déposés par un voyageur, celui-ci est cru sur son serment, relativement à la nature et à la valeur de ces effets. — Rouen, 13 germ. an X, Robine, [S. et P. chr.]

296. — ... Que lorsqu'il s'agit de fixer la valeur d'un corps certain et déterminé dont le propriétaire a été dépossédé, non de son consentement ou par convention, mais par le fait d'autrui, il n'y a pas lieu de s'en référer à l'art. 1246, C. civ., d'après lequel le débiteur d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce, n'est pas tenu, pour se libérer, de la donner de la meilleure espèce, et ne peut non plus l'offrir de la plus mauvaise; qu'il y a lieu plutôt d'appliquer l'art. 1369, qui permet au juge de déférer le serment au dessaisi dans tous les cas où il est impossible de connaître autrement la valeur de la chose. — Rennes, 21 mars 1821, Lebesque, [S. et P. chr.]

297. — ... Que le serment *in litem* peut être déféré contre le dépositaire pour déterminer la valeur de la chose déposée. — Cass., 9 vend. an XIV, D..., [P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 446.

298. — ... Qu'en fait de répétition d'intérêts usuraires, le juge peut d'office subordonner au serment du demandeur ce qui peut lui être dû tant pour la quotité des intérêts, que pour la quotité de la somme principale. — Cass., 8 déc. 1832, Feilleul, [P. chr.]

299. — Le serment *in litem* peut être déféré contre une partie qui refuse injustement d'exhiber un acte décisif dont elle est saisie. — Toullier, t. 10, n. 444.

300. — Si un tuteur avait négligé de faire inventaire des biens de son pupille, on pourrait admettre contre lui le serment *in litem*. Mais il n'en serait pas de même par cela seul que le tuteur n'aurait pas tenu un compte régulier de son administration, un livre de compte; car dès qu'il y a inventaire, il est possible, facile même de réparer cette faute, en prenant le montant de cet inventaire et le revenu annuel des biens pour en former le chapitre de la recette. — Toullier, t. 10, n. 442 et 443.

301. — De même, lorsque, pour établir la valeur d'une succession, le défendeur a produit un inventaire contre lequel le demandeur n'a formé aucuns contredits, et qu'il n'a d'ailleurs ni prouvé, ni même allégué l'existence d'un seul objet qui ne serait pas compris dans cet inventaire, les juges ne peuvent admettre le serment *in litem* sur la valeur de la succession. — Bruxelles, 29 déc. 1821, Delarue et Vanderdenckt, [P. chr.]

302. — Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'impossibilité où il se trouve d'établir autrement que par ce moyen le montant de la condamnation. Aussi a-t-il été décidé que l'impossibilité dont parle l'art. 1369, C. civ., est suffisamment constatée quand le jugement porte qu'il est difficile, pour ne pas dire impossible, d'apprécier la quotité de la somme due autrement que par la délation du serment d'office, et cette disposition

remplit le vœu de l'art. 141, C. proc. civ. — Cass., 8 déc. 1832, précité. — *Sic*, Rousseau et Laisney, n. 100.

303. — On admet même généralement que si le juge ne se trouve pas suffisamment instruit, il peut ordonner, au préalable, une information par commune renommée. Si l'art. 1369, C. civ., n'en parle point, c'est pour ne pas faire de cette information une condition nécessaire à remplir avant la détermination du juge lorsqu'il est, d'ailleurs, suffisamment instruit. — Rousseaud de Lacombe, *Rép.*, v° *Serment*, n. 4; Toullier, t. 10, n. 440; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 93 ; Rousseau et Laisney, *loc. cit.;* Aubry et Rau, t. 8, § 768, p. 365 ; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Serment*, sect. 3, § 2, n. 17; Larombière, sur l'art. 1369, n. 10; Demolombe, t. 30, n. 728; Laurent, t. 20, n. 302 ; Huc, t. 8, n. 372.

304. — Dans le cas où il y a lieu au serment *in litem*, le juge doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur sera cru sur son serment (C. civ., art. 1369). Pour cela, il doit prendre en considération la qualité de la personne et les circonstances du fait; il doit être généralement plus réservé quand le défendeur n'a commis ni fraude, ni faute grave, mais seulement quelque imprudence légère, ou une simple négligence, ou bien s'il n'est poursuivi que comme civilement responsable. — Duranton, t. 13, n. 626 ; Demolombe, t. 30, n. 728; Laurent, t. 20, n. 302.

305. — Dans une instance en restitution de titres d'obligations et de valeurs soustraits, le jugement qui défère le serment au demandeur satisfait au vœu de l'art. 1369, alors qu'il indique numériquement, d'après leur contexte, les obligations sur lesquelles devra porter le serment déféré. — Cass., 27 févr. 1854, Vaché, [P. 54.2.382, D. 54.1.248]

306. — D'après les termes de l'art. 1369, c'est au demandeur que le serment *in litem* doit être déféré, pour cette raison que lui seul connaît la valeur de la chose.

307. — Le serment peut, suivant les circonstances, être déféré à l'héritier du propriétaire dépouillé. Ainsi jugé qu'il peut être déféré à un individu pour la valeur d'un dépôt fait par son père, dont il est héritier. — Cass., 9 vend. an XIV, D..., [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 10, n. 446 ; Larombière, sur l'art. 1369, n. 7.

308. — Il pourrait être déféré à un mineur. — Même arrêt. — *Sic*, Rousseau et Laisney, n. 103.

309. — Le serment doit être prêté sur la valeur réelle de la chose, et non sur la valeur qu'elle peut avoir aux yeux du demandeur. Si les interprètes du droit romain admettaient le *juramentum affectionis*, nous ne connaissons, à cet égard, que le *juramentum veritatis*. Toutefois, outre la valeur réelle de la chose, il y aurait lieu aussi chez nous à prendre en considération le préjudice que sa perte a pu occasionner au demandeur. — Pothier, *Oblig*, n. 930; Larombière, sur l'art. 1369, n. 8; Duranton, t. 13, n. 627 et 628 ; Toullier, t. 10, n. 437, Aubry et Rau, t. 8, § 768, p. 365.

310. — On peut revenir contre le serment *in litem* ou l'estimation qui a été faite, soit en absolvant la partie en entier, soit en modérant cette estimation, s'il se présente quelque cause grave et que, depuis, on ait recouvré de nouvelles preuves : par exemple, si, depuis le serment prêté, on retrouvait des pièces établissant que le demandeur n'était pas propriétaire de la chose. — Toullier, t. 10, n. 435; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 96 et 97.

311. — Le serment *in litem* constitue un genre de serment supplétoire. Il en résulte notamment que la partie à laquelle il a été déféré ne peut le référer à son adversaire (V. *suprà*, n. 272); que le juge qui l'a déféré peut le rétracter (V. *suprà*, n. 277 et s.) et que le juge d'appel n'est pas lié par la décision rendue en première instance d'après les données fournies par celui qui a prêté le serment *in litem* (V. *suprà*, n. 283). — Aubry et Rau, t. 8, § 768, p. 365 et 366; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1329; Larombière, sur l'art. 1369, n. 11; Colmet de Santerre, t. 5, n. 345 *bis;* Demolombe, t. 30, n. 729; Laurent, t. 20, n. 304; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1369, n. 1 ; Huc, t. 8, n. 372.

CHAPITRE V.

PROCÉDURE DU SERMENT.

312. — La partie qui défère le serment pose à cet effet des conclusions qu'elle signifie dans la forme ordinaire. L'avoué qui les prend doit être prêt à justifier qu'il agit en vertu d'un mandat spécial. — Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 885, p. 133.

313. — Si le défendeur, présent à l'audience où le serment est déféré, accepte de le prêter immédiatement, il n'y a pas lieu à jugement. Le tribunal donne acte de la délation, de l'offre de prêter serment et de la prestation. Aussi a-t-il été décidé que lorsque la partie à laquelle le serment décisoire est déféré se trouve présente à l'audience, et consent à prêter serment à l'audience même, les juges du fond ne sont pas tenus de donner acte, par des décisions distinctes, des faits qui s'accomplissent devant eux relativement à cette délation de serment. — Cass., 1er juin 1875, Delanoë, [D. 78.1.71] — *Sic*, Rodière, t. 1, p. 469; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, t. 1, n. 254; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 885, p. 133 ; Bonnier et Larnaude, n. 418.

314. — C'est seulement lorsque le droit de déférer le serment est contesté à la partie que le tribunal doit prononcer, par une décision interlocutoire, sur l'admission de ce mode de preuve. C'est cette hypothèse qu'a prévue l'art. 120, C. proc. civ., lorsqu'il parle du jugement qui ordonne le serment. — Bonnier et Larnaude, *loc. cit.;* Garsonnet, *loc. cit.*

315. — Aux termes de l'art. 120, C. proc. civ. : « Tout jugement qui ordonnera un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu ».

316. — Cette formalité est requise à peine de nullité; elle est essentielle en effet pour définir le débat et avertir la partie adverse des faits sur lesquels elle est appelée à prêter serment. C'est en vain qu'on opposerait la règle posée par l'art. 1030, C. proc. civ., d'après lequel aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. Cet article ne s'applique, en effet, ni aux jugements, ni aux actes de procédure qui manquent d'une formalité substantielle. — Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 885, p. 133, texte et note 4; Glasson, t. 1, p. 643 ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, t. 1, n. 254; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, sur l'art. 120, n. 2 et 3.

317. — Quelques auteurs admettent, toutefois, qu'il suffit que les faits se trouvent relatés dans la question ou le point de fait. — Carré et Chauveau, quest. 503 et 504; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Jugement*, sect. 1, § 2, n. 2; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 238 ; Rodière, t. 1, p. 469. — V. aussi Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 286; Berriat-Saint-Prix, p. 492, n. 3.

318. — Décidé, en ce sens, que l'art. 120 n'ayant point, au cas d'omission, prononcé la nullité du jugement, cette nullité, aux termes de l'art. 1030, ne saurait être suppléée. Et il suffit, pour remplir le vœu de l'art. 120, que les faits sur lesquels doit porter le serment se trouvent relatés dans la partie du jugement qui contient l'exposé des faits. — Turin, 20 févr. 1808, Turpini, [S. et P. chr.]

319. — Il a même été jugé que l'omission, dans le dispositif d'un arrêt qui soumet une partie à prêter le serment que lui a déféré l'autre partie sur l'existence d'un paiement allégué par celle-ci, du lieu de paiement indiqué dans les conclusions à fin de délation du serment, n'emporte pas nullité lorsque cette omission est sans importance dans la cause. — Cass., 14 nov. 1860, de Villermont, [S. 61.1.949, P. 62.460, D. 61.1.338]

320. — En pratique, le jugement qui ordonne le serment n'est pas signifié. Il ordonne la comparution des parties à une date fixe et les avoués font comparaître leurs clients à cette date, amiablement, ou sur sommation par acte d'avoué à avoué, et, s'il n'y a pas d'avoué, par exploit d'huissier. — Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, v° *Serment*, n. 105; Thomine-Desmazures, t. 1, n. 135; Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Serment*, n. 44.

321. — Mais si les parties ne se présentent pas, le jugement est signifié. On s'est demandé comment il doit l'être. Dans une opinion, qui est plus généralement adoptée, on soutient que le jugement qui ordonne le serment doit être signifié à personne ou domicile aussi bien qu'à avoué. — Lepage, p. 134; Demiau-Crouzilhac, p. 106; Carré et Chauveau, n. 506 ; Boncenne, t. 2; p. 508, à la note; Bioche, *v° cit.*, n. 145, Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 885, p. 134; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, sur l'art. 121, n. 1; Bonnier, *loc. cit.*

322. — Pour d'autres auteurs la signification à avoué est suffisante. Dans le silence de la loi, dit-on, il faut appliquer le droit commun, et il est bien évident qu'ici l'avoué aura le soin de prévenir son client. — Pigeau, *Procéd.*, t. 1, p. 245 ; Glasson, t. 1, p. 643.

323. — Jugé que la sommation à l'effet d'assister devant le juge de paix à une prestation de serment ordonnée par un jugement ou arrêt contradictoire, peut être faite par exploit signifié à la personne : qu'il n'est pas nécessaire qu'elle le soit par acte d'avoué à avoué. — Bastia, 10 janv. 1838, Tertian, [S. 38.2. 266, P. 40.2.31]

324. — Bien que le jugement qui ordonne le serment soit susceptible d'appel, il n'est pas nécessaire que le jour de la prestation du serment soit fixé après la huitaine pendant laquelle la loi veut que l'exécution des jugements non exécutoires par provision soit suspendue. — Thomine-Desmazures, t. 1, n. 135.

325. — La loi ne fixe pas le délai pour assister au serment ou le prêter. On admet généralement qu'il est de trois jours comme en matière d'enquête, outre les délais de distance. Ainsi décidé que la sommation à une partie pour être présente à une prestation de serment ordonnée par jugement, doit, à peine de nullité, être donnée trois jours au moins avant le jour de cette prestation, avec augmentation d'un jour par trois (aujourd'hui cinq) myriamètres de distance entre le domicile de l'avoué (où la sommation doit être notifiée) et celui de la partie, comme en matière d'enquête. — Orléans, 28 mars 1849, Gigaud, [S. 49.2 469, P. 49.1.415, D. 49.2.203] — *Sic*, Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Jugement*, sect. 1, § 2, n. 3; Carré et Chauveau, quest. 520; Rodière, t. 1, p. 470; Rousseau et Laisney, n. 109; Bioche, v° *cit.*, n. 55; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 885, p. 134; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, sur l'art. 121, n. 6. — *Contrà*, Thomine-Desmazures, t. 1, n. 136, *in fine*.

326. — ... Qu'il en est ainsi, alors même que le jugement qui a ordonné le serment a fixé contradictoirement entre les parties le jour où ce serment serait reçu. — Même arrêt.

327. — ... Que la sommation à une partie pour être présente à une prestation de serment ordonnée par jugement, peut n'être donnée que trois jours seulement avant le jour de cette prestation, avec augmentation d'un jour par trois (cinq) myriamètres de distance entre le domicile de l'avoué (où la sommation doit être notifiée) et celui de la partie, comme en matière d'enquête : il n'est pas nécessaire d'observer le délai ordinaire de huitaine fixé pour les ajournements. — Cass., 4 janv. 1842, d'Aiguy, [S. 42.1.211, P. 42.1.368

328. — Jugé, au contraire, que l'assignation donnée à la partie adverse de celle à qui le serment est déféré, pour être présente à la prestation, encore qu'elle puisse être donnée par acte d'avoué à avoué, conformément à l'art. 121, C. proc. civ., doit contenir les délais ordinaires des ajournements. — Trèves, 4 mars 1808, N..., [S. chr.]

329. — ... Que lorsque les juges ont ordonné que la partie à laquelle le serment a été déféré le prêterait devant le tribunal de son domicile, la partie adverse doit être sommée de se trouver à cette prestation, aux lieu, jour et heure qui seront indiqués, en observant les délais nécessaires à son transport qui doivent être les mêmes que ceux fixés en matière d'ajournement. — Orléans, 9 déc. 1807, N..., [P. chr.]

330. — Autrefois le serment judiciaire se prêtait dans les églises. Aujourd'hui le serment doit être prêté à l'audience. Mais dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, tel que l'âge, la santé ou l'éloignement de la partie, le tribunal peut ordonner que le serment sera prêté devant le juge que le tribunal aura commis et qui se transportera chez la partie, assisté du greffier, ou devant le tribunal du lieu de la résidence de la partie; c'est ce qui résulte de l'art. 121, C. proc. civ.

331. — C'est ainsi qu'il a été jugé que, si le juge peut entourer le serment de certaines formalités relatives au rite religieux de celui qui y est soumis, ce n'est qu'autant qu'elles sont susceptibles de s'effectuer sans que les règles de la procédure soient violées; que le serment doit être prêté à l'audience, sauf deux cas, limitativement déterminés, dans lesquels il peut l'être sur la délégation du tribunal. — Alger, 27 nov. 1901, Otsmane, [J. *Le Droit*, 17-18 févr. 1902]

332. — Il y a là une prescription impérative à laquelle il n'a été dérogé, ni par une loi de la métropole, ni par une disposition de la législation relative à l'Algérie. — Même arrêt.

333. — En conséquence, le serment décisoire, déféré à un musulman, doit être prêté à l'audience, sauf au tribunal à l'entourer de certaines formalités relatives à la religion de celui qui doit le prêter. — Même arrêt.

334. — Mais la disposition de cet article, portant que le serment sera prêté par la partie à l'audience, ne fait pas obstacle à ce que les juges qui ordonnent le serment prenant en considération l'âge ou les infirmités de la personne qui doit le prêter, ne puissent commettre un juge pour le recevoir en la chambre du conseil, surtout lorsqu'il s'agit, non d'un serment décisoire, mais d'un serment supplétif. — Cass., 17 févr. 1836, Dumoret, [S. 36. 1.412, P. chr.]

335. — Le serment déféré à une partie peut même être prêté devant la chambre des vacations, alors que délégation lui a été faite à cet égard par la décision qui a ordonné le serment. En général, tout juge ou juridiction peut-être délégué, suivant l'exigence des cas, pour recevoir une prestation de serment : peu importe la nature de l'affaire dans laquelle le serment doit être prêté. — Cass., 19 juill. 1836, Demolon, [S. 37.1.149, P. 37.1.64]

336. — Le serment qui devait être prêté devant des arbitres, et qui ne l'a pas été devant eux par suite de l'expiration du compromis, peut être prêté devant les tribunaux ordinaires lorsqu'on ne peut imputer au dol ou à la fraude de la partie qui devait prêter le serment l'impossibilité où elle est de le faire devant les arbitres. — Pau, 24 avr. 1823, Casse, [S. et P. chr.] — V. *infra*, n. 393.

337. — Un tribunal peut révoquer la commission qu'il aurait donnée à un autre, à l'effet de recevoir le serment d'une partie, pourvu que cette commission n'ait pas reçu un commencement d'exécution. — Rennes, 2 avr. 1810, Peniset, [S. et P. chr.] — *Sic*, Carré, quest. 517; Bioche, v° *cit.*, n. 51; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, sur l'art. 121, n. 15 et 16.

338. — En effet, la disposition des art. 121 et 1035, C. proc. civ., portant que les tribunaux peuvent ordonner, si la partie à laquelle le serment est déféré est trop éloignée, qu'elle prêtera le serment (dans l'espèce, le serment de l'art. 2275, C. civ.) devant le tribunal de sa résidence, constitue un simple mode d'exécution qu'il appartient aux tribunaux de déterminer et de modifier en tout état de cause, si les circonstances elles-mêmes viennent à être changées. — Cass., 4 mai 1898, Decot, [S. et P. 1900.1.271, D. 98.1.454]

339. — Ainsi, une cour d'appel a pu décider que le serment à prêter par une partie sera reçu devant le tribunal étranger de sa nouvelle résidence, rogatoirement commis, sans qu'il y ait eu appel sur ce point spécial, en se fondant sur ce que, par suite de l'appel interjeté, la disposition du jugement ordonnant la prestation de serment devant le tribunal français, saisi du litige, n'avait pu recevoir son exécution, et que, depuis lors, la partie qui devait prêter le serment était à l'étranger. — Même arrêt.

340. — Jugé encore qu'un tribunal peut, en vertu de l'art. 121, C. proc. civ., ordonner que le serment déféré à un individu domicilié hors de France sera prêté par lui devant le juge de son domicile. L'art. 546, C. proc. civ., ne fait point obstacle à cet acte de pure instruction. — Bruxelles, 19 janv. 1832, L..., [P. chr.]

341. — Aux termes de l'art. 121, C. proc. civ., le serment doit être prêté par la partie en personne. Il ne peut donc plus être prêté par procureur comme il l'était autrefois. — Poitiers, 21 prair. an XI, N..., [S. et P. chr.] — *Sic*, Carré et Chauveau, quest. 512; Demiau-Crouzilhac, p. 107; Favard de Langlade, *Rép.*, t. 3, p. 155, n. 1; Thomine-Desmazures, t. 1, p. 240; Boncenne, t. 2, p. 508; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 290; Garsonnet, 2e éd., t. 3, p. 134, § 886; Glasson, t. 1, p. 643; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, t. 1, n. 255.

342. — Il semble en résulter que le serment ne pourrait être déféré aux administrations, communautés et corporations qui ne pourraient le prêter que par mandataire. Il en serait ainsi, par exemple, du serment déféré aux administrateurs d'établissements publics. — Carré et Chauveau, quest. 514; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 886, p. 135, note 3; Bonnier et Larnaude, n. 417.

343. — Cependant, quelques auteurs admettent que le serment déféré à un être collectif, tel qu'une société, doit être prêté par celui des associés qui est en cause, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel à l'un des associés. Quand il s'agit d'un fait social, non seulement chaque associé, représentant la société, pourrait jurer pour elle, mais encore le serment prêté par l'un des associés profiterait à tous les autres. — Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de commiss.*, t. 1, n. 344, et *Dr. commerc.*, t. 1, n. 245; Massé, *Dr. commerc.*, t. 4, n. 2596; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 542, § 608, note 6, *in fine*; Larombière, sur l'art. 1359, n. 8.

344. — Dans tous les cas, le serment doit être prêté en présence de l'autre partie, soit qu'elle assiste à l'audience où il est ordonné et prêté séance tenante, soit qu'elle y soit appelée par

acte d'avoué à avoué, et, s'il n'y a pas d'avoué constitué, par exploit [illegible] jour de la prestation. Si elle ne se rend pas à la convocation qui lui a été adressée, on peut passer outre [illegible] absence. — Carré et Chauveau, quest. 520 *bis*; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 886, p. 135; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, sur l'art. 121, n. 27; Rousseau et Laisney, v° *Serment*, n. 111; Bioche, *v° cit.*, n. 53.

345. — Dans un système, on décide que le serment prêté en l'absence de la partie adverse, et sans que celle-ci ait été appelée à y assister, conformément à la disposition de l'art. 121, § 3, C. proc. civ., est entaché de nullité pour omission d'une formalité substantielle. — Cass., 6 août 1894, Lecamus, [S. et P. 94.1.416, D. 95.1.199] — *Sic*, Rodière, t. 1, p. 470; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 885, p. 134, note 9.

346. — On admet cependant plus généralement que si la présence de la partie adverse est une condition importante de la prestation de serment, son absence n'entraînerait pas la nullité du serment, bien qu'elle n'y eût pas été appelée. — Aix, 21 mai 1811, Guieu, [P. chr.] — *Sic*, Pigeau, t. 1, p. 292; Berriat-Saint-Prix, t. 2, p. 553, note 6; Chauveau, sur Carré, quest. 520 *bis;* Rousseau et Laisney, v° *Serment*, n. 111.

347. — Jugé en ce sens que le serment, bien que prêté en l'absence de la partie adverse et sans sommation préalable à cette partie d'y assister, est valable s'il a eu lieu à l'audience même où le jugement a été rendu, sans opposition ni réclamation. — Cass., 10 mai 1842, Cret, [S. 42.1.635, P. 42.2.171]

348. — Lorsque de deux ou plusieurs parties sommées par leur adversaire d'assister à une affirmation par serment, devant un tribunal désigné par commission rogatoire, l'une fait défaut et l'autre comparaît, le serment doit être prêté sans qu'il soit besoin de prononcer défaut-joint à l'égard de la partie non comparante. — Poitiers, 10 janv. 1826, Pavie, [S. et P. chr.] — *Sic*, Bioche, v° *Jugem. par défaut*, n. 57; Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, sur l'art. 121, n. 30.

349. — Lorsque la partie ne se présente pas pour prêter serment, elle est condamnée; mais le jugement n'est pas par défaut. Elle a donc à sa disposition les voies de recours, sauf l'opposition. — Glasson, t. 1, p. 643.

350. — Jugé au contraire que la voie de l'opposition est ouverte contre le jugement ou l'arrêt qui, faute par une partie de se présenter pour prêter le serment à elle déféré, déclare cette partie déchue de la faculté de prêter le serment, et adjuge en conséquence les conclusions prises contre elle. — Amiens, 12 août 1826, Torchon, [S. et P. chr.]

351. — Le jugement qui donne acte d'un serment prêté n'est pas de ce chef susceptible de voies de recours, à moins qu'il n'ait donné acte d'un serment prêté dans des termes différents de ceux formulés sur le jugement exécutoire. — Glasson, *loc. cit.*

352. — Décidé au contraire que l'opposition n'est pas recevable contre le jugement ou l'arrêt qui donne acte d'une prestation de serment, car ces décisions ne sont qu'un procès-verbal constatant un fait matériel. — Nîmes, 24 août 1829, Devèze-Biron, [S. et P. chr.]

353. — ... Ni contre le jugement qui indique pour la prestation de serment un autre jour que celui fixé précédemment. — Cass., 7 févr. 1831, Devèze-Biron, [S. 31.1.160, P. chr.]

354. — Nous avons examiné *suprà*, v° *Acquiescement*, n. 530 et s., dans quels cas l'appel est recevable, suivant que la partie qui succombe a ou non assisté sans protestation ni réserves à la prestation de serment. La question a suscité une controverse. — V. aussi *suprà*, n. 284.

355. — Il a été jugé, d'une part, que la partie en l'absence de laquelle un serment déféré d'office a été prêté, n'est pas recevable à interjeter appel du jugement intervenu par suite, lorsque le jugement qui ordonnait le serment lui a été signifié et qu'elle a été dûment appelée à être présente à sa prestation. — Rennes, 27 août 1812, Josselin, [S. et P. chr.]

356. — ... D'autre part, qu'une partie non présente à la prestation d'un serment déféré d'office est recevable à interjeter appel du jugement qui l'a ordonné, encore bien qu'elle ne l'ait pas fait entre le jugement qui a ordonné le serment et celui qui a constaté sa prestation. — Rennes, 13 mai 1812, F..., [P. chr.]

357-361. — ... Qu'une partie peut appeler du jugement qui a déféré le serment d'office à son adversaire; et qu'elle n'est pas déchue de ce droit, bien qu'assignée pour assister à la prestation du serment, elle n'ait pas interjeté appel avant le jour indiqué pour le recevoir. — Besançon, 15 mai 1818, Maire, [S. et P. chr.]

362. — Quant à la forme même du serment, on peut dire que lorsqu'il s'agit du serment décisoire, il n'y a point de formules judiciaires sacramentelles. — Orléans, 26 juill. 1820, N..., [P. chr.]

363. — La formule du serment consiste seulement et en général à dire, sur l'interpellation du magistrat et en levant la main droite : « Je le jure ». Mais si celui qui doit jurer ne comprend pas la langue française, on l'admettrait à prêter serment dans sa langue et on aurait recours à un interprète. Un muet pourrait également être autorisé à prêter serment par écrit. — Demolombe, t. 30, n. 653; Larombière, sur l'art. 1357, n. 8; Bonnier et Larnaude, n. 420; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 886, p. 135; Glasson, t. 1, p. 643 et 644; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, t. 1, n. 255.

364. — Quant aux autres formalités, telles que se tenir debout, ôter son gant et lever la main droite, ce sont des usages dont l'inobservation n'entraîne pas nullité. Ainsi, celui qui est privé du bras droit ne serait pas considéré comme incapable de prêter serment bien qu'il ne puisse lever la main. — Garsonnet, *loc. cit.;* Demolombe, t. 30, n. 653; Larombière, sur l'art. 1357, n. 8; Bonnier, *loc. cit.*

365. — Lorsque la partie qui doit prêter le serment appartient à une religion d'après laquelle le serment est soumis à des formes spéciales, on s'est demandé si le juge pouvait l'obliger à le prêter suivant ces formes, alors même qu'elle consentirait à le prêter dans les formes ordinaires. Le serment ayant un caractère essentiellement religieux (V. *suprà*, n. 1), on en a longtemps conclu que le serment devait être prêté selon le rite religieux de celui à qui il est imposé, et, en conséquence, que le juif, par exemple, était tenu de le faire *more judaico.* — Pigeau, *Comment.*, t. 1, p. 290; Carré, quest. 519; Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure*, p. 493, note 5; Rolland de Villargues, v° *Serment judiciaire*, n. 30 et 31; Favard de Langlade, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 23; Toullier, t. 10, n. 342 et s.; Duranton, t. 13, n. 593; Zachariæ, t. 5, p. 610; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. 2, p. 511; Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Serment*, n. 58. — V. aussi Carnot, *Instruction criminelle*, sous l'art. 317, n. 2; un avis du grand juge ministre de la Justice, du 26 nov. 1806, et un avis du consistoire israélite d'Alger, mentionné dans l'arrêt de la cour d'Alger du 18 juin 1845. — Nancy, 15 juill. 1808, Coblenz, [S. et P. chr.] — Colmar, 26 juill. 1814, Lang, [P. chr.]; — 5 mai 1815, Surkopff, [S. et P. chr.]; — 17 juin 1822, Weyé, [S. et P. chr.]; — 18 (10) janv. 1828, Mannheimer, [S. et P. chr.] — Pau, 11 mai 1830, Suarez, [S. et P. chr.] — Colmar, 12 mai 1841, Speisser, [S. 42.2.493, P. 42.1.353] — Alger, 18 juin 1845, Pareifico, [S. 46.2.138, P. 48.1.621, D. 46.2.61]

366. — Mais cette doctrine a de tout temps trouvé de vifs contradicteurs; et, au nom de la liberté de conscience, on a dénié formellement aux juges le pouvoir d'imposer aux parties ou aux témoins un mode particulier de serment, chacun, juif, catholique ou protestant, se trouvant lié également, et au même degré, par celui prêté dans la forme prescrite par la loi. Le serment est en effet, bien qu'un acte religieux dans son essence, un acte civil dans sa forme et c'est la loi civile qui seule doit en principe régler ses formes. — Massé, t. 3, n. 1257 et s.; Bourguignon, *Jurisprudence des Codes criminels*, sur l'art. 75, n. 1; Chauveau, sur Carré, quest. 1028; Marcadé, sur l'art. 1357, n. 1; Toullier, t. 10, n. 343; Marcadé, sur les art. 1358 et s.; Boileux, t. 4, p. 731; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 530, § 601, note 7; Aubry et Rau, t. 8, p. 181, § 752; Colmet de Santerre, t. 5, n. 337; Bonnier, n. 422; Garsonnet, 2e éd., t. 3, § 886, p. 137; Larombière, sur l'art. 1357, n. 1 et s.; Demolombe, t. 30, n. 655; Migneret, *Revue critique*, 1871-1872, p. 668 et s.; Jeanvrot, *La question du serment*, p. 12 et s.; Carpentier, *Du droit du serment*, p. 66 et s.; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1357, n. 2; Glasson, t. 1, p. 644; Rodière, t. 1, p. 470. — *Contrà*, Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 20, n. 221 et s. — V. aussi dans le même sens, les décisions du consistoire général israélite, en 1806; du grand sanhédrin du 2 mars 1807; du consistoire central des 16 nov. 1816 et 19 avr. 1844; des consistoires de Paris du 9 juill. 1843, de Metz du 6 nov. 1843, de Marseille du 14 mars 1844,

et de ceux de Nancy, Colmar, Strasbourg, de la Gironde, etc.

367. — Il a été décidé, en ce sens, que les israélites appelés à prêter serment ne peuvent, lorsqu'ils ne le demandent point, être soumis à une autre forme de serment que celle établie par la loi pour tous les citoyens. — Cass., 12 juill. 1810, Hirtz, [S. et P. chr.]; — 10 oct. 1844, Fabre, [P. 48.1.639]; — 18 nov. 1847, Fabre, [S. 48.1.175, P. 48.1.639, D. 47.4.442]

368. — En d'autres termes un juif ne peut être contraint de jurer selon le rite judaïque, alors qu'il offre de jurer selon les lois civiles. — Turin, 22 févr. 1809, Trèves, [S. et P. chr.] — Nîmes, 10 janv. 1827, N..., [S. et P. chr.]; — 7 juin 1827, Vital, [S. et P. chr.] — Aix, 13 août 1829, Vidal, [S. et P. chr.]

369. — De même, dans les contestations entre israélites indigènes régies par la loi mosaïque, l'obligation pour le juge de n'ordonner le serment que quand cette loi l'autorise n'entraîne nullement celle de le faire prêter *more judaico;* le serment ordonné en pareil cas est valablement prêté dans la forme réglée par la loi française, alors d'ailleurs que l'emploi de la forme prescrite par la loi mosaïque n'est réclamé par aucune des parties. — Cass., 16 juin 1868, Jaffran, [S. 69.1.377, P. 69.932]

370. — D'autre part, on admet généralement que celui qui professe une religion d'après laquelle le serment est soumis à une forme particulière doit être admis à le prêter suivant cette forme lorsqu'il le demande. Ainsi la Cour suprême a décidé qu'une forme de serment autre que la forme ordinaire ne peut être autorisée par le juge que lorsque la partie qui doit le prêter ne professe pas la religion de la majorité des Français, et en fait elle-même la demande. — Cass., 3 mars 1846, Cerf, [S. 46.1.193, P. 48.1.622, D. 46.1.103] — Besançon, 15 janv. 1847, Cerf, [S. 47.2.142, P. 48.1.622, D. 47.4.441]

371. — Il en résulte donc que chacun a le droit de prêter serment suivant les exigences de son culte. — Cass., 20 mai 1882, Mohamed-Amokran-Oukaei, [S. 84.1.41, P. 84.1.65, D. 82.1.388 et le rapport de M. le conseiller de Larouverade, et conclusions de M. l'avocat général Tappie] — C. d'ass. de la Marne, 17 juill. 1899, Arnould, [S. et P. 99.2.286, D. 99.2.340] — *Sic*, F. Hélie, *Instr. crim.*, t. 7, p. 635, n. 3524; Demolombe, t. 30, n. 656; Larombière, sur l'art. 1357, n. 10; Rodière, t. 1, p. 470; Garsonnet, 2ᵉ éd., t. 3, § 886, p. 137; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, t. 1, n. 255; Aubry et Rau, t. 8, § 752, p. 182; Glasson, t. 1, p. 644.

372. — Ainsi un quaker qui affirme en son âme et conscience ainsi que sa religion l'y autorise, satisfait au vœu de la loi qui prescrit le serment judiciaire. — Cass., 28 mars 1810, Masson et Fenwick, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 14 mars 1809, Masson et Fenwick, [S. et P. chr.] — V. aussi Cass., 4, 9 et 24 avr. 1812, Pinguet, [S. et P. chr.]

373. — De même encore un musulman pourrait prêter serment la main sur le Coran du moment qu'il l'a prêté dans la forme, dans le lieu et devant les magistrats que la loi détermine. — Cass., 15 févr. 1838, Delucca, [S. 38.1.914, P. 40.1.742]

374. — Quant à ceux qui font profession d'athéisme ils ne pourraient, dans l'état actuel de la législation, refuser de prêter le serment dans d'autres formes que celles du droit commun, sous peine de succomber. — Demolombe, t. 30, n. 657; Garsonnet, 2ᵉ éd., t. 3, § 886, p. 137; Migneret, *Rev. crit.*, 1871-1872, p. 673 et s.; Glasson, t. 1, p. 644. — La question n'a d'ailleurs aucun intérêt en matière de serment judiciaire, la formule employée ne pouvant blesser aucune conscience, mais il n'en est plus de même pour le serment des jurés dans lequel le nom de Dieu est invoqué. — V. *suprà*, v° *Cour d'assises*, n. 2275.

375. — Le serment doit être prêté dans les termes mêmes où il a été déféré. Il faut donc que la délation soit faite en termes clairs et précis. On admet même que les juges ont le droit d'apprécier les termes dans lesquels le serment décisoire est déféré, et d'en élaguer tout ce qui, rédigé dans une forme plus ou moins captieuse, aurait pour but de gêner la conscience de la partie à laquelle il est déféré, sans contribuer à une manifestation plus exacte de la vérité, ni à la solution du procès. — Colmar, 9 mars 1864, Laurent, [P. 64.235, D. 66.2.12] — *Sic*, Garsonnet, 2ᵉ éd., t. 3, § 886, p. 135 et 136; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 190.

376. — De même, encore bien que le serment décisoire déféré par une partie à l'autre ait été ordonné par un jugement passé en force de chose jugée, les juges peuvent ultérieurement changer les termes du serment déféré, en déclarant que les nouveaux termes remplissent l'esprit dans lequel le serment a été déféré; ce n'est là que l'interprétation d'un contrat judiciaire. — Cass., 15 mai 1822, [illegible], [S. et P. chr.]

377. — On ne peut se plaindre de ce qu'un tribunal a accueilli l'explication d'un serment déféré, telle qu'elle a été proposée par le créancier, lorsque les modifications qu'elle renferme n'attaquent en aucune manière les points essentiels de la contestation consistant dans la réalité et l'importance de la dette. — Bruxelles, 25 avr. 1822, Vanreeth, [P. chr.]

378. — Celui qui, en prêtant un serment décisoire, a omis un des points qu'il devait affirmer, peut être admis à prêter un nouveau serment pour réparer cette omission. — Turin, 7 avr. 1807, Canosio, [S. et P. chr.]

379. — Lorsqu'un serment décisoire porte sur plusieurs faits et qu'il a été prêté sur un fait sans réserve, mais avec réserve sur un autre fait, les juges peuvent, sans en cela violer la foi due au serment ni le diviser, le rejeter en entier, comme non probant, à raison de la contradiction qu'ils reconnaissent exister entre ces différentes parties. — Cass., 8 mars 1852, Badargeaux, [S. 52.1.343, P. 53.2.65, D. 52.1.73]

380. — Lorsqu'une femme à laquelle on a déféré le serment sur le point de savoir si sa dot a été réellement payée à son mari, et en pièces de 5 fr., ainsi que l'énonce le contrat de mariage, refuse d'affirmer que la dot ait été ainsi payée, mais offre en même temps d'attester qu'elle a été fournie en valeurs différentes, les juges ne peuvent point considérer cette offre comme un refus de serment, et débouter par suite la femme de sa demande en remboursement de sa dot. — Cass., 18 août 1830, Crespel, [S. et P. chr.]

381. — Jugé, au contraire, que le serment déféré à une femme, sur un apport mentionné en argent dans son contrat de mariage, doit être prêté dans les termes prescrits, et de telle sorte que, si la femme prétend avoir apporté des marchandises au lieu d'argent, pour la valeur mentionnée, la prestation de serment est nulle. La partie qui a ainsi prêté le serment ne peut prétendre que sa déclaration ne peut être scindée, et qu'elle doit jouir du bénéfice de l'art. 1356, C. civ., relatif à l'aveu judiciaire. — Rennes, 25 févr. 1828, Berdoulet, [P. chr.]

382. — Lorsqu'un serment décisoire n'a pas été prêté dans les termes dans lesquels il a été déféré, la partie qui avait déféré le serment peut, bien qu'elle en ait poursuivi la prestation, valablement interjeter appel du jugement rendu à la suite de cette prestation. — Caen, 23 janv. 1824, Pelhaitre, [P. chr.] — V. *suprà*, n. 354 et s.

383. — Le moyen tiré de ce qu'un serment aurait été prêté en des termes autres que ceux en lesquels la prestation en avait été ordonnée, conduit à l'examen du fonds et ne peut, comme tel, être proposé en cassation. — Cass., 8 déc. 1829, Pieffort, [P. chr.]

384. — La prestation d'un serment décisoire sur la négation d'un paiement, dans d'autres termes que ceux dans lesquels il a été déféré, peut former un commencement de preuve par écrit qui rende la preuve testimoniale recevable contre celui qui l'a prêté. — Grenoble, 24 août 1810, Carus, [S. et P. chr.]

385. — Si la partie prête le serment en termes vagues ou déclare ne pas se rappeler les faits qui forment l'objet du serment, que faut-il décider? Dans une opinion on admet que dans ce cas le serment doit être considéré comme prêté. — Larombière, sur l'art. 1363, n. 3.

386. — Décidé en ce sens que le serment prêté en ces termes par un créancier auquel il a été déféré par le débiteur sur l'existence de paiements : « Je ne me rappelle pas », est valable et décide le litige de la même manière que si la réponse avait été négative. — Besançon, 1ᵉʳ févr. 1856, Verbois, [S. 56.2.95, P. 56.1.255, D. 56.2.88]

387. — Et la partie qui a déféré le serment ne peut plus, dans ce cas, être admise à prouver par témoins les faits qui ont été l'objet du serment. — Même arrêt.

388. — Dans un autre système, lorsque le serment décisoire a été déféré à une partie et ordonné par jugement, elle est censée l'avoir refusé, si, au lieu de prêter serment sur la réalité ou la fausseté d'un fait, elle se borne à jurer qu'elle l'ignore. — Bruxelles, 22 févr. 1819, Vanderberghe, [P. chr.] — Dijon, 27 oct. 1893, Schneider et Cⁱᵉ, [D. 94.2.99] — *Sic*, Garsonnet, 2ᵉ éd., t. 3, § 886, p. 136; Rodière, t. 1, p. 470.

389. — Jugé, également, que la partie à qui le serment est

déféré doit le prêter sans réticence ni tergiversation ou le référer immédiatement; une réponse vague, équivoque, incomplète, basée sur un défaut de mémoire ou sur une discussion raisonnée, soit de l'impossibilité, soit de l'invraisemblance du fait litigieux, n'étant pas décisoire, équivaut à un refus de serment et cette partie doit succomber dans sa prétention. — Besançon, 1er avr. 1862, Lacroix, [D. 62.2.87]

390. — Dans un dernier système on n'admet pas de solution absolue : on peut considérer qu'il y a refus de serment s'il est reconnu en fait que c'est une forme déguisée de refus. On n'admettra pas une solution aussi rigoureuse s'il est reconnu que c'est de bonne foi que la partie déclare ne pas se rappeler le fait à raison du temps écoulé. Dans ce cas la déclaration de la partie qu'elle ne se souvient plus ne pourrait ni lui profiter, ni lui nuire. — Demolombe, t. 30, n. 651; Bonnier, n. 412; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 608, note 27.

391. — Décidé, à cet égard, que la déclaration par laquelle celui à qui un serment est déféré sur l'existence d'un engagement qu'il aurait contracté, affirme sous serment n'avoir gardé aucun souvenir de l'engagement dont il s'agit et ne pouvoir dire s'il l'a contracté, peut équivaloir, d'après les circonstances de la cause, à un refus de serment; et, dans ce cas, l'existence de la convention alléguée par la partie qui a déféré le serment doit être tenue pour avérée. — Cass., 9 juin 1863, Lacroix, [S. 63.1.437, P. 64.206, D. 63.1.468]

392. — Lorsqu'il s'agit d'un serment de crédulité (V. *suprà*, n. 170), celui à qui le serment est déféré ne fait que se conformer à la vérité s'il déclare que le fait sur lequel il doit prêter serment n'est pas à sa connaissance. — Demolombe, t. 30, n. 652.

393. — L'irrégularité de la prestation d'un serment déféré par jugement à une partie n'entraîne pas nullité de ce jugement, alors même que le serment aurait été ordonné par des arbitres dont les pouvoirs sont depuis expirés. En ce cas, le serment peut être prêté de nouveau devant les tribunaux ordinaires. — Cass., 3 juill. 1834, Aubry, [S. 34.1.568, P. chr.] — V. *suprà*, n. 336.

394. — L'art. 335, C. proc. civ., qui ordonne à celui qui veut faire usage d'un interrogatoire sur faits et articles, de faire signifier l'interrogatoire et les réponses, ne s'applique pas au cas où il s'agit d'un serment décisoire prêté en matière sommaire. Dans ce cas, le jugement peut être rendu immédiatement après la prestation du serment, et sans qu'il soit besoin de signification. — Turin, 31 déc. 1810, Bertholino, [S. et P. chr.]

CHAPITRE VI.

FAUX SERMENT.

395. — L'art. 1363, C. civ., dispose que lorsque le serment déféré ou référé a été prêté, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté. La raison en est que le serment décisoire ayant le caractère d'une transaction, celui qui l'a déféré ou référé s'en est remis à la conscience de son adversaire de la solution du litige. Le serment prêté est donc inattaquable, car ce serait remettre en question la difficulté à laquelle il avait pour but de mettre fin. — V. *suprà*, n. 202 et 203.

396. — Il en résulte que l'art. 1363 ne s'applique qu'au cas de serment décisoire et non au cas de serment supplétif déféré d'office par le juge. — Cass., 20 janv. 1843, Risacher, [S. 43.1.659, P. 43.2.462] — Turin, 7 avr. 1812, Ponte de Lombriasco, [S. et P. chr.] — *Sic*, Delvincourt, t. 2, p. 632; Toullier, t. 10, n. 425 et s.; Duranton, t. 13, n. 613 et 614 ; Marcadé, sur l'art. 1368, n. 3; Colmet de Santerre, t. 5, n. 345 *bis;* Bonnier, n. 443; Blanche, t. 5, n. 401; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1363, n. 1. — *Contrà*, Demolombe, t. 30, n. 718.

397. — Par suite, la fausseté du serment supplétif peut être prouvée soit jusqu'au jugement définitif devant le tribunal qui l'a déféré, soit à l'appui du recours, ordinaire ou extraordinaire, interjeté contre le jugement. C'est seulement quand il sera devenu inattaquable par l'épuisement des voies de recours ou par l'expiration des délais imputés pour en user que l'autorité de la chose jugée empêchera la preuve de la fausseté du serment supplétoire, et c'est par ce seul motif que la partie qui a perdu le procès ne pourra plus, dès ce moment, se constituer partie civile dans l'instance criminelle en faux serment (V. *infrà*, n. 400). — Larombière, sur l'art. 1367 et 1368, n. 25; Garraud, t. 5, n. 2038; Aubry et Rau, t. 8, § 767, p. 364; Blanche, t. 5, n. 407 (V. *suprà*, n. 283.

398. — Celui qui veut attaquer comme faux le serment déféré d'office par le juge n'est pas obligé de se pourvoir en faux principal : il suffit qu'il s'inscrive en faux incident civil. — Turin, 7 avr. 1812, précité.

399. — On tire de l'art. 1363, relativement au serment décisoire, plusieurs conséquences. Ainsi lorsqu'une partie a déféré, même subsidiairement, à son adversaire le serment décisoire sur la vérité d'un fait énoncé dans un acte, et que ce serment a été prêté sans opposition, cette partie n'est plus recevable à s'inscrire en faux contre l'acte; autrement, la partie se trouverait admise à prouver la fausseté du serment. — Colmar, 25 avr. 1827, Blenner, [P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 20, n. 274; Larombière, sur l'art. 1363, n. 7 ; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 197; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1322; Demolombe, t. 30, n. 663; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1363, n. 4 ; Garraud, t. 5, n. 2037.

400. — Le faux serment constitue un délit, comme nous allons le voir. Mais le ministère public seul peut poursuivre celui qui a prêté un faux serment; celui qui l'a déféré ne pourrait, afin d'obtenir des dommages-intérêts, ni se porter partie civile, ni citer directement son adversaire devant le tribunal répressif. Ainsi jugé que celui qui, dans le cours d'une instance civile, a déféré le serment décisoire à son adversaire, n'est pas recevable à se porter partie civile dans l'action criminelle dirigée par le ministère public contre ce dernier, pour faux serment. A cet égard, il y a exception par l'art. 1363, C. civ., au principe qui permet à toute partie lésée par un crime ou délit d'en poursuivre la réparation. — Cass., 7 juill. 1843, Raymond, [S. 44.1.36, P. 43.2.704] — *Sic*, Marcadé, sur l'art. 1363, n. 3 ; Laurent, t. 20, n. 275; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 608, p. 546 et 547, note 29 ; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1363, n. 6 et 7 ; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 196, texte et note 45 ; Garraud, t. 5, n. 2037 ; Colmet de Santerre, t. 5, n. 339 *bis*-III; Demolombe, t. 30, n. 661 et s.; Larombière, sur l'art. 1363, n. 7 ; Bonnier, n. 426 ; Blanche, t. 5, n. 406; Huc, t. 8, n. 365. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n. 600.

401. — Ainsi jugé que, quel que soit le résultat de la poursuite au criminel dirigée contre l'auteur d'un faux serment en matière civile, celui qui a perdu son procès par suite du faux serment ne peut jamais revenir contre le jugement ni obtenir des dommages-intérêts quelconques contre l'accusé : la chose jugée au civil reste dans tous les cas irréfragable, la poursuite criminelle ayant exclusivement pour objet l'intérêt de la société. — Cass., 21 août 1834, Hélitas, [S. 35.1.119, P. chr.]

402. — Mais en enlevant à la partie qui a déféré le serment litisdécisoire la faculté d'en prouver la fausseté, l'art. 1363, C. civ., n'a nullement restreint le droit du ministère public de poursuivre le délit du faux serment, ni d'en établir l'existence. — Besançon, 9 mai 1888, Bonnes, [S. 90.2.195, P. 90.1.1175]

403. — Et, dans ce cas, le ministère public peut faire entendre comme témoin la partie qui a déféré le serment litisdécisoire, si celle-ci ne s'est pas portée partie civile. — Même arrêt.

404. — Comme l'intérêt de la société exige que le parjure ne reste pas impuni, le ministère public, non seulement peut, mais doit poursuivre le faux serment. En effet, l'art. 366, C. pén., considère comme un délit le fait par celui à qui le serment a été déféré ou référé en matière civile d'avoir fait un faux serment, et il le punit d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100 à 3,000 fr. Les peines de la privation des droits civils, civiques et de famille et de l'interdiction de séjour peuvent être, en outre, appliquées de cinq à dix ans.

405. — L'élément matériel du délit, c'est l'affirmation sous serment, faite en justice à l'audience du tribunal, après que le serment a été déféré ou référé sur l'objet du litige par une des parties, ou déféré d'office par le juge. L'élément moral consiste dans la conscience, chez celui qui prête le serment, que le fait affirmé ou nié était faux ou était vrai. — Garraud, *Tr. théor. et prat. de dr. pénal franç.*, 2e éd., t. 5, n. 2040.

406. — L'art. 366, C. pén., qui punit le faux serment prêté en matière civile, s'applique au serment supplétif comme au serment décisoire. — Cass., 20 janv. 1843, Risacher, [S. 43.1.659, P. 43.2.462] — Liège, 13 déc. 1824, A..., [P. chr.] — *Sic*, Chau-

veau, F. Hélie et Villey, t. 4, n. 1833 ; Garraud, t. 5, n. 2038; Blanche, t. 5, n. 402.

407. — Celui qui a prêté un faux serment en matière civile est passible des peines portées par l'art. 366, C. pén., lors même qu'il aurait offert le serment avant qu'il lui fût déféré. — Cass., 5 sept. 1812, Merlin, [S. et P. chr.]

408. — L'art. 366, C. pén., en déclarant que le faux serment prêté devant les juges civils ou commerciaux peut donner matière à des poursuites correctionnelles, a établi par cela même que la juridiction correctionnelle, saisie de poursuites de cette nature, ne peut être arrêtée dans l'exercice de ses attributions, ni par une question de compétence, ni par une question de chose jugée. — Cass., 17 mai 1878, Grange, [S. 78.1.487, P. 78.1246] — V. Merlin, *Rép.*, v° *Parjure*, n. 2; Chauveau et F. Hélie, *Théor. du C. pén.*, t. 4, n. 1833; Laurent, *Principes de droit civil*, t. 20, n. 275; Garraud, t. 5, n. 2039, p. 323, note 5.

409. — Mais le ministère public peut-il établir par témoins la fausseté du serment, quand il s'agit d'une valeur de plus de 150 fr.? La doctrine pense que la preuve du fait criminel ne pouvant être établie que par celle du fait civil, on rentre dans les règles prescrites par le droit civil pour la preuve des obligations. — Merlin, *Rép.*, v° *Serment*, art. 2, § 2, n. 8 *bis*; Toullier, t. 10, n. 387 et s.; Carnot, sur l'art. 366, C. pén., n. 7; Legraverend, t. 1, p. 41 ; Ortolan et Ledeau, t. 2, p. 17 et s.; Mangin, *De l'action publique*, t. 1, n. 173 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 608 ; Huc, t. 8, n. 365, p. 546, note 29 ; Carnot, *Comment. du Code pénal*, t. 2, p. 196; Chauveau, F. Hélie et Villey, *Th. du Code pénal*, t. 4, n. 1834 ; Blanche, *Etudes sur le Code pénal*, t. 5, n. 403 ; Garraud, t. 5, n. 2039.

410. — La jurisprudence française se prononce en ce sens et décide que la loi qui proscrit la preuve testimoniale des contrats civils, étend son empire sur la procédure criminelle comme sur la procédure civile. Par suite, il a été jugé que le ministère public n'est pas recevable à prouver par témoins la fausseté d'un serment prêté, en matière civile, sur un objet excédant la somme ou valeur de 150 fr., s'il n'en existe une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit. — Cass., 5 sept. 1812, Gilbert, [S. et P. chr.]; — 17 juin 1813, Stien, [S. et P. chr.]; — 12 sept. 1816, Aubin, [S. et P. chr.]; — 16 août 1844, Benoni, [S. 44.1.714, P. 44.2.225]; — 29 mars 1845, Vincent, [S. 45.1.397, P. 45.2.105, D. 45.1.242]; — 25 avr. 1845, Gardavaud, [S. 45.1.480, P. 45.2.106, D. 45.1.241]; — 13 nov. 1847, Lacot, [S. 48.1.80, P. 48.1.174, D. 47.1.375]; — 22 mars 1878, Barras, [S. 79.1.233, P. 79.549, D. 78.1.442] — Amiens, 24 (23) août 1843, F..., [S. 43.2.539, P. 44.1.147, D. 45.4.423] — Metz, 3 oct. 1866, Wagner, [D. 66.2 223] — Rennes, 8 mars 1882, Maret, [D. 84.2.143] — C. d'ass. du Loiret, 6 nov. 1843, Frappa, [S. 44.2.62, P. 44.1.149, D. 45.4.423] — V. anal. *suprà*, v[is] *Abus de blanc seing*, n. 65 et s., *Abus de confiance*, n. 359 et s.

411. — ... Que la fausseté d'un serment prêté par une partie en matière civile, alors que le litige excède 150 fr., ne peut être établie, au criminel, que par les moyens de preuve requis par le Code civil, c'est-à-dire un acte écrit ou du moins un commencement de preuve par écrit. — Limoges, 26 févr. 1885, Jabet, [S. 86.2.43, P. 86.1.317]

412. — ... Que la fausseté d'un serment prêté par une partie en matière civile, sur une chose excédant 150 fr., ne peut être établie par témoins, même devant les tribunaux criminels, qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit de l'obligation : il en est dans ce cas comme dans celui où il s'agit de prouver l'obligation devant les tribunaux civils. Par suite, nulles poursuites criminelles ne peuvent être intentées par le ministère public, en l'absence d'un tel commencement de preuve par écrit. — Cass., 17 juin 1852, Cros, [S. 53.1.41, P. 53.2.300, D. 52.5.504]

413. — Par application de ce principe il a de même été décidé que le serment décisoire déféré par un créancier à l'employé dont il a saisi-arrêté les appointements, sur le point de savoir quel était le taux du salaire journalier de celui-ci, salaire que le saisissant prétendait être de 3 fr. et que le tiers saisi et le saisi eux-mêmes déclaraient ne pas excéder 1 fr., n'a pour objet qu'une chose d'une valeur inférieure à 150 fr., alors d'ailleurs qu'il n'y a contestation ni sur les causes de la saisie, ni sur l'existence du contrat de louage intervenu entre l'employé et le tiers saisi, son patron. Par suite, la fausseté du serment prêté peut être prouvée par témoins devant le tribunal de répression. — Cass., 12 déc. 1878, Morère, [S. 80.1.236, P. 80.537, D. 79.1.439]

414. — Au contraire, d'après la jurisprudence belge, la preuve testimoniale est admissible, au criminel, pour établir la fausseté d'un serment prêté par une partie en matière civile, alors même qu'il s'agit d'un litige excédant 150 fr. — Cass., Belgique, 29 mai 1882, Prins, [S. 83.4.5, P. 83.2.7] — Bruxelles, 17 oct. 1873, veuve Darvet, [D. 74.2.148] — 29 oct. 1882, X..., [S. 83.4.5, P. 83.2.7] — V. aussi Cass., Belgique, 6 sept. 1878, [*Pasicr.*, 78.1.385] — Bruxelles, 23 mai 1881, [*Pasicr.*, 81.2.184] — Gand, 9 nov. 1881, [*Pasicr.*, 81.2.84] — *Sic*, parmi les auteurs belges, Limelette, *C. de proc. pén. appliqué*, sur l'art. 16, n. 3; Nypels, *C. pén. belge interprété*, sur l'art. 226, t. 1, p. 572, lequel rappelle que telle est aussi la solution admise par la Haute Cour des Pays-Bas. — V. au surplus sur la question, Hofmann, *Quest. préjudic.*, t. 1, n. 248.

415. — Et il en est ainsi en Belgique, même depuis la loi du 17 avr. 1878, dont l'art. 16 dispose que « lorsque l'infraction se rattache à l'exécution d'un contrat dont l'existence est déniée, le juge de répression, en statuant sur l'existence du contrat, se conforme aux règles du droit civil. — Cass., Belgique, 29 mai 1882, précité.

416. — Jugé, dans le même sens, que le faux serment, en matière civile, peut être poursuivi par le ministère public, bien qu'il n'y ait pas preuve écrite de la fausseté du serment, et que la chose qui en a été l'objet soit d'une valeur au-dessus de 150 fr. Spécialement, celui qui a juré n'avoir point consenti une vente dont le prix serait supérieur à 150 fr., peut être poursuivi comme ayant fait un faux serment, quoiqu'il n'existe pas de preuve écrite de la vente par lui déniée. — Cass., 21 août 1834, Hélitas, [S. 35.1.119, P. chr.] — *Sic*, Bourguignon, sur l'art. 366, C. pén.; Rauter, *Dr. crim.*, t. 2, n. 500; Poujol, *Revue étrangère*, 1840, p. 656.

417. — Le principe de l'interdiction de la preuve testimoniale admis par la majorité des auteurs et des tribunaux reçoit exception, et cette preuve est admissible, conformément aux règles du droit civil, s'il existe un commencement de preuve par écrit, si le demandeur n'a pu se procurer aucune preuve écrite ou s'il s'agit d'une affaire commerciale. — Garraud, t. 5, n. 2039; Blanche, t. 5, n. 403.

418. — Ainsi jugé que lorsque le serment supplétoire a été ordonné par le tribunal de commerce, en matière commerciale, le crime de faux serment peut être établi par témoins, lors même qu'il n'existerait pas de commencement de preuve par écrit du fait qui y a donné lieu. — Cass., 30 janv. 1836, Vallée, [S. 36.1.204, P. chr.]

419. — Les juges de répression peuvent faire résulter la preuve de la fausseté d'un serment prêté dans une instance commerciale, d'une pièce produite par le prévenu dans une deuxième instance alors d'ailleurs qu'ils puisent, en outre, les éléments de leur conviction dans les résultats des débats et de l'enquête à laquelle il a été procédé. — Cass., 17 mai 1878, Grange, [S. 78.1.487, P. 78.1246]

420. — Le principe reçoit aussi exception lorsqu'il s'agit d'une obligation née de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits. Aussi a-t-il été décidé que la preuve qu'un individu a prêté, en matière civile, un faux serment, pour dénier un délit ou un quasi-délit susceptible de le rendre passible de dommages-intérêts envers un tiers, peut être fournie par témoins devant la juridiction criminelle, encore bien qu'il n'y ait pas de commencement de preuve par écrit du fait allégué. — Cass., 20 janv. 1843, Risacher, [S. 43.1.659, P. 43.2.462] — *Sic*, Blanche, t. 5, n. 403.

421. — Il a encore été décidé que le principe que la fausseté du serment prêté en matière civile sur un objet dont la valeur excède 150 fr. ne peut être prouvée contrairement aux dispositions des art. 1341 et s., C. civ., reçoit exception lorsque le fait du faux serment n'est recherché que dans l'intérêt d'une poursuite disciplinaire. — Angers, 14 nov. 1855, P..., [S. 56.2.495, P. 56.1.356, D. 56.2.28]

422. — Le défaut de preuve écrite ne serait d'ailleurs pas un obstacle à l'introduction de l'action publique. Si le ministère public ne parvient à réunir que des preuves orales, on devra rendre une ordonnance de non-lieu. Mais on peut, pendant l'instruction, parvenir à découvrir soit une preuve écrite qui fera pleine foi, soit un commencement de preuve par écrit qui rendra la preuve testimoniale admissible. — Blanche, t. 5, n. 405.

423. — L'aveu est à considérer comme un commencement de preuve par écrit (V. *suprà*, v° ***Preuve par écrit*** [*commencement de*], n. 110 et s.). Ainsi jugé que la reconnaissance faite et signée par le prévenu lui-même, lors de l'interrogatoire qu'il a subi devant le juge d'instruction, qu'un serment par lui prêté devant un juge de paix est contraire à la vérité, peut être considérée comme un commencement de preuve par écrit suffisant pour autoriser la preuve par témoins de la fausseté du serment, encore qu'il s'agisse d'une valeur supérieure à 150 fr. — Cass., 21 janv. 1843, Muzard, [S. 43.1.660, P. 43.2.463] — *Sic*, Garraud, t. 5, n. 2039; Blanche, t. 5, n. 403.

424. — Il appartient aux juges de répression d'apprécier, d'après les circonstances de la cause, si le prévenu, appelé à prêter, dans une instance commerciale, le serment supplétoire sur la question de savoir s'il avait existé entre lui et une tierce personne une association pour l'exploitation des coupes de bois provenant de telle succession, avait compris dans ce serment tout à la fois les coupes qui lui avaient été adjugées directement et celles qui lui avaient été rétrocédées. — Cass., 17 mai 1878, précité.

425. — La prestation d'un faux serment ne peut, par elle-même, constituer un dol, car on s'y est volontairement exposé; et pour qu'il y ait dol, il faut que la volonté ait été déterminée par des manœuvres frauduleuses. — Toullier, t. 10, n. 389; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment judiciaire*, n. 33.

426. — Mais s'il était prouvé que c'est par le dol personnel de l'adversaire que celui qui a déféré le serment a été engagé à le faire, celui-ci pourrait être restitué contre la délation qu'il a faite. — Pothier, *Oblig.*, n. 825; Toullier, t. 10, n. 390; Duranton, t. 13, n. 601; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Serment*, sect. 3, § 1, n. 20; Aubry et Rau, t. 8, § 753, p. 197, texte et note 47; Larombière, sur l'art. 1363, n. 9; Colmet de Santerre, t. 5, n. 339 *bis*-I; Demolombe, t. 30, n. 664 et 665; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1363, n. 8. — V. *suprà*, n. 287.

427. — Quant au moyen à employer contre le jugement, ce sera l'appel si le jugement n'est pas en dernier ressort et si la partie est encore dans les délais, ou la requête civile si le jugement est en dernier ressort ou si le délai d'appel est expiré. — Toullier, t. 10, n. 390; Duranton, t. 13, n. 601; Larombière, sur l'art. 1363, n. 10; Demolombe, t. 30, n. 666. — V. *suprà*, v° *Requête civile*, n. 103 et s.

CHAPITRE VII.

DU SERMENT EXTRAJUDICIAIRE.

428. — Le serment extrajudiciaire est celui qu'une partie défère à l'autre hors jugement, et de la prestation duquel elle fait dépendre le sort d'un différend non encore porté en justice. Dans le droit romain, on l'appelait serment volontaire, *jusjurandum voluntarium*. — V. Dig., lib. 12, tit. 2, *De jurejur.*, et C., tit. *De Rebus creditis et jurejur.*

429. — Bien que ni le Code civil, ni le Code de procédure ne parlent du serment extrajudiciaire, il n'en faut pas conclure que cette espèce de serment n'est pas en usage dans notre droit, ni qu'il serait sans effet. — Duranton, t. 2, n. 568.

430. — Le serment extrajudiciaire peut être déféré en vertu d'une convention ou même sans convention. S'il était déféré sans convention, celui à qui il serait déféré ou référé ne pourrait être forcé à le prêter; car la justice seule peut imposer cette obligation. — Toullier, t. 10, n. 359 et 360; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment extrajudiciaire*, n. 3.

431. — Le serment déféré par une partie à l'autre au bureau de conciliation est un exemple de cette espèce de serment extrajudiciaire. Le juge de paix peut le recevoir, ou faire mention du refus de le prêter (C. proc. civ., art. 55); mais, comme il n'est pas juge, sa mission se borne là. — V. *suprà*, v° *Conciliation*, n. 478 et s.

432. — Si le serment extrajudiciaire a été déféré par une convention faite entre les parties, celui qui doit le prêter d'après la convention peut être forcé de le prêter; et il ne peut s'en dispenser, même en le référant à l'autre partie : car ce serait changer la condition de la convention. Une telle convention est une transaction conditionnelle. — Toullier, n. 361 et 362; Duranton, t. 13, n. 568 et s.

433. — Il y a serment extrajudiciaire convenu dans celui qui est déféré au bureau de conciliation et que l'adversaire a accepté. Cette acceptation opère une convention parfaite dont le juge de paix est autorisé à constater l'exécution en recevant le serment. — Toullier, t. 10, n. 363; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment extrajudiciaire*, n. 9.

434. — Si, après avoir accepté le serment qui lui était déféré, la partie refusait de le prêter, il serait dressé procès-verbal par le juge de paix; et le tribunal civil devrait, sur le vu de ce procès-verbal, condamner la partie comme si le refus avait eu lieu devant lui-même. — Duranton, t. 13, n. 569.

435. — L'effet de la prestation du serment convenu est le même que celui de la prestation du serment décisoire judiciaire, c'est-à-dire qu'il décide la contestation et que celui qui l'a déféré succombe sans pouvoir être reçu à en prouver la fausseté; et cela, non par application de l'art. 1361, relatif au serment décisoire judiciaire, mais en vertu de la convention ou transaction par laquelle les parties sont convenues mutuellement de s'en rapporter à la condition du serment (Arg., C. proc. civ., art. 54 et 55). — Toullier, t. 10, n. 363; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment extrajudiciaire*, n. 10.

436. — La convention de prêter le serment ne peut être résolue que d'un commun accord. Seulement, celui qui en a fait la condition pourra en faire la remise. Et alors ce sera comme si le serment avait été prêté. — Duranton, t. 13, n. 568.

437. — Quoique le juge de paix ait, lors de l'apposition des scellés, déféré d'office le serment qu'il n'a été rien recélé, ni diverti, les parties intéressées peuvent déférer un autre serment et conservent le droit de prouver que des effets de la succession ont été détournés. — Turin, 7 févr. 1807, Gallo, [S. et P. chr.]

438. — Un serment qui ne se rattache point à une instance en justice, et qui a été déféré devant un juge de paix, n'est pas nul pour avoir été prêté en l'absence de celui qui l'a déféré, et sans qu'il y ait été appelé, lorsque dans l'acte par lequel il l'a décerné il ne s'en est point expliqué. — Pau, 11 mars 1824, Curie-Seimbres, [P. chr.]

CHAPITRE VIII.

DROIT COMPARÉ ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Section I.

Droit comparé.

§ 1. *Allemagne.*

439. — En matière de serment, le Code de procédure allemand de 1877 ne se borne pas à parler de la procédure du serment; il statue sur le serment lui-même, c'est-à-dire précisément sur les questions traitées dans le Code civil français à propos de la preuve des obligations; son § 410 est la reproduction, légèrement amplifiée, de notre art. 1359 : « Le serment ne peut être déféré que sur des faits personnels à l'adversaire, à ses auteurs ou représentants, ou dont ces personnes ont acquis la connaissance personnelle ».

440. — Il ne peut l'être sur un fait dont le contraire est considéré par le tribunal comme prouvé (§ 411).

441. — La partie à laquelle n'incombe pas l'obligation de faire la preuve n'assume pas cette obligation par le fait qu'elle défère le serment (§ 412).

442. — Le serment ne peut être référé que sous les conditions prescrites pour sa délation par le § 410; il ne peut pas l'être quand la partie à laquelle il a été déféré, et non la partie adverse, doit le prêter sur un fait qui lui est personnel ou qui est à sa connaissance personnelle (§ 414).

443. — Le serment ne peut être déféré ou référé qu'à la partie même, et non à un tiers; il ne peut l'être à une partie intervenante qu'autant qu'elle doit être considérée comme litisconsort de la partie principale (§ 414).

444. — Si les parties sont d'accord sur le serment à prêter, et que ce serment porte sur des faits, le tribunal peut décider que les restrictions contenues aux §§ 410, 413 et 414 sur la faculté de déférer ou de référer le serment ne seront pas appliquées (§ 415).

445. — La preuve par serment est offerte au moyen d'une déclaration par laquelle la partie défère le serment à son adversaire sur tel ou tel fait qu'elle précise (§ 416).

446. — La partie à laquelle le serment est déféré est tenue de déclarer si elle l'accepte ou le réfère, quand même elle présenterait des objections relativement à la délation du serment. Si la partie ne fait pas cette déclaration, ou si, dans le cas où le serment ne peut être référé, elle le réfère néanmoins sans l'accepter conditionnellement, le serment est censé refusé (§ 417). — V. art. 1361 et s., C. civ. français.

447. — La partie qui défère, accepte ou réfère un serment n'est pas déchue du droit de proposer d'autres moyens de preuve ; si d'autres moyens de preuve ont été proposés, le serment n'est réputé déféré que pour le cas où la preuve par lesdits moyens n'aboutirait pas (§ 418), et la partie à laquelle le serment a été déféré n'est tenue de se prononcer sur la délation de serment que lorsque cette délation a été renouvelée après épuisement des autres moyens de preuve ; si d'autres preuves ont été produites, la déclaration qui aurait été faite antérieurement peut être retirée (§ 419).

448. — Le serment déféré ne peut être censé refusé pour défaut de déclaration que si la partie a été mise en demeure par le tribunal de s'expliquer sur ce serment (§ 420).

449. — Le serment référé est tenu pour accepté par la partie qui poursuit la preuve, même sans déclaration expresse de sa part (§ 421).

450. — La partie qui a référé le serment peut, en dehors du cas prévu à la fin du § 419, se rétracter, lorsque la partie qui doit le prêter a été condamnée par un jugement passé en force de chose jugée pour avoir sciemment violé la foi du serment, ou lorsqu'il est rendu croyable que la partie adverse n'a eu connaissance de la condamnation qu'après avoir référé le serment (§ 422).

451. — En dehors des cas prévus aux §§ 419, *in fine*, et 422, la partie qui a accepté ou référé le serment ne peut pas se rétracter. — V. cependant, *infrà*, n. 460.

452. — Le serment portant sur un fait personnel à la partie qui doit le prêter ou sur un fait à sa connaissance personnelle, doit être prêté dans la forme suivante : « Que le fait est vrai, ou qu'il n'est pas vrai ». Lorsque, un fait de cette nature ayant été articulé par la partie adverse, les circonstances de la cause ne permettent pas d'astreindre celui qui doit prêter le serment à jurer que le fait est vrai ou qu'il ne l'est pas, le tribunal peut, sur conclusions, ordonner que le serment soit prêté dans la forme suivante : « Qu'après vérification et recherches scrupuleuses la partie qui doit prêter le serment a acquis la conviction que le fait est vrai, ou qu'il ne l'est pas ». Le serment portant sur d'autres faits est prêté ainsi qu'il suit : « Qu'après vérification et recherches scrupuleuses la partie qui doit prêter le serment a acquis la conviction que le fait est vrai, ou qu'il ne l'est pas » (§ 424).

453. — La prestation de serment doit être ordonnée par un jugement conditionnel sur le fond ; elle n'a lieu qu'après que le jugement a acquis force de chose jugée (§ 425).

454. — Si les parties sont d'accord sur l'admissibilité et la teneur du serment, ou si le serment a pour but de terminer un incident, la prestation de serment peut être ordonnée par une décision aux fins de preuve (*Beweisbeschluss*). Si la solution à donner, relativement à certains moyens indépendants proposés à l'appui de la demande ou de la défense, est subordonnée à la prestation préalable d'un serment, cette prestation peut être ordonnée par une décision aux fins de preuve ou par un jugement incident conditionnel ; dans ce dernier cas, le serment n'est prêté qu'après qu'un jugement conditionnel sur le fond, passé en force de chose jugée, a décidé que la prestation de serment est préjudicielle pour la solution définitive du litige (§ 426).

455. — Le jugement conditionnel doit énoncer, avec toute la précision que comporte l'état de l'affaire, la teneur du serment et les conséquences attachées à la prestation ou à la non-prestation de ce serment ; un jugement définitif indique quelle est celle de ces conséquences qui s'est ensuite réalisée (§ 427).

456. — Le serment prêté fait preuve complète du fait sur lequel il a porté ; la preuve contraire n'est admise que dans les mêmes conditions où un jugement passé en force de chose jugée peut être attaqué pour violation de la foi du serment (§ 428).

457. — La renonciation au serment de la part de la partie adverse produit le même effet que la prestation du serment ; le refus de prêter serment a pour conséquence de faire considérer comme prouvé le contraire du fait qui devait être l'objet du serment (§ 429).

458. — Si celui qui devait prêter le serment ne comparait pas au jour fixé pour sa prestation, il doit être rendu, sur les conclusions de l'autre partie, un jugement par défaut déclarant qu'il y a lieu de considérer le serment comme refusé (§ 430).

459. — La partie appelée à prêter serment qui rétracte des allégations antérieures ou reconnait les faits précédemment contestés, peut offrir de prêter un serment plus restreint, alors même que le serment a déjà été imposé par un jugement conditionnel. Il est également permis de rectifier la teneur du serment sur des points de minime importance (§ 431).

460. — Le serment déféré ou référé qui a été imposé par un jugement conditionnel peut être rétracté, même après que ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée, si la partie qui doit le prêter est condamnée, par un jugement passé en force de chose jugée, pour avoir sciemment violé la foi du serment, ou s'il est rendu croyable que la partie adverse n'a eu connaissance d'une semblable condamnation qu'après avoir déféré ou référé le serment (§ 432). — V. *supra*, n. 450.

461. — Lorsque celui qui doit prêter le serment, décède, ou devient incapable de le prêter, ou cesse d'être représentant légal, les deux parties recouvrent la faculté d'exercer, quant à la preuve à fournir, tous les droits qu'elles avaient avant la délation du serment ; il en est de même dans le cas où, par suite d'une condamnation pour violation de la foi du serment, le serment déféré ou référé vient à être rétracté. Si le serment a été imposé par un jugement conditionnel, ce jugement est rapporté et le tribunal statue à nouveau (§ 433).

462. — Le serment qui porte sur un fait de nature à créer un droit ou une obligation indivisible entre tous les litisconsorts, doit leur être déféré ou référé à tous, à moins d'un obstacle pour quelques-uns d'entre eux. En tout cas, leur consentement unanime est nécessaire pour que le serment soit déféré ou référé ; ceux d'entre eux auxquels le serment est déféré sont seuls tenus de déclarer s'ils l'acceptent. Lorsque le serment qui doit être prêté par tous les litisconsorts ou par quelques-uns d'entre eux a été refusé par un ou plusieurs d'entre eux, ou lorsque le serment qui doit être prêté par quelques-uns a été refusé par eux ou doit être considéré comme l'ayant été, le tribunal décide, d'après sa libre conviction, si le fait dont la preuve par serment a été offerte doit être tenu pour avéré. Si quelques-uns des litisconsorts déclarent qu'ils ne prêteront pas le serment, le tribunal doit, au cas où il jugerait le serment non admissible, s'abstenir de l'imposer aux autres ou d'en recevoir la prestation (§ 434).

463. — Lorsqu'une partie est privée de la capacité d'ester en justice, le serment ne peut être déféré ou référé qu'à son représentant légal, et en tant seulement que la partie représentée, si elle procédait elle-même, ou le représentant, s'il était lui-même partie au procès, serait tenu de l'admettre. Quant aux mineurs qui ont atteint l'âge de seize ans et aux prodigues, le serment peut leur être déféré ou référé sur des faits qui leur sont personnels ou qui sont à leur connaissance personnelle, pourvu que le tribunal, sur les conclusions de la partie adverse, l'ait déclaré admissible d'après les circonstances de la cause (§ 435).

464. — Lorsqu'il y a plusieurs représentants légaux, on applique les dispositions du § 434. Le serment portant sur des faits personnels ou à la connaissance personnelle de l'un seulement ou de quelques-uns de ces représentants ne doit pas être imposé aux autres (§ 436).

465. — Si les débats ou la preuve administrée ne suffisent pas à éclairer le tribunal sur la vérité ou la fausseté des faits à prouver, le tribunal peut imposer à l'une ou à l'autre partie le serment sur un fait contesté (§ 437). Le serment peut être imposé d'office soit à tous les litisconsorts ou représentants légaux, soit à l'un ou quelques-uns d'entre eux (§ 438). Sont applicables au serment imposé d'office les dispositions des §§ 422 à 433 et 435. Lorsque la partie qui doit le prêter a été condamnée, par un jugement passé en force de chose jugée, pour avoir sciemment violé la foi du serment, la partie adverse est admise à conclure au retrait du serment imposé d'office, alors même qu'elle aurait

déjà eu connaissance de la condamnation avant que le serment fût imposé. Le serment supplétoire est imposé par un jugement conditionnel (§ 439).

§ 2. *Autriche.*

466. — I. *Serment litisdécisoire.* — Toute partie autorisée à transiger sur un litige a le droit de déférer le serment à son adversaire sur un point qu'il a contesté (*Allgemeine Gerichtsordnung*) (§ 203). N'est pas recevable le serment par lequel celui qui se ... entend prouver l'existence même du droit qu'il prétend avoir (Décis. imp., 1er oct. 1844, *J. G. S.*, n. 836); le serment ne peut pas avoir pour objet l'existence ou la non-existence de la dette, mais uniquement l'existence ou la non-existence du fait dont résulterait la dette (*Hofdecr.*, 18 févr. 1846, *J. G. S.*, n. 935). Le serment ne peut pas être déféré conditionnellement et pour le cas où les autres preuves fournies n'aboutiraient pas (*Hofdecr.*, 30 oct. 1788, *J. G. S.*, n. 909); mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit déféré, cumulativement ou subsidiairement, avec d'autres moyens de preuve; il appartient, dans ce cas, au juge de décider, après que ces autres preuves ont été fournies, s'il y a encore lieu ou non d'admettre le serment, soit cumulativement, soit subsidiairement (Décis. imp., 19 juin 1847, *J. G. S.*, n. 1068).

467. — Il est permis aux parties de convenir, à titre de transaction, qu'elles s'en rapporteront pour la solution d'un litige au serment prêté par l'une d'elles expressément désignée (*Hofdecr.*, 4 févr. 1800, *J. G. S.*, n. 493; 5 mars 1839, *J. G. S.*, n. 348).

468. — Si la partie à qui un serment est déféré offre de le remplacer par une autre preuve, elle doit y être autorisée; mais si cette preuve se trouve n'être pas relevante, elle ne peut plus accepter le serment qui lui avait été déféré (C. proc. civ., § 204).

469. — La partie à qui un serment est déféré et qui ne propose pas une autre contre-preuve est tenue, soit de prêter le serment, soit de le référer à l'adversaire; le serment référé doit toujours être accepté (§ 205).

470. — Celui qui a accepté le serment décisoire est seulement tenu de contredire, sous la foi du serment, les circonstances alléguées par la partie adverse dont il a connaissance et dont il se souvient; mais s'il s'agit de circonstances alléguées par lui-même, il est tenu de jurer sans nulle réserve (§ 206).

471. — Le serment peut être déféré à celui qui conduit un procès en son propre nom, tant sur ses propres actes que sur ceux d'autrui, à condition qu'il en ait eu connaissance; à celui, au contraire, qui agit non en son nom personnel, mais pour le compte d'un tiers, seulement sur ses propres actes (§ 207).

472. — II. *Serment supplétif et purgatoire.* — Lorsqu'une partie a fourni sur une circonstance essentielle et décisive du litige, non pas une preuve complète, mais une demi-preuve ou plus qu'une demi-preuve, et qu'elle offre de confirmer cette circonstance par serment, le serment supplétif peut lui être déféré et, par suite, elle peut être autorisée à compléter la preuve par son serment (§ 212).

473. — Si elle n'a ni offert ce serment, ni déféré à l'adversaire le serment décisoire, la circonstance en question doit n'être pas tenue pour vraie sans un serment purgatoire (*Ableinungseid*) déféré à l'adversaire (§ 213).

474. — III. *Serment d'évaluation* (*in litem*). — Si quelqu'un : 1° use de violence envers autrui; 2° aliène une chose ou la laisse périr ou se détériorer alors qu'il sait qu'elle appartient à un tiers ou qu'un tiers y prétend des droits; 3° ne livre ou n'exécute pas dans le temps convenu, ce qu'il savait être tenu de livrer ou d'exécuter, son adversaire a le droit de fixer par son serment le dommage qu'il a éprouvé et de porter en compte tout à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* (§§ 214, 215).

475. — Lorsque le dommage a été évalué trop haut, le juge peut, dans sa sentence en modérer le chiffre équitablement tout en ayant surtout égard au lésé (V. § 216).

476. — Le juge ne peut pas déférer d'office un serment d'évaluation que l'intéressé n'a pas offert (*Hofdecr.*, 15 janv. 1787, *J. G. S.*, n. 610).

477. — Lorsqu'une personne a prouvé qu'elle a quelque chose à réclamer, mais n'a pu établir complètement le montant de sa réclamation et n'est pas en mesure, à raison de la nature de l'affaire, d'apporter à cet égard une preuve complète, elle doit être admise à prouver ledit montant par son serment (C. proc. civ., § 217). Si, au contraire, il dépendait d'elle de se procurer une preuve suffisante, elle doit sans doute être admise à prêter serment, mais le juge modère équitablement, suivant les circonstances, dans sa sentence le chiffre de la créance, en ayant surtout égard dans ce cas, à la partie adverse (§ 218).

478. — IV. *Serment de manifestation.* — Toute personne tenue de déclarer une fortune ou une dette doit, sur la demande de l'adversaire, corroborer sa déclaration par serment (§ 219).

479. — Ceux qui peuvent avoir connaissance d'une dissimulation possible en pareille matière sont tenus, sur la requête du demandeur, d'indiquer tout ce qu'ils savent de cette fortune et de corroborer leur déclaration par serment (§ 220).

480. — V. *Règles générales en matière de serment.* — Toute personne capable de disposer à titre gratuit de l'objet du litige est capable de prêter serment (§ 222).

481. — Un individu interdit pour cause de prodigalité n'en peut pas moins prêter serment. — Arr. Cour supr., 14 févr. 1878, n. 10201, *Slg.*, n. 6840.

482. — Le serment ne peut être prêté par l'entremise d'un mandataire; il doit être prêté personnellement (§ 223).

483. — Si la personne qui doit prêter serment est absente et que le serment ne puisse être recueilli auprès d'elle par commission rogatoire, il suffit qu'elle signe de sa main et certifie la formule du serment, mais sous réserve de la prestation ordinaire aussitôt que l'empêchement a disparu (§ 227). Quant aux personnes que leur âge ou leur état de santé empêche de se présenter en justice à ces fins, le tribunal délègue un ou deux mandataires pour aller recevoir le serment à leur domicile (§ 229). La partie adverse doit toujours être mise à même d'assister à la prestation de serment; mais, si elle ne comparaît pas, le juge reçoit d'office le serment (§ 230).

484. — Lorsqu'une partie, avant la prestation du serment, découvre de nouveaux moyens de preuve ou de contre-preuve et peut établir que ce n'est pas de propos délibéré qu'elle ne les a pas produits au cours du procès, on surseoit au serment, et elle est mise en demeure de fournir ladite preuve ou contre-preuve (§ 231); si elle n'y réussit pas, le serment ne peut plus être réclamé de la partie adverse et il doit être réputé prêté (§ 232).

485. — Si quelqu'un croit pouvoir établir que son adversaire a prêté un faux serment, il doit fournir ses preuves au juge criminel, et celui-ci commence, s'il y a lieu, une instruction (§ 234).

486. — Si l'accusé est convaincu de faux témoignage ou s'en avoue coupable, il est tenu de réparer, avec dommages-intérêts et frais, tout ce qu'il avait affirmé sous serment (§ 235).

487. — Lorsque les témoins avouent s'être parjurés, la partie qui avait invoqué leur témoignage n'a point d'obligation personnelle à l'égard de son adversaire, mais celui-ci a son recours contre le faux témoin (§ 236). Lors, au contraire, qu'ils ont été convaincus de faux témoignage et que, leurs affirmations étant écartées, les autres moyens de preuve ne fournissent pas au moins une demi-preuve, la partie est tenue de restituer à son adversaire l'objet du litige; s'il subsiste une demi-preuve, on procède comme en matière de serment supplétif. Bien entendu, celui qui a incité un témoin à prêter un faux serment est non seulement tenu d'indemniser intégralement la partie adverse, mais encore passible des peines prévues par la loi pénale (§ 237).

§ 3. *Belgique.*

488. — La Belgique est régie, en matière de serment, par les dispositions du Code civil français.

§ 4. *Espagne.*

489. — D'après l'art. 1236, C. civ., de 1888-1889, « quand un aveu judiciaire est demandé sous serment décisoire, la partie dont il est requis peut référer le serment à son adversaire; et, si celui-ci se refuse à le prêter, ce refus équivaut à un aveu de sa part ». Le serment décisoire ne peut être déféré sur des faits punissables ou sur des questions à propos desquelles les parties n'ont pas le droit de transiger (art. 1237). L'aveu fait sous serment, déféré ou référé, n'a de force probante que pour ou contre les parties qui s'y sont soumises, ainsi que leurs héritiers et ayants-cause; nulle preuve n'est admise sur la fausseté dudit serment (art. 1238).

490. — D'après le Code de procédure civile (*Ley de enjuicia-

miento civil), art. 580, une déclaration peut être faite en justice, au choix de ceux qui la demandent, sous serment décisoire ou non décisoire ; dans le premier cas, elle fait preuve pleine et entière, nonobstant toute autre quelconque ; dans la seconde, elle ne préjudicie qu'à la personne dont elle émane.

§ 5. *Grande-Bretagne.*

491. — I. *Angleterre.* — Le serment déféré ou référé par l'une des parties à l'autre, ou déféré d'office à l'une d'elles, est étranger à la législation anglaise.

492. — II. *Ecosse.* — Il est permis, en Ecosse, de s'adresser à la conscience d'une partie pour obtenir l'affirmation ou la négation de faits dont elle a une connaissance nécessaire, et, spécialement, pour faire dépendre de son serment la solution de la question en litige (*reference to oath*).

493. — La délation de serment est considérée comme la dernière ressource d'une personne à qui échappe tout autre moyen de preuve ; c'est une transaction par laquelle la partie qui défère le serment s'en remet définitivement, pour la solution de la question, au serment de la partie adverse. Elle peut être proposée en tout état de cause, même après le prononcé du jugement.

494. — Il n'est pas permis de déférer le serment : 1° relativement à des affaires constatées par un acte en bonne forme, dans les matières qui en requéraient un ; 2° à un agent qui n'est intervenu dans le contrat contesté que pour le compte et au nom d'un tiers ; 3° relativement à une question réglée par la loi.

495. — Le serment déféré peut être référé ; la partie à qui il est référé a le droit d'insister pour que son adversaire déclare qu'il n'y a pas d'autre personne ou document dont il puisse convoquer le témoignage, et elle peut le lui référer à son tour s'il résulte des circonstances qu'il doit avoir des faits une connaissance plus exacte qu'elle. — Bell, *Principles of the law of Scotland*, n. 2205 à 2269.

§ 6. *Italie.*

496. — La section V, relative au *Serment*, reproduit toutes les dispositions correspondantes du Code français, mais en renferme également quelques autres empruntées au Code Albertin et qu'il importe de mentionner ici (art. 1362 et s.).

497. — Le serment doit toujours être prêté en personne, et non par un mandataire (art. 1362).

498. — Le serment décisoire ne peut être déféré ni sur un fait délictueux, ni sur une convention pour la validité de laquelle la loi exige un acte écrit, ni pour contester un fait qu'un acte public atteste s'être passé au moment même de la passation de l'acte en présence de l'officier public qui l'a reçu (art. 1364, al. 2).

499. — La partie à laquelle le serment a été déféré ne peut le référer après s'être déclarée prête à le prêter (art. 1368).

500. — Celui qui a déféré ou référé le serment, peut dispenser de le prêter son adversaire qui s'est déclaré prêt à jurer ; mais le serment est considéré comme prêté (art. 1371).

501. — La partie qui a déféré le serment peut se rétracter, tant que la partie adverse n'a pas déclaré l'accepter ou le référer, ou qu'il n'est pas intervenu, sur l'admission du serment, de sentence irrévocable ; elle peut se rétracter même après la sentence, ou après que la partie adverse s'est déclarée prête à jurer, si la formule proposée a été changée dans la sentence, à moins qu'ultérieurement elle n'ait adhéré au changement. La partie qui a référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'autre partie s'est déclarée prête à le prêter (art. 1372).

§ 7. *Monténégro.*

502. — Le serment n'est pas indiqué comme moyen de preuve dans le *Code des biens* de la principauté.

§ 8. *Pays-Bas.*

503. — Les art. 1966 à 1982 du Code civil néerlandais, relatifs au *serment*, reproduisent, sauf quelques détails sur lesquels il nous paraît inutile d'insister ici, le texte de nos art. 1357 et s. Le législateur néerlandais dispose seulement : 1° que le serment ne peut être déféré, référé ou accepté que par la partie elle-même ou par un fondé de pouvoir spécial (art. 1971) ; 2° que le serment doit être prêté par la partie en personne ou, dans des cas graves et avec l'autorisation expresse du juge, par un fondé de pouvoir muni d'une procuration spéciale et authentique (art. 1982) ; il ne doit l'être qu'en présence de la partie adverse ou celle-ci dûment appelée (même art.).

§ 9. *Portugal.*

504. — Le serment, en tant que moyen de preuve, ne peut être prêté par procureur, ni porter sur des faits qui ne soient pas personnels à la partie à laquelle on le défère (C. instr. crim., art. 2520) ; il peut être décisoire ou supplétoire (art. 2521).

505. — Les règles posées par le Code portugais ont la plus grande analogie avec celles qui sont inscrites dans notre Code ; nous ne croyons devoir relever ici que les quelques dispositions suivantes.

506. — Le serment décisoire peut être prêté dans toute instance civile, mais non sur des faits qualifiés délictueux par la loi, ni sur les conventions qu'il n'est permis de prouver que par acte public, ni, enfin, sur des contestations à l'égard desquelles il n'est pas loisible aux parties de transiger (art. 2523).

507. — Lorsque le serment déféré ou référé a été prêté, la partie adverse n'est pas recevable à en prouver la fausseté ; mais, si la fausseté du serment est établie par un procès criminel, la partie lésée peut réclamer des dommages-intérêts (art. 2527).

508. — Le serment supplétoire n'est admissible que sous les quatre conditions suivantes : 1° que la demande ou l'exception soit prouvée et que le doute ne porte que sur le montant du litige ; 2° que ce montant ne puisse être établi d'une autre manière ; 3° que la partie à qui le serment est déféré ne soit pas indigne de toute confiance ; 4° que le montant n'excède pas cinquante *milreis* (env. 280 fr.), à moins que la dette ne résulte d'un délit, d'une faute (*culpa*) ou d'un dol (art. 2533).

§ 10. *Russie.*

509. — La matière du serment est traitée, non dans les *Lois civiles*, mais dans le Code de procédure civile de 1864, que nous citons d'après l'édition revue en 1876.

510. — « Il n'est pas interdit aux parties de demander au tribunal, après s'être mises d'accord sur ce point, de trancher leur contestation d'après un serment à prêter par l'une d'elles » ; mais le tribunal n'a qualité ni pour obliger les parties à une prestation de serment, ni pour déférer d'office le serment à l'une d'entre elles, demandeur ou défendeur (art. 115, 485).

511. — Le président du tribunal, nanti par les parties d'une requête précise dans ce sens, commence par les exhorter à se concilier et à ne pas en venir à la prestation de serment (art. 490).

512. — S'il échoue, le tribunal décide s'il y a lieu d'admettre le serment, et sur quels points (art. 491) ; puis il cite les parties pour un jour déterminé, en avertissant celle qui doit prêter le serment que sa non-comparution ou son refus de jurer sera considéré comme un aveu de la circonstance à prouver (art. 492).

513. — Le serment est prêté dans une église de la confession à laquelle se rattachent les parties et suivant les rites de cette confession, après qu'un de ses ministres a rappelé à la partie qui doit le prêter la sainteté du serment et les peines portées par la loi contre les parjures ; les parties ne peuvent prêter le serment qu'en personne et sur la formule qui avait été concertée entre elles (art. 493 à 495).

514. — Le serment, à part divers autres cas moins importants, n'est pas recevable pour contredire le sens évident de documents dont l'authenticité n'est pas contestée (art. 497).

515. — Il fait preuve des faits sur lesquels il a porté, et exclut toute preuve contraire ultérieure (art. 498). — V. sur la matière des preuves en Russie, Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 1522 et s.

§ 11. *Etats scandinaves.*

516. — D'après le § 34, Code suéd. de 1734, tit. *de la procédure*, c. 17 « on peut, par serment, se défendre, mais non attaquer. » Si l'une des parties offre à l'autre de prêter serment, et que celle-ci l'accepte, le serment dûment prêté établit la réalité de l'exception ou de la demande.

517. — Le serment n'est pas admis comme moyen de preuve en matière pénale.

§ 12. *Suisse.*

518. — I. *Cantons de la Suisse allemande.* — V. *suprà*, v° *Preuve (en général)*, n. 437 et s.

519. — II. *Cantons de la Suisse française.* — A *Fribourg*, le serment est remplacé par une simple affirmation quand l'objet du litige vaut moins de 20 fr.; il est admis relativement aux actes non seulement de l'auteur ou de son mandataire, mais encore d'un tiers (C. civ., art. 2192); il ne peut être référé, lorsque celui à qui il a été déféré a seul une connaissance personnelle des faits.

520. — A *Neuchâtel*, le serment est admis pour tous les faits ne portant pas atteinte à l'honneur de celui qui doit le prêter.

521. — Dans le canton de *Vaud*, il ne l'est que pour les objets valant plus de 20 fr. anciens (environ 29 fr.) et pour les faits ne pouvant pas exposer à des conséquences pénales celui qui le prête.

522. — En ce qui concerne le serment déféré d'office, il n'est admis à *Fribourg* que dans certains cas déterminés par la loi; dans le *Valais*, il est interdit quand le demandeur réclame plus de 150 fr., hormis le cas où la preuve testimoniale est recevable au delà des limites habituelles. Dans le canton de *Vaud*, le serment ne peut être déféré d'office que pour corroborer les inscriptions de livres domestiques ou de commerce. — V. sur l'ensemble de la matière des preuves en Suisse, *suprà*, v° *Preuve (en général)*, n. 432 et s.

Section II.

Droit international privé.

523. — La matière du serment décisoire soulève certaines questions en droit international privé. Lorsqu'il est nécessaire de faire la preuve d'une obligation hors du pays où elle a été contractée, quelle loi faut-il appliquer tant pour la recevabilité du serment que pour les formes de sa prestation? Quant au premier point, certains auteurs pensent que la question de savoir si un serment peut être déféré ou référé par une partie doit être décidée d'après la loi en vigueur dans le pays où le fait a eu lieu. — Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, v° *Preuve*, n. 11; Weiss, p. 951; Lecasble, *Droit international en matière d'obligations*, p. 302; Esperson, *Journ. du droit international privé*, 1884, p. 253.

524. — Dans une autre opinion il faut au contraire appliquer la *lex fori*. Le serment ayant avec l'aveu de grandes analogies ne pourrait être exclu comme preuve que dans les cas où cette loi repousserait l'aveu. — Brocher, t. 2, p. 137; Rolin, *Principes du droit international prive*, t. 3, n. 1054; Asser et Rivier, p. 171.

525. — Le second point est également controversé. Lorsque le serment est prêté devant un tribunal étranger en vertu d'une commission rogatoire, certains auteurs pensent que c'est la *lex fori* qui doit en déterminer les formes. — Vincent et Pénaud, v° *Preuve*, n. 20; Fœlix et Demangeat, t. 1, p. 479 et s.; Despagnet, p. 218; Weiss, p. 951; Lecasble, p. 302; Fiore, *Fr. jud.*, 1888, p. 15; Laurent, t. 8, p. 99 et s.; *Revue de droit international*, 1875, p. 198 et 199. — V. aussi *suprà*, v° *Commission rogatoire*, n. 190.

526. — On doit, en effet, reconnaître que cette loi peut décider que le serment ne sera valable, même s'il est reçu à l'étranger, que s'il est prêté dans les formes qu'elle prescrit. — De Bar, t. 2, p. 371.

527. — Mais si cette loi n'a pas édicté une règle aussi rigoureuse, il paraît plus juste de suivre la loi du lieu où le serment est prêté. C'est d'ailleurs ce que l'Institut de droit international a admis dans sa session de 1877 où il a voté une résolution ainsi conçue : « Le tribunal qui procède à un acte judiciaire en vertu d'une commission rogatoire applique les lois de son pays en ce qui concerne les formes du procès, y compris les formes des preuves et du serment ». C'est aussi ce qu'a décidé la conférence internationale de la Haye réunie en 1893 pour codifier certaines matières de droit privé. — Rolin, t. 3, n. 1056. — V. *suprà*, v° *Commission rogatoire*, n. 228.

528. — En tout cas, si la loi du lieu où le serment doit être prêté exigeait certaines formalités, on ne pourrait se dispenser de les accomplir. On a fait remarquer à cet égard que, comme la criminalité d'un acte s'apprécie généralement d'après la loi du lieu où il est accompli, le parjure manquerait de sanction et la force probante attachée au serment perdrait une de ses bases les plus sérieuses. — Rolin, *loc. cit.*

529. — Quant au serment supplétoire il constitue non plus une transaction mais un moyen de preuve nouveau. Il ne pourrait donc être admis que si ce mode de preuve était reconnu par la loi du lieu du contrat. Et quant à sa forme, c'est à la *lex fori* qu'il faut s'en rapporter. — Rolin, t. 3, n. 1057.

SERMENT DÉCISOIRE. — V. Serment.

SERMENT EXTRAJUDICIAIRE. — V. Serment.

SERMENT POLITIQUE.

Le serment politique, autrefois exigé des fonctionnaires, a été aboli par le décret du Gouvernement de la défense nationale, du 5 sept. 1870, aux termes duquel « les fonctionnaires publics de l'ordre civil, administratif, militaire et judiciaire sont déliés de tout serment. Le serment politique est aboli ». — V. cep. *suprà*, v° *Evêque*, n. 31.

SERMENT PROFESSIONNEL. — V. Agent de change.

— Agréé. — Avocat. — Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. — Avocat général. — Avoué. — Cassation (Cour de). — Commissaire-priseur. — Conservateur des hypothèques. — Contributions indirectes. — Cour d'appel. — Cour des comptes. — Douanes. — Fonctionnaire public. — Garde champêtre. — Garde forestier. — Garde particulier. — Garde-pêche. — Gendarmerie. — Greffe-greffier. — Huissier. — Ministère public. — Notaire. — Organisation judiciaire. — Postes et télégraphes. — Préfet. — Secrétaire général, etc.

SERMENT SUPPLÉTOIRE. — V. Serment.

SERVICE A L'ÉTRANGER. — V. Nationalité.

SERVICE DE SANTÉ. — V. Écoles militaires. — Santé militaire (service de).

SERVICE GÉOGRAPHIQUE DE L'ARMÉE.

L. 20 mars 1880 (*sur le service d'état-major*); — L. 16 mars 1882 (*sur l'administration de l'armée*); — Décr. 29 nov. 1884 (*sur l'administration centrale du ministère de la Guerre*); — Décr. 24 mai 1887 (*sur la réorganisation du service géographique*); — Arr. 25 sept. 1888 (*sur le rattachement du service géographique de l'armée à l'état-major général de l'armée*); — Décr. 15 mai 1890 (*disposant que le directeur du service géographique sera l'un des sous-chefs d'état-major général*); — Décr. 28 juill. 1897 (*modifiant le décret du 24 mai 1887, sur le service géographique de l'armée*); — Décr. 26 avr. 1901 (*sur le même objet*).

1. — Le service géographique a son origine dans le corps des ingénieurs-géographes militaires, créé par l'ordonnance du 26 févr. 1777. Ce corps fut supprimé par le décret des 17 août-16 oct. 1791, en même temps d'ailleurs qu'était fondé, au ministère de la Guerre, le service du dépôt général destiné à la conservation des planches et exemplaires de la carte de France dite de l'Académie (Décr. 21 sept. 1793).

2. — En 1814, par ordonnance du 1er août, fut reconstitué le corps des ingénieurs-géographes, corps destiné à la levée et à la construction des cartes topographiques et militaires ainsi qu'au tracé des camps et marches des armées. Ce corps, composé d'officiers du grade de lieutenant à celui de colonel, était rattaché au dépôt de la guerre, établissement destiné, dit l'art. 1 de l'ordonnance, à conserver les plans et cartes manuscrites propres au service du gouvernement des armées et des administrations, à les faire graver et publier. Au dépôt même étaient employés des commis dessinateurs et graveurs.

3. — En 1844, et en vertu de l'ordonnance du 4 novembre de ladite année, le dépôt général de la guerre conserve une organisation *spéciale* et distincte, et forme une direction générale, dont les attributions comprennent la direction des opérations géodésiques et topographiques de la nouvelle carte de France, la correspondance relative à l'exécution de ces opérations sur le

terrain, la mise au net des levés et de tous les dessins y compris ceux de la carte de France, la rédaction des cartes de l'Algérie et des divers pays, les travaux de gravure de toutes les cartes, et le retouché des cuivres. Le personnel central est conservé : commis, dessinateurs et graveurs ; on attache même au dépôt, des jeunes gens âgés de seize à dix huit ans à titre d'élèves. L'organisation spéciale et distincte du dépôt dura d'ailleurs peu de temps ; une nouvelle ordonnance du 16 juill. 1845 l'annexa à l'administration centrale du ministère de la Guerre. Quant au corps des ingénieurs-géographes il avait été, dès 1831 (Ord. du 22 févr.), réuni à l'état-major.

4. — L'organisation du dépôt de la guerre, consacrée sous la monarchie de Juillet, fut conservée en 1850. L'art. 1, Décr. 19 sept. 1850, disposant que le dépôt de la guerre continuerait à faire *partie intégrante* de l'administration centrale du ministère de la Guerre et serait soumis aux dispositions réglementaires et de service intérieur qui régissaient cette administration. Il devait être annexé au service des états-majors des opérations militaires et du recrutement. Il était organisé en deux sections, dont les attributions demeuraient réglées ainsi qu'il suit : 1re section, 1re subdivision : géodésie, topographie, dessin et gravure ; 2e subdivision, administration, comptabilité et cartes du fonds du dépôt ; 2e section ; 1re subdivision, travaux historiques, statistique militaire ; 2e subdivision, bibliothèque, archives historiques, cartes et plans. L'organisation du personnel était maintenue, mais on supprimait les élèves stagiaires.

5. — D'après les dispositions du décret du 19 sept. 1850, le dépôt de la guerre comprenait à la fois des services géographiques, des services topographiques et même des services statistiques. La loi du 20 mars 1880, sur le service d'état-major, *spécialisa* le service géographique ; dans son art. 8, elle disposa que ce service comprendrait au maximum : deux colonels, trois lieutenants-colonels, sept chefs de bataillon ou d'escadron. Ce cadre serait choisi parmi les officiers de toutes armes dont l'aptitude aurait été reconnue. Ils seraient mis hors cadres. Le nombre de capitaines nécessaire devait leur être adjoint.

6. — Le décret du 29 nov. 1884, portant réorganisation de l'administration centrale du ministère de la Guerre, maintenait le dépôt de la guerre dans le service de l'état-major général. Mais le service géographique avait pris, dans les derniers temps, un très-grand développement. En dehors des travaux qu'il exécutait pour l'armée, les cartes par lui publiées étaient de plus en plus recherchées et il était devenu, en réalité, un important établissement producteur en gestion directe. Aussi, le 24 mai 1887, un décret qui règle son organisation actuelle, le détacha de l'administration centrale du ministère de la Guerre et l'érigea en établissement spécial, en conformité des art. 7 et 8, L. 16 mars 1882.

7. — L'art. 1, Décr. 24 mai 1887, dispose que le dépôt de la guerre, tel qu'il est constitué par l'art. 1, Décr. 29 nov. 1884, est supprimé et remplacé par le service géographique. Ce service comprend un établissement dans lequel sont effectués tous les travaux relatifs à la géodésie et à la confection des cartes et plans, et où sont étudiés les perfectionnements à apporter aux procédés en usage.

8. — Aux termes de l'art. 2, Décr. 24 mai 1887, l'officier placé à la tête du service géographique avait le titre de directeur et se trouvait sous l'autorité immédiate du ministre. Mais ce service étant un des instruments essentiels de l'état major de l'armée, un arrêté du 25 sept. 1888 plaça le directeur du service géographique sous l'autorité du chef d'état-major général de l'armée. Bientôt on s'aperçut qu'il fallait rendre la dépendance plus étroite, et un décret du 15 mai 1890 disposa qu'à l'avenir le directeur du service géographique serait l'un des sous-chefs d'état-major de l'armée.

9. — Le personnel de l'établissement du service géographique se compose d'un personnel permanent et d'un personnel auxiliaire. Le personnel permanent et le personnel auxiliaire comprennent des militaires et des civils.

10. — Le personnel militaire permanent se compose de treize officiers et d'un adjoint du génie ou un officier d'administration comptable. Les officiers chefs de service forment, sous la présidence du directeur, le conseil de l'établissement. Le comptable en est le secrétaire (Décr. 24 mai 1887, art. 5).

11. — Le personnel civil permanent comprend : trois chefs de service (graveur, dessinateur et imprimeur), trente-trois graveurs, un modeleur, un mécanicien, trente-huit dessinateurs, un aquarelliste et un calculateur, trois commis expéditionnaires, et enfin des agents secondaires (surveillants, concierges, huissiers, gardiens de bureau) (Décr. 28 janv. 1897, modifiant celui du 24 mai 1887).

12. — Le ministre de la Guerre détermine, chaque année, suivant les besoins du service et dans la limite des crédits votés, l'effectif des officiers attachés à titre temporaire au service géographique et celui du personnel auxiliaire militaire et civil.

13. — Les lois de finances du 28 d[illegible] et du 2[illegible] févr. 1901 ont amélioré la situation du personnel permanent civil (graveurs et dessinateurs). Actuellement, les chefs de service, répartis en trois classes, touchent de 5,000 à 6,000 fr., les [illegible] et dessinateurs principaux, répartis en quatre classes, de 3,[illegible] à 4,500 fr. ; les graveurs et dessinateurs, de 2,100 à 3,[illegible] fr. ; [illegible] commis expéditionnaires, de 1,800 à 3,[illegible] fr. Les agents [illegible] de droits à pension dans les termes de la loi du 9 juin 1853, et nul n'est admis dans le personnel permanent, s'il ne peut avoir complété, à soixante ans, trente années de service effectif pour la retraite.

14. — Le personnel permanent de graveurs et dessinateurs se recrute parmi les stagiaires qui ont obtenu un certificat d'aptitude et qui, par leur manière de servir, se sont montrés dignes d'être titularisés ; ou, à défaut, parmi les auxiliaires n'ayant pas suivi les cours de l'école, mais ayant au moins un an de service dans l'établissement. Les stagiaires se recrutent parmi les élèves de l'école de dessinateurs et graveurs topographes, annexée à l'établissement du service géographique.

15. — Le personnel des commis expéditionnaires se recrute exclusivement parmi les militaires ou anciens militaires remplissant les conditions énumérées par la loi du 18 mars 1889 relative au rengagement des sous-officiers ; à défaut, le recrutement s'opère dans les conditions fixées par le décret du 28 janv. 1892 (Décr. 26 avr. 1901).

16. — D'autre part, au service géographique est rattachée la brigade topographique. — V. *infrà*, vo *Topographie militaire*.

17. — Enfin, pour servir de lien entre les ministères producteurs de cartes géographiques, centraliser les divers travaux et éviter les doubles emplois, un décret du 20 juin 1891 a institué, au ministère de la Guerre, une commission centrale des travaux géographiques placée sous la présidence du chef d'état-major général de l'armée. Cette commission compte des membres choisis parmi les fonctionnaires des ministères qui ont dans leurs attributions des travaux de géodésie, de topographie, de géographie et de cartographie. Un arrêté ministériel désigne les membres de cette commission.

SERVICE MILITAIRE. — V. Recrutement.

SERVITEURS A GAGES. — V. Abus de confiance. — Enquête. — Louage d'ouvrage, de services et d'industrie. — Vol.

SERVITUDES.

Législation.

C. civ., art. 686 à 711.

Bibliographie.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897-1902, 5e éd., 10 vol. in-8°, 4 parus, t. 3, n. 1 et s. — Barberot, *Traité pratique de la législation des bâtiments et des usines*, 1898, 1 vol. in-8°. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1903, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 1522 et s. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, 1896, 1 vol. in-8°, n. 791 et s. — de la Bigne de Villeneuve et Jac, *Eléments de droit civil*, 2e éd., 3 vol. in-8°, 1 vol. paru, 1902. — Bonpaix, *Répertoire de jurisprudence à l'usage des architectes, entrepreneurs*, etc., *en matière de travaux particuliers*, 1892, 2 vol. in-8° ; — *Code théorique et pratique des architectes*, 1888, 1 vol. in-8°. — Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, 1 vol. in-8°, *passim*. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 32 vol. in-8°, t. 11 et 12. — Desgodets, *Lois des bâtiments, coutume de Paris*, 1815, 1 vol. in-8°. — Desgodets et Lepage, *Lois des bâtiments*, 1857, 2 vol. in-8°. — Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 4, n. 93 et s., t. 5, n. 141 et s. — Favard de Langlade,

Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative, 1823, 5 vol. in-8°, v° *Servitude*. — Fournel et Tardif, *Traité du voisinage*, 1834, 4e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, p. 497 et s. — Frémy-Ligneville et Perriquet, *Traité de la législation des bâtiments et constructions*, 1891, 2 vol. in-8°. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 4, n. 262 et s., 298 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893-1902, 5e éd., 41 vol. in-8°, y compris le supplément, t. 7, n. 125 et s., t. 8, n. 1 et s., et suppl., t. 2, n. 881 et s., t. 3, n. 1 et s. — *Manuel des lois du bâtiment*, 1900, 3e éd., 3 vol. gr. in-8°. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 2, n. 637. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 2, §§ 256 et s., 302 et s. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 8 vol. in-4°, v° *Servitude*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in 4°, v° *Servitude*. — — Perrin et Rendu, *Code Perrin ou dictionnaire des constructions et de la contiguïté*, 1896-1899, 1 vol. in 8°. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol., in-8°, t. 1, n. 1812. — Pothier, *Œuvres* (éd. Bugnet), 1862, 11 vol. in-8°, t. 1, coutume d'Orléans, p. 312. — Proudhon, *Traité du domaine de propriété*, 1839, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 167, t. 2, n. 447 et s. — Proudhon, *Traité des droits d'usage, servitude réelle, etc.*, 1848, 2 vol. in-8°. — De Ramel et Delataste, *La contribution foncière des propriétés bâties*, 1891, 1 vol. in-12. — Ravon et Collet-Corbinière, *Code du bâtiment. Dictionnaire juridique et pratique de la propriété bâtie*, 1900-1901, nouv. éd., 4 vol. in-8°, v° *Servitudes*. — Rozet, *Dictionnaire de la législation de la propriété concernant la mitoyenneté et la construction*, 1891, 2e éd., 1 vol. gr. in-8°. — Thiry, *Cours de droit civil professé à Liège*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 756 et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 1844-48, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 3, n. 469 *bis*. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 1138 et s.

André, *Les coutumes de Normandie. Lois françaises et jurisprudence des tribunaux normands, concernant le voisinage, la mitoyenneté et les servitudes*, 1896, 1 vol. in-8°. — Astruc, *Traité des servitudes réelles*, 1843, 1 vol. in-12. — Bertrand, *De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme*, 1869, 1 vol. in-8°. — Bouillier, *Des servitudes d'utilité publique en général et en particulier des servitudes établies par la loi entre propriétaires voisins dans un but d'intérêt public*, 1873, 1 vol. in-8°. — Colas de la Noue, *Etudes de jurisprudence. De la propriété des sources*, 1865, 1 vol. in-8°. — De Dartein, *Acte public sur les servitudes ou sur les services fonciers*, Strasbourg, 1816, 1 vol. in-4°. — Devoucoux (A.), *De l'acquisition des servitudes prédiales en droit romain. De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme, en droit français*, 1887. — Droin, *De la servitude du tour d'échelle*, 1902, 1 vol. in-8°. — Dufaure, *Traité des servitudes*, 1850, 1 vol. in-8°. — Dufresne, *De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme*, 1867, 1 vol. in-8°. — Fabrègue, *De l'établissement des servitudes réelles*, 1 vol. in-8°. — Fabry, *Acte public sur les servitudes imposées par la loi*, Strasbourg, 1815, 1 vol. in-4°. — Gavini de Campile, *Traité des servitudes*, 1863-1868, 3 vol. in-8°. — D'Herbelot, *De l'établissement et de l'extinction des servitudes constituées par le fait de l'homme*, 1859, 1 vol. in-8°. — Hérissé, *Jurisprudence populaire du père Joseph. Des servitudes ou services fonciers*, 1869, Poitiers, 1 vol. in-12. — Jousselin, *Traité des servitudes d'utilité publique*, 1850, 2 vol. in-8°. — Lalaure et Pailliet, *Traité des servitudes réelles*, 1828, 1 vol. in-8°. — Latreille, *De la destination du père de famille*, 1887, 1 vol. in-8°. — Leconte, *De l'acquisition des servitudes par la prescription*, 1876, 1 vol. in-8°. — Legonidec de Penlan, *De l'extinction des servitudes*, Caen, 1862, 1 vol. in-8°. — Machelard, *Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français en ce qui concerne les servitudes prédiales*, 1868, 1 vol. in-8°. — Martineau, *De l'établissement des servitudes*, Poitiers, 1872, 1 vol. in-8°. — Monnense, *Code civil, Des servitudes ou services fonciers*, 1893. — Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 1838, 8e éd., 2 vol. in-8°. — Pineau, *De l'établissement et de l'extinction des servitudes par la prescription*, 1875, 1 vol. in-8°. — Poncet, *De la possession des servitudes*, Dijon, 1870, 1 vol. in-8°. — Ravel, *De la nature, des divisions et de l'établissement des servitudes réelles en droit romain et en droit français*, 1857, 1 vol. in 8°. — Roc, *De l'établissement des servitudes réelles par le fait de l'homme*, Grenoble, 1874, 1 vol. in-8°. — Solon, *Traité des servitudes*, 1837, 1 vol. in-8°. — Tarrible, *Manuel des justices de paix ou traité des servitudes foncières et des tutelles*, 1806, 1 vol. in-8°. — Vanier *Questions notables sur les servitudes qui ne peuvent être établies que par titres*, 1880, 2e éd. 1 vol. in-8°.

Qu'entend-on par titre a non domino *en matière de servitudes discontinues pouvant donner ouverture à l'action possessoire du possesseur troublé? Par titre apparent.* a non domino, *il faut entendre un titre venant du détenteur du fonds soumis à la servitude et non du propriétaire du fonds dominant, exerçant la servitude* (Millet) : Corr. des just. de paix, 1856, 2e sér., t. 3, p. 351. — *La destination du père de famille ne vaut-elle titre, à l'effet de servir de base à l'action possessoire, qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes; ou bien peut-elle fonder la servitude qui, seulement apparente, n'a pas le bénéfice de la continuité? La règle établie par l'art. 694, C. civ., doit-elle recevoir son exécution dans le cas où le nouveau propriétaire tient son droit d'un partage comme dans le cas où son titre est un acte de vente?* (Besson) : Corr. des just. de paix, 1863, 2e sér., t. 10, p. 4. — *Une commune, en vendant des terrains vagues, a-t-elle le droit de donner une nouvelle destination aux servitudes continues et apparentes dont il est question dans l'art. 690, C. civ.? Peut-elle changer un droit de passage, l'éloigner du lieu où il a été exercé depuis des siècles? En cas d'affirmative, les travaux pour opérer ce changement doivent-ils être à la charge du propriétaire ou de la commune?* Corr. des just. de paix, 1866, 2e sér., t. 13, p. 397. — *Action possessoire. Servitude discontinue. Application et appréciation du titre* (Lévy) : Corr. des just. de paix, 1869, 2e sér., t. 16, p. 271. — *Lorsqu'un soupirail de cave se trouve ouvert, depuis plus de trente ans, sur un fonds voisin, et qu'ainsi la prescription trentenaire est acquise au profit de la servitude* jus luminum, *quelle est la distance que le propriétaire du fonds servant doit observer pour les constructions qu'il veut élever sur son héritage?* Corr. des just. de paix, 1876, 2e sér., t. 23, p. 96. — *Avis aux propriétaires. Servitudes. Prescription* : Gaz. des Trib., 20-21 janv. 1834. — *Cour commune. Servitudes. Droits et devoirs respectifs des copropriétaires* : Journ. des communes, 1875, p. 109. — *De l'extinction des servitudes* (Bauby) : Rec. de l'acad. de législ. de Toulouse, 1858, t. 7, p. 412. — *Du cumul du possessoire et du pétitoire. Servitudes discontinues* (Dorlencourt) : Rev. crit., 1853, t. 3, p. 340 à 349; t. 4, p. 188. — *De l'action possessoire relativement aux servitudes discontinues* (Gros) : Rev. crit., t. 3, p. 926; t. 4, p. 397. — *Etude sur la possession des servitudes discontinues et des servitudes non apparentes* (Bastid) : Rev. crit., 1879, p. 171. — *Des modes extinctifs des servitudes rurales* (Ferdinand Jacques) : Rev. crit., 1892, p. 304 et s. — *Des divers droits des propriétaires d'établissements industriels relativement aux propriétaires voisins* (Duvergier) : Rev. Fœlix, t. 10, p. 425. — *Modification des servitudes par la prescription* (Dupret) : Rev. Fœlix, t. 13, p. 817. — *De la prescription de 10 et 20 ans, appliquée à l'acquisition et à l'extinction de l'usufruit et des servitudes* (Bressolles) : Rev. Fœlix, t. 15, p. 744. — *De l'extinction des servitudes par la prescription* (Demante) : Rev. Fœlix, t. 17, p. 559. — *De l'établissement des servitudes par la destination du père de famille dans le nouveau droit* (Villequez) : Rev. hist. du dr. fr., 1859, t. 5, p. 197. — *Du délaissement du fonds servant pour s'exonérer des charges de la servitude* (Lespinasse) : Rev. jud. du Midi, t. 4, p. 86. — *Conciliation des art. 692, 693 et 694, C. nap.* (Em. Dupuich) : Rev. prat., 1862, t. 13, p. 209. — *De la validité d'une servitude imposée sur une servitude* (Bauby) : Rev. prat., 1863, t. 16, 2e part., p. 185. — *Servitude, vue, porte d'accès, distance du voisin* (Dayras) : Rev. prat., t. 32, p. 548. — *Un droit d'usage dans une forêt constitue-t-il une simple servitude discontinue et non apparente régie par les art. 688 et 691, C. civ.?* (Héan) : Rev. prat., 1874, t. 38, p. 435. — *L'acte récognitif d'une servitude doit-il être conforme à l'art. 1337, C. civ.?* (Héan) : Rev. prat., 1874, t. 38, p. 444. — *Questions pratiques sur les servitudes* (Dayras) : Rev. prat., t. 41, p. 364, 525; t. 48, p. 55; t. 50, p. 554. — *Quelle est la nature du droit du riverain qui a ouvert des vues, construit des égouts, établi des passages sur une voie publique; et quel est à son égard, l'effet du déclassement ou de la suppression de cette voie?* (Dayras) : Rev. prat., 1884, t. 55, p. 538; — Ser-

vitude. Chemin public. Passage. Changement de destination de la voie. Acquéreur. Exercice de la servitude (Detourbet : Rev. prat., 1874, t. 38, p. 518. — *Observations sur les art. 692 et 694, C. civ.* (Demante : Rev. Thémis, 1824, t. 6, p. 473. — *De l'établissement tacite des servitudes, suivant les art. 692, 693 et 694, C. civ.* (Sacase : Rev. Wolowski, 1851, t. 42, p. 247.

Index alphabétique.

DIVISION.

TITRE I.

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LES SERVITUDES

CHAPITRE I.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES ET HISTORIQUES.

1. — Les servitudes réelles ou services fonciers sont des modifications du droit de propriété immobilière, et leur origine se confond avec celle de ce droit. La situation même des lieux ou les besoins de la culture ont dû, dès le début, imposer certains assujettissements à certains fonds au profit de certains autres. Le nombre de ces assujettissements s'accrut avec le temps, et les besoins de la civilisation et leurs caractères se modifièrent en même temps que leurs conditions d'exercice. — Pardessus, t. 1, n. 1.

2. — Le nom de *servitudes* leur fut donné par les jurisconsultes romains. A côté des principes fixés et développés par eux en cette matière, notre ancien droit connut une organisation de la propriété sur laquelle nous n'avons point à insister ici, et qui, par des modifications et des transformations successives, fit sortir, du primitif servage de la glèbe, toute une série de services ou de charges foncières. Le droit intermédiaire abolit toutes ces charges, qui constituaient l'ensemble des droits féodaux (Pardessus, t. 1, n. 2). Les services fonciers, dégagés de toutes les règles qui auraient pu rappeler l'organisation féodale (V. *suprà*, v° *Féodalité*), font aujourd'hui l'objet du titre IV du deuxième livre du Code civil.

3. — Outre ces servitudes réelles, qui sont les seules auxquelles le Code ait conservé la qualification de *servitudes*, il existe encore certains droits réels que dans la pratique courante on nomme *servitudes personnelles*, mais auxquels le législateur moderne a évité d'appliquer ce nom, de peur de rappeler le souvenir des droits féodaux abolis par la Révolution (Pardessus, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 430). Les servitudes personnelles actuelles sont celles qui existent sur une chose au profit d'une personne déterminée. Le Code en indique trois, qui sont : l'usufruit, l'usage et l'habitation. — V. *suprà*, v° *Habitation (droit d')*, et *infrà*, v^is *Usage (droit d')*, *Usufruit*. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 431.

CHAPITRE II.

CARACTÈRES DES SERVITUDES.

4. — On peut, d'après les art. 637 et 638, définir très-exactement la servitude réelle : une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un second héritage appartenant à un autre propriétaire, sans qu'il en résulte aucune prééminence du second héritage sur le premier.

SECTION I.

Caractères essentiels.

5. — Les caractères essentiels des servitudes, c'est-à-dire ceux en l'absence desquels il n'y a point de servitude véritable, sont les suivants : 1° elles sont incorporelles; 2° elles constituent des droits réels; 3° elles ne peuvent être établies qu'en faveur des biens-fonds; 4° elles ne s'exercent que sur un fonds appartenant à un propriétaire autre que celui du fonds dominant; 5° elles n'établissent aucune prééminence d'un fonds sur un autre; 6° elles ne doivent pas être confondues avec les actes de pure faculté et de simple tolérance. — Pardessus, t. 1, n. 4, 5.

6. — A ces six caractères absolus, nous ajouterons l'indivisibilité qui, si elle n'est pas de l'essence même des servitudes, en accompagne presque toujours l'exercice. — Pardessus, t. 1, n. 5.

7. — On ajoutait encore autrefois, comme caractère essentiel : la perpétuité de la cause et de la durée. Et il a été jugé, notamment, que l'usage d'eaux pluviales ne peut constituer la servitude *aquæductus*, le cours de ces eaux n'étant point permanent. — Colmar, 26 mai 1831, Gigandez, [P. chr.] — Dans le même sens, Cass., 21 juill. 1825, Boissière, [S. et P. chr.]

8. — Mais nous répondrons, d'une part, en ce qui concerne la perpétuité de la cause, que rien dans notre droit ne permet d'exiger, comme faisait le droit romain, que le fonds servant soit en état de fournir par lui-même et à perpétuité l'élément matériel nécessaire à l'exercice de la servitude : ainsi, l'on considère aujourd'hui comme possible l'acquisition d'une servitude de prise d'eau sur un étang même non alimenté par des eaux vives, et par suite susceptible de se dessécher. D'autre part, quant à la durée des servitudes, ou du moins des servitudes conventionnelles, elle dépend de la volonté des parties; et l'on peut seulement dire qu'elles participent en général du caractère de perpétuité des fonds dont elles sont des dépendances, et que toute servitude dont le titre n'indique point le terme doit subsister jusqu'à ce que l'extinction en soit arrivée par l'une des causes dont nous parlons *infrà*, n. 1163 et s. — Pardessus, t. 1, n. 5; Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 13; Duranton, t. 5, n. 458 et s.; Troplong, *Prescr.*, n. 148; Daviel, t. 3, n. 798; Demolombe, t. 11, n. 1, et t. 12, n. 702 et 703; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et notes 14 et 17; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 803.

9. — Un dernier caractère, mais non spécial aux servitudes, est qu'il n'est permis d'en établir que si elles n'ont « rien de contraire à l'ordre public » (C. civ., art. 686). D'où l'on conclut qu'il serait interdit de constituer une servitude de passage dans le seul but de favoriser la contrebande. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1072.

10. — Il importe toutefois de ne point exagérer cette idée d'ordre public, commune à toutes les conventions (V. art. 6 et 1133, C. civ.), et de remarquer que les tribunaux ont souvent maintenu des conventions de servitudes dont l'exercice semblait, au premier abord, constituer un délit ou une contravention. Il a été jugé notamment que la convention par laquelle le propriétaire d'une cour autorise le propriétaire de la maison voisine à ouvrir des fenêtres sur cette cour, et, par ces fenêtres, à jeter des immondices, n'est pas contraire à l'ordre public ; et que le droit de servitude qui en résulte ne saurait être contesté, sous le prétexte, d'ailleurs erroné, que l'exercice de ce droit constituerait une contravention aux dispositions de l'art. 475-8°, C. pén. — Montpel-

lier, 8 juill. 1879, Dubiard, [S. 80.2.48, P. 80.219, D. 80.2.24] — En ce sens, Gavini de Campile, t. 3, n. 1104 et s.

11. — ... Que si le propriétaire d'une usine impose, à celui à qui il vend un pré riverain du cours d'eau qui alimente cette usine, l'obligation de souffrir sans indemnité les inondations auxquelles ce pré pourrait être exposé, pourvu qu'il n'y ait aucun changement dans la retenue des eaux, cette obligation contractuelle constitue une servitude valable, bien que le fait de provoquer une inondation soit un délit au regard de la loi pénale. — Bourges, 23 déc. 1843, Leblanc, [P. 45.1.186]

12. — Jugé encore que la clause par laquelle le vendeur de deux maisons contiguës impose à l'acquéreur l'obligation de supprimer toute communication entre elles, n'a rien de contraire à la loi, ni à l'ordre public, et que les juges doivent en assurer l'exécution, lorsqu'elle a été stipulée dans l'intérêt d'un autre immeuble du vendeur. — Cass., 29 avr. 1872, Neubrandt, [S. 73.1.308, P. 73.768, D. 73.1.132]

§ 1. *Les servitudes sont incorporelles.*

13. — Le premier caractère essentiel de toute servitude est d'être une chose incorporelle. « Une servitude est une charge », dit l'art. 637. Considérée comme passive, c'est-à-dire dans l'obligation de la souffrir, c'est une charge qui diminue d'autant la valeur du fonds grevé. Considérée comme active, c'est-à-dire dans le droit de l'exercer, c'est un accessoire de l'immeuble pour l'utilité duquel elle a été constituée. — Pardessus, t. 1, n. 6; Demolombe, t. 12, n. 669.

14. — Attachées au fonds qui en profite, les servitudes ne peuvent, en principe, être vendues, ni louées, ni saisies séparément de lui. Elles ne peuvent non plus faire isolément l'objet d'une constitution d'hypothèque. — Paris, 10 mai 1898, Crédit foncier, [*Gaz. des Trib.*, 1898, 2e sem., 2.122] — En ce sens, Pardessus, t. 1, n. 6; Demolombe, t. 12, n. 670, 847; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 803, 811-4°, 813-3°. — V. aussi *suprà*, v[is] *Bail (en général)*, n. 240 et 242; *Hypothèque*, n. 190 et s.

15. — Spécialement, une servitude n'ayant par elle-même, et détachée du fonds auquel elle s'applique, aucune existence, n'est pas susceptible de surenchère de la part des créanciers inscrits sur l'immeuble grevé de la servitude. — Paris, 4 janv. 1831, Malézieux, [S. 32.1.829]

16. — Il importe de ne point confondre les servitudes avec les autres droits, et notamment avec la propriété souterraine et superficiaire, ou avec la propriété indivise (Pardessus, t. 1, n. 7). L'intérêt de la distinction réside d'abord en ce que le droit de propriété ou de copropriété permet d'user de la chose d'une façon plus étendue que le droit de servitude. De plus, la copropriété peut toujours s'acquérir par usucapion, donne toujours ouverture aux actions possessoires, ne se perd jamais par le simple non-usage, et permet de se refuser à tout déplacement de l'assiette du droit : nous verrons qu'il en est autrement en matière de servitudes. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 805. — V. aussi *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 588 et s.

17. — La distinction entre l'usage d'une chose à titre de servitude et l'usage d'une chose à titre de propriété est parfois difficile à établir. Il pourra arriver qu'un demandeur, dans l'impossibilité de prouver sans titres certaines servitudes, comme celles de passage ou de puisage, s'appuie sur des faits de passage ou de puisage pour prétendre droit à la copropriété d'un chemin ou d'un puits (V. *suprà*, v[is] *Passage*, n. 65 et s.; *Pâturage et pacage*, n. 18 et s. — V. aussi *suprà*, v[is] *Copropriété*, n. 22 et s.; *Indivision*, n. 66 et s.). Les tribunaux peuvent ainsi se trouver placés entre l'inconvénient de rejeter des preuves régulières de copropriété et celui d'admettre, contre le vœu de la loi, la preuve testimoniale de certaines charges qui ne peuvent être justifiées de cette manière. — Pardessus, t. 1, n. 8; Demolombe, t. 12, n. 673.

18. — Le critérium se trouvera alors, à défaut de titre, dans le caractère de la possession alléguée. Si l'on se trouve en présence d'un titre, d'un acte de partage, par exemple, dont les termes sont peu précis, on présumera plutôt que les parties, copropriétaires avant le partage, ont voulu conserver leur droit de copropriété, plutôt que de transformer ce droit en une servitude active pour certains d'entre eux. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 806 et 807. — V. aussi Daviel, t. 3, n. 907.

19. — En tout cas, l'interprétation des juges du fond est souveraine en pareille matière; et il a été jugé que la décision par laquelle ils déclarent que la réserve d'une allée, qui traverse un fonds aliéné, constitue une simple servitude, et non la réserve de la propriété du sol de l'allée, est souveraine et échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 15 févr. 1842, Duvivier, [S. 42.1.344, P. 42.1.503] — V. aussi *suprà*, v[is] *Cassation* (mat. civ.), n. 3967; *Pâturage et pacage*, n. 9.

20. — Mais ils ne peuvent pas déclarer qu'un droit de copropriété existe là où le demandeur ne prétend qu'à un droit de servitude, ni inversement lui attribuer d'office un droit de servitude sur un terrain en litige, après lui en avoir dénié la propriété, alors que le demandeur n'avait conclu qu'à la propriété et que les titres invoqués ne se référaient qu'à un droit de propriété, et non à un droit de servitude. — Rouen, 20 août 1874, Royer, [S. 76.2.23, P. 76.197]

21. — Les tribunaux ont souvent à trancher des difficultés du genre de celles qui nous occupent. Il a été décidé, notamment, que la possession d'un aqueduc et de tuyaux de conduite établis sous les terrains de propriétaires voisins, peut être considérée comme une possession à titre de propriétaire. — Cass., 9 déc. 1833, Leclerc, [S. 34.1.282]

22. — ... Que le droit d'abreuvage peut être, soit une servitude, soit un droit de propriété. — Riom, 3 juill. 1901, Combasson, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.34]

23. — ... Que la clause d'un acte de partage par laquelle il est stipulé qu'un chemin existant sur un immeuble attribué à l'un des copartageants restera complètement libre pour le passage avec bêtes de somme peut, d'après les circonstances, constituer sur ce chemin, non un simple droit de servitude, au profit des autres copartageants, mais un droit de propriété; et que, par suite, le non-usage de ce chemin, par un des copartageants, pendant plus de trente ans, ne suffit pas pour lui faire perdre le droit d'y passer, si d'ailleurs personne n'a acquis la propriété de ce chemin par une possession continue pendant un temps suffisant pour prescrire. — Cass., 25 avr. 1855, Moret, [S. 56.1.396, P. 57.37, D. 55.1.160]

24. — ... Que le droit de faire usage d'une fosse d'aisance établie sous la maison voisine, au moyen de tuyaux inédifiés dans le mur mitoyen, est un droit de propriété qui peut s'acquérir par prescription, et non pas une servitude. — Cass., 22 oct. 1811, Chenal, [S. et P. chr.] — *Sic*, Duranton, t. 5, n. 148; Toullier, t. 3, n. 622.

25. — ... Que ce n'est point non plus à titre de servitude qu'une personne aurait une terrasse au-dessus de l'héritage d'autrui. — Pardessus, t. 1, n. 7; Demolombe, t. 12, n. 673.

26. — ... Que le droit qu'un propriétaire s'est réservé en vendant à un tiers l'espace de terrain nécessaire à ce dernier pour arriver à l'une de ses propriétés, d'élever des constructions au-dessus de ce terrain ou passage, n'est pas susceptible de se prescrire par le non-usage pendant trente ans, le droit ainsi réservé constituant un véritable droit de propriété, et non une simple servitude. — Rouen, 14 juin 1843, Jeanson, [S. 43.2.519]

27. — ... Que le passage reconnu nécessaire, sur un terrain communal, pour mener des bestiaux à l'abreuvoir, peut être considéré, non comme une servitude de passage, mais bien comme un mode de jouissance de la chose commune. — Cass., 23 mars 1836, Parmentier, [S. 36.1.867]

28. — Mais il a été jugé, d'autre part, que si un propriétaire a établi une dérivation de cours d'eau au moyen d'une rigole pour arroser des prairies lui appartenant, et s'il vient à vendre l'une ou plusieurs de ces prairies, la rigole, bien que pratiquée pour leur usage commun, ne peut pas être réputée propriété commune entre les possesseurs des diverses prairies; que c'est une véritable servitude établie sur le pré supérieur. — Cass., 13 juin 1814, Manent, [S. et P. chr.]

29. — ... Que lorsqu'un acte de vente administrative, ayant pour objet une digue qui s'enfonce dans la propriété d'un tiers, ne renferme aucune clause relative à la propriété de la partie du sol sur laquelle la digue se trouve assise, les tribunaux peuvent décider que le propriétaire de la digue n'est pas propriétaire du sol sur lequel elle repose et qu'il ne peut y prétendre qu'un droit de servitude. — Cass., 8 nov. 1843, de Brignac, [S. 44.1.143, P. 44.1.392]

30. — ... Que le droit d'extraction de terres sur le fonds servant ne constitue qu'une charge imposée à la propriété et non un droit de propriété indivise ou conditionnelle. — Cass., 8 mars 1880, Cottron, [S. 81.1.445, P. 81.1161, D. 81.1.269] — V. encore, *suprà*, v° *Pâturage et pacage*, n. 7 et s.

§ 2. *Les servitudes sont des droits réels.*

31. — L'art. 526, C. civ., a pu dire que les servitudes étaient des immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent. Ce sont des droits réels sur les fonds dont elles restreignent la liberté naturelle, sans imposer comme nous le verrons plus loin (n. 137 et s.), aucune obligation personnelle aux propriétaires ou possesseurs de ses fonds. Les héritiers du propriétaire n'en sont point tenus s'ils ne succèdent pas à la propriété du fonds grevé; et le propriétaire n'est plus tenu s'il vend son fonds. Les servitudes se distinguent ainsi des dettes, même hypothécaires, et des redevances foncières. — Pothier, *Des servitudes*, §§ 2 et 13; Pardessus, t. 1, n. 5; Demolombe, t. 12, n. 671; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 811.

32. — Notamment la redevance tréfoncière due au propriétaire de la superficie par le concessionnaire d'une mine n'a pas le caractère d'une servitude, mais d'un simple droit de créance. — V. *suprà*, vº *Mines*, n. 764 et s.

33. — Les hypothèques sont des droits réels accessoires d'une dette qui pourrait exister sans cette garantie. Au contraire, la servitude frappe le fonds grevé indépendamment de toute obligation personnelle du propriétaire, et ne se réfléchit contre ce dernier qu'à cause du fonds lui-même. Ainsi l'accomplissement des formalités prescrites pour purger les hypothèques n'éteindrait point une servitude. — Pardessus, t. 1, n. 9; Demolombe, t. 12, n. 671.

34. — Les auteurs croient bien inutilement devoir ajouter que celui à qui un droit de servitude a été vendu ou donné ne pourrait pas recourir aux notifications autorisées par les art. 2181 et s., C. civ., pour purger les droits des créanciers ayant hypothèque sur le fonds grevé. — V. *suprà*, vº *Hypothèque*, n. 3927.

35. — Lorsqu'après une vente volontaire ou forcée, on procède à la distribution du prix d'un immeuble grevé de servitudes, on ne peut contraindre celui à qui une servitude est due sur cet immeuble, à recevoir son remboursement; et lui-même à son tour ne peut pas exiger la conversion de son droit en une somme colloquée sur le prix de vente. — Duranton, t. 5, n. 475 et s.; Pardessus, t. 1, n. 9.

36. — Par la même raison une servitude ne peut pas, à moins de convention contraire, être rachetée, en dehors des cas spéciaux et limitativement prévus par la loi (V. *infrà*, n. 1411). — Pardessus, *loc. cit.*; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 18.

37. — Une servitude enfin ne pourrait pas être éteinte par compensation avec une autre servitude. Si deux fonds se doivent réciproquement des servitudes semblables, et ces droits continueront à être exercés et supportés réciproquement, tant que les deux propriétaires ne s'accorderont pas pour libérer leurs fonds. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 671. — V. aussi Colmar, 28 août 1823, Freck, [P. chr.]

38. — De ce qu'une servitude n'est point une simple obligation de faire ou de ne pas faire, contractée par une personne, il faut tirer la conséquence que le refus d'en souffrir l'exercice ne doit pas se résoudre simplement en dommages-intérêts. Le propriétaire au profit de qui les tribunaux auraient reconnu l'existence d'un droit de cette nature, serait fondé à employer, pour s'en procurer la jouissance effective, les moyens autorisés par les art. 1143, 1144 et 1610, C. civ. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*

39. — Du caractère de droits réels qui appartient aux servitudes, résulte encore la conséquence que les mutations de propriétaires n'apportent aucun changement aux rapports réciproques de deux fonds. — Pardessus, t. 1, n. 9; Demolombe, t. 12, n. 670-E; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 15; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 811.

40. — Ainsi, lorsqu'en matière de servitude on a stipulé pour soi et les siens, cette expression *les siens* ne doit pas être prise dans un sens restrictif, qui en limite l'application aux seuls descendants de l'auteur de la stipulation; elle doit s'entendre de tous ceux qui ont succédé, à quelque titre que ce soit, au propriétaire du fonds en faveur duquel le droit réel a été établi. — Bourges, 3 janv. 1829, Bourdiaux, [S. et P. chr.]

41. — Jugé même qu'une servitude réelle, par exemple la servitude *non tollendi*, constituée au profit d'un héritage, passe à l'acquéreur de cet héritage par le seul effet de la vente, quand même l'existence n'en serait point indiquée dans son contrat d'acquisition. — Cass., 7 févr. 1825, Duplessis, [S. chr.]

42. — De même, si un testateur avait légué un droit de servitude sur un bien de sa succession au profit du domaine d'un de ses amis, et si le légataire avait, depuis la mort du testateur et avant de connaître le testament, vendu son domaine, il ne pourrait pas renoncer au legs malgré l'acquéreur, qui seul aurait droit de réclamer l'exécution du testament sur ce point. — Pardessus, *loc. cit.*

43. — L'ayant-cause n'aura d'ailleurs, en principe, ni plus ni moins de droits que son auteur; et il a même été jugé que celui qui, en vertu d'un titre propre, pourrait prétendre une servitude de passage sur un fonds servant, ne peut réclamer cette servitude si, pour l'exercer, il doit passer sur une parcelle que son auteur, dont il est l'héritier pur et simple, avait vendue franche et libre de servitude au propriétaire du fonds servant. En acceptant purement et simplement la succession de son auteur, l'héritier a succédé à son obligation de garantie; dès lors, devant la garantie il ne peut évincer l'acquéreur, ni exercer la servitude. — Trib. civ. Muret, 10 févr. 1898, [*Gaz. des Trib. du Midi*, 12 juin 1898]

44. — Après la vente du fonds servant, l'ancien propriétaire n'est plus tenu d'assurer l'exercice de la servitude envers le propriétaire du fonds dominant. — Trib. Seine, 20 avr. 1894, sous Paris, 5 mars 1896, Caron, [D. 96.2.423]

45. — De son côté, le nouveau propriétaire d'un héritage grevé de servitude doit la souffrir, lors même qu'il aurait acheté sans charges, pourvu que, lors de la transcription de son acte d'achat, l'acte en vertu duquel on réclame cette servitude eût été lui-même transcrit (V. *infrà*, n. 861 et s.). — Pardessus, *loc. cit.*

46. — Ainsi, lorsque par son contrat d'acquisition l'acheteur d'un immeuble s'est obligé à supporter les charges existantes, il ne peut s'opposer à l'exercice d'un droit de passage qui, au moment de la vente, s'annonçait par des signes apparents et qui a été reconnu par une transaction passée entre les propriétaires du fonds dominant et du fonds servant et régulièrement opposable aux tiers. — Cass., 17 mars 1824, Pinchon, [S. et P. chr.]

47. — Jugé de même qu'il ne suffit pas que l'objet vendu paraisse affranchi de servitude lors de la vente, pour que l'aliénation emporte réellement exemption de la servitude. Tel le cas où l'État vend une rue sur laquelle existe un droit de passage, rendu impraticable depuis quelques années par l'exhaussement de la rue, sans toutefois que la servitude de passage soit éteinte. — Cass., 11 févr. 1828, Fragny, [S. et P. chr.]

48. — Enfin la mort de celui qui a consenti ou stipulé une servitude ne l'éteint pas de plein droit, sauf dans le cas où la convention qui l'a constituée en aurait limité la durée à la vie du promettant ou du stipulant. — Pardessus, t. 1, n. 9; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 17.

49. — Le propriétaire d'un fonds auquel une servitude est due a toutefois le droit, lorsqu'il vend une partie de ce fonds, de déclarer que la partie vendue ne jouira pas de la servitude, et que celle-ci restera seulement attachée à la partie qu'il se réserve. La servitude continue alors d'être due exclusivement à cette partie du fonds. Ce qui lui serait impossible serait, en vendant la totalité de son fonds sans la servitude, de réserver la jouissance de cette servitude pour lui-même, ou de l'annexer à un autre de ses domaines sans le consentement du propriétaire de l'héritage grevé. — Pardessus, t. 1, n. 9.

50. — En effet, un droit de servitude ne peut être détaché du fonds dominant pour être affecté à l'utilité d'autres fonds, qu'avec le consentement du propriétaire du fonds servant. — Cass., 3 juill. 1900, Combasson, [*Gaz. des Trib.*, 1901, 1er sem., 1.3] — Riom, 3 juill. 1901, Combasson, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.34]

51. — Jugé, en ce sens, que si le propriétaire du fonds, au profit duquel ont été établis des droits réels, vient à vendre le fonds en excluant de la vente les servitudes, dont il se réserve expressément la jouissance personnelle, ces droits réels, cessant d'être attachés au fonds pour passer à la personne, sont éteints à partir de la vente même du fonds. — Bourges, 29 août 1865, Petin, [S. 66.2.11, P. 66.83]

52. — Mais il en est autrement si le propriétaire assujetti consent à cette *distraction* de la servitude; et si c'est, par exemple, à ce propriétaire lui-même que le fonds dominant a été vendu avec réserve de la servitude au profit du vendeur et faculté pour ce dernier d'en disposer ainsi qu'il arrivera, il a été jugé que le propriétaire dominant ou ses héritiers peuvent valablement user de cette faculté, et disposer de la servitude en faveur

de tel autre fonds qu'il leur plaira. — Poitiers, 3 juin 1898, [*Gaz. des Trib.*, 1898, 2e sem., 2.418]

§ 3. *Les servitudes ne peuvent être établies qu'en faveur de biens-fonds.*

53. — « Il est permis aux propriétaires, dit l'art. 686, C. civ., d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds... »

54. — L'art. 686 restreint ainsi expressément, par un motif d'ordre public, la liberté des conventions. Ce qu'il interdit d'abord, c'est de stipuler que tel fonds sera grevé *in perpetuum*, au profit d'une personne et de ses ayants-cause, d'une charge qui aurait pour objet l'utilité non d'un autre héritage, mais seulement des individus. — Demolombe, t. 12, n. 675.

55. — Le droit accordé *à une personne* de jouir d'un immeuble dont la propriété appartient à un autre, peut constituer une charge de l'immeuble : ce sera, par exemple, un droit d'usufruit, d'habitation ou d'usage personnel. — Pardessus, t. 1, n. 10; Demolombe, t. 12, n. 674; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 2; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 813-1°.

56. — Mais ce ne sera point une servitude réelle ; et il a été jugé, notamment, que le droit de puiser de l'eau à une fontaine ne pouvait pas être réclamé à titre de servitude réelle par celui qui n'a pas, auprès du fonds où se trouve la fontaine, une propriété au profit de laquelle ce droit puisse être exercé. — Cass., 23 nov. 1808, Chegaray, [S. et P. chr.] — V. *infrà*, n. 66.

57. — Ce n'est pas à la qualification donnée qu'il faut s'attacher pour savoir si un droit a le caractère d'une servitude : il faut et il suffit qu'il ait pour objet essentiel de rendre plus précieux et plus utile un fonds appartenant au concessionnaire, et qu'il ne soit pas susceptible d'être exercé indépendamment de ce fonds. — Duranton, t. 5, n. 33 et s.; Pardessus, *loc. cit.;* Demante, t. 2, n. 480 *bis;* Demolombe, t. 12, n. 681 et 684 ; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 7. — Ainsi, l'on ne devrait point regarder comme une servitude véritable, bien que qualifiée telle, une jouissance individuelle et d'agrément personnel pour celui qui l'a stipulée, bien que ce dernier possédât un fonds, et même qu'il n'eût d'occasion de jouir de la concession à lui faite qu'en possédant ce fonds. — Pardessus, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte et note 3; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1074.

58. — Par application de ces principes, le droit pour le propriétaire d'une maison de se promener dans un jardin voisin et d'y cueillir des fruits n'apparaît que comme un droit d'usage personnel (ou de bail), qui n'a pas été établi pour l'usage et l'utilité de la maison (art. 637). — Duranton, t. 5, n. 16 et 447; Proudhon, *De l'usufr.*, t. 1, n. 369; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 340; Demolombe, t. 12, n. 687; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et notes 4 et 6; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1074. — Toutefois, les tribunaux pourraient décider que ce droit constitue une servitude réelle, s'ils y voyaient une véritable amélioration intrinsèque apportée à la maison elle-même, en sa qualité d'immeuble. — Pardessus, t. 1, n. 11; Toullier, t. 3, n. 588 et s.; Taulier, t. 2, p. 356 et s.; Daviel, t. 3, n. 933; Demolombe, t. 12, n. 687.

59. — Jugé que la faculté pour les habitants d'une commune de se rendre dans un pré, à titre de réjouissance ou de fête locale, afin de s'y livrer périodiquement pendant trois heures à des amusements de toute sorte, constitue un agrément ou un avantage relatif aux personnes; que l'on y rechercherait vainement l'avantage réel ou l'utilité qui peut en résulter pour le fonds dominant, pour les habitants de la commune pris comme propriétaires du sol; et que dès lors on ne doit y voir qu'un service établi sur un fonds au profit de personnes et formellement proscrit par la loi. — Toulouse, 22 déc. 1882, [*Gaz. Pal.*, 84.1, *Suppl.*, 68]

60. — Mais la règle d'après laquelle une servitude réelle ne peut être imposée en faveur de la personne n'empêche pas qu'on ne doive considérer comme revêtues du caractère de servitudes réelles les charges effectivement établies au profit d'un fonds, alors même que les propriétaires de ce fonds en retireraient un certain avantage. — Douai, 12 mars 1900, Jean, [*Gaz. des Trib.*, 1900, 2e sem., 2.305]

61. — Le bénéfice que le fonds dominant retire de la servitude peut consister, soit dans l'exercice actif d'un droit sur le fonds servant, soit dans la faculté d'obliger le propriétaire de ce dernier à s'abstenir de quelque chose, qu'il aurait naturellement le droit d'y faire. — Pardessus, t. 1, n. 11; Demolombe, t. 12, n. 676.

62. — Parmi les servitudes de la première catégorie on peut ranger notamment : le droit d'appuyer des poutres sur le mur de son voisin ; d'avancer un balcon ou un toit sur le terrain d'autrui ; d'y laisser écouler ses eaux pluviales ou ménagères (V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 88 et s., *Egout des toits*, n. 30 et s.), d'y conduire un canal destiné à amener les eaux sur un autre fonds ; d'y prendre des jours, d'y exercer des vues (V. *infrà*, v° *Vue*) ; d'y passer (V. *suprà*, v° *Passage*) ; d'aller y puiser ou d'y conduire ses bestiaux à l'abreuvage, au pacage, etc. (V. *suprà*, v^is *Abreuvoir*, *Pâturage et pacage*) ; de faire à tel pressoir, ou à tel moulin, le vin, le cidre ou l'huile des fruits de son domaine; de faire battre ou serrer ses grains dans la grange d'un autre; de prendre dans un bois des arbres pour réparer ou pour construire, ou des échalas pour soutenir des vignes ou former des espaliers ; de tirer d'un fonds ou d'y déposer des matériaux destinés à la culture ou à l'amélioration d'un autre héritage ; de faire passer les racines de ses arbres sur le terrain voisin ou d'y laisser s'étendre leurs branches (V. *suprà*, v° *Arbres*); de rejeter sur le fonds voisin les terres ou les pierres extraites de son champ ; d'y entretenir une machine hydraulique ; d'y établir une cabane pour le berger qui conduit au pâturage les bestiaux d'un domaine, même si le pâturage s'exerce sur un fonds différent ; d'appliquer sur un mur des peintures susceptibles d'assurer un reflet ou un aspect plus agréable à la maison voisine. — Pardessus, t. 1, n. 11.

63. — Jugé que la clause insérée dans un acte de partage et portant que les copartageants s'accorderont mutuellement les uns aux autres le libre passage et issue avec chariot sur les parties de terre qui leur sont respectivement échues, est un pacte *in rem, non in personam*; qu'elle établit une servitude de passage, non seulement en faveur des copartageants, mais encore en faveur de leurs héritiers et ayants-cause. — Bruxelles, 16 janv. 1823, Declerck, [S. et P. chr.]

64. — ... Que les droits de pacage, de fauchage, de pêche (V. *infrà*, n. 87) et de bateau sur un étang sont des servitudes réelles et non personnelles, lorsque les personnes n'en doivent profiter ou souffrir que comme propriétaires et en ce que la valeur de leur fonds en est augmentée ou diminuée. — Bourges, 29 août 1865, Petin, [S. 66.2.11, P. 66.83]

65. — ... Que la concession d'un droit de pâturage pour un certain nombre de bêtes à cornes, avec cette condition : *pourvu que les bêtes à cornes appartiennent à un tel ou à son fermier*, est une constitution d'un droit réel dont l'exercice n'est pas attaché à la personne de l'individu désigné; et que l'arrêt qui déciderait le contraire, par interprétation du contrat de constitution du droit de pâturage, changerait par là même le véritable caractère de ce contrat, et encourrait en conséquence la cassation. — Cass., 20 juin 1827, Broyart, [S. et P. chr.]

66. — ... Que la clause insérée dans un contrat de vente, et par laquelle le vendeur aura droit, à l'avenir et à perpétuité, pour lui, sa famille et ses descendants, à l'eau d'un puits existant sur la partie vendue, sans être tenu de concourir aux réparations annuelles d'entretien à faire au puits, ou à la pompe, constitue une servitude de puisage établie, non seulement en faveur de la famille du vendeur, mais encore et principalement pour l'utilité de la terre et des bâtiments par lui conservés. — Grenoble, 8 juill. 1867, Fevenon, [D. 67.2.246] — V. *suprà*, n. 54, 56.

67. — ... Que la clause d'un acte de partage d'immeubles, qui concède à l'un des lots le droit d'extraire de la marne sur un immeuble d'un autre lot, constitue, non un droit personnel mobilier, mais une servitude réelle, l'objet d'une telle clause ayant été, non de créer un droit au profit d'une personne déterminée, mais bien au profit d'un fonds, et de l'attacher à ce fonds, en quelques mains qu'il dût passer. — Orléans, 7 avr. 1897, Chaintreau, [S. et P. 99.2.279, D. 99.2.238]

68. — ... Qu'il en est de même de l'obligation, qu'un vendeur de terrains situés au bord de la mer a contractée au profit de l'ensemble des terrains par lui vendus, de construire sur les terrains conservés par lui un établissement de bains avec dépendances dans certaines conditions. — Caen, 26 mai 1886, Depret, [D. 87.2.81]

69. — ... Que la clause de l'acte de vente d'un fonds, passé en 1777, reproduite dans les ventes successives de ce fonds, aux termes de laquelle l'acquéreur devra laisser la mare qui en fait partie libre en son entier, afin que les particuliers voisins puissent y faire abreuver leurs bestiaux et y puiser de l'eau quand ils jugeront à propos, peut être interprétée en ce sens qu'elle a établi une charge réelle sur ce fonds, non en faveur des personnes, mais au profit des héritages voisins. — Cass., 2 août 1898, Dumont, [S. et P. 99.1.75]

70. — En tous ces cas et autres analogues, à moins que l'auteur de la concession n'ait manifesté d'une façon évidente qu'il la faisait en faveur d'une personne et pour ses besoins individuels ou ceux de sa famille, on doit reconnaître qu'il y a servitude grevant un fonds d'une charge, et procurant une utilité réelle à un autre fonds, en étendant ou en assurant ses moyens d'exploitation. — Pardessus, t. 1, n. 11.

71. — En sera-t-il encore ainsi, lorsque le résultat de l'exercice du droit concédé est tel, qu'il procure une plus grande utilité aux besoins de famille, à l'industrie, ou même aux jouissances individuelles du propriétaire d'un fonds, qu'à ce fonds considéré en lui-même et abstraction faite du propriétaire ou du possesseur? Tout dépendra, selon nous, du but et de l'effet du droit concédé.

72. — Ainsi, tout d'abord, s'il s'agit de droits créés pour les besoins domestiques d'une maison, dans l'intérêt de la famille et du ménage, il faudra souvent les considérer comme des droits personnels, mais parfois aussi comme des servitudes réelles, complétant l'utilité de l'immeuble : tels seront les droits de puisage, ou de chauffage (droit de couper du bois sur le fonds voisin) pour les besoins domestiques de la maison. — Pardessus, t. 1, n. 11; Proudhon, *Usufr.*, t. 6, n. 3093 et s.; Daviel, t. 3, n. 767; Demolombe, t. 2, n. 683; Aubry et Rau, t. 2, § 225, texte et note 3, et t. 3, § 247, texte et note 7; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1075. — *Contrà*, Taulier, t. 2, p. 358.

73. — Jugé que la faculté, réservée au vendeur d'un moulin, d'y moudre son blé ou d'y faire son huile, gratuitement et à perpétuité, peut être considérée comme une servitude réelle, inhérente à l'immeuble habité par le vendeur et ses ayants-cause. — Cass., 6 juill. 1874, Teillard, [S. 75.1.108, P. 75.260, D. 75.1.372] — *Contrà*, Pau, 16 juin 1890, Gerbe-Pouponnet, [S. et P. 92.2.313, D. 91.2.185] — V. aussi Grenoble, 30 mai 1832, Berthelot, [D. *Rép.*, v° *Obligations*, n. 3953]

74. — ... Ou tout au moins comme une servitude mixte, imposée : *tam ratione rei quam ratione familiæ*. — Riom, 31 janv. 1829, Varagne, [P. chr.]

75. — ... Que le droit de séance que s'est réservé dans une chapelle, le fondateur de cette chapelle peut être attaché soit à la personne du fondateur et de ses descendants, soit aux biens; et qu'on doit le considérer comme personnel, alors même que le fondateur a, par l'acte constitutif, grevé tous ses biens d'une redevance foncière, si cette redevance est affectée à la célébration d'un certain nombre de messes et non à l'entretien de la chapelle. — Cass., 1er févr. 1825, Sénot, [D. 25.1.82]

76. — La même question peut se poser lorsque, au lieu d'être accordé à des maisons désignées, le droit de chauffage, par exemple, a été accordé à toute une commune. On considère généralement que le but de ceux qui ont primitivement concédé pareil droit a été d'inviter la population à bâtir et à mettre en valeur des terres incultes; et l'on a pu voir dans ces concessions, non pas un simple usufruit, mais une servitude foncière au profit des maisons. — Pardessus, *loc. cit.*; Proudhon, *loc. cit*; Daviel, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, t. 7, n. 145.

77. — Il en est de même en général des droits d'usage dans une forêt. — Agen, 30 nov. 1830, Molard, [P. chr.] — V. *infrà*, v° *Usage forestier*.

78. — D'ailleurs un droit constitué en faveur d'une commune, ou en faveur de ses habitants en tant qu'ils font partie de la commune, est généralement considéré comme pouvant être concédé à titre de servitude réelle. Ainsi la convention par laquelle un usinier s'est obligé, lui et ses successeurs, en vue d'obtenir d'une commune certains avantages, à entretenir sur son fonds un lavoir public, constitue une servitude sur ce fonds au profit de la commune. — Cass., 22 févr. 1881, Benoist, [S. 82.1.111, P. 82.1.248, D. 81.1.407]

79. — Quant aux droits établis dans l'intérêt de l'industrie ou du commerce du propriétaire d'un fonds, leur caractère sera encore souverainement apprécié par les juges d'après les circonstances et le but poursuivi. Ce seront des servitudes réelles, si le fonds au propriétaire duquel elles sont dues a été spécialement aménagé pour l'exercice de l'industrie ou du commerce dont il s'agit. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1076; Planiol, t. 1, n. 1903. — V. cep. Laurent, t. 7, n. 149; Huc, t. 4, n. 405.

80. — Jugé, en ce sens, que la convention par laquelle le propriétaire d'une auberge stipule, pour lui et les siens, le droit de déposer les chars et voitures de passage sur un terrain appartenant à autrui, et d'y établir, les jours de fête, des tables pour les consommateurs, peut, d'après l'intention présumée des parties, être considérée comme constitutive, non d'un droit personnel en faveur du stipulant, mais d'une servitude réelle au profit du bâtiment servant d'auberge, et dont la durée est subordonnée à l'existence de cette auberge. — Cass., 27 juill. 1874, Boccon, [S. 74.1.480, P. 74.1223, D. 75.1.375]

81. — Doit être également considéré comme une servitude le droit, pour une usine ou une manufacture, de prendre dans une forêt, dans une tourbière ou dans une mine, le combustible nécessaire à son exploitation, ou le droit, pour une fabrique de poterie, de tuiles ou de briques, ou pour un four à chaux, de prendre dans un fonds la terre ou les pierres qu'ils doivent convertir en produits de leur fabrication. — Duranton, t. 5, n. 33 et s.; Pardessus, t. 1, n. 11 ; Demolombe, t. 12, n. 684; Aubry et Rau, t. 2, § 225, et t. 3, § 247, texte et note 7; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1076. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 1853 à 1860, et 1863.

82. — Jugé que l'acte par lequel un propriétaire concède à un tuilier, moyennant une redevance annuelle, le droit d'extraire de son fonds la terre nécessaire à la tuilerie, et ce pendant tout le temps qu'il plaira au concessionnaire et à ses successeurs, renferme une constitution de servitude réelle. — Cass., 15 avr. 1833, Lacroix, [S. 33.1.278, P. chr.] — Paris, 26 mai 1857, Blanchard, [S. 58.2.117, P. 57.862]

83. — ... Qu'il en est ainsi, soit que la tuilerie appartienne à une commune ou à des particuliers. — Cass., 15 avr. 1833, précité.

84. — ... Que le droit attribué à une verrerie de prendre dans une mine actuellement exploitée le charbon nécessaire au fonctionnement d'un nombre fixe de ses fours, à un prix fixé d'une façon invariable, constitue une servitude réelle, alors d'ailleurs que ce droit a été établi sans limitation de durée, et qu'il a été créé au profit non de la personne du propriétaire de la verrerie, mais en faveur de l'usine elle-même. — Cass., 9 janv. 1901, Comp. des quatre mines réunies de Graissessac, [D. 1901.1.450] — Montpellier, 5 juill. 1897, [*Mon. jud. du Midi*, 1er août 1897]

85. — Jugé, au contraire, que le droit concédé par une personne à une autre de prendre en tout temps, dans les cavaliers des carrières lui appartenant, les terres nécessaires à cette dernière pour l'exploitation des cultures de champignons, constitue un droit purement personnel, et non un droit de servitude. — Cass., 24 déc. 1894, Boixière, [S. et P. 98.1.523, D. 95.1.118]

86. — En tout cas, celui qui, sans avoir la propriété d'une fabrique ou d'une manufacture, stipulerait qu'il lui sera permis de construire sur le fonds d'autrui un four propre à la fabrication de certains produits, n'acquerrait selon le cas qu'un droit de location ou d'usufruit, mais non une servitude. — Pardessus, t. 1, n. 11 ; Demolombe, t. 12, n. 680.

87. — Les droits de chasse ou de pêche peuvent-ils être acquis sur un fonds à titre de servitude? — V. sur ce point, *suprà*, v^is *Chasse*, n. 90 et s., *Pêche fluviale*, n. 114 et s.

88. — Jugé notamment que le droit de pêche existant au profit du propriétaire d'un étang empoissonné par une rivière avec laquelle cet étang communique, s'exerce comme droit inhérent à la propriété, et non à titre de simple servitude. — Cass., 3 août 1864, Legey et Ragonneau, [S. 64.1.395, P. 64.1069, D. 64.1.430]

89. — Il est à peine besoin de rappeler ici que l'on ne doit pas considérer comme établissant une servitude la convention par laquelle le propriétaire d'un four ou moulin se serait obligé de maintenir cet édifice en état de procurer la cuisson du pain, ou la conversion de grain en farine au profit des habitants d'un hameau ou d'une commune, au moyen de l'engagement pris par ceux-ci de ne pas faire cuire leur pain ou moudre leurs farines ailleurs. — V. sur ce point, *suprà*, v° *Banalité*, n. 99 et s.

90. — Nous avons dit (n. 61) qu'une seconde catégorie de

servitudes comprenait celles qui consistent dans une restriction apportée au libre exercice du droit de propriété. Les mêmes principes devront, ici encore, servir à résoudre les difficultés qui pourraient se présenter sur la nature du droit concédé; et l'on ne pourra considérer comme servitudes que les charges établies sur un fonds au profit d'un autre fonds et non celles établies au profit d'une personne.

91. — Ainsi, ont pu être regardées comme constitutives de servitudes réelles : la défense de bâtir sur un terrain, ou d'y planter des arbres, ou de le faire en deçà d'une certaine distance ou au delà d'une certaine hauteur. — Cass., 7 févr. 1825, Duplessis, [S. et P. chr.] — Pardessus, t. 1, n. 11; Solon, n. 443.

92. — ... Celle d'ouvrir des croisées, jours ou soupiraux sur un héritage voisin, même à une distance plus grande que la distance légale et quelles que soient la nature et la destination de cet héritage. — Metz, 6 juin 1866, Ounf, [S. 67.2.147, P. 67.588, D. 66.2.150]

93. — ... L'interdiction de faire du feu dans tel appartement. — Toullier, t. 3, n. 595; Pardessus, *loc. cit.*

94. — ... La clause par laquelle un propriétaire vendant un terrain contigu au sien, stipule que l'acquéreur de ce terrain et ses ayants-droit ne pourront pas établir sur le terrain vendu un cabaret ou une auberge. — Cass., 4 frim. an III, Veuve Béhère, [S. et P. chr.] — Trib. civ. Bernay, 7 févr. 1882, [*Gaz. Pal.*, 82.2.107] — *Sic*, Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 685. — *Contra*, Lyon, 30 déc. 1870, Laroche, [S. 72.2.17, P. 72.105, D. 71.2.137]

95. — ... La renonciation faite par le propriétaire d'une maison, pour lui et pour les propriétaires ultérieurs, au droit d'y établir des bals et d'autoriser à y danser. — Douai, 12 mars 1900, Jean, [*Rec. Jurisp. de Douai*, 1900.158; *Gaz. des Trib.*, 1900, 2e sem., 2.305]

96. — ... La clause d'un cahier des charges (dressé pour le lotissement et la vente par parcelles d'un terrain, en vue de l'établissement d'une station balnéaire), par laquelle est imposée aux acquéreurs l'obligation de n'exercer ou laisser exercer, soit dans les maisons à construire, soit sur les terrains qui resteraient non bâtis, aucune profession ou industrie nuisible, incommode ou dangereuse pour les voisins. — Caen, 3 août 1900, [J. *Le Droit*, 24 déc. 1900; *Rec. Caen*, 1900.176]

97. — ... La stipulation au profit d'une propriété vendue que les constructions qui seront élevées à l'avenir sur les terrains possédés encore par le vendeur ne pourront être qu'à usage d'habitations bourgeoises, faites et agencées comme telles. — Lyon, 10 déc. 1868, Giraudet, [D. 69.2.71] — Paris, 6 avr. 1900, [*Gaz. des Trib.*, 24 juin 1900]

98. — ... La clause de l'acte de vente d'un fonds de terre à un propriétaire de carrières situées dans le voisinage, par laquelle le vendeur s'interdit à perpétuité, pour lui et les siens, le droit d'extraire de la pierre d'autres fonds par lui réservés, et d'y donner passage à qui que ce soit pour le même objet. — Grenoble, 28 mai 1858, du Bord, [S. 59.2.37, P. 58.1131] — V. cep. en sens contraire, *infrà*, n. 105.

99. — ... La clause par laquelle le vendeur, en vendant une parcelle de terrain contiguë à sa maison, dans laquelle il exerce un certain commerce, interdit à l'acquéreur et à tous ses héritiers et ayants-droit dans l'avenir de tenir dans les lieux vendus un commerce similaire, lors du moins qu'il s'est ainsi proposé de faire profiter son immeuble de la plus-value résultant de la charge imposée à la parcelle aliénée. — Trib. civ. Quimper, 9 févr. 1898, [*Gaz. Pal.*, 98.1.548] — *Sic*, Daviel, t. 2, n. 607.

100. — Toutefois, cette dernière décision ne peut se justifier que par des considérations de fait particulièrement favorables. Le plus souvent, la stipulation que l'acheteur d'un immeuble n'y établira pas un commerce rival de celui du vendeur ne procure aucune utilité à l'immeuble de ce dernier, qui en tire seulement un avantage personnel. Il n'y a également qu'une obligation personnelle à la charge de l'acquéreur. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*

101. — Ainsi l'obligation, prise par le propriétaire d'une usine, de payer à un manufacturier une somme déterminée, s'il fabriquait des ustensiles d'une certaine nature, n'est qu'une obligation personnelle relative à la concurrence et à la limitation de l'industrie, mais dénuée des caractères requis pour constituer une servitude réelle. — Liège, 26 août 1811, Posson, [P. chr.]

102. — Jugé également que l'interdiction de convertir en usine à moudre du seigle un moulin à huile, ne constitue pas au profit d'une autre usine, dans l'intérêt de laquelle elle a été stipulée, une servitude réelle qui ait pu affecter le fonds et le suivre dans les mains d'un acquéreur à l'égard duquel la même clause n'a pas été stipulée. — Bruxelles, 8 mars 1809, Marischal, [P. chr.]

103. — ... Que l'engagement pris par une ville, dans l'acte d'acquisition d'un terrain destiné à l'établissement d'un conditionnement public de matières textiles, de n'en établir aucun autre sur son territoire, n'a pas le caractère d'un service foncier en faveur d'une propriété. — Cass., [illegible] 1898, [illegible], Ville de Roubaix, [D. 98.1.324]

104. — ... Que la convention d'un acte de vente par laquelle l'acquéreur de portion d'un domaine s'interdit, ainsi qu'à ses héritiers et ayants-cause, de faire aucune extraction de cendres minérales dans le fonds vendu, sans le consentement du vendeur, resté propriétaire de l'autre portion du même immeuble, et qui lui-même se livre à l'exploitation de cendres minérales, peut être considérée comme créant non une servitude au profit de la portion non vendue de l'immeuble, mais seulement un droit personnel au profit du vendeur et dans l'intérêt de l'exploitation à laquelle il se livre; que, par suite, et à moins d'une cession spéciale, ce droit ne passe pas à l'acquéreur de la portion d'immeuble restée d'abord invendue. — Cass., 8 juill. 1851, Nicque, [S. 51.1.[illegible], P. 51.2.45, D. 51.1.188] — Amiens, 19 févr. 1851, Houille, [D. 51.2.109]

105. — ... Que l'interdiction stipulée à perpétuité, à titre de servitude attachée au fonds et devant le suivre en cas de mutation, d'extraire de ce fonds les pierres de taille, a pu, dans les circonstances relevées par les juges du fait et malgré les expressions employées, être considérée comme n'ayant constitué au profit du stipulant qu'un droit personnel dans l'intérêt exclusif de son commerce à la date de la convention. — Cass., 20 mars 1900, Société des carrières du Midi, [S. et P. 1900.1.525, D. 1901.1.168], rejetant un pourvoi contre un arrêt de la cour de Grenoble, du 27 déc. 1898, [*Ibid.*] — Nous avons indiqué *suprà*, n. 98, qu'une stipulation analogue avait été considérée par la même cour d'appel comme constitutive d'un véritable service foncier. Il est à remarquer que ces deux décisions en sens contraire ont été rendues par interprétation de deux conventions presque semblables.

106. — Le propriétaire d'une forêt, qui fait commerce d'échalas, ne peut pas non plus, en vendant une partie de son terrain, imposer *à titre de servitude réelle,* au nouveau propriétaire et à ses successeurs dans le fonds, l'obligation de ne pas faire ce commerce. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1076. — Sur les clauses des contrats qui ont pour objet de limiter la liberté du commerce ou de l'industrie, V. *suprà*, v° *Liberté du commerce*, n. 60 et s.

107. — Ont encore été considérées comme de simples obligations personnelles de ne pas faire, et non comme des servitudes, à défaut d'utilité procurée à un fonds dominant : Le droit prétendu par le propriétaire d'un canal d'imposer à un propriétaire voisin l'obligation de souffrir l'infiltration dans ses caves des eaux suintant à travers les joints mal cimentés des dalles formant le fond et les parois du canal. — Cass., 10 nov. 1891, Vicaire, [S. 91.1.528, P. 91.1.1285]

108. — ... La convention par laquelle une partie promet de payer une somme déterminée au cas où elle reconstruirait un bâtiment qu'elle s'est engagée à démolir. — Paris, 25 juin 1881, sous Cass., 26 juill. 1881, Muyard, [S. 83.1.166, P. 83.1.389, D. 82.1.376]

109. — En tout cas cette interprétation du sens et de la portée de ladite convention, qui la réduit à une stipulation d'un service personnel et d'une tolérance momentanée, ne saurait tomber sous la censure de la Cour de cassation. — Cass., 26 juill. 1881, précité; — 20 mars 1900, précité.

110. — Notons enfin que la clause d'un acte de vente par laquelle le vendeur d'un immeuble s'oblige à interdire, aux acquéreurs de la portion de terrain lui restant, la faculté d'élever des constructions dans un rayon déterminé renferme, non pas la constitution d'une servitude, mais seulement une obligation de faire à la charge du vendeur. — Cass., 6 févr. 1889, Hénin, [S. et P. 92.1.509, D. 89.1.307]

111. — Du moins appartient-il ici encore aux juges du fait de le décider ainsi souverainement, par appréciation des circonstances et de l'intention des parties. — Même arrêt.

112. — N'est pas non plus constitutive d'une servitude la convention par laquelle les propriétaires d'une salle de spectacle,

de bal ou de concert, s'obligent à ne pas donner d'autre destination à cette salle pendant un certain temps convenu. Il n'en résulte ni droit réel pour la commune, ni charge réelle pour la salle : c'est une [illegible] soumise seulement à certaines modalités, dont l'[illegible] qu'à des [illegible] personnelles. — Pardessus, t. 1, n. 11. — V. cependant, Cass., 24 nov. 1850, [illegible], P. chr.

113. — La différence entre le droit concédé à un fonds et le droit personnel est, on le voit, parfois difficile à constater. Il faut évidemment rechercher tout d'abord l'intention des parties. — Proudhon, *Usuf.*, t. [illegible], n. 3093 et s.; Duranton, t. 5, n. [illegible]; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 814. — En cas de doute absolu, il serait plus sûr de décider que la stipulation est personnelle, plutôt que de la qualifier servitude ; ce serait l'interprétation la plus conforme à l'art. 1162, C. civ., et à la faveur que l'on doit accorder à la liberté des héritages. — Pardessus, t. 1, n. 12; Demolombe, t. 12, n. 689.

114. — Jugé notamment en ce sens que la reconnaissance faite en justice par une partie, qu'elle n'a pas le droit de rejeter en rivière les eaux dérivées non utilisées pour le service de son moulin, ne saurait être considérée comme la reconnaissance d'une servitude réelle au profit des fonds voisins, mais seulement d'une obligation personnelle qui ne peut servir de base à une action en complainte. — Cass., 5 juin 1889, Saby, [S. 90.1.14, P. 90.1.20, D. 90.1.134]

115. — L'intérêt du demandeur étant le fondement nécessaire de toutes les actions, nul ne pourrait stipuler de servitudes qui ne seraient d'aucune utilité possible, prochaine ou éloignée, pour son héritage. — Pardessus, t. 1, n. 13; Demolombe, t. 12, n. 691; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 8. — Ainsi, la stipulation par laquelle on obligerait quelqu'un à ne pas faire usage de sa propre chose (par exemple, à ne pas creuser de puits dans telle étendue de son terrain, ou à ne pas puiser d'eau dans sa fontaine) ne serait point une servitude, à moins qu'elle n'ait pour objet l'avantage réel d'un autre fonds. — Pardessus, *loc. cit.*

116. — Mais l'intérêt qui doit exister pour qu'une servitude soit valablement constituée peut être celui d'un simple *agrément* pour le fonds dominant, comme au cas de servitude de prospect, bien que l'art. 637 ne vise que *l'usage et l'utilité* de ce fonds. L'art. 686, qui permet aux propriétaires d'établir, sous certaines conditions, telles servitudes que bon leur semble, leur laisse ainsi une latitude qui ne permet pas de douter qu'on ne puisse par conventions créer des servitudes ayant le seul agrément pour objet. — Despeisses, part. 2, tit. 1, art. 4, sect. 1, n. 11 ; Pardessus, t. 1, n. 13; Toullier, t. 3, n. 589 ; Demolombe, t. 12, n. 685; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 8 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 800.

117. — Il n'est pas indispensable non plus que l'utilité ou l'agrément de l'héritage pour lequel la servitude est constituée, existe au moment où l'on contracte. Un propriétaire peut stipuler pour son héritage des droits qui ne lui sont pas encore utiles, mais dont il est possible que l'utilité se fasse sentir un jour. Ainsi celui qui a une ou plusieurs issues peut en acquérir par conventions une nouvelle, bien qu'il n'en ait actuellement aucun besoin. — Toullier, t. 3, n. 589 ; Pardessus, t. 1, n. 14; Duranton, t. 5, n. 143 ; Demolombe, t. 12, n. 691 et 694 ; Zachariæ, § 247, texte et note 2; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 800.

118. — On peut même acquérir des servitudes ou des promesses de servitudes au profit d'un immeuble qui n'est pas encore construit ou dont on n'est pas encore propriétaire. — Poitiers, 3 juin 1898, [*Gaz. des Trib.*, 1898, 2ᵉ sem. 2.418] — Mais il faut que la convention laisse entendre qu'elle est faite en prévision de l'événement futur, jusqu'à la réalisation duquel l'effet de cette convention devra rester suspendu. — Duranton, t. 5, n. 443; Toullier, t. 3, n. 578; Pardessus, t. 1, n. 14 ; Solon, n. 4; Marcadé, *Rev. crit. de jurispr.*, t. 2, p. 211 ; Zachariæ, t. 2, § 250, note 1; Demolombe, t. 12, n. 694.

119. — Spécialement, la concession faite aux habitants d'une commune de l'usage des eaux d'un canal d'irrigation, pour l'arrosage de toutes leurs propriétés, même de celles qu'ils pourraient ultérieurement acquérir en dehors de leur commune, est valable et doit recevoir son exécution sous l'empire du Code civil. — Montpellier, 29 juin 1849, Commune de Perpignan, [S. 50.2.266, P. 50.2.394, D. 51.2.214]

120. — En tout cas, la circonstance que l'établissement d'une usine sur un cours d'eau n'est pas encore autorisé par l'Administration, devant laquelle le propriétaire est en instance, ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux puissent déclarer que ledit propriétaire a acquis au profit de cette usine une servitude : par exemple le droit de faire porter la tête d'une chaussée sur une propriété riveraine. — Cass., 20 janv. 1845, de Pennautier, [S. 45.1.451, P. 45.2.203, D. 45.1.118]

121. — Notons aussi qu'on peut stipuler une servitude en faveur de l'héritage d'un tiers, conformément à l'art. 1121, C. civ. — Pardessus, t. 1, n. 13.

122. — Il faut enfin distinguer entre le défaut d'intérêt en ce qui touche la constitution même de la servitude, et le défaut d'intérêt en ce qui concerne le droit d'agir pour l'exercer. Ainsi, la stipulation serait déclarée nulle, s'il existait un obstacle reconnu insurmontable à la possibilité d'exercer la servitude : il y a là un défaut d'intérêt en ce qui touche sa constitution. Mais au contraire, on pourrait valablement stipuler le droit de passer sur un fonds dont on est séparé par un fleuve difficile ou même dangereux à traverser. Rien n'oblige non plus à ce que le fonds grevé et le fonds dominant soient contigus : un droit de puisage peut être établi au profit d'un fonds éloigné de celui où jaillit la source; on peut stipuler au profit d'un vignoble, le droit de prendre des échalas dans une forêt située à plusieurs kilomètres de distance. Il suffit que le fonds dominant puisse retirer un avantage appréciable du droit stipulé. C'est là une pure question de fait. — Toullier, t. 3, n. 595 ; Duranton, t. 5, n. 454 et s.; Pardessus, t. 1, n. 15 ; Taulier, t. 2, p. 356; Zachariæ, § 297, texte et note 8; Demolombe, t. 12, n. 692; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 801.

123. — Jugé en ce sens que la non-contiguïté de deux fonds n'est pas un obstacle à ce que le père de famille crée une servitude au profit de l'un d'eux sur l'autre. — Pau, 9 févr. 1885, Fourcau, [D. 86.2.173]

124. — ... Que, en reconnaissant l'existence d'une servitude de passage, fondée en titre, au profit d'un fonds séparé du fonds servant par un fonds intermédiaire, les juges ne peuvent subordonner l'exercice de cette servitude au point de savoir si le propriétaire du fonds dominant a, de plus, un droit de passage sur le fonds intermédiaire. Par suite, il y a violation de la loi, dans l'arrêt qui ordonne, avant de prononcer une condamnation contre le propriétaire du fonds servant, la mise en cause du propriétaire du fonds intermédiaire à l'effet de faire préalablement vérifier avec lui l'existence du droit de passage sur sa propriété au profit de celui qui réclame la servitude. — Cass., 26 nov. 1861, Patoureau, [S. 62.1.77, P. 62.319, D. 61.1.471] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 694. — V. toutefois, Duranton, t. 5, n. 456.

125. — Le propriétaire intermédiaire a seulement la faculté d'intervenir, et il peut être dès lors mis en cause par l'une ou l'autre partie, à la volonté de cette dernière : il aurait le droit d'attaquer par la voie de la tierce opposition la décision rendue en dehors de lui. — Pau, 9 févr. 1885, précité.

126. — On peut encore valablement stipuler un droit de vue sur un fonds, même si on en est séparé par le mur d'autrui, qui empêche absolument l'exercice de cette servitude. Il est en effet possible que cet exercice soit facilité, dans la suite, par des arrangements pris avec le propriétaire du mur. Mais tant que ces arrangements ne sont pas pris, celui à qui la servitude est due est sans intérêt et par conséquent sans droit à s'opposer à ce que le propriétaire du fonds grevé y fasse des constructions de nature à contrarier l'exercice de la servitude. Il pourra seulement, pour empêcher que le non-usage pendant trente ans éteigne son droit, faire des actes conservatoires (V. *infrà*, n. 1243 et s.). Si cependant par un événement quelconque le mur intermédiaire était renversé, de manière que la servitude de vue puisse être exercée, le propriétaire du fonds grevé ne pourrait rien faire ou maintenir qui y porte obstacle, sous prétexte que d'un jour à l'autre ce mur intermédiaire peut être reconstruit, car il exciperait du droit d'autrui. — Pardessus, t. 1, n. 15.

127. — Nous conclurons de là qu'une personne ayant stipulé le droit d'appuyer des poutres sur un mur dont sa maison est séparée par le terrain d'un tiers, ou même par la voie publique, peut exiger l'exercice de ce droit contre le propriétaire du mur grevé de servitude, sans que celui-ci soit recevable à s'y refuser sous prétexte que l'Administration ou le tiers n'ont pas autorisé que la voie publique ou le terrain intermédiaire fussent couverts par ces poutres; car il exciperait encore du droit d'autrui. — Pardessus, t. 1, n. 15.

§ 4. *Les servitudes ne s'exercent que sur un fonds dont on n'est pas propriétaire.*

128. — « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage *appartenant à un autre propriétaire* » (C. civ., art. 637). Il est donc de l'essence d'une servitude que l'héritage grevé appartienne à une autre personne que le propriétaire du fonds au profit duquel ce droit est établi. C'est la la traduction de l'adage : *Nemini res sua servit.* En effet, les droits de passage, de vue, et autres semblables qu'on exerce sur son propre bien, sont confondus dans la pleine propriété que chacun a de son domaine. Et lorsque le propriétaire d'un fonds en faveur duquel une servitude a été constituée est en même temps propriétaire de l'héritage assujetti, l'usage qu'il en tire ne peut prendre le caractère de servitude qu'à l'époque où les deux propriétés cesseraient d'être dans la même main, suivant les règles indiquées, *infra*, n. 1015 et s. — Pardessus, t. 1, n. 16; Aubry et Rau, t. 3, § 247-2°-*b*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 800.

129. — Il ne faut pas conclure de là que la copropriété dans une chose exclut l'existence simultanée de droits de servitude sur cette même chose en faveur d'un des copropriétaires. Sans doute, l'utilité personnelle que les copropriétaires retirent de la chose commune n'est pas une servitude (V. *suprà*, n. 16 et s.); mais l'un d'eux peut, pour l'utilité spéciale d'un fonds distinct, avoir une servitude sur le fonds commun, servitude différente des droits qu'il pourrait exercer en vertu de la copropriété et comme un de ses effets. — Pardessus, t. 1, n. 17; Zachariæ, § 247, texte et note 9; Demolombe, t. 12, n. 696; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 800. — V. aussi *suprà*, v° *Copropriété*, n. 7 *bis* et s., 55, 80 et s.

130. — L'existence d'une pareille servitude est d'ailleurs subordonnée au consentement de tous les copropriétaires. — Pardessus, *loc. cit.*

131. — A l'inverse, un fonds indivis peut avoir un droit de servitude sur le fonds qui appartient exclusivement à l'un des copropriétaires. — Mêmes auteurs.

132. — Jugé en ce sens que si, en vertu d'un acte de partage, un pressoir a été déclaré commun entre les copartageants, le bâtiment dans lequel était logé le pressoir étant attribué en propriété à l'un d'eux, ce bâtiment se trouve grevé d'une servitude obligeant le propriétaire du bâtiment à supporter sur le sol tous les ustensiles du pressoir et à leur donner abri dans le bâtiment; et que cette servitude existe, non pas au profit des immeubles partagés, mais au profit du pressoir lui-même, qui, étant composé d'un tour et d'auges en pierre fixés au sol, a le caractère d'immeuble par nature, et peut être considéré comme constituant, au regard du bâtiment grevé de servitude, le fonds dominant. — Caen, 20 févr. 1888, Bazin, [S. et P. 92.2.194]; — 4 nov. 1891, Hue, [S. et P. 92.2.195]

133. — Une servitude étant une charge qui restreint la liberté d'un fonds, on ne peut voir une constitution de servitude dans la convention par laquelle un des contractants stipulerait la conservation ou l'usage d'un droit qui dérive naturellement de sa propriété : par exemple, que son voisin ne l'empêchera pas d'élever son bâtiment. Si cette faculté lui a été interdite, ce ne peut être qu'à titre de servitude; auquel cas la faculté accordée serait la libération d'une servitude, loin d'en constituer une. — Pardessus, t. 1, n. 18.

134. — Jugé, en ce sens, que la tolérance qui doit présider aux relations de voisinage impose respectivement à tout voisin le devoir de subir les inconvénients résultant de l'exercice non abusif des droits de ses voisins. Ainsi le propriétaire d'une maison contiguë à un hôtel est tenu de supporter les bruits produits par le jeu des prises d'eau de cet hôtel, alors surtout que ces bruits, susceptibles d'incommoder des personnes nerveuses ou sensibles, cessent d'ordinaire vers neuf heures du soir et ne se reproduisent qu'accidentellement la nuit. — Trib. civ. Perpignan, 8 févr. 1898, [*Mon. jud. du Midi*, 20 févr. 1898]

135. — Ainsi encore on n'a pas besoin, en principe, d'obtenir de ses voisins la faculté de laisser échapper sur eux la fumée de ses cheminées; et l'obligation de souffrir les atteintes de cette fumée est une des nécessités qu'impose le voisinage. Toutefois les voisins ont le droit de se plaindre dès que le propriétaire du bâtiment d'où se répand la fumée fait un usage immodéré de son droit, ou qu'il forme un établissement qui produit une fumée dommageable. En un tel cas, l'émission de la fumée constitue une véritable servitude, qui ne peut être maintenue, du moins sans indemnité, qu'autant qu'elle a été acquise [illegible]. — [illegible], 30 mai 185[illegible], [illegible], [P. 54.1.563, D. 55.2.26]

136. — [illegible] qu'on l'oblige d'[illegible]. [illegible] mettrait à cette prohibition n'a [illegible] sur sa propriété; et pareille convention n'aurait rien qui pût la faire considérer comme un service foncier. — Pardessus, t. 1, n. 18.

§ 5. *Les servitudes n'imposent pas d'obligations personnelles.*

137. — En général l'effet d'une servitude n'est pas d'imposer au propriétaire du fonds grevé l'obligation de faire quelque chose de positif (Duranton, t. 5, n. 92[illegible] *bis*; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 22; Demolombe, t. 12, n. 67[illegible]). Mais cette obligation peut être ajoutée à une servitude, comme nous le verrons *infra*, n. [illegible] et s., sans en changer le caractère. — Molitor, *De la poss.*, p. 303; Duranton, t. 5, n. 462 et s.; Pardessus, t. 1, n. 19; Demolombe, t. 12, n. 677; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 811-3°.

138. — L'art. 686 ne permettant pas de stipuler des servitudes imposées à la personne (V. *suprà*, n. [illegible] et s.), on ne pourrait donner le nom de servitudes et en attribuer les effets à des travaux ou journées d'hommes ou d'animaux que le vendeur ou le donateur d'un immeuble imposerait à l'acquéreur, quand même ces prestations auraient pour objet de procurer une plus grande utilité à un héritage en faveur duquel elles auraient été stipulées ou réservées. Peu importerait que les contractants eussent déclaré que cette charge serait foncière et perpétuelle sur l'héritage cédé : la liberté des conventions ne va pas jusqu'à pouvoir modifier ce qui est de l'essence des choses; et la convention par laquelle une personne s'engagerait à certaines prestations pour l'exploitation d'un fonds déterminé ne saurait constituer qu'un louage d'ouvrage ou de services. — Pardessus, t. 1, n. 19; Marcadé, art. 686, n. 1-2; Demolombe, t. 12, n. 674; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et note 1.

139. — Si le temps pendant lequel de pareilles prestations seront dues n'est pas limité par la convention des parties, la durée en devra être fixée par les tribunaux. Les héritiers de celui qui les a promises ne sont tenus de les fournir que dans les cas où, d'après les principes du droit commun, ils peuvent être tenus d'exécuter une obligation de faire contractée par leur auteur. Un sous-acquéreur enfin n'y serait obligé que si une clause spéciale de son propre contrat d'acquisition l'en chargeait, à la différence d'une servitude, dont il serait tenu de plein droit et sans stipulation expresse (V. *suprà*, n. 39 et s.). — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 675.

140. — Quel serait le caractère de l'obligation contractée par le propriétaire d'un domaine, tant pour lui que pour ceux qui en deviendraient propriétaires par la suite, d'entretenir, par exemple, le bief d'un moulin, les écluses ou les fossés d'un autre domaine? Certains auteurs ne reconnaissent à pareil engagement le caractère de servitude, que s'il est l'accessoire d'une autre servitude incontestée comme telle. — V. en ce sens, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1073.

141. — Il semble préférable de considérer qu'une charge d'entretien de ce genre peut être une servitude véritable, non seulement si elle est l'accessoire d'une servitude de passage des eaux, mais aussi lorsqu'elle constitue un accommodement de voisinage dans l'intérêt respectif des fonds : par exemple, s'il s'agit d'un fossé séparatif, mais dépendant de la propriété en faveur de laquelle l'obligation d'entretien a été imposée à l'autre. — Pardessus, t. 1, n. 19.

142. — Jugé en tout cas que la charge imposée, dans le partage d'une succession, au propriétaire d'un lot, de faire à ses frais les réparations d'entretien pour les prises d'eau servant à l'irrigation des terres d'un autre lot, a le même caractère de réalité que la servitude à laquelle elle est attachée et la suit dans quelques mains que passe le lot ou fonds assujetti; que ce n'est pas là une obligation ordinaire ou créance personnelle, qui puisse donner lieu au privilège ou à l'hypothèque du copartageant. — Cass., 7 mars 1859, Daubigny, [S. 59.1.904, P. 59.657, D. 59.1.157] — Lyon, 24 févr. 1858, Daubigny, [S. 59.2.495, P. 59.392, D. 59.1.157] — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. [illegible], notes 5 et 6; Duranton, t. 5, n. 613; Demante, t. 2, n. 555 *bis*-I; Demolombe, t. 12, n. 880; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2,

n. 559; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, p. 205, § 338, note 7; Boileux, sur l'art. 698; Marcadé, sur l'art. 698, n. 1; Aubry et Rau, t. 3, § 253, note 11; Gauthier, note sous Cass., 7 mars 1859, [S. et P. *Ibid.*]

143. — ... Que la clause d'un acte de donation-partage, aux termes de laquelle le mur entourant la propriété partagée « devra être entretenu par chaque partageant au droit de sa portion, de manière que le clos soit toujours entouré », constitue les différents fonds en état de servitude les uns à l'égard des autres à l'effet d'entretenir le mur de clôture, et ne doit pas être limitée à l'idée d'une obligation purement personnelle dont la durée se trouverait avoir pour limite la durée même de l'exercice du droit de propriété de chacun des copartageants. — Paris, 29 juill. 1895, [*Gaz. Pal.*, 95.2.574]

144. — ... Que si le propriétaire d'une mine de charbon, tenu de mettre à la disposition d'une verrerie voisine la quantité de charbon nécessaire à son fonctionnement, à concurrence d'un nombre de fours déterminé, et ce, moyennant un prix de faveur, s'oblige en outre à faire l'extraction et le triage de ce charbon réservé à la verrerie, on ne saurait voir dans cette obligation accessoire une servitude personnelle prohibée par les dispositions de l'art. 686, C. civ. L'objet principal de la servitude consiste, en effet, dans l'affectation anticipée d'une fraction des produits de la mine pour l'usage de la verrerie, et les travaux d'extraction et de triage n'ont d'autre but que de réaliser cette affectation. — Cass., 9 janv. 1901, Compagnie des quatre mines réunies de Graissessac, [D. 1901.1.450]

145. — On voit par ce qui précède combien les servitudes diffèrent des redevances stipulées par le vendeur d'un immeuble à son profit ou au profit de ses ayants-cause, et encore plus du droit de rachat qu'il se serait réservé, sous quelques modalités que ce soit. — Pardessus, t. 1, n. 19.

§ 6. *Les servitudes n'établissent aucune prééminence d'un fonds sur l'autre.*

146. — « La servitude, dit l'art. 638, n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ». Cette disposition, dont le but principal a été de prévenir le retour des asservissements féodaux et l'établissement d'une espèce de vassalité entre les différents propriétaires, ne s'explique que par l'époque où elle a été écrite. — Locré, t. 8, p. 402, n. 5; Maleville, sur l'art. 638; Zachariæ, § 235, note 2; Demolombe, t. 11, n. 3.

147. — C'est le même désir d'éviter tout ce qui pouvait évoquer le souvenir de la féodalité, qui a fait bannir du Code civil les expressions de *fonds dominant* et *fonds servant*. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 799.

§ 7. *Les servitudes diffèrent des actes de pure faculté ou de simple tolérance.*

148. — Les servitudes ne doivent pas être confondues avec les actes de pure faculté dont parle l'art. 2232, C. civ. (V. *suprà*, v° *Prescription*, n. 1177 et s.). Cela est certain à quelque point de vue que l'on se place pour considérer ces actes de pure faculté : soit dans leur rapport avec les choses qui appartiennent à celui qui les accomplit ou avec les choses consacrées à l'utilité de tous, ou avec celles qui appartiennent privativement à autrui. — Pardessus, t. 1, n. 21.

149. — La faculté d'user de notre propre chose ne dépend que de nous, relativement au temps et au mode de son exercice, sous les seules limitations qu'y apportent les lois ou les droits acquis à des tiers. Ainsi le propriétaire d'une maison qui pendant longtemps n'a point ouvert de croisées dans son mur peut en ouvrir quand bon lui semble, sans que les voisins puissent s'y opposer, et sans qu'il y ait là l'exercice d'un droit de servitude, à condition qu'il se conforme aux prescriptions des art. 676 et s., C. civ. — Pardessus, *loc. cit.* — V. *infrà*, v° *Vues et jours*.

150. — Il n'y a aucune servitude non plus dans l'usage que l'on fait des choses consacrées au service de tous, suivant le mode qui résulte de leur destination, et concurremment avec ceux qui y ont un semblable intérêt. Cet usage ne peut ni se perdre par le non-exercice pendant un certain temps, ni être acquis privativement par personne. — Pardessus, *loc. cit.*

151. — Si l'on envisage enfin les facultés que l'on peut avoir à l'égard de la propriété d'autrui, on voit qu'elles s'analysent, non en des droits parfaits et acquis comme seraient des servitudes, mais en un simple pouvoir d'en acquérir quand on en éprouvera le besoin. Telles sont la faculté de réclamer un passage en cas d'enclave, celle de contraindre un voisin à vendre la mitoyenneté de son mur. Le défaut de les avoir exercées, quelque temps qu'il ait duré, ne saurait les éteindre, tant que la qualité qui les donne n'est pas détruite ou que celui qui peut en user n'en a pas consenti l'abandon. D'autre part, jamais les actes de pure faculté ne dérivent de convention. Dès qu'ils ont cette source, ce sont des droits que l'on est maître d'exercer, mais que l'on peut perdre par défaut d'exercice. Un droit de servitude enfin, une fois éteint par le non-usage, ne peut pas renaître sans une acquisition nouvelle (V. *infrà*, n. 1359); au lieu que, s'il s'agit d'une faculté, on peut bien perdre par le non-usage le droit qu'on aurait une fois exercé, mais on pourra invoquer de nouveau la faculté de l'acquérir. Ainsi, lorsqu'après avoir forcé un voisin à vendre la mitoyenneté d'un mur, on le laisse reprendre la propriété exclusive de ce mur, on peut admettre qu'on aurait le droit de le forcer de nouveau à en céder la mitoyenneté. — Pardessus, *loc. cit.*

152. — La distinction entre les servitudes et les actes de simple tolérance est encore plus sensible. Ces derniers n'ont d'autre base que la bienveillance de celui qui tolère, bienveillance à laquelle il peut mettre un terme quand il veut. La loi n'intervient pas pour lui imposer l'obligation de tolérer, mais seulement pour exempter de reproche celui qui use de la tolérance, et pour déterminer à quels signes il devra reconnaître qu'elle lui est retirée et que l'usage qu'il continuerait de faire de la chose d'autrui serait désormais illicite. — Pardessus, *loc. cit.*

§ 8. *De l'indivisibilité des servitudes.*

153. — La plupart des auteurs, reproduisant la doctrine des jurisconsultes romains, décident avec Pothier que les servitudes réelles sont indivisibles, et ne sont pas susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles; qu'elles ne peuvent ni s'acquérir, ni se perdre partiellement, et que, dues à chaque partie de l'héritage dominant, elles affectent également chaque partie de l'héritage servant. — Pothier, *Traité des oblig.*, n. 291 et s., et *Cout. d'Orl.*, tit. 13, n. 23; Duranton, t. 5, n. 466 et s.; Zachariæ, § 247, texte et notes 3 et 6; Guis, *Rev. de droit franç. et étrang.*, t. 8, p. 155, 977 et s.; Demolombe, t. 12, n. 701; Aubry et Rau, t. 3, § 247, texte et notes 19-20; Laurent, t. 7, n. 156 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 804.

154. — Jugé, notamment, qu'une servitude de prise d'eau établie au profit d'un fonds indivis est essentiellement indivisible. — Cass., 29 avr. 1862, Daudé, [S. 62.1.701, P. 62.1092, D. 62.1.214]

155. — ... Qu'une concession de coupes de bois dans des forêts grève chaque partie de ces forêts, et que si, par l'effet d'un traité avec des puissances étrangères, une portion des forêts est distraite du territoire national, l'affectation continue de frapper en totalité et sans réduction proportionnelle les portions restées à la France, et n'a d'autre limite que l'impossibilité de fournir la quantité totale de bois promise. — Cass., 14 nov. 1833, Préfet de la Moselle, [S. 34.1.20, P. chr.]

156. — Tout en reconnaissant, avec les auteurs précités, que la discussion sur ce point est plus théorique que pratique, l'indivisibilité ne nous semble pas être un caractère essentiel des servitudes. Assez ordinairement, il est vrai, elles consistent dans des faits qui ne sont susceptibles d'aucune division; et s'il était de leur essence d'être indivisibles, elles ne pourraient jamais être restreintes, c'est-à-dire partiellement diminuées, par la prescription, et elles resteraient toujours, même après le partage, dues en entier à la totalité d'un fonds; il n'y aurait donc jamais lieu d'appliquer la disposition de l'art. 709, aux termes duquel la jouissance d'un seul ne conserve la servitude à l'égard de tous que si l'héritage est indivis. — Pardessus, t. 1, n. 22; Lassaulx, t. 3, n. 207; Toullier, t. 6, n. 783 et s.

157. — Mais, en réalité, une servitude est, comme tout autre droit, divisible ou indivisible, suivant que le fait qui la constitue est susceptible ou non de division. Si ce fait est tel qu'il puisse être exercé en partie par une personne et en partie par une autre, s'il consiste, par exemple, à prendre un certain nombre de mesures de marne dans un fonds, ou à y faire pacager un cer-

tain nombre de têtes de bétail, la quantité de mesures de marne, le nombre déterminé de bestiaux étant divisible, la servitude l'est également. Elle est indivisible, au contraire, si le fait est tel qu'il ne puisse être exercé en partie par l'une et en partie par l'autre : tel serait un passage pour se rendre à un point déterminé. — Pardessus, t. 1, n. 23.

158. — Aussi un droit de passage sur une propriété est-il anéanti pour le tout par l'expropriation de l'une seulement des portions de l'immeuble sur lesquelles il s'exerçait. — Grenoble, 4 déc. 1894, Vernet, [D. 95.2.342]

159. — Encore une servitude de passage ne peut-elle être considérée comme indivisible que lorsqu'elle s'exerce sur un seul fonds, ou sur plusieurs fonds appartenant au même propriétaire; mais elle peut notamment se prescrire par fractions, si elle s'exerce sur des terrains contigus appartenant à des propriétaires différents; de sorte que le propriétaire dominant a pu, par la prescription, soit perdre son droit de passage sur l'un des fonds et non sur l'autre, soit s'affranchir, en cas d'enclave, du droit à l'indemnité (V. *suprà*, v° *Enclave*, n. 197) contre un seul des deux propriétaires assujettis, et non contre l'autre. — Cass., 31 déc. 1860, Cauvet, [S. 61.1.991, P. 62.943, D. 61.1.576] ; — 14 mars 1900, Macle, [D. 1900.1.525]

160. — Du caractère d'indivisibilité résulte que l'action intentée à raison du trouble apporté à l'exercice d'un droit de passage peut être dirigée seulement contre celui des copropriétaires du fonds servant du fait duquel provient le trouble. — Rennes, 7 juin 1816, Bréard, [P. chr.]

161. — ... Que la nullité d'une procédure d'appel vis-à-vis de l'un des copropriétaires indivis du fonds dominant profite à tous les autres. — Cass., 29 avr. 1862, Daudé, [S. 62.1.701, P. 62.1092, D. 62.1.214]

162. — ... Que la prescription d'une servitude indivisible est interrompue au profit de tous les copropriétaires du fonds dominant, par l'action intentée par un seul d'entre eux contre le tiers possesseur. — Cass., 12 juill. 1869, Pagnon, [D. 69.1.498]

163. — ... Et que le droit prétendu de mener paître du bétail sur un terrain commun à plusieurs personnes, étant de sa nature indivisible, peut être contesté en totalité par l'un seulement des propriétaires, lequel est censé représenter dans l'instance tous ses cointéressés. — Cass., 6 févr. 1872, Monnet, [S. 72.1.8, P. 72.10, D. 72.1.101]

164. — V. aussi *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 1427, une application de l'idée d'indivisibilité des servitudes.

165. — Mais l'indivisibilité ne consiste pas simplement en ce que le fait qui est l'objet de la servitude n'est susceptible d'aucune division. Elle consiste surtout en ce que ce fait, quand même il serait susceptible de division, a été stipulé pour être exécuté intégralement (V. C. civ., art. 1218). Il n'est même pas besoin qu'on l'ait stipulé, parce que toute servitude, étant acquise à un fonds dans l'état où il se trouve au moment de l'acquisition, est due à l'intégralité de ce fonds et à chacune de ses parties. C'est en ce sens que les servitudes sont indivisibles. Mais cette indivisibilité n'est pas de leur essence : elle n'est qu'une qualité particulière, inhérente à celles qui en elles-mêmes ne sont pas susceptibles de division, et simplement relative à l'égard de celles qui en sont susceptibles. — Pardessus, t. 1, n. 24.

166. — Jugé qu'une servitude est indivisible lorsque chacun de ceux auxquels elle appartient peut l'exercer seul pour la totalité et sans aucune division. — Cass., 12 juill. 1869, précité. — Limoges, 6 août 1888, Bord, [D. 89.2.214]

167. — Il est d'ailleurs possible que cette qualité accidentelle soit détruite par les circonstances. Ainsi, du moment que les actes d'une servitude naturellement susceptible de division auront été exercés partiellement par chacun des copropriétaires du fonds dominant, et pendant le temps nécessaire pour prescrire, chacun d'eux ne pourra plus en jouir pour la totalité ; chacun n'aura que sa part, dont il jouira sans le concours des autres. Ainsi encore, dans le cas même où la servitude serait indivisible par sa nature, du moment que le fonds aura été partagé, le droit de chacun des copartageants dans la totalité de cette servitude ne sera plus une jouissance commune; l'exercice que fera l'un d'eux de la totalité du droit n'en conservera rien à ceux qui n'en ont point usé. A l'inverse, la perte ou la remise de la servitude par un seul des copartageants, ou la prescription acquise contre lui, n'en amènera point l'extinction à l'égard des autres. — Pardessus, t. 1, n. 25.

168. — Dans tous les cas, le propriétaire du fonds assujetti ne peut jamais contraindre ceux du fonds dominant à diviser entre eux ni le fonds, ni l'exercice de la servitude; et s'il laisse la propriété du fonds grevé à plusieurs héritiers, les actions relatives à la servitude seront valablement exercées pour le tout contre chacun d'eux sans qu'ils puissent réclamer la division, comme ils pourraient le faire pour toute autre dette ou charge non hypothécaire (C. civ., art. 870 et 873). — Pardessus, t. 1, n. 26.

169. — D'une façon générale, si le fonds servant vient à être divisé, les droits du fonds dominant ne s'en trouvent ni diminués, ni modifiés. — Paris, 24 nov. 1898, Savary, [*Gaz. des Trib.*, 1899, 1er sem., 2, p. 214] — La servitude continue à grever pour le tout les diverses portions du fonds servant ; et il y a dès lors plusieurs fonds servants, et par suite plusieurs servitudes susceptibles de s'éteindre séparément, sans qu'il soit nécessaire que la division ait été notifiée au propriétaire du fonds dominant. — Duranton, t. 5, n. 471 ; Demolombe, t. 12, n. 907; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1139.

170. — Lors même que l'exercice de la servitude consisterait dans un fait divisible, le propriétaire du fonds dominant n'est pas tenu d'en répartir la charge entre les diverses portions du fonds servant. Ayant, par exemple, le droit d'extraire 100 quintaux, il ne sera pas obligé, après la division du fonds servant en quatre parties égales, de demander 25 quintaux seulement à chacune de ces parties. Il pouvait en effet à son gré, avant la division, faire porter son extraction sur un point quelconque, le plus commode pour lui. Il pourra continuer à l'exercer comme auparavant, s'il montre que la répartition sur quatre points différents doit entraîner pour lui des inconvénients sensibles. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1139. — *Contrà*, Demolombe, t. 12, n. 908; Laurent, t. 8, n. 284.

171. — Jugé spécialement que, si un fonds grevé d'une servitude de conduite d'eau vient à être morcelé, le maître du fonds dominant n'est pas tenu, pour la conservation de son droit, d'exécuter sur chaque parcelle détachée, si minime qu'elle soit, du fonds assujetti, de nouveaux ouvrages apparents, qui auraient même le caractère d'une aggravation de la servitude. — Paris, 24 nov. 1898, précité.

172. — Notons en tout cas que la servitude qui ne grèverait en réalité qu'un point déterminé du fonds servant, resterait, après sa division, assise sur ce point qui serait ainsi considéré comme seul fonds assujetti. — Demolombe, t. 12, n. 909 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1139.

Section II.

Caractères accidentels.

173. — Les caractères accidentels, c'est-à-dire ceux qui ne se rencontrent pas dans toutes les servitudes indistinctement, n'en sont pas moins des caractères généraux ; car ils sont susceptibles de convenir à toutes, et appartiennent aux servitudes en elles-mêmes, quelle que soit leur origine (Pardessus, t. 1, n. 27). Les art. 688 et 689, C. civ., en distinguent quatre espèces : la continuité, la discontinuité, l'apparence et la non apparence. L'appréciation des faits, et surtout de l'état des lieux, qui constituent ces caractères, est laissée par la nature des choses à la prudence du juge, auquel la loi offre pour le guider les règles suivantes.

174. — « Les servitudes continues, dit l'art. 688, § 2, sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce ». Il importe peu que les effets en soient ou non continuels. Le « fait actuel de l'homme », auquel notre article fait allusion, consiste dans l'acte nécessaire pour l'exercice de la servitude, et non dans l'établissement de l'état de choses que suppose son existence. La servitude d'égout est continue, bien que les gouttières ne versent l'eau qu'à l'occasion des pluies : c'est qu'elle consiste moins à verser les eaux sur le voisin, qu'à pouvoir jouir de ce droit chaque fois qu'il pleut, sans qu'un nouveau fait de l'homme soit nécessaire pour continuer la servitude. Il suffit en somme que l'usage *puisse* en être continuel. Et il en serait de même d'une servitude de vue ou de prise d'eau, quoique la première exigeât l'ouverture d'un volet, et que la seconde ne pût s'exercer qu'en levant une vanne ou en ouvrant une écluse, ou même quand, par l'effet de l'état des lieux, de conventions ou d'usages locaux, elle ne pourrait

être exercée qu'à certains jours ou en certaines saisons. — Cæpolla, trait. 1, chap. 19, n. 2; Lalaure, *Des servit.*, liv. 2, chap. 6 ; Duranton, t. 5, n. 492 ; Pardessus, t. 1, n. 28 ; Duvergier sur Toullier, t. 2, n. [illegible], note a ; Daviel, t. 3, n. [illegible]12 ; Zachariæ, § 248, note 2; Dupret, *Rev. de dr. fr. et étr.*, t. 3, p. 819; Demolombe, t. 12, n. 709 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 248, texte et notes 3 à 6; Laurent, t. 8, n. 126 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1085 et s.; Huc, t. 4, n. 443 et 453.

175. — Jugé en ce sens que les servitudes d'aqueduc, de conduites d'eau, ou d'écoulement des eaux, ne perdent pas le caractère de servitudes continues par cela seul qu'il faut, pour les exercer, lever une bonde, ouvrir ou lever une vanne, lever ou abaisser une écluse, une pelle ou une planche. — Cass., 18 juin 1851, Fevez, [S. 51.1.513, P. 51.2.100, D. 51.1.296] — 18 avr. 1853, Mauriette, [S. 56.1.214, P. 56.1.520]; — 5 déc. 1855, Singla, [S. 56.1.214, P. 56.1.520, D. 56.1.22]; — 17 déc. 1861, Compang, [S. 63.1.83, P. 63.509, D. 62.1.484]; — 19 juill. 1864, Nougarède du Fayet, [S. 64.1.361, P. 64.800, D. 64.1.341]; — 6 nov. 1871, Époux Pages, [D. 72.1.29[illegible]]; — 6 août 1872, Auffroy, [S. 73.1.127, P. 73.275, D. 72.1.240]; — 25 oct. 1887, Pécout, [S. 88.1.309, P. 88.1.756, D. 88.1.106]; — 22 nov. 1892, Bayard, [S. et P. 93.1.29, D. 94.1.45]; — 23 nov. 1898, Ville de Pontarlier, [S. et P. 99.1.260, D. 99.1.37] — Pau, 11 juin 1834, de Cardeillac, [S. 35.2.202, P. chr.] — V. aussi : Poitiers, 7 juill. 1862, Biabaud, [S. 64.2.107, P. 64.634, D. 63.2.187] — Limoges, 29 févr. 1888, Bord, [D. 89.2.213] — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 532 et suiv. — *Contrà*, Aix, 25 mai 1838, Estienne, [S. 41.1.845]

176. — ... Et qu'il importe peu qu'elles ne s'exercent qu'à intervalles, l'intermittence de la servitude ne lui ôtant pas son caractère de continuité. — Cass., 19 juill. 1864, précité; — 6 nov. 1871, précité; — 25 oct. 1887, précité.

177. — La mise en mouvement des appareils qui permettent l'écoulement des eaux ne peut d'ailleurs être envisagée comme constituant l'exercice d'une servitude distincte, puisqu'elle n'est autre chose que le mode de fonctionnement, c'est-à-dire l'accessoire de la servitude de prise d'eau. — Cass., 22 nov. 1892, précité.

178. — Jugé de même que la servitude de prise de vent, — c'est-à-dire le droit de recevoir librement au-dessus du fonds du demandeur, et au moins à la hauteur de la galerie entourant un moulin, tout le vent nécessaire à son exploitation, — est continue, — bien que le fait de l'homme soit nécessaire pour créer ou rétablir les choses de façon à permettre à la servitude de s'exercer. L'exercice de cette servitude n'implique pas, en effet, une intervention actuelle et ininterrompue, les ailes du moulin mises en état pouvant tourner librement ensuite sous la seule impulsion du vent. — Cass. Belg., 25 mars 1897, Verhaegen, [D. 98.2.79]

179. — Il ne faut pas confondre la continuité d'une servitude avec la perpétuité de sa cause (V. *suprà*, n. 7 et s.). — Pardessus, t. 1, n. 29.

180. — « Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables » (art. 688, al. 3). Telles sont encore les servitudes d'abreuvage, d'extraction de sable ou de marne, de lavage, etc. L'usage de ces servitudes n'est continuel ni en actes, ni en puissance; il cesse avec le fait de l'homme. — Pardessus, t. 1, n. 28 ; Demolombe, t. 12, n. 711 ; Huc, t. 4, n. 443 à 447 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1089.

181. — Jugé que le droit de dépaissance ou de vive et grasse pâture est une servitude discontinue. — Cass., 1er mai 1888, Commune de Gouvieux, [S. 90.1.439, P. 90.1.1068, D. 88.1.219] — Toulouse, 7 avr. 1843, Commune d'Ytrac, [P. 44.2.397]

182. — ... Qu'il en est de même de la servitude résultant du droit qu'ont soit des particuliers, soit une communauté d'habitants, d'extraire, dans l'intérêt de leurs fonds, des terres dans un autre fonds. — Cass., 15 avr. 1833, Lacroix, [S. 33.1.278, P. chr.] — *Contrà*, Demolombe, t. 12, n. 712.

183. — ... Que le lavage des laines pratiqué dans le canal d'autrui au moyen d'une corbeille mobile, abaissée et maintenue momentanément dans l'eau à l'aide d'une poulie fixée au balcon d'un établissement situé sur le bord du canal et exigeant le fait actuel et incessant de l'homme, ne manifeste au profit du maître de cet établissement que l'exercice d'une servitude discontinue. — Cass., 1er juin 1864, Brenier, [S. 64.1.312, P. 64.1037, D. 64.1.339]

184. — ... Que la servitude de lavage est essentiellement discontinue, alors même que l'opération du lavage se pratique au moyen d'un escalier ou d'un lavoir ayant une assiette fixe et permanente. — Cass., 21 oct. 1807, Joffrenot, [S. chr.]; — 14 févr. 1872, Commune de Saint-Amand-en-Puisaye, [S. 72.1.381, P. 72.1008, D. 72.1.265] — Trib. civ. Bordeaux, 22 juill. 1861, Danamette, [D. 63.3.44]

185. — ... Que la servitude d'abreuvage est également discontinue, et que l'établissement d'un ou de plusieurs abreuvoirs, alors même qu'ils ont une assiette fixe et permanente, ne peut avoir pour effet d'enlever à cette servitude son caractère de discontinuité. — V. les décisions citées *infrà*, n. 921.

185 *bis*. — ... Que, spécialement, le droit, concédé à perpétuité à un copartageant, d'abreuver ses bestiaux dans un réservoir dépendant des terres attribuées à un autre copartageant, est à tort qualifié de droit innommé par les juges du fond, et constitue en réalité une servitude discontinue. — Cass., 5 juill. 1900, Combassou, [S. et P. 1902.1.502]

186. — Il a d'ailleurs été jugé avec raison que la qualification erronée donnée à une servitude n'en change pas le caractère, et notamment que l'arrêt qualifiant de servitude continue une servitude que la loi range formellement dans la classe des servitudes discontinues ne donne pas ouverture à cassation si d'ailleurs il a appliqué les dispositions de loi relatives aux servitudes discontinues. — Cass., 15 mai 1816, Rousselle, [P. chr.]

187. — Nous avons vu l'art. 688 ranger les égouts parmi les servitudes continues. Cela doit s'entendre bien évidemment de la servitude d'égout des toits, qui, si le fait de l'homme est nécessaire pour son établissement, s'exerce ensuite d'elle-même, sans le fait de l'homme, toutes les fois qu'il pleut; mais en est-il de même de l'égout ou écoulement des eaux ménagères ou industrielles ? — Nous avons tranché cette question dans le sens de la négative. — V. *suprà*, v° *Evier*, n. 4 et s. — Aux décisions citées en ce sens, *Adde*, Trib. Bazas, 4 juill. 1887, sous Bordeaux, 10 juill. 1888, Brannens, [S. 90.2.205, P. 90.1.1184] — Trib. Lyon, 24 avr. 1894, [*Gaz. des Trib.*, 2 juill. 1894]

188. — De même, la servitude d'écoulement de matières provenant de cabinets d'aisance n'est pas continue. — Limoges, 15 juin 1891, Estrade, et 23 mai 1894, Dubois-Golfier, [S. et P. 96.2.295, D. 96.2.362]

189. — Et la servitude d'écoulement à la fois des eaux pluviales et des immondices qu'elles peuvent entraîner sur leur passage est rendue discontinue par la présence des immondices. — Pau, 9 févr. 1885, Fourcau, [D. 86.2.173]

190. — Les droits d'usage dans les forêts constituent-ils des servitudes continues ou des servitudes discontinues ? — V. sur ce point, *suprà*, v° *Prescription*, n. 81-82, et *infrà*, v° *Usage forestier*.

191. — Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc (art. 689, § 2). Les mots *signe extérieur*, que notre article emploie quand il parle des servitudes non apparentes (V. *infrà*, n. 201), sont d'ailleurs plus exacts que le mot *ouvrages*, et plus compréhensifs. — Demolombe, t. 12, n. 714; Aubry et Rau, t. 3, § 248, note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1090.

192. — Il ne faut pas confondre les servitudes apparentes avec les servitudes continues, quoiqu'elles aient ce point de ressemblance que les unes et les autres ont un effet non interrompu. Il existe des servitudes apparentes qui cependant sont discontinues : par exemple, le droit de passage qui, tout en s'annonçant quelquefois par des ouvrages extérieurs, a cependant besoin du fait actuel de l'homme pour être exercé. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 56 et 57. — Pardessus, t. 1, n. 29. — La distinction n'était pas toujours très-nettement faite par les anciens auteurs. — V. Lalaure, *Des servit.*, liv. 1, chap. 1, et liv. 2, chap. 2; Davot, t. 2, p. 146; Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. 7 et 8; Toullier, t. 3, n. 622 et s.; Taulier, t. 2, p. 438 et s.

193. — Pour qu'une servitude soit apparente, il faut mais il suffit que les ouvrages qui l'annoncent soient visibles pour le propriétaire du fonds servant; il n'est pas nécessaire qu'ils soient établis sur ce fonds. — Toullier, t. 3, n. 635; Duranton, t. 5, n. 493; Zachariæ, § 248, texte et note 3; Demolombe, t. 12, n. 715-718; Aubry et Rau, t. 3, § 248, texte et notes 12 et 13; Laurent, t. 8, n. 136; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1090. — V. aussi Caen, 3 juill. 1847, Doré, [S. 48.2.383]

194. — La servitude de prise d'eau est apparente, lorsqu'elle s'exerce au moyen d'une rigole pratiquée à travers les francs-bords d'un canal et à l'aide d'une planche mobile appuyée à un pieu planté d'une manière permanente et visible au milieu de ce canal. — Cass., 19 juill. 1864, Nougarède du Fayet, [S. 64.1.361, P. 64.800, D. 64.1.341]; — 6 nov. 1871, Pages, [D. 72.1.299] — V. aussi Limoges, 29 févr. 1888, précité.

195. — Il en est de même de la servitude d'écoulement d'eau, qui s'exerce au moyen d'un canal couvert allant de l'héritage du fonds dominant pour aboutir à un chemin communal en passant sous le jardin du défendeur, alors du moins que ce canal se termine, à sa sortie sur la voie publique, par une tête en maçonnerie faisant une saillie d'environ 0m,20 sur le fossé et constituant de la sorte un signe nettement apparent de la servitude. — Riom, 16 juill. 1900, [*Rec. de Riom*, 1900.374]

196. — L'établissement d'un barrage dans un canal artificiel, destiné à mettre un moulin en mouvement, par un riverain de ce canal, à l'effet de détourner l'eau pour l'irrigation de sa propriété, constitue aussi un ouvrage apparent dans le sens de notre article. — Cass., 27 févr. 1854, Durand, [S. 55.1.92, P. 54.2.351]

197. — Jugé, d'autre part, que la servitude d'écoulement d'eau, manifestée par l'établissement d'un déversoir fixe formé de montants en maçonnerie dans lesquels sont pratiquées des rainures destinées à recevoir une vanne, ne perd pas son caractère d'apparence en ce que la vanne se composerait de plusieurs planches mobiles, isolées les unes des autres, complètement détachées du déversoir lorsqu'elles ne fonctionnent pas, et dont l'usage serait alternatif. — Cass., 24 janv. 1860, de Chardonnet, [S. 60.1.317, P. 60.882, D. 60.1.78]

198. — ... Que l'on doit considérer comme une servitude continue et apparente le passage des eaux provenant du fonds supérieur, sur un fonds inférieur où il existe des rigoles et des signes apparents de ce passage. — Trib. de paix de Ligny-le-Châtel, 21 mai 1898, [*Rev. des just. de paix*, 99.374]

199. — ... Qu'on doit voir une servitude continue et apparente dans le droit qu'a le propriétaire d'une saline de l'alimenter par l'eau de la mer à lui transmise par un étang intermédiaire appartenant à un tiers et au moyen de travaux effectués originairement par le propriétaire commun de la saline et de l'étang. — Cass., 13 juin 1842, de Bouillé, [S. 43.1.60, P. 43.2.69]

200. — Au surplus, l'arrêt qui décide qu'une servitude de prise d'eau, manifestée et exercée par des ouvrages apparents établis tant sur le fonds servant que sur le fonds dominant, constitue une servitude continue et apparente, qui a pu être acquise par la prescription, ne renferme qu'une appréciation de faits et de circonstances qui échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 23 avr. 1856, Galmier, [S. 56.1.575, P. 56.2.602, D. 56.1.294] — V., dans le même sens, en ce qui concerne la servitude d'égout des toits : Cass., 19 juin 1865, d'Hiersat, [S. 65.1.337, P. 65.685, D. 65.1.478] — V. aussi pour une servitude de passage : Cass., 8 nov. 1854, Sudre, [S. 54.1.765]

201. — « Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée [*lisez* : de bâtir au delà d'une hauteur déterminée] » (art. 689, § 3). Un pareil assujettissement peut être ignoré des propriétaires ou possesseurs nouveaux de l'héritage, jusqu'à ce que le propriétaire ou le possesseur de celui au profit duquel il est établi le réclame; et l'on ne peut reconnaître à l'œil si les limites de la hauteur d'une maison sont la suite d'une servitude ou proviennent de la volonté seule du propriétaire, qui n'a pas jugé à propos de construire à une plus grande élévation. — Pardessus, t. 1, n. 28-29. — V. sur le caractère non apparent de la servitude *altius non tollendi* : Cass., 6 juill. 1891, Auger, [S. et P. 92.1.55, D. 92.1.244]

202. — Le maintien, pendant trente ans, d'une corniche établie autour d'une maison ne peut même pas constituer le signe apparent d'une servitude *altius non tollendi*. — Cass., 26 juin 1867, Veil-Picard, [S. 67.1.388, P. 67.1057, D. 67.1.255] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1090.

203. — On peut seulement se demander si le propriétaire de la corniche n'a pas acquis par prescription (V. *infrà*, n. 89 et s.) le droit de conserver cet ornement et de le faire respecter par le voisin. C'est à tort, selon nous, que l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1867, précité, semble adopter une solution contraire. — Laurent, t. 8, n. 200; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

204. — Remarquons que l'exemple donné par l'art. 689, § 3, est celui d'une servitude continue en même temps que non apparente, puisque l'absence de bâtiment ou son existence à *telle hauteur* dépose sans cesse en faveur de la servitude. — Pardessus, t. 1, n. 29.

205. — Le droit de pêche, si l'on admet qu'il peut exister à l'état de servitude réelle, constitue une servitude non apparente. — Rennes, 31 janv. 1844, Vallée, [P. 44.1.287]

206. — ... A condition toutefois qu'il ne se révèle par aucun signe extérieur, tel que pêcherie organisée, etc.

207. — Jugé que l'on peut considérer comme non apparente la servitude d'égout dont la direction sur le fonds inférieur est complètement souterraine; et cela, encore que sur le fonds dominant il existe des ouvrages extérieurs, et bien que de l'autre fonds l'on puisse voir ces ouvrages, si la direction définitive donnée aux eaux n'en peut être aperçue. — Cass., 19 juin 1865, d'Hiersat, [S. 65.1.337, P. 65.865, D. 65.1.478] — V. *suprà*, n. 195.

208. — La classification des servitudes d'après leur apparence et leur continuité, qui est la base de tout le système de notre législation sur l'acquisition et l'extinction des servitudes, donne encore lieu, malgré son exactitude, à quelques difficultés. Par exemple, une servitude apparente, telle qu'un droit de vue, peut ne pas se manifester toujours par des ouvrages extérieurs, soit que le droit simplement acquis n'ait pas été exercé, soit que l'ouvrage qui l'annonçait ait péri. Mais il faut prendre garde que les distinctions de la loi en notre matière ne sont pas de pure théorie, et que ce n'est pas seulement le droit d'avoir une servitude apparente, mais le fait même et le fait seul de l'apparence, manifestée réellement par des ouvrages extérieurs et non précaires, qui doit décider les magistrats dans les questions d'acquisition ou d'extinction par prescription, dont nous traitons *infrà*, n. 880 et s. — Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 7; Pardessus, t. 1, n. 29; Demolombe, t. 12, n. 716, 721.

209. — Le Code civil n'a pas reproduit l'ancienne division des servitudes en *affirmatives* et *négatives*. Les premières autorisent le propriétaire dominant à faire quelque chose sur le fonds servant; les secondes interdisent seulement au propriétaire du fonds servant l'exercice de certains actes (V. *suprà*, n. 61). Cette distinction n'a pas perdu toute utilité pratique, soit en ce qui concerne l'acquisition des servitudes par la quasi-possession, soit en ce qui concerne leur extinction. — Pardessus, t. 1, n. 31; Duranton, t. 5, n. 498; Zachariæ, § 248, texte, *in fine*; Demolombe, t. 12, n. 722; Aubry et Rau, t. 3, § 248, texte et note 14; Laurent, t. 8, n. 143; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1092. — V. cependant Marcadé, sur l'art. 687.

210. — Les servitudes négatives (par exemple, la servitude *altius non tollendi*) sont toujours, et de leur nature, continues et non apparentes. — Demolombe, t. 12, n. 723; Aubry et Rau, t. 3, § 248, texte et note 15; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1092.

CHAPITRE III.

SUR QUELS OBJETS LES SERVITUDES PEUVENT ÊTRE IMPOSÉES.

Section I.

Des objets sur lesquels on ne peut pas imposer de servitudes.

211. — Les servitudes étant, d'après l'art. 637, des charges imposées sur des *héritages*, c'est-à-dire sur des fonds de terre ou des bâtiments exclusivement, il en résulte qu'une servitude ne saurait être établie sur un arbre, bien qu'il soit immeuble, tant qu'il demeure attaché au sol. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 792.

212. — La Cour de cassation semble pourtant avoir admis la possibilité d'imposer une servitude sur un arbre, avec cette restriction seulement que cette servitude cesserait quand l'arbre viendrait à périr, ou même à être arraché par le propriétaire du fonds servant. Ce dernier pourrait donc, par son fait, se débarrasser de la servitude, à charge de dommages-intérêts éventuels envers le propriétaire dominant, si cette servitude avait été établie par une convention. — Cass., 6 avr. 1841, Garnier, [S. 41.1.414]

213. — Une servitude ne peut pas être imposée non plus sur un immeuble par destination. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

214. — ... Ni sur un immeuble par l'objet auquel il s'applique, notamment sur une servitude, qui n'est qu'une qualité d'un fonds. — Pardessus, t. 1, n. 33; Zachariæ, § 249, texte et note 1; Molitor, *De la possession,* p. 307; Demolombe, t. 12, n. 670; Aubry et Rau, t. 3, § 249, texte et note 1; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.* — *Contra,* Bauby, *Rev. prat.*, 1863, t. 16, p. 185.

215. — Nous avons vu cependant (*supra,* v° *Eaux,* n. 158 et s.) qu'en certains cas, celui qui reçoit activement ou passivement les eaux d'un fonds supérieur peut valablement s'obliger à transmettre ces mêmes eaux à tel ou tel autre héritage. Mais cette obligation est imposée au fonds même et non à la servitude. Il n'en résulte point de droits contre le domaine grevé au profit de celui qui a obtenu cette sous-concession. Si le premier se libère, par un moyen quelconque, envers le fonds intermédiaire auquel il est assujetti, celui qui en profitait secondairement ne peut continuer d'exercer son droit sous prétexte que la libération n'a pas été acquise directement contre lui. — Pardessus, t. 1, n. 33.

216. — Les biens qui font partie du domaine public sont affranchis en général, pour le tout ou pour partie, des servitudes qui pourraient les grever s'ils étaient dans le commerce. — Pardessus, t. 1, n. 34; Aubry et Rau, t. 3, § 239 *bis*, texte et note 3, et § 249, texte et note 2; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 793.

217. — Mais il est certains droits que chacun est libre d'exercer sur certaines parties du domaine public, et qui ne constituent pas de véritables servitudes. Ainsi chacun peut user des chemins, des places, des fleuves, du rivage de la mer, des fontaines publiques, etc... pourvu qu'il se conforme aux règlements, qu'il demande en certains cas une autorisation spéciale ou paie une taxe, et que cet usage ne dénégère pas en une occupation individuelle et privée (Pardessus, t. 1, n. 36). La plupart du temps, d'ailleurs, ces facultés ne sont point exercées comme dépendances de tel ou tel héritage. Le droit de passer dans les rues n'est pas subordonné à la possession d'un immeuble ou à son utilité. Lors même que cet usage a quelque chose de plus réel, par l'utilité qu'en retirent exclusivement certains immeubles (comme le droit de vue), le droit à cet usage ne produit pas d'actions de la nature de celles qui naissent des servitudes. Celui qui jouit d'une rue ne peut pas s'opposer à ce que d'autres y laissent tomber, conformément aux règlements, l'eau de leurs toits. — Pardessus, t. 1, n. 40; Duranton, t. 5, n. 294 et s.; Aubry et Rau, t. 3. § 249, texte et note 4.

218. — La controverse sur la qualification à donner à de pareils droits est plus théorique que pratique. On a surtout, en faveur de l'opinion qui refuse d'y voir des droits de servitude, fait remarquer que l'Administration peut, sauf indemnité éventuelle, les faire disparaître, ce qui serait impossible s'il s'agissait de servitudes véritables, et que les avantages accordés aux riverains d'une voie publique, par exemple, ne diminuent en rien l'utilité de cette voie, comme feraient de vraies servitudes. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 797. — *Contrà,* Toullier, t. 3, n. 473; Proudhon, *Dom. publ.*, t. 2, n. 363; Troplong, *Prescr.*, t. 1, n. 163; Zachariæ, t. 2, § 249; Demolombe, t. 12, n. 699; Laurent, t. 7, n. 131.

219. — Jugé, en ce sens, que les propriétaires d'immeubles ayant des jours ou accès sur la voie publique n'ont sur cette voie aucune servitude, mais seulement un droit *sui generis* auquel ne s'applique pas la réserve « du droit des tiers » contenue dans un arrêté d'alignement. — Rouen, 2 juin 1892, Bureau, [S. et P. 95.1.140, D. 92.2.448]

220. — ... Que c'est faire abus des principes, que de qualifier de servitude le droit de passer par une rue et d'y avoir des ouvertures. — Bourges, 6 avr. 1829, Brière, [S. et P. chr.]

221. — ... Que l'on ne peut pas acquérir par prescription une servitude de vue sur une promenade publique. — Poitiers, 31 janv. 1837, Collinet, [S. 38.2.78, P. 37.2.468]

222. — ... Ni sur la cour d'une gare de chemin de fer. — Trib. Bayonne, 31 juill. 1866, Puyolle, [D. 68.1.134]

223. — Jugé au contraire que le droit d'accès existant sur les voies publiques au profit des immeubles qui y sont contigus constitue une véritable servitude légale de passage. — Caen, 16 nov. 1874, Lecomte, [D. 76.2.84]

224. — Du principe que ce n'est pas à titre de servitude que l'on use des biens du domaine public conformément à leur destination, découle la conséquence suivante : en cas de suppression d'une rue ou d'une portion de rue, et d'aliénation de son emplacement à des particuliers, si cette aliénation avait lieu, par hypothèse, sans qu'aucune charge fût imposée aux acquéreurs en faveur des fonds riverains, les propriétaires de ces derniers ne pourraient pas prétendre que l'emplacement vendu devra continuer à supporter les passages, les égouts, les vues qu'elles avaient sur la rue supprimée. — Cass., 16 mai 1877, Delaby, [S. 78.1.27, P. 78.43, D. 77.1.431]; — 5 févr. 1879, Consorts Cuvelier, [S. 79.1.167, P. 79.406, D. 79.1.521]; — 25 févr. 1880, Lisse, [S. 81.1.167, P. 81.1.391, D. 80.1.255]; — 4 août 1880, Defrémont, [S. 81.1.58, P. 81.1.129, D. 80.1.446] — Rouen, 2 juin 1892, précité. — Trib. Gien, 2 mai 1899, Roblin, [*Gaz. Pal.*, 5 nov. 1899]

225. — Jugé toutefois, en sens contraire, qu'un terrain servant à un usage public, concédé par l'Etat à des particuliers, reste, après la concession, comme auparavant, soumis envers les propriétaires voisins aux charges, servitudes et obligations auxquelles sont assujetties les propriétés publiques, sauf toutefois le droit des concessionnaires d'empêcher tout fait des propriétaires voisins qui serait contraire au but de la concession. — Cass., 11 févr. 1828, Fragny, [S. et P. chr.] — Lyon, 10 févr. 1831, Compagnie du canal de Givors, [S. 32.1.521] — Caen, 16 nov. 1874, précité.

226. — Les riverains dépossédés de leurs droits d'usage ont seulement, selon nous, un droit à indemnité en certains cas : par exemple, si l'Etat ou la commune, en aliénant le sol de la rue, n'a pris aucune mesure pour que la nouvelle destination donnée au sol ne rende pas inutiles les constructions qui la bordent. — Duranton, t. 5, n. 294 et s.; Pardessus, t. 1, n. 41; Aubry et Rau, t. 3, § 249, texte et note 5; Laurent, t. 7, n. 134 et 136; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 797. — V. aussi, Toullier, t. 3, n. 480 à 483; Solon, n. 414, 416 et 426; Proudhon, *Dom. publ.*, t. 2, n. 368 et s., 377; Zachariæ, t. 2, p. 72; Bélime, *Posses.*, n. 233; Coulon, *Quest. de dr.*, t. 3, p. 56; Sauger, *Louage et servit.*, n. 497.

227. — Et il a été décidé en ce sens que les rues et voies publiques ne peuvent être supprimées qu'à charge par l'Administration d'indemniser les riverains du dommage que cette suppression peut causer à leurs propriétés, notamment en les privant d'un accès. — Cass., 5 juill. 1836, Aribert, [S. 36.1.600]; — 12 juill. 1842, David, [S. 42.1.593, P. 42.2.102]; — 3 mai 1858, Jolliot, [S. 58.1.751]; — 16 mai 1877, précité; — 25 févr. 1880, précité. — Bourges, 6 avr. 1829, précité. — Rouen, 26 janv. 1853, Parrain, [S. 53.2.663]; — 2 juin 1892, précité. — Cons. d'Et., 17 août 1825, Thomas, [S. chr.]; — 19 mars 1845, Tendret et Plet (2 arrêts), [S. 45.2.447]; — 6 août 1852, Mathias, [S. 53.2. 172]; — 28 janv. 1887, Commune de Mauregny-en-Haye, [D. 88. 3.38] — V. *infra,* v° *Travaux publics.*

228. — ... Ou encore à charge de fournir un autre passage utile et commode. — Cass., 3 mai 1858, précité.

229. — Mais aucune indemnité ne semblerait due, s'il n'était résulté de l'aliénation du sol qu'une disposition nouvelle des choses, ayant pour tout effet de diminuer les avantages tirés de la chose publique : par exemple, si une fontaine était supprimée ou si une place se trouvait restreinte par la construction d'un édifice. — Pardessus, t. 1, n. 41; Demolombe, t. 12, n. 699.

230. — Jugé cependant que tout édifice élevé sur une rue ou sur une place a, par le seul fait de cette situation, un droit acquis à la jouissance du passage, des issues et des jours et autres avantages résultant d'une libre communication avec la voie publique; que cette jouissance forme une partie intégrante de la propriété de l'édifice; et que l'autorité municipale ne peut faire construire sur la voie publique un lavoir qui priverait un riverain de l'accès et du jour qu'il avait sur cette voie. — Nancy, 28 janv. 1840, Commune de Burey, [S. 42.1.178]

231. — Nous venons de parler de l'usage que l'on peut faire du domaine public conformément à sa destination. Peut-on, d'autre part, acquérir, sur les fonds qui dépendent de ce domaine, des droits de servitude de nature à modifier ou à contrarier leur destination? Peut-on, par exemple, acquérir le droit d'avoir des marches d'escalier sur une rue, ou une cave sous le sol d'une voie publique? Il est certain qu'on ne peut point acquérir de pareils droits à titre de servitude. — Dunod, *Des prescr.*, 1re part., ch. 12, p. 79; Duranton, t. 5, n. 295 et s.; Proudhon, *Dom. publ.*, t. 2, n. 365 à 368; Troplong, *De la prescr.*, t. 1, n. 162; Solon,

n. 420 ; Vazeille, *Des prescr.*, t. 1, n. 93 ; Demolombe, t. 12, n. 698 ; Aubry et Rau, t. 3, § 249, texte et note 3 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 796 ; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 686, n. 16.

232. — L'Administration peut tolérer certains usages, accorder certaines concessions en ce sens ; mais elle pourra toujours les révoquer, soit directement, soit indirectement en concédant tout ou partie des mêmes droits à des tiers. Elle sera seulement tenue d'indemniser ceux dont elle diminue ou modifie la jouissance au mépris des conventions expresses ou tacites, intervenues. — Pardessus, t. 1, n. 41 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 796-798.

233. — S'il n'y a eu aucune concession expresse ou tacite, mais seulement usage indû et possession sans droit, il est évident qu'aucune indemnité n'est due pour privation de cet usage. — Pardessus, *loc. cit.*

234. — Jugé notamment que l'on ne peut pas acquérir, par prescription ou autrement, un droit de servitude sur une rue, et que spécialement, celui qui depuis longtemps est en possession de faire écouler les eaux de son usine par un égout qui traverse une rue et les conduit dans un fossé qui faisait autrefois partie des fortifications de la ville, ne peut pas réclamer d'indemnité à raison du comblement du fossé, ordonné pour cause de salubrité publique, sous prétexte que, par sa longue possession, il aurait acquis une servitude et sur la rue et sur le fossé. — Cass., 13 févr. 1828, Hecht, [S. et P. chr.] — V. aussi Grenoble, 15 juill. 1824, Vachon, [S. chr.]

235. — Mais si aucune servitude ne peut être établie sur le domaine public, les riverains des voies publiques jouissent de certains droits dont ils ne peuvent etre privés sans indemnité : droit d'écoulement des eaux, droit de vue et d'accès... (V. *supra*, v° *Routes*, n. 372 et s.). — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 686, n. 17 et s. — L'autorité administrative est seule compétente pour connaître des demandes de dommages-intérêts formées contre l'Administration pour suppression d'accès, de jours, etc., existant sur des biens du domaine public. Il s'agit là en effet d'un simple dommage, permanent il est vrai, mais non d'une expropriation. — Cons. d'Et., 15 juin 1842, Phalipau, [S. 42.2.378] ; — 16 janv. 1852, Daviaud, [Leb. chr., p. 108] ; — 18 juill. 1884, Scrépel, [D. 86.3.13] ; — 17 déc. 1886, Ville de Chaumont (2 arrêts), [D. 88.3.38] ; — 28 janv. 1887, précité. — Trib. des confl., 15 nov. 1879, Auzou, [D. 80.3.33] — Demolombe, t. 12, n. 700. — V. au surplus, *infrà*, v° *Travaux publics*.

236. — Mais c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'ordonner la démolition des constructions qui auraient été élevées, au préjudice des droits de jour ou d'accès susénoncés, avant le règlement de l'indemnité. — Cass., 10 nov. 1841, Commune de Burey, [S. 42.1.178, P. 42.1.376] ; — 12 juill. 1842, David, [S. 42.1.593, P. 42.2.102]

237. — D'autre part, c'est au tribunal civil, et non au tribunal de police, qu'il appartient de connaître du refus par un particulier d'obtempérer à un arrêté administratif qui lui enjoint de supprimer des jours ou fenêtres d'aspect par lui établis sur un terrain qui, alors voie publique, est devenu depuis et est actuellement propriété communale ordinaire : un tel refus ne donne lieu en effet qu'à un débat purement civil sur l'existence des jours. — Cass., 2 mars 1844, Schweighoffer, [S. 44.1.669]

238. — Souvent des particuliers exercent, notamment sur des étangs alimentant un canal de navigation, des servitudes de pâturage ou d'abreuvage. La concession de servitude sera généralement antérieure à la disposition qui consacre les étangs aux besoins du canal ; elle sera parfois une condition du contrat par lequel l'ancien propriéraire d'un étang a cédé ses terrains à l'Etat. En pareil cas, l'Etat comme tout acquéreur d'un fonds grevé de servitude, doit supporter celle-ci dans toute son étendue (V. *suprà*, v° *Domaine public*, n. 104 et s.). Si au contraire la constitution de la servitude est postérieure à la disposition qui a transformé les étangs en une portion du domaine public, cette servitude, qui n'a pu être acquise que dans les formes voulues pour l'aliénation de ce domaine, est limitée par la nécessité de faire servir les étangs, avant tout, à l'alimentation du canal. — Pardessus, t. 1, n. 35. — V. aussi *suprà*, v° *Canal*, n. 186 et s.

239. — Jugé que le particulier qui a acquis, antérieurement à l'entrée d'une église dans le domaine public communal, le droit d'avoir des portes lui donnant directement accès de sa propriété dans l'église, a conservé ce même droit lorsque l'église est entrée dans le domaine public de la commune. — Trib. Pontoise, 31 juill. 1900, Vézier, [*Gaz. des Trib.*, 1901, 1er sem., 2.264] — V. aussi Troplong, *Prescr.*, t. 1, n. 173.

239 *bis*. — Mais, en vertu du droit qu'il vient d'acquérir pour un service public, et par voie d'expropriation, les biens des particuliers, il pourrait restreindre la servitude moyennant indemnité.

240. — Il est enfin des portions du domaine public qui ne sont destinées ni à l'usage des maisons qui les avoisinent, ni au service du public en général : tels sont les remparts, les prisons, les églises, etc. Quelquefois certaines portions de ces objets, susceptibles de rapporter des fruits, sont louées à des particuliers ; mais c'est toujours sous la condition de souffrir la dépossession si un service public la rend nécessaire. On ne pourrait donc pas y prétendre des vues, des passages, des égouts, comme il est en général permis d'en avoir sur les rues ou les places publiques. — Pardessus, t. 1, n. 38.

241. — Jugé que l'on ne saurait assujettir à aucune servitude des terrains dépendant d'ouvrages militaires, et essentiellement affectés dès lors à un service public. — Nancy, 25 janv. 1896, Curien, [D. 99.5.359]

242. — ... Qu'il est impossible d'acquérir notamment, par prescription, le droit d'avoir des ouvertures pratiquées dans le mur d'enceinte d'une ville, mur imprescriptible comme faisant partie du domaine public; mais que celui qui a ouvert des jours dans le mur de sa maison, construit au-dessus du mur de ville et en surélévation, a pu acquérir par la prescription le droit de les y maintenir. — Nancy, 31 janv. 1838, Mengaud, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 76]

243. — ... Et que d'autre part un particulier peut acquérir par prescription des droits de servitude sur les murs, fossés et remparts des villes qui ont cessé d'être places fortes. — Rennes, 29 févr. 1820, Damour, [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 32; Duranton, t. 4, n. 189 ; Foucart, *Elém. de droit admin.*, t. 2, n. 1 ; Proudhon, *Tr. du dom. publ.*, n. 214 et s. — V. aussi, *supra*, v° *Places de guerre*, n. 90.

244. — V., spécialement en ce qui concerne les églises, *suprà*, v[is] *Domaine public et de l'Etat*, n. 73; *Eglises*, n. 36, 38 et 40; *Mitoyenneté*, n. 30 et s.

245. — La situation naturelle des lieux place parfois des biens du domaine public dans la dépendance de quelques fonds particuliers. Tel est le cas où les premiers sont forcés de recevoir les eaux qui découlent d'un héritage supérieur (V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 21). Mais en pareil cas les règles du droit commun pourront se trouver modifiées par des décisions basées sur l'utilité générale. — Pardessus, t. 1, n. 42 ; Aubry et Rau, t. 3, § 259 *bis*, texte et note 3.

246. — Les routes nationales notamment ne sont pas soumises à la servitude d'aqueduc établie par l'art. 1, L. 29 avr. 1845 sur les irrigations ; et l'autorisation de construire un aqueduc sous une route nationale pour l'irrigation de fonds riverains peut n'être accordée à un particulier qu'à titre purement précaire et révocable. — Cons. d'Et., 8 mars 1860, Sillé, [S. 61.2.43] — V. sur le principe *suprà*, v° *Routes*, n. 32.

247. — Si le propriétaire d'une pêcherie établie au bord de la mer stipulait, au profit de cette pêcherie, certains droits sur celle d'un voisin, il y aurait certainement là une servitude, mais elle ne serait que superficiaire : elle affecterait seulement la pêcherie désignée, et non la partie du domaine public où celle-ci est construite. — Pardessus, t. 1, n. 37.

248. — Au contraire de ce que nous venons de dire dans les rapports des biens du domaine public avec ceux des particuliers, ces derniers sont assujettis, en principe, envers les biens du domaine public, aux mêmes servitudes et de la même manière que si ces biens appartenaient à des particuliers (V. *suprà*, v° *Routes*, n. 231 et s.); et ils peuvent même, en certaines circonstances, être obligés d'en souffrir auxquelles ils ne seraient pas tenus envers des fonds particuliers (LL. 10 juill. 1791, tit. 1, art. 29 et s.; 17 juill. 1819, art. 1 et s.). — Pardessus, t. 1, n. 44. — V. *suprà*, v[is] *Places de guerre, Routes*, n. 224 et s., 253 et s., et *infrà*, v° *Servitudes militaires*, etc.

Section II.

Des immeubles qu'on peut grever de servitudes.

249. — Tous les immeubles susceptibles de propriété privée, quelle que soit la personne à laquelle ils appartiennent, peuvent être grevés de servitudes. Il en est ainsi des immeubles qui font partie du domaine privé de l'Etat, lors même qu'ils sont exploités pour l'utilité d'un service public : tels les hôtels des minis-

tères, etc. — Pardessus, t. 1, n. 45; Demolombe, t. 12, n. 697.

250. — L'imposition de servitudes sur les biens du domaine privé est soumise aux formalités exigées pour l'aliénation de ces biens. Mais on peut acquérir aussi sur eux des servitudes par la prescription, conformément au principe posé par l'art. 541, C. civ. Ces biens sont également soumis aux mêmes servitudes naturelles et légales que s'ils étaient aux mains de particuliers. L'Etat pourrait seulement les en affranchir, moyennant indemnité, en recourant à l'expropriation pour cause d'utilité publique. — Pardessus, t. 1, n. 46. — V. aussi *supra*, v° *Forêts*, n. 310 et s.

251. — Les mêmes règles s'appliquent au domaine privé des communes ou des départements. — Pardessus, t. 1, n. 46.

252. — Les biens affectés à la dotation de la liste civile étaient, bien qu'imprescriptibles (L. 8 nov. 1814, art. 9), tenus de supporter les servitudes résultant du voisinage ou de la situation des lieux, et même les servitudes conventionnelles dont ils se trouvaient grevés antérieurement. — Cass., 7 mars 1829, Castillon, [D. *Rép.*, v° *Forêts*, n. 149] — Pardessus, t. 1, n. 45; Aubry et Rau, t. 3, § 239 *bis*, texte et note 4. — V. aussi Cass., 6 [illegible] 1865, de la Rochefoucauld, [S. 65.1.79, P. 65.1.0, D. 65.1.26]

253. — Quant aux biens appartenant à des particuliers, la circonstance qu'ils seraient déjà grevés de servitudes envers le public n'empêcherait pas que des particuliers pussent y acquérir des servitudes dans l'intérêt privé de leurs fonds, à condition de n'entraver, ni diminuer en rien la servitude due au public. Cette dernière seule est inaliénable et imprescriptible. Ainsi les dépendances d'un canal particulier, grevé envers le public d'une servitude perpétuelle de passage à des conditions déterminées, pourraient être assujetties à certains services au profit des fonds voisins. — Pardessus, t. 1, n. 47. — V. aussi *supra*, v° *Canal*, n. 179 et s.

254. — La liberté que les particuliers ont de grever leurs fonds de servitudes n'a d'autres limites que celles que peuvent leur tracer la loi ou des conventions antérieures.

255. — Les prohibitions légales ne se présument pas (V. *suprà*, n. 10 et s.). Nous citerons comme exemple la prohibition du pâturage des moutons et chèvres dans les bois (C. for., art. 78 et 120).

256. — Quant aux prohibitions qui résultent de conventions antérieures, elles se résument en cette formule : que l'on ne peut concéder une servitude qui anéantirait ou modifierait une servitude déjà concédée (V. art. 701). Mais on peut accorder la même servitude (de passage, par exemple), par le même lieu et aux mêmes époques, à plusieurs propriétaires de fonds différents, sauf à établir entre eux un ordre qui empêche que l'un ne nuise à l'autre dans l'exercice de son droit. — Toullier, t. 3, n. 572; Pardessus, t. 1, n. 48; Solon, n. 431 et s.; Zachariæ, § 250, texte et note 4; Demolombe, t. 12, n. 747; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 6; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1097.

257. — Et à défaut d'accord entre les propriétaires des fonds dominants, le mode de jouissance entre eux sera réglé par les tribunaux. — Toullier, Solon, Zachariæ, Demolombe, *loc. cit.*

258. — L'application du principe peut toutefois présenter, en certains cas, des difficultés. S'il s'agit, par exemple, d'un droit de prise d'eau accordé successivement à plusieurs fonds dominants, et si un événement de force majeure vient à diminuer le débit de la source de telle façon que ces fonds ne puissent plus avoir tous la quantité d'eau promise, faudra-t-il opérer par voie de retranchement graduel, de manière à priver totalement les concessionnaires derniers en date pour conserver aux premiers tout ce qui leur a été concédé? Pardessus pense qu'il faut les réduire tous proportionnellement, sans même distinguer les acquéreurs par titre et les acquéreurs par prescription. — Pardessus, t. 1, n. 48.

259. — En dehors de ce cas, et s'il s'agit de servitudes différentes aussi bien que s'il s'agit de servitudes identiques, c'est le droit du concessionnaire premier en date, rendu opposable aux tiers, conformément à la loi du 23 mars 1855 (V. *infrà*, n. 861 et s.), qui doit être préféré, lorsque l'exercice du droit des autres doit nuire au sien. — Pardessus, t. 1, n. 48; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1097.

260. — De même qu'un héritage peut devoir une même servitude à des fonds divers, de même plusieurs fonds peuvent en devoir une en commun à un même héritage. Le droit de l'exercer, la manière de la conserver, et l'obligation de la souffrir, ont lieu comme si chacun d'eux en devait une séparément. — Pardessus, *loc. cit.*

261. — On peut imposer des servitudes sur la seule superficie. Il faut seulement qu'il n'en résulte aucun empiétement sur les droits du propriétaire du dessous. — Pardessus, t. 1, n. 49.

262. — Nous avons déjà indiqué qu'il n'est pas nécessaire que l'immeuble au profit duquel une servitude est constituée, ni que celui sur lequel on l'accorde, existent au moment du contrat. Ainsi, on peut acquérir le droit de faire passer par tel champ une source qui n'est pas encore découverte, ou convenir qu'après sa construction un édifice jouira ou sera grevé de certaines servitudes. Nous verrons (n. 1320 et s., 1332 et s.), comment les effets d'une telle stipulation peuvent être anéantis ou modifiés par la prescription. — Pardessus, t. 1, n. 50.

263. — La distinction, jadis très-importante, entre les servitudes, selon qu'elles étaient dues à des héritages urbains ou à des héritages ruraux, n'a plus aujourd'hui aucun intérêt. — Bannelier et Davot, t. 2, p. 149; Pardessus, t. 1, n. 51; Toullier, t. 3, n. 596; Duranton, t. 5, n. 485; Marcadé, sur l'art. 687; Zachariæ, § 248, texte et note 1; Demolombe, t. 12, n. 705; Aubry et Rau, t. 3, § 248, texte et note 2; Laurent, t. 8, n. 125; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1081. — Le Code ne l'a conservée que pour mémoire. Il indique, dans son art. 687, que « les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. Celles de la seconde espèce se nomment *rurales* ». Ainsi, les servitudes dues à des moulins, étables, granges, celliers, pressoirs, etc., sont des servitudes urbaines. Sont rurales, au contraire, les servitudes dues à des jardins joints à des habitations en ville. — Pardessus, t. 1, n. 52.

CHAPITRE IV.

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR L'EXERCICE DES SERVITUDES.

Section I.

Comment on doit user des servitudes.

§ 1. *De l'impossibilité d'aggraver la servitude exercée.*

264. — Celui qui a un droit de servitude ne peut l'exercer que dans la mesure fixée soit par la loi, soit par les règlements administratifs dans les matières qui peuvent y être soumises, telles que les servitudes naturelles, soit par les conventions interprétées conformément aux art. 1135 et 1156 et s., C. civ., soit par la prescription, soit enfin, à défaut de ces moyens, par l'arbitrage des tribunaux. — Pardessus, t. 1, n. 54; Aubry et Rau, t. 3, § 253 A-1°; Daviel, t. 3, n. 913 *ter*. — Spécialement sur la prescription, V. *infrà*, n. 1008 et s. — Sur l'arbitrage des tribunaux, V. *infrà*, n. 667 et s.

265. — La loi détermine parfois les règles d'exercice de certaines servitudes, soit dans le silence des actes, soit même nonobstant toutes clauses contraires. Ainsi, pour les droits de pâturage et de panage dans les bois, les art. 67 et 119, C. for., stipulent notamment qu'ils ne pourront jamais être exercés que dans les parties de bois déclarées défensables. — Pardessus, t. 1, n. 58. — V. *infrà*, v° *Usages forestiers*.

266. — Souvent le propriétaire dominant devra, avant d'exercer son droit, avertir préalablement le propriétaire du fonds grevé, par exemple si ce fonds est clos. Parfois même une autorisation du propriétaire assujetti est nécessaire : c'est ce qui a lieu notamment pour les délivrances de bois (C. for., art. 79 et 120). — Pardessus, t. 1, n. 58. — V. *infrà*, v° *Usages forestiers*.

267. — Aux termes de l'art. 702 : « Celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier ».

268. — Ainsi, celui qui a le droit de faire passer à travers un fonds des eaux d'une certaine nature en quantité déterminée, ne peut pas, sans s'exposer à payer des dommages-intérêts, en augmenter le volume, ni y mêler des eaux étrangères à celles que l'on a eues en vue dans l'établissement de la servitude. — Pardessus, t. 1, n. 54; Demolombe, t. 12, n. 914.

269. — Jugé, en ce sens, que celui qui a établi dans son mur des barbacanes, substituant à l'écoulement naturel des eaux un

écoulement artificiel qui en a augmenté le volume, a indûment aggravé la servitude due à son fonds, et peut être condamné à supprimer ces barbacanes. — Cass., 5 mars 1901, Coquelet, [D. 1901.1.165]; — Trib. civ. de Louviers, 13 janv. 1900, [*Mon. jud. de Lyon*, 4 déc. 1900]

270. — ... Que la servitude d'égout des eaux pluviales arrivant sur le fonds inférieur chargées des immondices qu'elles peuvent rencontrer le long d'une venelle et entraîner dans leur cours, se trouve indûment aggravée par l'établissement, à l'entrée de la venelle, d'une fosse d'aisances où les matières fécales s'accumulent pour être entraînées en masse par les eaux pluviales qui les traversent. — Pau, 9 févr. 1885, Foureau, [D. 86.2.173]

271. — ... Que le propriétaire du fonds dominant ne peut, par des travaux entrepris sur ce fonds (démolition d'un mur, pavage d'une cour, suppression d'un égout), augmenter le volume des eaux que devaient recevoir les fonds inférieurs ; et qu'il ne peut diriger ces eaux, au moyen d'une rigole nouvellement établie, vers un point unique, de sorte qu'elles battent et dégradent les constructions élevées sur les fonds servants. — Paris, 23 juin 1900, Pointeau, [D. 1901.2.59]

271 *bis*. — ... Que de même le propriétaire d'un tènement de vignes en amont d'un fonds séparé du tènement par la voie publique, qui, par des travaux de canalisation, et notamment par la suppression de diverses rigoles, et par l'établissement d'autres rigoles modifie l'état des lieux et le cours naturel des eaux, aggrave l'assujettissement du fonds inférieur, dès lors que les travaux de canalisation exécutés par lui ont eu pour résultat de réunir les eaux en un seul volume, et d'augmenter la rapidité de leur pente vers le fonds inférieur. — Lyon, 30 nov. 1899, Renault, [S. et P. 1902.2.145]

272. — Jugé cependant que l'on ne peut considérer comme une aggravation de servitude, suivant l'art. 702, C. civ., le fait d'avoir surélevé un mur, ce qui a eu pour conséquence de déverser sur le fonds servant les eaux pluviales d'une hauteur excédant de 1m,60 le stillicide d'où elles s'écoulaient précédemment. — Trib. civ. Oloron, 18 juill. 1900, [*Gaz. Pal.*, 1901.1.670]

272 *bis*. — ... Et que, d'autre part, la demande en dommages-intérêts, formée par le propriétaire d'un fonds inférieur contre le propriétaire d'un héritage supérieur, sous prétexte que celui-ci aurait aggravé, par des modifications dans l'état des lieux, la servitude d'écoulement naturel des eaux sur son fonds, qui en aurait subi des dommages, doit être rejetée lorsqu'il est constaté, d'après les résultats d'une expertise, que le défendeur n'a exécuté sur son bien aucun travail qui puisse être considéré comme ayant aggravé la servitude dont il s'agit. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il n'a fait que l'exploiter selon le mode de culture usuel dans la contrée en raison de la nature des terrains, et lorsque, si les eaux ont produit des dégâts sur le fonds du demandeur, c'est à la suite d'orages d'une violence exceptionnelle, dont les effets ont été rendus plus dommageables par suite des défrichements imprudents faits par le demandeur lui-même sur son propre fonds. — Cass., 23 déc. 1901, Ferrant, [S. et P. 1902.1.398] — V. aussi Lyon, 30 nov. 1899, précité.

273. — V. d'ailleurs, pour toutes les questions spécialement relatives à l'aggravation de la servitude d'écoulement des eaux, *suprà*, v° *Eaux*, n. 44 et s.

274. — Jugé, encore, que le propriétaire d'un domaine qui, ayant obtenu la concession des 7/22 des eaux d'une source, a acquis d'un autre propriétaire, également concessionnaire des eaux, le droit de faire passer ses eaux dans le canal construit par celui-ci, ne peut demander à bénéficier dans la proportion des 7/22 d'un excédent d'eau se déversant dans le canal et provenant d'une concession non encore utilisée ; il y aurait là une aggravation de la servitude grevant le canal. — Saint-Denis (Réunion), 3 mars 1876, Mazérieux et Cie, [S. 77.2.16, P. 77.104]

275. — ... Que si les parties ont établi un droit de passage dans l'intérêt exclusif de l'exploitation agricole d'une ferme ne comportant rationnellement que la présence de deux ou trois vaches, et si elles ont en conséquence prévu le transport des matériaux nécessaires pour la construction d'une étable destinée à contenir ces animaux, le propriétaire de la ferme doit être considéré comme ayant aggravé la servitude, s'il a construit une écurie pouvant contenir, non pas deux ou trois, mais six ou sept bêtes à cornes, et si pour amener sur sa propriété les matériaux destinés à cette écurie, il a détérioré, dans une certaine mesure, le chemin de servitude établi à son profit sur le fonds servant. — Cass., 21 avr. 1902, Le Duc, [D. 1902.1.310] — V. cep., sur ce dernier point, *infrà*, n. 304.

276. — ... Que la faculté concédée par le propriétaire d'un moulin à un tiers, dans l'acte constitutif d'une servitude de passage, de construire pour l'exercice de cette servitude un pont sur le bief du moulin, ainsi que ce tiers le jugera convenable, n'implique pas nécessairement, d'une part, le droit de construire le pont à plusieurs arches avec piles en maçonnerie dans le lit du bief, et n'emporte pas, d'autre part, le droit unilatéral de changer la forme du pont; qu'en tout cas, si l'intention réelle des parties s'est révélée par l'exécution telle qu'elle a été donnée à la convention, et si la condition du fonds servant a été ainsi réglée en conformité du titre, il ne peut dépendre du concessionnaire de reconstruire le pont dans une forme plus onéreuse pour ce fonds. — Cass., 4 févr. 1873, Astier, [S. 73.1.53, P. 73.119, D. 74.1.122]

277. — ... Qu'il y a aggravation de servitude dans le fait de surélever jusqu'aux étages supérieurs, pour desservir des cabinets d'aisance nouvellement installés, un tuyau de descente établi dans la cour de la maison voisine. — Limoges, 24 mars 1896, Caillaud, [D. 1901.2.464]

278. — ... Que la plantation de pieux, sur les propriétés riveraines d'un cours d'eau flottable à bûches perdues, pour empêcher les bois flottés de sortir du lit de ce cours d'eau, constitue une aggravation non autorisée par la loi de la servitude de passage dont ces propriétés sont grevées pour l'exercice du flottage. — Cass., 17 déc. 1872, Synd. des marchands de bois de la Cure, [D. 73.1.5]

279. — Il y a aggravation de servitude par le seul fait de la substitution d'une servitude continue à une servitude discontinue. Spécialement, il y a aggravation d'une servitude intermittente de vue qui s'exerce par une porte pleine s'ouvrant sur le fonds servant, lorsque cette porte pleine a été remplacée par une porte vitrée, la servitude se trouvant ainsi transformée de façon à s'exercer sans interruption et indépendamment du fait actuel de l'homme. — Cass., 18 déc. 1894, [S. et P. 98.1.486, D. 95.1.365]

280. — Il importe même peu, en pareil cas, que le préjudice devant en résulter pour le fonds servant soit nul, et notamment que les vues possédées à d'autres étages par le fonds dominant sur le fonds servant soumettent déjà ce dernier à une somme d'incommodités devant le rendre indifférent à la constitution d'une servitude nouvelle ou à l'aggravation de celle existant. La porte dont il s'agit n'en doit pas moins rester non vitrée. — Même arrêt. — V. cep. *infrà*, n. 370.

281. — Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que le propriétaire d'une terrasse naturelle qui joint la propriété voisine, ne peut établir une balustrade le long de cette terrasse, de façon à aggraver la servitude naturelle de vue résultant de l'élévation du fonds dominant au-dessus du fonds servant. — Orléans, 19 janv. 1849, Viot, [S. 49.2.596, P. 49.1.182, D. 50.2.8]

282. — ... Et que le propriétaire qui a acquis par prescription un droit de vue sur son voisin au moyen d'un certain nombre d'ouvertures, ne peut puiser dans cette prescription le droit d'en établir de nouvelles. — Cass., 1er juill. 1861, Fornari, [S. 62.1.81, P. 62.1197]

283. — Mais le copropriétaire d'une cour commune qui exhausse sa maison donnant sur cette cour et y pratique de nouveaux jours, ne fait (alors d'ailleurs qu'il s'abstient de tous troubles et de tous empiétements) qu'user de son droit de copropriété, et ne contrevient pas aux règles relatives à l'aggravation des servitudes, règles inapplicables entre communistes. — Cass., 10 nov. 1845, Viollat, [S. 46.1.487, P. 46.2.86, D. 46.1.139] — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 56.

284. — Il en pourrait être ainsi même au cas de servitudes conventionnelles, si le titre constitutif donne au propriétaire du fonds dominant un droit indéfini, comme le droit d'appuyer des poutres ou d'ouvrir des vues, sans stipulation de nombre ou de dimensions : le propriétaire dominant pourra toujours les agrandir ou les multiplier. Il n'en serait autrement que si la faculté accordée par la convention s'était perdue par le non-usage (V. *infrà*, n. 1243 et s.). — Pardessus, t. 1, n. 56.

285. — Nous verrons, *infrà*, n. 376, que l'appréciation des circonstances d'où résulte l'aggravation de servitude appartient aux tribunaux. Cette appréciation, basée sur le titre et sur les circonstances spéciales à chaque espèce, explique les apparentes contradictions que la jurisprudence révèle parfois. — V. notamment, *infrà*, n. 303 et s., 323 et s.

286. — Il a pu être jugé, en vertu de ce pouvoir d'appréciation, que le propriétaire du fonds servant doit souffrir les aggra-

vations que les tribunaux jugent être une conséquence de changements prévus par l'acte constitutif de la servitude; et que notamment il doit subir les modifications à une loge de concierge rendues nécessaires par l'ouverture d'un nouveau passage dont l'acte constitutif prévoyait la substitution au passage ancien. — Cass., 15 mars 1869, Herbemont, [D. 70.1.109]

287. — Jugé également que celui qui est copropriétaire d'une cour commune peut pratiquer des entonnoirs dans son mur et sur cette cour, pourvu d'ailleurs qu'il n'en résulte aucun inconvénient pour les autres copropriétaires. — Cass., 6 févr. 1822, Cordier, [S. et P. chr.]

288. — ... Et que le propriétaire d'échoppes situées dans une cour commune, et qui, de temps immémorial, n'avaient pas de tuyaux pour la descente des eaux pluviales, peut, en construisant une maison à la place des échoppes, y adapter des tuyaux qui conduisent les eaux dans la cour commune. — Cass., 5 déc. 1827, Tasse, [P. chr.]

289. — Mais si les juges du fait estiment et décident qu'il y a aggravation illicite de la servitude, le propriétaire du fonds dominant est tenu de détruire l'état de choses qui constitue cette aggravation, et doit être condamné à remettre les lieux en l'état pour l'avenir, outre les dommages-intérêts auxquels il peut être condamné pour le préjudice causé dans le passé. — Cass., 5 mars 1901, Coquelet, [D. 1901.1.165] — Limoges, 24 mars 1896, Caillaud, [D. 1901.2.464] — Lyon, 30 nov. 1899, Renault, [S. et P. 1902.2.145]

290. — Notamment lorsque le propriétaire d'une mine a aggravé la servitude légale d'écoulement des eaux sur les fonds inférieurs, en chargeant ces eaux de substances nuisibles à la végétation, les juges peuvent, sans créer aucune servitude sur le fonds supérieur au profit des fonds inférieurs, imposer au propriétaire de la mine l'obligation de faire certains travaux pour empêcher l'écoulement des eaux nuisibles. — Cass., 3 août 1843, Champanhet, [S. 44.1.137, P. 44.1.74]; — 9 janv. 1856, Grimaldi, [S. 56.1.28, P. 56.1.118] — Lyon, 30 nov. 1899, précité. — V. aussi, *infrà*, n. 594.

291. — Ils doivent également faire défense au riverain supérieur de continuer à déverser dans un ruisseau les eaux dérivées d'un canal pour les besoins de son industrie, et non pas le condamner seulement à payer aux riverains inférieurs une certaine somme par mois, à titre de dommages-intérêts, jusqu'à ce qu'il écoule ailleurs lesdites eaux. — Aix, 5 juill. 1870, Ancey, [S. 72.2.205, P. 72.906, D. 72.2.146]

291 *bis*. — L'action du propriétaire assujetti contre le propriétaire dominant, afin de destruction d'ouvrages nuisibles et de dommages-intérêts, est de même nature que celle qui appartient au propriétaire dominant pour faire disparaître les obstacles apportés à l'exercice de la servitude (V. *infrà*, n. 476 et s.). — Demolombe, t. 12, n. 897.

292. — Ce serait encore contrevenir à la règle de l'art. 702, que de changer, par exemple, l'heure ou l'époque déterminée pour un puisage. — Pardessus, t. 1, n. 58.

293. — On ne peut pas non plus réclamer sur un fonds une servitude non exprimée dans l'acte d'assujettissement, à moins que cette servitude ne soit l'accessoire et le mode d'exécution inséparable et indispensable du droit qu'on a (V. *infrà*, n. 391 et s.). Ainsi l'on peut exiger le droit de passage nécessaire à l'exercice d'un droit de puisage; mais celui qui a un droit de passage ne saurait prétendre, dans le silence de son titre, à un droit de stationnement, à moins que la nécessité n'en provienne d'une force majeure ou d'une faute du propriétaire grevé. — Pardessus, t. 1, n. 58.

294. — Jugé, en ce sens, que les propriétaires de canaux particuliers, assujettis à une servitude de passage moyennant la perception d'un droit fixé par les tarifs, peuvent exiger une rétribution particulière, indépendante desdits tarifs, à raison d'un stationnement auquel ils ne sont pas assujettis. — Cass., 5 mars 1829, Fildier, [S. chr.] — Ce serait, de la part des bénéficiaires de la servitude de passage, prétendre à un droit de servitude aggravé, que de vouloir stationner sans payer cette rétribution supplémentaire.

295. — Jugé, de même, que celui qui a une servitude de tour d'échelle sur un fonds voisin, ne peut exiger, du propriétaire du fonds servant qui y a fait construire un bâtiment, la remise d'une clef de ce bâtiment. — Rennes, 2 janv. 1867, Véron, [S. 67.2.72, P. 67.334]

296. — Nous verrons *infrà*, v° *Vues et jours*, que la servitude de vue n'implique pas nécessairement l'existence d'une servitude *non ædificandi*, et que ce serait aggraver la servitude de vue que d'interdire au propriétaire du terrain servant de bâtir sur ce terrain. Nous rapportons également *infrà*, n. 674 à 695, un certain nombre de décisions relatives aux servitudes *non ædificandi*, et *altius non tollendi*, et aux différentes clauses d'où l'on a pu vouloir inférer l'existence de ces servitudes.

297. — Celui qui a un droit de servitude ne peut pas le détacher, sous une forme quelconque, du fonds dominant, pour le reporter sur un autre, ni en étendre l'usage à un autre fonds ou à des objets qui ne faisaient pas partie du fonds dominant quand la concession a été faite : ce serait modifier et aggraver la situation du fonds assujetti. — Pardessus, t. 1, n. 59, Zachariæ, § 253, texte et note 7; Demolombe, t. 12, n. 847 et 854; Aubry et Rau, t. 3, § 253-A-4° et 5°.

298. — Ainsi le passage établi pour une maison ne saurait être étendu à une autre, bâtie depuis (Demolombe, t. 12, n. 850). Et celui qui a un droit de passage pour se rendre à tel terrain désigné ne serait pas fondé à user de ce passage pour conduire des engrais dans un autre terrain ou pour en extraire les produits. — Pardessus, t. 1, n. 59; Demolombe, t. 12, n. 854. — V. aussi *suprà*, v° *Passage*, n. 23 et s.

299. — De même, si le propriétaire d'une source a cédé un droit de prise d'eau pour l'irrigation de l'héritage inférieur, et que le propriétaire de ce dernier fonds l'augmente par des acquisitions, il ne peut exiger une prise d'eau plus considérable que celle qui lui est due à raison du fonds pour lequel le droit lui a été d'abord concédé. — Proudhon, t. 4, n. 1363.

300. — Jugé, en ce sens, que si, dans le partage de bâtiments et terrains indivis, un puits a été déclaré commun à tous les lots, le droit d'y puiser doit être restreint au service des immeubles soumis au partage et ne peut être étendu à l'usage des acquisitions nouvelles que les copartageants ont faites ultérieurement. — Bourges, 13 nov. 1838, Charpin, [S. 39.2.84, P. 39.1.415]

301. — ... Qu'une servitude d'abreuvage concédée pour les animaux affectés à une terre de cinq hectares ne peut pas être, sans le consentement du propriétaire assujetti, étendue à d'autres terrains par le propriétaire du fonds dominant. — Cass., 5 juill. 1900, Combasson, [D. 1901.1.294] — Riom, 3 juill. 1901, Combasson, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 1.34]

302. — ... Que le titulaire d'une servitude de pressurage ne peut pas en user pour des récoltes provenant de fonds autres que celui pour lequel la servitude a été établie. — Caen, 23 janv. 1849, Humbert, [S. 49.2.718, P. 50.1.192, D. 51.5.490] — *Sic*, Flaust, t. 2, p. 893; Demolombe, t. 12, n. 935. — V. *suprà*, v° *Copropriété*, n. 47.

303. — ... Qu'une servitude de passage existant en faveur d'une maison affectée à l'habitation particulière du propriétaire peut être considérée comme aggravée, si celui-ci l'a étendue au passage de personnes fréquentant un lieu de réunion publique par lui établi, tant dans sa maison que dans deux autres maisons voisines qu'il a mises en communication avec la sienne au moyen de portes. — Cass., 15 avr. 1868, Chrétien, [S. 68.1.395, P. 68.1071, D. 68.1.340] — V. cep. *infrà*, n. 325.

304. — ... Que, bien qu'une servitude de passage ait été établie originairement, tant pour le service du premier étage d'une maison que pour celui d'une pièce au rez-de-chaussée, sur une allée dépendant de la maison voisine, si, plus tard, la servitude a pris fin en ce qui concerne la pièce au rez-de-chaussée, le fait par le propriétaire du fonds dominant d'avoir ouvert une porte de communication entre cette pièce et l'allée peut être considéré comme une aggravation de la servitude de passage. — Même arrêt. — V. cep. *infrà*, n. 323 et s., 357.

305. — ... Et plus généralement que, lorsqu'une servitude a été créée avec une affectation spéciale, le propriétaire du fonds dominant ne peut en appliquer le bénéfice à un autre fonds, alors surtout qu'il résulterait de ce changement de destination une aggravation pour le fonds servant. — Cass., 5 mai 1868, Ponsot, [S. 68.1.247, P. 68.619, D. 68.1.336] — V. aussi : Cass., 10 août 1858, Canale, [D. 58.1.358]

306. — Jugé toutefois qu'une servitude de passage stipulée en faveur du propriétaire d'un terrain sur lequel il n'existe qu'une maison, peut être cédée à l'acheteur d'une nouvelle maison construite sur le même terrain. — Paris, 16 mai 1825, Maux-Tourneur, [P. chr.]

307. — ... Qu'il en est du moins ainsi lorsque le vendeur, titulaire originaire de la servitude, renonce à l'exercer à l'avenir

soit par lui-même, soit par ses successeurs, ladite servitude n'étant dès lors en rien aggravée, puisqu'elle n'existe, comme dans l'origine, qu'au profit d'une seule maison. — Même arrêt.

308. — D'autre part, l'application de la règle de l'art. 702 ne saurait aller jusqu'à porter atteinte au droit de propriété et à la liberté des héritages, et jusqu'à contraindre, par exemple, le propriétaire du fonds dominant à ne jamais réunir à son héritage des terrains limitrophes ou à les tenir séparés par une clôture perpétuelle. Aussi a-t-il été jugé que l'aggravation d'une servitude de passage établie pour l'utilité d'un fonds ne résulte pas nécessairement de ce que, par des suppressions de clôtures, d'autres fonds ont été ajoutés au fonds dominant. Il n'y aurait aggravation que si, en fait, la servitude de passage, au lieu d'être employée exclusivement pour le fonds dominant, avait été étendue aux fonds limitrophes. — Cass., 5 janv. 1858, de Bourneville, [S. 58.1.288, P. 58.732, D. 58.1.388] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 911. — V. cependant *supra*, vº *Passage*, n. 25.

309. — Pardessus (t. 1, n. 59) fait remarquer encore avec raison qu'il n'y a point extension interdite d'une servitude de passage dans le fait d'aller purement et simplement à un second terrain après s'être rendu sur celui au profit duquel la servitude est constituée.

310. — Jugé, en ce sens, que le propriétaire d'une grange à laquelle la servitude de passage est due peut, sans qu'il en résulte aucune aggravation de la servitude, s'introduire, par une communication intérieure, dans une chambre jointe à ladite grange, bien que le passage n'ait pas été créé pour cette chambre. — Bordeaux, 18 août 1849, Berthon, [P. 50.2.344, D. 50.2.30]

311. — Il n'y a pas non plus extension interdite et aggravation de la servitude, lorsque le propriétaire dominant est dans la nécessité d'en communiquer les effets à un autre fonds après l'avoir exercée. C'est ce qui arrive notamment en cas de prise d'eau, si l'eau s'écoulant au sortir de son fonds procure l'irrigation, par le fait de la disposition des lieux, à d'autres héritages inférieurs non désignés dans le titre. Des arrangements pourront même être pris à cet égard avec les propriétaires de ces héritages, à condition de ne pas accroître les charges du fonds grevé. Il ne faudrait pas non plus que l'acte constitutif contînt des stipulations contraires, expresses ou implicites. — Pardessus, t. 1, n. 59; Demolombe, t. 12, n. 848; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 14; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1134.

312. — Jugé notamment que les juges du fait peuvent, tout en reconnaissant qu'un droit de prise d'eau n'a été concédé que pour l'arrosement d'un enclos, autoriser le propriétaire de cet enclos à employer, après l'arrosement, à un tout autre usage, et notamment au fonctionnement d'une usine y établie, le surplus de la quantité d'eau fixée comme nécessaire à l'exercice de son droit, s'ils constatent qu'à raison de la situation des lieux, les eaux ne peuvent être ramenées au ruisseau d'où elles sortent ; et qu'on ne saurait voir, dans cette modification partielle de la destination des eaux, une aggravation de la servitude. — Cass., 20 nov. 1872, Pradier-Gillet, [S. 73.1.32, P. 73.50, D. 73.1.260] — V. cep. *infra*, n. 339.

313. — ... Que celui dont le fonds est grevé d'une servitude de conduite d'eau destinée à l'irrigation des fonds inférieurs, n'est pas fondé à se plaindre de ce que les eaux, après avoir traversé sa propriété, seraient employées à l'arrosement de fonds autres que ceux auxquels elles étaient primitivement destinées, alors que de ce changement de destination ne résulte aucune aggravation de servitude pour le fonds servant, soit quant au volume de l'eau qui le traverse, soit quant aux travaux nécessaires pour en faciliter le passage. — Cass., 23 avr. 1856, Galinier, [S. 56.1.575, P. 56.2.602, D. 56.1.294]

314. — ... Que l'acquéreur d'une prise d'eau pour l'usage d'une usine établie sur un fonds déterminé, peut faire servir la prise d'eau à une portion d'usine construite sur un autre fonds, alors que la servitude n'en est pas aggravée, en ce que, d'après les conventions, la nouvelle portion d'usine aurait pu être élevée sur le premier fonds. — Caen, 5 déc. 1827, Foubert, [S. et P. chr.]

315. — Mais une prise d'eau affectée à l'alimentation d'un vivier, et dont il n'a pas été fait usage pendant un certain temps, ne pourrait pas être rétablie pour satisfaire à l'irrigation d'un fonds autre que celui dominant, alors qu'il est constant que les travaux de rétablissement, considérés dans leur ensemble, sinon la prise d'eau proprement dite, constituent pour le fonds servant une aggravation de la servitude primitive. — Cass., 5 mai 1868, précité.

316. — Si le propriétaire du fonds grevé ne peut pas se plaindre du fait que les avantages de la servitude ont été communiqués à un héritage non désigné par le titre constitutif, du moins n'en résulte-t-il aucun droit particulier qui lui soit opposable. — Cass., 29 juin 1881, Picquet, [S. 83.1.104, P. 83.1.253, D. 82.1.352] — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 59.

317. — La clause d'un acte de partage, par laquelle l'un des copartageants applique aux biens partagés le bénéfice d'une servitude établie sur le fonds à lui échu, fait loi entre les copartageants et leurs acquéreurs : le copartageant, propriétaire du fonds en faveur duquel la servitude avait été établie, ou le tiers, acquéreur de ce fonds, ne peuvent, dès lors, s'opposer à ce que les détenteurs des autres lots usent comme eux de la servitude. — Même arrêt.

318. — Nous pensons, quoique cela soit plus douteux et dépende un peu des circonstances, que le propriétaire du fonds servant ne peut se plaindre si, par l'effet d'un échange, le fonds dominant a, d'une part, été diminué de sa consistance primitive, et d'autre part, a recouvré cette consistance au moyen de l'annexe des terrains reçus en contre-échange.

319. — En tout cas, les augmentations par alluvion doivent profiter des mêmes avantages que l'objet principal, sans qu'il y ait à distinguer entre l'alluvion qui se produit de façon insensible, et l'alluvion par atterrissement ou par formation d'une île (C. civ., art. 559 et s.). — Pardessus, t. 1, n. 59; Demolombe, t. 12, n. 851 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, p. 836, note 3. — V. *supra*, vº *Alluvion*, n. 248.

320. — Toutefois si une servitude (d'arrosage, par exemple), n'a été consentie que jusqu'à concurrence de tel volume d'eau, ou en faveur de tel nombre déterminé d'hectares, le propriétaire ne pourrait, quelque fût l'accroissement qu'eût éprouvé son fonds, rien exiger au delà de ce que le titre a fixé. — Pardessus, t. 1, n. 59.

321. — Doit-on aller plus loin, et dire que, lorsqu'une servitude consiste en certaines perceptions dont la quotité est déterminée, le propriétaire du fonds auquel elle est due ne peut pas employer, pour d'autres usages que les besoins prévus par le titre, ce qui excède ceux de son fonds ? On a soutenu que le caractère des servitudes, de n'être établies que pour le seul besoin de l'héritage désigné, s'y oppose, et que la détermination de la quotité due ne fixe pas le maximum dont le propriétaire dominant pourra user pour des besoins quelconques, mais indique seulement la limite au delà de laquelle le fonds grevé ne pourra plus être tenu de supporter la servitude, même quand les besoins du fonds dominant seraient plus étendus. Et l'on invoque en ce sens, comme application du principe, les art. 83 et 120, C. for., aux termes desquels il est interdit aux usagers d'employer les bois délivrés, à aucune autre destination que celle pour laquelle le droit d'usage leur a été accordé. — Pardessus, t. 1, n. 59.

322. — Nous pensons au contraire qu'en vertu du principe d'après lequel on est sans action quand on est sans intérêt, le propriétaire du fonds servant ne pourrait pas se plaindre de ce que le propriétaire dominant fît tel ou tel emploi de perceptions dont la quotité ne dépasse pas celle fixée par son titre. — Toullier, t. 2, n. 651 ; Demolombe, t. 12, n. 847 ; Daviel, t. 3, n. 915 *bis*.

323. — D'autre part, si la servitude est indéterminée quant à la quotité des prestations dues, elle ne doit pas être considérée comme aggravée dans le sens de l'art. 702, lorsqu'un plus grand nombre de personnes viennent habiter sur le fonds dominant, ou lorsque le nombre des bestiaux attachés à son exploitation se trouve augmenté. Il en est ainsi notamment pour les servitudes de passage, de puisage, de pacage, etc. — Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 19. — V. cependant, *suprà*, n. 303 et s.

324. — Jugé en ce sens que le fait, par le propriétaire d'un fonds auquel le passage est dû, d'exhausser ou d'agrandir les bâtiments existant sur ce fonds, de telle sorte que le nombre des personnes qui doivent user du passage se trouve notablement augmenté, ne constitue pas, dans le sens de la loi, une aggravation de servitude, pourvu que le fonds conserve sa nature et sa destination, et que le passage s'exerce par le même endroit sans rien changer aux conditions de sa constitution primitive. — Rouen, 11 mars 1846, Marie, [S. 46.2.472, P. 49.1.51, D. 49.2.93]

325. — ... Que le propriétaire qui a acquis un droit de passage pour lui, les siens et ayants-cause, peut user de ce passage pour introduire chez lui toutes les personnes qu'il a intérêt à recevoir, et même le public s'il a donné à sa propriété la desti-

nation d'un jardin public. Du moins l'arrêt qui le juge ainsi par interprétation des titres et par appréciation des circonstances est à l'abri de la censure de la Cour de cassation. — Cass., 8 nov. 1842, Renussat, [P. 43.1.457] — V. aussi *suprà*, v° *Passage*, n. 16. — V. cep. *suprà*, n. 303.

326. — ... Que le droit de passage pour tous usages constitué par un acte de partage sur un fonds, en faveur de certains fonds compris dans d'autres lots, peut s'exercer pour le service des bâtiments construits depuis le partage, comme pour le service de ceux existant à cette époque, et que, spécialement, ce droit peut être exercé lorsqu'il est attaché à une grange, non seulement pour le transport des récoltes excrues sur les fonds compris dans le partage, mais encore pour le transport des récoltes excrues sur des fonds étrangers à ce partage, et que la grange peut contenir. — Caen, 27 août 1842, Aze, [S. 43.2.101, P. 43.1.205]; — 16 mars 1854, Ameline, [*Rec. Caen*, t. 18, p. 125] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 852. — V. aussi *suprà*, v° *Passage*, n. 14, 18 et s.

327. — ... Que le propriétaire d'un domaine à raison duquel un droit de pacage a été concédé sur un fonds voisin, n'aggrave pas la condition du fonds servant, par cela seul qu'il a divisé son domaine en deux exploitations et augmenté par suite le nombre des bestiaux qu'il envoie au pacage. Du moins, l'arrêt qui le juge ainsi par appréciation des circonstances ne viole aucune loi. — Cass., 30 déc. 1839, Bracy, [S. 40.1.513]

328. — ... Que lorsqu'une servitude d'extraction de minerai a été concédée à perpétuité pour tout ce qui sera nécessaire à l'approvisionnement d'un fourneau, le propriétaire de ce fourneau a droit, non seulement à la quantité de minerai dont son établissement avait besoin au moment de la constitution de la servitude, mais encore à celle qui est devenue nécessaire plus tard à son usine par suite de son accroissement. Du moins, l'arrêt qui le décide ainsi par interprétation du contrat ne contient ni une violation de la loi, ni une aggravation de la servitude. — Cass. 9 févr. 1842, de Montsaulnin, [S. 42.1.106, P. 42.1.467]

329. — ... Que celui qui possède une servitude d'aqueduc sur les fonds voisins, a droit (sauf toute autre convention à cet égard) de faire couler par les tuyaux de l'aqueduc toute l'eau qu'ils peuvent contenir, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si une partie de cette eau, ou même la totalité, provient d'une source autre que celle pour laquelle l'aqueduc avait été établi; pourvu toutefois que le niveau des nouvelles eaux, au point où elles entrent dans le canal, ne soit pas plus élevé que celui de la source primitive. On ne peut voir là une aggravation de servitude si d'ailleurs toutes précautions ont été prises pour que le fonds asservi n'éprouve pas un plus grand préjudice que dans le principe. — Riom, 23 janv. 1829, Vissaguet, [S. et P. chr.]

330. — Jugé, toutefois, qu'une servitude consistant pour le vendeur d'un moulin et pour ses successeurs résidant dans sa maison et ayant de lui droit et cause à perpétuité, dans le droit de moudre leur grain à ce moulin, d'y faire leur huile et d'y accommoder leur chanvre, ne doit pas être aggravée d'une manière indéfinie ni soumise à une consommation d'huile, de chanvre et de grains, exorbitante et hors la portée de l'intention des contractants. — Riom, 31 janv. 1829, Varagne, [P. chr.]

331. — ... Qu'en pareil cas l'acquéreur du moulin ou ses ayants-cause ont le droit de demander en justice un règlement qui limite pour l'avenir l'exercice de la servitude. — Même arrêt.

332. — ... Que, lorsqu'un propriétaire a vendu une partie de son domaine, en réservant au profit de la partie non vendue une servitude de puisage et d'abreuvoir, et qu'il cède ensuite la partie réservée à un tiers qui élève une maison sur la part par lui achetée, le premier acquéreur peut s'opposer à ce que le second profite conjointement avec le vendeur de la servitude qui serait aggravée par ce double usage. — Agen, 5 janv. 1829, Conor, [P. chr.]

333. — ... Que, lorsqu'un propriétaire a divisé son bien en deux héritages, pour le service desquels il a laissé en commun la jouissance d'une cour séparative, l'acquéreur d'un desdits héritages ne peut détruire l'équilibre ainsi établi, en augmentant pour son propre compte l'étendue du droit de passage dans ladite cour. Spécialement, cet acquéreur, ayant sur ladite cour commune une porte ouvrant dans une remise et communiquant avec un champ, ne peut convertir cette remise en un passage de voie publique donnant accès dans la cour à la population. — Paris, 21 août 1841, Souchet, [P. 41.2.229]

334. — Mais il a été, à très-juste raison, décidé qu'un droit de servitude réelle ne dépend pas de la conservation intégrale du domaine auquel il est attribué; et que, notamment, la concession d'un droit de pâturage pour un certain nombre de bêtes à cornes n'est pas subordonnée à la condition de posséder tout le domaine auquel ce droit a été affecté. — Cass., 20 juin 1827, Brovart, [S. et P. chr.] — Amiens, 17 avr. 1828, Brovart, [P. chr.]

335. — Est-il permis d'exercer une servitude pour d'autres usages que ceux pour lesquels elle a été établie, et notamment de changer la nature du fonds dominant? La question dépend essentiellement des circonstances.

336. — Il sera vrai de dire en bien des cas, quoiqu'on ne puisse voir là une règle absolument générale, que la servitude établie pour l'utilité de la superficie (par exemple, d'un vignoble) ne peut être exercée limitativement que dans l'intérêt du genre d'exploitation prévu; tandis que celle établie pour l'utilité du fonds lui-même est indépendante du mode de culture. — Demolombe, t. 12, n. 853. — V. toutefois, *infrà*, n. 724.

337. — On peut aussi poser en principe que, si une servitude a été constituée déterminément pour certains usages, on ne peut l'employer à des usages différents; que l'on ne peut employer à l'abreuvage de bestiaux une servitude de prise d'eau constituée pour l'irrigation du fonds, ni exercer pour le service d'une maison un passage établi pour l'exploitation d'un champ; mais que si, au contraire, la servitude a été établie d'une façon indéterminée, le fonds dominant peut employer les eaux, par exemple, à tous usages. — Demolombe, t. 12, n. 849; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 17. — V. toutefois, Daviel, t. 3, n. 915.

338. — Mais ici comme partout ailleurs (V. *suprà*, n. 285, et *infrà*, n. 376), le juge du fait appréciera souverainement s'il y a aggravation au sens de l'art. 702, si le fonds grevé éprouve une surcharge réelle, et si le propriétaire de ce fonds ne doit pas être censé avoir prévu le changement et y avoir par avance consenti. — Pardessus, t. 1, n. 69; Demolombe, t. 12, n. 852.

339. — Il a été jugé, notamment, que celui qui a une servitude de prise d'eau pour l'irrigation de ses propriétés riveraines d'un canal, ne peut appliquer cette prise d'eau à mettre une usine en mouvement. — Cass., 5 mai 1857, Chalaron, [S. 57.1.385, P. 57.847, D. 57.1.207]; — 4 juin 1872, Bougnol, [S. 73.1.149, P. 73.1161, D. 73.1.86]; — Rouen, 10 mai 1837, Duvallet, [cité par Daviel, t. 2, n. 671]; — Nancy, 9 déc. 1839, Kapp, [D. 40.2.18] — Demolombe, t. 12, n. 849; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et notes 15 et 16. — V. cep. *suprà*, n. 312, 314.

340. — Du moins, l'arrêt qui décide qu'il y a dans ce fait une aggravation de servitude blessant le droit du propriétaire du fonds dominant, ne viole aucune loi. — Cass., 5 mai 1857, précité.

341. — Jugé de même, que l'aggravation d'une servitude acquise par prescription peut résulter du seul changement consistant dans la substitution d'un genre d'exploitation à un autre; et que, spécialement, celui qui a acquis par prescription un droit de prise d'eau sur le canal de son voisin, pour faire mouvoir un moulin à blé, ne peut convertir son usine en moulin à huile, faisant concurrence avec un moulin semblable existant sur le fonds asservi, et cela encore qu'il n'apporte aucun changement au système extérieur de l'usine, ni à la prise d'eau qui l'alimente. — Cass., 15 janv. 1834, Liotard, [S. 34.1.491, P. chr.] — V. *infrà*, n. 347.

342. — ... Que celui qui a sur les eaux d'un canal une servitude au profit d'un moulin à foulon, excède ses droits et porte abusivement atteinte à ceux du propriétaire du canal, en construisant un moulin à blé qu'il prétend faire profiter de la même servitude. — Aix, 9 janv. 1839, Brémond, [S. 39.1.918, P. 42.1.663]

343. — ... Que la clause par laquelle un propriétaire est assujetti à donner chemin de servitude partout où requis sera, en temps et saison convenables, ne peut s'appliquer qu'au passage nécessaire pour desservir des terres labourables lors de la convention, et non s'entendre d'un passage permanent et journalier pour des magasins qui n'ont été établis que postérieurement. — Rennes, 18 nov. 1817, Leglas, [S. et P. chr.]

344. — ... Que, s'il n'y a pas aggravation de la servitude de passage par le seul usage plus actif et plus fréquent qui en est fait tout en restant conforme à la destination du fonds dominant, et si la construction d'un hangar dans un jardin dont il demeurait l'accessoire ne suffit pas par elle seule pour aggraver la servitude de passage établie au profit du jardin, il en est autre-

ment lorsque le fonds dominant s'est trouvé transformé par la construction d'un hangar en un établissement ou dépôt industriel; et qu'il y a également aggravation lorsque le propriétaire dominant a établi dans son jardin des lieux d'aisance à l'usage des locataires d'une maison qu'il possède dans le voisinage. Nancy, 8 nov. 1897, Meyer, [Gaz. Pal., 97.2.595

345. — ... Que le droit de passage avec bœufs et charrettes pour extraire les récoltes d'un pré ne peut pas être étendu au passage des bestiaux pour aller au pacage. — Bordeaux, 25 mai 1830, Farrade, [S. et P. chr.] — V. aussi, *supra*, v° *Passage*, n. 12 et s., 17.

346. — Mais il a été jugé, en sens contraire, que celui qui a, soit une servitude de puisage ou d'arrosage sur une source ou sur un étang, soit une servitude d'aqueduc sur le fonds qui sépare sa propriété d'un cours d'eau, n'aggrave pas cette servitude par cela seul qu'il change la destination des eaux sans en prendre un volume plus considérable, et qu'au lieu de les employer, comme par le passé, pour l'irrigation de ses propriétés, il les applique à mettre une usine en mouvement. — Cass., 6 mars 1849, de Mortillet, [S. 49.1.499, P. 49.2.49, D. 49.1.75]; — 10 févr. 1886, Boirivant, [D. 86.1.445] — Grenoble, 17 juill. 1847, de Mortillet, [S. 48.2.314, P. 48.1.436] — V. *suprà*, v° *Etang*, n. 164.

347. — ... Que des faits de concurrence industrielle ne peuvent d'ailleurs pas être considérés comme actes d'aggravation de la servitude de la part du propriétaire dominant. — Grenoble, 17 juill. 1847, précité. — V. cep. Nancy, 9 déc. 1839, précité. — — V. *suprà*, n. 341.

348. — ... Qu'il est conforme à l'intérêt de la culture, c'est-à-dire à l'intérêt public, de dire qu'il n'y a pas aggravation d'une servitude de passage établie pour la desserte d'un pré dans le fait de la mise en culture d'une partie de ce pré. — Bourges, 16 févr. 1891, sous Cass., 15 mars 1892, Guiotat, [S. et P. 92.1.309] — *Sic*, Laurent, t. 8, n. 263.

349. — ... Que l'exploitation d'un hôtel meublé dans le fonds dominant ne peut être considérée comme une aggravation de la servitude de passage à lui due, s'il n'en résulte qu'un accroissement de circulation sans détériorer le terrain, sans nécessiter de travaux sur le sol, et sans inconvénients suffisamment justifiés au point de vue moral. — Trib. Seine, 2 nov. 1896, [J. *Le Droit*, 24 déc. 1896]

350. — ... Que si un droit de passage a été constitué en termes indéfinis, il doit être maintenu, encore bien que le fonds dominant, qui était un couvent à l'époque de l'acte constitutif de la servitude, ait été transformé en auberge. — Caen, 5 mai 1838, Lejuyeur, [cité par Demolombe, t. 12, n. 852-2°] — V. aussi *suprà*, v° *Passage*, n. 20.

351. — ... Que celui qui établit un fourneau dans une croisée existante à titre de servitude de jour peut être réputé n'avoir pas aggravé la servitude, si du moins, en fait, la fumée n'est pas sensible et incommode. — Cass., 30 déc. 1824, Ducasse, [S. et P. chr.]

352. — ... Et que le simple fait d'affecter à une exploitation commerciale les locaux qui jouissent d'une servitude de jours et de vues, ne saurait constituer par lui-même une aggravation de cette servitude, sauf le droit, pour le voisin qui aurait à se plaindre d'un abus de jouissance, à intenter, de ce chef, une action contre celui qui s'en rendrait l'auteur. — Cass., 6 nov. 1876, Madaré, [S. 77.1.104, P. 77.253, D. 78.1.167] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 18, p. 159; Laurent, t. 8, n. 262.

353. — Des décisions analogues ont été rendues en matière de servitude d'écoulement. — V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 58.

354. — Il a même été jugé, d'après les circonstances de l'espèce, qu'un passage autrefois concédé en faveur d'une métairie avait pu servir à l'exploitation d'une carrière nouvellement ouverte, bien que le propriétaire du fonds dominant reconnût lui-même que cette exploitation nouvelle défonçait le sol par où s'exerçait le passage. — Cass., 28 juill. 1855, Mesplésoud, [J. *Le Droit*, 1er juill. 1855]

355. — En tout cas il n'y a pas aggravation d'une servitude selon les termes de l'art. 702, lorsque le changement opéré par le propriétaire du fonds dominant n'a en rien modifié le mode d'exercice de la servitude, ni préjudicié au fonds servant; et le propriétaire de ce dernier fonds ne peut se plaindre d'un pareil changement dans la jouissance de la servitude s'il n'en a pas souffert. — Cass., 8 nov. 1842, précité. — Metz, 27 mai 1812, Gilbert, [S. et P. chr.] — Grenoble, 17 juill. 1847, précité. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 18; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 702, n. 22.

356. — Ainsi, il a été jugé que l'on ne saurait considérer comme une aggravation de la servitude de passage le fait d'avoir, même au moyen de l'adjonction d'un terrain nouvellement acquis, agrandi le bâtiment pour le service duquel le passage avait été établi, s'il est reconnu en fait que cet agrandissement, loin d'avoir accru la fréquence du passage, a eu, au contraire, pour résultat de la diminuer. — Cass., 28 juin 1865, Couprie, [S. 65.1.339, P. 65.868, D. 66.1.153] — Fuzier-Herman, art. 702, n. 29. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 18 et s.

357. — ... Que, au cas où le propriétaire de l'un des étages d'une maison, qui est en même temps propriétaire de la maison adjacente, a pratiqué des ouvertures dans le mur séparatif des deux bâtiments, le propriétaire du surplus de la première maison ne saurait prétendre que ces ouvertures constituent une aggravation de la servitude de passage dont l'escalier et le corridor de cette même maison sont grevés au profit de l'autre propriétaire, par le motif qu'elles permettront à celui-ci d'exercer ce passage pour accéder à sa maison adjacente;... alors surtout que l'état des lieux fait présumer, au contraire, que le passage dont il s'agit sera à l'avenir moins fréquent. — Pau, 7 déc. 1861, Lalanne, [S. 62.2.318, P. 62.1189] — V. cep. *suprà*, n. 304.

358. — ... Qu'il n'y a pas aggravation d'une servitude de passage, dans les termes de l'art. 702, C. civ., de la part du propriétaire du fonds dominant qui a agrandi la porte par laquelle le passage doit s'exercer, lorsqu'il n'est pas établi que cet agrandissement ait changé en rien le mode d'exercice de la servitude et puisse préjudicier au fonds servant. — Cass., 8 nov. 1886, Petit, [S. 87.1.455, P. 87.1.1131, D. 87.1.388]

359. — ... Que, si en thèse générale la substitution d'un hôtel à une propriété rurale peut être considérée comme constituant une aggravation de la servitude de passage destinée à la culture de cette propriété, il en est autrement lorsque le service de l'hôtel se fait presque exclusivement par une autre allée sans communication avec le passage litigieux, et que l'usage de ce dernier, utilisable seulement à de rares occasions pendant une partie de l'année, est devenu en réalité moins dommageable pour le fonds servant que les allées et venues quotidiennes d'ouvriers employés à la culture de la terre. — Chambéry, 1er juill. 1901, Mérinoz, [D. 1902.2.206]

360. — ... Que, lorsque le propriétaire d'un étang alimenté par des eaux qui traversent une prairie supérieure, a desséché cet étang et établi un barrage pour retenir ces eaux, il n'y a pas aggravation de servitude en ce que l'établissement du barrage ferait refluer les eaux sur une partie (un septième) du fonds supérieur, s'il est constant que le surplus de ce fonds a été considérablement amélioré par suite du desséchement de l'étang. — Cass., 27 févr. 1844, Vaucher, [S. 44.1.658, P. 44.2.136]

361. — Les tribunaux peuvent d'ailleurs, sans violer aucune loi, décider, par exemple, que des travaux d'exhaussement à une digue ou barrage d'un moulin inférieur ne causent aucun préjudice à un moulin supérieur et n'aggravent pas la servitude résultant de l'établissement de ce barrage au profit du moulin inférieur sur le moulin supérieur. — Cass., 26 juill. 1854, Curie-Seimbres, [S. 55.1.52, P. 55.1.404, D. 55.1.338]

362. — Il ne suffit même pas d'un préjudice éventuel et de la possibilité de l'aggravation de la servitude, pour que le propriétaire du fonds servant soit fondé à se plaindre envers le propriétaire du fonds dominant; il faut qu'il justifie d'une aggravation certaine et actuelle. — Pau, 7 déc. 1861, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1135.

363. — D'autre part, ce n'est jamais aggraver la servitude que de faire les actes nécessaires ou utiles pour l'exercer. — Pardessus, t. 1, n. 58. — V. notamment, *suprà*, v° *Pâturage et pacage*, n. 43.

364. — Par suite, celui dont la propriété est traversée par un canal artificiel appartenant à un tiers, et qui a le droit, à titre de servitude, de traverser ce canal pour aller d'une partie de sa propriété dans l'autre, peut jeter un pont sur le canal pour faciliter l'exercice de sa servitude, pourvu que ce pont porte des deux côtés sur sa propriété et ne cause aucun préjudice au propriétaire du canal. — Cass., 12 janv. 1841, Cordier, [S. 41.1.332, P. 43.2.148]

365. — Jugé, de même, que le propriétaire d'une maison, qui achète une portion de maison enclavée, mais jouissant d'un droit de passage par un corridor donnant sur la voie publique, ne fait qu'user de son droit, s'il pratique dans son mur des ouvertures afin de communiquer d'une maison à l'autre, sans que

l'on puisse dire qu'il y a aggravation de la servitude de passage. — Montpellier, 2 janv. 1834, d'Hers, [P. chr.]

366. — ... Que l'on ne peut considérer comme aggravation d'une servitude d'égout l'établissement, par le propriétaire du fonds dominant, d'un conduit souterrain qui dirige ses eaux pluviales et ménagères dans l'égout existant sur le fonds servant, tandis qu'auparavant elles y arrivaient à ciel ouvert, en suivant la pente naturelle du terrain. — Cass., 29 déc. 1858, d'Orvilliers, [S. 59.1.799, P. 59.689, D. 59.1.111]

367. — ... Que celui qui a le droit, à titre de servitude, de passer sur un sentier pratiqué dans le fonds d'autrui pour se rendre à une fontaine qui y est située, peut aussi, sans aggraver la servitude, faire une ouverture fermée par une barrière dans la haie qui clot sa propriété limitrophe, pour déboucher directement sur le sentier joignant cette haie. — Cass., 17 mai 1843, Villatte, [S. 43.1.811, P. 43.2.564]

368. — ... Que celui à qui son titre d'acquisition donne un droit de passage par le portail d'une maison peut, pour rendre le passage à pied plus facile, faire pratiquer à ses frais une petite porte dans l'un des ventaux de la grande : ce n'est là ni un changement à l'état des lieux, ni une aggravation de la servitude. — Cass., 4 févr. 1850, Gatinet, [S. 50.1.265, P. 50.2.164, D. 50.1.61]

369. — ... Qu'il n'y a pas davantage aggravation d'une servitude de passage dans le fait, par le titulaire de la servitude, d'avoir réparé quelques obstacles ou inégalités de terrain sur l'assiette du passage, si ce travail n'a pas été dommageable. — Bourges, 16 févr. 1891, sous Cass., 15 mars 1892, Guiotat, [S. et P. 92.1.309]

370. — ... Que le propriétaire d'un fonds grevé par une convention d'une servitude de vues droites créée sans réserve, ne peut se plaindre d'une aggravation résultant de la substitution de châssis vitrés à des volets pleins et mobiles. — Cass., 5 mars 1879, Callon, [S. 79.1.467, P. 79.1213] — V. en sens contraire, *suprà*, n. 280.

371. — ... Que l'arrosage, par l'Etat, d'une grande route riveraine d'un ruisseau, ne constitue pas, à l'égard du riverain inférieur dont la propriété est traversée par le ruisseau, une aggravation de la servitude d'écoulement des eaux de la route ; et que l'on ne saurait considérer non plus comme une aggravation de cette servitude l'élargissement par l'Etat des orifices servant à déverser les eaux de la route dans le ruisseau, alors qu'il en résulte seulement un écoulement plus rapide et non une augmentation du volume des eaux. — Aix, 5 juill. 1870, Ancey, [S. 72.2.205, P. 72.906, D. 72.2.146]

372. — ... Qu'un riverain, copropriétaire d'un canal qui lui est commun avec d'autres industriels, n'abuse pas de son droit par le seul fait du déversement dans ce canal des eaux provenant d'une teinturerie, même non riveraine, alors qu'il est constant que ces eaux ne passent devant les établissements des autres copropriétaires que dégagées de toutes leurs impuretés et après avoir repris toute leur limpidité primitive. — Cass., 9 juin 1868, Desbenoît, [S. 69.1.311, P. 69.774]

373. — Si, enfin, le fonds assujetti souffre quelque dommage par une suite naturelle de la servitude, si le toit de celui qui reçoit les eaux pluviales est endommagé par suite d'une pluie extraordinaire, ou si l'héritage assujetti se trouve inondé par une crue considérable, à laquelle l'aqueduc par où s'exerce la servitude a donné passage, le propriétaire dominant n'est pas tenu des pertes qui en seraient la suite, à moins qu'il n'ait fait quelque changement que n'autorise pas son titre et d'où proviendrait le dommage. — Pardessus, t. 1, n. 58 ; Demolombe, t. 12, n. 840.

374. — Jugé que le propriétaire qui creuse un puits sur son fonds, sans modifier l'état des lieux au point de vue de l'écoulement des eaux, ne fait qu'un usage légitime de son droit de propriété. Il ne saurait, dès lors, être déclaré responsable des infiltrations qui se sont ultérieurement produites dans les caves du propriétaire inférieur par suite des fuites d'un canal public, qui ont augmenté le débit de la source jaillissant dans le puits ; il n'y a pas là une aggravation, au détriment du propriétaire inférieur, de la servitude d'écoulement des eaux résultant de l'état naturel des lieux. — Cass., 22 juill. 1889, Albert, [S. et P. 92.1.446, D. 90.1.166]

375. — Jugé, dans le même sens, que celui qui a stipulé au profit de son fonds une servitude *altius non tollendi*, conserve lui-même la faculté de surélever le mur de sa propriété joignant le fonds servant, dans lequel il peut pratiquer des jours de souffrance : ce n'est pas là une aggravation de la servitude stipulée. — Orléans, 1er déc. 1848, Comp. du Phénix, [S. 49.2.593, P. 49.1.164, D. 49.2.21] — Fuzier-Herman, art. 702, n. 40.

376. — D'une façon générale, les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation pour déclarer si des actes, d'ailleurs préjudiciables au fonds servant, constituent ou non une aggravation de servitude dans le sens de l'art. 702, étant données les circonstances, l'état des lieux, les conventions intervenues, l'intention présumée des parties, les besoins du fonds dominant lors de l'acquisition de la servitude, etc... — Cass., 9 févr. 1842, de Montsaulnin, [S. 42.1.106, P. 42.1.467] ; — 26 juill. 1854, Curie-Seimbres, [S. 55.1.52, P. 55.1.404, D. 55.1.383] ; — 28 juill. 1855 et 5 mai 1857, précités ; — 15 avr. 1868, Chrétien, [S. 68.1.395, P. 68.1071, D. 68.1.340] ; — 8 août 1870, Bourgon, [D. 71.1.329] ; — 5 mars 1879, Callon, [S. 79.1.467, P. 79.1213] ; — 21 mars 1898, Le Sénécal, [*Gaz. des Trib.*, 1898, 2e sem., 1.114] — *Sic*, Huc, t. 4, n. 442 ; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 702, n. 1 et s.

377. — Spécialement, l'arrêt qui décide que l'interprétation la plus rigoureuse d'un titre qui contient stipulation d'une servitude *non ædificandi* ne peut conduire jusqu'à interdire au propriétaire du fonds servant le droit d'exploiter utilement son mur de clôture, et d'y ouvrir des boutiques, en n'en dépassant pas la hauteur, échappe, comme jugeant en fait, à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 30 mars 1837, Thayer, [S. 37.1.980, P. 37.2.16]

378. — Mais s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement la nature et les effets immédiats des nouvelles œuvres reprochées par le propriétaire du fonds servant au propriétaire du fonds dominant comme aggravant une servitude, les conséquences légales qu'ils ont déduites de ces constatations sont soumises au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 18 déc. 1894, Veuve Pinguet, [S. et P. 98.1.486, D. 95.1.365]

379. — De ce que le propriétaire du fonds dominant ne peut pas aggraver la servitude, il ne faut pas induire qu'il soit obligé de faire les ouvrages propres à empêcher qu'elle soit pour le fonds grevé une source de dommage, ou à diminuer l'incommodité résultant, pour ce fonds, de son exercice. Ainsi celui à qui est due une servitude d'égout n'est pas tenu, si son titre ne l'y oblige pas, d'établir des gouttières. — Pardessus, t. 1, n. 54 ; Demolombe, t. 12, n. 838.

380. — Ainsi encore, lorsqu'il existe un droit de pâturage dans un bois, s'il est nécessaire d'établir des fossés ou autres clôtures pour empêcher les bestiaux de se répandre de la partie défensable dans celle qui ne l'est pas, ces mesures de précaution sont à la charge du fonds grevé. La règle différente établie par l'art. 71, § 2, C. for., pour les bois de l'Etat, ne doit pas être étendue aux bois des particuliers. — Pardessus, *loc. cit.* — *Contrà*, Demolombe, *loc. cit.*

§ 2. *Du déplacement d'assiette.*

381. — Nous verrons (*infrà*, n. 520 et s.) qu'aux termes de l'art. 701, le propriétaire du fonds servant peut obtenir sous certaines conditions le déplacement de l'assiette de la servitude. Le propriétaire dominant le peut-il aussi pour sa commodité, si l'innovation ne doit causer aucun préjudice au fonds servant ? Non, en principe, dit la jurisprudence ; car déplacer l'assiette c'est modifier le droit. — Serres, liv. 2, tit. 3, p. 137 ; Duranton, t. 5, n. 623 *ter* ; Pardessus, t. 1, n. 61 ; Demolombe, t. 12, n. 845 ; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 362 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1136. — *Contrà*, Laurent, t. 8, n. 265.

382. — Jugé, en ce sens, que la faculté de demander le changement de l'assiette primitive d'une servitude n'est ouverte qu'au propriétaire du fonds servant, et non au propriétaire du fonds dominant. — Cass., 12 mai 1838, Cazeaux, [S. 38.1.570, P. 38.1.669] — Bordeaux, 12 févr. 1889, Bonnard, [D. 90.2.147]

382 *bis*. — ... Que le droit d'abreuvage ne peut être détaché des terres comprises dans le partage pour être affecté à l'utilité d'autres fonds qu'avec le consentement du propriétaire du fonds servant. — Cass., 5 juill. 1900, Combasson, [S. et P. 1902.1.502]

383. — ... Que si, par suite d'exhaussements pratiqués par l'autorité municipale, la servitude ne peut plus s'exercer sur le lieu qui y était précédemment affecté, les tribunaux ne peuvent, contre l'opposition formelle du propriétaire du fonds servant, affecter à l'exercice de la servitude une partie toute différente

et plus étendue de son fonds. — Cass., 12 mai 1838, [*Gaz. Pal.*, 1838, 2.669]

384. — ... Que les juges ne peuvent pas, sans le consentement du propriétaire du fonds servant, changer l'assiette d'une servitude, et, spécialement, ordonner qu'une rigole d'irrigation établie en vertu d'un contrat dans une partie de ce fonds sera reportée sur une partie plus élevée du même fonds. — Cass., 23 juill. 1873, Petit, [S. 74.1.155, P. 74.386, D. 74.1.14]

385. — La question se pose d'une façon particulièrement utile lorsque l'exercice de la servitude, sur le lieu adopté pour cet exercice, est devenu impossible par un accident quelconque. Il est certain que, même alors, le maître du fonds dominant ne pourrait pas obtenir le déplacement de l'assiette qui aurait été déterminée soit expressément et limitativement par le titre constitutif, soit par la prescription ou la destination du père de famille ; en ce dernier cas, l'assignation du lieu d'exercice est inhérente au droit lui-même. Celui qui se trouve dans l'impossibilité d'user de la servitude suivant un mode ou une assiette ainsi déterminés, perd son droit à la servitude même, conformément à l'art. 703 (V. *infrà*, n. 1194 et s.). — Demolombe, t. 12, n. 844.

386. — Mais si la servitude est établie par titre sans détermination de l'endroit où elle s'exercera, ou avec une détermination purement démonstrative et non limitative, le propriétaire dominant sera-t-il encore dans l'impossibilité de réclamer un changement d'assiette, l'exercice de la servitude ne pouvant plus avoir lieu sur l'assiette primitivement indiquée? Il semble bien que non: car en pareil cas c'est le fonds servant tout entier qui a été en réalité affecté à l'exercice de la servitude. Le fait d'avoir affecté à cet exercice un point déterminé de ce fonds n'en a pas affranchi les autres portions, et le propriétaire dominant pourra demander à exercer son droit sur une de ces autres portions. — Houpnel, *Coutume de Normandie*, t. 2, p. 813 ; Demolombe, *loc. cit.*

387. — Au surplus, lorsque le titre constitutif n'a déterminé ni le mode, ni les conditions d'exercice, lorsque d'autre part ce mode d'exercice n'a pas été prescrit (V. *infrà*, n. 1008) et que la nature de la servitude ne s'oppose pas à ce qu'elle soit exercée seulement sur un point déterminé du fonds grevé, chacune des parties peut contraindre l'autre à un règlement. Les autres portions du fonds se trouvent alors libérées ; et, en cas de morcellement, la partie du sol qui suffit à l'exercice de la servitude reste seule grevée. — Pardessus, t. 1, n. 61.

388. — En cas de doute, ce ne serait ni au propriétaire du fonds servant qu'appartiendrait le choix du lieu d'exercice de la servitude (Demolombe, t. 12, n. 843. — *Contrà*, Toullier, t. 2, n. 655), ni au propriétaire du fonds dominant. — Demolombe, *loc. cit.* — *Contrà*, Lalaure, *Des servitudes*, liv. 1, chap. 11. — Les tribunaux seuls peuvent décider. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1136.

389. — Deux règles générales doivent guider le juge en notre matière, à défaut de clauses précises dans les actes. La première, c'est qu'on doit concilier l'intérêt du fonds dominant avec la moindre incommodité du fonds servant; la seconde, que dans le doute il faut se décider pour ce qui est le plus favorable à ce dernier. — Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 12, sect. 1, n. 9 ; Toullier, t. 3, n. 654; Pardessus, t. 1, n. 62; Zachariæ, § 254 *a*, texte et note 2 ; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 14.

390. — C'est surtout lorsque la servitude résulte de la prescription, que les incertitudes doivent être résolues en faveur de la liberté du fonds assujetti. — Pardessus, *loc. cit.*

§ 3. *Des accessoires de la servitude.*

391. — Le droit que donne une servitude s'étend nécessairement à tous les accessoires sans lesquels il ne serait pas possible d'en user. C'est ce qu'exprime l'art. 696 dans les termes suivants : « Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage ». Les droits de lavage, d'abreuvage, etc., donnent également le droit de passer sur la partie du fonds servant où est situé le puits ou la source. Il en est ainsi, quel qu'ait été le mode d'établissement de la servitude, qu'elle provienne d'un titre, de la prescription, etc. Il y aura lieu seulement, conformément aux principes que nous développons *infrà*, n. 991 et s., de se montrer moins large dans l'application de l'art. 696, lorsqu'il s'agira d'une servitude acquise par prescription. — Pardessus, t. 1, n. 64 ; Demolombe, t. 12, n. 830 ; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 2 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1126.

392. — Jugé notamment que si des copartageants ont déclaré qu'une mare faisant partie des objets à partager leur resterait commune, ont dû en induire un droit de passage sur l'héritage qui l'entoure au profit de celui à qui a été réservé un droit de communauté sur cette mare. — Limoges, 8 frim. an XI, Ret, [S. et P. chr.]

393. — ... Que le passage indispensable pour une servitude de prise d'eau est un accessoire nécessaire de cette servitude; et que dès lors il est impossible d'y voir deux servitudes distinctes dont l'une de prise d'eau pourrait s'acquérir par prescription et l'autre de passage ne pourrait être constituée que par titre. Si le propriétaire assujetti contestait le passage en reconnaissant le droit de prise d'eau, cette reconnaissance partielle d'une seule et même servitude indivisible équivaudrait à la contestation du tout. — Limoges, 29 févr. 1888, Bord, [D. 89.2.213]

394. — L'usage des accessoires doit d'ailleurs être limité au seul objet de la servitude. Si, par exemple, je n'ai le droit de passer sur votre fonds que pour exercer un droit de puisage, je ne pourrai passer pour aucun autre motif que pour puiser.

395. — De plus, les termes mêmes employés par l'art. 696 indiquent bien qu'il est applicable seulement au cas de nécessité, lorsque le droit accessoire est nécessaire à l'exercice de la servitude, et non pas lorsqu'il ne fait que faciliter cet exercice. — Toullier, t. 3, n. 646; Daviel, t. 3, n. 945; Demolombe, t. 12, n. 832; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 2 et 3; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1126.

396. — Jugé que le droit de prise d'eau par un propriétaire sur son propre fonds, dans un canal qui traverse des héritages voisins, ne donne pas à ce propriétaire une servitude de passage et de curage sur les fonds voisins; qu'il ne peut que faire ordonner le curage par les autres riverains, ou se faire autoriser à y procéder lui-même à leurs frais, dans le cas où ils ne l'exécuteraient pas ; que, dès lors, les faits de passage et de curage par lui opérés sur les fonds voisins peuvent donner lieu contre lui à une action possessoire. — Cass., 18 avr. 1854, Lafond, [S. 54.1.607, P. 54.1.581, D. 54.1.241] — V. cep. *infrà*, n. 404.

397. — ... Que l'existence d'une servitude de prise d'eau emporte bien, au profit du propriétaire du fonds dominant, le droit de surveiller le cours de l'eau sur laquelle porte la servitude, pour s'opposer à tout changement qui en restreindrait la jouissance, mais n'emporte pas pour lui, comme accessoire nécessaire, le droit de passer sur le fonds servant, s'il peut constater d'une autre manière que toute l'eau à laquelle il a droit arrive à son héritage. — Riom, 24 janv. 1856, Sauvade, [S. 56.2.591, P. 57.987, D. 57.2.31]

398. — ... Que le droit aux eaux d'une source n'emporte pas celui de faire pénétrer son bétail sur le fonds servant pour l'y abreuver. — Dijon, 5 avr. 1871, Commune de Fixin, [S. 72.2.79, P. 72.455, D. 73.2.183]

399. — ... Qu'un droit d'aqueduc ou de canal sur le fonds d'autrui, et même un droit de surveillance sur les eaux du canal, n'emportent pas nécessairement une servitude de passage sur ledit fonds. — Cass., 18 juill. 1843, Commune de Kaisersberg, [S. 43.1.833, P. 43.2.590]

400. — ... Que la servitude de tour d'échelle n'est pas une suite nécessaire de la servitude de larmier ou d'égout des toits. — V. *suprà*, v° *Echelle* (*tour d'*), n. 23 et 25.

401. — ... Que le droit de prendre du bois de chauffage dans une forêt ne comprend pas celui d'y introduire des bêtes de somme pour procéder à l'enlèvement, l'usager ne pouvant enlever le bois qu'à faix et à col jusqu'à la limite de la forêt. — Cass., 10 avr. 1839, Commune de Cuges, [S. 39.1.585, P. 40.1.365]

402. — Jugé, d'autre part, que la servitude d'aqueduc implique le droit accessoire de curer et même de rejeter sur les berges les produits du curage. — Cass., 21 mai 1860, Guyon, [D. 60.1.226] — Colmar, 23 févr. 1853, Feltin, [D. 53.2.174] — *Sic*, Daviel, t. 3, n. 927. — V. toutefois Trib. de Limoux, 4 juill. 1867, Doumergue, [D. 70.1.134]

403. — ... Que le droit de conserver des ponts construits sur un canal emporte celui de mettre ce canal à sec pour faire aux ponts les réparations nécessaires. — Pau, 29 mars 1893, Léotard, [S. et P. 93.2.150, D. 94.2.34]

404. — ... Que si un droit de prise d'eau sur une source ne donne pas au propriétaire dominant la faculté de s'introduire à son gré sur le fonds assujetti et de faire démolir dans ce but le mur qui l'enclôt, il échet de lui reconnaître un droit d'accès périodique pour opérer des réparations à la source et pour en opérer le curage, et de dire que cet accès se fera par une porte établie à ses frais, habituellement fermée à clef, et restant ouverte seulement aux jours et heures réglés par le tribunal. — Lyon, 3 août 1871, Jangot, [D. 73.2.220] — V. aussi Dijon, 27 nov. 1868, Guillemot, [S. 69.2.238, P. 69.996]

405. — ... Que le passage nécessaire pour opérer le ramonage de cheminées élevées au-dessus du toit d'une maison voisine doit être considéré comme un droit corrélatif et un accessoire indispensable du droit de maintenir ces cheminées au-dessus de ce toit. — Cass., 24 févr. 1891, Prulière, [D. 91.1.252]

406. — L'usage des accessoires doit avoir lieu de la manière la moins incommode pour le fonds grevé. Il est même assez naturel que le propriétaire de ce fonds ait le droit de déterminer le point par lequel le passage aura lieu (V. C. for., art. 71), sauf recours des usagers aux tribunaux s'ils prétendaient en éprouver quelque diminution dans leurs droits. — Pardessus, t. 1, n. 54; Demolombe, t. 12, n. 841.

407. — Jugé que si le passage nécessaire à l'exercice d'une servitude de prise d'eau s'effectue d'ordinaire sur le fonds même qui est grevé de cette servitude, rien ne s'oppose en droit à ce qu'il se pratique sur un autre fonds; et qu'il en est ainsi notamment lorsque le propriétaire assujetti a, pour son utilité particulière, modifié l'assiette du passage, et l'a reportée sur un autre fonds à lui également appartenant, du consentement ou sans protestation du bénéficiaire de la servitude. — Limoges, 29 févr. 1888, précité.

408. — Le droit accessoire s'éteint avec la servitude dont il était la conséquence. — Demolombe, t. 12, n. 831; Aubry et Rau, t. 3, § 253 texte et note 4; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1126; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 696, n. 21. — Mais il ne s'éteint qu'avec elle, et ne peut pas être isolément perdu par un non-usage trentenaire. — Colmar, 23 févr. 1853, précité.

§ 4. *Des travaux nécessaires à l'exercice de la servitude.*

409. — D'après l'art. 697, « celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver ». Il est permis, par exemple, d'aplanir le terrain d'un passage, de le paver, d'y établir même un escalier, si la servitude ne peut être utile que de cette manière. — Pardessus, t. 1, n. 55; Demolombe, t. 12, n. 833; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1129.

410. — Rien n'empêcherait d'ailleurs qu'une clause de l'acte interdît ou modifiât l'exercice de ce droit. Mais si la convention n'a expressément autorisé que certains travaux, le propriétaire dominant peut néanmoins en exécuter d'autres qui seraient reconnus indispensables à l'exercice de la servitude. — Pardessus, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

411. — La loi n'autorise que les ouvrages nécessaires. Quand un ouvrage est-il nécessaire? C'est là une question de fait que l'on résoudra le plus souvent au moyen d'une expertise. Les frais de cette expertise seront en principe à la charge du propriétaire dominant (V. aussi *infrà*, n. 420). Celui, par exemple, qui jouit d'un passage à travers un jardin ne peut, en l'absence d'une convention expresse, faire paver le point par où s'exerce cette servitude, si le propriétaire du jardin s'y oppose, ce changement pouvant nuire à l'agrément de sa propriété. Toutefois les tribunaux pourraient ne point avoir égard à un refus du propriétaire servant qui ne s'appuierait sur aucun motif plausible, alors que le propriétaire dominant voudrait au contraire faire une amélioration évidemment utile. — Pardessus, t. 1, n. 55; Taulier, t. 2, p. 454; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 358; Demolombe, t. 12, n. 833-834.

412. — Mais ce n'est pas seulement les ouvrages nécessaires à l'*établissement* des lieux, de façon à pouvoir user de la servitude, ce sont aussi les travaux d'*entretien* nécessaires à leur conservation, que l'art. 697 permet au propriétaire dominant d'exécuter. — Demolombe, t. 12, n. 834.

413. — Il a été jugé, en ce sens, que le titulaire d'une servitude de passage a le droit absolu de réparer, sur l'assiette du passage, les obstacles ou inégalités de terrain, à condition que ce travail ne soit pas la source d'un dommage pour le fonds servant. — Bourges, 16 févr. 1891, sous Cass., 15 mars 1892, [illegible], [S. et P. 92.1.300]

414. — Le propriétaire dominant, en réparant le passage par où s'exerce son droit de servitude, doit d'ailleurs en conserver l'ancien état et les dimensions telles que les a déterminées son titre ou un usage de trente ans, sans pouvoir l'élargir, le creuser, ni l'élever d'une manière qui soit plus incommode pour le propriétaire du fonds grevé. La conséquence de ce principe va jusqu'à lui interdire les changements qui enlèveraient à ce propriétaire l'utilité qu'il peut tirer lui-même de la servitude. — Pardessus, t. 1, n. 56; Demolombe, t. 12, n. 841.

415. — Le titulaire d'une servitude de conduite d'eau a également le droit de réparer et de remplacer, selon sa convenance, les tuyaux par où s'exerce cette servitude. — Paris, 24 nov. 1898, Savary, [*Gaz. des Trib.*, 1899, 1er sem., 2.214]

416. — Lors même qu'il s'agit d'ouvrages à établir non plus sur le fonds grevé, mais sur le fonds auquel la servitude est due, il faut qu'ils ne rendent pas cette servitude plus incommode pour le fonds grevé. Ainsi celui qui a un droit d'égout de son toit sur le fonds du voisin ne peut pas modifier ses gouttières ni surélever son toit de façon à augmenter la saillie, et par conséquent l'incommodité sur le fonds voisin. — Pau, 21 mars 1888, Barus, [S. 90.2.206, P. 90.1.1187, D. 89.2.103] — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 56; Zachariæ, t. 2, p. 82; Demolombe, t. 12, n. 841. — V. *suprà*, n. 269 et s.

417. — Du moins ne sera-t-il autorisé à augmenter cette saillie ou à prolonger l'égout que si ce prolongement ne peut pas être en fait considéré comme constituant une aggravation de la servitude. — Cass., 31 mars 1851, Puichaud, [S. 51.1.404, P. 51.2.157, D. 51.1.256]

418. — Il faut encore reconnaître au propriétaire dominant le droit de modifier la disposition des lieux, alors même qu'il en devrait résulter une aggravation de la servitude, s'il s'y trouve contraint par des changements arrivés à l'état de choses soit naturellement, soit par cas fortuit. — Pardessus, *loc. cit.*

419. — Aux termes de l'art. 698, les ouvrages que nécessite l'établissement ou la conservation de la servitude sont, en principe, aux frais de celui à qui elle est due; et, sauf l'exception prévue par la disposition finale de cet article (V. *infrà*, n. 494 et s.), le propriétaire du fonds servant n'est, en aucune façon, tenu de contribuer aux frais des ouvrages dont il s'agit. — Pardessus, t. 1, n. 57; Daviel, t. 3, n. 908; Demolombe, t. 12, n. 836.

420. — Notamment, si une expertise préparatoire est nécessaire pour l'établissement des travaux, les frais en sont exclusivement à la charge du propriétaire du fonds dominant. — Caen, 19 mars 1839, Anguey-Lesforgettes, [cité par Demolombe, t. 12, n. 836]

421. — Jugé aussi que celui qui a un droit de passage à travers une forêt par un chemin bordé de fossés, n'a pas un droit acquis à se servir, pour l'entretien de ce chemin, des terres provenant du curage des fossés dont il s'agit, et qui appartiennent au propriétaire de la forêt asservie. — Cass., 22 nov. 1837, Commune de Cléry, [S. 38.1.516]

422. — ... Que c'est au propriétaire du fonds inférieur, titulaire par prescription du droit de recevoir les eaux pluviales découlant du fonds supérieur, qu'incombe la charge de faire tous les travaux nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver. — Nancy, 19 déc. 1868, Georges, [D. 71.2.144]

423. — ... Que les travaux nécessités par le changement d'assiette d'une servitude (de prise d'eau, dans l'espèce), par suite d'une modification fortuite dans le fonds servant, sont à la charge exclusive du propriétaire du fonds dominant. — Cass., 11 déc. 1861, Michel, [S. 62.1.513, P. 63.34, D. 62.1.79]

424. — Si la servitude appartient à plusieurs titulaires actifs ayant des droits inégaux, les charges en sont supportées par eux dans la proportion de leurs droits. — Solon, n. 576 et s.; Daviel, t. 3, n. 928.

425. — Jugé, en ce sens, que les frais d'entretien d'un ouvrage nécessaire à plusieurs maisons voisines, par exemple les frais du récurage d'un aqueduc, doivent être supportés en commun et proportionnellement par les propriétaires des maisons qui en profitent, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation à cet égard. — Cass., 2 févr. 1825, de Foresta, [S. et P. chr.]

426. — ... Que les cotitulaires d'une servitude active de

pressurage doivent contribuer, chacun pour sa part, aux réparations nécessaires pour remettre en état le pressoir atteint par un incendie; et qu'ils ne peuvent pas contraindre le propriétaire assujetti à rétablir le tout à ses frais. — Caen, 4 nov. 1891, Hue, [S. et P. 92.2.195]

427. — On a voulu faire échapper la servitude *oneris ferendi* au principe posé par l'art. 698, et mettre à la charge du propriétaire grevé l'entretien du mur dont l'existence est indispensable à l'exercice de la servitude. — *Sic*, Duranton, t. 5, n. 503 et 613), qui s'appuie sur le droit romain (L. 33, *in fine*, Dig. *De servit. prædior. urban.*; L. 6, § 2, Dig. *Si serv. vindic.*), et sur l'ancienne jurisprudence. — V. Davot et Bannelier, t. 2, p. [illegible]; Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 12, sect. 4, n. 2; Poullain-Duparc, *Princ. du dr. franç.*, t. 3, liv. 2, chap. 17, p. 307; Cœpola, *Tr. des servit.*, chap. 58.

428. — Mais les termes absolus dudit article ne laissent point place à une pareille exception; et il a été jugé avec raison que les ouvrages nécessaires à l'exercice d'une servitude *oneris ferendi* sont à la charge du propriétaire du fonds dominant, et non pas à la charge du propriétaire du fonds assujetti, et que notamment la commune qui a sur un mur une servitude *oneris ferendi* pour le soutien des terres d'un chemin, est seule obligée à faire les réparations que nécessite l'exercice de cette servitude. — Cass., 16 mars 1869, Ville de Bourganeuf, [S. 69.1.337, P. 69.865, D. 70.1.120] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 665; Solon, n. 372; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 359; Demante, t. 2, n. 555 *bis*; Taulier, t. 2, p. 456; Aubry et Rau, t. 3, § 253, p. 89, note 6; Demolombe, t. 12, n. 874; Demangeat, *Cours élém. de dr. romain*, t. 1, p. 492, note 2; Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit. de jurispr.*, 1861, t. 19, p. 210 et s.; Laurent, t. 8, n. 242; Huc, t. 4, n. 432 *bis*; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 698, n. 1.

429. — Le propriétaire du fonds dominant reste d'ailleurs libre, en général, de faire exécuter ou non les travaux autorisés par l'art. 697, à moins que le titre constitutif ne lui en impose l'obligation expresse. — Demolombe, t. 12, n. 829 et 839; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1129.

430. — Il est aussi, même dans le silence du titre, des cas où le propriétaire du fonds grevé peut le contraindre de faire procéder à des travaux d'entretien qui présenteraient pour ce dernier fonds un intérêt légitime. Ainsi le propriétaire riverain d'un cours d'eau, qui a acquis le droit d'appuyer une digue sur un fonds voisin, peut être actionné afin de réparation ou de destruction totale de cette digue, si elle se trouve dégradée de telle façon que la propriété grevée en éprouve quelque dommage. — Cass., 29 nov. 1827, Ferrière, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 57; Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 665, note *a*. — Ainsi encore le propriétaire du fonds assujetti peut exiger la réparation d'un aqueduc dont les eaux s'échapperaient et inonderaient ce fonds. — Demolombe, t. 12, n. 839.

431. — Jugé également que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de fortage peut forcer celui auquel elle appartient actuellement à réparer des éboulements causés sur son terrain par le mauvais état des galeries et passages souterrains par lesquels la servitude s'exerce. — Cass., 15 mai 1877, Vallée, [S. 77.1.296, P. 77.765] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 697, n. 4.

432. — En tout cas le propriétaire du fonds grevé ne peut pas se refuser à laisser exécuter les travaux nécessaires à l'usage de la servitude, alors même qu'il en éprouverait quelque dommage. — Pardessus, t. 1, n. 57; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1129.

433. — Le propriétaire du fonds dominant doit-il réparation du dommage qu'il a ainsi causé? Oui, d'après une première opinion (Taulier, t. 2, p. 455). Non, d'après une opinion préférable. L'art. 698 ne met en effet à la charge du propriétaire dominant que les ouvrages à exécuter. S'il a creusé ou remué le sol, il devra l'aplanir, combler les trous, remettre les lieux en l'état; mais à cette obligation ne s'ajoute pas celle de verser une indemnité en argent. Le préjudice inévitable causé par les travaux est un résultat de la servitude elle-même, dont le propriétaire du fonds servant doit supporter toutes les conséquences même indirectes. — Demolombe, t. 12, n. 837.

434. — Ce dernier doit notamment, au cours des travaux, souffrir les dépôts de matériaux nécessaires, pourvu qu'ils aient lieu de la manière la moins incommode pour lui. — Pardessus, t. 1, n. 57; Demolombe, t. 12, n. 833. — V. aussi Bordeaux, 23 janv. 1828, Michaud, [S. chr.]

435. — Le temps et le mode des ouvrages ou des réparations à faire doivent seulement être disposés de manière que [illegible]s assujetti n'éprouve que le moindre dommage et les incommodités indispensables. En conséquence, il faut notifier au propriétaire grevé, avant l'[illegible] des ouvriers, l'intention de faire les réparations de manière qu'il puisse prendre les arrangements nécessaires pour éviter le préjudice que ce travail pourrait lui occasionner s'il n'était pas averti; [illegible], ce dernier peut demander qu'on [illegible] pendant lequel les ouvrages seront achevés, et réclamer des [illegible] pour le tort que lui causerait un retard dans l'exécution de ces travaux. — Pardessus, t. 1, n. 57; Demolombe, t. 12, n. 835; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1129.

436. — Le propriétaire dominant serait aussi responsable du dommage éprouvé par le fonds assujetti, par suite de l'établissement défectueux ou insuffisant des ouvrages. — Demolombe, t. 12, n. 840.

437. — Il ne doit pas enfin profiter de l'exécution des travaux pour changer l'état des lieux et l'exercice de la servitude, et c'est le cas d'appliquer ici par analogie la disposition de l'art. 662, C. civ., aux termes de laquelle celui qui veut appuyer un ouv[illegible] au mur mitoyen peut, au refus du voisin, faire régler par experts les moyens nécessaires pour que cet ouvrage ne lui soit pas nuisible. De même ici, pour éviter les contestations, le propriétaire dominant fera préalablement régler par experts les moyens à employer pour que ses travaux ne nuisent pas au fond assujetti. — Pardessus, t. 1, n. 57.

§ 5. De l'exercice des servitudes en cas de copropriété du fonds dominant.

438. — Si une servitude due à un fonds indivis entre plusieurs propriétaires consiste dans des actes déterminés ou dans la perception d'une certaine quantité de produits, chacun des copropriétaires pourra exiger le tout. — Pardessus, t. 1, n. 63; Demante, t. 2, n. 556 *bis*-V; Demolombe, t. 12, n. 861. — Mais une fois le droit total épuisé, aucun d'eux ne pourra rien réclamer du propriétaire servant, sauf leur recours entre eux. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 860.

439. — Si les actes qui constituent la servitude sont indéterminés, comme un droit de passage, les copropriétaires du fonds dominant pourront tous en user, à condition de se conformer aux conditions d'exercice exigées par l'art. 700 (V. *infrà*, n. 441), c'est-à-dire de ne pas aggraver la condition du fonds servant. — Pardessus, *loc. cit.*; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 361; Demolombe, t. 12, n. 856 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 28; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1138. — Toutefois nous estimons qu'il n'y a point à distinguer, avec Pardessus (*loc. cit.*), entre les servitudes qui profitent directement à l'héritage et celles qui, quoique réelles, procurent plus d'utilité aux personnes qu'à la chose même. D'après lui, les copropriétaires du fonds dominant devraient s'entendre pour exercer en commun la servitude de la même manière que leur auteur le faisait seul. Ainsi, si celui qui, ayant acquis le droit de tirer de l'eau dans le puits de son voisin pour l'usage habituel de sa maison, laisse à son décès plusieurs enfants qui, ayant chacun leur ménage, viennent tous y demeurer, le propriétaire du puits qui ne doit à tous qu'une seule servitude en commun, aurait le droit de faire régler la quantité d'eau que chacun pourrait prendre, de façon que l'héritage assujetti ne fût pas plus grevé qu'il ne l'était précédemment. Nous pensons, au contraire, que s'il ne résulte pas du titre constitutif que le droit de puisage établi au profit de la maison l'ait été dans les limites des besoins du propriétaire originaire exclusivement, et non pour les besoins de tous ceux qui pourraient venir l'habiter, tous les copropriétaires ont droit à toute l'eau dont ils peuvent avoir besoin; et que les tribunaux n'auraient à intervenir que pour réprimer les abus éventuels. Il est certain que le propriétaire du fonds servant a dû et pu prévoir les changements qui viendraient à se produire dans les besoins des habitants de la maison. — Delvincourt, t. 1, p. 420 et s.; Zachariæ, § 253, texte et note 8; Demante, t. 2, n. 5[illegible]; Taulier, t. 2, p. 458; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 361; Demolombe, t. 12, n. 860; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 29; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1138.

440. — Peu importerait, évidemment, le fait ou l'acte d'où provient l'indivision; et les solutions que nous venons d'indiquer seraient les mêmes, soit que plusieurs personnes aient acheté en commun le fonds dominant, soit que plusieurs cohé-

ritiers soient venus l'habiter ensemble. — Demolombe, t. 12, n. 859.

440 *bis*. — Jugé que lorsqu'un terrain de $2^{m},30$ à $2^{m},60$ de largeur, constituant l'assiette d'un chemin, est la copropriété de deux personnes dont il sépare les immeubles à l'exploitation desquels il sert, chacun des copropriétaires du passage a la faculté de pratiquer des ouvertures directes dans les constructions bordant ce terrain. — Cass., 28 oct. 1901, Comte, [S. et P. 1903.1.82]

441. — L'héritage pour lequel une servitude a été établie peut être matériellement divisé, soit que son propriétaire unique procède à des aliénations partielles, soit que ses copropriétaires le partagent entre eux. En pareil cas, nous dit l'art. 700, « la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée ». Il y a dès lors autant de servitudes que de propriétaires nouveaux. — Demolombe, t. 12, n. 863; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1138. — Mais nous devons distinguer suivant que la servitude consiste en un fait susceptible ou non de division.

442. — Si l'objet de la servitude est indivisible, chacun des lots peut l'exercer pour le tout, sous la seule condition de ne point aggraver la situation du fonds servant. Parfois la multiplication des propriétaires dominants n'apportera aucune aggravation à l'exercice de la servitude : il en serait ainsi d'une servitude de vue ou d'égout des toits, si le nombre des bâtiments n'est pas augmenté, ou d'une servitude de passage pour l'exploitation agricole des fonds. Il faudra seulement, en cas de passage par exemple, que tous les nouveaux propriétaires l'exercent par le même endroit (art. 700), et pour le même objet que le propriétaire primitif unique (Demolombe, t. 12, n. 858; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 29). Parfois aussi la surcharge sera considérable, eu égard au nombre d'héritiers du propriétaire dominant; mais cette surcharge éventuelle, à défaut de clause qui la vise dans l'acte constitutif, devait être prévue par le propriétaire du fonds servant. Le propriétaire dominant n'a fait, en partageant son fonds, qu'user de son droit strict; et le propriétaire assujetti ne peut se refuser à en subir la conséquence. — Marcadé, sur l'art. 700; Demolombe, t. 12, n. 859. — V. toutefois, Pardessus, t. 1, n. 64.

443. — Quand l'objet de la servitude est divisible, comme le droit de puiser de l'eau ou d'extraire du sable, il faut sous-distinguer d'abord selon que la quantité globale à puiser ou à extraire a été ou non déterminée, et ensuite selon que les copartageants ont ou non réglé entre eux l'exercice de leurs droits.

444. — La servitude a-t-elle été originairement établie sans indications précises de quantité, il en sera, pour chaque propriétaire nouveau, ainsi que nous l'avons indiqué en cas d'indivision (V. *suprà*, n. 439) ou de servitude indivisible (V. *suprà*, n. 442) : chacun l'exercera à concurrence de ses propres besoins, même si leur ensemble dépasse ceux du propriétaire originaire. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.* — V. toutefois, Demolombe, t. 12, n. 864.

445. — Si, au contraire les éléments quantitatifs de la servitude ont été précisés, les copartageants n'auront pas, à eux tous ensemble, droit à une quantité globale plus considérable. Cette quantité sera partagée entre eux conformément au règlement qu'ils auront pu établir, et qui fera leur loi, le propriétaire du fonds servant n'ayant d'ailleurs aucune qualité pour contester ce règlement s'il n'aggrave pas la servitude à son égard. A défaut de règlement, l'exercice ou l'émolument de la servitude se divisera, entre les divers ayants-droit, proportionnellement aux portions du fonds dominant qui leur sont échues. — Pardessus, t. 1, n. 64; Demolombe, t. 2, n. 556 *bis*-II et III; Daviel, t. 3, n. 916; Demolombe, t. 12, n. 864.

445 *bis*. — Ajoutons que si, par exemple, la servitude consistait en des perceptions à la délivrance desquelles devrait concourir le propriétaire du fonds grevé, ce dernier pourrait exiger que les propriétaires dominants s'entendissent entre eux pour que la délivrance fût faite en une seule fois et à une seule personne, comme au temps où la servitude était exercée par leur auteur. — Pardessus, *loc. cit.*

446. — Jugé, en tout cas, que le principe posé par l'art. 700 ne doit s'appliquer que dans les rapports du fonds dominant avec le fonds servant; et que si, lorsqu'un fonds au profit duquel existe une servitude de vue, de passage, ou autre, vient à être divisé en plusieurs lots et vendu à diverses personnes, la servitude reste due à chacun de ces lots par le fonds voisin assujetti; cet état de choses, à moins d'une stipulation contraire formelle, ne crée pas entre les divers propriétaires des lots une servitude mutuelle, empêchant chacun d'eux de faire sur son terrain des constructions qui gêneraient ou supprimeraient pour d'autres la jouissance de la servitude commune : il suffit qu'entre ces constructions et les terrains voisins, les distances légales soient observées. — Aix, 18 nov. 1854, Rougemont, [S. 55.2.33, P. 55.1.398, D. 57.2.40] — Trib. Seine, 9 juill. 1900, Bérard, [J. *Le Droit*, 8 oct. 1900] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 865; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1138, p. 841, note 2.

447. — Une dernière hypothèse reste à envisager, celle où la servitude n'a été établie que pour une portion déterminée du fonds dominant. Ce fonds venant à être partagé, il est clair que la servitude continuera à ne profiter qu'à la portion dont il s'agit, et par conséquent au lot où se trouvera cette portion : les propriétaires des autres lots n'auront aucun droit à son exercice. Ainsi, lorsqu'un droit de vue appartient à un fonds composé d'une maison et de terres, celui qui n'a dans son lot que des terres ne pourra pas construire, ni ouvrir des vues, sous prétexte du droit qui appartenait à l'héritage quand il était entier. Ainsi encore, si un propriétaire a stipulé un droit de puisage ou de lavoir au profit de son habitation, ou un droit de passage pour sortir la récolte de ses vignes, celui de ses héritiers ou de ses acquéreurs qui n'aurait dans son lot que des terres labourables ne pourrait pas réclamer la servitude de lavoir, et celui qui n'aurait point de vignes n'aurait pas le droit d'exiger le passage. — Rouen, 26 juill. 1811, [cité par Daviel, t. 3, n. 952] — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 64; Toullier, t. 2, n. 653; Demante, t. 2, n. 556 *bis*-I; Demolombe, t. 12, n. 862; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1138. — On a même pu dire qu'en pareils cas il n'y avait pas, en réalité, division du fonds dominant, le fonds dominant étant exclusivement constitué par la parcelle à laquelle profitait la servitude.

Section II.

Comment on doit supporter les servitudes.

448. — D'une façon générale, l'obligation du propriétaire assujetti est exactement corrélative aux droits du propriétaire dominant. Notamment, si la servitude est de nature à s'exercer sur toutes les parties de l'héritage assujetti, celles qui s'y réunissent par accession naturelle en sont grevées comme le fonds principal, et le propriétaire n'en peut affranchir aucune portion s'il n'y est autorisé par le titre ou par la loi, comme nous en verrons un exemple *infrà*, n. 1414. — Pardessus, t. 1, n. 65; Demolombe, t. 12, n. 911.

449. — Mais la servitude ne s'étend pas aux fonds qui se trouvent réunis, par acquisitions successives, à l'héritage servant (Arg., C. civ., art. 1019). — Demolombe, t. 12, n. 911.

§ 1. *Des obstacles à l'exercice de la servitude.*

450. — Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut, aux termes de l'art. 701, « rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée ».

451. — Décidé, à cet égard, que le propriétaire d'un fonds joignant une maison qui jouit d'une servitude ne peut construire des bâtiments qui en gênent l'exercice. — Colmar, 11 août 1809, Rosa, [P. chr.]

452. — ... Que le propriétaire d'une cour sur laquelle existe une servitude de vue au profit de la maison voisine, ne peut faire couvrir cette cour d'un toit en vitrage, ce toit, bien qu'il n'intercepte pas tout à fait la lumière du jour, ayant cependant pour effet de diminuer l'usage de la servitude, et de le rendre plus incommode. — Cass., 15 janv. 1840, Leviel, [S. 40.1.251, P. 40.1.223] — V. spécialement en ce qui concerne la servitude de vue, *infra*, v° *Vues et jours*.

453. — ... Que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage ne peut ni modifier la nature du sol, ni établir aucun ouvrage au lieu où la servitude s'exerce, qu'autant que ces ouvrages n'empêchent pas celui auquel la servitude est due d'en user commodément, suivant son titre. — Bordeaux, 4 mai 1832, Peychaut, [S. 33.2.283, P. chr.] — Metz, 19 janv. 1858, Raiser, [S. 58.2.460, P. 58.400, D. 58.2.200] — V. *suprà*, v^is *Clôture*, n. 25, 33 et s.; *Passage*, n. 48 et s. — V. cependant, *supra*, v° *Passage*, n. 38.

454. — ... Que le propriétaire d'un bâtiment grevé d'une servitude d'égout ne peut pas pratiquer, même à ses frais, sur l'édifice dominant, des ouvrages qui rendraient le mode d'écoulement moins onéreux pour lui, mais dont il pourrait résulter quelque inconvénient pour le maître de cet édifice. — Bourges, 21 déc. 1831, Follaire, [S. 33.2.35, P. chr.]

455. — ... Qu'à plus forte raison, le propriétaire chargé par les titres de recevoir sur son fonds les eaux pluviales d'un bâtiment voisin dont la toiture fait saillie au delà du mur mitoyen ne peut surhausser ce mur en retranchant la saillie du toit et en établissant une dalle sur le mur mitoyen, ces faits constituant une suppression de la servitude d'écoulement d'eaux, et non une simple modification à l'exercice de cette servitude. — Bordeaux, 23 juin 1869, Signat, [S. 70.2.46, P. 70.224]

456. — ... Que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude d'attache ou de barrage établie en vue d'amener des eaux à un moulin, ne peut pas retenir les eaux sur son fonds et rendre ainsi le barrage sans objet. — Montpellier, 22 nov. 1843, sous Cass., 20 janv. 1845, de Pennautier, [S. 45.1.451, P. 45.2.205, D. 45.1.119]

457. — ... Que l'obligation prise par le propriétaire d'une usine, telle qu'un moulin à huile, de faire jouir un tiers des résidus de cette usine, constitue une servitude au profit de ce tiers; et que dès lors, si le propriétaire change la destination de son usine, de telle sorte que l'exercice de la servitude ne soit plus possible, il y a lieu à indemnité. — Cass., 16 avr. 1838, Baron, [S. 38.1.756, P. 38.2.241]

458. — ... Que le propriétaire de terrains vagues grevés d'un droit de pâturage qui s'exerce pendant l'année entière et est de nature à absorber les produits du sol, ne peut défricher ces terrains et les mettre en culture, ce qui aurait pour résultat nécessaire de rendre radicalement impossible l'exercice de la servitude. — Cass., 9 mai 1866, Vion, [S. 67.1.248, P. 67.634, D. 67.1.293] — V. aussi Chambéry, 13 juill. 1874, Foussemagne, [D. 74.2.230]

459. — Quoique la destruction d'un édifice situé en face d'un autre soit généralement profitable plutôt que nuisible à ce dernier, cette destruction ne pourrait avoir lieu sans le consentement du propriétaire de cet autre édifice, si elle devait, en fait, être nuisible à l'exercice d'une servitude à lui due. — Pardessus, t. 1, n. 65.

460. — Jugé, toutefois, que les changements opérés sur le fonds servant qui ont pour résultat de diminuer la lumière provenant de jours faisant l'objet d'une servitude, ne peuvent être considérés comme diminuant, dans le sens de la loi, ou rendant moins commode l'exercice de cette servitude, quand, eu égard à l'usage auquel est destiné le local éclairé par ces jours, il reçoit, malgré ces diminutions, une clarté suffisante. — Cass., 8 juill. 1857, Schmeltz, [S. 58.1.672, P. 58.1091, D. 57.1.396]

461. — ... Que le propriétaire d'un bâtiment dont la partie supérieure s'élève au-dessus d'un passage couvert, appartenant à un voisin, et fermé par une porte dont le cintre en pierre se trouvait placé à une certaine distance au-dessous du plancher du bâtiment, peut, dans le cas où il vient à être soumis à reculement pour cause d'alignement, soit rétablir le cintre de la nouvelle porte, soit le remplacer par un sommier en bois, construit en contre-bas de son plancher comme précédemment; que ce n'est pas là faire un changement qui aggrave la condition du propriétaire du passage, en empiétant sur le vide du passage qui jusqu'alors était resté libre. — Amiens, 3 mars 1858, Lefèvre, [S. 58.2.342, P. 58.919] — V. aussi *suprà*, v° *Passage*, n. 49 et s.

462. — ... Que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de prise d'eau est en droit de se clore, s'il offre à celui du fonds dominant de construire un canal amenant directement sur son héritage l'eau à laquelle il a droit pour son irrigation, et cela sans diminuer, ni rendre plus incommode l'usage de la servitude. — Riom, 24 janv. 1856, Sauvade, [S. 56.2.591, P. 57.987, D. 57.2.31]

463. — ... Que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de gouttière peut apporter à l'état des lieux, pour faciliter l'écoulement des eaux, telles modifications qui n'auront pour conséquence ni de restreindre l'exercice de la servitude, ni d'en rendre l'usage moins commode, ni de causer un préjudice au propriétaire du fonds dominant. — Cass., 20 févr. 1884, Landry, [D. 84.1.392]

464. — ... Qu'il est loisible au propriétaire qui doit une servitude de passage à son voisin, de remplacer par un mur de même hauteur, les pierres droites précédemment placées pour limiter le passage et empêcher l'éboulement des terres. — Trib. paix Morato, 10 juill. 1897, [*Rev. just. paix*, 98.268]

464 *bis*. — ... Qu'en l'état d'un arrêté municipal qui prescrit, dans un intérêt de sécurité publique, l'établissement de clôtures avec portes devant être fermées pendant la nuit, aux issues, sur la rue, de deux passages faisant l'objet d'un droit de servitude, le propriétaire du fonds servant, qui a établi les clôtures et portes conformément à l'arrêté, peut être considéré comme non tenu de vaquer à ce que lesdites portes soient ouvertes le matin et fermées le soir, et comme ayant satisfait à ses obligations en offrant au titulaire de la servitude une clef pour en user suivant ses besoins, dès lors que, d'après la constatation de fait souveraine du juge, la nécessité de se servir d'une clef pour l'exercice du passage n'impose pas une gêne sérieusement appréciable au propriétaire du fonds dominant. — Cass., 24 févr. 1903, Lejeune, [S. et P. 1903.1.330]

465. — Les juges recherchent en somme si l'innovation émanant du propriétaire assujetti entraîne une gêne et un préjudice pour le fonds dominant : c'est là une question de fait et d'appréciation. — Laurent, t. 8, n. 267; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1140.

466. — Il a été jugé cependant qu'un tribunal ne peut pas repousser la demande de suppression de constructions élevées en contravention à une servitude *altius non tollendi*, sous prétexte que l'exhaussement dont se plaint le propriétaire du fonds dominant comme changeant l'état des lieux ne le priverait pas d'air et de jour comme il le prétendait; et qu'il est impossible de subordonner ainsi à la constatation d'un préjudice la solution d'une question touchant à l'existence même de la servitude, telle qu'elle est réglée par l'acte constitutif. — Cass., 16 avr. 1890, Nègre, [S. 91.1.375, P. 91.1.940, D. 90.1.394] — *Sic*, Huc, t. 4, n. 439.

467. — ... Que si les parties, pour prévenir toute contestation sur le caractère des modifications qu'apporterait à l'état des lieux le propriétaire servant, ont expressément stipulé qu'il ne pourra y être apporté aucune modification d'aucune sorte, le juge n'a plus à apprécier (sauf au point de vue des dommages-intérêts réclamés) si telle modification constatée a plus ou moins préjudicié au propriétaire du fonds dominant : il ne peut qu'ordonner purement et simplement le rétablissement des lieux tels qu'ils se trouvaient avant le trouble. — C. d'app. Gand, 2 janv. 1884, [*Pasicr. belge*, 84.2.152]

468. — Mais nous remarquerons que dans ces deux cas la décision dépendait d'une interprétation des titres, qui rentraient encore dans les pouvoirs d'appréciation des juges du fond. — V. *infrà*, n. 474 et 475.

469. — En tout cas, un préjudice éventuel suffirait, et le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de tous ouvrages susceptibles de créer une incommodité future. — Pau, 14 janv. 1879, Descorps, [D. 80.2.116]

470. — Jugé notamment que les juges ne peuvent maintenir l'existence d'une construction de nature à diminuer l'usage d'une servitude, et notamment d'une servitude de jour, sur le motif que le dommage actuel qui en résulte pour le propriétaire du fonds dominant est bien léger, si d'ailleurs il est constant que le dommage pourrait devenir grave dans le cas où ce propriétaire voudrait faire quelques dispositions nouvelles sur son propre fonds. — Cass., 18 mai 1835, Caillet, [S. 35.1.712, P. chr.]

471. — La seule restriction à admettre à cette dernière règle est qu'il ne suffirait pas d'une gêne problématique et insignifiante, pour prohiber un ouvrage susceptible de procurer un véritable avantage au propriétaire assujetti; et l'on ne saurait en ce sens considérer comme une incommodité certaine et sérieuse même dans l'avenir, pour le bénéficiaire d'une servitude d'aqueduc, l'établissement, au-dessus de la rigole par où s'exerce cette servitude, d'un dallage laissant aux eaux leur écoulement normal et continu. Le propriétaire du fonds servant devrait seulement enlever ce dallage à ses frais toutes les fois qu'il y aurait lieu de procéder au curage de la rigole. — Pau, 14 janv. 1879, précité.

472. — Toutes les questions relatives à l'état des lieux seront tranchées le plus souvent par des expertises; et il a été jugé que le droit qu'a tout propriétaire de disposer de sa chose de la manière la plus absolue, ne s'oppose pas à ce qu'une vérification soit ordonnée pour savoir si les travaux qu'il exécute sur son fonds ne seront pas nuisibles aux droits des tiers et

spécialement à l'exercice d'une servitude. — Cass. 20 janv. 1845, de P[illegible], [S. 45.1.4[illegible]1, P. 45.2.2[illegible], D. 45.1.119]

473. — ... Et qu'un propriétaire peut demander une expertise pour faire constater l'état des lieux à titre de mesure conservatoire, afin de servir de base à l'appréciation des dommages-intérêts qui pourront lui être dus dans le cas où, par des travaux entrepris sur son fonds, le propriétaire voisin porterait atteinte [illegible] de servitude dont cet [illegible] est grevé. — Besançon, 31 août 1844, Bourgon-Vaissier, [S. 45.2.625, P. 45.2.1[illegible] — Sic, Devilleneuve, note sous cet arrêt, S. 45.2.625]

474. — D'autre part, la solution en fait reste toujours subordonnée aux stipulations des parties et à l'interprétation du titre, interprétation qui doit en cas de doute être favorable au fonds servant. — Aubry et Rau, t. 3, § 254; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1140.

475. — ... Et qui reste soumise, comme nous venons de le dire, au pouvoir souverain des tribunaux. C'est ainsi que la faculté conventionnelle accordée au propriétaire d'un fonds soumis à une servitude de vaine pâture, de changer la culture de ce fonds, peut être déclarée emporter celle d'y établir des tourbières; et les juges peuvent ne pas voir dans ce dernier fait un changement de l'état des lieux, diminuant l'usage de la servitude, eu égard à l'étendue qui lui a été donnée par l'acte constitutif. — Cass., 23 mai 1837, Commune de Sacy-le-Grand, [S. 37.1.600] — V. aussi *infrà*, n. 683 et s.

476. — Une fois constatés [illegible] changement dans l'état des lieux et le préjudice qui en résulte, le propriétaire du fonds dominant peut exiger la suppression des ouvrages faits en violation de l'art. 701, et le rétablissement des lieux dans leur état ancien.

477. — Jugé notamment que, si le propriétaire d'un fonds au profit duquel existe une servitude d'aqueduc se plaint de l'érection, par le propriétaire du fonds servant, de constructions qui, traversées par des rigoles quelquefois insuffisantes, gênent l'écoulement des eaux, le juge peut, sans mériter le reproche de substituer à la servitude d'aqueduc une servitude de ne pas bâtir, mais en faisant, au contraire, une juste et saine application des titres et des droits de chacun, ordonner la destruction des ouvrages qui mettent obstacle à l'écoulement des eaux, si mieux n'aime le propriétaire du fonds servant pourvoir à cet écoulement en pratiquant un canal ou rigole supplémentaire. — Cass., 7 janv. 1863, Hestin, [Gaz. des Trib., 8 janv. 1863]

477 bis. — ... Et que si le propriétaire d'un fonds, sur lequel s'exerce un passage au moyen d'un pas avec barrière, a mis à cette barrière un cadenas et a coupé le pas existant, il peut être à bon droit condamné à supprimer ce cadenas, et à rétablir les lieux dans leur état primitif. — Cass., 3 déc. 1901, Baland, [S. et P. 1902.1.282]

478. — La suppression des ouvrages et le rétablissement des lieux peuvent être réclamés contre tout propriétaire actuel du fonds servant, même si celui-ci n'était pas l'auteur desdits ouvrages. Il s'agit, en effet, pour le demandeur, d'exiger, par voie d'action réelle, l'exercice normal de la servitude. Mais celui-là seul qui a fait les travaux devra être tenu de réparer sa faute personnelle, c'est-à-dire de *supporter les frais* de rétablissement des lieux dans l'état antérieur. Il pourra même être tenu à des dommages-intérêts. Quant au propriétaire actuel qui n'est pas l'auteur du préjudice, il est seulement tenu de ne pas s'opposer à la destruction des obstacles qu'éprouvait (du fait de son auteur) l'exercice de la servitude. — En ce sens, Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 4; Huc, t. 4, n. 440; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1141; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 701, n. 28.

479. — Sur ce dernier point cependant, il y a controverse. D'après certains auteurs (V. notamment, Demolombe, t. 12, n. 895), l'obligation de remettre les lieux en l'état est réelle et se transmet aux successeurs, même à titre particulier, du propriétaire du fonds servant qui a fait l'ouvrage nuisible à l'exercice de la servitude. Dans ce système le détenteur actuel serait tenu de faire procéder lui-même et à ses frais à tous travaux de démolition ou de rétablissement nécessaires. C'est le fonds servant qui, considéré comme le débiteur réel, répondrait des faits de celui qui a été son administrateur — et son représentant. D'après une autre opinion, c'est là une conception contraire aux principes généraux du droit : un successeur particulier ne peut être tenu que de s'abstenir d'actes pouvant diminuer les droits réels qui pèsent sur son fonds; il doit souffrir la destruction des obstacles apportés par son auteur à l'exercice de ces droits; mais il ne peut pas être rendu responsable d'un fait qu'il n'a pas commis, d'un quasi-délit dont le fonds lui-même ne saurait répondre, et il ne peut en conséquence être soumis à l'obligation positive d'en faire disparaître les résultats : « *Servitus non in faciendo, sed in patiendo consistit* » dit un vieux brocard. — En ce dernier sens, Caen, 8 déc. 1812, 28 févr. 1815, et 17 juill. 1821, [cités par Demolombe, t. 12, n. 895]

480. — Jugé, en conséquence, que l'acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble grevé d'une servitude *non ædificandi*, sur lequel le précédent propriétaire avait, contrairement à son titre, élevé des constructions, est seulement tenu, au regard du propriétaire du fonds dominant, d'en laisser opérer la démolition; il ne saurait être contraint d'effectuer lui-même cette démolition; ni, faute par lui d'y avoir procédé, être condamné à des dommages-intérêts. — Limoges, 26 nov. 1889, Dumont, [S. 91.2.169, P. 91.1.908, D. 91.2.111]

481. — Et il en est ainsi surtout alors que, le précédent propriétaire ayant été, antérieurement à l'adjudication, condamné, par un arrêt passé en force de chose jugée, à enlever les constructions par lui élevées, le cahier des charges de l'adjudication s'est borné à faire mention de cette circonstance, sans imposer à l'adjudicataire l'obligation d'opérer lui-même la démolition des constructions. — Même arrêt.

482. — Jugé cependant, en sens contraire, que celui qui achète un fonds soumis à une servitude est tenu des dommages-intérêts dus au propriétaire dominant, pour raison d'obstacles à l'exercice de la servitude, bien que le changement de destination du fonds servant, cause de cet obstacle, soit le fait du vendeur et non de l'acquéreur, et alors surtout que la demande en dommages-intérêts repose non seulement sur le préjudice passé, mais encore et principalement sur le préjudice que pourra éprouver à l'avenir le fonds dominant. — Cass., 16 avr. 1838, Baron, [S. 38.1.759, P. 38.2.241] — Mais cette décision peut s'expliquer par le fait que l'ancien état de choses ne pouvant pas être rétabli dans l'espèce, et le nouveau propriétaire du fonds servant profitant du changement qui avait entraîné de fait la cessation de la servitude, ce propriétaire devait être équitablement tenu de payer l'indemnité réclamée par le propriétaire dominant comme seule réparation possible du préjudice éprouvé. — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 701, n. 29

483. — Si l'on adopte l'opinion de Demolombe, il faut, en tout cas, la restreindre à l'hypothèse où l'ouvrage nuisible à l'exercice de la servitude a été fait par un propriétaire antérieur du fonds servant, ou par une personne des faits de laquelle il devait répondre. Il est évident que ni lui, ni le propriétaire actuel ne pourraient être tenus, si cet ouvrage avait été fait par un tiers ou provenait d'un cas fortuit. — Demolombe, t. 12, n. 896.

484. — Laurent (t. 8, n. 271) semble admettre que le tiers détenteur est tenu de rétablir à ses frais l'ancien état des lieux, sauf son recours en garantie contre son auteur; mais il refuse au propriétaire du fonds dominant le droit de réclamer à ce tiers détenteur les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus. Et en effet, on ne peut imputer à ce tiers détenteur aucune faute personnelle sur laquelle puisse être basée, une demande de dommages-intérêts.

485. — Le propriétaire du fonds servant qui a, par l'exécution d'un ouvrage quelconque, rendu plus incommode ou moins complet l'exercice de la servitude, ne saurait s'affranchir, par l'abandon de son fonds, de l'obligation contractée envers le propriétaire dominant. — Demolombe, t. 12, n. 894. — V. *infrà*, n. 506 et s.

§ 2. *Des travaux d'entretien.*

486. — Le propriétaire du fonds servant doit souffrir, comme nous l'avons dit *suprà*, n. 409 et s., les ouvrages qu'exigent l'entretien des lieux et les autres accessoires de la servitude.

487. — Ces ouvrages et les frais qu'ils occasionnent sont du reste, en principe, à la charge du propriétaire du fonds dominant et non pas à la charge du propriétaire du fonds assujetti (C. civ., art. 698). Ainsi celui à qui un passage est dû doit tout au moins contribuer avec le propriétaire du bâtiment, à la réparation des murs bordant l'allée par où ce passage s'exerce. Si le passage devient impraticable, celui qui le doit n'est tenu que de souffrir que celui à qui il est dû le répare; et c'est seulement s'il en fait également usage, que comme nous le verrons *infrà*, n. 491, les frais de cette réparation doivent être supportés en commun,

d'après une contribution à établir. — Pardessus, t. 1, n. 66; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1132.

488. — Le propriétaire du fonds dominant doit supporter les frais de réparations, même si ces réparations sont devenues nécessaires par suite d'un vice inhérent à la nature du fonds servant. Notamment, l'existence d'une servitude de passage sur la chaussée d'un moulin n'emporte pas par elle-même, et en l'absence de titres, à la charge du propriétaire du fonds servant, l'obligation de faire au mur de soutènement de cette chaussée, dans l'intérêt du maître de la servitude, les travaux d'entretien nécessités par l'action corrosive des eaux du bief du moulin, cette action corrosive étant inhérente à la nature de l'héritage assujetti et ne pouvant être imputée à faute au propriétaire de cet héritage. — Cass., 7 déc. 1859, Ville de Clamecy, [S. 60.1.333, P. 61.69, D. 60.1.33] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 873; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 5. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1132.

489. — Mais ces ouvrages sont au contraire à la charge du propriétaire assujetti, si c'est par le fait de ce dernier qu'ils sont devenus nécessaires. — Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1132.

490. — ... Ou si ses ouvrages ont principalement pour objet l'utilité du fonds grevé. Si, par exemple, les eaux d'un toit tombaient dans la cour voisine par une gouttière qui rend la servitude moins incommode au propriétaire de la cour, ce dernier doit être, dans le doute, présumé propriétaire de la gouttière, et tenu de l'entretenir, mais aussi maître de la détruire ou de ne pas la réparer. — Pardessus, t. 1, n. 68.

491. — En principe, et à défaut de conventions contraires, lorsque les ouvrages nécessaires pour l'exercice d'une servitude profitent aux deux héritages voisins, les frais doivent en être supportés en commun. — Cass., 2 févr. 1825, de Foresta, [S. et P. chr.] — Trib. civ. Lyon, 24 avr. 1894, *Gaz. des Trib.*, 2 juill. 1894]

492. — Jugé notamment que les réparations du pressoir sur lequel existe une servitude de pressurage sont à la charge du propriétaire dominant et du propriétaire servant en proportion du temps pendant lequel chacun d'eux peut en user. — Caen, 23 janv. 1849, Humbert, [S. 49.2.718, P. 50.1.192, D. 51.5.490]; — 4 nov. 1891, Hue, [S. et P. 92.2.195] — V. Caen, 16 déc. 1822, Febvrière, et 20 déc. 1823, Piron, cités par Demolombe, t. 12, n. 935; — 6 janv. 1841, Laurent, [*Rec. de Caen*, t. 5, p. 70]; — 13 nov. 1841, Mistral, [*Rec. de Caen*, t. 5, p. 393] — V. aussi, Pardessus, t. 1, n. 66; Solon, n. 576; Daviel, t. 2, n. 908; Demolombe, t. 12, n. 888 et 935; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1142.

493. — Mais cela ne doit s'entendre que des frais d'entretien ou réparations véritables, et celui, par exemple, qui a le droit de puiser l'eau au moyen d'une pompe, à un puits qui doit être entretenu à frais communs, ne peut contraindre le propriétaire à effectuer à frais communs des travaux d'approfondissement du puits pour y amener l'eau. Si l'eau a baissé au point de rendre l'exercice de la servitude impossible, il y a là un événement de force majeure qui, comme nous le verrons *infrà*, n. 1164 et s., fait disparaître le droit de servitude lui-même par l'impossibilité d'en user. Dans notre espèce, l'exercice du droit de puisage devra donc simplement cesser, sauf à reprendre, si, trente années n'étant pas encore écoulées depuis la cessation de l'usage de la servitude, le niveau d'eau remonte de telle sorte que le droit de puisage puisse à nouveau s'exercer. — Trib. civ. Lille, 16 janv. 1899, *Nord jud.*, 1900.44]

494. — D'autre part, l'art. 698, après avoir dit que les ouvrages dont il s'agit sont aux frais du propriétaire dominant, ajoute : « A moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire ». Il semble résulter de là que l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude doit être expresse. Cependant il faut admettre que souvent la seule interprétation de la volonté implicite des contractants, éclairée par le concours des circonstances qui ont accompagné et suivi la constitution de la servitude, suffira aux tribunaux pour décider que le grevé de servitude est tenu d'entretenir les ouvrages prévus par l'art. 698. Mais cette obligation ne devra pas être facilement présumée. — Pardessus, t. 1, n. 67; Demolombe, t. 12, n. 875.

495. — On pourrait aussi, en s'en tenant aux expressions littérales, croire que la charge d'entretien ne serait pas valablement insérée dans un titre postérieur à celui d'établissement du droit; mais les termes de la loi sont démonstratifs et non limitatifs. S'il en était autrement, une clause de ce genre ne pourrait pas être ajoutée aux servitudes légales, pour lesquelles il n'existe point de titre d'établissement où on puisse l'insérer. Or il n'est pas douteux que celui à qui est dû un passage forcé à travers l'héritage de son voisin ne puisse par convention imposer à ce dernier l'obligation de l'entretenir (Pardessus, t. 1, n. 67; Zachariæ, § 253, texte et note 3; Demolombe, t. 12, n. 876; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 7). Ce titre postérieur devrait être transcrit pour être opposable aux tiers. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1130.

496. — L'art. 698 ne parle que de titre; à défaut de titre la possession ne suffirait pas. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1130. — V. *infrà*, n. 1006.

497. — Remarquons encore que l'on ne pourrait mettre à la charge du propriétaire du fonds assujetti, à titre d'accessoire de la servitude réelle, toute espèce de travaux, mais seulement ceux qui sont nécessaires pour user de cette servitude ou pour la conserver. Ainsi l'on peut bien, en stipulant pour un fonds le droit d'extraire de la marne d'un autre, convenir que le propriétaire assujetti fera tous les travaux nécessaires pour empêcher l'eau d'envahir la marnière; mais on ne pourrait pas aller plus loin, et stipuler de lui, du moins à titre de servitude réelle, qu'il exécutera des travaux constituant l'exercice même de la servitude, et qu'il extraira la marne, par exemple, et la répandra tous les ans sur le fonds dominant. — Demolombe, t. 12, n. 877 et 880; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1030. — V. au surplus *suprà*, n. 140 et s.

498. — Enfin, l'obligation de faire les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude ne comprend rien au delà de ces ouvrages; et s'il y a lieu à cet effet de reconstruire un mur, ladite obligation ne s'étend pas à la démolition d'ouvrages qui seraient appuyés à ce mur. — Delvincourt, t. 1, p. 166, note 5; Pardessus, t. 1, n. 69; Demolombe, t. 12, n. 878.

499. — Il est évident que l'obligation d'entretien, une fois qu'elle a été régulièrement imposée, est de la même nature que la servitude, et suit l'immeuble grevé en quelques mains qu'il passe. On a pu dire en ce sens, avec raison, qu'elle était une modalité de la servitude. — Delvincourt, t. 1, p. 419; Duranton, t. 5, n. 613; Pardessus, t. 1, n. 67; Zachariæ, § 253, note 5; Marcadé, sur les art. 697 et 699; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 359; Demante, t. 2, n. 555 *bis*-I; Demolombe, t. 12, n. 880; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 11; Laurent, t. 8, n. 244; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 698, n. 10.

500. — Jugé que l'obligation imposée par le titre constitutif d'une servitude au propriétaire du fonds servant, de faire à ses frais les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude, est une modalité de cette servitude, qui, comme elle, grève à perpétuité le fonds assujetti et le suit en quelques mains qu'il passe. — Cass., 3 avr. 1865, Boy, [S. 65.1.216, P. 65.523, D. 65.1.391]

501. — ... Que notamment, quand le propriétaire de deux moulins, en les vendant à deux acquéreurs différents, impose à l'acquéreur du moulin situé en amont la servitude de prise d'eau au profit du moulin situé en aval, avec obligation de curer et entretenir exclusivement à ses frais le canal qui met en mouvement les deux usines, cette charge continue à subsister sur le moulin et le canal ainsi grevés, encore bien que, par suite de la résiliation de la vente qui les concernait, ils reviennent ultérieurement aux mains du propriétaire originaire, pourvu bien entendu que la vente spéciale à l'autre moulin persiste. — Même arrêt.

502. — ... Que la charge imposée, dans le partage des immeubles d'une succession, au propriétaire d'un lot de faire à ses frais les réparations d'entretien pour les prises d'eau servant à l'irrigation des terres d'un autre lot, a le même caractère de réalité que la servitude dont elle est un accessoire et une modalité; et que, inhérente au fonds servant, elle le suit dans quelques mains qu'il passe, et ne saurait être confondue avec les obligations ordinaires pour soulte et retour de lots qui naissent d'un partage, ni donner lieu, par conséquent, à l'hypothèque privilégiée résultant des art. 2103, § 3, et 2109, C. civ. — Cass., 7 mars 1859, d'Aubigny, [S. 59.1.904, P. 59.657, D. 59.1.157] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 698, n. 13.

503. — ... Que l'obligation de faire les travaux nécessaires à l'exercice et au maintien d'une servitude de [illegible] sont une charge réelle et accessoire de cette servitude. — Cass., 22 févr. 1881, Benoist, [S. 82.1.111, P. 82.1.248, D. 81.1.407]

504. — Toutefois c'est aller trop loin que de voir dans l'obli-

gation d'entretien un véritable droit réel. Il y faut voir seulement, ainsi que l'expriment Baudry-Lacantinerie et Chauveau (*Des biens*, n. 1131), un droit personnel soudé à la servitude, et qui en suit les fluctuations : *ambulat cum dominio*, disaient les Romains; les sujets actifs et passifs du droit varient avec les propriétaires des deux héritages, la cession de la propriété du fonds entraînant cession active et passive du droit personnel. Nous avons vu *suprà*, n. 478 et s., une discussion analogue au sujet du caractère réel de l'obligation, pour le fonds servant, de souffrir la destruction des ouvrages qui nuisent à l'exercice de la servitude.

505. — Nonobstant toute convention mettant les travaux à la charge du propriétaire du fonds grevé, c'est le maître du fonds dominant qui doit effectuer les réparations occasionnées par sa propre faute. — Pardessus, t. 1, n. 69; Demolombe, t. 12, n. 879; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1132. — V. aussi *suprà*, v° *Passage*, n. 42.

506. — L'art. 699, C. civ., permet en tout cas au propriétaire du fonds servant de s'affranchir, par un abandon de propriété, de l'obligation où il serait d'exécuter certains ouvrages. « Dans le cas, dit cet article, où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due ».

507. — Toutefois, la stipulation par laquelle le propriétaire assujetti s'interdirait cette faculté de se libérer par abandon, serait licite, comme n'ayant rien de contraire à l'ordre public. — Pardessus, t. 1, n. 69; Laurent, t. 8, n. 247; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131. — En sens contraire, Duranton, t. 5, n. 615; Demante, t. 2, n. 555 *bis*-I; Demolombe, t. 12, n. 881; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 8.

508. — Ce n'est pas seulement pour l'avenir que le propriétaire du fonds servant peut s'affranchir, par l'abandon, de la charge d'entretien; c'est aussi de la charge de tous les travaux nécessaires au moment où il fait cet abandon. On objecte que, tenu comme propriétaire et en cette qualité, il ne cesse d'être tenu qu'à partir du délaissement. — En ce sens, Caen, 29 déc. 1836, Palette, [*Rec. Caen*, t. 1, p. 111] — Demolombe, t. 12, n. 883. — Mais nous répondrons que, bien que tenu *propter rem*, il est bien plutôt obligé en vertu d'une convention spéciale, dont la faculté d'abandon lui permet précisément de s'affranchir. — Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 9; Laurent, t. 8, n. 246; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131. — D'ailleurs le propriétaire du fonds servant, n'étant en principe tenu que de laisser jouir de la servitude, n'a point, pour se libérer, à faire offres des prestations auxquelles le propriétaire dominant a droit. Si ce dernier n'a pas réclamé en temps utile, il est présumé avoir renoncé à l'exercice de son droit pour le passé, et ne peut plus réclamer que pour l'avenir, sauf les dommages-intérêts qui pourraient lui être dus au cas où l'obstacle à sa jouissance serait imputable au propriétaire du fonds grevé. — Pardessus, t. 1, n. 69.

509. — C'est à tort, remarquons-le, que l'art. 699 dit que le propriétaire servant s'affranchit « en abandonnant... *au propriétaire* du fonds auquel la servitude est due ». L'abandon est, en effet, un acte purement unilatéral. — Demolombe, t. 12, n. 884; Huc, t. 4, n. 432; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131. — Le propriétaire dominant ne peut pas s'opposer à ce que l'abandon ait lieu : il n'a acquis son droit que sous la condition que le propriétaire du fonds grevé aurait la faculté de se libérer de cette manière. — Pardessus, t. 2, n. 316; Huc, *loc. cit.* — Mais il n'est pas forcé de profiter de l'abandon, de prendre possession du fonds assujetti.

510. — S'il refuse, le fonds abandonné deviendra *res nullius*, et le tiers qui s'en emparerait, devenant propriétaire par occupation, serait tenu, vis-à-vis du propriétaire du fonds dominant, de l'obligation « de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude », telle que cette obligation pesait sur le propriétaire du fonds servant. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

511. — Le propriétaire du fonds dominant doit lui-même être considéré comme devenant propriétaire par voie d'occupation, lorsqu'il recueille le fonds abandonné (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*). — Il le recueille, du reste, grevé de toutes ses charges et hypothèques; et les créanciers hypothécaires pourraient le forcer à payer ou à délaisser, faute de purge dans les formes légales (C. civ., art. 2166 et s., 2181 et s.). — Demolombe, t. 12, n. 885. — Le propriétaire dominant peut donc refuser de prendre possession du fonds abandonné, jusqu'à ce qu'on lui ait justifié que ce fonds est libre d'hypothèques, si celui qui fait l'abandon ne préfère donner caution (Arg., C. civ., art. 1653). — Delvincourt, t. 1, p. 166, note 6; Pardessus, t. 2, n. 316; Demolombe, *loc. cit.*

511 *bis*. — Il en est autrement cas au d'abandon du droit de copropriété dans un objet mitoyen, cet abandon opérant comme un partage ou une licitation et celui à qui il est fait devant être considéré comme ayant toujours été seul propriétaire du tout (C. civ., art. 883). — Pardessus, *loc. cit.* — V. au surplus, pour l'abandon du mur mitoyen, *suprà*, v° *Mitoyenneté*, n. 823 et s.

512. — Aucune forme particulière n'est exigée pour l'abandon: Celui qui abandonne n'est même pas tenu de le porter à la connaissance du propriétaire du fonds dominant. — Demolombe, t. 12, n. 884. — *Contrà*, Laurent, t. 8, n. 246.

513. — L'acte d'abandon n'étant pas translatif de propriété n'a pas à être transcrit. Il n'en serait autrement que s'il affectait la forme d'un acte bilatéral, s'analysant en une vente dont le prix serait la remise de l'indemnité due par le propriétaire assujetti pour inexécution de ses engagements. — V. Demolombe, t. 12, n. 885.

514. — Les mots « il peut *toujours* s'affranchir de la charge » indiquent que cette faculté est imprescriptible, quel que soit le temps pendant lequel la charge a été supportée; et cela est conforme à la disposition de l'art. 2232, C. civ., aux termes de laquelle les actes de pure faculté ne peuvent point fonder de prescription. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131.

515. — En quoi doit consister l'abandon? Doit-on exiger qu'il porte sur le fonds tout entier, ou faut-il réduire l'abandon à la seule partie de ce fonds sur laquelle la servitude pèse spécialement? On a fait valoir que ce serait en bien des cas rendre la faculté d'abandon illusoire, et que le fonds assujetti a presque toujours une valeur bien supérieure à la charge d'entretien dont son propriétaire veut se libérer. — Maleville, sur l'art. 699; Toullier, t. 3, n. 680; Duranton, t. 5, n. 615; Marcadé, sur l'art. 699, n. 2; Zachariæ, § 253 et note 4; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 338, p. 205, note 8; Demante, t. 2, n. 555 *bis*-II; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, sur l'art. 699, n. 368; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131. — Mais cette considération, a-t-on répondu, ne saurait prévaloir sur le texte de l'art. 699 qui semble exiger l'abandon total. Il ne s'agit point, dit-on, de contraindre le propriétaire du fonds grevé à abandonner un héritage dont la valeur peut, en effet, être supérieure de beaucoup à la charge d'entretien de la servitude. Il est tenu de cet entretien, la loi lui permet seulement de s'en décharger par l'abandon : c'est une faculté dont il est libre de ne pas user, il n'a d'autre conseil à prendre que son intérêt. On ajoute que le propriétaire grevé ou son auteur est censé avoir reçu l'équivalent de la charge imposée à son fonds, ou l'avoir de ce fait acheté moins cher. Il serait inique en bien des cas de lui permettre de se dégager moyennant un sacrifice illusoire, et au moment même où il devra la supporter, de cette charge dont il a reçu l'équivalent. Au surplus le sacrifice exigé de lui peut être considéré comme une indemnité due au propriétaire du fonds dominant. — Delvincourt, t. 1, p. 578 et s., Daviel, t. 3, n. 929; Pardessus, t. 2, n. 316; Demolombe, t. 12, n. 882; Laurent, t. 8, n. 245; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 699, n. 4.

516. — Il a été jugé, en ce dernier sens, que le propriétaire d'un jardin, obligé d'entretenir le mur soutenant une terrasse voisine, ne pourrait pas se dégager de cette obligation en abandonnant seulement le mur, qui peut-être tombe en ruines et qui exigerait une reconstruction onéreuse. — Caen, 17 mars 1846, Bazire, [*Rec. Caen*, t. 10, p. 479] — V. aussi en ce sens, Aubry et Rau, *loc. cit.*

517. — ... Que, si l'obligation, que l'acte de partage d'un domaine protégé par une digue contre l'invasion des eaux d'une rivière impose à chacun des copartageants dans les lots desquels cette digue est établie, de la réparer et entretenir en bon état, doit être considérée comme l'accessoire d'une servitude; que ce n'est pas par le simple abandon de la partie de la digue lui appartenant que l'un des copartageants pourrait s'en affranchir; il faudrait qu'il abandonnât son lot même, la charge étant imposée non à la digue, mais au lot, dont la digue forme une dépendance. — Montpellier, 11 mai 1858, Chemin de fer de P.-L.-M., [S. 59.2.33, P. 58.1172]

518. — La question est particulièrement délicate lorsqu'il s'agit de l'entretien d'un passage. Demolombe (t. 12, n. 882) pense que l'abandon de la bande de terrain sur lequel la servitude de passage est exercée suffit, lorsque cette servitude a été limitativement établie sur cet espace à parcourir, sans qu'aucune autre portion du fonds puisse en être jamais tenue, même éventuellement. Mais si l'endroit du passage n'a pas été ainsi déterminé, ou si la détermination n'a trait qu'au mode d'exercice actuel, les autres portions du fonds pouvant être tenues si l'assiette actuelle devenait impraticable, il faudrait en revenir à la règle ci-dessus posée et à la nécessité d'abandonner le fonds tout entier. — Demolombe, *loc. cit.*

518 *bis*. — Il appartient en tout cas aux tribunaux de juger, en s'inspirant de l'équité et des circonstances, si celui qui veut se décharger de l'entretien fait une offre recevable, et qui désintéresse suffisamment son adversaire. — Pardessus, t. 2, n. 316.

519. — En cas de division du fonds servant, les travaux mis à la charge du propriétaire de ce fonds seront soit à la charge de tous les propriétaires des diverses portions si la servitude pèse indivisiblement sur tout le fonds, soit à la charge du propriétaire de la seule portion assujettie, si la servitude ne pesait que sur cette portion. En ce dernier cas, le propriétaire de la portion grevée peut s'affranchir en l'abandonnant; au premier cas, au contraire, l'un des propriétaires ne peut s'affranchir seul par l'abandon de sa part, il faut que tous abandonnent. — Delvincourt, t. 1, p. 578, note 6; Demolombe, t. 12, n. 910. — V. toutefois, Montpellier, 11 mai 1858, précité.

§ 3. *Du changement d'assiette.*

520. — Le mode d'exercice de la servitude une fois déterminé ne peut plus, en principe, être changé sans le consentement de toutes les parties. — Pardessus, t. 1, n. 70; Demante, t. 2, n. 555 *bis*-II; Demolombe, t. 12, n. 898. — Nous avons vu néanmoins (*supra*, n. 386) que parfois un changement d'assiette s'imposait. Ajoutons, avec l'art. 701, al. 3, que « si l'assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser ».

521. — C'est à celui qui désire obtenir un changement à faire la preuve de la nécessité ou de l'utilité qui porte à le demander. Mais il est aussi nécessaire que le nouveau point d'exercice offert par lui ne soit pas moins commode au propriétaire de l'autre fonds : autrement, l'assignation primitive ne doit pas être changée, quelqu'onéreuse qu'elle soit devenue. Ainsi on ne pourrait pas substituer à une porte donnant passage sur une allée ouverte une autre porte donnant passage par une cour ou par un jardin. — Pardessus, t. 1, n. 70; Demolombe, t. 12, n. 898.

522. — Décidé, en ce sens, que celui à qui son titre donne un droit de passage sur le fonds d'un tiers, et qui a de tout temps exercé ce passage sur un chemin existant lors de la constitution de la servitude, est fondé à exiger la continuation de la servitude par ce chemin, sans qu'en un tel cas le propriétaire du fonds servant puisse demander que la servitude de passage soit exercée sur un autre point, plus incommode pour le propriétaire du fonds dominant. — Cass., 19 avr. 1842, Mittre, [S. 42.1.442, P. 42.2.51]

523. — ... Que notamment le propriétaire du fonds servant qui soutient que, dans l'origine, le passage ne s'exerçait qu'à pied et à cheval, et non avec charrettes ou voitures, n'est pas fondé à demander que ce passage soit restreint suivant le mode d'usage primitif, si le chemin est d'une largeur suffisante pour le passage des voitures : il n'a que le droit de répéter une indemnité contre le propriétaire de la servitude pour l'élargissement que le chemin aurait reçu. — Même arrêt.

524. — ... Que l'on ne saurait imposer au titulaire d'une servitude de passage une nouvelle issue rendant le passage moins commode, à peu près impraticable et présentant en tout cas des difficultés beaucoup plus grandes de circulation. — Riom, 23 avr. 1879, Commune d'Arlet, [D. 80.2.61]

525. — ... Que si le propriétaire du fonds dominant ne peut exiger une similitude absolue dans les avantages que lui confère la servitude de passage, suivant qu'elle est placée à tel ou tel endroit, et s'il suffit que le passage puisse s'exercer normalement et avec la même facilité sur le terrain nouveau que sur l'ancien terrain, du moins faut-il examiner si la modification proposée n'en rend pas l'exercice moins commode en vue de l'utilité à retirer de travaux exécutés, même en cours de procès, pour l'exploitation du fonds dominant, lorsque ces travaux répondent à des besoins sérieux et se rattachent à la servitude telle qu'elle s'exerçait au moment où ils ont été accomplis. — Grenoble, 1er févr. 1898, Epoux Goyet, [D. 98.2.413]

526. — ... Que dans ces conditions le maître du fonds dominant peut s'opposer au déplacement d'un chemin qui arrive en ligne droite devant sa maison récemment construite, si le propriétaire assujetti entend le remplacer par un autre aboutissant à l'extrémité opposée de la propriété, et obligeant à un détour qui allonge le trajet de 79 mètres. — Même arrêt.

527. — ... Qu'on ne peut pas, pour l'exercice d'un droit de puisage, substituer, à une fontaine située dans un clos, une autre fontaine située le long d'un chemin public et où l'eau, étant ainsi à la disposition de tout venant, n'offrirait pas les mêmes garanties de pureté et de salubrité. — Caen, 26 mai 1845, Jean, [*Rec. Caen*, t. 10, p. 685]

528. — Mais pour avoir la libre disposition d'un puits sur lequel un voisin a droit de puisage, le propriétaire du fonds servant pourrait être admis à établir sur un autre emplacement aussi commode un autre puits, dont l'eau aurait les mêmes qualités et ne serait pas à une plus grande profondeur. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 362.

529. — Jugé encore que, si l'assignation primitive du lieu où s'exerce une prise d'eau devient plus onéreuse pour le propriétaire du fonds servant, celui-ci peut la changer en offrant aux propriétaires dominants un autre endroit aussi commode pour l'exercice de leurs droits. — Cass., 24 avr. 1838, Noguès, [S. 38.1.759, P. 38.2.300]

530. — ... Que si l'assiette primitivement fixée pour l'établissement de conduites destinées à assurer l'écoulement des eaux devient plus onéreuse pour le fonds assujetti, où elle empêche toute amélioration et paralyse même le droit de propriété, le propriétaire du fonds dominant ne peut refuser un endroit plus commode pour l'exercice de la servitude. — Dijon, 19 avr. 1871, Courtois, [S. 71.2.244, P. 71.809] — *Sic*, Daviel, t. 3, n. 917.

531. — ... Que le mode d'exercice de la servitude peut être changé, si l'assignation primitive ne remplit pas le but que l'on s'était proposé dans la convention; qu'ainsi une rigole a pu être convertie en canal, si ce changement présentait plus d'avantage pour l'écoulement des eaux et pour le passage sur ses bords; que de même l'écluse destinée à déverser les eaux de la rigole dans la rivière voisine a pu être placée dans un endroit autre que celui où elle avait été établie à l'origine, si des nécessités de niveau obligeaient ce déplacement; et qu'il en est surtout ainsi, lorsque ces modifications de l'exercice de la servitude, indépendamment de ce qu'elles trouvent leur sanction dans l'art. 701, C. civ., se justifient en outre, dans l'espèce, par la convention et par l'intention des parties, dont l'appréciation rentre dans le pouvoir discrétionnaire des juges du fait. — Cass., 23 juill. 1855, Tallavignes, [*Gaz. des Trib.*, 25 juill. 1855]

532. — ... Que le fait par le propriétaire du fonds servant d'avoir reporté à une certaine distance, en aval de son ancienne situation, la vanne de décharge des eaux qu'il recevait d'un canal et qu'il devait rendre pour le service des usines appartenant au propriétaire du fonds dominant, n'ouvre à ce dernier aucun droit à indemnité, si ce changement dans l'assiette de la servitude n'empêche pas les usines de fonctionner avec les mêmes chutes et le même volume d'eau, et ne cause ainsi aucun préjudice au fonds dominant. — Cass., 22 mars 1893, Beyssac, [S. et P. 96.1.356, D. 93.1.408]

533. — ... Que la disposition de l'art. 701, qui nous occupe, est applicable au cas où le propriétaire d'une maison inférieure, soumise à une servitude d'égout et de jour au profit de la maison supérieure, veut faire exhausser sa maison : ce propriétaire peut changer l'état des lieux et exhausser le toit de sa maison sur lequel s'écoule l'égout et se prend la servitude du jour, pourvu que les nouvelles constructions, en changeant le mode d'exercice de la servitude, ne rendent pas cet exercice moins commode qu'il n'était auparavant. — Cass., 9 mars 1840, Castelneau, [S. 40.1.641]

534. — Jugé cependant, mais à tort suivant nous, que les dispositions de l'art. 701, C. civ., applicables aux servitudes de passage, puisage, ou toutes autres de cette nature s'exerçant sur le fonds servant, et susceptibles d'être changées si le propriétaire

du fonds assujetti peut offrir un endroit tout aussi commode pour le nouvel exercice de la servitude, ne peuvent s'étendre aux servitudes de vue. — Montpellier, 20 août 1845, Legendre, [P. 46.1.255] — *Contrà*, Demolombe, t. 12, n. 905.

535. — Il appartient aux juges du fait de décider, par une appréciation souveraine, que l'affectation ancienne constitue une aggravation de servitude et que l'affectation nouvelle, remplissant les conditions exigées par l'art. 701, satisfait le propriétaire du fonds dominant, qui ne pourrait dès lors la refuser. — Cass., 16 juill. 1878, Carré, [S. 79.1.268, P. 79.655, D. 79.1.128]

536. — Les tribunaux ne font d'ailleurs que rester fidèles à l'esprit qui a inspiré l'art. 701, et au respect dont il convient d'entourer la propriété à laquelle a été incorporé un droit de servitude, en se montrant rigoureux dans l'application de cet article. — Grenoble, 1er févr. 1898, Epoux Goyet, [D. 98.2.413]

537. — Il a été jugé que, pour savoir si celui qui doit une servitude peut la déplacer sans préjudicier au fonds dominant, il ne faut avoir égard qu'à l'état où se trouvait ce fonds à l'époque où elle a été établie et non aux innovations opérées sur ce fonds ou projetées depuis la constitution de la servitude. — Pau, 9 févr. 1835, Marc, [S. 35.2.460, P. chr.] — *Sic*, Duranton, t. 5, n. 622; Toullier, t. 3, n. 649; Solon, n. 472.

538. — Mais, on décide plus généralement qu'on pourrait avoir égard aux travaux entrepris par le maître du fonds dominant, dans la mesure de son droit. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 339, note 3; Demolombe, t. 12, n. 899; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1144; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 701, n. 46. — V. aussi Devilleneuve, note sous Pau, 9 févr. 1835, [S. 35.2.460], et *suprà*, n. 526.

539. — A défaut de consentement du propriétaire de l'héritage dominant, l'appréciation des juges est nécessaire, et le propriétaire du fonds servant ne pourrait pas, de son autorité privée, changer l'assiette de la servitude, ni faire des travaux qui auraient pour résultat nécessaire le changement de cette assiette. — Trib. civ. Gien, 1er août 1894, Papillon, [*Gaz. Pal.*, 94.2.372] — Trib. paix Saint-Maixent, 22 oct. 1894, [*Mon. just. paix*, 1895, p. 207] — *Sic*, du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 362; Demolombe, t. 12, n. 902. — *Contrà*, Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. 2, n. 82.

540. — Il ne peut même pas demander ce changement quand, pour le pratiquer, il faut faire des ouvrages sur le fonds dominant. — Metz, 9 janv. 1821, Saviot, [S. et P. chr.] — V. aussi Bourges, 21 déc. 1831, Follaire, [S. 33.2.35, P. chr.]

541. — Mais il n'est pas indispensable que le nouveau point d'exercice soit pris sur l'héritage grevé. Rien ne s'oppose à ce que la servitude soit transportée sur un héritage voisin, si elle y est aussi commode pour le fonds dominant; on a même été jusqu'à dire que les tribunaux ne devraient point avoir égard au refus du propriétaire de ce dernier fonds, s'il n'était basé sur aucun intérêt réel. — Pardessus, t. 1, n. 70; Demolombe, t. 12, n. 900. — Mais cette doctrine nous paraît fort contestable, car les tribunaux n'ont pas le pouvoir de créer des servitudes sur un fonds qui n'en doit aucune et à l'encontre d'une partie étrangère aux conventions qu'il s'agit d'appliquer. — V. Demolombe, t. 12, n. 900 *bis*.

542. — Le propriétaire assujetti peut demander plusieurs déplacements successifs; il peut, après en avoir obtenu un, en réclamer un nouveau pour des motifs identiques. — Demolombe, t. 12, n. 904.

543. — C'est le tribunal civil et non le juge de paix qui est compétent en cette matière. — Cass., 6 avr. 1831, Robert, [S. 31.1.413] — Trib. civ. Gien, 1er août 1894, précité

544. — La faculté qui est accordée par l'art. 701 au propriétaire du fonds grevé est imprescriptible. — Cass., 18 déc. 1900, Fournerie, [D. 1901.1.251] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 904; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1145; Huc, t. 4, n. 441.

545. — Alors même qu'elle lui aurait été expressément réservée dans le contrat constitutif de la servitude, et que, par exemple, le propriétaire assujetti aurait stipulé à son profit le droit absolu de détruire à sa volonté le chemin grevé d'une servitude de passage, qui serait en ce cas déplacée et reportée dans telle direction déterminée, cette réserve d'une faculté conventionnelle doit être considérée comme étant une condition inhérente à l'établissement de la servitude et comme formant un élément indivisible du contrat; et dès lors il ne suffit pas que le propriétaire dominant ait passé pendant trente ans sur le chemin primitif pour qu'il en ait prescrit l'assiette, et pour que le propriétaire assujetti ne puisse plus user de la faculté de la déplacer. — Même arrêt.

546. — La faculté d'obtenir le déplacement d'assiette d'une servitude conformément aux dispositions de l'art. 701 s'étend même aux servitudes établies avant la promulgation du Code civil. — Pau, 9 févr. 1835, précité. — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 701, n. 32.

547. — Le propriétaire assujetti ne peut pas y renoncer valablement; car il y a là une question d'ordre public, d'intérêt général de la propriété foncière, en faveur de tous les fonds grevés; et d'un autre côté il y aurait, de la part du propriétaire dominant qui s'opposerait au changement d'assiette sans y avoir aucun intérêt, une mauvaise foi véritable dans l'exercice abusif de son droit, et une résistance injuste dictée par le seul dessein de nuire. Toute renonciation serait donc sans effet si le déplacement demandé n'entraîne aucun inconvénient pour le fonds dominant. — Même arrêt. — *Sic*, Zachariæ, § 254 *a*, note 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 339, p. 207; Demolombe, t. 12, n. 905; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, t. 8, n. 275; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1145; Huc, t. 4, n. 441. — *Contrà*, Fuzier-Herman, art. 701, n. 47.

548. — On conclut de là que l'art. 701 reste applicable même aux servitudes conventionnelles dont l'assiette a été déterminée dans l'acte constitutif lui-même. — Même arrêt. — Mêmes auteurs.

549. — Jugé, en ce sens, que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage, dont l'exercice a été réglé par le titre constitutif, peut affecter à cette servitude un autre emplacement, si cet emplacement est aussi commode, et si l'assignation primitive lui est devenue plus onéreuse et l'empêche de faire des réparations, en telle sorte que son maintien constituerait une aggravation de servitude. — Cass., 16 juill. 1878, Carré, [S. 79.1.268, P. 79.655, D. 79.1.128]; — 19 juin 1882, Picavet, [S. 84.1.120, P. 84.1.264, D. 83.1.388]

550. — ... Que, malgré la clause d'un acte de partage stipulant que les prairies des copartageants continueraient d'être arrosées comme par le passé, et qu'il ne pourrait être fait aucun changement aux fossés et rigoles servant à conduire les eaux, cependant, celui sur le fonds duquel se trouve un aqueduc destiné à cet usage peut user de la faculté réservée aux fonds servants par l'art. 701. — Pau, 3 juin 1831, Adon, [S. 31.2.234, P. chr.]

551. — ... Que vainement le propriétaire du fonds dominant, excipant du caractère conventionnel de la servitude, invoquerait, pour repousser l'application de l'art. 701, l'art. 1134 aux termes duquel les conventions légalement formées font la loi des parties, cet art. 1134, qui renferme une règle générale, devant se concilier avec les dispositions spéciales de l'art. 701. — Dijon, 19 avr. 1871, Courtois, [S. 71.2.244, P. 71.809]

552. — Jugé toutefois, en sens contraire, que le débiteur d'une servitude ne peut pas en demander le déplacement, lorsqu'il y a renoncé par l'acte constitutif. — Cass., 19 mai 1824, Forquet, [S. 35.2.461, *ad notam*, P. chr.] — *Sic*, Fuzier-Herman, *loc. cit.* — V. aussi Montpellier, 23 juill. 1846, N..., [S. 47.2.464, P. 47.1.651, D. 47.2.70]

553. — ... Que notamment lorsque, dans le titre constitutif d'une servitude d'égout, le propriétaire du fonds servant s'est engagé à n'exhausser le mur mitoyen du haut duquel s'écoulent les eaux qu'à la charge d'en conserver la chute, il ne peut ultérieurement changer cette disposition pour faciliter l'exhaussement du mur mitoyen. — Cass., 19 mai 1824, précité.

554. — La faculté de réclamer un déplacement d'assiette est, avons-nous dit, d'ordre public. Elle est instituée par la loi et ne peut donner lieu à garantie. Dès lors, quand, selon l'art. 701, C. civ., l'assignation primitive d'une servitude de passage est changée, le propriétaire du fonds dominant ne peut prétendre à une garantie contre le précédent propriétaire qui lui a vendu le fonds, sous prétexte que le nouveau passage n'est point aussi commode que celui qui existait au temps de la vente. — Caen, 9 avr. 1825, Fleuriot, [P. chr.]

555. — Si le propriétaire du fonds servant est obligé de s'adresser à justice pour obtenir le déplacement réclamé, les frais du procès seront à la charge du propriétaire dominant qui y a donné lieu par une résistance injustifiée. — Demolombe, t. 12, n. 903; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1144.

556. — Mais les frais nécessaires pour opérer matériellement

le déplacement seront tout entiers à la charge du propriétaire qui l'a demandé dans son intérêt exclusif.

557. — Ces frais sont mis avec raison à la charge du propriétaire assujetti, lorsque le propriétaire dominant, défendeur à la demande en règlement de la servitude, a déclaré ne consentir à ce déplacement que sous cette condition (que les frais de ce travail seraient à la charge du demandeur). — Cass., 8 mai 1882, Marboutin, [D. 82.1.311

558. — Il est presque inutile d'ajouter que l'art. 701, étant spécial à la matière des servitudes, n'est pas applicable aux droits qui s'exercent à titre de propriété ou de copropriété, et qu'on ne saurait en aucun cas demander le changement d'assiette, et le déplacement de droits de cette nature. — Cass., 15 févr. 1858, Letartre, [S. 58.1.347, P. 58.959, D. 58.1.125] — Paris, 15 mars 1856, Boucher, [S. 57.2.61, P. 56.426, D. 57.2.11] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 898, qui cite dans le même sens trois arrêts de la cour de Caen, 22 juin 1814, 27 janv. 1820 et 8 mars 1837 ; Fuzier-Herman, art. 701, n. 54.

§ 4. *De l'exercice de ses droits par le maître du fonds servant.*

559. — Le propriétaire du fonds grevé conserve l'exercice de toutes les facultés inhérentes à la propriété. Il reste maître d'en disposer. Le propriétaire du fonds dominant ne peut s'opposer à l'aliénation, sous prétexte qu'un créancier n'est pas obligé de recevoir un autre débiteur ; car le débiteur, ici, c'est le fonds.

560. — Il s'ensuit que le propriétaire du fonds grevé d'une servitude de passage a pu céder à un tiers la propriété du terrain servant au passage et le droit d'user de ce passage. — Cass., 3 nov. 1897, Dussaud, [S. et P. 98.1.335, D. 98.1.298

561. — ... Et ce, bien que le titulaire de la servitude ait exécuté sur ce terrain certains travaux pour exercer son droit. — Même arrêt.

562. — A plus forte raison, le propriétaire du fonds grevé peut le modifier, le transformer, le clore, etc..., à la seule condition de ne point nuire à l'exercice de la servitude. Ainsi, le propriétaire grevé d'une servitude de vue peut transformer l'exploitation de son fonds. — Pardessus, t. 1, n. 71 ; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 5; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1142 et s. — V. des applications de ces principes généraux, *suprà*, v^is *Clôture*, n. 28 et s.; *Passage*, n. 37 et s., 43 et s.

563. — Il peut réaliser toute innovation, même en modifiant l'exercice de la servitude, pourvu qu'il n'en diminue pas l'utilité et ne cause pas préjudice au fonds dominant. Les innovations peuvent seulement rendre la servitude moins onéreuse pour le fonds servant. — Demolombe, t. 12, n. 893 et 901; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1143.

564. — Il peut, sous les mêmes conditions, grever son fonds de nouvelles servitudes, semblables ou différentes, au profit de tiers. — Pardessus, *loc. cit.*

565. — Il peut le donner à bail. C'est ainsi que le maître d'un pressoir sur lequel existe une servitude limitée de pressurage peut en louer encore l'usage à d'autres que le propriétaire dominant. — Caen, 18 janv. 1842, Vautier, [cité par Demolombe, t. 12, n. 935]

566. — Mais la location consentie à un tiers par le propriétaire du fonds grevé ne peut pas restreindre la servitude préexistante. — Pau, 15 janv. 1896, Commune de Baudéan, [S. et P. 96.2.298, D. 97.2.105]

567. — Il peut enfin user des avantages par lui concédés, et puiser ou passer pour son propre compte, quoiqu'ayant concédé à un tiers les droits de passage et de puisage. — Demolombe, t. 12, n. 887 ; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et notes 7 et 8; Laurent, t. 8, n. 274; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1142.

568. — Jugé en ce sens que le propriétaire d'un fonds sur lequel est établie une servitude de passage, conserve le droit de se servir du fonds assujetti pour les mêmes usages que ceux qui font l'objet de la servitude, sous la seule réserve de ne rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à la rendre plus incommode. — Cass., 3 nov. 1897, précité. — Rennes, 14 mars 1818, Brevelet, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1162-1°]

569. — ... Qu'à cet égard la faculté, reconnue par les art. 697 et 698, C. civ., au propriétaire du fonds dominant, de faire à ses frais tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude et la conserver, ne porte aucune atteinte au droit du propriétaire du fonds servant. — Cass., 3 nov. 1897, précité.

570. — ... Mais que le propriétaire qui a concédé une servitude de pacage sur son fonds peut, d'après l'interprétation des titres, être réputé en diminuer l'usage, s'il envoie lui-même pacager sur ce fonds des bestiaux dépendant de domaines qu'il a acquis depuis la constitution de la servitude; et que dans ce cas, celui à qui la servitude est due a le droit de s'opposer à ce que ces bestiaux soient admis au pacage. — Cass., 30 déc. 1839, Bruey, [S. 40.1.513

571. — On doit aller même, en ce dernier sens, jusqu'à admettre qu'une servitude peut absorber complètement l'usage du fonds grevé. Par exemple, une servitude de passage peut, d'après les actes qui l'ont établie, être déclarée, même à l'égard du propriétaire du fonds assujetti, exclusive du droit de passer sur ce même fonds. — Cass., 25 juin 1834, Saint-Albin, [S. 34.1.509] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 889. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 40.

572. — En pareil cas, le propriétaire assujetti devrait s'abstenir d'user de l'avantage par lui concédé. — Demolombe, t. 12, n. 890; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

573. — La cour de Caen, dans un arrêt du 7 févr. 1840, (cité par Demolombe t. 12, n. 890), a très-justement décidé qu'une servitude de prise d'eau ayant été établie sur une source, et le débit de cette source n'étant pas toujours suffisant pour satisfaire à la fois aux besoins du fonds servant et à ceux du fonds dominant, la préférence devait être accordée à ce dernier fonds.

574. — Et par exemple, si la servitude concédée comporte le droit de puiser 100 hectolitres d'eau à une source qui n'en fournit que 110, le propriétaire du fonds grevé ne peut utiliser que les 10 hectolitres d'excédent.

575. — Le propriétaire assujetti peut faire sur son fonds tout ce qui est de nature à prévenir ou à réparer les dommages causés par l'exercice de la servitude, à la rendre moins onéreuse, ou même à la faire tourner à son avantage sans en amoindrir l'utilité; par exemple : paver un passage, couvrir un aqueduc, etc. — Pardessus, t. 1, n. 71 ; Demolombe, t. 12, n. 893 ; Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 10. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 43.

576. — Il peut apporter des changements à l'état de son domaine, par exemple en y élevant des constructions, même si le mode d'exercice de la servitude existe sans réclamation de sa part depuis plus de trente ans; car il ne fait en cela qu'exercer une simple faculté qu'il n'a pas pu perdre à défaut d'exercice. — Pardessus, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*, et note 12.

577. — Mais la limite à cette faculté d'opérer des changements sera toujours dans la nécessité de respecter les droits du titulaire de la servitude; et le propriétaire assujetti ne pourrait notamment défricher son fonds au détriment d'une servitude de pacage constituée sur ce fonds en friche. — Demolombe, t. 12, n. 892. — V. *suprà*, v° *Pâturage et pacage*, n. 42 et s.

578. — Il peut enfin provoquer le règlement de la servitude, si la façon dont elle est exercée l'empêche de tirer un parti suffisant de son héritage, et s'il est possible d'y substituer un mode d'exercice qui, moins préjudiciable à ses intérêts, ne priverait cependant point le propriétaire du fonds dominant des avantages auxquels il a droit. — Aubry et Rau, t. 3, § 254, texte et note 11.

579. — C'est en ce sens qu'il a pu être jugé que l'art. 701, bien qu'il ne dispose explicitement que pour le changement de l'assiette de la servitude (V. *suprà*, n. 520 et s.), autorise néanmoins la modification de l'exercice même de la servitude si la modification demandée ne peut nuire, directement ni indirectement, dans le présent ni dans l'avenir, au fonds dominant, ni diminuer l'utilité que ce fonds retire de la servitude ou rendre l'exercice de cette servitude moins commode. — Pau, 9 févr. 1835, Marc, [S. 35.2.460, P. chr.] — Montpellier, 23 juill. 1846, N..., [S. 47.2.464, P. 47.1.651, D. 47.2.70] — *Sic*, Zachariæ, t. 2, p. 85; Demolombe, t. 12, n. 901.

TITRE II.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SERVITUDES

580. — Les servitudes, considérées d'après leur origine, dérivent soit de la situation naturelle des lieux, qui impose no-

tamment aux fonds inférieurs envers les terrains plus élevés certains assujettissements auxquels il n'est pas possible qu'ils se soustraient, soit de la loi qui impose certaines obligations dans un intérêt public ou de bon voisinage, soit des conventions entre les propriétaires pour leurs besoins ou leurs convenances respectives, ou même pour leur seul agrément (C. civ., art. 639). A cette énumération il importe d'ajouter, comme sources possibles de servitudes : les testaments, la prescription et la destination du père de famille (art. 690 à 694). — Pardessus, t. 1 n. 1 et 73; Demolombe, t. 11, n. 5; Aubry et Rau, t. 3, § 238, texte et note 6; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 816.

581. — L'usage ne peut plus servir aujourd'hui de base à une servitude (L. 30 vent. an XII, art. 7); et il a été jugé notamment que le droit de faire sécher leur tourbe sur le pré du voisin, que dans quelques provinces l'usage local consacrait en faveur des propriétaires, moyennant indemnité, n'a pas survécu à l'abolition des anciennes coutumes par le Code civil. — Cass., 21 avr. 1813, Rigaut, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Voisinage*, § 4, n. 6; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 929.

582. — ... Que l'on ne peut non plus s'appuyer sur un ancien usage local pour revendiquer le droit de faire refluer les eaux d'un étang inférieur sur un étang supérieur. — Lyon, 6 févr. 1873, Compagnie des Dombes, [S. 74.2.9, P. 74.91, D. 73.2.5]

583. — ... Et que l'usage local d'après lequel les propriétaires de fonds contigus se livreraient réciproquement passage pour l'exploitation de leurs fonds ne saurait prévaloir sur les dispositions des art. 682 et s., C. civ., qui exigent pour l'assujettissement d'un fonds à l'exercice d'un droit de passage, même en cas d'enclave, soit un titre, soit la prescription. — Cass., 30 nov. 1864, Nourry, [S. 65.1.373, P. 65.969]

584. — Il a été jugé cependant que les propriétaires de cours d'eau servant de canaux d'alimentation à leurs usines ont, pour en opérer le curage, le droit de jet de pelle sur l'un et l'autre bord quoique appartenant à des tiers; et que cette servitude, *résultant de l'usage*, prend sa racine dans la nécessité des choses, dans l'état d'enclave, pour ainsi dire, où se trouvent le canal et les produits de son curage, qui ne peuvent être déposés et enlevés sans que les riverains accordent un concours nécessaire, et dans l'intérêt général qui s'attache au fonctionnement régulier d'une usine dont le chômage peut compromettre l'alimentation publique. — Bordeaux, 15 mars 1871, Rousseau, [D. 71.2.61]

585. — Mais cette décision ne saurait à aucun point de vue être approuvée. Elle aboutit à créer une servitude en la fondant sur des considérations de fait, et à la faire dépendre d'un parfait arbitraire : « Il suit de là, ajoute en effet l'arrêt précité, que, toutes les fois, que, sans dommage pour le fonctionnement de l'usine et *sans injustice dans la répartition de la charge entre les riverains*, le curage du canal pourra se faire en jetant son produit d'un seul côté, le propriétaire *du côté opposé sera affranchi* du service de la servitude ». On arriverait ainsi à creer des servitudes alternatives dont l'existence même dépendrait de l'arbitraire des tribunaux.

CHAPITRE I.

SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

586. — Ce qui caractérise particulièrement les servitudes dérivant de la situation des lieux, c'est qu'elles existent par la seule position des héritages, sans aucun titre. — Pardessus, t. 1, n. 74.

587. — On a pu dire qu'elles n'étaient en réalité que des servitudes légales, quoiqu'on ne leur en ait pas donné le nom, en ce sens que les règles qui les concernent sont tracées par la loi. — Merlin, *quest.*, v° *Servitude*, § 3; Toullier, t. 3, n. 484 et 534; Zachariæ, § 234 texte et note 5; Demolombe, t. 2, n. 488 *bis;* Aubry et Rau, t. 3, § 238, note 3.

588. — Toutefois, d'après certains auteurs, elles diffèrent des servitudes légales proprement dites en ce que c'est dans la force des choses plutôt que dans la volonté du législateur qu'elles prennent leur existence; et en tout cas, le pouvoir d'interprétation des juges serait plus large pour les servitudes dérivant de la situation des lieux que pour les servitudes légales proprement dites : les premières en effet sont l'expression de règles de nécessité et de bon sens, auxquelles il y aurait eu lieu de suppléer le plus souvent, dans le silence de la loi; les autres, au contraire, purement arbitraires, n'existent qu'en vertu de textes positifs, qui font céder le droit strict devant leur utilité reconnue. — Pardessus, t. 1, n. 136; Demolombe, t. 11, n. 7. — Mais cette remarque ne se vérifie pas absolument en fait, et la distinction entre les deux catégories de servitudes n'a pas été faite par le Code avec cette rigueur. La servitude de bornage, notamment, y est considérée comme dérivant de la situation des lieux (art. 646), et la clôture forcée y est mise au rang des servitudes établies par la loi (art. 663), sans qu'on aperçoive la raison de cette différence. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 817.

589. — Il est peut-être plus exact de dire d'une façon générale que les servitudes naturelles et les servitudes légales, c'est-à-dire celles que nous étudierons ou dont nous rappellerons l'existence dans le présent chapitre et dans le chapitre suivant, ne sont pas de vraies servitudes, en ce sens qu'elles ne sont pas des exceptions au droit commun de la propriété foncière, et qu'elles constituent au contraire ce droit commun. Il est souvent impossible, notamment pour l'obligation au bornage ou pour les distances à respecter dans les plantations (art. 646 et 671), de déterminer quel est le fonds servant et quel est le fonds dominant : ce sont des obligations réciproques. Pourtant elles participent du caractère des servitudes, par leur nature de droit exclusivement réel, qui donne compétence au tribunal de la situation, et dont on peut se libérer par l'abandon du fonds assujetti (V. notamment : art. 656, *suprà*, v° *Mitoyenneté*, n. 804, et *infrà*, n. 1392). — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 818.

590. — Quoi qu'il en soit, le Code vise tout d'abord, dans ses art. 640 à 645, les servitudes concernant les eaux, dont nous nous sommes occupés *suprà*, v^is^ *Digue*, *Drainage*, *Eaux*, *Irrigation*, etc.

591. — Remarquons spécialement que parmi ces obligations il en est qui n'ont pas le caractère véritable de servitudes, et que notamment ce n'est pas toujours par servitude que les riverains ont la faculté de se servir des eaux courantes, mais par le seul résultat de l'accession, de l'occupation, du droit qu'a chacun d'user de ce qui est à tous. Dès lors, les principes généraux étudiés au titre précédent ne s'appliqueront pas à ces sortes de droits. — Pardessus, t. 1, n. 3; Demolombe, t. 11, n. 8.

592. — De la servitude naturelle d'écoulement des eaux il importe de rapprocher une autre obligation des fonds inférieurs, dont le Code ne s'occupe pas : celle de recevoir les éboulements et avalanches provenant des fonds supérieurs. Nous y adapterons le texte de l'art. 640, en disant : « Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir *les éboulements qui en proviennent* naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever *d'obstacles qui retiennent les matières éboulées sur le fonds inférieur*. Le propriétaire de ce dernier fonds ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ». — Demolombe, t. 11, n. 54 et s.

593. — La Cour de cassation a reconnu implicitement l'existence de cette servitude légale d'éboulement, en admettant qu'il n'était point dû de dommages-intérêts par le propriétaire du fonds supérieur dont les terres avaient glissé sur les fonds inférieurs, si ce glissement n'était pas, d'après les déclarations des juges du fait, le résultat d'une faute imputable audit propriétaire supérieur. — Cass., 29 nov. 1832, Fréel, [S. 33.1.19, P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 82; Demolombe, t. 11, n. 56; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 822. — V. aussi Cass., 27 avr. 1898, Parisot, [D. 98.1.421]

594. — Il a même été plus explicitement jugé que, lorsque l'un de deux terrains contigus est plus élevé que l'autre, l'éboulement des terres qui se fait naturellement est un accident dont le propriétaire supérieur n'est pas obligé de garantir le propriétaire inférieur; et que le propriétaire supérieur est seulement tenu de réparer le préjudice qu'il aurait causé à son voisin en aggravant la servitude naturelle, et en provoquant, par exemple, des éboulements soit par des transports de terres factices, soit par des plantations ou par un défaut d'entretien; mais qu'il ne peut être contraint de construire un mur de soutènement pour prévenir ces éboulements. — Pau, 14 févr. 1832, Lo, [S. 32.2.329, P. chr.] — Poitiers, 6 mai 1856, Ribouleau, [S. 56.2.470,

P.57.205, D. 56.2.182] — V. toutefois en sens contraire, sur l'obligation pour le propriétaire du fonds supérieur de faire les travaux nécessaires, afin de prévenir les éboulements qui seraient dus à une modification de la situation naturelle des lieux (Cass., 27 avr. 1898, précité. — V. également sur ce dernier point, Cass., 9 avr. 1880, Dép. des Pyrénées-Orientales, [D. 81.1.206]

595. — Le propriétaire supérieur n'est tenu de construire aucun ouvrage de nature à protéger les fonds inférieurs. Les propriétaires de ces derniers fonds peuvent seulement employer tels moyens de préservation qu'ils jugeraient utiles, sans nuire aux fonds supérieurs. — Demolombe, t. 11, n. 56.

596. — Le propriétaire supérieur n'est point tenu de reprendre sur le fonds inférieur les terres et matériaux emportés de son fonds; mais il est incontestable qu'il a le droit d'aller les y reprendre. Il faut seulement admettre que, s'il veut user de cette dernière faculté, le propriétaire inférieur peut le contraindre de tout enlever, et s'opposer à un enlèvement partiel. — Toullier, t. 11, n. 324; Demolombe, t. 11, n. 57.

597. — La question de savoir s'il y a aggravation de la servitude de la part du fonds supérieur est une question de fait laissée, ici comme ailleurs (V. *suprà*, n. 285 et s.), à l'appréciation du juge. — Solon, n. 52; Demolombe, t. 11, n. 58.

598. — Après avoir parlé des servitudes concernant les eaux, le Code (art. 646) indique comme servitude dérivant de la situation des lieux le droit qu'a tout propriétaire de contraindre son voisin à déterminer, par des bornes, le point de limite entre eux (V. *suprà*, v° *Bornage*). Ce n'est pas là, comme nous l'avons dit déjà (*suprà*, n. 589), une véritable servitude sur le voisin: c'est une conséquence de la propriété. Une fois que le bornage a été fait, l'héritage de celui qui l'a provoqué ne conserve plus de droits qui grèvent l'héritage voisin; et ce dernier n'était, même avant le bornage, grevé envers l'autre d'aucune charge qui en atténuât la valeur ou en restreignît la liberté. — Pardessus, t. 1, n. 3 et 74; Demolombe, t. 11, n. 8 et 12.

599. — Il en est encore ainsi, à plus forte raison, du droit de clôture (art. 647 et s.): non seulement, en l'exerçant, celui qui clôt son héritage n'use d'aucun droit sur le fonds d'autrui, mais au contraire il peut être gêné dans le libre exercice de ce droit par l'obligation où il serait de souffrir quelques servitudes avec lesquelles la clôture ne serait pas compatible (V. *suprà*, v° *Clôture*, n. 16 et s.). D'autre part, la clôture n'est génératrice d'aucune servitude et constitue au contraire un moyen de se soustraire à la servitude légale de vaine pâture. — V. Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.* — V. *suprà*, v^is^ *Clôture*, n. 133 et s.; *Parcours et Vaine pâture*, n. 206 et s.

CHAPITRE II.

SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

600. — « Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers » (C. civ., art. 649).

601. — Ces servitudes ne peuvent dériver que d'une loi. Comme nous l'avons déjà indiqué (V. *suprà*, n. 581 et s.), il est impossible de s'appuyer sur les usages ruraux, qui n'ont point été maintenus par le Code civil ou par les lois sur la police rurale, pour prétendre à l'exercice de servitudes quelconques. — Sur certaines servitudes légales spéciales établies par d'anciennes lois, V. *suprà*, v° *Rivières*, n. 892 et s., 1066 et s.

602. — L'établissement d'une servitude ne peut non plus émaner d'un acte arbitraire de l'autorité préfectorale. — V. *suprà*, v° *Marais*, n. 41 et s.

603. — Mais lorsqu'un propriétaire joignant une voie publique dont les propriétés riveraines sont grevées, dans une certaine zone, d'une servitude légale, s'est engagé vis-à-vis d'un propriétaire voisin à lui céder une parcelle de terrain nécessaire à une rectification de clôture « pour le cas où l'Administration l'exigerait », les tribunaux peuvent, sans violer aucune loi, ni excéder leurs pouvoirs, se fonder sur une lettre émanée du préfet pour décider que cette condition s'est réalisée. Ce n'est pas là l'application d'un acte administratif, ni la création d'une servitude nouvelle, mais seulement l'interprétation de conventions particulières, alors même que la parcelle de terrain ainsi cédée se trouve par ce fait frappée de la servitude légale qui ne la grevait pas antérieurement. — Cass., 1er juill. 1857, Monpelas, [P. 58.979, D. 57.1.431]

604. — Les servitudes légales sont, à moins de dispositions particulières, soumises aux mêmes règles d'exercice et d'application que les servitudes conventionnelles. — Pardessus, t. 1, n. 74; Zachariæ, § 234, texte et note 4; Demolombe, t. 12, n. 636 et 871; Aubry et Rau, t. 3, § 238, texte et note 7.

605. — Elles peuvent d'ailleurs, en général, être déterminées d'une manière plus précise, ou même modifiées, soit au moyen de conventions, soit par l'effet de la prescription. — Toullier, t. 3, n. 591; Aubry et Rau, *loc. cit.*, et note 8. — Il en est ainsi, du moins, des servitudes d'intérêt privé (c'est-à-dire de la plupart des servitudes naturelles ou légales réglementées par le Code civil), mais non de celles qui touchent à l'ordre public (servitudes établies sur les rives des fleuves, servitudes militaires, etc...). — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 819.

Section I.

Servitudes légales d'utilité publique ou communale.

606. — Certains assujettissements sont, dans un but d'utilité publique, imposés aux propriétés privées. La définition que l'art. 637 donne des servitudes ne convient pas exactement à la plupart de ces assujettissements, qui presque toujours sont établis pour l'usage des personnes, sans considérer si elles ont ou non des héritages qui puissent ou qui doivent en profiter. — Pardessus, t. 1, n. 137; Demolombe, t. 11, n. 299.

607. — Ce sont notamment: l'obligation pour le propriétaire d'une source de n'en point user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire (art. 642, § 3). — V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 208 et s.

608. — ... Ou de n'en point détourner les eaux au préjudice des usagers inférieurs, si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, ces eaux forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes (art. 643). — V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 237 et s.

609. — ... L'obligation de souffrir le marchepied le long des fleuves et rivières navigables ou flottables (art. 650).

610. — ... Ou d'y laisser libre un chemin de halage (L. 8 avr. 1898, art. 46 et s.). — V. *suprà*, v° *Chemin de halage*.

611. — ... Les obligations relatives à l'alignement pour les constructions en bordure des voies publiques. — V. *suprà*, v^is^ *Alignement*, *Chemin rural*, n. 155, *Paris (ville de)*, n. 841 et s.

612. — ... Celles qui résultent de la construction ou de la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux (art. 650); ce qui comprend surtout le droit de fouille et d'extraction appartenant aux agents de l'Administration sur les héritages privés, pour la confection des travaux publics. — Demolombe, t. 11, n. 302; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 827. — V. *suprà*, v^is^ *Chemin vicinal*, n. 2136; *Forêts*, n. 1318; *Occupation temporaire*, n. 34 et s.

613. — ... L'obligation, pour les propriétaires d'immeubles urbains en bordure de la voie publique, de supporter les frais de viabilité et de payer les taxes de pavage. — V. *suprà*, v° *Pavage*, n. 2, 9 et s.

614. — ... L'obligation de planter des arbres sur le bord des chemins (Règl., 3 mai 1720; L. 9 vent. an XIII; Décr. 16 déc. 1811, art. 88 et s.).

615. — ... Celle d'y laisser planter sans que la distance fixée par l'art. 671, C. civ., soit observée. — V. *suprà*, v° *Arbres*, n. 196 et s.

616. — ... Celle d'essarter et couper sur une largeur de 60 pieds les bois, épines et broussailles traversés par un grand chemin (Ord. août 1669, tit. 28, art. 5). — V. Demante, t. 2, n. 504 *bis*-II; Demolombe, t. 11, n. 302. — V. aussi, *suprà*, v^is^ *Elagage*, et v° *Forêts*, n. 115 à 117.

617. — ... Celle d'ouvrir et d'entretenir, en certaines régions, des tranchées de protection pour éviter les incendies de forêts. — V. *suprà*, v^is^ *Délit forestier*, n. 204; *Forêts*, n. 118 et 1317.

618. — ... Celle de souffrir l'avancement des branches des arbres des lisières des forêts de l'Etat, lorsque ces arbres ont plus de trente ans, sans pouvoir se prévaloir des dispositions de l'art. 672, C. civ. (C. for., art. 150).

619. — ... L'obligation de ne point défricher les bois sans auto-

risation (C. for., art. 219 et s.). — V. *suprà*, v° *Défrichement*, n. 32 et s.

620. — ... De reboiser ou gazonner les montagnes. — V. *infrà*, v° *Terrains en montagnes.*

621. — ... De dessécher ou supprimer les marais et les étangs insalubres ou de nature à causer des inondations. — V. *suprà*, v° *Étangs*, n. 273 et s.; *Marais*, n. 34 et s.

622. — ... D'assainir les logements insalubres (L. 15-19 févr. 1902). — V. *suprà*, v° *Police sanitaire*, n. 208 et s.

623. — ... Les restrictions relatives à l'établissement des manufactures, usines et ateliers insalubres, dangereux ou incommodes. — V. *suprà*, v° *Etablissements dangereux, insalubres et incommodes.*

624. — ... La prohibition de construire des édifices ou de creuser des puits à moins de 100 mètres des cimetières. — V. *suprà*, v° *Cimetière*, n. 133 et s.

625. — ... L'interdiction d'élever certaines contructions dans un rayon donné autour des forêts. — V. *suprà*, v° *Forêts*, n. 151 et s.

626. — ... Celle de planter des arbres ou de se clore, par haies ou autrement, le long des fleuves ou rivières navigables ou flottables, à une distance plus rapprochée que 9m,75 du côté où les bateaux se tirent, et que 3m,25 sur le bord où il n'existe pas de chemin de halage (L. 8 avr. 1898, art. 46 et s.).

627. — ... L'interdiction d'extraire sans autorisation spéciale, des terres, sables et autres matières à une distance moindre de 11m,70 de la limite des fleuves et rivières navigables ou flottables (art. 52, même loi). — V. *suprà*, v° *Rivières*, n. 890.

628. — ... Les servitudes imposées, dans l'intérêt du flottage et du transport des bois, aux usines et autres fonds riverains des cours d'eau. — V. *suprà*, v^is *Bois et charbons*, n. 304 et s.; *Rivières*, n. 665 et s.

629. — ... Les restrictions apportées par la législation minière au droit pour chacun d'exploiter librement son fonds. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 873 et s., 1874 et s.

630. — ... Les servitudes qui grèvent les propriétaires de sources thermales ou de fonds voisins de ces sources. — V. *suprà*, v° *Eaux minérales et thermales*, n. 106 et s.

631. — ... Les servitudes établies pour la conservation et la sûreté des chemins de fer. — V. *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 1089 et s.

632. — ... Les charges imposées aux propriétés situées dans le voisinage des frontières ou des places fortes. — V. *suprà*, v^is *Forêts*, n. 283 et s., 1322; *Inondation*, n. 13 et s.; *Places de guerre*, et *infrà*, v° *Servitudes militaires.*

633. — ... L'obligation imposée aux riverains d'un chemin impraticable, de souffrir momentanément le passage sur leurs fonds (L. 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, art. 41). — V. *suprà*, v^is *Chemin (en général)*, n. 121 et s.; *Enclave*, n. 237 et s.

634. — ... L'obligation, pour les voisins du lieu où se produit un naufrage, de livrer passage pour y porter secours ou de laisser déposer les objets sauvés. — V. *suprà*, v° *Naufrage*, n. 127.

635. — ... Pour les voisins de victimes d'incendies, inondations ou autres calamités, de livrer également passage dans leur domicile afin de faciliter les secours (C. pén., art. 475, § 12). — V. *suprà*, v^is *Enclave*, n. 244; *Incendie*, n. 237; *Inondation*, n. 51 et s.

636. — ... Celles qui résultent des règlements de police ou de voirie, relatives aux ouvertures de portes ou de croisées, à la hauteur des bâtiments, aux puits, aux fosses d'aisances, aux poteaux ou supports que l'on doit laisser placer sur son terrain ou appuyer à son mur pour le service de la télégraphie électrique, de l'éclairage, etc. — V. *suprà*, v^is *Eclairage*, n. 30; *Fosse d'aisances*, n. 34 et s.; *Paris (ville de)*, n. 853 et s.; *Postes et télégraphes*, n. 934 et s.; et *infrà*, v° *Voirie*, etc.

637. — ... Ou aux dimensions à donner, dans Paris, aux cours et courettes. — V. sur le caractère de cette obligation, Paris, 14 févr. 1900, Vincent, [*Gaz. des Trib.*, 1900, 2e sem., 2.186], et *suprà*, v° *Paris (ville de)*, n. 902 et s.

638. — ... Ou encore aux plaques indicatives du nom des rues, et que le propriétaire d'immeubles urbains longeant la voie publique doit supporter sur ces immeubles, si l'obligation lui en est imposée par des règlements municipaux valablement pris en vertu de la loi (L. 5 avr. 1884, art. 17). — Cass., 8 juill. 1890, Hinaux, [S. 91.1.437, P. 91.1.1080, D. 90.1.365] — *Sic*, Jousselin, t. 2, p. 473. — V. *suprà*, v° *Paris (ville de)*, n. 846 et s.

639. — ... Les obligations imposées aux propriétaires ruraux relativement aux bans de vendange, au grappillage et au râtelage. — V. *suprà*, v^is *Ban de vendange, de moisson et de fauchaison*; *Glanage.*

640. — ... Les prohibitions relatives à la culture du tabac. — V. *infrà*, v° *Tabac*, etc., etc.

641. — Mais ne doivent pas être considérées comme des servitudes légales les obligations dont sont tenus les propriétaires de certains édifices, de canaux, de ponts ou de chemins, d'en souffrir l'usage par quiconque le réclame et offre d'acquitter les charges imposées par l'acte constitutif. S'il est vrai que les immeubles dont il s'agit soient grevés de l'obligation de rester toujours dans un certain état, et que les propriétaires soient privés de la faculté d'en changer la destination, ce n'est pas par l'effet d'une loi générale; c'est la conséquence d'un *contrat* particulier intervenu entre l'autorité publique et ceux qui ont fait les constructions. — Pardessus, t. 1, n. 141.

642. — Notons de suite que les servitudes établies pour l'utilité publique ne peuvent pas s'éteindre par non-usage ou prescription (V. *infrà*, n. 1246 et s.). Elles ne cessent que quand l'extinction en a été régulièrement prononcée par l'autorité compétente, après disparition des intérêts publics qu'elles avaient pour objet de satisfaire ou des circonstances spéciales qui leur avaient donné naissance. — Troplong, *Prescr.*, n. 132 et 139; Jousselin, t. 1, p. 83; Daviel, t. 3, n. 873.

643. — Elles ne peuvent pas servir de fondement à une action possessoire. — Cass., 8 juill. 1890, précité.

644. — Tout ce qui concerne ces servitudes est d'ailleurs, aux termes de l'art. 650, al. 2, déterminé par les lois et règlements particuliers à chaque matière.

645. — Toutefois cette disposition de l'art. 650 n'est pas applicable aux servitudes dont l'existence est contestée. En conséquence, lorsqu'il s'agit de décider si une telle servitude existe ou n'existe pas, les tribunaux ne doivent suivre que les règles générales du droit. — Cass., 23 févr. 1809, Commune du Pecq, [S. et P. chr.]

SECTION II.

Servitudes légales d'utilité privée.

646. — Les servitudes légales d'utilité privée, au nombre desquelles certains auteurs rangent les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux (V. *suprà*, n. 587) ou tout au moins celle dont les fonds inférieurs se trouvent grevés pour l'écoulement naturel des eaux de fonds supérieurs, sont, mieux que les précédentes, de véritables servitudes, toujours établies dans l'intérêt de la propriété foncière. L'art. 659 dit qu'elles ont pour objet « l'utilité des particuliers »; il serait plus exact de dire qu'elles ont pour objet l'utilité *des propriétés particulières.* — Aubry et Rau, t. 3, § 239 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 928.

647. — Elles peuvent être considérées comme basées sur ce principe d'équité qui veut, d'une part, que l'on accorde sur sa propre chose ce qui peut être utile aux autres, lorsqu'on n'en éprouve aucun dommage, et d'autre part que l'on n'use point de son droit sans profit pour soi-même, si cet usage est nuisible à autrui. — Pardessus, t. 1, n. 142; Sourdat, *De la respons.*, t. 1, n. 440.

648. — Mais il est bien entendu que, malgré l'opinion contraire de certains auteurs, nous ne pouvons pas considérer comme civilement obligatoires les servitudes prétendues qui, découlant dudit principe, ne seraient point consacrées par des textes spéciaux. L'art. 651, C. civ., indique que « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention ». En dehors de celles-là, il est impossible d'en reconnaître d'autres. Nous ne saurions admettre notamment que le propriétaire dont le mur borde une rue puisse s'opposer à ce que celui dont la maison est située en face de l'autre côté de la rue, blanchisse ce mur pour se procurer plus de jour; ni que le droit que l'on a de peindre sa maison ne puisse pas être exercé de manière à absorber le jour de la maison voisine. — Merlin, *Rép.*, v° *Voisinage*, § 4, n. 6; Demolombe, t. 12, n. 650. — *Contrà*, Pardessus, *loc. cit*; Sourdat, *loc. cit.*

649. — Jugé cependant que le droit de propriété, si absolu qu'il soit, a pour limite, dans son exercice, la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime et ne saurait autoriser l'accomplisse-

ment d'actes malveillants ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui; et qu'en conséquence un propriétaire peut forcer son voisin à supprimer une cloison en planches, en forme d'écran, que ce dernier a établie sur son fonds sans aucune utilité, et qui ne peut servir qu'à causer du dommage à l'immeuble contigu en lui masquant le jour. — Trib. civ. Gex, 27 juill. 1900, Lacrevaz, S. et P. 1901.2.147 — Trib. civ. Sedan, 17 déc. 1901, Savart, *Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.352

650. — Quelques-unes des obligations visées par l'art. 651 tiennent à la fois à l'intérêt public et à l'intérêt privé. Telles sont les règles relatives aux manufactures et ateliers susceptibles de produire de la fumée ou des exhalaisons nuisibles aux personnes ou aux propriétés (V. *suprà*, n. 623); celles relatives à la protection des sources thermales (V. *suprà*, n. 630), etc. — Pardessus, t. 1, n. 142.

651. — Telle est aussi l'obligation de se clore dans les villes et faubourgs (art. 663). — V. *suprà*, vº *Clôture*, n. 49 et s.

652. — Telle encore l'obligation, pour le propriétaire d'une maison, d'élever les tuyaux de ses cheminées, de manière que la fumée n'en soit pas dirigée trop habituellement dans la maison de son voisin. — Solon, n. 258.

653. — « Partie de ces obligations, dit l'art. 652, § 1, est réglée par les lois sur la police rurale ». Telles sont notamment celles qui résultent des droits de parcours et de vaine pâture (V. *suprà*, vº *Parcours*), et celles relatives au drainage et à l'irrigation. — V. *suprà*, vis *Drainage*; *Eaux*; *Irrigation*, etc...

654. — « Les autres, ajoute l'art. 652, § 2, sont relatives au mur et au fossé mitoyens (l'article aurait pu ajouter : ou à toute autre clôture mitoyenne), au cas où il y a lieu à contre-mur (l'article devrait dire : ou à observer une certaine distance de l'héritage voisin), aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage ». Il y a lieu d'ajouter encore les obligations relatives aux distances à observer dans la plantation des arbres. — Sur tous ces points, V. *suprà*, vis *Arbres*, *Egout des toits*, *Enclave*, *Fossé*, *Fosse d'aisances*, *Four*, *Haie*, *Mitoyenneté*, *Passage*, et *infrà*, vº *Vues et jours*.

655. — Nous ferons remarquer que diverses dispositions relatives à la mitoyenneté, placées par le Code au titre *Des servitudes*, sont moins des servitudes véritables que des effets du voisinage ou de la propriété. C'est donc au titre du Code civil relatif à la propriété et aux conséquences qui en résultent, qu'elles auraient dû trouver place (liv. 2, tit. 2). — Pardessus, t. 1, n. 3; Demolombe, t. 11, n. 8. — V. *suprà*, vº *Mitoyenneté*, n. 3 et s., 454 et s.

656. — Hors les cas que nous venons d'énumérer, ou autres expressément visés par une loi, la simple analogie ne suffirait pas pour forcer un fonds à souffrir une obligation à titre de servitude. Ainsi on ne pourrait pas obliger le propriétaire d'une carrière à souffrir, même dans les lieux où la pierre est très-rare, que des particuliers viennent en prendre malgré lui, fût-ce moyennant indemnité. — Pardessus, t. 1, n. 142. — *Contrà*, Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 2, sect. 13, art. 2.

657. — Jugé de même que le propriétaire d'un terrain ne peut être obligé d'y laisser passer son voisin, même moyennant indemnité, pour récolter les fruits d'un arbre dont les branches surplombent. — Bastia, 3 mars 1856, Novella, [S. 56.2.202, P. 56.2.203, D. 56.2.85] — *Sic*, Demolombe, t. 11, n. 513; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 929. — V. aussi *suprà*, vº *Enclave*, n. 246 et s. — V. cependant, Aubry et Rau, t. 3, § 238, p. 4.

658. — ... Ou pour réparer un bâtiment contigu. — V. *suprà*, vº *Echelle (tour d')*, n. 11 et s.

659. — Ceux des droits énumérés sous cette section qui constituent plus précisément des servitudes présentent ce caractère commun, de ne pouvoir être réclamés que moyennant une juste indemnité. Et pour la fixation de cette indemnité, ainsi que pour la détermination de leur assiette et de leur mode d'exercice, ces servitudes supposent un règlement soit conventionnel, soit judiciaire, soit résultant de la prescription. Pour certaines d'entre elles (par exemple, les servitudes d'aqueduc, ou d'appui en matière d'irrigation), la loi laisse même au juge le soin d'apprécier s'il convient d'en accorder ou d'en refuser l'exercice. Mais elles n'en restent pas moins des servitudes légales, et la seule mission du juge est d'apprécier leur utilité dans chaque cas particulier. — Aubry et Rau, t. 3, § 239 *bis*.

CHAPITRE III.

SERVITUDES CONVENTIONNELLES.

660. — Le droit de propriété rendant chacun maître de disposer de sa chose à son gré, des servitudes peuvent être constituées par la volonté des parties, manifestée expressément ou reconnue par l'appréciation qu'en font les tribunaux. On les nomme aussi *conventionnelles*, non pas qu'elles ne puissent être constituées que par des contrats, mais parce que, en l'absence même de tout écrit, et si elles résultent de la prescription par exemple, la volonté de l'une des parties d'acquérir la servitude, et de l'autre de la supporter, est toujours supposée : le concours de volonté constitue leur caractère essentiel. — Pardessus, t. 1, n. 230.

661. — Le nombre de ces servitudes est aussi varié que peuvent l'être les intérêts ou même les convenances des propriétaires de fonds, et leurs effets en peuvent être modifiés à l'infini. Cette liberté n'a d'autres limites que le respect des lois qui ont rapport à l'ordre ou à l'intérêt public. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 665 et 912.

662. — Nous n'en essaierons point une énumération, même énonciative. — Nous renverrons seulement pour certaines d'entre elles, plus particulièrement étudiées, *suprà*, vis *Abreuvoir*, *Echelle (tour d')*, *Egout des toits*, *Etang*, n. 236 et s. (Droits de brouillage, de champéage et de naizage), *Evier*, *Parcours et vaine pâture*, *Pâturage et pacage*, *Passage*.

663. — Certaines servitudes peuvent être stipulées, qui modifient les dispositions d'une loi ou qui y dérogent. Ainsi un voisin peut valablement renoncer à la faculté que lui reconnaît l'art. 651, C. civ., de faire l'abandon du mur mitoyen pour se décharger de l'entretien (V. *suprà*, vº *Mitoyenneté*, n. 804 et s.). Ainsi encore des voisins peuvent par convention s'obliger à se clore dans d'autres localités que celles prévues par l'art. 663, C. civ. (V. *suprà*, vº *Clôture*, n. 49 et s.). De même on peut conventionnellement accorder à son voisin le droit de vue dans les cas où ce droit est refusé par les art. 675 et s., C. civ., ou dispenser le voisin de se soumettre aux conditions imposées par ces mêmes articles pour jouir de ce droit dans les autres cas. — Pardessus, t. 1, n. 230. — *Contrà*, Bretonnier, sur Henrys, t. 2, liv. 4, chap. 2, quest. 80.

664. — Mais il serait impossible notamment de contrevenir, dans les constructions ou dépôts visés par l'art. 674, C. civ., à celles des prescriptions de cet article qui ont pour but l'intérêt de la santé ou de la sécurité publiques, et non le seul intérêt particulier du voisin. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 666.

665. — De même le propriétaire d'un bois ne peut donner par aucune convention la permission d'exercer les droits de pâturage, parcours, panage et glandée, dans des parties de bois non déclarées défensables par l'administration forestière. La prohibition de l'art. 119, C. for., à cet égard intéresse en effet l'ordre public. — Pardessus, *loc. cit.*

666. — Ces principes sont applicables enfin s'il s'agit de mesures de police prises par l'autorité compétente. Par exemple, si un règlement de police obligeait tous les propriétaires de maisons à y avoir des puits, un voisin ne pourrait valablement interdire par convention à son voisin la faculté de creuser un puits sur son héritage : cette convention, licite en elle-même (V. *suprà*, n. 91), cesse de l'être en pareille circonstance. — Pardessus, *loc. cit.*

667. — Quand la volonté des parties ne paraît pas assez clairement expliquée dans les titres, les juges ont, pour l'interpréter, un pouvoir souverain d'appréciation; et, à l'exception des cas où une fausse interprétation aurait abouti à une violation expresse de la loi, leurs décisions sur ce point échappent au contrôle de la Cour de cassation. — Pardessus, t. 1, n. 233; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1094 et 1127. — V. aussi *suprà*, vº *Passage*, n. 26 et s.

668. — Jugé, en ce sens, que les juges du fond, en déclarant l'existence et en déterminant l'étendue d'une servitude, par interprétation du titre constitutif d'après ses termes et son esprit, sans dénaturer le contrat, usent d'un pouvoir souverain d'appréciation. — Cass., 1er mars 1843, Moreau, [D. *Rép.*, vº *Servitude*, n. 1004-2º]; — 8 août 1870, Bourgon, [D. 71.1.329]; — 3 févr.

1885, Macaret-Lesne, [S. 87.1.300, P. 87.1.740]; — 2 déc. 1885, Balmes, [S. 87.1.12, P. 87.1.17, D. 86.1.422] — Paris, 6 juill. 1896, Soc. des terrains de Bellevue, [D. 99.2.382]

669. — ... Et qu'en cas de doute sur le caractère et sur l'étendue de la servitude, le droit d'interpréter le titre constitutif appartient aux tribunaux, dont l'appréciation est souveraine. — Cass., 31 mai 1880, Massabuau, [S. 81.1.199, P. 81.1.492, D. 81.1.14] ; — 6 janv. 1891, Auger, [S. et P. 92.1.55, D. 92.1.244]

670. — Mais il ne suffit pas qu'un jugement déclare que l'existence d'une servitude est suffisamment établie par les titres, sans en préciser aucun : la Cour de cassation se trouve alors dans l'impossibilité d'exercer son contrôle en vérifiant si l'interprétation donnée à de tels actes n'en a pas dénaturé le sens ; et dès lors la décision des juges du fait doit être cassée comme manquant de base légale. — Cass., 8 nov. 1886, Branchu-Ménard, [S. 90.1.385, P. 90.1.940, D. 87.1.85]

671. — Les actes constitutifs de servitude sont d'ailleurs soumis aux règles générales d'interprétation des conventions, et, spécialement, à celle qui veut que, dans les actes, on considère l'intention des parties plutôt que le sens littéral des termes. — Cass., 5 nov. 1856, Maillebiau, [S. 56.1.856, P. 57.105, D. 56.1.391]; — 26 janv. 1858, Frichot, [S. 59.1.73, P. 59.438, D. 58.1.393]; — 19 juill. 1887, Cunéo d'Ornano, [S. 90.1.455, P. 90.1.1094, D. 88.1.29]; — Paris, 6 juill. 1896, précité. — *Sic*, Laurent, t. 8, n. 225; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1127.

672. — En conséquence, ne viole aucune loi l'arrêt qui, sans dénaturer le titre litigieux, se borne à rechercher la véritable intention des parties pour déterminer l'existence de la servitude. — Cass., 19 juill. 1887, précité.

673. — Décidé, en ce sens, que les juges du fait ne font qu'user du droit d'interprétation qui leur appartient, en décidant que le droit « d'ouvrir de nouvelles fenêtres d'aspect dans les conditions qu'il lui plairait » implique pour le titulaire d'une servitude de vue la faculté d'agrandir les anciennes fenêtres. — Cass., 18 janv. 1892, Alcay, [S. et P. 92.1.120, D. 92.1.128]

674. — ... Que l'arrêt qui décide, par application de l'intention des parties, que la clause d'un acte déterminant la hauteur d'un mur de clôture situé en face d'une maison constitue, en faveur de cette maison, non pas seulement une servitude *altius non tollendi*, mais une servitude de prospect faisant obstacle à l'élévation, en arrière dudit mur, de construction pouvant gêner l'existence de cette servitude, ne viole aucune loi, et ne saurait, dès lors, tomber sous la censure de la Cour de cassation. — Cass., 5 nov. 1856, précité.

675. — ... Que les juges du fait peuvent arbitrairement interpréter l'acte constitutif et rechercher, par une appréciation de ses termes et aussi de certaines circonstances topographiques, si l'intention commune des parties a été de constituer une servitude de prospect, comprenant l'interdiction d'élever des constructions, ou seulement celle de planter des arbres. — Cass., 11 juill. 1894, Bonnieux, [D. 95.1.127]

676. — ... Qu'ils peuvent de même, par interprétation de la volonté des parties et étant données la nature et la situation des lieux, conclure, d'une interdiction de planter des arbres à haute tige dans une avenue, à une servitude de prospect et à la prohibition d'élever également une palissade en planches. — Paris, 6 juill. 1896, précité.

677. — ... Que si l'une des parties s'est engagée à ne jamais faire élever aucune construction quelconque devant la devanture d'une boutique ou hangar, de manière que la vue de la boutique ou hangar ne puisse jamais être obstruée, cette convention, interprétée suivant l'intention des contractants et la situation des lieux, peut être considérée comme ayant eu pour but, non seulement d'empêcher la construction d'un bâtiment, mais d'interdire tout édifice de nature à gêner la vue quels que soient sa nature ou les matériaux dont il se compose, et d'établir ainsi une servitude de prospect qui ne saurait être gênée par aucun ouvrage, ni dépôt de bois ou de matériaux. — Lyon, 2 juin 1902, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 2e sem., 2.366]

678. — ... Qu'ils se livrent de même à une appréciation souveraine échappant au contrôle de la Cour de cassation, lorsqu'ils déclarent, d'après l'examen des termes d'une convention, comme aussi d'après la recherche de l'intention des contractants, qu'un droit d'extraction de terres est général et absolu, et n'a de limites que les besoins et la volonté du stipulant. — Cass., 8 mars 1880, Cattron, [S. 81.1.445, P. 81.1161, D. 81.1.269]

679. — ... Que, bien que les servitudes non apparentes ne puissent être établies que par titres, cependant il n'est pas nécessaire qu'elles soient littéralement stipulées ; qu'il suffit, pour leur établissement, de la commune intention des parties, reconnue par voie d'interprétation du contrat. — Cass., 26 janv. 1858, précité.

680. — ... Et que spécialement, la servitude *altius non tollendi* peut résulter d'une convention intervenue sur la construction d'un mur mitoyen, bien que cette convention ne détermine pas la hauteur du mur, si d'ailleurs la nature des matériaux à employer et la profondeur des fondations indiquent que, dans l'intention des parties, cette hauteur ne doit pas excéder celle d'une simple clôture. — Même arrêt.

681. — Il n'y a pas non plus violation de la loi dans l'arrêt qui, en l'absence de titres formels, induit l'existence d'une servitude discontinue de l'interprétation de plusieurs actes successifs, et de la situation des lieux. — Cass., 26 févr. 1829, Besnard, [P. chr.]

682. — V. au surplus, *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 4132 à 4186.

683. — Il a pu être décidé, d'autre part, que la servitude *altius non tollendi* ne doit pas s'appliquer dans toute sa rigueur s'il est constant que les constructions excédant les hauteurs déterminées ne portent, dans leur état actuel, aucun préjudice appréciable à celui qui l'a stipulée à son profit ; qu'il en doit être ainsi surtout s'il existe quelque ambiguïté dans les actes qui ont constitué la servitude, et si les constructions ont été élevées sans réclamation. — Paris, 30 juin 1845, Rosaz, [P. 46.1.69]

684. — ... Que notamment la clause d'un contrat entre deux propriétaires contigus, portant que, « à raison de la culture maraîchère et fruitière des héritages, aucun des propriétaires ne pourra construire des bâtiments plus élevés que le mur séparatif », laisse chaque propriétaire libre d'élever sur son fonds toutes constructions, mais à la condition de les élever à une distance telle que ces constructions ne projettent pas sur le voisin plus d'ombre que n'en projette un mur de clôture ordinaire. — Pau, 25 juill. 1876, Colomiès de Juillan, [S. 77.2.316, P. 77.1272]

685. — ... Que la servitude que se sont réciproquement imposée deux propriétaires voisins, de n'élever « aucun bâtiment, ni aucune construction, qu'elles qu'en soient la hauteur et la destination », dans une certaine distance du mur séparatif de leurs héritages, n'emporte pas interdiction, au cas de vente par lots et en détail de l'un de ces héritages, d'élever autour des différents lots des murs de clôture d'une hauteur inférieure à celle du mur déjà existant entre les deux héritages. — Cass., 9 août 1853, Béavan, [S. 54.1.253, P. 55.2.520, D. 54.1.82] — V. aussi *suprà*, v° *Clôture*, n. 40.

686. — ... Que, si la fixation d'une hauteur déterminée pour un mur séparatif a eu évidemment pour but, tout en ménageant l'air et le jour aux propriétés contiguës, de les garantir réciproquement des vues l'une sur l'autre, les juges ont pu décider que, le sol de l'une de ces propriétés ayant été remblayé depuis la construction du mur, de façon à établir des vues sur l'autre, le propriétaire de cette dernière a été fondé, pour se soustraire à cet inconvénient, à établir chez lui et devant le mur un treillage qui n'excède pas la hauteur assignée au mur par le contrat primitif, calculée à partir du sol remblayé. — Cass., 19 févr. 1877, Baudet, [D. 78.1.364]

687. — Mais que, si les titres de propriété, rappelant une servitude *altius non tollendi* préexistante, stipulent que le mur séparatif élevé en contradiction de ladite servitude et surmonté d'un treillage restera tel qu'il est, ledit treillage ne peut pas être surélevé par l'un des voisins contre la volonté de l'autre. — Paris, 21 janv. 1884, Caron, [D. 85.2.95]

688. — ... Que l'obligation, pour le propriétaire du premier étage d'une maison, de réduire au niveau du plancher de l'étage supérieur (appartenant à un autre propriétaire) le faîtage du toit d'un passage accolé à cette maison, n'entraîne pas au profit du propriétaire de l'étage supérieur, et à la charge du propriétaire du premier étage, une servitude *altius non tollendi* sur la partie du fonds située au delà de la distance légale pour les vues acquises. — Cass., 15 févr. 1843, Sicche, [S. 43.1.351, P. 43.1.522]

689. — ... Que la servitude *altius non tollendi* ne dérive pas nécessairement de l'obligation, imposée à l'une des parties dans un intérêt commun, de construire jusqu'à une hauteur déterminée. — Lyon, 28 juill. 1856, Béraud, [D. 57.2.155]

690. — ... Que l'on ne saurait voir un titre créant une servi-

tude *non ædificandi* sur une cour limitrophe d'une autre cour, dans la clause de l'acte de vente de cette dernière cour, portant que « le mur qui sépare les deux cours, faisant saillie en faveur du jardin de la cour 122 sur la cour de la maison 124, présentement vendue, restera dans l'état où il se trouve actuellement »; cette clause n'ayant d'autre but que d'empêcher, après la séparation des deux cours, la surélévation du mur de clôture, sans avoir pour effet d'empêcher le vendeur de construire sur la cour par lui retenue. — Nancy, 14 nov. 1896, Mourot, [S. et P. 97.2.172, D. 97.2.88] — Dans le même sens, Trib. de Boulogne-sur-Mer, 21 déc. 1900, Delannoy, [*Gaz. des Trib.*, 1901, 1er sem., 2.362

691. — ... Que celui qui vend une maison ayant vue sur un terrain voisin lui appartenant, ne peut être réputé avoir grevé ce terrain au profit de la maison vendue d'une servitude *non ædificandi*, qu'autant qu'il s'est formellement interdit de bâtir sur ce terrain; que cette interdiction ne saurait résulter, soit de l'intention manifestée de ne pas bâtir, soit des circonstances qui, en dehors de tous faits de dol et de fraude, auraient donné lieu de croire qu'aucune construction ne serait élevée sur ce terrain. — Cass., 31 juill. 1855, Lottero, [S. 56.1.393, P. 56.2.393, D. 55.1.391]

692. — ... Que la servitude *non ædificandi* ne saurait non plus résulter, à la charge de toutes les parties d'une cour ou d'un jardin contigu à un mur de clôture ou à une haie, de l'obligation de ne pas exhausser ce mur ou cette haie. — Caen, 29 janv. 1876, Degrieux, [D. 78.2.144] — Paris, 28 mars 1876, Bamberger, [D. 77.2.4]

693. — ... Que celui qui s'est engagé à ne pas élever un mur sur un terrain peut néanmoins y planter des arbres; et que, notamment, lorsque deux fabricants ont acheté en commun un terrain pour y déposer le bois nécessaire au chauffage de leurs fabriques, celui qui s'est engagé à ne pas élever, au-dessus de huit pieds, le mur qui sépare ce terrain de la maison de son coacquéreur peut y planter des arbres et déposer momentanément les bois nécessaires à son usine, quoique excédant cette hauteur. — Cass., 12 déc. 1836, Bonneau de l'Etang, [S. 37.1.316, P. 37.1.260] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 590; Duranton, t. 5, n. 522. — V. toutefois en sens contraire, lorsque la servitude s'analyse en un droit de prospect, *infrà*, n. 717.

694. — ... Que, lorsqu'un acte renferme l'interdiction absolue de bâtir, qui constitue la servitude *non ædificandi*, il n'en résulte nullement la prohibition de planter des arbres, même de haute tige. — Paris, 4 juin 1872, De Monville, [D. 74.5.451]

695. — ... Que si, dans un partage de terrains destinés à la création d'une station balnéaire, ces terrains ont été réciproquement grevés de la servitude *non ædificandi* suivante : « Il ne pourra être exercé, soit sur les terrains compris dans le partage, soit dans les maisons qui pourront être construites sur ces terrains, aucune profession ou industrie nuisible, incommode ou dangereuse pour les voisins, alors même qu'après enquête *de commodo et incommodo*, une autorisation administrative serait accordée », cette clause constitutive de servitude ne doit pas être interprétée en ce sens que, seuls, les établissements incommodes, tels que le comprend l'autorité administrative, seraient prohibés, mais elle signifie que toutes professions ou industries pouvant gêner ou incommoder les voisins, notamment la profession de serrurier, sont interdites. — Caen, 3 août 1900, [*J. Le Droit*, 24 déc. 1900; *Rec. de Caen*, 1900.176]

696. — Le mot *passage* est en lui-même équivoque, puisqu'il peut être aussi bien expliqué dans le sens de propriété du terrain sur lequel on passe, que dans le sens d'une servitude consistant à passer sur le fonds d'autrui. C'est aux juges à résoudre les doutes qui peuvent provenir de l'emploi de ce mot. Si le titre emploie l'expression *droit de passage*, il serait difficile, à moins de quelque circonstance décisive, d'y voir autre chose qu'une servitude. — Pardessus, t. 1, n. 231.

697. — Mais il est d'autres mots qui ne sauraient présenter d'équivoque qu'en les détournant de leur sens normal. Ainsi, d'un titre attribuant l'*usage* d'une chose, on ne saurait conclure à une transmission de propriété, quelle que soit l'étendue des droits reconnus ou accordés en fait à l'usager. — Pardessus, *loc. cit.* — V. notamment, Cass., 27 niv. an XII, Préfet de la Haute-Marne, [S. chr.]; — 8 avr. (août) 1814, Walsh de Serrant, [S. et P. chr.]

698. — Si le droit concédé dans une convention à titre de servitude n'en a pas le caractère, l'acte de concession n'est pas nul, mais les effets de la concession ne sont pas régis par les principes spéciaux des servitudes. — Pardessus, t. 1, n. 232.

699. — L'exercice d'une servitude ne saurait être subordonné à la volonté de celui qui la souffrira (C. civ., art. 1174). Mais le mode d'exercice en peut être subordonné à la volonté de celui qui la consent. En pareil cas, si ce dernier se refusait à faire connaître son intention, ou s'il déterminait un mode qui rendît la servitude illusoire, les tribunaux devraient faire justice de ce refus ou de cette mauvaise volonté. — Pardessus, *loc. cit.*

700. — A l'exception des cas où les servitudes peuvent résulter de la destination du père de famille à défaut de déclaration contraire (V. *infrà*, n. 1015 et s.), toute servitude établie par la convention doit être énoncée et désignée de manière à ne laisser aucun doute sur le domaine au profit duquel elle est établie, sur celui qui en est grevé, et sur le genre de service qui doit avoir lieu. L'incertitude absolue sur l'un de ces points anéantirait la stipulation, par l'impossibilité de connaître la véritable intention des parties. — Pardessus, *loc. cit.*

701. — Mais il n'est pas nécessaire que les conditions, le mode d'exercice et les accessoires soient circonstanciés. Si le propriétaire dominant s'est réservé le droit de percer des vues droites en telle quantité et de telles grandeurs qu'il jugera à propos, ou sans désignation de quantité ou de dimension, la servitude n'en doit pas moins subsister. De même, au cas de passage sans désignation de la largeur ou du point d'ouverture. Les tribunaux prononceront. — Pardessus, *loc. cit.*

702. — Une servitude établie par titre sans restriction ni limitation doit être exercée avec toute la plénitude d'usage dont elle est susceptible en fait (V. C. civ., art. 2016; Demolombe, t. 12, n. 866. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 31). Si le titre n'exprime pas le nombre, la place et le poids des poutres que peut appuyer sur le mur grevé le propriétaire d'une servitude *tigni immittendi*, la règle est qu'il en peut placer autant qu'il veut et où il veut. — Demolombe, t. 12, n. 924.

703. — La concession d'un droit d'usage dans un bois comprend normalement la faculté de prendre le bois nécessaire au chauffage. Mais il faudrait une clause expresse pour l'étendre au bois nécessaire à la cuisson de la chaux ou du plâtre, dussent-ils être employés à la construction de bâtiments pour les usagers. — Pardessus, t. 1, n. 233.

704. — L'usage local pourra parfois servir à déterminer l'étendue ou les modalités d'une servitude. L'usage décidera, par exemple, à quelle époque doit être ouvert le pressoir grevé d'une servitude de pressurage. — Caen, 14 janv. 1842, Hallais, [cité par Demolombe, t. 12, n. 935] — V. aussi Pardessus, t. 1, n. 237. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 46.

705. — Le meilleur guide pour le juge sera encore la conduite tenue par le concédant pendant un temps suffisant pour constituer une prescription. Bien qu'il s'agisse d'une servitude discontinue, la possession pourra être invoquée comme manifestation de la volonté du propriétaire, et comme simple complément du titre à interpréter. — Pardessus, t. 1, n. 234 et 237; Solon, n. 402; Demolombe, t. 12, n. 866.

706. — Lorsqu'un droit d'usage est reconnu en vertu de titres formels, et qu'il ne s'agit que de fixer les limites dans lesquelles doit se borner ou s'étendre son exercice, en ce cas, et à défaut de stipulations formelles écrites, les tribunaux peuvent s'en rapporter à la possession, comme un des éléments les plus propres à les éclairer sur la portée des titres et l'intention des parties. — Cass., 27 févr. 1882, Michel, [S. 83.1.310, P. 83.1.757, D. 82.1.415]

707. — C'est en ce sens qu'il a pu être décidé que, lorsqu'il y a doute sur la volonté des parties, ce doute se résout en faveur de celle qui a constamment usé de la servitude. — Bordeaux, 18 mars 1845, Cortaut, [P. 45.1.769]

708. — D'ailleurs l'appréciation, que les juges font de l'efficacité et de la portée des faits de possession, est souveraine. — Cass., 27 févr. 1882, précité.

709. — Ainsi, lorsqu'un droit alternatif de pacage et d'abreuvage sur un étang est reconnu au profit d'une commune, les juges du fond peuvent s'appuyer sur des faits de possession établis par une enquête, et par eux souverainement appréciés, pour décider que le propriétaire de l'étang devra mettre son étang à sec ou en eau, alternativement avec un étang voisin, tous les six ans. — Même arrêt.

710. — L'état des lieux et la situation respective des parties

à l'époque où la servitude a été établie doivent aussi servir pour en déterminer l'étendue et le mode d'exécution, à moins que les titres ne donnent le droit d'accroître la servitude à celui à qui elle a été concédée. Ainsi le nombre des bestiaux qu'on pourra conduire à l'abreuvoir ou au pâturage ne sera que celui qui existait, ou que la ferme comportait, à l'époque de la convention; et la maison qui n'avait que deux pavillons quand un droit de vue a été stipulé ne jouira pas de ce droit pour un troisième qui y serait ajouté. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 850.

711. — Pardessus (t. 1, n. 234) cite un exemple intéressant des anciennes concessions de droits de chauffage. Quand un droit de cette nature a été accordé aux habitants d'une commune, la question peut se poser, à défaut de précision dans les titres, de savoir si, le nombre de ménages s'étant augmenté par la construction d'habitations nouvelles, ceux qui occupent ces habitations ont le droit de demander leur chauffage. On peut dire que la servitude a été accordée à l'ensemble de la commune; que, si la charge du concédant ne peut pas être augmentée, par exemple, par l'adjonction d'un territoire nouveau, il n'en est point de même quand elle est réclamée par des ménages nouvellement fixés sur l'ancien territoire; que l'auteur de la concession a dû s'attendre aux variations inévitables dans le nombre des habitations; que ces concessions ont même eu presque toujours pour but d'attirer des cultivateurs dans un domaine et d'augmenter ainsi le nombre des habitations.

712. — Nous pensons que, même si ce but apparaît sous les termes de la concession, les tribunaux doivent user d'une grande réserve dans leur interprétation. La règle d'interprétation, en matière de servitude, est toujours en faveur de la liberté ou du moindre assujettissement du fonds grevé (C. civ., art. 1162, 1163, 1175). Si le concédant a voulu attirer des cultivateurs sur de vastes domaines, encore son bienfait ne doit-il pas tourner à sa ruine en absorbant enfin tous les produits de sa forêt. Telles circonstances imprévues ont même pu transformer l'ancien territoire, autrefois consacré à la culture, en une ville, dont tous les habitants ne sauraient jouir sans injustice d'un chauffage que personne n'a eu l'intention de leur concéder. Il s'agit d'ailleurs ici de la concession d'un droit réel, et les propriétés, les maisons, au profit desquelles elle a eu lieu, ne peuvent être que celles qui existaient à l'époque de cette concession, L'art. 665 permet seulement de maintenir la servitude au profit de celles qui auraient été *reconstruites*. On ne peut pas dire non plus que le droit de chauffage ait été stipulé au profit de maisons qu'on se proposait de bâtir; car le contrat en pareil cas doit déterminer la volonté de construire l'édifice pour lequel on stipule la servitude et nous verrons (n. 1332 et s.) que s'il n'est pas construit avant que le temps qui fait perdre les servitudes par le non-usage soit expiré, le droit stipulé ne peut plus être réclamé. — Pardessus, t. 1, n. 234.

713. — Les mêmes principes sont applicables aux concessions de prises d'eau sur des canaux d'arrosage. Ces concessions sont bornées à l'état des lieux au moment où elles sont faites, sauf ce que nous avons dit (*suprà*, n. 59) relativement aux alluvions. Toutefois, si la quantité d'eau concédée n'a pas été déterminée, l'ayant-droit à l'arrosage peut changer le mode de culture de son fonds, quand même la culture nouvelle absorberait plus d'eau que celle qui existait à l'origine. — Pardessus, t. 1, n. 234. — V. aussi Montpellier, 5 juin 1896, [*Mon. jud. du Midi*, 19 juill. 1896]

714. — En dernière analyse, et si l'intention des parties n'apparaît pas, exprimée d'une façon quelconque, nous avons déjà indiqué qu'il fallait se déterminer par la faveur due au fonds servant. Dans le doute, en effet, aux termes de l'art. 1162, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. — Lyon, 28 juill. 1856, Bérand, [D. 57.2.155] — On ne doit pas, en somme, présumer l'existence de la servitude, et c'est la liberté des fonds qui doit se supposer de préférence. — Pardessus, t. 1, n. 231-235; Demolombe, t. 12, n. 866-869; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1127.

715. — Jugé, en ce sens, que tout héritage est présumé libre et exempt de servitude jusqu'à preuve contraire, et qu'en cas de doute on doit se prononcer pour la liberté de l'héritage contre la servitude. — Grenoble, 14 juill. 1832, Argoud, [S. 33.2.11, P. chr.] — Douai, 18 mai 1836, Daguebert, [S. 36.2.544, P. chr.] — V. aussi *infrà*, n. 1445 et s.

716. — La règle d'interprétation favorable à la liberté de l'héritage grevé devrait toutefois être suivie moins rigoureusement quand il s'agit d'une servitude accordée par testament, que quand il s'agit d'une servitude créée par convention synallagmatique : la volonté de celui qui donne doit être en effet entendue dans un sens avantageux au légataire. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Servitude*, § 3; Toullier, t. 2, n. 654; Pardessus, t. 1, n. 235; Demolombe, t. 12, n. 866.

717. — Cette règle doit également céder quand les parties ont, sans contestation possible, envisagé le plus grand avantage du fonds auquel la servitude est concédée. Ainsi, quoiqu'en principe la prohibition d'élever un bâtiment au-dessus de telle dimension ne s'oppose point à ce qu'on plante des arbres d'une hauteur supérieure (V. *suprà*, n. 693 et 694), cependant l'on pourra parfois, et selon les circonstances et les termes employés, décider que les parties ont eu pour but d'assurer une vue libre au fonds dominant, et de prohiber tout obstacle à cette vue. — Pardessus, t. 1, n. 235; Duranton, t. 5, n. 511; Demolombe, t. 12, n. 922.

718. — Le but dans lequel la servitude a été concédée doit encore être pris en grande considération. Ainsi le titulaire d'un droit de pâturage ou d'abreuvage pourra-t-il envoyer sur le fonds servant les bestiaux dont il fait commerce? Oui, si l'exploitation du fonds dominant consiste, au vu et au su du propriétaire assujetti, dans l'élève des bestiaux pour en faire commerce. Non, au contraire, si l'on a considéré exclusivement l'intérêt agricole du fonds dominant, lors de la constitution de la servitude, et si le commerce des bestiaux ne peut pas être regardé comme une simple dépendance et un accessoire naturel de l'exploitation agricole dudit fonds. — Pardessus, t. 1, n. 237; Demolombe, t. 12, n. 929. — V. *suprà*, v° *Paturage et pacage*, n. 29.

719. — Pour déterminer le temps pendant lequel le propriétaire dominant pourra user de la servitude, la quantité d'eau qu'il pourra puiser chaque jour, le nombre de bêtes qu'il pourra mener à l'abreuvage, les quantités de marne, de sable, de pierre ou de bois qu'il pourra extraire ou emporter, le juge suppléera au besoin au silence du titre en prenant en considération soit les besoins du fonds dominant... — Solon, n. 452-453; Demolombe, t. 12, n. 927, 930, 936.

720. — ... Soit la quote-part de réparation mise à la charge du propriétaire de ce dernier fonds, ses droits devant être en principe proportionnels à ses charges. — Caen, 23 janv. 1849, Humbert, [S. 49.2.718, P. 50.1.192, D. 51.2.490]

721. — Parfois les titres doivent être complétés par des règles spéciales que la loi a posées : tels les art. 66 et 120, 72, 75 et 126, C. for. — Pardessus, t. 1, n. 237. — V. *infrà*, v° *Usages forestiers*.

722. — S'il s'agit d'un droit qui, dans certains cas, est une servitude légale, le titre qui ne contiendrait pas de dispositions contraires précises devrait être interprété d'après les règles applicables à cette servitude. Ainsi, le droit d'avoir des jours, sans autre explication, sera restreint aux dimensions et assujetti aux charges énoncées aux art. 675 et s., C. civ. — Arr. 17 avr. 1605, [rapporté par Desgodets, sous l'art. 199, Cout. de Paris, n. 2]; Pothier, Cout. d'Orléans, art. 229; Pardessus, t. 1, n. 237; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 21.

723. — Tout ce qui concerne l'exercice des servitudes conventionnelles trouve ainsi son complément, non seulement dans les principes généraux et communs à toutes les servitudes (V. *suprà*, n. 264 et s.), mais encore dans ce qui est dit des servitudes naturelles et légales aux différents mots sous lesquels chacune d'elles est étudiée. Les circonstances seules indiquent les modifications dont ces principes sont susceptibles. — Pardessus, t. 1, n. 240.

724. — Rien ne saurait en tout cas l'emporter sur la lettre non équivoque des actes; mais les termes employés ont souvent besoin d'être pesés avec soin : il peut arriver qu'une servitude constituée au profit d'un héritage planté en vignes doive subsister même après les vignes arrachées, car elle est censée avoir pour objet le fonds plutôt que la superficie. — Pardessus, t. 1, n. 238.

725. — Ajoutons que les concessions de servitudes doivent être expresses. Il n'en faut excepter que le cas où la servitude est tellement l'accessoire d'un fonds aliéné ou d'une autre servitude constituée, qu'il serait impossible de douter si elle a dû être aussi concédée à l'acquéreur : tel le passage, accessoire forcé du droit de puisage. Mais ici les tribunaux n'ont pas à substituer une volonté à celle de l'auteur du titre : ils ne font qu'interpréter son intention, et ne peuvent accorder la servitude

qu'autant qu'elle est l'exécution de la volonté manifestée. — Pardessus, t. 1, n. 239.

726. — Jugé que la vente d'un domaine avec les servitudes actives qui en dépendent, ne comprend que celles établies par titres ou résultant d'une disposition de la loi; et que l'acquéreur n'a, en conséquence, aucun recours en garantie à exercer contre le vendeur à raison d'une servitude de passage qu'il croyait exister sur le fonds voisin, alors que cette servitude, dont ne parle pas d'ailleurs le contrat, ne repose sur aucun titre. — Grenoble, 17 mai 1843, Marcel, [S. 45.2.397, P. 45.2.376]

727. — ... Que la clause d'un acte de vente portant que les biens sont vendus dans l'état où ils se trouvent, avec toutes les servitudes actives et passives, apparentes ou non apparentes, ne dispense pas celui qui prétend droit à une servitude d'établir son existence antérieurement à la vente, même lorsque la servitude est utile au fonds dominant; et qu'il importe peu, en pareil cas, qu'elle ait été exercée depuis la vente et pendant un long laps de temps au vu et su du propriétaire du fonds servant. — Bruxelles, 24 juill. 1859, Boeck, [*Pasicr. belg.*, 62.2.299]

728. — ... Mais que, lorsqu'une maison a été vendue avec toutes ses circonstances et dépendances, et dans l'état où elle se trouvait lors de la vente, le vendeur ou son représentant ne peut ultérieurement être admis à demander la suppression d'une servitude existant au profit de cette maison sur un héritage voisin dont il est propriétaire, si, lors de la vente, cette servitude existait. Dans ce cas les règles relatives à l'acquisition des servitudes par destination du père de famille sont inapplicables, et il y a titre de servitude au profit de l'acquéreur. — Cass., 29 janv. 1839, Ville de Paris, [S. 39.1.491, P. 39.2.255]

TITRE III.

DE L'ACQUISITION ET DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

729. — Cette rubrique est particulièrement applicable aux servitudes conventionnelles. En effet, celles qui résultent de la situation des lieux ou de la volonté de la loi ne *s'acquièrent* pas : elles existent. D'autre part, ces dernières ne peuvent le plus souvent s'éteindre que par un changement dans l'état des lieux. Cependant elles sont, en bien des cas, susceptibles de s'accroître, et souvent même d'être modifiées ou restreintes par l'effet des conventions ou surtout de la prescription. Elles sont donc soumises, dans ces limites, aux règles qui vont suivre. — Pardessus, t. 2, n. 241.

CHAPITRE I.

COMMENT S'ACQUIÈRENT LES SERVITUDES.

730. — Les servitudes peuvent s'acquérir par titres, par prescription, ou par destination du père de famille (art. 690 à 692).

Section I.

De l'acquisition des servitudes par titres

731. — Toute servitude, continue ou discontinue, apparente ou non, peut s'établir par titre (art. 690, 691).

732. — Il faut entendre ici par « titre », non pas seulement le *document* (*instrumentum*) propre à fournir une preuve littérale, mais le *fait* juridique qui donne naissance à la servitude. Ce sera soit un contrat commutatif, soit une libéralité. — Lecoq, *Des actions*, 1re part., n. 1; Demolombe, t. 12, n. 729; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 1; Laurent, t. 8, n. 145 et s.; Huc, t. 4, n. 413; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1094. — *Contrà*, Pardessus, t. 2, n. 243.

733. — La preuve de l'existence des servitudes pouvant, comme nous le verrons (*infrà*, n. 831-837), être rapportée au moyen de l'aveu ou du serment de la partie, un écrit n'est pas nécessaire si la constitution en a eu lieu autrement que par donation ou testament. — Demolombe, t. 12, n. 730.

§ 1. Quelles personnes peuvent consentir des servitudes.

734. — « Il est permis aux propriétaires, porte l'art. 686, C. civ., d'établir sur [illegible] propriétés telles servitudes que bon leur semble ». Les servitudes étant des démembrements du droit de propriété, et leur effet étant de diminuer les droits et la liberté des héritages, de manière à en produire une aliénation partielle, une servitude ne peut être imposée [illegible] que par le consentement valable de celui à qui le fonds appartient en propriété. — Pardessus, t. 2, n. 244; Duranton, t. 5, n. 537 et s.; Favard de Langlade, *Rép.*, vº *Servitude*, sect. 4, § 2; Demolombe, t. 12, n. 734; Aubry et Rau, t. 3, § 250-1º; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096.

735. — On peut toutefois, comme nous l'avons dit [illegible] *suprà*, n. 118, valablement constituer une servitude sur un fonds dont on n'est pas encore propriétaire, pour le cas où on le deviendrait (Zachariæ, § 250, note 3; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 2; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096). [illegible] a pu tirer de là la conséquence suivante : l'acte de vente d'un immeuble portait que cet immeuble avait un accès au moyen d'un passage exercé sur un fonds voisin appartenant au père de l'acquéreur; la propriété de ce dernier fonds se réunit par succession à celle du fonds précédemment acquis; dès lors, devenu propriétaire de deux immeubles, l'acquéreur du premier fonds dut, pour la desserte de celui-ci, se servir exclusivement de l'accès reconnu dans l'acte de vente, sans pouvoir prétendre que la partie appartenant jadis à son père et qu'il avait acquise par héritage était libre de servitude. — Rouen, 20 nov. 1901, Tierce, [*Gaz. Pal.*, 26 janv. 1902]

736. — Mais le simple possesseur d'un fonds, même quand il s'en croirait et que celui qui traite avec lui l'en croirait propriétaire, ne peut valablement le grever d'une servitude à laquelle le véritable propriétaire soit obligé de se soumettre lorsqu'il aura recouvré la jouissance de son bien : nul ne peut concéder de droits sur une chose qui ne lui appartient pas. — Pardessus, t. 2, n. 244; Demolombe, t. 12, n. 735; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 690, n. 7. — *Contrà*, Toullier, t. 3, n. 574.

737. — Il en serait ainsi alors même que ce possesseur aurait été maintenu dans la possession annale du fonds. — Mêmes auteurs.

738. — L'acquéreur de la servitude pourrait seulement lui réclamer des dommages-intérêts, dans les mêmes cas où la vente du bien d'autrui donne droit d'en obtenir (C. civ., art. 1599). — Pardessus, t. 2, n. 244.

739. — Si le possesseur du fonds en acquiert la propriété, soit par contrat, soit par l'effet de la prescription (C. civ., art. 2262, 2265), la servitude subsistera, sans que lui ni ses héritiers ou ayants-cause puissent exciper de son défaut de qualité à l'époque de la concession de la servitude (Pardessus, t. 2, n. 244; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096). Si même après avoir joui pendant le temps et avec les conditions nécessaires pour en prescrire la propriété, ce possesseur remettait le domaine au vrai propriétaire, celui-ci ne pourrait plus contester la servitude. Le concessionnaire serait fondé à invoquer la prescription du chef de celui qui a grevé l'héritage à son profit (C. civ., art. 1166, 2225). Nul en effet ne peut, au préjudice de ses créanciers, renoncer à une prescription acquise. — Pardessus, *loc. cit.*

740. — Nous examinerons *infrà*, n. 808 et s., 946 et s., si la concession par un possesseur non devenu propriétaire constitue un juste titre suffisant pour permettre au concessionnaire de bonne foi de prescrire le droit actif de servitude à l'encontre du propriétaire réel.

741. — L'héritier bénéficiaire peut valablement consentir une servitude sur l'un des immeubles à lui échus par succession ou testament, sauf la déchéance du bénéfice d'inventaire qui pourrait en résulter. — V. Cass., 11 déc. 1861, Michel, [S. 62.1.513, P. 63.34, D. 62.1.79]

742. — Quant aux servitudes constituées par un héritier apparent, le parent le plus proche évinçant ce dernier pourrait-il s'opposer à leur exercice? Sur ce point, V. *suprà*, vº *Héritier apparent*, n. 67, et Pardessus, t. 2, n. 244, et note G, p. 386.

743. — Celui qui n'a que la nue propriété d'un fonds peut y imposer des servitudes, pourvu que l'exercice n'en ait lieu qu'après l'expiration de l'usufruit ou qu'elles ne portent aucune atteinte directe ou indirecte aux droits de l'usufruitier. — Pardessus,

t. 2, n. 244; Solon, n. 352; Demolombe, t. 12, n. 739; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096.

744. — Mais contrairement à la règle romaine (L. 15, § 7, Dig., liv. 7, tit. 1), lorsque l'usufruitier consent que la servitude imposée par le nu propriétaire ait son effet du temps même de sa jouissance, le droit devient aussi complet au profit du fonds dominant que s'il avait été acquis d'un plein propriétaire. — Pardessus, t. 2, n. 244; Demolombe, t. 12, n. 740.

745. — Quant à l'usufruitier, il ne peut grever le fonds de servitudes obligatoires pour le nu propriétaire. Il peut seulement concéder quelques droits, semblables pour leur exercice et leurs effets matériels à des servitudes, pourvu qu'ils n'affectent que sa jouissance usufructuaire. Ces concessions subsisteront pendant toute la durée de l'usufruit, si le titre n'indique pas un terme moins long. Mais il ne faudrait pas qu'il en résultât, relativement au fonds, des changements de nature à en altérer la substance, et tels que l'usufruitier n'aurait pas eu la faculté de les faire lui-même d'après les principes du droit commun. — Lalaure, liv. 1, ch. 6; Cœpolla, tract. 1, ch. 14, n. 12; Toullier, t. 3, n. 567; Duranton, t. 5, n. 541; Pardessus, t. 2, n. 247; Taulier, t. 2, p. 433; Zachariæ, § 250, texte et note 2; Demante, t. 2, n. 541 *bis*; Demolombe, t. 12, n. 736; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 4. — V. toutefois Laurent, t. 8, n. 159; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 690, n. 8. — D'après ces derniers auteurs, les obligations de l'usufruitier seraient en tout cas purement personnelles, et le cessionnaire n'en serait pas tenu, en cas de cession de l'usufruit.

746. — Si l'usufruit cessait prématurément par le résultat de quelque arrangement amiable entre le nu propriétaire et l'usufruitier, ou par le fait de ce dernier, celui à qui il aurait fait la concession pourrait exercer les droits que lui accordent les art. 618 et 622, C. civ. — Pardessus, t. 2, n. 247. — V. *infrà*, v° *Usufruit*.

747. — Les solutions seraient les mêmes pour le créancier antichrésiste, et pour tous ceux qui n'ont que la jouissance temporaire d'un fonds, à un titre plus étendu que celui de simple fermier ou locataire. — Duranton, t. 5, n. 542; Pardessus, t. 2, n. 247; Demolombe, t. 12, n. 737.

748. — La loi du 25 juin 1902, qui formera le titre 5, livre 1 du Code rural en préparation, dit expressément, dans son art. 9, que l'emphytéote peut grever le fonds, « par titre, de servitudes passives, pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail »; mais il ajoute : « à charge d'avertir le propriétaire ».

749. — Si l'usufruitier, l'emphytéote ou l'antichrésiste acquiert la propriété du fonds, la charge concédée par eux devra-t-elle frapper ce fonds perpétuellement? Cette question se tranchera d'après les termes de la concession et l'intention des parties, telle qu'elle résultera du titre et des circonstances. — Pardessus, t. 2, n. 247; Demolombe, t. 12, n. 738.

750. — Le grevé de substitution, qui est propriétaire à charge de rendre, peut en conséquence accorder par titres des servitudes sur les biens dont il jouit. Seulement elles ne dureront pas plus que son droit. Elles deviendront irrévocables, si la charge de restitution devient caduque; mais elles finiront lorsque l'avènement de la restitution arrivera par la mort du grevé avant l'appelé, ce dernier recevant alors le bien, non des mains du grevé qui a imposé la servitude, mais des mains de l'auteur de la disposition, qui possédait le bien libre. — Pardessus, t. 2, n. 247; Demolombe, t. 12, n. 741. — Il n'en serait autrement que si l'appelé avait accédé d'une manière expresse à la constitution de servitude; car, puisqu'il peut bien renoncer à la clause qui lui donne l'expectative du bien, il peut modifier les droits qu'il est appelé à recueillir. — V. *infrà*, v° *Substitution*, n. 922 et s.

751. — La servitude imposée sur un fonds par l'acquéreur à réméré est valablement concédée. Elle cesse si le pacte de rachat reçoit son exécution dans le délai fixé (C. civ., art. 1673). — Pardessus, t. 2, n. 247; Demolombe, t. 12, n. 745. — V. *infra*, v° *Vente*.

752. — Les mêmes principes s'appliquent à la servitude constituée par l'envoyé en possession provisoire sur les biens d'un absent, ou par l'héritier sur un fonds légué sous une condition non encore accomplie. La servitude subsistera ou non, selon que l'envoi provisoire deviendra définitif ou que l'absent reviendra, que la condition fera défaut ou s'accomplira. — Pardessus, t. 2, n. 248. — V. aussi Demolombe, t. 12, n. 746; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096.

753. — *A fortiori*, en est-il de même du cas où la servitude a été constituée par un donataire tenu au rapport (C. civ., art. 843 et 859), ou en cas de donation révocable. Ceux qui traitent avec ce donataire doivent savoir qu'il ne peut concéder qu'un droit révocable comme son titre (V. C. civ., art. 2125). — Pardessus, t. 2, n. 248; Demolombe, t. 12, n. 745; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096.

754. — Sur la faculté de grever de servitudes les biens dont on a fait l'objet d'une institution contractuelle, V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 4588, 4943 et s.

755. — Sur les servitudes consenties par un fol enchérisseur, V. *suprà*, v° *Folle enchère*, n. 240.

756. — Sur celles qui émanent d'un tiers détenteur exproprié, V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 3462 et s.

757. — Sur la possibilité, pour le propriétaire d'un fonds hypothéqué, de le grever de servitudes, et sur les droits des créanciers hypothécaires et les effets des hypothèques préexistantes en pareil cas, V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 3108 et s.

758. — Si une maison est divisée entre plusieurs personnes qui en possèdent chacune une partie à titre individuel, il est évident que chacune de ces personnes peut imposer sur sa part telle servitude qu'elle juge à propos, sans autre restriction que de ne point nuire aux droits des propriétaires des autres portions. — Pardessus, t. 2, n. 250; Demolombe, t. 12, n. 744.

759. — Mais lorsqu'un héritage est indivis, l'un des copropriétaires ne peut pas, sans le consentement des autres, y imposer de servitude, même en faveur d'un fonds dont il serait propriétaire privatif. — Bruxelles, 13 oct. 1821, Mainvault, [P. chr.] — Limoges, 23 juin 1838, Felder de Mansac, [P. 39.1.212] — Caen, 27 nov. 1854, Nourry, [*Rec. de Caen*, t. 18, p. 321], — 2 mars 1857, Poisson, [*Rec. de Caen*, t. 21, p. 65]; — 19 juin 1866, Dreux, [S. 67.2.49, P. 67.227] — Limoges, 25 avr. 1888, Lezaud, [D. 89.2.288] — *Sic*, Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. 3, § 2, n. 1; Pardessus, *Servit.*, t. 2, n. 250; Duranton, t. 5, n. 544; Toullier, t. 3, n. 573; Demolombe, *Servit.*, t. 2, n. 742; Demante, *Cours anal.*, t. 2, n. 541 *bis*-V; Larombière, t. 5, sur l'art. 1347, n. 8; Aubry et Rau, t. 2, § 221, texte et note 9; Perrin et Rendu, n. 3783; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 690, n. 9.

760. — En conséquence, l'acquéreur du fonds dominant ne peut pas invoquer la destination du père de famille comme constitutive de la servitude lorsque ceux des communistes qui ne l'avaient point consentie sont devenus, par le fait du partage, propriétaires de la totalité de l'immeuble. — Limoges, 23 juin 1838, précité.

761. — Et si une maison grevée d'une servitude *altius non tollendi* avait son mur mitoyen avec une autre maison non grevée de cette servitude, le propriétaire de cette dernière maison pourrait élever le mur mitoyen à sa volonté, sans que le propriétaire du fonds à qui la servitude est due puisse s'y opposer. — Pardessus, t. 2, n. 250.

762. — Toutefois il faut dire que l'effet d'une servitude consentie par un seul des copropriétaires est seulement suspendu à son égard tant que les autres communistes ne consentent pas à ce qu'elle soit exercée. S'ils y consentent par eux-mêmes ou par leurs héritiers ou représentants, l'auteur de la concession ne sera pas fondé à révoquer son propre engagement. Peu importe l'époque à laquelle les divers copropriétaires donnent leur assentiment; celui des derniers confirme celui des précédents. — Pardessus, t. 2, n. 251; Demolombe, t. 12, n. 742; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096.

763. — Celui qui a consenti une servitude sur le fonds commun ne peut même pas opposer à son acquéreur le défaut d'acquiescement de ses copropriétaires, tant que ceux-ci n'ont pas consenti. En effet, celui qui s'est engagé sciemment n'est pas recevable à attaquer son propre fait, en excipant du droit d'autrui pour se délier d'un engagement. S'il n'a pas pu faire que la concession fût complète tant que le consentement de ses copropriétaires n'intervenait pas, il a du moins contracté un engagement personnel qu'il doit exécuter dans la mesure du possible. — Pothier, *Cout. d'Orléans*, Introd. au tit. 13, n. 6; Duranton, t. 5, n. 544; Pardessus, t. 2, n. 252; Demolombe, t. 12, n. 742.

764. — Et s'il n'a pas fait connaître sa situation de copropriétaire à celui avec qui il traitait ou s'il s'est porté fort de ses copropriétaires, il pourra être éventuellement condamné à des dommages-intérêts. Mais, hors ces deux cas, toutes ses obligations se bornent à ne point apporter personnellement d'obstacles à la jouissance de l'acquéreur, et à ne rien faire qui empêche l'effet du consentement ultérieur des copropriétaires. — Pardessus, t. 2, n. 253; Demolombe, t. 12, n. 742.

765. — S'il devient par licitation ou partage seul propriétaire de tout ou partie de l'immeuble grevé, il sera tenu de faire jouir un acquéreur de la servitude sur la portion dont il sera ainsi devenu propriétaire. — Duranton, t. 5, n. 544; Toullier, t. 3, n. 573; Pardessus, t. 2, n. 253; Demolombe, t. 12, n. 742; Aubry et Rau, t. 2, § 221, texte et note 11, et t. 3, § 250, texte et note 3; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1096; Fuzier-Herman, art. 690, n. 10.

766. — Le copropriétaire d'un fonds indivis peut aussi concéder un droit de servitude sur sa part seulement. En pareil cas l'acquéreur ne pourra point exercer son droit jusqu'au partage; mais il pourra contraindre son cédant à provoquer ce partage dans les termes des art. 882 et 1166, alors même que la servitude serait l'effet d'une pure libéralité. — Pardessus, t. 2, n. 254-255; Demolombe, t. 12, n. 743.

767. — Il peut arriver que l'impossibilité du partage nécessite une licitation dont le résultat serait de faire passer la totalité du fonds entre les mains d'un tiers, ou encore que le tirage des lots attribue à celui qui a concédé la servitude une portion sur laquelle l'exercice en soit impossible. S'il ne paraît pas qu'il se soit engagé à devenir propriétaire du fonds entier pour assurer la jouissance de la servitude, il n'est tenu à aucune garantie. Son acquéreur n'a pu ignorer ni la possibilité ni les chances d'une licitation ou d'un partage : il peut seulement intervenir dans ces actes et les surveiller (C. civ., art. 882). — Pardessus, t. 2, n. 256.

768. — Celui qui a consenti une servitude sur sa part indivise, et qui devient seul propriétaire du fonds, doit faire jouir son acquéreur de la servitude sur le fonds entier, la charge imposée par lui l'ayant été sur tout ce qui lui appartenait et la fiction de rétroactivité en cas de partage le faisant réputer propriétaire du tout dès l'époque de la concession. Il en est surtout ainsi au cas où la servitude est indivisible. Si elle était divisible, celui qui l'a accordée serait plus facilement présumé n'avoir pas voulu grever plus que sa part, lors même qu'il deviendrait propriétaire du tout. — Pardessus, t. 2, n. 257.

769. — L'acquéreur d'une part indivise grevée de servitude a les mêmes obligations que son auteur à l'égard du concessionnaire de cette servitude. — Pardessus, t. 2, n. 258.

770. — Pour grever un fonds de servitudes, il faut avoir la capacité requise pour l'aliéner. — Demolombe, t. 12, n. 734; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1097; Fuzier-Herman, art. 690, n. 11. — Les interdits ne peuvent pas établir de servitudes sur leurs héritages; les mineurs non plus, sauf par testament. — Laurent, t. 8, n. 161. — Leurs tuteurs ne le peuvent qu'en accomplissant les formalités requises pour l'aliénation. — Toullier, t. 3, n. 568 et s.; Duranton, t. 5, n. 537 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 5; Laurent, t. 8, n. 160 et s. — V. *infrà*, v° *Tutelle*. — Il en est ainsi des administrateurs légaux des biens d'un individu, d'un établissement public, d'une commune, etc... Les personnes qui ont reçu un conseil judiciaire ne peuvent enfin consentir de servitudes qu'avec l'assistance de ce conseil. — Pardessus, t. 2, n. 246. — V. *suprà*, v° *Conseil judiciaire*, n. 242.

771. — La constitution de servitude par un incapable, ou par un tuteur sans les formalités requises pourrait être annulée comme il est dit *suprà* (v^is *Conseil judiciaire*, n. 323, *Confirmation*, n. 208, *Interdiction*, n. 649 *bis* et s., et *infrà*, v° *Tutelle*). Celui qui aurait joui de la servitude pourrait même être condamné à tenir compte de sa jouissance, à dire d'experts, si cette personne avait été de nature à déprécier l'héritage et à en diminuer le revenu, ou si, de toute autre manière, il en avait tiré un profit évaluable; il n'aurait que les recours de droit contre le tuteur ou curateur. — Pardessus, t. 2, n. 246.

772. — Il est pourtant certains cas où des servitudes très-anciennes, quoique constituées par un non-propriétaire, ne pourraient pas être attaquées comme manquant de titre valable. C'est lorsque ces servitudes, non susceptibles d'être acquises par la prescription, ont été avant 1789 accordées sur des biens communaux par les seigneurs dans les lieux où l'usage leur reconnaissait ce droit, bien qu'il y ait eu là de leur part une usurpation, et qu'un abus seul ait pu les faire considérer comme propriétaires ou administrateurs de ces biens. — Pardessus, t. 2, n. 246.

773. — A plus forte raison en serait-il ainsi des servitudes constituées par les seigneurs sur des fonds que le droit féodal leur attribuait en propriété et dont les lois des 28 août 1792 et 10 juin 1793 les ont dépouillés en les attribuant aux communes. — Pardessus, *loc. cit.*

774. — Un fondé de procuration générale n'a pouvoir de faire, aux termes de l'art. 1988, C. civ., que les actes d'administration. Il ne peut donc pas grever de servitude l'héritage qui lui est confié (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 177 et 196). Mais s'il a reçu pouvoir spécial et exprès à l'effet de constituer des servitudes, son mandant est tenu à tout ce que le mandataire a promis en ce sens (Pardessus, t. 2, n. 246). Le pouvoir n'est même point révocable s'il a été donné dans l'intérêt du mandataire : par exemple si un créancier était autorisé à concéder sur le fonds de son débiteur une servitude dont le prix doit servir à le payer. — Pardessus, *loc. cit.* — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 790 et s.

775. — Il est certain, d'autre part, que l'établissement d'une servitude, qui constitue un démembrement de la propriété, excède les pouvoirs du simple *negotiorum gestor*. — V. à cet égard, Cass., 9 nov. 1898, Rousset, *Gaz. des Trib.*, 10 nov. 1898. — Grenoble, 1er juill. 1902, Rousset, *Gaz. Pal.*, 13 nov. 1902.

776. — Quant aux pouvoirs du mari pour imposer des servitudes sur les biens qu'il administre, il faut distinguer conformément aux principes généraux. Les biens communs peuvent être grevés par lui de servitudes (V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 1165). Les propres de la femme ne peuvent l'être que par celle-ci dûment autorisée (*eod. verb.*, n. 1361). Il en serait de la servitude constituée par le mari seul sur un propre de la femme comme de la servitude constituée par un usufruitier sur le bien grevé d'usufruit (V. *suprà*, n. 745. — Pardessus, t. 2, n. 249). S'agit-il d'un immeuble paraphernal, le mari ne pourra le grever de servitudes qu'en vertu d'un mandat exprès de la femme (Pardessus, *loc. cit.*). Sur les biens dotaux enfin, on ne peut pas constituer de servitudes par titre, sauf clause contraire du contrat de mariage, sauf aussi les droits d'usufruitier du mari. — Duranton, t. 5, n. 602, et t. 15, n. 536; Pardessus, t. 2, n. 249; Odier, t. 3, n. 1246; Troplong, t. 4, n. 3275; Zachariæ, § 537, texte et note 2; Rodière et Pont, t. 3, n. 1764; Aubry et Rau, t. 3, § 249, texte et note 6, et t. 5, § 537, texte et note 8. — Enfin par la prescription même, un immeuble dotal ne pourrait être grevé de servitude que s'il était prescriptible tout en demeurant inaliénable. — V. *suprà*, v° *Dot*, n. 1352. — V. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 794; Fuzier-Herman, art. 690, n. 26.

777. — Jugé toutefois que si le mari a formellement reconnu l'existence d'une servitude sur un immeuble dotal de sa femme, et si cette dernière devenue héritière de son mari n'a élevé aucune réclamation contre l'acte de reconnaissance, dont elle était tenue comme héritière de maintenir l'exécution, un acquéreur ultérieur de l'immeuble grevé ne peut pas se prévaloir du caractère dotal qu'avait cet immeuble lors de la constitution de servitude, pour se refuser à en supporter la charge. — Cass., 17 mars 1824, Pinchon, [S. et P. chr.]

§ 2. *Quelles personnes peuvent acquérir des servitudes par titres.*

778. — Tous ceux qui peuvent accorder des servitudes sur leurs fonds peuvent, à plus forte raison, en acquérir. Il faut être propriétaire du fonds auquel doit profiter la servitude (art. 686); et il suffit d'avoir la capacité ou le pouvoir de contracter, ou de recevoir à titre gratuit, selon les cas. Peu importerait même que les droits du propriétaire fussent momentanément restreints par un usufruit, un usage, etc... L'usufruitier, l'usager, seraient libres sans doute de n'en pas user et d'empêcher, sur le fonds soumis à l'usufruit, tout ouvrage relatif à l'établissement de la servitude, mais celle-ci aurait son effet à la cessation de l'usufruit. — Pardessus, t. 2, n. 259; Demolombe, t. 12, n. 758; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1098.

779. — Une servitude peut être acquise par mandataire, par *negotiorum gestor*, ou par l'entremise d'un tiers agissant aux termes de l'art. 1121, C. civ. — Delvincourt, t. 1, p. 411; Toullier, t. 3, n. 576 et s.; Pardessus, t. 2, n. 260; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 12. — V. cependant, Duranton, t. 5, n. 549.

780. — Il existe même des cas où l'on peut acquérir une servitude, quoique le droit d'en accorder soit interdit ou restreint. Ainsi les mineurs, les femmes, peuvent en acquérir, sous réserve de la faculté d'être restitués si l'acquisition leur est onéreuse. De même les tuteurs, maris, ou autres administrateurs légaux peuvent stipuler des servitudes au profit des fonds qui leur sont confiés, sauf également la restitution de ceux qu'ils représentent. — Pardessus, t. 2, n. 259.

781. — Si le titre du propriétaire actuel est éventuellement résoluble ou conditionnel, la servitude acquise par lui sera-t-elle soumise à la même incertitude que son droit de propriété? La question se présente également pour l'acquéreur à réméré ou le grevé de substitution, comme aussi pour l'héritier à l'égard du fonds qui aurait été légué à un tiers sous condition suspensive, ou même pour le simple propriétaire apparent. Nous pensons, malgré controverse, que ces diverses personnes peuvent stipuler valablement des servitudes au profit des fonds qu'elles détiennent ; c'est-à-dire que ces servitudes pourront être éventuellement réclamées par le propriétaire véritable, sans que le maître du fonds grevé puisse révoquer son consentement sous prétexte d'erreur : quel que pût être celui avec qui il contractait, c'est au fonds qu'il accordait des droits, et le maître du fonds peut réclamer ces droits, à charge seulement d'exécuter les engagements pris à l'occasion de leur établissement. — Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, § 11, n. 1; Delvincourt, t. 1, p. 411; Toullier et Duvergier, t. 3, n. 576, note *a;* Pardessus, t. 2, n. 259 et 260; Duranton, t. 5, n. 551 et 553; Demante, t. 2, n. 541 *bis*-V; Demolombe, t. 12, n. 759 et 760; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 10; — *Contrà*, Taulier, t. 2, p. 437; Laurent, t. 8, n. 164 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1098.

782. — L'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, l'antichrésiste, stipulant une servitude au profit du fonds dont ils jouissent, font une acquisition dont le propriétaire peut également se prévaloir, s'il le veut, à moins que les parties n'aient exprimé une intention contraire, ou que la servitude, établie à titre gratuit, ne doive être envisagée comme constituée dans l'intérêt personnel du stipulant. — Pardessus, t. 2, n. 260; Solon, n. 349 et 353; Proudhon, t. 3, n. 1452; Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 11, n. 1; Demante, t. 2, n. 541 *bis*-V; Demolombe, t. 12, n. 759; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 11; Fuzier-Herman, art. 690, n. 12. — Resterait seulement compte à faire entre les héritiers de l'usufruitier, par exemple, et le nu propriétaire du fonds pour lequel la servitude se trouve constituée. — Pardessus, *loc. cit.* — *Contrà*, comme n'admettant pas la possibilité pour l'usufruitier de créer au profit du fonds un droit qui puisse survivre à son usufruit : Salviat, *Usufruit*, t. 1, art. 83, n. 4; Despeisses, t. 1, 2e part., tit. 1, art. 4, sect. 1, n. 12; Duranton, t. 5, n. 550 et s.; Taulier, t. 2, p. 435 et s.; Laurent, t. 8, n. 164 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1098.

783. — Dans tous ces cas, le véritable propriétaire n'est pas tenu de jouir de la servitude et d'exécuter les conventions y relatives, si le contrat lui paraît plus onéreux que profitable. Il peut donc y renoncer; et si cette inexécution de la convention porte préjudice au propriétaire grevé, celui-ci a seulement un recours contre le tiers avec qui il a traité. — Pardessus, *loc. cit.*; Solon, *loc. cit.*; Proudhon, *loc. cit.*

784. — Il a été spécialement décidé pour l'emphytéote, par l'art. 9, L. 25 juin 1902, qu'il pourrait « acquérir au profit du fonds des servitudes actives, et le grever, par titre, de servitudes passives, pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail, et à charge d'avertir le propriétaire ». — V. aussi *suprà*, v° *Emphytéose*, n. 104. — Bruxelles, 9 août 1806, Morinckx, [S. et P. chr.]

785. — Un preneur, locataire ou fermier, qui stipule un droit quelconque, de passage par exemple, sur un héritage voisin pour les besoins de l'exploitation du fonds par lui pris à bail, ne peut pas être considéré comme ayant constitué une servitude réelle au profit dudit fonds. — Demolombe, t. 12, n. 680; Fuzier-Herman, *loc. cit.*

786. — Nous avons déjà indiqué (*suprà*, n. 118) que l'on peut stipuler une servitude au profit d'un domaine dont on n'est pas encore propriétaire, mais qu'on se propose d'acquérir. La constitution de la servitude est alors conditionnelle, subordonnée à l'acquisition du domaine dans un certain délai. — Toullier, t. 3, n. 578; Duranton, t. 5, n. 552; Pardessus, t. 2, n. 261; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1098.

787. — La servitude acquise au profit d'un fonds par un seul de plusieurs copropriétaires de ce fonds profite aux autres. D'une part, en effet, chaque communiste a pouvoirs suffisants pour améliorer l'immeuble indivis; et d'autre part, la stipulation qu'il fait pour les autres peut être considérée comme la condition d'une stipulation qu'il fait pour lui-même (C. civ., art. 1121). Ses copropriétaires pourront seulement refuser d'user de la servitude, dont le stipulant fera alors seul usage. — Duranton, t. 5, n. 467 et 561; Toullier, t. 3, n. 578; Pardessus, t. 2, n. 262; Demante, t. 2, n. 541 *bis*-V; Demolombe, t. 12, n. 761; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 10.

788. — Si l'acquéreur de la servitude avait, pour prix de son acquisition, consenti des obligations auxquelles il aurait promis de faire soumettre ses copropriétaires, le maître du fonds assujetti serait fondé, en cas de refus de ces derniers, à faire résilier le contrat. — Pardessus, t. 2, n. 263.

789. — En cas de division du fonds commun, la question de savoir si l'effet de la servitude acquise par un seul des copropriétaires subsistera au profit de chaque portion, ou sera limitée à l'usage de la portion échue à cet acquéreur de la servitude, doit se résoudre d'après l'intention des parties et les circonstances. L'interprétation de la convention pourra faire apparaître que l'intention des parties a été de reporter l'exercice de la servitude à une époque postérieure au partage. En tout cas, si l'intention de l'acquéreur est certaine, de ne faire profiter de la servitude que sa part non encore divise, l'avantage qu'en peuvent éventuellement retirer les autres copropriétaires n'est pas un droit : c'est seulement le résultat de la force des choses; et leur jouissance ne durera que pendant l'indivision. — Pardessus, t. 2, n. 264; Demolombe, t. 12, p. 762.

790. — Celui qui a concédé une pareille servitude ne peut pas contraindre son acquéreur à procéder au partage pour voir déterminer la portion à laquelle son fonds doit être assujetti. — Pardessus, t. 2, n. 265.

791. — D'autre part, l'acquéreur de la servitude qui deviendrait, par une licitation, propriétaire de la totalité du fonds dominant, pourrait devoir une indemnité au grevé, s'il était démontré que la servitude devient ainsi pour ce dernier plus onéreuse. — Pardessus, *loc. cit.*

792. — S'il ne résulte pas clairement des clauses du contrat ou des circonstances qu'il n'entend acquérir qu'en son nom et pour sa part, le copropriétaire qui stipule une servitude au profit du fonds est censé agir au nom commun, et si les autres copropriétaires ont ratifié la convention, la servitude se partagera avec le fonds lorsque l'indivision aura cessé. — Pardessus, t. 2, n. 266.

§ 3. *Quels actes peuvent servir de titres pour les servitudes.*

1° *Des actes à titre onéreux.*

793. — L'acquisition d'une servitude peut faire l'objet principal d'un acte; ou bien le vendeur d'un fonds peut, dans l'acte de vente, insérer une clause par laquelle il se réserve quelque droit de servitude. Des copartageants peuvent encore établir une servitude sur un lot au profit d'un autre. La constitution d'une servitude peut avoir pour origine un échange, une transaction, etc. Elle peut enfin résulter du rapprochement et de la combinaison des clauses du même contrat ou de plusieurs actes différents. — Pardessus, t. 2, n. 268. — V. *suprà*, n. 681.

793 *bis*. — Nous rappelons que les juges ont un pouvoir souverain pour interpréter les titres soumis à leur appréciation, à la condition de n'en pas dénaturer les termes (V. *suprà*, n. 667 et s.). Il a été décidé, à cet égard, qu'est régulière la décision judiciaire qui, pour reconnaître l'existence d'une servitude de passage dans un corridor, s'appuie non sur des circonstances de fait, non plus que sur de simples présomptions, mais sur des titres authentiques que le juge du fond a interprétés sans en dénaturer la portée. — Cass., 8 mai 1901, Lérable, [S. et P. 1903.1.219]

794. — ... Qu'un jugement ou arrêt peut, par interprétation des énonciations d'un cahier des charges, déclarer souverainement que l'adjudicataire a, par un titre régulier faisant la loi des parties, le droit d'ouvrir des portes et fenêtres sur le terrain contigu à l'immeuble vendu, soit que ce terrain fît partie d'une rue publique, soit qu'il fût la propriété particulière du vendeur. — Cass., 26 janv. 1875, Pisson, [S. 75.1.121, P. 75.281, D. 76.1.124]

795. — ... Que si, dans les actes successifs de partage et de vente dont un immeuble a fait l'objet, il a été stipulé que l'acquisition n'en avait lieu que sous réserve de toutes les servitudes auxquelles il pourrait être soumis, et si le juge constate que, d'après l'intention des parties, la propriété dudit immeuble comprenait celle d'un corridor grevé, en faveur du propriétaire voisin, d'un droit de circulation, c'est à bon droit que, dans les actes précités, il voit un titre consacrant, au profit de ce voisin, le maintien de ladite servitude de passage. — Cass., 8 mai 1901, précité.

796. — ... Que l'on a pu considérer comme un titre suffisant pour autoriser une servitude de prospect sur un terrain, l'acte

de vente, par l'État, d'un bien national en plusieurs lots, en exceptant de la vente ledit terrain destiné à ménager une perspective aux autres, lorsque l'autorité administrative, en interprétant cet acte de vente, a déclaré qu'il avait maintenu en faveur de ces divers lots la destination du terrain dont il s'agit, tel qu'il se comportait pour leur utilité et usage commun, lorsqu'ils ne formaient avec lui qu'un seul tenant appartenant au même propriétaire. — Douai, 9 déc. 1889, Billet, [D. 91.2.69]

797. — Il suffit d'ailleurs, pour être valable, que l'acte constitutif contienne l'indication d'une servitude susceptible d'être déterminée quant à son étendue (C. civ., art. 1129, § 2). Il serait impossible d'exiger, comme plusieurs coutumes anciennes le faisaient, à peine de nullité, que cet acte contienne une description complète, précise et détaillée de la servitude, en emplacement, mesure et espèce. — Solon, n. 374; Demolombe, t. 12, n. 731; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1094. — V. *suprà*, n. 671 et 680.

798. — Mais encore faut-il que la servitude soit spécialement visée dans une clause précise et non de style : et la stipulation d'un acte de partage, portant « que les fonds sont divisés et partagés, respectivement avec leurs droits d'entrées, issues, etc. », ne peut être considérée comme titre suffisant pour établir une servitude de passage d'un fonds sur l'autre, quand les entrées et issues, prétendues existantes lors du partage, ne sont pas constatées par cet acte ou par un autre. — Grenoble, 4 mai 1824, Rolland, [S. et P. chr.]

799. — Jugé, dans le même sens, que la clause d'un cahier des charges, portant que dans la huitaine de l'adjudication le jardin existant devant les deux lots vendus sera divisé, et un mur mitoyen élevé jusqu'à une hauteur déterminée, n'a pour but que de faciliter la vente et l'entrée en jouissance et ne constitue pas une servitude *altius non tollendi*. — Paris, 7 janv. 1890, Bertrand, [D. 90.2.175]

800. — A plus forte raison, un vendeur ne peut-il pas réclamer de son acquéreur, sur la terre vendue, un droit de servitude qu'il ne s'est point réservé dans son titre de vente, alors qu'il ne peut d'ailleurs invoquer ni une prescription acquisitive, ni la destination du père de famille. — Rennes, 12 mars 1818, White, [P. chr.]

801. — La forme de l'acte de constitution est indifférente; et il a été jugé que les tribunaux peuvent, sans violer aucune loi, déduire des circonstances de la cause, d'un état de choses et d'un ensemble de fait et *d'actes souverainement constatés*, et notamment des clauses d'un échange verbal, l'existence d'une servitude. — Cass., 26 févr. 1829, Besnard, [P. chr.]; — 13 févr. 1877, de Saint-Guilhem, [S. 77.1.296, P. 77.765, D. 78.1.259]

802. — Il a été surabondamment jugé que, l'art. 1326, C. civ., ne visant que les promesses unilatérales de payer des sommes d'argent ou des choses appréciables, la formalité du « bon et approuvé » est inutile, lorsqu'il s'agit d'une obligation ayant pour objet une servitude. — Trib. civ. Perpignan, 25 avr. 1899, Lamby, [*Gaz. des Trib.*, 1899, 2e sem., 2.291]

803. — Aux termes de l'art. 1589, C. civ., la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Cette disposition doit-elle être transportée à la matière des servitudes, et peut-on dire que la promesse de servitude vaut servitude? L'affirmative a été admise. Celui à qui a été faite une promesse de concession de servitude a, dès ce moment, un droit analogue à celui du bénéficiaire d'une promesse de vente : il a, non seulement une action en dommages-intérêts contre son promettant, mais un droit acquis sur la chose, une véritable action *rei persecutoria* contre les tiers détenteurs. — Larombière, t. 1, sur l'art. 1138, n. 14, 15. — Néanmoins, le doute est permis. Si la promesse de vente vaut vente, c'est qu'un texte spécial le décide ainsi; or, il n'existe aucune disposition semblable en ce qui concerne les servitudes.

804. — Une servitude peut être constituée à terme ou sous condition. — Pardessus, t. 2, n. 268; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1094; Fuzier-Herman, art. 690, n. 15.

805. — Elle peut être concédée pour le fonds d'un tiers qui déclarerait vouloir en profiter, conformément à l'art. 1121, C. civ. — Pardessus, *loc. cit.* — V. *suprà*, n. 779.

806. — Mais à l'inverse, l'énonciation, dans l'acte de vente d'un fonds, que ce fonds est vendu avec telle servitude sur le fonds d'un tiers, ne créerait pour l'acquéreur aucun droit de servitude sur ce dernier.

807. — L'intervention du tiers à l'acte de vente serait nécessaire pour créer ce droit, à condition que la servitude y fût formellement visée, et que la présence du tiers ne fût pas exclusivement motivée par le règlement d'autres droits. — Lyon, 9 mars 1842, Constant, [S. 43.2.459]

808. — Si l'acte de vente énonce seulement la servitude, sans constater l'agrément du propriétaire du fonds grevé, pourra-t-on du moins y voir un juste titre, permettant la prescription de la servitude par dix ou vingt ans? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que l'acheteur aurait pu acquérir, par cette prescription, l'immeuble entier, si le vendeur n'en avait pas été propriétaire. Il aurait en même temps acquis, de la même façon, les servitudes dues à cet immeuble, et qui n'en sont que l'accessoire. Mais précisément, dans notre espèce, la servitude qu'on a déclarée due à l'immeuble n'en dépend pas, elle a seulement été annoncée en dépendre. — Pardessus, t. 2, n. 268; Bélime, *De la poss.*, n. 261; Toullier, t. 2, n. 631; Demolombe, t. 12, n. 782. — V. toutefois, Demante, t. 2, n. 546 *bis*-IV.

809. — Si même une servitude a été constituée spécialement sur un fonds par le possesseur de ce fonds, qui passait pour le propriétaire bien qu'il ne le fût pas, la jouissance pendant dix ou vingt ans, avec les conditions de bonne foi et autres exigées par l'art. 2265, C. civ., ne peut pas faire acquérir cette servitude au fonds en faveur duquel elle a été consentie. Il faut évidemment supposer que le possesseur n'a point acquis la propriété de l'immeuble, ce qui consoliderait la constitution de la servitude. Mais lorsque la propriété du fonds n'a pas été acquise, et que le vrai propriétaire reprend la jouissance de son bien, il n'a point à tenir compte de la servitude ainsi créée. Il est vrai que l'art. 2265 vise l'acquisition d'un immeuble, et que les servitudes sont des immeubles; mais elles ne le sont que par et avec l'objet auquel elles s'appliquent. Or celui qui a grevé l'héritage dont il n'était pas propriétaire, ne l'a pas vendu : il a vendu seulement un droit dont la concession ne peut être faite, conformément à l'art. 695, que par le propriétaire du fonds assujetti. De plus, nous verrons l'art. 690 permettre l'acquisition des servitudes par la possession de *trente ans* et exclure par là même toute autre possession (V. *infrà*, n. 899 et s.). Enfin l'art. 2264 renvoie, pour les prescriptions spéciales, aux « titres qui leur sont propres », et par là même il exclut de notre matière spéciale la règle de l'art. 2265. — Toullier, t. 3, n. 630; Pardessus, n. 268; Maleville, t. 2, p. 141; Cotelle, *C. Nap.*, t. 2, p. 379; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servitude*, sect. 3, § 5, n. 2; Solon, n. 397; Coulon, t. 1, p. 377, dial. 30; Zachariæ, t. 2, § 251, note 1; Curasson, *C. for.*, t. 2, p. 282; Bressolles, *Rev. de dr. fr.*, t. 5, § 848, p. 744; Marcadé, sur l'art. 690, n. 2; Demante, t. 2, n. 546 *bis*-I; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Servitude*, n. 146; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 336, texte et note 7, p. 200 et § 341, texte et note 4, p. 210; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et note 1, p. 77 et § 255, texte et note 23, p. 106; Gavini de Campile, *Tr. des serv.*, t. 3, n. 1200 et 1291; Demolombe, t. 12, n. 781; Laurent, t. 8, n. 194; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1113; Fuzier-Herman, art. 690, n. 33. — *Contrà*, Delvincourt, t. 1, p. 571; Duranton, t. 5, n. 593; Vazeille, *Prescript.*, t. 1, n. 419, et t. 2, n. 523; Troplong, *ibid.*, t. 2. n. 856; Carou, *Act. possess.*, n. 261; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 348; Mourlon, *Répet. écr.*, t. 1, n. 1945; Boileux, *Comment. C. civ.*, t. 2, sur les art. 690 et 707, p. 900 et 925.

810. — Jugé que la prescription de dix ou vingt ans établie par l'art. 2265, C. civ., au profit du tiers détenteur de bonne foi n'est point applicable en matière de servitudes et qu'à l'égard des tiers détenteurs comme à l'égard de tous autres, les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent, à défaut de titre émané du propriétaire du fonds servant, que par la possession trentenaire. — Cass., 10 déc. 1834, Floret, [S. 35.1.24, P. chr.]; — 31 déc. 1845, Commune d'Ainvelle, [S. 46.1.105, P. 46.1.40, D. 46.1.39]; — 23 nov. 1875, Mouloud-ben-Saïd, [S. 76.1.103, P. 76.251, D. 76.1.423] — Orléans, 31 déc. 1835, Jousselin, [S. 36.2.5, P. chr.] — Lyon, févr. 1837, Floret, [S. 37.1.506, *ad notam*] — Bordeaux, 29 mai 1838, Hoffman, [S. 38.2.342, P. 38.2.331] — Rennes, 19 juill. 1845, Raffro-Deval, [P. 45.2.600] — Bastia, 5 janv. 1847, Coti, [P. 47.1.338, D. 47.2.3] — Agen, 23 nov. 1857, Alazard, [S. 57.2.769, P. 58.663, D. 58.2.27] — *Contrà*, Colmar, 17 juill. 1811, Springinsfeld, [P. chr.]

811. — Celui contre qui est invoquée une servitude appuyée sur un titre nul en la forme, peut exciper de cette nullité pour repousser le prétendu droit de son adversaire. Il n'en serait plus ainsi, cependant, si une possession de trente ans avait suivi ce

titre. Cela est certain si la servitude est de nature à s'acquérir par trente ans de possession, la prescription devenant alors, indépendamment du titre, le véritable fondement du droit. Mais même si la servitude est imprescriptible, la jouissance prolongée pendant trente ans sans interruption depuis l'existence du titre irrégulier, pourra, conformément à l'art. 1338, C. civ., être invoquée comme une ratification tacite. La servitude sera fondée, non sur la prescription, mais sur le titre, dont la nullité pouvait être demandée ou opposée par celui contre qui on l'invoque, et ne l'a pas été. Si même cette nullité était de celles qu'un laps de dix ans suffit pour couvrir, conformément à l'art. 1304, cette prescription de dix ans pourrait être invoquée, parce qu'elle n'est pas une voie pour acquérir la servitude, mais seulement une régularisation du titre qui l'a constituée. — Pardessus, t. 2, n. 269.

812. — Les anciennes coutumes admettaient en général, en matière de servitude, la maxime : *In antiquis enuntiativa probant*, en vertu de laquelle la mention faite dans un ancien titre de l'existence d'une servitude pouvait être opposée au maître de l'héritage désigné comme grevé de cette servitude, lors même que ses auteurs n'avaient pas été parties à l'acte. Il en était ainsi notamment sous l'empire de la coutume du Berry, qui n'admettait point de servitude sans titre, et suivant laquelle des servitudes pouvaient néanmoins être établies par des titres simplement énonciatifs, lorsqu'ils étaient anciens et suivis d'une longue possession. — Bourges, 6 frim. an XI, Châtillon, [S. et P. chr.]

813. — Aujourd'hui cette règle ne s'applique plus, et un ancien titre où le propriétaire du fonds servant n'a pas été partie ne peut pas, bien qu'il soit soutenu d'une possession de quarante années et plus, être invoqué à l'appui d'une servitude non susceptible d'être acquise par prescription. — Toullier, t. 3, n. 165; Solon, n. 370 et s.; Demolombe, t. 12, n. 753; Gavini de Campile, t. 3, n. 1191; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 24; Laurent, t. 8, n. 150; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1095. — V. cep. Troplong, *Prescript.*, n. 167; Proudhon, *Usufr.*, t. 6, n. 34.

814. — Jugé, en ce sens, que les servitudes discontinues, et notamment un droit de passage, ne pouvant s'établir que par titres, de simples énonciations contenues dans un acte ancien sont insuffisantes, à défaut du titre primordial ou d'un titre récognitif, pour prouver l'existence d'une telle servitude. — Bordeaux, 14 janv. 1834, Enjourbault, [P. chr.]; — 28 mai 1834, Boyer-Canon, [S. 34.2.554, P. chr.]; — 28 juin 1839, Nauze, [P. 39.2.567]

815. — ... Et que des aveux féodaux qui ne reposeraient que sur de simples fictions ne sauraient remplacer les titres émanant du propriétaire, nécessaires pour l'établissement d'une servitude discontinue et non apparente. — Rouen, 20 août 1874, Royer, [S. 76.2.23, P. 76.197] — V. également *suprà*, v° *Pâturage et parcours*, n. 14 et 15.

816. — Jugé, cependant, en sens contraire, qu'une possession ancienne, appuyée de titres également anciens, dans lesquels une servitude de passage avec voiture sur une promenade publique est mentionnée comme appartenant à un particulier, peut faire maintenir celui-ci dans l'exercice de cette servitude, quoique la coutume sous l'empire de laquelle elle s'est établie ne reconnaisse pas de servitude sans titre et que les titres invoqués ne soient point contradictoires avec la commune à qui on les oppose. — Nancy, 21 mai 1829, Lavocat, [P. chr.]

817. — ... Que les énonciations contenues dans un acte ancien, relativement à une servitude discontinue, sont suffisantes pour constater, même à l'égard des tiers, l'existence de cette servitude à l'époque de sa date; et que dès lors il suffit, à celui qui prétend avoir un droit de dépaissance, de pouvoir relier une possession actuelle et bien constante à l'ancienne possession, pour être présumé avoir possédé également dans l'intervalle et trouver ainsi, dans cet acte ancien, le titre qui constitue son droit. — Toulouse, 7 avr. 1843, Commune d'Ytrac, [P. 44.2.397] — V. aussi *infrà*, n. 1484.

818. — Nous admettrions seulement, avec un arrêt déjà ancien, que si les titres constitutifs d'une servitude discontinue, par exemple d'un droit d'usage, paraissent avoir été détruits par force majeure, et qu'il ne soit produit qu'un acte qui constate l'existence de la servitude et son mode d'exercice, d'après d'anciens titres qu'il cite, mais qui ne contient pas la désignation des personnes à qui le droit est dû, ceux des habitants de la commune qui prétendent avoir droit à la servitude doivent être admis à prouver, par témoins, la longue jouissance qu'ils en ont eue. — Bourges, 7 janv. 1829, Jouffroy, [S. et P. chr.] — V. aussi *suprà*, v° *Acte ancien*, n. 12 et s., 28.

819. — Le titre constitutif d'une servitude peut être remplacé par un acte récognitif. Aux termes de l'art. 695, cet acte récognitif doit de toute nécessité émaner du propriétaire du fonds asservi; mais l'art. 695 n'ajoute pas, comme le fait l'art. 1337 pour les actes récognitifs de droits personnels, que la teneur de l'acte primordial doive y être spécialement relatée. Il suffit donc que la rédaction du titre récognitif présente l'indication d'une servitude susceptible d'être déterminée : la possession, les circonstances serviront ensuite à en fixer le mode et l'étendue. — Pothier, Cout. d'Orléans, Introd. au tit. 13, n. 12; Delvincourt, t. 1, p. 165, note 3; Pardessus, t. 2, n. 269; Toullier, t. 10, n. 312-315; Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 603; Curasson, t. 2, p. 349; Demante, t. 2, n. 550 *bis*-II; Marcadé, sur l'art. 1337, n. 6; Demolombe, t. 12, n. 752-757; Zachariæ, § 250, note 9; Massé et Vergé, sur Zachariæ, § 335, note 10; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 20; Laurent, t. 8, n. 152 *bis*; Huc, t. 4, n. 428; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1095. — V. cep. Delvincourt, t. 1, p. 172, note 8; Bonnier, t. 2, n. 791; Mourlon, *Répét. écr.*, t. 1, p. 807.

820. — Jugé, en ce sens, que la disposition de l'art. 695, spécial pour les servitudes, exclut l'application de celle que contient l'art. 1337, sur les titres récognitifs en général. — Cass., 16 nov. 1829, Pouroy, [S. et P. chr.]; — 2 mars 1836, Roy, [S. 36.1.247, P. chr.]; — 23 mai 1855, Hérault, [S. 57.1.123, P. 57.615]; — 21 nov. 1881, Marty, [S. 82.1.83, P. 82.1.171, D. 82.1.478] — Rennes, 28 déc. 1850, Roumain de la Rallays, [P. 51.2.565] — Dijon, 17 juill. 1891, sous Cass., 25 janv. 1893, Lhommelin, [S. et P. 93.1.244, D. 93.1.82]; — 2 août 1894, Poillot, [*Gaz. Pal.*, 94.2.462, *Pand. franc.*, 95.2.207] — Rouen, 27 mars 1895, [*Rec. Rouen*, 95.68] — Trib. civ. Perpignan, 25 avr. 1899, Lamby, [*Gaz. des Trib.*, 99, 2e sem., 2.291] — V. aussi *suprà*, v° *Acte récognitif*, n. 54 et 55.

821. — Jugé spécialement que la reconnaissance d'une servitude, dans le cahier des charges dressé pour parvenir à la vente aux enchères du fonds servant, conserve son effet, encore bien que la vente qui s'en est suivie ait été ultérieurement annulée, si cette reconnaissance se trouve simplement rappelée dans un second cahier des charges dressé plus tard pour parvenir à une autre vente qui a été régulièrement effectuée. — Cass., 11 déc. 1861, Michel, [S. 62.1.513, P. 63.34, D. 62.1.79]

822. — ... Et qu'une série de quittances constatant le paiement d'une redevance spéciale par le propriétaire du fonds dominant à celui du fonds assujetti, suffirait à constituer une reconnaissance de la servitude aux termes de l'art. 695. — Montpellier, 17 août 1880, sous Cass., 21 nov. 1881, précité.

823. — Nous ajouterons même que les termes de l'art. 695 semblent exclure ici la possibilité d'une controverse, née dans l'application de l'art. 1337, sur le caractère nécessairement synallagmatique ou non de l'acte. L'art. 695 considère comme un titre récognitif celui qui est « émané du propriétaire du fonds asservi ». La reconnaissance du propriétaire assujetti ou de ses auteurs est donc suffisante, et l'acte n'en constituera pas moins un titre récognitif que peut invoquer le propriétaire du fonds dominant, alors même que ce dernier n'y a figuré ni par lui, ni par ses auteurs. — Caen, 12 juill. 1835, Commune de Louvigny, [*Rec. de Caen*, t. 13, p. 552]; — 4 août 1835, Moisson, [cité par Demolombe, t. 12, n. 757 *bis*] — Rennes, 28 déc. 1850, précité. — Pau, 7 mars 1864, Commune de Malaussanne, [S. 64.2.49] — Chambéry, 13 juill. 1874, Foussemagne, [D. 74.2.225] — Dijon, 2 août 1894, précité. — Rouen, 27 mars 1895, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 757 *bis;* Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 21; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1095.

824. — Jugé, en sens contraire, que l'acte de reconnaissance d'une servitude discontinue et non apparente émané du propriétaire du fonds servant, mais auquel n'a pas été partie le propriétaire du fonds dominant, n'a pas, au profit de ce dernier, l'effet d'un titre récognitif de la servitude. — Cass., 16 déc. 1863, Peynaud, [S. 64.1.125, P. 64.643, D. 64.1.215]

825. — Peu importe, dans notre opinion, que cet acte soit ultérieurement annulé ou révoqué : il contient, de la part du propriétaire assujetti, un aveu irrévocable en ce qui concerne la servitude, et sa reconnaissance vaut comme telle, malgré l'annulation de l'acte. — Laurent, t. 8, n. 152; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

826. — Toutefois cette application stricte des règles de l'aveu

extrajudiciaire nous ferait adopter la solution inverse, s'il s'agissait d'une révocation de l'aveu à la suite d'une erreur de fait, et nous estimons que les tribunaux doivent annuler, comme étant le résultat d'une erreur de fait, la reconnaissance d'un droit de servitude, lorsque cette reconnaissance n'a été faite que dans la persuasion de l'existence, entre les mains du réclamant, du titre constitutif de cette servitude. — Orléans, 14 déc. 1839, Scottow, [P. 47.1.37]

827. — D'autre part, il faut qu'il ne subsiste aucun doute sur la portée de l'acte prétendûment récognitif, et l'on ne saurait notamment considérer comme un titre récognitif d'une servitude de passage, le procès-verbal de bornage, signé par les auteurs des propriétaires actuels, où il est énoncé que l'une des parties devait « passage et entrée » à la propriété de l'autre, alors qu'il est constaté en fait que cette mention se référait non à un passage exercé à titre de servitude, mais à un chemin commun dont les parties usaient comme copropriétaires. — Cass., 29 mai 1894, Branchu-Ménard, [S. et P. 95.1.132, D. 94.1.508]

828. — L'art. 695, visant spécialement les servitudes qui ne peuvent pas s'acquérir par prescription, semblerait impliquer que pour les servitudes susceptibles de s'acquérir de cette manière l'acte primordial pourrait être remplacé autrement que par un titre récognitif émané du propriétaire du fonds servant (V. *suprà*, v° *Acte récognitif*, n. 80). Notre article n'a pas cette portée. Il signifie seulement que, pour les servitudes continues et apparentes, le titre constitutif peut être remplacé par une possession trentenaire. Et encore la rédaction est-elle vicieuse, en ce que le titre qui peut être remplacé par un acte récognitif, c'est *l'instrumentum*, tandis que le titre auquel équivaut la prescription est la cause légale d'acquisition, ou l'acte de disposition susceptible de transférer un droit. — Duranton, t. 5, n. 565; Demolombe, t. 12, n. 754; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 18.

829. — En cas de perte ou de destruction du titre constitutif, le propriétaire du fonds dominant peut forcer celui du fonds servant à lui délivrer un titre récognitif, et provoquer une décision de justice qui lui en tiendrait lieu au besoin si le propriétaire assujetti refusait de lui fournir ce titre. Nous verrons aussi (*infrà*, n. 1221) que le propriétaire dominant peut exiger la délivrance d'un pareil titre pour permettre à une servitude de revivre même après trente ans, lorsqu'elle a cessé par modification dans l'état des choses. On a objecté que la prétention du propriétaire dominant ne saurait s'appuyer sur la disposition de l'art. 2263, C. civ., inapplicable aux servitudes, aux termes duquel « après vingt-huit ans de la date du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants-cause » (Troplong, *Prescription*, t. 2, n. 844; Toullier, t. 3, n. 722; Curasson, sur Proudhon, *Droit d'usage*, n. 605). Il est exact, répondrons-nous, que l'art. 2263 soit sans application à notre matière; mais ce n'est pas non plus sur cet article que peut se fonder la demande du propriétaire dominant : ce dernier use seulement du droit incontestable qu'il a d'intenter une action confessoire de servitude. — V. *infrà*, n. 1442 et s. — Pothier, *Coutume d'Orléans*, t. 13, n. 18; Pardessus, n. 296; Merlin, *Quest.*, v° *Usage*, § 9, n. 3; Delvincourt, t. 1, p. 587; Solon, n. 569; Duranton, t. 5, n. 581; Zachariæ, § 251, note 3; Demolombe, t. 12, n. 801; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 26.

830. — Les frais du titre nouveau sont supportés en principe par le propriétaire du fonds dominant, sauf si la résistance injustifiée du propriétaire assujetti a rendu nécessaire un débat en justice. — Mêmes auteurs.

831. — Il ne peut y avoir, en ce qui concerne les servitudes, des règles différentes du droit commun, sur la preuve des volontés. Leur existence sera donc susceptible d'être établie, à défaut d'autre titre, par l'aveu du propriétaire assujetti : aveu extrajudiciaire, qui peut se manifester sous toute autre forme que celle d'un acte récognitif, ou aveu judiciaire fait par le propriétaire du fonds, et qui aurait le même effet qu'un écrit émané de lui. — V. *suprà*, v° *Aveu*, n. 115.

832. — Jugé, en ce sens, que la preuve de l'établissement d'une servitude discontinue peut résulter de l'aveu judiciaire ou extrajudiciaire de celui qui la doit, ou de ceux qu'il représente. — Cass., 21 nov. 1881, Marty, [S. 82.1.83, P. 82.1.171, D. 82.1.478]; — 25 janv. 1893, Lhommelin, [S. et P. 93.1.244, D. 93.1.82]

833. — ... Que, spécialement, l'existence d'une servitude de passage est régulièrement établie par la constatation des juges du fait, que les conclusions de la partie adverse reconnaissent l'existence de cette servitude, et qu'elle avait été reconnue également dans une expertise homologuée avec l'approbation de tous les intéressés. — Cass., 5 nov. 1883, Guyot, [S. 86.1.22, P. 86.1.35]

834. — Cet aveu est d'ailleurs indivisible. — V. *suprà*, v° *Aveu*, n. 222.

835. — Il peut être révoqué s'il est fondé sur une erreur de fait. — V. *suprà*, v° *Aveu*, n. 162.

836. — Il ne peut être retenu que s'il a les caractères d'un aveu véritable, et s'il constitue une reconnaissance certaine et formelle du droit prétendu. Ainsi le propriétaire sur le terrain duquel on réclame un droit de pacage, et qui, au lieu d'en contester l'existence, se borne à réclamer le même droit pour ses propres bestiaux, ne doit pas être considéré comme ayant par là reconnu la servitude prétendue sur son terrain. — Orléans, 6 déc. 1838, Brucy, [P. 39.1.137]

837. — Des travaux faits en commun par les parties pour l'exercice d'une servitude d'abreuvage, au cours du procès sur l'existence de la servitude, tous droits étant réservés, ne sont pas une reconnaissance tacite de la servitude d'abreuvage. — Cass., 3 juill. 1900, Combasson, [S. et P. 1902.1.502]

838. — Le serment pourrait également être déféré, conformément aux principes généraux du droit. — Duranton, t. 5, n. 565; Pardessus, t. 2, n. 269; Demante, t. 2, n. 550 *bis*-I; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 355; Demolombe, t. 12, n. 730, 755; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 23; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1094.

839. — Une preuve par témoins ou présomptions serait inadmissible en matière de servitudes non prescriptibles, et notamment de servitudes de passage. — Cass., 28 janv. 1874, Guillot, [S. 76.1.252, P. 76.611, D. 76.1.423] — Et la décision qui aurait déclaré l'existence d'une servitude de passage sans se fonder sur un titre, ne peut échapper à la cassation à raison de l'aveu judiciaire qu'aurait fait le demandeur en cassation, ni à raison de l'enclave du fonds dominant, lorsque l'arrêt attaqué ne relève ni le prétendu aveu judiciaire, ni le prétendu état d'enclave. — Même arrêt.

840. — Mais l'art. 691, en disposant que les servitudes discontinues ou non apparentes ne peuvent s'établir que par titres, n'a pas dérogé aux règles générales en matière de preuve des conventions, et, par suite, la concession d'une servitude de ce genre peut être établie par témoins ou par présomptions, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou lorsque le titre a été détruit par force majeure. — Cass., 16 nov. 1829, Pouroy, [S. et P. chr.]; — 12 févr. 1840, Puy-Fourcat, [D. *Rép.*, v° *Commune*, n. 2076]; — 16 déc. 1863, Peynaud, [S. 64.1.125, P. 64.643, D. 64.1.215]; — 2 juill. 1879, Petit, [S. 79.1.400, P. 79.1053, D. 80.1.119]; — 8 nov. 1886, Branche-Ménard, [S. 90.1.385, P. 90.1.940, D. 87.1.85]; — 16 juin 1890, Decker, [S. 90.1.385, P. 90.1.940, D. 91.1.97] — Bourges, 7 janv. 1829, Jouffroy, [S. et P. chr.] — Paris, 14 juin 1843, Huet, [S. 43.2.336, P. 43.2.141] — Agen, 12 févr. 1869, Charron, [S. 69.2.263, P. 69.1025, D. 70.2.115] — Caen, 30 août 1872, Briens, [D. 74.5.453] — Bordeaux, 15 nov. 1887, [*Gaz. Pal.*, 88.1, *Suppl.* 48] — Paris, 18 janv. 1888, [*Gaz. Pal.*, 88.1.420] — Trib. civ. Gien, 19 mai 1896, Papillon, [*Gaz. Pal.*, 96.2.602] — *Sic*, Duranton, t. 5, n. 565; Solon, n. 379; Demante, t. 2, n. 545 *bis*; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 346; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 334, note 3; Demolombe, t. 12, n. 729, 730, 755; Delsol, *C. civ. expl.*, t. 1, p. 460; Féraud-Giraud, *Voies rur.*, n. 299; Aubry et Rau, t. 8, § 750, texte et note 22; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1094; Huc, t. 4, n. 413.

841. — Il en était déjà ainsi en droit coutumier. — Cass., 15 avr. 1840, Commune d'Availles, [P. 40.1.694]

842. — Jugé notamment que la mention de l'acte de vente du fonds servant, portant qu'il est vendu avec les servitudes actives et passives qui y sont attachées, ne vaut pas titre au profit du propriétaire prétendu dominant qui n'a pas été partie à l'acte, mais peut constituer pour lui un commencement de preuve par écrit, alors d'ailleurs que la servitude prétendue étant indiquée par des signes apparents, l'acquéreur n'a pu se méprendre sur la signification de cette clause. — Agen, 12 févr. 1869, précité.

843. — Notons aussi que, dans l'opinion qui veut (V. *suprà*, n. 824) que l'acte de reconnaissance d'une servitude discontinue et non apparente, émané du propriétaire du fonds servant, mais

auquel n'a pas été partie le propriétaire du fonds dominant, n'a pas [illegible] l'effet d'un titre récognitif de la servitude, on admet néanmoins un commencement de preuve par écrit rendant la preuve testimoniale admissible. — Cass., 16 déc. 1863, [illegible] — [illegible], 13 juil. 1874, Foussemagne, [D. 74.2.225] — [illegible], 27 [illegible] 1895, [Rec. Rouen, t. 95, p. 68]

844. — Jugé encore que le propriétaire d'une maison, qui la [illegible], peut être admis à établir, au moyen de la preuve testimoniale, l'existence remontant au delà de trente années, de jours pratiqués dans l'ancienne maison et donnant sur la propriété voisine, pour induire de là son droit à rétablir ces jours dans la maison nouvelle; et qu'il en est surtout ainsi lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit de l'existence des jours dont il s'agit. — Cæen, 16 déc. 1848, Chedrue, [S. 49.2.665, D. 50.2.168] — V. toutefois, Caen, 26 mai 1841, Boissée, [S. 49.2.6[illegible], *ad notam*] — V. aussi Laurent, t. 8, n. 65.

845. — Nous avons indiqué *suprà* (n. 759 et s.) l'impossibilité pour un copropriétaire de grever seul l'immeuble indivis de servitudes opposables aux autres copropriétaires. Notons ici que l'écrit émané de lui ne saurait être opposé à ces derniers comme un commencement de preuve par écrit d'une servitude consentie sur l'immeuble. — Caen, 19 juin 1866, Dreux, [S. 67.2.49, P. 67.227]

2° Des actes à titre gratuit.

846. — La servitude attachée à un fonds est implicitement comprise dans le legs ou le don de ce fonds. Un propriétaire peut aussi donner ou léguer un héritage en y imposant des servitudes au profit d'un autre, ou faire de la constitution d'une servitude la condition du legs ou de la donation d'un autre objet. — Pardessus, t. 2, n. 270.

847. — Quoiqu'en principe une servitude ne se suppose pas et doive être expressément stipulée dans le titre en vertu duquel on la prétend, il faut cependant excepter le cas où elle est l'accessoire tellement indispensable d'une autre, que les parties aient dû nécessairement entendre qu'elle en dérivait. Ainsi, le passage nécessaire pour aller au fonds légué doit être réputé accessoire du legs de ce fonds, si on ne peut l'exploiter que par le moyen de ce passage sur un autre fonds de la succession. — Pardessus, *loc. cit.*

848. — L'effet de la libéralité ne doit être empêché, en tout cas, ni par l'obscurité de la clause, ni par l'impossibilité d'établir précisément la servitude léguée, lorsque celle-ci peut être remplacée par une de moindre étendue, mais qui du reste aurait tous les caractères de celle que le testateur a voulu accorder.

849. — Ainsi, dans le cas où il aurait été légué un droit de passage avec charrette, par un terrain où il serait physiquement impossible d'exercer cette servitude, le légataire devrait obtenir le passage à bêtes de somme, ou même à pied si l'on ne peut faire mieux. — Pardessus, *loc. cit.*

850. — Nous avons dit que la concession d'une servitude faite à un simple possesseur, même de mauvaise foi, est valable, l'essence des servitudes étant d'avoir le fonds et non la personne pour objet. Il en serait toutefois autrement si une personne léguait ou donnait, sur son héritage, une servitude au profit de tel fonds qu'elle déclarerait appartenir à son donataire ou légataire; et le propriétaire véritable de ce fonds ne pourrait pas réclamer la servitude, parce que dans une libéralité la personne entre principalement en considération, et que l'erreur, dans ce cas, vicierait la concession elle-même. — Pardessus, t. 2, n. 271.

851. — Au cas où une servitude est constituée à titre gratuit au profit d'un fonds indivis, le refus de l'un des copropriétaires ne peut pas nuire aux droits des autres et anéantir la libéralité. Ceux qui acceptent profitent de la part des renonçants dans le droit indivisible donné ou légué (V. art. 1044). — Pardessus, t. 2, n. 272.

852. — L'acte par lequel une servitude est constituée à titre gratuit doit, pour que la constitution soit valable et obligatoire, être régulièrement fait dans la forme des actes contenant donation entre-vifs ou testamentaire. — Duranton, n. 560.

3° Des jugements.

853. — On a parfois présenté les jugements comme susceptibles de créer et de constituer des servitudes qui n'existaient pas encore. — Pardessus, t. 2, n. 273; Solon, n. 366; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 346.

854. — Il a été jugé, en ce sens, que les tribunaux pouvaient, en ordonnant un partage, établir une servitude réciproque entre les lots des copartageants. — Cass., 21 août 1832, Haag, [S. 32.1.775]

855. — Les partisans de cette opinion reconnaissent seulement que les tribunaux ne pourraient pas imposer, en faveur d'un des lots, une servitude sur le fonds qui appartiendrait à l'un des copartageants mais qui ne lui proviendrait pas du partage. — Pardessus, *loc. cit.*

856. — Il nous est impossible, même avec cette restriction, d'admettre l'existence de servitudes judiciaires, ou créées par jugement. Les jugements, en effet, ne peuvent jamais être que déclaratifs de droits de servitude préexistants; ils se bornent à faire application des titres qui les créent. Notamment aux cas de partage, de licitation, d'expropriation forcée, les jugements sont de véritables contrats, où la loi exige seulement l'intervention des tribunaux soit pour l'homologation du partage, soit pour la rédaction du cahier des charges; mais les servitudes qui se trouvent constituées n'en dérivent pas moins de la convention des parties; et le juge qui les rétablirait d'office commettrait un excès de pouvoir. — Mourlon, *De la transcript.*, t. 1, n. 117; Zachariæ, § 249, texte et note 3; Demolombe, t. 12, n. 732; Aubry et Rau, t. 3, § 249, texte et notes 7-8; Laurent, t. 8, n. 744; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1093.

857. — Décidé, en conséquence, qu'il échet d'annuler la disposition d'un jugement d'expropriation qui grève de servitudes des terrains non compris dans l'expropriation, les juges n'ayant pu puiser le pouvoir d'ainsi faire dans les dispositions de la loi du 3 mai 1841. — Cass., 7 août 1900, de Roussen, [D. 1901.1.545] — V. *suprà*, v° *Expropriation pour cause d'utilité publique*, n. 3051 et s.

858. — Les tribunaux doivent d'ailleurs, ici comme en toute autre matière, assurer l'exacte exécution des contrats qui leur sont soumis; et l'on a fort justement fait remarquer que, par application de ce principe, une servitude pourrait être par autorité de justice adjugée seule et sans qu'il y ait en même temps adjudication d'un fonds auquel cette servitude serait due. Ainsi un emprunteur peut donner pouvoir à son créancier de vendre à l'échéance, et par enchère, en justice, une servitude de passage, d'abreuvage, de prise d'eau, à exercer sur son fonds, et qui serait susceptible d'être utile à différents héritages appartenant à des propriétaires distincts. L'adjudicataire en jouira de la même manière que si le propriétaire du fonds grevé l'avait directement consentie. — Pardessus, t. 2, n. 273.

859. — Tout ce que les tribunaux peuvent inaugurer, en matière de servitudes et dans le silence des titres, c'est un règlement pour l'exercice de ses droits à l'avenir. Ils détermineront et limiteront les quantités, fixeront les époques, indiqueront l'ordre dans lequel plusieurs fonds dominant devront exercer sur un même fonds assujetti des droits de même espèce ou d'espèces différentes. Nous en avons déjà donné divers exemples. — V. Riom, 31 janv. 1829, Varagne, [P. chr.] — Demolombe, t. 12, n. 870.

860. — Les tribunaux pourront dire notamment que le titulaire d'une servitude de prise d'eau pour l'irrigation de ses terres ne pourra user des eaux qu'à telles époques et pendant tel nombre de jours qui seront fixés par experts à défaut de règlement amiable entre les parties. — Cass., 20 mai 1828, Thomas, [S. et P. chr.]

§ 4. *De la transcription du titre.*

861. — Avant 1855, il était inutile, pour les rendre valables même à l'égard des tiers, de faire transcrire les titres constitutifs de servitudes à titre onéreux. En était-il de même des actes de donation de servitudes? Une controverse existait sur ce point. — V. dans le sens de l'affirmative : Duranton, t. 5, n. 561, et t. 8, n. 504; Troplong, t. 3, n. 1163; Marcadé, sur l'art. 939, n. 4; Grosse, *De la transcription*, n. 352; Demolombe, t. 20, n. 248 et s.; Zachariæ, § 704, texte et note 2; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. 2, n. 162, note *a;* Flandin, *De la transcription*, t. 1, n. 679 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 14. — *Contrà*, Pau, 26 mai 1893, Mouda, [S. et P. 94.2.20, D. 94.2.393] — Bugnet, sur Pothier, *Des donations*, n. 102, note 2; Delvincourt, t. 2, p. 268; Vazeille, sur l'art. 939, n. 4; Taulier, t. 4, p. 68; Demante, t. 4, n. 80 bis-II; Mourlon, *De la transcription*, t. 1, n. 110 à 114; Grenier, t. 1, n. 162; Lesenne, *De la transcription*, n. 16; Coin-Delisle, sur l'art. 939, n. 11.

862. — Aujourd'hui tous les actes constitutifs de servitudes sont soumis à la formalité de la transcription par l'art. 2, L. 23 mars 1855, dont la formule très-générale comprend les actes gratuits comme les actes onéreux. — Flandin, t. 1, n. 681; Aubry et Rau, t. 7, § 704, texte et note 44.

863. — Il a même été justement décidé que si la formalité de la transcription n'a pas besoin d'être accomplie pour un acte de partage, en tant qu'il se borne à opérer entre les intéressés la subdivision et l'attribution des biens communs, parce qu'il est alors purement déclaratif, il en est autrement lorsqu'il renferme une convention qui a pour but d'établir une servitude sur un immeuble au profit d'un autre immeuble, cette convention n'étant pas déclarative, mais translative de propriété. — Orléans, 7 avr. 1897, Chaintreau, [S. et P. 99.2.279, D. 99.2.238] — V. aussi, *suprà*, v° *Partage*, n. 1083 et s.

864. — Si la convention constitutive est verbale et reconnue par les parties, elle doit, sur le refus de l'une d'elles de la constater par écrit, être constatée par un jugement transcrit, pour être opposable aux tiers. — Lyon, 20 mai 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 19 oct. 1898]

865. — Il n'y a point de distinction à faire au point de vue de la nécessité de transcrire le titre entre les servitudes apparentes ou continues et celles qui ne le sont pas. — Lesenne, n. 42; Fons, *Sur la transcription*, n. 28; Flandin, t. 1, n. 424 et 425; Mourlon, t. 1, n. 106; Lemaréis, *Commentaire sur la transcription*, p. 19; Rivière et François, *Loi du 23 mars 1855*, n. 25; Demolombe, t. 12, n. 733; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 16.

866. — Tous actes constitutifs de servitudes qui ont été passés postérieurement au 1er janv. 1856, ou dont la date n'est devenue certaine que depuis cette époque, ne peuvent donc être opposés aux tiers ayant acquis et dûment conservé des droits sur l'héritage servant, et notamment aux créanciers hypothécaires inscrits, qu'à compter de la date de leur transcription. — Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 17; Laurent, t. 8, n. 155.

867. — Ainsi une servitude établie par un acte de partage n'est pas opposable, en l'absence de transcription de cet acte, aux tiers acquéreurs du fonds servant qui ont fait transcrire leur titre d'acquisition, lequel était muet quant à cette servitude. — Orléans, 7 avr. 1897, précité.

868. — Mais l'acte constitutif est seul soumis à la règle qui veut qu'il soit transcrit pour être opposable aux tiers; et l'acte *récognitif*, même postérieur à 1855, d'une servitude constituée avant cette date, ne serait pas soumis à la formalité de la transcription. — Nancy, 16 nov. 1889, Garesme, [S. 91.2.161, P. 91.1.894]

869. — La transcription est d'ailleurs restée inutile dans les rapports des parties entre elles, et c'est en vain que l'une d'elles invoquerait contre l'autre le défaut de transcription pour faire échec au titre. — Paris, 5 mars 1896, Caron, [D. 96.2.423]

870. — Nous indiquerons *infrà*, v° *Transcription*, quelles sont les formalités requises pour faire transcrire un acte. Ces formalités sont essentielles et ne sauraient être remplacées par aucun équivalent; et notamment, s'il s'agit d'une servitude établie comme condition d'une expropriation pour cause d'utilité publique et mentionnée sur le plan parcellaire approuvé par l'arrêté de cessibilité, le simple visa de ce plan dans le jugement d'expropriation transcrit conformément à la loi du 3 mai 1841 ne saurait, en ce qui touche la servitude, équivaloir à la transcription des actes de cession ou constitution des droits réels, telle que la loi du 23 mars 1855 l'exige pour donner à ces actes la publicité requise, et la rendre opposable aux tiers. Ce visa n'implique pas, en effet, que le plan parcellaire des immeubles expropriés et des servitudes existant à leur profit a été joint au jugement et transcrit avec lui. — Cass., 7 août 1900, de Rousseau, [D. 1901.1.546]

871. — Jugé de même que les formalités rigoureusement prescrites par la loi ne sauraient être suppléées et que la loi du 23 mars 1855 fait de la transcription, sans équivalent possible, la seule preuve légale envers les tiers des aliénations et constitutions de droits réels qu'elle énumère; et qu'un dire inséré au cahier des charges, et renouvelé avant l'adjudication de l'immeuble prétendûment grevé, n'a pas pu suppléer à la formalité de la transcription, en donnant aux tiers intéressés comme futurs enchérisseurs connaissance de la servitude. En effet, les dires insérés dans un cahier des charges et tendant à grever l'immeuble mis en vente de droits réels au profit d'un tiers ne peuvent, en dehors de toute adhésion des parties intéressées ou d'une décision judiciaire en tenant lieu, être considérés que comme l'énoncé d'une simple détention, alors surtout qu'ils ont été suivis de réserves contraires et formelles de la part du créancier poursuivant. — Grenoble, 1er juil. 1902, Rousset, [*Gaz. Pal.*, 13 nov. 1902]

872. — Mais la transcription de l'acte translatif de la propriété d'un fonds au profit duquel existe une servitude suffit pour rendre opposable aux tiers le transfert du droit de servitude qui est l'accessoire du fonds lui-même. — Toulouse, 21 janv. 1897, [*Gaz. des Trib.*, 26 mars 1897]

873. — La transcription ne peut être exigée, bien évidemment, que pour les servitudes dont l'établissement ou l'exercice suppose un titre ou un règlement préalable, règlement conventionnel ou judiciaire, intervenu pour l'évaluation de l'indemnité ou pour la fixation de l'assiette et du mode d'exercice de la servitude, et qui ne peut être opposé aux tiers que dans les conditions de la loi de 1855. — Flandin, t. 1, n. 418 à 423; Aubry et Rau, t. 3, § 239 *bis*, texte et note 2. — V. toutefois, Mourlon, t. 1, n. 117 et 118. — V. aussi, *infrà*, n. 1161 et s.

874. — Jugé même que l'obligation de rétablir et d'entretenir un pont, en vue d'assurer le drainage d'un fonds, étant relative à l'exercice de la servitude « légale » de drainage (L. 10 juin 1854), n'est point sujette à transcription. Elle peut donc être opposée à l'acquéreur du fonds grevé de cette charge, dès qu'elle a acquis date certaine, et indépendamment de toute transcription. — Caen, 14 juin 1899, [*Rec. jurispr. Caen*, 1899, p. 232]

875. — En tout cas, les servitudes légales qui ne donnent lieu à aucun règlement préalable sont dispensées de cette formalité. — Flandin, t. 1, n. 411 à 415; Aubry et Rau, t. 3, § 239 *bis*, texte et note 1.

876. — Indépendamment de toute transcription, l'acte constitutif doit avoir date certaine pour être opposable aux tiers, et il en était ainsi sous l'empire du Code civil, même avant 1855. — Duranton, t. 5, n. 564; Demolombe, t. 12, n. 752 *bis*; Aubry et Rau, t. 3, § 250, texte et note 13.

877. — Jugé, en ce sens, que l'acte sous seing privé par lequel un vendeur aurait constitué une servitude sur le fonds vendu ne peut être opposé à l'acheteur, s'il n'a acquis date certaine qu'à une époque postérieure à la vente. — Cass., 28 juill. 1858, Laperlier, [S. 58.1.792, P. 59.648]

878. — ... Et qu'il en est de même de la convention relative au changement d'assiette d'une servitude préexistante à cette acquisition. — Cass., 1er déc. 1863, Laperlier, [S. 64.1.126, P. 64.543, D. 64.1.134]

879. — Il importerait peu que des travaux destinés à l'établissement de la servitude prétendue aient été exécutés avant même la vente du fonds grevé, alors que, ces travaux n'ayant aucune relation nécessaire avec le titre invoqué, on n'en saurait induire aucune ratification ou confirmation de ce titre. Il n'importe non plus que ces mêmes travaux aient été exécutés en vertu d'actes administratifs, si le caractère d'authenticité de ces actes n'est pas justifié, et alors d'ailleurs qu'ils ne paraissent pas avoir relaté, ainsi que l'exige l'art. 1328, C. civ., la substance de l'acte dont on veut établir la date certaine contre les tiers. — Cass., 28 juill. 1858, précité.

Section II.

De l'acquisition des servitudes par la prescription

§ 1. *Quelles servitudes la prescription peut faire acquérir.*

880. — Sous l'ancien droit, les règles à cet égard variaient beaucoup avec les provinces. Il était cependant de principe assez général, dans les pays de coutumes, que les servitudes ne pouvaient s'acquérir que par titre; la maxime était : *qui a le sol a le dessus et le dessous*, sans que possession ni édifice ne constituent servitude. Jugé, en conséquence, que, sous l'empire des coutumes de Senlis (art. 263) et de Clermont (art. 216), comme sous l'empire de la coutume de Paris (art. 186 et 187), la règle : *Nulle servitude sans titre*, était admise sans restriction, et ne permettait pas à un propriétaire d'acquérir, par quelque possession que ce fût, aucun droit sur la propriété de son voisin. — Cass., 25 mess. an II, Barrauld, [S. et P. chr.]

881. — ... Notamment aucune servitude discontinue, telle que

la servitude de passage. — Cass., 28 juin 1882, Maulvaux, [S. 82.1.464, P. 82.1.1160, D. 83.1.16] — *Sic*, Ferrière, *Cout. de Paris*, t. 2, p. 1517; Larière, *Idem*, t. 2, p. 165; Bourjon, *Dr. comm. de la France*, t. 2, p. 1; Loisel, *Institut. coutum.*, liv. 2, t. 3, p. 2[illegible]

882. — Même dans les localités dont la coutume ne contenait aucune disposition particulière sur la prescription acquisitive en matière de servitudes, on devait suivre, d'après certains auteurs, la règle posée par la coutume de Paris. — Paris, 18 févr. 1837, Aydé et Meunier, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1082] — V. en ce sens, Denisart, *Rép.*, v° *Coutume;* Domat, *Lois civiles*, t. 1, sect. 2, n. 20; Merlin, *Rép.*, v° *Coutume ;* Lalaure, *Des servitudes*, liv. 3, chap. 17.

883. — D'après une autre opinion, la règle à suivre était d'abord celle posée par les coutumes voisines, et, seulement dans le silence de ces dernières, celle de la coutume de Paris. — Paris, 10 pluv. an XII, Martin, [S. et P. chr.]

884. — D'autres enfin considéraient comme une maxime de droit commun, partout où il n'y avait pas de statut particulier qui disposât le contraire, que la possession immémoriale valait titre en matière de servitude même discontinue. — Cass., 15 mai 1816, Rousselle, [S. et P. chr.]; — 27 nov. 1837, Habitants de Coivert, [S. 38.1.40, P. 38.1.299] — *Sic*, Dumoulin, *Cons.* 26, n. 21. — V. aussi Loysel, *Instit.*, liv. 5, tit. 3, n. 17; Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. 13, art. 225; Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. 2, § 24, n. 3.

885. — Jugé en sens divers, en ce qui concerne la coutume de Poitou, par les arrêts suivants. — Cass., 27 nov. 1837, précité. — Poitiers, 6 mars 1844, Boudeau, [P. 44.2.224] — V. aussi Boucheuil, *Sur la coutume de Poitou*, t. 2, n. 180.

886. — En Auvergne, on pouvait acquérir par la prescription de trente ans une servitude discontinue. — Cass., 2 avr. 1856, Commune de Cournon, [S. 56.1.774, P. 57.631, D. 56.1.251]

887. — De même en Brabant, à condition d'avoir possédé de bonne foi. — Bruxelles, 12 févr. 1818, Van Reynegom, [P. chr.]

888. — De même sous la coutume d'Orléans, s'il y avait titre et bonne foi. — Cass., 11 juin 1833, Aubery, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1075]

889. — Sous la coutume de Berry, les servitudes, même non énoncées dans cette coutume, ne pouvaient s'acquérir sans titre, ni par prescription même immémoriale. Toutefois, les servitudes même discontinues s'acquéraient par la prescription trentenaire lorsqu'il y avait eu contradiction formelle et expresse (*Coutume* de Berry, tit. 11, art. 2 et 3). Et la contradiction exigée par la coutume pouvait résulter d'une opposition formée par le propriétaire du fonds servant, à un acte de dénombrement faisant mention de la servitude, encore bien que par suite de cette opposition il fût intervenu une sentence ordonnant la radiation de la mention, si toutefois cette sentence n'avait pas été signifiée par le propriétaire. — Cass., 8 août 1837, Béthune, [S. 37.1.679, P. 37.2.182]

890. — En Bretagne, les servitudes discontinues pouvaient s'acquérir, soit par la possession de quarante ans, soit par la possession immémoriale (Coutume de Bretagne, art. 282). — Cass., 16 févr. 1832, Paradis, [P. chr.]; — 30 avr. 1833, Launay, [S. 33.1.368, P. chr.] — Rennes, 15 févr. 1815, N..., [P. chr.]

891. — La coutume de Normandie n'admettait pas l'acquisition, même par une possession immémoriale, des servitudes non apparentes, comme est le droit de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui ; mais elle reconnaissait l'acquisition par prescription des servitudes même discontinues, lorsqu'elles étaient manifestées par un ouvrage apparent construit sur le fonds asservi. Ainsi l'établissement d'un pont, dont l'un des côtés s'appuie sur le fonds prétendu grevé de servitude, et son entretien par celui qui en usait de temps immémorial pour traverser le terrain assujetti suffisaient pour faire acquérir par prescription la servitude de passage. — Caen, 22 juin 1825, Commune de Saint-Benin, [P. chr.]; — 26 févr. 1842, Vautier, [P. 43.1.247]

892. — Sur la Coutume de Troyes, V. Cass., 18 févr. 1840, Micheau, [S. 40.1.783, P. 40.1.640] — Paris, 11 nov. 1839, Gabriel, [P. 39.2.483] — Sur celle de Reims, Paris, 16 juill. 1841, Novion, [P. 41.2.371]

893. — Dans les pays de droit écrit ou dont les coutumes se référaient au droit romain, et sous l'influence des jurisprudences divergentes des divers parlements, il a pu être jugé que les servitudes continues et apparentes s'acquéraient généralement par une simple prescription trentenaire. — Cass., 19 janv. 1825, Derne, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 26 mars 1830, Ducasse, [P. chr.]

894. — ... Que les servitudes discontinues se prescrivaient, soit également par trente ans (Coutume d'Alost)... — Bruxelles, 21 therm. an XII, Declercq, [S. et P. chr.]

895. — ... Soit par trente ans, mais seulement quand elles étaient apparentes (Alsace, Parlements de Pau, de Bordeaux, etc.). — Cass., 18 avr. 1832, Hourcat, [S. 32.1.465, P. chr.] — Colmar, 8 juill. 1806, Judlin, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 8 févr. 1832, Bailliet, [P. chr.]

896. — ... Soit par la possession immémoriale (Alsace, Franche-Comté, Dauphiné, Corse, Parlements de Dijon, de Besançon, de Bordeaux, etc.). — Cass., 2 vent. an IX, Conscience, [S. et P. chr.]; — 13 nov. 1822, Thomasson, [P. chr.]; — 23 mai 1832, Commune de Schelestadt, [S. 32.1.600, P. chr.]; — 15 avr. 1833, Lacroix, [S. 33.1.278, P. chr.]; — 27 avr. 1859, Yvrad, [S. 61.1.171, P. 60.781] — Toulouse, 2 déc. 1812, Amilhau-Larivière, [P. chr.] — Bordeaux, 8 févr. 1832, Bailliet, [P. chr.] — Montpellier, 24 janv. 1833, sous Cass., 22 avr. 1835, Préfet de l'Aude, [P. chr.] — Bordeaux, 28 juin 1839, Nauze, [P. 39.2.567] — Bastia, 6 juin 1855, Pacchiarelli, [S. 55.2.496, P. 57.77] — Toulouse, 26 déc. 1895, Page, [*Gaz. Pal.*, 96.1.338] — V. cep. Grenoble, 30 août 1826, sous Cass., 8 mai 1828, Commune de Pressins, [S. chr.]

897. — ... Soit enfin par la possession immémoriale jointe à une absolue nécessité (Parlements de Bordeaux et de Toulouse). — Cass., 5 flor. an XII, Ducréjols, [S. et P. chr.]; — 9 nov. 1824, Chiron, [S. et P. chr.] — Toulouse, 13 juin 1814, Demeurs, [P. chr.] — Agen, 18 nov. 1824, Alnus, [P. chr.] — V. aussi Agen, 30 nov. 1830, Molard, [P. chr.] — Toulouse, 7 avr. 1843, Commune d'Ytrac, [P. 44.2.397] — V. toutefois en sens contraire, Cass., 22 avr. 1835, Préfet de l'Aude, [P. chr.]

898. — Spécialement, une possession n'ayant duré que quarante-trois ans avant la promulgation du Code civil ne pouvait pas être considérée, selon la jurisprudence du parlement de Bordeaux, comme possession immémoriale d'où résultait l'acquisition de servitudes discontinues. — Bordeaux, 15 juill. 1826, Dufour, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1050-2°]; — 31 août 1826, Laporterie, [*Ibid.*]

899. — Aujourd'hui, les servitudes à la fois continues et apparentes peuvent s'acquérir par une possession de trente ans, mais ce sont les seules. « Les servitudes continues et apparentes, dit l'art. 690, s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans »; et l'art. 691 ajoute : « Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir ». En consacrant cette règle, du reste, le Code s'est conformé aux principes généraux en matière de prescription; car les servitudes continues et apparentes sont les seules dont la possession puisse réunir toutes les conditions requises par le droit commun pour prescrire : possession continue, non interrompue, paisible, publique, et non équivoque (C. civ., art. 2229); et si les servitudes discontinues, même apparentes, ne peuvent s'acquérir par la prescription, c'est moins parce que leur possession serait non continue, que parce qu'à leur égard les faits de possession n'ont lieu, le plus souvent, que par l'effet de la tolérance du voisin. — Duranton, t. 5, n. 578; Pardessus, t. 2, n. 276; Proudhon, *Usufr.*, t. 8, n. 3583 et 3588; Marcadé, sur l'art. 2229, n. 1; Demolombe, t. 12, n. 786. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1108. — V. *infrà*, n. 953 et s.

900. — La servitude de vue étant continue et apparente peut toujours s'acquérir par prescription; et il en est ainsi notamment quand elle s'exerce au moyen d'une terrasse apparente, qui peut à cet égard être assimilée à un balcon. — Cass., 28 déc. 1863, Pedeucoig, [S. 64.1.123, P. 64.598, D. 64.1.163] — Paris, 9 juill. 1853, Lainé, [P. 53.2.298] — *Sic*, Frémy-Ligneville, *Législ. des bâtim.*, t. 2, n. 595. — V. *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 142 et s.

901. — L'arrêt qui décide que des jours, dans l'état où ils sont présentement, ne sauraient être considérés comme des jours de souffrance (V. *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 24 et s.), et qu'ils existaient à une époque antérieure à trente ans, indique suffisamment que ces jours étaient dans l'état qui, d'après la loi, les rend susceptibles d'être acquis par prescription, et que cet état remonte à plus de trente années. Ces constatations de faits suffi-

sent pour servir de fondement à la prescription. — Cass., 21 févr. 1843, Selles, [P. 44.1.35]

902. — Nous avons indiqué (*supra*, n. 175) que la servitude de prise d'eau, même s'il est nécessaire pour en user de lever une vanne ou une écluse, est continue. Dès lors, étant apparente, elle est prescriptible. — V. les arrêts cités *supra*, n. 175 et s. — Duranton, t. 5, n. 492; Daviel, t. 3, n. 912; Huc, t. 4, n. 445.

903. — Il en est ainsi, soit que la servitude s'exerce sur les eaux d'une source ou sur celles d'un canal privé... — V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 206 et s.

904. — ... Soit qu'elle s'exerce sur les eaux d'une pêcherie. — Cass., 24 janv. 1888, Rebeyrolle, [S. 90.1.452, P. 90.1.1090, D. 88.1.246]

905. — On peut encore acquérir par prescription le droit d'aqueduc ou de conduite d'eau, à condition qu'il s'exerce au moyen d'ouvrages apparents établis sur le fonds servant par celui qui revendique la servitude ou par ses auteurs : par exemple, au moyen d'un fossé ouvert dans la berge du canal servant, ou par un barrage établi dans le sous-bief d'un moulin ou d'une usine, ou par un pertuis en maçonnerie, une rigole ou une tranchée pratiquée sur le fonds voisin. — Cass., 13 juin 1827, Chotard, [S. et P. chr.]; — 27 mars 1832, Roche, [S. 32.1.598, P. chr.]; — 19 avr. 1841, Champflour, [S. 41.1.601, P. 41.2.194]; — 1er juill. 1872, Béraud-Reynaud, [D. 72.1.297]; — 10 févr. 1885, Fichet, [S. 87.1.263, P. 87.1.630] — Rouen, 6 juill. 1830, [*J. de Rouen*, t. 30, p. 476] — Bourges, 25 mai 1891, de Fussey, [D. 92.2.341] — *Sic*, Daviel, t. 3, n. 912. — V. aussi Colmar, 23 févr. 1853, Feltin, [D. 53.2.174] — V. en sens contraire, quand la servitude s'exerce uniquement par des rigoles temporaires creusées à la pelle : Grenoble, 25 mars 1870, Baudrand, [D. 71.5.414]

906. — Jugé spécialement que le propriétaire d'un terrain sur lequel les eaux d'une source sont amenées du fonds supérieur au moyen d'ouvrages exécutés sur ce fonds, peut être déclaré avoir acquis par prescription l'usage des eaux de la source lorsque, seul intéressé à la conservation des travaux exécutés sur le fonds supérieur, il a constamment veillé à cette conservation ; et qu'il en est ainsi, encore bien que les ouvrages aient pour objet de servir en même temps à l'écoulement des eaux et de protéger le propriétaire supérieur contre leur invasion, si l'utilité commune de ces ouvrages indique qu'ils ont été établis et maintenus d'un accord commun. — Cass., 16 déc. 1879, Ampoulié, [S. 80.1.246, P. 80.586, D. 80.1.153]

907. — ... Que les usiniers et agriculteurs d'une vallée acquièrent de même par prescription la propriété des eaux qui prennent naissance sur le sol d'une commune et qui sortent d'un lac appartenant à cette commune, lorsque, au moyen de travaux apparents de dérivation exécutés sur le sol de ladite commune, ils jouissent desdites eaux depuis plus de trente ans. — Cass., 4 mars 1885, Commune de Revel, [S. 88.1.108, P. 88.1.260, D. 86.1.34]

908. — ... Et que d'ailleurs, en l'absence de toute preuve contraire, les travaux apparents faits sur le fonds supérieur, destinés à conduire les eaux sur le fonds inférieur et susceptibles ainsi de devenir le principe d'une acquisition de servitude par prescription, sont présumés avoir été établis par le propriétaire du fonds inférieur auquel ils profitent, ou par ses auteurs. — Cass., 23 nov. 1875, Mouloud-ben-Saïd, [S. 76.1.103, P. 76.251, D. 76.1.423]; — 4 mars 1885, précité. — V. au surplus sur tous ces points, *suprà*, v° *Eaux*, n. 178 et s.

909. — Sont également prescriptibles : la servitude d'égout des eaux pluviales s'exerçant au moyen d'un ouvrage apparent, notamment par un tuyau d'écoulement, par un fossé, par la saillie d'un toit en pente, etc. — Cass., 19 juin 1865, d'Hiersat, [S. 65.1.334, P. 65.685, D. 65.1.478]; — 10 déc. 1888, Courtial, [S. 89.1.156, P. 89.1.372, D. 89.1.157] — Pau, 21 mars 1888, Barus, [S. 90.2.206, P. 90.1.1187, D. 89.2.103] — Bordeaux, 10 juill. 1888, Brannens, [S. 90.2.205, P. 90.1.1184] — V. arrêts et auteurs cités, *suprà*, v° *Eaux*, n. 94 et s.

910. — ... Le droit de se garantir, par des travaux d'art apparents, de l'invasion des eaux pluviales. — Cass., 10 nov. 1886, Commune de Saint-Nazaire-de-l'Aude, [S. 90.1.447, P. 90.1.1082, D. 87.1.209] — Lyon, 20 mai 1844, Escoffier, [S. 45.2.410, P. 45.2.776, D. 45.2.125]

911. — ... Le droit de maintenir, sur une rivière non navigable ni flottable, un barrage dommageable pour les riverains opposés. — Caen, 23 mai 1835, [cité par Daviel, t. 3, n. 597]

912. — ... La servitude de retenue d'eau à une hauteur déterminée, se manifestant par des ouvrages apparents et ayant pour conséquence l'inondation plus ou moins fréquente de prairies, considérées dès lors comme assujetties. — Cass., 27 févr. 1844, Vaucher, [S. 44.1.658, P. 44.2.136] — Orléans, 12 mai 1883, de Chauvigny, [D. 85.2.119] — V. aussi *supra*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 150 et s.

913. — ... Le droit de conserver des tuyaux de cheminée fixés au mur du voisin par des anneaux et des crampons. — Pau, 9 janv. 1888, Jacomet, [D. 89.2.224] — V. aussi, Cass., 24 févr. 1891, Prulière, [D. 91.1.252]

914. — Au contraire, le droit de tour d'échelle qui est une servitude discontinue et non apparente, ne peut se constituer que par titre. En conséquence, le propriétaire d'un bâtiment contigu à un terrain dont il s'est défait ne peut prétendre au tour d'échelle sur ce terrain si, dans l'acte de vente, il n'en a pas expressément réservé le droit au profit du bâtiment qui continuait à lui appartenir. — Douai, 21 août 1865, Baes, [S. 66.2.229, P. 66.851, D. 66.5.437] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 559; Demolombe, t. 11, n. 423; Fremy-Ligneville, *Tr. de la législ. des bât.*, t. 2, n. 692; Lepage, *Lois des bâtim.*, t. 1, p. 244 et 245; Perrin et Rendu, n. 3997. — V. aussi *suprà*, v° *Echelle* (*tour d'*), n. 18 et s.

915. — Quant à la servitude de passage, elle est imprescriptible, et une offre de preuve tendant à établir son acquisition par un usage même immémorial ne saurait être admise. — Cass., 7 déc. 1885, de Saint-Pol, [S. 88.1.252, P. 88.1.611, D. 86.1.207]; — 3 juill. 1895, Commune de Paillart, [D. 96.1.108] — Amiens, 6 mars 1900, *Rec. Amiens* 1900, p. 17 — Paris, 12 avr. 1900, Janisse, [*Gaz. des Trib.*, 1900, 2e sem., 2.325] — Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 17 avr. 1902, Richard-Louillette (inédit). — Dans le même sens, Cass., 18 juill. 1843, Commune de Kaisersberg, [S. 43.1.833, P. 43.2.590] — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 58 et s. — V. toutefois, Rennes, 23 déc. 1820, Lebourg, [P. chr.]

916. — Elle ne pourrait s'établir par prescription que si le passage avait été exercé pour la desserte d'un fonds enclavé. — Paris, 12 avr. 1900, précité. — V. *suprà*, v° *Enclave*, n. 186 et s.

917. — Ce n'est que par une confusion évidente que Taulier (t. 2, p. 338) a pu considérer comme prescriptible une servitude de passage devenue apparente par l'établissement d'une porte ou d'un pont; elle n'en reste pas moins discontinue, et ne peut s'établir que par titre. — V. *suprà*, v° *Passage*, n. 57. — V. cependant, Colmar, 17 juill. 1811, Springinsfield, [P. chr.]

918. — Nous avons indiqué *suprà*, v° *Passage*, n. 65 et s. que, si la servitude de passage ne pouvait pas se prescrire, on pouvait, sous certaines conditions, acquérir par prescription la propriété même du sol sur lequel un passage s'exerce depuis plus de trente ans.

919. — Il a été toutefois jugé que le propriétaire qui pendant plus de trente ans a passé sur un chemin traversant le fonds de son voisin, et cela au moyen d'un ponceau jeté sur un fossé séparant les deux héritages, ne peut prétendre avoir prescrit par là un droit de propriété sur ce chemin. Un pareil passage ne constitue qu'une servitude discontinue apparente, qui ne saurait dès lors s'acquérir par prescription. — Nîmes, 1er juill. 1845, Gondareau, [P. 46.1.267]

920. — Le droit de pacage ou de pâturage est aussi une servitude discontinue qu'une longue possession serait impuissante à faire acquérir. — V. *suprà*, v° *Pâturage et pacage*, n. 17. — V. aussi Orléans, 6 déc. 1838, Brucy, [P. 39.1.137] — Toulouse, 7 avr. 1843, Commune d'Ytrac, [P. 44.2.397]

921. — Il en est de même de la servitude d'abreuvage, qu'elle s'exerce ou non à l'aide d'un abreuvoir. — Cass., 4 déc. 1888, Léotard, [S. 90.1.105, P. 90.1.254, D. 89.1.193]; — 5 juill. 1900, Combasson, [S. et P. 1902.1.502] — Poitiers, 26 janv. 1825, Commune de Thenezay, [S. et P. chr.] — Dijon, 5 avr. 1871, Commune de Fixin, [S. 72.2.79, P. 72.455, D. 73.2.183] — Pau, 29 mars 1893, Léotard, [S. et P. 93.2.150, D. 94.2.34] — Riom, 3 juill. 1901, Combasson, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.34] — Trib. civ. Bordeaux, 22 juill. 1861, Danamette, [D. 63.3.44] — Trib. paix Chavagnes, 10 févr. 1900, [*Rev. just. paix*, 1900, p. 306] — *Sic*, Huc, t. 4, n. 447. — V. aussi *suprà*, v° *Abreuvoir*, n. 13 et 30.

922. — ... De la servitude de puisage ou d'arrosage. — Cass., 28 avr. 1846, de Morlac, [S. 46.1.380, P. 46.1.649, D. 46.1.206] — Colmar, 5 mai 1809, Strub, [S. et P. chr.]; — 26 mai 1831, Gigandez, [P. chr.] — Aix, 25 mai 1838, sous Cass., 24 juin

1841, Esti[illegible], [S. [illegible] 1.845] — Bordeaux, 28 juin 1839, Nauze, [P. [illegible]] — Sic, Hue, t. 4, n. 444.

923. — ... [illegible] la servitude de submersion ou d'inondation s'il n'a été établi, au profit des prétendants droits, aucun ouvrage apparent qui aurait eu pour objet l'exercice même de cette se[illegible]. — Montpellier, 12 mars 1851, sous Cass., 14 juin 1852, Canal du Midi, [D. 54.1.154] — V. *suprà*, n. 912.

924. — ... Du droit de faire sa lessive ou de laver son linge d[illegible] ou à la source d'autrui. — Colmar, 5 mai 1809, [illegible] — Trib. civ. Bordeaux, 22 juill. 1861, précité.

925. — ... Du droit de pêche dans un étang, si on le considère comme une servitude. — Rennes, 31 janv. 1844, Vallée, [P. 44.1.287]

926. — ... Du droit de prendre du bois pour le chauffage, ou de couper des herbes dans une forêt, ou d'y introduire des bêtes de somme pour enlever les bois abattus. — Cass., 10 avr. 1839, Commune de Cuges, [S. 39.1.585, P. 40.1.365]

927. — ... Du droit pour un usinier de maintenir une planche dans un déchargeoir, alors que cette planche n'a pas été placée à demeure, et qu'elle est essentiellement mobile et enlevée journellement. — Cass., 23 févr. 1881, Benoist [S. 82.1.111, P. 82.1.248, D. 81.1.407]

928. — ... Du droit de planter des pieux à l'époque du flot, sur les fonds riverains d'un cours d'eau flottable à bûches perdues, à l'effet de créer des berges artificielles qui retiennent les bois dans le lit de la rivière. — Paris, 30 avr. 1870, Syndicat des marchands de bois de la Cure, [D. 73.1.5]

929. — ... De la servitude de dépôt de bois ou de fumier. — Cass., 13 juill. 1885, Gayon, [S. 87.1.429, P. 87.1.1057, D. 86.1.316] — Besançon, 6 frim. an XIII, Sireguay, [P. chr.] — *Sic*, Belime, *De la possession*, n. 271; Demolombe, t. 12, n. 773.

930. — ... Du droit de déposer des matériaux sur le terrain d'autrui et d'y passer pour la reconstruction et l'entretien d'un barrage. — Toulouse, 26 déc. 1895, Page, [*Gaz. Pal.*, 96.1.338]

931. — ... Du droit pour le propriétaire d'un canal, de déposer sur un terrain appartenant à autrui les déblais provenant du curage de ce canal et consistant en graviers stériles de nature à rendre ledit terrain improductif. — Cass., 10 avr. 1865, Fabret, [S. 66.1.209, P. 66.537] — Trib. civ. Limoux, 4 juill. 1867, Doumergue, [D. 70.1.134]

932. — ... Du droit pour une commune de tenir ses foires sur les terres d'un particulier. — Riom, 3 déc. 1844, Commune de Saint-Loup, [S. 46.2.125, P. 46.2.255, D. 46.2.88] — V. aussi Grenoble, 26 août 1846, de Bérenger, [S. 47.2.247, P. 47.2.149, D. 52.2.220]

933. — ... Du droit pour un propriétaire de faire supporter le poids de ses terres par le mur de la propriété voisine, lorsqu'à l'époque de la construction de ce mur, les terrains étaient de niveau et que le sol de la propriété supérieure n'a été exhaussé que par des apports successifs de terres que le propriétaire inférieur a pu ignorer. — Caen, 3 juill. 1847, Doré, [S. 48.2.383, P. 48.2.319]

934. — ... De la servitude *non ædificandi* ou *altius non tollendi*. — Cass., 10 avr. 1855, Pilté, [S. 55.1.369, P. 55.2.595, D. 55.1.212]; — 26 janv. 1858, Frichot, [S. 59.1.73, P. 59.438, D. 58.1.393]; — 17 août 1858, Durval, [S. 59.1.71, P. 59.768, D. 58.1.353]; — 26 juin 1867, Veil-Picard, [S. 67.1.388, P. 67.1057, D. 67.1.255]; — 6 juill. 1891, Auger, [S. et P. 92.1.55, D. 92.1.244] — Paris, 11 déc. 1889, sous Cass., 6 juill. 1891, précité. — Alger, 7 déc. 1892, Luciani, [D. 93.2.273] — Trib. Seine, 9 janv. 1889, sous Cass., 6 juill. 1891, précité. — *Sic*, Duranton, t. 5, n. 576; Demolombe, t. 12, n. 923.

935. — ... De la servitude non apparente de prospect. — Douai, 9 déc. 1889, Billiet, [D. 91.2.69]

936. — ... De la servitude de ne point obscurcir le jour du voisin par des constructions. — Cass., 28 févr. 1814, Kellermann, [S. et P. chr.]

937. — ... De toutes autres servitudes consistant dans un droit négatif, sans manifestation extérieure, tel que le droit pour le propriétaire d'un ruisseau, de n'y point recevoir, en temps de forte pluie, et de n'y point conserver les eaux et sables provenant d'un terrain voisin. — Cass., 26 déc. 1865, Ville de Perpignan, [S. 66.1.65, P. 66.153, D. 66.1.220]

938. — ... Du droit, pour un riverain d'un cours d'eau, de transmettre les eaux et les sables d'un torrent, qui est un des affluents de ce cours d'eau, dans la propriété du riverain opposé. — Même arrêt. — *Sic*, Pardessus, t. 1, n. 92; Duranton, t. 5, n. 162; Garnier, *Rég. des eaux*, t. 3, n. 677; Daviel, *Cours d'eau*, t. 3, n. 697 et 698; Taulier, t. 2, p. 361; Demolombe, t. 11, n. 301; Dubreuil, *Législat. sur les eaux*, édit. Tardif et Cohen, t. 1, n. 216 et 220; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 317, note 6, p. 158; Perrin et Rendu, *Dict. des const.*, n. 1584.

939. — ... De la servitude d'écoulement des eaux ménagères ou urinaires, ou des matières fécales. — Aux arrêts cités *suprà*, v° *Evier*, n. 4, *adde :* Paris, 14 mars 1836, Cartret, [S. 36.2.329] — Limoges, 15 juin 1891, Estrade, et 23 mai 1894, Dubois-Golfier, [S. et P. 96.2.295, D. 96.2.362] — Trib. Lyon, 24 avr. 1894, [*Gaz. des Trib.*, 2 juill. 1894]

940. — Il n'en serait autrement, en ce dernier cas, que si cette servitude se confondait dans son exercice avec une servitude continue, dont elle ne serait que l'accessoire, telle que l'égout des toits, si, par exemple, l'égout des toits était dirigé dans les cabinets d'aisances, dont il entraînerait les immondices par des conduits établis à cet effet. — Limoges, 15 juin 1891 et 23 mai 1894, précités.

941. — Sur la charge de la preuve en matière de prescription, V. *infrà*, n. 1445 et s.

942. — Quoiqu'il ne s'agisse que de la preuve de faits de possession, il a été jugé, mais à tort selon nous, que cette preuve ne pouvait pas être faite au moyen de présomptions graves, précises et concordantes, sans un commencement de preuve par écrit. — Bourges, 25 mai 1891, de Fussey, [D. 92.2.341]

943. — Notons, d'autre part, que toute preuve de faits de possession serait évidemment inopérante, en matière de servitudes non apparentes ou discontinues, pour établir leur existence; et la seule circonstance que le propriétaire du fonds servant n'aurait pas contredit des déclarations de témoins exclusivement relatives à des faits de possession, ne saurait équivaloir à la reconnaissance d'une telle servitude, ces déclarations étant impuissantes à fonder un tel droit. — Cass., 18 déc. 1894, Veuve Pinguet, [S. et P. 98.1.486, D. 95.1.365]

944. — Demolombe (t. 12, n. 796) pose l'hypothèse suivante : « Vous avez acquis, par la possession de trente ans, une partie de mon champ, sur lequel, de mon côté, je n'ai pas cessé d'exercer un droit de passage pendant tout le temps de votre possession... Vous me demandez en vertu de quel titre j'exerce sur vous un droit de passage; et vous m'objectez que cette servitude ne peut pas s'acquérir par la possession ». Et l'auteur répond fort justement : « Vous n'avez possédé que sous la réserve de la servitude de passage; donc vous n'avez prescrit que sous cette réserve. Et moi, je n'ai pas acquis par prescription la servitude de passage; c'est seulement un droit que je n'ai pas perdu, et qui s'est trouvé retenu à mon profit sur la partie de mon fonds dont votre possession vous a fait acquérir la propriété ». — Caen, 17 mai 1847, Lefèvre, [*Rec. de Caen*, t. 11, p. 309]

945. — A cela, on a tenté d'objecter que le détenteur du fonds a possédé tout le fonds comme propriétaire, que la quasi-possession de la servitude de passage est entachée de précarité et n'a pas entamé la possession du fonds, et que le possesseur du fonds devenu propriétaire par prescription peut soutenir que le passage s'exerçait à titre de tolérance (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1107). Mais cette prétention nous semblerait inadmissible; car, comme nous venons de le dire, il est inexact de considérer le possesseur du fonds comme ayant possédé et prescrit *tout* le fonds : il a prescrit un fonds grevé d'un passage.

946. — Un titre émané *a non domino* ne saurait être d'aucune utilité pour l'acquisition d'une servitude discontinue ou non apparente, et ne pourrait combattre la présomption de précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une telle servitude. De même qu'un pareil titre, complété par une possession de dix à vingt ans, n'est pas susceptible de servir de base à l'acquisition d'une servitude continue et apparente (V. *suprà*, n. 809), de même les servitudes non apparentes ou discontinues ne peuvent s'acquérir par la prescription, même trentenaire, bien que le possesseur jouisse en vertu d'un titre, si ce titre n'émane que de celui qui lui a transmis le fonds prétendu dominant, et non du propriétaire du fonds servant ou de ses auteurs. — Cass., 16 juill. 1849, Lée, [S. 49.1.545] — *Sic*, Delvincourt, t. 1, p. 164, note 5; Duranton, t. 5, n. 593, note 3; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 629, note 1; Troplong, *Prescript.*, t. 2, n. 857; Vazeille, *Prescript.*, t. 1, n. 416; Coulon, t. 2, p. 537, dial. 90; Curasson, sur Proudhon, *Droit d'usage*, n. 219; Demante, t. 2, n. 546 *bis*-II; Demolombe, t. 12, n. 788; Zachariæ, § 251, texte et note 4; Aubry et

Rau, t. 3, § 251, texte et note 2; Laurent, t. 8, n. 196 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1104. — *Contra*, Proudhon, t. 8, n. 3529; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servitudes*, sect. 3, § 5, n. 2; Maleville, t. 2, p. 141; Toullier, t. 3, n. 629; Solon, n. 553; Belime, *De la poss.*, n. 258, 260.

947. — L'exercice pendant trente ans d'une servitude discontinue ou non apparente ne suffit pas non plus pour la faire acquérir, lors même que cet exercice a été précédé, non plus d'un titre coloré, mais d'une signification faite, par celui qui voulait l'acquérir, à celui dont il entendait faire considérer l'héritage comme grevé. Ce dernier n'est pas présumé avoir consenti par son silence à la constitution de la servitude : ce serait suppléer par des présomptions à des titres nécessaires. La contradiction n'est pas un titre. Il est vrai que l'art. 2238, C. civ., déclare la prescription possible de la part des détenteurs précaires, lorsqu'ils ont interverti leur titre de possession par la contradiction opposée aux droits du propriétaire. Mais l'art. 2238 ne vise que le droit de propriété ou tous autres droits susceptibles en eux mêmes d'être acquis par prescription. Il ne s'applique donc point aux servitudes qui nous occupent, et qui sont, de leur nature, imprescriptibles. — Cass., 8 août 1837, Béthune, [S. 37.1.679, P. 37.2.182] — Orléans, 6 déc. 1838, Brucy, [P. 39.1.137] — *Sic*, Duranton, t. 5, n. 576; Pardessus, t. 2, n. 276; Vazeille, *Prescript.*, t. 1, n. 414; Curasson, sur Proudhon, *Usage*, n. 1031; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 629, note *a*; Belime, n. 257; Taulier, t. 2, p. 445; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 349, note 1; Demolombe, t. 12, n. 789, 791; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1104. — *Contra*, Proudhon, *Usufr.*, n. 3583, 3588, et *Droits d'usage*, n. 1026; Troplong, *Prescript.*, t. 1, n. 359 et 393; Toullier, t. 3, n. 637; Solon, n. 398; Jocotton, *Des act. civ.*, n. 211.

948. — Enfin, il en est encore ainsi et la prescription est impossible, alors même que les deux conditions sus-indiquées (titre coloré et contradiction) se rencontrent et se cumulent, c'est-à-dire si le prétendant droit allègue, et signifie au propriétaire réel du fonds prétendûment grevé, une concession émanant d'un propriétaire apparent de ce fonds. Cette signification d'un titre, sans validité contre celui de qui il n'est pas émané, est inopérante; et le silence ultérieur du propriétaire réel, aussi long qu'il soit, ne peut constituer une servitude pour l'établissement de laquelle le Code exige un titre émané de ce propriétaire. — Mêmes auteurs.

949. — Notons que sous l'ancien droit, au contraire, on pouvait prescrire une servitude d'usage, même dans les coutumes où on ne pouvait acquérir sans titre ces sortes de servitudes, pourvu qu'il y eût eu contradiction dans l'exercice de ce droit. — Cass., 7 mars 1826, Chabé, [S. et P. chr.]

§ 2. *Caractères que doit avoir la prescription.*

950. — La prescription est un moyen d'acquérir par le fait d'une possession exercée pendant le temps et avec les conditions requis par la loi (V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 13). La possession d'une servitude, ne pouvant être une détention effective et matérielle, consiste dans l'exercice qu'on en fait : c'est ce que l'on a appelé une *quasi-possession*. Ainsi, posséder une servitude, c'est faire ou avoir la faculté de faire quand on veut, et suivant la nature du droit qu'elle constitue, l'exercice des actes qui lui sont propres; ce qui suppose nécessairement l'établissement préalable de l'état de choses rendant possibles l'existence et l'exercice de la servitude. — Pardessus, t. 2, n. 277; Aubry et Rau, t. 3, § 251-3°.

951. — Pour acquérir par prescription une servitude, il n'est pas nécessaire que le propriétaire du futur fonds dominant possède par soi-même; il n'est même pas nécessaire que le possesseur soit le mandataire conventionnel ou légal de ce propriétaire, ni qu'il ait capacité pour contracter. Il suffit qu'on ait usé du droit qu'il s'agit d'acquérir à l'occasion de l'immeuble qui profite de la servitude : le fait de cet exercice acquiert le droit au fonds en faveur duquel il a eu lieu. Par conséquent, non seulement nos domestiques, nos fermiers, mais encore des amis, des étrangers, qui exerceraient une servitude pendant un séjour momentané dans notre maison, serviraient à nous l'acquérir, quand même ils ignoreraient quelle suite peut avoir cet acte de possession de leur part, ou à qui appartient le fonds sur lequel ils en usent. A plus forte raison un tuteur, des administrateurs d'établissements publics, un usufruitier, un emphytéote, un fermier, sont-ils capables d'acquérir un droit de servitude à l'héritage dont ils ont l'administration ou la jouissance, sans qu'on ait besoin de rechercher dans quelle intention ils ont joui de cette servitude : l'acquisition est, par la qualité de ces personnes, réputée faite au profit du fonds dont ils jouissent. En cela, l'acquisition par prescription diffère de l'acquisition par titre. Il en est de même de celui qui est indûment possesseur, fût-il de mauvaise foi; car on peut croire que *telle servitude dépend d'une maison* dont on a usurpé la possession sans titre, ou en vertu d'un titre vicieux; et cela suffit pour qu'on puisse en avoir une quasi-possession valable. — Pardessus, t. 2, n. 277; Duranton, t. 5, n. 591; Demolombe, t. 12, n. 778 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et notes 11-12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1101. — *Contra*, Laurent, t. 8, n. 201.

952. — Celui qui exerce une servitude en faveur d'un fonds dont il n'est que copropriétaire indivis, acquiert non pour lui seul, mais pour tout l'héritage dont il a une portion. Il jouit de la servitude de la même manière qu'il possède; et comme il possède indivisément, il acquiert de même pour tous par l'effet de cette jouissance indivise. — Pardessus, t. 2, n. 278.

953. — Pour pouvoir servir de base à l'acquisition par prescription des servitudes, comme de tous les autres droits qui peuvent s'acquérir de cette manière, la possession doit, comme il a été déjà indiqué *suprà*, n. 899, avoir les caractères que nous avons étudiés *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1054 et s. Elle doit : 1° être continue; 2° n'avoir pas été interrompue; 3° être paisible; 4° publique; 5° non équivoque; 6° exercée avec l'intention d'user d'un droit de servitude, et 7° n'être pas le résultat d'actes de pure faculté ou de simple tolérance. — Duranton, t. 5, n. 583; Solon, n. 396; Demolombe, t. 12, n. 774; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1100.

954. — 1° La possession doit être continue, c'est-à-dire ne pas se borner à un fait isolé. Elle se considère, non dans le premier acte d'usage, mais dans la jouissance qui s'en est suivie. Toutefois, le point de départ des trente ans remonte au moment où se trouve établi l'état de choses qui suppose la servitude : achèvement des travaux, ou apparition des signes extérieurs, et la prescription commence dès ce moment-là, quand même la servitude n'aurait pas été effectivement exercée. Ainsi la possession de la servitude d'égout commence dès que les conduits destinés à porter l'eau sur le fonds voisin ont été posés, lors même qu'il ne serait encore tombé aucune goutte d'eau. — Pardessus, t. 2, n. 279 et 280; Toullier, t. 3, n. 634 et 636; Taulier, t. 2, p. 441; Zachariæ, t. 2, § 251, texte et note 9; Demolombe, t. 12, n. 776; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et note 8; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1101.

955. — La possession se prolonge ensuite par le seul fait du maintien des choses dans le même état. De simples vestiges des travaux antérieurs seraient même suffisants, la servitude étant continue et s'exerçant sans le fait actuel de l'homme. — Toullier, t. 2, n. 634; Demolombe, t. 12, n. 780; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1101.

956. — D'autre part, la continuité ne doit pas s'entendre d'une absence complète d'intermittences : il suffit qu'il y ait persévérance dans les faits d'exercice dont la possession est susceptible, eu égard à la chose qui en est l'objet et aux époques où ces faits doivent se renouveler. — Demolombe, t. 12, n. 786. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1062 et s.

957. — Mais on ne saurait en tout cas admettre, comme utile, une possession dont la durée a un caractère indécis et incertain. — Trib. civ. Lyon, 10 janv. 1900, [*Mon. jud. Lyon*, 2 mai 1900]

958. — Il importe peu que les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude aient été établis sur l'héritage servant ou sur l'héritage dominant. — Toullier, t. 3, n. 635; Pardessus, t. 2, n. 280; Zachariæ, t. 2, § 251, texte et note 8; Demolombe, t. 12, n. 777; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1101. — V. toutefois, Vazeille, *Des prescr.*, n. 102. — V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 178 et s.

959. — C'est enfin à celui qui invoque la prescription, à prouver que sa possession a été continue. — Pardessus, t. 2, n. 279. — V. *infrà*, n. 1445 et s.

960. — 2° La prescription en matière de servitude est soumise à toutes les causes de suspension et d'interruption étudiées *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 467 et s. — Duranton, t. 5,

n. 599; Pardessus, t. 2, n. 279; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1101.

961. — Il a été notamment jugé, par application de la règle « *Contrà non valentem agere non currit præscriptio* », que les faits de possession invoqués comme moyen de prescription à l'appui d'une servitude peuvent être déclarés non relevants et non admissibles, s'ils se sont passés à une époque où un sursis administratif ne permettait pas à la partie sur la propriété de laquelle on veut exercer la servitude d'user de la plénitude de son droit de propriété. — Cass., 10 déc. 1838, Jobard, [P. 39.1.78]

962. — ... Mais que la prescription d'une servitude qui a commencé à courir au profit du propriétaire du fonds dominant, qui est devenu depuis usufruitier du fonds servant, n'est pas interrompue pendant la durée de l'usufruit. — Pau, 31 déc. 1836, Dumoret, [P. 37.1.440]

963. — Il semble bien que l'action négatoire de servitude (V. *infrà*, n. 1442) intentée par le simple possesseur du fonds servant, suffit à interrompre civilement la prescription. — Demolombe, t. 12, n. 780 *bis*. — V. toutefois en sens contraire, Caen, 11 févr. 1845, Bobot, [*Rec. de Caen*, t. 9, p. 110]

964. — Les dispositions des art. 709 et 710, que nous étudierons, *infrà*, n. 1254 et s., en parlant de l'extinction des servitudes par la prescription trentenaire, nous paraissent applicables par analogie à la prescription acquisitive. Dès lors, nous estimons que la prescription interrompue ou suspendue à l'égard de l'un des copropriétaires indivis du fonds servant, l'est également au profit de tous les autres. — Demante, t. 2, n. 586-III; Demolombe, t. 12, n. 775.

965. — On peut seulement se demander si la suspension résultant de la minorité d'un des copropriétaires, et qui profitait au copropriétaire majeur, peut encore être invoquée par ce dernier après le partage, si l'immeuble est devenu sa propriété. Nous retrouverons cette question à propos des art. 709 et 710, précités (V. *infrà*, n. 1257 et s.), et nous y renvoyons purement et simplement.

966. — Contrairement à ce que nous avons dit (*suprà*, n. 959) pour la preuve de la continuité, c'est à celui contre qui la prescription est établie qu'il appartient de prouver que la possession a été interrompue ou suspendue. — Pardessus, t. 2, n. 279.

967. — 3° Sur le caractère paisible de la possession nécessaire pour prescrire, V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1081 et s.

968. — 4° On doit apprécier plus rigoureusement la publicité de la possession quand il s'agit de prescrire une servitude que lorsqu'il s'agit de prescrire la propriété même d'un fonds : les faits de possession sont, en effet, en notre matière souvent moins permanents et moins certains. Aussi le législateur n'admet-il la prescription que pour les servitudes dont l'exercice, continuel de sa nature, nécessite en outre des ouvrages toujours subsistants et faciles à voir, propres à avertir à chaque instant celui qui aurait intérêt à réclamer. — Duranton, t. 5, n. 585; Pardessus, t. 2, n. 280.

969. — Ainsi ce n'est pas une possession publique pouvant fonder une servitude, que celle d'une cave pratiquée sous le terrain d'autrui en perçant une carrière. — Paris, 17 mai 1825, Rousseau, [P. chr.]

970. — ... Non plus que la possession de terres rapportées contre un mur, quand rien n'établit que le propriétaire dudit mur a pu en avoir connaissance. — Caen, 3 juill. 1847, Doré, [S. 48.2.383, P. 48.2.319]

971. — Mais la possession des servitudes continues et apparentes est toujours présumée avoir été publique, et l'on peut admettre, jusqu'à un certain point, qu'il n'appartient pas au juge d'opposer à cette présomption, qui tient à la nature de la servitude, des présomptions contraires. Cependant rien n'empêche que le juge puisse opposer à cette présomption de publicité des preuves contraires et qu'il considère comme telles le défaut de mention de l'existence de la servitude dans les titres de propriété des parties. Il pourra spécialement, et malgré la possession de trente ans invoquée par un propriétaire, ordonner la suppression d'un jour ouvert par lui sur la maison voisine, lorsque la clandestinité de ce jour résulte de ce qu'il n'a été mentionné ni dans une description de cette maison faite par experts, il y a vingt-cinq ans, ni dans les titres acquisitifs de cette maison, ni dans les titres de propriété de celui qui prétend à la servitude. — Cass., 1er mars 1854, Eyssenq, [J. *Le Droit*, 2 mars 1854]

972. — Si des ouvrages apparents de leur nature ont été construits clandestinement, de façon que la publicité de la possession n'en découle pas suffisamment, cette jouissance clandestine restera inopérante au point de vue de la prescription. Ainsi un châssis mobile établi de telle sorte que le voisin ait pu le croire à verre dormant ne transformera pas un droit de jour en servitude de vue (V. *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 150 et s.). — Pardessus, t. 2, n. 280.

973. — Une possession d'abord clandestine ne servira pour prescrire que du jour où elle sera devenue publique. A l'inverse une possession d'abord publique sera inopérante du jour où elle deviendra clandestine. — Pardessus, *loc. cit.* — *Contrà*, Pothier, *De la possession*, n. 23, 28.

974. — 5° La possession ne doit pas être équivoque, c'est-à-dire qu'il ne doit point exister de doute sur sa nature, ni sur les effets qu'entend y attacher celui qui l'exerce. — Cass., 14 juin 1852, Canal du Midi, [P. 55.1.526, D. 54.1.154] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 281. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1106 et s., et *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 159 et s.

975. — La possession serait équivoque si elle avait été exercée par le fermier de l'héritage prétendu asservi, dans l'intérêt d'un héritage qui lui appartenait. Alors même que le bailleur n'aurait pas protesté contre l'état de choses créé par son fermier, et maintenu par celui-ci pendant trente ans par suite de renouvellements successifs du bail, il est souvent incertain si le fermier n'a pas joui de la servitude prétendue en sa seule qualité de fermier et suivant le mode le plus utile pour le fonds affermé. — Duranton, t. 5, n. 586; Demolombe, t. 12, n. 774.

976. — Lorsqu'on a commencé de posséder en une qualité quelconque, on n'est dès lors censé posséder qu'à ce titre; et dans l'incertitude, la faveur de la libération doit l'emporter. — Pardessus, t. 2, n. 281. — Ainsi, celui qui a ouvert une croisée ou dirigé l'égout de son toit sur le terrain d'autrui, dans la croyance que ce terrain était public, ne serait pas fondé à invoquer ces actes pour prétendre droit de vue ou d'égout sur ledit terrain. Il ne pouvait pas, en effet, avoir l'intention d'exercer une servitude, puisqu'il ne croyait pas agir comme un particulier qui acquiert un droit sur autrui, mais comme un citoyen usant à ce titre d'une chose consacrée à l'usage de tous. — Pardessus, *loc. cit.*

977. — C'est à celui qui soutient qu'un droit n'a pas été exercé à titre de servitude, à l'établir; car « on est toujours *présumé* posséder pour soi, *s'il n'est pas prouvé* qu'on a commencé à posséder pour un autre » (C. civ., art. 2230).

978. — 6° Nous n'employons pas ici le terme de « possession à titre de propriétaire » (V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1165 et s.), car nous avons vu (*suprà*, n. 951) que la propriété du fonds dominant n'a rien à voir avec la possession de la servitude. Il suffit que celle-ci soit exercée à l'occasion et au profit d'un fonds. Il a cependant été soutenu que le propriétaire du fonds dominant devait au moins et de toute nécessité connaître l'existence des travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, pour que la prescription commençât à courir à son profit : les tiers qui les auraient établis ne pourraient, dit-on, avoir l'*animus domini*, l'intention d'acquérir la servitude (En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1101). On oublie là, ce nous semble, que celui qui acquiert une servitude ne doit pas avoir l'*animus domini* pour soi-même, mais pour le fonds au profit duquel il acquiert. Il suffit donc qu'il ait l'intention d'acquérir pour ce fonds. — V. *suprà*, n. 951.

979. — 7° La possession doit enfin ne pas être précaire, c'est-à-dire ne pas s'exercer seulement par suite d'une pure tolérance du voisin, et ne point consister dans quelques-uns des actes de pure faculté dont nous avons parlé *suprà*, n. 151. — V. sur ce point, *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1176 et s.

980. — Il sera souvent difficile de distinguer si un acte est de pure tolérance ou s'il constitue l'exercice d'un droit. A cet égard les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation selon les circonstances. — Cass., 4 août 1896, Guiotat, [D. 96.1.472] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 282. — V. *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 151 et s.

981. — Jugé, dans le même sens, que si, d'après des titres et une enquête, un arrêt reconnaît qu'un droit que l'on allègue être de pure tolérance, est une véritable servitude, et n'a point été prescrit contre ceux qui le réclament, une pareille décision échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 11 juill. 1831, de Bonneval, [P. chr.]

982. — Les tribunaux auront à rechercher en fait si les actes

d'exercice invoqués à l'appui de la prescription sont un empiètement véritable sur le droit du voisin, ou s'il les a tolérés par pure complaisance. Ils considéreront pour cela l'incommodité réelle causée au propriétaire assujetti, ainsi que les rapports de bon ou de mauvais voisinage existant entre les deux plaideurs. — Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et notes 14 et 15; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1100.

983. — Il a pu être décidé notamment que le fait de la part d'une partie de déposer son bois à brûler sur l'avenue d'un château qu'elle a vendu ne peut être considéré, s'il n'est accompagné d'aucun ouvrage extérieur, que comme une tolérance, et ne saurait, quelque prolongé qu'il soit, fonder la prescription d'aucun droit ni de servitude, ni de copropriété, alors d'ailleurs que le maître de l'avenue n'a cessé de faire acte de propriété sur les arbres placés au milieu du bûcher. — Limoges, 21 mai 1845, Fontaine, [P. 46.1.15]

984. — ... Que l'on peut considérer comme le résultat des rapports de bon voisinage et d'une simple tolérance, le remplacement de châssis à verre dormant, préalablement débarrassés de leur treillis de fer, par des châssis à verre ouvrant ; et qu'il n'en résulte pas nécessairement l'acquisition, après trente ans, d'une servitude de jour à verre ouvrant. — Paris, 5 juin 1897, Hervieux, [D. 98.2.436]

985. — ... Mais qu'au contraire l'établissement d'un fossé par le riverain du canal d'un moulin, pour arroser sa propriété avec les eaux de ce canal, ne doit pas être réputé acte de simple tolérance; et qu'en conséquence il peut fonder une possession utile à prescrire. — Cass., 13 juin 1827, Chotard, [S. et P. chr.]

986. — C'est d'ailleurs à celui qui se prévaut de la prescription, qu'il incombe d'établir que sa possession n'a pas été exercée par l'effet d'une simple tolérance. — Paris, 5 juin 1897, précité.

987. — Le quasi-possesseur de la servitude peut, par une contradiction formelle, purger le vice de précarité dont serait entachée sa quasi-possession, et manifester sa volonté de commettre sur l'héritage d'autrui un empiètement que la tolérance du voisin serait insuffisante à expliquer. — Pardessus, t. 2, n. 283; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1100. — V. *suprà*, v° *Prescription* (*mat. civ.*), n. 1272 et s.

988. — A l'inverse, le propriétaire du fonds dominant peut-il reconnaître par écrit la précarité de sa possession? On a soutenu que non : il est, a-t-on fait remarquer, impossible de renoncer d'avance à la prescription (C. civ., art. 2220); et si les faits de possession n'ont pas par eux-mêmes le caractère d'actes de simple tolérance, la volonté seule du possesseur ne peut les faire considérer comme tels. Une reconnaissance de précarité aurait tout au plus la valeur et l'effet d'un acte interruptif de la prescription commencée. — En ce sens, Mourlon, *De la prescr.*, p. 13.

989. — Cette opinion, qui était consacrée dans l'ancien droit par l'art. 287, Cout. de Bretagne, n'est pas admissible aujourd'hui. La précarité est, en effet, une question de fait et d'intention qui doit céder devant une volonté exprimée. Ce n'est pas une renonciation au droit de prescrire que l'on doit voir dans la reconnaissance de précarité, mais un simple aveu de l'inexistence des conditions requises pour acquérir par prescription. Cette reconnaissance est opposable à son auteur et à tous les successeurs universels de celui-ci (art. 2237); mais elle n'empêcherait pas les successeurs particuliers, acquéreurs du fonds dominant, de commencer personnellement une possession utile, à condition de n'y pas vouloir joindre la possession précaire de leur auteur (art. 2239). — Duranton, t. 21, n. 116; Marcadé, sur l'art. 2220, n. 2; Demolombe, t. 12, n. 779 *ter*; Aubry et Rau, t. 3, § 251, texte et notes 16 à 18; Laurent, t. 8, n. 206; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1100. — V. aussi Pardessus, t. 2, n. 284.

990. — La reconnaissance de précarité doit-elle, pour être opposable au successeur à titre particulier et pour l'empêcher de joindre à la sienne propre la possession de son auteur, avoir acquis date certaine antérieurement à l'acte d'aliénation qui l'a rendu propriétaire? L'affirmative semble certaine. — Demolombe, t. 12, n. 779 *ter*. — V. cep. Caen, 14 sept. 1840, Decaux, [*Rec. de Caen*, t. 4, p. 405]

§ 3. *Effets de la prescription.*

991. — Nous avons indiqué *suprà* (v° *Prescription*, n. 1363 et s.) que la nature et les effets d'un droit acquis par prescription se déterminent par l'objet et l'étendue de la possession qui a servi de fondement à la prescription. En vertu de ce principe, la servitude ainsi acquise est limitée par la jouissance qui a eu lieu. Ainsi la possession du droit d'appuyer six pièces de bois contre un mur ne fait point acquérir la faculté d'en appuyer un plus grand nombre; la possession d'une croisée sur la cour du voisin ne permet pas de l'agrandir, ni d'ôter les barreaux de fer si elle en avait. — Pardessus, t. 2, n. 285; Demolombe, t. 12, n. 867; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et notes 22-23; Laurent, t. 8, n. 63; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1127.

992. — Jugé, en ce sens, que le propriétaire qui a acquis par prescription un droit de vue sur son voisin au moyen d'un certain nombre d'ouvertures, ne peut puiser dans cette prescription le droit d'en établir de nouvelles. — Cass., 1er juill. 1861, Fornari, [S. 62.1.81, P. 62.1197, D. 61.1.138]

993. — ... Que le droit de jeter indéfiniment de nouveaux ponts sur un canal ne saurait résulter, pour le propriétaire des francs-bords, de la possession plus que trentenaire de ponts préexistants, la prescription relative à ces derniers ne pouvant s'appliquer exclusivement qu'à son objet même. — Cass., 4 déc. 1888, Léotard, [S. 90.1.105, P. 90.1.254, D. 89.1.193] — Pau, 29 mars 1893, Léotard, [S. et P. 93.2.150, D. 94.2.34]

994. — ... Que la servitude résultant de l'existence plus que trentenaire, sur un canal artificiel, d'une prise d'eau utilisée seulement pour l'irrigation, ne donne pas au propriétaire du fonds dominant le droit de faire servir cette prise d'eau aux besoins d'une usine, alors surtout qu'il résulterait de ce mode d'exercice de la servitude une aggravation de la condition du fonds servant. — Cass., 4 juin 1872, Bougnol, [S. 73.1.449, P. 73.1147, D. 73.1.356]

995. — ... Que la prescription qui a un objet déterminé, tel que l'arrosage d'une prairie, ne peut s'étendre au delà des besoins de cet arrosage quant au canal ou aux eaux à dériver. L'agrandissement du canal et la prise des eaux au delà des besoins dont il s'agit, ne constitueraient qu'un abus de jouissance qui ne pourrait servir de base à la prescription. — Grenoble, 17 juill. 1847, de Mortillet, [S. 48.2.314, P. 48.1.436]

996. — Nous verrons aussi *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 172 et s., une application du même principe en ce que la servitude *altius non tollendi* ne dérive pas nécessairement de la servitude de vue acquise par prescription.

997. — La prescription d'une servitude n'en fait donc acquérir les accessoires qu'autant qu'ils en sont inséparables et qu'ils constituent la conséquence nécessaire du droit acquis. — Pardessus, t. 2, n. 285. — V. au surplus sur ce point, *suprà*, n. 391 et s., et *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 169.

998. — On doit exercer la servitude acquise par prescription, non seulement dans la mesure, mais aussi suivant le mode où l'on a joui pendant trente ans. Ainsi *Primus* a acquis par un usage de trente années le droit de diriger ses eaux dans l'étang de *Secundus*, dont le superflu s'écoule sur le terrain de *Tertius*. Ce dernier, dont la minorité a suspendu toute prescription à son égard, refuse valablement, après trente ans écoulés, de recevoir de l'étang de *Secundus* ce superflu d'eau venant du fonds de *Primus*. Un tel refus sera opposable à *Primus*, qui ne pourra pas agir contre *Secundus* en garantie du droit que la prescription lui avait fait acquérir. — Pardessus, t. 2, n. 285.

999. — Le propriétaire du fonds grevé ne perd d'ailleurs pas la faculté de disposer de son fonds comme il lui plaît, même quand cela pourrait nuire à l'exercice de la servitude prescrite contre lui. Nous avons vu *suprà*, n. 562 et s. qu'il en est autrement au cas de servitude acquise par titre. Cette différence est surtout sensible lorsque le propriétaire du fonds dominant a, comme au cas de servitude de vue, acquis par la prescription moins un droit actif, que la libération d'une prohibition légale : dans l'espèce, la prohibition de voir sur le fonds d'autrui. — Pardessus, t. 2, n. 285 et 292.

1000. — La prescription, qui fait acquérir certaines servitudes, peut ajouter à celles qui dérivent de la loi ou de la situation des lieux (V. notamment *suprà*, v° *Eaux*, n. 81 et s.). Ainsi l'acquisition par prescription d'une servitude de vue sur l'héritage du voisin autorise le remplacement de la vue ancienne par une fenêtre nouvelle ouverte sans l'observation des dispositions des art. 678 et 679, C. civ. — Cass., 17 nov. 1902, Cribier, [S. et P. 1903.1.232] — Elle peut étendre également les effets d'une servitude conventionnelle, et faire acquérir un mode d'exercice plus avantageux de cette servitude, lorsque le propriétaire du fonds dominant

ne prétend pas prescrire contre son titre (C. civ., art. 2240), c'est-à-dire puisque la possession n'en change pas la nature et la substance (V. suprà, v° *Prescription*, (mat. civ.), n. 1258 et s.). Ainsi, au droit d'avoir une croisée avec barreaux, même établi par titres, on peut ajouter par prescription la suppression des barreaux ou le droit d'ouvrir d'autres croisées : en pareil cas, on prescrit, non pas contre son titre, mais au delà de son titre. — Dunod, *Prescr.*, p. 298; Toullier, t. 3, n. 700; Duranton, t. 5, n. 606, 608; Pardessus, t. 2, n. 286; Proudhon, *Usage*, n. 102; Daviel, *Cours d'eau*, t. 3, n. 912 *bis;* Curasson, sur Proudhon, *Usage*, n. 105; Dupret, *Rev. de dr franç. et étr.*, 1846, t. 3, p. 818 et s.; Demolombe, t. 12, n. 783 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 24; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1102 et 1170. — V. cep. Demante, t. 2, n. 567 *bis*-I.

1001. — Ainsi encore, le titulaire d'un droit de pâturage dans une forêt peut y ajouter par prescription le droit de glandée, encore bien que son titre porte interdiction expresse de prétendre aucun autre droit que celui de pâturage. Pareille stipulation cesse en effet d'être obligatoire, en tant qu'elle équivaudrait à une renonciation anticipée de la prescription *ultrà titulum*. — Cass., 9 nov. 1826, de Sancy, [S. chr.]

1002. — Jugé également que le titulaire d'une servitude active de prise d'eau au profit d'une parcelle de terrain seulement, peut acquérir par prescription le droit de prendre l'eau nécessaire à l'irrigation de son domaine tout entier, s'il a depuis plus de trente ans exécuté sur le fonds servant des travaux apparents de nature à lui permettre d'atteindre ce but. — Cass., 26 janv. 1880, Roca, [S. 80.1.261, P. 80.610, D. 80.1.152]

1003. — ... Que celui qui a établi des jours dans un mur non mitoyen peut, par la prescription, les transformer en vues. — Cass., 9 août 1813, Comités, [S. et P. chr.] — V. *infrà*, v° *Vues et jours*.

1004. — Il faut toutefois que le droit ainsi ajouté soit de nature à être acquis par la prescription, celle-ci étant aussi impuissante à aggraver une servitude discontinue ou non apparente, qu'elle le serait à fonder la servitude elle-même. Ainsi celui qui a le droit de passer à pied ne saurait acquérir par trente années le droit de passer à cheval. — Dunod, *Prescript.*, part. 3, chap. 6, p. 298; Duranton, t. 5, n. 607; Pardessus, t. 2, n. 286; Demolombe, t. 12, n. 792; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 9; Laurent, t. 3, n. 329; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1105 et 1170.

1005. — Jugé, en ce sens, qu'une servitude discontinue ne peut s'aggraver par le fait d'une possession trentenaire. — Cass., 18 déc. 1894, Pinguet, [S. et P. 98.1.486, D. 95.1.365] — Trib. civ. Limoges, 7 juill. 1896, [J. *Le Droit*, 22 juill. 1896]

1006. — On ne pourrait pas non plus acquérir par prescription le droit de contraindre celui qui doit une servitude à faire les ouvrages nécessaires pour son usage ou sa conservation : cet accroissement de la servitude, exigeant le fait actuel de l'homme, est discontinu, et ne saurait s'établir que par titres. — Pardessus, t. 2, n. 286; Demolombe, t. 12, n. 876

1007. — Il faut encore que la possession ait eu un caractère bien déterminé, qui puisse faire supposer la concession, expresse ou tacite, de l'extension prétendue de la servitude. Cette constatation sera parfois délicate à faire, surtout pour les servitudes continues dont l'exercice est intermittent, par exemple pour une servitude de prise d'eau qui devrait s'exercer pendant six heures par jour : si je laisse toujours la vanne levée pendant un laps supplémentaire de trois heures, acquerrais-je par trente années cette extension de la servitude? Il semble que oui, en principe; mais tout dépendra du caractère qu'aura eu cette extension de possession. — Depret, *loc. cit.*, p. 820; Demolombe, t. 12, n. 784 *bis*.

1008. — La prescription peut enfin servir à déterminer avec exactitude le mode d'exercice des servitudes; et la disposition de l'art. 708, C. civ. (V. *infrà*, n. 1265), suivant laquelle le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude elle-même et de la même manière, est applicable à la prescription acquisitive comme à la prescription extinctive. Nous admettrons même cette vertu de la prescription s'il s'agit de servitudes discontinues ou non apparentes. La possession, en effet, ne crée point de titre en pareil cas, mais explique seulement ce que le titre peut avoir laissé de vague et d'indéterminé. — Delvincourt, t. 1, p. 574; Toullier, t. 4, n. 644 et s.; Duranton, t. 5, n. 606 et s.; Pardessus, t. 2, n. 286; Solon, n. 402; Zachariæ, t. 2, § 253, note 11; Curasson, sur Proudhon, n. 104; Demolombe, t. 12, n. 793, 866; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 369; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 24; Laurent, t. 8, n. 325; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1105.

1009. — Jugé, en ce sens, que la règle d'après laquelle les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titres, et qui prohibe par conséquent toute preuve testimoniale de possession en cette matière, est inapplicable au cas où, le droit même à la servitude étant reconnu, il ne s'agit plus que d'en déterminer le mode d'exercice ou l'étendue. — Cass., 29 févr. 1832, Commune de Gayan, [S. 32.1.260, P. chr.]

1010. — ... Qu'il en est ainsi pour la servitude de passage. — Cass., 9 nov. 1824, Chiron, [S. et P. chr.]; — 19 avr. 1842, Mittre, [S. 42.1.442, P. 42.2.51]

1011. — ... Qu'il en est de même également pour une servitude alternative de pacage et d'abreuvage, reconnue en vertu de titres formels, et pour laquelle il s'agit seulement de fixer les limites dans lesquelles doit se borner ou s'étendre son exercice, les tribunaux pouvant en ce cas, et à défaut de stipulations écrites, s'en rapporter à la possession comme à l'un des éléments les plus propres à les éclairer sur la portée des titres et des intentions des parties. — Cass., 27 févr. 1882, Michel, [S. 83.1.310, P. 83.1.757, D. 82.1.415] — V. *suprà*, v° *Pâturage et pacage*, n. 24.

1012. — ... Que le droit de passer sur les francs-bords d'un canal, pour assurer ou faciliter la jouissance d'une servitude de prise d'eau ou d'aqueduc dans le canal, n'étant qu'un mode d'exercice de cette servitude, peut s'acquérir par prescription. — Cass., 26 janv. 1880, Roca, [S. 80.1.261, P. 80.610, D. 80.1.152]

1013. — ... Que d'ailleurs le mode de la servitude est présumé avoir toujours été tel qu'il est actuellement, s'il n'est point prouvé qu'il ait été modifié par l'une ou l'autre des parties. — Bordeaux, 26 mars 1830, Ducasse, [P. chr.]

1014. — Il est bien entendu que nous ne parlons ici pour les servitudes discontinues ou non apparentes, que de la détermination du mode d'exercice, mais non du changement de ce mode une fois déterminé. Ainsi que nous le verrons *infrà*, n. 1265, et que nous l'avons déjà indiqué *suprà*, v° *Passage*, n. 59 et s., il est impossible de modifier, par un usage différent de trente années, l'assiette ou le mode d'exercice d'une servitude de cette nature. Ce n'est donc que pour les servitudes continues et apparentes à la fois qu'il est vrai de dire que la prescription peut avoir pour résultat de changer leur lieu d'exercice et de le transporter sur un autre fonds, appartenant au même propriétaire servant. — V. Caen, 2 mars 1843, [cité par Demolombe, t. 12, n. 900 *bis*]

Section III.

De la destination du père de famille.

1015. — On appelle *destination du père de famille* la disposition ou l'arrangement que le propriétaire de deux ou plusieurs fonds a établi entre eux, ou a laissé subsister pour leur usage respectif, et qui devient une servitude si ces fonds passent aux mains de propriétaires différents. — Pardessus, t. 2, n. 288; Duranton, t. 5, n. 566; Demolombe, t. 12, n. 804; Aubry et Rau, t. 3, § 252; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1115.

1016. — Avant le Code, la destination du père de famille n'avait pas lieu dans les pays de droit écrit. — Brodeau, sur Louet, tit. 5, chap. 1; Serres, *Institut.*, p. 145; Curasson, sur Proudhon, *Droits d'usage*, n. 96.

1017. — Elle était admise au contraire, sous telles ou telles conditions diverses, par la plupart des coutumes et notamment par celles de l'Anjou et du Maine. — Angers, 30 juill. 1829, Granger, [P. chr.] — ... de Normandie : Caen, 18 févr. 1825, Decoquerel, [S. et P. chr.] — ... de Bretagne ; Rennes, 23 mai 1832, Fabre, [P. chr.] — ... d'Alsace : Colmar, 11 août 1809, Rosa, [P. chr.] — ... de Paris : Paris, 10 pluv. an XII, Martin, [S. et P. chr.], etc. — V. *infrà*, n. 1042 et s.

1018. — « Il n'y a destination du père de famille, dit l'art. 693, que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude ». La seconde partie de la proposition est presque inexacte, étant trop absolue. Il n'est pas nécessaire que le dernier propriétaire des deux fonds ou même un de ses auteurs ait créé l'état d'assujettissement entre ces fonds. Il suffirait qu'il eût

trouvé cet état de choses préexistant entre les deux fonds, dès une époque où peut-être ils appartenaient à des maîtres différents, et que, se l'appropriant en quelque sorte, il l'eût laissé subsister. — Delvincourt, t. 1, p. 165, note 5; Duranton, t. 5, n. 573 et s.; Toullier, t. 3, n. 609; Pardessus, t. 2, n. 288; Solon, n. 289; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 337, note 3; Demolombe, t. 12, n. 814; Daviel, *Des cours d'eau*, t. 3, n. 770; Demante, t. 2, n. 548 *bis* I; Taulier, t. 2, p. 447; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 252; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 2; Perrin et Rendu, n. 3830; Laurent, t. 8, n. 177; Huc, t. 4, n. 426; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1118; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 693, n. 6. — V. cependant Marcadé, sur l'art. 693, n. 3; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 609, note *a*.

1019. — Jugé, à cet égard, qu'il y a destination du père de famille, lorsque les titres établissent que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, dans l'état où ils se trouvent, sans qu'il soit nécessaire de prouver que c'est par ce propriétaire lui-même que les choses ont été mises dans cet état. — Bordeaux, 21 févr. 1826, Sebillaud, [S. et P. chr.]

1020. — Jugé en sens contraire que la destination du père de famille ne peut être invoquée qu'autant qu'il est prouvé que c'est le propriétaire originaire des deux héritages qui a mis lui-même les lieux dans l'état où ils se trouvent et duquel résulterait la servitude. — Trib. Bergerac, 21 déc. 1866, sous Bordeaux, 4 déc. 1867, Faure, [S. 68.2.115, P. 68.570]

1021. — Jugé encore que la destination du père de famille ne peut pas résulter de l'exercice d'une servitude pendant l'indivision entre les héritiers du propriétaire commun, surtout lorsque l'on peut, du fait de l'entretien bénévole des lieux par le propriétaire prétendûment grevé, tirer argument en faveur de l'inexistence de la servitude. — Bruxelles, 13 oct. 1821, Mainvault, [P. chr.]

1022. — L'art. 693 parle aussi de « *deux fonds* actuellement divisés », mais il se place ainsi au moment de la séparation; et il n'en faudrait pas conclure qu'il est sans application lorsqu'il s'agit non de deux fonds, mais de deux parties d'un même fonds. Nous verrons *infra*, n. 1159, la même question se poser d'une façon plus précise au sujet de l'art. 694, et se résoudre dans le même sens. — Duranton, t. 5, n. 566; Zachariæ, § 252, texte et note 1; Demolombe, t. 12, n. 826; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 1; Laurent, t. 8, n. 176; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1116. — *Contrà*, Solon, n. 382.

1023. — L'art. 693 ne demande pas que le service entre les deux fonds soit réciproque, ni que le fonds qui tire avantage de l'autre ne soit de son côté assujetti réciproquement à aucune incommodité établissant une sorte de compensation. — Pardessus, t. 2, n. 288; Demolombe, t. 12, n. 827.

1024. — Il ne s'occupe pas non plus de la façon dont la division s'est opérée. Elle peut résulter d'une aliénation volontaire, à titre gratuit ou à titre onéreux, ou d'une aliénation forcée, — d'une aliénation directe ou par voie de conséquence, par un propriétaire unique ou par plusieurs copropriétaires, — d'un partage entre héritiers ou légataires ou entre coacquéreurs, — de l'effet d'une prescription acquisitive, un tiers ayant usucapé la propriété de l'un des fonds, etc... — Pardessus, t. 2, n. 288; Solon, n. 390; Marcadé, sur les art. 692, 693, n. 1; Zachariæ, § 252, texte et note 3; Demolombe, t. 12, n. 809, 827; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et notes 3 à 5; Laurent, t. 8, n. 180; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1117.

1025. — Il importe seulement que la séparation ne soit pas le résultat de la révocation ou de la résolution d'un droit de propriété. Celui qui n'avait qu'un droit révocable ou résoluble sur un des deux fonds est censé en effet n'avoir jamais eu la propriété des deux héritages : il n'a donc pu établir entre eux qu'un lien résoluble ou révocable comme son droit. — Laurent, t. 8, n. 179.

1026. — Jugé qu'en cas de résolution d'une vente, les choses sont remises au même état que si la vente n'avait pas existé; qu'en conséquence la destination du père de famille ne peut être invoquée comme source de servitudes entre deux immeubles, lorsque, par suite de l'action en résolution du vendeur, l'un de ces immeubles a fait retour à celui-ci, l'acquéreur évincé (créateur de l'état de choses invoqué comme destination du père de famille) étant censé n'avoir jamais eu la propriété de cet immeuble. — Paris, 11 avr. 1836, Laput, [P. chr.] — Trib. Toulouse, 18 nov. 1901, Labat, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.296]

1027. — Et le fait par ce dernier d'avoir vendu l'immeuble à un tiers n'a pu avoir pour conséquence d'établir ou de consolider, par destination du père de famille, des droits réels sur les immeubles vendus, ce tiers n'ayant pu avoir plus de droits que son vendeur, et la résolution de la vente produisant les mêmes effets relativement aux droits réels concédés sur l'immeuble qui en a fait l'objet, tant vis-à-vis de l'acquéreur direct, que contre tout tiers détenteur. — Trib. Toulouse, 18 nov. 1901, précité.

1028. — Jugé toutefois que l'émigré rentré en possession de biens à lui restitués en vertu de la loi du 5 déc. 1814 peut invoquer la destination du père de famille pour revendiquer l'exercice d'une servitude existante lors de la restitution, au profit de ces biens, sur un immeuble appartenant à l'État, alors que cette servitude a été établie par l'État lui-même au moment où il était possesseur des biens, restitués depuis. — Paris, 28 déc. 1835, Préfet de la Seine, [S. 36.2.142, P. chr.]

1029. — Il faut encore que la division des héritages ait lieu d'une manière irrévocable, par l'attribution sur chacun d'eux d'un droit absolu de propriété et non par une dévolution temporaire de jouissance; et il a été jugé que, les dons en avancement d'hoirie ayant principalement pour but de transférer au donataire, non la propriété absolue et irrévocable de l'immeuble qui fait la matière du contrat, mais bien une jouissance actuelle par anticipation à l'ouverture de la succession, il en résulte qu'une pareille libéralité ne peut servir de fondement, en faveur de cet immeuble et à raison de l'état des lieux alors existants, à la constitution d'une servitude par la destination du père de famille, sur un autre immeuble du donateur, sauf cependant au cas où le rapport en nature serait devenu légalement impossible. — Bastia, 17 déc. 1856, Bernadini, [S. 57.2.82, P. 58.176, D. 58.2.210]

1030. — L'arrangement d'où résulte la destination du père de famille suppose nécessairement la propriété des deux fonds réunie dans les mêmes mains, et ne peut émaner que du propriétaire des deux fonds ou de son mandataire. — Cass., 14 juin 1852, Canal du Midi, [P. 53.1.526, D. 54.1.155]; — 8 mai 1895, De Chamillard, [S. et P. 95.1.272, D. 96.1.11] — Dijon, 11 juin 1869, Marchand, [S. 69.2.240, P. 69.999, D. 71.5.355] — Bruxelles, 24 juill. 1859, Boeckx, [*Pasicr. belge*, 62.2.299]

1031. — Il est inopérant s'il émane d'un fermier, d'un locataire, ou d'un usufruitier. — Dijon, 11 juin 1869, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 2, n. 811; Laurent, t. 8, n. 174; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1118; Huc, t. 4, n. 424 et s.

1032. — Ainsi, le domanier suivant bail à convenant ou à domaine congéable, n'ayant pas de droits de propriété sur le fonds, n'a pu, par les modifications qu'il a fait subir à l'état des lieux dans un intérêt personnel et en dehors du propriétaire foncier, qui est resté étranger auxdites modifications et ne se les est pas appropriées, créer une servitude. — Cass., 8 mai 1895, précité.

1033. — De même, il n'y a point destination du père de famille par l'aménagement créé par un mari sur deux fonds dont l'un lui appartient et l'autre appartient à sa femme. — Cass., 10 nov. 1891, Epoux Boissezon, [S. et P. 93.1.285, D. 92.1.413] — Montpellier, 27 mars 1890, sous cet arrêt. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

1034. — Il est bien entendu toutefois que, dans les hypothèses où l'arrangement des lieux n'émane pas du propriétaire des deux fonds, il en résulterait néanmoins une destination de père de famille susceptible de créer une servitude, si le propriétaire avait ultérieurement maintenu cet état de choses et se l'était approprié en le conservant. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1118. — V. *suprà*, n. 1018 et s.

1035. — L'état des lieux qui, de simple destination du père de famille, se convertit ainsi en servitude, doit avoir un caractère d'utilité pour le fonds auquel il profite, et surtout de permanence. On ne pourrait pas induire d'une distribution passagère, d'un arrangement qui n'aurait qu'une utilité personnelle ou d'agrément, la volonté de créer un véritable assujettissement d'un fonds envers un autre. — Duparc-Poullain, t. 3, p. 303; Duranton, t. 5, n. 567; Pardessus, t. 2, n. 288; Taulier, t. 2, p. 448; Demolombe, t. 12, n. 811; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1119. — Nous pouvons à cet égard, appliquer à l'interprétation de l'art. 693, *mutatis mutandis*, tout ce qui sera dit *infrà*, n. 1115 et s., du signe apparent en matière d'application de l'art. 694.

1036. — Décidé notamment que, si deux immeubles contigus, appartenant l'un au mari et l'autre à la femme, ont été

mis en communication de façon qu'on puisse accéder de l'immeuble de la femme à une terrasse établie sur celui du mari, et si cet arrangement n'a été installé qu'en vue de la commodité personnelle des époux, avec un caractère provisoire, et non dans l'intention de constituer un assujettissement permanent, c'est à bon droit que les juges refusent de reconnaître l'existence d'une servitude par destination du père de famille, réclamée par l'acquéreur du fonds ayant appartenu à la femme. — Cass., 10 nov. 1891, précité.

1037. — Peu importent d'ailleurs les motifs de convenance personnelle qui ont fait créer par le propriétaire primitif l'état de choses d'où est sortie la servitude. Peu importe notamment que cet état de choses n'ait eu en vue, à l'origine, que l'utilité spéciale d'une portion déterminée du fonds dominant. Il n'en revêt pas moins le caractère de servitude réelle, du moment où il constitue, pour la portion d'immeuble intéressée, un avantage permanent susceptible d'être estimé et apprécié par les occupants successifs de l'immeuble. — Paris, 4 avr. 1901, Samuel, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.3]

1038. — S'agissant, d'ailleurs, de questions de fait et d'interprétation qui rentrent dans les pouvoirs d'appréciation souveraine des tribunaux, il en résulte que le moyen tiré de la destination du père de famille ne peut pas être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 23 nov. 1858, Spenlé, [S. 59.1.682, P. 59.504]

1039. — On doit notamment considérer comme souveraine la constatation d'un arrêt déclarant, d'après l'appréciation des faits de la cause, que l'ancien propriétaire de deux héritages, en pratiquant une ouverture dans la haie qui les séparait, a agi pour sa convenance personnelle, mais sans vouloir créer pour l'une des propriétés un moyen d'accès sur l'autre. — Cass., 15 juill. 1875, Niclot, [S. 75.1.419, P. 75.1052, D. 77.1.127] — V. *suprà*, n. 1036.

1040. — « La destination du père de famille, dit l'art. 692, vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes ». Le mot *titre* est pris ici au sens de convention génératrice. La destination du père de famille est, en effet, une présomption déduite de l'intention probable des parties, mais à laquelle il est juste de ne recourir qu'à défaut d'une volonté exprimée dans les titres. Si le sort des deux héritages qui ont fait partie de la même propriété a été fixé par des actes précis, on doit s'en tenir là, et les présomptions déduites de la destination du père de famille ne peuvent pas être invoquées. — Cass., 5 avr. 1836, Mathieu, [P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 288 et 291; Demolombe, t. 12, n. 804; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1115.

1041. — Aux termes de l'art. 693, deux choses doivent être prouvées pour établir la destination du père de famille : 1° que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire ; 2° que c'est lui qui a mis (ou maintenu) les choses dans l'état d'où résulte la servitude. Il suffit, pour fonder la prétention d'une servitude, que cette double preuve soit rapportée (Pardessus, t. 2, n. 289). Mais comment doit-elle être faite? L'art. 693 ne le détermine pas expressément et a fait naître une controverse au sujet de l'admissibilité de la preuve testimoniale.

1042. — Déjà sous l'ancien droit, l'art. 215 de la coutume de Paris portant que les servitudes ne s'établissent que par écrit, on en avait conclu qu'en principe, sous l'empire de cette coutume, la destination du père de famille ne pouvait être prouvée que par écrit. — Poitiers, 1er févr. 1825, Leblanc, [P. chr.]

1043. — Mais la destination du père de famille était suffisamment établie par des écrits constatant l'existence des signes apparents de la servitude à une époque où les deux propriétés, depuis divisées, appartenaient au même propriétaire. — Cass., 5 mars 1829, Plossard, [P. chr.] — Paris, 21 avr. 1837, Franckaert, [P. 40.2.35]; — 24 nov. 1898, Savary, [*Gaz. des Trib.*, 1899, 1er sem., 2.214]

1044. — Au principe ainsi posé on reconnaissait même diverses exceptions. On considérait notamment qu'un écrit était inutile, lorsque les deux fonds avaient été vendus nationalement et que le procès-verbal d'adjudication dressé par l'autorité administrative avait interdit à l'adjudicataire le droit de demander aucun titre à l'État. — Poitiers, 1er févr. 1825, précité.

1045. — ... Ou lorsqu'il s'agissait de servitudes apparentes, nécessaires à la jouissance de l'immeuble, ou résultant de travaux incorporés au fonds asservi, comme serait, par exemple, la servitude établie entre deux usines pour la transmission et la réception de l'eau au moyen de travaux également incorporés aux deux usines. — Cass., 26 juin 1876, Burgaud, [S. 77.1.271, P. 77.676, D. 76.1.227] — Paris, 7 févr. 1838, Minist. de l'Instr. publ., [P. 38.1.235]; — 24 nov. 1898, précité.

1046. — Les constitutions de la Catalogne, qui régissaient le Roussillon, exigeaient aussi un titre écrit comme preuve de la destination du père de famille. — Cass., 6 nov. 1828, Lafond, [P. chr.]

1047. — En était-il de même ailleurs, dans le silence de la coutume, et la coutume de Paris constituait-elle à cet égard le droit commun? — V. pour la négative, Paris, 10 pluv. an XII, Martin, [S. et P. chr.]

1048. — Certains auteurs ont encore prétendu que, sous l'empire du Code civil, la première partie tout au moins de la preuve à faire (réunion ancienne des deux fonds aux mains d'un même propriétaire) ne pouvait, en principe, résulter que d'un écrit ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit appuyé d'une preuve testimoniale. — Delvincourt, t. 1, p. 165, note 7; Pardessus, t. 2, n. 291. — V. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 19, n. 4; Zachariæ, § 252, texte et note 7.

1049. — Mais l'opinion dominante, et qui a prévalu, est que ce premier point lui-même peut être prouvé par témoins, en l'absence de tout commencement de preuve par écrit. En effet, il ne s'agit pas ici de prouver un fait juridique rentrant dans les prévisions de l'art. 1341, C. civ., d'établir un droit de propriété, mais seulement de prouver un fait matériel, à savoir : que les deux héritages ont été *possédés à titre de propriétaire* par une même personne. Il serait souvent impossible au demandeur de se procurer de ce fait une preuve littérale, puisque, avant la division des fonds, il n'existait entre leur propriétaire et lui aucun rapport juridique. Au surplus, ce n'est pas une action en revendication qu'il intente, mais seulement une action confessoire, et il serait surabondant pour lui de prouver la propriété de la personne de qui émane la destination du père de famille. Ajoutons que d'après l'art. 692, cette destination du père de famille équivaut à un titre, et que, si l'on exigeait une preuve écrite, ce ne serait plus là se contenter de l'équivalent d'un titre, mais en exiger véritablement un. Enfin, les rédacteurs du Code avaient sous les yeux les art. 216 de la coutume de Paris, et 228 de la coutume d'Orléans, qui n'admettaient la preuve de la destination du père de famille que par écrit; et il serait bien invraisemblable qu'ils n'eussent pas inséré une disposition analogue dans l'art. 692, s'ils n'avaient pas voulu rompre avec cette tradition. — Dubreuil, *Cout. de Provence*, p. 69; Toullier, t. 3, n. 610, Duranton, t. 5, n. 574; Solon, n. 383 ; Marcadé, sur l'art. 693, n. 2; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 353; Demante, t. 2, n. 548 *bis*-II; Taulier, t. 2, p. 448; Zachariæ, t. 2, § 252, note 6; Demolombe, t. 12, n. 812; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 6; Laurent, t. 8, n. 181; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1120; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 693, n. 8.

1050. — Jugé, en tout cas, que l'acte par lequel les propriétaires de deux maisons contiguës, dont l'une a des fenêtres ouvrant sur la cour de l'autre, se sont interdit d'élever des constructions de nature à intercepter ces fenêtres, doit être considéré comme un titre prouvant la destination du père de famille; et si les deux maisons, après avoir été réunies dans la main de l'un de ces propriétaires, sont ensuite vendues à des tiers, ceux-ci ne peuvent demander la suppression des fenêtres dont il s'agit en prétendant que la destination du père de famille n'est pas prouvée par écrit. — Paris, 19 nov. 1835, Camuset, [P. chr.]

1051. — Quant à la seconde partie de la preuve à faire, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'un écrit est inutile et qu'une preuve par témoins est admissible. Il s'agit en effet d'établir que c'est le propriétaire commun qui a mis ou maintenu les choses dans l'état d'où dérive la servitude invoquée : la preuve de semblables faits ne peut généralement pas être rapportée par écrit. — Aux auteurs précités, *Adde :* Pardessus, t. 2, n. 291.

1052. — Doit-on même aller plus loin? S'il est établi que les deux héritages, dont on prétend que l'un est assujetti à l'autre par destination du père de famille, ont appartenu au même propriétaire, et si l'état des lieux n'est pas prouvé avoir été établi postérieurement à l'époque de leur séparation, doit-on présumer que cet état existait dès le temps de leur réunion, et qu'ils y ont été mis ou laissés par celui qui avait la propriété entière? Certains auteurs l'admettent, et réservent seulement au propriétaire du fonds prétendûment assujetti la preuve contraire : il pourra établir, par exemple, que les lieux ont été ainsi disposés, à l'insu du propriétaire commun, par un locataire ou par un

usufruitier (V. *suprà*, n. 1031). — Pardessus, t. 2, n. 291; Toullier, t. 2, n. 610.

1053. — Jugé, en ce sens, que le fait seul de l'existence d'un signe apparent de servitude, au moment où le propriétaire de deux héritages dispose de l'un d'eux, fait présumer qu'il a été établi ou maintenu par l'auteur commun en vue de cette servitude. — Cass., 3 déc. 1901, Balaud, [S. et P. 1902.1.282]

1054. — On a, en sens contraire, fait remarquer que pareille présomption n'est établie par aucun texte. Celui qui invoque la destination du père de famille doit, aux termes de l'art. 693, faire une double *preuve*, qui ne peut résulter de présomptions que dans les termes de l'art. 1353, C. civ. — Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 610, note *a*; Demolombe, t. 12, n. 813.

1055. — Tous les autres modes de preuve du droit civil sont d'ailleurs admissibles en cette matière; et il a été notamment jugé que l'existence d'une servitude d'écoulement d'eau, à travers un fonds, créée par destination du père de famille, est suffisamment établie lorsqu'elle a été reconnue et consacrée, en termes formels, par un jugement passé en force de chose jugée, et que l'adversaire lui-même a, lui aussi et à d'autres fins, invoqué cette servitude. — Cass., 15 nov. 1886, Delalande, [S. 87.1.205, P. 87.1.501, D. 87.1.495]

1056. — ... Mais que si un jugement passé en force de chose jugée a reconnu l'existence d'une servitude de jour par destination du père de famille, sans faire aucune mention d'un avant-toit dont la suppression est plus tard demandée, on ne peut soutenir que ce jugement établit l'existence de cet avant-toit par destination du père de famille. — Cass., 18 mai 1835, Caillet, [S. 35.1.712, P. chr.]

1057. — La destination du père de famille ne s'applique évidemment qu'aux servitudes conventionnelles, ou aux modifications que la volonté des parties peut quelquefois apporter aux servitudes naturelles ou légales. — Pardessus, t. 2, n. 292.

1058. — Elle produit tous les effets du titre auquel elle équivaut. Par conséquent, le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude établie par destination du père de famille ne peut rien faire qui prive de son usage le fonds dominant. Notamment, lorsque deux hôtels autrefois réunis et aménagés à l'usage d'une seule famille, ont été plus tard divisés et adjugés séparément, l'acquéreur de l'un de ces immeubles peut, en vertu de l'art. 663, C. civ., exiger l'établissement d'une clôture séparative de nature à empêcher le passage d'un hôtel à l'autre; mais cette clôture doit être faite dans des conditions telles qu'elle ne porte aucune atteinte à la servitude de vue acquise, par suite de la destination du père de famille, au profit de l'un des immeubles sur l'autre. — Cass., 10 juin 1874, Genty, [S. 75.1.296, P. 75.717, D. 75.1.165] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 292.

1059. — L'étendue et le mode d'exercice de la servitude sont d'ailleurs déterminés par l'état de choses d'où elle est née; et elle se restreint aux avantages que le propriétaire des deux fonds réunis retirait de cet état de choses créé ou maintenu par lui. — Demante, t. 2, n. 553; Demolombe, t. 12, n. 868; Aubry et Rau, t. 3, § 253-*b*-3°; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1127.

1060. — Jugé, à cet égard, que l'arrêt qui détermine, d'après les circonstances de la cause, l'étendue d'une servitude continue et apparente (égout des eaux pluviales, dans l'espèce), établie par la destination du père de famille, se livre à une appréciation de fait et d'intention qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 31 déc. 1878, Cernuschi, [S. 79.1.127, P. 79.291, D. 79.1.375] — Dans le même sens, en matière de servitude de vue : Cass., 26 juill. 1831, Fuchy, [S. 31.1.346, P. chr.]

1061. — Pour qu'il puisse y avoir destination du père de famille, il faut, aux termes mêmes de l'art. 692, que le service que l'un des fonds tire de l'autre ait les caractères de l'apparence et de la continuité. — Pardessus, t. 2, n. 289.

1062. — Il a été jugé, en conséquence, que si, devant le juge du fait, c'est la seule destination du père de famille qui a été invoquée, ceux-ci ont à bon droit refusé d'appliquer la disposition de l'art. 692 à une servitude discontinue. — Cass., 7 janv. 1863, Hosten, [*Gaz. des Trib.*, 8 janv. 1863]

1063. — ... Que la servitude d'égout des eaux pluviales, qui est continue de sa nature, ne peut se fonder sur la destination du père de famille, qu'autant qu'elle s'exerce au moyen d'un ouvrage apparent. — Bordeaux, 10 juill. 1888, Brannens, [S. 90.2.205, P. 90.1.1184] — *Sic*, Huc, t. 4, n. 423.

1064. — ... Qu'il en est de même de la servitude de conduite des eaux pluviales servant à l'irrigation de deux fonds contigus, lorsqu'elle s'exerce au moyen de simples rigoles ou fossés placés sur l'un des deux fonds. — Colmar, 26 mai 1831, Gigandez, [P. chr.]

1065. — ... Que la servitude de tour d'échelle étant une servitude discontinue et non apparente, ne peut pas être établie par destination du père de famille. — Caen, 8 juill. 1826, Gaillard, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 20 déc. 1836, Duc, [S. 38.2.132] — V. aussi *suprà*, v° *Échelle (tour d')*, n. 18.

1066. — ... Qu'il en est de même de la servitude d'évier, qui n'est pas continue. — Bordeaux, 10 juill. 1888, précité.

1067. — ... Et de la servitude de puisage. — Cass., 8 mars 1886, Gonnier, [S. 86.1.208, P. 86.1.506]

1068. — ... Mais qu'au contraire la servitude de prise d'eau par un aqueduc étant continue et apparente peut être établie par la destination du père de famille. — Cass., 20 déc. 1825, de Verdonnet, [S. et P. chr.]; — 25 oct. 1887, Pécout, [S. 88.1.309, P. 88.1.756, D. 88.1.106] — Caen, 18 févr. 1825, Decquerel, [S. et P. chr.] — *Sic*, Daviel, *Des cours d'eau*, t. 3, n. 913; Demolombe, t. 12, n. 815.

1069. — Nous verrons aussi *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 110, que de même la servitude de vue peut résulter de la destination du père de famille, aussi bien que d'un titre.

1070. — Celui dont le champ est fréquemment inondé par les eaux d'un étang voisin n'est pas recevable à demander que la chaussée de cet étang soit reconstruite de manière à diminuer le volume des eaux, si le champ et l'étang ont appartenu au même propriétaire, et si depuis la vente le propriétaire de l'étang n'a rien fait pour augmenter le volume des eaux. Cette disposition des lieux doit être considérée comme constituant une servitude établie par destination du père de famille. — Angers, 20 janv. 1813, Albin, [S. et P. chr.]

1071. — La destination du père de famille peut encore être invoquée pour faire maintenir des arbres qui ne seraient pas à la distance légale de la propriété voisine. — V. *suprà*, v° *Arbres*, n. 108-110.

1072. — Sont donc exclues du domaine d'application des art. 692 et 693, les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes. Il semble pourtant que le contraire ait été soutenu, au moins en ce qui concerne la servitude *non ædificandi* ou *altius non tollendi*, considérée par hypothèse comme l'accessoire d'une servitude de vue. Si cette dernière avait été acquise par destination du père de famille, pourrait-on reconnaître au juge, réglant la portée de cette servitude, la faculté d'en déduire l'acquisition d'un *jus non ædificandi* par voie de conséquence? La négative est certaine. Le juge ne peut pas attribuer à la servitude de vue une portée plus grande que celle que lui reconnaît la loi, et que nous déterminerons *infrà*, v° *Vues et jours*. Ce serait lui substituer en réalité une autre servitude plus étendue, que d'y comprendre celle de ne pas bâtir ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. Le propriétaire grevé de la seule servitude de vue conserve toujours le droit de construire à la distance indiquée par les art. 678-679, C. civ. — Toullier, t. 3, n. 533; Demolombe, t. 12, n. 579 et 815; Zachariæ, § 252, texte et note 4; Aubry et Rau, t. 3, § 252, note 11; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1121.

1073. — Jugé en conséquence que les servitudes *non ædificandi* et *altius non tollendi* ne peuvent ni s'acquérir par destination du père de famille... — Cass., 15 févr. 1843, Siché, [S. 43.1.351, P. 43.1.522]; — 10 avr. 1855, Pilté, [S. 55.1.369, P. 55.2.595, D. 55.1.212]; — 17 août 1858, Durval, [S. 59.1.71, P. 59.768, D. 58.1.353]; — 5 août 1862, Baron, [S. 63.1.134, P. 63.487, D. 62.1.539] — Caen, 13 mai 1837, Dillaye, [S. 37.2.333, P. 37.2.293] — Paris, 7 janv. 1890, Bertrand, [D. 90.2.175] — Nancy, 14 nov. 1896, Mourot, [S. et P. 97.2.172, D. 97.2.88]

1074. — ... Ni résulter, comme conséquence, d'une servitude de vue établie avec cette destination. — V. *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 174 et s.

1075. — Il n'y a dès lors pas lieu d'autoriser la preuve de l'existence de signes extérieurs que l'on voudrait faire considérer comme révélant l'existence d'une servitude *altius non tollendi*. — Orléans, 24 déc. 1840, Berruyer, [P. 41.2.312]

1076. — Jugé spécialement que, de ce qu'un propriétaire a construit un mur entre deux maisons à lui appartenant il ne

s'ensuit pas que, par destination du père de famille, il y ait, pour les acquéreurs de ces deux maisons, servitude ou obligation de ne pas élever le mur, de le conserver tel qu'il a été construit. — Metz, 12 juin 1807, Hulot, [S. et P. chr.]

1077. — A cette prohibition de fonder sur la destination du père de famille une servitude non apparente ou discontinue, l'art. 694, C. civ., ne vient-il pas apporter une restriction ? Aux termes de cet article, « si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné ». Il y a antinomie apparente entre l'art. 692, qui exige les deux conditions d'apparence et de continuité, et ce dernier article, qui parle seulement d'un signe apparent et semble ainsi admettre la constitution, par destination du père de famille, de servitudes discontinues. Pour expliquer cette divergence, il n'a pas été imaginé, à notre connaissance, moins de sept systèmes différents. — V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 694, n. 2 et s.

1078. — Les deux premiers systèmes ont le tort commun de sacrifier l'un des deux textes à l'autre. Le premier, sacrifiant un texte de principe (art. 692) à une disposition qui a plutôt l'apparence d'une application ou d'une règle de détail, pense que l'art. 694 a corrigé la rigueur de l'art. 692, en supprimant la condition de continuité, et en décidant que la destination du père de famille s'appliquerait à toutes servitudes apparentes, même discontinues. — Taulier, t. 2, p. 450; Delaporte et Riffé-Caubray, t. 5, p. 492. — *Contrà*, Demolombe, t. 12, n. 818; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, p. 820, note 1.

1079. — Le second système, au contraire, considère l'art. 694 comme mal rédigé et comme ayant omis à tort la condition de continuité. Cette condition devrait être regardée comme y étant sous-entendue; et l'art. 694 ne ferait que construire une simple hypothèse d'application des art. 691 et 692, qu'il développe. — Dans le sens de cette opinion, qui rend ainsi la disposition de l'art. 694 complètement inutile, V. Maleville, sur l'art. 694; Toullier, t. 3, n. 613; Delvincourt, t. 1, p. 533; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servitude*, sect. 3, §4, n. 3; Garnier, *Act. poss.*, p. 324; Villequez, *Revue historique*, 1859, t. 5, p. 197-206 et s.

1080. — Jugé, en ce sens, et d'une manière absolue, que l'art. 694 n'est pas applicable au cas de servitude discontinue. — Lyon, 11 juin 1831, David, [S. 32.2.123, P. chr.] — Paris, 21 avr. 1837, Rasteau, [S. 37.1.917, *ad notam*] — Orléans, 24 déc. 1840, Berruyer, [P. 41.2.312] — V. aussi Trib. Bazas, 4 juill. 1887, sous Bordeaux, 10 juill. 1888, Brannens, [S. 90.2.205, P. 90.1.1184]

1081. — Jugé, en sens contraire, que cet article est applicable aux servitudes discontinues, notamment à la servitude de passage comme aux autres. — Cass., 16 févr. 1832, Paradis, [P. chr.]; — 26 avr. 1837, Mortarieu, [S. 37.1.916, P. 37.1.304]; — 8 juin 1842, Denesples, [S. 42.1.609, P. 42.1.766]; — 17 nov. 1847, Robert [S. 48.1.30, P. 47.2.664, D. 47.1.376]; — 30 nov. 1853, Olleris, [S. 54.1.679, P. 55.2.576, D. 54.1.17]; — 7 janv. 1863, Hostin, [*Gaz. des Trib.*, 8 janv. 1863]; — 7 avr. 1863, Dijols, [S. 63.1.369, P. 64.647, D. 63.1.413]; — 27 mars 1866, Faidy, [S. 66.1.215, P. 66.548, D. 66.1.339]; — 22 avr. 1873, Montel, [S. 73.1.276, P. 73.668, D. 73.1.428]; — 19 juin 1893, Fond et Reymond, [S. et P. 93.1.340, D. 93.1.526]; — 8 mai 1895, de Chamillard, [S. et P. 95.1.472, D. 96.1.11] — Toulouse, 21 juill. 1836, Mortarieu, [S. 37.2.155, P. 37.1.92] — Caen, 15 nov. 1836, Police, [S. 37.2.187, P. 37.1.583] — Douai, 1er juill. 1837, Lemaire, [S. 38.2.22, P. 38.1.185, D. 38.2.55] — Limoges, 4 août 1840, Baillet, [S. 41.2.99] — Bordeaux, 6 avr. 1842, Dessalas, [P. 42.2.104] — Paris, 7 déc. 1850, Baurain, [P. 51.2.160, D. 54.5.703]; — 15 mai 1862, Dijols, [P. 63.533, D. 62.2.111] — Pau, 9 févr. 1885, Fourcau, [D. 86.2.173] — Trib. sup. Darmstadt, 23 janv. 1897, Bittel, [S. et P. 98.4.32] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 19, n. 2; Pardessus, n. 289 et 300; Solon, n. 389; Garou, *Actions possessoires*, n. 270; Marcadé, sur l'art. 694; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 337, note 10; Demolombe, t. 12, n. 816 et s.

1082. — Les systèmes suivants vont rechercher quels sont les domaines ou les cas distincts d'application de l'art. 692, d'une part, et de l'art. 694, d'autre part. Une troisième opinion, tirant argument du mot *dispose* qu'emploie l'art. 694, applique cet article au cas où la séparation des deux héritages a eu pour cause un acte d'aliénation, de disposition. Les art. 692 et 693 régiraient, de leur côté, les hypothèses où la division a eu lieu par un partage après le décès du propriétaire primitif unique. — Merlin, *Rép.*, v° *Servitude;* Lacaze, *Revue de législation*, 1851, t. 3, p. 247. — V. aussi, Solon, n. 399.

1083. — Jugé, en ce sens, que l'art. 694 est sans application au cas où la séparation des fonds a eu lieu, après le décès du propriétaire unique, au moyen d'un acte de partage intervenu entre ses héritiers. — Caen, 15 nov. 1836, précité. — Toulouse, 6 janv. 1844, Robert, [S. 44.2.444, P. 44.2.217]; — 11 août 1854, Balzac, [S. 55.2.609, P. 56.1.301, D. 56.2.119] — Bordeaux, 13 mars 1856, Laporte, [D. 56.2.207] — Metz, 3 juin 1858, Duhesme, [S. 58.2.657, P. 59.529, D. 59.2.16] — Trib. civ. Barbezieux, 31 déc. 1861, sous Cass., 25 mars 1863, Lajeunie, [S. 63.1.315, P. 64.646, D. 63.1.415] — V. aussi Caen, 20 janv. 1838, Delamotte, [*Rec. Caen*, t. 3, p. 47]; — 2 févr. 1839, Loisel, et 16 mai 1839, Moulin, [*Rec. Caen*, t. 3, p. 202]; — 21 nov. 1843, Castel, [cité par Demolombe, t. 12, n. 819]; — 11 juill. 1854, [*ibid.*]

1084. — On a répondu avec raison que la distinction tentée dans ce troisième système était impossible à justifier sérieusement. Elle restreint arbitrairement la portée de l'art. 693, dont les termes s'appliquent aussi bien au cas où les fonds sont divisés par suite d'aliénation volontaire, qu'à tous autres cas. Le fondement du droit de servitude étant la volonté présumée du propriétaire primitif, peu importe la cause de la division des deux héritages. Le mot *dispose* de l'art. 694 indique seulement *quod plerumque fit*. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 354; Labbé, note sous Metz, 3 juin 1858, [P. 59.529]; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note, 9; Demolombe, t. 12, n. 819; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

1085. — Jugé, en ce sens, que l'art. 694 est applicable non seulement lorsque le propriétaire des deux héritages a disposé de l'un d'eux à titre d'aliénation, mais encore lorsque la séparation a eu lieu après son décès, au moyen d'un acte de partage intervenu entre ses héritiers. — Cass., 17 nov. 1847, Robert, [S. 48.1.30, P. 47.2.664, D. 47.1.376]; — 7 avr. 1863, Dijols, [S. 63.1.369, P. 64.647, D. 63.1.413]; — 27 mars 1866, Faidy, [S. 66.1.215, P. 66.548, D. 66.1.339]; — 22 avr. 1873, Montel, [S. 73.1.276, P. 73.668, D. 73.1.428]; — 22 août 1882, Barrault, [S. 83.1.126, P. 83.1.291, D. 83.1.467] — Paris, 15 mai 1862, Dijols, [P. 63.533, D. 62.2.111]

1086. — D'après une quatrième opinion, l'art. 694 ne s'appliquerait aux servitudes discontinues que lorsque leur existence se rattache à une origine légale : telle la servitude légale de passage pour cause d'enclave. — Cass., 24 févr. 1840, Chauvin, [S. 40.1.97, P. 40.2.743] — *Contrà*, Cass., 8 juin 1842, précité.

1087. — Un cinquième système, qui n'a jamais eu que peu d'adhérents, recherche uniquement dans l'ancien droit la solution du problème que soulève la rédaction vicieuse de l'art. 694. — J. Latreille, *De la destin. du père de fam.*, n. 126 et s.

1088. — Le sixième système se recommande des observations présentées par le tribun Albisson, dans son rapport du 7 pluv. an XII, restreignant l'application de l'art. 694 au cas où un particulier, après avoir réuni dans sa maison deux héritages, dont l'un devait une servitude à l'autre, en aurait laissé subsister les signes et aurait disposé de l'un des héritages dans cet état. « En effet, dit-il, on pouvait opposer, et on opposait en effet que toute servitude étant éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main (règle certaine et consacrée même en termes formels par l'art. 765 du projet), il était indispensable pour la conservation de la servitude qu'elle eût été réservée expressément dans l'acte d'aliénation. Mais on ne prévoyait pas le cas où, la chose parlant d'elle-même, la réservation ne devenait plus nécessaire, et c'est ce cas que le projet prévoit très-sagement. Ainsi, dans l'espèce supposée, si la chose parle d'elle-même, c'est-à-dire, comme s'explique le projet, s'il existe entre les deux héritages un signe apparent de servitude, le silence des contractants n'empêchera pas qu'elle ne continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné ». Il ne s'agit donc plus ici, dit-on, d'une nouvelle création de servitude, mais d'une ancienne servitude éteinte par confusion, et qui revit lorsque les deux héritages ne sont plus entre les mains du même propriétaire : ce n'est que dans ce cas que l'art. 694 serait applicable aux servitudes discontinues, l'apparence suffisant sans la continuité pour que la servitude revive. On invoque en ce sens les termes mêmes de l'article, où il s'agit d'une *servitude* qui *continue* d'exister, ce qui implique sa préexistence. On remarque d'ailleurs, qu'il est logi-

que de se montrer moins rigoureux pour les conditions du maintien que pour celles de la création d'une servitude, l'apparence suffisant dans le premier cas pour manifester l'intention des parties et écarter toute incertitude. — Lyon, 11 juin 1831, David, [S. 32.2.123, P. chr.] — Bruxelles, 31 janv. 1824, *Pasicr. belge*, 24.33 ; — 14 juill. 1859, [*Pasicr. belge*, 62.2.299] ; — 20 déc. 1862, Plumat, [*Pasicr. belge*, 63.2.46] — *Sic*, Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 613, note *a*; Zachariæ, t. 3, § 252, texte et note 9, et § 255, note 5 ; Marcadé, sur l'art. 694, et *Rev. crit. de législ.*, t. 2, p. 73 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 337, note 10 ; Troplong, *Rapport à la chambre des requêtes*, sous Cass., 24 févr. 1840, [S. 40.1.97] ; Rivière, *Jurispr. de la C. de cass.*, n. 196; de Fréminville, *Minorité*, t. 2, n. 738; Del Marmol, *Rev. prat.*, 1863, t. 16, n. 34; Laurent, t. 8, n. 184 et s. — V. aussi Pardessus, t. 2, n. 300.

1089. — L'argument de texte invoqué par ce sixième système est sans valeur; car c'est en tout cas à tort que l'art. 694 a employé le mot « servitude », mot inexact en l'espèce, même si on admet l'opinion que nous venons d'exposer, puisque l'ancienne servitude est éteinte par la confusion et que la nouvelle n'est pas encore créée avant la séparation des héritages. Il ne peut donc être question d'une servitude qui *continue* d'exister, et l'article ne s'exprime ainsi que pour plus de brièveté. En raison, d'ailleurs, la distinction proposée ne se justifie pas. Elle aurait de plus pour effet d'imposer, à celui qui se prévaut de l'art. 694, la production du titre par lequel la servitude discontinue qu'il revendique a été originairement constituée, et de mettre ainsi à sa charge une preuve que le texte ne lui impose pas. Quant au rapport du tribun Albisson, il n'a fait qu'exprimer une opinion personnelle à son auteur, et qui ne liait pas les rédacteurs du Code. Par conséquent, notre article s'applique au cas où le propriétaire de deux héritages qui en aliène un avait lui-même établi entre eux la servitude dont il laisse subsister les signes apparents, comme au cas où cette servitude avait existé entre les deux héritages avant qu'il les eût possédés l'un et l'autre; et c'est ailleurs que nous devons trouver l'explication de la différence de rédaction qui nous occupe. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 354; Demolombe, t. 12, n. 820 ; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et notes 9 et 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1122. — V. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Servit.*, n. 3, 19. — Gand, 11 mars 1839, *Pasicr. belg.*, 39.2.49]

1090. — Le septième système enfin, et le plus généralement adopté, distingue de la façon suivante le domaine d'application de nos articles : si la servitude est à la fois continue et apparente, elle sera, aux termes des art. 692 et 693, considérée comme acquise par destination du père de famille une fois la division opérée. Celui qui invoque la servitude n'a qu'à prouver la réunion antérieure des fonds, et la création de l'état de choses par un propriétaire unique. Il n'a point d'autre preuve à faire. C'est à celui qui nie la servitude à établir, par exemple, que le titre du prétendu propriétaire dominant contient une clause contraire à l'existence de la servitude. Que si la servitude n'est qu'apparente, ce titre devra toujours être représenté, pour que l'on vérifie s'il ne contient pas une clause de ce genre. L'art. 694 n'a d'application, en effet, que si le contrat ne contient « aucune convention relative à la servitude ». Or on ne sera certain de ce fait négatif qu'autant qu'on aura sous les yeux l'acte qui a dû être dressé pour constater de quelle manière s'est opérée la séparation. Le silence de cet acte, joint à l'existence d'un signe apparent de servitude, prouve qu'on n'a pas voulu modifier la position respective des deux fonds; et c'en est assez pour faire présumer que, d'après l'intention des parties, il doit exister une servitude. Mais si le titre n'est pas représenté, la caractère discontinu de la servitude prétendue laisse douter si l'ancien propriétaire a voulu la conserver en en laissant subsister les marques. — Duranton, t. 5, n. 570 à 573; Pardessus, t. 2, n. 289 et 330; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 354; Demante, t. 2, n. 549 *bis*; Demante, *Rev. Thémis*, t. 6, p. 473; Rodière, note sous Cass., 30 nov. 1853, Olleris, [P. 55.2.576] ; Labbé, note sous Metz, 3 juin 1858, [P. 59.529]; Demolombe, t. 12, n. 821 ; Dupuich, *Rev. prat.*, 1862, t. 13, p. 209; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et notes 9 et 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1123; Huc, t. 4, n. 424 et s.

1091. — Jugé, en ce sens, que, s'il existe entre deux fonds appartenant au même propriétaire un signe apparent de servitude, la servitude, quoique discontinue, subsiste activement ou passivement après l'aliénation volontaire ou forcée d'un des fonds, si le contrat d'aliénation ou le cahier des charges ne disent rien de contraire, cette dernière condition étant à la fois nécessaire et suffisante. — Cass., 30 nov. 1853, précité ; — 10 déc. 1866, Ardoin, [D. 67.1.498] ; — 22 avr. 1873, précité; — 22 août 1882, Barrault, [S. 83.1.126, P. 83.1.291, D. 83.1.467] ; — 19 juin 1893, Ferd, [S. et P. 93.1.340, D. 93.1.526] ; — 29 mai 1895, Droz, [S. et P. 95.1.415, D. 95.1.391] ; — 10 nov. 1897, Ramond, [S. et P. 1900.1.310, D. 98.1.157] — Bourges, 17 janv. 1831, précité. — Rennes, 23 avr. 1832, Lemée, [P. chr.] — Paris, 15 mai 1862, Dreda, [P. 63.314, D. 62.2.111] — 4 avr. 1901, Samuel, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 2.3] — 12 mars 1902, Pichet, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 2e sem., 2.97] — Trib. Seine, 10 mars 1894, Pages, [*Gaz. des Trib.*, 19 sept. 1894]

1092. — ... Que la preuve d'une servitude établie par destination du père de famille résulte, par application de l'art. 694, C. civ., d'une part, de l'existence d'un signe apparent de la servitude, de l'autre, du silence du contrat qui a opéré la séparation des deux héritages. — Cass., 8 juill. 1885, Mautras du Castellier, [S. 87.1.428, P. 87.1.1056, D. 86.1.292] ; — 3 nov. 1896, Dumont, [S. et P. 97.1.407, D. 97.1.214] ; — 6 déc. 1898, Maré-Villeblanche, [S. et P. 1900.1.491, D. 99.1.87]; — 14 mai 1901, Catani, [S. et P. 1902.1.283, D. 1901.1.357] ; — 3 déc. 1901, Baland, [S. et P. 1902.1.282]

1093. — ... Que, à la différence des art. 692 et 693, C. civ., disposant que la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes apparentes et continues, sous la seule condition de la preuve que les deux héritages ont appartenu au même propriétaire et que c'est par lui que les choses ont été mises ou laissées en l'état d'où résulte la servitude, l'art. 694 n'admet la servitude simplement apparente, activement ou passivement, après la division des héritages, en faveur ou à la charge du fonds aliéné, qu'autant que l'acte qui a opéré la division ne contient pas de stipulation contraire. — Cass., 2 mai 1876, Antoine, [S. 76.1.359, P. 76.871, D. 78.1.63] — Douai, 1er juill. 1837, précité.

1094. — ... Que, si la destination du père de famille, appuyée d'un signe apparent, vaut titre en matière de servitude discontinue, c'est à la condition que celui qui, après la division des héritages, revendique la servitude, représente l'acte qui a opéré cette division, et fasse la preuve qu'il ne contient aucune stipulation contraire. — Cass., 2 mai 1876, précité; — 17 juin 1885, Godin, [S. 86.1.72, P. 86.1.152, D. 86.1.323]; — 13 juill. 1885, Gayon, [S. 87.1.429, P. 87.1.1057, D. 86.1.316]; — 27 avr. 1887, Champion, [S. 90.1.479, P. 90.1.1136, D. 88.1.364]; — 30 oct. 1894, Bézard, [S. et P. 95.1.414, D. 95.1.63]

1095. — ... Que, notamment, celui qui réclame une servitude de passage par destination du père de famille, en invoquant l'existence d'un signe apparent, doit justifier, par la production de l'acte ayant fait cesser l'indivision, qu'aucune des clauses dudit acte n'implique contradiction de la servitude revendiquée. — Cass., 2 mai 1876, précité; — 1er août 1887, Tisset, [S. 87.1.455, P. 87.1.1132, D. 88.1.112]

1096. — ... Que la servitude de dépôt de fumier, étant discontinue de sa nature, ne peut pas être acquise par destination du père de famille, en vertu de l'art. 694, C. civ., quand, d'une part, le juge ne relève l'existence d'aucun travail apparent destiné au dépôt du fumier, et quand, d'autre part, si le défendeur reconnait qu'une fosse a été créée sur son fonds pour recevoir le fumier, il en attribue la création au demandeur, à une époque postérieure à la séparation des héritages. — Cass., 13 juill. 1885, précité.

1097. — ... Qu'au contraire, il y a lieu de maintenir, par l'effet de la destination du père de famille, dans les termes de l'art. 694, C. civ., les servitudes d'évier et d'usage d'une fosse à fumier, lorsque ces deux servitudes se manifestent par des signes extérieurs et apparents, et que l'acte de séparation des deux fonds, loin de contenir une clause contraire au maintien des deux servitudes, doit être considéré comme les ayant comprises dans les « circonstances et dépendances » de l'un des fonds. — Cass., 8 nov. 1886, Petit, [S. 87.1.455, P. 87.1.1131, D. 87.1.388]

1098. — ... Que les clauses contenues aux actes doivent, pour permettre de repousser la demande tendant à la reconnaissance de la servitude, avoir pour objet non équivoque d'affranchir l'un de ces immeubles de cette servitude qui, par le fait de la division et de l'état de choses antérieurement créé, se-

rait née au profit de l'autre immeuble. — Paris, 4 avr. 1901, précité.

1099. — ... Qu'ainsi la déclaration faite à l'acte, par un donateur « qu'il n'est pas à sa connaissance qu'il existe aucune servitude sur l'immeuble par lui donné, et que personnellement il n'en a créé, ni laissé acquérir aucune », ne suffit pas par elle seule à affranchir ledit immeuble de la servitude apparente résultant de la destination du père de famille, servitude qui d'ailleurs ne préexistait point au contrat de donation et ne pouvait prendre naissance que lors de la division des fonds. — Même arrêt.

1100. — D'une façon plus générale, lorsque le propriétaire de deux héritages, entre lesquels existe un signe apparent de servitude, insère dans le contrat de vente cette clause « que l'héritage est vendu franc et libre de toutes servitudes », il ne résulte pas de cette clause générale que l'héritage soit affranchi de la charge existant, avant la vente, au profit de l'autre fonds. Il n'y a point là de stipulation suffisamment expresse en ce sens. — Cass., 8 déc. 1824, Carra, [S. et P. chr.]; — 2 févr. 1825, de Foresta, [S. et P. chr.]

1101. — On a pu objecter, il est vrai, que la présomption établie par l'art. 694 devait céder devant une déclaration de volonté contraire, et que, en cas de doute sur la portée de la déclaration faite, ce doute devait être interprété contre le vendeur, conformément à l'art. 1602, § 2, C. civ. — Solon, n. 393.

1102. — Mais nous répondrons que les dispositions du Code relatives aux servitudes forment un droit spécial dont il ne faut pas s'écarter, et que l'on ne doit, en cette matière, recourir aux principes généraux que dans le silence de la loi spéciale. Or, cette loi transforme en servitude l'état apparent des lieux visé par l'art. 694, et impose cette transformation dès lors que le contrat ne contient pas de stipulation spéciale tendant à modifier cette disposition apparente des lieux et à exclure la servitude qui en résulte. La clause générale que l'héritage vendu est franc de servitudes tend bien à garantir qu'il n'en doit pas aux tiers; mais elle ne peut, par elle-même, rien changer à l'état apparent dans les rapports spéciaux de celui qui achète un des héritages et de celui qui conserve la propriété de l'autre. — Pardessus, t. 2, n. 330 ; Demolombe, t. 12, n. 825 ; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 8; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1124; Huc, t. 4, n. 426.

1103. — Nous n'admettrions même pas que, lorsque l'acte garde le silence au sujet de la servitude réclamée, l'induction tirée par la loi de ce silence, en faveur de la servitude, puisse être détruite par la simple présomption d'une volonté contraire. Si donc le propriétaire de deux maisons en vend une avec la mitoyenneté du mur qui les sépare, sans réserver, au profit de celle qu'il conserve, les jours pratiqués dans ce mur, c'est à tort, selons nous, que l'on admettrait l'acquéreur à exiger la suppression de ces jours, sous prétexte qu'en acquérant la mitoyenneté, il n'a pas pu vouloir laisser subsister une telle servitude. — *Contrà*, Pardessus, t. 2, n. 300.

1104. — *A fortiori*, lorsque, de deux maisons contiguës appartenant au même propriétaire, la plus élevée est vendue avec stipulation que les servitudes actives et passives continueront d'exister, le vendeur ne peut plus élever la maison qui lui est restée, de manière à fermer les fenêtres existantes, au moment de la vente, dans la partie supérieure du mur latéral de l'autre maison : ces fenêtres constituent une véritable servitude établie par destination du père de famille. — Colmar, 3 déc. 1817, Eggerlé, [S. et P. chr.]

1105. — Il en est de même, si l'acte de vente ou de partage d'où résulte la séparation des deux fonds contient cette clause : « que le fonds est vendu avec les servitudes y attachées », ou « que chaque lot supportera les servitudes apparentes dont il peut être chargé ». — Cass., 7 avr. 1863, Dijols, [S. 63.1.369, P. 64.647, D. 63.1.413]; — 3 déc. 1901, Baland, [S. et P. 1902.1. 282] — V. aussi Cass., 8 nov. 1886, précité.

1106. — Il en est de même encore, dans tous les cas où une clause formelle vient corroborer l'induction que tire l'art. 694 du silence de l'acte. Ainsi, celui qui, en vendant un héritage, a déclaré le vendre *avec toutes ses circonstances et dépendances*, et *dans l'état où il se trouvait alors*, ne peut ultérieurement demander la suppression d'une servitude (de vue et d'égout) existant sur un héritage voisin dont il est également propriétaire, si cette servitude existait à l'époque de la vente. En un tel cas, il y a titre de servitude au profit de l'acquéreur; les règles sur l'acquisition des servitudes par destination du père de famille sont inapplicables. — Cass., 29 janv. 1839, Ville de Paris, [S. 39.1.491, P. 39.2.255]

1107. — Mais si, dans l'acte de vente de terrains où existe un canal servant de canal de fuite à son usine, le vendeur a réservé, au profit de l'acquéreur, la faculté de supprimer ce canal, l'acquéreur de l'usine ne saurait invoquer la destination du père de famille pour réclamer à son profit le maintien dudit canal. — Paris, 24 avr. 1890, Société des grands moulins de Corbeil, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Servitude*, n. 383]

1108. — Dans tous les cas l'appréciation des juges du fond sur la portée des clauses invoquées est souveraine ; et il a été jugé notamment que la demande en reconnaissance d'une servitude de passage est à bon droit rejetée, lorsqu'il résulte des déclarations des juges de fait que les clauses mêmes de l'acte qui a fait cesser l'indivision sont exclusives de toute servitude de passage ; et que les juges du fond, en le décidant ainsi, se livrent à une interprétation de l'intention des parties, qui, dès lors qu'elle ne dénature pas l'acte de séparation des deux fonds, n'excède pas leur pouvoir souverain. — Cass., 7 mars 1876, Dubois-Fournier, [S. 76.1.204, P. 76.499, D. 78.1.69]; — 1er août 1887, précité.

1109. — ... Que l'arrêt ne peut pas être cassé qui décide que d'après l'examen et l'appréciation des titres produits, le droit d'une servitude qu'une partie prétend établie par destination du père de famille n'est pas justifié. — Cass., 6 nov. 1828, Lafond et Salamo, [P. chr.]

1110. — ... Que spécialement, lorsque le juge du fait, appréciant les termes d'un acte de partage et l'intention des parties, constate que le contrat a expressément limité l'étendue des droits des copartageants, et exclu par là même le maintien de la servitude, une pareille interprétation est souveraine, pourvu qu'elle ne dénature pas le contrat. — Cass., 27 avr. 1887, précité.

1111. — ... Qu'il en est encore ainsi, lorsque les juges du fait constatent l'existence (sous forme d'une porte) de la servitude de passage établie par le précédent propriétaire des deux immeubles, ultérieurement séparés par deux ventes successives, au profit de l'un de ces immeubles consistant en une maison, et à la charge de l'autre immeuble; que de plus, les juges du fait, sans dénaturer les conventions des parties, constatent souverainement que le vendeur n'a stipulé dans l'acte de vente de la maison aucune réserve relative à l'usage futur du passage sur lequel la porte de cette maison avait accès, et qu'on ne trouve d'ailleurs dans ledit acte aucune stipulation contraire à l'existence de la servitude. — Cass., 30 oct. 1894, précité.

1112. — ... Qu'il est permis aux juges du fond, pour l'interprétation de l'acte d'où résulte la séparation des deux héritages, de tenir compte des circonstances extrinsèques et de l'exécution donnée à ces actes, afin de s'éclairer sur l'intention réelle des parties contractantes; et qu'il ne fait qu'user de son pouvoir souverain d'interprétation, lorsqu'il induit non seulement des termes des actes dont il s'agit, mais aussi de la manière dont ils ont été exécutés par les parties, que celles-ci n'ont pas entendu grever l'un des héritages d'une servitude au profit de l'autre. — Cass., 22 août 1882, Barrault, [S. 83.1.126, P. 83.1.291, D. 83.1.467]

1113. — Mais les juges du fait doivent considérer qu'un acte de vente n'a pas supprimé le droit de servitude prétendu, si les termes de cet acte, régulièrement interprétés par l'autorité administrative, ont été par elle déclarés insuffisants pour faire reconnaître si ce droit avait été compris dans la vente. — Cass., 12 juin 1869, Préfet du Loiret, [D. 69.1.224]

1114. — Si l'art. 694 n'exige pas le caractère de continuité, il ne s'applique du moins qu'aux servitudes apparentes. L'expression « signe apparent » employée par cet article suppose un signe nettement caractéristique, ne laissant aucun doute sur le caractère apparent de la servitude. — Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 11; Huc, t. 4, n. 426.

1115. — Jugé, en ce sens, que la servitude par destination du père de famille ne peut se fonder que sur des ouvrages révélant sans aucun doute possible la volonté d'établir, d'une façon définitive et permanente, un droit au profit d'un des fonds et un assujettissement à la charge de l'autre. — Cass., 19 juin 1893, Fond et Reymond, [S. et P. 93.1.340, D. 93.1.526]; — 8 mai 1895, de Chamillard, [S. et P. 95.1.272, D. 96.1.11]; — 29 mai 1895, Droc, [S. et P. 95.1.415, D. 95.1.391] — Bourges, 10 août 1831, Lhotellier, [P. chr.] — Nancy, 9 janv. 1840, Despans de Cubières, [D. 40.2.216]

1116. — ... Et qu'il ne suffirait pas d'un ouvrage dont l'établissement pourrait se justifier par la seule commodité personnelle du précédent propriétaire, ou par le désir de faciliter des relations de famille ou de voisinage, aucun des deux fonds n'en devant retirer un avantage appréciable. — Caen, 27 mars 1833, Peltresne (cité par Demolombe, t. 12, n. 822 ; — 20 févr. 1855, Denis, [*Rec. de Caen*, t. 9, p. 82] — Bruxelles, 24 juill. 1859, Boeckx, [*Pasicr. belge*, 62.2.299] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 613; Demolombe, t. 12, n. 822. — V. *supra*, n. 1036, 1039.

1117. — Jugé encore que le signe apparent doit avoir été établi par le propriétaire comme manifestation de sa volonté d'organiser un état de choses permanent pour l'usage et l'utilité des deux fonds, état de choses destiné à survivre à leur séparation. — Rouen, 27 janv. 1881, Saint-Denis, [S. 84.2.165, P. 84.1.885]

1118. — ... Que celui qui réclame une servitude de passage par destination du père de famille, en invoquant l'existence d'un signe apparent, doit établir que ce signe est non équivoque et caractéristique de cette servitude ; et que la demande en réclamation de la servitude est à bon droit rejetée, lorsqu'il résulte des déclarations des juges de fait, que le signe apparent invoqué comme caractéristique de cette servitude est équivoque et incertain. — Cass., 1er août 1887, précité. — Rouen, 27 janv. 1881, précité.

1119. — Au surplus, il appartient aux juges du fait de déclarer souverainement l'existence du signe apparent d'où résulte la servitude. — Cass., 16 févr. 1832, Paradis, [P. chr.]; — 12 janv. 1869, Préfet du Loiret, [D. 69.1.224]; — 15 avr. 1872, Foussier, [S. 73.1.146, P. 73.355, D. 72.1.416]; — 3 nov. 1896, Dumont, [S. et P. 97.1.407, D. 97.1.214]; — 6 déc. 1898, Mahé-Villeblanche, [S. et P. 1900.1.491, D. 99.1.87]

1120. — Jugé, spécialement, que les juges du fait constatent suffisamment l'existence du signe apparent du droit du propriétaire d'une usine d'user des eaux des sources d'un fonds voisin pour les besoins de ladite usine, lorsqu'ils déclarent que le propriétaire entre les mains duquel ont été les héritages des parties en cause avait aménagé et dirigé les eaux des sources lui appartenant pour le service de ses moulins, et que cet aménagement résulte de la situation et de l'aspect des lieux. — Cass., 29 mai 1895, précité.

1121. — ... Que les juges du fait ne font qu'user de leur pouvoir souverain d'appréciation, lorsqu'ils induisent des actes produits et des documents de la cause qu'aucune servitude par destination du père de famille n'existe entre deux fonds, et qu'il n'y a jamais eu de la part du propriétaire du fonds prétendu servant qu'une simple tolérance. — Cass., 10 mai 1899, Laraque, [S. et P. 1900.1.190, D. 1901.1.361]

1122. — ... Qu'ils peuvent écarter comme incertain et équivoque le signe apparent invoqué à l'appui d'une prétendue destination du père de famille, et dire notamment qu'un pont a été établi exclusivement au profit d'une certaine parcelle, alors qu'on y veut trouver le signe d'une servitude à la charge de cette même parcelle. — Cass., 7 mars 1876, précité.

1123. — Décidé, d'autre part, que l'existence d'un coffre de cheminée faisant extérieurement saillie d'un côté du mur séparatif de deux maisons, et n'ayant jamais servi au passage des fumées de la maison située du même côté, mais bien à celui des fumées de l'immeuble voisin, est un signe suffisamment apparent de la servitude créée au profit de ce dernier immeuble par le propriétaire qui, les possédant tous deux, ne les a vendus séparément qu'après avoir mis les choses en cet état. — Cass., 28 déc. 1875, Lacroix, [S. 76.1.111, P. 76.264, D. 76.1.440] — *Sic*, Gavini de Campile, n. 1221 et s.; Laurent, t. 8, n. 184.

1124. — ... Qu'un barrage établi sur un cours d'eau, au profit d'un fonds riverain qui s'est trouvé réuni à un autre fonds dans la main d'un seul propriétaire, constitue un signe apparent de servitude dans le sens de l'art. 694, C. civ.; de telle sorte que, si les deux fonds viennent ensuite à être séparés et à se trouver dans des mains différentes, la servitude établie au profit de l'un des fonds sur l'autre au moyen du barrage continue de subsister. — Cass., 2 avr. 1854, Laurent, [S. 55.1.117, P. 55.2.228, D. 54.1.272]

1125. — ... Qu'une porte séparant les deux héritages peut être considérée comme un signe apparent de la servitude de passage. — Douai, 23 janv. 1869, sous Cass., 6 déc. 1869, Blanchard, [S. 70.1.107, P. 70.258, D. 71.1.53] — Trib. sup. de Darmstadt, 23 janv. 1897, Bittel, [S. et P. 98.4.32] — V. aussi, Rennes, 15 févr. 1819, Durenguet, [P. chr.] — *Contra*, Caen, 20 févr. 1845, Denis, [P. 45.1.687, D. 45.4.480]

1126. — ... Qu'il en est de même d'un pas avec barrière, ou d'une barrière et d'une chaussée ou de toute autre ouverture servant à l'exercice d'un passage. — Cass., 3 déc. 1901, précité. — 5 févr. 1902, Refou..., [*Gaz. des Trib.*, 1902, 1er sem., 1] — Caen, 15 nov. 1836, Polree, [S. 37.2.187, P. 37.1.583]

1127. — ... Qu'il en est de même encore d'une barrière interceptant le chemin sur lequel le passage est réclamé, barrière munie d'une serrure, dont la clef est toujours restée entre les mains de la partie qui réclame la servitude. — Cass., 8 juill. 1885, Maufras du Châtellier, [S. 87.1.428, P. 87.1.1056, D. 86.1.292]

1128. — ... Et qu'il importe peu, en pareil cas, qu'il existe, sur le même chemin, une autre barrière mettant obstacle au passage, et dont la clef est déposée chez le propriétaire du fonds servant, s'il est reconnu que l'établissement de cette seconde barrière n'avait eu pour but que de protéger les cultures contre l'invasion des animaux, et si la clef en avait toujours été tenue à la disposition du bénéficiaire de la servitude. — Même arrêt.

1129. — ... Qu'une porte de moulin ouvrant sur un terre-plein, lequel fait suite à une levée par où a toujours eu lieu l'exploitation dudit moulin, constitue à son profit un signe apparent suffisant de servitude de passage, surtout lorsque l'existence de cette porte et le passage par la levée pour y accéder s'expliquent par les difficultés que présentaient, pour arriver d'un autre côté au moulin, des prairies marécageuses et un gué d'un passage difficile. — Cass., 12 janv. 1869, précité. — Orléans, 15 févr. 1868, Lemesle, [D. 68.2.157]

1130. — ... Que des fenêtres pratiquées dans les murs d'une grange contiguë à une pièce de terre que le vendeur de la grange s'est réservée et qui s'ouvrent ou se ferment seulement à l'aide de verrous placés en dehors, constituent un signe apparent de servitude de passage pour le service de cette grange dans les termes de l'art. 694, C. civ. — Paris, 24 févr. 1845, de Junquières, [P. 45.1.300]

1131. — ... Que de l'état des chemins traversant une propriété et de leur affectation, peut résulter un signe apparent et non équivoque de servitude de passage établie, par destination du père de famille, au profit d'un fonds voisin. — Cass., 6 déc. 1898, précité.

1132. — ... Qu'il en est de même de la forme donnée à une rue qui établit une communication permanente et publique entre deux autres voies au profit du fonds dominant. — Cass., 10 nov. 1897, Ramond, [S. et P. 1900.1.310, D. 98.1.177]

1133. — ... Que les juges du fond ont pu voir un signe apparent de servitude, au sens de l'art. 694, dans une pierre en saillie qui existait de temps immémorial dans un mur en pierres sèches au-dessus d'un cloaque, et qui n'était autre chose qu'une marche d'escalier servant à la vidange de ce cloaque. — Cass., 14 mai 1901, Catani, [S. et P. 1902.1.283, D. 1901.1.357]

1134. — Mais il a été décidé qu'une route forestière non empierrée, traversant les deux héritages qui ont appartenu au même propriétaire, ne constitue pas un signe apparent d'une servitude de passage dans le sens de l'art. 694, C. civ.; et qu'il en est ainsi surtout lorsque le vendeur s'est formellement réservé une servitude de passage sur la parcelle vendue et que la réciprocité n'a pas été stipulée en faveur de l'acquéreur réclamant la servitude. — Rouen, 19 nov. 1874, Delas, [S. 76.2.316, P. 76.1232]

1135. — ... Que l'existence d'ornières sur un terrain inculte et soumis depuis longues années à la vaine pâture ne suffit pas pour prouver la destination du père de famille et pour établir une servitude de passage ; il faudrait qu'à l'aide d'ouvrages d'art il ait été établi un chemin susceptible d'être distingué comme tel du surplus de l'héritage. — Bourges, 24 nov. 1830, Laborde, [P. chr.]

1136. — ... Que la trace d'anciens dépôts ayant existé sur le fonds prétendûment asservi ne peut être assimilée au signe extérieur et permanent nécessaire pour manifester l'existence d'une servitude de dépôt de sables et de graviers. — Trib. civ. de Limoux, 4 juill. 1867, Doumergue, [D. 70.1.134]

1137. — ... Que l'existence de racines d'arbres, dont l'accroissement est latent, ne peut constituer le signe apparent qu'exige l'art. 694. — Caen, 3 mars 1893, Lesueur, [D. 94.2.3]

1138. — ... Que l'usage d'une échelle mobile pouvant être déplacée ou supprimée à volonté ne peut suffire à l'établissement, par destination du père de famille, d'une servitude de pas-

sage pour parvenir au second étage d'une maison, ce signe apparent ne présentant pas le caractère de permanence et de pérennité qui révèle la pensée d'une affectation perpétuelle devant [illegible] de la propriété. — Bastia, 17 déc. 1856, [illegible] S. 57.2.82, P. 58.176, D. 58.2.210] — V. *infrà*, n. 1145.

1139. — ... Que l'on ne peut pas considérer une servitude d'aqueduc comme établie par application de l'art. 694, lorsque les travaux exécutés par le père de famille ne font nullement présumer qu'il ait eu la volonté de créer d'une façon définitive et permanente la conduite d'eau au profit de l'un des fonds à travers l'autre, et que l'on ne saurait voir dans ces travaux le signe apparent de la servitude réclamée. — Cass., 19 juin 1893, précité.

1140. — ... Qu'une servitude de vue par fenêtres d'aspect, éteinte par la réunion dans la même main du fonds dominant et du fonds servant, ne revit pas lors de l'aliénation de l'ancien fonds dominant par le propriétaire commun, s'il est constaté que, pendant la réunion des deux fonds dans la même main, le bâtiment, au profit duquel avait jadis existé la servitude, était tombé en ruines, et que les débris de ce bâtiment sont dans un tel état, qu'ils ne peuvent constituer un signe apparent de servitude dans les conditions de l'art. 694, C. civ. — Cass., 24 janv. 1883, Karsenty, [S. 84.1.372, P. 84.1.948, D. 84.1.112]

1141. — ... Qu'il en est ainsi surtout, alors que le cahier des charges de la vente ne parle pas de la servitude antérieure, et qu'elle paraît, au contraire, être exclue par certaines clauses dudit cahier des charges. — Même arrêt.

1142. — ... Que du moins, en le décidant ainsi, l'arrêt ne fait qu'user du droit souverain d'interprétation des conventions des parties et d'appréciation des circonstances qui appartient au juge du fond. — Même arrêt — V. *suprà*, n. 1119.

1143. — Jugé, d'autre part, que le signe apparent doit être la manifestation d'une servitude certaine, précise et déterminée, et non d'une servitude quelconque sans rapport avec celle dont le maintien est réclamé; et que spécialement une porte pleine dans le mur séparatif d'une maison et d'une grange ne peut être considérée comme le signe apparent, pour la grange, d'une servitude de jour et d'aérage. Dès lors, et si le possesseur de la grange ne réclame le maintien de la porte que pour cet usage, l'acquéreur de la maison peut en réclamer la suppression, surtout si son contrat l'oblige de clore à ses frais l'héritage à lui vendu. — Cass., 6 déc. 1869, précité.

1144. — Il existera parfois des signes apparents de servitudes contradictoires. Le juge appréciera en ce cas auxquels il faut donner la préférence. Il a été jugé notamment que des pierres d'attente dans l'angle d'une maison impliquaient nécessairement la réserve du droit d'élever une construction contiguë, et excluaient toutes servitudes de vue, *altius non tollendi*, ou autres, manifestées par des ouvertures, par des volets se développant en saillie, ou par un retour d'entablement surplombant le terrain à bâtir. — Cass., 9 déc. 1885, Sapin, [D. 86.1.149]

1145. — Le signe apparent doit, de plus, avoir un caractère de permanence; de sorte que de simples barrages *momentanés*, par exemple, devraient être considérés comme insuffisants. — Caen, 25 nov. 1841, Ballière, [*Rec. Caen*, t. 5, p. 401] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 823.

1146. — Mais l'art. 694 ne suppose pas la nécessité d'ouvrages de main d'homme; et l'expression « signe apparent » comprend même des signes qui tiendraient à la seule disposition naturelle des lieux, comme la direction d'un cours d'eau, par exemple. — Bourges, 13 déc. 1825, Guillaume, [S. et P. chr.] — Caen, 23 août 1831, Lalande, [cité par Demolombe, t. 12, n. 823]; — 8 janv. 1840, Lallier, [*Rec. Caen*, t. 3, p. 594] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 300; Solon, n. 389; Demolombe t. 12, n. 823; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1124.

1147. — Peu importe aussi que l'extériorité de la servitude se manifeste sur le fonds servant ou sur le fonds dominant. — Demolombe, t. 12, n. 824; Aubry et Rau, t. 3, § 252, note 7; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1124.

1148. — Jugé qu'un barrage constitue le signe apparent exigé par la loi, alors même qu'il est établi sur le fonds dominant, et à une distance telle du fonds servant que rien n'indique qu'il n'ait pu avoir lieu que du consentement du propriétaire de ce fonds. — Cass., 2 avr. 1854, précité.

1149. — Il faut enfin que le signe soit apparent lors de la séparation des fonds. — Cass., 13 juill. 1885, précité. — V. *suprà*, n. 1096.

1150. — Mais peu importe que, depuis la séparation des héritages, l'état des lieux et la nature des travaux destinés à assurer l'exercice de la servitude aient été modifiés sous l'influence, soit de causes naturelles multiples, soit des améliorations apportées à l'exploitation, soit des perfectionnements du système d'irrigation des eaux; ces modifications, portant sur le mode d'exercice de la servitude, n'ont pu affecter le droit lui-même. — Cass., 15 nov. 1886, Delalande, [S. 87.1.205, P. 87.1.501, D. 87.1.495]

1151. — Il suffit même que l'apparence existe, après le décès du père de famille, lors du partage de sa succession, sans avoir été sensible à la date du décès. — Cass., 27 mars 1866, Faidy, [S. 66.1.215, P. 66.548, D. 66.1.339]

1152. — Nous avons *suprà*, n. 1084 écarté l'argument tiré du mot « dispose », qu'emploie l'art. 694, et d'où l'on a voulu conclure que cet article s'appliquerait seulement en cas d'aliénation et non de partage. Remarquons toutefois que l'emploi de ce mot écarte l'application de notre article lorsque la division des fonds a eu lieu par suite de prescription. Il est de même inapplicable quand la division, ayant été opérée en vertu de tout autre événement juridique, n'a pas été constatée par écrit, en supposant d'ailleurs la preuve par témoins non recevable pour établir la clause de l'acte. — Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1124.

1153. — Mais, en dehors du cas de prescription, peu importe que la séparation ait eu lieu du consentement du propriétaire ou indépendamment de son fait. — Pardessus, t. 2, n. 300; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*; Brémond, *Rev. crit.*, 1900, p. 343.

1154. — Il a été jugé, notamment, que l'art. 694 est applicable au cas de prise de possession par la caisse d'amortissement, en vertu de la loi du 20 mars 1813, de l'un de deux fonds appartenant à une même commune et entre lesquels il existe un signe apparent d'une servitude de passage. — Cass., 19 juin 1861, Laloy, [S. 63.1.133, P. 63.531, D. 62.1.461]

1155. — ... Qu'au cas d'adjudication sur expropriation forcée, aussi bien qu'au cas de vente volontaire, les servitudes apparentes existantes en faveur des fonds vendus, sur d'autres fonds du saisi, continuent de subsister lorsque l'adjudication ne renferme aucune clause contraire. — Cass., 30 nov. 1853, Olleris, [S. 54.1.679, P. 55.2.576, D. 54.1.17] — Bourges, 17 janv. 1831, Bonnault, [S. 32.2.88, P. chr.]

1156. — ... Que le jugement qui prononce l'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble transmet à l'acquéreur dudit immeuble l'exercice des droits qui y sont attachés, et spécialement le droit à une servitude de passage établie par destination du père de famille, lorsqu'au moment de l'expropriation il existait un signe apparent de servitude, et lorsque le jugement d'expropriation garde le silence relativement à la servitude litigieuse. — Cass., 10 nov. 1897, Ramond et autres, [S. et P. 1900.1.310, D. 98.1.177]

1157. — L'art. 694 s'applique aux dispositions à titre gratuit comme aux dispositions à titre onéreux et aux dispositions directes comme à celles qui ne comprennent le fonds cédé que par voie de conséquence. — Cass., 17 nov. 1847, Robert, [S. 48.1.30, P. 47.2.664, D. 47.1.376] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *loc. cit.*

1158. — Nous avons enfin indiqué (*suprà*, n. 1085) que l'art. 694 était applicable même en cas de division des fonds par un partage intervenu après le décès du commun propriétaire.

1159. — Bien que l'art. 694 parle de *deux héritages*, il s'applique aussi bien au cas de division d'un même corps de propriété en deux ou plusieurs lots, soit par vente ou partage, soit par aliénation d'une partie seulement d'un fonds : des servitudes apparentes peuvent se trouver ainsi créées entre les divers lots ou portions du fonds, sans qu'il soit nécessaire que ces lots aient formé à l'origine des exploitations distinctes. — Cass., 26 avr. 1837, de Mortarieu, [S. 37.1.916, P. 37.1.304]; — 24 févr. 1840, Chauvin, [S. 40.1.97, P. 40.1.743]; — 17 nov. 1847, précité; — 7 avr. 1863, Dijols, [S. 63.1.369, P. 64.647, D. 63.1.413] — Toulouse, 21 juill. 1836, de Mortarieu, [S. 37.2.155, P. 37.1.92] — Paris, 15 mai 1862, Dijols, [P. 63.533, D. 62.2.111] — *Sic*, Troplong, Rapport sous Cass., 24 févr. 1840, [sous S. 40.1.98]; Solon, n. 389-3°; Demolombe, t. 12, n. 826; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 1; Laurent, t. 8, n. 176; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1116.

1160. — Jugé, en sens contraire et en s'attachant à la ri-

gueur des termes employés, que l'art. 694 ne vise que le cas de deux fonds ayant chacun leur individualité, et ne s'applique pas au cas de vente ou de partage, en divers lots, d'un même corps de propriété; de sorte que si un domaine, composé d'un château ou d'une ferme, a été vendu en deux lots séparés, l'acquéreur de la ferme aurait le droit, à moins de stipulation contraire expresse du contrat, ou encore à moins d'enclave, de forcer l'acquéreur du château à boucher les portes par lesquelles il peut communiquer avec la cour de la ferme. — Cass., 10 mai 1825, Delamarre, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 300; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 337, note 10.

1161. — Pas plus que les servitudes acquises par prescription, celles établies par la destination du père de famille n'ont besoin d'être transcrites pour être opposables aux tiers. L'art. 2, L. 23 mars 1855, ne vise que la transcription de l'acte constitutif, c'est-à-dire du titre écrit; et ici il n'y a pas de titre. — Rivière et François, *Explic. de la loi du 23 mars 1855*, n. 38; Lesenne, *Comment. de la loi du 23 mars 1855*, n. 50; Berger, *Transcript.*, n. 141; Flandin, *Transcript.*, t. 1, n. 412 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 252, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1125. — *Contra*, Mourlon, *De la transcript.*, n. 115 et s.; Rivière et Huguet, *Transcript.*, t. 1, n. 232. — V. *suprà*, n. 873.

1162. — Jugé, en ce sens, que les servitudes acquises par destination du père de famille, soit en vertu des art. 692 et 693, C. civ., soit en vertu de l'art. 694, sont opposables aux tiers indépendamment de toute transcription, que l'absence d'acte constitutif rend impossible. — Cass., 10 nov. 1897, Ramond, [S. et P. 1900.1.310, D. 98.1.177]

CHAPITRE II.

DE LA CESSATION ET DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

1163. — Il y a lieu de distinguer la cessation des servitudes par l'effet d'un changement des choses qui ne permet plus d'en user, et leur extinction par l'effet de conventions expresses ou présumées. La cessation est un fait dont les suites ne sont pas toujours irréparables; l'extinction au contraire anéantit le droit, et l'effet en est définitif. — Pardessus, t. 2, n. 293.

Section I.

De la cessation des servitudes par changement de l'état des choses.

1164. — Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user (C. civ., art. 703).

1165. — Le changement des lieux, qui fait cesser la servitude, peut provenir, soit de la ruine totale de l'un des deux fonds, soit d'événements qui mettent l'un hors d'état de servir à l'usage de l'autre, ou celui-ci hors d'état d'en profiter ou sans intérêt pour le faire. Tel serait le cas où le débordement d'un fleuve aurait détruit l'un des deux fonds; celui où la source grevée d'un droit de puisage serait venue à se tarir tout à fait; celui où la maison au profit de laquelle existait un droit de vue aurait été démolie ou incendiée; où des constructions auraient été élevées sur un fonds intermédiaire entre deux autres dont l'un a une servitude *altius non tollendi* sur le deuxième. — Duranton, t. 5, n. 654; Toullier, t. 2, n. 684; Pardessus, t. 2, n. 294; Demolombe, t. 12, n. 963, 965; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1149.

1166. — Jugé, par exemple, que la démolition d'un abreuvoir et la vente de ses matériaux entraînent la cessation du droit d'usage sur les eaux destinées à l'alimenter. — Cass., 7 févr. 1872, Thépant, [S. 72.1.269, P. 72.678, D. 72.1.200]

1167. — ... Qu'une servitude de passage est éteinte lorsque, à la suite de l'expropriation du fonds dominant, des constructions ont été élevées sur l'emplacement antérieurement affecté à la servitude; de sorte que la rétrocession d'une portion du terrain exproprié, faite quelques années plus tard à l'ancien propriétaire dominant, ne permet pas à ce dernier d'exiger le rétablissement de ladite servitude. — Bourges, 23 juill. 1890, Renault, [D. 92.2.444]

1168. — ... Qu'il y a modification entraînant extinction de la servitude, lorsque le fonds asservi a complètement changé de nature, de manière qu'il soit impossible d'exécuter l'acte constitutif de la servitude selon le mode et dans les limites tracées par cet acte, et conformément à l'intention des parties lors du contrat. Ainsi, la servitude de pacage et d'abreuvage constituée *sur un étang* est éteinte lorsque, par suite d'un événement de force majeure, cet étang a été desséché et son sol livré à la culture. — Orléans, 6 déc. 1848, [illegible], [P. 49.1.[illegible]]

1169. — Peu importe, pour l'application de l'art. 703, que le changement soit survenu sur le fonds servant ou sur le fonds dominant. — Demolombe, t. 12, n. 963; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 2; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1149; Huc, t. 4, n. 457.

1170. — Il peut se faire que les deux héritages continuent d'exister, que leur état soit toujours le même, et que [illegible] de la servitude vienne à cesser. — Par exemple, si un héritage devait à un autre le passage nécessaire pour se rendre à une source placée sur celui d'un tiers, et que cette source vînt à tarir, le passage ne pourrait plus être réclamé désormais, quoique ni le fonds assujetti, ni celui à qui le passage était dû n'eussent éprouvé de changement. — Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 12, sect. 6, n. 1; Pardessus, t. 2, n. 294.

1171. — Jugé, en ce sens, que la servitude d'égout doit prendre fin qui, par suite de travaux exécutés par des propriétaires voisins sur leurs propres fonds, ne peut plus s'exercer sur le point originairement déterminé. — Cass., 16 mai 1838, Cazeaux, [S. 38.1.570, P. 38.1.669]

1172. — Peu importe encore que la ruine totale ou le changement des lieux soient le résultat de la volonté de celui à qui la servitude est due, ou du hasard, ou d'une force majeure, ou du fait d'un tiers agissant dans les limites de son droit (par exemple, en exécutant des fouilles dans son fonds). Mais ces hypothèses sont les seules où l'art. 703 soit applicable. — Pardessus, t. 2, n. 294; Demolombe, t. 12, n. 971; Laurent, t. 8, n. 290; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1150; Huc, t. 4, n. 458; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 20 et s. — V. aussi Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 3.

1173. — On a voulu écarter l'application de l'art. 703, au cas où le changement proviendrait du fait du propriétaire dominant, ou du fait d'un tiers agissant en dehors des limites de son droit. — Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et notes 3 et 4. — Nous pensons au contraire que les art. 703 et 704 ne comportent pas cette distinction; et quant au changement provenant du propriétaire dominant, il y a spécialement lieu de faire remarquer que l'art. 665, qui n'est, comme nous le verrons (n. 1197), qu'une conséquence du principe posé dans l'art. 704, resterait sans application si l'on n'admettait pas que la démolition d'un mur par le propriétaire du fonds dominant pût éteindre les servitudes acquises. — V. Pardessus, Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Huc, *loc. cit.*

1174. — Jugé toutefois que l'établissement de travaux contraires à une servitude continue n'en fait légalement présumer l'extinction que si le titulaire a cessé d'en jouir pendant trente ans à partir de leur confection. — Cass., 6 nov. 1889, Ann., [S. et P. 92.1.65, D. 89.1.473] — V. au surplus *infrà*, n. 1376 et s.

1175. — Quant aux changements provenant d'un tiers, il suffit de reconnaître, avec Demolombe (*loc. cit.*), le droit pour le propriétaire dominant, de poursuivre le rétablissement des lieux contre le tiers qui aurait agi hors des limites de son droit.

1176. — Ajoutons que le tiers qui a causé lui-même, par un fait dommageable, un changement dans l'état des lieux, ne saurait s'en prévaloir pour faire prononcer, à son profit, l'extinction de la servitude. — Lyon, 9 déc. 1882, Jacquin-Duclos, [S. 85.2.117, P. 85.1.597, D. 84.2.85]

1177. — D'autre part, l'art. 703 n'est pas applicable lorsque c'est par le fait ou la faute du propriétaire du fonds servant que le changement s'est produit. — Bordeaux, 19 mars 1895, [*Rec. de Bordeaux*, 95.1.199] — *Sic*, Pardessus, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, *loc. cit.* — *Contrà*, Zachariæ, § 255, note 2; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Huc, *loc. cit.*

1178. — Ainsi lorsque le propriétaire d'une source a vendu cette source à une ville pour les besoins de ses habitants et que le contrat de vente contient une clause par laquelle le vendeur se réserve un droit de servitude sur cette source, la ville ne peut pas, en traitant avec une compagnie de chemin de fer dont la voie passe sur cette source, priver le vendeur de l'usage de la servitude qu'il s'est réservée. En conséquence, le vendeur a le

droit, nonobstant le traité intervenu entre la compagnie de chemin de fer et la ville, d'obliger la ville à effectuer les travaux nécessaires pour l'usage de la servitude. — Bordeaux, 19 mars 18[illegible], précité.

1179. — Il n'en serait autrement que si la servitude, acquise par prescription et portant sur un objet essentiellement temporaire (tel qu'un arbre), devait être réputée essentiellement temporaire elle-même et liée à l'existence de cet objet. Ainsi celui qui n'a en sa faveur que la simple possession d'une servitude sur un arbre, dont il se sert pour soutenir une barrière, n'est pas fondé, au cas où le propriétaire de l'arbre vient à l'abattre, à demander qu'un nouvel arbre ou un poteau, pour en faire l'office, soit replanté à la place de l'arbre abattu. — Cass., 6 avr. 1841, Garnier, [S. 41.1.414

1180. — Il faut, pour que la servitude cesse, qu'il y ait impossibilité réelle d'en user. Quand cette impossibilité aura-t-elle lieu? Les tribunaux décideront.

1181. — Au cas d'obstacle seulement partiel, il n'y a cessation que dans la mesure où la servitude ne peut plus s'exercer. Une simple modification dans son exercice, une destruction partielle, un changement qui ne lui enlèverait pas toute espèce d'utilité, serait insuffisant pour la faire cesser. — Duranton, t. 5, n. 657; Marcadé, sur l'art. 703; Demolombe, t. 12, n. 967 et 970; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 1; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1149; Huc, t. 4, n. 457.

1182. — Jugé notamment qu'une servitude n'est pas éteinte par un changement dans l'état des lieux, si ce changement, indépendant de la volonté du propriétaire du fonds dominant, apporte seulement une modification dans l'usage de la servitude, sans causer aucun dommage, ni aucune aggravation pour le fonds servant; et qu'il en est ainsi surtout lorsque le titre constitutif concède le droit dans des termes généraux n'impliquant pas son exercice sur une partie spéciale du fonds servant. — Cass., 22 févr. 1875, Oudin, [S. 75.1.293, P. 75.712]

1183. — ... Qu'un changement dans l'état de lieux ne peut devenir un motif d'extinction d'un droit de servitude qu'autant que l'héritage dominant n'a plus ni profit, ni utilité pour en jouir en tout ou en partie; qu'il ne suffirait pas que ce changement eût fait disparaître les principaux usages auxquels la servitude était destinée; et que spécialement, un droit de passage à pied et à cheval, avec charrues et charrettes, stipulé comme moyen de communiquer avec des fonds ruraux, doit, bien que la conversion de ces fonds en propriétés bâties ait rendu inutile le passage à cheval, avec charrues et charrettes, continuer de subsister pour le passage à pied. — Cass., 9 déc. 1857, Gosselin, [S. 59.1.843, P. 59.637, D. 58.1.110]

1184. — ... Qu'une servitude établie par convention ne cesse point par cela qu'une acquisition donne au fonds dominant une autre issue ou moyen d'exploitation indépendant de la servitude. — Bordeaux, 18 mars 1845, Cartaut, [P. 45.1.769]

1185. — ... Que la servitude *altius non tollendi* établie au profit d'un fonds sur un autre fonds contigu continue de subsister malgré le changement des lieux résultant de l'ouverture d'une rue entre les deux fonds. — Cass., 7 mai 1851, de Chaponay, [S. 51.1.409, P. 51.2.338, D. 51.1.155] — Paris, 11 nov. 1833, Thayer, [S. 37.1.980, P. 37.2.16] — Dijon, 9 janv. 1852, de Chaponay, [S. 52.2.127, P. 52.2.667, D. 52.2.70] — V. Demolombe, t. 12, n. 967; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 36.

1186. — ... Que la servitude *altius non tollendi*, établie en faveur d'un couvent de religieuses continue à subsister, bien que ce couvent ait été converti en caserne, les servitudes une fois constituées étant indépendantes de la position personnelle du maître du fonds dominant. — Dijon, 24 août 1843, Chevalier, [S. 43.2.496] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 968.

1187. — ... Que, après un incendie qui avait détruit une partie considérable d'un pressoir grevé de servitude, en même temps que le bâtiment qui l'abritait, il devait suffire de réparer le pressoir et de réédifier le bâtiment sur le sol où il était établi pour que la servitude continuât de pouvoir être exercée; et que dès lors, le fonds grevé de servitude n'ayant pas été détruit en totalité, puisque l'incendie n'a pu atteindre le sol sur lequel était établi le pressoir, le propriétaire du bâtiment ne pourrait, pour soutenir que la servitude est éteinte, se prévaloir de l'art. 703, C. civ. — Caen, 4 nov. 1891, Hue, [S. et P. 92.2.195]

1188. — ... Que la conduite d'eau, concédée originairement sur une propriété privée, ne cesse pas d'exister par l'établissement d'une voie publique sur une portion de son parcours, alors même que, par suite de ce changement, la forme et la direction des canaux conducteurs ont été modifiées, si d'ailleurs la possession plus que séculaire du concessionnaire de la servitude est restée exempte de tout trouble. — Cass., 14 mai 1872, Commune de Cotignac, [S. 72.1.388, P. 72.1020, D. 72.1.307] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 34.

1189. — ... Que la servitude d'aqueduc établie sur un fonds autre que celui où prend naissance la source qui alimente l'aqueduc, ne se trouve point éteinte par cela seul que la source vient à tarir. — Riom, 23 janv. 1829, Vissaguet, [S. et P. chr.] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 24.

1190. — ... Que la servitude existant sur un fonds pour le le passage des eaux alimentant un étang, n'est pas éteinte non plus par le desséchement de l'étang : le propriétaire de cet étang est en droit d'etablir sur son héritage un barrage pour la retenue et la distribution des eaux dans des canaux d'irrigation, pourvu que le nouvel état de choses n'aggrave pas la condition du fonds sur lequel passent les eaux ainsi retenues et distribuées. — Cass., 27 févr. 1844, Vaucher, [S. 44.1.658, P. 44.2.136] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 969; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 32.

1191. — Jugé encore qu'une servitude d'écoulement des eaux établies par le père de famille ou dérivant de la situation des lieux ne saurait cesser, par cela seul que les héritiers du père de famille, procédant au partage de l'héritage commun, auraient séparé par une clôture leurs propriétés désormais distinctes. En pareil cas, les héritiers devenus propriétaires du fonds supérieur sont fondés à pratiquer des ouvertures dans le mur construit pour séparer ces propriétés, à l'effet d'assurer comme par le passé l'écoulement des eaux sur le fonds inférieur; car si le mur a été construit de telle sorte que l'exercice de la servitude soit devenu impossible, il n'y a là qu'un simple obstacle de fait indûment apporté à l'exercice du droit des propriétaires du fonds dominant, obstacle qui ne saurait les priver de leur droit. Il en est ainsi du moins lorsque les héritiers, en convenant de la construction d'un mur destiné à séparer à l'avenir les cours et bâtiments attribués à chacun d'eux par le partage, n'ont pas entendu mettre fin à la double servitude dérivant, l'une de la destination du père de famille, l'autre de la situation des lieux qui, antérieurement au partage, s'exerçait sur la cour comprise dans un des lots et au profit du hangar et de la portion de cour attribués à l'autre copartageant; et, à cet égard, l'interprétation de l'intention des parties par les juges du fait est souveraine. — Cass., 1er avr. 1889, Baudet, [S. et P. 92.1.378, D. 90.1.270]

1192. — Jugé, dans le même sens, qu'il ne suffirait pas, pour que l'art. 703 fût applicable, d'une modification dans l'état des lieux, comportant seulement un changement dans l'assiette de la servitude. — Cass., 11 déc. 1861, Michel, [S. 62.1.513, P. 63.34, D. 62.1.79]

1193. — ... Que notamment l'abaissement du lit d'une rivière au point où s'exerce un droit de prise d'eau n'emporte pas extinction de la servitude, si la prise d'eau peut être établie sur un autre point, sans dommage ni aggravation pour le fonds servant. — Même arrêt.

1194. — Toutefois nous avons indiqué (V. *suprà*, n. 381 et s.) que le propriétaire du fonds dominant ne pouvait pas exiger un changement dans l'assiette de la servitude; et de là résulte que, si une personne a acheté et payé le passage nécessaire pou son héritage sur un fonds voisin, et qu'une force majeure détruise la partie du terrain sur laquelle ce passage était exercé, elle sera obligée d'acquérir un autre passage, et ne pourra le prendre, sans indemnité, sur d'autres parties du même fonds voisin. — Duranton, t. 5, n. 657 et 665; Pardessus, t. 2, n. 294; Demolombe, t. 12, n. 966.

1195. — De même, lorsqu'une servitude (telle, par exemple, que celle d'égout) ne peut plus s'exercer sur le point originairement déterminé, par suite de travaux exécutés par des propriétaires voisins sur leurs propres fonds, le propriétaire du fonds dominant n'a pas le droit d'exiger qu'une autre partie du fonds servant soit destinée à l'exercice de la servitude, alors du moins que par là la servitude se trouverait aggravée. — Cass., 16 mai 1838, Cazeaux, [S. 38.1.570, P. 38.1.669]

1196. — Notons encore qu'en vertu des mêmes principes, celui qui a acquis à titre onéreux une servitude de prise d'eau dans un canal, sans stipulation de garantie d'un minimum d'eau, ne peut demander contre son cocontractant la résolution du contrat, au cas où l'exercice de la servitude devient impossible

à raison de la diminution du volume d'eau dans la rivière qui alimente le canal; c'est là un cas de force majeure à la charge du créancier de la servitude. — Cass., 19 mars 1872, Frémicou t Perrault, [S. 72.1.291, P. 72.714, D. 72.1.253]

1197. — La cessation des servitudes par impossibilité d'en user peut n'être que momentanée. « Elles revivent, dit l'art. 704, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user » à nouveau. Nous avons déjà indiqué (V. *supra*, v° *Mitoyenneté*, n. 700) l'application que fait l'art. 665 de ce principe en décidant que, « lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison ».

1198. — Jugé que si le dessèchement d'un étang, effectué en exécution de la loi du 14 frim. an II, a bien fait cesser les servitudes d'abreuvage ou de pacage qui grevaient l'étang avant son dessèchement, il n'a pas définitivement éteint ces servitudes : elles revivent donc si plus tard le fonds servant est remis en nature d'étang. — Cass., 30 déc. 1839, Bruey, [S. 40.1.513] — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 976. — V. aussi sur le principe, Bruxelles 31 janv. 1810, N..., [P. chr.] — Trib. civ. Saint-Sever, 12 mai 1899, Commune de Saint-Cricq, [*Gaz. du Pal.*, 31 juill. 1899] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 704, n. 5.

1199. — ... Qu'un droit de vue acquis par prescription trentenaire continue à s'exercer lorsque les fenêtres primitives ayant été démolies, sont remplacées par des fenêtres établies à la même place et dans les mêmes conditions. — Cass., 11 mars 1874, Jubinal, [D. 74.1.340]

1200. — Nous ne nous arrêterons pas à la controverse, sans grand intérêt, sur le point de savoir si le rétablissement des lieux fait *revivre* la servitude, ou *réveille* simplement un droit qui n'avait pas cessé d'exister, et à l'exercice duquel il y avait seulement un obstacle de fait. « Les servitudes *cessent* », d'après l'art. 703; « elles *revivent* » d'après l'art. 704 et « *se continuent* » d'après l'art. 665. — Dans le sens d'un réveil de droits non réellement éteints, V. Demolombe, t. 12, n. 963 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1148; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 704, n. 1.

1201. — Si le rétablissement des lieux dans leur état primitif procède du fait de l'homme, il suffit que la servitude ne soit ni moins commode, ni plus onéreuse pour le fonds servant (C. civ., art. 665). — Toullier, t. 3, n. 695; Pardessus, t. 2, n. 295; Demolombe, t. 12, n. 974. — Même alors, en droit romain, la servitude ne pouvait pas revivre. Et il en serait encore de même semble-t-il, aujourd'hui, si la servitude avait été attachée à un bâtiment déterminé, en contemplation de son individualité et de son état actuel; sa reconstruction ne ferait pas revivre la servitude. — Duranton, t. 5, n. 657; Demolombe, t. 12, n. 973.

1202. — Mais il a pu être jugé que lorsqu'une servitude *non ædificandi* a été stipulée *sans restriction* au profit d'un hôtel et de ses dépendances, les bâtiments construits en partie sur l'emplacement de l'hôtel démoli ont intérêt et droit au bénéfice de ladite servitude. — Orléans, 1er déc. 1848, Compagnie du *Phœnix*, [S. 49.2.593, P. 49.1.164, D. 49.2.21]

1203. — ... Et que si un château a été, presque immédiatement après sa démolition, remplacé par une construction nouvelle élevée sur son emplacement, les servitudes existant au profit du château, continuent à l'égard de cette construction nouvelle. — Paris, 12 mars 1902, Piollet, [*Gaz. des Trib.*, 1902, 2e sem., 2.97] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 704, n. 3.

1204. — Aucune condition n'est exigée, et peu importe que la servitude se trouve aggravée, quand le rétablissement des lieux s'est effectué naturellement ou par l'effet d'une force majeure, aucune des parties n'ayant alors à se reprocher d'innovation contraire à l'intérêt de l'autre. — Pardessus, t. 2, n. 295; Demolombe, t. 12, n. 974.

1205. — A plus forte raison le propriétaire du fonds servant ne peut-il se plaindre quand les modifications survenues ont rendu sa situation meilleure. — Cass., 25 juin 1866, Grandin, [S. 66.1.348, P. 66.967, D. 66.1.471]

1206. — Quand cesse l'impossibilité d'exercice? C'est là une question de fait et d'appréciation du juge. Un rétablissement des lieux dans leur identité primitive est d'ailleurs inutile, et il suffit que la servitude puisse encore être exercée dans les mêmes conditions. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 2; Marcadé, *Rev. crit.*, t. 2 (1852), p. 72; Demolombe, t. 12, n. 972; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 5; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1151; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 704, n. 6.

1207. — Jugé, à cet égard, que la servitude éteinte par le changement survenu dans l'état des lieux, qui en a rendu l'exercice impossible, revit si ultérieurement les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, encore qu'elles ne le soient pas identiquement et telles qu'elles étaient à l'origine. — Cass., 21 mai 1851, d'Humières, [S. 51.1.406, P. 53.1.666, D. 51.1.273] — Bordeaux, 14 août 1855, Augrand, [S. 56.2.683, P. 57.204, D. 57.5.306]

1208. — ... Que le droit de prise d'eau sur des eaux dérivées dans le fonds servant au moyen d'un certain barrage et d'un canal, qui a cessé lorsque le barrage et le canal étant détruits, les eaux ne parvenaient plus sur ce fonds, revit si, par de nouveaux travaux, les eaux sont amenées sur le fonds servant, bien que ce soit par d'autres moyens que par le barrage et le canal antérieurement détruits et non rétablis. — Cass., 21 mai 1851, précité.

1209. — ... Que les servitudes de jours qui existaient au profit d'un bâtiment incendié revivent si le bâtiment vient à être reconstruit, sans qu'il soit nécessaire que les jours soient rétablis identiquement tels qu'ils étaient dans l'origine; il suffit que les modifications apportées à ces jours, comme conséquence du nouvel état des lieux, n'aient pas pour résultat de changer la nature et le caractère des servitudes précédentes. — Cass., 25 juin 1866, précité.

1210. — ... Que la servitude de passage qui a cessé parce qu'un exhaussement de la voie publique rendait impossible toute communication entre cette voie et le sentier par lequel s'exerçait le passage, revit si des travaux exécutés par le propriétaire du fonds servant ont rétabli l'accès de la voie publique, alors même que le sentier se trouverait avoir subi une déviation dans sa partie aboutissant à ladite voie. — Bordeaux, 14 août 1855, précité.

1211. — ... Que la démolition récente d'une cheminée et sa reconstruction dans le même bâtiment, à deux ou trois mètres de distance du point où existait la cheminée démolie, ne peuvent faire perdre à son propriétaire la servitude d' « émission de fumée » qu'il a acquise sur l'immeuble voisin. Ce changement d'emplacement peut seulement donner lieu à indemnité ou à exécution de certains travaux, s'il en résulte pour l'héritage voisin un dommage réel, sérieux et appréciable. — Douai, 30 mai 1854, Morel, [P. 54.1.563, D. 55.2.26]

1212. — Jugé cependant, en sens contraire, que la servitude de vue, établie au profit d'une maison, est éteinte par la reconstruction de la façade de cette maison sur un autre alignement. — Colmar, 27 mars 1811, Sauss, [S. et P. chr.] — V. aussi Dijon, 26 mai 1842, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 754] — Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 37. — Mais cette décision est trop absolue et trop rigoureuse, surtout en ce qu'elle fait peser sur le propriétaire du fonds dominant les conséquences d'un changement d'alignement de sa construction, déplacement qui était, dans l'espèce, l'exécution d'un arrêté de l'autorité administrative auquel il avait dû se soumettre. L'art. 704, combiné avec l'art. 665, ne paraît pas devoir être entendu avec une telle sévérité.

1213. — Les art. 665 et 704 ajoutent que la servitude ne revivrait pas si, depuis le moment où l'usage en est devenu impossible, jusqu'au rétablissement des choses dans leur état primitif, il s'était écoulé trente années pendant lesquelles l'extinction définitive de la servitude aurait été acquise par le non-usage, conformément aux dispositions des art. 706 et s. — V. *infra*, n. 1243 et s.

1214. — Ce délai de trente ans doit-il être considéré comme un délai préfix, n'admettant ni suspension, ni interruption? L'affirmative a été enseignée par du Caurroy, Bonnier et Roustain (t. 2, n. 364 et s.). La perpétuation d'un droit qui ne peut plus s'exercer serait, disaient-ils, pleine d'inconvénients. Rigoureusement, l'extinction par impossibilité d'exercice résultant du changement dans l'état des lieux devrait être immédiate. Dans leur projet primitif les rédacteurs du Code n'avaient admis qu'un délai de faveur de dix ans (V. Fenet, t. 2, p. 123), délai qui a été porté ensuite à trente ans, mais sans qu'on doive le confondre pour cela avec le délai de prescription extinctive par non-usage. Et l'on ajoute que cette prescription par non-usage ferait double emploi avec les trente années de l'art. 704 et rendrait cet article inutile, si les mêmes principes devaient être appliqués dans les deux cas.

1215 — Contrairement à cette opinion, il est de doctrine très-générale que les art. 665 et 704 visent une véritable prescription extinctive. « Avant que la *prescription* soit acquise », dit l'art. 665; et l'art. 704 renvoie expressément aux art. 707 et s., lesquels (V. les art. 708, 709 et 710) parlent de *prescrire* et

de *prescription*. L'extinction de la servitude dont on ne peut plus user ne sera donc acquise et définitive que si, pendant trente ans, cette prescription n'a été ni suspendue, ni interrompue. — Pothier, *Cout. d'Orl.*, introd. au tit. 13, n. 17, 19; Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 12, sect. 6, art. 4, note; Delvincourt, t. 1, 2e part., p. 167, notes 11-12; Maleville, sur l'art. 704, t. 2, p. 153; Duranton, t. 5, n. 654; Pardessus, t. 2, n. 296; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 697, note *a*; Demolombe, t. 12, n. 977 à 979; Demante, t. 2, n. 562 *bis*; G. Demante, *Rev. de dr. franç. et étr.*, 1850, t. 7, p. 559 et s.; Coulon, *Quest. de droit*, t. 3, p. 459 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 9; Mourlon, *Rev. crit.*, t. 6, p. 291 et s.; Laurent, t. 8, n. 296; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1151; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 704, n. 12 et s.

1216. — Certains auteurs veulent même que la servitude revive par rétablissement des lieux en leur état primitif, après trente ans écoulés sans suspension ni interruption, s'il n'a pas été au pouvoir du propriétaire dominant de faire cesser dans cet intervalle l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de cette servitude. Ils argumentent de la maxime : « *Contra non valentem agere non currit prescriptio* », et s'appuient sur l'autorité de l'ancien droit et sur la nécessité du consentement présumé du propriétaire dominant. — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 12, sect. 6, n. 1; Toullier, t. 3, n. 695; Vazeille, *Prescr.*, t. 1, n. 426; Belime, *Poss.*, n. 168; Proudhon, *Dom. publ.*, t. 4, n. 1379 et s.; Zachariæ, t. 2, § 255, texte et note 3; Solon, n. 505; Taulier, t. 2, n. 462; Favard de Langlade, v° *Servit.*, sect. 5, n. 6; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 2; Marcadé, t. 2, sur l'art. 704.

1217. — Nous admettrons, en sens contraire, que la prescription de l'art. 704, prescription véritable, ne peut être suspendue par aucune force majeure ou empêchement de fait. C'est au contraire, et précisément, la force majeure qui, aux termes de l'art. 703, fait cesser la servitude. L'art. 704 renvoie, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, à l'art. 707; et personne ne soutient que la prescription provenant du non-usage soit suspendue par la force majeure. D'ailleurs le propriétaire du fonds dominant a un moyen bien simple d'interrompre la prescription : c'est d'intenter une action judiciaire (V. *infrà*, n. 1221). — Delvincourt, Maleville, Duvergier, sur Toullier, Coulon, Mourlon, *loc. cit.*; Duranton, t. 5, n. 655; Demante, t. 2, n. 562 *bis*-III; G. Demante, *op. cit.*, p. 559 et s.; Daviel, *Cours d'eau*, t. 3, n. 786; Demolombe, t. 12, n. 979; Aubry et Rau, *loc. cit.*, et note 7; Laurent, t. 8, n. 295; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1155.

1218. — Les trente années courent, pour les servitudes continues aussi bien que pour les autres, du jour où s'est accompli le fait d'où découle l'impossibilité d'exercice. Il n'est pas utile, comme nous le verrons pour la prescription découlant du non-usage trentenaire, qu'un acte contraire à l'exercice de la servitude ait été accompli s'il s'agit de servitude continue (V. *infrà*, n. 1295 et s.). On comprend, en effet, que, pour marquer le point de départ du non-usage d'une servitude continue, qui s'exerce par elle-même, un acte contraire à cet exercice soit nécessaire ; mais il n'en est pas de même dans notre cas, où le fait qui entraîne l'impossibilité d'user suffit, et peut même être considéré comme un acte contraire. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 364; Demante, t. 2, n. 562 *bis*-V et 566 *bis;* Demolombe, t. 12, n. 980; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 6; Laurent, t. 8, n. 297; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1152. — *Contrà*, G. Demante, *op. cit.*, p. 577, note 1.

1219. — Peu importerait qu'il subsistât, sur le fonds servant, des vestiges de la servitude. Cela ne suffirait point pour en conserver la quasi-possession et pour reporter au jour de la destruction de ces vestiges le point de départ de la prescription de trente ans. La seule question qui soit à examiner est de savoir si l'usage de la servitude est ou non devenu impossible en tout ou en partie. S'il y a impossibilité complète de l'exercer, les vestiges ne suffiront point comme reconnaissance de la servitude, et le non-usage pendant trente ans la fera définitivement disparaître. — Pardessus, t. 2, n. 308; Demolombe, t. 12, n. 1012; Laurent, t. 8, n. 298 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1152. — *Contrà*, Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 8.

1220. — D'autre part, il peut être prudent, pour le propriétaire assujetti, de signifier au maître du fonds dominant une défense de rétablir les lieux en leur ancien état (Solon, n. 505). Mais cela est inutile, en principe, pour faire courir le délai de trente ans. — Solon, n. 505; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, p. 856, note 1. — *Contrà*, Laurent, t. 8, n. 297.

1221. — Hors le cas où le changement, arrivé par force majeure, est irréparable, — hors le cas aussi où il est l'effet de la volonté ou de la faute de celui à qui la servitude est due, — il faut reconnaître à ce dernier le droit de former contre le propriétaire du fonds servant une demande en renouvellement de titre, dans les conditions indiquées *suprà*, n. 829, et de le contraindre à reconnaître l'existence de la servitude avant l'expiration de trente ans à partir du jour où les choses se sont trouvées en tel état qu'on n'a plus pu user de la servitude. — Toullier, t. 2, n. 722; Duranton, t. 5, n. 569; Troplong, *Prescr.*, t. 2, n. 844; Pardessus, t. 2, n. 296; Solon, n. 569; Demolombe, t. 12, n. 756.

1222. — Cette précaution ne serait inutile que si, la servitude étant d'ailleurs indivisible de sa nature, le changement dans l'état des lieux ou des choses n'était pas tel qu'il fût impossible d'user en quelque partie de cette servitude. En l'exerçant en partie, ou en usant de la portion qui subsiste, on conserverait le droit à la totalité. — Pardessus, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*

SECTION II.

De l'extinction absolue des servitudes.

§ 1. *Confusion.*

1223. — « Toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main » (C. civ., art. 705), quelle que soit la cause de cette réunion (Demolombe, t. 12, n. 982; Aubry et Rau, t. 3, § 255-B-1°). Nul ne peut, en effet, avoir une servitude sur lui-même, et par conséquent ne peut conserver de droits, à ce titre, sur un fonds dont il devient propriétaire. — Pardessus, t. 2, n. 298; Solon, n. 492; Demolombe, t. 12, n. 981.

1224. — Mais il faut, pour que l'extinction ait lieu, que la totalité des deux fonds soit réunie à titre de propriété parfaite dans la même main, ou au moins que toutes les parties des fonds sur lesquelles ou au profit desquelles existe la servitude s'y trouvent réunies. A cette condition seulement l'exercice de la servitude sera impossible; et il n'y a pas extinction par confusion quand cette impossibilité n'existe pas. — Pardessus, t. 2, n. 298 et 300; Duranton, t. 5, n. 658, 660, 664; Solon, n. 493; Toullier et Duvergier, t. 2, n. 666, note *a;* Demolombe, t. 12, n. 982, 983; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 705, n. 1; Guis, *Rev. étr. et fr.*, t. 8, n. 980 et s.

1225. — Ainsi, la servitude due par l'immeuble d'un futur conjoint à l'immeuble d'un autre conjoint survit au mariage. — Pardessus, t. 2, n. 300; Solon, n. 495; Lepage, *Lois des bâtiments*, t. 1, p. 351; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servit.*, § 5, n. 4. — V. aussi *suprà*, v° *Legs*, n. 1360.

1226. — Il n'y aurait pas non plus confusion si un fonds, grevé de servitudes distinctes au profit des domaines séparés de deux particuliers, par exemple, de deux époux, était acheté par ces derniers en commun, et devenait dans notre exemple un immeuble de communauté. — Pardessus, t. 2, n. 298 et 300; Lepage, t. 1, p. 352, texte et note 112; Demolombe, t. 12, n. 983.

1227. — De même, le propriétaire d'un fonds grevé ne peut pas, en acquérant une partie indivise du fonds dominant, opposer la confusion à son copropriétaire, dont il ne dépend pas de lui d'aggraver la condition. — Mêmes auteurs.

1228. — La confusion n'opère que dans la mesure où la servitude ne peut plus être exercée sur le fonds d'autrui. La servitude subsiste partiellement, et ne s'éteint que pour partie, si une partie seulement de l'un des fonds est réunie à l'autre. Ainsi, lorsque le propriétaire d'un fonds dominant échange une portion divise de son domaine contre une partie divise du fonds servant, la servitude subsiste toujours à l'égard des parties non aliénées. — Duranton, t. 5, n. 662; Pardessus, t. 2, n. 298; Taulier, t. 2, p. 471; Demolombe, t. 12, n. 983; Laurent, t. 8, n. 300; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1153.

1229. — Ainsi, encore, la confusion ne s'opère point, lorsqu'un seul de plusieurs héritages assujettis entre dans la main du propriétaire de celui à qui la servitude est due. Par exemple, si celui qui a un droit de passage ou d'aqueduc sur plusieurs fonds achète l'un de ces fonds, il n'en conserve pas moins son droit de passage ou d'aqueduc sur les autres. — Duranton, t. 5, n. 659; Pardessus, t. 2, n. 298; Demolombe, t. 12, n. 983.

1230. — Jugé, en ce sens, que le droit stipulé dans un partage au profit d'un des copartageants et de ses héritiers directs de faire laver leur linge au lavoir établi dans le lot d'un autre copartageant, ne peut s'éteindre par confusion que si l'usager ou le propriétaire du fonds dominant est devenu propriétaire en entier et non pour partie du fonds assujetti. Il en est ainsi, surtout lorsque, dans l'acte de revente par le copropriétaire indivis, la clause précitée de l'acte de partage a été rappelée dans un chapitre intitulé : « Existence et conventions de servitudes », et que plus loin il a été stipulé audit acte que les acquéreurs souffriraient les servitudes passives. — Amiens, 16 févr. 1899, [*Rec. Amiens*, 99.134]

1231. — Il y aurait confusion, au contraire, si tous les copropriétaires du fonds indivis auquel est due une servitude achetaient en commun le fonds qui la doit, ou réciproquement; car il ne resterait alors aucune partie du fonds assujetti qui n'appartînt aux mêmes propriétaires. Encore cela ne serait-il absolument exact que si la part de chaque propriétaire dans chacun des fonds était égale à sa part dans l'autre fonds. — Duranton, t. 5, n. 664; Pardessus, t. 2, n. 298; Demolombe, t. 12, n. 983.

1232. — La confusion peut résulter de l'abandon fait par l'un des propriétaires d'un mur mitoyen, conformément à l'art. 656, C. civ. (V. *suprà*, v° *Mitoyenneté*, n. 804 et s.). Si l'abandon est fait à celui qui avait sur le mur quelque servitude dans son intérêt propre et individuel, son droit perd ce caractère de servitude et devient un mode d'usage de sa chose propre. — Pardessus, t. 2, n. 299.

1233. — Pour qu'il y ait confusion extinctive du droit de servitude, il ne suffit pas que, par l'effet d'un titre translatif de propriété, le fonds dominant et le fonds assujetti se trouvent réunis dans la même main : il faut encore que ce titre soit de telle nature qu'il n'exclue pas l'idée de confusion. Ainsi les servitudes dues aux biens d'un héritier bénéficiaire par les immeubles de la succession subsistent malgré la réunion (C. civ., art. 802-2°). — Pardessus, t. 2, n. 299; Solon, n. 495; Demolombe, t. 12, n. 982.

1234. — La confusion n'opère l'extinction de la servitude qu'autant que la réunion résulte d'une translation incommutable de la propriété du fonds acquis. L'éviction légale de l'acquéreur, ou la résolution de son titre par avènement de condition, retrait, retour, révocation, rescision, ou nullité prononcée, ferait revivre la servitude, ou plutôt la ferait considérer comme n'ayant jamais été éteinte. Il en est ainsi notamment quand l'acquéreur d'un immeuble a négligé de procéder à la purge des hypothèques : en pareil cas, dit l'art. 2177, C. civ., « les servitudes..., que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui ». — Pothier, *Des retraits*, n. 430; Delvincourt, t. 1, p. 167, note 2; Duranton, t. 5, n. 666 et 671; Pardessus, t. 2, n. 300; Solon, n. 494; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 365; Marcadé, sur l'art. 705; Demolombe, t. 12, n. 984; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1154.

1235. — Aussi a-t-il pu être jugé que la servitude reprenait son cours, si la confusion cessait par suite de l'exercice du retrait féodal. — Orléans, 14 déc. 1839, Scottow, [P. 47.1.37]

1236. — ... Et que la réunion momentanée de deux héritages aux mains de l'Etat par suite d'une confiscation (les effets de la confusion n'étant qu'accidentels en cette matière) n'opère pas l'extinction de la servitude dont l'un de ces héritages peut se trouver grevé au profit de l'autre; que ladite servitude continue de subsister en pareil cas s'il en existe un signe apparent; et que, lorsque les deux héritages viennent à rentrer dans les mains des anciens propriétaires, ou à passer dans celles de différents acquéreurs, tous les droits actifs et passifs de l'un et de l'autre reprennent leur ancienne existence. — Rennes, 23 janv. 1823, Garnier de la Jarsais, [P. chr.]

1237. — Quand un héritier cède ses droits successifs, les servitudes momentanément éteintes par la réunion des fonds entre ses mains se trouvent reconstituées, et continuent à subsister dans les rapports de l'héritier cédant et de son cessionnaire. Mais la confusion que la succession avait opérée conserve au contraire tous ses effets à l'égard des tiers qui pourraient avoir intérêt à s'en prévaloir. — Bannelier, sur Davot, t. 2, p. 160; Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 32; Toullier, t. 3, n. 669; Duranton, t. 5, n. 666-671; Proudhon, *De l'usufr.*, t. 4, n. 2095; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 366; Demolombe, t. 12, n. 986; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 13; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1154. — V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 705, n. 10. — Dans le sens, au contraire, d'une extinction absolue [illegible] par la confusion, une fois opérée, et ce, même dans les rapports du [illegible] avec le cédant, V. Solon, n. 497; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, p. 20[illegible], note 3; Laurent, t. 8, n. [illegible]

1238. — D'une façon [illegible], la réunion sur la même personne des droits de la propriété [illegible] contigus, et dont l'effet est l'extinction des servitudes réciproques, ne peut recevoir d'application au préjudice des tiers qui ont contracté avant cette réunion. En conséquence, le propriétaire ne peut pas effectuer dans le fonds limitrophe des travaux de nature à modifier la forme des localités et à porter préjudice au locataire. Néanmoins lorsque le locataire a laissé exécuter les travaux sans opposition, les tribunaux n'en sauraient ordonner la suppression. Il suffit de prescrire des mesures de précaution qui garantissent au preneur la jouissance de sa location, et réparent autant que possible, en outre des dommages-intérêts [illegible], le trouble dont il est l'objet. — Paris, 13 janv. 1847, Collin, [P. 47.1.306, D. 47.2.62] — *Sic*, Troplong, *Du louage*, n. [illegible]

1239. — Si la translation de propriété a été parfaite et définitive, l'extinction de la servitude par confusion est définitive également. Ici ne s'applique pas la même règle que pour le cas où la servitude a cessé par changement dans l'état des lieux : elle ne revit pas du seul fait de la séparation des deux fonds, car les dispositions de l'art. 704 n'ont pas été reproduites après l'art. 705 (V. *suprà*, n. 1197). Il faut donc une convention spéciale, concomitante à la nouvelle séparation des fonds, pour que la servitude revive; et il ne suffirait pas qu'il fût dit que le fonds anciennement grevé est vendu avec toutes ses charges, puisque cette charge, la servitude éteinte par confusion, n'existe plus. — Duranton, t. 5, n. 665 et s.; Pardessus, t. 2, n. 300; Solon, n. 49[illegible]; Demolombe, t. 12, n. 985; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 365; Aubry et Rau, *loc. cit.*, et notes 11-12; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1154.

1240. — Jugé, en ce sens, que la servitude qui s'est éteinte par la réunion dans la même main du fonds dominant et du fonds servant ne revit, en cas de séparation ultérieure des deux héritages, que par une convention nouvelle et expresse. — Orléans, 14 déc. 1839, précité.

1241. — Il y a seulement lieu de réserver, en cas de séparation d'héritages, l'application des art. 692 à 694, C. civ., et des règles de la destination du père de famille, au cas où le propriétaire de deux ou plusieurs fonds a maintenu entre eux un état de choses préexistant à leur réunion entre ses mains (V. *suprà*, n. 1015 et s.). — Auteurs précités.

1242. — Une application intéressante du caractère absolu de l'extinction des servitudes par confusion a été faite par un arrêt de cassation du 8 mars 1880, intervenu dans les conditions suivantes : un fonds était grevé, d'une part, d'un droit d'extraction de terres au profit du domaine A, et d'autre part, d'une servitude de passage au profit de l'immeuble B; le propriétaire du fonds assujetti se rendit acquéreur de l'immeuble B; dès lors la servitude de passage fut éteinte, et il en résulta que le propriétaire du domaine A put exercer son droit d'extraction sur la portion de terrain antérieurement affectée au passage, comme sur toutes les autres parties du fonds grevé. — Cass., 8 mars 1880, Cottron, [S. 81.1.445, P. 81.1.1161, D. 81.1.269]

§ 2. *Non-usage.*

1243. — Les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans (C. civ., art. 706). Telle était déjà la règle sous le droit ancien. — Cass., 26 janv. 1818, Luxé, [S. et P. chr.]; — 30 déc. 1824, Ducasse, [S. et P. chr.]; — 31 mai 1837, Commune de Vernois, [S. 37.1.997, P. 37.2.357] — Poitiers, 8 mars 1820, de Verninac, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Droits d'usage*, §§ 8 et 9; Troplong, *Prescript.*, t. 1, n. 191.

1244. — Un droit de propriété ou de copropriété ne saurait s'éteindre ainsi par le seul fait du non-usage, si prolongé soit-il; il ne s'éteint que si une prescription acquisitive de ce droit s'est accomplie au profit d'un tiers. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1156. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 140[illegible].

1245. — Les servitudes conventionnelles sont toutes susceptibles de s'éteindre par le non-usage, quelle que soit la qualification qui leur a été donnée dans l'acte constitutif. — Pardessus, t. 2, n. 301.

1246. — La nature des choses ne permet évidemment pas

que le non-usage éteigne les servitudes qui dérivent de la situation des lieux. Il pourra seulement arriver, pour ces servitudes comme pour les servitudes légales, que les droits qui en dérivent soient limités par l'acquisition de droits opposés (V. *infrà*, n. 1360). — Pardessus, t. 2, n. 301; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 706, n. 1.

1247. — D'autre part, les servitudes établies au profit d'immeubles imprescriptibles participeront de ce caractère et ne pourront pas être éteintes par le non-usage de trente ans. Il en sera ainsi notamment des droits de servitude existant au profit de biens dotaux ou de biens du domaine public. — V. *suprà*, v[is] *Dot*, n. 1355; *Eglise*, n. 37.

1248. — Si le simple non-usage trentenaire suffit à faire perdre une servitude, le simple exercice matériel de la servitude suffit à la conserver, sans que cet usage soit soumis aux mêmes conditions que les faits de jouissance nécessaires pour acquérir par la prescription (V. *suprà*, n. 950 et s.). Il ne peut du reste y avoir possession précaire, clandestine ou de mauvaise foi, d'un droit qu'on a acquis légalement. Il faut seulement que les actes d'usage se réfèrent bien à la servitude établie et ne puissent pas être considérés comme la jouissance d'une servitude analogue, mais nouvelle. — Pardessus, t. 2, n. 302; Demolombe, t. 12, n. 995; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1157.

1249. — Il ne faudrait dès lors pas prendre à la lettre l'arrêt de cassation qui semble considérer comme insuffisants pour éviter la prescription d'une servitude de passage quelques actes de passage rares et isolés pouvant être assimilés à des actes de pure tolérance. — Cass., 23 juill. 1860, Fâvre-Hamel, [S. 61.1.526, P. 61.891, D. 61.1.111] — Des actes accomplis en vertu d'un droit ne peuvent pas être considérés comme étant de pure tolérance; et d'autre part, des faits d'exercice, quelque peu nombreux qu'ils soient, suffisent pour conserver la servitude. Mais dans l'espèce de cet arrêt il y avait eu suppression, depuis plus de trente ans, du sentier par lequel s'exerçait le passage; ce dernier était devenu inutile; et les faits relevés ne tendaient point à conserver un passage aboli, mais à instituer plutôt une servitude nouvelle. Ils devaient être dès lors déclarés inopérants.

1250. — Jugé au surplus que celui qui réclame l'exercice d'une servitude de passage en s'appuyant sur des titres anciens qui l'établissent, peut invoquer ses actes de possession pour repousser la prétention du propriétaire du fonds servant, qui soutient avoir prescrit l'affranchissement de la servitude par le non-usage pendant trente ans; car dans ce cas, ce n'est pas acquérir, mais conserver une servitude discontinue par des faits de possession. — Cass., 13 janv. 1840, Bouissy, [S. 40.1.415, P. 43.1.126]; — 2 déc. 1885, Balmes, [S. 87.1.12, P. 87.1.17, D. 86.1.422]

1251. — ... Et que l'usage d'une servitude, même discontinue, doit toujours être présumé constituer l'exercice d'un droit et non pas être considéré *a priori* comme résultant d'une simple tolérance. — Bourges, 4 déc. 1830, Duveyret, [P. chr.]

1252. — Il suffit, pour conserver la servitude, que celle-ci soit exercée à l'occasion et pour l'utilité du fonds par une personne quelconque : par un fermier, par un usufruitier, par un possesseur de bonne ou de mauvaise foi, par un ouvrier, un ami, ou même par un étranger de passage. — Pardessus, t. 2, n. 302; Demolombe, t. 12, n. 995; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1166.

1253. — Mais si un possesseur de mauvaise foi a, pendant sa jouissance, laissé perdre une servitude par le non-usage, la prescription sera acquise contre le véritable propriétaire. Il en serait de même au cas d'un héritier qui aurait pendant un certain temps possédé seul une succession, et qui serait obligé de l'abandonner ou de la partager avec d'autres : ceux-ci ne pourraient plus exercer les servitudes perdues par son non-usage. — Pardessus, *loc. cit.*

1254. — Si l'héritage en faveur duquel une servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, et si certains d'entre eux s'abstiennent d'user de cette servitude, quelle sera la situation au bout de trente ans? Le droit de servitude étant attaché, non à une personne, mais à la propriété du fonds dominant, il suffit que l'un des copropriétaires continue à en user pour que ce droit soit conservé pour tous les autres : « la jouissance de l'un, dit l'art. 709, empêche la prescription à l'égard de tous ». Et il en est ainsi même pour les servitudes dont l'exercice est divisible, comme la servitude de puisage par exemple; car c'est à cause de l'indivision du fonds et non pas de l'indivisibilité du droit de servitude, que la jouissance de ce droit par un seul des communistes le conserve à l'égard de tous. — Pardessus, t. 2, n. 303; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 371; Demante, t. 2, n. 568 *bis*-II; Marcadé, sur l'art. 710; Demolombe, t. 12, n. 996 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1166. — V. toutefois, Laurent, t. 8, n. 323.

1255. — Toutefois, si le copropriétaire qui a continué à user d'une servitude divisible ne l'a fait que pour une part proportionnelle à la fraction indivise de son droit de propriété, il n'a conservé ainsi, pour l'ensemble du fonds dominant, qu'un droit restreint dans la même proportion. Supposons, par exemple, un fonds appartenant à trois copropriétaires, ou au profit duquel existe le droit de puiser trois tonnes d'eau sur un autre fonds; pendant trente ans, une seule tonne est puisée par un seul des trois copropriétaires dominants : la servitude se trouve réduite à une tonne (V. *infrà*, n. 1274 et s.), mais elle a été conservée dans cette limite au profit des trois copropriétaires, c'est-à-dire du fonds dominant tout entier. — Marcadé, *loc. cit.;* Demolombe, t. 12, n. 998; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, p. 871, note 1. — V. aussi Pardessus, t. 2, n. 187 et 303.

1256. — Si la servitude consiste dans un usage concédé à une communauté d'habitants, quel serait le résultat de la négligence que mettraient quelques-uns d'entre eux à prendre part aux produits périodiques? Tout d'abord, il est certain que les habitants qui auraient continué à jouir de la servitude ne pourraient pas, excluant les autres, s'approprier définitivement pour l'avenir la totalité de l'émolument; et il a été jugé à cet égard qu'en cas de concession à perpétuité, en faveur des habitants d'une commune, du droit d'arrosage avec les eaux d'un ruisseau, ceux qui ont possédé seuls ne peuvent pas se prévaloir du non-usage des autres pour leur opposer la prescription. — Cass., 16 mai 1826, Roig, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 287. — Ceux qui n'ont pas usé de leur droit au partage ne pourront pas, il est vrai, en se présentant après les partages consommés, réclamer des restitutions de fruits perçus; mais ils pourront généralement venir aux partages ultérieurs. Il en sera du moins ainsi, si le droit a été concédé à un ensemble d'habitants envisagés comme être collectif : l'exercice de ce droit par quelques-uns l'aura conservé pour tous à l'égard du propriétaire du fonds assujetti. Ce dernier fonds ne serait dégrevé à l'égard de ceux qui n'ont pas joui, que si la concession avait été faite à un certain nombre de propriétaires comme individus, à condition que l'émolument de la servitude fût divisible, et que ceux qui ont continué d'en user n'en eussent pas prescrit activement la totalité. — Pardessus, t. 2, n. 287 et 303; Huc, t. 4, n. 461. — V. aussi Cass., 11 juill. 1888, Consorts de Couchies, [S. 91.1.443, P. 91.1.1091, D. 89.1.33] — Pau, 20 févr. 1835, Commune de Bruges, [S. 36.2.24, P. chr.] — V. au surplus, *infrà*, v° *Usages forestiers*.

1257. — Du fait que le droit conservé par un seul copropriétaire est conservé pour l'immeuble lui-même, l'art. 710, C. civ., tira cette conséquence : « Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres ». Mais en devra-t-il être encore de même après le partage; et si un immeuble, possédé indivisément par deux cohéritiers dont l'un était mineur, tombe, par le partage, dans le lot de l'autre cohéritier au profit de qui n'existait aucune cause suspensive de la prescription, la servitude devra-t-elle être considérée encore comme ayant été conservée au profit de ce dernier? Il y a là, entre les termes mêmes de l'art. 710 et le principe de l'effet déclaratif du partage, un conflit que la doctrine et la jurisprudence ont tranché en deux sens diamétralement opposés.

1258. — D'après la Cour de cassation, l'art. 883, C. civ., s'appliquerait rigoureusement, même en notre hypothèse, et la prescription d'un droit indivisible sur son immeuble, notamment d'une servitude, ne serait pas suspendue, au profit d'un cohéritier majeur, par le fait de la minorité de son cohéritier et pendant l'indivision qui a subsisté entre eux, si par le partage ultérieur l'immeuble est devenu la propriété du majeur. — Cass., 2 déc. 1845, Anquet, [S. 46.1.21, P. 46.1.53, D. 46.1.21]; — 29 août 1853, Lefèvre, [S. 53.1.707, P. 54.601, D. 53.1.230]

1259. — Les auteurs, au contraire, font observer que la situation doit être la même, après le partage, dans le cas de l'art. 709 et dans celui de l'art. 710. Celui qui a exercé seul la servitude l'a conservée à l'égard de tous (art. 709) : elle survit donc au partage. De même, celui à l'égard de qui la prescription

était suspendue a *conservé* le droit de *tous* les autres (art. 710) : or il n'aurait pas conservé le droit de tous les autres, mais seulement le sien propre, si la servitude ne survivait au partage qu'à condition que le fonds dominant tombât tout entier au lot du mineur. Les deux articles sont conçus dans le même ordre d'idées, et il doit en être de même de la suspension que de l'interruption par exercice continu. L'art. 710 déroge donc au principe de l'art. 883. — Pothier, *Des oblig.*, n. 647 ; Duranton, t. 5, n. 470; Demante, t. 2, n. 568 *bis* I et II ; Demolombe, t. 12, n. 999 ; Laurent, t. 8, n. 322; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1167; Huc, t. 4, n. 466. — V. aussi Nancy, 29 nov. 1851, Pergent, [S. 51.2.799, P. 53.1.360, D. 52.2.153], cassé par l'arrêt du 29 août 1853, précité.

1260. — Il est presque inutile de faire remarquer que, une fois effectué le partage du fonds dominant, il y a autant de servitudes distinctes que de lots différents; l'incapacité de l'un des propriétaires divis, ou l'exercice par lui de la servitude primitive, même indivisible, n'en conserve rien à ceux qui n'en ont pas usé. — Pardessus, t. 2, n. 303; Demolombe, t. 12, n. 1000; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1168.

1261. — Si c'est le fonds assujetti qui vient à être partagé, l'exercice de la servitude sur un seul point devenu la propriété exclusive de l'un des copartageants ne la conserve pas non plus contre les autres. Peu importe que la servitude ait pu ou non être exercée indifféremment sur tous les points du fonds primitivement assujetti ; peu importe aussi que le partage ait été ou non porté à la connaissance du propriétaire du fonds dominant : ce dernier ne peut conserver son droit de servitude contre tous les copartageants qu'en l'exerçant sur tous les lots, ou en obtenant d'eux une reconnaissance amiable ou judiciaire de ce droit. — Belime, *Act. possess.*, n. 173; Dupret, *Rev. de dr. fr. et étr.*, t. 3, (1846), p. 830; Demolombe, t. 12, n. 907 à 910; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 22. — V. cep. Pardessus, t. 2, n. 303.

1262. — Les faits susceptibles de conserver une servitude sont exclusivement ceux que désigne l'acte constitutif; et l'on ne saurait y suppléer par d'autres de même nature qui en changeraient le mode et le temps. Un droit de puisage serait perdu par celui qui n'aurait exercé pendant trente ans que le droit accessoire de passage; ce même droit conféré sur telle fontaine ou seulement pour la nuit serait perdu par celui qui aurait puisé à une autre fontaine, ou qui n'en aurait usé que pendant le jour. Le propriétaire dominant, pourrait-on dire, a fait là autre chose que ce qu'il avait le droit de faire; il n'a donc pas exercé en réalité la servitude, qui s'est éteinte par le non-usage : il a seulement pu, au cas d'apparence et de continuité, en acquérir une autre; mais nous ferons remarquer que, dans l'exemple où un droit de passage, accessoire du droit de puisage, a été exercé seul, le droit de puisage a été perdu sans qu'une servitude discontinue de passage ait pu être acquise. — Pardessus, t. 2, n. 304; Vazeille, *Prescript.*, t. 1, n. 446; Toullier, t. 3, n. 701; Solon, n. 471, 508 et s.; Dunod, *Prescript.*, 3e part., chap. 6, p. 298; Duranton, t. 5, n. 606; Demolombe, t. 12, n. 831, 1024 et s.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1126 et 1171. — V. toutefois, Demante, t. 2, n. 567 *bis*-II.

1263. — Le propriétaire du fonds dominant peut ainsi parfois perdre son droit tout entier pour en avoir seulement changé le mode d'exercice. Par exemple, s'il a le droit de conduire dans son fonds l'eau d'une source au moyen d'un aqueduc, et s'il va, sans construire d'aqueduc, puiser l'eau pendant trente ans à la source, il aura, au bout de ce laps de temps, perdu la servitude d'aqueduc sans avoir acquis celle du puisage. De même, l'exercice pendant trente ans d'une servitude de passage par un endroit ou à des moments différents de ceux déterminés par le titre constitutif peut entraîner l'extinction de la servitude par non-usage, ou par usage non conforme au titre : il en est du moins ainsi quand l'assignation de temps ou de lieu est limitative et a un caractère impératif, de telle sorte qu'un changement dans le mode d'exercice apparaîtrait comme la création d'une servitude différente.

1264. — Que si l'indication du temps et du lieu peut être considérée comme simplement démonstrative (ce qui est une question d'interprétation des volontés), il a été soutenu que la servitude n'était pas éteinte par un simple changement dans le mode d'exercice, et que le propriétaire du fonds servant pourrait seulement faire revenir le propriétaire dominant au mode, temps ou lieu, primitivement assigné. — Delvincourt, t. 1, p. 165, note 2; Toullier, t. 3, n. 702; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 9; Dupret, *loc. cit.*, p. 835 et s.; Demolombe, t. 12, n. 794, 1031 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et notes 27, 28; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 370; Perrin et Rendu, n. 3214 et 3449.

1265. — Nous pensons, au contraire, que toute distinction en ce sens doit être écartée, en présence des termes de l'art. 708, qui décide : « le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière ». Si donc on a pu perdre, par le non-usage de trente ans, le mode d'exercice primitivement établi, et si, la servitude étant discontinue ou non apparente, on n'a pas pu acquérir par prescription un autre mode, il semble bien que la servitude elle-même doit être considérée comme définitivement éteinte, quel que soit le degré d'intérêt qu'il pouvait y avoir à l'exercer d'une façon plutôt que d'une autre. — Duranton, t. 5, n. 607; Belime, *Act. possess.*, n. 171 ; Marcadé, sur l'art. 708, n. 1; Devilleneuve, note sous Caen, 27 août 1842, Aze, [S. 43.2.101]; Laurent, t. 8, n. 331 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1170, 1172.

1266. — Les partisans de la première opinion invoquent à tort un arrêt de cassation qui ne vise point leur hypothèse. Cet arrêt pose d'abord en principe « que, si le titre (constitutif d'une servitude de passage) mentionne taxativement le point de l'héritage servant par lequel doit se pratiquer le passage, cette servitude, limitée et circonscrite dans son mode d'action, peut s'éteindre par le non-usage pendant trente ans, sans que l'usage, même trentenaire, soit efficace pour acquérir également le droit de passer par un autre point du fonds assujetti, parce que ce passage nouveau ne serait plus conforme au titre. Mais la situation change, ajoute l'arrêt, « lorsque le titre concède la servitude *dans des termes généraux* qui n'impliquent pas son exercice sur une partie spéciale du fonds servant ». Il ne s'agissait donc pas là d'une indication de lieu ou d'assiette, même simplement démonstrative : il semble bien que le titre n'avait rien spécifié à cet égard ; et les propriétaires successifs du fonds dominant avaient pu, sans perdre leur droit de servitude et sans enfreindre leur titre, passer à leur gré sur tel ou tel point du fonds servant. — V. Cass., 6 déc. 1864, La Rochefoucault, [S. 65.1.79, P. 65.150, D. 65.1.26]

1267. — Jugé également que si le titre constitutif ne contient pas assignation du lieu de la servitude, le passage pratiqué pendant trente ans par un lieu différent de l'assiette primitive n'entraîne pas extinction de la servitude, cette modification de l'assiette ne pouvant être considérée comme non conforme à un titre qui, à raison de son silence, révèle suffisamment que dans l'intention des parties le passage pouvait être indifféremment exercé par un point ou par un autre du fonds servant. — Besançon, 8 févr. 1899, [J. *La Loi*, 10 mars 1899]

1268. — L'arrêt de cassation précité, du 6 déc. 1864, remarque au surplus que les changements opérés l'avaient été *au vu et au su de toutes les parties intéressées;* et cette dernière considération a déterminé à diverses autres reprises les décisions de la jurisprudence. Il a été jugé notamment qu'une servitude de passage qui, d'après son titre constitutif, doit être exercée sur un point déterminé du fonds servant, n'est pas éteinte par le non-usage, en ce qu'elle a été exercée pendant trente ans sur un autre point de ce fonds, s'il résulte des circonstances que l'assiette du passage n'a été changée que du consentement des parties, et surtout dans l'intérêt du fonds servant. — Caen, 24 juill. 1865, Lecesne, [S. 66.2.191, P. 66.805, D. 66.2.190]

1269. — ... Que l'exercice d'une servitude de passage créée par titre, pratiqué pendant plus de trente ans d'une manière irrégulière, en ce que l'assiette de la servitude a été transportée en partie sur un fonds contigu acquis par le propriétaire du fonds servant, n'a pas pour effet d'opérer l'extinction par le non-usage de la servitude telle qu'elle a été primitivement constituée, ce mode d'exercice devant être considéré comme un acte de tolérance réciproque entre les parties, qui n'avaient ni l'une ni l'autre l'intention de modifier la convention. — Lyon, 12 juill. 1865, Martin, [S. 65.2.288, P. 65.1112]

1270. — ... Que, dès lors, au cas où les deux fonds contigus ont fait retour à des propriétaires distincts, la servitude doit être replacée sur le fonds qui lui a été affecté par le titre primitif. — Même arrêt.

1271. — D'autres considérations de fait ont également permis d'éviter l'extinction d'une servitude de passage par modification trentenaire de son mode d'exercice, et l'on a pu considé-

rer que le passage exercé pendant plus de trente ans par une autre voie que celle assignée dans l'acte constitutif de la servitude n'avait pas suffi pour l'éteindre, si ce changement dans la direction du passage avait été causé par l'impraticabilité de la voie primitivement assignée. — Caen, 15 mars 1848, Lebel, [S. 49.2.664, P. 50.1.316, D. 50.2.11]

1272. — Jugé encore que, lorsque des latrines soumises à une servitude ont été remplacées par d'autres construites dans un autre emplacement, le droit de servitude a été conservé pour l'usage de ces nouvelles latrines. — Caen, 12 avr. 1836, sous Cass., 28 mars 1837, Soulâtre, [S. 37.1.506, P. 37.2.12]

1273. — Nous admettrions, d'autre part, que, si la faculté avait été laissée au propriétaire dominant d'user de la servitude à son choix suivant l'un de deux modes déterminés, l'exercice d'un seul de ces modes empêcherait que l'extinction ne fût acquise à l'égard de l'autre. — Pardessus, t. 2, n. 304; Demolombe, t. 12, n. 1030.

1274. — En dehors de ce dernier cas, on ne conserve en principe que ce dont on a usé. Nous avons déjà indiqué *suprà*, n. 1255, une application de ce principe au cas de servitude exercée pour partie par un copropriétaire dominant indivis. En somme le non-usage partiel éteint partiellement la servitude. Ainsi l'on peut conserver le droit de passer à pied tout en perdant celui de passer à cheval. On peut perdre le droit d'enlever telles récoltes et conserver seulement celui d'enlever telles autres récoltes; réduire au seul passage de jour le droit de passer jour et nuit; affranchir une portion seulement d'un fonds de la prohibition, d'y élever un mur, etc... — Pardessus, t. 2, n. 305; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1169.

1275. — Jugé, en ce sens, que l'usage restreint d'une servitude pendant le délai de trente ans, à partir des époques indiquées dans l'art. 707, C. civ., en entraîne l'extinction partielle, et, par suite, la réduction aux limites dans lesquelles elle a été exercée. — Cass., 6 juill. 1897, Pottier, [S. et P. 98.1.395, D. 97.1.488]

1276. — Cette règle est certaine pour les servitudes continues et positives, quand leur mode d'exercice a été nettement déterminé par le titre constitutif. Ainsi lorsqu'un propriétaire dominant, à qui son titre donne le droit d'ouvrir trois fenêtres de dimensions déterminées, en bouche une après les avoir ouvertes, ou bien n'en ouvre que deux, ou bien réduit leurs dimensions, il ne pourra plus après trente ans ouvrir une nouvelle fenêtre ou augmenter les proportions par lui données aux ouvertures. — Duranton, t. 5, n. 606; Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 702, note *a;* Dupret, *op. cit.*, p. 827; Demolombe, t. 12, n. 994 et 1028; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 24; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1169. — V. cep. Demolombe, t. 12, n. 1034 et s.

1277. — Mais si aucune indication n'a été donnée de nombre, ni de grandeur, si le propriétaire dominant tient de son titre le droit d'ouvrir dans sa maison, donnant sur le fonds voisin, autant de fenêtres qu'il voudra, de telle dimension et à telle place que bon lui semblera, et qu'avant l'expiration des trente ans à partir de la date du titre, ce propriétaire ait ouvert, par exemple, deux fenêtres, il pourra, les trente ans étant expirés, ouvrir d'autres fenêtres ou changer la place et dimensions de celles qu'il a déjà pratiquées. Son droit a été par lui suffisamment conservé : le mode de la servitude, n'ayant pas été déterminé, n'a pas pu être prescrit. — Delvincourt, t. 1, p. 165, note 2; Marcadé, t. 2, sur l'art. 702, n. 608; Laurent, t. 8, n. 328; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, p. 875, note 1. — *Contrà*, Toullier, t. 3, n. 661; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 369, note 1. — Il a même, dès lors, le droit indéfini d'établir de nouvelles fenêtres, ce droit ne se prescrivant pas par trente ans du jour de l'ouverture des premières; car il s'agit d'une servitude continue qui, à moins d'actes contraires, ne se prescrit pas. — Mêmes auteurs. — V. en sens contraire, Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 7; Demolombe, t. 12, n. 994.

1278. — Jugé que la partie qui, en vendant un terrain, s'est réservé une servitude de prospect, et spécialement le droit d'ouvrir des croisées dans les murs de sa propriété donnant sur le terrain vendu, exécute son titre et le maintient, pour l'avenir, avec le droit d'ouvrir de nouvelles fenêtres, en agrandissant d'une manière notable, dans les trente ans de la date du contrat, une fenêtre qui existait à cette époque. — Cass., 2 juin 1885, Thiellant, [S. 89.1.53, P. 89.1.120, D. 86.1.293]

1279. — ... Et que, dans le cas d'établissement par titre d'une servitude de vue, l'ouverture d'une seule vue ou fenêtre dans les trente ans suffit pour conserver le droit entier de servitude. Dès lors, de nouvelles fenêtres peuvent être ouvertes plus de trente ans après la date du titre constitutif. — Caen, 1er mars 1839, Delaunay, [S. 39.2.298]

1280. — Mais celui qui a acquis par prescription une cour sur laquelle l'ancien propriétaire avait ouvert un certain nombre de vues, se trouve avoir virtuellement prescrit tout ce dont cet ancien propriétaire ne jouissait pas; et par conséquent le droit de vue de ce dernier se trouve limité à la stricte jouissance des vues actuelles, sans qu'il puisse les agrandir, ni en augmenter le nombre. — Grenoble, 17 mai 1870, Michel, [S. 71.2.99, P. 71.331, D. 71.2.251]

1281. — Quand il s'agit de servitudes continues négatives, le principe que nous avons énoncé *suprà*, n. 1274, s'applique encore rigoureusement : ces servitudes sont éteintes par le non-usage dans la mesure où le non-usage a eu lieu. Ainsi celui qui, soumis à une servitude *altius non tollendi*, a élevé sur une partie de son fonds une construction de quatre mètres de hauteur, acquiert par trente années le droit de la conserver telle quelle, mais non pas de l'élever encore, ni de l'étendre : le propriétaire dominant ne peut pas exiger la démolition, mais peut s'opposer à toute extension nouvelle. — Pardessus, t. 2, n. 308; Toullier et Duvergier, t. 2, n. 702, Demolombe, t. 12, n. 1028; Aubry et Rau, t. 3, § 255, p. 108; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1169.

1282. — Jugé, en ce sens, que, en matière de servitudes continues consistant dans la prohibition pour un fonds d'user de certaines facultés, on ne peut pas conclure d'une contradiction partielle à l'affranchissement total de l'héritage : ici est applicable la maxime : *tantum præscriptum, quantum possessum.* — Metz, 6 juin 1866, Oulif, [S. 67.2.147, P. 67.588, D. 66.2.150]

1283. — Le même principe doit s'appliquer de même aux servitudes discontinues. Mais ici des difficultés plus sérieuses ont été soulevées. Si nous prenons comme exemple la servitude de passage, avec un titre stipulant que le passage s'exercera par tous moyens et notamment en charrette, nous admettrons que le passage à pied sera seul conservé et le droit de passage en charrette perdu, si le propriétaire dominant s'est borné à passer à pied pendant trente ans. Cette solution est conforme au texte de l'art. 708, qui n'admet aucune distinction : le mode de la servitude se prescrit par trente ans de non-usage, quelle que soit la cause pour laquelle on n'a pas usé. — Pardessus, t. 2, n. 305; Duranton, t. 5, n. 606; Marcadé, t. 2, sur l'art. 708, n. 1; Leroux de Bretagne, *Nouveau tr. de la prescription en mat. civ.*, t. 2, n. 1068; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, p. 211, § 341, note 9; Demante, t. 2, n. 507; Laurent, t. 8, n. 330; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1169.

1284. — Certains auteurs et la jurisprudence, trouvant la solution en certains cas trop rigoureuse, n'admettent pas que l'usage d'une servitude discontinue doive toujours et nécessairement être considéré comme un usage restreint, entraînant extinction partielle, par cela seul que le maître du fonds dominant n'a fait, sur l'héritage servant, qu'une partie de ce que son titre lui donnait le droit de faire. Il faut, suivant eux, se déterminer d'après la distinction suivante : si le propriétaire dominant, bien que n'exerçant pas la servitude selon l'intégralité de son droit, en a usé d'une manière conforme à son titre, dans la mesure de ses besoins et de ses convenances, il peut être considéré comme l'ayant intégralement conservée. Il n'en est autrement, et la servitude n'est partiellement éteinte, que si elle comprenait en réalité plusieurs servitudes distinctes, indépendantes les unes des autres, dont certaines ont pu s'éteindre par un défaut particulier d'exercice, — ou bien si la restriction dans la jouissance a une cause autre que la volonté ou les convenances du titulaire de la servitude, si elle a pour cause l'opposition du propriétaire servant ou bien un changement dans l'état matériel des lieux, qui en rende l'usage complet impossible, notamment si le maître du fonds dominant n'a pas établi les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude dans toute son étendue, alors que cet établissement était à sa charge. — Cass., 29 août 1882, Hauguel, [S. 84.1.395, P. 84.1.980, D. 83.1.341]; — 6 juill. 1897, précité. — Trib. civ. Bordeaux, 22 avr. 1896, [*Rec. Bordeaux*, 96.2.116] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 703; Taulier, t. 2, p. 468; Demolombe, t. 12, n. 1029; Dupret, *loc. cit.*, p. 823 et s.; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 25.

1285. — Jugé en ce sens : 1° que le droit concédé aux habi

tants d'une commune de faire pacager leurs bestiaux sur certaines propriétés pendant une époque déterminée, par exemple depuis le 6 septembre de chaque année jusqu'à l'Ascension de l'année suivante, constitue une servitude une et non divisée, et non une servitude divisée en pacage d'automne et pacage de printemps; et que dès lors il suffit qu'il y ait eu, de la part des concessionnaires, usage du pacage dans un temps de la période déterminée, par exemple pendant le printemps, pour que cet usage ait mis obstacle à la prescription de leur droit et du mode d'en user, alors même que lesdits concessionnaires seraient restés plus de trente ans, sans en user pendant l'automne, et réciproquement. — Riom, 6 févr. 1855, Commune de Dienne, [S. 55.2.712, P. 56.1.623]

1286. — Mais 2° que la servitude de passer à pied, en voiture, de jour et de nuit, est prescrite, relativement au passage de nuit et en voiture, si le propriétaire du fonds dominant n'est passé, pendant trente ans, que de jour et à pied, *et si des obstacles matériels* rendaient impossible le passage en voiture et de nuit. — Cass., 29 août 1882, précité.

1287. — Jugé même que, bien que le propriétaire d'un fonds au profit duquel a été constituée une servitude consistant dans le droit de passer sur un autre fonds avec chevaux et voitures, n'ait, pendant plus de trente ans, passé qu'à pied sur ce dernier fonds, son droit d'y passer selon le mode stipulé n'en subsiste pas moins, alors qu'au fait du passage à pied se joint la conservation de vestiges du passage avec voitures. Vainement, en pareil cas, prétendrait-on que ce dernier mode d'exercice de la servitude se trouve prescrit par le non-usage. — Cass., 5 juin 1860, Baudet, [S. 60.1.497, P. 60.961, D. 60.1.252] — V. toutefois *suprà*, n. 1219.

1288. — Il est certain que l'usage d'un droit plus étendu, mais de même nature, conserve le droit moins étendu, et qu'un abus de jouissance ne saurait être assimilé à un défaut de jouissance entraînant l'extinction de la servitude. — Riom, 25 mai 1842, Bonnard, [S. 42.2.417, P. 43.1.51] — *Sic*, Toullier, t. 3, n. 700; Curasson, sur Proudhon, *Dr. d'usage*, n. 105.

1289. — Inversement, l'usage d'un droit contraire au titre ne conserve pas l'ancien droit (Toullier, t. 3, n. 701; Belime, n. 171). Mais ce caractère de l'usage invoqué ne se présume pas; et celui qui fait un acte de possession est même censé, surtout en matière de servitude discontinue, avoir exercé son droit conformément à son titre, s'il n'y a preuve contraire. — Riom, 25 mai 1842, précité. — Caen, 24 juill. 1865, Lecesne, [S. 66.2.191, P. 66.805, D. 66.2.190] — V. *suprà*, n. 705 et s.

1290. — Le non-usage qui éteint les servitudes est, avons-nous dit, de trente ans (C. civ., art. 706). Aucun texte n'établit, en notre matière, de prescription plus courte; et notamment, une prescription de dix à vingt ans, même avec juste titre et bonne foi, ne suffirait pas pour libérer le tiers détenteur qui posséderait comme libre de servitude, avec juste titre et bonne foi, un fonds en réalité grevé. On a soutenu en sens contraire qu'il ne peut être question de libération pour ce tiers détenteur, qui n'a contracté aucune obligation envers le propriétaire dominant, et que la prescription acquisitive (qui permet d'acquérir la propriété elle-même) doit pouvoir lui faire acquérir la portion de propriété démembrée qui compose à son insu la servitude. Il en est ainsi, ajoute-t-on, du possesseur d'un immeuble grevé d'usufruit, qui, s'il a juste titre et bonne foi, éteint cet usufruit par la prescription de dix à vingt ans, quoique l'art. 617 déclare (comme fait l'art. 706 pour les servitudes) que l'usufruit s'éteint par la prescription de trente ans. Ainsi encore des hypothèques, qui s'éteignent par la prescription de dix à vingt ans acquise au profit du tiers détenteur (C. civ., art. 2180). C'est en ce sens que semble s'être prononcée la loi du 11 brum. an VII, sur le régime hypothécaire et les expropriations forcées, qui disposait, à l'art. 25 de son chap. 2, que les droits conventionnels de vue ou de passage, ainsi que les servitudes non apparentes et les servitudes discontinues, devaient se prescrire par un laps de dix années du jour de la vente sur saisie, quand elles n'avaient pas été expressément réservées par le cahier des charges. — Dans le sens de cette première opinion, V. Nancy, 14 mars 1842, Borthon, [S. 42.2.133, P. 43.1.190] — Pothier, *Prescr.*, n. 139; Delvincourt, t. 2, p. 582 ou t. 1, 2e part., p. 423; Duranton, t. 5, p. 691; Troplong, *Prescr.*, t. 2, n. 853; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 689, note *a*; Vazeille, *Prescr.*, t. 1, n. 419, et t. 2, n. 523; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 368; Taulier, t. 2, p. 466; Demante, t. 2, n. 565 *bis*; Zachariæ, t. 2, § 215 *d*; Bressolles, *Revue [illegible] dr. franç.*, t. [illegible], 1848, p. 748; Laurent, t. 8, [illegible]

1291. — A [illegible] du fonds grevé est exactement la [illegible] du propriétaire antérieur qui avait [illegible] la servitude, et à l'égard de qui la prescription de trente ans [illegible]. L'art. 2264, placé au titre *De la prescription* [illegible] au chapitre qui détermine *le temps requis pour prescrire* [illegible] les règles de la prescription sur d'autres [illegible] dans le présent titre (tit. 20, liv. 3 *De la prescription* [illegible] dans les titres qui leur sont propres [illegible] le prescription qui se trouvent dans le titre [illegible] sont celles des art. 690 (V. *suprà*, n. 899 et s.) et 706; et ce dernier article est rédigé en termes assez absolus pour qu'on puisse les considérer comme exclusifs de la prescription [illegible] ans en notre matière. Il serait d'ailleurs singulier [illegible] cette dernière prescription avec un effet extinctif des [illegible] alors que pour leur acquisition la prescription de [illegible] seule possible. Il est, d'autre part, inexact de présenter celui qui prescrit la liberté de son fonds comme un acquéreur [illegible] démembrement de propriété. Il n'a point acquis la servitude dont son fonds était grevé; il n'a pu exercer cette servitude, l'acquérir par prescription, puisqu'il ne possède pas le fonds dominant. Il ne se peut agir pour lui que de se libérer d'une charge, de prescrire l'affranchissement de son immeuble, d'invoquer en somme une prescription extinctive. C'est donc à tort qu'on a voulu comparer sa situation à celle du propriétaire qui libère son fonds d'un droit d'usufruit. Le possesseur de l'immeuble grevé d'usufruit exerce ce droit à la place de l'usufruitier; il acquiert ainsi par usucapion le droit de jouissance qui appartenait à l'usufruitier primitif. L'extinction de ce dernier droit n'est que la conséquence de l'acquisition d'un droit contraire qui en paralyse l'exercice; au lieu que le propriétaire servant n'acquiert par la prescription aucun *droit* véritable. Quant à l'art. 2180, il est tout à fait spécial aux hypothèques et ne peut pas plus être étendu aux servitudes que les règles concernant la prescription des servitudes ne peuvent être appliqués aux hypothèques. De plus, cet article donne comme point de départ à la prescription de dix à vingt ans le jour où le juste titre a été transcrit sur les registres du conservateur : or cette disposition spéciale n'est pas reproduite en notre matière, et rien ne permet d'y suppléer. — Toullier, t. 3, n. 688; Pardessus, t. 2, n. 306; Solon, n. 510; Coulon, t. 2, p. 66, dial. 53; Belime, n. 176; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servitude*, sect. 3, § 5; Gavini de Campile, t. 3, n. 1200 et s.; Demolombe, t. 12, n. 1004; Zachariæ, § 255, [illegible]; Marcadé, sur l'art. 707; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § [illegible], texte et note 7, et § 341, texte et note 4; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 23; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. [illegible]; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 706, n. 7.

1292. — La jurisprudence est presque unanime en ce dernier sens, pour décider que la prescription de dix à vingt ans de l'art. 2265 est inapplicable en matière de servitudes. — V. Cass., 20 déc. 1836, Jousselin, [S. 37.1.145, P. 37.1.46]; — 28 mars 1837, S[illegible], [S. 37.1.506, P. 37.2.12]; — 16 avr. 1838, Biron, [S. 38.1.756, P. 38.2.241]; — 18 [illegible] 1845, Lacombe, [S. 46.1.74, P. 46.1.518, D. 46.1.213]; — 14 nov. 1853, de Fontette, [S. 54.1.405, P. 53.2.495, D. 53.1.329]; — 23 nov. 1875, Mouloud-ben-Saïd, [S. 76.1.103, P. 76.251, D. [illegible]]; — 22 févr. 1881, Benoist, [S. 82.1.111, P. 82.1.248, D. 81.1.[illegible]] — Grenoble, 23 juill. 1832, Commune de Voreppe, [S. 32.2.[illegible], P. chr.] — Paris, 25 août 1834, Guerreau, [S. 35.2.134, P. chr.] — Orléans, 31 déc. 1835, Jousselin, [S. 36.2.5, P. chr.] — Limoges, 14 févr. 1837, Boissou, [S. 37.1.506 *ad notam*, P. 37.1.[illegible]]; — 20 févr. 1837, Laforest, [S. *Ibid.*] — Caen, 4 avr. 1838, Burnouf, [D. *Rép.*, v° *Servitude*, n. 1238] — Bordeaux, 29 mai 1838, Hoffmann, [S. 38.2.342, P. 38.2.331] — Aix, 24 déc. 18[illegible], Aune, [P. 41.2.58] — Caen, 19 mai 1841, [cité par Demolombe, t. 12, n. 1004] — Bordeaux, 7 juil. 1841, Cassat, [P. 41.2.352] — Metz, 2 juill. 1846, Commune d'[illegible], [P. 46.2.512] — Caen, 29 juill. 1851, de Fontette, [P. 53.1.422, D. 53.2.1[illegible]] — Liège, 6 juill. 1842, [*Pasicr. belge*, 42.2.316]; — 30 nov. 1843, [*Pasicr. belge*, 44.2.99]

1293. — Les art. 2252 et s. indiquent limitativement les personnes dont le non-usage ne peut pas être invoqué comme cause d'extinction de la servitude (V. *suprà*, v° *Prescription*, n. 832 et s.). Toutes autres personnes peuvent en entraîner l'extinction par le non-usage. Notamment, et quoique la perte d'une servitude soit une sorte d'aliénation, le non-usage de ceux qui n'ont

pas le droit d'aliéner les biens à eux confiés peut suffire pour faire perdre les servitudes dues à ces biens. Tel le non-usage par un fermier, par un usufruitier, par un administrateur, par tous ceux qui représentent le propriétaire, ou même par un possesseur de mauvaise foi, sauf le recours éventuel du propriétaire contre eux, conformément aux art. 614, 1428, al. 4, 1768, al. 1, 22 4, etc., C. civ. Ils ont, du reste, le droit de prendre toutes mesures nécessaires pour interrompre la prescription. — Dunod, *Tr. des prescr.*, 3e part., ch. 4, p. 267; Pardessus, t. 2, n. 307; Taulier, t. 2, p. 469; Demolombe, t. 12, n. 995.

1294. — Jugé, à cet égard, que la prescription extinctive n'est ni suspendue, ni interrompue par l'existence d'un bail, et qu'elle court contre l'acquéreur du fonds dominant, à partir du jour de la vente, encore bien qu'à cette époque le domaine soit affermé par un bail antérieur qui ne prend fin qu'à une époque postérieure à la vente : l'acquéreur ne serait pas fondé à prétendre que la prescription n'a couru contre lui qu'à partir de l'expiration du bail. — Cass., 15 nov. 1841, Dolter, [S. 42.1.166, P. 42.1.362]

1295. — Toutes les servitudes, même les servitudes discontinues ou non apparentes, qui ne peuvent pas s'acquérir par la prescription (V. *suprà*, n. 899 et s.), peuvent se perdre par le non-usage de trente ans. Mais les trente ans n'ont point pour toutes les servitudes un point de départ identique. Ils commencent à courir, aux termes de l'art. 707, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

1296. — Ainsi les servitudes continues se conservent par la seule intention du propriétaire dominant, leur usage étant ou pouvant être continuel sans le fait actuel de l'homme. Pour qu'un propriétaire assujetti puisse se prétendre libéré d'une pareille servitude, il ne suffit pas que celui auquel la servitude était due ne l'ait pas exercée pendant trente ans; il faut encore qu'il ait été fait un acte contraire, et c'est seulement alors que les trente ans commenceront à courir. — Metz, 6 juin 1866, Oulif, [S. 67.2.147, P. 67.588, D. 66.2.150] — Douai, 9 déc. 1889, Billiet, [D. 91.2.69]

1297. — La nécessité d'un acte contraire doit être reconnue pour toutes les servitudes continues, même pour celles dont l'exercice est, dans une certaine mesure, intermittent. Ainsi la servitude d'aqueduc s'exerçant au moyen d'une vanne, qui constitue une servitude *continue* (V. *suprà*, n. 175), ne s'éteint pas par le non-usage du jour où on a cessé de lever la vanne, mais seulement du jour où a été effectué un acte contraire à son exercice. — Lyon, 9 avr. 1881, Buissonnet, [S. 84.2.164, P. 84.1.883, D. 82.2.20] — *Sic*, du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 367; Daviel, t. 3, n. 786, Demolombe, t. 12, n. 1010; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 16; Laurent, t. 8, n. 308; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1161. — *Contrà*, Dupret, *Revue de droit franç. et étr.*, 1846, t. 3, p. 828 et s.

1298. — En quoi consistera l'acte contraire? On ne saurait considérer comme tel une simple signification, par le propriétaire du fonds assujetti, qu'il entend ne plus être soumis à l'exercice de la servitude. Il faut des faits matériels incompatibles avec cet exercice, comme l'élévation d'un mur ou d'un bâtiment sur un terrain grevé de la servitude *non ædificandi*. — Pardessus, t. 2, n. 308; Demolombe, t. 12, n. 1006; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 18; Laurent, t. 8, n. 308; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1159.

1299. — Le fait, par exemple, d'avoir depuis plus de trente ans entouré d'une clôture et incorporé à sa propriété un terrain grevé d'une servitude de prospect, ne suffit pas pour libérer ce terrain de ladite servitude. — Douai, 9 déc. 1889, précité.

1300. — Les actes contraires doivent être à la fois apparents et permanents, c'est-à-dire non entachés de précarité. — Metz, 6 juin 1866, précité. — *Sic*, Dunod, 1re part., chap. 6, p. 33; Demolombe, t. 12, n. 1007; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et notes 15-16; Laurent, t. 8, n. 310. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1160.

1301. — Ils ne doivent pas pouvoir être considérés comme émanant d'une pure tolérance. Ainsi, lorsqu'une clause de l'acte récognitif d'une servitude imposant à un propriétaire l'obligation de n'avoir dans son mur que des jours de souffrance porte que le débiteur de la servitude aura faculté, à titre de pure tolérance, pendant trente ans, de prendre des jours sur le fonds dominant dans des conditions autres que celles prévues par le titre constitutif, les actes contraires au titre constitutif, effectués par le débiteur de la servitude en vertu de cette convention, ayant le caractère d'actes de pure tolérance, ne peuvent servir de fondement utile à la prescription libératoire de la servitude par le non-usage. — Nancy, 16 nov. 1889, Garesme, [S. 91.2.161, P. 91.1.894] — *Sic*, Huc, t. 4, n. 461.

1302. — S'ils étaient autorisés par le propriétaire de l'immeuble dominant, il pourrait même y avoir remise de la servitude, comme nous l'indiquerons au paragraphe suivant. Autorisés par un locataire ou un usufruitier, ils donneraient à la possession de liberté qui les aurait suivis un caractère de précarité qui ne permettrait pas d'en induire l'extinction de la servitude. — Pardessus, t. 2, n. 308; Demolombe, t. 12, n. 1007.

1303. — Ils peuvent être indifféremment établis sur le fonds dominant ou sur le fonds servant; et il a été jugé, notamment, que le propriétaire d'un fonds inférieur peut se libérer, par voie de prescription extinctive, de la servitude légale d'écoulement d'eaux pluviales qui grevait son fonds, en faisant obstacle, pendant trente ans, à l'écoulement de ces eaux, au moyen d'un barrage, qui, établi sur son propre fonds, a pour résultat de faire refluer les eaux sur le fonds supérieur. — Cass., 10 nov. 1886, Commune de Saint-Nazaire-de-l'Aude, [S. 90.1.447, P. 90.1.1082, D. 87.1.209] — V. aussi Demolombe, t. 12, n. 1008.

1304. — Peu importe encore qu'ils aient été faits par le propriétaire du fonds grevé, ou par celui du fonds dominant (auquel cas l'acte contraire se présente comme un abandon de la servitude), ou par un tiers quelconque, ou qu'ils proviennent d'une force majeure : l'art. 707 ne distingue pas. — Cass., 20 déc. 1847, Chapelon, [P. 48.1.486, D. 48.1.13]; — 3 mars 1890, Grauss, [S. 90.1.245, P. 90.1.616, D. 91.1.37] — *Sic*, Maleville, t. 2, sur l'art. 707; Delvincourt, t. 1, p. 167, note 6; Duranton, t. 5, n. 685; Zachariæ, t. 2, § 255, texte et note 7; Belime, n. 158; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 367; Solon, n. 500; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 692; Marcadé, sur l'art. 707; Demante, t. 2, n. 566 *bis*; Taulier, t. 2, p. 460; Demolombe, t. 1, n. 1009; Daviel, t. 3, n. 786; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 7; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 17; Laurent, t. 8, n. 311; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1158; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 707, n. 12. — *Contrà*, Dunod, *Prescr.*, 3e part., ch. 6, p. 294; Bourjon, *Servit.*, 1re part., sect. 1, n. 7 et s.; Pardessus, t. 2, n. 308.

1305. — Jugé, spécialement, qu'une servitude de prise d'eau est éteinte par le non-usage, lorsqu'il est constaté qu'un barrage, au moyen duquel s'exerçait une servitude de cette nature, établie par titre, au profit d'un fonds, a été renversé et détruit par une crue extraordinaire du cours d'eau sur lequel il existait; que les propriétaires du fonds dominant ne l'avaient pas rétabli de manière à pouvoir s'en servir; que le cours d'eau avait été depuis lors laissé à sa pente et à sa hauteur naturelles; et que cet état de choses avait subsisté pendant plus de trente ans. — Cass., 3 mars 1890, précité.

1306. — ... Que, si l'exercice d'une servitude de conduite d'eau a été interrompu par le déplacement naturel et spontané du cours d'eau, ce déplacement est, pour le propriétaire assujetti, le point de départ de la prescription par non-usage; et que la mise en culture par lui du lit desséché, après sa prise de possession de ce lit, a pu devenir la base d'une action possessoire. — Cass., 20 déc. 1847, précité.

1307. — La prescription de trente ans commence à courir du jour où les travaux contraires à l'exercice de la servitude sont terminés. Ce point de départ est le même pour toutes les servitudes continues, apparentes ou non. — Pardessus, t. 2, n. 308; Demolombe, t. 12, n. 1007.

1308. — Lorsque le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude continue invoque l'extinction de cette servitude par non-usage, c'est à lui qu'il appartient de prouver, par experts ou par témoins, l'acte contraire d'où il infère sa libération. — Lyon, 9 avr. 1881, Buissonnet, [S. 84.2.164, P. 84.1.883, D. 82.2.20] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 308; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1163.

1309. — Le seul fait de ne point exercer pendant trente ans une servitude discontinue suffit, avons-nous dit, sans qu'il y ait nécessité, pour le maître de l'héritage grevé, de faire des actes contraires qui seraient le plus souvent impossibles par la nature des choses. Peu importe même que la servitude soit apparente : l'art. 707 n'a aucun égard à ce caractère; et la servitude ne saurait subsister, malgré le non-exercice pendant trente ans, alors même que des signes ou des ouvrages apparents at-

testeraient encore qu'elle a existé. Ainsi une servitude de passage ne se conserverait pas par la seule existence de la barrière qui servait à l'exercer. — Caen, 19 mai 1837, Commune de Sotteville, [*Rec. Caen*, t. 1, p. 421] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 308; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 709, note 4; Demolombe, t. 12, n. 1012. — *Contrà*, Pothier, *Introduction au titre 13 de la Coutume d'Orléans*, n. 19; Dunod, *Traité des prescriptions*, 3e part., chap. 6, p. 295 et s.; Toullier, t. 3, n. 709; Belime, n. 161.

1310. — Au cas de servitude discontinue, la preuve soit de la survivance, soit de l'extinction, incombe à celui qui n'est pas en possession soit de la servitude, soit de la liberté. Si celui qui, s'appuyant sur un titre, prétend avoir un droit de servitude, est en même temps en possession de ce droit, c'est au propriétaire grevé, qui prétend que le titre invoqué est prescrit, à établir que son fonds est resté libre pendant trente ans avant les faits qui donnent lieu au procès. Aux termes de l'art. 2234, C. civ., « le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire ». Alors même que l'on ne considérerait pas comme applicable en notre matière la présomption légale établie par cet article, il faut bien admettre qu'il y a, en faveur du possesseur du droit, une présomption de fait qui doit suffire sauf preuve contraire. Que si le prétendant-droit à la servitude n'est pas en possession actuelle et s'appuie seulement sur son titre, ancien de plus de trente ans, c'est à lui à prouver que ce titre a conservé sa valeur par l'exercice de la servitude. Il lui suffira du reste d'établir un seul fait de possession caractérisé, accompli depuis trente ans et se rattachant à son titre; sauf à son adversaire à combattre ce fait comme non probant, comme ayant été suivi d'une contestation ou d'une contradiction, ou comme ayant eu lieu lui-même après plus de trente années de non-jouissance. — Cass., 6 févr. 1833, Sirey, [S. 33.1.161, P. chr.]; — 3 avr. 1833, Préfet de l'Aude, [S. 33.1.579, P. chr.]; — 11 juin 1834, Commune de Sainte-Marguerite, [S. 34.1.613, P. chr.]; — 26 janv. 1835, Préfet de l'Aude, [S. 35.1.92]; — 3 juin 1835, Préfet de l'Ariège, [S. 35.1.721, P. chr.]; — 15 févr. 1842, Duvivier, [S. 42.1.344, P. 42.1.503, D. 42.1.83] — Caen, 16 août 1828, Schenetz, [cité par Demolombe, t. 12, n. 1015] — Limoges, 19 janv. 1831, Habitants de Peyreladas, [S. 31.2.233] — Pau, 20 févr. 1835, Commune de Bruges, [S. 36.2.24] — Douai, 20 nov. 1858, Lebeau, [P. 59.268] — Pau, 4 avr. 1870, Commune de Baudéan, [S. 71.2.117, P. 71.478, D. 71.2.205] — Paris, 15 avr. 1896, [*Gaz. Pal.*, 11 juill. 1896; *Gaz. des Trib.*, 20 août 1896] — *Sic*, Merlin, *Quest.*, v° *Usage*, § 9, n. 3; Pardessus, t. 2, n. 308; Bonnier, *Traité des preuves*, n. 36 et s.; Taulier, t. 2, p. 465; Curasson, sur Proudhon, *Usage*, t. 2, n. 603 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 4; Demolombe, t. 12, n. 1015-1017; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 21; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1163; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 707, n. 20. — V. en sens contraire, sur la première partie de la proposition, Laurent, t. 8, n. 317; sur la deuxième partie : Paris, 2 juill. 1836, Préfet d'Indre-et-Loire, [S. 36.2.511, P. chr.] — Rouen, 20 mars 1868, Pottier, [S. 69.2.113, P. 69.571] — Trib. d'Ussel, 8 janv. 1898, Quivoron, [D. 99.2.32] — V. aussi Belime, n. 176 et s.

1311. — Les rôles peuvent toutefois être intervertis, si les parties y consentent; et il a été jugé, en ce sens, que le propriétaire qui, en excipant de l'extinction d'une servitude par non-usage pendant trente ans, a été, sur sa demande, admis à prouver ce non-usage, ne peut ensuite se faire un moyen de cassation de ce que les juges n'ont pas mis à la charge de celui qui réclame la servitude la preuve de l'usage de cette servitude depuis moins de trente ans. — Cass., 16 mars 1836, Bussières, [S. 36.1.609, P. chr.]

1312. — C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement si le prétendant-droit est ou non en possession suffisante, sans dol, sans violence, et sans précarité. — Pardessus, t. 2, n. 308.

1313. — Les faits de jouissance par lesquels la servitude s'est conservée peuvent évidemment être prouvés par témoins. — Pau, 4 avr. 1870, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 12, n. 995 et 1016.

1314. — Certaines servitudes ne peuvent être exercées qu'après obtention préalable d'un acte écrit de délivrance : telle est la servitude qui consiste à prendre du bois dans une forêt. — V. *suprà*, n. 58, et *infrà*, v° *Usages forestiers*. — Celui qui, prétendant-droit à une telle servitude, voudrait prouver un fait de possession, ne pourrait pas se borner à établir par témoins qu'il a coupé du bois sans opposition du propriétaire ou sans poursuites ultérieures, s'il ne justifie pas en même temps que cet enlèvement a été accompagné de la délivrance exigée par la loi ou par son titre. On objecte, il est vrai, qu'il n'a fait que contrevenir à une clause de la concession, mais qu'il n'a pas agi sans titre; il s'est exposé à une peine, il a mal exercé un droit, mais il l'a exercé. Nous croyons toutefois que cet acte d'exercice, entaché de violence et de clandestinité, ne suffit point à interrompre la prescription. — Cass., 27 janv. 1829, Delbos, [S. et P. chr.]; — 6 févr., 3 avr. 1833 et 26 janv. 1835, précités; — 19 janv. 1835, Préfet du Haut-Rhin, et 22 avr. 1835, Préfet de l'Aude, [S. 35.1.727, P. chr.]; — 3 juin 1835, préfet de l'Ariège, précité; — 3 juin 1835, Robinet, [S. 35.1.721, P. chr.]; — 19 juin 1838, Préfet de l'Aude, [S. 38.1.512, P. 38.2.37]; — 11 juill. 1838, Duballay, [S. 38.1.747, P. 38.2.356]; — 6 nov. 1838, Préfet de l'Aude, [S. 38.1.985, P. 38.2.574]; — 23 févr. 1841, de Verthamont, [S. 41.1.219, P. 41.1.574] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 308; Troplong, *Prescript.*, t. 2, n. 404; Demolombe, t. 12, n. 1018. — *Contrà*, Limoges, 19 janv. 1831, Pau, 20 févr. 1835 et 4 avr. 1870, précités.

1315. — Celui qui invoque le non-usage peut exciper à son profit des actes de son auteur et de la possession de liberté qu'a été ce dernier; il peut opposer à son adversaire les actes et la non-jouissance de l'auteur de celui-ci. L'adversaire à son tour peut joindre la possession de son auteur à la sienne propre. — Pardessus, t. 2, n. 309.

1316. — La servitude ne serait pas éteinte s'il était démontré que le non-usage a été l'effet de la condescendance de celui à qui appartenait le droit de l'exercer. Mais c'est à celui qui prétendrait n'avoir cessé de jouir que par pure obligeance et sans entendre donner de droits contre lui, à prouver cette allégation, et cette preuve ne pourrait pas se faire par témoins, parce que rien ne faisait obstacle à ce qu'il se la procurât par un écrit. — Pardessus, t. 2, n. 309.

1317. — La prescription des servitudes par le non-usage est soumise à toutes les mêmes causes d'interruption et de suspension que la prescription acquisitive. — Trib. civ. Lyon, 28 févr. 1895, [*Mon. jud. Lyon*, 13 mai 1895] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 310; Aubry et Rau, t. 3, § 255; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1164.

1318. — Ainsi, par exemple, la prescription libératoire demeure suspendue, par application de l'art. 2257, C. civ., tant que court le délai pendant lequel le titulaire de la servitude s'est engagé à ne pas l'exercer. — Nancy, 16 nov. 1889, Garesme, [S. 91.2.161, P. 91.1.894]

1319. — A l'égard des servitudes dues à des immeubles dotaux proprement dits, la prescription ne peut commencer pendant le mariage; à moins qu'il n'y ait eu séparation de biens, auquel cas elle pourrait prendre naissance après la séparation (C. civ., art. 1561 et 2255 *combinés*).

1320. — Est-elle suspendue pendant le temps où l'exercice de la servitude est impossible ou inutile pour le fonds dominant? Nous avons indiqué *suprà*, n. 126, que malgré cette inutilité ou cette impossibilité une servitude pouvait encore être stipulée valablement. Nous avons dit d'autre part (n. 1164 et s.) qu'une impossibilité d'user de la servitude, provenant d'une modification même fortuite dans l'état des lieux, pouvait faire cesser provisoirement la servitude. Nous avons ajouté (n. 1214 et s.) qu'en pareil cas la servitude était éteinte après trente ans, si ce non-usage trentenaire n'avait été ni suspendu, ni interrompu, mais que la seule force majeure ou l'empêchement invincible d'user n'équivalaient point à une suspension ou à une interruption de cette prescription extinctive. La même question se pose ici; et il a été admis par certains auteurs que le non usage d'une servitude pendant trente ans n'en opère pas l'extinction, lorsque le propriétaire du fonds servant s'est trouvé, par l'effet d'un événement de force majeure qu'il n'a pu prévenir ou faire cesser, dans l'impossibilité d'exercer son droit. — Voët, *ad Pandect.*, lib. 8, tit. 6, n. 4; Lalaure, *Servitudes*, p. 43, 71 et s.; Domat, *L. civ.*, liv. 1, tit. 12, sect. 6, n. 1 et 4; Troplong, *Prescr.*, t. 2, p. 361; Proudhon, *Dom. publ.*, t. 4, n. 1379; Toullier, t. 3, n. 689 et 690; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servitudes*, sect. 5, n. 6; Solon, n. 504, 534; Zachariæ, t. 2, p. 86; Marcadé, sur l'art. 707, n. 2; Belime, *Dr. de possess.*, n. 168; Coulon, t. 3, p. 459, dial. 34; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 706, n. 11.

1321. — Pour les raisons et avec les auteurs indiqués *suprà*,

n. 1217, nous maintenons notre opinion contraire : la loi ne distingue pas ; le non-usage, même par impossibilité matérielle d'user pendant trente ans, entraîne extinction de la servitude s'il n'y a eu suspension ou interruption aux termes des art. 2244 et s., C. civ.

1322. — La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'une servitude discontinue, établie pour donner satisfaction à des besoins qui ne se reproduisent qu'à intervalles éloignés, et tels qu'il peut s'écouler trente ans entre les actes dont elle se compose. On peut être tenté de voir là un droit conditionnel, subordonné à la condition « s'il y a besoin »; de sorte que le propriétaire assujetti devrait prouver que le besoin s'est manifesté, et que dès lors la condition s'est accomplie, sans exercice de la servitude depuis plus de trente ans; faute de quoi la prescription n'aurait pas pu courir, aux termes de l'art. 2257, jusqu'à l'avènement de la condition. Cette première opinion pose comme règle que, pour les servitudes dont l'exercice est nécessairement périodique et intermittent, le délai de trente ans pour prescrire ne court pas de la date du titre, ou bien du jour où s'est effectivement produit un dernier acte de jouissance, mais du jour où cet acte aurait dû se produire et où, une période de non-exercice étant expirée, le titulaire du droit a négligé de l'exercer à nouveau. La prescription, dit-on, ne court pas contre qui possède; or le propriétaire du fonds dominant n'a pas cessé de posséder, dans l'intervalle de ses deux actes de jouissance. La prescription est basée sur une négligence ou sur une présomption de remise; or ici, l'on ne peut invoquer ni l'une, ni l'autre. Il serait exorbitant d'imposer au propriétaire dominant la nécessité de se faire consentir un titre récognitif. L'impossibilité d'exercer des actes effectifs de jouissance est inhérente au droit lui-même et prend sa source dans l'acte constitutif, qui est la loi des parties. Si l'on ne veut point considérer ce droit comme soumis à une condition véritable, du moins doit-on reconnaître qu'il est subordonné dans son exercice, sinon dans son existence, à des termes successifs et périodiques; et, toujours d'après le même art. 2257, la prescription ne court pas tant que le terme n'est pas arrivé. — Troplong, *Prescr.*, t. 2, n. 789; Belime, n. 166 et s.; Toullier, t. 3, n. 690; Demolombe, t. 12, n. 1013 et s.; Aubry et Rau, t. 2, § 179, note 31, et t. 3, § 255, texte et note 14; Laurent, t. 8, n. 307; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 705, n. 5.

1323. — Cela est peut-être même plus frappant pour les servitudes qui ne sont susceptibles de s'exercer qu'à des époques indéterminées. Aussi a-t-il pu être jugé, en ce sens, que lorsque les lieux par la disposition desquels s'exerce une servitude de cours d'eau, sont dans un état essentiellement variable, et que, par exemple, la vanne étant mobile, son degré d'élévation est sujet à changer à chaque instant, il ne peut jamais en résulter un état constant et certain de non-usage susceptible de produire la libération de la servitude par prescription. — Caen, 5 déc. 1827, Foubert, [S. et P. chr.]

1324. — ... Que la servitude stipulée par le bail à rente d'un héritage et qui consiste à laisser les bailleurs fouiller, quand bon leur semblera, dans toute l'étendue de l'héritage cédé, pour y chercher et rassembler des eaux, n'est pas d'un exercice usuel et continuel, et, par conséquent, ne peut être rangée dans la classe de celles qui s'éteignent par le non-usage pendant trente ans. — Paris, 18 niv. an XI, Fleuret, [S. et P. chr.]

1325. — ... Que la prescription du droit de prendre du bois dans une forêt pour la réparation de bâtiments, au fur à mesure des besoins, c'est-à-dire à des époques indéterminées, ne court pas du jour de la dernière délivrance, mais seulement du moment où le besoin de réparation existant, le droit n'a cependant pas été exercé. — Caen, 8 févr. 1842, Declercq, [S. 43.2.242] — Pau, 4 avr. 1870, Commune de Baudéan, [S. 71.2.117, P. 71.478, D. 71.2.205] — V. *infrà*, n. 1328.

1326. — Ici encore, nous croyons devoir nous en tenir au texte, qui ne distingue pas. Les trente ans courent du jour où l'on a cessé de jouir effectivement de la servitude, du jour du dernier acte d'exercice, et non pas de l'expiration d'une nouvelle période écoulée après ce dernier acte. Alors même que l'on étendrait l'application de l'art. 2257 aux droits autres que les droits de créance, qu'il vise expressément, on ne saurait l'appliquer à notre hypothèse. La concession de servitude n'est ni conditionnelle, ni à terme : elle est pure et simple. Il ne suffit pas non plus de dire que la prescription ne court pas contre celui qui n'a pas d'action : cet axiome n'est pas une loi, mais seulement une explication de certaines dispositions de loi. D'ailleurs, le propriétaire du fonds dominant, dans notre cas, n'est pas sans action; il a d'autres moyens de conserver son droit, que l'exercice de ce droit : il peut, soit exiger à ses frais une déclaration amiable ou judiciaire que le défaut d'exercice, ou les ouvrages faits ne lui porteront aucun préjudice, soit annoncer par des significations ou des actes conservatoires qu'il n'entend point abdiquer son droit. En un mot, il n'a qu'à faire reconnaître ce droit par un acte interruptif de prescription. — Pardessus, t. 2, n. 306, 310; Proudhon, *Usufr.*, t. 7, n. 618; Devilleneuve, note sous Cass., 2 mars 1836, [S. 36.1.242]; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1157.

1327. — Jugé, en ce sens, que l'extinction d'une servitude discontinue par le non-usage pendant trente ans commence à courir du jour même où l'on a cessé d'en jouir, et non pas seulement du jour où l'occasion d'exercer la servitude s'étant présentée, on a négligé d'en user. — Dijon, 21 nov. 1867, Bruchet-Giboulot, [S. 68.2.150, P. 68.686]

1328. — ... Que, notamment, le droit de prendre du bois dans une forêt pour construction ou réparation de bâtiment se prescrit par le non-usage pendant trente ans, alors même que l'usager prétendrait n'avoir pas eu besoin de bois dans cet intervalle, et sans que le propriétaire de la forêt soit tenu de prouver que ce besoin a réellement existé. Un tel droit ne saurait être considéré comme une obligation conditionnelle dont la prescription est suspendue tant que la condition n'est pas arrivée. — Cass., 11 juill. 1838, Duhallay, [S. 38.1.747, P. 38.2.356] — V. *infrà*, n. 1325.

1329. — Jugé, de même, sous l'empire de la coutume de Normandie, que l'art. 607 de cette coutume, qui permettait de prescrire contre le titre de servitude par une possession continue de quarante ans, était générale et s'appliquait à toute espèce de servitude : même aux servitudes discontinues et à celles qui s'exercent à des époques soit fixes, soit indéterminées. — Cass., 2 mars 1836, Roy, [S. 36.1.247, P. chr.]; — 6 févr. 1839, Declercq, [S. 39.1.208, P. 39.1.285]; — 23 nov. 1846, Declercq, [P. 46.2.736]

1330. — ... Que, notamment, le concessionnaire d'un droit de marronnage consistant à prendre dans une forêt le bois de construction nécessaire pour réparer ses domaines, quand besoin serait, a perdu ce droit par le laps de quarante années écoulées sans réclamation depuis la dernière délivrance du bois de construction. — Cass., 23 nov. 1846, précité.

1331. — Si le propriétaire d'un fonds grevé, sur lequel la servitude n'est pas exercée depuis vingt-huit ans, par exemple, se rend acquéreur du fonds dominant avec faculté de rachat, et si le vendeur use de cette faculté trois ans plus tard, ce dernier recouvrera-t-il avec son fonds la servitude active qui lui appartenait auparavant? Certains pensent que non, la servitude ayant péri par un non-usage de plus de trente ans (V. § suivant). — Duranton, t. 16, n. 411; Coulon, *Quest. de droit*, t. 3, p. 407. — Une autre opinion soutient qu'il ne faut pas ajouter aux vingt-huit années antérieures de non-usage les trois ans pendant lesquels le fonds a appartenu à l'acheteur à réméré. Des diverses raisons données à l'appui de cette deuxième opinion, la meilleure, et qui est décisive, est que le droit du vendeur à réméré était suspendu par une condition, et que dès lors la prescription ne pouvait pas courir contre lui aux termes de l'art. 2257. — Duvergier, *De la vente*, t. 2, n. 66; Troplong, *De la vente*, t. 2, n. 737; Demolombe, t. 12, n. 987.

1332. — Nous n'avons guère considéré jusqu'ici, comme non-usage, qu'un usage interrompu après que la servitude avait commencé par être exercée. Or, la prescription par trente ans de non usage atteint aussi bien les servitudes promises, c'est-à-dire constituées par un acte mais non encore établies de fait, que celles réellement existantes, mais dont l'usage commencé aurait cessé depuis plus de trente ans : les termes de l'art. 706 sont généraux en ce sens. — Orléans, 16 févr. 1865, Châtenay, [D. 65.2.60] — Mais de quelle date, en pareil cas, les trente années commenceront-elles à courir? Il faut distinguer.

1333. — Si l'exercice de la servitude ne peut ou ne doit commencer qu'à une date postérieure à la convention, et s'il appert nettement que les parties ont entendu fixer un terme auquel le droit de servitude commencerait seulement à exister, la prescription ne court qu'après l'échéance. Si ce terme est l'époque indéterminée où le fonds qui doit supporter la servitude sera disposé à cet effet, la promesse prend un caractère conditionnel,

et les trente ans de non-usage ne courent qu'après l'événement indiqué. — Pardessus, t. 2, n. 310; Demolombe, t. 12, n. 993.

1334. — Jugé en ce sens, que, si les vendeurs d'un terrain proche d'une rue projetée ont concédé à l'acheteur un droit d'accès éventuel sur cette rue, la prescription qui pouvait servir à éteindre ce droit conditionnel ne devait courir que du jour où la rue aurait été établie. — Cass., 9 juill. 1879, Fleurquin, [D. 79.1.343]

1335. — ... Que la prescription d'une servitude discontinue, et notamment de la servitude de tour d'échelle, par le non-usage, ne commence à courir que du jour où, l'occasion d'en user s'étant présentée, le propriétaire de la servitude a négligé d'en user. — Orléans, 14 déc. 1895, Coulon, *Gaz. Pal.*, 96.1.90

1336. — ... Que, l'extinction d'une servitude de passage pour la vidange d'un bois de haute futaie étant fondée sur l'abandon présumé de son droit par le propriétaire du fonds dominant, les trente ans n'ont pu prendre cours que si, une coupe ayant été opérée postérieurement à l'acte constitutif, le passage a été exercé sur un héritage autre que le fonds assujetti. — Trib. civ. d'Ussel, 8 janv. 1898, Quivoron, [D. 99.2.32]

1337. — Si, au contraire, il ne dépend que du propriétaire dominant d'obtenir la jouissance immédiate de la servitude, une sous-distinction s'impose.

1338. — Pas de difficulté pour les servitudes discontinues. Dans notre système (V. *suprà*, n. 1326) les trente ans courront toujours du jour de la constitution.

1339. — Pour les servitudes continues négatives, ils courront du jour où le propriétaire du fonds servant aura contrevenu aux prohibitions imposées. Il est bien certain que l'obligation de ne pas élever un bâtiment futur au-dessus d'une certaine hauteur ne s'éteint pas par l'écoulement d'un laps de trente années sans qu'aucun bâtiment ait été construit : il n'y a pas eu, en effet, non-usage de la part du voisin, qui a seulement joui de la servitude avec plus d'étendue que si la construction eût été faite. La prescription ne courra donc que du jour où cette construction aura dépassé la hauteur fixée. — Pardessus, t. 2, n. 310.

1340. — Jugé, en ce sens, qu'une servitude de ne pas bâtir à moins de trois mètres d'un mur mitoyen ne peut se prescrire, tant que le propriétaire assujetti n'a pas fait d'infraction à cette interdiction de bâtir à moins de trois mètres, cette abstention même étant une exécution de la convention. — Orléans, 16 févr. 1865, précité.

1341. — Pour les servitudes continues positives, enfin, il est généralement admis que c'est du jour où le droit a été consenti, que les trente ans commencent à courir. La prescription court contre toute action du jour où elle peut s'exercer, et c'est plutôt la disposition générale de l'art. 2262, C. civ., qui est applicable ici, que celle de l'art. 707. Ce dernier article, d'après lequel le délai de la prescription court non seulement du jour où a été fait un acte contraire aux servitudes qui nous occupent, suppose que la servitude a été mise en exercice avant les trente ans de non-usage, ou qu'il en existe au moins des signes apparents; en d'autres termes, qu'elle a eu vie à une époque quelconque. Dans le cas au contraire où la servitude n'a, de fait, jamais été mise en exercice, la contradiction n'est pas nécessaire pour prescrire le droit de celui auquel la servitude était due. — Rennes, 18 nov. 1843, Gaucher, [S. 44.2.461, P. 44.2.422] — *Sic*, Toullier, t. 2, n. 661; Pardessus, t. 2, n. 310; Belime, n. 160; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 2, § 341, note 6; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 369, note 1; Demolombe, t. 12, n. 992; Laurent, t. 8, n. 313; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1162. — *Contrà*, Delvincourt, t. 1, p. 165, note 2; Marcadé, t. 2, sur l'art. 702.

1342. — Jugé, par application de ce principe, que si le propriétaire d'une maison au profit de laquelle existait un droit de vue sur le fonds voisin, laisse, après l'avoir démolie, écouler trente ans sans la reconstruire, la servitude est éteinte, bien que le propriétaire voisin n'ait fait aucun acte de contradiction dans ce laps de temps. — Même arrêt.

1343. — ... Que la faculté qu'un propriétaire aurait concédée à son voisin d'ouvrir sur sa propriété, hors des conditions légales, une fenêtre, dans le but d'éclairer un bâtiment que ce voisin projetait de faire construire, se trouve prescrit par le non-usage, si, pendant trente années à compter du jour de la convention, ce dernier n'a pas profité de la faculté à lui concédée, ou ne s'est pas opposé à tout ce qui, de la part du propriétaire, pouvait former obstacle à la servitude promise. — Cass., 14 déc. 1863, [illegible], [S. 64.1.77, P. 64.483, D. 64.1.126]

1344. — ... Que la prescription du droit d'établir des vues sans être assujetti aux dimensions et distances légales, court du jour même de la convention qui a créé ce droit de servitude, alors que le propriétaire du fonds dominant était libre de construire de suite, et que les parties n'avaient entendu soumettre à aucun terme ni à aucune condition l'exécution du contrat. — Orléans, 16 févr. 1865, précité. — V. aussi, Trib. Caen, 24 mars 1836, [illegible], *Rec. Caen*, t. 1, p. 409; — 14 juin 1837, Demarnay, [S. 39.2.298]

1345. — ... Que celui qui vend la faculté de bâtir sur son terrain est libéré de son obligation si l'acquéreur laisse passer trente ans sans user de son droit, encore même qu'il soit stipulé que le vendeur ne possédera qu'à titre précaire le fonds sur lequel la construction doit être faite. — Limoges, 22 mars 1811, Laroche, [S. et P. chr.]

1346. — ... Que le droit de fouiller sur un terrain est perdu par trente années écoulées depuis le jour de la concession, sans qu'aucun travail ait été exécuté sur le terrain assujetti. — Cass., 30 mars 1870, Larroquette, [D. 70.1.345]; — 28 oct. 1889, Cotte, [D. 90.1.38]

1347. — Il est des cas où une possession corrélative du propriétaire grevé conservera le droit du propriétaire dominant, malgré que celui-ci ait cessé de l'exercer. C'est ce qui aura lieu, par exemple, si la servitude est le prix d'une concession, avec redevance périodique, comme sont souvent les droits de pâturage ou d'usage dans les bois : quel que soit le temps pendant lequel le prétendant droit à la servitude aura été sans l'exercer, on ne pourra le lui opposer pour en induire l'extinction de la servitude, s'il justifie qu'il n'a pas cessé de servir exactement la redevance par lui due. Son adversaire ne peut pas prescrire contre le titre commun, tant qu'il en profite lui-même. Le non-usage pourrait seulement être invoqué du jour où la redevance ne serait plus payée. — Dunod, *Des prescr.*, 3e part., chap. 6, p. 292; Pardessus, t. 2, n. 311.

1348. — Il ne faudrait pas toutefois étendre par analogie la solution que nous venons de donner, au cas où deux fonds sont, par un même contrat, réciproquement assujettis l'un envers l'autre : la servitude due à l'un pourrait être éteinte par le non-usage, tandis que celle due à l'autre lui serait conservée. Il n'y aurait d'exception que dans le cas où l'exercice des deux servitudes serait lié d'une manière tellement indivisible, que l'un n'eût pu conserver son droit sans conserver le droit de l'autre. — Pardessus, t. 2, n. 311.

1349. — Nous avons déjà indiqué que la prescription pouvait être interrompue par la reconnaissance que le propriétaire assujetti peut faire du droit de celui contre qui il prescrit (C. civ., art. 2248); cette reconnaissance contient une renonciation virtuelle à la prescription en voie de s'accomplir, et efface le temps couru. — Cass., 10 avr. 1889, Baron, [S. 90.1.214, P. 90.1.517, D. 89.1.401] — *Sic*, Demante, t. 8, n. 562 *bis*-IV; Demolombe, t. 12, p. 979; Aubry et Rau, t. 2, § 255; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 8, n. 312.

1350. — On peut aussi renoncer à la prescription une fois acquise par trente ans de non-usage, dans les mêmes conditions où l'on peut renoncer aux prescriptions en général. — Pardessus, t. 2, n. 311. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 300 et s.

1351. — La renonciation peut être tacite et s'induire même d'actes passés avec des tiers; mais elle ne peut résulter que de faits non équivoques qui impliquent un abandon fait volontairement et en pleine connaissance de cause, du droit acquis ou en voie d'acquisition (C. civ., art. 2221). — Cass., 10 avr. 1889, précité. — Orléans, 16 févr. 1865, précité.

1352. — Il appartient, d'ailleurs, aux juges du fond d'apprécier souverainement les circonstances d'où résulterait une intention de cette nature, équivalente à l'acte récognitif exprès. — Cass., 10 avr. 1889, précité.

1353. — Jugé, notamment, que les juges du fond ont pu déclarer éteinte, par le non-usage, une servitude de fouille et d'aqueduc, alors même qu'ils ont constaté que le vendeur du fonds servant avait donné connaissance à l'acquéreur de ce fonds du droit de fouille appartenant à un tiers, s'ils ont ajouté que cette stipulation de l'acte de vente avait eu pour seul but d'exonérer le vendeur de la garantie, au cas où le propriétaire du fonds do-

minant se serait décidé à user de son droit, qui, à ce moment, existait encore, mais que, dans l'intention manifeste des parties, la clause dont il s'agit ne contenait pas une reconnaissance modifiant la situation acquise. — Même arrêt.

1354. — ... Qu'une servitude de passage ne peut être déclarée éteinte par la prescription ou le non-usage, lorsque des faits de la cause, il résulte que deux ans avant l'accomplissement de la prescription, et afin de ne pas la laisser s'accomplir, les lieux ont été disposés par les deux parties, de manière à assurer l'exercice de la servitude, dans les conditions prévues en l'acte constitutif, lequel n'avait pas été exécuté jusqu'alors. — Cass., 28 janv. 1885, Hauguel, [S. 86.1.215, P. 86.1.519, D. 85.1. 358]

1355. — ... Mais que la renonciation tacite ne se présume pas; qu'elle ne peut résulter que d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis et que l'on ne saurait considérer comme emportant renonciation, de la part du propriétaire du fonds servant, au droit d'invoquer la prescription libératoire de la servitude, la circonstance qu'il n'a pas opposé cette prescription dans une instance antérieure où son adversaire, alors privé de son titre, se bornait à invoquer la prescription acquisitive de la servitude. — Cass., 7 juill. 1856, Arrosants de Condamine, [S. 57.1.776, P. 57.361, D. 56.1.285]

1356. — C'est surtout lorsque la prescription est acquise, que l'on doit appliquer rigoureusement ce principe : la renonciation à un droit ne se présume pas. Ainsi des faits d'usage et de reprise d'exercice ne peuvent suffire à la faire revivre que si le propriétaire du fonds grevé peut être considéré comme y ayant concouru. — Pardessus, t. 2, n. 286; Demolombe, t. 12, n. 795, 988 et 1019; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et notes 19 et 20; Laurent, t. 8, n. 318 et 319; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1164; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 706, n. 12.

1357. — Décidé, en ce sens, que la prescription libératoire d'une servitude fondée sur un titre s'accomplit définitivement au profit du propriétaire du fonds servant, au moment et par le seul fait de l'expiration du laps de trente années écoulées sans exercice de la servitude; en conséquence, des faits postérieurs d'exercice de la servitude par le propriétaire du fonds dominant ne peuvent le relever de la prescription accomplie contre lui. — Cass., 7 juill. 1856, précité.

1358. — Jugé cependant que la renonciation tacite à la prescription libératoire d'une servitude peut s'induire du défaut d'opposition à des faits d'exercice de cette servitude, comme elle s'induirait de faits actifs et personnels qui, de la part du propriétaire du fonds servant, indiqueraient sa renonciation formelle à la prescription acquise. Ainsi, si après trente ans de non-usage d'une servitude (ce qui en entraînerait l'extinction), le propriétaire du fonds servant souffre des actes d'exercice de la servitude, il est censé avoir par là tacitement renoncé à l'extinction par la prescription. Vainement on dirait que la servitude, éteinte de plein droit par le non-usage pendant trente ans, n'a pu revivre que par trente années de nouvel usage. — Orléans, 31 déc. 1835, Jousselin, [S. 36.2.5, P. chr.] — Poitiers, 3 juin 1898, [*Gaz. des Trib.*, 98, 2e sem., 2.418]

1359. — Dans notre système, et à défaut de concours du propriétaire du fonds servant aux nouveaux actes d'exercice de la servitude, la servitude est éteinte, et le propriétaire du fonds dominant pourrait seulement en acquérir une nouvelle, par une prescription acquisitive de trente ans, dans le cas d'une servitude à la fois continue et apparente. Nous n'admettrions même pas qu'une servitude qui n'aurait pas ces deux caractères pût être, une fois éteinte, réacquise par une prescription ou possession quelconque, qui n'impliquerait pas renonciation certaine du propriétaire servant à se prévaloir de l'extinction obtenue par trente ans de non-usage. — Pardessus, t. 2, n. 286. — V. cep. Duplessis, *Coutume de Paris*, sur l'art. 186; Auroux des Pommiers, *Coutume du Bourbonnais*, sur l'art. 519, n. 7; Demolombe, t. 12, n. 795; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1106.

1360. — Les servitudes naturelles ou légales ne se perdent pas par le seul défaut d'usage de la part de ceux à qui ils appartiennent; mais elles peuvent être l'objet de conventions : on peut en abdiquer ou en limiter l'exercice; et la renonciation peut être tacite et s'induire du fait d'avoir toléré pendant trente années un état de choses qui empêche ou limite cet exercice. Nous en avons vu des exemples *suprà*, vis *Arbres*, n. 108 et s.; *Eaux*, n. 81 et s.; *Egout des toits*, n. 35 et s. Notons seulement qu'en pareil cas, c'est moins le non-usage du droit qu'un fait contraire du voisin, qui éteint ou modifie la servitude; et ce sont, dès lors, les règles de la prescription acquisitive qui doivent être appliquées, notamment pour la preuve, laquelle est à la charge de celui qui prétend avoir acquis un droit contraire. — Pardessus, t. 2, n. 312.

1361. — La prescription ne faisant acquérir que ce dont on a joui, celui qui a ouvert ou conservé pendant trente ans des vues dans son mur sans observer les distances fixées par les art. 678 et s., C. civ., serait définitivement affranchi des obligations imposées par ces articles. Mais peut-il empêcher son voisin de faire tous les actes dérivant de sa propriété, et notamment de construire, quand même ces actes auraient pour résultat d'offusquer ses vues? — V. à cet égard, *infrà*, v° *Vues et jours*, n. 168 et s.

1362. — Le décret du 16 juillet 1897 sur l'organisation de la propriété foncière à Madagascar, qui a introduit dans cette colonie un régime foncier à bien des égards supérieur au nôtre, admet une prescription libératoire de vingt années pour toutes les servitudes en cas de non-usage. — V. *suprà*, v° *Madagascar*, n. 136.

§ 3. *Remise ou renonciation.*

1363. — Un propriétaire peut consentir la remise de la servitude dont il profite, comme il aurait le droit de donner ou de vendre une partie de son fonds; et il peut le faire même s'il s'agit d'une servitude établie par la loi en sa faveur, pourvu qu'elle ait été établie dans son intérêt privé, comme une servitude de vue; mais il ne pourrait renoncer à une servitude établie dans l'intérêt général, comme celles relatives aux précautions à prendre pour établir certaines constructions : une forge, par exemple, ou des fosses d'aisances. — Pardessus, t. 2, n. 313; Demolombe, t. 12, n. 1036.

1364. — La renonciation unilatérale n'a pas besoin d'être acceptée par le propriétaire du fonds servant. — Demolombe, t. 12, n. 1040; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 31; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 12. — Elle ne peut plus être rétractée dès que celui-ci a indiqué dans une forme quelconque sa volonté d'en profiter. — Demolombe, *loc. cit.* — V. toutefois Toullier, t. 3, n. 674.

1365. — Jugé, en ce sens, que l'on ne peut pas être contraint d'exercer un droit de servitude; que la renonciation à un tel droit est valable et doit produire son effet, quoique faite en l'absence et même contre le gré du propriétaire grevé; qu'à la vérité, tant que l'abandon du droit de servitude n'a pas été régulièrement accepté par le propriétaire du fonds servant, et tant qu'il n'est pas survenu entre les parties un contrat synallagmatique, un lien consacrant le dessaisissement définitif du renonçant, celui-ci peut reprendre l'exercice de son droit, mais que les effets de la renonciation tiennent jusqu'à ce que cette reprise du droit ait eu lieu. — Bordeaux, 23 déc. 1847, Cipière, [S. 48.2.239, P. 48. 2.8]

1366. — La renonciation ou remise peut être faite par testament, en la forme d'un legs de libération, soit expressément, soit d'une façon implicite. Par exemple, si le testateur lègue à *Primus* un fonds auquel une servitude est due par l'héritage de *Secundus*, et déclare qu'il excepte la servitude de ce legs, on doit en conclure qu'il fait à *Secundus* remise de la servitude, si toutefois aucun autre fonds du testateur n'en profitait. — Pardessus, t. 2, n. 313.

1367. — La renonciation peut être tacite. Toutefois, en ce cas, elle ne peut résulter que d'un fait impliquant nécessairement l'intention de faire abandon du droit, et non susceptible de recevoir une autre interprétation; car les renonciations ne se présument pas. — Duranton, t. 5, n. 651; Pardessus, t. 2, n. 313; Demolombe, t. 12, n. 1039 et 1041; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, art. 703, n. 6.

1368. — Aussi n'admet-on pas, en général, que le seul fait, par le propriétaire assujetti, d'avoir exécuté, au vu et au su et sans opposition du propriétaire dominant, des travaux contraires à l'exercice de la servitude, soit suffisant pour que la servitude s'éteigne par l'effet d'une remise tacite. Un pareil résultat serait contraire à l'art. 707, C. civ., suivant lequel la servitude n'est éteinte par le non-usage qu'autant que le bénéficiaire a laissé subsister pendant trente ans (V. *supra*, n. 1243 et s.) des ouvra-

ges qui en entravent l'exercice. Tant que cette prescription n'est pas acquise, le propriétaire dominant doit être considéré comme se réservant le droit d'agir. — Pardessus, t. 2, n. 313; Duranton, t. 5, n. 173; Duvergier, sur Toullier, t. 2, n. 510, note *a*, et t. 3, n. 674, note 5; Demolombe, t. 12, n. 1043; Chavegrin, note sous Cass., 6 nov. 1889, [S. et P. 92.1.65]; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173. — *Contrà*, Pothier, *Société*, n. 238; Toullier, t. 3, n. 673 et 674; Daviel, t. 2, n. 694 *bis;* Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Servit.*, sect. 1, § 1, et sect. 5-1°.

1369. — Il n'en serait autrement que si le propriétaire dominant avait approuvé les travaux : par exemple, en les dirigeant lui-même. — Caen, 13 déc. 1850, [*Rec. de Caen*, t. 14, p. 646] — Bruxelles, 17 avr. 1867, [*Pasicr. belge*, 68.2.171] — *Sic*, Demolombe, *loc. cit.*

1370. — ... Ou si, par exemple, le propriétaire d'un terrain grevé d'une servitude *non ædificandi* ayant néanmoins élevé un bâtiment sur ce terrain, le propriétaire du fonds dominant avait adossé lui-même à ce bâtiment une construction excluant toute idée d'aménagement provisoire et ne paraissant pas destinée à disparaître au bout de peu de temps. — Chavegrin, *loc. cit.*

1371. — Mais le fait d'avoir dérogé à une stipulation réciproque de servitude *altius non tollendi*, en faisant de part et d'autre sur leurs jardins quelques constructions, n'entraîne pas de la part des propriétaires voisins une renonciation absolue à cette servitude, et ne les empêche pas de demander ultérieurement la destruction de constructions nouvelles, particulièrement préjudiciables. — Caen, 17 févr. 1843, Auvray de Coursanne, [P. 44.1.571]

1372. — De même, si le propriétaire du fonds dominant a modifié lui-même l'état des lieux de manière à mettre *temporairement* obstacle à l'exercice de la servitude, on ne saurait induire de ce fait une renonciation à son droit, l'état primitif pouvant être rétabli par lui, tant que la prescription ne lui est pas opposable. — Cass., 6 nov. 1889, Aïn, [S. et P. 92.1.65, D. 89.1 473] — Riom, 4 juill. 1890, Dupuy, [D. 91.2.165]

1373. — Jugé, mais d'une façon trop générale, que le propriétaire du fonds dominant qui permet, tolère ou souffre que le propriétaire du fonds servant y élève et conserve des ouvrages qui rendent l'exercice de la servitude impossible, peut être censé par là avoir tacitement renoncé à la servitude, et en avoir fait la remise. — Bruxelles, 12 févr. 1828, B..., [P. chr.]; — 27 janv. 1829, [*Pasicr. belge*, 1829.29]

1374. — Encore faut-il, pour que l'autorisation de faire certains ouvrages puisse être considérée comme entraînant d'une manière incontestée la remise de la servitude, que ces ouvrages soient bien directement contraires à son exercice. Il en serait ainsi de l'autorisation, donnée *sans réserves* par le propriétaire dominant, de convertir en bâtiment une cour sur laquelle il a un droit de passage ou d'égout : il est censé remettre ainsi son droit d'égout ou de passage. — Duranton, t. 5, n. 561 et s.; Pardessus, t. 2, n. 313; Demante, t. 2, n. 564; Marcadé, t. 2, n. 677; Demolombe, t. 12, n. 1041.

1375. — Le consentement donné par le propriétaire du fonds dominant à la vente du fonds servant n'éteint pas plus la servitude, que le simple consentement à la vente d'une chose grevée d'usufruit n'éteint le droit de l'usufruitier (C. civ., art. 621). — Demolombe, t. 12, n. 1045; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173.

1376. — Quant aux travaux contraires à l'exercice de la servitude, qui auraient été établis sur son propre fonds par le titulaire du droit, et qu'il pourrait par conséquent détruire à son gré avant que la prescription ne soit acquise, ils seraient insuffisants pour faire présumer sa renonciation à la servitude. — Duranton, t. 5, n. 641; Demolombe, t. 12, n. 1044; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173.

1377. — S'il est dû à un héritage deux servitudes différentes, même connexes (par exemple, la servitude *altius non tollendi* et celle d'égout des toits), la remise de l'une ne peut pas préjudicier à l'autre. Ainsi, la remise de la servitude *altius non tollendi* ne permettrait pas d'élever la maison servante de façon que les égouts de l'immeuble dominant n'y puissent plus tomber. — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 12, sect. 4, art. 8; Pardessus, t. 2, n. 313; Demolombe, t. 12, n. 1046.

1378. — Il n'en serait autrement que si, d'après le titre constitutif, les deux servitudes étaient liées ensemble et existaient conjointement au point de n'en constituer en réalité qu'une seule : telle serait une servitude d'abreuvage et de pacage sur un étang. En pareille hypothèse, le desséchement de l'étang, suivi de la renonciation du propriétaire dominant au droit de le faire remettre en eau, éteint la servitude de pacage aussi bien que la servitude d'abreuvage. — Cass., 6 août 1860, Coupy, [S. 61.1.142, P. 60.964, D. 60.1.3[illegible]

1379. — Lorsqu'il ressort de faits matériels, le consentement du propriétaire dominant à la remise de la servitude peut s'établir, comme ces faits eux-mêmes, et quelle que soit l'importance de la contestation, par la témoignage oral ou les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353), même sans commencement de preuve écrite. Mais en toute autre hypothèse ce consentement doit être écrit, et la preuve testimoniale sans commencement de preuve écrite n'en serait pas recevable. Au cas notamment où il serait allégué que les changements opérés ont eu lieu en vertu d'un accord intervenu entre les parties, cette convention serait soumise aux règles du droit commun en matière de preuve, et ne pourrait ainsi être prouvée, en l'absence de titre ou d'aveu, que par des présomptions graves, précises et concordantes, appuyées d'un commencement de preuve par écrit. — Cass., 6 nov. 1889, précité. — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 313; Demolombe, t. 12, n. 1042.

1380. — La renonciation expresse est soumise à toutes les conditions de forme et de fond de l'acte au moyen duquel on l'opère. Aucune forme n'est exigée si elle est unilatérale. Elle doit seulement, et en tout cas, être transcrite pour pouvoir être opposée aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble (L. 23 mars 1855, art. 2-2° et 3). — Demolombe, t. 12, n. 1039-1040; Aubry et Rau, t. 3, § 255-C; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173.

1381. — Toutefois, si la renonciation à une servitude n'est point opposable aux tiers quand elle n'a pas été transcrite, l'acquéreur du fonds dominant, à qui ladite renonciation est opposée, ne peut utilement invoquer ce principe alors que le titre constitutif de la servitude, qu'il revendique, n'avait été lui-même l'objet d'aucune transcription. — Cass., 7 août 1900, Compagnie des chemins de fer départementaux, [*Gaz. des Trib.*, 1901, 1er sem., 1.48]

1382. — Au fond, la renonciation à une servitude notamment à une servitude *non ædificandi*, quand elle est faite à titre onéreux, se rapproche essentiellement de la vente, et il y a lieu de lui en appliquer les règles : elle est nulle notamment si le prix en a été laissé à l'arbitraire d'un des contractants. — Pau, 9 juill. 1888, Ville de Biarritz, [D. 89.2.62

1383. — La remise consentie peut être plus ou moins étendue, et entraîner l'extinction complète de la servitude avec tous ses accessoires ou bien seulement la restreindre dans son exercice (rétrécissement d'un passage, limitation du droit de bâtir, etc...). — Duranton, t. 5, n. 652; Pardessus, t. 2, n. 313; Demolombe, t. 12, n. 1046. — V. *suprà*, n. 1371.

1384. — La remise conventionnelle d'une servitude étant une véritable aliénation ne peut être faite que par le propriétaire ayant capacité de disposer. Un nu propriétaire ne peut renoncer à une servitude que du consentement de l'usufruitier, ou de manière à ne lui faire aucun tort. La remise faite par un usufruitier obligerait celui-ci dans la mesure de ses droits, en ce sens que l'exercice de la servitude lui serait interdit pour toute la durée de son usufruit; mais il n'en résulterait aucun effet au regard du propriétaire du fonds dominant. Ce dernier pourrait même faire des actes conservatoires pour éviter la prescription. Le tuteur ou le mari ne pourraient pas, en y renonçant, priver l'immeuble du mineur ou de la femme des servitudes qui lui sont dues. — Duranton, t. 5, n. 648; Pardessus, t. 2, n. 314; Demolombe, t. 12, n. 1037; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1173.

1385. — Jugé que l'usufruitier, qui ne peut pas valablement renoncer à une servitude existant au profit de l'immeuble soumis à son usufruit, peut cependant contracter à cet égard une obligation personnelle, et que dès lors, si le nu propriétaire devient plus tard l'héritier de l'usufruitier, l'exécution de cette obligation pourra être poursuivie contre lui, du chef de son auteur. — Cass., 25 août 1863, Rovira, [S. 63.1.466, P. 64.97, D. 63.1.361]

1386. — Les droits qu'un créancier hypothécaire a sur un fonds n'empêchent pas le propriétaire de ce fonds de faire remise des servitudes établies à son profit. Mais cette remise, si elle a lieu sans l'assentiment des créanciers hypothécaires, ne peut pas nuire à leur droit, quand même l'établissement de la servitude serait postérieur a la constitution d'hypothèque; et ils peuvent faire annuler une telle remise, de même que les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation faite à leur

préjudice (C. civ., art. 622). — Duranton, t. 5, n. 653; Pardessus, t. 2, n. 314; Demolombe, t. 12, n. 1047.

1387. — L'un des copropriétaires de l'immeuble auquel une servitude est due n'en peut pas faire la remise sans le consentement des autres, quand même elle serait divisible, parce qu'elle est due entière à l'héritage tout entier. Ainsi, quelque engagement qu'ait pris ce copropriétaire, les autres n'en sont pas moins fondés à continuer l'exercice entier du droit qui leur appartenait en commun. Seulement l'usage personnel pourrait lui en être interdit. Et d'autre part il pourrait être contraint de leur tenir compte de l'indemnité qu'ils auraient eue à rembourser au propriétaire grevé, par application de l'art. 1224, al. 2. — Pardessus, t. 2, n. 315; Demolombe, t. 12, n. 1038. — V. aussi Duranton, t. 5, n. 649.

1388. — Après partage ou licitation, la remise produit ou non effet selon que le fonds dominant est ou non tombé aux mains de celui qui l'a consentie. — Pardessus, t. 2, p. 202; Marcadé, t. 2, p. 710, n. 2; Demolombe, t. 12, n. 1038.

1389. — Si la servitude est divisible de sa nature, celui à qui la remise a été accordée par un des copropriétaires du fonds dominant peut provoquer le partage de ce fonds, afin de n'être plus assujetti qu'envers les portions de ceux qui ne l'ont pas libéré. — Pardessus, *loc. cit.* — *Contrà*, Dumoulin, *Div. et indiv.*, 3e part., n. 189.

1390. — La remise faite à l'un des copropriétaires du fonds assujetti ne profite pas aux autres, en principe, quelle que soit la nature de la servitude, et l'auteur de la remise ne peut pas, s'il continue à user de son droit, respecter la portion indivise affranchie par lui. Le copropriétaire servant libéré pourra seulement provoquer le partage du fonds, pour jouir ensuite de la remise qu'il a personnellement obtenue (Pardessus, t. 2, n. 272 et 315). Il en est du moins ainsi quand la remise a été faite à titre gratuit, ou quand les circonstances de fait établissent qu'elle a eu lieu *intuitu personæ*. Mais la remise faite à titre onéreux à l'un des copropriétaires peut profiter aux autres, par application de l'art. 1121, C. civ., quand le copropriétaire stipulant en a fait une condition du contrat. — Demolombe, t. 12, n. 1046.

1391. — Si la renonciation a lieu après le partage du fonds assujetti, elle ne profite qu'à celui ou à ceux à l'égard de qui elle a été faite. Tel est du moins le principe; mais si les propriétaires de portions distinctes d'un fonds grevé d'une servitude ont exécuté, chacun sur sa portion, des travaux empêchant l'exercice de cette servitude, la renonciation faite en faveur de l'un d'eux par le propriétaire du fonds dominant au droit d'exiger, pour cet exercice, le rétablissement des lieux dans leur ancien état, emporte extinction de la servitude, même vis-à-vis des autres propriétaires, si elle ne peut être exercée dans ses conditions originaires sans la remise en état de la portion du fonds servant appartenant à celui au profit de qui est intervenue la renonciation. — Cass., 6 août 1860, Coupy, [S. 61.1.142, P. 60.964, D. 60.1.337]

§ 4. *Abandon.*

1392. — C'est par erreur que Pardessus (t. 2, n. 316) classe l'abandon du fonds grevé parmi les modes d'extinction des servitudes. L'abandon ne fait disparaître que le droit de propriété du propriétaire assujetti sur son fonds, et l'obligation pour lui de faire les travaux d'entretien que le titre a mis à sa charge (art. 699). Mais la servitude n'est éteinte que si le propriétaire du fonds grevé accepte l'abandon; et dès lors c'est par confusion que l'extinction a lieu (Duranton, t. 5, n. 615; Demolombe, t. 12, n. 886; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131). L'abandon, comme nous l'avons déjà indiqué *suprà*, n. 509, est un acte unilatéral, non translatif de propriété. Si le propriétaire dominant refuse de prendre possession du fonds abandonné, ou s'il tarde à accepter, un tiers peut s'emparer de ce fonds devenu *res nullius*, et en devenir propriétaire par occupation. Or ce premier occupant ne prendra le fonds abandonné que grevé de toutes servitudes passives : celles-ci n'auront donc pas été éteintes par l'abandon.

§ 5. *Résolution du droit de celui qui a concédé la servitude.*

1393. — L'art. 2125, C. civ., énonce en matière d'hypothèques une règle qui peut être transportée à la matière des servitudes : ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une *servitude* soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. — Duranton, t. 5, n. 672; Pardessus, t. 2, n. 317; Marcadé, t. 2, p. 711, n. 3; Demolombe, t. 12, n. 1048.

1394. — Cette règle s'applique à l'évidence au cas où le possesseur d'un fonds à titre résoluble a établi sur ce fonds, au profit d'un autre qui lui est propre, un état d'assujettissement susceptible de constituer une servitude par destination du père de famille. Le jour où il cessera de posséder le premier de ces fonds, l'assujettissement cessera, quelle que soit la cause qui donne lieu à la résolution de son droit. — Pardessus, t. 2, n. 317.

1395. — Mais la servitude a pu être consentie à un tiers. En ce cas, il faut distinguer. L'événement qui enlève l'héritage à celui qui le possédait anéantit encore les servitudes consenties par ce dernier, s'il s'agit d'une résolution nécessaire et inhérente au contrat : par exemple, de l'avènement d'une condition prévue et déterminée, d'un pacte de rachat (C. civ., art. 1673), d'une donation réduite en faveur d'héritiers réservataires (art. 929) ou révoquée par la survenance d'enfant au donateur (art. 960, 963). Il en est de même des servitudes constituées par un grevé de restitution (V. *suprà*, n. 750) ou par un simple possesseur de bonne foi. Dans la plupart de ces cas, l'acquéreur de la servitude n'a pas pu ignorer la cause de rescision éventuelle du titre de son cédant. Il ne pourrait même pas réclamer de dommages-intérêts, à moins que ce dernier n'eût employé quelque artifice pour le tromper. — Pardessus, t. 2, n. 317; Demolombe, t. 12, n. 1050.

1396. — Nous admettons encore que les servitudes sont éteintes absolument par la résolution dont la cause peut être imputée à l'acquéreur qui les a constituées, lors du moins que cette résolution peut être considérée comme un effet indirect de sa volonté. Ainsi l'acquéreur du fonds servant qui laisse rescinder la vente faute de paiement (C. civ., art. 1654), ou pour lésion de plus de sept douzièmes (art. 1674), le donataire qui encourt la révocation pour inexécution de ses engagements (art. 953) n'ont pas eu une volonté directe, une intention positive de faire annuler le contrat. L'acquéreur de la servitude aurait pu s'assurer si celui qui la constituait était bien propriétaire incommutable : il convient de lui préférer le vendeur ou le donateur qui ne se sont dessaisis que sous la condition d'être payés ou de voir accomplir les charges imposées. — Pothier, *Vente*, n. 464; Pardessus, t. 2, n. 318.

1397. — Mais au contraire si la résolution arrive par l'effet de la volonté directe et immédiate du possesseur, les servitudes subsistent. La règle d'après laquelle nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, est ici corrigée par cet autre principe : que personne ne peut changer de volonté au préjudice d'autrui. Lorsqu'un immeuble a été acquis avec la faculté, pour l'acquéreur, de se départir de son acquisition dans un délai convenu, les servitudes imposées par lui subsisteront, parce que sa volonté seule l'a décidé à prendre ce parti. De même, si un donataire encourt la révocation pour cause d'ingratitude, ou si l'acquéreur d'un héritage hypothéqué préfère l'abandonner que de payer les dettes dont il est chargé. Celui qui rentre dans son bien peut seulement se refuser à la résiliation, ou obtenir contre son acquéreur des dommages-intérêts; mais il ne sera pas préféré au tiers qui a traité avec cet acquéreur. — Loyseau, *Du déguerp.*, ch. 1, n. 10, et ch. 3, n. 6; Pothier, *Bail à rente*, n. 155; Duranton, t. 5, n. 677; Pardessus, t. 2, n. 318; Demolombe, t. 12, n. 1049.

1398. — Les servitudes imposées par celui qui s'est de bonne foi mis en possession d'une succession doivent aussi avoir leur effet contre l'héritier plus proche par qui il serait évincé (V. *suprà*, n. 736, 742). — Pothier, *Cout. d'Orl.*, tit. 13, n. 5; Pardessus, t. 2, n. 318.

1399. — Spécialement enfin, aux termes de l'art. 132, C. civ., il faut admettre que l'absent qui reparaît après l'envoi en possession définitive reprend ses biens grevés des servitudes établies pendant son absence. — Duranton, n. 678.

1400. — Nous ne parlons ici que de la cessation des droits de celui qui a accordé la servitude. Malgré la cessation des droits de celui qui l'a acquise, celle-ci continue d'exister, puisqu'elle est due au fonds, quel qu'en soit le propriétaire. — Toullier, t. 3, n. 681; Pardessus, t. 2, n. 318; Gavini de Campile, t. 3, n. 1301; Marcadé, t. 2, n. 698 *bis*; Demante, t. 2, n. 541 *bis* V, et n. 560 *bis*; Demolombe, t. 12, n. 1051;

Huc, t. 4, n. 456-2°. — *Contra*, Duranton, t. 5, n. 554 et 679. — V. *suprà*, n. 781.

1401. — Jugé en ce sens que, à la différence de la servitude établie dans l'intérêt du propriétaire d'un fonds, celle qui est constituée pour le fonds lui-même demeure définitivement acquise à ce fonds, sans que la résolution du droit de propriété de celui auquel appartenait le fonds, lors de la constitution de la servitude, en opère l'extinction. — Besançon, 25 juill. 1888, Royer, [S. 90.2.191, P. 90.1.1173, D. 90.2.77]

1402. — ... Que notamment les immeubles restitués par l'Etat aux émigrés, en vertu de la loi du 5 déc. 1814, sont rentrés dans les mains des anciens propriétaires avec les servitudes qui, lors de la restitution, se trouvaient exister au profit de ces immeubles sur d'autres immeubles appartenant à l'Etat. En vain dirait-on que les biens n'ayant été rendus qu'à titre de grâce, ils n'ont pu l'être avec des avantages qu'ils n'avaient pas au moment de leur confiscation. — Paris, 28 déc. 1835, Préfet de la Seine, [S. 36.2.142, P. chr.]

1403. — Jugé toutefois que, lorsque l'acquéreur de deux immeubles contigus n'est propriétaire de l'un d'eux que sous une condition résolutoire, les servitudes par lui créées en faveur de cet immeuble sur celui dont il est propriétaire incommutable s'évanouissent par l'événement de la condition et il n'y a pas lieu, dans ce cas, d'invoquer la destination du père de famille. — Paris, 11 avr. 1836, Laput, [P. chr.]

1404. — Les distinctions que nous venons d'établir ne sont pas applicables aux servitudes acquises par prescription. — V. *suprà*, n. 951.

§ 6. *De quelques autres modes d'extinction.*

1405. — a) *Terme ou condition.* — Les servitudes peuvent être valablement stipulées pour un temps limité (par exemple, pour la durée de la vie du propriétaire actuel du fonds dominant), ou sous la condition que dans *tel* cas, à *tel* événement prévu, elles seront éteintes. Quand le terme est expiré, la condition accomplie ou l'événement arrivé, la servitude cesse. Les effets et les conditions de cette extinction sont réglés par l'acte qui contient les conventions des parties. — Duranton, t. 5, n. 680 et s.; Pardessus, t. 2, n. 319; Demante, t. 2, n. 559; Marcadé, t. 2, p. 710, n. 1; Demolombe, t. 12, n. 1053 et 1054.

1406. — b) *Rachat.* — Une servitude pourrait être stipulée rachetable; auquel cas le rachat serait possible même contre un successeur particulier, et malgré une clause contraire de son titre. — Pardessus, t. 2, n. 319; Demolombe, t. 12, n. 1055.

1407. — Le rachat des servitudes, n'étant qu'un retour à la liberté naturelle des héritages, ne saurait être limité, sauf stipulation contraire, au terme de cinq années fixé par l'art. 1660, C. civ. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*

1408. — Mais celui qui n'en aurait pas usé pendant trente ans perdrait le droit de rachat; et rien ne permet de faire échapper ce droit à la règle générale de l'art. 2262, qui déclare prescrites par trente ans *toutes* les actions, tant réelles que personnelles. — Dunod, *Prescr.*, p. 91; Duranton, t. 16, n. 394; Troplong, *Prescr.*, t. 1, n. 123 et s.; Demolombe, t. 12, n. 1055. — *Contrà*, Pardessus, t. 2, n. 319.

1409. — Les créanciers ayant hypothèque sur le fonds auquel est due une servitude rachetable, n'auraient point le droit de poursuivre, en cas de rachat effectué, leur remboursement ou un supplément d'hypothèque : l'immeuble ne leur a été hypothéqué qu'avec cette éventualité. Mais il en serait autrement du rachat que le propriétaire consentirait de son gré, d'une servitude qui n'aurait pas été stipulée rachetable; et l'on rentrerait alors dans les principes du droit commun. — Pardessus, t. 2, n. 319.

1410. — Ce que nous avons dit de la remise (V. *suprà*, § 3) s'applique en général au rachat. — Pardessus, *loc. cit.*

1411. — Le propriétaire servant n'a pas le droit de racheter si cette faculté n'a pas été stipulée à son profit. Autrement, il exproprierait de son droit de servitude le propriétaire dominant, contrairement à la disposition de l'art. 545, C. civ., qui veut que nul ne puisse être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 800 et 1173.

1412. — Toutefois certains droits de servitude ont été expressément déclarés, par le législateur, rachetables au gré de ceux qui les doivent. — V. *suprà*, v^is *Etang*, n. 237 et s.; *Parcours et vaine pâture*, n. 318 et s.; *Pâturage et pacage*, n. 44, et *infrà*, v° *Usages forestiers*.

1413. — c) *Cantonnement.* — Le législateur peut introduire un mode particulier de rachat appelé cantonnement, par l'effet duquel une partie du fonds grevé est abandonnée en propriété à celui qui a droit à la servitude, et le reste du fonds est entièrement libre. — V. *suprà*, v^is *Etang*, n. 242, *Parcours et vaine pâture*, n. 316 et s., *Pâturage et pacage*, n. 45, et *infrà*, v° *Usages forestiers*.

1414. — d) *Aménagement.* — Il peut encore se permettre que celui dont l'héritage est grevé d'une servitude de nature à être exercée sur toute l'étendue de son fonds, fasse assigner la partie de ce fonds sur lequel la servitude sera exercée de manière à libérer les autres. C'est ce qui a été réglé par l'ancien droit, sous le nom d'aménagement, pour les usages dans les bois. — V. *suprà*, v° *Aménagement*, et *infrà*, v° *Usages forestiers*.

1415. — e) *Licitation.* — Ce mode d'extinction est spécial aux étangs situés dans le département de l'Ain. — V. *suprà*, v° *Etang*, n. 223, 224, 316 et 317.

1416. — f) *Loi.* — Des servitudes même établies par convention peuvent encore être abolies par une loi (V. *suprà*, n. 254 et s.). Ainsi les art. 78 et 120, C. for., ont prohibé le pâturage des moutons, brebis et chèvres dans les bois, en réservant une indemnité à ceux qui justifieraient d'un droit acquis. — Pardessus, t. 2, n. 320.

1417. — g) *Jugements.* — Certains auteurs signalent l'extinction des servitudes qui pourrait avoir lieu par l'autorité des tribunaux, si pour punir celui qui aurait abusé de son droit, ils l'en privaient par forme de dommages-intérêts, de même que les juges peuvent prononcer l'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance de l'usufruitier (C. civ., art. 618). Toutefois, ajoute-t-on, les cas en seront infiniment rares, et se décideront plutôt par des raisons d'équité et par les circonstances que par des principes positifs. — Pardessus, t. 2, n. 320; Zachariæ, § 255, texte et note 10.

1418. — Nous pensons au contraire que l'on ne saurait étendre les dispositions de l'art. 618 aux servitudes, et que les tribunaux ne peuvent, ni par application de cet article, ni à titre de dommages-intérêts, imposer l'extinction d'une servitude au propriétaire dominant en cas d'abus dans son exercice. Ils peuvent seulement le condamner à payer une indemnité en argent pour le préjudice causé, et prescrire toutes mesures utiles pour faire cesser les excès dont se plaint le propriétaire assujetti. — Demolombe, t. 12, n. 1059; Aubry et Rau, t. 3, § 255, texte et note 33; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1175.

1419. — h) *Expropriation.* — Sur l'extinction des servitudes par expropriation pour cause d'utilité publique, soit principalement, soit accessoirement à l'expropriation du fonds servant, V. *suprà*, v° *Expropriation pour cause d'utilité publique*, n. 83 et s. 258, 519, 1007, 1008, 1398, 1445, 3217. — V. aussi Demolombe, t. 12, n. 1056; Aubry et Rau, t. 3, § 255-D, texte et note 32.

1420. — Jugé, notamment, que le jugement d'expropriation régulièrement publié et notifié anéantit *de plano* les droits de servitude qui existaient sur l'immeuble exproprié, et qui se transforment en un droit à une indemnité, l'immeuble entrant dès lors dans le domaine public affranchi de toute servitude; et que la rétrocession ultérieure de cet immeuble par l'expropriant à l'ancien propriétaire ne fait pas revivre à sa charge les servitudes légalement éteintes; car par cette revente l'immeuble a été repris dans l'état où il était, c'est-à-dire libre de toutes charges, et dès lors les servitudes ne peuvent revivre qu'en vertu d'un nouveau titre. — Grenoble, 4 déc. 1894, Vernet, [D. 95.2.542]

1421. — Notons que le propriétaire du fonds servant peut opposer au propriétaire du fonds dominant une expropriation à laquelle son auteur a été appelé, et qui a eu pour but et pour effet de dégrever complètement et définitivement le fonds servant. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'expropriation a frappé en totalité une servitude de passage, et que le jury a tenu compte, par une augmentation d'indemnité au propriétaire du fonds dominant, du préjudice causé par la suppression de la servitude, et par une diminution corrélative d'indemnité, au propriétaire du fonds servant, de l'avantage procuré par cette suppression. — Cass., 18 janv. 1886, Lecarpentier, [S. 86.1.216, P. 86.1.520, D. 86.1.57]

1422. — i) *Ventes par décret.* — Sous l'ancien droit, et notam-

ment dans le ressort de l'ancien parlement de Toulouse, le décret purgeait l'immeuble décrété des servitudes latentes dont il était grevé, alors que ceux auxquels ces servitudes compétaient n'avaient point fait de réserves à fin de charges dans les délais et suivant les formes voulus par l'édit des criées de 1551. — Nîmes, 10 déc. 1838, Pascal, [P. 39.1.204]

1423. — Mais ce mode d'extinction resta spécial aux ventes qui avaient eu lieu sous l'empire de l'édit susénoncé ; et il fut décidé que les ventes nationales de biens d'émigrés, à la différence des décrets forcés, ne purgeaient pas les servitudes occultes non déclarées, dont ces biens étaient grevés. — Cass., 20 déc. 1836, Jousselin, [S. 37.1.145, P. 37.1.46]; — 30 déc. 1839, Brucy, [S. 40.1.513] — Orléans, 31 déc. 1835, Jousselin, [S. 36.2.5, P. chr.]

1424. — En dehors des diverses causes d'extinction que nous avons énumérées, on n'en saurait reconnaître aucune autre; et c'est en vain notamment qu'on invoquerait, pour arriver à l'extinction d'une servitude, la disposition de l'art. 2198, C. civ., aux termes de laquelle l'immeuble à l'égard duquel le conservateur des hypothèques aurait omis dans ses certificats une ou plusieurs des charges *inscrites* en demeure affranchi, sous certaines conditions, aux mains du nouveau possesseur; l'omission, par le conservateur, des servitudes régulièrement *transcrites*, n'affranchit pas de ces servitudes l'immeuble assujetti. — Lyon, 10 déc. 1868, Giraudet, [D. 69.2.71]

TITRE IV.

DES ACTIONS RELATIVES AUX SERVITUDES

CHAPITRE I.

NATURE ET CARACTÈRE DES ACTIONS.

1425. — Les actions relatives aux servitudes sont réelles immobilières et doivent être portées devant le tribunal dans le ressort duquel est situé l'immeuble qui donne lieu à la contestation. — Pardessus, t. 2, n. 322; Demolombe, t. 11, n. 10, et t. 12, n. 937 et s. — Elles peuvent intéresser soit la possession seulement, soit le fond du droit.

SECTION I.

Des actions possessoires.

1426. — Sur les actions possessoires, dans leur application aux servitudes réelles, V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 528 et s., 360. — Aux décisions qui sont citées *hoc loc.*, nous ajouterons seulement les suivantes.

1427. — La servitude de prise d'eau n'étant pas discontinue (V. *suprà*, n. 175), peut, indépendamment de tout titre, être possédée utilement, et la possession donner lieu à l'exercice de la complainte, quand la servitude s'est manifestée par des travaux apparents effectués sur le fonds supérieur. — Cass., 22 nov. 1892, Bayard, [S. et P. 93.1.29, D. 94.1.45]; — 13 déc. 1897, Lachaize, [D. 1901.1.110]

1428. — En matière de servitudes discontinues ou non apparentes, l'action possessoire est recevable, lorsque la possession est caractérisée par un titre conventionnel ou légal; mais il faut qu'il y ait titre. — Cass., 13 mars 1889, Gautier, [D. 89.1.379]; — 30 juill. 1889, Pascal, [S. 91.1.405, P. 91.1.990, D. 90.1.427]; — 1er juill. 1890, Roy et Clayeux, [S. et P. 92.1.15, D. 90.1.355]; — 27 juill. 1891, Vital-Debus, [S. et P. 92.1.572, D. 92.1.385]; — 1er févr. 1893, Bonicel-Laurain, [S. et P. 93.1.132, D. 93.1.208]; — 14 avr. 1893, Cabaret, [S. et P. 93.1.463, D. 93.1.415]. — 29 nov. 1893, de Paul, [S. et P. 96.1.15]; — 16 juill. 1900, comm. d'Epervans, [D. 1900.1.461] — Just. de paix de Beaune-la-Rolande, 22 mars 1899, Chapson, [*Gaz. des Trib.*, 1899, 2e sem., 2. 278] — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 550.

1429. — Le titre nécessaire pour colorer la possession et servir de base à l'action possessoire doit émaner de la personne qui passait pour être propriétaire du fonds servant, au moment de la constitution ou de la reconnaissance de la servitude (V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 557 et s.); et notamment, un acte constitutif ou récognitif émané d'un copropriétaire indivis du fonds servant ne peut servir de base à la complainte possessoire qu'à la condition que le constituant ait eu ce fonds dans son lot à la suite d'un partage, ou l'ait acquis en entier à un autre titre. — Cass., 13 mars 1889, précité.

1430. — Il faut, d'ailleurs, que les énonciations du titre produit s'appliquent exactement à la servitude prétendue. — Cass., 14 avr. 1893, précité. — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 563.

1431. — Mais il n'est pas indispensable que l'acte invoqué constitue en lui-même une preuve complète du droit : il suffit que, suivant l'appréciation souveraine du juge du possessoire, il fasse, par ses énonciations, présumer que la possession litigieuse est exempte de précarité, et s'exerce en vertu d'un droit et non par l'effet d'une pure tolérance. — Cass., 13 juin 1888, Pagès, [D. 89.1.196]; — 1er févr. 1893, précité; — 5 juill. 1897, Jamme, [S. et P. 98.1.31, D. 97.1.467]; — 16 juill. 1900, précité. — V. aussi *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 580.

1432. — Il suffirait notamment que, une servitude de passage ayant été constituée par acte notarié, et l'assiette du chemin ayant été ultérieurement déplacée, le demandeur ait depuis de longues années passé sans obstacle par ce nouveau chemin. — Cass., 5 mars 1894, Veuve Hébert, [S. et P. 98.1.267]

1433. — D'autre part, l'aveu du défendeur constitue un titre suffisant (V. *suprà*, n. 831); et il suffit que le juge déclare que ni la possession du droit, ni le titre sur lequel il repose, ne sont contestés par le propriétaire du fonds prétendu servant, qui se borne à nier le trouble. — Cass., 30 juill. 1889, précité. — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 578 et s.

1434. — L'action n'est pas recevable, qui tend à faire reconnaître la possession d'une servitude de prise d'eau prétendûment établie par destination du père de famille, lorsque les signes caractéristiques d'une telle servitude manquent en fait. — Cass., 27 janv. 1891, précité.

1435. — Il ne peut y avoir lieu à complainte, si le prétendant-droit à une servitude de passage invoque un titre qui ne peut pas être envisagé comme constitutif d'une telle servitude, et si, d'autre part, aucune trace de chemin n'existe à l'endroit litigieux. — Cass., 13 juill. 1897, Guittard, [D. 98.1.247]

1436. — Nous avons déjà indiqué (*suprà*, n. 643) que les servitudes légales qui ont pour objet l'utilité publique ou communale, ne peuvent donner ouverture à des actions possessoires. Il a été notamment jugé, en ce sens, que l'inexécution d'un règlement municipal légalement pris, et portant obligation pour les propriétaires de maisons de supporter sur leurs immeubles les plaques indicatives du nom des rues, ne peut pas servir de fondement à une action possessoire, dirigée au nom de l'administration municipale contre le propriétaire contrevenant; car l'exercice d'une telle action suppose, ce qui ne se rencontre pas en l'espèce, la possession utile d'une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. — Cass., 8 juill. 1890, Hinaux, [S. 91.1.437, P. 91.1.1080, D. 90.1.365]

1437. — Pour les servitudes naturelles et les servitudes légales d'utilité privée, V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 611 et s.

1438. — *Enclave.* — L'état d'enclave constitue un titre légal de servitude pouvant servir de base à une action en complainte de la part de celui qui justifie être en possession annale du passage et avoir été troublé dans cette possession. — Cass., 30 juill. 1889, Demolon, [S. 91.1.319, P. 91.1.772] — Trib. d'Aix, 24 nov. 1890, sous Cass., 1er mars 1892, Fraix, [S. et P. 92.1.228]

1439. — Le propriétaire d'un fonds enclavé qui, pendant un an au moins, a exercé le passage par un endroit déterminé, est donc autorisé à former une action en complainte pour tout trouble apporté à cet exercice, encore bien qu'il n'ait pas fait régler l'assiette du passage conformément aux art. 682 et s., C. civ. Il est vrai que, si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite de vente, échange, partage ou autre contrat, l'assiette de la servitude doit être établie en ce cas, conformément à l'art. 684, sur les terrains qui ont fait l'objet de l'acte, et dès lors les faits de passage accomplis sur d'autres terrains par le propriétaire de la portion enclavée ne peuvent pas servir de base à une action en complainte ; mais cette exception est limitée au cas prévu par la loi, c'est-à-dire au cas de morcellement d'un héritage opéré par la convention des parties; et elle ne s'applique pas notamment au cas où le fonds enclavé, constituant acquêt de communauté, et attribué par le partage à l'un des époux, est contigu

à un immeuble propre à l'autre époux et resté étranger au partage : en ce cas la servitude peut être assise sur un immeuble autre que celui du mari, et donner lieu à une complainte possessoire. — Cass., 17 nov. 1896, Cluset, [S. et P. 97.1.349, D. 97.1.423]; — 8 mars 1897, Cluset, [*Ibid.*] — V. *suprà*, vis *Action possessoire*, n. 643 et s., *Enclave*, n. 128.

1440. — *Ecoulement des eaux.* — Lorsque le propriétaire d'un fonds supérieur a aggravé la servitude d'écoulement des eaux et trouble le propriétaire du fonds inférieur dans sa possession de l'eau, qu'il lui envoie souillée, nauséabonde et ne pouvant plus servir comme précédemment au lavage, le propriétaire inférieur peut former, dans l'année du trouble constaté, une action en complainte. — Cass., 12 mars 1900, Delhomme, [S. et P. 1900.1.341, D. 1900.1.284] — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 664.

1441. — *Eaux de source.* — L'art. 643, C. civ., n'interdit que le changement du cours de l'eau servant à l'usage des habitants d'une commune (V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 237 et s.); il n'oblige pas le propriétaire de la source à ouvrir ou à laisser sur son fonds, pour l'usage de cette eau, un accès auxdits habitants; et dès lors le maire de la commune n'a point d'action pour les faire maintenir en possession de prétendus droits de puisage et de lavage. — Cass., 1er juill. 1890, précité. — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 692 et s.

SECTION II.

Des actions pétitoires

1442. — Si les parties viennent directement devant le juge du pétitoire pour faire reconnaître l'existence ou l'étendue de leurs droits, elles exercent l'action *confessoire* ou l'action *négatoire*, toutes deux analogues à la revendication, et soumises à des règles semblables, sauf en ce qui concerne la preuve. La première est l'action du propriétaire du fonds dominant; la seconde, qui tend à écarter ou à restreindre une servitude et à faire déclarer la propriété libre, appartient au propriétaire du fonds servant. — Zachariæ, § 254 *b*, texte et note 2; Demolombe, t. 12, n. 937; Aubry et Rau, t. 3, § 253, texte et note 30; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1146.

1443. — Le titulaire d'un droit de servitude peut agir contre celui qui le lui conteste, lorsque cette contestation se manifeste par des actes ou des faits qui constituent un trouble matériel ou juridique. Et à l'inverse il y a un trouble juridique au préjudice du propriétaire, de nature à motiver une action en justice, quand la franchise de son fonds est contestée par un voisin qui prétend avoir, par exemple, une servitude *non altius tollendi*, si cette prétention se manifeste dans des actes signifiés, des conclusions et des déclarations faites en justice, au cours d'une instance intentée par le propriétaire dudit fonds prétendu asservi, qui soutient que son fonds est libre. — Cass., 23 juin 1890, Roux, [S. et P. 93.1.519, D. 90.1.289]

1444. — Le refus fait par un propriétaire du fonds servant de laisser exercer la servitude ne donne pas simplement lieu à une action en dommages-intérêts : le propriétaire du fonds dominant a le droit de demander la mise en possession effective de la servitude. — Pardessus, n. 330.

1445. — Les questions de preuve seront les plus délicates, en cette matière. En principe, celui qui est en possession de la liberté de son héritage n'a jamais aucune preuve à faire. C'est à celui qui intentera contre lui une action confessoire, qu'il appartiendra d'établir l'existence de la servitude prétendue. — Pau, 15 janv. 1896, Commune de Baudéan, [S. et P. 96.2.298, D. 97.2.105] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 330.

1446. — Les juges du fait ont, d'ailleurs, à l'égard des preuves offertes, un pouvoir souverain d'appréciation; et ils peuvent notamment repousser la preuve offerte par le demandeur, dans le but d'établir que, depuis plus de trente ans, il est en possession d'une servitude susceptible de s'acquérir par prescription, sur le motif que cette preuve est non pertinente et inadmissible, étant d'ores et déjà repoussée par les documents de la cause. — Cass., 10 déc. 1888, Courtial, [S. 89.1.156, P. 89.1.372, D. 89.1.157]

1447. — Lorsqu'il s'agit d'une action négatoire, intentée contre celui qui a la quasi-possession d'un droit de servitude (par exemple, contre le propriétaire dominant qui a obtenu gain de cause dans une instance possessoire préalable), à qui incombe le fardeau de la preuve? Un premier système met toujours cette preuve à la charge du demandeur. La présomption générale de liberté des héritages est en effet combattue, dit-on, par la quasi-possession du défendeur. Celui-ci n'oppose pas une exception où la preuve serait à sa charge : il se contente de nier le bien-fondé de la demande, qui tend à faire déclarer l'inexistence de la servitude. Quant à la preuve négative mise ainsi à la charge du demandeur, elle n'est pas impossible : il n'a qu'à passer en revue et à écarter successivement les divers modes d'établissement des servitudes. Si le débat s'élevait seulement sur l'étendue de la servitude, et non plus sur son existence, et que le propriétaire assujetti se plaignît d'un abus commis dans son exercice, ce serait à lui à prouver cet abus, ce serait à lui à prouver que la servitude est moins étendue : il a à faire un pas de plus, et à prouver qu'elle n'existe pas. — Dunod, *Prescript.*, 3e part., p. 293; Delvincourt, t. 1, p. 164, note 6; Duranton, t. 5, n. 641; Pardessus, t. 2, n. 330; Taulier, t. 2, p. 442 et s.

1448. — Jugé, en ce sens, que l'obligation de faire la preuve soit de l'exercice, soit du non-usage de la servitude, est subordonnée au fait de la possession au moment où l'action est intentée, de sorte que celui qui possède est dispensé de faire aucune preuve, et que c'est à celui qui nie la servitude et qui assigne au pétitoire, à établir que le possesseur n'a aucun droit à la servitude. Cass., 11 juin 1834, Commune de Sainte-Marguerite, [S. 34.1.613, P. chr.]; — 15 févr. 1842, Duvivier, [S. 42.1.344, P. 42.1.503] — Limoges, 15 févr. 1837, Poral, [S. 38.2.171, P. 38.1.141]; — 20 nov. 1843, Faure, [S. 44.2.158, P. 44.2.165] — V. aussi Bordeaux, 18 mars 1845, Cartaut, [P. 45.1.769]

1449. — On reconnaît seulement, dans cette première opinion, que la maintenue possessoire ne formerait pas de présomption en faveur de celui qui l'a obtenue, s'il s'agissait d'une servitude discontinue ou non apparente, pour laquelle l'art. 691 exige un titre (V. *suprà*, n. 899 et s.). Ainsi, au pétitoire, le défendeur à une action négatoire d'une telle servitude devra établir et justifier son droit par des titres, sans pouvoir se retrancher, pour s'en dispenser, dans le fait de sa possession, qui, eût-elle duré trente ans et plus, ne peut équivaloir à un titre en sa faveur. — Pardessus, t. 2, n. 330.

1450. — Dans un autre système, auquel nous préférons nous rallier, on estime que le demandeur n'a qu'à établir son droit de propriété, la présomption étant en faveur de la liberté des héritages. Il est vrai que la quasi-possession du défendeur engendre une présomption en faveur de l'existence de la servitude; mais les présomptions, sauf au cas de prescription acquise, ne suffisent pas comme preuve de cette existence. Celui qui dénie au défendeur le droit de servitude prétendu et possédé par ce dernier, n'est pas dans la même situation que celui qui revendique sa propriété contre un possesseur. Au cas de revendication de propriété, le demandeur doit établir une présomption supérieure à celle que le défendeur tire de sa possession. Dans notre cas, au contraire, le demandeur est propriétaire, il a un droit présumé libre et c'est cette présomption qu'il faut détruire; il faut prouver l'existence de la servitude; or la quasi-possession est insuffisante pour faire cette preuve, qui ne peut pas résulter d'une simple présomption comme nous l'avons déjà rappelé. Dès lors, une fois la preuve faite de la propriété du demandeur, c'est au défendeur à faire la sienne et à établir que la servitude existe. — Merlin, *Quest.*, v° *Servit.*, § 3, n. 1; Garnier, *De la possess.*, p. 487; Toullier et Duvergier, t. 3, n. 714; Belime, n. 492; Solon, n. 562; Zachariæ, t. 1, p. 472; Coulon, *Quest. de dr.*, t. 1, p. 414; Aulanier, *Des act. possess.*, n. 390; Carou, n. 138; Curasson, *Comp. des juges de paix*, t. 2, p. 416; Demante, t. 2, n. 546 *bis*-III; Marcadé, sur l'art. 1315, n. 2; Demolombe, t. 12, n. 957; Aubry et Rau, t. 2, § 219, texte et note 43; Laurent, t. 8, n. 288; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1147.

1451. — Jugé, en ce sens, que celui qui, prétendant avoir acquis une servitude par la prescription, a été reconnu en avoir la possession, n'est pas pour cela dispensé de prouver au pétitoire l'existence même de cette servitude : tout héritage étant présumé libre jusqu'à preuve contraire, ce n'est pas au propriétaire qui nie la servitude qu'il incombe (quoique demandeur au pétitoire) d'établir que la servitude n'existe pas. — Grenoble, 14 juill. 1832, Argoud, [S. 33.2.11, P. chr.] — Limoges, 28 juill. 1842, Goudaud, [S. 43.2.25, P. 44.1.499] — Caen, 19 août 1844, Gauthier, [cité par Demolombe, t. 12, n. 957] — Agen, 30 nov. 1852, Lacout, [S. 54.2.8 et 121, P. 54.1.183, D. 53.2.28]; — 23 nov. 1857, Alazard, [S. 57.2.769, P. 58.663, D. 58.2.27] — Trib. civ. Lyon, 18 juill. 1895, [*Mon. Lyon*, 20 nov. 1895]

1452. — Les servitudes conventionnelles peuvent être l'oc-

casion d'actions en garantie, de la part de l'acquéreur d'un fonds à [illegible] l'existence d'une servitude active sur un autre fonds, ou bien à qui l'on a dissimulé des servitudes passives non apparentes, ou encore de la part de celui au profit de qui une servitude a été constituée par un non-propriétaire. — Pardessus, t. 2, n. 330. — V. *suprà*, v° *Garantie*, n. 18, et *infrà*, v° *Vente*.

Section III.

De la compétence.

1453. — Ce sont toujours les tribunaux civils qui sont compétents en matière de servitudes. Les tribunaux de répression seraient incompétents pour statuer sur l'étendue d'une servitude ou sur la propriété d'un chemin. — Cass., 10 frim. an XII, Jouan, [P. chr.]

1454. — ... Pour maintenir un prévenu dans un droit de passage. — Cass., 29 août 1828, Martin, [P. chr.]

1455. — ... Pour connaître du refus par un particulier d'obtempérer à un arrêté administratif qui lui enjoint de supprimer des jours ou fenêtres d'aspect par lui établis sur un terrain qui, alors voie publique, est devenu depuis et est actuellement propriété communale ordinaire : un tel refus, en effet, ne donne lieu qu'à un débat purement civil sur l'existence des jours. — Cass., 2 mars 1844, Schweighoffer, [S. 44.1.669]

1456. — En cas de poursuites correctionnelles ou de police contre une personne pour voies de fait sur une propriété voisine de la sienne, si le prévenu allègue que le fait à lui reproché constitue de sa part le simple exercice d'une servitude qui lui appartient, le tribunal doit surseoir à statuer sur ces poursuites jusqu'après le jugement de la question préjudicielle. — Pardessus, n. 330.

1457. — Nous avons indiqué, *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 789 et s., que les actions possessoires étaient de la compétence des juges de paix, à l'exclusion de toute autre juridiction, et qu'à l'inverse la connaissance des actions pétitoires appartenait aux tribunaux de première instance. Mais les juges de paix ont certaines compétences spéciales (V. *suprà*, v° *Juge de paix*, n. 717 et s.), que l'on a souvent invoquées pour leur soumettre des questions de servitudes. Il a été jugé, à cet égard, que le fait, par un propriétaire inférieur, d'avoir élevé des digues et autres ouvrages mettant obstacle à l'écoulement, sur son fonds, des eaux provenant naturellement du fonds supérieur, constitue non un simple dommage aux champs, fruits et récoltes, de la compétence du juge de paix, mais une atteinte au droit de propriété ou à l'exercice d'une servitude légale, dont la connaissance appartient au tribunal de première instance. — Cass., 15 mars 1858, Cœffier, [S. 59.1.268, P. 58.1148] — V. *suprà*, v° *Dommage aux champs*, n. 94 et s.

1458. — Jugé également que c'est le tribunal civil qui est compétent pour statuer sur une action tendant à faire déclarer qu'un immeuble n'est pas grevé d'une servitude de passage, bien que le défendeur prétende avoir le droit de passer sur cet immeuble, en vertu de l'art. 41, tit. 2, L. 28 sept.-6 oct. 1791, qui permet aux voyageurs de passer sur les propriétés voisines d'un chemin impraticable, question qui, suivant le défendeur, serait de la compétence du juge de paix. — Rennes, 31 janv. 1880, Barbedor, [S. 81.2.62, P. 81.1.335, D. 80.2.205] — V. *suprà*, v° *Chemin (en général)*, n. 122 et s.

1459. — S'il s'agit d'une demande en rétablissement d'un passage, ou subsidiairement en dommages-intérêts à raison de la suppression d'un passage par suite de travaux de rectification exécutés sur une ligne de chemin de fer, cette suppression ne résultant point d'une expropriation et ne constituant point un dommage à la propriété, mais la dépossession d'un droit réel inhérent à cette propriété, ladite demande n'appartient ni aux tribunaux administratifs, ni au jury : elle rentre dans la compétence des tribunaux civils. — Cass., 2 févr. 1859, Ch. de fer de Lyon, [S. 60.1.267, D. 59.1.262]

CHAPITRE II

QUELLES PERSONNES PEUVENT INTENTER OU SOUTENIR CES ACTIONS.

1460. — Les actions ou exceptions qui tendent, soit à maintenir l'exercice des servitudes appartenant à un fonds, soit à l'affranchir de celles que l'on voudrait exercer indûment, ne peuvent être formées que par le propriétaire de ce fonds. Son droit ne saurait être compromis par le fait de celui qui n'a ni titre, ni motif légal pour jouer ce rôle. — Pardessus, t. 2, n. 331; Demolombe, t. 12, n. 958.

1461. — Jugé, en ce sens, que la demande qui a pour objet d'assurer l'exercice d'une servitude de passage ne peut être introduite que par le propriétaire actuel du fonds dominant; et que, pour introduire cette action, le propriétaire antérieur ne pourrait invoquer ni le titre constitutif de la prétendue servitude, auquel il aurait été partie, ni l'obligation de garantie dont il est éventuellement tenu à l'égard du propriétaire actuel, sa demande étant en tout cas irrecevable. — Trib. civ. Seine, 14 janv. 1901, Pereire, [*Gaz. des Trib.*, 1901, 2e sem., 2.80]

1462. — Lorsque celui qui possédait un fonds sans en être propriétaire a intenté une action tendant à obtenir l'exercice d'une servitude, ou qu'il y a défendu, le jugement qui le déboute ou qui le condamne n'a aucun effet contre le vrai propriétaire. Non seulement celui-ci peut y faire tierce opposition, mais cette voie n'est pas même indispensable : il peut repousser l'usage qu'on voudrait faire de ce jugement, par cela seul qu'il n'a été rendu ni contre lui, ni contre son auteur; car il n'est point l'ayant-cause de l'indu possesseur qu'il a, par hypothèse, évincé. — Pardessus, t. 2, n. 331.

1463. — Il en serait autrement, toutefois, s'il s'agissait d'un héritier apparent. — Pardessus, t. 2, n. 331. — V. *suprà*, n. 742.

1464. — D'autre part, si l'indu possesseur a obtenu gain de cause, le vrai propriétaire pourra se prévaloir du jugement rendu, et l'adversaire qui a succombé ne sera pas admissible à exciper du défaut de qualité de celui contre qui il a plaidé, pour faire révoquer la décision. — Pardessus, *loc. cit.*

1465. — Celui qui est attaqué par le possesseur non propriétaire peut en tout cas vérifier la qualité de celui qui l'attaque. Il ne peut pas être contraint de procéder avec un individu sans droits, contre qui il ne pourrait obtenir de condamnations opposables au vrai propriétaire. — Pardessus, *loc. cit.*

1466. — S'il s'agit de possesseurs dont le titre est résoluble (détenteur à antichrèse, légataire sous condition, acquéreur à réméré), les jugements rendus à leur égard ont tous leurs effets et ne peuvent être attaqués par ceux qui leur succèdent. Il en est de même des grevés de restitution. La personne qui plaiderait, en demandant ou en défendant, à l'occasion d'une servitude relative au domaine dont jouirait un de ces possesseurs, ne pourrait contester leur qualité. — Pardessus, *loc. cit.*

1467. — L'usufruitier, l'usager, l'emphytéote, peuvent intenter les actions possessoires relatives aux servitudes, dans l'intérêt de la jouissance qui leur appartient. — A cet égard, V. *suprà*, vis *Action possessoire*, n. 248; *Emphytéose*, n. 106, et *infrà*, vis *Usage*, *Usufruit*.

1468. — Ils peuvent au besoin, pour compléter l'annalité, joindre à leur possession celle du propriétaire qui leur a vendu, donné ou légué l'usufruit ou l'usage. — Pardessus, t. 2, n. 332. — V. *suprà*, v° *Action possessoire*, n. 306.

1469. — Ils ne peuvent pas former seuls une demande au pétitoire dont les résultats seraient susceptibles d'être opposés au propriétaire; et le jugement rendu contre eux seuls ne nuirait pas à ce dernier. Il est d'ailleurs loisible à celui qui y a intérêt de mettre le propriétaire en cause et de rendre ainsi le jugement commun avec lui. — Pardessus, *loc. cit.*; Demolombe, t. 12, n. 958.

1470. — En ce qui concerne les droits des fermiers et locataires, il a été notamment jugé que le locataire d'un immeuble est sans qualité pour discuter en son nom personnel, à l'encontre d'un des copropriétaires d'un mur mitoyen sur lequel s'appuie cet immeuble, les questions de propriété, de mitoyenneté et de servitude, lesquelles compètent exclusivement au propriétaire dudit immeuble. — Aix, 10 janv. 1899, [*Gaz. des Trib.*, 1er mars 1899] — V. au surplus, *suprà*, vis *Action possessoire*, n. 244 et s., 370; *Mitoyenneté*, n. 650 et s.

1471. — Les administrateurs des biens d'autrui ne peuvent agir que dans les formes et avec les autorisations prescrites pour l'exercice par eux des actions immobilières. — V. *infrà*, v° *Tutelle*.

1472. — Nous avons indiqué (*suprà*, n. 438 et s.) quels sont les droits des copropriétaires relativement aux servitudes attachées à la chose commune. Si l'un d'eux notamment a intenté seul une action relative à ces servitudes ou y a défendu,

il sera considéré comme ayant géré l'affaire des autres qui peuvent ratifier. Les frais du procès pourront ainsi rester à sa charge s'il a succombé; mais il aura droit au contraire au remboursement de ses avances et même à une indemnité personnelle, selon les cas, s'il a gagné son procès. — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 153.

1473. — Jugé qu'en matière de servitude constituant un droit indivisible au profit de tous les propriétaires du fonds dominant, la nullité de la procédure d'appel vis-à-vis de l'un des ayants-droit profite à tous les autres. — Cass., 29 avr. 1862, Daude, [S. 62.1.701, P. 62.1092, D. 62.1.214]

1474. — Sur la question de savoir si le jugement rendu contre un seul des copropriétaires peut acquérir le caractère de chose jugée à l'égard des autres, V. *suprà*, v° *Chose jugée*, n. 584, 643.

1475. — En notre matière comme en toute autre, la partie qui se prétend lésée par le fait d'un tiers ne peut fonder son action que sur un intérêt véritable. Le simple changement matériel que ferait une personne à l'état des lieux convenu ou établi par une longue prescription, ne donnerait pas le droit d'agir contre elle, s'il n'en résultait aucune atteinte aux droits du réclamant. — Pardessus, t. 2, n. 321 et 335. — V. *suprà*, n. 264 et s., 450 et s.

1476. — Contre quelles personnes doivent être dirigées les actions relatives aux servitudes? Contre le propriétaire même du fonds que l'on prétend assujetti, si l'objet est de faire déclarer l'existence d'une servitude passive à la charge de ce fonds. Une condamnation obtenue contre toute autre personne ne conférerait aucun droit, sauf ce que nous avons dit au sujet de la maintenue en possession et de ses effets sur le pétitoire, notamment au point de vue de la preuve. — Pardessus, t. 2, n. 337. — V. *suprà*, n. 1145 et s.

1477. — Que si l'objet de l'action est de réprimer un trouble ou de contester le droit à une servitude, on peut s'adresser à l'auteur du trouble ou au prétendant-droit, qui sera forcé de réparer le tort par lui causé. Mais le jugement rendu n'aura aucun effet contre le propriétaire, qui devra être mis en cause si le demandeur veut rendre incontestable l'existence de son droit de servitude active ou la liberté entière de son fonds. — Pardessus, *loc. cit.*

CHAPITRE III.

PRINCIPES D'APRÈS LESQUELS CES ACTIONS DOIVENT ÊTRE JUGÉES.

1478. — Nous avons étudié, sous les tit. 1 et 2, les principes généraux et spéciaux d'après lesquels doivent être jugées les contestations relatives aux droits qui résultent des servitudes. Il nous resterait à indiquer : 1° comment peuvent se concilier les droits respectifs des tribunaux et de l'Administration en cette matière; 2° comment doivent être entendues et exécutées les dispositions du Code qui se réfèrent aux règlements et usages locaux; 3° comment doit s'entendre le principe de non-rétroactivité des lois, dans l'application du Code civil aux servitudes antérieurement acquises. Ce dernier point seul nous demandera quelques développements.

SECTION I.

Des droits respectifs des tribunaux et de l'administration.

1479. — Nous avons déjà dit que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour statuer sur toutes contestations relatives à des droits de servitude. Il en est ainsi même lorsqu'il s'agit de servitudes existant sur un terrain public, ou de servitudes constituées en vertu d'un acte administratif — V. sur ce point, *suprà*, vis *Compétence administrative*, *passim*, et notamment n. 998 et s., 1142 et s.; *Forêts*, n. 326. — V. aussi Cass., 28 mars 1825, Dassonvillers, [S. et P. chr.] — Caen, 26 févr. 1842, Vautier, [P. 43.1.247] — Limoges, 9 janv. 1866, Gazonneaud, [S. 66.2.307, P. 66.1132] — Orléans, 15 févr. 1868, Lemesle, [D. 68.2.157] — Poitiers, 30 juin 1869, Commune du Boupère, [S. 70.2.102, P. 70.449] — Cons. d'Ét., 23 juin 1819, Gerdret, [P. chr.] — Bruxelles, 25 oct. 1828, Commune de Mœrkerke, [P. chr.]

SECTION II.

Des règlements et usages locaux.

1480. — Les règlements et usages locaux ont une certaine importance en notre matière. Nous avons indiqué *suprà*, n. 701, que parfois le juge y puisera d'utiles indications, à défaut de précision du titre constitutif. La loi elle-même y renvoie en certains cas, notamment dans les art. 663, 671 et 674, C. civ. — V. *suprà*, vis *Arbres*, n. 69 et s.; *Clôture*, n. 103 et s.; *Four*, n. 8 et s.; *Haie*, n. 6 et s.

1481. — Sur ce que l'on doit entendre par les mots « règlements et usages », V. *infrà*, v° *Usages locaux*.

SECTION III.

Des droits acquis avant le Code.

1° Servitudes conventionnelles.

1482. — Pour les servitudes acquises par titres, la loi sous l'empire de laquelle les titres ont été passés en règle la forme et sert à en déterminer les effets. — Pardessus, t. 2, n. 342.

1483. — C'est ainsi qu'il a pu être jugé que la règle, d'après laquelle l'acte constitutif ou récognitif d'une servitude doit émaner du propriétaire du fonds asservi, ne saurait s'appliquer à des servitudes dont l'acquisition avant le Code serait régulièrement prouvée; et que cette preuve peut résulter, conformément au principe constant dans notre ancienne jurisprudence, d'énonciations contenues dans des actes anciens, auxquels le propriétaire servant ou ses auteurs n'ont pas été parties. — Cass., 7 juill. 1874, Hameau de Saint-Leu-Frocourt, [D. 76.1.430] — V. *suprà*, n. 812 et s.

1484. — Quant à la possession antérieure au Code, elle ne peut être invoquée comme ayant entraîné acquisition de servitudes par prescription, que si elle a eu lieu sous l'empire de coutumes admettant ce mode d'acquisition, si elle a été conforme aux exigences de ces coutumes, et si enfin elle était complètement acquise lors de la promulgation du Code civil. L'art. 691, al. 2, dit en effet que l'on ne peut pas attaquer les servitudes discontinues ou non apparentes *déjà acquises* par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière. Duranton, t. 5, n. 579; Pardessus, t. 2, n. 342; Demante, t. 2, n. 546 *bis*-VI; Taulier, t. 2, p. 446; Zachariæ, § 251, texte et note 3; Demolombe, t. 12, n. 799 et 803. — V. *suprà*, n. 880 et s.

1485. — Jugé, en ce sens, que les servitudes même discontinues acquises par une possession immémoriale antérieure à la promulgation du Code civil, dans les pays où cette sorte d'acquisition était permise, ont continué depuis lors à subsister. — Cass., 11 août 1824, Aubin, [S. et P. chr.]; — 16 févr. 1832, Paradis, [P. chr.] — Bruxelles, 9 août 1806, Morinckx, [S. et P. chr.] — Besançon, 10 mai 1811, Poinsard, [P. chr.] — Rennes, 30 avr. 1812, N..., [S. et P. chr.] — Toulouse, 7 avr. 1843, Commune d'Ytrac, [P. 44.2.397] — V. cependant, Cass., 31 déc. 1810, Bessy, [S. et P. chr.]

1486. — ... Mais que les juges ne peuvent déclarer acquise par la possession trentenaire antérieure au Code une servitude discontinue, comme celle de passage, qu'autant qu'ils constatent en même temps que les héritages respectifs se trouvaient situés sous l'empire d'une coutume dans laquelle, à défaut de titre, la possession trentenaire était suffisante pour établir les servitudes de cette nature. — Cass., 31 mai 1837, Petit, [S. 37.1.700, P. 37.2.211]

1487. — ... Que d'ailleurs l'arrêt qui, en l'absence du titre constitutif d'une servitude discontinue, maintient cette servitude comme étant établie par une possession immémoriale, peut être considéré comme constatant une possession antérieure au Code, bien qu'il ne le dise pas expressément. — Cass., 1er mars 1831, Delaby, [S. 31.1.263, P. chr.]; — 27 nov. 1837, Habit. de Coivert, [S. 38.1.40, P. 38.1.299]

1488. — ... Que, lorsque les parties n'invoquent pas une prescription acquise antérieurement au Code civil, le droit de servitude réclamé est soumis aux dispositions dudit Code, et qu'il y a lieu d'examiner si cette réclamation est ou non conforme à ces dispositions. — Cass., 8 juin 1842, Denesples, [S. 42.1.609, P. 42.1.766]

1489. — ... Que l'on ne peut appliquer à notre matière la

disposition de l'art. 2281, al. 2, C. civ., aux termes duquel les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de cet article, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans; que, pour acquérir des servitudes prescriptibles avant le Code civil et imprescriptibles depuis, la possession postérieure à la promulgation du Code civil ne peut être jointe à celle antérieure pour compléter la prescription. — Cass., 31 août 1825, Coiffard, [S. et P. chr.]; — 11 juin 1833, Aubéry, [P. chr.]; — 8 août 1837, Béthune-Charost, [S. 37.1.679, P. 37.2.182] — Bordeaux, 8 févr. 1832, Bailliet, [P. chr.]; — 28 juin 1839, Nauze, [P. 39.2.567] — *Sic*, Cass., 13 août 1810, Delpy, [S. chr.]; — 3 oct. 1814, Bertrand, [S. chr.] — V. toutefois, Cass., 24 juill. 1832, d'Ecquevilley, [S. 32.1.705, P. chr.]

1490. — Que, si le juge du fait constate que le demandeur ne fait pas la preuve de sa possession antérieure au Code civil, il devient inutile de rechercher si, sous l'empire de l'ancienne coutume locale, une longue possession sans titre suffisait pour faire acquérir le droit réclamé. — Cass., 1er mai 1888, Commune de Gouvieux, [S. 90.1.439, P. 90.1.1068, D. 88.1.219]

1491. — La preuve de faits de possession postérieurs au Code civil pourrait seulement être admise, si elle devait être utile pour apprécier le caractère et les effets de ceux qui auraient eu lieu antérieurement. — Douai, 18 févr. 1846, Caudilier, [P. 46.1.609]

1492. — Jugé d'autre part que, dans les lieux où, sous l'ancien droit, la servitude de passage pouvait s'acquérir par la prescription de trente ans, un droit de passage pour l'exploitation et la vidange d'une forêt peut être prescrit par le laps de trente ans antérieur au Code, bien que, dans cet intervalle, on ne se soit servi de ce chemin que deux fois, si ces deux fois correspondent aux deux seules coupes qui aient été faites; qu'il en est ainsi surtout si le chemin, bien qu'inutile à celui sur la propriété duquel il était établi, est toujours demeuré ouvert. — Nancy, 23 avr. 1834, Duhoux, [P. chr.]

1493. — ... Que la prescription d'un droit de servitude qui ne peut s'acquérir que par une possession immémoriale, n'a pas été interrompue par une sentence prohibitive dont il y a eu appel et qui d'ailleurs est restée sans exécution pendant plus de trente ans. — Cass., 5 flor. an XII, Ducruejouls, [S. et P. chr.]

1494. — ... Mais qu'une servitude discontinue ne peut être considérée comme acquise par prescription avant le Code, dans les pays où ce mode d'acquisition était admis, qu'autant que la possession n'en a pas été précaire et de simple tolérance. — Cass., 2 avr. 1856, Commune de Cournon, [S. 56.1.774, P. 57.631, D. 56.1.251]

1495. — ... Que les juges peuvent, sans donner ouverture à cassation, rejeter l'offre de preuve de l'établissement d'une servitude discontinue par prescription (sous l'empire d'une coutume qui autorisait ce mode d'acquisition), en se fondant sur ce que, d'après les circonstances, la possession articulée ne s'est exercée qu'à titre de tolérance et de familiarité. — Cass., 13 mai 1840, Commune de Messigny, [S. 40.1.508]

1496. — ... Et que la possession immémoriale qui, avant le Code civil, servait de base à la prescription des servitudes discontinues, ne devait être contredite par aucun fait capable d'en limiter la durée ou de faire douter que la servitude eût toujours été exercée de la même manière et sans contradiction. — Limoges, 16 juill. 1822, Hugon, [P. chr.]

1497. — Comment prouver aujourd'hui qu'une servitude (notamment une servitude discontinue ou non apparente) a été acquise par prescription antérieurement au Code civil? Les témoins possibles n'existant plus, certains en ont conclu à l'inutilité de tenter une preuve. — Duranton, t. 5, n. 580; Belime, n. 263; du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n. 350.

1498. — Jugé notamment qu'un tribunal a pu rejeter la preuve de faits de possession immémoriale d'une servitude de pacage dans un terrain du ressort de l'ancien parlement de Toulouse, par le motif que cette preuve serait impossible et frustratoire. — Cass., 18 avr. 1832, Commune de Nasbinals, [P. chr.] — V. toutefois Cass., 13 mai 1840, précité.

1499. — Si la question de preuve d'une telle servitude se posait encore à l'heure actuelle, les tribunaux devraient se contenter de recourir à une sorte de tradition établie, qui serait d'autant mieux accueillie qu'elle se trouverait corroborée par quelque signe extérieur, ou par quelque énonciation dans des actes même étrangers aux parties en cause. — Pardessus, t. 2, n. 342; Taulier, t. 2, p. 447; Demante, t. 2, n. 546 *bis*-V; Demolombe, t. 12, n. 800. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1114.

1500. — D'ailleurs l'appréciation des faits tendant à établir, en matière de servitude, la preuve d'une possession immémoriale, rentre exclusivement dans le domaine des juges du fond; et, conséquemment, l'arrêt qui juge en fait l'insuffisance de ces faits échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 24 nov. 1825, Brahauban, [P. chr.]

1501. — En tout cas, la preuve de la possession immémoriale antérieure au Code ne doit pas nécessairement être faite suivant les règles ou usages anciennement admis pour prouver cette espèce de possession, et il a pu être jugé que, bien que « sous l'ancien droit », il fût généralement admis que la preuve de la possession immémoriale ne pouvait être faite que par la déposition d'individus pouvant déposer *de visu*, depuis qu'ils avaient atteint quatorze ans, d'une possession de quarante ans, cependant cette règle n'étant fondée sur aucune disposition législative ou coutumière, les décisions qui déclarent constante la possession immémoriale d'une servitude discontinue antérieure au Code, quoique les témoins entendus n'eussent pas cinquante-quatre ans au moment de la promulgation du Code, n'encourent pas la censure de la Cour de cassation. — Cass., 20 nov. 1837, Balguerie, [S. 38.1.272, P. 39.2.190]; — 1er juill. 1839, Lamey, [S. 39.1.649, P. 39.2.192] — *Contrà*, Agen, 8 janv. 1833, de Bouillon, [S. 33.2.254, P. chr.] — Pau, 15 mars 1834, Dangerot, [S. 34.2.666] — V. aussi Bordeaux, 28 juin 1839, Nauze, [P. 39.2.567]

1502. — Jugé cependant qu'une possession qui, au moment de la promulgation du Code civil, n'avait que cinquante-quatre ans d'existence, ne peut constituer une possession immémoriale de nature à avoir fait acquérir à cette époque en Bourgogne une servitude discontinue. — Cass., 13 nov. 1822, Thomasson, [P. chr.]

1503. — C'est aux juges du fond qu'il appartient, au surplus, d'apprécier souverainement les obstacles que peut présenter la preuve à faire, mais les difficultés ne peuvent réagir sur la légalité de l'admission de cette preuve. — Cass., 9 nov. 1826, de Sancy, [S. et P. chr.]

1504. — Il a été jugé notamment que, les limites d'une possession immémoriale ne pouvant être précisées, celui qui réclame par ce moyen un droit de servitude n'est pas tenu de prouver qu'à une époque sa possession était déjà immémoriale. — Cass., 24 juill. 1832, d'Ecquevilley, [S. 32.1.105, P. chr.]

1505. — La destination du père de famille est soumise aux mêmes principes que la prescription. Tout acte antérieur par sa date à la promulgation du Code, et qui, d'après les anciennes coutumes, était susceptible de constituer la destination du père de famille, est régi par la loi locale ancienne. C'est cette loi qui détermine le mode de preuve exigible; et l'état des lieux au moment où l'acte a été passé sert à fixer les rapports respectifs des deux fonds. — Pardessus, t. 2, n. 342; Demolombe, t. 12, n. 802.

2° Servitudes naturelles ou légales.

1506. — Les droits acquis comme servitudes naturelles ou légales avant la promulgation du Code sont encore régis, quant à leur acquisition, par la loi en vigueur à cette époque. Ainsi c'est aux présomptions admises par cette loi qu'il faut se reporter pour régler les droits de mitoyenneté ou de propriété exclusive d'un mur, lorsque les signes anciens subsistent. — Pardessus, t. 2, n. 343. — V. *suprà*, v° ***Mitoyenneté***, n. 305 et s.

1507. — Mais il faut décider, sans qu'en cela le principe de la non-rétroactivité des lois soit violé, que le propriétaire d'un mur peut être aujourd'hui contraint à en vendre la mitoyenneté, lors même que ce mur aurait été construit sous l'empire d'une coutume qui n'aurait pas admis la règle consacrée par l'art. 661, C. civ. — Cass., 1er déc. 1813, Chosson, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 2, n. 343.

1508. — Le long temps écoulé depuis la promulgation du Code a enlevé tout intérêt actuel aux questions que soulevait la prescription extinctive des servitudes naturelles ou légales, ou de l'indemnité due, par exemple en cas de passage pour cause d'enclave. Si le droit de réclamer cette indemnité était déclaré imprescriptible par la loi locale, la prescription n'a pu courir à cet égard que depuis la promulgation du Code. — Pardessus,

t. 2, n. 343. — V. en ce sens, Cass., 27 juin 1832, Marchand, [S. 32.1.763, P. chr.]

1509. — Si la coutume locale décidait que le passage, même nécessité par l'enclave, ne devait jamais être considéré que comme tolérance, le temps écoulé avant le Code ne peut pas être compté utilement dans le calcul des trente ans nécessaires à la prescription de l'indemnité. — Cass., 11 mai 1830, Grellier, [S. et P. chr.] — Pardessus, *loc. cit.*

1510. — Pourrait-on invoquer une ancienne coutume, qui attribuait à un voisin la faculté d'exercer certains droits sur le fonds d'un autre, pour continuer l'exercice de ces droits, acquis avant la promulgation du Code civil, mais non expressément reconnus par ce Code comme constituant des servitudes légales? La négative nous semble certaine, et il y a lieu de considérer comme abrogés, par cela seul que le Code ne les a pas maintenus, les droits de servitude antérieurement reconnus par la coutume, tels que le droit de tour d'échelle, le droit de charrue en Alsace, le droit de déposer les tourbes sur les fonds voisins, le droit, pour les propriétaires d'oliviers, citronniers et orangers, de ne point en élaguer les branches, et de pénétrer même sur les fonds où s'avançaient ces branches, pour en cueillir les fruits, etc. — Duranton, t. 5, n. 316; Pardessus, t. 2, n. 343; Demolombe, t. 11, n. 422. — V. *suprà*, v^is *Arbres*, n. 145, 146, 311; *Echelle* (*tour d'*), n. 6 et s. — Ces divers assujettissements, en effet, tirent leur origine de la seule concession de la loi; ils subsistent tant que la loi subsiste; mais l'obligation cesse, du jour où est abrogée la disposition d'où elle dérivait. D'ailleurs, si l'on ne peut plus invoquer cette disposition de la coutume, d'où résultait l'obligation imposée au voisin, on ne peut pas davantage invoquer la prescription, à l'égard de celles de ces servitudes légales qui auraient été, d'après cette même coutume, susceptibles d'être acquises de cette manière. En effet, le fondement essentiel de la prescription est une présomption de volonté; mais il ne peut y avoir consentement de souffrir, là où l'on ne souffre que parce que la loi commande, et où le seul titre de celui qui jouissait a été ce commandement de la loi. — Toullier, t. 3, n. 559 à 563; Pardessus, t. 2, n. 343; Aubry et Rau, t. 3, § 238, texte et note 9.

1511. — Jugé en ce sens que la disposition de l'art. 691, C. civ., portant qu'on ne peut attaquer aujourd'hui les servitudes discontinues anciennement acquises par longue possession, ne s'applique point au cas où la possession aurait eu lieu en vertu d'un statut ou usage local interdisant toute résistance au propriétaire de l'héritage assujetti. — Cass., 31 déc. 1810, Bessy, [S. et P. chr.]

1512. — Il n'en est autrement que des règles déclaratives de certaines propriétés. Ainsi c'est d'après les principes de la loi ancienne, que doivent être jugées les questions relatives à la propriété de l'espace de terrain qui borde un mur construit avant le Code (V. *suprà*, v° *Echelle* (*tour d'*), n. 6 et s.). C'est de même par les dispositions de la coutume locale, que sont réglés le mode d'entretien et la contribution aux réparations d'un mur mitoyen préexistant au Code, si cette coutume contient des stipulations différentes de celles du Code civil. — Pardessus, *loc. cit.* — V. également, Griffond, *Suppl. au Code civil annoté* de Fuzier-Herman, sur l'art. 664, n. 1 et s.

TITRE V.

DROIT FISCAL.

1513. — L'acte constitutif d'une servitude est assimilé à une vente d'immeubles, et doit être enregistré au droit de 5,50 p. 0/0 sur le prix stipulé, dans les trois mois de sa date. — Cass., 4 févr. 1885, Marbouty, [S. 85.1.507, P. 85.1.1193, D. 85.1.320] — *Sic*, Demante, t. 1, n. 289; Maguéro, *Traité alph.*, v° *Servitudes*, n. 1. — V. Naquet, t. 1, n. 222 et 223. — *Contrà*, Championnière et Rigaud, t. 4, n. 3583 et s.

1514. — Décidé, en ce sens, que le prix payé pour la démolition d'une maison qui ne devra pas être reconstruite, représente le prix d'une servitude *non altius tollendi* et donne ouverture au droit de 5,50 p. 0/0. — Sol. rég., 17 mai 1878.

1515. — Même décision en ce qui concerne le prix d'une servitude de passage. — Sol. rég., 30 mai 1884.

1516. — ... Pour l'engagement pris par un propriétaire de recevoir à titre de servitude et à perpétuité les eaux pluviales et ménagères d'un fonds voisin, moyennant un certain prix. — Déc. min. Fin., 18 sept. 1811, [*J. Enreg.*, n. 3997]

1517. — ... Pour l'indemnité payée aux propriétaires riverains d'une rivière pour l'occupation des terrains nécessaires à son endiguement. — Sol. rég., avril 1872.

1518. — Cependant il a été jugé que le droit de 5,50 p. 0/0 n'est pas dû sur une indemnité stipulée pour une servitude d'écoulement d'eaux. — Trib. Carpentras, 29 août 1882, Garnier, *Rép. pér.*, n. 6042 et 6092.

1519. — La cession de mitoyenneté moyennant un prix est également passible du droit de vente. — Sol. rég., 4 oct. 1826, [Inst. Enreg., n. 1205, § 13; *J. Enreg.*, n. 8542; *J. not.*, n. 6081] — Trib. Seine, 6 déc. 1849, [*J. Enreg.*, n. 14909; *J. not.*, n. 9058]; — 23 nov. 1853, [*J. Enreg.*, n. 15822-5; *J. not.*, n. 15106]

1520. — Mais si les propriétaires de deux héritages contigus conviennent, avant le commencement des travaux, d'exécuter à frais communs un mur de clôture, dans des conditions déterminées, le remboursement ultérieur par l'un des voisins de la moitié des frais à l'autre, qui en a fait l'avance, ne constitue qu'un règlement de compte et n'a pas le caractère d'une cession de mitoyenneté.

1521. — Si deux héritages sont séparés par une bande de terrain commune entre eux et qui doit, par destination du père de famille, recevoir le mur séparatif, et si l'un des copropriétaires bâtit à ses frais et sans consulter son voisin un mur de clôture dont il se fait ensuite rembourser la moitié, les circonstances de fait permettront seules de décider s'il y a ou non cession de mitoyenneté. Si le constructeur agit suivant un mandat exprès ou tacite du voisin, et si le remboursement de la moitié de la dépense a lieu aussitôt après la fin des travaux ou dans un bref délai après leur achèvement, il y a simple règlement de compte. Si le remboursement n'a lieu que longtemps après l'achèvement des travaux ou s'il s'applique non à un mur de clôture, mais au mur d'un bâtiment pour toute sa hauteur, il y a cession de mitoyenneté, et le droit de 5,50 p. 0/0 est dû. — *Rev. Enreg.*, n. 1888.

1522. — L'indemnité de surcharge payée à son voisin par un propriétaire qui exhausse seul le mur mitoyen (C. civ., art. 658) a un caractère mobilier et n'est passible que du droit de 0,50 p. 0/0.

1523. — L'échange de servitudes est passible du droit de mutation, ou du droit réduit à 0,20 p. 0/0 s'il s'agit d'un échange remplissant les conditions exigées par la loi du 3 nov. 1884. — V. cependant, Sol. rég., 13 sept. 1830, [*J. Enreg.*, n. 9952]; — 17 oct. 1843, [citée dans le *Dict. not.*, v° *Servitude*, n. 275]

1524. — L'acte qui règle ou modifie les conditions d'exercice de la servitude n'a aucun caractère translatif et n'est assujetti qu'au droit fixe. — Sol. belge, 17 févr. 1866, [*J. Enreg. belge*, n. 10153]

1525. — Les concessions de servitude sur le domaine public ne sont pas en général translatives de droits immobiliers, car elles sont précaires et révocables : elles ne donnent également ouverture qu'au droit fixe.

1526. — L'acte constitutif d'une servitude est de nature à être transcrit. Lorsque le droit de transcription n'est pas compris dans le droit d'enregistrement, l'acte n'en est pas moins assujetti au droit de 1,50 p. 0/0, par ce motif qu'avant la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 2 l'a soumis à la transcription, l'acte constitutif d'une servitude était déjà de nature à être transcrit et donnait ouverture au droit de 1,50 p. 0/0 par application de l'art. 54, L. 28 avr. 1816. — Demante, t. 1, n. 290. — *Contrà*, Naquet, t. 1, n. 223.

1527. — La renonciation à une servitude moyennant un prix a le caractère d'une rétrocession et rend exigible le droit de 5,50 p. 0/0. — Sol. rég., 22 oct. 1817, [*J. Enreg.*, n. 5895; Inst. Enreg., n. 1205, § 13] — Demante, t. 1, n. 291. — Mais la renonciation pure et simple n'est passible que du droit fixe.

1528. — Le droit de 5,50 p. 0/0 n'est évidemment exigible que s'il y a création d'une *véritable* servitude. Ce tarif ne serait donc pas applicable à la concession d'un droit de puisage, de passage, accordé à une personne qui ne serait pas propriétaire d'un fonds. De même pour les droits de promenade, de chasse, de pêche, créés au profit d'une personne et non d'un fonds. Ce qu'il faut déterminer, par conséquent, c'est le caractère *réel* de la servitude.

1529. — L'abandon temporaire d'une servitude par le pro-

pr[illegible] au locataire du fonds servant ne donne ouverture qu'au droit de 0,20 p. 0/0, comme ayant pour objet [illegible] jouissance. — Sol. rég., 24 déc. 1880.

1530. — Les concessions de passage dans les forêts domaniales ou communales, faites à perpétuité à titre de servitude, donnent ouverture au droit de 5,50 p. 0/0. Si elles sont accordées à titre temporaire et révocable, par arrêté préfectoral, elles sont considérées comme emportant mutation de jouissance et doivent être enregistrées dans le délai de vingt jours, au droit de 0,20 p. 0/0 calculé sur une évaluation des parties, lorsque le prix n'est pas fixé dans l'arrêté. — Déc. min. Fin., 18 mars 18[illegible], *Rev. Enreg.*, n. 1134.

TITRE VI.

LÉGISLATION COMPARÉE ET DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

CHAPITRE I.

LÉGISLATION COMPARÉE.

§ 1. *Allemagne.*

1531. — Un héritage (*Grundstück*) peut être grevé au profit du propriétaire d'un autre héritage, de telle sorte que ce propriétaire puisse en user à divers égards, ou que certains actes ne puissent être faits sur ledit héritage, ou qu'il soit interdit d'y exercer certains droits qui, normalement, découleraient de la propriété même de l'héritage servant. Les servitudes ou services fonciers se nomment, en droit allemand, *Grunddienstbarkeiten* (C. civ. allemand, § 1018).

1532. — Une servitude ne peut consister qu'en une charge qui soit avantageuse à l'ayant-droit pour l'utilisation de son héritage; elle ne saurait être étendue au delà de la mesure résultant de ce principe (§ 1019).

1533. — En exerçant une servitude, l'ayant-droit est tenu de ménager, autant que possible, les intérêts du propriétaire de l'héritage servant; s'il a besoin, pour l'exercer, d'une installation sur ledit héritage, il doit la maintenir en bon ordre, en tant que ce propriétaire y est intéressé (§ 1020), ou se concerter avec lui pour que ce dernier l'entretienne en bon état; si le propriétaire a un droit de co-usage sur cette installation, on peut convenir que l'ayant-droit devra l'entretenir dans la mesure où le droit d'usage du propriétaire l'exige (§ 1021). Lorsque la servitude consiste en le droit de faire peser une construction sur un mur du propriétaire de l'héritage servant, celui-ci doit, sauf convention contraire, entretenir son mur dans la mesure qu'exige l'exercice de la servitude (§ 1022).

1534. — Lorsqu'une servitude ne s'exerce que sur une portion de l'héritage servant, le propriétaire de cet héritage peut demander, si l'endroit où elle s'exerce lui est particulièrement préjudiciable, qu'elle soit transportée sur une autre place également avantageuse à l'ayant-droit; mais c'est à lui à supporter les frais du déplacement et à en faire l'avance. Il en est de même lorsque la portion de l'héritage à laquelle est limité l'exercice de la servitude avait été fixée contractuellement. Le droit de demander le déplacement ne peut être contractuellement ni supprimé, ni limité (§ 1023).

1535. — En cas de conflit entre deux servitudes, ou entre une servitude et tel autre droit d'usage sur le fonds servant, en sorte que leurs droits ne puissent pas être exercés concurremment ou, du moins, ne puissent l'être que partiellement, chacun des intéressés peut demander le règlement amiable ou judiciaire de ce conflit (§ 1024).

1536. — En cas de morcellement de l'héritage dominant, chacune des parcelles reste au bénéfice de la servitude. Toutefois, dans le doute, l'exercice n'en est permis que de façon qu'elle ne devienne pas plus onéreuse pour le propriétaire tenu de s'y prêter. Si la servitude ne peut être avantageuse qu'à l'une des parcelles, elle s'éteint pour les autres (§ 1025).

1537. — En cas de morcellement de l'héritage servant, si l'exercice de la servitude est limité à une portion de cet héritage, les parcelles qui n'en sont point affectées en sont affranchies (§ 1026).

1538. — S'il est porté atteinte à une servitude, l'ayant-droit jouit d'une action pour faire reconnaître et respecter son droit (§ 1027).

1539. — Quand le propriétaire du fonds servant y a fait une installation portant atteinte à la servitude, l'action de l'ayant-droit en suppression de cette installation est prescriptible, même si la servitude est inscrite au registre foncier. La prescription de l'action emporte extinction de la servitude, en tant que le maintien de l'installation est incompatible avec l'exercice de la servitude (§ 1028).

1540. — Lorsque le possesseur d'un héritage est entravé dans l'exercice d'une servitude dûment inscrite au profit du propriétaire dudit héritage, on applique les règles en vigueur pour la protection de la possession, pourvu que la servitude ait été exercée, ne fût-ce qu'une seule fois, dans l'année avant le trouble (§ 1029).

1541. — Il est utile de rappeler ici que, d'après le § 873, la constitution d'un service foncier ne peut avoir lieu en Allemagne, que par voie d'inscription au registre foncier; les actes antérieurs (contrat, testament, etc.) ne constituent pas la servitude en tant que droit réel, et, en principe, nul droit réel ne peut être acquis par usucapion.

§ 2. *Autriche.*

1542. — Le droit de servitude oblige, dans l'intérêt du propriétaire du fonds dominant, le propriétaire de l'héritage servant à souffrir ou à ne pas faire une chose sur son héritage (§§ 472, 473).

1543. — Les servitudes sont urbaines ou rurales (§ 474).

1544. — Les principales servitudes urbaines sont : 1° le droit de faire peser son bâtiment sur celui d'autrui; 2° le droit d'enfoncer une poutre dans le mur d'autrui; 3° le droit d'ouvrir une fenêtre dans le mur d'autrui, soit pour le jour, soit pour la vue; 4° le droit de faire surplomber son toit sur le fonds d'autrui; 5° le droit de faire passer sa fumée par la cheminée du voisin; 6° le droit de faire arriver l'égout des toits sur le fonds du voisin; 7° le droit de répandre ou de faire passer des liquides (*Flüssigkeiten*) sur ledit fonds. Ces servitudes et autres analogues autorisent un propriétaire de maison à faire quelque chose sur le fonds du voisin et obligent ce dernier à le supporter (§ 475).

1545. — D'autres servitudes urbaines obligent le propriétaire du fonds servant à s'abstenir de quelque chose qui, sans cela, lui serait permis; par exemple : 8° à ne pas surélever sa maison; 9° à ne pas l'abaisser; 10° et 11° à ne pas enlever à l'édifice dominant le jour, l'air ou la vue; 12° à ne pas détourner du fonds du voisin l'égout de son toit, s'il sert à ce dernier à arroser son jardin, ou à remplir sa citerne, ou à tel autre usage utile (§ 476).

1546. — Les principales servitudes rurales sont : 1° les divers droits de passage sur le fonds d'autrui (V. *suprà*, v° *Passage*, n. 80 et s.); 2° le droit de puiser de l'eau, d'abreuver son bétail, d'emmener ou d'amener de l'eau; 3° les droits de pacage; 4° le droit de couper du bois, de ramasser des branches sèches, de cueillir des glands, de ratisser des feuilles; 5° le droit de chasser, de pêcher, de prendre des oiseaux; 6° le droit de prendre de la pierre ou du sable, ou de cuire de la chaux (§ 477).

1547. — « Le titre à une servitude est fondé sur un contrat, sur une disposition de dernière volonté, sur une sentence en suite de partage d'un fonds commun, ou, enfin, sur la prescription » (§ 480). Le droit réel de servitude sur un immeuble, ou sur tels autres objets inscrits sur des registres publics, ne peut être acquis que par une inscription sur lesdits registres (§ 481).

1548. — Toutes les servitudes ont cela de commun que le propriétaire de l'héritage servant n'est pas tenu, en général, de faire quelque chose, mais seulement soit de permettre à un autre d'exercer un droit, soit de s'abstenir de certains actes qu'autrement sa qualité de propriétaire l'autoriserait à faire. Par suite, les frais d'entretien et de réparation de la chose sur laquelle porte la servitude incombent, en général, à celui qui a droit à la servitude. Mais, si la chose est également à l'usage de celui qui doit la servitude, il est tenu de contribuer proportionnellement à ces frais et ne peut s'affranchir de cette contribution qu'en abandonnant à l'autre partie, même sans son assentiment, la chose grevée de servitude (§§ 482, 483).

1549. — Le propriétaire de l'héritage dominant peut, sans doute, exercer son droit comme bon lui semble. Toutefois une servitude n'est pas susceptible d'extension et doit, au contraire, être limitée dans la mesure où sa nature et son but le permettent (§ 484).

1550. — Nulle servitude ne peut être détachée, d'office, de l'héritage servant et transportée sur une autre chose ou sur une autre tête; et toute servitude est réputée indivisible, en tant que le droit grevant l'héritage ne peut être modifié ou partagé par le fait de l'agrandissement, de la diminution ou du morcellement dudit héritage (§ 485). Une servitude peut être exercée par plusieurs personnes conjointement, pourvu que les droits antérieurs de tiers ne soient pas lésés par là (§ 486).

1551. — « C'est d'après les principes posés ci-dessus que se déterminent les relations juridiques résultant des diverses espèces de servitudes. Ainsi, celui qui est tenu de supporter la charge d'un bâtiment du voisin, ou l'introduction d'une poutre du voisin dans sa propre paroi, ou le passage de la fumée du voisin dans sa propre cheminée, est tenu de concourir à l'entretien du mur de soutènement, de la colonne, de la paroi ou de la cheminée, à ce destinés; mais on ne saurait lui demander d'étayer le bâtiment dominant ou d'améliorer la cheminée du voisin » (§ 487).

1552. — Le Code pose ensuite les règles spéciales à chacune des servitudes les plus importantes (§§ 488 et s.).

1553. — *Droit de fenêtre.* — V. *infrà*, v° *Vues et jours*.

1554. — *Egout des toits.* — Celui qui a ce droit (*Dachtraufe*) peut laisser couler l'eau de pluie sur le toit du voisin, soit librement, soit par des tuyaux; il peut aussi exhausser son toit, mais à condition de prendre les mesures nécessaires pour ne pas aggraver la servitude. De même, il est tenu de faire enlever en temps utile les amas de neige et d'entretenir en bon état les gouttières et descentes (§ 489).

1555. — A l'inverse, le propriétaire d'un fonds peut avoir droit à l'eau de pluie provenant des toits du voisin (*Ableitung des Regenwassers*); il est tenu de supporter seul les dépenses relatives aux gouttières, descentes, réservoirs et autres installations que comporte l'exercice de ce droit (§ 490). S'il est nécessaire de faire des canaux ou des fossés, c'est à lui qu'en incombe l'établissement, et il est tenu de les faire curer et couvrir de façon à ne pas aggraver la servitude pour le voisin (§ 491).

1556. — *Passage.* — V. *suprà*, ce mot, n. 80 et s.

1557. — *Droit de puisage.* — Le droit de puiser de l'eau sur l'héritage d'autrui implique le droit d'accès nécessaire (§ 496).

1558. — *Droit de conduite d'eau.* — Celui qui a le droit d'amener de l'eau d'un fonds voisin sur son propre héritage ou de se débarrasser de ses eaux sur un fonds voisin (*Recht der Wasserleitung*) a, par là même, le droit de poser, à ses frais, les tuyaux, canaux et vannes nécessaires; l'importance de ces installations est déterminée par les besoins de l'héritage dominant (§ 497, L. 30 mai 1869, *R. G. B.*, n. 93, sur le régime des eaux).

1559. — *Droit de pacage.* — Quand, lors de l'acquisition de ce droit (*Weiderecht*), on n'a précisé ni l'espèce et le nombre des animaux, ni l'époque et la mesure de la jouissance, il convient tout d'abord, de protéger la paisible possession trentenaire. Dans les cas douteux, on se règle d'après les prescriptions suivantes : 1° sauf disposition légale contraire, le droit de pacage s'applique aux animaux des races chevaline, bovine et ovine, à l'exclusion des porcs, des oiseaux et, dans les régions boisées, des chèvres; le bétail malpropre, malsain ou étranger est absolument exclu du pâturage; 2° si le nombre des bêtes a varié dans les trente dernières années, on prend la moyenne du nombre admis dans les trois premières années; si l'on n'est pas exactement renseigné sur ce point, on tient un compte équitable de l'étendue et de la configuration du pâturage, et, tout au moins, on ne permet pas à l'ayant-droit de tenir sur le pâturage d'autrui plus de bêtes qu'il n'en pourrait nourrir pendant l'hiver avec le fourrage produit par l'héritage servant; on ne compte pas dans ce nombre les jeunes animaux qu'allaite encore la mère; 3° la durée du pacage est déterminée par les usages locaux; 4° le droit de pacage n'implique aucun autre droit, tel que celui de faucher de l'herbe, d'empêcher le propriétaire d'envoyer son propre bétail sur le pâturage, ou de porter atteinte à la substance même du fonds; s'il y a lieu de craindre quelque dommage, l'ayant-droit est tenu de faire garder ses bêtes par un pâtre (§§ 498 à 502).

1560. — *Autres servitudes.* — Les dispositions qui précèdent, relatives au droit de pacage, s'appliquent, par analogie, au droit de pêcher ou de chasser (*Treifung*), de couper du bois, de prendre des pierres, etc. (§ 503).

§ 3. *Belgique.*

1561. — La Belgique est régie, en matière de servitudes, par les dispositions du Code civil français.

§ 4. *Danemark.*

1562. — V. *infrà*, n. 1678 et s.

§ 5. *Espagne.*

1563. — I. *Des servitudes en général.* — Le Code civil de 1888-89 n'a pas conservé l'ancienne division des servitudes en rustiques et urbaines; il les étudie d'abord en général, puis comme servitudes légales et, enfin, comme servitudes volontaires (art. 530 et s.).

1564. — Dans la définition qu'il donne du droit, le Code pose en principe que la servitude est une charge imposée à un héritage au bénéfice d'un autre héritage appartenant à un propriétaire différent; mais, étendant la notion habituelle de la servitude, ainsi que l'ont déjà fait d'autres législations modernes (V. C. civ. zuric., § 239), il déclare (art. 531) que « des servitudes peuvent aussi être établies au profit d'une ou plusieurs personnes ou d'une communauté, non propriétaires du *fonds grevé* ». Ainsi que M. Lehr le démontre dans ses *Eléments de droit civil espagnol*, t. 2, p. 209, n. 2, ces deux derniers doivent être un *lapsus calami* pour « d'un fonds dominant ». Il est évident, en effet, que les propriétaires du fonds grevé ne peuvent avoir aucune servitude sur ce même fonds et qu'une servitude ne peut profiter qu'à des personnes non propriétaires de ce fonds. Ce qui est original et intéressant, c'est qu'une servitude puisse être établie, non pas nécessairement au profit d'un fonds dominant, mais de certaines personnes ou corporations qui, sans être propriétaires d'aucun héritage, peuvent avoir intérêt à la constitution d'un semblable droit. Tel est le cas d'une société de tir qui acquiert, comme telle, une servitude *altius non tollendi* sur les immeubles placés entre son *stand* et les cibles, encore qu'elle ne soit pas propriétaire du *stand* et n'ait aucun intérêt à rattacher le droit à cet immeuble même. Tel serait encore le cas où une corporation de marchands de bestiaux acquerrait, à titre de servitude, le droit de les abreuver à une source, sans prétendre rattacher cette prérogative à aucun immeuble déterminé. C'est ainsi que la question est entendue par le législateur zuricois, et il est probable que c'est également ainsi qu'elle doit être entendue en Espagne, nonobstant le texte ambigu de l'art. 531.

1565. — Les divisions retenues par le Code sont celles des servitudes en continues et discontinues, apparentes et non apparentes, positives et négatives, légales et volontaires (art. 532 à 536). Les trois premières, dont il donne les définitions habituelles, sont surtout importantes au point de vue du mode d'acquisition.

1566. — Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la prescription de vingt ans (art. 537); la prescription court, pour les servitudes positives, du jour où celui qui prétend au droit commence à l'exercer et, pour les négatives, du jour où il interdit au propriétaire du fonds servant un acte qui, sous la servitude, serait licite (art. 538). Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, qu'elles soient apparentes ou non, ne s'acquièrent que par titre — constitutif ou récognitif — ou par jugement (art. 539, 540). L'existence d'un signe apparent de servitude établi par le propriétaire de deux héritages vaut titre, en cas de vente de l'un de ces héritages, à moins que l'acte d'aliénation ne contienne une disposition contraire ou que le signe extérieur n'ait disparu avant la passation de l'acte (art. 541). Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user (art. 542).

1567. — Le propriétaire du fonds dominant peut faire, à ses frais, sur le fonds servant, les travaux nécessaires pour l'usage et la conservation de la servitude, mais à charge de ne pas la modifier, ni l'aggraver, et de choisir le moment qui incommodera le moins le propriétaire du fonds servant (art. 543). De son côté, le propriétaire du fonds ne peut rien faire qui entrave l'usage de la servitude; néanmoins, si la place où elle s'exerce et le mode

d'usage présentent pour lui de sérieux inconvénients, il peut les changer à ses frais à condition de ne causer par là au propriétaire du fonds dominant ni incommodité, ni dommage (art. 545).

1568. — Les servitudes s'éteignent : 1° lorsque le fonds dominant et le fonds servant sont réunis dans la même maison ; 2° par le non-usage pendant vingt ans ; 3° lorsque les choses sont en un état tel qu'on ne peut plus en user, sauf à revivre si, avant l'accomplissement de la prescription, les choses sont rétablies ; 4° par l'effet d'une renonciation ou d'un rachat (art. 546). Si le fonds dominant a plusieurs propriétaires, l'usage de la servitude fait par l'un empêche la prescription à l'égard des autres (art. 548).

1569. — II. *Servitudes légales.* — Les servitudes imposées par la loi ont pour objet l'utilité publique ou l'intérêt des particuliers. Les servitudes légales d'utilité publique sont régies, avant tout, par des lois et règlements spéciaux, et seulement subsidiairement par le Code; au contraire, les servitudes légales d'intérêt privé sont régies, avant tout, par le Code civil et peuvent être modifiées par convention, lorsque la loi ne le défend pas expressément et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour des tiers (art. 549 à 551).

1570 — Les principales servitudes légales sont relatives au régime des eaux; à diverses espèces de droits de passage; enfin, à des droits spéciaux de passage et d'abreuvage établis, d'ancienne date, en Espagne dans l'intérêt de l'industrie des troupeaux. — Pour les servitudes relatives aux eaux, V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 320 et s.; — pour tous les droits de passage ou d'abreuvage, V. *supra*, v^is^ *Enclave*, n. 260 et s., et *Passage*, n. 86 et s.

1571. — III. *Servitudes volontaires.* — Tout propriétaire peut établir sur son fonds les servitudes qu'il lui convient, suivant tel mode et en telle forme que bon lui semble, pourvu qu'il ne contrevienne ni aux lois, ni à l'ordre public (art. 594). Le nu propriétaire a le même droit, quant au fonds soumis à usufruit, à charge de ne pas porter préjudice à l'usufruitier (art. 595); le copropriétaire, au contraire, ne peut consentir une servitude que d'accord avec ses consorts, ou du moins ne lie que lui et ses ayants-cause (art. 597).

1572. — Les droits et obligations découlant de la servitude sont déterminés par le titre ou par la possession qui a servi de base à l'usucapion (art. 598). Le propriétaire du fonds servant peut toujours se libérer de ses obligations en abandonnant ce fonds au propriétaire de l'héritage dominant (art. 599). — V. Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, 1890, t. 2, n. 375 à 389.

1573. — Dans les art. 600 et s. du même chapitre, le Code traite, sous le nom de *communidad de pastos*, d'une servitude conventionnelle réciproque établie entre propriétaires de fonds voisins, pour le pacage de leurs troupeaux, sur l'ensemble des terres qu'ils jugent devoir affecter à cet usage. Le propriétaire qui enclot un de ses terrains d'un mur ou d'une haie le soustrait par là à l'exercice du droit de pâturage commun, tout en conservant son propre droit de pacage sur les terres non encloses. Au surplus, tout propriétaire de terres grevées de la servitude de pâturage peut racheter la charge à ceux qui en bénéficient, moyennant le paiement de sa valeur; sauf convention contraire, le prix de rachat est fixé sur la base de 4 p. 0/0 de la valeur annuelle des pâturages, telle qu'elle est déterminée par des experts.

§ 6. Grande-Bretagne.

1574. — I. *Angleterre.* — Les servitudes ou services fonciers portent, en droit anglais, le nom de *easements;* on les définit le droit sans *profit*, c'est-à-dire sans enrichissement ou gain direct, que le propriétaire d'un héritage possède sur l'héritage d'autrui. Les principales servitudes qualifiées *easements* sont celles de passage, de conduite d'eau, d'air et de jour, d'appui, etc. L'héritage dominant se nomme *dominant tenement;* l'héritage servant, *servient tenement.* La servitude est réputée n'exister qu'au profit du premier seul, d'où il suit que, si son propriétaire renonce à son droit, le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit de s'en plaindre.

1575. — Les servitudes peuvent s'acquérir, soit par une concession (*grant*) du propriétaire du fonds servant, soit par prescription. En vertu du *Prescription act* (2 et 3, Guill. IV, c. 71, § 2), le droit à une servitude d'eau ou de passage, résultant d'un usage immémorial (*custom*), d'une usucapion ou d'une concession expresse, ne peut être annulé (*is not to be defeated*) après vingt années d'exercice ou de jouissance, et, au bout de quarante ans, il est réputé absolu et inattaquable. Toutefois, le *Conveyancing and law of property act*, 1881 (44 et 45, Vict., c. 41, § 62), autorise celui qui accorde une servitude sur son fonds à en limiter expressément la durée. Le *Real property limitation act*, 1874 (37 et 38, Vict., c. 57), qui limite à douze ans l'action en revendication d'un immeuble, ne s'applique point aux servitudes; par suite, le fait d'avoir joui d'une servitude pendant douze ans ne donne pas nécessairement un droit contre le propriétaire de l'héritage servant. — *Every Man's own Lawyer*, 1897, p. 413.

1576. — Une servitude n'a, d'ailleurs, ce caractère qu'à la condition d'être exercée comme un droit, et non en vertu d'une simple permission sollicitée chaque fois; le seul fait de demander une permission interrompt l'usucapion, puisqu'il implique qu'on n'a point de droit positif. — *Tickle* c. *Brown*, 4 Ad. et Ell., 382; *Bright* c. *Walker*, 1 Cro., M. et R., 219.

1577. — Pour que l'usage immémorial puisse être invoqué, il faut qu'il soit certain, raisonnable en lui-même, réellement immémorial quant à ses débuts, et continué sans interruption; toutefois il a été jugé qu'un usage régulier, poursuivi pendant vingt ans sans contradiction, peut autoriser un jury à prononcer qu'il y a usage immémorial. — *Rogers* c. *Taylor*, 26 L. J. Ex., 203; *Jenkins* c. *Harvey*, 1 Cro., M. et R., 877.

1578. — En ce qui concerne les diverses espèces de servitude considérées isolément, V. *suprà*, v^is^ *Eaux*, n. 300 et s.; *Enclave*, n. 257; *Passage*, n. 88 et s. ; et *infrà*, v° *Vues et jours*.

1579. — *Haies, fossés, murs et clôtures mitoyens.* — Nous croyons devoir combler ici en quelques mots, d'après des documents dont nous ne disposions pas antérieurement, la lacune que nous avions laissée, pour le droit anglais, au mot *Mitoyenneté*.

1580. — Il est de règle générale, dans les districts ruraux, que la haie séparative de deux champs ou enclos appartient, à première vue, au propriétaire du champ du côté duquel il n'y a pas de fossé ; s'il n'y a de fossé d'aucun des deux côtés, la propriété de la haie doit être prouvée par l'accomplissement d'actes de propriété. — *Guy* c. *West*, 2 Sel., N. P. 1287. — S'il y a des fossés à droite et à gauche de la haie, elle appartient en commun aux deux propriétaires voisins : aucun d'eux ne peut l'arracher, et ils doivent contribuer par parts égales à son entretien; si d'après un ancien usage la charge d'entretien incombe à un seul des propriétaires, c'est à lui seul qu'elle est présumée appartenir. — *Voyce* c. *Voyce*, Gow, 201.

1581. — Le propriétaire qui veut creuser un fossé au bord de sa propriété n'a pas le droit d'empiéter sur le terrain du voisin, et, soit en creusant le fossé, soit en le curant, il doit rejeter la terre sur son propre fonds et former ainsi une banquette, sur laquelle il lui est loisible de planter une haie. — *Vowles* c. *Miller*, 3 Taunt., 137.

1582. — Quand on ignore l'origine d'un mur séparatif de deux héritages, il est réputé appartenir par moitié aux deux propriétaires; si une maison est séparée d'autres biens-fonds par un mur, le mur est réputé appartenir au propriétaire de la maison, et c'est à lui qu'en incombe l'entretie nou la séparation.— *Matts* c. *Hawkins*, 5, Taunt., 20; *Wiltshire* c. *Sidford*, 8 Barn. et Cress., 259 *n*.

1583. — Lorsque des arbres fruitiers étendent leurs branches au-dessus du fonds voisin, le propriétaire de l'arbre peut, avec la permission de ce voisin, pénétrer chez lui pour ramasser les fruits tombés; le voisin n'a, sauf usage contraire, personnellement aucun droit auxdits fruits; si, néanmoins, il refuse de les restituer au propriétaire de l'arbre ou de les lui laisser ramasser, ce dernier peut pénétrer chez lui sans permission, à condition de n'user d'aucune violence et de ne commettre aucun dégât. — *Every Man's own Lawyer*, 1897, p. 421.

1584. — A défaut de stipulation expresse, un propriétaire n'est pas tenu de tolérer que les racines des arbres du voisin pénètrent dans son sol ou que les branches surplombent : il a le droit de couper les unes et les autres, si vieilles qu'elles puissent être. — *Ib.*, p. 422; *Lemmon* c. *Webb*, 63 L. J. Ch. (1894), 570.

1585. — *Egout des toits.* — Lorsque le toit du voisin avance sur le fonds d'autrui, le propriétaire dudit fonds n'a pas besoin d'attendre qu'il tombe de l'eau de ce toit pour abattre la partie qui surplombe. — *Fay* c. *Prentice*, 1. C. et B., 828. — Mais les

auteurs estiment qu'il agit sagement en commençant par inviter le voisin à reculer lui-même son toit. Si la maison est construite depuis vingt ans, et qu'un droit de déverser les eaux pluviales sur le fonds contigu ait été dûment acquis, le propriétaire de ce fonds n'est plus libre de démolir le bas du toit. — *Every Man's own Lawyer*, p. 422; Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n. 599 et s.

1586. — II. *Ecosse.* — En Ecosse, les servitudes ont le même nom et se définissent de même qu'en France. On les y distingue souvent en naturelles, légales et conventionnelles; mais, dit Bell, dans ses *Principles of the law of Scotland*, n. 980, les servitudes naturelles, telles que l'obligation pour le fonds inférieur de recevoir les eaux découlant naturellement du fonds supérieur, ne sont pas à proprement parler des servitudes; les servitudes légales sont, à vrai dire, des règles de police édictées dans l'intérêt de la sécurité publique; et ne sont, en réalité, des servitudes que les conventionnelles, par lesquelles les droits normaux et légaux d'un propriétaire sont altérés ou modifiés au profit du propriétaire d'un autre héritage.

1587. — On admet également les divisions classiques des servitudes en continues et discontinues, apparentes et non apparentes, rurales et urbaines, positives et négatives. — Bell, n. 980 et s.

1588. — Elles sont toujours passives, en ce sens que le propriétaire du fonds servant est tenu de subir ou de ne pas faire, mais non de faire quelque chose. Le propriétaire du fonds dominant a toujours droit d'accès sur le fonds servant, dans la mesure où cela est indispensable pour maintenir ou exercer la servitude; mais, autrement, le propriétaire du fonds servant n'est limité dans l'exercice de ses droits que dans la stricte mesure requise pour que l'exercice de la servitude ne soit ni entravé, ni diminué.

1589. — Les servitudes positives sont constituées par un acte de concession exprès (*grant*) ou par une possession claire, non équivoque et ininterrompue de quarante ans. Les négatives ne peuvent l'être que par un acte de concession; car, ne comportant point de possession, elles ne peuvent être usucapées.

1590. — Les servitudes s'éteignent : 1° par le changement des circonstances qui les avaient rendues nécessaires, sauf à renaître si les choses sont remises dans le *statu quo ante*; 2° par la confusion de la qualité du propriétaire du fonds servant avec celle de propriétaire du fonds dominant; 3° par la renonciation du propriétaire du fonds dominant; 4° par le non-usage pendant le temps requis pour la prescription. — Bell, n. 984 à 999.

1591. — Les principales servitudes urbaines mentionnées par les jurisconsultes écossais sont : 1° la servitude *oneris ferendi;* 2° la servitude *tigni immittendi;* 3° l'égout des toits; 4° les servitudes de jour et de vue; 5° les servitudes de ne pas bâtir et *altius non tollendi.* — Bell, n. 1000 à 1008.

1592. — Les principales servitudes rurales sont : 1° les droits de passage (V. *suprà*, v° *Passage*, n. 93 et s.); 2° la servitude d'abreuvage (*aquæ haustus*); 3° la servitude d'aqueduc; 4° le droit de pâture; 5° le droit de prendre sur le fonds d'autrui de la tourbe ou d'autres combustibles; 6° le droit d'y prendre des matériaux de construction. — Bell, n. 1009 à 1015.

§ 7. *Italie.*

1593. — Le Code civil italien, si dans certaines parties il a traité la matière des servitudes, notamment tout ce qui touche aux eaux, avec une incontestable supériorité, est resté dans ses grandes lignes en harmonie complète avec le Code civil français et en a reproduit textuellement un grand nombre d'articles. Il a seulement supprimé la division un peu arbitraire des servitudes légales en servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux et en servitudes établies par la loi.

1594. — I. *Servitudes légales.* — V. tout d'abord *suprà*, v^{is} *Eaux*, n. 335 et s., et *Mitoyenneté*, n. 263 et s., où sont analysés les art. 536 à 569, C. civ. ital.

1595. — a) *Distance et ouvrages intermédiaires.* — Les art. 570 à 578, relatifs à la distance et aux ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions, excavations et plantations, correspondent à l'art. 674, C. civ. fr., mais avec des développements qu'il est utile de résumer ici; ils ont été essentiellement empruntés au Code albertin.

1596. — Celui qui veut bâtir une maison ou même un simple mur de clôture peut le faire sur la limite de sa propriété, sauf la faculté pour le voisin de rendre le mur mitoyen; lors même qu'on ne bâtit pas sur la limite, si on ne laisse pas la distance d'au moins 1^{m},50, le voisin peut réclamer la mitoyenneté du mur; s'il n'use pas de cette faculté, il doit ne bâtir qu'à la distance de 3^{m} du mur existant (art. 570 à 572).

1597. — Celui qui veut ouvrir un puits d'eau vive, une citerne, un cloaque, une fosse d'aisances ou de fumier, près d'un mur d'autrui ou mitoyen, doit, sauf les règlements locaux contraires, conserver une distance de 2^{m} entre la limite de la propriété voisine et le point le plus voisin du périmètre intérieur du puits, de la citerne, etc. Quant aux conduits de latrines, d'évier, ou à ceux qui sont destinés à recueillir l'eau des toits ou l'eau amenée au moyen de pompes, la distance doit être d'au moins 1^{m} à partir de la ligne séparative des héritages. Si, malgré l'observation de ces distances, il résulte des travaux un dommage pour le voisin, les distances doivent être augmentées, et il y a lieu de faire les travaux requis pour réparer et maintenir en état la propriété de voisin (art. 573).

1598. — Nous avons fait connaître *suprà*, v° *Mitoyenneté*, n. 903 et s., les règles relatives à d'autres distances à observer.

1599. — En principe, on ne peut creuser des fossés ou canaux qu'en laissant, à partir de l'héritage d'autrui, une distance égale à leur profondeur et mesurée à partir de la crète du fossé ou canal; de plus, le bord doit être incliné en talus, et à défaut de talus, muni de travaux de soutènement. Si le fossé ou canal est creusé à proximité d'un mur mitoyen, il n'est pas nécessaire d'observer ladite distance; mais on doit faire les travaux propres à empêcher tout dommage (art. 575 à 577). L'art. 578 contient des prescriptions analogues en matière de captation de sources, d'établissement de réservoirs ou de conduites d'eau vive; en cas de contestation entre les voisins, l'autorité judiciaire doit chercher la solution la plus équitable.

1600. — Les règles relatives aux arbres et plantations et aux vues et jours sont développées aux art. 579 et s. — V. *suprà*, v° *Arbres*, n. 306 et s., et, *infrà*, v° *Vues et jours.*

1601. — b) *Egout des toits.* — L'art. 591 est la traduction de l'art. 681, C. civ. fr.

1602. — c) *Droits de passage d'aqueduc.* — Les art. 592 et s., relatifs à divers droits de passage, correspondent aux art. 682 et s., C. civ. fr. Nous avons déjà indiqué *suprà*, v° *Enclave*, n. 263 et s., les règles du passage pour cause d'enclave. Mais le Code italien a maintenu, en outre, la servitude d'échellage supprimée en France : « 592. Tout propriétaire doit permettre l'accès et le passage sur son fonds, toutes les fois que la nécessité en est reconnue, pour construire ou réparer un mur ou un autre ouvrage appartenant au voisin ou même commun ».

1603. — Enfin, le Code italien pose, aux art. 598 à 615, de très-longues règles sur le passage à donner sur son fonds aux eaux provenant d'autres héritages; nous ne croyons pas devoir entrer ici dans ces détails, empruntés au Code albertin et reproduits, depuis, en grande partie dans le Code civil espagnol et dans divers Codes hispano-américains.

1604. — II. *Servitudes établies par le fait de l'homme.* — a) *Dispositions générales.* — De même qu'en France, les servitudes ne peuvent être établies que sur un fonds et pour un fonds; on n'a pas voulu admettre qu'elles le fussent au profit d'une personne ou d'une corporation indépendamment des biens qu'elle posséderait (art. 616).

1605. — Les servitudes sont continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes. Le Code spécifie expressément que la servitude de prise d'eau au moyen d'un canal ou autre ouvrage visible et permanent est continue et apparente, encore qu'elle ne s'exerce que par intervalles ou par tours de jours ou d'heures (*per ruota*) (art. 619). Les articles suivants posent les règles de l'usage de ces eaux d'irrigation dont les ayants-droit jouissent à tour de rôle (art. 620 à 627). D'après l'art. 628, celui qui a le droit de se servir de l'eau comme force motrice ne peut, sans une disposition expresse de son titre, en arrêter ou en ralentir le cours en occasionnant un débordement ou une stagnation.

1606. — b) *Mode d'établissement.* — Pour l'établissement des servitudes continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes, les art. 629, 630, 632 à 634, reproduisent les règles des art. 690 à 695, C. civ. fr.

1607. — Pour les servitudes affirmatives, la possession utile quant à la prescription court du jour où le propriétaire du fonds

dominant a commencé à les exercer; pour les négatives, du jour où il a formellement interdit au propriétaire du fonds servant un acte contraire à la servitude (art. 631).

1608. — Le propriétaire peut, sans le consentement de l'usufruitier, imposer au fonds les servitudes qui ne préjudicient pas au droit d'usufruit; avec son assentiment, il peut y établir même celles qui le diminuent (art. 635).

1609. — La servitude concédée par l'un des copropriétaires d'un fonds indivis n'est réputée établie et réellement efficace que lorsque les autres l'ont également concédée, ensemble ou séparément; elle reste en suspens jusqu'à ce moment; mais la concession n'en oblige pas moins immédiatement celui qui l'a faite, ses successeurs et ayants-cause, et les empêche de s'opposer à l'exercice du droit concédé (art. 636).

1610. — c) *Mode d'exercice.* — Le droit de servitude comprend tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi, la servitude de puisage comprend le droit de passage sur le fonds où la fontaine se trouve; le droit de faire passer des eaux à travers le fonds d'autrui comprend celui de passer le long du canal pour surveiller la conduite des eaux et d'y faire les curages et réparations nécessaires; dans le cas où le fonds viendrait à être clos, le propriétaire est tenu d'en laisser, pour l'objet indiqué, l'entrée libre et commode à celui qui exerce la servitude (art. 639).

1611. — Celui à qui une servitude est due est tenu, en faisant les ouvrages nécessaires pour en user et la conserver, de choisir le temps et le mode convenables afin d'occasionner le moins d'incommodité au propriétaire du fonds servant; ces ouvrages doivent être faits à ses frais, sauf clause contraire dans le titre; mais, lorsque l'usage de la chose dans la partie sujette à servitude est commun entre le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant, les ouvrages sont faits en commun et à proportion des avantages respectifs. Dans la servitude de prise et de conduite d'eau, le propriétaire du fonds servant peut toujours, sauf clause contraire, exiger que le réservoir soit maintenu convenablement nettoyé et que les bords en soient réparés, aux frais du propriétaire du fonds dominant (art. 640 à 642).

1612. — Les art. 643 à 646 sont la traduction à peu près littérale des art. 699 à 702, C. civ. fr.; seulement l'art. 645 contient un alinéa supplémentaire, en vertu duquel le propriétaire du fonds dominant peut également demander le changement de l'endroit où s'exerce la servitude, s'il prouve qu'il y trouverait un notable avantage sans nul préjudice pour le fonds servant.

1613. — Dans le doute sur l'étendue de la servitude, son exercice doit se limiter à ce qui est nécessaire à la destination et à l'usage convenable du fonds dominant, en causant le moindre dommage au fonds servant (art. 647).

1614. — Les art. 648 à 661 sont spéciaux à l'usage des eaux; nous ne croyons pas devoir les analyser ici.

1615. — d) *Modes d'extinction.* — Les art. 662, 663, 664, reproduisent les art. 703, 704, 705, C. civ. fr.

1616. — D'après l'art. 665, les servitudes acquises par le mari au profit du fonds dotal et par l'emphytéote au profit du fonds emphytéotique ne cessent pas par la dissolution du mariage ou par l'extinction de l'emphytéose; sont, au contraire, éteintes les servitudes établies par ces personnes sur lesdits fonds.

1617. — Les art. 666, 667 et 668, reproduisent les art. 706, 707, 708, C. fr.

1618. — L'existence des vestiges d'ouvrages ayant servi à une prise d'eau n'empêche pas la prescription; pour l'empêcher, il faut que les ouvrages aient été maintenus en état de service (art. 669).

1619. — L'exercice d'une servitude dans un temps autre que le temps fixé par la convention ou la possession n'empêche pas la prescription (art. 670).

1620. — Les art. 671, 672 reproduisent le sens des art. 709 et 710, C. fr.

§ 8. *Montenegro.*

1621. — Le *Code des biens* de la principauté traite des servitudes, *sensu lato*, sous la double rubrique des rapports de voisinage et des servitudes proprement dites. Les rapports de voisinage (*ugodba*) et les droits qui en découlent pour les propriétaires voisins dérivent de la situation et des besoins réciproques que, par lui-même, le voisinage crée entre eux : la loi, conciliant leurs intérêts en vue du bon ordre et de l'utilité réciproque, impose à l'un pour l'utilité de l'autre, une gêne, une restriction, une limitation d'un droit que, sans cela, il pourrait exercer dans toute son étendue (art. 850). La servitude de voisinage (*poslujyé*), analogue au rapport de voisinage, impose à tout propriétaire d'héritage certaines restrictions à son droit normal de propriété, en l'obligeant à tolérer sur son fonds certains actes de ce voisin ou en lui interdisant de faire sur son propre fonds certains actes que, sans cela, il pourrait librement accomplir; la principale différence, dit le Code, entre le rapport de voisinage et la servitude consiste en ce que le premier est établi par la loi même, encore qu'aucune disposition ni entente ne soit intervenue entre les voisins, tandis que, au contraire, l'établissement de la servitude est, en général, l'œuvre non de la loi, mais des parties (art. 851). Cela revient à dire que, sous des noms différents, la législation monténégrine reconnaît, comme la législation française, d'une part, les servitudes dérivant de la situation des lieux ou établies par la loi, d'autre part, les servitudes établies par le fait de l'homme.

1622. — I. *Rapports de voisinage.* — La plupart des dispositions du Code relatives à ces rapports ont déjà été analysées, *suprà*, aux mots *Eaux*, n. 345 et s., *Enclave*, n. 266, 267, *Mitoyenneté*, n. 915, 916, *Passage*, n. 96. Il nous reste quelques mots à dire sur le *Bornage*, les *Arbres*, et les règles à observer pour certains travaux, les articles correspondants du *Répertoire* ayant paru avant la publication du *Code des biens* en français.

1623. — a) *Bornage.* — S'il n'y a pas de borne apparente ou si les bornes ne sont pas à leur place, tout propriétaire a le droit d'exiger de ses voisins le placement de bornes là où il le faut; les frais de bornage sont supportés par tous les voisins, « chacun en droit soi », à moins que le travail n'ait été rendu nécessaire par la faute de quelques-uns d'entre eux, lesquels supportent alors seuls les frais (art. 110).

1624. — b) *Arbres.* — Tout voisin peut demander au propriétaire d'un arbre dont les branches avancent sur son fonds, de les faire disparaître dans le délai de huit jours, sous peine que le travail soit fait, sur l'ordre du juge, aux frais dudit propriétaire; le Code prévoit pour les oliviers une exception à cette règle (art. 111). Si le voisin tolère les branches, il peut en cueillir les fruits; mais, pour les oliviers, il n'a, sauf convention contraire, le droit ni de les cueillir, ni de les ramasser, et doit laisser le propriétaire de l'arbre libre de le faire (art. 112).

1625. — Quand les racines d'un arbre pénètrent dans le fonds du voisin, celui-ci peut les couper si, son héritage étant cultivé, elles nuisent à la culture; au cas contraire, il n'en a pas le droit (art. 114).

1626. — c) *Travaux divers.* — L'art. 136 du Code consacre le droit d'échellage, tout en reconnaissant au propriétaire dont le fonds a été utilisé à ces fins la faculté de demander, dans les six mois à partir de l'achèvement des travaux, une indemnité pour le dommage qu'il peut avoir subi (art. 137).

1627. — Quand on veut construire une étable, une fosse à fumier, des latrines, ou faire telles autres installations incommodes ou insalubres, on est tenu de les éloigner ou de les disposer à dire d'experts; ceux-ci devant, autant que possible, éviter de causer au constructeur un trop grand préjudice par leurs exigences (art. 138).

1628. — Quand un bâtiment menace ruine, les propriétaires voisins peuvent, si l'autorité ne prend pas d'office les mesures imposées par la sécurité publique, demander au tribunal d'imposer lesdites mesures au propriétaire de ce bâtiment et de leur allouer, en attendant, à eux-mêmes, une garantie convenable (art. 140).

1629. — d) *Règles communes à tous les rapports de voisinage.* — Les voisins sont tenus, pour tirer de leurs biens le meilleur parti, d'exercer leur droit de propriété de manière à ne se causer entre eux ni trouble, ni dommage, et quand la loi leur accorde un droit sur le fonds d'autrui, de restreindre le moins possible, tout en donnant satisfaction à leurs propres besoins, la liberté de la propriété voisine (art. 141, 142).

1630. — II. *Servitudes.* — Outre les servitudes légales de voisinage que la loi établit elle-même à raison de la situation des héritages, les voisins peuvent convenir entre eux que le propriétaire d'un héritage aura certains droits de servitude sur l'héritage voisin, par exemple : qu'il pourra passer par la cour du voisin, faire passer sa fumée par la cheminée du voisin, s'opposer à ce que le voisin surélève sa maison de façon à lui enlever la vue.

La servitude est et reste attachée aux deux fonds, avec le caractère propre aux droits réels, quel que soit le nombre des propriétaires qui se succèdent, soit sur le fonds dominant, soit sur le fonds servant. Toutefois la servitude de voisinage peut, par exception, n'être constituée qu'au profit d'une personne déterminée, à charge par le propriétaire du fonds servant qui allègue ce fait de le prouver (art. 144, 852).

1631. — a) *Acquisition des servitudes.* — Une servitude négative, si elle est acquise par contrat, n'a son plein effet légal qu'après homologation du tribunal. L'acquisition des servitudes positives n'est pas subordonnée à cette homologation (art. 146).

1632. — Toute servitude peut être acquise par la prescription après quinze années d'une possession ininterrompue, de bonne foi, ayant un caractère légal; si l'on ignore sur quel fondement elle a pris naissance, la possession de bonne foi doit avoir duré trente ans (art. 147).

1633. — b) *Mode d'exercice.* — Celui qui possède un droit de servitude doit, sans rien abdiquer de son droit, en user de façon à le rendre le moins onéreux possible pour le propriétaire du fonds servant. Si, moyennant un changement dans l'endroit où s'exerce la servitude, la charge peut devenir moins lourde pour ce dernier sans que le propriétaire du fonds dominant en soit aucunement lésé, celui-ci n'a pas le droit de s'opposer au changement; mais le propriétaire du fonds servant ne peut faire, de son chef, aucun changement de nature à nuire au droit du fonds dominant. Le propriétaire du fonds dominant ne peut non plus, par sa seule volonté, opérer des changements qui augmenteraient ses besoins et, par suite, aggraveraient la servitude (art. 148, 149).

1634. — Quiconque a un droit de servitude doit supporter toutes les dépenses qui en sont la conséquence (l'entretien des chemins, le curage des conduites d'eau, etc.); si le propriétaire du fonds servant se sert de la chose ou des ouvrages qui nécessitent ces dépenses, il en supporte une part proportionnelle (art. 150).

1635. — Quand il y a doute sur l'étendue d'une servitude, elle est toujours présumée être la moins lourde possible pour le fonds servant, eu égard aux besoins du fonds dominant appréciés équitablement; en général, il y a présomption que la servitude est aussi restreinte que possible (art. 151, 856, 858).

1636. — Le propriétaire du fonds grevé demeure libre de concéder à un tiers une servitude pareille, sous la seule réserve que cette concession ne porte aucune atteinte aux droits acquis antérieurement (art. 152).

1637. — Le droit de servitude reste entier pendant toute sa durée. En conséquence, si le fonds dominant ou le fonds servant est partagé, tout ce qui concerne la servitude reste dans le même état, à moins que, à raison de la nature de la servitude, une partie du fonds servant n'ait été libérée par le partage sans préjudice pour le fonds dominant (art. 153).

1638. — c) *Extinction des servitudes.* — Le droit de servitude prend fin : 1° par la confusion sur une même tête des qualités de propriétaire des deux fonds, dominant et servant (art. 860); 2° par le non-usage pendant vingt ans, comptés depuis le moment où, suivant la nature de la servitude, l'ayant-droit avait l'occasion de l'exercer et ne l'a pas fait, ou du jour où les ouvrages extérieurs servant à l'exercice de la servitude ont été enlevés du fonds servant (*usucapio libertatis, odrjay slobodé*) (art. 154, 861).

1639. — Quand une servitude a pris fin par la disparition totale ou partielle du fonds dominant ou servant, elle revit de plein droit si, avant l'expiration d'un délai de vingt ans, les choses sont remises en leur état antérieur (art. 155).

§ 9. *Norvège.*

1640. — V. *infrà*, n. 1678 et s.

§ 10. *Pays-Bas.*

1641. — Bien que le Code civil néerlandais ait réparti ce que le Code français comprend dans le titre *Des servitudes* entre deux titres distincts : *Des droits et obligations de voisinage* et *Des servitudes*, ses dispositions présentent la plus grande analogie avec le droit français; car, en réalité, le premier de ces deux titres traite des « servitudes » dérivant de la situation des lieux ou établies par la loi, le second [illegible] la théorie des servitudes [illegible].

1642. — [illegible] — Les règles posées dans le titre [illegible] ont déjà été presque toutes [illegible] *Bornage*, n. [illegible]; *Clôture*, n. 186; *Egout*, n. 154 et s.; *Enclave*, n. 265 et s.; *Mitoyenneté*, n. 917 et s.; [illegible] Nous n'avons à ajouter ici que quelques brèves indications sur les vues et jours, sur le droit d'échelage, sur l'égout des toits, sur l'entretien des fosses ou citernes communes, sur les plantations.

1643. — a) *Vues et jours.* — Les art. [illegible], sont la traduction à peu près littérale des art. [illegible] et s., C. civ. fr.

1644. — b) *Egout des toits.* — L'art. 700 reproduit l'art. 681, C. civ. fr.; l'art. 701 ajoute que l'on ne peut [illegible] ou immondices par les égouts de l'héritage d'autrui, à moins d'en avoir expressément acquis le droit.

1645. — c) *Droit d'échelage.* — Lorsque, pour [illegible] bâtiment, il est nécessaire de dresser un échafaudage sur le fonds du voisin ou d'y faire passer des matériaux, le propriétaire dudit fonds est tenu de le souffrir, sauf indemnité, s'il y a lieu (art. 699).

1646. — d) *Entretien des fosses ou citernes communes.* — Lorsque des citernes, puits, fosses d'aisances, conduites d'eaux, égouts et autres installations semblables sont communs entre des héritages voisins, l'entretien en incombe à tous les propriétaires conjointement; la vidange des fosses d'aisances communes doit être faite en passant alternativement sur chacun des héritages (art. 704, 705).

1647. — e) *Arbres et plantations.* — Les art. 713 et 714 reproduisent dans leur essence les dispositions des art. 671 et 672, C. civ. fr.

1648. — II. *Servitudes proprement dites.* — L'art. 721 reproduit l'art. 637, C. civ. fr., mais y ajoute que la servitude ne peut être imposée à une personne, ni en faveur d'une personne; d'autre part, elle consiste à souffrir ou à ne pas faire une chose (art. 722).

1649. — Les art. 724 à 734 sont consacrés à des définitions, correspondantes aux définitions classiques en la matière.

1650. — a) *Etablissement des servitudes.* — « Les servitudes s'établissent par titre ou par prescription; le titre constitutif doit être transcrit sur les registres publics à ce destinés » (art. 742, 743). Les art. 744 et s. correspondent aux art. 690 et s., C. civ. fr.; d'après l'art. 749, un des copropriétaires d'un fonds peut, par son fait et à l'insu des autres, acquérir une servitude en faveur de l'héritage commun.

1651. — b) *Mode d'exercice.* — Les art. 735 à 740 correspondent, avec des changements de rédaction sans importance, aux art. 693 et s., C. civ. fr.; en cas de morcellement de l'héritage servant, chaque parcelle demeure grevée de la servitude, en tant que cela est nécessaire pour l'exercer (art. 741).

1652. — c) *Extinction des servitudes.* — Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user; si l'héritage servant ou l'héritage dominant n'est pas entièrement perdu ou détruit, la servitude subsiste selon que le comporte la situation des héritages (art. 750, 751).

1653. — Les art. 752 à 757 reproduisent presque textuellement les art. 704 et s., C. civ. fr.; l'art. 755 précise seulement que, si l'héritage dominant a été mis dans un état qui rend impossible l'exercice de la servitude, la prescription est acquise par le seul laps de trente ans, à compter du moment où cet héritage a pu être rétabli de manière à rendre possible ledit exercice.

§ 11. *Portugal.*

1654. — I. *Servitudes établies par le fait de l'homme.* — Les servitudes continues et apparentes peuvent être établies par tous les modes d'acquisition reconnus dans le Code; les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues le peuvent être également, sauf par prescription (C. civ. port., art. 2272, 2273). L'art. 2274 reproduit la disposition de l'art. 694, C. civ. fr.; en général, les diverses règles posées par le Code portugais relativement à ces servitudes, à leur mode d'exercice et à leur extinction, correspondent exactement à celles du droit français dans les art. 701, 705 à 710, C. civ.

1655. — II. *Servitudes dérivant de la nature des choses ou de la loi.* — Le Code portugais traite, sous cette rubrique (art. 2282 et s.), de l'obligation pour le fonds inférieur de recevoir les

eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (V. *suprà*, v° *Eaux*, n. 356 et s.) et renvoie pour les autres servitudes communément rangées dans cette classe à cinq autres parties du Code; nous en avons nous-mêmes exposé les règles, *suprà*, v^is *Arbres*, n. 313 et s.; *Bornage*, n. 376 et s.; *Cloture*, n. 187; *Enclave*, n. 272; *Mitoyenneté*, n. 928 et s.

1656. — Tout propriétaire qui bâtit à la limite extrême de son terrain ne peut y ouvrir aucune fenêtre, ni y faire aucune terrasse ou balcon donnant des vues droites sur le fonds du voisin, sans laisser un intervalle de 1^m,50 entre les deux héritages; cette disposition ne s'étend pas aux lucarnes, aux petites ouvertures, ni aux simples jours, mais ces jours ne se prescrivent pas contre le voisin, lequel peut toujours élever sa maison ou son mur à son gré, même en bouchant ces ouvertures. La regle qui précède n'est pas applicable aux fonds séparés par un sentier, un chemin, une rue, un passage, une ruelle ou toute autre voie publique (art. 2325, 2326).

1657. — Le propriétaire doit construire de façon que le bord de sa toiture n'égoutte pas les eaux sur le fonds voisin, en laissant pour le moins un intervalle de 0^m,50 entre ce bord et le fonds voisin, s'il ne peut s'y prendre autrement pour éviter l'égout du toit (art. 232).

§ 12. *Roumanie.*

1658. — Le titre du Code civil roumain relatif aux servitudes est une traduction littérale des art. 637 à 710, C. civ. fr. Les seuls articles de ce dernier Code que le législateur roumain ait laissés de côté sont les art. 638, 664, 676, 677, et l'al. 2 de l'art. 691.

§ 13. *Russie.*

1659. — Les *Lois civiles* (*Svod*, t. 10, 1re partie) traitent, non pas sous la rubrique des *Servitudes*, mais à propos des restrictions au droit de jouir qui est l'une des prérogatives du droit de propriété, des limitations à ce droit imposées réciproquement à tout propriétaire à l'égard de ses voisins, sans qu'il y ait ni fonds dominant, ni fonds servant puisque, à ce point de vue, tout fonds est à la fois dominant et servant : chaque propriétaire subit respectivement les mêmes entraves et se trouve au bénéfice des mêmes droits vis-à-vis de ses voisins; son droit de jouissance, inhérent au droit de propriété, est simplement limité par la nature des choses, en vertu de considérations d'ordre public ou d'intérêt privé qui ne permettent pas de lui laisser toute son étendue théorique.

1660. — I. *Restrictions au droit de jouir.* — a) *Dans l'intérêt général.* — Les restrictions imposées aux propriétaires dans l'intérêt général sont moins du domaine du droit civil que de droit administratif. Telles sont les prohibitions et obligations relatives à l'alignement et à la hauteur des constructions, à la réparation ou démolition des bâtiments menaçant ruine; à l'établissement de manufactures, usines et ateliers dangereux, insalubres ou incommodes; à la construction des fosses d'aisances, des cheminées, des fours, etc.

1661. — D'autre part, des lois spéciales interdisent aux propriétaires de détruire les restes de vieux châteaux, de fortifications, de constructions ou d'autres monuments du passé qui se trouvent sur leurs fonds, et les obligent même à réparer ou étayer ce dont on peut prévenir l'écroulement (Lois russes des 31 déc. 1826, 14 déc. 1827, 14 févr. 1848; C. balt., §§ 980, 981).

1662. — b) *Dans l'intérêt réciproque des voisins.* — Parmi les restrictions imposées dans l'intérêt réciproque des voisins, nous citerons les suivantes, empruntées aux *Lois civiles* et au Code baltique, en rappelant qu'en ces matières le Code civil français est encore en vigueur en Pologne.

1663. — 1° Tout propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son propre fonds; il ne peut les faire verser sur l'héritage du voisin (*Lois civiles*, art. 445-3°). Peu importe que la pente donnée au toit ne soit pas directement nuisible au voisin et, par exemple, de nature à le gêner dans les constructions qu'il voudrait entreprendre plus tard : il a un droit d'opposition absolu et n'a pas besoin de justifier d'un préjudice immédiat ou éventuel. — Dép. civ. de cass., 1872, n. 1009.

1664. — 2° En ce qui concerne les vues, jours et autres ouvertures sur le fonds du voisin, V. *infrà*, v° *Vues et jours*.

1665. — 3° Le Code baltique, comme le Code français en vigueur en Pologne, contient des dispositions sur la distance à observer pour la plantation d'arbres et sur le droit du propriétaire voisin quant aux arbres plantés trop près (V. C. balt., § 1007 et s.). Les *Lois civiles* russes sont muettes sur ce point : la terre étant beaucoup moins morcelée et la population moins dense, on n'aura pas éprouvé le besoin de réglementer les droits respectifs des voisins auxquels des plantes, même fort proches de la ligne séparative de leurs héritages, ne peuvent causer, dans ces conditions économiques, qu'un préjudice insignifiant.

1666. — 4° Il en est autrement des ouvrages qui sont de nature à compromettre la sécurité du voisin; les diverses législations de l'Empire renferment des dispositions précises sur les précautions à prendre ou sur les droits respectifs des intéressés. D'après les *Lois civiles*, le propriétaire d'une maison a le droit d'exiger que le voisin n'appuie pas contre le mur séparatif un four ou un fourneau de cuisine, qu'il ne fasse point couler d'eau et qu'il ne dépose point d'immondices le long des murs de ladite maison ou de la cour adjacente (art. 445-1° et 2°; V. C. balt., §§ 988 et s.; C. Nap., art. 674).

1667. — II. *Servitudes proprement dites.* — Les *Lois civiles* contiennent un certain nombre de dispositions sur quelques servitudes réelles considérées isolément; mais elles n'offrent point une théorie complète et détaillée de la matière, et l'on ne trouve un ensemble de règles nettement coordonnées que dans le Code baltique, directement inspiré à cet égard par le droit romain, et dans le Code Napoléon demeuré en vigueur en Pologne. Il nous paraît peu utile de nous arrêter à ces deux dernières législations locales, puisqu'elles ne présentent aucune particularité intéressante; nous nous bornerons à analyser les quinze ou vingt articles des *Lois civiles*.

1668. — a) *Servitudes établies par la loi.* — Ces servitudes sont d'utilité publique (*obchtchéé*) ou d'intérêt privé (*tchasnoé*), suivant qu'elles sont constituées au profit de tout le monde ou seulement d'un fonds spécialement déterminé (art. 433).

1669. — Les servitudes d'utilité publique dont s'occupe le *Svod* sont les droits de passage sur les routes et de pacage, ainsi que les servitudes relatives aux chemins de halage le long des lacs ou cours d'eau et à l'interdiction de faire sur les rivières navigables ou flottables des établissements ou constructions gênantes. En dehors de ces cas, un propriétaire ne doit jamais être présumé avoir renoncé à la plénitude de ses droits; encore qu'il ait pendant plus ou moins longtemps laissé au public la jouissance d'une partie de son immeuble, il reste libre de retirer sa concession ou d'utiliser le terrain à son profit exclusif (Arr. du dép. civ. de cass., 1870, n. 1196.

1670. — Toute personne a le droit de passer librement à pied, à cheval ou en voiture sur les routes et de naviguer sur les cours d'eau qui le comportent; les propriétaires des terres que traversent ces routes ou ces cours d'eau ne peuvent mettre aucun obstacle à ce droit (art. 434). La loi exige même que l'herbe poussant sur les bas côtés des routes et des chemins soit réservée aux bestiaux qui y passent; les propriétaires bordiers ne peuvent ni la faucher, ni la faire brouter par leurs propres bêtes. Et, afin que les animaux passant sur le chemin ne risquent pas de dépasser la bande herbeuse qui leur est réservée et d'endommager les prés et les champs des propriétaires bordiers, ceux-ci sont tenus de s'enclore aux endroits où, à raison de la proximité des cultures, des dégâts pourraient être commis (art. 435).

1671. — Le long des cours d'eau navigables ou flottables, les riverains sont tenus de ménager un espace libre suffisant pour les besoins du halage ou du flottage (art. 437). Les règles spéciales sur cette servitude, ainsi que sur les constructions, fossés ou palissades touchant à une voie ferrée, sont contenues dans les lois sur les voies et communications (art. 358 à 390). Toutefois les *Lois civiles* imposent aux riverains l'obligation : 1° de ne pas établir de moulins, digues ou barrages susceptibles d'entraver la marche des bateaux; 2° de permettre aux bateliers de circuler librement pour les besoins de la navigation; 3° d'accorder aux bateaux la faculté de s'arrêter, d'aborder et de débarquer des marchandises sur un espace déterminé, sans indemnité (art. 438); 4° en cas de baisse extrême des eaux, d'ouvrir, sur la réquisition de l'autorité compétente, les écluses qu'ils peuvent avoir construites pour le service de moulins et d'usines (art. 439); 5° de n'établir, sur des cours d'eau navigables ou flottables, que des bacs, des ponts mobiles ou des ponts solidement construits sur piles ou autrement, à l'exclusion des passerelles ou ponts sur pilotis qui entraveraient le flottage et risqueraient d'être entraînés au moindre choc (art. 440).

1672. — Les propriétaires des bords des lacs qui n'y ont pas seuls le droit de pêche, mais qui partagent ce droit, soit avec tout le monde, soit avec certaines personnes spécialement déterminées, sont tenus de laisser le long de l'eau, un espace libre de dix sajènes (21^{m},33), sur lequel les ayants-droit puissent circuler et faire sécher leurs filets (art. 441). Cet espace continue, du reste, à appartenir aux propriétaires des immeubles riverains, et les pêcheurs ne pourraient le faire servir à d'autres usages. — *Recueil des arrêts du Sénat*, t. 2, n. 509. — Sur les bords de la mer Caspienne, où, en vertu d'une loi du 15 mai 1865, la pêche est absolument libre, à l'exception de certaines régions expressément réservées, les francs-bords doivent avoir une verste de largeur, à l'usage des pêcheurs et bateliers.

1673. — Les servitudes légales d'utilité privée dont les *Lois civiles* traitent sous ce nom sont les droits des riverains d'un cours d'eau par rapport aux riverains placés en aval et le droit de passage pour cause d'enclave. — V. *suprà*, v[is] *Eaux*, n. 371 et s., *Enclave*, n. 274 et s.

1674. — b) *Servitudes établies par le fait de l'homme.* — Les *Lois civiles* s'occupent essentiellement sous cette rubrique des servitudes d'affouage, de maronage, de pêche et de chasse; à défaut de règles spéciales posées par les actes constitutifs, ces servitudes sont soumises aux dispositions suivantes (art. 452).

1675. — Les servitudes d'affouage et de maronage peuvent s'exercer sur des forêts de l'Etat ou sur des forêts appartenant à des particuliers, lorsqu'elles ont été légalement constituées et qu'il n'est pas intervenu d'arrangement entre les intéressés pour y mettre un terme. L'exercice en est strictement limité aux besoins du fonds dominant; le propriétaire de ce fonds ne peut, en conséquence, ni couper du bois pour le vendre, ni céder son droit à un tiers. D'autre part, le propriétaire du fonds servant ne peut ni consentir un nouveau droit analogue en faveur d'un tiers, ni vendre le bois à des tiers, pour être coupé (art. 453-456). Dans tous les gouvernements, les servitudes de cette nature doivent être inscrites sur les registres fonciers et se prouvent essentiellement par les mentions de ces registres (art. 457); les prêtres et desservants en activité de service jouissent de plein droit de ces servitudes sur les forêts de leur paroisse, dans la mesure de leurs besoins personnels (art. 458). Au surplus, l'instruction sur l'arpentage des terres du 25 mai 1766, art. 19, a interdit de constituer à l'avenir de nouvelles servitudes de cette espèce (art. 458, *rem.*); et celles qui existent s'éteignent : 1° par le défrichement de la forêt dans toute l'étendue sur laquelle portait le droit; 2° par un cantonnement concerté entre les deux parties (art. 459).

1676. — A part les droits d'affouage et de maronage, il est permis d'en exercer d'autres moins étendus, dans les forêts de la Couronne qui n'en ont pas été expressément affranchies. Ainsi, on peut aller y recueillir des fruits, des semences, de l'herbe, des feuilles mortes, etc., à la seule condition de se conformer aux lois sur la matière (art. 465).

1677. — La récolte de la cire et du miel, la chasse aux castors, la chasse aux oiseaux et, en général, le droit de chasse ou de pêche sur la propriété d'autrui s'exercent conformément au titre constitutif ou aux usages locaux, sauf les restrictions qui peuvent y avoir été apportées par les lois sur l'arpentage (art. 463). Le droit de pêche et les autres droits analogues s'exerçant sur un cours d'eau subsistent au profit de celui qui en est investi, alors même que ce cours d'eau viendrait à changer de lit et cesserait de baigner sa propriété, pourvu qu'ils soient régulièrement constatés par des titres ou par une inscription sur le registre foncier et ne découlent pas exclusivement de sa qualité de riverain (art. 464). — V. sur l'ensemble de la matière, Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 1, n. 318 à 346.

§ 14. *Etats scandinaves.*

1678. — I. *Dispositions générales.* — Il y a, dans les législations scandinaves et, en particulier, dans le droit suédois, peu de dispositions sur les services fonciers, et l'on n'y distingue pas très-nettement la servitude de la charge foncière; dans tous les cas, lorsque l'obligation du propriétaire de fonds servant se réduit à entretenir ledit fonds en état de rendre le service dû, on estime qu'il y a servitude, et non charge foncière.

1679. — Tout propriétaire a, en principe, le droit de concéder une servitude sur son fonds, sans qu'il soit indispensable, au point de vue de la validité, que les deux fonds intéressés soient contigus et que le droit concédé soit réellement utile ou nécessaire. La nature et l'étendue de la servitude dépendent entièrement de la volonté des parties contractantes ou du constituant.

1680. — Les divisions des servitudes consacrées par la doctrine se retrouvent dans les trois pays scandinaves. Les servitudes peuvent être constituées à temps, ou pour une période indéterminée, ou sous condition, à titre onéreux ou gratuit; sauf les restrictions conditionnelles, elles sont réputées perpétuelles et non conventionnelles.

1681. — II. *Constitution des servitudes.* — 1° En tant que droit réel, les servitudes sont constituées par une déclaration de la personne qui a le droit de disposer de l'immeuble par elle asservi. On admet qu'un simple possesseur jouissant sur l'immeuble d'un droit réel, par exemple un fermier, a le droit de constituer une servitude dans les limites et pour la durée du droit dont il se trouve investi. D'autre part, en tant qu'une servitude est constituée au profit d'un fonds dominant, elle ne peut logiquement être acquise que par le propriétaire de ce fonds.

1682. — Si l'on entend, en Suède, donner à une servitude le caractère d'un droit réel, elle doit être inscrite, et par conséquent, préalablement constituée par écrit. En Danemark et en Norvège, il faut, comme pour les baux, une publication officielle en justice. Le § 55 de la loi suédoise de 1875 sur l'inscription des droits réels est ainsi conçu : « Tout contrat rédigé par écrit établissant une charge ou une servitude sur un immeuble au profit d'un autre immeuble, telle que vue ou fenêtre, passage, passage de bestiaux, prise d'eau pour l'abreuvage ou les usages domestiques, aqueduc ou retenue, enlèvement de sable ou d'argile, ou autre droit du même genre doit, pour devenir opposable aux tiers, être inscrit de la même façon qu'un droit de jouissance ».

1683. — Lorsqu'une servitude se trouve en conflit avec un droit de jouissance, sans que l'un et l'autre puissent être exercés concurremment dans leur plénitude, celui des deux droits doit être préféré qui a été inscrit le premier, ou, si les demandes ont été formulées le même jour, qui est le premier concédé; on applique la même règle que si la concession de servitude est en conflit avec une concession d'hypothèque (§ 57).

1684. — Lorsque c'est la propriété même qui a été transférée à une personne, tandis qu'une servitude sur le fonds était consentie à une autre, la servitude est valable si l'inscription en a été demandée avant l'investiture légale; si l'investiture est demandée le même jour que l'inscription, la servitude est encore valable pourvu qu'elle ait été constituée antérieurement à la vente (§ 56).

1685. — 2° Les servitudes peuvent être acquises par usucapion, tout comme les droits de jouissance et d'après les règles posées pour l'usucapion de la propriété (*Danske lov*, 5-5-2; *Norske lov*, 5-5-4). D'après la doctrine et la jurisprudence danoises, il ne peut être question de possession, et par conséquent d'usucapion par vingt ans, que pour les servitudes affirmatives et apparentes; les servitudes non apparentes exigent un usage immémorial (*Alderstids Brug* ou *Hævd*). La même règle est en vigueur en Norvège, depuis la loi du 23 mai 1874; les servitudes non apparentes ne peuvent être acquises par simple usucapion que s'il s'agit d'un passage nécessaire ou du droit de déposer du bois sur le fonds d'autrui. En Suède (Code de 1734, tit. *De la Propriété foncière*, c. 5, § 1; c. 12, § 4), nulle servitude ne peut être acquise par la prescription de vingt ans, mais bien par l'usage immémorial. La prescription est interrompue lorsqu'on cesse d'exercer la servitude ou qu'elle est contestée en justice.

1686. — Enfin, 3° les servitudes peuvent être acquises par voie d'expropriation ou en suite de la dissolution d'une communauté d'immeuble (V. lois norv. des 23 juill. 1894, sur les câbles électriques, et 27 juill. 1896, sur certains droits de passage; Ord. dan. du 5 mars 1845; L. suéd. du 9 nov. 1886, § 81).

1687. — III. *Extinction des servitudes.* — Les servitudes s'éteignent : 1° lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec un droit supérieur et préférable; 2° en cas de perte totale de l'héritage servant ou du moins de la partie de cet héritage sur laquelle s'exerçait la servitude; 3° lorsque le possesseur de l'héritage servant fait, pendant le temps nécessaire pour l'*usucapio libertatis* des actes contraires à la servitude; 4° lorsque les deux fonds tombent entre les mains du même propriétaire, sauf à ce que la servitude renaisse, en cas de revente de l'un des fonds, si elle est nécessaire et qu'il n'y ait point eu de convention contraire.

1688. — En Suède et en Norvège, les servitudes peuvent être éteintes ou rachetées en cas de dissolution d'une communauté d'immeubles (L. suéd. du 9 nov. 1886, § 81 ; L. norv. du 13 mars 1882).

1689. — Il va sans dire que les servitudes concédées à temps ou sous condition résolutoire s'éteignent par l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 184 à 190.

1690. — IV. *Restrictions au droit de propriété, servitudes légales.* — De même que le droit russe, le droit scandinave range non parmi les servitudes, mais parmi les limitations du droit de propriété certains droits reconnus à des tiers sur le fonds d'autrui et que diverses législations qualifient servitudes légales. Nous nous bornerons à en citer ici quelques exemples. En Danemark, chacun peut prendre des noix sur le fonds d'autrui, pour les consommer sur place (*Danske lov*, 6-17-31); en Suède, on a le droit de cueillir dans la forêt d'autrui des baies sauvages ; en Norvège, on a, en outre, le droit d'y circuler librement (C. pén. norv., c. 22, § 16).

1691. — En Danemark et en Norvège, où les cours d'eau sont considérés, en général, comme appartenant aux riverains, ceux-ci ne peuvent les détourner de leur lit, ni en modifier le débit au détriment des autres intéressés, ni apporter des entraves à la navigation, au flottage, ou à la libre circulation du poisson (L. dan. du 28 mai 1880 ; L. norv. du 1er juill. 1887). Il en est de même, en Suède, d'après les lois des 20 juin 1879 (§§ 12, 13), 31 déc. 1879, (§ 1), et 30 déc. 1880.

1692. — Enfin, les relations de voisinage, apportent dans les trois pays, les restrictions usuelles aux droits réciproques des propriétaires. — V. *Danske lov*, 5-10-56 ; L. norv. du 27 mai 1887 ; Regl. suéd. du 8 mai et 27 sept. 1874 ; L. 16 mai 1884 (§§ 3, 11). — Ernest Lehr., *Op. cit.*, n. 107 à 122.

§ 15. *Suisse.*

1693. — I. *Législations cantonales.* — A. *Dispositions générales.* — La matière des servitudes est encore actuellement du domaine des législations cantonales. Dans toutes ces législations, on les divise en servitudes foncières ou réelles et en servitudes personnelles. La notion des servitudes réelles est, tout d'abord, celle qu'en donne le droit romain. Ainsi le Code civil bernois, dans son § 447, porte que « si une servitude a été établie au profit d'un fonds de façon que tout propriétaire de ce fonds y ait droit, la servitude est dite réelle; tandis qu'elle est dite personnelle lorsqu'elle a été établie directement au profit d'une personne » et, dans le même sens, le Code civil des Grisons (§ 248) porte qu'une servitude est réelle lorsqu'un héritage en est grevé au profit d'un autre héritage.

1694. — Toutefois, dans certaines législations, la notion de la servitude réelle a été étendue en ce sens que l'on range également dans cette catégorie des droits reconnus, soit à une personne déterminée, soit au propriétaire d'un fonds dominant, en vue non des besoins de ce fonds, mais de ceux dudit propriétaire. Ainsi le Code civil de Soleure (§ 771) porte expressément que les servitudes peuvent être établies au profit, soit d'une personne, soit d'un fonds, et le Code de Zurich contient, à cet égard, une disposition curieuse, que nous avons déjà analysée *suprà*, n. 1564, à propos du droit espagnol sur la matière. Les Codes de Lucerne, de Fribourg, du Valais, etc., admettent également qu'un droit qui, par sa nature, constitue une servitude réelle sur un fonds, ne perd pas son caractère parce qu'elle est établie au profit d'une personne ou d'une corporation.

1695. — Quant aux diverses espèces de services fonciers, elles ne sont, en général, pas limitées : on peut donner ce caractère à tout avantage ou profit qu'un fonds est susceptible de procurer à un autre « *durch Duldung oder Unterlassung* », en supportant quelque chose ou en ne faisant pas quelque chose (C. bern., § 456). On retrouve dans beaucoup de Codes suisses les divisions classiques des servitudes en continues et discontinues, apparentes et non apparentes, positives et négatives, urbaines et rurales, etc.

1696. — B. *Modes d'établissement des servitudes.* — Les servitudes sont établies par la loi, par jugement, par acte entre-vifs ou testamentaire ou par usucapion.

1697. — *a*) La loi crée spécialement des servitudes dans les législations qui considèrent comme des servitudes légales les restrictions apportées au droit de propriété dans l'intérêt réciproque des voisins. Il en est ainsi dans tous les cantons de la Suisse romande, dans les Grisons, à Lucerne, à Soleure, etc.

1698. — *b*) Il est un seul cas où une sentence judiciaire sert directement de base à une servitude ; il est indiqué dans le Code de Lucerne en ces termes : « § 248. Lors du partage d'immeubles ou de bâtiments, il y a lieu de prononcer si l'un des intéressés a besoin d'une servitude pour pouvoir utiliser son lot et sous quelles conditions cette servitude doit lui être octroyée ».

1699. — *c*) En général, dans la plupart des cantons, un acte entre-vifs ou à cause de mort peut, sans autre formalité, donner naissance à une servitude réelle parfaite. Ce n'est que depuis l'époque récente où le principe de la publicité a pris un empire croissant en matière de droits immobiliers que la constitution des servitudes a aussi été parfois subordonnée à une inscription sur des registres publics à ce destinés, faites à la requête de l'intéressé; ainsi, cette inscription est nécessaire dans les cantons de Fribourg, de Neuchâtel, du Valais, de Vaud, pour que la servitude soit opposable aux tiers ; et, dans les cantons de Zoug, de Zurich, de Berne, de Lucerne, etc., la servitude, si elle est non apparente, n'est réputée valablement constituée, même entre les parties, que par une inscription ou par une prénotation ; tout au moins, les Codes de Berne (§ 476) et de Lucerne (§ 339) portent-ils que, si l'inscription n'a pas été faite, le propriétaire du fonds servant a le droit de s'affranchir par l'*usucapio libertatis*.

1700. — *d*) La plupart des législations cantonales, tant dans la Suisse romande que dans les Grisons, à Schaffhouse, à Soleure, à Zurich, etc., admettent, à l'exemple du C. civ. français, que la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

1701. — *e*) L'usucapion n'est un titre d'acquisition des servitudes que dans les législations qui ont expressément réglé ce point dans leurs Codes ou dans des lois spéciales ; quelques-unes, au contraire, répudient expressément l'usucapion (Glaris, Zoug); et, dans les cantons où il n'y a pas de disposition formelle, on admet que la possession immémoriale peut seule être invoquée. Sans entrer dans le détail des règles posées là où l'usucapion est admise, nous devons nous borner à dire qu'elle est, en général, soumise aux mêmes principes et délais que l'usucapion de la propriété et limitée aux servitudes affirmatives et apparentes.

1702. — C. *Mode d'exercice des servitudes.* — On admet, dans tous les cantons, que la servitude oblige le propriétaire du fonds servant à souffrir ou à ne pas faire quelque chose, mais non à fournir une prestation ou un service ; toutefois, divers Codes lui imposent le devoir d'entretenir les installations existant sur son fonds pour l'exercice de la servitude, et il est tenu de concourir personnellement aux frais, s'il tire quelque profit de ces installations ; à part ce cas, les frais incombent exclusivement au propriétaire du fonds dominant.

1703. — La servitude peut avoir pour objet tout avantage ou profit qu'un tiers peut tirer, pour son fonds, du fonds d'autrui; mais elle ne doit jamais aller au delà du but à atteindre; de telle sorte que, dans le doute sur les limites de la servitude alléguée, le fonds servant est présumé libre (Glaris, Lucerne, Schaffhouse, Zoug, Zurich, etc.). Le propriétaire dominant est libre d'exercer son droit dans toute sa plénitude et de faire ou réparer sur le fonds servant toutes les installations nécessaires à l'exercice de ce droit, mais à condition de ménager ce fonds autant que possible et de ne rien faire qui aggrave inutilement la charge (Argovie, Glaris, Grisons, Codes de la Suisse romande, Zurich, etc.). A l'inverse, le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui entrave l'exercice légitime de la servitude (Lucerne, Saint-Gall, Codes romands, etc.); et, comme le dit le Code français, quand on a établi une servitude, on est censé avoir accordé tout ce qui est nécessaire pour l'exercer (Soleure, Tessin, Codes romands, etc.).

1704. — Enfin, la plupart des législations portent expressément que la servitude est incorporée au fonds servant de telle sorte qu'elle ne peut en être séparée unilatéralement et transportée sur une autre chose, ou sur une partie spéciale de la chose grevée dans son ensemble, ou sur une autre personne (Lucerne, Saint-Gall). En cas de morcellement du fonds dominant, les Codes de Berne, de Soleure, de Zurich, disent que les propriétaires de chaque parcelle conservent le droit d'exercer la servitude dans toute sa plénitude. En général, le morcellement de l'un ou l'autre des deux fonds est sans influence sur l'étendue et le mode d'exercice de la servitude : elle ne peut être ni entravée, ni rendue plus onéreuse.

1705. — En ce qui concerne les diverses servitudes considérées isolément, V. *suprà*, v[is] *Bornage*, n. 589 et s., *Clôture*, n. 190 et s., *Eaux*, n. 378 et s., *Enclave*, n. 276 et s., *Mitoyenneté*, n. 950 et s., *Passage*, n. 105 et s. — Il nous reste à dire quelques mots des servitudes de pâturage (*Weiderechte*), d'affouage et de maronage (*Holzungsrechte*), ainsi que des droits de recueillir sur le fonds d'autrui de l'herbe, des feuilles, de la mousse, etc. (*Streuerechte*).

1706. — La servitude de pâture, d'après la législation des cantons d'Appenzell (Rh. ext.), de Glaris, de Zoug, etc., confère uniquement à celui qui en jouit le droit de faire paître son bétail sur le fonds servant; il ne peut ni faucher l'herbe, ni recueillir le fumier.

1707. — La servitude d'affouage ou de maronage fait l'objet de dispositions plus ou moins développées, dans les Codes de Glaris, de Schaffhouse, de Zoug et de Zurich. Le propriétaire du fonds servant, dit le Code de Glaris dans ses §§ 92 et 93, n'est limité dans ses droits qu'en ce qu'il ne peut pas diminuer la valeur et l'importance de la forêt de façon à empêcher le propriétaire du fonds dominant de satisfaire à ses besoins; lorsque l'exercice de la servitude est subordonné à la condition que ce dernier n'ait pas sur son propre fonds une quantité de bois suffisante, il n'a pas le droit de tirer profit de sa forêt autrement que pour les besoins dudit fonds. Et le Code de Zoug ajoute (§ 231) que nul droit de cette nature ne peut être exercé que dans les limites posées pour une exploitation normale et rationnelle des forêts.

1708. — Enfin, d'après ce même Code (§ 232), toute servitude en vertu de laquelle on peut recueillir sur le fonds d'autrui de l'herbe, des feuilles, de la mousse, etc., peut être rachetée par le propriétaire dudit fonds à prix d'argent.

1709. — D. *Extinction des servitudes.* — Les Codes d'Argovie, de Berne, de Lucerne et de Soleure portent que les servitudes s'éteignent par l'expiration du temps convenu, par l'accomplissement de la condition posée, par la renonciation de l'ayant-droit, par la confusion et par l'*usucapio libertatis* ou la prescription.

1710. — Les Codes de la Suisse romande reproduisent plus ou moins littéralement les art. 703 et 704, C. civ. franç.; le Code argovien se borne à dire que la perte du fonds dominant ou du fonds servant entraîne l'extinction de la servitude, mais que la servitude renaît dès que le fonds est reconstitué.

1711. — La confusion est prévue dans presque tous les Codes cantonaux.

1712. — Dans les cantons où les servitudes ne sont pas inscrites sur des registres publics, la cause d'extinction agit aussitôt qu'elle s'est produite; dans ceux, au contraire, où une inscription a eu lieu, elle persiste jusqu'à ce qu'en suite de la cause survenue l'inscription ait été radiée.

1713. — Indépendamment des causes d'extinction proprement dites, plusieurs législations cantonales admettent la possibilité de racheter à prix d'argent des servitudes trop onéreuses, notamment celles qui s'exercent dans les forêts ou sur les pâturages d'autrui. Ce droit est reconnu aujourd'hui, notamment dans les cantons des Grisons, de Lucerne, de Saint-Gall, de Schaffhouse, de Zoug, de Zurich, etc., et par la loi forestière fédérale du 24 mars 1876. — V. Eug. Huber, *Schweiz. Privatrecht*, t. 3, § 86, p. 339 à 383.

1714. — II. *Projet de Code civil fédéral.* — La Suisse étant à la veille de voir ses législations civiles cantonales remplacées par un Code fédéral unique, nous croyons utile de résumer ici les dispositions du *Projet* de ce Code, telles qu'elles ont été adoptées à la fin de 1903 par le Conseil fédéral après l'examen d'une commission d'experts (art. 723 à 737).

1715. — A. *Objet des servitudes réelles.* — Un héritage peut être grevé au profit d'un autre, de façon que son propriétaire soit tenu de tolérer certains empiètements du propriétaire du fonds dominant ou de s'abstenir dans l'intérêt de ce dernier, d'exercer certaines des attributions inhérentes à son droit de propriété; le propriétaire du fonds servant ne peut être tenu qu'accessoirement d'une obligation de faire (art. 723).

1716. — B. *Etablissement et extinction des servitudes.* — Une servitude ne peut être établie que moyennant une inscription au registre foncier; sauf disposition contraire, on applique pour l'acquisition et l'inscription des servitudes, les règles posées relativement à la propriété foncière; l'usucapion n'est admise que dans la mesure où elle l'est pour ladite propriété (art. 724).

1717. — Le contrat constitutif d'une servitude n'est valable que s'il a été passé en la forme écrite; toutefois, les conventions relatives à des servitudes révélées par des ouvrages apparents sont dispensées d'une forme particulière (art. 725).

1718. — Il est loisible au propriétaire d'établir sur un de ses fonds une servitude au profit d'un autre fonds lui appartenant (art. 726).

1719. — Toute servitude s'éteint, tant par la radiation de l'inscription que par la perte totale du fonds dominant ou du fonds servant (art. 727). Si le propriétaire du fonds dominant acquiert le fonds servant, il peut faire rayer la servitude au registre; tant qu'il n'use pas de cette faculté, la servitude subsiste comme droit réel (art. 728). Le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude que l'ayant-droit n'a pas exercée pendant dix ans, bien qu'il ait eu l'occasion de le faire (art. 728 *bis*). Quand une servitude a perdu toute utilité pour le fonds dominant, le juge peut en ordonner la radiation, à la requête du propriétaire grevé; si l'utilité, sans avoir disparu, est devenue très-minime comparée à ce qu'elle était dans le principe et à la charge qui pèse sur le fonds servant, la servitude peut être rachetée, en tout ou en partie, moyennant une complète indemnité (art. 729).

1720. — C. *Exercice de la servitude.* — Celui à qui compète une servitude a le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour la conserver et pour l'exercer. Il doit user de son droit de la manière la moins dommageable possible. Le propriétaire grevé ne peut rien faire qui entrave ou aggrave l'exercice de la servitude (art. 730).

1721. — L'inscription, lorsqu'elle est claire, fait règle pour les droits et obligations découlant de la servitude. Dans les limites de l'inscription, la servitude peut être déterminée avec plus de précision dans les détails, soit par le titre qui y a donné naissance, soit par la façon dont elle a été exercée pendant un temps plus ou moins long sans contradiction et de bonne foi (art. 731).

1722. — Lorsque les besoins du fonds dominant viennent à changer, le propriétaire grevé ne peut être tenu de subir une aggravation sensible de la charge (art. 732).

1723. — En principe, les divers droits de passage restent régis par le droit cantonal et les usages locaux (art. 733).

1724. — Si l'exercice de la servitude exige certaines installations, c'est à l'ayant-droit qu'il incombe de les entretenir; si les installations servent aux deux propriétaires, ils les entretiennent en commun, en raison de leur intérêt respectif (art. 734).

1725. — Lorsque la servitude ne s'exerce que sur une partie du fonds servant et qu'elle y est particulièrement onéreuse, le propriétaire dudit fonds peut demander qu'elle soit transportée dans un autre endroit où elle ne soit pas moins commode pour l'ayant-droit; il a ce droit, encore que l'assiette de la servitude ait été fixée par l'inscription au registre foncier. Les frais du changement sont à sa charge (art. 735).

1726. — En cas de partage du fonds dominant, la servitude subsiste, en principe, au profit de chaque parcelle. Toutefois, si, d'après les circonstances, l'exercice s'en limite à une parcelle déterminée, le propriétaire grevé peut demander qu'elle soit rayée relativement aux autres parcelles, sauf recours auprès du juge dans le délai d'un mois si le préposé au registre a consenti de son chef à la radiation (art. 736). En cas de partage du fonds servant, la servitude subsiste aussi, en principe, sur chaque parcelle; mais, si elle ne porte pas sur certaines parcelles, et, d'après les circonstances, ne peut pas les atteindre, chaque propriétaire de parcelle a le droit d'en demander la radiation en ce qui concerne sa parcelle, sauf recours de l'intéressé auprès du juge, dans le délai d'un mois si le préposé au registre a consenti de son chef à la radiation (art. 737).

CHAPITRE II.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

1727. — I. *Notions générales.* — On nomme servitude internationale toute restriction apportée à la souveraineté territoriale d'un Etat en faveur d'un autre Etat. Certaines de ces servitudes découlent de la nature même des choses, notamment du cas d'enclave ou de la circonstance que, à raison de la direction

des courants, un Etat riverain ne peut aborder à l'un de ses ports qu'en empruntant les eaux appartenant à ses voisins.

1728. — D'autres servitudes, — et c'est le cas de beaucoup le plus fréquent, — sont librement consenties par les Etats et consistent, soit à faire jouir un Etat étranger de certains droits de souveraineté sur le territoire d'autrui, soit à lui interdire sur son propre territoire l'exercice de l'un ou l'autre de ces droits; d'où la division de ces servitudes en positives et négatives.

1729. — Les servitudes internationales, à raison même de leur caractère exceptionnel, doivent toujours être interprétées restrictivement : *in dubio pro libertate*. C'est à l'Etat qui affirme l'existence d'une servitude d'en fournir la preuve.

1730. — Elles s'éteignent par convention expresse, par rachat, par abandon, par consolidation et confusion, par défaut d'intérêt, et généralement par les causes qui mettent fin aux conventions qui les avaient créées.

1731. — Par cela même qu'elles sont des relations d'Etat à Etat, elles supposent deux territoires, l'un servant, l'autre dominant, appartenant à des Etats différents. Les servitudes entre membres d'un même Etat fédératif ou entre l'Etat fédératif et l'un de ses membres sont des servitudes de droit public, mais non, à proprement parler, des servitudes internationales. Il ne saurait non plus exister de servitude internationale entre un Etat et un particulier, même privilégié. Enfin, il ne peut y en avoir sur la haute mer, puisqu'elle n'appartient à aucun Etat.

1732. — En tant que droit réel, grevant le territoire d'un Etat au profit du territoire d'un autre Etat, elle passe avec le territoire, activement et passivement, aux successeurs des Etats servant et dominant.

1733. — *Mutatis mutandis*, on applique, en général, par analogie, aux servitudes internationales les règles du droit privé en cette matière. Pour constituer des servitudes, il faut qu'elles aient un caractère permanent, qu'elles aient été concédées pour être exercées d'une façon continue; il faut, en outre, qu'elles soient utiles à l'Etat dominant ou, tout au moins, aux habitants, aux communes ou aux provinces de cet Etat. Toute servitude de ce genre doit, d'ailleurs, être exercée avec ménagement, *civiliter*, par égard pour le caractère souverain de l'Etat servant. — A. Rivier, *Principes du droit des gens*, t. 1, 58, I.

1734. — II. *Servitudes* in non faciendo. — La servitude consiste *in non faciendo* lorsque l'Etat servant s'est dépouillé dans l'intérêt de l'Etat dominant, du droit de faire sur son territoire des actes qu'il pouvait naturellement y faire en vertu de sa souveraineté; par exemple : d'y élever ou d'y reconstruire des fortifications, d'armer un port en port de guerre, de recevoir des navires de guerre dans tel de ses ports, de faire habiter et cultiver certaines régions près des frontières, d'exercer sur son territoire certains actes d'administration ou de juridiction, etc. Nous renvoyons, pour la justification de ces exemples, aux traités : de Turin, 16 mars 1816, art. 23; de Paris, 20 nov. 1815, art. 3; entre la Belgique et les Pays-Bas, 19 avr. 1839, art. 14; de Paris, 30 mars 1856, *Annexe* relative aux îles d'Aland; de Berne, 8 déc. 1862, art. 2; de Londres, 11 mai 1867, art. 3 et 5; de Berlin, 13 juill. 1878, art. 2, 11 et 29, etc.

1735. — III. *Servitudes* in patiendo. — L'Etat dont le territoire est grevé d'une servitude *in patiendo* est tenu d'y tolérer, de la part de l'Etat dominant ou de sujets de cet Etat, certains actes qu'il aurait naturellement le droit d'interdire. Ainsi, il permet à l'Etat dominant : de faire poursuivre et arrêter sur son territoire des fugitifs, des malfaiteurs ou des déserteurs; d'y exercer des droits de justice et de police; d'y protéger l'exercice d'une religion spéciale; d'y construire et entretenir des gares, magasins ou entrepôts, des chemins de fer ou des télégraphes; d'y avoir des bureaux de douane ou des routes militaires; d'occuper militairement certaines places ou certaines parties du territoire, etc.; ou bien il permet aux nationaux de l'Etat dominant de pêcher dans ses eaux, de préparer le poisson sur ses côtes, de couper du bois dans certaines de ses forêts, etc. On trouvera des exemples de semblables dispositions dans les traités : de Vienne, 9 juin 1815, art. 92 (occupation par la Suisse de la zone neutre de la Savoie); d'Utrecht, 11 avr. 1713, art. 13; de Paris, 10 févr. 1763, art. 5; de Versailles, 3 sept. 1783, art. 5, et de Paris, 30 mai 1814, art. 13 (pêcheries françaises de Terre-Neuve); de Berlin, de 1878, art. 29 (droit de police en faveur de l'Autriche, le long de la côte du Monténégro), etc. — V. sur l'ensemble de la matière, A. Rivier, *Op. cit.*, t. 1, 58; Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, t. 3, § 1583; Martens, *Traité de droit internat.*, trad. Léo, t. 1, §§ 93 et s.; Bonfils, *Manuel de droit internat. public*, éd. Fauchille, 1898, n. 339 et s.

SERVITUDE APPARENTE. — V. Action possessoire. — Mitoyenneté. — Prescription (mat. civ.), n. 79 et s. — Servitudes.

SERVITUDE CONTINUE. — V. Action possessoire. — Mitoyenneté. — Prescription (mat. civ.), n. 79 et s. — Servitudes.

SERVITUDE CONVENTIONNELLE. — V. Action possessoire. — Servitudes.

SERVITUDE DISCONTINUE. — V. Action possessoire. — Servitudes.

SERVITUDES D'UTILITÉ PUBLIQUE. — V. Chemin de fer. — Chemin de halage. — Expropriation pour cause d'utilité publique. — Postes et télégraphes.

SERVITUDES LÉGALES. — V. Action possessoire. — Arbres. — Chemin de halage. — Clôture. — Drainage. — Egout des toits. — Irrigation. — Passage. — Servitudes. — Vues et jours.

SERVITUDES MILITAIRES.

Législation.

Ord. 9 déc. 1713 (*pour la conservation des ouvrages de fortification et pour empêcher qu'on ne les élève dans l'étendue qui y est marquée*); — Décr. 8-10 juill. 1791 (*concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*); — L. 17 juill. 1819 (*relative aux servitudes imposées à la propriété pour la défense de l'Etat*); — L. 3 avr. 1841 (*qui affecte une somme de cent quarante millions aux travaux des fortifications de Paris*), art. 8; — L. 10 juill. 1851 (*relative au classement des places de guerre et aux servitudes militaires*); — Décr. 10 août 1853 (*sur le classement des places de guerre et des postes militaires, et sur les servitudes imposées à la propriété autour des fortifications*); — L. 22 juin 1854 (*qui établit des servitudes autour des magasins à poudre de la guerre et de la marine*); — L. 21 mai 1858 (*portant que les gardiens de batterie seront, comme les gardes du génie et de l'artillerie, chargés de constater les contraventions aux lois sur le domaine militaire de l'Etat et sur les servitudes militaires*).

Bibliographie.

Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1882-1886, 2e éd, 2 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 927 et s. — Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1885-1893, 2e éd. avec suppl., par Boillot, 9 vol. in-8°, t. 6, n. 90 et s. — Blanche, *Dictionnaire général de l'administration*, 1884-1891, 2 vol. gr. in-4°, v° *Organisation militaire*, chap. 5. — Block, *Dictionnaire de l'administration française*, 1898, 4e éd., 1 vol. gr. in-8° avec 3 suppl. 1898-1900, v° *Servitudes défensives militaires*. — Brun, *Nouveau manuel des conseillers de préfecture*, 1876, 3e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, n. 731 et s. — Cabantous et Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, 1882, 6e éd., in-8°, n. 640 et s. — Cormenin, *Droit administratif*, 1840, 5e éd., 2 vol. in-8°, v° *Places de guerre*. — Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 1897-1903, en cours de publication, 4 vol. in-8°, parus, t. 1, n. 366 et s. — Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, 1870-1901, 3e éd., avec suppl. par Taudière, 12 vol. in-8°, t. 7, n. 632 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Places de guerre*. — Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 1856, 11e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 857 et s. — Garbouleau, *Du domaine public*, 1859, in-8°, p. 309 et s. — Gaudry, *Traité du domaine*, 1862, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 279 et s. — Gauthier, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, 1880, in-8°, p. 284 et s. — Hauriou, *Précis de droit administratif*, 5e éd., 1903, p. 630. — Husson, *Traité de la législation des*

travaux publics, 1850, in-8°, p. 782 et s. — Jousselin, *Traité des servitudes d'utilité publique*, 1850, 2 vol. in-8°. — Lerat de Magnitot et Huard-Delamarre, *Dictionnaire de droit public et administratif*, 1841, 2e éd., 2 vol. gr. in-8, v° *Places de guerre*. — Malapert, *Histoire de la législation des travaux publics*, 1880, in-8°, *passim*. — Orillard, *Code des conseils de préfecture et des conseils généraux de département*, 1871, in-8°, n. 135 et s. — Perier, *Traité de l'organisation et de la composition des conseils de préfecture*, 1884, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 421 et s. — Proudhon et Dumay, *Traité du domaine public*, 1844, 5 vol. in-8°, t. 1, n. 322 et s. — Serrigny, *Traité du droit public des Français*, 1846, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 969 et s. — Simonet, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 1902, 3e éd., in-8°, n. 1263 et s. — Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative ou de l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, 1847-1854, 5 vol. in-8°, t. 5, p. 467 et s.

Delalleau, *Traité des servitudes établies pour la défense des places de guerre et de la zone des frontières*, 1833, in-8°.

Servitudes militaires. Rue du rempart. Autorité militaire. Autorité municipale : Journ. des comm., 1876, p. 73. — *Des servitudes militaires autour de Paris* (Bertin) : J. Le Droit, 26 juin, 5 juill. 1856.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1. — Les servitudes militaires sont, en général, celles des servitudes d'utilité publique qui sont établies dans l'intérêt de la défense de l'Etat. En les considérant dans le sens le plus étendu, on devrait y comprendre tous les assujettissements, tels, par exemple, que l'obligation accidentelle de loger les troupes, qui sont imposés au propriétaire ou au possesseur de biens-fonds dans l'intérêt du service militaire. Il n'y a lieu de les considérer ici que sous le point de vue de la défense des places de guerre et des frontières; dans ce sens, on peut dire que les servitudes militaires sont des restrictions apportées par le législateur, dans l'intérêt de la défense de l'Etat, aux droits de jouissance ordinairement inhérents à la propriété foncière. — Delalleau, *Servitudes pour la défense des places de guerre*, n. 9.

2. — Sous ce dernier rapport, il n'y a pas lieu de comprendre parmi les servitudes militaires des occupations temporaires de propriétés privées. — V. à cet égard, *suprà*, v° *Occupation temporaire*, n. 191 et s.

3. — La législation applicable en la matière n'est autre que celle exposée *suprà*, v° *Places de guerre*. En conséquence, il y a lieu de consulter principalement pour le régime des servitudes militaires l'ordonnance royale du 9 déc. 1713, la loi des 8-10 juill. 1791, celle du 17 juill. 1819.

4. — Toutefois, en ce qui concerne la loi du 17 juill. 1819, il est à remarquer que cette loi n'a point été légalement votée, en ce sens qu'elle ne l'a pas été par une majorité telle que l'exigeait la Charte de 1814 : la Chambre des députés ne comprenant alors que 258 membres, la moitié était de 129 et, par suite, la majorité absolue de 130; or il n'y eut pas 130 voix qui votèrent la loi (Observ. de M. Paixhans, lors de la discussion de la loi du 7 juill. 1833 : *Moniteur*, 9 févr. 1833, p. 330, col. 2). D'où, la question posée par Duvergier (*Collect. des lois*, t. 22, p. 212, sous l'art. 1), de savoir si cette loi est privée de toute force obligatoire, à raison du vice radical de sa confection, ou bien si ce vice a été couvert par l'exécution qu'elle a reçue, suivant la maxime *Error communis facit jus*. Il convient de remarquer, à ce sujet, que la loi fut votée par les deux Chambres, sanctionnée par le Roi, publiée en la forme accoutumée, et exécutée sans qu'une réclamation se fît entendre, soit à la Chambre des pairs, soit à l'encontre du pouvoir exécutif, soit devant le pouvoir judiciaire. Il paraît donc difficile d'invoquer contre elle, pour en repousser l'application, une irrégularité qui, si elle existe, a été couverte par l'accord unanime de tous les pouvoirs et de tous les citoyens.

5. — Au demeurant, il a été maintes fois décidé que l'insertion au *Bulletin des lois* de l'ordonnance royale du 1er août 1821, abrogée elle-même depuis par le décret du 10 août 1853, rendue en exécution de la loi du 17 juill. 1819, a suffi pour rendre cette dernière loi exécutoire. — Cons. d'Et., 26 août 1829, Roncin-Duval, [S. chr., P. adm. chr.]; — 2 sept. 1829, Villette, [S. chr., P. adm. chr.]; — 6 janv. 1830, Roncin-Duval, [S. chr., P. adm. chr.]; — 9 juin 1830, Doré, [S. chr., P. adm. chr.]; — 15 oct. 1830, Hospice de Sedan, [P. adm. chr.]; — 26 déc. 1830, Villette, [P. adm. chr.]; — 2 déc. 1854, Mossois, [D. 54.5.368]

6. — Aux textes qui viennent d'être indiqués il faut joindre, comme particulièrement importants, la loi du 10 juill. 1851, relative au classement des places de guerre et aux servitudes militaires, et le décret du 10 août 1853, rendu en exécution de cette loi, pour « réunir et coordonner dans leur ensemble toutes les dispositions des lois concernant les servitudes imposées à la propriété autour des fortifications et préciser les mesures d'exécution »; le Conseil d'Etat fit de ce décret l'objet d'une discussion approfondie et l'adopta définitivement dans sa séance du 13 juill. 1853. Le maréchal de Saint-Arnaud, ministre de la Guerre, présenta le nouveau règlement à la signature de l'Empereur, comme sauvegardant « les intérêts de la défense » et consacrant « en même temps plusieurs dispositions nouvelles entièrement favorables aux intérêts particuliers ».

7. — L'art. 650, C. civ., en énonçant les servitudes établies par la loi pour cause d'utilité publique, n'a fait aucune mention des servitudes établies dans l'intérêt de la défense de l'Etat; mais il s'est borné à indiquer quelques-unes des servitudes établies par la loi pour l'utilité publique, et n'a pas cherché à rappeler toutes les servitudes qui ne doivent leur origine qu'à l'intérêt public; il ne complète et ne détruit donc en rien la législation applicable aux servitudes militaires. — Toullier, t. 3, n. 487; Duranton, t. 5, n. 295; Delalleau, *op. cit.*, n. 7; Lerat de Magnitot et Huart-Delamarre, *Dict. de droit adm.*, v° *Places de guerre*, § 1, t. 2, p. 355.

8. — Il avait été décidé que le vote par le conseil général des projets de classement, de construction ou de modification des routes situées dans la zone des servitudes militaires restait soumis, sous l'empire de la loi du 18 juill. 1866, à l'observation des prescriptions du décret du 10 août 1853. — Circ. min. Trav. publ., 4 août 1866, [D. 66.3.111] — Il en doit être de même sous l'empire de la loi organique des conseils généraux du 10 août 1871.

9. — L'utilité de cette législation est d'évidence : l'établissement des différentes servitudes militaires est, en effet, basé sur ce principe que les terrains qui avoisinent les points fortifiés ne doivent offrir aucune disposition qui puisse intercepter le feu ou les sorties des assiégés, ou faciliter l'approche des assiégeants. — Jousselin, *Servit. d'utilité publ.*, tit. 1, chap. 1, sect. 2, n. 6; Dufour, *Tr. gén. du dr. adm.*, 3e éd., t. 7, n. 632; Dufour et Taudière, *Suppl.*, t. 4, n. 703. — Par contre, sa gravité est aussi apparente : l'on ne peut nier, en effet, que l'ensemble des lois rendues à cet égard ne mette continuellement la défense du pays et sa prospérité en opposition. Aussi, depuis longtemps, a-t-on demandé, sinon l'abolition, du moins la modification d'une législation aussi sévère. A tort ou à raison, ces changements n'ont pas été faits. Il paraît, en effet, difficile de concilier, d'une part, l'intérêt des particuliers qui réclame les moindres restrictions à l'exercice ordinaire de leur droit de propriété, et, d'autre part, celui de l'Etat qui s'appuie sur cette idée, non moins juste, que les fortifications ne pourraient remplir l'office auquel elles sont destinées, si les propriétés voisines étaient exploitées avec une entière liberté et couvertes de constructions.

10. — Il importe de faire connaître tout d'abord ce qui a trait à la délimitation des zones de servitudes. Nous verrons ensuite quelles en sont les conséquences au point de vue des charges imposées aux propriétés qui y sont comprises.

CHAPITRE II.

DE L'ÉTENDUE DU TERRAIN MILITAIRE ET DE LA DÉLIMITATION DES ZONES DE SERVITUDES.

11. — Il a été expliqué *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 34 *bis*, que les servitudes militaires sont la conséquence nécessaire, immédiate et forcée, du décret portant création ou classement d'une

place de guerre ou d'un poste : leur exercice n'est donc subordonné qu'à la vérification des distances prescrites par les lois de 1791, 1819 et 1851. Cela revient à dire que les servitudes existent à partir de l'insertion dudit décret au *Bulletin des lois*, et que leur exercice, du moins en droit, n'est subordonné ni à l'opération du bornage ou de la délimitation, ni à la confection des plans de circonscription et des états descriptifs, ni à la notification de ces plans. Cela résulte, avons-nous dit *loc. cit.*, d'une jurisprudence constante.

12. — Ainsi, il a été décidé que les servitudes défensives autour d'une place de guerre commencent à exister à partir de la publication, dans les communes intéressées, du décret prononçant le classement des fortifications de cette place, alors même que cette publication aurait lieu avant l'exécution desdites fortifications. — Cons. d'Et., 30 mars 1870, Glotin, [S. 72.2.86, P. adm. chr., D. 71.3.32]

13. — Antérieurement à cette date, il avait été jugé, dans le même sens, que la publication et l'homologation du plan de circonscription ne sont nécessaires que pour permettre d'exercer les actions résultant de l'établissement des polygones de circonscription contre les propriétés situées au delà de la distance légale, et qui se trouveraient grevées de servitudes par l'effet du choix des capitales et de l'établissement du polygone; ou pour exempter desdites servitudes les propriétés qui se trouvent en deçà de la même distance et que le polygone en affranchirait. — Cons. d'Et., 30 nov. 1832, Gibou, [P. adm. chr.] — Cet arrêt décide très-expressément que, comme les servitudes militaires ne sont que la conséquence des mesures générales prises dans l'intérêt de la défense de l'Etat, il s'ensuit qu'on doit en reconnaître l'existence toutes les fois que le législateur a prescrit ces mêmes mesures d'intérêt général sans s'expliquer sur les servitudes elles-mêmes.

14. — Un arrêt antérieur encore avait jugé, par la même raison, qu'avant l'ordonnance qui doit fixer la délimitation des fortifications d'une place, le conseil de préfecture peut défendre d'élever des constructions, ou même ordonner la démolition de celles déjà existantes dans le rayon destiné à former l'esplanade d'un fort. — Cons. d'Et., 17 août 1825, Bazard, [P. adm. chr.]

15. — Il est d'ailleurs à remarquer, d'une part, que, la loi de 1851 et le décret de 1853 exigeant que le plan de circonscription soit joint au décret de classement, la difficulté ne peut plus s'élever qu'à l'égard des places de guerre dont la création ou le classement serait antérieur à ces actes; et, d'autre part, que le nombre des places dont la délimitation n'est pas opérée diminuant de jour en jour, la difficulté ne paraît guère plus susceptible de se présenter.

Section I.

De l'établissement du plan spécial de circonscription.

16. — Le terme de zones sert à désigner les polygones, intérieur et extérieur, qui, placés autour de toutes les places de guerre, postes militaires, ouvrages avancés ou citadelles, forment à une distance plus ou moins considérable, une véritable ceinture autour desdites places, et au sein desquels la nécessité du service de la place, d'une part, et d'autre part, la préoccupation de laisser toute liberté aux feux de l'artillerie, ont fait établir des servitudes différentes quant à leur nature.

17. — La loi du 17 juill. 1819, art. 2, 6 et s., avait tout d'abord décidé que, pour déterminer d'une manière certaine *l'étendue des zones, et par conséquent celle des servitudes*, il devait être procédé à un plan spécial de circonscription, lequel pouvait ne faire qu'un avec celui dressé pour le terrain militaire (Delalleau, n. 447 et s.). Ainsi, d'après cette législation, les distances fixées pour les servitudes étaient mesurées à partir du tracé tel qu'il se trouvait établi sur le terrain; or, ce tracé était quelquefois bien différent de celui qui figure sur le papier, à raison des difficultés qui entraînent des modifications en cours d'exécution. — Dufour, t. 7, n. 658.

18. — La même loi du 17 juill. 1819, art. 6, avait également prescrit sans exception le bornage des limites des servitudes imposées à la propriété en faveur de la défense. En conséquence, le Conseil d'Etat avait jugé que, du moment où ce bornage était réclamé comme mesure d'ordre et d'intérêt commun, il devait être effectué, sauf au ministre de la Guerre à déterminer, dans l'intérêt de la défense, la nature des bornes à planter. — Cons. d'Et., 11 oct. 1833, Ville de Verdun, [P. adm. chr.]

19. — L'ordonnance du 1er août 1821, intervenue en vertu de cette loi, avait décidé [illegible] (art. 32) qu'il y avait lieu à bornage, à l'établissement d'[illegible], de ceux déjà existants, toutes les [illegible] de construction de nouvelles places de guerre [illegible] donnée à ceux existants, [illegible] servitudes ou extension de celles déjà existantes.

20. — Aujourd'hui, les prescriptions à observer à cet égard sont moins strictes [illegible] la fortification varie en cours d'exécution, le tracé des zones reste néanmoins tel qu'il était sur le papier, quand même il devrait en résulter une diminution dans les distances réglementaires. A cet égard, l'art. 3, L. 10 juill. 1851, a ordonné que les projets de loi, présentés pour obtenir les crédits nécessaires à la construction ou à l'extension d'une place de guerre, fussent accompagnés d'un plan indiquant le tracé des zones de servitudes proposé par le ministre de la Guerre. Cette disposition a été reproduite dans l'art. 3, Décr. 10 août 1853, aux termes duquel (al. 4) « le décret de classement est accompagné d'un plan indiquant, avec le tracé de la fortification, les limites des terrains qui doivent être soumis aux servitudes ».

21. — En ce qui concerne le bornage des zones de servitudes et des polygones exceptionnels, la confection du plan et de l'état descriptif, la notification de ce plan, enfin la formation et le jugement des réclamations élevées par les intéressés contre ces réclamations, on suit les règles tracées par les art. 19, 20 et 21 du décret de 1853.

22. — Les *distances* fixées par l'art. 5 du décret, d'après les dispositions des lois des 8-10 juill. 1791 et 17-25 juill. 1819, pour la détermination des zones des servitudes, sont comptées à partir de la crête des parapets des chemins couverts les plus avancés ou des murs de clôture, lorsqu'il n'y a pas de chemins couverts, ou enfin, lorsqu'il n'y a ni chemins couverts, ni murs de clôture, à partir de la crête intérieure du parapet des ouvrages (L. 17 juill. 1819, art. 6 et 7; Décr. 10 août 1853, art. 17).

23. — La ville de Paris est soumise à un régime spécial. D'une part, en effet, la loi du 3 avr. 1841, en ordonnant la création d'un système de fortifications autour de Paris disposa, dans son art. 8, qu'il n'y aurait autour de cette ville qu'une seule zone de servitudes militaires de 250 mètres de largeur et que les règles applicables dans cette zone seraient celles régissant la première zone autour des places fortes ordinaires telles qu'elles sont édictées par la loi du 17 juill. 1819. En même temps la loi de 1841 disposa, dans son art. 7, que la ville de Paris ne pourrait être classée comme place forte que par une loi spéciale. Ces deux dispositions voisines ont été interprétées en ce sens : 1° que le régime ordinaire des servitudes militaires ne pourrait être appliqué à Paris tant que la loi spéciale classant cette ville parmi les places fortes ne serait pas intervenue; mais 2° que le régime spécial créé par l'art. 8 de la loi de 1841 serait applicable dès que les travaux de fortification seraient achevés et qu'un acte de l'autorité publique aurait déclaré que ce régime entrait en vigueur. La loi de 1851, classant les fortifications de Paris parmi les places autour desquelles s'appliquaient les servitudes, remplit le rôle de l'acte de l'autorité ainsi exigé. Et comme, depuis cette époque, la ville de Paris n'a pas été l'objet d'un classement régulier opéré par une loi spéciale, conformément au vœu de la loi de 1841, il se trouve que la capitale, au point de vue des servitudes militaires, est soumise à un régime particulier faisant exception au droit commun.

24. — Aussi est-il décidé d'une façon constante que le maintien des fortifications de Paris dans le tableau annexé à la loi du 10 juill. 1851 qui énumère les places de guerre et autres points fortifiés auxquels il y a lieu d'appliquer les servitudes militaires, bien qu'elle n'ait pas eu pour objet de classer la ville de Paris au nombre des places de guerre, a eu pour effet de rendre applicables, à partir de la promulgation de cette loi, les servitudes créées par l'art. 8, L. 3 avr. 1841. — Cons. d'Et., 24 juill. 1856, Trézel, [S. 57.2.389, P. adm. chr., D. 57.3.9] — Même date, 5 arrêts semblables; — 2 avr. 1857, Georges, [S. 58.2.220, P. adm. chr.]; — 8 août 1873, Quidor et Quintaine, [S. 75.2.222, P. adm. chr., D. 73.2.18]; — 18 mai 1877, Petit, [Leb. chr., p. 483]; — 4 juin 1886, Henrion et Roty, [Leb. chr., p. 494]; — 21 juin 1895, Boyer, [S. et P. 97.3.107, D. 96.5.434]; — 13 mars

1896, Thiébault et Jeannet, [Leb. chr., p. 261] — V. aussi *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 25.

25. — La situation de la ville de Paris étant mise à part, voici les règles générales de la matière : les distances sont mesurées sur les capitales de l'enceinte, des dehors et des ouvrages extérieurs. La *capitale* d'un ouvrage est la ligne qui passe par son saillant et par celui de son chemin couvert. Cette ligne, lorsque l'ouvrage a des proportions régulières, partage son angle saillant en deux angles égaux. On la suppose prolongée au dehors de la place et, sur ce prolongement, on compte les trois distances (V. *infra*, n. 58) de 250, 487, 974 mètres, pour les places, ou celles de 250, 487 et 584 mètres pour les postes. Les points extrêmes de ces distances sont fixés par des *bornes* qui, réunies de proche en proche par des lignes droites, servent de limites extérieures aux terrains soumis aux prohibitions respectivement déterminées pour ces deux distances. Ces mêmes bornes sont rattachées à des points fixes et rapportées sur le plan de circonscription (L. 17 juill. 1819, art. 6 et 8; Décr. 10 août 1853, art. 18).

26. — Ce mode de détermination des limites, qui consiste à mesurer les distances légales de circonscription extérieure sur les capitales de l'enceinte et des dehors des ouvrages fortifiés, est une innovation de la loi du 17 juill. 1819; cette loi, en effet, a substitué ce dernier système au mode prescrit par le décret de 1791, d'après lequel les limites des zones de circonscription étaient déterminées par les distances légales mesurées uniformément sur tous les points de l'enceinte, à partir de la crête des parapets des chemins couverts les plus avancés. D'après Allent (*Histoire du corps du génie*, 2e part. inéd., citée par Dalloz, *Rép.*, v° *Place de guerre*, n. 62), « dans le système établi par la loi de 1791, l'application uniforme de la distance limitait chaque zone de servitudes par des parallèles et des arcs de cercles dont la suite formait un polygone mixtiligne. La loi du 17 juill. 1819 y substitua un polygone rectiligne, que l'on détermine en mesurant la distance sur les capitales seulement. Ce polygone enveloppe vers les rentrants quelques terrains situés au delà de la distance; mais vers les saillants, il laisse en dehors des terrains que l'application rigoureuse de la distance eût soumis à la servitude ». — V. une application de cette idée, Cons. d'Et., 16 déc. 1835, Fourdin, [P. adm. chr.]

27. — Ainsi les capitales sur lesquelles sont prises les mesures ci-dessus sont choisies de manière que les lignes qui réunissent leurs extrémités forment les polygones les moins irréguliers possible, et que nulle part les limites ne se trouvent plus sensiblement rapprochées d'un point quelconque des chemins couverts, murs de clôture ou d'escarpes, ou crêtes intérieures de parapet, que ne l'exigent les distances respectivement fixées par la loi pour les trois limites (Décr. 10 août 1853, art. 18).

28. — Indépendamment des lignes qui, suivant la définition ci-dessus, divisent en deux parties égales les angles saillants d'un ouvrage, on peut encore, suivant les circonstances, considérer comme capitales : 1° celles qui réunissent ces angles saillants aux angles correspondants du chemin couvert; 2° celles qui partagent en deux portions égales les angles de la gorge d'une pièce de fortification ou les angles que cette gorge fait avec les parties littérales de l'ouvrage. Pour les ouvrages curvilignes et autres, qui n'ont pas de capitale, les distances peuvent être mesurées sur des perpendiculaires aux escarpes et aux lignes de feu ou de gorge (Décr. 10 août 1853, art. 18).

29. — Sur ce point encore, la loi de 1853 est plus précise que la législation antérieure. En désignant les capitales de l'enceinte et des dehors, l'art. 6 de la loi de 1819 ne prescrivait nullement de les employer toutes; la jurisprudence en avait conclu qu'il pouvait être fait un choix parmi les capitales et, considérant avec raison que l'objet de ce choix était de concilier les intérêts de la défense et ceux de la propriété, elle lui avait reconnu le caractère d'un acte d'administration, relevant seulement des attributions de l'autorité militaire chargée de dresser le plan de circonscription dont résultent ces limites. En conséquence, elle avait annulé des arrêtés de conseils de préfecture qui, au lieu de procéder à l'application matérielle des limites légales, s'étaient immiscés dans l'opération même du bornage, en modifiant le choix des capitales. — Cons. d'Et., 2 nov. 1832, Gellé-Piérard, [P. adm. chr.]; — 22 mars 1833, Crépin, [P. adm. chr.]

30. — L'art. 18 du décret de 1853 a fait cesser la difficulté : 1° en déterminant quelles lignes peuvent être considérées comme capitales; 2° en laissant le choix desdites capitales au ministre de la Guerre. — Cons. d'Et., 11 janv. 1862, Fort des Anglais à Alger, [Leb. chr., p. 25] — Mais le choix une fois opéré, il ne peut être produit de réclamations contre lui par la voie contentieuse. — Cons. d'Et., 2 nov. 1832, précité. — Dufour, t. 7, n. 661, *in fine*.

31. — Cependant, en pratique, il n'est pas toujours possible de se conformer à la recommandation faite par l'art. 18, c'est-à-dire de procéder de telle manière que les limites des zones ne se trouvent jamais en deçà des distances légales. En conséquence, bien que le décret de 1853 prescrive d'effectuer ce choix de manière à éviter, autant que possible, les irrégularités dans les périmètres des zones, certaines parcelles de terrains sont, en fait, frappées par les servitudes, quoique sises au delà des limites légales, ou, à l'inverse, exemptes, bien qu'en deçà, suivant qu'elles sont placées vis-à-vis des angles rentrants ou saillants des fortifications. — Dufour et Taudière, t. 4, n. 709.

32. — Il a été jugé, par suite, que les terrains compris dans la zone des servitudes de l'enceinte fortifiée de la ville de Paris doivent, alors d'ailleurs que cette zone a été mesurée conformément aux prescriptions de l'art. 8, L. 3 avr. 1841, être soumis auxdites servitudes, lors même qu'ils seraient distants de plus de 250 mètres de la crête des glacis. — Cons. d'Et., 8 févr. 1864, Chaudet, [S. 64.2.238, P. adm. chr., D. 66.5.353]

33. — Ce résultat fait voir quel prix les *propriétaires* doivent attacher à la *faculté qui leur appartient de suivre et de contrôler les opérations*, telles qu'elles sont définies dans les art. 19 et 20 du décret de 1853.

34. — Le chef du génie et l'ingénieur des ponts et chaussées, en présence du maire et de son adjoint, font procéder sur le terrain, aux frais du Gouvernement, contradictoirement avec les propriétaires intéressés, dûment appelés par voie d'affiches ou autres moyens de publication en usage, aux bornages des zones de servitudes et des polygones exceptionnels, conformément au plan arrêté par le ministre de la Guerre (art. 19, al. 1).

35. — Les bornes sont rattachées à des points fixes et rapportées sur un plan dit « de délimitation ». Ce plan est établi à l'échelle d'un cinq millième; mais on peut y annexer, pour les polygones exceptionnels, des plans particuliers à une plus grande échelle. Il ne donne, d'ailleurs, ainsi que ces derniers plans, que le tracé des limites et des points de repère (art. 19, al. 2 et 3).

36. — Sur l'invitation du chef du génie, les maires des communes doivent prêter appui à toutes les opérations relatives à la confection du plan spécial de circonscription et de l'état descriptif qui doit l'accompagner. En conséquence, ils doivent fournir aux agents de l'autorité militaire toutes les indications et tous les documents qui peuvent être réclamés (L. 17 juill. 1819, art. 6; Décr. 10 août 1853, art. 19). La présence du maire a pour but de faciliter aux agents de l'autorité militaire l'accès et l'entrée des propriétés privées, de mettre à leur portée les renseignements dont ils ont besoin sur les circonstances locales, et à leur disposition les documents des archives municipales; en même temps elle assure la représentation de l'intérêt communal à une opération dont l'influence sur l'établissement des voies de communications suburbaines et sur le développement des faubourgs peut l'affecter de la manière la plus grave. — Dufour, t. 7, n. 663.

37. — C'est aussi pour la sauvegarde de cet intérêt que le maire ou l'adjoint qui le remplace a, dans un intérêt communal, qualité pour assister à la vérification de la place, et faire consigner ses observations au procès-verbal de bornage dressé par le chef du génie et l'ingénieur des ponts et chaussées. A vrai dire, ce droit ne peut être exercé qu'au moment de la plantation des bornes et n'existe plus du tout s'il s'agit seulement, de la part du maire, de présenter ou de formuler les réclamations de tous ou de quelques-uns des propriétaires atteints par les servitudes. — Cons. d'Et., 11 oct. 1833, Ville de Verdun, [P. adm. chr.]

38. — L'art. 20 du décret de 1853 détermine comme il suit le mode d'après lequel ces réclamations doivent se produire : Le procès-verbal de bornage ainsi que le plan de délimitation et ses annexes sont déposés, pendant trois mois, à la mairie de la place ou du poste, pour que chacun puisse en prendre con-

naissance. Avis de ce dépôt est donné aux parties intéressées, par voie d'affiches ou autres moyens de publication en usage. Les parties intéressées ont trois mois, à dater de cet avis, pour se pourvoir devant le conseil de préfecture contre l'opération matérielle du bornage.

39. — Le principe de l'attribution de compétence faite au conseil de préfecture se trouvait dans l'art. 9, L. 17 juill. 1819, portant que si, dans les trois mois de ladite notification, les propriétaires intéressés réclament contre l'application des limites légales, il est statué à cet égard, sauf tout recours de droit, comme en matière de grande voirie, d'après une vérification faite sur les lieux par les ingénieurs civils et militaires. Il a été rappelé, dans les al. 3 et 4, art. 20, Décr. 10 août 1853, aux termes duquel « le conseil de préfecture statue, sauf recours au Conseil d'Etat, après avoir fait faire, au besoin, sur les lieux, les vérifications nécessaires. Les réclamants ont le droit d'être présents à ces vérifications, et doivent être dûment appelés. Ils peuvent s'y faire assister par un arpenteur, et leurs observations sont consignées au procès-verbal qui constate l'opération ».

40. — S'il s'agit des *limites extérieures*, comme l'application des servitudes n'entraîne aucun déplacement de propriété, l'intervention du conseil de préfecture est la seule garantie offerte aux propriétaires atteints, qui pourront discuter, devant cette juridiction, la régularité des opérations et des calculs. D'où il résulte, d'une part, que leur propriété est et demeure assujettie; d'autre part, bien que la base même des opérations échappe à leurs critiques, qu'il ne leur est pas interdit d'espérer qu'une discussion contradictoire puisse amener l'administration militaire à adopter, par exemple, dans le choix des capitales, ou au moyen de la formation d'un polygone exceptionnel, quelque modification conforme à leurs intérêts. — V. sur le principe de la compétence administrative, Trib. confl., 29 mars 1850, Miot, [S. 50.2.427, P. adm. chr.] — Cons. d'Et., 28 nov. 1834, Cauquil, [P. adm. chr.]

41. — S'il s'agit des *limites intérieures* de la rue militaire, comme la délimitation peut impliquer la solution de questions de propriété (V. *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 49 et s.), la compétence de la juridiction administrative ne se peut exercer que sous la réserve du renvoi aux tribunaux de l'ordre judiciaire, d'abord pour constater l'existence des droits de propriété privée; ensuite, pour statuer sur la fixation des indemnités s'il y a dépossession. — Cass., 19 août 1861, Colonna-Leca, [cité par Dufour, t. 7, n. 664] — Cons. d'Et., 24 oct. 1827, Bion, [P. adm. chr.]; — 9 juin 1830, Gauthier et Dubois, [P. adm. chr.]; — 14 déc. 1832, Levesque, [P. adm. chr.]; — 22 mars 1866, Vayson, [Leb. chr., p. 272]

42. — De cette règle que la question de propriété, qui doit se résoudre en une indemnité, ne peut être jugée par les tribunaux administratifs, il suit : 1° qu'un conseil de préfecture est sans compétence, soit pour confirmer un jugement des tribunaux, soit pour statuer entre l'Etat et un particulier, sur la propriété d'un terrain faisant partie des glacis d'une place de guerre; 2° que le Conseil d'Etat ne peut infirmer ce jugement si le conflit n'a pas été élevé par le préfet; 3° enfin qu'il n'y a de recours que par la voie judiciaire, s'il en est encore susceptible. — Cons. d'Et., 15 oct. 1826, Desescaux, [S. chr., P. adm. chr.]

43. — Au sujet de la discussion des opérations matérielles du bornage, il faut encore noter : 1° qu'une demande en rectification de ces opérations, régulièrement introduite devant le conseil de préfecture, suspend l'émission du décret d'homologation; et 2° que si ce décret intervient malgré l'instance pendante, ce conseil n'en conserve pas moins le droit d'ordonner la rectification. Jugé, à cet égard, que le conseil de préfecture, saisi de la demande régulièrement formée par un particulier en rectification des opérations de délimitation de la zone des servitudes d'une place de guerre, en ce qu'elles auraient indûment compris dans cette zone un terrain appartenant au réclamant, n'excède pas ses pouvoirs en ordonnant cette rectification, bien que, postérieurement à l'introduction de la demande, lesdites opérations aient été homologuées par un décret impérial. — Cons. d'Et., 8 févr. 1864, Chanudet, [S. 64.2.238, P. adm. chr., D. 66.5.353]

44. — Le Conseil d'Etat a, du reste, expressément décidé en cette matière qu'une réclamation régulièrement introduite dans le délai susdit de trois mois suspend l'émission du décret d'homologation, ou ses effets définitifs, si celui-ci est intervenu malgré l'instance pendante. Si, au contraire, il n'en est point formulé, le plan devient définitif et les servitudes s'appliquent strictement, si bien qu'un particulier, poursuivi pour avoir construit dans la première zone, n'éviterait pas la pénalité parce qu'il n'aurait pas reçu, conformément à l'art. 9 de la loi de 1819, notification individuelle des distances et des dimensions fixées : les mesures de publicité prescrites par les art. 19 et 20 du décret de 1853, ont remplacé celles de la loi de 1819. — Cons. d'Et., 27 juill. 1883, Amiel, [D. 84.5.388]

45. — Le recours prévu par l'art. 20 du décret de 1853 a été limité par le texte organique à « l'opération matérielle du bornage ». L'art. 9 de la loi de 1819 autorisait aussi le recours contre le procès-verbal, mais il ne le limitait pas aux opérations matérielles. On décidait néanmoins que les réclamations formées par les propriétaires intéressés devant le conseil de préfecture, en vertu de ce texte ne pouvaient concerner que l'application matérielle des limites légales et non point le plan de circonscription dont résultent ces limites et qui doit être rendu exécutoire par une ordonnance spéciale du chef de l'Etat. — Cons. d'Et., 22 mars 1833, Crepin, [P. adm. chr.]; — 22 mars 1833, Renard, [P. adm. chr.] — Cependant, quelle que soit l'autorité de ces précédents et la formule restrictive du décret de 1853, il semble, sous l'empire de ce dernier texte, qu'un recours serait également recevable s'il était basé sur une omission des formalités exigées par la loi, par exemple si le maire n'avait pas été convoqué pour assister au bornage, si le dépôt du plan à la mairie n'avait pas été effectué, si les publications n'avaient pas été faites, etc.

Section II.

De l'établissement du tableau et de l'état descriptif des constructions existantes.

46. — Pour la détermination des servitudes militaires, il faut, non seulement limiter le terrain sur lequel il sera interdit désormais de construire, mais encore établir un tableau, avec plan et état descriptif, des constructions existantes. Le décret du 20 août 1853 s'en occupe dans les art. 30 et s.

47. — Aussitôt après l'homologation du plan de délimitation des zones de servitudes, ou du plan de circonscription de la zone des fortifications, le chef du génie fait déposer à la mairie de la place un registre coté et paraphé par le directeur des fortifications. Ce registre est destiné à recevoir les déclarations des propriétaires. Ceux-ci doivent affirmer, d'une part, que leurs constructions existaient dans leur nature et leurs dimensions actuelles avant que le sol sur lequel elles se trouvent ne fût soumis aux servitudes défensives, et, de l'autre, qu'elles n'ont fait, depuis cette époque, l'objet d'aucune soumission de démolition sans indemnité. Le dépôt de ce registre est porté à la connaissance des propriétaires par trois publications, faites de mois en mois, dans les communes intéressées, à l'aide d'affiches ou autres modes de publication en usage dans la localité. La signature de chaque propriétaire est légalisée par le maire (Décr. 10 août 1853, art. 30).

48. — Des rapports sont dressés par des officiers du génie, d'après les titres produits par les déclarants et les documents que fournissent les archives de la place. Sur le vu de ces pièces, le ministre de la Guerre fait connaître s'il admet la priorité d'existence de la construction, ou s'il trouve que les pièces fournies sont insuffisantes ou inadmissibles pour établir la preuve de priorité. La décision du ministre est transcrite sur le registre, en regard ou à la suite des déclarations, et la transcription est certifiée par le chef du génie, qui en informe le propriétaire (art. 31).

49. — La décision ministérielle ainsi notifiée, si elle est favorable au propriétaire, lui sert de titre pour établir, en cas de poursuite, la préexistence des constructions; défavorable, elle ne fait pas obstacle à ce qu'il porte devant les tribunaux, seuls compétents pour la résoudre, la question de préexistence. — Cons. d'Et., 14 déc. 1823, Levesque, [P. adm. chr.] — C'est ce que reconnaît, d'ailleurs, l'art. 32 lui-même, en déclarant (al. 1) que « les particuliers, à l'égard desquels le ministre déclare les pièces insuffisantes ou inadmissibles, conservent le droit de fournir et de faire constater... la preuve de la priorité d'existence, en produisant, à cet effet, leurs titres devant les tribunaux ordinaires ».

50. — L'art. 32 dit même que les particuliers pourront introduire cette action à toute époque ». De droit commun, il faut, pour saisir les tribunaux, un intérêt né et actuel, et l'on aurait pu penser qu'en l'absence de poursuites de la part de l'Administration ou bien de prétention de la part du propriétaire d'exécuter des travaux tels que la préexistence les autorise, le débat n'eût pu être soulevé. En l'espèce, l'art. 32 paraît (V. Dufour, t. 7, n. 668) contenir une sorte d'engagement, de la part de l'Administration, de regarder la dénégation officielle du droit de propriété comme un trouble suffisant pour motiver l'action judiciaire.

51. — Celle-ci, le cas échéant, est instruite sommairement comme en matière domaniale; le département de la guerre y est représenté par un avoué, qui opère d'après les documents que lui transmet le directeur des fortifications (Décr. 10 août 1853, art. 32, al. 2). — Dufour, t. 7, n. 668, *in fine*.

52. — Le même art. 32 décide enfin que, lorsque, dans une contestation ainsi engagée, l'interprétation de titres administratifs devient nécessaire, « le conseil de préfecture statue sauf recours au Conseil d'État ». Cette règle ne peut être acceptée dans des termes aussi généraux : l'auteur du décret du 10 août 1853, chargé, par l'art. 8, L. 10 juill. 1851, de coordonner les dispositions de lois relatives aux servitudes, n'a pu et sans doute n'a rien voulu changer aux attributions appartenant, de droit commun, aux conseils de préfecture et à l'Administration quant à l'interprétation des titres et actes administratifs conformément à la maxime *Ejus est interpretari cujus est condere*. — Cass., 23 avr. 1845, Ville de Besançon, [P. 45.2.638, D. 45.1.270]

53. — Au demeurant, l'art. 32 lui-même fait une application de cette maxime, en déclarant que, si l'époque à laquelle remonte l'existence d'un ouvrage de fortification est contestée, elle sera déterminée par une déclaration du ministre de la Guerre dont la décision ne pourra être attaquée que devant le Conseil d'État. On sait qu'en pareil cas, la décision ministérielle constitue seulement l'expression d'une prétention, et que, si elle est contraire à celle de la partie qui plaide contre l'État, elle fait naître, pour cette dernière, le droit et l'intérêt à se pourvoir en interprétation. — Dufour, t. 7, n. 670.

54. — Le chef du génie fait indiquer, sur un plan pareil au plan de délimitation et de ses annexes, chacune des propriétés dont les constructions ont fait l'objet de déclarations acceptées par le ministre. Cette indication a lieu sans détail, mais porte un numéro d'ordre. Ce plan est fait en double expédition, l'une pour la mairie et l'autre pour le service militaire; il est complété chaque année, et signé tous les ans par le maire et par le chef du génie (Décr. de 1853, art. 33).

55. — Il est fait, en outre, par propriété, un plan parcellaire des constructions reconnues préexistantes et non soumissionnées, avec l'état descriptif de leur nature et de leurs dimensions. Ce plan et cet état sont rapportés, avec le numéro d'ordre, sur un registre tenu en double et signé par le maire et le chef du génie. Si l'une de ces constructions fait plus tard l'objet d'une soumission de démolition sans indemnité, cette circonstance est annotée sur le registre, et l'annotation est certifiée par le chef du génie et par le maire. Le conseil de préfecture prononce d'ailleurs, sauf recours au Conseil d'État, sur les réclamations auxquelles donnent lieu les plans parcellaires ou les états descriptifs, après avoir fait faire, par les ingénieurs civils et militaires, les vérifications qu'il juge nécessaires (Décr. 10 août 1853, art. 34).

CHAPITRE III.

DE LA NATURE ET DES EFFETS DES SERVITUDES MILITAIRES.

56. — En cette matière, où il s'agit de la conciliation des prérogatives de l'État et des besoins de la défense, d'une part, et, d'autre part, des intérêts et du droit de propriété des particuliers, nous étudierons : 1° les diverses catégories de servitudes; 2° les dérogations au régime de droit commun; 3° les hypothèses d'indemnité dues par l'État.

Section I.

Des diverses catégories de servitudes.

57. — Sous l'ancien régime, l'ordonnance royale du 9 déc. 1713 avait prohibé la construction d'édifices et de bâtiments autour des places de guerre dans un rayon de 250 toises au moins. Affichée et publiée dans toutes les places fortes du royaume, elle fut tenue, à l'époque moderne, comme exécutoire depuis cette publication. — Cons. d'Et., 11 févr. 1824, Bonnabel, [S. chr., P. adm. chr.]; — 4 mai 1825, Pirmez, [P. adm. chr.]; — 11 mai 1825, Coulon, [S. chr., P. adm. chr.]; — 15 juin 1825, Bonnabel, [S. chr., P. adm. chr.]; — 6 févr. 1828, Bonnabel, [P. adm. chr.]

58. — Actuellement les servitudes défensives autour de toutes les forteresses s'exercent sur les propriétés comprises dans toutes les zones, qui commencent toutes aux fortifications, et s'étendent à des distances différentes, la largeur de ces zones variant selon qu'il s'agit d'une place de guerre ou d'un poste militaire (Décr. 10 août 1853, art. 5; LL. 10 juill. 1791, tit. 1, art. 30 à 32; 17-25 juill. 1819, art. 4). De ces dispositions, il résulte : 1° que la première zone est comprise entre la crête du parapet du chemin couvert le plus avancé et un polygone tracé à 250 mètres de ce même point; 2° qu'à l'extrémité de cette zone commence la deuxième, qui finit à 487 mètres (250 toises) de la crête du parapet du chemin couvert et a, par conséquent, une largeur de 237 mètres; 3° qu'enfin la troisième zone commence toujours à 487 mètres de la crête du chemin couvert, qu'elle finit à 974 mètres (500 toises) de ce même point, s'il s'agit d'une place de guerre, et 584 mètres (300 toises) s'il s'agit d'un poste militaire; en sorte qu'elle a auprès des places une largeur de 487 mètres, et auprès des postes une largeur de 97 mètres seulement. — Delalleau, n. 157 et s.

59. — Lorsqu'il est possible de réduire cette étendue des zones de servitudes du côté de quelque centre important de population, sans compromettre la défense, ni porter atteinte aux intérêts du Trésor, cette réduction est prononcée par un décret inséré au *Bulletin des lois*, et, dès la réception de celui-ci, publié, par les soins du préfet, dans les communes intéressées (Décr. 10 août 1853, art. 6).

60. — En ce qui concerne, non plus les places et fortifications mêmes, mais les ouvrages détachés, dont la définition a été donnée *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 32 et 33, il est à remarquer que ces ouvrages ont sur leur pourtour, suivant leur degré d'importance et les localités, des rayons égaux soit aux rayons de l'enceinte des places et des ouvrages qui en dépendent immédiatement, soit à ceux des simples postes militaires (L. 17 juill. 1819, art. 5).

61. — Les ouvrages de défense fermés à la gorge, mais non tournés vers la ville, acquièrent, par l'ordonnance de classement, l'exercice des servitudes militaires. Dès lors, il y a lieu de leur appliquer ce qui sera dit ci-après quant à la démolition des constructions faites ou conservées dans le rayon desdites servitudes. — Cons. d'Et., 31 juill. 1843, Arnaud, [P. adm. chr.]

62. — Quant aux citadelles et aux châteaux, ils ont à l'extérieur les mêmes limites de prohibition que celles des places fortes dont les unes et les autres font partie (V. *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 59). Les limites de leurs esplanades du côté des villes peuvent cependant être réduites, selon les localités, sur la proposition du ministre de la Guerre (Ord. 1er août 1821, art. 6). A leur sujet, le Conseil d'État a considéré comme non avenu un arrêté du conseil de préfecture qui avait condamné un propriétaire à démolir des constructions élevées dans la zone de servitude d'une citadelle, alors que, depuis le pourvoi formé au Conseil d'État contre cet arrêté, une décision du ministre de la Guerre avait réduit la zone de ce château-fort et placé ainsi en dehors de toute servitude les constructions dont il s'agissait. — Cons. d'Et., 23 avr. 1837, Duportail, [S. 37.2.349, P. adm. chr.]

63. — C'est dans les limites de ces zones que la nécessité de débarrasser le voisinage des places fortes de toute construction susceptible de favoriser les attaques de l'ennemi a fait établir des servitudes défensives, que le décret du 10 août 1853 répartit en deux catégories : 1° servitudes relatives aux nouvelles constructions; 2° servitudes concernant les constructions existantes.

§ 1. *Servitudes relatives aux nouvelles constructions.*

64. — A. Dans la *première zone* des servitudes, c'est-à-dire dans l'étendue de 250 mètres autour des places de guerre de toutes classes et des postes militaires, il ne peut être bâti aucune maison, ni clôture de construction quelconque, à l'exception des clôtures en haies sèches ou en planches à claire-voie sans pans de bois ni maçonnerie; ces dernières peuvent, en effet, être établies librement entre ladite limite et celle du terrain militaire, mais à la condition de les démolir, sans indemnité, à la réquisition de l'autorité militaire (LL. 10 juill. 1791, tit. 1, art. 30, 31 et 32, 17 juill. 1819, art. 4; Ord. 1er août 1821, art. 1; Décr. 10 août 1853, art. 7). Cette législation est beaucoup plus onéreuse pour les propriétés que ne l'était celle résultant de l'ordonnance de 1713, qui, interdisant dans le rayon de 250 toises, les constructions en maçonnerie, autorisait, par cela même implicitement, les constructions en terre et en bois, à quelque proximité que ce fût de l'enceinte fortifiée.

65. — De ce fait que les prohibitions portées par la loi de 1819 et par l'art. 7 du décret de 1853 étaient déjà, pour la plupart, écrites dans l'ordonnance de 1713, il résulte que des propriétaires contre lesquels est poursuivie la démolition ne pourraient prétendre que leurs constructions sont antérieures à la loi du 17 juill. 1819 ou même à celle des 8-10 juill. 1791. — Cons. d'Et., 11 mai 1825, Coulon, [S. chr., P. adm. chr.]; — 15 juin 1825, Bonnefoy, [S. chr., P. adm. chr.] — Mais de ce que, moins sévère dans ses termes, l'ordonnance de 1713 n'interdisait que les constructions en maçonnerie, la question d'antériorité (pour la première et pour la deuxième zone) conserve, dans certains cas, un véritable intérêt.

66. — Toujours est-il que les termes de l'interdiction sont d'une généralité absolue. — Cons. d'Et., 27 juill. 1883, Amiel, [D. 84.5.388] — La jurisprudence ne peut que les appliquer et, en fait, les applique dans toute leur rigueur. Ainsi, un barrage établi dans un cours d'eau, a été considéré comme une construction, bien qu'on pût prétendre que le relief du sol n'avait pas été modifié. — Cons. d'Et., 5 févr. 1841, Roubo, [P. adm. chr.]

67. — Par application de ce même principe, il a été jugé que celui qui bâtit ou reconstruit une maison ou clôture de maçonnerie à une distance moindre de 250 mètres de la crête des parapets des chemins couverts, doit être condamné à les démolir à ses frais. — Cons. d'Et., 13 nov. 1835, Vidal, [P. adm. chr.]

68. — ... Même s'il allègue qu'il s'agit de reconstruction sur des fondations existantes. — Cons. d'Et., 4 nov. 1833, Martin, [P. adm. chr.]

69. — ... Ou encore que, d'après un ancien arrêt du Conseil (29 déc. 1790) rendu en faveur de ses auteurs, il pouvait élever de pareilles constructions : il va de soi qu'un titre privé ne peut déroger aux prohibitions prononcées par les lois de 1791 et 1819, les servitudes militaires étant d'utilité publique. — Cons. d'Et., 7 déc. 1832, Lecocq, [P. adm. chr.]

70. — Au surplus, l'exception prévue au texte, qui permet d'établir *seulement* des haies sèches ou des clôtures à claire-voie, précise, en l'aggravant, l'interdiction d'élever aucune construction, quelle qu'en soit l'importance ou l'ancienneté. En conséquence, l'interdiction a été déclarée applicable à une clôture en moellons sans liaison et sans mortier. — Cons. d'Et., 31 déc. 1838, Labbé, [P. adm. chr.]

71. — ... A un appentis couvert en ardoises et élevé sur piliers en bois garnis de planches. — Cons. d'Et., 8 juin 1832, Hennequin, [P. adm. chr.]; — 27 oct. 1837, Mollot, [P. adm. chr.]; — 4 janv. 1884, Guidi, [D. 85.3.88]

72. — ... Et même à de simples tringles en bois, posées sur une clôture à claire-voie, rendant les diverses parties de celle-ci solidaires et lui donnant le caractère de construction prohibée. — Cons. d'Et., 29 juin 1844, Orange, [P. adm. chr.]

73. — La sanction de la prohibition est extrêmement simple : les auteurs de pareils ouvrages sont à la discrétion de l'autorité militaire, qui peut les obliger à démolir ou tout au moins exiger qu'ils souscrivent l'engagement de démolir à première réquisition. Il s'ensuit qu'aucune autorisation émanée d'un officier du génie, d'un préfet ou d'un maire, ni même aucune délivrance d'alignement n'aurait d'effet pour les soustraire à cette nécessité (Dufour, t. 7, n. 640). La jurisprudence est, de longue date, et d'une manière [illegible], fixée en ce sens. — Cons. d'Et., 15 oct. 1826, [illegible], [S. chr., P. adm. chr.]; — 21 sept. 1827, Castre, [S. chr., P. adm. chr.]; — [illegible] 1829, [illegible] de [illegible], [P. adm. chr.]; — 19 août 1829, Roncin-Duval, [S. chr., P. adm. chr.]; — 9 juin 1830, Doré, [P. adm. chr.]; — 13 juin 1830, [illegible], [P. adm. chr.]; — [illegible] 1832, [illegible], [P. adm. chr.]; — 20 juill. 1832, [illegible], [P. adm. chr.]; — 20 mars 1835, [illegible], [P. adm. chr.]; — 2[illegible] 1837, [illegible], [P. adm. chr.]; — 31 déc. 1838, Labbé, [P. adm. chr.]; — 9 août 1889, Chevalier, [D. 91.5.390]

74. — D'autres arrêts, statuant dans des hypothèses particulièrement [illegible], ont même jugé que la démolition des constructions établies, dans le rayon de la première zone, par une ville classée comme ville de guerre, doit être ordonnée si la ville n'aime mieux souscrire la soumission de démolir ces constructions à la première réquisition de l'autorité militaire, encore que, d'autre part, l'ordonnance de classement eût [illegible] à racheter les terrains compris dans les anciennes fortifications et dont il n'était pas propriétaire, et, d'autre part, que ce rachat n'eût jamais été opéré. — Cons. d'Et., 6 août 1840, Ville de Carignan, [P. adm. chr.] et du même jour, 5 arrêts identiques.

75. — Au reste, les prohibitions afférentes à la première zone de servitudes ne portent pas seulement sur les constructions : les haies vives et les plantations d'arbres ou d'arbustes formant haies sont spécialement interdites (Décr. 10 août 1853, art. 7, § 2). La jurisprudence maintient cette interdiction de planter, dans la première zone, des haies vives, ou d'élever des ouvrages en bois mort entourés de bois vivaces semblables aux haies, dans des cas simplement où il s'agissait de renouveler des haies vives existant au moment de la promulgation de la loi du 17 juill. 1819 et de l'ordonnance du 1er août 1821, aujourd'hui abrogée par le décret du 10 août 1853. — Cons. d'Et., 3 mai 1837, Cuvelier, [P. adm. chr.]; — 24 mai 1889, Favril, [Leb. chr., p. [illegible]] — Foucart, *Droit administratif*, t. 2, n. 47 et s.

76. — Cependant l'administration militaire n'a jamais prétendu défendre la plantation d'arbres isolés qui peuvent devenir une ressource importante, en cas de siège, pour les palissades et les blindages. — Dufour, t. 7, n. 636.

77. — Dans le même ordre d'idées, une clôture composée de roseaux jointifs reliés par un fil de fer sans pans de bois, ni maçonnerie, a été assimilée à une haie sèche, et son établissement a été, de ce chef, déclaré libre dans la première zone. — Cons. d'Et., 6 mars 1885, Aubry, [D. 86.5.32]

78. — Enfin, au delà de la première zone jusqu'à la limite de la deuxième, il est, dit l'art. 8, Décr. 10 août 1853, également interdit, autour des places de la première série, d'exécuter aucune construction quelconque en maçonnerie ou en *pisé*. L'art. 31, tit. 1, L. 8-10 juill. 1791, disait seulement qu'il serait permis d'élever des bâtiments et clôtures *en bois et en terre*; ce qui avait fait naître la question de savoir si l'on ne pouvait pas se servir de *pisé* ou terre desséchée, soutenue par une carcasse en bois. Le Conseil d'Etat s'était prononcé par l'affirmative. — Cons. d'Et., 31 juill. 1843, Bonnier, [S. 43.2.598, P. adm. chr.] — Jousselin, t. 1, p. 100 et s. — Le décret de 1853 est venu adopter et consacrer l'opinion contraire. Mais Dufour (t. 7, n. 638, *in fine*) enseigne que cette disposition, qui ne peut s'appuyer sur aucun texte législatif n'a pas d'autre autorité que celle d'une interprétation doctrinale émise par l'Administration et susceptible d'être, au besoin, combattue par les intéressés.

79. — En l'état, il suffirait, pour que la prohibition du texte s'appliquât, que les travaux exécutés dans la deuxième zone de servitudes définitives d'une place de guerre de première classe constituassent une œuvre nouvelle, et ne pussent être considérés comme de simples réparations. — Cons. d'Et., 27 nov. 1835, Defontaine, [P. adm. chr.]

80. — B. Les servitudes sont moins rigoureuses à l'égard des *places de la deuxième série* et des postes militaires. Aux termes du même art. 8 du décret de 1853, il est permis d'élever des constructions en bois et en terre, sans y employer de pierres ni de briques, même de chaux ni de plâtre, autrement qu'en crépissage, et à la charge de les démolir immédiatement, et d'enlever les décombres et matériaux, sans indemnité, à la première réquisition de l'autorité militaire, dans le cas où la place, déclarée en état de guerre, serait menacée d'hostilités. Dans la même étendue, il est permis, tout autour des places de la deuxième série

et des postes militaires, d'élever des constructions quelconques; mais, au cas où ces places et postes sont déclarés en état de guerre, les démolitions qui sont jugées nécessaires n'entraînent aucune indemnité pour les propriétaires (V. LL. 8-10 juill. 1791, tit. 1, art. 31; 17-25 juill. 1819, art. 4 et s.).

81. — C. Dans la *troisième zone de servitudes* des places et des postes, il ne peut être fait aucun chemin, aucune levée ni chaussée, aucun exhaussement de terrain, aucune fouille ou excavation, aucune exploitation de carrière, aucune construction au-dessous du niveau du sol, avec ou sans maçonnerie, enfin aucun dépôt de matériaux ou autres objets, sans que leur alignement et leur position n'aient été concertés avec les officiers du génie, et que, d'après ce concert, le ministre de la Guerre n'ait déterminé ou fait déterminer par un décret les conditions auxquelles les travaux doivent être assujettis dans chaque cas particulier, afin de concilier les intérêts de la défense avec ceux de l'industrie, de l'agriculture et du commerce (L. 8-10 juill. 1791, tit. 1, art. 29; Décr. 10 août 1853, art. 9). — Delalleau, n. 231.

82. — Rien ne peut suppléer à l'intervention de l'autorité militaire préposée à l'intérêt de la défense. La circonstance même qu'un travail aurait eu pour but de réparer un dommage indûment causé par l'Etat ne servirait pas d'excuse, le cas échéant : le fait dommageable, s'il ouvre un droit à indemnité, n'autorise pas à modifier l'état et le relief de la zone assujettie.

83. — Jugé, en conséquence, que le fait, par un particulier, d'avoir, dans la troisième zone des servitudes d'une place de guerre, construit, sans autorisation, un aqueduc pour l'écoulement des eaux d'un bâtiment, lors même que l'Administration aurait supprimé un égout collecteur par lequel lesdites eaux s'écoulaient précédemment, constitue une contravention, punissable d'amende, sauf au contrevenant à réclamer une indemnité. — Cons. d'Et., 22 avr. 1868, Potié, [S. 69.2.158, P. adm. chr.] — V. Cons. d'Et., 9 avr. 1849, Ville de Dax, [S. 49.2.442, P. adm. chr.]

84. — Par la même raison, le ministre de la Guerre peut, sans excès de pouvoir, refuser l'autorisation d'établir des remblais et des dépôts permanents de charbons sur des terrains compris dans la zone des servitudes militaires autour de la ville de Paris, s'il estime que la création de ces remblais et dépôts présenterait des dangers en cas de siège de la place. — Cons. d'Et., 7 avr. 1865, Compagnie des magasins généraux de Bercy, [S. 66.2.37, P. adm. chr., D. 68.3.90]

85. — ... Ou encore celle d'exploiter à ciel ouvert une carrière souterraine dans la zone des servitudes militaires des fortifications de Paris. — Cons. d'Et., 26 nov. 1869, Avenard, [Leb. chr., p. 926]

86. — Dans la même étendue, les *décombres* provenant des bâtisses et autres travaux quelconques ne peuvent être déposés que dans les lieux indiqués par les officiers du génie (LL. 8-10 juill. 1791, tit. 1, art. 34; Décr. 10 août 1853, art. 9, al. 2). — V. Cons. d'Et., 6 mai 1898, Delalande-Sacristain, [D. 99.3. 91]

87. — Ainsi tombent sous la prohibition légale : le fait par un propriétaire, dans le rayon prohibé, sans autorisation des agents de l'autorité militaire, de remblayer, au moyen de terres ou de décombres, une crique située le long de sa propriété, ou encore établir une rampe ou remblai pour accéder à la route qui confine son héritage. — Cons. d'Et., 6 avr. 1836, Bachelet, [P. adm. chr.]

88. — ... Le placement momentané de bois de menuiserie, ou bien encore les dépôts de briques, de houilles et de cendres, prohibés dans les zones de servitudes. — Cons. d'Et., 28 juill. 1824, Leleu, [S. chr., P. adm. chr.]; — 3 nov. 1835, Fisson, [P. adm. chr.]; — 20 déc. 1836, Nel, [P. adm. chr.]

89. — ... Lors même que les dépôts de matériaux seraient faits dans l'intérêt des villes et pour faire disparaître des causes d'insalubrité. — Cons. d'Et., 10 juill. 1833, Ville de Sedan, [P. adm. chr.]; — 6 avr. 1836, Bachelet, [P. adm. chr.]

90. — Et l'on objecterait vainement à cet égard, que l'Administration, en autorisant la création d'une gare, aurait implicitement autorisé le dépôt des marchandises le long de cette gare. — Cons. d'Et., 18 nov. 1869, Canal Saint-Denis, [Leb. chr., p. 895]

91. — Mais il a été jugé aussi que le propriétaire d'un terrain situé dans la zone des servitudes militaires de la place de Paris et sur lequel avait été établi en 1862, avec l'autorisation du ministre de la Guerre, un dépôt de bois qui, en fait, n'a pas cessé d'exister depuis, malgré l'ordre donné, le 27 août 1870, par le gouverneur de Paris, en vue de l'investissement, de faire démolir les maisons et couverts de toute nature aux abords de la place, ne commet aucune contravention en maintenant sur son terrain le dépôt litigieux sans s'être pourvu d'une autorisation nouvelle. — Cons. d'Et., 12 déc. 1873 (deux arrêts), Roty et Debain, [Leb. chr., p. 941]

92. — Il va sans dire que les prohibitions dont il vient d'être parlé s'appliquent *a fortiori* aux terrains militaires intérieurs, et ce, d'autant mieux que les particuliers n'ont sur ce terrain aucune espèce de droits. — Cons. d'Et., 10 juill. 1833, précité; — 13 nov. 1835, Fisson, [P. adm. chr.]; — 2 juill. 1836, Poitet, [Leb. chr., p. 373]; — 25 févr. 1841, Ville de Besançon, [P. adm. chr.]

93. — Seuls sont exceptés de la prohibition dans l'étendue des zones de servitudes, et à plus forte raison sur le terrain militaire, les dépôts de détritus susceptibles de servir d'engrais aux terres, et dont les particuliers ne doivent éprouver aucune gêne, pourvu qu'ils évitent de les entasser. Encore y a-t-il lieu de remarquer que ce n'est pas à tous les engrais que s'applique l'exception introduite en faveur de l'agriculture, mais seulement aux détritus propres à servir d'engrais. — Cons. d'Et., 25 août 1835, Montgrard, [P. adm. chr.] — V. *suprà*, n. 86. — Ainsi les dépôts de plâtre, de sable, de charbon et de cendres fossiles pourraient n'être pas tolérés, bien que toutes ces matières soient susceptibles de servir à l'amélioration des terres cultivables. Il appartient donc au service du génie d'appliquer avec discernement des prohibitions quelquefois utiles à maintenir, mais le plus souvent sans aucun intérêt : un refus de l'autorité locale ne laisserait donc d'autre ressource qu'un recours au ministre de la Guerre, par voie administrative. — Dufour, t. 7, n. 641.

94. — Enfin dans la même zone il est défendu d'exécuter aucune opération de topographie sans le consentement de l'autorité militaire; mais ce consentement ne peut être refusé lorsqu'il ne s'agit que d'opérations relatives à l'arpentage des propriétés (L. 8-10 juill. 1791, tit. 1, art. 41; Décr. 9 août 1853, art. 9, *in fine*).

95. — Cette défense d'exécuter des opérations de topographie sur le terrain, sans l'aveu de l'autorité militaire, a été reproduite, par le décret de 1853, de la loi des 8-10 juill. 1791, tit. 1, art. 41, qui déclarait que les contrevenants seraient « arrêtés et jugés conformément aux lois à décréter sur cet objet ». En tout cas, il ne résulte aucune servitude de la défense inscrite dans l'un et l'autre texte : tous deux n'édictent qu'une mesure de police (Delalleau, n. 215). Et leur prescription est observée, dès lors que les propriétaires, désireux de faire arpenter leurs terrains, préviennent l'autorité militaire du jour et de l'heure à laquelle cette opération doit avoir lieu.

96. — Deux observations doivent, en terminant, être faites, qui ont une portée générale : la première, c'est que l'exécution de la loi, en ce qui concerne les prohibitions ci-dessus énoncées, est indépendante de toute question de propriété. — Cons. d'Et., 25 févr. 1841, précité.

97. — La deuxième est relative au sens qu'il convient d'attacher à la rédaction de l'art. 9 du décret de 1853; celle-ci pourrait faire croire, au premier abord, que les prohibitions du décret ne s'appliquent que dans la troisième zone, et qu'elles cessent, au contraire, d'exister dans les zones les plus rapprochées de la place. Il n'en est pas ainsi. Cet ordre de prescription grève toute l'étendue de la zone des servitudes, depuis les fortifications jusqu'à ses limites les plus reculées. La rédaction de la loi de 1791, plus claire à cet égard, fait mieux comprendre la volonté du législateur en disant (art. 29) qu'il ne sera fait aucun chemin, ni creusé aucun fossé, dans l'étendue de 500 toises autour des places. Ainsi les servitudes de la deuxième zone sont à plus forte raison applicables dans la première, et celles de la troisième dans les deux autres : plus on se rapproche du corps de la place, plus il importe, en effet, que les abords soient nivelés et ne présentent aucune élévation ou excavation qui puisse dérober la vue de l'ennemi. — Dufour, t. 7, p. 643.

§ 2. *Servitudes concernant les constructions existantes.*

98. — Par rapport aux constructions existantes dans les zones de prohibition avant l'établissement des servitudes militaires, le

législateur s'est montré moins rigoureux qu'à l'égard des constructions nouvelles : étant donné qu'il existe, pour ainsi dire, une sorte de droit acquis au profit des propriétaires, il n'exige pas la démolition immédiate des constructions, qu'il se contente de soumettre à des dispositions particulières. Il est, au surplus, à remarquer que ces constructions sont, — au même titre que celles élevées postérieurement à l'établissement des servitudes, — susceptibles d'être, en cas de guerre, démolies par l'autorité militaire; cependant il existe entre les deux sortes de constructions cette différence que les premières seules donnent lieu, en cas de démolition pour la défense de la place, au paiement d'une indemnité.

99. — Mais ce droit de l'autorité militaire d'imposer au propriétaire la démolition étant mis à part, le droit du propriétaire de conserver sa construction peut être invoqué par tous ceux qui en ont la jouissance. On en a tiré cette double conséquence : d'une part, qu'il est opposable, après déclassement de la fortification, soit à l'Etat dont celle-ci dépend désormais au titre du domaine privé, soit à l'acquéreur auquel l'Etat l'a cédée, alors que le démantèlement n'a nécessité la démolition, ni du mur de soutènement de rempart adjugé, ni des constructions litigieuses appuyées audit mur; — et, d'autre part, que l'adjudicataire du mur de rempart ne peut imposer au propriétaire du bâtiment appuyé sur une muraille de fortification, ni l'acquisition de la mitoyenneté du mur, ni, au cas de refus, la démolition du bâtiment. — Douai, 9 avr. 1900, Sauvage, [D. 1901.2.175]

100. — Pour faciliter l'observation de cette règle et le fonctionnement de ce régime de tolérance, l'art. 8, L. 17 juill. 1819, §§ 2 et 3, avait prescrit que le plan de circonscription contînt, sans exception, toutes les bâtisses existant, à la date de sa confection, dans les zones de servitudes, et fût régulièrement tenu au courant de toutes celles élevées postérieurement par suite d'autorisations, tandis qu'il devait, à toute époque, être accompagné d'un état descriptif notifié aux parties intéressées. En fait, ces dispositions présentaient des inconvénients, que signala le général en chef du génie dans un rapport adressé, le 14 janv. 1851, au ministre de la Guerre : « Cette dernière prescription, y est-il dit, détruisait les effets de l'homologation; car il est évident que ce plan perdait le caractère d'authenticité que l'homologation était destinée à lui assurer, du moment qu'on était obligé de le surcharger, pour y rapporter de nouvelles constructions ». Elles ont été, en conséquence, abrogées par l'art. 8, L. 10 juill. 1851 : il suffit donc aujourd'hui de rapporter sur le plan les constructions antérieures à l'établissement des servitudes et donnant droit à une indemnité en cas de démolition. — Sur les règles établies par les art. 30 et s. du décret de 1853 : 1° quant au mode de confection du plan et de l'état descriptif; 2° quant aux formes à suivre pour établir la priorité d'existence des constructions; 3° quant à la juridiction appelée à statuer sur les difficultés, V. *suprà*, n. 46 et s.

101. — Ainsi, toute construction quelconque, quelle que soit d'ailleurs sa situation dans l'une ou l'autre des deux zones extérieures des servitudes, ou par rapport à l'alignement de la rue militaire, peut être conservée et entretenue dans son état actuel, si le propriétaire fournit la preuve de l'antériorité d'existence de son immeuble. Ladite preuve est toujours à la charge des propriétaires.

102. — Cette preuve consiste à établir : 1° Pour les bâtisses extérieures, que ladite construction existait, dans sa nature et ses dimensions actuelles, avant la publication de l'ordonnance du 9 déc. 1713, ou qu'à l'époque de son érection elle se trouvait à plus de 487 mètres de l'un des points fixés par l'art. 12 ci-dessus. C'est ce qui résultait déjà de l'ordonnance de 1821, art. 29. Ce qui a fait décider que le propriétaire d'une maison bâtie sur le terrain soumis aux servitudes militaires ne la peut conserver et ne peut y faire aucune réparation, lorsqu'il ne prouve pas que sa maison existait antérieurement à l'ordonnance de 1713. — Cons. d'Et., 14 déc. 1832, Levesque, [P. adm. chr.] — V. Cons. d'Et., 7 nov. 1834, Gauthier, [P. adm. chr.]

103. — 2° Pour les bâtisses intérieures, que ladite construction existait avant la publication de la loi du 10 juill. 1791, qui a prescrit l'établissement de la rue militaire parallèlement au pied du talus du rempart ou du parement intérieur du parapet ou mur de clôture (art. 29).

104. — La conservation, autorisée comme il vient d'être dit, des maisons existantes avant l'établissement des servitudes est, à l'ordinaire, une simple tolérance. Cela signifie qu'elle ne confère aucun droit : d'abord, si ces constructions sont démolies, pour quelque cause que ce soit, il n'est permis à leurs propriétaires de les reconstruire qu'en se conformant aux règles qui régissent la propriété privée dans l'étendue des zones de prohibition; à l'inverse, les propriétaires peuvent conserver les établissements qu'ils possèdent dans la zone des servitudes militaires, à la seule condition de ne leur faire subir aucune modification. Cette double règle est contenue dans l'art. 10, Décr. 10 août 1853, aux termes duquel « les reconstructions totales de maisons, clôtures et autres bâtisses, sont soumises aux mêmes prohibitions que les constructions neuves, quelle qu'ait pu ou que puisse être la cause de la destruction. Les restaurations de bâtiments, clôtures et autres ouvrages tombant par vétusté ou pour une cause quelconque, constituent des reconstructions totales, lors même qu'on voudrait, dans ces restaurations, conserver quelques parties des anciennes constructions ». Ce texte, dont la première partie reproduit les termes du § 2, art. 1, Ord. 1er août 1821, a motivé, de la part des intéressés, de nombreuses réclamations au sujet desquelles le Conseil d'État a été appelé à se prononcer.

105. — Il a été jugé, d'une manière générale, que la loi, en défendant les constructions dans un rayon déterminé autour des places de guerre, n'a pas distingué la reconstruction totale d'une construction neuve, ni la démolition volontaire de celle opérée par une autre cause, et n'a pas eu égard non plus au rapport que la nouvelle construction peut avoir avec l'ancienne, en dimension et en solidité : on dirait en vain que la construction nouvelle est la même que celle qui existait. — Cons. d'Et., 4 juill. 1837, Legall-Kerven, [P. adm. chr.] — Même date, Mayer-Cerf, [P. adm. chr.]

106. — ... Que si les travaux exécutés constituent, non pas une simple réparation, mais une consolidation de la propriété opérée sans autorisation, la démolition doit en être ordonnée, si mieux n'aime le contrevenant se soumettre à les détruire à la première réquisition de l'autorité militaire. — Cons. d'Et., 30 nov. 1832, Gibou, [P. adm. chr.]

107. — ... D'une manière spéciale, que la prohibition s'applique : à la substitution d'une maison en pièces de bois, chevillées pour être démontées facilement, à des ouvrages en maçonnerie, encore que ladite maison fût située dans une excavation profonde, hors des feux des remparts. — Cons. d'Et., 4 juill. 1837, Lebrun, [S. 37.2.500, P. adm. chr.]

108. — ... A la construction, dans les limites de la zone de la place de Paris, et sans autorisation, soit d'une baraque en planches et d'un abri en voliges avec papier goudronné, soit d'un abri en planches jointives adossé à une baraque autorisée. — Cons. d'Et., 14 févr. 1890, Houssin, [S. et P. 92.3.68] — V. Cons. d'Et., 16 nov. 1894, Kremer, [S. et P. 96.3.138]

109. — ... A la construction de fourneaux, cuviers et voûtes en maçonnerie, dans les bâtiments d'un établissement industriel situé dans la première zone des servitudes militaires. — Cons. d'Et., 30 juill. 1840, Rampal, [Leb. chr., p. 279]

110. — ... Au rétablissement de la couverture d'un moulin en forme de terrasse, ainsi qu'à la reconstruction et à l'exhaussement d'un des murs de face de ce moulin et du mur de clôture de la propriété dont il dépend. — Cons. d'Et., 27 avr. 1847, Leandri, [P. adm. chr.]

111. — ... A la reconstruction en maçonnerie des moellons et mortiers de chaux des parties en pisé des façades d'une écurie. — Cons. d'Et., 1er juin 1849, Mac-Auliffe, [P. adm. chr.]

112. — ... Ou bien encore à la réparation, non autorisée par l'Administration, des cloisons en briques d'un hangar en planches situé dans la première zone des servitudes militaires d'un port. — Cons. d'Et., 16 nov. 1888, Branchero, [Leb. chr., p. 846] — V. Cons. d'Et., 9 nov. 1888, demoiselle Lannier, [Leb. chr., p. 816]

113. — ... Au rétablissement dans leur ancien état des constructions (en l'espèce, loge en maçonnerie et mur de clôture) établies dans la première zone des servitudes d'une place forte, qui avaient été rasées à une certaine distance du sol par ordre de l'autorité militaire. — Cons. d'Et., 9 juill. 1875, Balland, [Leb. chr., p. 679]

114. — ... A la consolidation, au moyen de solives, de la

terrasse menaçant ruine d'un bâtiment situé dans la première zone des servitudes militaires d'une place. — Cons. d'Et., 19 juill. 1889, Froget, [D. 91.5.398]

115. — ... Au fait, par le propriétaire d'une carrière située dans la zone des servitudes militaires, d'y pratiquer sans autorisation un travail d'excavation ou de percement alors cependant que cette carrière était en exploitation avant l'établissement de ces servitudes. — Cons. d'Et., 25 mai 1878, Bouchet, [S. 80.2.64, P. adm. chr., D. 78.3.32]

116. — Cependant la permission donnée de continuer l'exploitation d'une carrière de terre glaise dans la zone des fortifications a pu comprendre implicitement le maintien de certains appareils qui fonctionnaient pour l'exploitation et n'avaient pas le caractère d'ouvrages fixes et permanents, étant toujours bien entendu que cette permission n'a pu avoir pour effet d'autoriser la reconstruction des bâtiments en maçonnerie. — Cons. d'Et., 7 av. 1865, Mortier, [Leb. chr., p. 427]; — 3 août 1866, Mortier, [Leb. chr., p. 925]

117. — A ce même sujet, il fut jugé avant le décret du 11 août 1853, et sous l'empire de la loi du 17 juill. 1819 (art. 13) et de l'ordonnance du 1er août 1821 (art. 1), que le fait d'avoir ajouté à une construction élevée dans la zone des servitudes militaires d'une place de guerre, des embellissements ou accessoires non prévus par l'autorisation, ne constitue une contravention qu'autant que ces embellissements ont eu pour effet de consolider ou surélever la construction et d'en changer le caractère. — Cons. d'Et., 6 mai 1853, Hausmaennel, [S. 54.2.76, P. adm. chr., D. 54.3.85]

117 *bis*. — Au surplus, le législateur lui-même, celui de l'ordonnance de 1821 (art. 25) comme celui de 1853 (art. 11 et 12), a fixé les conditions auxquelles il entendait maintenir aux propriétaires d'établissements situés dans la zone des servitudes militaires la faculté de les conserver. Il les a, d'ailleurs, fixées différemment, pour les bâtisses en bois ou en bois et terre, et pour les bâtisses en maçonnerie.

118. — Les *bâtisses en bois ou en bois et terre* existant dans la limite de 487 mètres ne peuvent être entretenues dans leur état actuel qu'autant qu'il n'est apporté aucun changement dans leurs formes et leurs dimensions, et sous les restrictions expresses : 1° que les matériaux de réparation et de reconstruction partielle sont de même nature que ceux précédemment mis en œuvre; 2° que la masse des constructions existantes n'est point accrue (art. 11).

119. — La disposition qui précède s'applique aussi, pour les places de la deuxième série et des postes militaires, aux *constructions en maçonnerie* situées au delà de la première zone, jusqu'à la limite de 487 mètres. Les bâtisses en maçonnerie situées dans la zone de 250 mètres des places et des postes, ou dans celle de 487 mètres des places de la première série, ne peuvent être entretenues librement, dans leur état actuel, qu'à la charge expresse de les soumettre aux restrictions mentionnées à l'art. 11, et de ne faire en outre aucun des travaux de la nature de ceux qui sont légalement prohibés en matière de voirie, c'est-à-dire de reprises en sous-œuvre, de grosses réparations et autres travaux confortatifs, soit à leurs fondations ou à leur rez-de-chaussée, s'il s'agit de bâtiments d'habitation; soit pour les simples clôtures, jusqu'à moitié de leur hauteur, mesurée sur leur parement extérieur; soit, pour toutes les autres constructions, jusqu'à 3 mètres au-dessus du sol extérieur. Ces derniers travaux ne peuvent être exécutés qu'autant que le propriétaire fournit la preuve que la bâtisse existait, dans sa nature et ses dimensions actuelles, antérieurement à l'époque de l'établissement des servitudes dont elle est grevée, ou justifie qu'elle a déjà fait l'objet d'un engagement de démolition sans indemnité, pour le cas prévu à l'art. 8, ou, enfin, à défaut de l'une ou de l'autre de ces justifications, souscrit préalablement l'engagement dont il s'agit (art. 12).

120. — Sous l'empire de l'ordonnance de 1821, il fut jugé que les constructions élevées dans l'intervalle de la loi de 1819 à ladite ordonnance de 1821 étaient soumises aux règles établies par cette ordonnance; le motif en était pris de ce que, celle-ci n'ayant été rendue que pour l'exécution de la loi de 1819, il ne pouvait être question de la règle de non-rétroactivité. — Cons. d'Et., 7 déc. 1825, Pichard, [P. adm. chr.] — Il y a lieu d'étendre cette solution, *mutatis mutandis*, à l'application de la loi de 1851 et du décret de 1853.

121. — La double prohibition rapportée (V. *suprà*, n. 118, 119 est générale, et s'applique à toute espèce de modifications aux constructions existantes, auraient-elles simplement pour objet d'en diminuer l'étendue ou la hauteur. Ainsi, quant à l'étendue, la réparation d'un bâtiment situé dans un rayon militaire et la transformation d'une masure couverte en planches, avec l'autorisation du génie militaire, en un bâtiment couvert en ardoise a été assimilée à une reconstruction, encore que, par cette transformation, la hauteur de la masure eût été considérablement abaissée. — Cons. d'Et., 7 déc. 1825, précité.

122. — Et il ne suffirait pas, au propriétaire contrevenant, pour éviter la répression par lui encourue, d'invoquer notamment cette circonstance que la maison construite sur son terrain situé dans la première zone des servitudes militaires d'une place de guerre, aurait remplacé une autre construction plus considérable, — ou cette autre raison que d'autres propriétés subsistantes seraient plus nuisibles à la place que la nouvelle construction. C'est tout au plus, si, le cas échéant, pourrait être ordonnée la fixation de polygones exceptionnels. — Cons. d'Et., 16 août 1832, Lebrun, [P. adm. chr.]

123. — Quant à la hauteur, l'exhaussement opéré sans autorisation préalable, même en charpente, des murs d'une maison située dans la première zone des servitudes militaires, ne peut être non plus considéré comme une simple réparation; il constitue une contravention. — Cons. d'Et., 16 août 1832, Sabine, [P. adm. chr.] — V. Cons. d'Et., 24 déc. 1844, Mayer-Lipmann, [P. adm. chr., D. 45.3.80]

124. — Au surplus, les lois et règlements relatifs aux servitudes militaires, en défendant d'une manière absolue les exhaussements des bâtisses existantes, n'ont fait aucune distinction relativement aux dimensions de l'exhaussement exécuté : celui-ci est donc interdit, même s'il est fait au moyen de montants en bois pour la réparation de la toiture de la maison, et présenté comme servant uniquement à garantir de la pluie et non à consolider. — Cons. d'Et., 4 juill. 1837, Sabine, [S. 37.2.501, P. adm. chr.]; et du même jour, Lagal-Kervan, [P. adm. chr.]

125. — Quant à la portée de ces règles, Delalleau (p. 262) pense qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte pour les changements de distribution intérieure des bâtiments. Cette solution nous paraît pouvoir être acceptée, sous cette réserve que, dans les cloisons et constructions intérieures, soit observée la prescription de l'art. 13, § 4, du décret de 1853 (V. *infrà*, n. 130 et 131).

126. — Les termes du décret de 1853 doivent être entendus dans un sens restrictif. C'est ainsi qu'il a été jugé que lorsqu'un propriétaire a été autorisé à rétablir dans leur état primitif certaines constructions élevées avant la guerre de 1870 dans la première zone des servitudes défensives de Paris, et détruites en 1870 par ordre de l'autorité militaire, et que les travaux à effectuer ont été énoncés en termes limitatifs dans la soumission souscrite en vertu de la décision qui les autorisait, ce propriétaire ne peut, en dehors d'une permission nouvelle, et sans risquer d'être condamné à l'amende et à la démolition, reconstruire d'autres ouvrages en maçonnerie qui auraient péri accidentellement, postérieurement à l'autorisation donnée. — Cons. d'Et., 6 juill. 1877, Desportes, [Leb. chr., p. 671]

127. — Le Conseil d'Etat a même jugé que la prohibition de construire ou réparer des bâtiments dans la première zone (à Paris dans la zone unique) subsiste, quelle que soit la cause du dommage subi par ces immeubles, et lors même qu'il proviendrait du fait de l'autorité militaire, sauf au propriétaire intéressé à réclamer, s'il y a lieu, une indemnité en raison du préjudice causé par cette destruction. — Cons. d'Et., 8 août 1873, (3 arrêts), Quidor-Quintaine et Lemaire [S. 75.1.222, P. adm. chr., D. 74.3.18]; — 18 mai 1877, Petit, [Leb. chr., p. 483]

Section II.

Des dérogations au régime de droit commun : autorisations générales et permissions spéciales.

128. — Nous avons dit (*suprà*, n. 8, et *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 20 et 85) que l'esprit de la législation actuelle en la matière est, sans dépasser les limites des besoins de la défense, d'exonérer le plus possible la propriété privée des charges

qui la grèvent du chef des servitudes défensives. Il a été noté aussi (V. *supra*, v° *Places de guerre*) que, dans le même but, beaucoup de places ont été déclassées et que le Gouvernement peut réduire l'étendue de la zone militaire, des esplanades et même des zones de servitudes. C'est en obéissant à la même idée que le législateur permet de lever, dans les conditions que nous avons maintenant à faire connaître les prohibitions légales ci-dessus étudiées. La législation a, sur ce point, constamment suivi une marche progressive.

129. — Après avoir prohibé toute espèce de constructions dans la distance de 250 toises, l'art. 30, tit. 1, L. 8-10 juill. 1791, ajoutait que le ministre de la Guerre pourrait déroger à cette disposition pour permettre la construction de moulins et autres semblables usines, à condition que lesdites usines ne seraient composées que d'un rez-de-chaussée, et à charge par les propriétaires de ne recevoir aucune indemnité pour démolition en cas de guerre. Le décret du 9 déc. 1811, art. 9, ajouta cette condition que l'utilité publique en devait être constatée dans des formes spéciales. Cette tolérance fut ensuite étendue par la loi de 1819, art. 3, à toute espèce de bâtiments et de clôtures, situés hors des places ou postes, ou sur l'esplanade des citadelles, lorsqu'il n'en devait résulter aucun inconvénient pour la défense, sauf le droit pour le Gouvernement de fixer discrétionnairement des conditions relatives soit à la nature des matériaux, soit à la dimension des constructions. Les art. 7 et s., Ord. de 1821, qui réglaient le mode d'exécution de cette disposition, ont été remplacés par les art. 13 et s., Décr. de 1853.

130. — Aux termes de cette législation, peuvent être exécutés dans les zones de servitudes, par exception aux prohibitions dont nous avons parlé : 1° au delà de la première zone des places et des postes, les socles en maçonnerie ou en pierre, isolés ou servant de base à d'autres constructions, et ne dépassant pas $0^{m},50$ en hauteur et en épaisseur ; 2° les fours de boulangerie et les fourneaux ordinaires de petites dimensions nécessaires dans les bâtiments d'habitation; 3° les cheminées ordinaires en briques ou en moellons dans les pignons et les refends des mêmes bâtiments construits en bois ou en bois et terre, pourvu que la largeur de la maçonnerie n'excède pas $1^{m},50$ pour chaque pignon et chaque refend, et qu'on se conforme, en outre, aux usages locaux, tant pour les dimensions que pour la nature des matériaux ; 4° les cloisons légères de distribution : en bois à l'intérieur des bâtisses construites en bois et terre, couvertes et fermées de tous côtés; en plâtre ou en briques de champ, dans les mêmes constructions en maçonnerie; dans aucun cas, leur épaisseur ne peut dépasser $0^{m},08$, tout compris; 5° le remplacement des couvertures en chaume ou en bardeaux par des couvertures légères en ardoises ou en zinc, et même en tuiles, pourvu qu'il ne soit point apporté de changement à la forme de la toiture; 6° les murs de soutènement adossés au terrain naturel, sur toute la hauteur, sans déblais ni remblais créant des couverts ou augmentant ceux qui existent; 7° au delà de la première zone, les caves, les citernes et les autres excavations couvertes, pratiquées au-dessous du sol, que le directeur des fortifications juge sans inconvénient pour la défense; 8° enfin, les puits avec margelle de $0^{m},80$ au plus de hauteur (art. 13).

131. — Sont également tolérés à la charge de démolition de la totalité de la construction, sans indemnité, dans le cas prévu à l'art. 8 : 1° les reculements, exigés par le service de la voirie, d'une façade ou d'un pignon dépendant d'une construction couverte, pourvu qu'on emploie dans cette opération des matériaux de même nature que ceux précédemment mis en œuvre; 2° les ponts en bois sur les fossés ou sur les cours d'eau non navigables ni flottables, quand leur tablier ne s'élève pas de plus de $0^{m},50$ au-dessus du sol, sur chaque rive; 3° enfin, les baraques en bois, mobiles sur roulettes, ayant au plus 2 mètres de côté et $2^{m},50$ de hauteur de faîtage extérieurement, et susceptibles d'être traînées par deux hommes, sont permises, à la condition de n'en établir qu'une seule par propriété, et de prendre l'engagement de l'enlever, en toute circonstance, à la première réquisition de l'autorité militaire (art. 13, *in fine*).

132. — Par application de ces dispositions de faveur, il a été jugé que l'art. 13, Décr. 10 août 1853, qui, par exception, autorise l'établissement dans les bâtisses en bois et en terre construites à l'intérieur de la zone de servitudes militaires, de cloisons légères de distribution en bois ne dépassant pas $0^{m},08$ d'épaisseur, tout compris, a entendu soumettre à ce maximum d'épaisseur les poteaux et plafonds comme les autres cloisons. — Cons. d'Ét., 30 janv. 1862, Durand, [D. 63.3.70]

133. — ... Que des voitures sur essieux et roues en fer, même réunies ensemble pour servir de débit de boissons, ne constituent pas de ces baraques en bois mobiles qui ne peuvent être établies dans cette zone qu'à la condition de remplir les conditions limitatives de l'art. 13 du décret de 1853 ; par suite, elles peuvent y être installées sans autorisation, quelles qu'en soient les dimensions. — Cons. d'Ét., 4 janv. 1884, Gallé, [D. 85.3.88]

134. — Les moulins et autres semblables usines en bois ou en maçonnerie peuvent être exceptionnellement autorisés par le ministre de la Guerre dans les zones de prohibition, à la condition de n'être élevés que d'un rez-de-chaussée, et qu'en cas de guerre il ne sera accordé aucune indemnité pour démolition. La permission ne peut, toutefois, être accordée qu'autant que le chef du génie, l'ingénieur des ponts et chaussées et le maire ont reconnu, de concert, et par un procès-verbal, que l'usine est d'utilité publique, et que son emplacement est déterminé par quelque circonstance locale qui ne se peut rencontrer ailleurs. Elle n'est valable qu'en ce qui concerne le service militaire, et ne dispense pas de l'accomplissement des formalités à remplir vis-à-vis des autres administrations publiques et des tiers intéressés (Décr. 10 août 1853, art. 14).

135. — Il est à remarquer, d'ailleurs, que la permission du ministre de la Guerre ne préjuge rien sur ce que l'usine pourrait avoir de contraire au service de la navigation, ou des ponts et chaussées, aux droits acquis des propriétaires, et généralement à tout autre intérêt étranger au département de la guerre. — Circ. du dir. gén. des ponts et chaussées, 30 janv. 1822. — De Gérando, t. 2, p. 294.

136. — Le ministre de la Guerre peut aussi, suivant les localités et les besoins de la défense, autoriser, à la condition de démolition sans indemnité, dans le cas prévu à l'art. 8, la clôture des cimetières situés dans les zones de prohibition : 1° par des murs en maçonnerie ou en terre, lesquels, à moins de circonstances particulières, ne devront avoir au maximum que $2^{m},50$ d'élévation au-dessus du sol et $0^{m},50$, au plus, d'épaisseur à la base; 2° par des grilles en fer ou des clôtures en bois pleines ou à claire-voie, avec ou sans socles, soutenues de distance en distance à l'aide de poteaux en bois ou de piliers en maçonnerie de $0^{m},50$ au plus de côté, lesquels seront espacés d'au moins 4 mètres d'axe en axe. Dans les clôtures à claire-voie en bois, les lattis seront distants entre eux de manière à laisser au moins autant de vide que de plein (Décr. 10 août 1853, art. 16).

137. — Le ministre de la Guerre peut aussi permettre à l'intérieur des cimetières, aux conditions qu'il juge convenables dans l'intérêt de la défense, et toujours sous la condition précitée de démolition sans indemnité : 1° la construction de bâtiments de service de petites dimensions; 2° l'exécution de monuments, tombeaux et autres signes funéraires. Ces autorisations particulières ne sont pas, d'ailleurs, nécessaires lorsqu'il s'agit : 1° de caveaux dont la maçonnerie ne s'élève pas à plus de $0^{m},50$ au-dessus du sol ; 2° de pierres tumulaires horizontales ne dépassant pas cette même hauteur de $0^{m},50$; 3° de pierres d'inscription verticales ou pyramidales, de colonnes sépulcrales et d'urnes funéraires ou autres petits monuments de toute forme en maçonnerie, n'ayant au maximum que $1^{m},50$ d'élévation, socle compris, et $0^{m},50$ d'épaisseur; 4° de grilles ou de balustrades d'entourage en bois ou en fer, avec ou sans socle, de $1^{m},50$ au plus d'élévation totale. Il ne peut être établi de cimetières, dans la zone de servitude de 487 mètres, avant que le ministre de la Guerre n'ait été consulté, au point de vue des intérêts de la défense, sur le choix de l'emplacement proposé (Même art.).

138. — Sous l'empire de la loi de 1819 (art. 3), un plan spécial devait être fait des terrains auxquels l'exception pouvait s'appliquer, et aucune autorisation ne pouvait être accordée, ni avant la confection de ce plan, ni hors de ses limites après qu'il avait été dressé. Sous la Restauration, une décision royale du 22 mars 1827 (D. *Rép.*, v° *Places de guerre*, n. 99) autorisa le ministre à accorder des permissions avant l'homologation du plan, par le motif que, ce plan spécial de circonscription devant comprendre l'ensemble des démarcations légales et exceptionnelles, les opérations du bornage auraient entraîné des lenteurs préjudiciables à la propriété privée s'il avait fallu ajourner les autorisations de construire jusqu'à l'époque où elles auraient été terminées. M. Delalleau (*op. cit.*, n. 312, 430) soutient à ce sujet que les

autorisations accordées dans de telles circonstances sont illégales, mais que toute difficulté pourrait être évitée par l'homologation séparée du plan des polygones exceptionnels. Cette opinion, sans nul doute rigoureusement exacte, serait peu équitable : l'Administration serait apparemment mal venue à se fonder sur l'illégalité de ses actes pour atteindre celui qui, sur la foi de l'autorisation obtenue, se serait livré à certaines dépenses de construction. La double formalité de la confection et de l'homologation du plan spécial paraît aujourd'hui surabondante, depuis que le décret de 1853 a autorisé, sous les conditions susdites, la construction des moulins et usines « dans toute l'étendue des zones de servitudes ».

139. — En tout cas, lorsqu'une esplanade a été réduite par décision ministérielle, conformément à la décision royale du 27 mars 1827, les propriétés situées dans le terrain d'exception ne sont pas pour cela affranchies de toute servitude : des constructions peuvent sans doute y être élevées, mais seulement à titre de tolérance. Un conseil de préfecture ne peut donc ajourner la démolition des constructions ainsi indûment faites, jusqu'à la promulgation de l'ordonnance qui doit fixer la réduction de l'esplanade de cette place de guerre : il doit ordonner la démolition immédiate, si mieux n'aime le contrevenant faire la soumission de les démolir à la première réquisition de l'autorité militaire. — Cons. d'Et., 15 oct. 1830, Hospices de Sedan, [P. adm. chr.]; — 26 déc. 1830, Villette-Gridaine, [P. adm. chr.]

140. — S'agissant, en second lieu, des travaux à exécuter dans les zones des servitudes militaires, ils sont divisés par les art. 26 et 27, Décr. 10 août 1853, en deux catégories comprenant : l'une, les travaux qui sont l'objet d'une autorisation générale et peuvent être entrepris après une simple déclaration faite au chef du génie; l'autre, les travaux pour lesquels une permission est nécessaire.

141. — Aux termes de l'art. 26, les travaux qui sont l'objet d'une *autorisation générale* (art. 7, 8, 11, 12, 13 et 24) ne peuvent être entrepris, même ceux de simple entretien, qu'après que la déclaration en a été faite au chef du génie. Cette déclaration est accompagnée d'une soumission de démolition sans indemnité dans les circonstances prévues à l'art. 8, lorsqu'il s'agit : 1° de bâtisses en bois au delà de la limite de la première zone, pour toutes les places et tous les postes (art. 8); 2° de bâtisses en maçonnerie au delà de la même limite, pour les places de la deuxième série et les postes militaires (art. 8); 3° de travaux confortatifs et de grosses réparations légalement prohibées en matière de grande voirie, aux bâtisses en maçonnerie situées dans la zone de 250 mètres de places et de postes, ou dans celle de 487 mètres de places de la première série, lorsque la construction n'a pas déjà fait l'objet d'une soumission, ou que le propriétaire ne peut prouver qu'elle existait antérieurement à l'établissement des servitudes dont elle est grevée (art. 12); 4° des mêmes travaux dans les mêmes conditions, pour les constructions ou portions de constructions qui empiètent sur les limites de la rue militaire (art. 24); 5° de reculement de façade ou de pignon par mesure de voirie (art. 13); 6° de ponts en bois sur les fossés et cours d'eau non navigables ni flottables (art. 13). Par exception, les dépôts d'engrais ainsi que les dépôts de décombres dans les endroits désignés d'avance par le chef du génie, et les caveaux et signes funéraires de petites dimensions énoncés à l'art. 16, ne sont soumis à aucune formalités. Enfin, les baraques mobiles en bois donnent lieu à une soumission de démolir en toute circonstance et sans indemnité (art. 13).

142. — Il y aurait donc contravention dans l'exécution de travaux entrepris dans les limites de la première et de la deuxième zone, si le locataire qui les a exécutés avait fait la déclaration accompagnée de la soumission de démolir sans indemnité prescrite par l'art. 26, signée de lui, mais n'y avait pas joint une semblable soumission signée du propriétaire. — Cons. d'Et., 4 août 1862, Levet, [P. adm. chr.]

143. — D'après l'art. 27 du décret de 1853, nuls travaux nécessitant une *permission spéciale* (art. 9, 14, 15 et 16) ne peuvent être commencés qu'après l'accomplissement des formalités suivantes : 1° production d'une demande sur papier timbré indiquant l'espèce des travaux, la position et les principales dimensions de la construction, ainsi que la nature des matériaux ; 2° permission du directeur des fortifications énonçant les conditions auxquelles elle est accordée lorsqu'il s'agit de constructions comprises dans un polygone exceptionnel ; et dans les autres cas, permission du ministre ; 3° soumission par laquelle le propriétaire s'engage à remplir les conditions imposées, et à démolir sa construction sans indemnité, dans le cas prévu à l'art. 8.

144. — Suivant l'art. 28, l'effet des soumissions concernant les servitudes défensives, qui doivent être faites en double, subsiste indéfiniment, sans qu'il soit besoin de les renouveler. Lorsqu'il s'agit de travaux à des bâtisses existantes, la soumission s'étend à la totalité de la construction, et non pas seulement à la partie réparée ou améliorée. La signature du soumissionnaire doit être légalisée par le maire, et celle du maire par le sous-préfet ou le préfet. Une expédition des soumissions souscrites est envoyée au ministère de la Guerre; l'autre reste déposée au bureau du génie de la place.

145. — L'art. 29, enfin, ordonne que, dans les vingt-quatre heures suivant l'accomplissement des diverses formalités ci-dessus prescrites, le chef du génie délivre à la partie intéressée, pour le cas de permission spéciale, une copie certifiée de l'autorisation accordée, contenant l'énoncé des clauses et des conditions imposées, et, pour le cas d'autorisation générale, un certificat constatant que toutes les formalités exigées ont été remplies. Toute permission spéciale dont il n'a point été fait usage dans le délai d'un an, à partir de la date du certificat délivré, est considérée comme nulle et non avenue.

146. — L'application de ces articles ne soulève point de difficulté. Il y a lieu seulement de faire observer qu'en cette matière, l'autorisation doit toujours être expresse et ne peut jamais être tacite. — Cons. d'Et., 3 déc. 1846, Salasc, [D. 47.3.67]; — 9 août 1889, Chevalier, [Leb. chr., p. 981]

SECTION III.

Des indemnités extraordinairement dues par l'État aux propriétaires riverains du terrain militaire.

147. — Il a été expliqué *suprà*, v° *Places de guerre*, n. 85, comment le législateur, cédant à la préoccupation de concilier l'intérêt national et les besoins de la défense avec les intérêts particuliers et les droits des propriétaires riverains des places de guerre, a reconnu à ceux-ci le bénéfice de la paisible jouissance, jusqu'à démolition volontaire ou accidentelle des maisons, bâtiments et clôtures dépendant du terrain militaire, et le droit à l'obtention d'une indemnité, à raison de la dépossession, démolition d'édifice ou privation de jouissance, ou bien encore pour les dommages causés aux propriétés par suite de la mise en état de défense d'une place de guerre. Nous avons dit également (*eod. verb.*, n. 100 et s.) que seuls, ceux des propriétaires qui, *en dehors de toute servitude*, souffrent de dommages résultant du voisinage des places de guerre bénéficient du droit à indemnité. Nous avons à examiner maintenant le point de savoir si, quels que soient les inconvénients résultant, pour ces propriétaires, des travaux exécutés par l'Etat pour la défense du territoire, il y a ou non lieu à indemnité, tant que la propriété reste intacte.

148. — Cette question fut agitée, mais non résolue par le Conseil d'Etat en 1832. — Cons. d'Et., 15 juin 1832, Labrosse, [P. adm. chr.] — Lors de la discussion de la loi du 30 mars 1831, sur l'expropriation ou l'occupation temporaire en cas d'urgence pour travaux de fortifications, on proposa, sur l'art. 11 de cette loi, un amendement ayant pour objet de faire accorder une pareille indemnité. M. Allent, commissaire du Roi, fit remarquer que la loi en discussion, ayant pour objet de modifier la loi du 8 mars 1810, était étrangère à la loi du 17 juill. 1819; que, l'amendement proposé se rattachant à cette dernière loi, il était étranger à la loi présentée, et que d'ailleurs, il était impossible d'adopter la proposition avant d'avoir calculé la dépense qu'entraîneraient les indemnités de dépréciation. L'amendement fut donc rejeté. D'où Duvergier (*Collect. des lois*, sur l'art. 11, L. 30 mars 1831) conclut « qu'il n'était pas reconnu en principe qu'une indemnité fût due à raison des servitudes imposées aux propriétés environnant les places de guerre »; l'ordonnance du 1er août 1821, art. 45 et s., n'attribuait, dit-il, d'indemnité qu'au cas de dépossession, démolition et privation de jouissance; après quoi, posant la question de savoir si les servitudes *non ædificandi*, et le dommage qui résulte du seul voisinage des places de guerre, ne doivent pas donner lieu à indemnité, il ajoute

« que c'était une question délicate que la jurisprudence parait avoir résolue négativement ». Depuis cette époque la question a encore été agitée, et elle a été résolue différemment par les auteurs.

149. — En faveur du droit à indemnité, on a fait observer que chacun doit également contribuer aux charges de l'Etat; qu'il serait inique que les propriétaires des terrains situés dans les différentes zones des places fortes supportassent seuls l'effet des travaux exécutés dans l'intérêt du pays tout entier. On ajoute que l'Etat est ici dans la même position que dans le cas d'expropriation d'un fonds pour cause d'utilité publique. — Duvergier, *Collect. des lois*, sur l'art. 8, L. 3 avr. 1841, t. 41, p. 71 et s.; Foucart, *Leçons de droit administratif*, t. 1, p. 242; Caudaveine et Théry, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, p. 299 et 300; Clamageran, *Revue pratique de droit*, 1856, p. 399; de Gérando, *Cours de droit administratif*, t. 4, p. 359; Demolombe, t. 9, n. 569 et 570; Pardessus, *Servitudes*, n. 136.

150. — Cependant une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence s'est arrêtée à l'opinion contraire, et soutient que les propriétaires de terrains qui se trouvent grevés de servitudes militaires, par suite de la construction d'un fort ou d'autres ouvrages de guerre, n'ont droit à aucune indemnité pour la dépréciation causée à leurs propriétés par l'établissement de ces servitudes, en dehors des cas de dépossession, de démolition, d'occupation et d'inondation prévus par les lois des 8-10 juill. 1791, 17 juill. 1819, 10 juill. 1851, et par le décret du 10 août 1853. D'où il suit que si le ministre en accorde, c'est une faveur d'équité, si bien qu'il n'y aurait pas lieu de se pourvoir à cet égard par la voie contentieuse. — Cons. d'Et., 22 nov. 1836, Guerlin-Houel, [Leb. chr., p. 456]; — 31 déc. 1844, Arnoud, [S. 45.2.312, P. chr., D. 45.3.100]; — 10 janv. 1856, André, [S. 56.2.653, P. adm. chr.]; — 5 févr. 1857, Holker, [S. 57.2.778, P. adm. chr., D. 58.2.272]; — Même date, de Bleville, [D. 57.3.74] — Proudhon, *Domaine public*, n. 322; de Cormenin, *Questions de droit administratif*, t. 2, p. 223; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Expropriation pour utilité publique*, n. 18; Gillon, *Commentaire sur la loi du 30 mars 1831*, introduction; Cabantous, *Droit administratif*, n. 362, *in fine*. — V. aussi Discussion au Corps législatif, séance du 19 mai 1857, *Moniteur* du 21, p. 559.

151. — ... Alors surtout que les demandes d'indemnité ne seraient fondées que sur la crainte d'un danger éventuel. — Cons. d'Et., 18 févr. 1836, de Narbonne-Lara, [P. adm. chr.]; — 4 janv. 1878, Berminet, [S. 79.2.343, P. adm. chr.] — Aucoc, *Conférences sur le dr. adm.*, t. 2, n. 729.

152. — Il a été jugé à cet égard que les servitudes militaires, n'emportant la dépossession d'aucune partie des immeubles qui en sont grevés, ne constituent pas une expropriation dans le sens de la loi du 3 mai 1841 et de l'art. 545, C. civ., et que, dès lors, l'application desdites servitudes n'est pas subordonnée au paiement préalable d'une indemnité égale à la dépréciation subie par les immeubles qui y sont soumis. — Cons. d'Et., 24 juill. 1856, Trézel, [S. 57.2.389, P. adm. chr., D. 57.3.10]

153. — ... Qu'un propriétaire partiellement exproprié pour l'exécution d'ouvrages de guerre n'a pas droit à une indemnité en raison de la dépréciation causée à la portion de la propriété qui lui reste par les servitudes militaires dont elle se trouve grevée : le motif en est qu'il n'est dû aucune indemnité, sauf les cas expressément prévus par les lois. Il faut donc admettre, pour le cas où une partie seulement de terrains est expropriée pour cause d'utilité publique, que l'indemnité due aux propriétaires doit être restreinte à la partie expropriée. — Cass., 27 déc. 1869 (sol. impl.), Arrazat, [S. 70.1.216, P. 70.534, D. 70.1.419]

154. — Ces décisions s'expliquent sans peine. L'application de la servitude à un terrain où il n'y a que des cultures ne prive le propriétaire que de la faculté d'y faire des choses qui n'existent pas encore; par suite, elle n'engendre aucun droit à indemnité; car le propriétaire n'éprouve aucun préjudice né ou actuel (Arg. par *a contrario*). — Cons. d'Et., 10 févr. 1882, Smith, [S. 84.3.8, P. adm. chr.] — Il est privé de la faculté d'ouvrir une carrière, par exemple; mais il n'aurait peut-être jamais usé de cette faculté. Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de carrières ouvertes et exploitées avant l'établissement des servitudes militaires; le propriétaire ne peut pas jouir de son bien comme précédemment, il peut y avoir privation d'industrie. On comprend dès lors qu'en pareille hypothèse, l'immunité de l'Etat n'existe plus et qu'un droit à indemnité s'ouvre pour le propriétaire intéressé : cette idée a été très-nettement indiquée dans la discussion de la loi du 15 juil. 1845 sur les chemins de fer. « Lorsque la servitude, dit le comte Daru à la Chambre des pairs, a pour effet seulement la privation d'une faculté dont on pourrait user, mais dont on n'use pas, la limitation de l'exercice du droit de propriété en principe, mais sans application directe à une chose déjà existante, il n'est dû aucune indemnité, aux termes de notre législation. Au contraire, toutes les fois qu'il y a suppression d'un droit acquis, d'une valeur matérielle, aux termes de notre Charte, il est dû réparation du dommage causé » (Chambre des députés, séance du 3 avr. 1844 : *Moniteur* du 4 avril, p. 840).

155. — En conséquence, il a été jugé que le préjudice résultant de l'interdiction de continuer l'exploitation d'une carrière située dans la zone des servitudes militaires d'une place de guerre est de nature à ouvrir un droit à indemnité, alors que l'exploitation avait commencé antérieurement au classement de cette place. — Cons. d'Et., 24 mars 1899, Favril et Flacon, [S. et P. 1901.3.107, D. 1900.3.77] — V. pour des solutions analogues en matière de tirs militaires, *suprà*, v° *Champ de manœuvres et de tir*, n. 8 et s.

156. — En ce qui concerne le *règlement des indemnités* aux cas exceptionnels où il en est dû, il n'est rien de très-spécial, en dehors de particularités relatives, d'une part, aux conditions dans lesquelles la demande doit être formée, et, d'autre part, à l'autorité qui en doit être saisie.

157. — L'action en paiement d'une indemnité ne peut être exercée que par chacune des parties : un maire n'a donc point qualité pour réclamer en faveur de la masse des propriétaires le paiement de l'indemnité qui peut leur être due par suite de bornage. — Cons. d'Et., 11 oct. 1833, Ville de Verdun, [P. adm. chr.]

158. — Les pertes mobilières et immobilières, invoquées à l'appui de la demande, doivent être constatées par une expertise contradictoire. — Cons. d'Et., 6 déc. 1820, Guevel, [S. chr., P. adm. chr.]; — 4 févr. 1824, Habitants de Soissons, [P. adm. chr.] — L'arrêt du 6 déc. 1820, précité, doit être remarqué comme ayant mis en un relief plus particulier l'importance du caractère contradictoire de l'expertise : il a déclaré le ministre de la Guerre mal fondé à prétendre réduire la fixation faite lors de cette expertise, alors qu'il n'avait pas ordonné une seconde vérification en temps utile et que l'état des lieux ayant été depuis dénaturé, il était impossible de faire procéder à une nouvelle expertise d'une manière légale et contradictoire.

159. — La réclamation doit, à peine d'être rejetée, être accompagnée de la justification par les réclamants du dépôt de leurs titres en temps utile. — Cons. d'Et., 12 nov. 1823, Cavarri, [P. adm. chr.] — Cette justification faite par le certificat d'un maire ayant depuis longtemps cessé ses fonctions serait insuffisante. — Cons. d'Et., 26 août 1824, Desgranges, [P. adm. chr.] — Elle résulterait, au contraire, suffisamment du dépôt en temps utile du procès-verbal de l'estimation de l'indemnité, abstraction faite de cette circonstance que ce procès-verbal fut après coup rectifié par des procès-verbaux déposés seulement après l'expiration des délais. — Cons. d'Et., 15 juin 1825, Bonnabel, [S. chr., P. adm. chr.]

160. — Au point de vue des délais, elle doit, à peine de déchéance aussi, être présentée dans les délais fixées par l'art. 5, L. fin., 25 mars 1817 (six mois).

161. — La détermination de l'autorité compétente pour connaître des demandes tendant à faire condamner l'Etat au paiement d'une indemnité a prêté à quelques difficultés, d'autant mieux que, pour tout le contentieux auquel donne lieu l'application des servitudes militaires, il n'y a ni règle générale, ni juridiction unique. D'après le décret du 10 août 1853, rendu en exécution de la loi du 10 juill. 1851, le conseil de préfecture est compétent pour statuer sur les réclamations des propriétaires contre l'application des limites légales des zones de servitudes à leurs propriétés (art. 20), et sur les contraventions, telles que celles résultant de constructions (art. 44 et 48). Les art. 36 et 37 du même décret portent qu'en cas de cession à l'Etat de propriétés privées par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou de privation de jouissance par suite d'exécution de travaux de fortification ou de défense, l'indemnité est réglée en conformité des règles posées par les lois des 16 sept. 1807, 30 mars 1831 et 3 mai 1841. Ce sont là des dispositions qui ne sauraient être étendues à toutes les contestations. Aussi la jurisprudence a-t-elle décidé qu'en l'absence de texte spécial, la

demande d'indemnité doit être présentée devant le ministre, à qui, en règle générale, il appartient, sauf recours au Conseil d'Etat, de statuer sur les demandes en indemnité dirigées contre l'Etat, à raison de préjudices provenant de faits se rattachant à l'exécution de services publics. — V. *supra*, v^is *Champ de manœuvres et de tir*, n. 20 et 21; *Dettes et créances de l'Etat*, n. 230 et s.

162. — Jugé que la demande en indemnité formée par des particuliers pour dommages résultant, soit de la prohibition de bâtir dans le rayon d'une place de guerre, soit de la prohibition de pousser au delà de certaines limites les travaux d'extraction d'une carrière, doit être portée devant le ministre; alors même qu'il s'agit de terrains qui n'ont été grevés de servitudes militaires que par suite de l'extension donnée à un système antérieur de fortifications — Cons. d'Et., 21 déc. 1825, Delaître, [S. chr., P. adm. chr.]; — 15 juin 1832, Labrosse, [P. adm. chr.]; — 7 avr. 1835, Guérin-Houel, [S. 35.2.504, P. adm. chr.]; — 31 déc. 1844, Arnaud, [S. 45.2.312, P. adm. chr., D. 45.3.100]

163. — ... Qu'en l'absence de toute disposition de loi, le conseil de préfecture est incompétent pour statuer sur une demande d'indemnité formée par le propriétaire et le locataire d'une carrière située dans la zone des servitudes militaires d'un fort, à raison de la défense à eux faite d'en continuer l'exploitation : il est bien certain, en effet, que l'interdiction de continuer l'exploitation d'une carrière ne constitue pas une expropriation, et ne saurait non plus être assimilée à une occupation temporaire. — Cons. d'Et., 24 mars 1899, Favril et Flacon, [S. et P. 1901.3.107, D. 1900.3.76]

164. — Toutes les décisions rapportées ci-dessus concernent le droit public : il en est quelques autres de droit privé, dont il faut donner l'indication. Les unes, rendues en des espèces où la question d'indemnité s'agitait entre le vendeur et l'acquéreur d'un terrain soumis aux servitudes militaires, ont décidé que cette question devrait se résoudre d'après les clauses de l'acte ou l'intention présumée des parties, et spécialement que les servitudes militaires sont comprises dans la clause d'un acte de vente qui impose à l'acquéreur l'obligation de souffrir les servitudes passives. — Cons. d'Et., 7 nov. 1834, Gauthier, [P. adm. chr.]

165. — ... Alors surtout qu'il s'agit de vente de biens nationaux. — Cons. d'Et., 5 déc. 1834, Vénégnès, [P. adm. chr.]

166. — Les juridictions de droit commun, à leur tour, ont jugé de même qu'il n'est pas dû à l'acquéreur de garantie à raison des servitudes militaires qui peuvent grever le terrain vendu, alors surtout qu'au moment de la vente il existait, par la construction d'un fort, un signe apparent de la servitude. — Caen, 22 nov. 1842, Leloutel, [P. 43.1.191]

167. — Jugé, encore, que lorsqu'en achetant une propriété bâtie située dans la zone de défense d'une place forte, l'acquéreur a connu les servitudes qui résultaient pour la propriété de cette situation, s'il arrive qu'une partie du sol sur lequel elle est construite appartient en réalité à l'Etat, mais que celui-ci consente à laisser subsister les constructions moyennant une redevance annuelle, l'indemnité à laquelle l'acquéreur qui refuse de résilier peut prétendre contre son vendeur doit être calculée seulement à raison de la valeur du terrain dont il est exproprié et considération prise de la connaissance que l'acquéreur avait de la servitude résultant de la situation; il ne peut être tenu compte des frais de reconstruction auxquels l'exercice, de la part de l'Etat, de la plénitude de ses droits pourrait donner lieu. — Cass., 8 juill. 1834, Lefebvre, [P. chr.]

CHAPITRE IV.

DE LA CONSTATATION ET DE LA RÉPRESSION DES CONTRAVENTIONS AUX LOIS SUR LES SERVITUDES MILITAIRES.

168. — Les contraventions aux lois sur les servitudes militaires sont constatées par les procès-verbaux des gardes du génie, et réprimées conformément à la loi du 19 mai 1802 (29 flor. an X) relative aux contraventions en matière de grande voirie. A cet effet, les gardes du génie dûment assermentés agissent comme officiers de police judiciaire (L. 17 juill. 1819, art. 11; Décr. 10 août 1853, art. 40).

169. — Les gardes du génie doivent prêter serment devant le tribunal du ressort. Mais un garde du génie qui a prêté serment n'est pas obligé, lorsqu'il est appelé à un nouveau poste, en dehors du ressort du tribunal devant lequel il a prêté serment, de prêter un nouveau serment devant le tribunal du lieu où il va être employé; la régularité des procès-verbaux dressés par lui sans nouvelle prestation de serment est certaine. — Cons. d'Et., 2 sept. 1829, Reud-Benninger, [S. chr.]; — 30 janv. 1862, Levet, [Leb. chr., p. 641]

170. — Sous l'empire de l'ordonnance de 1821 le garde du génie devait être assisté d'un officier de police civile. On décidait néanmoins que lorsqu'un garde du génie ou un garde des fortifications se transportait dans l'intérieur d'une maison pour constater une contravention, sans être assisté d'un magistrat, son procès-verbal ne pouvait être déclaré nul, si le citoyen chez lequel il s'était présenté ne s'y était pas opposé. — Delalleau, n. 603.

171. — Au surplus la jurisprudence ne s'était pas montrée très-rigoureuse à cet égard, et n'avait point tenu cette disposition pour prescrite à peine de nullité. — Cons. d'Et., 4 juill. 1837, Lebrun, [S. 37.2.500, P. adm. chr.]; — 4 juill. 1837, Legall-Kerven, [P. adm. chr.] — Le décret de 1853 n'a pas reproduit l'exigence de l'ordonnance de 1821 (art. 32); et cela se comprend puisque les gardes du génie ont la qualité d'officiers de police judiciaire.

172. — Il a imposé, au contraire, une condition qui n'existait pas dans l'ordonnance de 1821, mais que la jurisprudence avait dégagée : les procès-verbaux des gardes du génie doivent être affirmés à peine de nullité devant le juge de paix ou le maire du lieu dans lequel la contravention a été commise. — Cons. d'Et., 2 sept. 1829, précité; — 30 août 1843, Houel, [S. 44.2.92, P. adm. chr.] — Cette affirmation doit, en principe, être faite, dans les vingt-quatre heures; il a été jugé cependant, sous l'empire de l'ordonnance de 1821, que, si elle a été faite le lendemain de la date de ce procès-verbal, il existe, à défaut d'indication de l'heure, une présomption qu'elle a été faite dans le délai de la loi. — Cons. d'Et., 9 juin 1830, Labrosse, [S. chr., P. adm. chr.]

173. — Quant au mode d'affirmation, rien n'a été décidé et ordonné par la loi; on en a conclu que le procès-verbal d'un garde du génie ne devient pas nul par cela seul, ou bien qu'il n'indique pas la personne qui l'a affirmé et n'est pas revêtu de sa signature. — ... Cons. d'Et., 27 nov. 1835, Defontaine, [P. adm. chr.]; — ... ou bien encore que la copie signifiée ne contient pas mention de l'affirmation qui a dû en être faite, lorsqu'il résulte de l'original que cette affirmation a eu lieu conformément à la loi. — Cons. d'Et., 24 déc. 1844, Mayer-Lippmann, [P. adm. chr.]

174. — Les procès-verbaux de contravention peuvent être dressés et signifiés un jour férié. — Cons. d'Et., 27 nov. 1835, Defontaine, [P. adm. chr.]

175. — Les procès-verbaux de contravention sont notifiés sans délai aux contrevenants par les gardes du génie dûment assermentés, avec sommation de suspendre sur-le-champ les travaux indûment entrepris, de démolir la partie déjà exécutée, et de rétablir les lieux dans l'état où ils étaient avant la contravention, ou, en cas d'impossibilité, dans un état équivalent; le tout dans un délai déterminé d'après le temps que cette opération réclame. Une notification et une sommation pareilles sont aussi faites à l'architecte, à l'entrepreneur ou au maître ouvrier qui dirige les travaux (Décr. 10 août 1853, art. 41).

176. — Les procès-verbaux qui constatent la contravention font foi jusqu'à inscription de faux (Décr. 10 août 1853, art. 40). — Cons. d'Et., 23 juill. 1841, Labirigoyen, [S. 42.2.84]; — 19 mars 1845, Parodi, [S. 45.2.446, P. adm. chr.] — Jousselin, *Servit. d'utilité publique*, t. 1, p. 136.

177. — L'inscription de faux contre le procès-verbal de constatation ne peut émaner que du prévenu. Un conseil de préfecture, saisi d'un procès-verbal dressé au sujet de constructions élevées dans la zone des servitudes militaires d'une place de guerre, ne pourrait, si le prévenu ne s'est point inscrit en faux, suppléer à pareille demande et se refuser à juger par ce motif que ledit procès-verbal n'aurait point constaté l'état des lieux antérieurement aux travaux relevés par lui. — Cons. d'Et., 18 janv. 1831, Gendarme, [P. adm. chr.]

178. — Par contre, lorsque, dans le cours d'une instance portée devant le conseil de préfecture à raison d'une contravention aux lois sur les servitudes militaires, une inscription de faux est ainsi formée contre le procès-verbal constatant la contravention, le conseil de préfecture doit nécessairement surseoir à statuer jusqu'au jugement de l'inscription : vainement on soutiendrait que cette inscription n'a été formée que pour retarder le jugement de la contravention. — Cons. d'Et., 19 mars 1845, précité.

179. — En tout cas, l'inscription de faux doit être formulée d'une manière très expresse. Ainsi, il a été jugé que la simple demande en visite de lieux, formée devant un conseil de préfecture, à l'occasion d'une contravention aux servitudes militaires, ne peut être considérée que comme un moyen d'instruction, et ne saurait valoir comme inscription de faux contre le procès-verbal de constatation. — Cons. d'Et., 20 déc. 1836, Ney, [P. adm. chr.]

180. — Si le contrevenant n'interrompt pas ses travaux dans les vingt-quatre heures de la date de l'acte de notification et de sommation, le chef du génie en informe le directeur des fortifications, en lui envoyant cet acte. Le directeur vise et transmet cette pièce au préfet du département, et demande que le conseil de préfecture prononce immédiatement la suspension des ouvrages commencés. Sur le vu de cette demande et de l'acte à l'appui, le conseil de préfecture, convoqué d'urgence par le préfet, ordonne sur-le-champ cette susenpsion par provision, nonobstant toute inscription de faux (Décr. 10 août 1853, art. 42).

181. — Ainsi constatées, affirmées et notifiées comme il vient d'être dit, les contraventions aux lois sur les servitudes militaires sont réprimées conformément à la loi du 29 flor. an X, relative aux contraventions de grande voirie (L. 17 juill. 1819, art. 11), c'est-à-dire en la forme administrative et par les conseils de préfecture. Ceux-ci sont, en effet, compétents en la matière, à l'exclusion de tous autres tribunaux ; aussi ils ne sauraient se déclarer incompétents pour prononcer sur des contraventions qui leur seraient soumises, par exemple sous le prétexte que le contrevenant invoque des titres de propriété : aucun titre privé ne peut, en effet, prévaloir sur les servitudes militaires qui sont des servitudes d'utilité publique. — Cons. d'Et., 7 déc. 1832, Lecoq, [P. adm. chr.]; — 7 juill. 1899, Banque foncière du Jura, [S. et P. 1901.3.140, D. 1901.3.7]

182. — Il a été très-expressément jugé, dans cet ordre d'idées, que la contravention résultant d'une plantation d'arbres sur les francs-bords d'une rigole comprise dans les fortifications d'une place de guerre doit être réprimée, encore bien que le contrevenant se prétende propriétaire du terrain; il n'y a donc pas lieu pour le conseil de préfecture à surseoir en ce cas jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur la question de propriété. — Cons. d'Et., 10 janv. 1861, Commune de Widensohlen, [S. 61.2.525, P. adm. chr.]

183. — Et de cette même idée que la répression d'une contravention aux lois sur les servitudes militaires est indépendante de la question de propriété, il a été tiré cette conséquence que le conseil de préfecture ne doit pas admettre l'intervention, dans l'instance, de celui qui se prétend propriétaire du terrain sur lequel a été commise la contravention. — Cons. d'Et., 11 déc. 1808, Arriague, [P. adm. chr.]

184. — Mais il a été décidé que lorsque la contravention a été commise par le locataire du terrain soumis à la servitude militaire, la poursuite peut être exercée tant contre lui que contre le propriétaire, et la condamnation à l'amende prononcée solidairement contre le propriétaire et le locataire. — Cons. d'Et., 14 févr. 1890, Houssin, [S. et P. 92.3.68]

185. — Cependant, pour si stricte que soit la règle, s'il est nécessaire de vérifier si les bâtiments qui ont donné lieu aux contraventions ont été construits avant ou après l'établissement des servitudes (V. *suprà*, n. 63 et s.), le conseil de préfecture doit renvoyer le propriétaire devant les tribunaux pour faire juger cette question de priorité d'existence, et surseoir à statuer jusqu'après le jugement de cet incident : la compétence des tribunaux judiciaires, en pareil cas, résultait formellement de l'art. 75 de l'ordonnance de 1821 et résulte aujourd'hui de l'art. 32 du décret de 1853; il va sans dire d'ailleurs que si le propriétaire qui affirme la préexistence de sa maison à l'établissement des servitudes définitives n'excipait d'aucun titre ou document propre à établir cette antériorité, le conseil de préfecture devrait passer outre et statuer sur la contravention. — Cons. d'Et., 14 déc. 1832, [illegible], [P. adm. chr.]

186. — Dans le [illegible], [illegible] l'acte de notification et de sommation [illegible], le contrevenant ne démolit pas les travaux [illegible] exécutés, et ne met pas les lieux en l'état [illegible] audit acte, le directeur des fortifications adresse au préfet [illegible] à l'appui, tendant à obtenir que le conseil de préfecture prononce la [illegible] de la contravention, conformément aux [illegible] désignées dans la sommation. Ce mémoire est [illegible] en la forme administrative, avec citation devant le conseil de préfecture, et sommation de présenter [illegible] dans le délai d'un mois; sauf le cas d'inscription de faux, le conseil de préfecture statue dans le mois suivant (Décr. 10 août 1853, art. 43).

187. — Le Conseil [illegible] statuer au fond, et non subordonner sa décision à celle à prendre, dans un cas analogue, par un ministre : notamment au cas où le conseil de préfecture ayant statué par défaut et le prévenu ayant fait opposition à sa décision s'est adressé en même temps au ministre de la Guerre pour être autorisé à conserver sa construction. — Cons. d'Et., 8 sept. 1839, Lambinet, [P. adm. chr.]

188. — La nullité ou l'irrégularité du procès-verbal n'influe en rien sur la validité des poursuites. — V. Cons. d'Et., 12 janv. 1900, Société des Sports français, [S. et P. 1902.3.36, D. 1901.3.41]

189. — Si le procès-verbal est reconnu incomplet ou irrégulier, en tout ou en partie, et que le conseil ne trouve pas, dans les autres pièces produites, les renseignements nécessaires, il fait faire préalablement sur les lieux, par les officiers du génie et les ingénieurs des ponts et chaussées, les vérifications qu'il juge convenables, et il prononce sur le tout dans le mois de la remise qui lui est faite du procès-verbal de vérification (Décr. 10 août 1853, art. 43, *in fine*). L'enquête qu'il ordonne dans ces conditions pour constater la nature des travaux exécutés par le contrevenant a été déclarée non attentatoire à la foi due au procès-verbal. — V. notamment Cons. d'Et., 28 août 1837, Boisson, [P. adm. chr.]

190. — Il a été jugé, en particulier et en application de cette règle : d'une part, que lorsque le procès-verbal d'un garde du génie d'une place de guerre constate l'élévation de constructions contraires aux lois sur les servitudes militaires, sans indiquer ni le point de départ, ni la distance de ces constructions, il doit être ordonné, sur la demande du propriétaire, une expertise contradictoire pour suppléer à l'insuffisance du procès-verbal; — et d'autre part, que la démolition des ouvrages, ordonnée en vertu d'une décision par défaut, doit être suspendue jusqu'à ce que le Conseil d'État ait statué définitivement. — Cons. d'Et., 4 juill. 1837, Garanton, [P. adm. chr.]

191. — ... Que, lorsqu'un propriétaire ne conteste pas qu'il ait élevé les constructions en raison desquelles procès-verbal a été dressé contre lui, la contravention peut être réprimée sans qu'il soit besoin de statuer sur la contestation élevée contre la validité du procès-verbal. — Cons. d'Et., 3 août 1866, Mortier, [Leb. chr., p. 925]

192. — Au surplus, lorsqu'un procès-verbal a été annulé pour vice de forme, l'officier du génie peut en faire dresser un autre pour constater la même contravention. En effet, il n'y a aucun délai fixe pour constater les contraventions. — Delalleau, *Servitudes pour les places de guerre*, n. 602.

193. — L'arrêt du conseil de préfecture, dans les huit jours au plus tard de sa date, est adressé par le préfet au directeur des fortifications. Cet officier supérieur, si l'arrêté fait droit à ses conclusions, le fait notifier au contrevenant par un garde du génie, avec sommation d'exécuter le jugement dans le délai qui lui est assigné ; dans le cas contraire, il en réfère immédiatement au ministre de la Guerre (Décr. 10 août 1853, art. 43).

194. — Les arrêtés ainsi rendus par le conseil de préfecture doivent, sous peine de déchéance, être attaqués par les intéressés dans le délai de trois mois de la notification intégrale qui leur a été faite par un garde du génie assermenté. — Cons. d'Et., 19 janv. 1832, Hayer-Cerf, [P. adm. chr.]

195. — Ils sont susceptibles aussi d'opposition. — Cons. d'Et., 4 juill. 1837, précité.

196. — Il a été décidé, aussi, que l'usufruitier d'un bâtiment situé dans une zone de servitudes militaires a qualité pour se pourvoir par voie de tierce opposition contre un arrêté du conseil de préfecture qui a condamné le nu propriétaire à démolir

ce bâtiment, comme ayant été élevé en contravention aux lois sur les servitudes militaires. — Cons. d'Et., 24 mars 1853, de Salasc, [S. 54.2.75, P. adm. chr.]

197. — Mais il est à remarquer, comme règle particulièrement importante, que l'autorité judiciaire est toujours incompétente pour connaître de l'exécution de décisions administratives rendues en matière de servitudes militaires. Par suite, il a été jugé que, lorsque des arrêtés, rendus contre le propriétaire, ordonnent la démolition de constructions élevées par le locataire, celui-ci, contre lequel le génie militaire poursuit l'exécution de ces arrêtés sans les lui avoir fait notifier, ne peut, après avoir formé tierce opposition, s'adresser au président du tribunal civil, par voie de référé, pour qu'il ordonne la discontinuation des poursuites, ce juge étant incompétent pour statuer sur une telle demande. — Rouen, 30 août 1843, d'Aligre, [S. 44.2.25]

198. — Le conseil de préfecture fixe le délai dans lequel le contrevenant est tenu de démolir les travaux exécutés, et de rétablir à ses frais les lieux dans l'état où ils étaient avant la contravention, ou, en cas d'impossibilité, dans l'état équivalent déterminé par le conseil (Décr. de 1853, art. 44).

199. — A l'expiration du délai fixé, si le jugement n'a pas été exécuté par le contrevenant, le chef du génie se concerte avec le commandant de place sur l'époque de l'exécution du jugement (V. art. 20, Décr. 4 oct. 1891, sur le service des places de guerre), et s'il est nécessaire, sur l'intervention de la force armée, et requiert, en outre, par écrit, le maire de la commune d'être présent à l'opération. Huit jours à l'avance, un garde du génie, dûment assermenté, notifie au contrevenant le jour et l'heure de l'exécution du jugement, avec sommation d'y assister. L'exécution a lieu, et les démolitions, déblais et remblais sont effectués comme s'il s'agissait de travaux militaires, soit au moyen des ouvriers de l'entrepreneur des fortifications, soit à l'aide de travailleurs militaires ou civils, requis au besoin sur les lieux, en vertu de l'art. 24, tit. 6, L. 10 juill. 1791. Le garde du génie constate, par un procès-verbal, les résultats de l'opération et les incidents auxquels elle donne lieu (Décr. de 1853, art. 45).

200. — Toutes les dépenses faites pour constater, poursuivre et réprimer une contravention, sont à la charge du contrevenant. Les officiers du génie tiennent la comptabilité de ces diverses dépenses dans les formes établies pour les travaux de fortification, et si le contrevenant ne les acquitte pas immédiatement, le chef du génie en dresse le compte, y joint les feuilles de dépense, et envoie le tout, certifié par lui et signé par l'entrepreneur ou par le gérant, au directeur des fortifications, qui le vise et le transmet au préfet du département. Le préfet arrête le compte de la dépense, le déclare exécutoire, et en fait poursuivre le recouvrement conformément aux dispositions de la loi du 19 mai 1802 (Décr. de 1853, art. 46).

201. — Il n'est rien de particulier quant aux peines qui doivent être prononcées contre les contrevenants : ce sont les pénalités applicables aux contraventions analogues en matière de grande voirie, conformément à l'art. 13, L. 17 juill. 1819 (Décr. 10 août 1853, art. 48). Ainsi, quand la contravention est constatée par un procès-verbal du garde du génie, non attaqué par la voie de l'inscription de faux, le conseil de préfecture doit ordonner la démolition, aux frais des contrevenants, des travaux exécutés sans autorisation. — Cons. d'Et., 22 oct. 1830, Biacade, [P. adm. chr.]; — 6 juill. 1843, Gentile, [P. adm. chr.]; — 18 janv. 1845, Raoust, [P. adm. chr.] — ... sans s'occuper de savoir si les constructions élevées sont plus ou moins accessibles à la défense. — Cons. d'Et., 6 juill. 1843, Gentile, [P. adm. chr.]

202. — Il faut, et il suffit, pour que la démolition soit ordonnée et l'amende prononcée contre le contrevenant, qu'il soit établi qu'une construction a été édifiée sur le terrain soumis aux servitudes défensives de la place sans autorisation. — Cons. d'Et., 24 déc. 1828, Ville de Langres, [S. chr., P. adm. chr.] — 8 avr. 1829, Brunet, [P. adm. chr.]; — 14 déc. 1832, Levesque, [P. adm. chr.]; — 4 nov. 1835, Martin, [P. adm. chr.]; — 18 juin 1846, Délédique, [Leb. chr., p. 343]

203. — ... Ou bien en dehors des termes dans lesquels avait été permise, soit la construction, soit l'addition d'accessoires à une construction autorisée dans la zone des servitudes militaires d'une place de guerre. — Cons. d'Et., 6 mai 1853, Hausmaennel, [S. 54.2.76, P. adm. chr.]

204. — Il en est ainsi alors surtout que le particulier qui a contrevenu, dans la construction de sa maison, à la hauteur déterminée par le chef du génie militaire en conformité des lois et règlements, avait, dans sa soumission, pris l'engagement de se conformer à la fixation de hauteur qui lui avait été donnée. — Cons. d'Et., 15 oct. 1826, Ponta, [P. adm. chr.]; — 8 juin 1854, Reichardt, [S. 54.2.795]

205. — Par application du même principe, il a été jugé que, lorsqu'un particulier a été autorisé à établir un ouvrage dans la zone des servitudes militaires pour une durée déterminée et a pris l'engagement de l'enlever à l'expiration de ce délai, et qu'il l'a laissé subsister nonobstant les notifications et sommations qui lui ont été adressées, c'est à bon droit que le conseil de préfecture lui enjoint de rétablir les lieux dans leur état primitif dans un délai déterminé. — Cons. d'Et., 12 janv. 1900, Société des sports français, [S. et P. 1902.3.36, D. 1901.3.41]

206. — Aucune excuse n'est, en effet, admissible en la matière, que cette excuse soit tirée de cette circonstance que les travaux édifiés par le génie militaire étaient dans un état trop informe et trop dégradé pour qu'ils pussent exercer une servitude sur les propriétés environnantes... — Cons. d'Et., 20 juill. 1832, Garanton, [P. adm. chr.]

207. — ... Ou de cette autre qu'un alignement fut délivré au contrevenant, par un maire ou un préfet, pour la construction d'un mur ou d'un bâtiment dans le rayon d'une place de guerre. — Cons. d'Et., 21 sept. 1827, Garin-Castre, [S. chr., P. adm. chr.]

208. — ... Ou enfin de celle-ci, que le requérant, avant de construire une porcherie dans la zone de défense d'une place de guerre, aurait rempli toutes les formalités exigées par la législation des établissements insalubres. — Cons. d'Et., 9 avr. 1886, Mikalef, [D. 87.3.89]

209. — Il importe peu enfin, pour la répression de toute contravention commise dans la zone des fortifications et définie par les art. 13, L. 8-10 juill. 1791, et 22, Décr. 10 août 1853, qu'il n'y ait eu ni bornage, ni confection et homologation du plan de circonscription prévus par l'art. 25 de ce décret : lorsque ces formalités n'ont pas été remplies, il appartient au conseil de préfecture saisi du procès-verbal de contravention, sans s'arrêter à l'exception de propriété soulevée devant lui, de rechercher et de décider si la parcelle sur laquelle l'inculpé a élevé des constructions était ou non comprise dans cette zone. — Cons. d'Et., 14 juill. 1856, Trezel, [S. 57.2.389]; — 7 juill. 1899, Banque foncière du Jura, [S. et P. 1901.3.140, D. 1901.3.7]

210. — L'amende prononcée contre le particulier qui omet, avant de construire près de la zone de défense d'une place de guerre, de faire préalablement la déclaration prescrite et d'obtenir l'autorisation exigée par l'art. 30, Ord. royale 1er août 1821 (aujourd'hui art. 26 et s., Décr. 10 août 1853. — V. *suprà*, n. 140 et s.), devait, au cas de récidive, être doublée. — Cons. d'Et., 24 déc. 1828, Villes de Langres et de Chaumont, [S. chr., P. adm. chr.] — L'art. 48 du décret de 1853, n'ayant pas reproduit cette disposition, il faut se reporter, pour la quotité de la peine, en cas de récidive, aux textes relatifs aux amendes en matière de grande voirie. — V. *infrà*, v° *Voirie*.

211. — La compétence du conseil de préfecture est, d'ailleurs, strictement limitée : ainsi il ne pourrait, sans excès de pouvoirs, prononcer une amende contre un particulier, pour défaut d'exécution d'un arrêté précédemment rendu par lui et ordonnant la suspension de constructions commencées dans le rayon prohibé. — Cons. d'Et., 17 août 1825, Bazard, [P. adm. chr.]

212. — Il ne pourrait non plus, sans excès de pouvoirs, en prononçant l'amende, réduire cette amende : ce droit n'appartient qu'au Conseil d'Etat. — Cons. d'Et., 27 nov. 1835, Defontaine, [P. adm. chr.]; — 6 avr. 1836, Bachelet, [P. adm. chr.]; — 30 juill. 1840, Rampal, [Leb. chr., p. 279]; — 29 juin 1844, Orange, [P. adm. chr.]

213. — Saisi d'un procès-verbal de contravention dressé contre un particulier pour avoir élevé des constructions dans la zone des servitudes militaires, il commettrait également un excès de pouvoirs si, après avoir condamné le contrevenant à supprimer ses constructions, il l'autorisait à rétablir les constructions existant avant la contravention. — Cons. d'Et., 13 juill. 1877, Delfosse, [S. 79.2.191, P. adm. chr., D. 77.3.103]

214. — Jugé également que, lorsque, pendant le recours au Conseil d'Etat, formé par un propriétaire contre un arrêté du conseil de préfecture qui ordonne la démolition de constructions

élevées dans la zone des servitudes d'un château-fort, est intervenue une décision ministérielle qui réduit la zone des servitudes de ce château, de manière que la construction se trouve en dehors de toutes servitudes, il y a lieu de tenir cet arrêté pour non avenu. — Cons. d'Ét., 23 avr. 1837, Duportail, [S. 37.2.349, P. adm. chr.]

215. — Aux termes de l'art. 49 du décret de 1853, l'action publique, en ce qui concerne la peine de l'amende qui serait prononcée par application de l'arrêt du conseil du 27 févr. 1765, est prescrite après une année révolue, à compter du jour auquel la contravention a été commise; à l'inverse, l'action principale, à l'effet de faire prononcer la démolition des travaux indûment entrepris, est imprescriptible dans l'intérêt toujours subsistant de la défense de l'Etat.

216. — Cette disposition n'existait pas dans l'ordonnance de 1821; mais elle avait été suppléée par la jurisprudence, qui décidait, antérieurement à 1853, que l'existence de constructions prohibées constitue une infraction permanente qui, dans l'intérêt de la défense de l'Etat, peut toujours être réprimée, encore bien que la peine encourue par le fait de ces constructions eût été prescrite, à défaut de poursuites dans l'année à compter du jour où la contravention avait été commise. — Cons. d'Ét., 27 févr. 1836, Pozzo di Borgo, [S. 36.2.232, P. adm. chr.]; — 28 août 1844, Gérard, [P. adm. chr., D. 45.3.18]; — 14 déc. 1844, Sénequier, [P. adm. chr.]; — 14 mars 1845, Legrand, [P. adm. chr.]; — 3 déc. 1846, Salasc, [S. 47.2.186, P. adm. chr., D. 47.3.67] — Sic, Cormenin, *Droit administratif*, v° *Places de guerre*, t. 2, p. 401; Cotelle, *Cours de droit administratif*, t. 3, p. 269; Jousselin, t. 1, p. 135.

217. — Ainsi il était, et il demeure, de règle que l'action en répression des contraventions aux servitudes militaires est prescrite après un an à dater de la contravention (C. instr. crim., art. 640), sauf à l'Administration à ordonner la démolition des travaux qui subsisteraient contrairement à la loi.

CHAPITRE V.

SERVITUDES DES FRONTIÈRES.

218. — La zone des frontières est à la France continentale ce que la zone des places de guerre est à chacune de ses places : c'est une étendue de territoire dans laquelle la propriété privée et les services publics eux-mêmes sont soumis à certains assujettissements, plus ou moins nombreux et plus ou moins graves, en faveur de la défense militaire de l'Etat, confiée par la loi au ministre de la Guerre sous sa responsabilité (L. 8-10 juill. 1791, tit. 1, art. 13) et celle de ses agents. Toutefois, les assujettissements concernant chacune de ces zones diffèrent sous beaucoup de rapports. — Allent, *Essai sur les reconnaissances militaires*, t. 1, p. 372; Delalleau, *Serv. pour la défense des places de guerre*, n. 521 et s.; Jousselin, *Servit. d'util. publ.*, t. 1, p. 86. — V. *infrà*, v° *Travaux publics*.

CHAPITRE VI.

ENREGISTREMENT ET TIMBRE.

219. — La déclaration à remettre au chef du génie, conformément à l'art. 26, Décr. 10 août 1853, avant l'exécution des travaux qui font l'objet d'une autorisation générale (V. *suprà*, n. 141), est exempte de timbre; mais la demande tendant à obtenir une permission spéciale (V. *suprà*, n. 143) est sujette au timbre, aux termes mêmes de l'art. 27 du décret (Instr. enreg., 27 avr. 1854, n. 1994).

220. — L'art. 28 exige que les soumissions de démolir, qui doivent être jointes à la déclaration comme à la demande, soient faites en double sur papier timbré (V. *suprà*, n. 144), et il ajoute, par exception à la règle posée par l'art. 8, L. 18 mai 1850, qu'elles seront enregistrées au droit fixe de un franc.

221. — Les permissions et certificats remis aux intéressés par le chef du génie, conformément à l'art. 29 du décret, ne donnent lieu à aucun droit de timbre et d'enregistrement. — V. *suprà*, n. 14?.

222. — Les actes de procédures portées devant les tribunaux, étant relatifs à l'établissement des servitudes imposées à la propriété pour cause d'utilité publique, sont visés pour timbre et enregistrés gratis par application de l'art. 58, L. 3 mai 1841. Si l'affaire était portée devant le conseil de préfecture, ces actes seraient exempts de toute formalité par application de l'art. 80, L. 15 mai 1818, comme actes administratifs non dénommés dans l'art. 78.

223. — Les procès-verbaux dressés par les gardes du génie pour la répression des contraventions, et les notifications et sommations qui en sont la suite sont visés pour timbre et enregistrés en débet dans les quatre jours de leur date (Décr., art. 40). — V. *suprà*, n. 168 et s.

224. — Les mémoires et plans remis aux préfets et les significations faites par voie administrative, conformément à l'art. 43 du décret (V. *suprà*, n. 186 et s.), sont des actes administratifs affranchis du timbre et de l'enregistrement. Il en est de même des décisions du conseil de préfecture intervenues sur les procès-verbaux de contravention. Lorsque des expéditions de ces décisions sont délivrées aux agents militaires, avec mention de leur destination, en exécution des art. 42 et 43, elles sont dispensées du timbre, suivant l'art. 80, L. 15 mai 1818, qui n'assujettit à cet impôt que les expéditions remises à des particuliers. — V. *suprà*, v° *Acte administratif*, n. 266 et s.).

225. — Les actes que les contrevenants jugent à propos de produire dans l'intérêt de leur défense ne profitent pas de ces exemptions et demeurent assujettis aux droits ordinaires.

226. — Quant aux décisions des juridictions administratives, le décret de 1853 dispose, dans son art. 47, que les droits de timbre et d'enregistrement en débet sont payés par le contrevenant après le jugement définitif de condamnation (V. *suprà*, n. 200). La rentrée de ces droits est suivie par les agents de l'enregistrement.

SERVITUDE NON APPARENTE. — V. ACTION POSSESSOIRE. — SERVITUDES.

SERVITUDE PERSONNELLE. — V. ACTION POSSESSOIRE. — BANALITÉ. — CHASSE. — FÉODALITÉ. — SERVITUDES.

SERVITUDE RÉELLE. — V. ACTION POSSESSOIRE. — BORNAGE. — CLÔTURE. — DRAINAGE. — EAUX. — IRRIGATION. — RIVIÈRES. — SERVITUDES.

SESSION. — V. CHAMBRE DES DÉPUTÉS. — CONSTITUTION. — COUR D'ASSISES. — DÉPUTÉS. — FLAGRANT DÉLIT. — SÉNAT.

SÉVICES. — V. COUPS ET BLESSURES. — DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS.

SIAM.

BIBLIOGRAPHIE.

OUVRAGES GÉNÉRAUX. — Adams (W.-H.), *In the Far East, a narrative of exploration in Cochinchina, Cambodia, Laos and Siam*, Londres, 1879. — *Almanach de Gotha*, 1904. — Anderson (J.), *English intercourse with Siam in the seventeenth Century*, Londres, 1890, in-8°. — Anquetil du Perron, *Législation orientale*, Amsterdam, 1778, in-4°. — Avrigny (le P. d'), *Mémoires pour servir à l'histoire universelle de l'Europe depuis 1600 jusqu'en 1716, avec des réflexions et remarques critiques*, Paris, 1725, in-12. — Aymonier (E.), *Cochinchine française, Recherches et mélanges sur les Chams et les Khmers*, Saigon, 1881, broch. in-8°. — Bastian (Dr Ad.), *Die Geschichte der Indochinesen*, Leipzig, 1866, in-8°; — *Die Völker des Œstlichen Asiens*, t. 3; — *Reisen in Siam im Jahre 1863*, Iéna, 1867, in-8°. — Beauvoir (Cte de), *Voyage autour du monde*, Paris, 7e éd., 1 vol. gr. in-8°, p. 330 à 384; autres éditions en 3 vol. in-18 : t. 2, Java, Siam, Canton. — Bissachère (de la), *Etat actuel du Tonkin, de la Cochinchine et des royaumes de Cambodge et de Laetho*, Paris, 1812, 2 vol. in-8°. — Bock (C.), *Temples and Elephants... Journey of Exploration trough upper Siam and Lao*, Londres, 1884, in-8°, Londres, 1884, in-8° (trad. franç., par Tissot, Tours, 1880, sous ce titre : *Le royaume de*

l'Eléphant [illegible]. — Bouillevaux (C.-E.), *Voyage dans l'Indo-Chine, 1848-1856*, Paris, 1858, in-12. — [illegible] (Mgr Louis), *Les* [illegible] *de l'Extrême-Orient*, s. d., in-8°. — Bourges (J. de), *Relation du voyage de Mgr l'Evêque de Beryte* [illegible] *au royaume de la Cochinchine, par la Turquie, la Perse, les Indes, etc., jusqu'au royaume de Siam, et autres lieux, par M. de Bourges, prestre, missionnaire apostolique*, Paris, 1668, in-8°. — [illegible], *The* [illegible] *of Siam*, Londres, 18[illegible], 2 vol. in-8°. — Chaumont (Chev. de), ***Relation de l'ambassade de M. le chevalier de Chaumont à la cour du roi de Siam, avec ce qui s'est passé de plus remarquable dans son voyage***, Paris, 1687, in-12. — Chevillard (abbé [illegible]), *Siam et les Siamois*, Paris, 1889, in-18. — [illegible], *The Pearl of Asia, or Five Years in Siam*, Londres, 1893. — Choisy (abbé de), *Journal du voyage de Siam fait en 1685 et 1686*, Paris, 1687, in-4°; [illegible] éd., Trévoux, 1691. — Correa, ***Lendas da India***, dans *Collecão de Monumentos ineditos para a Historia das Conquistas dos Portuguezes en Africa, Asia e America*, Lisbonne, 1860, in-4°, t. 2. — Crowfurd (J.), *Journal of an Embassy to the courts of Siam and Cochinchina*, Londres, 2e éd., 1830, 2 vol.; éd. all., Weimar, 1881, 2 vol. in-8°. — Deniker (J.), *Les races et les peuples de la terre, éléments d'anthropologie et d'ethnographie*, Paris, 1900, in-8°. — *Die Preussische Expedition nach Ost-Asien*, Berlin, 1864-1866, in-8°. — Doudart de Lagrée, *Exploration du Mekong* (extraits de ses manuscrits par A. B. de Villemereuil), Paris, 1894. — Dutreil de Rhins, *Mission scientifique dans la Haute-Asie*, Paris, 1897, in-4°. — Errington de la Croix (J.), *Note sur la géographie politique et la situation économique de la péninsule malaise en 1887*, Paris, 1888, in-8°. — F[illegible]oz, *Cambodge et Siam*, Thonon, 1886, in-8°. — Fitch (R.), *The voyage to Bengal, Pegu, Siam*, etc., in 1583-1591 (Hackluytt collection of Navigation, vol. 2, Londres, 1599). — Finlayson, *The Mission to Siam and Hué, the capital of Cochinchina, 1821-1822* (ouvr. publié par S. Th. [illegible]), Londres, 1826, in-8°. Fontpertuis (Ad. de), *Chine, Japon, Siam et Cambodge*, Paris, in-16. — Gallois (E.), *L'ambassade de Siam au XVIIe siècle, le royaume thaï ou de Siam aujourd'hui*, Paris, 1862, in-8°; — *L'expédition de Siam au XVIIe siècle*, Paris, 1853, in-8°. — Garnier (Francis), *Voyage d'exploration en Indo-Chine*, Paris, 1873, 2 vol. in-8°. — Gervaise (le P. Nic.), *Histoire naturelle et politique du royaume de Siam*, divisée en quatre parties, avec une carte de P. Coronelli, Paris, 1688, in-4°. — *La Grande Encyclopédie*, Paris, in-4°, v° *Siam*. — Grehan (A.), *Le royaume de Siam*, 4e éd., Paris, 1878, in-8°. — Grindrod, *Siam, a geographical summary*, Londres, 1895, in-8°. — Harmand (Dr J.), *Le Laos et les populations sauvages de l'Indo-Chine*, Paris, 1879. — Hébert de Rocmont (abbé), *Gloire de Louis-le-Grand dans les missions étrangères*, Paris, 1688, in-12. — Hottinger (J. H.), *Promptuarium sive bibliotheca orientalis*, Heidelberg, 1658, in-4°. — Grouchy (Nicolas de), *Le premier livre de l'histoire de l'Inde, par F. L. Castanheda, traduit du portugués en françois*, Paris, 1553, in-4°. — Isle (de l'), *Relation historique du royaume de Siam*, Paris, 1684, in-16. — Jancigny (de), *Japon, Indo-Chine, Siam, Annam*, Paris, 1850, in 8°. — Kaempfer, *Histoire de l'empire du Japon*, en all. et trad. en franç. par Desmaizeaux, 1729, 2 vol. in-fol. avec fig. — Kao (D.), *An authentic description of Laos*, etc., Londres, Harris, s. d. — Lanier (L.), *Etude historique sur les relations de la France et du royaume de Siam de 1662 à 1703*, Versailles, 1883, in-8°; — *L'Asie*, 3e éd., in-8°, 1892, 1re part. — Le Blanc, *Histoire de la révolution du royaume de Siam, arrivée en 1688*, Lyon, 1691, 2 vol. in-12. — Lefebure (Paul), *Races jaunes, mœurs et coutumes de l'Extrême-Orient*. — Lemire (Ch.), *Exposé chronologique des relations du Cambodge avec le Siam, l'Annam et la France*, Paris, 1879, in-8°; — *L'Indo-Chine*, Paris, 1884. — Loubère (de La), *Description du royaume de Siam, où l'on voit quelles sont les opinions, les mœurs et la religion des Siamois, avec plusieurs remarques de physique, touchant les plantes et les animaux du pays*, Paris, 1691, 2 vol. in-12; autres édit., Amsterdam, 1700 et 1714, in-12. — Luquet (J.-F.-O.), *Lettres à Mgr l'Evêque de Langres, sur la congrégation des missions étrangères*, Paris, 1843, [illegible], p. 533 et s. — Mac Donald, *Siam, its governments, manners, customs*, etc., Philadelphie, 1871, in-18. — Malte-Brun fils (V.-A.), *Géographie complète et universelle*, Paris, Morizot, s. d., 8 vol. in-8°, t. 4, p. 1 à 74. — Marini (le P.), *Histoire nouvelle et curieuse des royaumes du Tonkin et de Lao, avec la description des richesses, mœurs, cérémonies, etc., de leurs habitants*, trad. de l'ital. par Le Comte, Paris, 1666, in-4°; — *Relation des missions des evesques françois aux royaumes de Siam... et du Tonkin*, Paris, 1674, in-8°. — Mendez Pinto (Fernand), *Peregrinaçaõ ... inque da conta de muytas ... causas ... da China ... no do Sornan, que vulgarmente se chama Siaõ...*, Lisbonne, 1614, in-fol. (1re trad. franç., par Bernard Figuier, en 1628, sous ce titre : *Les voyages adventureux de Fernand Mendez Pinto, fidelement traduicts*, réimp. en 1830). — Morant (R.-L.), *Siam and Neighbours* (publication officielle du gouvernement siamois), Bangkok, 1895. — Mouhot (Henri), *Voyages dans les royaumes de Siam, de Cambodge, de Laos et d'autres parties centrales de l'Indo-Chine*, Paris, 1868, 4 vol. in-8°, et Londres 1864, in-8°, sous ce titre : *Travels in the central parts of Indo-China in 1858-1861*. — Nicolas (Pierre), *Notices sur l'Indo-Chine* (publication faite à l'occasion de l'Exposition universelle de 1900), Paris, 1900, in-8°. — Neale, *Narrative of a Residence in Siam*, 1852. — Neis (Dr J.), *Exploration du Cambodge*, Lorient, 1883. — Orléans (le P. d'), *Histoire de M. Constance*, Tours, 1690. — Orléans (prince Henri d'), *Autour du Tonkin*, Paris, 1894, 2e éd., in-8°; — *Une excursion en Indo-Chine, de Hanoï à Bangkok* (tirage à part du mémoire présenté au congrès de l'Assoc. franç., pour l'avancement des sciences, tenu à Pau, 1892), Paris, 1892, in-8°. — Pallegoix (Mgr), *Description du royaume That ou Siam*, Paris, 1854, 2 vol. in-12. — Pallu, *Relation abrégée des Missions et des Voyages des Evesques françois envoyez aux royaumes de la Chine, Cochinchine, Tonquin et Siam*, par Messire François Pallu, evesque d'Héliopolis, Paris, 1668, in-8°. — Pavie, *Excursion dans le Cambodge et le royaume de Siam*, Saïgon, 1884, in-8°. — Pinkerton, *A general Collection of the best and most intersting voyages and travels in all parts of the World*, Londres, 1808-1814, in-4° (t. 8, *Account of Siam*, par Hamilon). — Piolet (le P. J.-B.), *Les missions catholiques au XIXe siècle*, Paris, 6 vol. in-8°, t. 2. — Postel (Raoul), *L'Extrême-Orient, Cochinchine, Annam, Tonkin*, Paris, 1882, in-16. — Prevost (abbé), *Histoire générale des voyages*, t. 17. — Reclus (Elisée), *Nouvelle géographie universelle*, Paris, 1883-1895, 20 vol. gr. in-8°, t. 8. — *Relation des missions et des voyages des évesques françois aux royaumes de Siam, de la Cochinchine, du Cambodge et du Tonkin*, etc., Paris, 1674, in-8°. — *Relation des missions et des voyages des évesques, vicaires apostoliques, et de leurs ecclésiastiques, ès années 1672, 1673, 1674 et 1675*, Paris, 1675, in-8°. — Rosny (L. de), *Ethnographie du Siam*, Paris, 1885, in-18; — *San Tsai-Ton-Hoei, les peuples de l'Indo-Chine et des pays voisins, notices ethnographiques, traduit du chinois*, Poissy, 1875, in-8°. — Salmon et Goch, *Die heutige Histoire oder der gegenwærtige Staat der Kœnigreiche Siam*, [illegible], Altona, 1753, in-4°. — Schouten (Joost), *Beschrijvinge van de Regeeringe, Macht, Religie, Costuymen, des Coninghrijcks Siam* (dans le *Beschrijving van het... Japan*, de François Caron, Amsterdam, 1648, in-4°; traduit en français dans le tome 1 des *Relations de divers voyages curieux*, de Thévenot, Paris, 1666). — *Siam and Laos as seen by our American missionaries*, Philadelphie, 1884, in-12. — Sommerville, *Siam on the Meinam from the Gulf to Ayuthia*, Londres, 1897. — Smith, *History of Siam*, Bangkok, 1880-1881, in-8°. — Smyth (W.), *Notes of a journey in the Upper Mékong, Siam*, Londres, 1895, in-8°. — Tachard (le P.), *Voyage de Siam des Pères Jésuites envoyez par le Roy aux Indes et à la Chine*, Paris, 1686, 2 vol. in-4°; autres éd., Paris, 1687, in-12, et Amsterdam, 1689, in-8°; — *Second voyage au royaume de Siam*, Paris, 1689, in-4°; autres éd., Amsterdam, 1687-1689, in-8°. — Terrien de Lacouperie, *The Cradle of the Shan Race*, Londres, 1885. — Thorel (Dr), *Notes anthropologiques d'un voyage d'exploration en Indo-Chine*, Paris, 1871. — Tosi, *Dell'India orientale*, Rome, 1669, in-4°, t. 2, chap. 1. — Turpin, *Histoire civile et naturelle du Royaume de Siam et des révolutions qui ont bouleversé cet empire jusqu'en 1770*, Paris, 1771, 2 vol. in-12. — Valentijn, *Geschiednissen en Zaaken*, etc..., *van Banda... Cambodia en Siam...*, Amsterdam, in-fol.; *Oud en Nieuw Oost Indien*, t. 3. — Vincent (F.), *The Land of the white Elephant, sights and scenes in South Eastern Asia*, Londres, 1874, in-8°. — Vivien de Saint-Martin et Rousselet (Louis), *Nouveau dictionnaire de géographie universelle et Suppléments*, Paris, 1879-1900, vis *Asie, Battambang, Cambodge, Chantaboun, Indo-Chine, Laos, Malaise (presqu'île), Ménam, Menam, Siam*, et passim. — Vizé (de), *Voyage des ambassadeurs de Siam en France*, Paris, 1686, in-18. — Vollant des Verquains, *Histoire de la Révolution de Siam arrivée en 1688*, Lyon, 1692, 2 vol. in-12.

RECUEILS DE TRAITÉS ET DE DOCUMENTS. — Annual Series, Londres, 1891, n. 398, *Siam Diplomatic and consular Reports.* — Clercq (de), *Recueil des traités de la France*, Paris, 21 vol. in-8°, passim, t. 7, 1880, p. 138 à 142; t. 9, 1880, p. 734 à 736 et 748 à 750; t. 10, 1880, p. 370 à 372; t. 14, 1886, p. 75 à 77 et 310 à 312; t. 15, 1888, p. 580, 611, 750, 846 à 850 et 889; t. 16, 1889, p. 347; t. 17, 1891, p. 198; t. 18, 1893, p. 392 à 420, 512 à 569, et 583 à 587; t. 19, 1895, p. 52 à 58, 113 à 136 et 177 à 211; t. 20, 1900, p. 42 à 46, 62 et 63, 67 à 70, 85 à 89, 190 et 191, 360 à 363, 426 et 427 et 431 à 528; t. 21, p. 82 à 157, 182 à 230, 751 à 760, 780 et 781. — *Instructiones ad Munera Apostolica rite obeunda, perutiles missionibus Chinæ, Tunkini, Cochinchinæ atque Siami accommodatæ, a Missionnariis S. Congregationis de Propaganda Fide, Juthiæ Siami congregatis, anno Domini 1665 concinnatæ, dicatæ Summo Pontifici Clementi IX*, Romæ, Ansmitti de Kronenfeld, 1669, in-12. — *Livre jaune*, 1893, *affaires de Siam.* — *Livre jaune*, 1893, *affaires du Haut Mékong.* — *Livre jaune*, 1896, *affaires de Siam.* — *Livre jaune*, novembre 1902, contenant le compte rendu des négociations poursuivies entre le Gouvernement français et le Gouvernement siamois de 1893 à 1902. — Ord. royale, 6 mars 1891, *sur les faillites*, trad. franç. mss., in-fol. (Bibl. du Comité de législ. étr.). — *Parliamentary Papers* : c. 7, 232, Londres, 1893, *Protocols and agreement between Great Britain and France*, July 31 and november 25, 1893; c. 7, 396, Londres, 1894, *Correspondence respecting the affairs of Siam.* — *Recueil consulaire du royaume de Belgique*, Bruxelles, in-8°, t. 71, c. 1, p. 109 à 186; Diemer (E.), *Rapport sur le Siam.* — *Recueil général de la législation et des traités concernant la propriété industrielle*, publié par le Bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, Berne, 1896-1899, 3 vol. in-8°, t. 2.

PÉRIODIQUES. — Annales de l'Association de la Propagation de la Foi, depuis 1825, 1 vol. in-8°, par an; n. 25, 1829 : Brugière, *Lettres de Bangkok*; sept. 1874, n. 276 : Gauthier (Mgr), *Une province au Laos* (le Tran-Ninh). — Annales de géographie, 1892-1893, n. 5 : Guillot (E.), *La France au Laos.* — Annales du Musée Guimet, t. 1, 1895, p. 38, et t. 5, p. 232 : Aymonier, *Voyage dans le Laos*; — t. 27, 1895 : Fournereau et Marcel (G.), *Le Siam ancien, archéologique, épigraphique et géographique.* — Asiatic Journal, 1830, t. 3 (nouv. série), p. 251 : Richardson, *Visit to Laos.* — Asiatic Researches, t. 20, 2e partie, p. 245, Calcutta, 1839 : Low (James), *On the government of Siam* (ibid.), p. 338; — du même, *On Siamese Literature.* — Bollet. della Soc. Geogr. Italiana, 2e sér., t. 11, sept. 1886, p. 689 : Luzzati (A.), *Il presente e l'avvenire del regno di Siam.* — Bull. écon. de l'Indo-Chine, Saïgon, *passim*; — Bull. de la soc. académique Indo-Chinoise, 1892, t. 3, p. 177 : Bock (C.), *Le Boudhisme au Laos.* — Bull. de la Soc. de géographie, 1875, t. 1 : Delaporte, *Régions inexplorées de l'Indo-Chine centrale*; — oct. 1876 : Harmand (Dr J.), *Exploration du Thenle-Repou, du Stung Sen et des pays Kouis*; — sept. 1877, *Notes sur les provinces du bassin méridional du Semoun*; — 1879, t. 1, p. 78, *De Bassak à Hué*; — 1883, p. 505 : Bock (C.), *Voyage de Bangkok à Xieng-Sen* (1881-1882); — 1885, p. 368 : Neis (Dr P.), *Voyage au Laos*; — 1892, p. 217 : Aymonier, *Une mission en Indo-Chine.* — Bull. de la soc. de géogr. commerciale de Paris, 1888, t. 10, p. 299 : Gauthier (C.), *De Bangkok à Saïgon par le Laos et le Mékong*; — 1892, t. 12, p. 448 : Topin, *Mission d'exploration et d'études dans le Laos inférieur*; — 1893, t. 15, p. 530 : Pontbellanger, *Le commerce au Siam*; — 1894, p. 477 : Jourdan, *Le Siam, son organisation administrative, financière et judiciaire*; — 1895, p. 223 : Orléans (prince H. d') et Roux, *La province de Battambang*; — 1895, p. 1009 : Macey (P.), *Cinq ans au Laos*; — 1896, p. 80 : lieutenant Debay, *Le pays compris entre Hué, Tourane, Attopeu et Bassac*; — 1896, p. 262 : Capitaine de Malglaive, *La pénétration au Laos par la brèche d'Ai-Lao*; — 1896, p. 425 : lieutenant Simon, *Le Mékong et l'Indo-Chine.* — Bull. de la soc. de géogr. de Lille, 1893, t. 20, p. 8 : Meichier, *La question du Siam*; — 1894, t. 22, p. 69 et 125 : Guillot, *La France au Laos et la question du Siam.* — Bull. de la soc. de géogr. de Madrid, 1892, t. 35, p. 201 : Duro, *Españoles en Camboja y Siam... siglo XVI.* — Bull. de la soc. de géogr. de Marseille, 1888, t. 12, p. 389 : Routier (Cl.), *Les chemins de fer dans le royaume de Siam.* — Bull. de la soc. de géogr. de Toulouse, 1893, t. 12, p. 495 : Maurel, *Histoire et mœurs de l'Indo-Chine.* — Bull. de la soc. de géogr. de Tours, 1894, t. 11, p. 41, *Le conflit franco-siamois.* — Bull. de la soc. de géogr. de l'Est, 1894, p. [illegible] : Alis (H.), *Une mission commerciale française au Laos.* — Bull. de la soc. de géogr. Rochefortaise, 1892, t. 14, p. 11 : Rochedragon, *Voyage au Siam.* — Bull. de la soc. des études Indo-Chinoises, 1892, p. 27 : Gsell [illegible], *Excursions dans les provinces de Pechaburi et de Korat.* — Bull. du Comité de l'Asie française, 2e année, 1903, *Nos relations avec le Siam.* — Comptes rendus de la Société de géographie, 1882, p. 350 : Harmand (Dr J.), *Sur la récente mission de Cochinchine du delta du Menam*; — 1884, p. 58, 208 et 240 : Neis (Dr P.), *Lettres sur un voyage au Laos*; — 1890, p. 159 : Gauthier, *Lettre sur un voyage au Laos par le Mékong*; — 1893, p. 293 : Rousset de La Salle, *Les Cambodgiens et les Annamites du royaume de Siam*; — 1893, p. 393 : Lapicque, *Le royaume de Siam et les territoires de la rive gauche du Mékong.* — Correspondant, 25 nov. 1903 : Mury (Francis), *L'expansion japonaise, le conflit avec la Russie, le Siam, le danger pour l'Indo-Chine.* — Excursions et reconnaissances, Saïgon, 1881, t. 3, n. 9; 1881-1882, t. 4, n. 10, 11, 12; 1883, t. 5, n. 14; 1884, t. [illegible], n. 15 : Pavie, *Excursion dans le royaume de Cambodge et le royaume de Siam*; — 1884-1885, t. 8, n. 19 et 20 : Harmand, *Voyage à Battambang et à Kanbourg*; — 1885, t. 8, n. 20 et 21; t. 9, n. 21 et 22 : Aymonier, *Notes sur le Laos*; — 1885-1886, t. 10, n. 24; t. 11, n. 25 : Boyen, *Aperçu sur la province de Battambang.* — Fortnightly Rewiew, nouv. sér., 1893, t. 53, p. 454 : Curzon (G.), *Progress in Siam.* — Geographical Journal, 1895, t. 6, p. 401 et 522 : Smyth (W.), *Notes on a journey to some of the South-Western Provinces of Siam*; — 1899, t. [illegible], p. 429 : Black (J.-S.), *Journey round Siam.* — Imperial and Asiatic Quarterly Rewiew, nouv. sér., 1894, t. 7, p. 1 : Prendergast, *England and France in Indo-China.* — Journal Asiatic Soc. of Bengal, t. 34, Calcutta, 1866 : Bastian (A.), *On some Siamese inscriptions.* — Journal of Manchester Geogr. soc., 1894, t. 10, p. 66 : Lamington (Lord), *Siam and Tonquin.* — Journal of Royal Geogr. soc., 1855 : Parkes (Sir Harry S.), *Geographical Notes on Siam*; — 1859, t. 30, p. 302 : Schomburgk (R.), *Boat excursion from Bangkok to the Pechaburi.* — Journal of the Straits Branch of Royal Asiatic Society, juin 1883, p. 123 : Cameron (W.), *On the Patani*; — n. 17, juin 1886, p. 1, et n. 18, déc. 1887, p. 16 : Satow (E.-M.), *Essay towards a Bibliography of Siam.* — Mémoires de la Soc. d'Anthropologie, t. 2, 2e sér., 1882, p. 314 : Harmand (Dr J.), *Les races indo-chinoises*; — t. 3, 2e sér., 1883 : Bock (C.), *Notes sur la population du Laos occidental.* — Mittheilungen de Petermann, 1862, p. 420, Richthofen, *Reise in Hinter-Indien.* — Nouveau Journal asiatique, 1832, t. 10, p. 414, *Description du royaume de Laos présentée en 1687 au roi de Siam par les envoyés du pays* (trad. franç.). — Nouvelle Revue, 1894, t. 87, p. 606 : Brevots (H.), *Le Siam.* — Nouvelles géographies, 1893, t. 3, p. 145 : Méher de Mathuisieulx, *Le Mékong.* — Proceed. of Royal Geogr. soc., 1886, p. 1 : Hallett (H.-C.), *Exploration survey for a railway connection between India, Siam and China*; — 1888, p. 117 : Mac-Carthy (J.), *Siam*; — 1891, p. 707 : Lamington (Lord), *Journey through the Transsalwin Shan States.* — Quinzaine coloniale, 1897, t. 1, p. 244, *Le commerce du bois de tek au Siam*, 1897; — t. 2, p. 293, *Le commerce de France au Siam.* — Revue coloniale, 1895, p. 12 : Odendhal, *Les ressources commerciales du Laos*; — 1896, p. 679 : Tournier, *Rapport économique sur le Laos.* — Revue de géographie internationale, 1885, n. 112 et s. : Neis (Dr P.), *Voyage dans le Haut Mékong*; — 1890, t. 15, p. 14, 69, 143, 190 : Gauthier (C.) et Pavie, *Voyage au Laos*; — 1891, t. 29, p. 183 : Delaporte, *La grande voie commerciale de l'Indo-Chine, le Mékong et la navigation à vapeur*; — t. 34, p. 132 : Pontbellanger, *Bangkok et le royaume de Siam.* — Revue de l'Orient, 1846, t. 9, p. 57 : Grandjean, *Voyage et séjour dans le royaume de Laos.* — Revue des Deux-Mondes, 1872 : Artefeuille (d'), *Voyage au Laos en 1868.* — Revue diplomatique et coloniale, 1897, n. 1 : Attanoux (J.-Bernard d'), *La navigabilité du Mékong, de la Chine au Haut-Laos.* — Revue du droit public, 1894, t. 1, p. 197 et s. : Méringhac, *L'incident franco-siamois et la question de l'Etat-tampon ou zone neutre.* — Revue française de l'étranger et des colonies, 1893, t. 17, p. 538 : Demanche, *La France et le Siam au Laos*; — t. 18, p. 360, *L'Etat-tampon du Haut-Mékong*; — 1894, t. 19, p. 47 : Voulzie, *L'Etat tampon du Mékong, convention avec l'Angleterre*; — 1895, t. 20, p. 715, *De l'Annam au Mékong.* — Revue générale de droit international public, Paris, 1894, p. 234 et s. : Paisant, *Les relations de la France avec le Siam et le différend franco-*

siamois; — 1896, p. 46, *France et Grande-Bretagne*, déclaration du 15 janv. 1896. — Revue maritime et coloniale, 1892, juin à août : Brossard de Corbigny, *De Saïgon à Bangkok par l'intérieur de l'Indo-Chine*; — 1890, t. 107 : Heurtel, *Voyage au Laos.* — Scottish Geogr. Magaz., 1893, t. 9, p. 449 : Trotter, *The Siamese Frontier.* — Tijdschrift van het aardrijkskundig Genootschap te, Amsterdam, 1877, 3e part., n. 1, 31-63 : Kruyt (J. A.), *Aanteekeningen en opmerkingen betreffende Siam*, etc. — *The Bangkok Recorder*, Journ. off. siamois, se publie en siamois et en anglais, Bangkok. — The law Times, 10 déc. 1898, *Extra-territorial juridiction A curious contempt of court question in Siam.* — Tour du Monde, 1863, n. 197 à 204 : Mouhot (H.), *Voyages dans les royaumes de Siam, de Laos, de Cambodge, et d'autres parties centrales de l'Indo-Chine;* — 1879, n. 965 et 967 et 1880, n. 1006 à 1010 : Harmand (Dr J.), *Le Laos et les populations sauvages de l'Indo-Chine*; — 1880, t. 39, p. 250, *De Bassak à Hué*; — 1885, 2e sem. Neis : (Dr P.), *Voyage au Laos.*

Droit internationnal. — Clercq (A. de) et Vallat (C. de), *Formulaire des chancelleries diplomatiques et consulaires*, 5e éd., Paris, 1888, 2 vol. in-8° ; — *Guide pratique des consulats*, 4e éd., Paris, 1880, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 444 à 448. — Dislère (Paul) et Mouy (R. de), *Droits et devoirs des Français dans les pays d'Orient et d'Extrême-Orient*, Paris, 1893, in-8°.

Index alphabétique.

DIVISION

CHAPITRE I.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES ET HISTORIQUES.

1. — Le royaume de Siam (*Sajam*), en Indo-Chine, est un des plus anciens Etats de l'Asie. L'origine du nom de Siam est controversée : selon les uns, elle viendrait du malais *sayam*, brun; selon les autres, *sajam*, trois, rappellerait les trois races qui auraient successivement dominé sur le pays. Les Siamois et les Laotiens s'appellent eux-même les *Thaï* (libres); les Laotiens sont les *Thaï-nyaï* (grands Thaï), et les Siamois, les Thaï-no- (petits Thaï). Les Siamois ont deux ères, l'ère religieuse (Pouttaï Sakarat) et l'ère civile (Chonla-Sakarat); la première part de l'an 543 avant Jésus-Christ, la seconde, de l'an 638 après Jésus-Christ. Les annales officielles du pays remontent à cette dernière date; elles se divisent en deux parties. La première partie, composée de trois volumes seulement, sous ce titre : *Phongsavada-Muangnua* (histoire du royaume du Nord), donne l'origine des Thaï et un abrégé de leur histoire jusqu'à la fondation de la capitale Ayuthia (ou Juthia); elle est remplie de fables et ne relate que peu de faits pouvant être retenus. La seconde partie, qui commence à la fondation d'Ayuthia (712 de l'ère civile siamoise, 1350 de l'ère chrétienne), et qui forme quarante volumes, offre au contraire l'histoire suivie et authentique de la nation thaï jusqu'à nos jours.

2. — Les Thaï paraissent bien avoir été les habitants primitifs du Siam. Les chroniques cambodgiennes font remonter l'arrivée des Khmers en Indo-Chine à l'an 543 avant Jésus-Christ; or, l'ère religieuse des Siamois, ainsi qu'il vient d'être dit, part de cette même date, qui est celle de la naissance du célèbre Phra-Kô-dom ou Sommana-Khô-dom, surnommé Çakya-Mouni, le quatrième Bouddha et le fondateur ou le réformateur du bouddhisme. Le bouddhisme ayant été introduit dans l'Indo-Chine par les Khmers, il y a, on le voit, concordance à peu près complète entre les traditions siamoises et les traditions cambodgiennes. C'est à la civilisation khmer que l'on doit les admirables ruines d'Angkor ou Nakhor-Vat, sur les confins du Siam et du Cambodge; Angkor fut prise par les Siamois aux Cambod-

[illegible] Jésus-Christ. L'affranchissement des Siamois, dans la première moitié du ve siècle de l'ère chrétienne, est attribué par les annales siamoises à Phra-Rouang, dont elles racontent la naissance mystérieuse. La fondation d'Ayuthia en 1350 fut l'œuvre du roi Phaya-Outhong, qui prit le titre de Phra-Rama-Thibodi. A cette époque, la domination siamoise s'étendait au sud jusqu'à la presqu'île Malaise, au Ténassérim, aux provinces de Moulmein, de Tavoy et de Martaban. Sans cesse en guerre avec le Cambodge, le Siam eut aussi à lutter, à partir du XVIe siècle, contre les Pégouans et les Birmans, qui réussirent en 1555 à s'emparer de sa capitale Ayuthia, malgré la résistance courageuse du roi Phra-Chao-Xang-Phren et des mercenaires portugais qu'il avait pris à sa solde. Dès 1567, d'ailleurs, le roi Phra-Naret chassait les Pégouans du territoire siamois; il conquérait ensuite le Laos et le Cambodge.

3. — Le XVIIe siècle est l'apogée de la puissance siamoise. En 1656, Phra-Naraï devenait roi sous le nom de Phra-Chao-Xamphuon, et, trois ans plus tard, arrivait à Ayuthia le célèbre Constantin Phalcon, plus connu sous le nom de Constance Phaulcon, grec de naissance et vénitien d'origine. Constance, dont le caractère a été parfois, mais bien à tort, présenté sous un jour défavorable, sut, par son rare mérite, se concilier la faveur du roi, qui le fit mandarin, puis premier ministre. Entièrement dévoué à la France, comme tous les Levantins d'alors, Constance profita des dispositions bienveillantes de Phra-Naraï à l'égard de la civilisation d'Occident pour persuader au prince d'entrer en relation avec Louis XIV. Dès le 22 août 1662, un français, Mgr de Lamothe-Lambert, évêque titulaire de Béryte, un des fondateurs de la congrégation des missions étrangères, arrivait à Ayuthia. En 1673, Mgr Pallu, évêque titulaire d'Héliopolis, apportait au roi de Siam des lettres du pape Clément IX et de Louis XIV; l'année suivante, M. Lanneau, sacré évêque de Métellopolis, devenait vicaire apostolique du Siam. En 1680, un comptoir français était fondé au Siam par Boureau-Deslandes; le 24 déc. 1680, le roi de Siam envoyait à la cour de France une première ambassade sur le *Soleil d'Orient*, qui périt, corps et biens, sur les côtes de Madagascar; le 25 janv. 1684, il en envoyait une seconde, qui fut reçue à Versailles, et à laquelle Louis XIV répondit par celle du chevalier de Chaumont. Parti de Brest le 3 mars 1685, Chaumont arriva le 23 septembre suivant à l'entrée du Ménam, fut accueilli avec la plus grande faveur et signa, le 10 déc. 1685, le traité de Louvo, en cinq articles, qui stipulait le libre exercice du christianime dans le royaume de Siam, pour les Siamois comme pour les étrangers. Chaumont rentra à Brest en juin 1686. L'année suivante, une nouvelle ambassade française eut pour résultat le traité du 11 déc. 1687, qui accordait à la France la forteresse de Bangkok et le port de Mergui.

4. — La chute et la mort de Constance, en 1688, ne suspendirent que momentanément la liberté d'action des missionnaires français; dès le mois d'avril 1691, cette liberté leur était rendue, et la série des vicaires apostoliques du Siam, appartenant à la congrégation française des Missions étrangères, s'est continuée sans interruption jusqu'à nos jours. Néanmoins, jusqu'à la fin du premiers tiers du XIXe siècle, le Siam demeura, sinon fermé aux sujets des nations d'Europe, du moins sans contact avec les Etats d'Occident. Un traité d'amitié et de commerce fut conclu avec les Etats-Unis le 20 mars 1833. Le Siam eut, au XVIIIe siècle, à subir de nombreuses vicissitudes. Alompra (Alaung Pra), roi d'Ava, en Birmanie (1711-1760), lui reprit le Ténassérim; le second successeur d'Alompra assiégea et prit Ayuthia, qu'il réduisit en cendres (1767). Le courageux général siamois, Phraya-Tak-Sin, fils d'un Chinois, réussit à rallier l'armée, chassa les Birmans, se fit roi et choisit Bangkok pour capitale du royaume; mais devenu fou, il fut mis à mort en 1782 par Phra-Chakri, son premier ministre, qui prit la couronne sous le nom de Phra-Phuti-Chau-Luang, et régna jusqu'en 1811. Son fils, Phendin-Klang, lui succéda et mourut, après quatorze ans de règne, en 1829. La couronne revenait au fils aîné de la reine, Cha-Fa-Mongkut; sous prétexte qu'il était trop jeune pour être roi, un de ses frères, plus âgé que lui, mais fils d'une concubine, s'empara du trône et régna sous le nom de Phra-Chao-Prasat-Thong. A la mort de l'usurpateur, en 1851, le prince qu'il avait évincé se fit proclamer roi sous le nom de Somdet-Phra-Paramander-Mongkut.

5. — Phra-Mongkut ne tarda pas à nouer des relations avec les Etats occidentaux : l'Angleterre tout d'abord, avec qui il conclut un traité d'amitié le 18 avr. 1855, les Etats-Unis, la France, traité du 15 août 1856, le Danemark, la Hollande, la Prusse (1862), l'Autriche, l'Italie et la Belgique (1868). Son fils, Phra-Somdet-Paramendr-Maha-Choula-Longkorn, lui succéda, le 1er oct. 1868, et règne encore aujourd'hui sur le Siam.

6. — Au retour de son court séjour au Siam en janvier 1867, M. le comte de Beauvoir pouvait, avec justesse (*Voyage autour du monde*, édit. de 1873, p. 378), montrer ce pays comme offrant encore l'image fidèle des royaumes asiatiques d'antan; le portrait piquant qu'il en traçait serait loin aujourd'hui d'être ressemblant. Sans doute, le Siam est demeuré une monarchie absolue et a gardé la plupart de ses institutions et de ses mœurs; mais, du moins en ce qui concerne les rapports avec le reste du monde, il est entré peu à peu dans les voies de la civilisation moderne. Il a accédé, le 31 mai 1883, à l'Union télégraphique, et le 1er juill. 1885, à l'Union postale universelle; il a été partie contractante à la convention de Bruxelles, du 5 juill. 1890, concernant la création d'une Union internationale pour la publication des tarifs douaniers, aux conventions postales de Vienne (4 juill. 1891) et de Washington (15 juin 1897), à la convention téléphonique internationale de Saint-Pétersbourg (22 juill. 1896); il a pris part à la conférence de la paix, tenue à la Haye en 1899, et il a signé les conventions et déclarations auxquelles a abouti cette conférence (29 juill. 1899).

7. — Au surplus, sa situation politique et juridique ne laisse pas, à l'heure présente, d'être complexe, et ces difficultés ont une origine ancienne. Nous avons noté déjà les guerres du Siam et du Cambodge, du Siam et de la Birmanie, le Siam cherchant à dominer sur le Cambodge, la Birmanie disputant au Siam le Ténassérin et la presqu'île Malaise. L'Annam, à son tour, était entré en scène à la fin du XVIIIe siècle, prétendant à la suzeraineté du Laos et du Cambodge. Menacé par l'Annam, le Cambodge se rapprocha du Siam qui, pour prix de sa protection, se fit céder par lui la province de Battambang. En 1829, la Birmanie, le Siam et l'Annam se partagèrent le Laos. En 1834, la mort de Néac-Ang-Chan, roi du Cambodge, fut le signal de nouveaux empiètements du Siam dans ce pays. L'Annam intervint, et de 1841 à 1847, prolongea contre le Siam une guerre qui se termina par la promesse du Cambodge de payer tribut tout à la fois au Siam et à l'Annam. A la suite de la conquête de la Basse-Cochinchine par la France, le Siam chercha à reprendre sur le Cambodge une influence prépondérante. Vainement, l'amiral de la Grandière imposa à Norodom (11 août 1863) un traité d'amitié et de commerce avec la France, ou, à vrai dire, un traité de protectorat, aux termes duquel notre représentant à Oudong (alors capitale du Cambodge) était officiellement chargé des rapports du Cambodge avec la France : le 1er décembre suivant, le roi du Cambodge n'en signait pas moins avec le Siam un traité secret (ratifié en janvier 1864), par lequel il était entendu que le Siam réservait ses droits à la suzeraineté du Cambodge et à la possession des provinces de Battambang et d'Angkor, et du Laos jusqu'au Grand-Fleuve (Mékong). Le Gouvernement français ne tarda pas, d'ailleurs, à avoir connaissance de ce traité, et, le 15 juill. 1867, un autre traité, conclu à Paris avec le représentant du Siam, le déclara non avenu, assura la reconnaissance par ce dernier Etat du protectorat de la France sur le Cambodge et la renonciation du Siam au tribut que lui payait le monarque cambodgien, affirma (art. 6) la liberté de navigation pour les bâtiments sous pavillon français dans les parties du Mékong et de la mer Intérieure (Thonlé-Sap) qui touchaient aux possessions siamoises, mais déclara (art. 4) que les provinces de Battambang et d'Angkor resteraient au roi de Siam. L'abandon au Siam des provinces d'Angkor et de Battambang était nécessité par les circonstances et compensé par de sérieux avantages, mais il fut très-pénible au souverain du Cambodge, ces deux provinces étant cambodgiennes par leur histoire, leurs mœurs et leur population. Le roi Norodom protesta; sa plainte resta vaine, mais la question devait être plus tard reprise.

8. — En 1884 et 1885, quand l'Angleterre vit la France asseoir sa domination sur l'Annam et le Tonkin, elle craignit que la Haute-Birmanie, qu'elle s'était toujours réservée, ne lui échappât; de fait, le roi de Mandalay, Thibo, avait consenti, en 1884, à l'établissement d'un consul français dans sa capitale et signé avec la France un traité de commerce et d'amitié; en novembre 1885, le Gouvernement britannique, sous prétexte de terminer un différend survenu entre Thibo et une compagnie anglaise, fit envahir la Haute-Birmanie par ses troupes et l'annexa à ses possessions (Décr. 1er janv. 1886). L'Angleterre possédait de longue

date les *Straits Settlements* (établissements du détroit de Malacca), savoir : les territoires de Penang, Wellesley, Dindings, Malacca et Singapour ; en 1874 et 1875, elle avait étendu son protectorat aux États indépendants de Pérak, de Selangor et de Sungei-Ujong; en 1885, elle l'imposa de même aux États indépendants de Djohore et de Pahang, et en 1889, à une confédération de sept petits États, dite Negri-Sembilan. Le Siam conservait dans la presqu'île Malaise la suzeraineté de plusieurs États : Ligor, Singora, Keddah, Patani, Kelantan, Tringganu ; cette suzeraineté se traduisait uniquement par l'obligation, qui incombait aux rajahs ou sultans de ces États, d'apporter tous les trois ans à Bangkok un arbre d'or ou d'argent (V. *infra*, n. 9), ainsi qu'une certaine quantité de poudre d'or. La plupart de ces États comprenaient eux-mêmes plusieurs principautés qui relevaient d'eux, ou bien ils se divisaient en plusieurs petits États. celui de Patani notamment en comprenait neuf : Toudjong, Patani, Djering, Saï, Jeph, Tenom, Djalor, Reman, Ligeh. C'était, on le voit, le régime féodal. L'Angleterre désirait mettre la main sur ces États vassaux du Siam, et compléter ainsi sa domination sur la presqu'île Malaise.

9. — L'ancien royaume du Laos, partagé en 1829, ainsi qu'il a été dit, entre la Birmanie, l'Annam et le Siam, se trouvait également divisé en une foule de petits États vassaux ou de provinces à peu près autonomes. Le Siam considérait comme relevant de lui: 1° les États ou provinces suivants : Oubon, Bassac, Kemmarat, Nongkaï, Xieng-Kang, Kentao, Xieng-Khong, Xieng-Hai, Louang-Prabang ; 2° les États laotiens : Xieng-Maï, Muang-Nan, Xieng-Sen, Lakhon, Lampoun ou Lampoung, Muong-Prao. Parmi ces territoires, les États (royaumes ou principautés) payaient chacun au Siam un tribut triennal, sous forme d'un arbre en or ou en argent (la tige avait 2m,40 de hauteur et 0m,12 de diamètre), qui valait 120 ticaux (400 fr.) s'il était en argent, et 1,080 ticaux (3,600 fr.), s'il était en or; on y ajoutait tantôt un collier en or, orné de pierres précieuses, tantôt des boîtes d'or, tantôt d'autres objets d'or ou d'argent, dont la valeur totale dépassait souvent 15,000 fr. Le prince de Louang-Prabang était en outre théoriquement tenu d'envoyer tous les huit ans à l'empereur de Chine deux éléphants en signe d'hommage, et de payer un tribut triennal à la cour de Hué; mais la révolte des musulmans du Yun-nan avait, depuis 1857, interrompu ses relations avec la Chine, et il profitait des troubles de l'Annam pour se dispenser de son obligation envers ce dernier État. Quant aux provinces, le gouverneur de plusieurs d'entre elles était nécessairement choisi parmi les membres de la famille des anciens souverains du Laos.

10. — En 1884, le roi Thibo avait reconnu vis-à-vis de la France que le Mékong était la frontière naturelle de l'Annam et du Tonkin. Lorsque l'Angleterre eut annexé la Haute-Birmanie, elle conçut l'espoir d'évincer la France de la vallée du Haut-Mékong, tout en se réservant la faculté de pénétrer dans les provinces méridionales de la Chine par une voie ferrée allant de la mer des Indes aux marchés du Yun-nan; quant à la vallée du Moyen-Mékong, elle engagea la cour de Siam à y envoyer des commissaires, qui finirent par installer des postes fortifiés jusqu'en plein territoire annamite, à une cinquantaine de kilomètres de Hué. Il importe d'ajouter que, dès 1884, la France avait proposé à l'Angleterre la neutralisation du Siam, qu'en 1892 des pourparlers sérieux furent entamés dans ce but entre les deux Gouvernements, mais que, tandis qu'ils se poursuivaient, le cabinet britannique négociait avec la cour de Pékin afin de s'assurer la possession du Haut-Mékong et d'opposer ensuite à la France le fait accompli.

11. — Sur ces entrefaites, les empiètements du Siam sur le Laos annamite prirent de telles proportions que le Gouvernement français fit occuper par nos troupes Stung-Treng et l'île de Khong sur le Mékong (4 avr. 1893) ; un ultimatum fut adressé (18 juil. 1893) à la cour de Bangkok et demeura sans réponse. Le 13 juill. 1893, l'*Inconstant* et la *Comète* forcèrent la passe du Ménam et remontèrent jusqu'à Bangkok; le 29 août, la ville de Chantaboun fut occupée. Devant ces démonstrations, le Gouvernement siamois signa, le 3 oct. 1893, à Bangkok, un traité qui assurait à la France la libre navigation sur le Mékong et lui faisait abandon de tout droit de souveraineté siamoise sur la rive gauche de ce fleuve, qui constituait tout le long de la rive droite du Mékong, une zone neutre d'une largeur de 25 kilomètres dans laquelle la France aurait un droit de contrôle politique et un droit de police; qui accordait (art. 6) à la France le droit de [illegible] les provinces jadis cambodgiennes de [illegible] et de Battambang jusqu'à l'exécution du traité, et [illegible] jusqu'à l'évacuation complète et [illegible] pacification de la rive gauche du Mékong et des zones désignées dans l'art. 3 du traité ; qui interdisait au Gouvernement siamois de construire aucun poste fortifié et d'avoir aucun établissement militaire dans les provinces de Battambang et de Siem-Réap (Angkor) et dans la zone [illegible] de la rive droite du Mékong; qui admettait (art. 4) à la protection française tous les [illegible] les anciens prisonniers de guerre transportés et détenus au Siam à la suite d'expéditions sur [illegible] du Mékong [illegible] l'échange des ratifications (Paris [illegible]), le Gouvernement [illegible] tout [illegible] sur l'exécution du traité. Mais, peu après, les [illegible] se [illegible] par les commissaires [illegible] qui, dans la province d'Annam, [illegible] tolérés, sous prétexte que [illegible] étaient au nombre des monuments historiques dont le traité avait autorisé la conservation; qui, dans la province de Battambang, faisaient rentrer, en qualité de gardes de police, des contingents militaires qu'ils en avaient précédemment fait sortir. A nos réclamations, la cour de Bangkok opposa des moyens dilatoires ; cependant, elle finit par offrir de conclure une convention supplémentaire, qui fut signée à Paris (sept. 1894) par M. Hanotaux et le prince Vasthi, et qui autorisa la création de commissions mixtes permanentes, siégeant sur des points déterminés et pouvant se transporter rapidement sur place afin de vider les différends qui viendraient à se produire dans les provinces de Battambang et d'Angkor ainsi que dans la zone neutre de la rive droite du Mékong.

12. — Lors des opérations françaises dans le Ménam, les rapports de la France et de l'Angleterre devinrent nécessairement fort tendus; les négociations entre les deux pays furent suspendues, mais elles reprirent assez promptement entre M. Develle, ministre des Affaires étrangères, et Lord Dufferin, ambassadeur à Paris ; elles aboutirent au protocole du 25 nov. 1893, qui admit le principe de la création, préconisée par l'Angleterre, d'une zone neutre, d'un État-tampon, dans les régions où le Siam devait renoncer à sa souveraineté en faveur de la France, et où les établissements français du Tonkin allaient devenir contigus à ceux de l'Angleterre dans la Haute-Birmanie. Une commission mixte fut nommée (fin 1894), afin d'examiner sur place l'opportunité et les conditions de cette création d'une zone neutre. Mais là aussi, les difficultés naquirent vite : les commissaires anglais firent occuper par des troupes indiennes Muong-Sing, capitale du « royaume » de Xieng-Kheng ; or, cette ville se trouvait à gauche du Mékong, et l'État de Xieng-Kheng, avant le traité du 3 oct. 1893, se reconnaissait vassal du Siam ; la violation des droits de la France, substituée au Siam par ce traité, était donc évidente. L'idée d'une zone neutre, d'un État-tampon, rencontrait d'ailleurs en France un accueil défavorable dans l'opinion publique. Cependant, la diplomatie française déployait beaucoup d'activité : le 20 juin 1895, était signé un traité franco-chinois, qui modifiait la frontière de nos possessions en Indo-Chine, en la faisant passer au nord de Muong-Sing pour aboutir au Mékong. Cet événement détermina l'Angleterre à se hâter d'en terminer. Une déclaration, signée à Londres, le 15 janv. 1896, par le baron de Courcel et lord Salisbury, témoigna de l'abandon définitif de l'idée d'un État-tampon ; elle stipulait : « Les Gouvernements de France et de Grande-Bretagne s'engagent mutuellement à ne faire pénétrer, dans aucun cas ou sous « aucun prétexte, sans le consentement l'un de l'autre, leurs « forces armées dans la région comprenant les bassins des rivières « Petchabouri, Mékong, Ménam et Bang-Pekong (rivière de Petriou), et de leurs affluents respectifs, ainsi que le littoral qui « s'étend depuis Muong-Bang-Tapan jusqu'à Muong-Pasé, les « bassins des rivières sur lesquelles sont situées ces deux villes, « et les bassins des autres rivières, dont les embouchures sont « incluses dans cette étendue de littoral, et comprenant aussi le « territoire situé au nord du bassin du Ménam, entre la frontière « anglo-siamoise, le fleuve Mékong, et la limite orientale du bassin du Mékong. Ils s'engagent en outre à n'acquérir dans cette « région aucun privilège ou avantage particulier dont le bénéfice « ne soit pas commun à la France et à la Grande-Bretagne, à leurs « nationaux ou ressortissants, ou qui ne leur serait pas accessible « sur le pied de l'égalité. Ces stipulations toutefois ne seront pas « interprétées comme dérogeant aux clauses spéciales qui, en vertu

« du traité conclu le 3 oct. 1893, entre la France et le Siam, s'ap-« pliquent à une zone de 25 kilomètres sur la rive droite du Mé-« kong et à la navigation de ce fleuve ». Ainsi les deux gouvernements considéraient le Siam central seulement, c'est-à-dire le bassin du Ménam, comme demeurant un Etat intangible ; toute atteinte portée par l'un d'eux à l'intégrité de ce territoire serait regardée par l'autre comme une violation du droit, parce qu'elle serait de nature à modifier la configuration générale de l'Indo-Chine ; mais, quant au reste du Siam, tout en déclarant reconnaître les droits de souveraineté du roi Choula-Longkorn, ils le partageaient en deux zones d'influence, sur lesquelles ils se reconnaissaient, chacun dans la zone qu'ils s'attribuaient, un libre droit d'action ; pour le Siam central uniquement, ils s'interdisaient d'agir autrement que de concert. Ces deux zones d'influence comprenaient, savoir : la zone anglaise, la presqu'île Malaise tout entière et le bassin de la Salouen ; la zone française, les anciennes provinces cambodgiennes et la partie du Laos située sur la rive droite du Mékong. C'était là, a-t-on dit, le régime du protectorat : il est vrai que chacune des deux puissances signataires entendait protéger la zone qui lui était dévolue contre toute incursion venant d'un autre qu'elle-même ; mais un Etat ne peut être dit pays de protectorat que quand il a lui-même accepté d'être protégé, et tel n'était pas le cas. La zone neutre, créée par le traité franco-siamois du 3 oct. 1893, gardait le régime spécial qui lui avait été conféré par ce traité.

13. — L'Angleterre chercha vite à profiter de la déclaration du 15 janv. 1896, pour mettre la main sur les Etats de la presqu'île Malaise, vassaux du Siam, que cette déclaration avait placés dans sa zone d'influence. Au commencement d'octobre 1902, un accord intervint entre elle et le Siam, qui lui assurait dans les Etats de Kélantan et de Tringanou une situation privilégiée. Le bruit se répandit en même temps que, trois ans auparavant, deux autres conventions secrètes avaient été conclues entre le Gouvernement anglais et le Gouvernement siamois, dont l'un stipulait l'enregistrement, comme sujets britanniques, des Asiatiques, sujets anglais nés au Siam, jusqu'à la deuxième génération seulement. La France, au contraire, se voyait sans cesse en butte à des difficultés nouvelles que lui suscitaient les Siamois. L'assassinat d'un inspecteur français, la conspiration d'un officier siamois, qui fut découverte par le commandant de la canonnière française le *Pluvier*, plusieurs incursions armées dans la partie de la principauté de Louang-Prabang située dans la zone neutre de 25 kilomètres, furent autant de motifs légitimes de prolonger l'occupation de Chantaboun et d'exiger des explications de la part de la cour de Bangkok. Au début de l'année 1899, M. Doumer, alors gouverneur général de l'Indo-Chine, se rendit à Bangkok, et le 21 avril fit connaître au ministre des Colonies que l'accord entre le roi de Siam et le Gouvernement français s'était établi sur les bases suivantes : 1° le Roi allait demander immédiatement au Gouvernement français un ingénieur des ponts et chaussées, pour être mis à la tête du service des travaux publics du gouvernement local, comprenant la ville et le port de Bangkok ; 2° l'enseignement du français serait rendu obligatoire dans les collèges du Siam, et des professeurs français appelés à les diriger. En retour le Gouvernement français prenait les engagements suivants : 1° tous protégés actuellement inscrits étaient reconnus par le Siam ; la légation de France ferait elle-même la révision des listes et éliminerait les noms inscrits par fraude ou erreur. Pour l'avenir les Annamites, Laotiens, Cambodgiens, venus s'établir au Siam, seraient protégés français jusqu'à la seconde génération ; les petits-fils seraient sujets siamois. Les Chinois pourraient être protégés français s'ils étaient nés dans une possession française ou y avaient un établissement quelconque ; 2° zone de 25 kilomètres : la clause du traité de 1893 était maintenue, mais il était entendu que la France lui donnerait une interprétation strictement militaire, que le texte semble d'ailleurs indiquer, et que la France n'y entraverait pas l'administration siamoise. Le Gouvernement siamois cédait les provinces de la rive droite du royaume de Louang-Prabang, mais la France évacuerait Chantaboun. Mais aussitôt après le départ de M. Doumer, le Gouvernement siamois parut ne plus se souvenir des promesses qu'il avait faites au gouverneur général de l'Indo-Chine. Les pourparlers néanmoins continuèrent entre la cour de Siam et le représentant français à Bangkok ; il fallut les interrompre en février 1900 ; ils ne reprirent qu'en juillet 1901 et ils aboutirent à une convention en date du 7 oct. 1902. Mal accueillie par l'opinion, cette convention ne fut pas ratifiée par le Parlement français et devint caduque. D'autre part, il semble bien qu'au mois de juin 1903, l'Angleterre se soit fait céder par la cour de Bangkok, au moyen d'un traité secret, l'administration de la principauté de Kélantan.

14. — Les pourparlers continuèrent entre le Gouvernement français et le Gouvernement siamois, et le 3 février 1904, un nouveau traité fut signé à Paris entre le ministre des Affaires étrangères et le ministre plénipotentiaire du Siam. Cette nouvelle convention dont nous donnons le texte (V. l'annexe) est en ce moment soumise au parlement français.

CHAPITRE II.

ORGANISATION POLITIQUE.

§ 1. *Forme du Gouvernement et notions générales.*

15. — Le Gouvernement du Siam est une monarchie absolue. En théorie, le Roi est le maître de la personne et des biens de ses sujets. Il n'y a ni représentation nationale, ni concours de la nation à l'élaboration des lois nouvelles. Le Roi peut user à son gré du montant de tous les revenus publics. Il peut librement aussi établir de nouveaux impôts ou augmenter les impôts déjà existants. En fait, le Gouvernement paraît s'abstenir et s'être presque toujours abstenu vis-à-vis de ses sujets d'actes arbitraires, et les lois anciennes étant revêtues d'une sorte de caractère sacré, s'imposent avec force au monarque lui-même, qui se soustrait difficilement à l'empire des coutumes séculaires. La douceur générale des mœurs contribue à maintenir l'harmonie entre les divers éléments de la nation. Les plus graves reproches que l'on puisse adresser au Gouvernement siamois, c'est tout d'abord de maintenir l'institution de la corvée, qui pèse lourdement sur une des classes de la population ; c'est ensuite de conserver le système de la forme des impôts, qui donne lieu à de nombreux abus. Malgré ces abus, parfois ces exactions, le pays presque partout est riche et prospère. Il n'y a pas de dette publique.

§ 2. *Le Roi et la Maison royale.*

16. — Le Roi s'intitule : Roi de Siam, au nord et au sud, et de toutes les dépendances, des Laotiens, des Malais, des Karên, etc. (*Almanach de Gotha*, 1904). Il est qualifié de : Chaophendin (maître de la terre), Chao-fa (fils du ciel), Chao-xivitr (maître de la vie), phra-maha-krasat (divin grand empereur), etc. Il n'est pas permis de le désigner par son nom, mais seulement par ses titres royaux, ou par le mot To (Lui). Autrefois, nul, à l'exception du second roi, n'avait le droit de se présenter devant Sa Majesté qu'à genoux, le front dans la poussière et les coudes appuyés sur le sol. Ces marques de servilité et d'autres analogues, qui tiraient, du reste, leur origine de la croyance que le monarque est une incarnation vivante de Bouddha, ont été abolies par le Roi régnant lors de son avènement. Le principal emblème de la royauté est le *savetraxat* (parasol à sept étages). Les cérémonies du sacre et du couronnement sont décrites dans la plupart des ouvrages qui ont trait au royaume de Siam.

17. — Les règles de l'étiquette sont inscrites dans un vieux livre, intitulé : *Phra-raxa-montieraban;* elles prévoient minutieusement tous les actes du monarque, mais ce dernier n'a garde de les observer scrupuleusement.

18. — Le Roi n'a qu'une épouse légitime, qui est généralement sa proche parente et qui porte le titre de Reine ; mais il entretient un grand nombre de concubines. Le palais de la Reine sert de sérail ; il est sous les ordres d'une gouvernante de la Maison de la Reine, assistée d'une centaine de dames de service. Les filles du Roi, qui sont condamnées au célibat perpétuel, y passent leur vie entière.

19. — Le trône est héréditaire, mais le Roi a le droit de choisir son successeur parmi ses fils ; en fait, c'est presque toujours le fils aîné de la Reine qui remplace son père. Le prince héritier actuel a été proclamé tel le 17 janvier 1895.

§ 3. *Le second et le troisième rois et les princes du sang.*

20. — L'institution du second roi se rencontre non seulement au Siam, mais dans la plupart des « royaumes » laotiens.

21. — Autrefois le second roi de Siam était dit : *Ouparat*; depuis, il a été qualifié de *Vang-na* (palais de l'Est), par opposition au premier roi, qui est dit : *Vang-louang* (palais de l'Ouest. Le second roi est ou « le père de la Reine » (ce qui revient à dire qu'il est l'oncle du premier Roi, ce dernier épousant généralement sa cousine germaine), ou le frère du Roi régnant. Il jouit des honneurs royaux, et, quand il va visiter le premier Roi, ce qu'il est tenu de faire de temps à autre, il s'assied à côté de lui. Les notions que l'on donne communément sur ses attributions sont fausses : à part son titre de roi, sa situation est exactement la même que celle de *Monsieur*, frère du Roi, sous notre ancien régime, lequel avait de même une garde et une cour, mais n'avait de plein droit aucun pouvoir dans l'Etat.

22. — Le *Vang-lang* (palais en arrière) ou troisième roi est un frère du Roi régnant. Il jouit, lui aussi, d'honneurs royaux ou quasi-royaux, mais il a, de plus, des fonctions déterminées. Ces fonctions sont analogues à celles de l'ancien grand-maître de France, c'est-à-dire qu'il est chargé de la police de la cour et de la Maison royale.

23. — Le *Vang-lang* est le premier de la catégorie des quatre princes appelés *krommaluang*; au-dessous de ces princes sont les quatre *krommakhoun*; au-dessous de ces derniers, les quatre *krommamoung;* au-dessous encore, les simples *kromma,* c'est-à-dire tous les autres princes de sang royal. La qualité de prince du sang ne se transmet d'ailleurs (de père en fils) que jusqu'à la troisième génération, après quoi le rejeton n'est plus qu'un simple sujet, à moins qu'il n'obtienne du Roi des lettres de relief. C'est, en somme, avec un troisième échelon intercalaire, la même hiérarchie que dans l'ancienne Maison de France : les fils de France, les petits-fils de France et les princes du sang; mais, avec ces différences notables que la qualité de fils ou de petit-fils de France était la conséquence de la naissance, et non une dignité conférée par le roi, et que la qualité de prince du sang était indéfiniment transmissible.

§ 4. *Les classes sociales.*

24. — I. *Mandarins.* — Les mandarins, c'est-à-dire les fonctionnaires, forment une classe privilégiée, mais factice, et nullement une aristocratie. Leur hiérarchie offre beaucoup d'analogie avec le *Tableau des Rangs* de l'Empire russe. Ils sont révocables, et leurs titres, — il y en a six : Chao-Phya, Phya, Phra, Louang, Khoun, Moun, — se perdent avec les fonctions dont ils sont l'attribut. Ces titres sont d'ailleurs personnels, mais par politesse on les donne aussi aux femmes et aux enfants des mandarins.

25. — Les mandarins sont nommés par le Roi, par les ministres ou par les gouverneurs de provinces, sur des recommandations qui sont loin d'être désintéressées.

26. — Quand le Roi nomme un mandarin, il lui donne, en signe d'investiture, une décoration et des présents proportionnés au grade; en outre, il lui ouvre un crédit annuel (*bio-wat*), d'ailleurs dérisoire, et il lui attribue un certain nombre de clients dont le mandarin percevra, sous sa responsabilité, les impositions, à charge de les verser au Trésor après un prélèvement déterminé. Ce prélèvement est d'ordinaire fortement dépassé, et de plus les mandarins contraignent leurs clients à leur rendre gratuitement une foule de services. Enfin, tout titre comporte un *sarkna*, autrefois un apanage foncier, aujourd'hui un privilège pécuniaire, qui consiste dans un coefficient multipliant l'amende dont est frappé tout administré qui a porté contre un fonctionnaire une plainte reconnue mal fondée.

27. — II. *Clients* (*lek*). — Ils sont réservés pour le service du Roi (ceux-là sont les *mahat-lek*), des princes ou des grands mandarins, leurs chefs respectifs. Nul ne peut les arrêter sans le consentement de leurs patrons. Ils paient au Trésor une taxe annuelle, qui n'est pas fixe.

28. — III. *Soldats.* — Cette classe comprend les individus parmi lesquels se recrute l'armée. Ils sont tenus à trois mois de service par an, et le Gouvernement peut à tout moment les appeler sous les drapeaux. Quand ils sont à l'armée, ils ont droit à une solde minime, qui est payée fort irrégulièrement. Ils ne sont pas astreints à d'autres charges.

29. — IV. *Contribuables.* — Ils paient une contribution annuelle, tantôt en argent, tantôt en nature, et ne sont pas soumis aux corvées.

30. — V. *Corvéables* ([illegible]). — Ils doivent à l'Etat trois mois de travail par an, et pendant ce temps ils sont employés à construire des routes et à exécuter tous autres travaux publics, sans pouvoir distraire un moment à leur profit, sans toucher la moindre rétribution, et en se nourrissant même à leurs frais. Ils peuvent se racheter, mais à un taux très onéreux.

31. — VI. *Esclaves.* — Il y avait, avant 1868, trois catégories d'esclaves au Siam : les captifs; c'étaient les habitants des deux sexes des villes qui avaient été prises; le roi les distribuait à ses mandarins; ils pouvaient changer de maître à leur gré, pourvu que leur nouveau maître payât leur rançon à leur ancien propriétaire; — les individus qui s'étaient vendus comme esclaves : ils pouvaient se libérer en remboursant à leur maître le prix que celui-ci leur avait versé, ou changer de maître, pourvu que leur nouveau propriétaire payât leur rançon; — les esclaves irrédimibles; c'étaient les enfants des deux sexes que leurs parents avaient vendus irrévocablement. Le contrat d'esclavage (*nangsu 'sankrom*) était reçu en la forme authentique par l'*ampeu* (chef de village) en présence de deux témoins. La loi siamoise fixait la ration et le vêtement auquel l'esclave avait droit. L'esclave était généralement bien traité.

32. — L'esclavage a été aboli en 1868 par le roi Choula-Longkorn, à son avènement; néanmoins la loi de Marong (c'est-à-dire de l'année du Grand Serpent, durant laquelle cette loi fut promulguée), qui prit cette mesure, laissa subsister les contrats d'esclavage alors en vigueur et même admit que les enfants des deux sexes nés avant 1868, pourraient encore être vendus sans faculté de rachat, mais décida que ceux nés depuis 1868 ne pourraient plus l'être que jusqu'à l'âge de vingt et un ans seulement, les filles pour une somme ne dépassant pas 36 ticaux (72 fr.), les garçons pour une somme ne dépassant pas 40 ticaux; à vingt et un ans, l'enfant redeviendrait libre sans avoir rien à payer à son maître.

33. — Par application de cette loi, il ne peut plus aujourd'hui y avoir au Siam d'esclaves irrédimibles que les individus nés avant 1868, mais la loi est tournée de la manière suivante : le père qui peut bien encore se vendre lui-même sans limitation de durée, parce qu'il est né avant 1868, mais qui ne peut plus vendre son enfant comme esclave irrédimible, se vend en effet lui-même et insère dans le contrat une clause au moyen de laquelle l'enfant travaillera chez le maître à ses lieu et place, jusqu'à ce que lui-même ait remboursé le prix d'achat.

§ 5. *Le Cabinet civil du Roi.*

34. — Il se compose (*Almanach de Gotha*, 1904) d'un secrétaire particulier pour les affaires siamoises, qui est en même temps administrateur de la Caisse privée du Roi, et d'un secrétaire particulier pour les affaires étrangères.

§ 6. *Le Ministère (Sabha Senabodi) et les départements ministériels.*

35. — Le ministère, création du Roi régnant, n'est pas un conseil des ministres, mais une institution analogue au Conseil du Roi de notre ancien régime; en font seuls partie ceux des ministres qui ont le titre de ministres d'Etat. Ce sont, d'après l'*Almanach de Gotha* (1904), les ministres des Affaires étrangères, de l'Intérieur, de la Guerre, des Finances, de la Justice, de l'Administration locale, de l'Instruction publique et des Cultes, de l'Agriculture, des Travaux publics, de la Maison royale. Les membres du ministère sont presque tous des princes de la famille royale, et c'est là encore une innovation du roi régnant; jusqu'alors, en effet, les princes du sang étaient tenus à l'écart du Gouvernement.

36. — D'après l'*Almanach de Gotha* également, les départements ministériels sont les suivants : Affaires étrangères, Ministère des provinces, Intérieur, Finances, Justice, Administration locale, Intruction publique, Travaux publics, Agriculture, Guerre. Chacun de ces départements, sauf le ministère des provinces, a à sa tête, au-dessous du ministre, un haut personnage, qui est dit tantôt secrétaire d'Etat, tantôt sous-secrétaire d'Etat, tantôt vice-ministre. Le département de l'Intérieur comprend les grandes divisions suivantes : comptabilité, département po-

litique, département local, administration forestière, mines, impôts internes, gendarmerie des provinces.

§ 7. *Le Conseil d'État.*

37. — Créé par le Roi régnant, le 10 mai 1874, il se compose de cinquante-cinq membres, dont les ministres d'Etat, membres de droit, et le reste nommé par le Roi. Ce n'est qu'un comité consultatif, chargé de préparer la solution des affaires administratives. Le Roi décide librement.

§ 8. *Le Conseil législatif*

38. — Créé par décret royal du 10 janv. 1895, il se compose des ministres et anciens ministres d'Etat, membres de droit, et de douze autres membres au moins, nommés directement par le Roi. Il est chargé de la préparation et de la délibération des lois, mais le Roi demeure maître d'accepter, de rejeter ou de modifier librement les projets qu'il lui soumet.

CHAPITRE III.

ORGANISATION ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE.

39. — Comme en France, sous l'ancien régime, les provinces (et les Etats vassaux) ressortissaient naguère encore à plusieurs ministères : Intérieur, Guerre, Affaires étrangères. L'*Almanach de Gotha* donne présentement le tableau suivant : 1° Districts (c'est le terme uniforme sous lequel il désigne provinces et Etats vassaux) ressortissant au département politique (du ministère de l'Intérieur) : district nord-ouest (chef-lieu Xieng-Maï); district nord-est (ch.-l. Ban-Dua-Makeng); district du Nord; district de l'Est (ch.-l. Battambang); district de Battambang (ch.-l. Sisophon); district de Tchoumpon (ch.-l. Tchoumpon); district de Ligor (ch.-l. Sengora); district de Kedah (ch.-l. Kedah); district du littoral occidental; 2° districts ressortissant au département local (du ministère de l'Intérieur) : Ayuthia (ch.-l. Ayuthia); district de Patchim (ch. l. Patchim); district de Phitsanoulok (ch.-l. Phitsanoulok); district de Petchaboun; district de Thoumbon; district de Nakhon-Sawan (ch.-l. Nakhon-Sawan); district de Ratbouri (ch.-l. Ratbouri); district de Nakhon-Tchaïsi (ch.-l. Phra-Prathom). L'*Almanach de Gotha* indique en outre, sous la rubrique : commissaires royaux et gouverneurs généraux, les noms du fonctionnaire suprême de chacun de ces districts. Ce fonctionnaire est un gouverneur général dans une province, un commissaire royal, c'est-à-dire un résident envoyé par la cour de Bangkok, dans un Etat vassal. Selon le rang de la circonscription, le fonctionnaire suprême est un prince (*krom*), un *chao-phya* ou un *phya;* le titre d'ailleurs n'influe en rien sur l'étendue des pouvoirs; de même en France, les préfets des trois classes ont des pouvoirs semblables.

40. — Les Etats de la presqu'île Malaise, vassaux du Siam, sont gouvernés librement par des sultans héréditaires. — V. *suprà*, n. 8, 13 et 14.

41. — Dans la zone neutre de 25 kilomètres de large sur la rive droite du Mékong, la France a des agents commerciaux, sans fonctions administratives, dans les villes suivantes : Bassak, Kemmarat, Ban-Monk-Dahan, Lakhon, Outen, Xieng-Khong, Paklay, Nong-Kaï, Xieng-Khan et Xieng-Sen.

42. — Dans la zone livrée à l'influence anglaise par l'accord franco-anglais du 15 janv. 1896, la France a un consul à Korat et un autre à Oubon.

43. — Le Laos siamois comprend plusieurs principautés (*muong*), Etats minuscules à la tête de chacun desquels se trouve un chef qui porte, selon l'importance de son territoire, le titre de *Chau*, d'*Oppahat*, de *Réachvong* ou de *Réachbot*. Il est nommé à vie par le Roi, vis-à-vis de qui il est responsable de l'impôt, de la tranquillité publique et de la bonne administration civile et judiciaire. Il ne peut être révoqué qu'en cas de non-paiement de l'impôt, de rébellion personnelle ou de soulèvement populaire causé par les exactions qu'il aurait commises. Il doit personnellement porter l'impôt tous les trois ans à la cour de Bangkok. Les fonctionnaires du *muong* sont nommés sur sa proposition. Les villages ont à leur tête une sorte de maire (*pha-ban*). Chaque village compte un certain nombre de *ban* (inscrits), c'est-à-dire de contribuables qui, même lorsqu'ils transportent leur résidence dans un autre *muong*, demeurent inscrits comme contribuables dans leur *muong* d'origine, et sont, au contraire, exempts d'impôts et de corvées dans leur nouveau *muong;* leurs enfants sont « inscrits » dans le *muong* où ils naissent. En raison du grand nombre d'inscrits absents de leur *muong* (*kheni-sou*), des agents royaux (*kha-louang*) sillonnent sans cesse le Laos pour percevoir l'impôt dû par ces inscrits.

44. — Dans les provinces du Siam proprement dit, le gouverneur a sous ses ordres un *balat* (sous-gouverneur), un *louang-yokrabat* (premier lieutenant), tous deux nommés par le Roi, et un *louang-pou-tchouaï* (assistant), un *maha-thaï* (chef du peuple), un *louang-muang* (commissaire général de police), un *louang-khoueng* (chef des satellites, c'est-à-dire des douze gardes que le gouverneur a le droit d'entretenir et qu'en fait il n'entretient jamais), des *naï-kauman-ampeu* (chefs de subdivisions territoriales) et un *sassadi* (gardien du rôle des corvées), qu'il nomme lui-même.

45. — Dans l'ordre administratif, le gouverneur est assisté du *balat*, qui le supplée au besoin; le *louang-pou-tchouaï* lui sert de secrétaire; le *louang-yokrabat* est chargé de la surveillance des étrangers; le *maha-thaï* est chargé de donner la publicité aux ordres du gouverneur et d'assurer leur exécution; le *louang-muang* est responsable de la sécurité publique; les *naï-kauman-ampeu* font fonctions de sous-préfet ou de maire; les *naï-khong* (chefs des colonies étrangères de Laotiens, Annamites, Chinois, Cambodgiens, etc., qui vivent sous leur statut personnel; V. toutefois *suprà*, n. 13 et 14), et les *chefs des chrétiens* remplissent les mêmes fonctions à l'égard des étrangers de leur catégorie ou à l'égard des chrétiens. Un Chinois paie une capitation de 3 ticaux; un Annamite, une capitation de 6 ticaux.

46. — Dans l'ordre financier, les *naï-kauman-ampeu* sont chargés de percevoir l'impôt rural, le seul qui ne soit pas affermé; sur le produit de cet impôt, le gouverneur prélève tant pour cent pour le *balat* et pour lui-même, et transmet le reste à Bangkok. Les autres impôts (extrêmement nombreux, notamment la capitation, les douanes, les taxes sur les jardins fruitiers et potagers, sur le tabac, la pêche, le benjoin, la cardamome, le jeu, les loteries, l'opium, l'alcool) sont affermés, généralement à des Chinois, et les fermiers en transmettent directement le produit au Gouvernement central; le gouverneur a droit, pour l'apposition de son sceau délivré à chaque concessionnaire, à une indemnité de 40 ticaux. Le *sassadi* exerce ses fonctions, ci-dessus désignées. Les *naï-khong* et les *chefs des chrétiens* sont pécuniairement responsables, sous le contrôle du *louang-yokrabat*, de la contribution personnelle de leurs administrés. Il y a lieu de noter que les terrains non occupés appartiennent au Roi; quiconque veut s'en rendre acquéreur en avertit le *naï-kauman-ampeu*, qui, accompagné d'un *chao-louang* (notaire royal), procède à l'arpentage et à l'expertise des lieux, puis dresse et délivre à l'impétrant un titre de propriété, moyennant un prix fixe de 6 ticaux par 25 rais ou fraction de 25 rais (environ 12 fr. par quatre hectares ou fraction); le Roi garde le droit de faire passer sur le terrain vendu une voie de communication, d'une largeur de 4 was (8 mètres) sans être tenu d'aucune indemnité. Si quelqu'un désire mettre en valeur de vastes étendues désertes, il n'a qu'à creuser un canal pour que les deux rives, sur une largeur de 25 sens (1,000 mètres), lui appartiennent, sans qu'il ait rien à payer au Trésor.

47. — Dans l'ordre judiciaire, les *naï-kauman-ampeu*, les *naï-khong* et les *chefs des chrétiens* remplissent les fonctions de nos juges de paix. Le tribunal provincial se compose du gouverneur, président, du *balat*, du *louang-yokrabat* et du *louang-pou-tchouaï*. Il connaît des affaires civiles ordinaires et des simples délits. Il a pour auxiliaires, pour la recherche et l'arrestation des délinquants, le *louang-nuang* et les *naï-kauman-ampeu*. Il siège avec le concours d'un greffier. Le défendeur ou l'accusé peut se faire assister d'un avocat. Lorsqu'il y a crime, l'affaire est renvoyée à la cour des affaires criminelles à Bangkok; lorsqu'il s'agit d'une affaire civile grave, elle est renvoyée, également à Bangkok, à la cour des affaires civiles, si les deux parties sont siamoises, à la cour internationale, si le demandeur ou le plaignant est un Européen, un Américain, ou un Asiatique protégé par un consulat, et le défendeur ou l'accusé un indigène. Les décisions de ces trois cours sont susceptibles d'appel, et l'appel est porté devant la cour d'appel, qui siège à Bangkok. Au-dessus de ces diverses juridictions se trouve la haute cour

d'appel du Roi, qui est tout à la fois une commission des grâces et un conseil disciplinaire des fonctionnaires.

CHAPITRE IV.

CONDITION DES ÉTRANGERS.

48. — Le pays est entièrement ouvert aux étrangers, et aucune règle restrictive n'est apportée à la liberté de leurs entreprises industrielles ou commerciales; la seule obligation qui leur soit imposée est celle d'être pourvus d'un passeport régulier.

49. — Les tribunaux consulaires des divers États sont compétents pour connaître des litiges qui viennent à naître entre les nationaux respectifs de l'État dont dépend le tribunal. L'autorité territoriale n'intervient pas dans les contestations entre ressortissants d'États différents; l'usage veut que ces contestations soient réglées officieusement par les consuls des deux parties, et, en cas d'impossibilité, jugées par le consul du défendeur.

50. — Le traité franco-siamois du 15 août 1856 stipule en termes formels, au profit des consuls français au Siam, un droit complet de juridiction sur leurs nationaux, avec exclusion de toute intervention de la part des autorités locales. Les contestations entre Français, en matière civile et commerciale, sont jugées conformément à celles des dispositions de l'édit de juin 1778 qui sont encore en vigueur dans les Echelles du Levant (V. *suprà*, v° *Agent diplomatique et consulaire*, n. 722 et s.); toutefois les tribunaux consulaires [illegible] jugent en dernier ressort : 1° les instances civiles ou commerciales dans lesquelles les parties justiciables de ces tribunaux et jouissant de leurs droits ont déclaré renoncer au droit d'appel; 2° toutes les demandes personnelles et mobilières dont le principal n'excède pas 3,000 fr.; 3° les demandes reconventionnelles ou compensatoires, lors même que, réunies à la demande principale, elles excèdent 3,000 fr. Si la demande principale ou la demande reconventionnelle dépasse 3,000 fr., le tribunal ne prononce sur le tout qu'en premier ressort; toutefois, il prononce en dernier ressort, quel que soit le montant de la demande reconventionnelle, si cette demande reconventionnelle est une demande en dommages-intérêts se fondant exclusivement sur la demande principale. S'il y a lieu à appel, il est porté devant la cour de Saïgon (L. 28 avr. 1869). La loi du 28 mai 1836, relative aux contraventions, délits et crimes commis par les Français dans les Echelles du Levant et de Barbarie (V. *suprà*, v° *Agent diplomatique et consulaire*, n. 827 et s.), est applicable au Siam, sauf quelques légères modifications, dont la principale consiste en ce que les attributions conférées par cette loi à la cour et au tribunal d'Aix appartiennent à la cour et au tribunal de Saïgon. Les consuls français ont, au Siam, le droit de haute police conféré à leurs collègues des Echelles du Levant par les art. 82 et 83 de l'édit de juin 1778 (V. *suprà*, v° *Agent diplomatique et consulaire*, n. 625 et s.). L'art. 8 du traité du 15 août 1856 dit qu'en cas de contestation entre un Français et un Siamois, si le Français est demandeur, il doit exposer ses griefs à son consul, qui examine l'affaire et s'efforce de l'arranger à l'amiable; si le Siamois est demandeur, le consul doit écouter sa réclamation et s'efforcer de même d'accommoder l'affaire; si l'entente est impossible, la décision doit être prise de concert entre le consul et l'autorité locale compétente (De Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consulats*. — V. aussi *suprà*, v° *Extradition*, n. 1132). Un décret du 29 déc. 1901 autorise les agents diplomatiques français au Siam à procéder au mariage d'un Français avec une étrangère.

CHAPITRE V.

ORGANISATION RELIGIEUSE.

51. — L'exercice de tous les cultes est libre au Siam. Les missions catholiques y sont confiées à la congrégation française des Missions étrangères, et le vicaire apostolique est nécessairement un membre de cette congrégation.

52. — Le bouddhisme, dont la doctrine est énoncée dans un vieil ouvrage de 60 volumes, le *Trai-phun*, est la religion de l'Etat. Le Roi en est le chef, le pontife suprême; c'est lui qui nomme le *sangharat*, chef des réguliers, dont la juridiction [illegible] royaume. Ce sont ces [illegible] talapoins, les ministres du culte bouddhique; cette désignation n'est qu'un sobriquet [illegible] *talapat*, [illegible] lorsqu'ils [illegible] *phra* [illegible] le Roi. Le talapoin porte [illegible] jaune.

53. — [illegible] sont les *somdetchao* ou *raxakhana* (princes des talapoins), abbés des pagodes royales (*vat luang*). [illegible] *lat* et d'un [illegible] simples talapoins; [illegible] vieilles femmes, aussi vêtues de blanc, qui mendient pour la pagode [illegible]. Les pagodes [illegible] entretenues aux frais du Roi.

54. — L'abbé d'une pagode moins importante s'appelle *sompa*; l'abbé d'une pagode rurale se nomme *chao-vat* (chef du temple).

55. — Il y a des pagodes votives entretenues par les grands personnages (elles sont dites *vat* [illegible]) ou par le peuple (elles sont dites *rastadnat*).

56. — Des fonctionnaires civils, nommés *sangkhari*, placés sous l'autorité d'un prince, constituent une sorte d'officialité, qui seule a compétence pour poursuivre, arrêter, juger et punir les talapoins délinquants ; ils exercent sur eux une surveillance active. Nul autre qu'un *sangkhari* ne peut porter la main sur un talapoin; avant de punir un talapoin, on lui fait quitter l'habit jaune.

57. — La règle des talapoins est contenue dans une sorte de Code en 227 articles, le *Patimok*. Elle n'astreint les talapoins à résider dans leur pagode que trois mois par an ; elle les oblige à garder le célibat. Les talapoins ne sont soumis à aucune sorte d'impôts, et la vénération dont ils sont l'objet leur assure de gros revenus. Ils peuvent, si bon leur semble, renoncer à leur état et se marier.

58. — Le Roi est obligé de se faire recevoir talapoin avant de monter sur le trône.

59. — Il existe une collection de livres sacrés, qui porte ce titre : *Trai-pidok*, les Trois Véhicules (qui servent à faire traverser la vie). Les ouvrages de cette collection ont été composés en langue *pali*; la plupart d'entre eux ont été traduits en *thai* (siamois), mais les traductions, comme les originaux, sont toujours, par respect, transcrites en caractères khmers. Cette collection, que chaque pagode est tenue de posséder complète, se compose de 402 ouvrages, formant 3,683 volumes; elle se divise en trois séries : *Phra-Vinai* (règles de morale), *Phra-sut* (sermons et histoires), *Phra-Baramat* (philosophie).

CHAPITRE VI.

LÉGISLATION.

60. — Le fond de la législation siamoise, comme le fond de la législation cambodgienne et de la législation birmane, est emprunté à la version bouddhique du *Manou-castra* (Code de Manou). Il y a au Siam une sorte de *Corpus juris* en quarante volumes, qui est divisé en trois parties. La première partie (*Phra-tamra*) énonce les noms, fonctions et prérogatives de tous les offices. La seconde partie (*Phra-tamnum*) renferme les édits des anciens rois. La troisième partie (*Phra-raxa-kamnot*) comprend les lois promulguées depuis le règne de Phra-Naret (1558-1593); elle se subdivise en plusieurs *lakhana* (sections), qui sont autant de codes [illegible] *lakhana-that* (condition des esclaves) ; *lakhana-phua-mia* (Code conjugal) ; [illegible] (Code de procédure), *lakana-moradok* (régime successoral) ; *lakhana* [illegible] imprimé pour la première fois en 1849, mais un très-petit nombre d'exemplaires fut alors mis en circulation, et ce n'est qu'à partir

de 1873 seulement qu'il a été répandu dans le public. Recueil de textes superposés sans être coordonnés, ces dispositions sont souvent contradictoires.

61. — Nous ne pouvons que noter sommairement les traits les plus saillants de la législation siamoise. La polygamie est permise, mais n'est guère pratiquée que par les gens riches. La principale épouse (*mia-louang*) est celle avec qui le mari a été fiancé solennellement ; elle seule partage avec les enfants la succession du mari. Le jour des fiançailles (*khan mak*), le futur offre aux parents de la jeune fille un capital convenu d'avance, que ceux-ci gardent pour eux s'ils sont pauvres, et remettent à leur fille dans le cas contraire ; il offre aussi des présents à la fiancée. Les femmes sont libres et respectées ; on peut dire que leur condition sociale est la même qu'en France. La loi admet le divorce ; il suffit, pour qu'il soit prononcé, qu'il soit demandé par un des époux ; si le couple divorcé a des enfants, ils sont partagés par moitié entre le père et la mère, celle-ci ayant le droit de désigner la première ceux qu'elle entend garder ; s'il n'y a qu'un seul enfant, il est laissé à la mère.

62. — La peine capitale, qui s'exerce par la décapitation (sauf si le condamné est un prince du sang, auquel cas elle est remplacée par la strangulation, car aucune goutte de sang royal ne doit tomber à terre), est la pénalité encourue par les traîtres envers l'État, les assassins, les pirates et les incendiaires. Parmi les autres pénalités, on peut signaler l'exposition publique (*taven*) : le coupable chargé d'une cangue est promené pendant trois jours dans la ville et pendant trois autres jours sur les rivières et les canaux. La torture (la provocation de l'aveu du crime, au moyen de souffrances infligées à l'accusé) subsiste toujours au Siam ; les lois indiquent même divers procédés, empreints de la plus grande barbarie, mais ces procédés sont tombés en désuétude ; la bastonnade seule reste pratiquée : elle consiste dans l'administration de coups de rotin ; il ne peut pas être donné plus de trente coups le même jour, ni plus de quatre-vingt-dix dans le même procès.

63. — Au Laos, il n'y a pas de lois écrites, mais seulement des coutumes orales (*lamnien*).

ANNEXE

Traité conclu le 4 février 1904 entre la France et le Siam et proposé à la ratification du Parlement.

ARTICLE PREMIER. — La frontière entre le Siam et le Cambodge part, sur la rive gauche du Grand-Lac, de l'embouchure de la rivière Stung-Roluos ; elle suit le parallèle de ce point dans la direction de l'Est jusqu'à la rencontre de la rivière Pek-Kompong-Tiam, puis remontant vers le Nord, elle se confond avec le méridien de ce point de rencontre jusqu'à la chaîne de montagne Pnom Dang-Kek. De là elle suit la ligne de partage des eaux entre les bassins du Nam-Sem et du Mékong d'une part et du Nam-Moun d'autre part, et rejoint la chaîne Pnom-Padang dont elle suit la crête vers l'Est jusqu'au Mékong. En amont de ce point, le Mékong reste la frontière du royaume de Siam ; conformément à l'art. 1 du traité du 30 oct. 1893.

ART. 2. — Quant à la frontière entre le Luang Prabang, rive droite et les provinces de Muang-Pichai et Muand-Nan, elle part du Mékong à son confluent avec le Nam-Huong, et suivant le thalweg de cette rivière jusqu'à son confluent avec le Nam Tang, remontant ensuite le cours dudit Nam-Tang, elle atteint la ligne de partage des eaux entre les bassins du Mékong et de la Menam en un point situé près de Pou-Dene-Dene.

A partir de ce point, elle remonte vers le Nord, suivant la ligne de faite entre les deux bassins jusqu'aux sources de la rivière Nam-Kop, dont elle suit le cours jusqu'à sa rencontre avec le Mékong.

ART. 3. — Il sera procédé à la délimitation des frontières entières entre le royaume de Siam et les territoires formant l'Indo-Chine française. Cette délimitation sera effectuée par des commissions mixtes composées d'officiers nommés par les deux pays contractants.

Le travail portera sur la frontière déterminée par les art. 1 et 2 ainsi que sur la région comprise entre le Grand-Lac et la mer.

En vue de faciliter les travaux des commissions et en vue d'éviter toute possibilité de difficulté dans la délimitation de la région comprise entre le Grand Lac et la mer, les deux Gouvernements se mettront d'accord, avant la nomination des commissions mixtes, pour fixer les points principaux de la délimitation dans cette région, notamment le point où la frontière atteindra la mer.

Les commissions mixtes seront nommées et commenceront leurs travaux dans les quatre mois après la notification de la présente convention.

ART. 4. — Le Gouvernement siamois renonce à toute prérogative de suzeraineté sur les territoires de Luang-Prabang, situés sur la rive droite du Mékong.

Les bateaux de commerce et les trains de bois appartenant à des Siamois auront le droit de naviguer librement sur la partie du Mékong traversant le territoire de Luang-Prabang.

ART. 5. — Aussitôt que l'accord prévu par l'art. 3, § 2 et relatif à la délimitation de la frontière entre le Grand-Lac et la mer aura été établi et aussitôt qu'il sera officiellement notifié aux autorités françaises que les territoires résultant de cet accord et les territoires situés à l'Est de la frontière, telle qu'elle est indiquée aux art. 1 et 2 du présent traité, se trouvent à leur disposition, les troupes françaises qui occupent provisoirement Chantaboun, en vertu de la convention du 3 oct. 1893, quitteront cette ville.

ART. 6. — Les dispositions de l'art. 4 du traité du 3 oct. 1893 seront remplacées par celles qui suivent :

S. M. le roi de Siam prend l'engagement que les troupes qu'Elle enverra ou entretiendra dans tout le bassin siamois du Mékong seront toujours des troupes de nationalité siamoise commandées par des officiers de cette nationalité. Il n'est fait exception à cette règle qu'en faveur de la gendarmerie siamoise, actuellement commandée par des officiers danois.

Dans le cas où le Gouvernement siamois voudrait substituer à ces officiers des officiers étrangers appartenant à une autre nationalité, il devrait s'entendre au préalable avec le Gouvernement français.

En ce qui concerne les provinces de Siam Reap, de Battambang et de Sisophon, le Gouvernement siamois s'engage à n'y entretenir que les contingents de police nécessaires pour le maintien de l'ordre. Ces contingents seront recrutés exclusivement sur place parmi les indigènes.

ART. 7. — A l'avenir, dans la partie siamoise du bassin du Mékong, le Gouvernement royal, s'il désire exécuter des ports, canaux, chemins de fer notamment des chemins de fer destinés à relier la capitale à un point quelconque de ce bassin, se mettra d'accord avec le Gouvernement français, dans le cas où ces travaux ne pourraient être exécutés exclusivement par un personnel et avec des capitaux siamois. Il en serait naturellement de même pour l'exploitation desdites entreprises.

En ce qui concerne l'usage des ports, canaux, chemins de fer, aussi bien dans la partie siamoise du bassin du Mékong que dans le reste du royaume, il est entendu qu'aucun droit différentiel ne pourra être établi contrairement au principe de l'égalité commerciale inscrite dans les traités signés par le Siam.

ART. 8. — En exécution de l'art. 6 de la convention du 3 oct. 1893, des terrains d'une superficie à déterminer seront concédés par le Gouvernement siamois au Gouvernement de la République aux points suivants, situés sur la rive droite du Mékong : Xieng-Khaan, Nong Khan, Muong-Saniabouri, embouchure du Nam-Khan (rive droite ou rive gauche), Bang-Monk-Dahan, Kemmarat et embouchure du Nam-Moun (rive droite ou rive gauche).

Les deux Gouvernements s'entendront pour dégager le cours du Nam-Moun entre son confluent avec le Mékong et Pimoun des obstacles qui gênent la navigation. Dans le cas où ces travaux seraient reconnus inexécutables ou trop coûteux, les deux Gouvernements se concerteraient pour l'établissement d'une voie terrestre de communication entre Pimoun et le Mékong.

Ils s'entendront également pour établir entre Bassac et la frontière du Luang-Prabang, telle qu'elle résulte de l'art. 2 du présent traité, les lignes ferrées qui seraient reconnues nécessaires pour suppléer au défaut de navigabilité du Mékong.

ART. 9. — Dès à présent, il est convenu que les deux Gouvernements faciliteront l'établissement d'une voie ferrée reliant Pnom-Penh à Battambang. La construction et l'exploitation seront faites soit par les Gouvernements eux-mêmes, chacun d'eux se chargeant de la partie qui est sur son territoire, soit par une compagnie franco-siamoise agréée par les deux Gouvernements.

Les deux Gouvernements sont d'accord sur la nécessité de faire des travaux pour améliorer le cours de la rivière de Battambang entre le Grand Lac et cette ville. A cet effet, le Gouvernement français est prêt à mettre à la disposition du Gouvernement siamois les agents techniques dont celui-ci pourrait avoir besoin tant en vue de l'exécution que de l'entretien desdits travaux.

ART. 10. — Le Gouvernement de Sa Majesté siamoise accepte les listes des protégés français telles qu'elles existent actuellement, à l'exception des individus dont il serait reconnu de part et d'autre que l'inscription a été indûment obtenue. Copie de ces listes sera communiquée aux autorités siamoises par les autorités françaises.

Les descendants des protégés ainsi maintenus sous la juridiction française n'auront plus le droit de réclamer leur inscription s'ils ne rentrent pas dans la catégorie des personnes visées à l'article suivant de la présente convention.

ART. 11. — Les personnes d'origine asiatique nées sur un territoire soumis à la domination directe ou placé sous le protectorat de la France, sauf celles qui ont fixé leur résidence au Siam avant l'époque où le territoire dont elles sont originaires a été placé sous cette domination ou sous ce protectorat, auront droit à la protection française.

La protection française sera accordée aux enfants de ces personnes, mais ne s'étendra pas à leurs petits enfants.

Art. 12. — En ce qui concerne la juridiction à laquelle seront soumis sans aucune exception tous les Français et protégés français au Siam, les deux Gouvernements conviennent de substituer aux dispositions existantes les dispositions suivantes :

1° *En matière pénale*, les Français ou protégés français ne seront justiciables que de l'autorité judiciaire française.

2° *En matière civile*, tout procès intenté par un Siamois contre un Français ou protégé français sera porté devant le tribunal consulaire français.

Tout procès, dans lequel le défendeur sera Siamois, sera porté devant la cour siamoise *des causes étrangères* instituée à Bangkok.

Par exception, dans les provinces de Xieng-Maï, Lakhon, Lamphoun et Nan, tous les procès civils et criminels intéressant les ressortissants français seront portés devant la cour internationale siamoise.

Mais il est entendu que, dans tous ces procès, le consul de France aura le droit d'assister aux audiences ou de s'y faire représenter par un délégué dûment autorisé et de formuler toutes observations qui lui sembleront convenables dans l'intérêt de la justice.

Au cas où le défendeur serait Français ou protégé français, le consul de France pourra, à tout moment au cours de la procédure, s'il le juge opportun et moyennant une réquisition écrite, évoquer l'affaire en cours.

Celle-ci sera alors transférée au tribunal consulaire français, qui sera à partir de ce moment, seul compétent et auquel les autorités siamoises seront tenues de prêter le concours de leurs bons offices.

Les appels des jugements rendus, tant par la « Cour des causes étrangères » que par la « Cour internationale » pour les quatre provinces susmentionnées, seront portées devant la cour d'appel de Bangkok.

Art. 13. — En ce qui concerne pour l'avenir, l'admission à la protection française des Asiatiques qui ne sont pas nés sur un territoire soumis à l'autorité directe ou au protectorat de la France, ou qui ne se trouvent pas légalement naturalisés, le Gouvernement de la République jouira de droits égaux à ceux que le Siam accorderait à toute autre puissance.

Art. 14. — Les dispositions des anciens traités, accords et conventions entre la France et le Siam, non modifiées par la présente convention, restent en pleine vigueur.

Art. 15. — En cas de difficultés d'interprétation de la présente convention, rédigée en français et en siamois, le texte français fera seul foi.

Art. 16. — La présente convention sera ratifiée dans un délai de quatre mois à partir du jour de la signature, ou plus tôt si faire se peut.

SIÈGE (État de). — V. État de siège.

SIGNALEMENT. — V. Chasse. — Identité. — Passeport. — Régime pénitentiaire.

SIGNATURE.

1. — I. *Signature des actes en général.* — La signature est le nom d'une personne écrit de sa main sur un acte afin de le certifier. En général, la signature est une formalité essentielle et qui est commune à tous les actes; elle est le signe du consentement donné par les parties : elle confère à l'écrit le caractère d'acte, tandis qu'il n'était jusque-là qu'un simple projet. Il est donc indispensable que la partie appose sa signature sur tout acte, soit public, soit privé, qui doit constater le consentement par elle donné. — Toullier, t. 8, n. 344.

2. — La nécessité de la signature des parties n'a trait qu'aux actes proprement dits. En effet, il y a des écritures privées qui, sans être signées, font un commencement de preuve ou même une preuve complète (C. civ., art. 1329 à 1332 et 1347). — Toullier, t. 8, n. 260. — V. *suprà*, v^is *Preuve par écrit (commencement de)*, n. 34 et s., *Registres et papiers domestiques*.

3. — Les conventions judiciaires, c'est-à-dire passées en jugement, n'ont pas besoin d'être signées. Il suffit que le juge atteste le consentement donné devant lui. — Poncet, *Traité des jugements*, n. 24; Rolland de Villargues, *Rép. du notar.*, v° *Signature*, n. 5.

4. — En général la signature apposée au bas d'un acte suffit pour le valider, quand même cet acte serait écrit d'une autre main. — Rolland de Villargues, *op. cit.*, n. 6.

5. — Il y a cependant à cette règle quelques exceptions. Ainsi d'après l'art. 1326, C. civ., le billet ou promesse sous seing privé par lequel une partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un bon ou approuvé portant en toutes lettres la somme ou la quotité de la chose : excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service. — V. *suprà*, v° *Approbation de somme.*

6. — De même, d'après l'art. 970, C. civ., les testaments olographes doivent être entièrement écrits, datés et signés de la main du testateur. — V. *infrà*, v° *Testament.*

7. — Les signatures données en blanc et qu'on appelle blancs-seings ne sont pas essentiellement nulles. — V. *suprà*, v° *Blanc-seing.*

8. — C'est de la signature de toutes les parties que dépend en général la perfection de l'acte. La règle est que les actes sont indivisibles et que toutes les dispositions qu'ils renferment sont réputées corrélatives. — Pothier, *Obligations*, n. 11; Toullier, t. 8, n. 141.

9. — La signature doit être mise à la fin de l'acte; tout ce qui serait ajouté après la signature et sans approbation de la partie serait regardé comme non avenu. — Rolland de Villargues, *op. cit.*, n. 20 et 22.

10. — Cependant un *post-scriptum* qui aurait été ajouté de la même main et aurait une relation avec l'acte, ferait foi, quoique non signé, contre celui qui l'aurait écrit. — Rolland de Villargues, n. 23.

11. — On n'est censé avoir signé un acte qu'après l'avoir lu. — Toullier, t. 1, n. 261 et 275.

12. — Il n'est pas nécessaire que les actes sous seing privé soient signés dans le même lieu, ni dans le même temps. C'est là une juste application du principe d'après lequel les offres et l'acceptation peuvent être faites dans des temps et dans des lieux différents. — Toullier, t. 8, n. 345.

13. — II. *Manière de signer.* — Sans remonter jusqu'à l'antiquité où l'emploi des sceaux pour remplacer la signature était courant, on peut dire qu'en France pendant longtemps, à raison surtout de ce que peu de personnes savaient écrire, on se servait d'un sceau ou cachet qui, par l'apposition de son empreinte au bas d'un acte, constatait la volonté des parties. Dès la fin du XIIIe siècle cependant, les notaires signaient leurs actes; une ordonnance royale de 1358 les y obligea même. Quant aux particuliers, l'usage de la signature fut assez long à se répandre, et l'ordonnance d'Orléans de 1560, en rendant la signature des parties et des témoins obligatoire dans les actes notariés, à l'exception du cas où ils ne sauraient signer, fournit la preuve que les particuliers avaient l'habitude de signer leurs actes vers le XVIe siècle. — Thubeuf, *De la signature des actes extrajudiciaires*, 1894, in-8°, p. 87 et s.

14. — Comme, à cette époque, beaucoup de personnes ne savaient pas signer, l'usage s'était alors répandu de faire faire aux parties qui ne savaient pas signer des croix ou autres marques pour tenir lieu de signatures; et quand il s'agissait d'actes notariés, le notaire écrivait autour de cette marque *Marque d'un tel.* Mais c'est là un abus qui devait nécessairement être réformé. Une signature n'a jamais été ni pu être que l'écriture du nom du signataire en lettres ou caractères suivis. Autrement, il n'y aurait pas moyen, en cas d'inscription de faux, de reconnaître quel serait l'auteur d'une simple marque. — Rolland de Villargues, v° *Signature*, n. 118; Merlin, *Rép.*, v° *Signature*, § 1, n. 8.

15. — L'ordonnance de 1667 (tit. 20, art. 2), en exigeant qu'il fût passé acte par-devant notaire ou sous signature privée de toute chose excédant la somme ou valeur de 100 livres, abolit cette jurisprudence.

16. — Depuis cette époque on admet d'une façon constante que les actes sous seing privé doivent être signés des parties et que la signature de celles-ci ne saurait être remplacée par l'apposition d'une marque, d'une croix ou d'un paraphe. Un acte qui porterait une de ces mentions au lieu de signature ne pourrait même constituer un commencement de preuve par écrit. — V. *suprà*, v^is *Acte sous seing privé*, n. 101 et s., *Preuve par écrit (commencement de)*, n. 61 et s.

17. — Quant aux actes notariés, l'art. 14 de la loi du 25 vent. an XI exige, à peine de nullité, que lorsque les parties ou l'une d'elles ne savent ou ne peuvent signer, le notaire mentionne dans l'acte leur déclaration à cet égard. — V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 658 et s.

18. — Aujourd'hui, la manière de signer est depuis longtemps fixée; elle consiste à tracer soi-même son nom de la manière qu'on a l'habitude de l'écrire en pareil cas.

19. — Quelquefois, cependant, on se sert d'une griffe pour

tenir lieu de signature : par exemple, sur des prospectus et sur des circulaires; et même au bas d'acquits sur des effets de commerce qui sont remis aux débiteurs. Lorsque de pareilles griffes sont apposées sur des écrits qui ont le caractère d'actes juridiques, cette espèce de signature est sans conséquence; une griffe ne saurait tenir lieu de la signature réelle d'un acte; cette signature doit être faite manuellement. — Rolland de Villargues, n. 120; Thubeuf, p. 138.

20. — Lorsqu'une signature a pour effet de donner le caractère d'authenticité à un acte, le fonctionnaire qui l'a adoptée ne doit pas en changer ou même la modifier sans une juste cause. En ce qui concerne particulièrement les notaires, il leur a toujours été interdit de changer leur manière de signer. Ils ne peuvent faire usage, dans leurs actes, d'autres signature et paraphe que de ceux qu'ils ont adoptés lors de leur entrée en fonctions et déposés aux termes de la loi. — V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 131 et s.

21. — Si la signature est tracée avec l'aide d'une main étrangère ou faite d'après un modèle, la première serait nulle et la seconde valable. — V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 631 et s.

22. — La signature doit être mise à la fin de l'acte. Mais il n'est pas de toute nécessité qu'elle se détache du corps de l'acte. En tout cas, elle ne peut être considérée comme valable qu'autant qu'elle est mise au bas de l'acte, parce qu'alors elle s'applique à l'acte entier dans toutes ses parties et atteste ainsi que tout le contenu de cet acte est une œuvre consentie par les parties. On ne saurait attribuer le même effet à une simple signature mise en marge. — V. *suprà*, v° *Acte sous seing privé*, n. 107 et 108.

23. — En général, la signature doit être du nom de famille ou nom patronymique, c'est-à-dire du nom sous lequel on est porté sur les registres de l'état civil, à moins qu'on n'ait obtenu l'autorisation de changer de nom. Par exception, l'usage est s'établi de considérer comme valable la signature du nom sous lequel on est le plus connu, tel qu'un surnom ou un nom de terre, dès l'instant que ce n'est pas par mauvaise foi que le signataire a agi ainsi, mais plutôt pour mieux établir son identité. — V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 611 et s.

24. — Pour les femmes mariées, il est d'usage, du moins dans les actes notariés, que les femmes mariées signent leur nom de fille suivi de la mention de leur état de femme mariée ou de veuve, ou de leur nom de femme précédé de leur nom de fille. Depuis la loi du 6 févr. 1893 qui a fait acquérir à la femme le nom de son mari, cette pratique s'est conservée. Mais il nous semble que la loi de 1893, en consacrant un usage plusieurs fois séculaire en France, a considéré que la femme en se mariant changeait de nom et que sa signature peut exclusivement comprendre désormais ses prénoms suivis du nom de son mari. On peut ajouter que cette solution est favorable aux tiers qui connaissent la femme plutôt sous le nom de son mari que sous celui de sa propre famille. Néanmoins, toute autre façon de signer qui permettrait de découvrir d'une manière certaine l'individualité de la signataire serait valable. — V. *suprà*, v^is *Acte notarié*, n. 623, *Nom et prénom*, n. 112 et s.

25. — Quant aux incorrections ou à l'illisibilité des signatures, on admet généralement qu'elles ne constituent pas une cause de nullité de la signature. — V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 626 et s.

SIGNIFICATION. — V. Accusation. — Acquiescement. — Acte d'accusation. — Acte d'avoué à avoué. — Ajournement. — Appel. — Cassation. — Chambre des mises en accusation. — Cour d'assises. — Exploit. — Jugement et arrêt, etc.

SIMPLE POLICE. — V. Ministère public. — Tribunal de simple police.

SIMULATION.

Bibliographie.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., 8 vol. in-8°, 5e éd., 10 vol. in-8°, en cours de publication, 5e éd., t. 1, § 35, p. 175 et s.; t. 4. § 313, p. 239 et s., § 345, p. 557; 4e éd., t. 8, § 765, p. 350. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1904, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 255, 322, 396 et s., 778 et s., 849 et s., 1168, 1270. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, 1900-1902, 2 vol. in-8° parus, t. 1, n. 731 et s. — Bédarride et Rivière, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 1887, 4e éd., 4 vol. in-8°, t. 3, n. 1257 et s. — Bufnoir, *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, 1900, in-8°, p. 506, 507, 541, 557, 769, 775. — Chardon, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 1828, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 3 et s. — Demolombe, *Cours de Code civil*, 32 vol. in-8°, t. 24, n. 370 et s.; t. 25, n. 235 et 236; t. 30, n. 179, 184 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in 4°, v° *Convention*, sect. 2, § 4, n. 2. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, avec supplément en cours de publication par Griffond, t. 2, sur l'art. 1167; t. 3, sur les art. 1319, 1348. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 7, n. 230 et s. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2e édit., 1885, 7 vol. in-8°, sur les art. 1132, n. 8 et s., 1167, n. 63. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8°, t. 16, n. 497 et s.; t. 19, n. 603. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 1, § 33, p. 43 et 44; t. 3, § 599, p. 525 et s. — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in 4°, v^is *Convention*, § 2, *Simulation*. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1185 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in 8°, v° *Simulation*.

Bartin, *Des contre-lettres*, 1885, in-8°. — Cazal, *Etude théorique et pratique sur les actes simulés*, Montpellier, 1897. — Coste (Ant.), *Du prête-nom*, 1891, in-8°. — Fourcade, *De la simulation*, Nancy, 1887, in-8°. — Glasson (Paul), *De la simulation*, 1897, in-8°. — Milhaud (Benjamin), *De la simulation dans les actes juridiques*, Montpellier, 1889. — G. Vidal, *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*.

Atto simulato, atto fraudulento (Bartolini) : La Legge, 1877, t. 3, p. 259 et s. — *De l'action en déclaration de simulation* (Planiol) : Rev. crit., 1886, p. 622 et s. — *Actes simulés ou frauduleux, droits des créanciers* (Varambon) : Rev. prat. de dr. franç., 1857, t. 3, p. 347 et s. — *La fraude à la loi aussi bien que le dol ou la fraude envers la personne, autorise la preuve testimoniale contre les obligations écrites* (Devilleneuve) : Sirey, 1836, 1re part., p. 579.

V. aussi *suprà*, v° *Dol*.

Index alphabétique.

DIVISION.

Section I.

Notions générales.

1. — Il y a simulation lorsque deux ou plusieurs personnes font une convention apparente, dont les effets sont ou modifiés ou totalement supprimés par une autre convention, contemporaine de la première, et destinée à rester secrète. Cette seconde convention s'appelle contre-lettre. — Planiol, *Tr. élém. de dr. civil*, t. 2, n. 1186.

2. — Il faut conclure de cette définition qu'il n'y a pas simulation lorsque le second acte exprime une convention nouvelle, par exemple lorsqu'un louage de services est modifié, quant à ses conséquences, par un acte postérieur, ni lorsque la modification est annoncée dans le premier acte, comme cela a lieu dans la déclaration de command. — Planiol, *loc. cit.*

3. — Il y a encore simulation : 1° soit lorsque le disposant ou les contractants déguisent sous une fausse apparence l'acte qu'ils veulent faire en réalité : par exemple, une vente est conclue sous forme de transaction, un partage est fait sous forme de vente ou d'échange, une donation est faite sous forme de contrat à titre onéreux; c'est l'acte déguisé; 2° soit lorsque l'acte n'existe qu'en apparence et ne recouvre aucun acte réel : par exemple, lorsqu'un débiteur, voulant soustraire son actif à ses créanciers, se dépouille en apparence au moyen d'un simulacre de vente; c'est l'acte fictif; 3° soit enfin lorsque l'un des contractants, au lieu d'indiquer qu'il contracte pour lui-même, se sert d'une personne interposée qui est censée contracter pour son propre compte : c'est l'interposition de personne ou l'emploi d'un prête-nom. — Planiol, t. 2, n. 1188.

4. — Ces trois formes de la simulation ont des rôles différents : l'acte fictif sert à faire croire à l'existence d'une opération qui n'a jamais été faite; l'acte par personne interposée sert au contraire à empêcher les tiers de soupçonner l'existence d'une convention que le véritable bénéficiaire, resté occulte, a réellement accomplie; quant au déguisement de l'acte, il sert seulement à faire prendre le change sur la nature de l'opération. — Planiol, t. 2, n. 1189.

5. — La simulation [illegible] qui peuvent entacher [illegible] à l'égard des tiers. D'une part, [illegible] le consentement des parties contractantes [illegible] n'est entaché d'aucun vice [illegible] que les parties donnent à la convention qu'elles passent une autre apparence que celle qui [illegible] peuvent avoir eu recours à la simulation dans [illegible] que celui de porter atteinte aux droits des tiers. — [illegible], *Rép.*, v° *Simulation*, [illegible]; [illegible], *Tr. du dol et de la fraude*, t. [illegible], n. 12.

6. — De même, la simulation ne transforme pas nécessairement une obligation licite en une obligation illicite. Si les parties ont eu recours à la simulation pour cacher [illegible] de l'obligation, c'est [illegible] un intérêt à dissimuler la vérité; mais l'intérêt susceptible de les pousser n'est pas nécessairement le désir de tourner une prohibition de la loi.

7. — Il en résulte que par elle-même la simulation n'est pas une cause de nullité d'une obligation; l'obligation est valable si la simulation n'a pas eu pour but de porter atteinte aux droits des tiers ou de tromper une disposition d'ordre public. — [illegible], *Tr. des oblig.*, t. 1, n. [illegible]; Aubry et Rau, [illegible] éd., t. 1, § 35, p. 175 et s., t. 4, § 310, texte et note 18, p. [illegible]; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 16, n. 122; Demolombe, *Tr. des contr. ou oblig.*, t. 24, n. 370 et 372; Larombière, *Théor. et prat. des oblig.*, t. 1, sur art. 1132, n. 8; Colmet de Santerre, *Cours anal. de C. civ.*, t. 5, n. 47 bis-II; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Convention*, sect. 2, § 4, n. 2; Massé, *Dr. commercial*, t. 3, n. 1566; Championnière et Rigaud, *Dr. enreg.*, t. 1, n. 231 et 658; Duranton, t. 10, n. 350 et 351; Toullier, t. 6, n. 176 et 177; Merlin, *Rép.*, v° *Convention*, § 2, et *Quest.*, v° *Cause des obligat.*, § 2, n. 3; Planiol, t. 2, n. 1191.

8. — On ne saurait objecter l'art. 1131, C. civ., qui dit que l'obligation sur fausse cause ne peut avoir aucun effet; cet article, en effet, parle de la cause erronée et non de la cause simulée : il ne dit pas que l'obligation ne peut avoir aucun effet quand la cause a été *faussement indiquée*, il dit qu'elle ne peut avoir aucun effet quand elle a été *contractée sur une fausse cause*. Or, dans notre hypothèse, l'obligation a été contractée sur une cause réelle, et non sur la fausse cause que les parties ont indiquée à dessein pour dissimuler l'existence de la cause véritable. — Mêmes auteurs.

9. — Aussi admet-on que pour toute disposition ou convention dont le but peut être également atteint, soit au moyen d'un acte indiquant sa véritable nature, soit à l'aide d'un acte la présentant sous l'apparence d'une disposition ou convention d'une autre espèce, les parties peuvent indifféremment avoir recours à l'une ou à l'autre de ces formes. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 1, § 35, p. 175, et les auteurs précités. — V. sur les actes déguisés : Pothier, *Du contr. de vente*, n. 37 à 39, et *Du contr. de société*, n. 22 à 27; Chardon, *Tr. du dol et de la fraude*; Marbeau, *Des transactions*, n. 138 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Contrat pignoratif*, n. 57 et s.

10. — C'est ainsi qu'on admet le plus généralement la validité des donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux. — V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 3650 et s.

11. — Il a été jugé, en ce sens, que la simulation d'un acte n'est pas par elle-même une cause de nullité de cet acte, lorsque les parties ont fait sous une forme fictive ce qu'elles pouvaient accomplir sous une autre forme, et lorsque, malgré la cause énoncée qui est fausse, il en existe une réelle et licite. — Cass., 13 août 1806, Geyler, [S. et P. chr.]; — 2 déc. 1812, Bodin, [S. et P. chr.]; — 19 juin 1832, Bradel, [S. 32.1.529, P. chr.]; — 13 mars 1854, Farrac, [S. 55.1.751, P. 55.2.63, D. 54.1.248]; — 9 nov. 1869, Desrats, [S. 70.1.[illegible], P. 70.137, D. 70.1.[illegible]]; — 9 nov. 1891, Gaulard, [S. et P. 94.1.78, D. 92.1.151]; — 10 janv. 1898 (2 arrêts), Liquid. judic. de la soc. Bargy et Pastrie, [S. et P. 1902.1.492]; — 5 déc. 1900, Ménager, [S. et P. 1901.1.[illegible], D. 1901.1.192] — Poitiers, 2 juil. 1872, Maitre, [S. 73.2.[illegible], P. 73.474, D. 72.2.166] — Aix, 10 janv. 1878, Baudoin, [S. 78.2.211, P. 78.[illegible]]

12. — ... Que, spécialement, un acte de vente, dont le

véritable caractère a été déguisé pour éluder la loi fiscale, n'est pas, par cela seul, frappé de nullité, aux termes des art. 1131 et 1133, C. civ. — Cass., 6 mars 1883, Chabaneau, [S. 84.1.431, P. 84.1.1062, D. 84.1.11]

13. — ... Que la simulation d'un acte par interposition de personnes n'est pas, en principe, une cause de nullité de cet acte, quand celui qui prétend bénéficier de l'acte simulé aurait pu l'accomplir légalement sous son nom. — Cass., 21 juin 1897, Donon, [S. et P. 99.1.308, D. 97.1.557] — V. *suprà*, v° *Prête-nom*, n. 3 et s.

14. — Mais on doit présumer que la simulation a eu pour objet de couvrir une cause insuffisante ou illicite : aussi, lorsque la simulation est établie (V. *infrà*, n. 53 et s.), c'est au prétendu créancier qui déclare que l'obligation a une cause réelle et licite à en rapporter la preuve. Le créancier ne saurait ici invoquer la présomption de l'art. 1132, C. civ., car cette présomption n'a lieu qu'au cas où la cause n'a pas été exprimée; elle ne pourrait être étendue à l'hypothèse toute différente où l'écrit constatant l'obligation indique une fausse cause. — Cass., 9 févr. 1864, Roland, [S. 64.1.107, P. 64.708, D. 64.1.211]; — 31 juill. 1877 (motifs), Juillerat, [S. 80.1.24, P. 80.36]; — 12 mai 1885, Bertrand, [S. 85.1.440, P. 85.1.1062, D. 86.1.175]; — 9 nov. 1891, Gaulard, [S. et P. 94.1.78, D. 92.1.153]; — 9 nov. 1898, Lévy, [S. et P. 1900.1.335, D. 99.1.103]; — 5 déc. 1900, Ménager, [S. et P. 1901.1.229, D. 1901.1.192] — Montpellier, 23 févr. 1885, sous Cass., 23 juin 1887, Chaboud, [S. 87.1.361, P. 87.1.894] — Toulouse, 9 mars 1885, sous Cass., 30 nov. 1885, Solirène, [S. 86.1.316, P. 86.1.751, D. 87.1.443] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 345, texte et note 18, p. 557; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, t. 1, n. 319; Huc, t. 7, n. 86; Thiry, *Cours de dr. civ.*, t. 2, n. 614; Bufnoir, *Dr. civ.*, 39e leçon, p. 557; Laurent, t. 16, n. 122 et 169; Vigié, *Cours élém. de dr. civ.*, t. 2, n. 1144; Colmet de Santerre, t. 5, n. 48 *bis*; Larombière, sur l'art. 1132, n. 8; Demolombe, t. 24, n. 372; Duranton, t. 10, n. 351; Toullier, t. 6, n. 177. — V. *suprà*, v° *Obligations*, n. 273 et s.

15. — L'acte qui exprime une cause reconnue simulée est susceptible de constituer un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale et les simples présomptions à l'effet d'établir la véritable cause. — Cass., 5 déc. 1900, précité.

16. — Lorsque la preuve de la simulation résulte d'un aveu du débiteur qui fait en même temps connaître la véritable cause de l'obligation, cet aveu est indivisible. — Cass., 12 mai 1885, précité.

17. — Si la simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité des obligations, il faut pour que l'obligation soit valable, que la simulation n'ait pas eu pour but d'échapper à une disposition impérative de la loi ou de porter atteinte aux droits des tiers. Il faut, en outre, pour apprécier la validité d'une convention que les parties ont dissimulée sous les apparences d'un autre contrat, se placer non pas seulement au point de vue de l'acte que les parties ont voulu faire réellement, mais aussi au point de vue de celui dont elles ont emprunté la forme.

18. — C'est ainsi que lorsque, pour déguiser un contrat de mandat, on a eu recours à un prête-nom, il est nécessaire, pour que le mandant puisse se prévaloir des droits qui ont été acquis par le prête-nom, que lui-même ait eu, à l'époque de leur acquisition, la capacité nécessaire pour les acquérir. — Cass., 9 janv. 1899, Donon, [S. et P. 99.1.309, D. 99.1.297]

19. — La cause exprimée dans un acte est réputée véritable tant que la preuve contraire n'a pas été apportée. De même, toute convention est réputée correspondre aux apparences que les parties lui ont données, tant que la simulation n'a pas été prouvée.

Section II.

Par qui et à qui la simulation peut être opposée

§ 1. *Par qui la simulation peut être opposée.*

20. — Il se peut que la simulation n'ait eu pour but que de donner une apparence de validité à un acte qui est nul d'une nullité absolue, qui est absolument inexistant. En ce cas tout le monde peut se prévaloir de la simulation : l'acte inexistant ne peut produire aucun effet.

21. — En dehors du cas où la simulation est par elle-même une cause de nullité, nul ne peut prétendre prouver la simulation d'un acte s'il n'y a intérêt. Cet intérêt peut résulter soit de ce que la simulation a eu pour objet de faire fraude à la loi, par exemple en soustrayant une convention ou une disposition à la nullité, à la révocation ou à la réduction qui devait l'atteindre sous sa véritable nature; soit de ce que la simulation a eu pour objet de porter atteinte aux droits des créanciers de l'une des parties; soit enfin de ce que l'une des parties veut empêcher l'autre d'abuser du caractère apparent de l'acte simulé, pour faire produire à cet acte des effets différents de ceux que devrait produire la convention réellement intervenue entre elles. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 1, § 35, p. 175; 4e éd., t. 6, § 632, texte et note 17, p. 641; t. 7, § 659, texte, lettre c, et note 25, p. 84.

22. — Toute personne intéressée peut opposer la simulation d'un acte. L'action en déclaration de simulation a en effet pour but de faire reconnaître qu'une convention apparente n'existe pas; ce n'est en réalité ni une action en nullité, ni une action en révocation, mais une action en déclaration d'inexistence. Il en résulte que la convention n'existe pas, quelle ne peut être opposée à personne, et que, par suite, tous ceux qui prétendent qu'elle n'existe pas ont le droit de le prouver, sans avoir d'autre justification préalable à apporter que celle du préjudice que cette convention leur fait subir, en vertu du principe que l'intérêt est la mesure des actions.

1° *Parties contractantes.*

23. — Il résulte de ce principe, tout d'abord, que les parties contractantes peuvent elles-mêmes opposer la simulation de l'acte qu'elles ont passé.

24. — Cette proposition a cependant été contestée par quelques auteurs et quelques arrêts anciens qui ont décidé que les parties ne pourraient prétendre établir la simulation à laquelle elles ont eu recours, en vertu de la maxime : *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. — Turin, 9 juill. 1812, Saint-Vital, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Simulation*, et *Quest. de droit*, vis *Paternité et Pignoratif*; Toullier, *Dr. civil*, t. 9, n. 165 et 184; Danty, *Tr. de la preuve par témoins*, p. 182.

25. — C'est ainsi qu'il a été jugé que celui qui a reconnu une dette ne peut prétendre que la reconnaissance est le résultat d'une simulation. — Agen, 12 avr. 1809, Dumas, [S. et P. chr.]

26. — ... Que celui en faveur de qui a été simulé un acte n'est pas recevable à en alléguer la simulation contre un tiers, et que, notamment, lorsqu'un mari, pour assurer à sa femme des reprises plus considérables, lui a fait une reconnaissance fictive de dot, cette reconnaissance est un titre contre la femme, en faveur des héritiers de ses père et mère (qui sont supposés l'avoir dotée), pour l'obliger de rapporter à leur succession le montant de sa prétendue dot, sans qu'elle puisse exciper de la simulation de la quittance. — Lyon, 9 mess. an X, Lambert, [S. et P. chr.]

27. — ... Que les héritiers sont non recevables à exercer l'action en nullité, pour cause de simulation, des actes passés par leur auteur, même alors qu'ils prétendent que la simulation a eu lieu de sa part pour faire fraude à ses créanciers. — Chambéry, 6 mai 1861, Bron, [S. 62.105, P. 61.2.563, D. 61.5.328]

28. — Toutefois, cette opinion, bien que contredisant absolument en principe l'opinion actuellement admise, arrivait cependant en pratique à des résultats analogues, car elle admettait les parties contractantes à prouver la simulation : soit lorsqu'il y avait eu dol ou fraude, par exemple lorsqu'une des parties avait voulu soustraire ses biens aux poursuites de ses créanciers... — Limoges, 28 nov. 1849, Bonabry, [S. 51.2.413, P. 51.2.541, D. 52.2.70]

29. — ... Soit lorsqu'il existait un commencement de preuve par écrit de la simulation. — Cass., 16 nov. 1859, Tamodararetty, [S. 60.1037, P. 60.1.266, D. 60.1.167]

30. — L'opinion qui a prévalu est que les parties contractantes elles-mêmes ou leurs héritiers sont admis à prouver la simulation des actes qu'ils ont passés; mais, ainsi que nous le verrons plus loin, les règles sur la preuve de la simulation ne sont plus alors les mêmes que lorsque la simulation est alléguée par des tiers; à la différence des tiers (V. *infrà*, n. 54), les parties ne peuvent employer la preuve testimoniale que s'il y a un commencement de preuve par écrit ou s'il y a eu fraude à la loi (V. *infrà*, n. 57 et s.). — Cass., 16 août 1831, Héritiers Lorphelin, [S. 31.1.404, P. chr.]; — 22 nov. 1869, Rassat, [S. 70.1.

339, P. 70.866, D. 70.1.273]; — 22 juill. 1874, Debrion, [S. 75. 1.15, P. 75.21]; — 25 avr. 1887, Rignault, [S. 87.1.149, P. 87.1 359, D. 87.1.397]; — 6 juin 1887, Avy, [S. 87.1.367, P. 87.1.905, D. 87.1.327]; — 5 juill. 1897 (2 arrêts), Patroquet et Lagrange, [*Pand. franç.*, 97.1.499]; — 14 juin 1899, Palies, [S. et P. 99.1. 464, D. 99.1.344] — Toulouse, 9 janv. 1820, Dermonté, [S. et P. chr.] — Pau, 19 mars 1831, Soulé, [S. 31.2.303, P. chr.] — Poitiers, 18 juill. 1838 (sol. impl.), Morillon, [S. 38.2.291, P. 38. 2.548] — Aix, 25 janv. 1871, Béranger, [S. 71.2.264, P. 71.843, D. 71.2.52] — Montpellier, 8 févr. 1876, Caverière, [S. 76.2.295, P. 76.1130] — Toulouse, 28 avr. 1880, Rivière, [S. 82.2.222, P. 82.1.1103] — Agen, 7 juill. 1886, Videau, [S. 86.2.189, P. 86.1. 1086] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 1, § 35, p. 175; Demolombe, t. 2, n. 235 et 236; Laurent, t. 16, n. 497; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733.

31. — Les parties contractantes sont admises à attaquer pour simulation le contrat qu'elles on passé, alors même que ce contrat a été constaté par acte authentique. — Cass., 6 juin 1887, précité.

32. — Et lorsque la simulation de la cause d'une obligation a eu pour but de cacher une fraude à la loi, le débiteur peut prouver que la cause réelle est illicite, sans qu'on puisse lui objecter la maxime que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. — Trib. Montpellier, 19 juill. 1884, et Montpellier, 23 févr. 1885, sous Cass., 23 juin 1887, Chaboud, [S. 87.1.361, P. 87.1.894, D. 87.1.397]

33. — Cependant on admet généralement que la simulation ne pourrait être invoquée par aucune des parties, si elles s'étaient mutuellement trompées, et cela en vertu de la règle romaine : « *Si duo dolo malo fuerint, invicem de dolo non agent* » (L. 36, D., *De dolo*). — Chardon, *Dol et fraude*, p. 21.

2° *Créanciers.*

34. — Du principe que la simulation peut être opposée par toute personne intéressée il suit que l'action en simulation peut être exercée par tous les créanciers des parties contractantes, aussi bien par les créanciers antérieurs à l'acte simulé que par les créanciers postérieurs à cet acte. L'acte simulé nuit en effet aussi bien aux créanciers postérieurs à sa date, qu'aux créanciers antérieurs, car lorsque leur créance est née, le bien faisant l'objet de cet acte dépendait encore, malgré les apparences, du patrimoine de leur débiteur et est en conséquence devenu leur gage; ils doivent donc, pour bénéficier du droit que leur confère l'art. 2093, C. civ., être admis à faire prononcer la nullité ou plutôt l'inexistence de l'acte fictif. — Cass., 20 mars 1832, Berger, [S. 32.1.442, P. chr.]; — 25 juill. 1864 (2 arrêts), Ardoin, [S. 64.1. 452, P. 64.1088] — Bordeaux, 20 juill. 1848, Clarac, [S. 49.2.157, P. 49.1.603, D. 49.2.148] — Lyon, 28 févr. 1884, Syndic Geoffroy, [S. 85.2.129, P. 85.1.703]; — 2 déc. 1892, [*Gaz. Pal.*, 93.1. 104] — Bordeaux, 5 mars 1896, [*Rec. Bordeaux*, 96.1.241] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 240, § 313, texte et note 49; Huc, t. 7, n. 231; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733; Larombière, sur l'art. 1167, n. 63; Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, t. 2, n. 1259; Demolombe, t. 25, n. 235; Laurent, t. 16, n. 497; Chardon, n. 202; Varambon, *Rev. prat.*, t. 3, p. 347; Delvincourt, t. 2, p. 526; Duranton, t. 10, n. 573.

35. — Les créanciers qui exercent l'action en déclaration de simulation agissent en vertu d'un droit qui leur est propre. Ce principe a été méconnu par quelques auteurs; d'après Demolombe, les créanciers qui opposent la simulation d'un acte n'auraient pas une action directe, mais ils pourraient agir à leur choix soit en vertu de l'art. 1166, soit en vertu de l'art. 1167, C. civ. (t. 25, n. 235); d'après Larombière, les créanciers n'agiraient en leur nom personnel que lorsque la simulation a eu lieu dans une intention frauduleuse (sur l'art. 1167, n. 63). En réalité, l'action qui appartient aux créanciers découle non des art. 1166 ou 1167, C. civ., mais des art. 2092 et 2093, C. civ., aux termes desquels tous les biens quelconques d'une personne, meubles ou immeubles, présents ou à venir, sont le gage commun de ses créanciers; le droit de gage des créanciers, portant sur tous les biens de leur débiteur, porte donc sur ceux qui ont été l'objet d'actes simulés puisqu'ils n'ont pas cessé d'appartenir au débiteur; en conséquence les créanciers ont de leur chef une action pour faire constater leur droit de gage sur ces biens. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 734 et s.; Huc, t. 7, n. 230.

36. — De là il suit que les créanciers peuvent attaquer les actes simulés, sans qu'il leur soit nécessaire de démontrer que ces actes ont été faits par le débiteur en fraude de leurs droits. Si, par exemple, quelqu'un a simulé au profit d'un tiers la vente d'un de ses immeubles, les créanciers pourront attaquer cette vente simulée, alors même qu'elle aurait eu lieu à une époque où le débiteur n'avait encore aucune dette et qu'elle aurait eu seulement pour but d'augmenter le crédit du prétendu acheteur; que, par suite de l'aveu même des créanciers, il n'y aurait eu aucune intention frauduleuse. Peu importe, en effet, que l'acte simulé ait été ou non exempt de fraude; du moment qu'il est fictif, il ne peut avoir aucune influence sur la consistance du gage commun. — Cass., 25 juill. 1864 (deux arrêts), précités. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733-3°; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*

37. — De même, les créanciers peuvent exercer l'action en déclaration de simulation sans avoir à prouver que l'acte attaqué a déterminé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur, car le but de leur action est d'arriver à préciser la véritable consistance du gage commun. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733-2°; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.* — V. Bordeaux, 5 mars 1896, précité.

38. — Mais il faut bien observer que le but de l'action des créanciers est seulement de faire prononcer la reconnaissance de la simulation; aussi l'appelle-t-on action *en déclaration de simulation*. La simulation déclarée, on en déduira les conséquences au point de vue de la consistance du gage commun; si la simulation ne cachait aucune opération réelle, on constatera l'inexistence de l'acte apparent; si, au contraire, la simulation n'avait pour but que de déguiser les apparences d'un acte valablement passé, on restituera à cet acte son véritable caractère et on en déduira les conséquences au point de vue de l'étendue des droits des créanciers.

39. — Dès lors, si, la simulation étant reconnue, on se trouvait en présence d'un acte valablement passé et dont les conséquences au point de vue de la consistance du gage commun, sont exactement les mêmes que celles de l'acte dont la simulation aurait eu pour effet de lui faire prendre les apparences, les créanciers devraient évidemment respecter l'acte ainsi passé. C'est ainsi qu'un mari ayant, dans le contrat de mariage, reconnu à sa femme un apport que celle-ci n'avait pas fait, il a été jugé que cette reconnaissance constituait une donation déguisée du montant de la somme énoncée, et que cette donation étant valable, puisque le mari avait à ce moment cette somme libre dans ses biens, les créanciers postérieurs au contrat de mariage n'ont pu s'appuyer sur le caractère simulé de l'apport ainsi déclaré pour contester à la femme l'exercice de la créance existant en sa faveur. — Rennes, 16 févr. 1866, Muzellec, [S. 67.2.45, P. 67.219]

40. — De ce que les créanciers qui exercent l'action en déclaration de simulation agissent en vertu du droit que leur confèrent les art. 2092 et 2093, C. civ., et non par application de l'art. 1167, il suit encore qu'ils peuvent exercer cette action sans avoir à établir la complicité du tiers avec lequel le débiteur a traité. N'ayant pas, en effet, à prouver l'intention frauduleuse chez leur débiteur, ils ont encore moins à prouver l'existence d'une telle intention chez celui qui a traité avec leur débiteur. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733-4°.

41. — A plus forte raison, lorsque l'action en déclaration de simulation est dirigée contre un sous-acquéreur, les créanciers n'ont-ils pas à établir la complicité du sous-acquéreur. — Lyon, 23 mai 1889, [*Gaz. Pal.*, 90.1.6] — Trib. Nantua, 10 août 1887, [*Gaz. Pal.*, 87.2.494]

42. — L'action en déclaration de simulation pouvant être exercée par tous les créanciers, peut l'être par les créanciers sous condition suspensive. Cette action, n'ayant, en effet, pour but que d'arriver à la constatation exacte des éléments du gage commun, ne constitue qu'une mesure conservatoire. — Trib. Seine, 15 févr. 1894, [*Gaz. Pal.*, 94.1.256] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733-5°; Huc, t. 7, n. 231.

43. — De même, les créanciers à terme peuvent exercer l'action en déclaration de simulation, toujours par le même motif que cette action ne constitue qu'une mesure conservatoire. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *eod. loc.*

44. — Les créanciers des cohéritiers peuvent également exercer l'action en déclaration de simulation pour faire tomber le partage. Cette solution n'est pas en contradiction avec l'art. 882,

C. civ., qui dit que ces créanciers ne peuvent attaquer un partage consommé; ce texte en effet, étant une dérogation au droit commun, ne peut être étendu par voie d'analogie, or il ne défend d'attaquer qu'un partage sérieux, et dans notre hypothèse il n'y a pas de partage, mais seulement une apparence de partage. — Le Sellyer, *Comment. hist. et prat. sur le titre des successions*, t. 3, n. 1770; Poujol, *Tr. des successions*, art. 882, n. 1; Belost-Jolimont, sur Chabot, *Comment. sur la loi des successions*, sur l'art. 882, n. 1; Fouet de Conflans, *Esprit de la jurispr. des succ.*, sur l'art. 882, n. 12; Duvergier, *Tr. [illegible]*, n. 151; Marcadé, t. 3, n. 410; du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Comment. th. et prat. du C. civ.*, t. 2, n. 773; Rolland de Villargues, v° *Opposition à partage*, n. 18; Vazeille, *Résumé et conférence des comment. du C. civ., sur les success. donat. et test.*, sur l'art. 882, n. 5; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 712; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des success.*, t. 3, n. 4244; Aubry et Rau, 4e éd., t. 6, p. 595, § 626, note 51; Huc, t. 5 n. 435; Vigié, *Dr. civ.*, t. 2, n. [illegible]; Colmet de Santerre, t. 3, n. 224 *bis;* Demolombe, t. 18, n. 242; Laurent, t. 10, n. 539; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc. civ.*, v° *Partage*, n. 135; Tissier, *Th. et prat. de la tierce opposition*, n. 82. — V. *suprà*, v° *Partage*, n. 1429 et s.

45. — De même, le syndic d'une faillite peut exercer l'action en déclaration de simulation pour faire tomber les actes portant préjudice à la masse. Il a été jugé, notamment, que le syndic peut démontrer la fausseté de la cause énoncée dans le titre en vertu duquel quelqu'un, se prétendant créancier du failli, réclame son admission à la faillite. — Cass., 9 nov. 1898, Lévy, [S. et P. 1900.1.335, D. 99.1.103] — V. aussi *suprà*, v° *Faillite*, n. 748.

46. — ... Que le syndic peut attaquer pour cause de simulation la vente de meubles propres à la femme, alors que le mari, au moment où il a autorisé sa femme, était en état de cessation de paiements; car si cette action aboutit, les meubles doivent rentrer dans la masse, si la femme n'apporte pas la preuve exigée par l'art. 560, C. comm. — Limoges, 24 févr. 1899 (sol. impl.), Synd. Malinvaud, [S. et P. 1902.2.225, et la note de M. Albert Wahl, D. 1902.2.153, et la note de M. Lacour]

47. — Les tiers qui y ont intérêt peuvent attaquer pour cause de simulation les reconnaissances et les quittances de dot ou d'apport contenues dans un contrat de mariage; cette solution n'est pas contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, car l'action en déclaration de simulation ne tend pas à modifier ces conventions, mais seulement à faire constater que les énonciations qu'elle renferment sont contraires à la vérité. — Alger, 13 mai 1894, Crabanat, [D. 96.2.27]

§ 2. *A qui la simulation peut être opposée.*

48. — La nullité résultant de la simulation d'un acte n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Si, par exemple, à la suite d'une vente simulée, le prétendu acquéreur revend l'immeuble, le jugement constatant le caractère fictif de la première de ces aliénations n'aura pas pour effet de faire tomber les droits du second acquéreur. Cette solution résulte de l'art. 1321, C. civ., qui décide que les contre-lettres ne peuvent avoir d'effet contre les tiers : ce texte indique bien nettement que le législateur n'a pas voulu que les droits acquis à des tiers sur la foi d'actes simulés pussent être anéantis par la preuve de la simulation ; le fait que la simulation est prouvée par des contre-lettres ou par tout autre moyen est sans importance. On ne saurait objecter que l'art. 1321 ne vise que l'hypothèse où la simulation est opposée aux tiers par les parties elles-mêmes, qu'au contraire, les tiers, lorsqu'ils y ont intérêt, peuvent invoquer une contre-lettre, et que les créanciers, lorsqu'ils invoquent la simulation, ont la qualité de tiers; il est, en effet, facile de répondre que si les créanciers exerçant l'action en déclaration ont, en effet, la qualité de tiers, du moins les tiers qui ont acquis des droits sur la foi d'actes simulés doivent leur être préférés, car ils ont sur eux l'avantage d'être en possession. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 740; Huc, t. 7, n. 232; Fourcade, *Étude sur la simulation*, p. 99 et s. *Contrà*, Laurent, t. 16, n. 499.

49. — Ce point a été très-bien mis en lumière par un arrêt de la cour de Caen du 17 mai 1873, qui s'exprime ainsi : « Attendu que toute contre-lettre implique nécessairement par elle-même la simulation totale ou partielle de l'acte ostensible qu'elle a eu pour but d'annuler; que la raison en est que, si l'acte ostensible était l'expression de la volonté réelle des parties contractantes il n'y aurait pas besoin de contre-lettre; que, dès lors, celle-ci a pour cause unique la simulation de l'acte public; qu'elle n'est rien autre chose que l'effet et la preuve écrite de cette simulation; qu'aussi en décidant que les contre-lettres ne sont point opposables aux tiers, l'art. 1321 a, par cela même, décidé que la simulation des actes ostensibles ne leur serait pas opposable, parce qu'il n'est pas possible qu'il ait autorisé la cause, c'est-à-dire la simulation, et qu'il en ait prohibé l'effet et la preuve, c'est-à-dire la contre-lettre; qu'il y aurait entre ces deux solutions une contradiction choquante; qu'il n'est pas non plus admissible que, si la preuve de la simulation était permise contre les tiers, le législateur eût écarté la preuve par contre-lettre, qui est la plus puissante, pour lui préférer la preuve beaucoup plus douteuse résultant de présomptions jointes à un commencement de preuve par écrit ». — Caen, 17 mai 1873, Fossey, [S. 74.2.46, P. 74.226] — V. Cass., 29 avr. 1872, Salmon, [S. 73.1.400, P. 73.976]; — 11 mars 1890, Gabier, [S. 90.1.208, P. 90.1.506, D. 93.1.369] — Orléans, 10 févr. 1876, Séjourné, [S. 76.2.321, P. 76.1240, D. 77.2.113] — Nancy, 4 janv. 1894, Compagnie d'assurance *le Monde*, [S. et P. 95.2.10, D. 94.2.225] — Limoges, 15 juill. 1899, sous Cass., 12 juin 1901, Maheux, [D. 1902.1.55] — *Contrà*, Alger, 8 juill. 1896, sous Cass., 13 mars 1899, Félix, [S. et P. 1900.1.72] — V. *suprà*, v° *Contre-lettre*, n. 32 et s.

50. — Par application de ce principe, il a notamment été jugé qu'une quittance authentique, constatant le paiement ayant été délivré purement et simplement, sans indication d'aucune condition, à l'adjudicataire par un créancier inscrit sur l'immeuble, ce créancier ne saurait ensuite prétendre opposer aux créanciers inscrits postérieurement à lui sur le même immeuble, une convention aux termes de laquelle l'effet libératoire de la quittance avait été subordonné à une rétrocession, rétrocession devenue impossible par suite d'une folle enchère. — Limoges, 15 juill. 1899, précité.

51. — ... Que les travaux exécutés par un entrepreneur sur une propriété sont, à l'égard de cet entrepreneur, à la charge de celui qui, par acte authentique, a acheté cette propriété en son nom personnel, c'est-à-dire à la charge du propriétaire apparent, alors même que celui-ci soutiendrait que les travaux ont été commandés par une tierce personne qui était le véritable propriétaire de l'immeuble dont lui-même n'aurait été que le prête-nom au moment de l'acte d'acquisition. — Cass., 11 mars 1890, précité.

52. — Mais pour que la simulation ne puisse pas être opposée aux tiers, il faut qu'il s'agisse de tiers de bonne foi. Les tiers qui auraient connu la simulation ne pourraient prétendre invoquer des actes qu'ils savaient fictifs. — Auteurs et arrêts précités.

Section III.

Preuve de la simulation.

53. — C'est à celui qui allègue la simulation qu'incombe la charge d'en supporter la preuve. — Trib. Bayonne, 13 juill. 1887, [*Pand. franç.*, 88.2.128] — La simulation étant prouvée, c'est à celui qui allègue que cette simulation ne modifie pas les droits respectifs des parties et que l'acte réel aurait entraîné à leur égard les mêmes conséquences qu'il appartient d'en apporter la preuve. — V. *suprà*, n. 14.

§ 1. *Actes sous seing privé.*

54. — I. *Tiers.* — Les tiers qui exercent l'action en déclaration de simulation pour faire tomber un acte leur portant préjudice, peuvent prouver la simulation par tous les modes de preuve, par témoins et par simples présomptions (C. civ., art. 1348 et 1353); il leur a été en effet impossible de se procurer une preuve écrite de la simulation qu'ils allèguent. — Cass., 22 therm. an IX, Combry, [S. et P. chr.]; — 4 janv. 1808, Detoy, [S. et P. chr.]; — 10 juin 1816, Labrousse, [S. et P. chr.]; — 22 mars 1875, Delorme, [S. 76.1.111, P. 76.265, D. 76.1.24]; — 29 nov. 1897, Gaultier, [S. et P. 1902.1.15, D. 98.1.108]; — 9 nov. 1898, Lévy, [S. et P. 1900.1.335, D. 99.1.103]; — 9 juill. 1901, Vve Bouvy-Laforest, [D. 1901.1.499] — Alger, 13 mai

1894, Crabanat, [D. 96.2.27] — *Sic*, Toullier, t. 9, n. 166, 184; Pothier, *Oblig.*, n. 801, 813; Demolombe, t. 30, n. 179; Planiol, t. 2, n. 1207.

55. — C'est ainsi qu'il a été jugé que les juges peuvent décider, en vertu de présomptions relevées par eux, qu'un acte n'a eu pour objet que de déguiser sous la forme [illegible] d'un contrat de société entre une association qui n'avait pu exister pour but la réalisation et le partage des bénéfices [illegible] seulement pour [illegible] la fondation et l'entretien d'écoles [illegible] libres dans un arrondissement, et qui, n'étant pas [illegible] était incapable de recueillir le legs fait à son profit. — Cass., 29 nov. 1897, précité.

56. — ... Que le syndic d'une faillite qui oppose la simulation d'un acte passé par le failli étant un tiers, puisqu'il représente la masse des créanciers, peut prouver cette simulation par témoins et par présomptions; qu'il en est ainsi spécialement, lorsque le syndic d'une faillite, actionné en exécution d'une obligation du failli, oppose la simulation de l'obligation. — Cass., 11 mars 1879, Loewenstein, Polak et Cie, [S. 80.1.53, P. 80.120, D. 79.1.401]

57. — II. *Parties contractantes.* — Lorsque ce sont les contractants eux-mêmes qui allèguent la simulation d'un acte auquel ils ont été parties, ils ne peuvent, en principe, être admis à faire la preuve de cette simulation qu'autant que leur prétention est appuyée d'un commencement de preuve par écrit. — Cass., 4 avr. 1838, H..., [S. 38.1.732, P. 38.2.234]; — 30 avr. 1838, [illegible], [S. 38.1.437, P. 38.2.112]; — 8 mars 1852, [illegible], [S. 52.1.497, P. 56.1.83, D. 52.1.73]; — 22 mars 1875, [illegible]; — 30 juin 1879, [illegible], [S. 81.1.397, P. 81.1.1031, D. 79.1.415] — 5 juill. 1897 (2 arrêts), [illegible] et Lagrange, [*Pand. fr.*, 97.1.499]; — 14 juin 1899, [illegible], [S. et P. 99.1.464, D. 99.1.344]; — 10 juill. 1899, Vve [illegible], [S. et P. 99.1.488]; — 31 janv. 1900, Marchand, [S. et P. 1901.1.347, D. 1900.1.80] — Rennes, 14 févr. 1819, [illegible], [S. et P. chr.] — Bordeaux, 29 nov. 1829, [illegible], [S. et P. chr.] — Paris, 26 nov. 18[illegible], André et [illegible], [S. 37.2.[illegible], P. chr.] — Bordeaux, 3 juin 1887, Linares, [D. 88.2.125] — Rome, 15 oct. 1898, [illegible], [S. et P. 99.4.37] — *Sic*, Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, p. 214, § 765, texte et note 61; [illegible], *Dol et fraude*, t. 2, n. 33; Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, sur l'art. 1319, n. 139 et s.; Planiol, t. 2, n. 1204.

58. — Et le commencement de preuve par écrit ne saurait résulter de l'acte lui-même qui est argué de simulation. — Cass., 18 juin 1883, Grué, [S. 84.1.329, P. 84.1.809, D. 84.1.38] — *Sic*, Larombière, t. 6, sur l'art. 1341, n. 27.

59. — Est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation la décision des juges du fond qui refuse aux documents et actes écrits versés aux débats la valeur d'un commencement de preuve par écrit, en se fondant sur ce qu'ils ne rendent pas vraisemblable la simulation alléguée. — Cass., 5 juill. 1897 (2 arrêts), précités.

60. — Jugé de même qu'il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si un billet rend vraisemblable une simulation alléguée, et de décider, par suite, s'il constitue ou non un commencement de preuve par écrit. — Cass., 14 juin 1899, précité.

61. — Les parties elles mêmes peuvent cependant prouver la simulation par tous les modes de preuve, en cas de dol ou de fraude à la loi. — Cass., 6 août 1828, Bouchetal, [S. et P. chr.]; — 16 nov. 1859, [illegible], [S. 60.1.266, P. 60.1047, D. 60.1.467]; — 12 mars 1860, [illegible], [S. 60.1.793, P. 61.285, D. 60.1.132]; — 20 mars 1865, Bayle-Labasse, [S. 65.1.208, P. 65.509, D. 66.1.268]; — 22 nov. 1869, Rassat, [S. 70.1.339, P. 70.866, D. 70.1.273]; — 27 juill. 1874, Debrion, [S. 75.1.15, P. 75.21, D. 76.1.104]; — 21 mai 1878, Ben-Chimol, [S. 78.1.295, P. 78.747] — 8 janv. 1889, Bil, [S. 91.1.156, P. 91.1.371, D. 89.1.359]; — 2 juill. 1895, Arnal, [S. et P. 99.1.[illegible], D. 96.1.375]; — 31 janv. 1900, précité; — 3 juill. 1900, Tauzièd[e], [S. et P. 1900.1.461, D. 1900.1.412] — Montpellier, 19 juill. 1884 et 23 févr. 1885, sous Cass., 23 juin 1887, Chaboud, [S. 87.1.361, P. 87.1.894] — Agen, 7 juill. 1886, Videau, [S. 86.2.189, P. 86.1.1086] — Rome, 15 oct. 1898, précité. — *Sic*, Bonnier, *Tr. des preuves* (édit. Larnaude), n. 142; Larombière, sur l'art. 1348, n. 19, et sur l'art. 1319, n. 11 et 12; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, t. 1, n. 649, note 1, *in fine*; Aubry et Rau, t. 8, § 765, p. 350, notes 25 et s. — V. *suprà*, v° *Fraude*, n. 15 et s.

62. — [illegible] à propos de dettes de jeu, quelles que soient les apparences sous lesquelles les parties aient marqué les obligations contractées à la suite de paris [illegible]. — V. *suprà*, [illegible], n. 149 et s.

63. — [illegible] [S. et P. chr.]

64. — [illegible] lin [illegible] Aïssa, [S. et P. 1904.1.4[illegible], D. 97.1.18[illegible]]

§ 2. *Actes authentiques.*

65. — En ce qui concerne les actes authentiques, ils ne font foi jusqu'à inscription de faux que des faits qui sont énoncés par l'officier public comme s'étant passés en sa présence; mais la [illegible] être combattue par la preuve contraire (V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. [illegible] et s.). Les conventions, [illegible] et déclarations [illegible] peuvent donc être arguées de simulation soit par les tiers, soit par l'une des parties à l'acte. — Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, p. 2[illegible], § 765; Bonnier, *Tr. des preuves* (édit. Larnaude), n. [illegible]; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1319, n. 22 et s., 61 et s.

66. — [illegible] que la preuve de la simulation alléguée à l'encontre d'un acte authentique peut se faire conformément au droit commun. C'est-à-dire [illegible] la simulation par tous les modes de preuve, par témoins et par simples présomptions. — V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. [illegible] — V. Cass., 24 janv. 1881, Bouchot, [S. 81.1.404, P. 81.1.1044]; — 12 [illegible] 188[illegible], [illegible], [S. 85.1.8[illegible], P. 85.1.167]

67. — ... Et que les parties ne peuvent faire la preuve de la simulation qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit ou qu'il y a fraude à la loi. — Cass., 22 nov. 1869, précité; — 9 nov. 1875, Delage, [S. 77.1.293, P. 77.750, D. 76.1.443]; — 6 juin 1887, [illegible], [S. 87.1.[illegible], P. 87.1.[illegible], D. 87.1.3[illegible]]; — 4 janv. 1897, de Jouffroy d'Abbans, [S. et P. 98.1.309, D. 97.1.126]; — 30 mai 1900, [illegible], [S. et P. 1901.1.2[illegible], D. [illegible]] — Lyon, 21 [illegible] 1822, [illegible], [S. et P. chr.]; — 4 févr. 1860, d'Aligny, [S. 60.2.541, P. 61.231] — Alger, 18 juin 1895, Brassens, [D. 96.2.309] — V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. 359 et s.

68. — Jugé notamment, en ce sens, que peut être établie à l'aide de la preuve testimoniale et de simples présomptions : la dissimulation du prix dans une vente d'office, cette dissimulation constituant une fraude à la loi. — Lyon, 4 févr. 1860, précité.

69. — ... La majoration du prix dans un acte de vente, cette majoration ayant eu pour but de prévenir et de paralyser l'action en rescision pour cause de lésion. — Cass., 22 nov. 1869, précité.

70. — Jugé, dans le même sens, que lorsqu'une vente constatée par un acte authentique est reconnue n'avoir été obtenue qu'au moyen du dol et de la fraude, les héritiers du prétendu vendeur peuvent, malgré les énonciations de l'acte authentique qui mentionne la numération des fonds à la vue du notaire, prouver par témoins et par simples présomptions que cette numération n'a été qu'un simulacre et que le vendeur n'a pas en réalité reçu la somme prétendûment payée. — Cass., 30 mai 1900, précité.

71. — ... Que le prétendu débiteur, contre lequel on poursuit le recouvrement d'un prêt constaté par un acte notarié mentionnant la numération des espèces en présence du notaire, peut être admis à prouver que cette numération n'a été qu'un simulacre, et qu'il n'a pas en réalité reçu la somme prétendûment prêtée. — Cass., 4 janv. 1897, précité.

SECTION IV.

Pouvoir d'appréciation des juges.

72. — Les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation pour décider, d'après les circonstances de la cause, si les

actes argués de simulation sont ou non simulés. — Cass., 11 mars 1879, Lœwenstein, Polak et Cie, [S. 80.1.53, P. 80.120, D. 79.1.401]; — 24 janv. 1881, Bouchot, [S. 81.1.404, P. 81.1.1044]; — 29 févr. 1888, Delpeut, [D. 88.1.415]; — 23 juill. 1888, Chicoteau, [S. 89.1.243, P. 89.1.613]; — 22 janv. 1895, Spezzechino, [D. 95.1.205]; — 23 janv. 1901, Epoux Camard, [S. et P. 1901.1.407, D. 1901.1.124]; — 9 juill. 1901, Veuve Bouvy-Laforest, [D. 1901.1.499] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, t. 1, n. 738.

73. — Jugé, en ce sens, qu'est souverain et échappe à la censure de la Cour de cassation le rejet de l'offre de preuve d'une simulation fondé sur ce que les faits articulés ne sont pas pertinents ou sont déjà démentis par les documents et circonstances de la cause. — Cass., 28 janv. 1889, [*Pand. franç.*, 89.1.462]; — 3 juill. 1893, [*Pand. franç.*, 94.7.51]; — 9 nov. 1898, Lévy, [S. et P. 1900.1.335, D. 99.1.103]

74. — Il a été jugé également, en ce sens, qu'il appartient aux juges du fait de décider, par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, que l'acquéreur apparent d'un immeuble n'a été que le prête-nom d'un tiers, pour le compte duquel l'acquisition a été faite en réalité. — Cass., 12 déc. 1883, Bernard, [S. 85.1.80, P. 85.1.167]

75. — ... Qu'un acte ne relate qu'une vente simulée tendant à frustrer les créanciers, et de considérer, dès lors, cet acte comme étant nul et de nul effet. — Cass., 23 juill. 1888, précité.

76. — ... Qu'un acte authentique de vente est simulé, et n'a été fait que pour priver une personne du bénéfice d'une institution contractuelle. — Cass., 24 janv. 1881, précité.

77. — ... Que la date de l'acquiescement à un jugement par défaut contre partie n'est pas sincère, et que cet acquiescement a été obtenu après l'expiration du délai de six mois, de telle sorte que ce jugement est tombé en péremption. — Cass., 9 août 1880, Bouisson, [S. 82.1.205, P. 82.1.501, D. 81.1.214]

SECTION V.

Action en déclaration de simulation.

78. — L'action en déclaration de simulation ne se prescrit que par la prescription de droit commun, c'est-à-dire par la prescription trentenaire; la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître qu'on ne saurait ici prétendre faire application de la prescription décennale établie par l'art. 1304, C. civ. Tout d'abord, en effet, il est de principe constant que la prescription de l'art. 1304 est restreinte aux actions en nullité ou en rescision exercées par les parties contractantes ou leurs représentants; or, les créanciers, en intentant l'action en déclaration de simulation, exercent un droit qui leur est propre, ils n'agissent pas comme représentants de leur débiteur. De plus, alors même que l'action en déclaration de simulation est exercée par les parties elles-mêmes, la prescription de l'art. 1304 est encore inapplicable, car l'art. 1304 ne vise que les actions tendant à faire déclarer la nullité ou la rescision d'un acte, tandis que l'action en simulation tend à faire déclarer l'inexistence d'un acte; or, la disposition de l'art. 1304 étant exceptionnelle, ne saurait être étendue par voie d'analogie à des cas différents de ceux qu'elle prévoit. — Cass., 9 nov. 1875, Delage, [S. 77.1.293, P. 77.760, D. 76.1.443] — Poitiers, 18 juin 1838, Morillon, [S. 38.2.391, P. 38.2.548] — Chambéry, 3 janv. 1873, sous Cass., 22 déc. 1873, Grisard, [S. 74.1.72, P. 74.151, D. 74.1.241] — Lyon, 28 févr. 1884, Syndic Geoffroy, [S. 85.2.129, P. 85.1.703] — Alger, 18 juin 1895, sous Cass., 5 juill. 1897, Patroquet, [*Pand. franç.*, 97.1.499] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 741; Aubry et Rau, t. 4, § 339, texte et note 28, p. 278; Demolombe, t. 29, p. 128; Laurent, t. 19, n. 33; Larombière, sur l'art. 1304, n. 59.

79. — Le jugement qui déclare la simulation ne peut être invoqué que par les créanciers qui étaient parties dans l'instance et non par les autres. Laurent soutient cependant que ce jugement doit profiter à tous les créanciers, même à ceux qui ont été étrangers aux débats, car, dit-il, le caractère fictif de l'acte entaché de simulation étant proclamé judiciairement, cet acte n'a plus aucune existence et ne doit, par conséquent, plus pouvoir être opposé à personne (t. 16, n. 488). Mais on admet que rien n'autorise à apporter, en ce qui concerne le jugement déclarant la simulation, une exception aux principes qui régissent l'autorité de la chose jugée; or, en vertu du caractère purement relatif de la chose jugée, c'est seulement relativement aux créanciers qui ont été demandeurs à l'instance que l'acte fictif a perdu son existence apparente. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 739.

80. — Les principes que nous venons d'exposer montrent qu'on ne doit pas confondre l'action en déclaration de simulation avec l'action paulienne; confusion qui s'est cependant trop souvent produite, surtout autrefois. La distinction entre ces deux actions a été nettement posée par plusieurs arrêts. — V. notamment, Cass., 16 mars 1887, Bally, [S. 90.1.301, P. 90.1.742] — Lyon, 28 févr. 1884, Syndic Geoffroy, [S. 85.2.129, P. 85.1.703] — Bordeaux, 5 mars 1896, [*Rec. de Bordeaux*, 96.1.241]

81. — L'action en déclaration de simulation, lorsqu'elle est intentée par les créanciers, présente avec l'action paulienne des analogies, mais elle s'en distingue par de nombreux traits qui sont les suivants.

82. — L'action en déclaration de simulation n'a d'autre but que de faire déclarer par justice qu'un acte n'est qu'apparent, soit en totalité, soit en partie. L'action paulienne a au contraire pour but de réintégrer dans le gage des créanciers un élément qui en est sorti par l'effet d'un acte frauduleux. La première de ces actions est dirigée contre un acte qui n'existe qu'en apparence, la seconde contre un acte qui existe réellement. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 731 et s.; Demolombe, t. 25, n. 235; Larombière, sur l'art. 1167, n. 63; Laurent, t. 16, n. 497, 498; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1167, n. 99; Planiol, t. 2, n. 1203.

83. — Nous avons vu *suprà*, n. 34, que l'action en déclaration de simulation peut être exercée par tous les créanciers sans distinction; au contraire l'action paulienne ne peut être exercée que par les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux, sauf l'exception qui est admise à cette règle lorsque la fraude a été organisée en vue de nuire aux personnes qui contracteraient dans la suite avec le débiteur. — Cass., 2 févr. 1852, Synd. Belleisle, [S. 52.1.234, P. 53.1.396, D. 52.1.49] — *Sic* Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 733; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 313, p. 240, texte et note 49; Huc, t. 7, n. 231; Larombière, sur l'art. 1167, n. 63; Demolombe, t. 25, n. 235; Laurent, t. 16, n. 497; Planiol, *loc. cit.* — V. *suprà*, v° *Action paulienne*, n. 60 et s.

84. — Dans l'action paulienne les créanciers doivent établir que l'acte attaqué a déterminé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur (V. *suprà*, v° *Action paulienne*, n. 139 et s.); nous avons vu qu'au contraire dans l'action en déclaration de simulation les créanciers n'ont pas à rapporter cette preuve, car leur demande tend simplement à faire préciser la véritable consistance du gage commun.

85. — De même, à la différence de l'action paulienne où les créanciers sont tenus de prouver que l'acte attaqué a été fait par le débiteur en fraude de leurs droits (V. *suprà*, v° *Action paulienne*, n. 157 et s.), dans l'action en déclaration de simulation les créanciers n'ont pas à faire cette preuve. — Planiol, *loc. cit.* — V. *suprà*, n. 36.

86. — Dans l'action en déclaration de simulation, à la différence de ce qui existe dans l'action paulienne, les créanciers n'ont jamais à établir la complicité du tiers avec lequel le débiteur a traité; il n'y a donc pas lieu dans cette action de distinguer suivant que ce tiers est un acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux. — V. *suprà*, n. 40.

87. — Les créanciers sous condition suspensive peuvent exercer l'action en déclaration de simulation (V. *suprà*, n. 42), alors qu'on discute vivement la question de savoir s'ils peuvent exercer l'action paulienne. — V. *suprà*, v° *Action paulienne*, n. 53 et s.

88. — Enfin, tandis que les parties ne sauraient attaquer un acte par l'action paulienne, nous avons vu *suprà*, n. 23 et s., qu'elles peuvent au contraire l'attaquer par l'action en déclaration de simulation. Il en résulte que les créanciers de celui qui a passé un acte fictif pourraient, s'ils le voulaient, au lieu d'exercer l'action directe qui leur appartient, agir au nom de leur débiteur, en vertu de l'art. 1166, C. civ., pour faire déclarer l'acte simulé. Mais les créanciers n'auraient aucun intérêt à employer une telle procédure, tout au contraire; tout d'abord, en effet, ils ne seraient admis, en principe, comme le débiteur lui-même, à prouver la simulation qu'autant qu'ils auraient un commencement de preuve par écrit (V. *suprà*, n. 57) : agissant en leur propre nom, ils peuvent au contraire prouver la simulation par tous les moyens (V. *suprà*, n. 54); de plus agissant au nom de leur débi-

teur le défendeur pourrait leur opposer les mêmes exceptions qu'à ce dernier. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 734.

Section VI.

Droit comparé.

§ 1. *Allemagne.*

89. — D'après les jurisconsultes allemands, la simulation peut se présenter sous trois formes : 1° quand, en réalité, on n'entendait faire aucun acte juridique, bien que les déclarations émises parussent indiquer le contraire; 2° quand on entendait, en réalité, faire un autre acte que celui qu'on a fait en apparence; 3° quand, en réalité, l'acte doit s'appliquer à d'autres personnes que celles qui y sont indiquées *in terminis*. Dans ces divers cas, on applique la règle du Code de Justinien (IV, 22) : *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*. On doit s'en tenir, non aux apparences, mais à ce que les parties entendaient réellement faire, en tant du moins que la simulation et notamment l'interposition de personnes ne sont pas prohibées par la loi. Il va sans dire que, si la simulation a causé un préjudice à des tiers, ceux-ci ont une action en dommages-intérêts et les parties sont tenues envers eux solidairement (L. 49, *pr.* D. 18, 1), tandis que la simulation par elle-même ne leur confère aucune action à l'une contre l'autre. Un acte simulé oblige les parties au regard des tiers, tout comme un acte réel et sérieux, du moment que les tiers en ont eu connaissance et s'y sont fiés de bonne foi. — Savigny, *System*, t. 3, p. 259 et s.; Ihering, *Geist des römischen Rechts*, t. 2, 1869, p. 512 et s.; t. 3, 1865, p. 259 et s., 265 et s.

90. — Les principales législations allemandes qui étaient en vigueur avant la promulgation du Code civil de l'Empire n'ont fait que confirmer, en matière de simulation, les principes du droit romain que nous venons de rappeler. — V. *Landrecht* pruss., t. 1, 4, §§ 52 et s.; 1, 11, §§ 70 et s., C. civ. saxon, § 61.

91. — Le Code civil de l'Empire renferme, sur la matière, deux dispositions : « § 117. Quand une déclaration de volonté qui doit être faite vis-à-vis d'une autre personne n'est émise que pour l'apparence (*zum Schein*), elle est nulle; si un acte simulé a pour objet d'en déguiser un autre, on applique les dispositions légales relatives à l'acte que les parties voulaient réellement faire » (*actum dissimulatum*). Nonobstant la nullité prévue par la première phrase de ce paragraphe, l'acte simulé peut produire des effets relativement aux tiers de bonne foi et leur donner une action en dommages-intérêts (V. §§ 823 et s.); mais les parties elles-mêmes n'ont jamais du chef de la simulation aucun recours l'une contre l'autre (§ 122).

92. — « § 405. Le débiteur qui a émis un titre relativement à la dette ne peut pas, lorsque la créance est cédée avec production dudit titre, alléguer que la conclusion ou la reconnaissance de l'obligation par lui souscrite n'était que simulée (*zum Schein erfolgt*) ou que, d'après ses conventions avec le créancier, celui-ci n'avait pas le droit de céder la créance ; à moins que, au moment de la cession, le nouveau créancier n'ait connu ou dû nécessairement connaître le véritable état des choses ». La preuve incombe au débiteur.

§ 2. *Autriche.*

93. — Lorsqu'une affaire d'une certaine espèce n'est convenue que « pour l'apparence », elle doit être appréciée d'après les dispositions de la loi qui y seraient applicables si on lui avait donné son nom et sa forme réelle (C. civ. autr., § 916). Le règlement notarial du 25 juill. 1871, *R. G. Bl.*, n. 75, § 34, interdit expressément aux notaires de prêter leur ministère à des contrats simulés.

§ 3. *Belgique.*

94. — La Belgique est régie par les mêmes règles que la France, dont elle a conservé le Code.

§ 4. *Espagne.*

95. — Le Code civil de 1888-89 ne contient pas de dispositions théoriques sur les actes simulés. Mais, à propos des testaments, l'art. 755 prononce la nullité de toute disposition faite en faveur d'un incapable, encore qu'elle ait été faite sous la forme d'un contrat onéreux ou sous le nom d'une personne interposée, et, à propos des donations, l'art. 628 déclare nulles les donations faites à un incapable « encore qu'elles aient été d'une façon simulée (*simuladamente*), sous l'apparence d'un autre contrat, par personne interposée ».

§ 5. *Italie.*

96. — Il en est de même en Italie qu'en Espagne. Le Code civil ne renferme pas de dispositions générales sur les effets de la simulation, mais prononce, comme le Code espagnol, la nullité tant des dispositions testamentaires que des donations en faveur d'un incapable, encore qu'elles aient été faites sous la forme d'un contrat onéreux ou le nom d'une personne interposée (art. 773, 1053, 1055).

§ 6. *Pays-Bas.*

97. — Dispositions analogues à celles qui viennent d'être indiquées pour l'Espagne et l'Italie, dans le Code civil néerlandais (art. 958 et 1718).

§ 7. *Portugal.*

98. — L'acte ou le contrat simulé, dit le Code civil portugais, est celui par lequel les parties déclarent ou reconnaissent faussement un fait qui ne s'est pas accompli ou une convention qu'elles n'ont pas faite. Les actes ou contrats, simulés entre les parties en vue de frauder les droits des tiers, peuvent être annulés et rescindés à toute époque sur la demande des personnes lésées (art. 1031); en cas de rescision, la chose ou le droit est restitué à son maître avec les fruits ou profits, s'il y en a (art. 1032).

99. — Toute donation ou disposition testamentaire faite au profit d'un incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un autre acte, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, c'est-à-dire de descendants, d'ascendants ou du conjoint de l'incapable (art. 1481, 1783).

100. — La vente faite, soit directement, soit par personnes interposées, au mépris des prohibitions de la loi en matière de vente est nulle et de nul effet (art. 1567); il en est de même d'une location faite dans les mêmes conditions (art. 1599).

§ 8. *Roumanie.*

101. — Quand un débiteur de mauvaise foi fait des contrats fictifs pour mettre ses biens à couvert contre les poursuites de la loi ou de ses créanciers, l'acte simulé est inexistant comme dénué de cause (C. civ. roum., art. 966); et tous les créanciers, même postérieurs, peuvent en demander la nullité. — Cass. roum., 1re ch., *Dreptul*, 1890, n. 67; 1888, n. 31. — On admet même que le débiteur pourrait la demander, nonobstant l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en cas de dol ou de manœuvres frauduleuses de l'autre partie contractante. — Cass. roum., 1re ch., *Dreptul*, 1885, n. 50.

102. — Les donations ou ventes faites sous le nom de personnes interposées, dans les conditions où la loi les interdit, sont nulles et de nul effet; et les parties contractantes elles-mêmes peuvent en poursuivre l'annulation (C. roum., art. 812, 939 et s., 1307 et s.).

103. — L'action en simulation se prescrit par trente ans; elle est personnelle; c'est, en somme, une action en dommages-intérêts, basée sur le dol ou sur l'enrichissement injuste. — Cass. roum., *Dreptul*, 1890, n. 67. — V. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 446 et s.

§ 9. *Russie.*

104. — Nous ne connaissons dans les *Lois civiles* de l'Empire aucune disposition spéciale sur la simulation ; mais le Code civil des provinces baltiques contient à cet égard les règles suivantes.

105. — Une déclaration de volonté faite simplement pour l'apparence (*zum Schein*) ne produit aucun effet juridique dans le cas où l'on n'avait pas, en la faisant, l'intention d'induire en erreur un tiers; lorsqu'un acte juridique était sérieusement voulu par les parties, mais a été dissimulé sous un autre, c'est l'acte voulu qui vaut, pour peu qu'il n'ait pas été déguisé en vue de tromper les tiers ou d'atteindre indirectement un but con-

traire à la loi; quant à l'acte simulé, il n'est valable qu'autant que cela est nécessaire pour maintenir l'autre en vigueur (§§ 2951-2952).

106. — En matière de vente, quand le prix est illusoire (*nur zum Schein*), le contrat est une donation et non une vente (§ 3848).

107. — En matière de louage, lorsqu'un loyer n'a été fixé que pour l'apparence (*zum Schein*), le contrat est nul, si la simulation a eu lieu pour tourner la loi ou tromper un tiers; il constitue, au contraire, une donation, si le bailleur entendait accorder par là une faveur au preneur (§ 4035).

§ 10. *Suisse.*

108. — La simulation faisait l'objet de quelques dispositions dans plusieurs des législations civiles cantonales. Ces dispositions sont devenues caduques par la promulgation du Code fédéral des obligations, encore que ce Code ne consacre à la matière qu'un seul article et ne touche pas expressément à tous les points que prévoyaient les Codes cantonaux. L'art. 16, C. féd. obl., est ainsi conçu : « Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou aux expressions inexactes dont elles se sont servies, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (simulation). Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers de bonne foi qui possède une reconnaissance écrite de la dette. »

SIROPS. — V. Sucres.

SOCIÉTÉ (en général).

Législation.

V. *infrà*, v^ls *Société civile, Société commerciale.*

Enregistrement et timbre. — L. 22 frim. an VII (*sur l'enregistrement*), art. 68, § 3-4°, art. 69, § 2-6°; — L. 28 avr. 1816 (*sur les finances*), art. 45-2°; — L. 23 juin 1857 (*portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1858*), art. 6; — L. 16 sept. 1871 (*portant fixation du budget rectificatif de 1871*), art. 11; — L. 28 févr. 1872 (*concernant les droits d'enregistrement*), art. 1 et 4; — L. 29 juin 1872 (*relative à un impôt sur le revenu des valeurs mobilières*), art. 1 et s.; — L. 28 avr. 1893 (*portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1893*), art. 19.

Bibliographie.

V. *infrà*, v^ls *Société civile, Société commerciale.*

Enregistrement et timbre. — C. A., *Nouveau dictionnaire d'enregistrement et de timbre*, 1874, 2 vol. in-4°, v° *Société*. — Castillon, *Manuel formulaire de l'enregistrement, des domaines et du timbre*, 1901, 1 vol. gr. in-8°, p. 582 et s. — Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, 1851, 2e éd., 6 vol. in-8°, t. 3, n. 2741 et s. — Demante, *Principes de l'enregistrement*, 1888-1889, 4e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, n. 326 et s., t. 2, n. 733 et s. — *Dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèques*, 1874-1895, 8 vol. in-4°, v° *Société*. — Fessard, *Dictionnaire de l'enregistrement et des domaines*, 1844, 2 vol. in-4°, t. 1, v° *Société*. — Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement*, 1901-1903, 7e éd., 8 vol. in-4°, v° *Société*. — Guilhot, *Manuel de droit fiscal spécial au notariat*, 1902, 1 vol. in-8°, n. 504 et s. — Jourdan, *Manuel alphabétique de la transcription hypothécaire*, 1866, 1 vol. in-8°, p. 184 et 185. — Lefebvre (F. et Fr.), *Manuel théorique et pratique du surnuméraire de l'enregistrement*, 1894-1896, 2 vol. gr. in-8°, *passim*. — Maguéro, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, 1897-1902, 5 vol. in-4°, v° *Société*. — Maguéro et Tassain, *Code annoté des lois de l'enregistrement, du timbre et des hypothèques*, 1901, 1 vol. in-8°, 2e part., v° *Société*. — Malepeyre, *Réforme de certains droits d'enregistrement. Commentaire pratique de la loi du 28 avr. 1893*, 1893, 1 vol. gr. in-8°, n. 11 et s. — Masson-Delongpré, *Code annoté de l'enregistrement*, 1858, 4e éd., 2 vol. in-8°, *passim*. — Michaux, *Dictionnaire pratique de tous les droits d'enregistrement*, 1872, 1 vol. in-8°, v° *Sociétés*. — Naquet, *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement*, 1899, 2e éd., 3 vol. in-8°, n. 374 et s. — Wahl, *Traité de droit fiscal*, 1902-1903, 2 vol. in-8° parus, t. 1, n. 314 et s., 543 et s., 557 et s., 689; t. 2, n. 97 et s., 147 et s., et *passim*.

Demasure, *Traité du régime fiscal des sociétés*, 1884, 1 vol. in-8°. — Lefebvre, *Régime fiscal des sociétés. Tableau présentant l'ensemble des droits d'enregistrement*, 1896. — Roger, *Du droit de mutation à titre onéreux en matière de société*, 1896.

V. aussi *infrà*, v° *Valeurs mobilières.*

Index alphabétique.

DIVISION.

— —

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

Section I.

Définition. — Éléments constitutifs du contrat

1. — L'art. 1832, C. civ., définit la *société* « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Cette définition n'est qu'une variante de la formule plus précise et plus complète, donnée par Domat : « La société est une convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle elles *mettent en commun* entre eux ou tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce ou quelque ouvrage, ou quelque autre affaire, *pour partager tout ce qu'ils pourront avoir de gain ou souffrir de perte* de ce qu'ils auront mis en société ». — Domat, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 8, § 1. — V. aussi Pothier, *Traité du contrat de société*.

2. — De cette définition, il résulte que tout contrat de société, civile ou commerciale peu importe, suppose réunir trois conditions : 1° la constitution d'un fonds commun, d'un capital social par le groupement des *apports* effectués par chacun des associés ; 2° la poursuite d'un *but commun* consistant dans la réalisation de bénéfices à partager; 3° la participation égale ou inégale de chacun des associés dans les bénéfices ou dans les pertes éventuelles pouvant résulter de l'entreprise commune.

3. — On considère généralement comme une condition distincte des précédentes, l'*affectio societatis*, c'est-à-dire l'intention de former une société et non pas tel ou tel autre contrat présentant avec la société plus ou moins d'analogie. Mais il ne nous semble pas que l'*affectio societatis* puisse être envisagée comme une condition distincte des précédentes ; elle se confond en réalité avec l'élément *intentionnel* qui est à la base de toute convention et non pas seulement du contrat de société. Ce que les auteurs désignent du nom d'*affectio societatis* n'est autre chose que l'intention, juridiquement prouvée, de poursuivre en commun, à l'aide des apports de tous, la réalisation d'un bénéfice, aux périls et risques de tous les contractants ; là où cette intention existe, il y a contrat de société, même si les contractants lui ont par erreur ou par calcul donné une qualification différente ; là où cette intention fait défaut, le contrat ne saurait être considéré comme une société, même si les parties l'ont ainsi qualifié. Reprenons successivement chacune des trois conditions précédentes.

§ 1. *Constitution d'un fonds commun.*

4. — Cette première condition s'analyse en deux éléments : un élément *intentionnel* et un élément matériel. Il faut, en d'autres termes : 1° que tous les associés se proposent de poursuivre un but commun; 2° que dans ce but ils fassent chacun un apport effectif, une mise sociale susceptible d'évaluation pécuniaire

1° *But commun.*

5. — Il faut, tout d'abord, un *but commun ;* le but que se proposent les associés de réaliser des bénéfices est un des caractères principaux qui servent à distinguer la *communauté*, ou la communion d'intérêts, du contrat de société. L'art. 1832 s'applique également aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales. Les unes comme les autres sont fondées sur ce principe que les capitaux ou, pour parler plus exactement, les valeurs quelconques augmentent de force productive en s'unissant les unes aux autres (Duvergier, *Dr. comm.*, t. 20, n. 11). Lorsqu'au contraire on se trouve en communauté, soit par un fait indépendant de la volonté des parties, comme dans le cas de succession, soit même en vertu d'une convention, si par exemple plusieurs personnes ont acheté en commun un immeuble ou même des denrées dans la vue de les partager, il n'existe point une véritable société, mais une indivision. Ce n'est point dans la vue de faire des bénéfices que les parties se sont réunies, mais seulement dans la vue de se procurer des portions d'un objet qu'elles n'auraient pu obtenir seules aussi aisément. L'indivision n'est qu'un moyen passager, et elle devra cesser aussitôt que l'une des

parties le demandera. — Pardessus, *Dr. comm.*, t. 4, n. 969; Duvergier, t. 20, n. 40; Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés commerciales*, tit. 1, chap. 1; Troplong, *Sociétés*, n. 6 et s. — V. aussi Guillouard, *Tr. des soc.*, n. 29, 376 et s.; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 26, n. 432 et s.; Duranton, *Dr. civ.*, t. 7, n. 79, et t. 17, n. 392; Demolombe, *Code civil*, t. 15, n. 476, 508; P. Pont, *Tr. des soc.*, t. 1, n. 75 et s.; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, n. 83 et s.; Thaller, *Traité élém. de dr. comm.*, p. 122; Houpin, *Tr. gén. des soc. civ. et comm.*, t. 1, p. 11; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 815, n. 23 et s. — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 8, 134 et s.

6. — Un des cas de communauté les plus fréquents est celui de mitoyenneté de murs, ou d'indivision de murs ou de passages. Lors même que dans ces cas l'indivision résulte de la volonté des parties, et quoique le partage ne puisse être demandé au gré de chacune d'elles, il n'y a point société, mais simple communauté. — Duvergier, t. 20, n. 41. — V. *suprà*, v° *Mitoyenneté*, n. 13 et s.

7. — Entre la communauté (état *quasi-contractuel*) et la société, fait essentiellement volontaire, il existe de nombreuses différences, non seulement dans la nature même du contrat, mais encore dans ses effets. Ces différences se font sentir notamment dans l'administration de la chose commune. *a*) Tandis que chaque associé est tenu d'administrer la chose commune, les communistes ne sont pas liés par une pareille obligation. Ainsi on décide que lorsqu'une chose est indivise, elle ne peut être valablement louée qu'avec le concours de *tous* les propriétaires, et cependant on tient pour valable le bail d'un immeuble appartenant à une société bien qu'il n'ait été consenti que par un seul associé, parce que c'est un acte d'administration. — Duvergier, t. 20, n. 37 et 38; Troplong, n. 24 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 12, n. 83. — ... à moins cependant que les fonctions de gérant n'aient été attribuées à l'un des associés, à l'exclusion des autres. — V. *infrà*, v° *Sociétés civiles*.

8. — Même pour les actes de disposition, la volonté de la majorité des associés fait loi le plus souvent, chacun d'eux se soumettant par avance, lorsqu'il entre dans la société, aux décisions que pourra prendre l'assemblée générale, aux conditions de majorité prévues par la loi. — Sur les pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions en particulier, V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*. — En cas d'indivision, au contraire, l'assentiment unanime de tous les communistes, indispensable pour les simples actes de gestion courante, l'est à plus forte raison pour tout acte de disposition. — V. Aubry et Rau, t. 2, § 221, p. 578. — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 111 et s.

9. — Ce principe, d'après lequel le *veto* d'un seul communiste peut paralyser l'action de tous les autres, ne comporte d'exception qu'en matière maritime pour la *copropriété des navires* (C. civ., art. 220). Mais il est permis de se demander si cette indivision des navires n'est pas une société *sui generis*. — Thaller, p. 123. — *Contrà*, Rouen, 19 juill. 1839, Mulot, [P. 39.2.519] — V. sur cette question, *suprà*, v° *Navire*, n. 1066 et s.

10. — *b*) Un autre intérêt pratique de la distinction entre la société et l'indivision tient au caractère précaire de celle-ci. Tandis que les parties, en effet, assignent à la société la durée qu'il leur plaît de choisir, et qu'ils peuvent même lui assigner une durée indéfinie (sous la seule réserve de l'application des art. 1869, 1871, V. *infrà*, v° *Sociétés civiles*), l'indivision est, au contraire, un état *essentiellement précaire*. Nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, dit l'art. 815, C. civ.; d'où la faculté pour chaque communiste de la faire cesser à son gré par une demande en partage formée contre ses copropriétaires (V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 167 et s.). Nous avons vu que ce principe ne comporte que quelques exceptions ou tempéraments : *a*) en matière de mitoyenneté (V. *suprà*, v° *Mitoyenneté*, n. 5 et 6); *b*) dans le cas où les communistes auraient, par convention spéciale, convenu de suspendre le partage pour cinq ans au maximum (C. civ., art. 815, § 2); *c*) dans les hypothèses prévues par la loi du 30 nov. 1894 sur les habitations à bon marché. — V. *suprà*, v^is^ *Habitations à bon marché*, n. 78 et s.; *Indivision*, n. 38.

11. — *c*) Un troisième intérêt est relatif à l'absence du fonds social dans la communauté. La société est une personne morale distincte de la personne de chacun des associés (V. *infrà*, n. 466 et s.); l'idée d'indivision est, au contraire, exclusive de toute personnalité morale. De cette idée découle indirectement la conséquence suivante : l'immeuble qu'un communiste, agissant en son nom personnel, acquiert par échange contre un immeuble de la communauté, ne devient pas, par cela même, propriété commune; il reste propriété particulière de l'échangiste, il n'y a pas lieu de faire l'application de la règle : *subrogatum capit naturam subrogati*. — Bourges, 13 ... 1839, ..., [P. 39.1.627] — Sur le principe que les immeubles ... peuvent être grevés d'hypothèque du chef de chacun des communistes, sous réserve de la condition résolutoire résultant de l'effet déclaratif du partage, V. C. civ., art. 883, et *suprà*, v° *Indivision*, n. 100 et s.; *Partage*, n. 833 et s.

12. — De l'absence du fonds social dans la communauté découlent également les applications suivantes : 1° si la chose vient à périr, la perte est pour le compte de l'être moral, et ne s'oppose en rien à ce que l'ancien propriétaire conserve son droit aux avantages produits par l'excédent du fonds social. Dans certains cas même, il pourra, lors de la dissolution, en répéter le prix, comme si la société l'avait aliéné d'une manière profitable pour elle. Le contraire forme le droit commun de la communauté. Ainsi, si deux propriétaires ont, dans des convenances particulières, réuni leur propriété dans une exploitation unique, la perte de l'une d'elles demeure pour le compte exclusif de celui à qui elle n'a pas cessé d'appartenir, et la société se trouverait dissoute sans que l'autre eût à supporter aucune charge ou à payer aucune indemnité (Bédarride, n. 11 et 12); 2° si l'un des héritiers ou légataires universels des biens d'une succession avait reçu d'un débiteur de la succession sa part de cette dette, quoique, par l'insolvabilité de ce débiteur survenue depuis, ses cohéritiers ou colégataires universels qui n'avaient pas été si vigilants que lui n'eussent pu être payés de la leur, il ne serait pas obligé de rapporter à la masse ce qu'il a reçu pour sa part, à moins qu'il n'eût été préposé par ses cohéritiers ou colégataires pour faire le recouvrement des créances de la succession, auquel cas il ne devrait pas se faire payer préférablement aux autres. — Pothier, n. 189; Duvergier, t. 20, n. 35.

13. — *d*) La part sociale est *incessible* et *intransmissible*, à moins de convention contraire, tout au moins dans les sociétés de personnes. A l'inverse, la qualité purement passive de communiste se transmet aux héritiers du copropriétaire, dont le décès n'a d'autre effet, s'il laisse plus d'un ayant-droit, que d'augmenter le nombre des communistes. Et d'autre part, il est loisible à tout communiste de céder sa part indivise, à titre gratuit ou onéreux, sous réserve de la faculté de retrait successoral inscrit dans l'art. 841, C. civ., et sauf application des principes du partage déclaratif (C. civ., art. 883). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 84; Thaller, p. 123.

14. — *e*) L'indivision n'impose aux communistes les uns vis-à-vis des autres aucune obligation autre que celles inhérentes à l'impossibilité pour chacun d'administrer séparément. C'est ainsi qu'il leur est loisible d'acquérir des biens similaires de ceux possédés en commun, alors même que la gestion séparée de ces biens serait susceptible de diminuer le rendement de la propriété indivise. — Cass., 4 janv. 1842, Marrot, [S. 42.1.232, P. 43.2.86] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 84. — D'une manière générale, ils peuvent sans se rendre coupables d'aucun manquement aux obligations quasi-contractuelles nées du fait de l'indivision, faire passer leur intérêt individuel avant l'intérêt collectif. C'est ainsi en particulier que les règles posées par les art. 1848 et 1849, C. civ., sont inapplicables à la communauté. — Laurent, t. 26, n. 441 et s.; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 83 et s.

15. — Lorsque deux ou plusieurs personnes achètent des biens en commun, il y a doute parfois sur le point de savoir si leur intention a été, ou non, de former entre elles une véritable société. C'est aux juges du fonds qu'il appartient, en l'absence d'énonciations formelles dans l'acte d'achat, de se prononcer sur le véritable caractère de l'opération intervenue. Ils auront à rechercher si, au moment où elles ont réalisé l'acquisition, les parties se sont simplement proposé d'acquérir à prix commun un immeuble destiné à être partagé entre elles par lots, auquel cas il y a simple communauté entre eux, ou si leur intention a été de le revendre *avec bénéfice*, auquel cas l'opération affecte tous les caractères spécifiques du contrat de société. — Cass., 22 nov. 1852 (motifs), Dervieux, [S. 53.1.473, P. 53.1.238, D. 52.1.323] — V. Laurent, t. 26, n. 448; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 85. — Sur la nécessité pour les juges du fond de rechercher quelle a dû être l'intention des parties, à défaut d'acte écrit précisant le caractère des accords intervenus entre elles, V. notamment, Amiens, 4 déc. 1846, Rechat, [P. 47.1.528]

2° Apport effectif.

16. — Toute société suppose un apport effectué par chacun des associés, l'ensemble des apports ou mises devant former le fonds commun, ou *capital*, base des opérations sociales. Toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet d'un apport en société (C. civ., art. 1833). On peut donc apporter : de l'*argent*. Les apports en numéraire forment le plus souvent la partie principale du capital social.

17. — ... Ou *d'autres biens*, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, pourvu qu'ils soient susceptibles d'évaluation pécuniaire. Ainsi, peuvent faire l'objet d'un apport en société : un immeuble, bâti ou non (une usine ou établissement industriel quelconque, une mine, des terrains à bâtir, des forêts à exploiter, etc., etc.).

18. — ... Un brevet d'invention, une marque de fabrique. — Paris, 11 févr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.527] ; — un secret de fabrication ou un procédé quelconque, même non breveté, avec l'outillage spécial qu'il comporte.

19. — ... Un *fonds de commerce* avec tous les avantages et droits particuliers dont il se compose (achalandage ou clientèle, droit au bail, droit à l'enseigne, etc.). — Trib. Marseille, 25 févr. 1897, [*Journ. des soc.*, 98.123]

20. — ... Ou l'actif d'une société dissoute, dont la société nouvelle prend la place, soit purement et simplement, soit après s'être incorporé deux ou plusieurs sociétés anciennes, ou avoir fusionné avecelles. — Sur les *fusions* de société, et les difficultés juridiques auxquelles peuvent donner lieu ces combinaisons, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

21. — Peuvent également faire l'objet d'un apport en société une concession administrative, spécialement une concession de chemins de fer, de tramway, etc., à exploiter, ou un marché de fournitures. Jugé, en ce sens, qu'un marché de fournitures passé avec une société peut, si le droit à elle conféré par ce marché est reconnu ne lui être pas exclusivement personnel, être valablement cédé par elle, à titre d'apport, à une autre société avec laquelle elle fusionne et envers laquelle le fournisseur se trouve par suite obligé, alors, d'ailleurs, que la fusion des deux sociétés n'altère ou ne modifie en rien, à l'égard de ce dernier, les conditions du marché et ses sûretés. — Cass., 16 avr. 1872, Soc. des forges d'Alais, [S. 72.1.229, P. 72.544, D. 73.1.73] — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1598 et s., n. 26 et s. 36 et s.

22. — L'apport peut également consister *en industrie* (art. 1833, *in fine*). L'industrie, ce sont les connaissances techniques spéciales, industrielles ou commerciales, que l'associé met au service de la société. — Sur l'étendue des obligations assumées au regard de la société par l'apporteur en industrie (C. civ., art. 1847), V. *infrà*, v° *Sociétés civiles*.

23. — On assimile généralement à l'apport en industrie l'apport du *crédit commercial*, lequel représente une valeur marchande, d'une évaluation assurément délicate, mais non impossible. — V. dans le sens de la validité de l'apport portant exclusivement sur le crédit commercial : Duranton, t. 17, n. 318; Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Dr. comm.*, t. 4, p. 424, § 713, note 6; Pardessus, *Dr. commerc.*, t. 3, n. 984; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Tr. dr. commerc.*, t. 1, p. 157; Boistel, *Dr. commerc.*, n. 154; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 259, et *Tr. dr. commerc.*, t. 2, n. 32; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 40; Delangle, t. 1, n. 60; Alauzet, *Dr. commerc.*, t. 1, n. 390; Bédarride, *Société*, t. 1, n. 30; P. Pont, *Sociétés*, t. 1, n. 65; Rousseau, *Soc. commerc.*, t. 1, n. 61; Deloison, *Soc. comm.*, t. 1, introduction, p. 51; Guillouard, n. 64; Duvergier, n. 20; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 3, n. 759. — V. cependant, Troplong, t. 15, n. 11; Vavasseur, *Tr. des sociétés*, t. 1, n. 77; Laurent, t. 26, n. 143, qui estiment que le crédit commercial ne peut être l'objet d'un apport social qu'autant qu'il est accompagné d'un coopération aux affaires sociales. — V. aussi Aubry et Rau, *Dr. civil français*, 4e éd., § 377, p. 543.

24. — Mais on doit considérer comme illicite et nulle une société dans laquelle l'un des associés apporte uniquement pour mise son influence politique ou son nom, sans clientèle et sans industrie. — Pothier, n. 10; Duvergier, n. 18 et s.; Troplong, t. 1, n. 114 et 115; Guillouard, n. 64; P. Pont, t. 1, n. 64 et 65; Laurent, t. 26, n. 143; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 32; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* — En ce qui concerne le *nom*, toutefois, une distinction s'impose. Si l'apporteur est un homme politique qui, en apportant son nom, n'apporte en réalité que son influence politique, il y a trafic déguisé d'influence, et la société doit être tenue pour nulle. Un tel apport, écrit justement Pothier, serait contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs, qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur crédit pour de l'argent. Mais si l'apporteur est un industriel, un négociant, un ingénieur, etc., son nom n'est en réalité qu'un des aspects extérieurs de son crédit commercial, et l'apport doit être tenu pour régulier. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 23.

25. — La nature de l'apport influe notablement sur les formalités initiales de la société, tout au moins dans les sociétés par actions. Les apports en nature, en effet, se prêtent à des formes multiples, spécialement à des majorations, que le législateur de 1889 s'est efforcé de déjouer en rendant obligatoire, avant toute opération sociale, la vérification des apports en assemblée générale, et en faisant de cette vérification probable une condition de validité de la société elle-même. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

26. — D'autre part, les droits de la société sur les biens apportés varient considérablement suivant les modalités de l'apport, lequel peut, au gré des partis, être effectué en pleine propriété, en usufruit, ou simplement en jouissance... Sur ces diverses modalités, et sur toutes les difficultés concernant la réalisation d'apports, l'obligation de garantie qui pèse sur l'apporteur, l'application distributive des règles de la vente et des principes de la société, etc... (art. 1845 et s.), V. *infrà*, v° *Sociétés civiles*.

27. — Les apports des divers associés peuvent être, soit inégaux (sur les règles concernant la répartition des bénéfices et des pertes en cas d'apports inégaux, V. *infrà*, v° *Sociétés civiles*),... soit de nature différente : les uns apportant des numéraires, d'autres faisant des apports en nature, d'autres apportant leur industrie (art. 1833).

28. — D'autre part, l'apport d'un associé est valable à quelque titre qu'il en soit propriétaire, qu'il lui provienne d'un achat, d'un prêt ou d'une libéralité. En conséquence, un apport est légal et confère les droits d'associé, alors même que l'associé en serait propriétaire, grâce à une libéralité de son coassocié. — Cass., 5 janv. 1886, Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593, et la note de M. Labbé, D. 86.1.122]

29. — Mais encore faut-il que les apports des associés soient *réels*, qu'il y ait *mise en commun de quelque chose*. En conséquence, la poursuite d'un intérêt commun, si d'ailleurs elle n'implique aucune mise de fonds, ne saurait être considérée comme pouvant servir de base à une société valable, alors même qu'elle aurait été qualifiée telle par les parties. C'est ainsi que la convention par laquelle des créanciers s'unissent en constituant un tiers gérant salarié, pour le recouvrement de leurs créances et sans autres apports que ces créances, ne saurait, nonobstant la qualification qui lui est donnée, constituer une société en commandite. Il en résulte, en ce qui concerne le gérant, un simple mandat, dont la durée, fixée jusqu'à l'accomplissement des recouvrements, n'est pas réductible à cinq ans. — Paris, 24 mai 1856, de Mazin, [S. 58.2.46, P. 57.755] — La nullité d'une telle convention, en la supposant fondée, ne pourrait, en tout cas, être poursuivie que contre les parties entre lesquelles s'est formé le contrat et non contre le gérant nommé. — Même arrêt.

30. — De même, la convention passée entre deux agents d'assurances, et par laquelle ils s'obligent à partager les droits de courtage de leurs opérations respectives, peut être réputée n'avoir pas le caractère d'une association, mais seulement d'un simple engagement commercial. — Cass., 29 nov. 1831, Gaggiani, [S. 33.1.303, P. chr.] — *Sic*, Guillouard, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; P. Pont, *loc. cit.*

31. — Pareillement, le traité passé entre un entrepreneur de fournitures et un sous-traitant, par lequel celui-ci s'engage à faire certaines fournitures moyennant un certain prix fixé, avec clause que les bénéfices réalisés par le sous-traitant, en prenant les prix fixés pour points de comparaison, seront partagés entre lui et l'entrepreneur principal, constitue un simple marché de fournitures, et non pas un contrat de société. Cela étant, on avait conclu, avant la loi du 17 juill. 1856 qui a supprimé l'arbitrage forcé en matière de société, que les contestations qui s'élevaient entre les parties sur les comptes à faire entre elles ne devaient pas être renvoyées devant des arbitres forcés. — Cass., 7 janv. 1840, Baugé, [S. 40.1.18, P. 40.1.138] — *Sic*, Guillouard, n. 15.

32. — De même, l'acte par lequel l'adjudicataire du transport des dépêches postales cède à un tiers une partie de son marché, avec partage de la subvention de l'Administration, suivant le nombre de kilomètres parcourus par chacun des entrepreneurs, constitue, non pas un contrat de société, prenant fin par le décès des associés, mais un contrat de droit commun, ne devant finir qu'à l'expiration du terme convenu, et opposable aux héritiers des parties. — Rouen, 15 mai 1880, sous Cass., 28 déc. 1880, Grouillère, [S. 82.1.99, P. 82.1.228] — V. *infra*, v° *Société civile*.

33. — D'autre part, un apport purement fictif ne saurait être considéré comme satisfaisant aux exigences légales. Aussi a-t-il pu être jugé que la société anonyme formée entre divers acquéreurs de terrains, qui ont fait apport de ces terrains à la société, à charge par celle-ci de leur rembourser les indemnités de résiliation de baux et de payer aux vendeurs le prix d'acquisition des terrains apportés, et qui se sont fait, en outre, attribuer la totalité des actions de la société, en représentation de leurs apports, est à bon droit déclarée nulle, lorsqu'il est établi que les apports étaient absolument fictifs, et que la société avait été frauduleusement constituée, dans le but exclusif de procurer aux fondateurs les fonds nécessaires pour payer et tenter de mettre en valeur les terrains mis en société. — Cass., 14 juin 1887, Société de Tréport-Terrasse, [S. 87.1.407, P. 87.1.1019, D. 87.1.417] — Paris, 26 nov. 1885, Même partie, [S. 87.2.17, P. 87.1.201 et la note de M. Ch. Lyon-Caen, D. 87.1.419] — *Sic*, Guillouard, n. 61. — *Contrà*, Lyon-Caen, note précitée, qui pense que, dans l'espèce, on n'aurait pas dû prononcer la nullité de la société puisqu'il y avait en réalité un apport de la part de chaque associé consistant dans le service que rendait chacun d'eux à la société en consentant à se dépouiller de la propriété de ses immeubles pour les mettre en commun avec les immeubles des autres associés et dans la plus-value résultant du rapprochement de ces divers biens réunis entre les mains de la société.

34. — De même, il n'y a pas société, en l'absence de toute stipulation spéciale à cet égard, entre celui qui, au lieu de souscrire un certain nombre d'actions d'une compagnie, propose à un tiers de souscrire ces actions et de lui en rétrocéder une partie au prix coûtant, et le tiers qui accepte la proposition à lui faite, et qui reste ensuite détenteur de toutes les actions souscrites, en les possédant sous son nom. — Rennes, 30 juin 1880, sous Cass., 12 juill. 1880, Arnous-Rivière, [S. 82.1.161, P. 82.1.379]

35. — D'autre part, en l'absence d'une convention expresse, le tiers qui détient les actions par lui rétrocédées, n'en est que l'administrateur, et ne peut être réputé le mandataire du propriétaire à l'effet d'obliger celui-ci. — Même arrêt.

36. — Lors donc que la compagnie a émis des actions nouvelles, à répartir de préférence entre les anciens souscripteurs, le propriétaire des actions, dont le tiers est demeuré détenteur, ne peut se fonder sur ce que ce tiers était son associé ou son mandataire, pour prétendre à un partage proportionnel des actions nouvelles, acquises par ce tiers en sa qualité d'associé souscripteur. — Même arrêt.

37. — La faculté conditionnelle, accordée aux actionnaires de souscrire aux émissions nouvelles, n'est ni un produit de la propriété des anciennes actions, ni une chose qui s'unisse à elles de plein droit, par voie d'accession ou d'accroissement. En conséquence, le véritable propriétaire des actions anciennes, qui les a fait souscrire par un prête-nom, n'est pas fondé à prétendre que son prête-nom doit lui restituer les actions nouvelles, auxquelles celui-ci a souscrit personnellement, en vertu de sa qualité apparente d'ancien actionnaire, alors que le véritable propriétaire a volontairement omis d'user du droit de souscription. — Cass., 12 juill. 1880, précité.

38. — La nullité résultant du défaut d'apports et de l'absence de risques de perte mis à la charge des fondateurs peut être opposée par le liquidateur d'une société, qui a contracté avec la société irrégulièrement constituée, et qui est assigné en exécution de son contrat. — Paris, 26 nov. 1885, précité. — *Sic*, sur le principe, Lyon-Caen, note précitée.

39. — L'acte de société est nul, en tant que constitutif d'une société, lorsque l'une des parties n'a point fait d'apport; mais il peut valoir comme donation, si telle a été l'intention des parties contractantes et à supposer fondée la jurisprudence qui déclare valables les actes à titre gratuit déguisés sous la forme d'actes à titre onéreux. — Duranton, t. 17, n. 324; Duvergier, n. 54; Guillouard, n. 65; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 377, p. 513; P. Pont, t. 1, n. 59; Laurent, t. 26, n. 141; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 14; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* — *Contrà*, Pothier, *Société*, n. 8. — V. Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 931, n. 67 et s.

40. — Jugé, en ce sens, que la reconnaissance gratuite, faite à un associé par son coassocié de la propriété de son apport, est une donation déguisée valable, quoique la société commerciale n'ait pas été publiée, le défaut de publication n'opérant point de plein droit la nullité du pacte social, laquelle doit être demandée, et n'enlevant pas d'ailleurs à l'acte le caractère que les parties lui ont donné. — Cass., 5 janv. 1886, Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593, et la note de M. Labbé, D. 86.1.122]

41. — Comme tous autres contrats, l'apport en société peut être attaqué pour fraude aux droits des créanciers, par la voie de l'*action paulienne*. Doit en conséquence être annulée, sur le fondement de l'art. 1167, C. civ., la société fondée par un débiteur, avec la complicité de tierce personne, en vue de soustraire sa fortune au gage de ses créanciers, en la plaçant sous le couvert d'une personnalité morale fictive. — Trib. civ. Seine, 5 févr. 1897, [*Journ. des soc.*, 97.376] — Lyon, 10 mai 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 9 juill. 1898]

42. — Mais la promesse de la *chose d'autrui* est valable. Est par conséquent licite l'engagement pris par un associé d'apporter ses biens appartenant à un tiers; alors surtout que le promettant est un mari qui, en sa qualité d'administrateur du patrimoine de sa femme, a des facilités particulières pour réaliser l'apport promis. — Trib. comm. Perpignan, 4 juin 1897, [J. *Le Droit*, 7 juill. 1897]

§ 2. *Recherche d'un bénéfice à réaliser en commun.*

43. — Une autre condition nécessaire pour qu'il y ait société, c'est que les parties contractantes poursuivent comme but la *réalisation des bénéfices à partager entre elles.* Le but de la société, tel que le définit l'art. 1832, C. civ., est donc essentiellement *intéressé*. A ce point de vue, la société fait antithèse à l'*association*, groupement de personnes poursuivant les objectifs les plus divers. Tantôt l'association se propose un but d'*intérêt général* (ou réputé tel), entièrement désintéressé : associations charitables ou philanthropiques, comices agricoles, institutions de patronage, d'éducation populaire ou d'association sociale, associations politiques, ou de propagande religieuse ou philosophique, congrégation religieuse. Certaines congrégations, qualifiées parfois de *commerçantes*, poursuivent par contre un but lucratif, mais les bénéfices qu'elles réalisent ne servent pas à l'enrichissement individuel de leurs membres, lesquels ne sauraient être admis à réclamer aucune répartition de dividendes ; une congrégation ne saurait donc en aucun cas être assimilée, comme telle, à une société commerciale.

44. — Tantôt l'association se propose un but intéressé, n'impliquant pas réalisation de bénéfices, mais comportant dépenses mutuelles d'intérêts communs aux adhérents : syndicats professionnels, entre propriétaires d'immeubles, associations coopératives de consommations vendant au prix de revient, associations de secours mutuels, d'assurance mutuelle, ou d'épargne.

45. — Tantôt enfin, elle se propose de procurer aux adhérents des distractions communes, ou un but plus élevé de récréation et éducation mutuelle tout à la fois : c'est le cas des cercles de réunion, sociétés musicales, de gymnastique, de tir, etc.

46. — C'est au juge du fond qu'il appartient de se prononcer sur le caractère véritable du groupement, en s'attachant uniquement à l'objectif *réel*, abstraction faite soit de la forme extérieure, soit du qualificatif que les parties lui ont donné, sauf à la Cour suprême à exercer sa censure dans le cas où le tribunal, après avoir constaté souverainement en fait l'absence de but lucratif dans le sens de la loi de 1832, aurait cru cependant devoir considérer l'association comme une société, à raison de sa forme extrinsèque, par exemple. Le principe d'après lequel une association n'ayant pas pour but la réalisation de bénéfices à partager entre les associés *n'est point une société* dans le sens du Code civil, est en effet absolu et doit s'appliquer à toutes les associations, sous quelque forme et sous quelque dénomination qu'elles soient créées, spécialement à l'association constituée comme société anonyme à capital variable. — Cass., 2 janv. 1894, Soc. hippique de Cavaillon, [S. et P. 94.1.129, D. 94.1.81, avec le rapp. de M. le cons. Cotelle et les concl. de M. l'avoc. gén. Cruppi]; — 29 oct. 1894, Soc. de spiritisme, [S. et P. 95.1.65,

et la note Ch. Lyon-Caen, D. 96.1.145 et la note de M. Thaller] — V. aussi Cass., 27 juin 1880, Dumas, [S. 81.1.245, P. 81.1.800, D. 81.1.165] — Pothier, *Soc.*, n. 12; Guillouard, n. 66 et s., 73; Laurent, t. 26, n. 145; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 759; Aubry et Rau, 4e édit., t. 4, § 377, p. 542 et 543; Pont, t. 1, n. 68; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 25 et s.; Thaller, p. 116; Houpin, t. 1, p. 42.

47. — En d'autres termes, il ne saurait être permis aux intéressés d'éluder, par des artifices de forme, les prohibitions légales atteignant les associations non autorisées (congrégation par exemple) ou la prescription de la loi tendant, même pour les associations reconnues et jouissant d'une capacité restreinte, à empêcher la reconstitution des biens de main-morte. La jurisprudence se refuse à étendre aux associations le bienfait des dispositions inscrites dans la loi de 1893 en faveur des sociétés civiles *à forme commerciale*. — Sur ces dispositions, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

48. — Sans doute, les sociétés *à objet lucratif* peuvent (art. 68 nouveau de la loi de 1867), revêtir la forme anonyme ou celle de la commandite, et l'adoption de cette forme, rendant ces sociétés commerciales, leur confère la personnalité, alors même que, contrairement à la jurisprudence de la Cour suprême exposée, *infrà*, n. 517 et s., on la refuserait, en principe, aux sociétés civiles. Mais les formes commerciales ne sont aucunement faites pour les associations. En organisant et en réglementant ces formes : « c'est exclusivement aux *sociétés* que le législateur a songé. Si, en effet, une *association* adopte une de ces formes, et si, par suite, les formalités de publicité prescrites par la loi du 24 juill. 1867 sont remplies, en se soumettant à des règles qui ne la concernent nullement, cette *association* ne peut jouir de l'avantage de la personnalité réservée, en principe, aux *sociétés* ». — Lyon-Caen, note sous Cass., 29 oct. 1849, précité.

49. — Au reste, s'il en était autrement, les mesures restrictives de la personnalité des *associations* consacrées par nos lois seraient aisément tournées. Elles y échapperaient en revêtant une des formes commerciales. Ce but serait d'autant plus facilement atteint que l'adoption d'une de ces formes dépend de la volonté des associés. Un tel système ne serait guère en harmonie avec l'esprit de la loi de 1901, qui, tout en faisant disparaître (sauf en ce qui concerne les congrégations) les prohibitions rigoureuses antérieures, a néanmoins pris toutes les mesures propres à empêcher le développement des biens de main morte.

50. — Dans l'espèce sur laquelle a eu à statuer la chambre des requêtes, dans un arrêt précité du 29 oct. 1894, l'association litigieuse (société scientifique de spiritisme, travaillant à la diffusion de ses doctrines au moyen d'un journal et d'ouvrages de propagande) avait pris une forme qui pouvait donner lieu à une objection spécieuse. Elle avait adopté la forme anonyme à capital variable; or la loi de 1867 admet que des associations n'ayant pas pour but de réaliser des bénéfices en argent à partager, par conséquent des associations au sens strict du mot, peuvent se soumettre aux règles de la loi de 1867 (art. 48 à 54) sur les sociétés à capital variable. Dans une société coopérative de consommation, notamment, où les ventes ne se font qu'aux associés, le but n'est pas de réaliser des bénéfices en argent à répartir entre les associés. Ce que ceux-ci veulent, c'est faire des économies; acheter à meilleur compte qu'ils ne le feraient s'ils étaient dans la nécessité, pour acheter en détail, de recourir à des intermédiaires (V. sur les sociétés coopératives de consommation, *infrà*, v° *Société coopérative*). N'en devait-on pas logiquement conclure que les associations en général peuvent toutes adopter la forme anonyme à capital variable, et, par l'adoption de cette forme, abstraction faite de leur objet, acquérir le bénéfice de la personnalité morale, implicitement conféré par la loi de 1867 aux sociétés à capital variable qu'elle réglemente? Cette conclusion a paru inacceptable à la Cour suprême. Effectivement, si elle eût été reconnue exacte, « tout le système de nos lois sur le défaut de personnalité des associations aurait été renversé par les dispositions de la loi de 1867 sur les sociétés à capital variable, puisque l'adoption d'une forme commerciale avec variabilité du capital en ferait des personnes civiles. Il n'est pas croyable que, sans rien dire, le législateur de 1867 ait introduit dans notre législation une innovation aussi considérable. Celle-ci ne se justifierait du reste pas, et rendrait nos lois vraiment incohérentes. Comprendrait-on que la forme anonyme à capital fixe ne fût pas faite pour les associations et n'eût sur elles aucun effet, tandis que le concours de la forme anonyme et de la variabilité du capital serait admis pour elles et leur conférerait la personnalité? » — Lyon-Caen, note précitée.

51. — Mais comment expliquer alors que la forme anonyme à capital variable soit incontestablement faite pour les sociétés coopératives de consommation, qui ne sont, en réalité, que des associations quand elles ne vendent qu'aux associés? N'est-il pas arbitraire d'admettre cette forme pour ces associations et non pour toutes celles qui peuvent avoir d'autres buts? Cet illogisme apparent ne peut s'expliquer qu'historiquement, par les travaux préparatoires de 1867. Dans le projet du Gouvernement, les sociétés à capital variable devaient être des sociétés de consommation ou de crédit mutuel ou de production ou de construction. La commission du Corps législatif critiqua ce système. Elle fit observer qu'avec lui la loi semblerait être une loi de privilège, et que la coopération ne pourrait pas dans l'avenir s'étendre à d'autres objets qu'on pourrait trouver utile de lui donner. Le Gouvernement reconnut la justesse de ces observations, et l'on admit que les sociétés à capital variable pourraient avoir d'autres objets (V. S. *Lois annotées* de 1867, p. 225, note 51; P. *Lois, décr.*, etc., de 1867, p. 381, note 51). Mais cela ne saurait impliquer qu'elles peuvent avoir des objets quelconques, et même ne pas tendre à réaliser des bénéfices à partager entre les associés. Dans ce dernier cas, elles ne seraient plus des sociétés, dans le sens de l'art. 1832, C. civ., mais des associations. Sans doute, l'historique de la loi et les besoins auxquels elle devait satisfaire obligent d'admettre qu'une société à capital variable peut avoir l'un des quatre objets mentionnés dans le projet primitif, bien qu'ils n'impliquent pas tous la réalisation de bénéfices à partager. Mais, en dehors de ces quatre objets, une société à capital variable doit satisfaire aux conditions de l'art. 1832, C. civ., c'est-à-dire constituer un contrat par lequel des personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

52. — C'est ici l'heure de préciser les intérêts pratiques de la distinction que nous venons d'établir entre la société et l'association. Avant la loi du 1er juill. 1901, sur les associations, ces intérêts étaient considérables. En effet, tandis que les sociétés à objet lucratif, civile ou commerciale, peu importe, se constituent et fonctionnent librement (sauf exception), et qu'elles constituent des personnes morales (V. *infrà*, n. 466 et s.), pouvant posséder en quantité indéfinie des meubles ou des immeubles (sauf controverse quant aux acquisitions à titre gratuit), les associations, au contraire, tombaient sous la prohibition générale des art. 291 et 292, C. pén.; les chefs et directeurs des associations non autorisées étaient passibles de peines correctionnelles. — Sur la condition légale des associations sous l'empire de la loi ancienne, V. *suprà*, v^is *Association (droit d')*, n. 35 et s., *Communauté religieuse*. — V. aussi Berthélemy, *Dr. adm.*, p. 287 et s.; Van den Heuvel, *De la situation légale des sociétés sans but lucratif*, Bruxelles, 1884.

53. — Même autorisée dans les formes déterminées par la loi administrative, l'association était dépourvue de toute personnalité morale, et ne pouvait posséder un patrimoine propre, même mobilier, distinct du patrimoine particulier de chacun de ses membres, à moins qu'elle n'eût été reconnue par décret comme établissement d'utilité publique (V. *suprà*, *hoc v°*), auquel cas elles demeuraient d'ailleurs soumises, notamment pour l'acceptation des dons et legs, à la tutelle administrative (V. *suprà*, v° *Dons et legs*). — V. Cass., 29 oct. 1894, précité.

54. — Seules certaines associations vues avec une faveur particulière par le législateur échappaient à la prohibition légale en vertu de textes spéciaux : Loi du 20 juin 1850 et décret-loi du 6 avr. 1852, L. 1er avr. 1898 sur les sociétés de secours mutuels; loi du 21 juin 1865 (modifiée par la loi du 22 déc. 1888), sur les associations syndicales; loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels; loi du 12 juill. 1875, sur les établissements d'enseignement supérieur libres, etc. Le régime de ces associations était d'ailleurs très-différent de celui des sociétés; c'est ainsi en particulier qu'il est et demeure interdit aux syndicats de sortir du cercle de défense professionnelle qui est leur raison d'être, et de se livrer par exemple à des opérations commerciales. — Pic, *Tr. de législ. ind.*, 2e éd., n. 446.

55. — Mais depuis la loi du 1er juill. 1901, sur le droit d'association, la ligne de démarcation demeure bien tranchée entre les associations et les sociétés à objet lucratif. Sans doute, les associations peuvent désormais se former librement, quel que soit leur objet, sans autorisation, ni déclaration préalable (art. 2).

Mais, tout d'abord, ce principe comporte une exception très-importante en ce qui concerne les congrégations religieuses, qui ne peuvent exister qu'en vertu d'une loi (art. 13 et s.), et qui, même investies de la reconnaissance légale, sont soumises à une tutelle étroite, notamment au point de vue de l'acceptation des dons et legs, de la création d'établissements nouveaux, etc.

56. — D'autre part, les associations même non religieuses ne forment pas, à la différence des sociétés, des personnes morales capables de posséder. Seules les associations ayant fait la déclaration préalable prévue par l'art. 5 de la loi de 1901, jouissent d'une personnalite restreinte (art. 6) qui leur permet notamment d'ester en justice par l'entremise d'un représentant commun, d'acquérir à titre onéreux, de posséder un capital mobilier ainsi que les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent. Celles qui désirent bénéficier d'une capacité juridique plus étendue, et spécialement recueillir des dons et legs, doivent solliciter la faveur d'une reconnaissance d'utilité publique, laquelle ne peut leur être accordée que par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique (art. 10). — Sur la loi de 1901, V. Trouillot et Chapsal, *Comment. de la loi sur les associations*. — V. aussi *infra*, n. 552 et s.

57. — Il est toutefois un intérêt qui a virtuellement disparu, tout au moins pour les associations régulièrement constituées. Il était généralement admis, avant la loi de 1901, que la dissolution de l'association donnait ouverture à l'application de l'art. 713, C. civ., aux termes duquel les biens vacants et sans maître appartiennent à l'Etat (sauf exception pour le cas où les statuts de l'association dissoute auraient expressément réglé la dévolution de l'actif). — Ducrocq, *Dr. adm.*, t. 2, n. 1337; Thaller, p. 118; Pic, *op. cit.*, n. 457. — Cette dévolution n'aura plus lieu, en présence de l'art. 9 de la loi de 1901, portant que les biens de l'association dissoute, « seront dévolus conformément aux statuts, ou à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale ». Toutefois, l'Etat pourrait encore prétendre, à défaut d'une clause statutaire, à l'attribution des biens d'un syndicat dissous (Pic, n. 459). Au contraire, la liquidation d'une société à but lucratif donne nécessairement lieu à partage de l'actif entre les associés au prorata des droits de chacun.

58. — Les principaux intérêts pratiques de la société ou de l'association étant ainsi dégagés, nous pourrons maintenant passer en revue, avec la jurisprudence, les différents types d'associations ayant donné lieu en fait à des difficultés. Jugé tout d'abord que, les rédacteurs du Code civil subordonnant l'existence du contrat de société à la poursuite commune d'un *bénéfice à partager*, un *cercle* ne saurait en aucun cas, quel que soit son objet principal (récréation, instruction, jeu, etc.), être assimilé à une société au point de vue de l'art. 1832. — Troplong, *Sociétés*, t. 1, n. 32; Aubry et Rau, t. 1, § 54, p. 171, t. 6, § 748, p. 311, note 6; Championnière et Rigaud, *Tr. des dr. d'enreg.*, t. 3, n. 2772; Guillouard, n. 68. — V. *suprà*, v[is] *Action (en justice)*, n. 147 et s., 158, 160, 192; *Appel* (mat. civ.), n. 2484 et 2485; *Cercle*, n. 3 et s.

59. — Sur la nullité des sociétés constituées en vue de l'exploitation commerciale des annexes d'un cercle, lorsque le principal objectif de la société est l'exploitation des jeux, V. Paris, 9 avr. 1897, [*J. des soc.*, 97.418], et *infrà*, n. 154.

60. — Jugé que, lorsque les cercles ne jouissent pas de la personnalité civile, on peut leur reconnaître un caractère d'individualité lorsqu'ils sont régulièrement autorisés, et, par conséquent, admettre le président de ces cercles, sans mandat exprès des membres de la société, à agir en justice au nom du cercle, contrairement à la règle : « Nul en France ne plaide par procureur ». — Trib. civ. Narbonne, 3 janv. 1901, [*Rev. des soc.*, 1901.289] — V. sur les actions en justice concernant des associations sans but lucratif, Cass., 27 janv. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.234] — Paris, 12 nov. 1889, [*Rev. des soc.*, 90.82] — Rouen, 2 juin 1897, [*J. des soc.*, 98.72] — V. aussi *suprà*, v° *Cercle*, n. 3 et s.; Houpin, t. 1, p. 46. — Cette solution pouvait être contestée sous l'empire de la loi ancienne. Aujourd'hui, au contraire, aux termes de l'art. 6 de la loi de 1901, toutes les associations régulièrement déclarées peuvent ester en justice par l'entremise de leur administrateur pour la défense de leurs intérêts collectifs.

61. — Très-discutable pour les cercles, que l'on ne saurait envisager comme constitués dans un but d'intérêt général, cette jurisprudence prétorienne avait depuis longtemps prévalu relativement aux associations simplement autorisées, mais poursuivant un but d'intérêt collectif, telles que les *sociétés de courses*, constituées dans un but d'encouragement à l'amélioration de la race chevaline. Traçant les règles de la législation qui devait plus tard prévaloir, la jurisprudence de la Cour suprême avait établi dans la personnalité civile des associations à objectif désintéressé tout une gradation ingénieuse permettant d'échapper à l'application de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur ». D'après cette jurisprudence, les associations dont il s'agit (associations formées dans un but d'intérêt général et ayant obtenu l'approbation du pouvoir administratif) « trouvaient tant dans la nature de leur objet que dans cette adhésion de l'autorité publique une individualité propre ». Seulement, si cette individualité rendait ces associations idoines à fonctionner dans l'ordre de l'entreprise déterminée par leurs statuts, et, par suite, à soutenir les procès qui s'y rapportent, du moins ne leur conférait-elle pas ainsi la véritable personnalité civile, qui, réservée aux seuls établissements légalement reconnus par l'Etat, leur permettait d'être gratifiés par testament. De telle sorte qu'analysant cette doctrine, certains auteurs peuvent dire : « il n'y aurait pas qu'une seule espèce de personnalité civile, entraînant avec elle toutes les conséquences juridiques attachées d'ordinaire à l'idée de personne, spécialement la faculté de se faire représenter en justice par un mandataire, et la capacité de recevoir à titre gratuit. Il y aurait là véritable personnalité civile, qui appartient aux établissements légalement reconnus par l'Etat, et une personnalité civile que les arrêts ne qualifient pas, mais qu'on devrait appeler la fausse personnalité civile, ou, si l'on ne veut pas de cette expression singulière, la personnalité civile incomplète ». — Lyon-Caen, note sous [S. et P. 94.1.129]

62. — Conformément à cette doctrine, on décidait que les associations formées dans un but d'intérêt général, spécialement les *sociétés de courses* ayant obtenu l'autorisation administrative, peuvent fonctionner dans l'ordre de l'entreprise déterminée par leurs statuts, et, par suite, soutenir les procès qui s'y rapportent par l'entremise de leurs administrateurs. — Cass., 25 mai 1887, Chollet, [S. 88.1.161, P. 88.1.380, et la note de M. Ch. Lyon-Caen]; — 2 janv. 1894, Soc. hippique de Cavaillon, [S. et P. 94.1.129, et la note de M. Lyon-Caen, D. 94.1.81]

63. — ... Mais qu'elles ne sauraient acquérir ainsi la véritable personnalité civile qui, réservée aux seuls établissements légalement reconnus par l'Etat, leur permet de recevoir les libéralités testamentaires. — Cass., 2 janv. 1894, précité. — C'est cette jurisprudence équitable que la loi de 1901 a formellement consacrée dans son art. 6, lequel confère aux associations *déclarées* (lesquelles, à la différence des associations d'utilité publique, n'ont pas le droit de recevoir des dons et legs), la faculté d'ester en justice par l'entremise de leurs administrateurs. L'analogie est manifeste entre la nouvelle législation française et le système adopté par les lois anglaises de 1862 (art. 21) et de 1867 (art. 23) sur les sociétés (*companies acts*), et par le Code fédéral suisse des obligations (art. 716). — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1091; Pierre Dareste, dans la *Revue des Deux-Mondes*, n. du 15 oct. 1891. — V. note de M Lyon-Caen sous Cass., 25 mai 1887, précité.

64. — De même, les *comices agricoles* ne forment pas de véritables sociétés. — V. *suprà*, v[is] *Action (en justice)*, n. 146 et s., 160, et *Comices agricoles*, n. 70 et s.

65. — On ne saurait considérer comme une société investie de la personnalité civile, alors même qu'elle se serait constituée sous la dénomination de société civile, une association ayant pour objet exclusif la fondation et l'entretien d'écoles libres d'enseignement primaire dans l'arrondissement d'une ville, puisqu'elle n'a pas pour objet le partage des bénéfices. — Cass., 25 nov. 1897, Gaultier, [S. et P. 1902.1.15, D. 98.1.108] — Une telle association, à moins d'avoir été reconnue comme établissement d'utilité publique, ne constitue donc point une personne morale capable de recevoir des libéralités. — Même arrêt.

66. — De même, on ne saurait considérer comme une véritable société, une société scientifique de spiritisme, qui n'a pour objet et pour but que de faire connaître le spiritisme par la publication d'un journal et d'ouvrages traitant de cette matière, et dont les adhérents ne sont appelés, pendant toute la durée de la société, à aucun partage des bénéfices. — Cass., 29 oct. 1894, S[té] de spiritisme, [S. et P. 95.1.65, D. 96.1.145]

67. — On doit également pour les motifs susindiqués refuser le qualificatif de sociétés aux congrégations ou communautés religieuses dûment autorisées. — Guillouard, n. 68 et 69;

Laurent, t. 26, n. 146; Baudry-Lacantinerie, t. 3, n. 759. — V. *suprà*, v° *Communauté religieuse*, n. 178, 199 et s., 946 et s. — Sur la véritable nature des communautés non autorisées, V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 7, n. 41 et s.; et *suprà*, v° *cit.*, n. 722 et s., 910 et s. — Par suite, les personnes faisant partie d'une communauté religieuse dûment autorisée ne peuvent en demander la dissolution pour se partager les biens de cette communauté. — Cass., 7 nov. 1855 (sol. impl.), [S. 56.1.74, P. 56.2.401, D. 55.1.436] — Trib. Limoges, 8 mars 1848 (sol. impl.), R..., [D. 48.5.135] — Trib. Castres, 19 août 1853 (sol. impl.), Peyrune, [D. 54.3.6] — *Contrà*, Trib. Valence, 10 août 1842 (sol. impl.), [D. *Rép.*, v° *Enregistrement*, n. 3540] — Trib. Mauriac, 21 juill. 1847 (sol. impl.), A..., [D. 48.5.134] — Délib. adm. enreg., 24 juill. 1827; Sol. adm. enreg., 19 mars 1851. — V. *suprà, v° cit.*, n. 533.

68. — Des données générales formulées aux numéros qui précèdent, on a conclu aussi que les *sociétés d'assurances mutuelles* ne poursuivant pas comme but un bénéfice à réaliser, mais simplement une perte à éviter, grâce à la répartition des risques, ne constituaient pas de véritables sociétés. — Guillouard, n. 74; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 86 et s. — ... mais un simple contrat aléatoire. — Cass., 12 janv. 1842, Comp. d'ass. mutuelle de l'Aisne, [P. 42.1.116] — V. aussi Colmar, 7 déc. 1821, Schraas, [P. chr.] — Rouen, 9 oct. 1820, Thuillier, [P. chr.] — Douai, 4 déc. 1820, Charvet, [P. chr.]

69. — Jugé, conformément à ce principe, qu'une société d'assurance mutuelle n'est ni une société commerciale, ni une société anonyme, mais une *association* purement civile à laquelle ne s'applique pas l'art. 37, C. comm. — Paris, 25 mars 1873, Duval, [D. 75.2.17]

70. — De même, une association d'assurance formée entre diverses personnes (des capitaines de navire) pour se garantir mutuellement contre les éventualités maritimes, mais sans solidarité et chacune d'elles n'étant tenue qu'au prorata de son intérêt, ne constitue pas une véritable société. — Cass., 16 août 1870, Comp. d'assur. marit. *l'Aude*, [S. 71.1.15, P. 71.21] — V. *suprà*, v^is *Assurance maritime*, n. 1481 et s., *Assurance mutuelle*, n. 86 et s.

71. — Spécialement, on ne peut considérer comme une société de commerce, soit en nom collectif, soit en participation, une compagnie, ou cercle d'assureurs, représentée par un mandataire commun, mais formée sous la condition que chacun de ses membres sera tenu sans solidarité, et seulement en proportion de son intérêt ou de sa mise : une telle compagnie ne constitue qu'une réunion d'intéressés, dont chaque membre conserve son individualité juridique. — Cass., 3 mars 1852, Maillard, [S. 52.1.225, P. 52.1.681, D. 52.1.91]; — 3 mars 1852, Borelly, [*Ibid.*] — Rennes, 26 mars 1849, Heurtault, [S. 51.2.705, P. 50.1.239, D. 51.2.154]

72. — Il en est ainsi, encore bien que, dans son règlement, elle se soit donné la qualification d'association, et qu'elle ait constitué un procurateur chargé d'agir au nom de la compagnie, et encore bien qu'il soit stipulé que les primes de la première année de son exercice seraient mises en réserve et formeraient un fonds social, lorsque cette stipulation n'a eu pour objet que d'économiser les frais, par la formation d'un fonds de ressources destiné à faire face aux premières obligations de la compagnie, sans recourir personnellement à chacun des assureurs. — Rennes, 26 mars 1849, précité.

73. — Par suite, le jugement rendu contre une telle compagnie, en la personne de son directeur, sur une demande en paiement du montant d'une assurance, même supérieure à 1,500 fr., n'en est pas moins en dernier ressort, lorsque la part contributive de chacun des assureurs, dans la condamnation, est inférieure à cette somme. — Cass., 3 mars 1852, précité; — 18 févr. 1863, *l'Aquitaine* et autres, [S. 63.1.498, P. 64.183, D. 63.1.372]; — 16 août 1870, précité. — Bordeaux, 11 févr. 1841, *Assureurs maritimes*, [S. 42.2.97]; — 2 mars 1841, Bernard, [*Ibid.*] — Rennes, 26 mars 1849, précité. — Grenoble, 17 févr. 1853, Borelli, [P. 53.1.437, D. 54.2.253] — *Sic*, Lemonnier, *Assur. marit.*, t. 2, p. 230; Alauzet, *Assur.*, t. 1, n. 207; Bédarride, *Comm. marit.*, t. 3, n. 1081; Pouget, *Principes de dr. marit.*, t. 2, n. 260. — *Contrà*, Dageville, *C. comm. expliq.*, t. 3, p. 85; Estrangin, sur Pothier, *Assur.*, t. 1, p. 295 et 301.

74. — Décidé, dans le même ordre d'idées, que l'association formée entre des bateliers, sans aucun but de lucre, ni de spéculation, mais seulement pour établir entre eux la répartition des pertes individuelles résultant des risques de la navigation, au moyen d'un premier versement et de cotisations destinées à former une mise de fonds, qui, si elle devient insuffisante, doit être augmentée par des versements extraordinaires, et dans laquelle, par conséquent, les associés sont tenus personnellement et au delà du capital social, ne constitue pas une société anonyme. — Cass., 8 déc. 1862, Gilliot, [S. 63.1.193, P. 63.878, D. 63.1.34]

75. — Remarquons du reste que, si les assurances mutuelles ne sont point des sociétés dans le sens de l'art. 1832, elles ont cependant avec les sociétés véritables des points de contact nombreux (notamment en ce sens qu'elles jouissent du bénéfice de la personnalité morale, et possèdent un fonds de réserve distinct des biens propres des associés, qu'elles administrent privativement). — Sur la personnalité morale des sociétés d'assurances mutuelles, V. *suprà*, v° *Assurances mutuelles*, n. 93 et s. — Aussi le législateur lui-même leur applique-t-il parfois le qualificatif de sociétés (L. 24 juill. 1867, art. 66; Décr. 22 janv. 1868). Mais les travaux préparatoires de ces lois démontrent nettement que, même lorsqu'il les soumet à certaines règles des sociétés, le législateur les envisage cependant comme des associations *sui generis*. « Il faut dire, lisons-nous dans l'Exposé des motifs de la loi de 1867, — pour les associations d'assurances mutuelles, comme pour les tontines, — qu'elles ne sont pas de véritables sociétés. Puisque les tontines et les compagnies d'assurances mutuelles ne sont pas de véritables sociétés, on pourrait s'étonner que des dispositions destinées à leur servir de règles, fassent partie du projet de loi actuel. Malgré les différences qui existent entre elles, les tontines, les compagnies d'assurances et les sociétés anonymes ont été tellement rapprochées et quelquefois même confondues par l'opinion, que l'attente générale serait trompée si une loi qui modifie profondément l'état des sociétés anonymes restait muette sur les tontines et sur les compagnies d'assurances, et si elle n'expliquait pas jusqu'à quel point les changements qu'elle fait pour les unes s'étendent aux autres ».

76. — Cette extension, par le législateur lui-même, du qualificatif de *sociétés* aux associations d'assurances mutuelles (V. L. 1er avr. 1898 sur les *sociétés* de secours mutuels), et la nécessité d'attribuer compétence à une juridiction déterminée pour statuer sur les litiges intéressant le patrimoine desdites associations, suffisent à expliquer les nombreuses décisions de jurisprudence dans lesquelles nous voyons les tribunaux, sans s'arrêter à la question préalable de savoir si les sociétés d'assurances mutuelles sont de véritables sociétés, rechercher si de telles sociétés sont civiles ou commerciales. — V. notamment, Cass., 17 févr. 1851, *la Ligérienne*, [S. 51.1.685, P. 53.1.184]; — 13 mai 1857, Hannoire et Bruyère, [S. 58.1.129, P. 57.998, D. 57.1.200]; — 8 févr. 1860, Rogare, [S. 60.1.207, P. 60.570, D. 60.1.83]; — 15 juill. 1884, *la Mutuelle de Valence*, [S. 85.1.348, P. 85.1.867]; — 23 oct. 1889, *le Bâtiment de Paris*, [S. et P. 92.1.63] — Paris, 2 mai 1850, Falmet, [P. 54.1.594, D. 50.2.187]; — 27 janv. 1854, *Sécurité commerciale*, [P. 54.1.594, D. 55.2.61]; — 28 mars 1857, Silvestre et Paterson, [S. 58.2.197, P. 57.1066]; — 1er févr. 1858, Pasturin, [S. 58.2.129, P. 58.218, D. 58.2.28]; — 4 févr. 1886, *l'Assurance commerciale*, [S. 87.2.121, P. 87.1.674, et la note de M. Lyon-Caen] — Douai, 29 juill. 1850, *Assurance mutuelle des navires*, [P. 52.2.709, D. 54.5.12] — Besançon, 4 févr. 1854, *l'Agricole*, [P. 54.1.271, D. 54.2.238] — Orléans, 21 déc. 1854, Verdier, [S. 55.2.661, P. 55.1.374, D. 57.2.30] — Paris, 20 avr. 1886, *l'Assurance commerciale*, [*Ibid.*] — V. aussi Bergerem et de Baets, *Tr. des assurances terrestres*, n. 33; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 7, n. 36. — Sur le point de savoir si les sociétés d'assurances mutuelles se livrent ou non à des opérations de commerce et si, par suite, en supposant qu'elles forment de véritables sociétés, elles forment des sociétés commerciales ou civiles, V. *suprà*, v^is *Acte de commerce*, n. 1044 et s., et *Assurance mutuelle*, n. 56 et s.

77. — En tout cas, on ne saurait considérer comme constituant un contrat de société la convention qui a pour objet, non de réaliser et de partager les bénéfices mis en commun, mais de protéger la propriété des contractants contre un dommage éventuel. — Cass., 27 juill. 1880, Dumas, [S. 81.1.245, P. 81.1.600, D. 81.1.165] — ... et notamment de construire et d'entretenir une digue à frais communs; il ne saurait donc être question d'appliquer ici les art. 1865 et 1869, C. civ. — V. Lyon-Caen et Renault,

t. 2, n. 34. — V. au surplus les observations présentées, *suprà*, v° *Associations syndicales*, et v° *Digues*, n. 118 et s.

78. — Il en est de même, par identité de motifs, de l'association intervenue entre obligataires pour la défense de leurs droits, en l'absence de toutes prescriptions légales réglementant expressément cette forme de groupement. Mais, si l'acte par lequel des obligataires, ayant chacun à former contre les mêmes administrateurs d'une société anonyme une demande semblable en dommages-intérêts, fondée sur les mêmes moyens, se sont associés pour soutenir leur procès à frais communs et ont délégué l'un d'eux à cet effet, ne peut constituer une société civile proprement dite, dans le sens de l'art. 1832, c'est-à-dire pouvant ester en justice sous le nom de son gérant, il a pu, du moins, donner pouvoir au délégué de représenter les mandants en justice, et, notamment, d'interjeter valablement appel pour eux, dès que chacun d'eux a été désigné en l'acte d'appel, ainsi que dans les qualités de l'arrêt, ultérieurement intervenu, par ses noms, profession, domicile; il n'y a rien là de contraire à la maxime que « Nul, en France, ne plaide par procureur ». — Cass., 26 mars 1878, Pereire, [S. 79.1.17, P. 79.24, et la note de M. Bourguignat, D. 78.1.303] — V. en ce sens que l'association entre obligataires en vue de défendre leurs intérêts communs n'est pas une véritable société : Guillouard, n. 55, 68; P. Pont, t. 1, n. 61. — V. aussi Cass., 3 déc. 1889, Soc. métallurgique de Tarn-et-Garonne, [S. 91.1.525, P. 91.1.1280, D. 90.1.105] — Aix, 8 avr. 1878, Comp. immobilière, [S. 79.2.313, P. 79.1248, et la note de M. Labbé] — Paris, 15 mars 1878, sous Cass., 29 juin 1881, Syndic de la Soc. des Thermes d'Enghien, [S. 83.1.218, P. 83.1.523] — Bourges, 8 mars 1888, Syndic de la Soc. des Verreries de Vierzon, [*Pand. fr.*, 88. 2.161] — V. cependant, L. 1er juill. 1893, art. 2 et s., relative à la liquidation de la compagnie universelle du *Canal interocéanique de Panama*. — V. aussi, L. 27 déc. 1895, art. 5, concernant les caisses de retraite, de secours et de prévoyance fondées au profit des employés et ouvriers.

79. — En tout cas, l'art. 17 de la loi du 27 juill. 1867, quelque sens qu'il faille lui donner, se réfère à des sociétés commerciales et à leurs actionnaires, et non à leurs obligataires ou à des sociétés civiles. — Cass., 26 mars 1878, précité. — V. au surplus, sur les différentes formes de groupement usitées entre obligataires, et sur leurs effets juridiques, *infrà*, v° *Société commerciale*, n. 2735 et s.

80. — Il ne suffit pas, pour qu'il y ait société, que l'on se propose de réaliser des bénéfices et de les partager d'une manière quelconque; il faut, de plus, que ces bénéfices résultent d'opérations entreprises en commun, et qu'ils soient recueillis en commun par les parties; d'où il suit qu'on ne peut considérer comme une société le contrat par lequel les propriétaires indivis d'une usine ou établissement industriel sont convenus de l'exploiter privativement, chacun à son tour, pendant une période de temps déterminée, de manière à en jouir alternativement. Par suite, ces copropriétaires peuvent exploiter en même temps et dans leur intérêt individuel une usine particulière à côté de l'usine commune. On ne peut, dans ce cas, appliquer à celui des propriétaires communs qui exploite l'établissement voisin l'art. 1847, qui oblige les associés à tenir compte à la société des gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société. — Cass., 4 janv. 1842, Marrot, [S. 42.1.231, P. 43. 2.87, D. 42.1.58] — *Sic*, Laurent, t. 26, n. 151; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 759; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 371, p. 542, 543 et 544; P. Pont, *Sociétés*, t. 1, n. 59; Taulier, t. 6, p. 343; Delvincourt, t. 3, p. 116; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 4, § 713, p. 424; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 35 et s.; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 39; Vavasseur, *Société*, t. 1, n. 21; Thaller, n. 164.

81. — De même, la convention par laquelle deux individus mettent en commun une somme d'argent, pour en jouir alternativement pendant un délai déterminé, et chacun pour son commerce particulier, ne constitue pas une société. — Cass., 4 juill. 1826, Lery, [S. et P. chr.] — *Sic*, Guillouard, *Société*, n. 75; Laurent, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*; P. Pont, t. 1, n. 70.

82. — Il faut en dire autant des *tontines*, dans lesquelles le bénéfice éventuel espéré par chacun des participants dépend, non point d'une opération traitée en commun, mais d'un simple hasard, d'une chance de survie. Cette association, intervenue entre personnes qui mettent en commun une somme dont le montant, grossi des intérêts capitalisés, devra être attribué en tout ou partie aux survivants, à une date déterminée, est une opération aléatoire; ce n'est point une société. — Delangle, n. 3; Troplong, n. 54; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 27; Guillouard, n. 74; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 543; Laurent, t. 26, n. 148. — V. *infrà*, vis *Société d'assurance et de capitalisation*, *Tontine*.

83. — Des assurances mutuelles et des tontines il convient de rapprocher le *prêt à la grosse*. Le prêt à la grosse rend commun au prêteur l'intérêt que l'emprunteur peut avoir au succès du voyage du navire ou de la marchandise. Ce n'est, en effet, que par leur heureuse arrivée au port de destination, qu'il sera remboursé de son capital et des intérêts au taux stipulé. Mais le profit qu'il retirera par l'excédent du taux légal n'est pas le résultat d'une participation au bénéfice de l'expédition; il est exclusivement dû à la chance qu'il a courue de perdre son capital lui-même; aussi, ses droits à le percevoir sont-ils indépendants de l'issue de l'opération. Il suffit que l'objet sujet au risque soit arrivé à bon port pour que l'emprunteur soit tenu de désintéresser le prêteur en capital et intérêts, alors même que sa spéculation lui offrirait personnellement une perte. Il n'y a donc dans le prêt à la grosse ni communauté de choses, ni communauté d'intérêts. — Bédarride, n. 17. — V. cep. *suprà*, v° *Prêt à la grosse*, n. 112 et 112.

84. — On doit également refuser le caractère de société à la convention par laquelle divers commissionnaires de transports s'engagent, dans la vue d'économiser les frais, à mettre en commun toutes les marchandises que chacun d'eux sera individuellement chargé de transporter, même alors que, par une clause du traité, il aurait été convenu qu'il serait fait une masse commune des amendes encourues par chacun des contractants pour infraction à leurs statuts. — Rouen, 5 mars 1846, Maillet, [S. 46.2.484, P. 49.1.475, D. 47.2.115] — *Sic*, Guillouard, *loc. cit.*; Laurent, t. 26, n. 149; P. Pont, t. 1, n. 68.

85. — Décidé, encore, que comme pour la perception des droits d'enregistrement, le véritable caractère des actes se détermine moins par la qualification qui leur est donnée que par les stipulations du contrat et la nature des choses qui en font l'objet, il faut admettre qu'au cas où l'entrepreneur chargé d'établir une rue nouvelle, moyennant une indemnité convenue et la cession par la ville de tous les terrains en bordure, déclare s'associer une autre personne qui s'engage à lui remettre une partie des fonds nécessaires à l'exécution de l'entreprise et doit recevoir en retour les terrains en bordure pour un prix définitivement convenu, il n'y a pas réellement, malgré l'énonciation contraire de l'acte, contrat de société, puisqu'il n'existe aucune communauté d'objet, ni de chances. — Cass., 20 août 1867, Lepand, [S. 67.1.407, P. 67.1089, D. 68.1.265]

86. — Mais les juges du fait, loin de dénaturer les actes qui leur sont soumis, les apprécient sainement en qualifiant de société les conventions successives par lesquelles un père et ses enfants, après le décès de la mère, laissent en commun les biens maternels et les biens de communauté affectés à une exploitation industrielle dont la gérance est réservée au père, en vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter. — Cass., 28 mars 1892, Morel, [S. et P. 93.1.461, D. 92.1.265]

87. — De même, les juges du fait ne font qu'interpréter, comme c'est leur droit souverain, les conventions intervenues entre les parties, en déduisant de l'ensemble de leurs clauses que, dans l'intention commune des parties, la valeur déterminée, attribuée aux droits successifs laissés en commun par chacun des enfants de la mère décédée, limite au même chiffre le risque de perte auquel ils doivent être exposés par le résultat des affaires sociales. — Même arrêt.

88. — De même encore, l'acte par lequel « une société civile et particulière » est formée pour la mise en valeur d'immeubles, et qui détermine les apports et règle le partage des bénéfices à réaliser, ne constitue pas une simple association en participation, mais présente les caractères essentiels du contrat de société, bien que la société n'ait ni siège social, ni raison sociale, et qu'elle n'ait pas été publiée, si, d'ailleurs, les stipulations de l'acte social, loin d'établir que les parties sont restées propriétaires exclusives de leurs apports, prouvent le contraire en parlant de l'administration et du partage à l'actif social. — Cass., 13 avr. 1886, Klein, [S. 87.1.181, P. 87.1.415, D. 86.1.185]

89. — Les tribunaux peuvent également sans excéder leurs pouvoirs, et en vertu de leur droit d'interprétation, attribuer le caractère d'une véritable société civile à la convention par laquelle plusieurs propriétaires s'associent en vue d'acquérir et

d'exploiter en commun un immeuble. — Cass., 9 nov. 1846, de Valcourt, [P. 46.2.629]

90. — La clause d'une pareille convention, qui, en déclarant l'immeuble acquis impartageable, dispose en outre : qu'il ne pourra être loué ni aliéné sans le consentement par écrit des trois quarts au moins d'entre eux; mais que cette majorité pourra, sans le consentement du dernier quart, agir et disposer de cet immeuble comme bon lui semblera, sans pour cela préjudicier aux droits des récalcitrants sur le prix de l'aliénation ou du loyer, rentre dans le droit, qui appartient aux associés, de déterminer, sans révocation possible de la part de quelques-uns d'entre eux seulement, le mode d'administration et de vente de la chose commune, et ne saurait être réputée illicite, comme portant atteinte au principe écrit dans l'art. 815, C. civ., puisqu'elle n'exclut que le partage en nature, et non la vente ou la licitation. — Même arrêt.

91. — En conséquence, la vente faite par quelques-uns des associés de leurs parts dans l'immeuble commun, ne pouvant conférer à l'acquéreur que les droits qu'avaient les vendeurs sur ledit immeuble, avec la condition de les faire valoir de la même manière qu'ils auraient pu les exercer eux-mêmes, ne saurait mettre obstacle à ce que la vente consentie, même postérieurement, de la totalité de l'immeuble, par la majorité réunie et agissant conformément aux statuts, reçoive son exécution. — Même arrêt.

92. — Jugé également que l'acquisition et la jouissance en commun d'un immeuble peuvent être considérées, eu égard aux circonstances du fait, comme établissant entre les copropriétaires une véritable société civile, qui, à défaut de convention sur le mode d'administration, oblige tous les copropriétaires au paiement des dettes qu'a contractées l'un d'eux pour fournitures employées à l'exploitation de la propriété commune. Toutefois, l'associé contractant aurait seul à répondre de ce qui résulterait de son fait personnel, par exemple de la remise des objets que contenaient les fournitures, et des prix d'expédition d'actes nécessités par le refus du débiteur. — Bordeaux, 11 avr. 1845, Bétard-Cadiot, [P. 45.2.203] — Remarquons du reste qu'il n'était nullement nécessaire, pour justifier les solutions précédentes, de présupposer l'existence entre les communistes d'une véritable société civile; les principes généraux de la gestion d'affaires utile auraient suffi.

93. — Mais l'achat d'un domaine fait en commun par deux personnes, la jouissance par indivis qu'elles en ont eue pendant plusieurs années, et sa revente avec bénéfice, ne sauraient, en l'absence de toute constatation que ces personnes avaient acheté ledit domaine dans la vue d'en opérer la revente et de partager le bénéfice qui pourrait en résulter, constituer qu'un simple état de communauté et d'indivision, mais non le contrat de société défini par l'art. 1832, C. civ., et auquel l'art. 1859 est applicable. En conséquence, le paiement du prix de la revente doit être fait à chacun des covendeurs personnellement dans la proportion de ses droits ; et la quittance de la totalité du prix donnée par l'un d'eux seulement, même se portant fort solidairement pour son covendeur et promettant sa ratification, laquelle n'a point été ultérieurement rapportée, ne libère point l'acquéreur vis-à-vis de ce dernier, comme, en cas de société, le libérerait vis-à-vis de tous les associés le paiement fait à un seul d'entre eux. — Cass., 22 nov. 1852, Dervieux, [S. 53.1.73, P. 53.1.238]

94. — Constitue encore une société, la réunion formée en vertu d'un acte passé dans ce but, par les demandeurs en concession d'une mine, pour l'exploitation de la mine, alors surtout que la concession a été ultérieurement accordée aux demandeurs constitués en société, et que, dans des actes postérieurs, ils ont reconnu être réunis, constitués en société et à l'état de société. — Trib. Saint-Etienne, 24 déc. 1891, sous Cass., 26 oct. 1892, Schneider, [S. et P. 93.1.321] — V. aussi Cass., 9 nov. 1886, Soc. des mines de la Loire, [S. 88.1.33, P. 88.1.52, D. 87.1.341]

95. — De même, il y a société entre diverses personnes, qui, ayant droit à une quote-part déterminée dans les bénéfices nets d'une société, déclarent fonder une société nouvelle, qui prend le nom de société civile, et dont la durée doit être la même que celle pendant laquelle la participation sera due, alors que ces personnes apportent à la société nouvelle leurs droits dans la participation, et évaluent le capital à une somme déterminée représentée par des actions donnant droit chacune à une quote-part dans les bénéfices, et qu'aux termes des statuts, cette société a pour objet le recouvrement et la défense des droits de la participation. — Cass., 15 avr. 1902, Mildé et C[ie], [S. et P. 1903.1.289]

96. — Il en est ainsi spécialement, si le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour administrer cette société, la représenter auprès de la société dans laquelle existe la participation, pour régler tous les comptes, pour traiter, transiger, composer, compromettre, et pour, en cas de difficulté, et à défaut de paiement, exercer toutes les poursuites, contraintes et diligences nécessaires. — Même arrêt.

97. — Le contrat ainsi passé a tous les caractères du contrat de société, puisque, conformément à l'art. 1832, C. civ., les droits dans la participation sont mis en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. — Même arrêt.

98. — On ne peut objecter que cet acte, n'ayant pas pour objet la réalisation de bénéfices à l'aide d'opérations à faire en commun, est dépourvu des éléments du contrat de société, dès lors que la société nouvelle, devenue propriétaire des droits des comparants dans la participation a seule qualité pour en assurer le recouvrement, et que les pouvoirs étendus dont elle est investie lui donnent les moyens d'accroître par son action personnelle les bénéfices qu'elle peut en attendre, en surveillant la marche de la société dans laquelle existe la participation, et même, en cas de besoin, en exerçant contre elle toutes poursuites utiles. — Même arrêt.

99. — Sur le point de savoir si le *métayage* constitue une société ou un louage de choses d'une nature particulière, V. *suprà*, v° *Bail à colonage partiaire*, n. 18 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur les art. 1763 et 1764, al. 3 et s. — Quant à la nature du *bail à cheptel*, V. *suprà*, v° *Cheptel*, n. 44 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur les art. 1800, n. 1 et s., et 1818. — Sur le caractère des conventions intervenues, sous l'empire de la législation militaire antérieure à 1872, entre des agents de remplacement militaire et les agents chargés de recruter des *hommes* pour lesdits agents, V. Colmar, 3 déc. 1840, Hattenberger, [P. 41.1.256] — Cass., 10 juill. 1850, Leboucher, [P. 51.2.296]

§ 3. *Participation aux bénéfices et aux pertes.*

100. — Il ne suffit pas, pour qu'il y ait société, que les cocontractants aient mis quelque chose en commun en vue de partager les bénéfices pouvant provenir de l'exploitation en commun, il faut encore que *chacun des associés participe aux bénéfices et aux pertes;* cette participation est de l'essence de la société. D'où il suit : 1° Que les sociétés dans lesquelles les parties, tout en affirmant leur volonté de former une société (*affectio* ou *animus societatis*), ont méconnu cette condition sont nulles, d'une nullité radicale, soit que les statuts attribuent la totalité des bénéfices à l'un ou à quelques-uns des associés au détriment des autres (C. civ., art. 1855, *société léonine*), soit que certains associés, par des combinaisons diverses, aient réussi à se faire exonérer par la gérance ou par leurs coassociés de toute participation aux pertes.

101. — 2° Que l'on ne saurait attribuer le caractère de sociétés aux conventions diverses qui, tout en impliquant attribution d'une quote-part des bénéfices à l'une des parties, ne la font point participer aux pertes, et n'établissent point, par conséquent, entre elles et ses prétendus coassociés, cette participation aux bonnes et aux mauvaises chances qui est de l'essence de tout pacte social. La première condition (art. 1855, C. civ.) sera étudiée *infrà*, v° *Société civile*, où nous examinerons en même temps la question de savoir si et dans quelle mesure la participation des ayants-droit dans les pertes ou les bénéfices peut être inégale. Mais il convient d'étudier ici la seconde condition, et de rechercher le critérium permettant de différencier d'avec la société divers contrats présentant plus ou moins d'analogie, et notamment le contrat de prêt avec adjonction d'une clause de participation aux bénéfices, ou le contrat de louage de services compliqué d'une participation aux bénéfices.

102. — a) *Contrat de prêt.* — La question de savoir si un *bailleur de fonds* (terme équivoque qui, dans le langage courant, désigne aussi bien un simple prêteur d'argent qu'un associé commanditaire) a ou non la qualité d'associé, présente un intérêt pratique considérable à divers points de vue. Tout d'abord le prêteur, étant un créancier, peut, en cas de faillite ou de liquidation

judiciaire de l'emprunteur, produire au marc le franc pour le montant de sa créance et des accessoires de celle-ci, tandis qu'un associé commanditaire est primé par les créanciers et ne peut prétendre à une répartition quelconque de l'actif qu'une fois les créanciers intégralement désintéressés.

103. — En second lieu, au point de vue fiscal, le prêt n'acquitte pas les mêmes droits que le commandité. Sur le prêt, le fisc perçoit un droit proportionnel d'obligation fixé à 1 p. 0/0, tandis que sur les apports sociaux il n'est dû qu'un droit fixe gradué (L. 28 févr. 1872). — Cass., 19 mars 1879, de Lalène-Laprade, [S. 79.1.229, P. 79.542] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 63.

104. — Un troisième intérêt pratique existe au point de vue de l'application des lois sur l'*usure*. La jurisprudence sous l'empire de la loi ancienne considérait comme un prêt usuraire la stipulation au profit d'un bailleur de fonds d'une quote-part dans les bénéfices, venant s'ajouter à l'intérêt au taux légal du capital versé. — Cass., 17 avr. 1837, Dugas, [S. 37.1.275, P. 37.1.442]; — 16 juin 1863, Cauchois, [S. 63.1.334, P. 63.1078, D. 63.1.295] — V. Rouen, 24 juill. 1861, Langlet, [S. 62.2.325, P. 63.1.167] — Duvergier, n. 58; Delangle, t. 1, n. 113; Troplong, t. 1, n. 113; Guillouard, n. 18; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 396, p. 611, texte et note 18. — Cet intérêt a disparu en partie depuis la loi du 12 janv. 1886 qui a admis la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale. Mais il subsiste en matière civile (V. *suprà*, v° *Intérêts*). Remarquons d'ailleurs que le bailleur de fonds échappera le plus souvent à toute répression, même si l'emprunteur est ou non commerçant, s'il se borne à stipuler pour toute rémunération une participation dans les bénéfices, ou bien à réclamer un intérêt fixe plus une participation. De sa nature, en effet, la participation est aléatoire, et la circonstance qu'en fait le prêteur aurait touché pendant deux ou trois années de suite une part des bénéfices représentant plus de 5 p. 0/0 du capital prêté ne saurait suffire à faire taxer la convention d'usuraire. Les tribunaux devront jouir, en pareil cas, d'un très-large pouvoir d'appréciation. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 48.

105. — Quant à la solution, elle dépend avant tout des stipulations accessoires du contrat, qui permettront de leur assigner, indépendamment des déclarations erronées ou mensongères des parties, ou en l'absence de toutes énonciations expresses, son véritable caractère. Lorsque le bailleur de fonds stipule un *intérêt fixe*, il est bien évident que le contrat, même qualifié commandite, est un prêt pur et simple. Jugé, en ce sens, qu'un acte, bien que qualifié société en commandite, ne constitue néanmoins qu'un simple contrat de prêt, si, d'après ces stipulations, les bailleurs de fonds ne doivent participer ni aux bénéfices, ni aux pertes, le seul associé gérant s'étant engagé personnellement à leur payer les intérêts à 5 p. 0/0 de leur mise de fonds à des époques déterminées, et à leur rembourser le montant du capital dans un délai fixé soit par voie d'amortissement à l'aide des bénéfices excédant l'intérêt stipulé, soit de ses deniers personnels sous la garantie hypothécaire de l'objet prétendu mis en société. Dès lors, la prétendue association ne peut être déclarée en état de faillite, bien qu'elle cesse ses paiements. Les créanciers se prévaudraient en vain de ce que la publication de l'acte, faite conformément à l'art. 42, C. comm., les aurait induits en erreur sur le caractère de la prétendue association. L'insuffisance ou le laconisme de l'extrait publié pourrait être le principe d'une obligation civile et d'une action en dommages-intérêts, mais ne saurait entraîner l'application des dispositions relatives aux faillites et à la contrainte par corps, lesquelles sont d'ordre public et ne reçoivent pas d'application hors les cas prévus par la loi. — Cass., 20 avr. 1842, Rouillé, [S. 42.1.728, P. 42.1.679]

106. — Jugé de même que la remise de fonds effectuée par l'employé d'une société en nom collectif, comme condition de ses engagements, est un prêt, et non point une commandite, alors qu'il est stipulé un intérêt fixe, et que l'employé a droit à tout événement, et notamment en cas de congédiement, à la restitution intégrale de sa mise. — Trib. comm. Seine, 14 janv. 1901, [*Rev. des soc.*, p. 410]

107. — Mais la situation se complique, lorsque le bailleur de fonds stipule, soit une participation variable s'ajoutant à l'intérêt fixe, soit une participation variable pour toute rémunération. Dans la première de ces deux hypothèses, la jurisprudence n'hésite point à écarter la qualification de société, et à envisager le contrat comme un prêt, licite ou usuraire, suivant les distinctions formulées *suprà*, n. 104. Ainsi, doit être considérée, non comme une convention entre associés, mais comme un prêt usuraire, la convention (antérieure à la loi du 12 janv. 1886) qui assure à un bailleur de fonds une part réglée d'avance et à forfait dans les bénéfices à réaliser sur l'émission des actions d'une société anonyme, en sus de l'intérêt légal des sommes avancées pour une semblable opération. — Cass., 17 avr. 1837 et 16 juin 1863, précités; — 20 juin 1888, Caisse Lemaire et Cie, [S. 89.1.8, P. 89.1.10, D. 89.1.16] — V. au surplus ce qui est dit *infrà*, n. 122 et s., sur la participation des employés aux bénéfices de la maison.

108. — Dans le second cas, certaines hésitations se sont tout d'abord manifestées dans la jurisprudence. Dans les premières années qui ont suivi la promulgation du Code civil, on admettait assez communément que celui qui fournit des fonds à une maison de commerce à titre de prêt et avec la condition, applicable au seul contrat de prêt, de pouvoir retirer son capital sans aucune diminution, ainsi que les intérêts à un taux déterminé, doit être réputé associé commanditaire, et non simple prêteur, si, outre l'intérêt convenu, il s'est réservé une quote-part dans les bénéfices présumés, le droit de prendre communication des registres, celui d'assister aux inventaires et autres prérogatives de ce genre qui, régulièrement, n'appartiennent qu'aux associés. En ce cas, les caractères du contrat de société doivent, comme plus favorables à l'intérêt du commerce et plus conformes à l'intention manifestée par le prêteur de participer aux bénéfices, prévaloir sur les caractères du contrat de simple prêt. — Paris, 10 août 1807, Terson, [P. chr.] — V. aussi Caen, 27 déc. 1864, Pains, [D. 66.2.46] — V. Delvincourt, t. 3, p. 453; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 4, § 713, p. 425; Pardessus, t. 3, n. 928; Delangle, t. 1, n. 120; Alauzet, t. 1, n. 423. — V. cependant Liège, 9 juill. 1821, Imer, [P. chr.]

109. — Mais aujourd'hui a prévalu une solution plus juridique; et les tribunaux n'hésitent plus à dénier à la convention le caractère de société, même si les contractants l'ont à tort qualifiée de commandite, si, d'ailleurs, leur intention a été d'affranchir de toute contribution aux pertes les prétendus commanditaires. Isolée de la participation aux pertes, la participation aux bénéfices n'est plus qu'une modalité du contrat de prêt, une forme de renonciation du capital prêté, et ce, même si le prêteur s'est réservé un certain droit de contrôle. Jugé en ce sens : 1° Que si la participation aux bénéfices éventuels d'une entreprise est de l'essence de la société, il ne résulte nullement de là que toute convention aux termes de laquelle l'un des contractants s'engage à fournir un capital pour l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie constitue nécessairement, et quelle qu'ait été l'intention des parties, une société en commandite, par cela seul qu'elle contient, au profit du bailleur de fonds, la stipulation d'une part dans les bénéfices. — Cass., 8 janv. 1872, Synd. Gassand, [S. 72.1.36, P. 72.56, D. 72.1.194] — *Sic*, Guillouard, n. 77 et 78; Laurent, t. 26, n. 152, 155, 295; Colmet de Santerre, t. 8, n. 2 *bis*-VII; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*; P. Pont, t. 1, n. 84 et s., 466 et 467; Boileux, t. 6, p. 322; Duranton, t. 17, n. 422; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 425, § 713, note 10; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 377, p. 544 et 545; Devilleneuve, Massé et Dutruc, v° *Société*, n. 188 et 189; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Société en nom collectif*, n. 365 et 366; Troplong, t. 2, n. 662; Malepeyre et Jourdain, *Société commerciale*, p. 82; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 29; Houpin, t. 1, p. 10.

110. — 2° Que le versement dans une maison de commerce d'une somme remboursable à une époque déterminée constitue un prêt et non une société, encore bien qu'il ait été stipulé que le bailleur de fonds recevrait, pour lui tenir lieu des intérêts de cette somme, une part des bénéfices à réaliser. — Bordeaux, 3 juill. 1860, Norman, [S. 61.2.190, P. 61.745, D. 61.5.458]

111. — 3° Que l'on doit aussi considérer comme contrat de prêt, et non comme contrat de société en commandite, la convention par laquelle une personne s'oblige à verser, dans un établissement commercial, des fonds dont le remboursement lui sera fait à une époque déterminée, encore bien qu'il ait été stipulé que cette personne recevrait, indépendamment des intérêts de ses fonds, une portion des bénéfices qui seraient réalisés, si elle est d'ailleurs demeurée affranchie de toute contribution aux pertes. — Cass., 8 janv. 1872, précité. — Grenoble, 29 janv. 1870, Gassand, [S. 70.2.217, P. 70.900, D. 71.2.76] — V. également *suprà*, v° *Agent de change*, n. 126 et 127.

112. — Mais, au contraire, le contrat, par lequel une partie

s'engage à verser à des associés en nom collectif une certaine somme d'argent, comme mise sociale et à titre de commandite, sans remboursement stipulé, en leur cédant à forfait sa part dans les bénéfices futurs de la société, constitue, non un prêt susceptible d'être atteint comme usuraire, mais une convention valable de société, alors que le commanditaire conserve ses droits sur le fonds social, et en a, d'ailleurs, reçu sa part à la liquidation. — Cass., 9 juill. 1885, Brisset frères, [S. 88.1.477, P. 88.1.1169, D. 86.1.401]

113. — Doit également être considérée comme une société, la convention, non qualifiée par les parties, attribuant au prétendu prêteur un droit dans les bénéfices pour toute rémunération, la faculté de compulser les livres et le droit de prendre part aux assemblées, avec voix délibérative... Cette personne est un associé, et doit par conséquent participer aux pertes dans la proportion où elle prend part aux bénéfices. — Grenoble, 18 mars 1887, Broquin et Gorgis, [D. 88.2.305] — V. Guillouard, n. 18; Houpin, t. 1, p. 10; Maguéro, *Tr. alph. des dr. d'enreg*, v° *Société*, n. 234 et s.

114. — Mais la participation aux pertes peut, si l'intention des parties a été de ne faire qu'un apport en jouissance, consister simplement dans la privation de loyer du capital. Jugé en ce sens que le contrat de société exigeant, comme conditions essentielles de sa formation, l'intention de s'associer, une chose mise en commun, et la participation de tous les associés aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, peut être considérée comme ayant été avancée, non à titre de prêt, mais à titre d'apport dans une société, la somme versée à un associé, par un tiers, avec stipulation que ce dernier ne recevra aucun intérêt, mais seulement la moitié des bénéfices qui pourront être réalisés par la société. — Cass., 20 déc. 1893, Choiselat, [S. et P. 94.1.484, D. 94.1.224]

115. — L'engagement pris par l'associé « de rembourser au tiers le montant intégral de la somme versée, sans pouvoir lui faire supporter les pertes de la société », n'est pas exclusif d'un des éléments essentiels du contrat de société (à savoir la participation aux pertes : le tiers n'ayant mis en commun que la jouissance d'un capital, dans les termes de l'art. 1851, C. civ., cette jouissance reste nécessairement soumise aux pertes qui viendraient affliger la société, et le tiers est ainsi exposé à ne rien retirer de l'intérêt de ses fonds. — Même arrêt.

116. — De même, dans le cas où, aux termes d'un acte sous seing privé, des négociants sont censés recevoir d'un notaire, à titre de prêt, un capital productif d'intérêts à 6 p. 0/0, auxquels s'ajouterait une indemnité annuelle pour conseils à donner aux emprunteurs, plus la moitié des bénéfices de la maison, cette stipulation d'une part dans les bénéfices au profit du bailleur de fonds n'implique pas nécessairement que celui-ci devienne un associé. — Cass., 3 mars 1903, L..., [S. et P. 1903.1.344]

117. — Mais, lorsqu'il est constaté par les juges du fait que l'intention des parties, telle qu'elle ressort des clauses du contrat, avait été de déguiser sous les apparences d'un emprunt la formation d'une société en nom collectif interdite aux officiers publics, les juges du fond ont pu, dans l'état des faits ainsi déclarés et souverainement appréciés par eux, restituer aux conventions litigieuses le caractère juridique d'une société, non seulement au regard des tiers, mais encore au regard des parties elles-mêmes, alors que leur décision n'a puisé ses éléments que dans la teneur même de l'acte produit, et que d'ailleurs la simulation avait eu lieu dans un but de fraude à la loi. — Même arrêt.

118. — Certaines législations font, au bailleur de fonds rémunéré exclusivement au moyen d'une participation dans les bénéfices, une solution intermédiaire entre celle de l'associé et celle du créancier prêteur de deniers. C'est ainsi que, d'après le droit anglais, le bailleur de fonds a droit, comme un créancier, au remboursement de ses avances, mais seulement après paiement intégral des autres créanciers (Lindlez, *A treatise on the law of partnershep*, t. 1, p. 33; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 64). Une telle solution, qui aboutirait à conférer sans but un véritable privilège à la masse des créanciers à l'encontre du bailleur de fonds, ne saurait être admise en droit français. Ce dernier devra donc, suivant les distinctions proposées dans les numéros qui précèdent, être assimilé à un associé ou à un créancier ordinaire; mais aucune solution transactionnelle ne paraît acceptable. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 65.

119. — Cette question se posera notamment dans le cas où, après décès de l'un des associés, la veuve ou les enfants de celui-ci auraient, d'après les statuts ou d'après l'acte liquidatif, droit à une quote-part des bénéfices, ou encore dans l'hypothèse d'une vente de fonds de commerce avec stipulation d'une part dans les bénéfices au profit du vendeur. Le tribunal aura à décider, dans chaque espèce, si l'on est en présence d'une variété de prêt, ou d'une véritable société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 49.

120. — b) *Contrats divers.* — Des difficultés de même ordre peuvent se présenter en matière de vente, par exemple en matière de coupe de bois, lorsque le propriétaire ou l'acquéreur d'une coupe de bois la cède ou la rétrocède à un tiers, sous la condition que la coupe sera exploitée *à moitié perte et profit*. L'opération sera considérée comme une *vente,* avec fixation d'un prix aléatoire, à moins qu'il ne résulte des stipulations accessoires de l'acte que les partis ont eu l'*affectio societatis*. — Pont, n. 94; Guillouard, n. 19; Houpin, t. 1, p. 11.

121. — Il en serait de même de la convention conclue entre un auteur et un éditeur, stipulant que les bénéfices nets de l'édition ou des éditions successives de l'ouvrage se partageront entre les deux parties dans une proportion déterminée. — Paris, 10 mars 1843, Peigne, [S. 43.2.139, P. 43.1.485] — Huard, *Du contrat entre les auteurs et les éditeurs*, p. 89. — Sur la nature du contrat d'édition, V. *suprà*, v° *Edition* (*contrat d'*), n. 17 et s.

122. — c) *Louage de services : commis intéressé.* — Etant donné que, pour qu'il y ait société, il faut que, de la part de chacun des contractants, il y ait une mise en commun, et que chacun d'eux participe aux bénéfices et aux pertes, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à dénier en principe la qualité d'associé au commis ou à l'ouvrier intéressé dans une maison de commerce, c'est-à-dire admis, par convention spéciale, ou par concession gracieuse du patron, à participer aux bénéfices généraux de la maison.

123. — Il en est ainsi, non seulement dans le cas où le commis recevrait, outre ses traitements fixes, une rémunération supplémentaire et éventuelle calculée sur le bénéfice net de l'ouvrier, auquel cas l'on est manifestement en présence d'une modalité du contrat de salaire, mais aussi dans l'hypothèse plus délicate où le commis recevrait, pour toute rémunération, une allocation d'un tant 0/0 sur les bénéfices. — Rouen, 28 févr. 1818, Thurel, [P. chr.] — Rennes, 1er août 1826, Dugeay, [P. chr.] — Trib. civ. Seine, 29 nov. 1890, [J. *Le Droit*, 31 déc. 1890] — Trib. comm. Marseille, 9 juin 1892, [*Rec. Marseille*, 92.1.260] — Trib. comm. Seine, 23 nov. 1893, [*Gaz. Pal.*, 94.1.12] — Guillouard, n. 14; Troplong, *Soc.*, t. 1, n. 46; Duvergier, *Soc.*, n. 53; Laurent, t. 26, n. 154; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 759; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. de dr. civ. : Du contrat de louage*, t. 2, p. 174 et s.; Houpin, t. 1, p. 9; Grenier, *Cond. jurid. des commis et marchands*, p. 155 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Commis*, n. 34 et s.

124. — On peut, au surplus, argumenter en ce sens, par analogie des art. 250 et s., C. comm., lesquels envisagent comme une variété de louage, et non comme une société, l'engagement des gens de mer à la part ou au fret, dans lequel le salaire fixe est cependant remplacé par une simple participation aléatoire dans les bénéfices. — Lyon-Caen et Renault, *Tr.*, t. 2, n. 58, *in fine*.

125. — Il faudrait également, par identité de motifs, voir une simple modalité du louage de services dans la convention par laquelle un officier ministériel allouerait à l'un de ses clercs, généralement au principal clerc, à titre de rémunération, une quote-part du produit net de l'office (à Paris, dans les études de notaires, le principal clerc ou les premiers clercs se voient assez fréquemment allouer le dixième du produit net de l'étude). — Riom, 22 juill. 1842, Meyre, [S. 42.2.476] — V. Demolombe, t. 24, n. 338; Pont, n. 45; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 47; Durand, *Des offices*, n. 289; Garsonnet et Cézar-Bru, *Tr. de proc.*, t. 1, p. 387; Houpin, t. 1, p. 9. — Cette interprétation de volonté est d'autant plus rationnelle qu'elle seule permet de donner effet à la convention : considérée comme une société, elle serait nulle, les offices ne pouvant être mis valablement en commandite (V. *infrà*, n. 184 et s.). Or il est de principe que, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait avoir aucun (C. civ., art. 1157). — V. *suprà*, v^is *Avoué*, n. 121, *Office ministériel*, n. 156 et s.

126. — Même solution également pour la convention de partage de bénéfices intervenue entre un directeur de théâtre et les acteurs engagés par lui, alors surtout que le directeur a expressément assumé toutes les chances de pertes. — Paris, 14 févr. 1881, cité par Houpin, p. 10, note 2.

127. — Mais il pourrait y avoir véritablement société entre le patron et le commis. — V. sur ce point, *suprà*, v° *Commis*, n. 42 et s.

128. — Il faut observer en effet que les juges du fond interprètent souverainement les conventions intervenues entre les parties pour régler les conditions d'une société et les droits des associés. — Cass., 17 juill. 1889, Gaudry, [S. 91.1.394, P. 91.1.972]

129. — Ainsi, l'individu nommé directeur d'une manufacture avec partage des bénéfices, et sous la condition de ne pouvoir être congédié avant la fin du bail de l'usine, a pu être considéré non comme un simple commis à gages, mais comme un associé. — Cass., 21 févr. 1831, Pittré, [P. chr.] — V. Pardessus, t. 4, n. 969.

130. — La question de savoir si le commis intéressé est ou non un associé présente de multiples intérêts pratiques. — V. sur tous ces points, *suprà*, v° *Commis*, n. 45 et s. — V. aussi Paris, 19 déc. 1894, [*Gaz. Pal.*, tabl. 1, sem. 95, v° *Louage d'ouvrage*, n. 2] — Trib. Marseille, 22 oct. 1889, [*Rec. Marseille*, 90.1.40] — Guillouard, n. 14; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 2, p. 177; Pic, *Tr. de législ. industr.*, n. 1169 et s.

131. — Ainsi toutes les sociétés de commerce, à l'exclusion cependant des associations en participation, sont soumises à certaines formes de publicité (L. 24 juill. 1867, art. 55 et s. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*). Les conventions tendant à admettre des employés aux bénéfices d'un établissement commercial ne sont assujetties à aucune publicité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 43.

132. — De même toute dissolution de société (sauf cependant si la société est à capital variable) donne lieu à liquidation et partage. L'employé intéressé qui vient à quitter ses fonctions, volontairement ou par suite de congé, n'a aucun droit au partage de l'actif. On lui reconnaît seulement la faculté de réclamer sa part des créances acquises au jour de son départ au fur et à mesure de leur recouvrement, et de se faire remettre dans ce but, à intervalles périodiques, un état des recouvrements effectués. — Bordeaux, 15 févr. 1894, [*Rec. Bordeaux*, 94.1.173] — V. *suprà*, v° *Commis*, n. 54.

133. — En ce qui concerne le droit du commis de demander la communication des livres de son patron, V. *suprà*, v° *Commis*, n. 58 et s. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 2, p. 179.

134. — Nous avons indiqué (*suprà*, v° *Commis*, n. 65) que la jurisprudence ne donnait pas au placier le droit de demander communication des livres. Cette solution peut être considérée comme législativement consacrée par la loi du 6 févr. 1895, qui a étendu aux commis sédentaires ou voyageurs, rémunérés au moyen de remises proportionnelles sur les affaires traitées, le privilège général de l'art. 549, C. comm. Cette extension démontre que le législateur considère ces remises comme un mode de salaire, nullement comme une participation à titre d'associé. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 2, n. 1416.

135. — Les solutions qui précèdent, sur la condition du commis intéressé, sont expressément consacrées par plusieurs législations étrangères, notamment par la loi italienne (C. comm. ital., art. 86), le Code de commerce roumain (art. 87), et la loi anglaise du 5 juill. 1866. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 62; Lindley, *op. cit.*, t. 1, p. 33. — V. sur la jurisprudence allemande, Trib. emp. Allemagne, 25 mars 1872, [Clunet, 75.366] — Endemann, *Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechts*, t. 1, p. 325.

136. — Ce que nous avons dit du commis peut être dit de toute autre personne à laquelle on donne une part dans les bénéfices pour prix de sa coopération ou de ses services, mais sans intention réelle de l'associer à l'opération. Ainsi, un commissionnaire ne peut être considéré comme associé en participation par le seul motif que l'indemnité qui lui est accordée consisterait dans une partie aliquote des bénéfices à faire sur les objets confiés à ses soins. — Rennes, 28 avr. 1828, Favert, [P. chr.] — V. Troplong, n. 34 et s.; Duvergier, t. 20, n. 50.

137. — Une lettre missive, par laquelle un négociant confie à un tiers le soin de gérer et de diriger sa maison de commerce pendant un temps déterminé, moyennant un traitement fixe ou une part déterminée dans les bénéfices, constitue un mandat révocable à la volonté du mandant, sauf les dommages-intérêts auxquels peut avoir droit le mandataire pour la perte que lui cause la révocation. — Rouen, 28 févr. 1818, Thuret, [S. et P. chr.]

138. — Il y a de même simplement mandat salarié dans la convention par laquelle le titulaire d'un bureau de tabac en confie la gestion à un tiers, pendant un certain temps, moyennant une part dans les bénéfices, et à la charge par celui-ci de faire l'avance des fonds nécessaires pour l'exploitation du bureau. — Bordeaux, 7 juin 1836, Bertrandet, [S. 37.2.365, P. chr.]

SECTION II.

Conditions de validité du contrat.

139. — Supposons qu'un contrat présente les caractères spécifiques précédemment étudiés, on sera en présence d'une société. Mais, pour que cette société soit valable, encore faut-il que toutes les conditions requises pour la validité d'un contrat quelconque soient réunies. Ces conditions se réfèrent : au consentement, à la capacité des parties contractantes, à l'objet et à la cause... Il convient d'y ajouter la forme extrinsèque (nécessité d'un écrit). Nous reviendrons ultérieurement, à propos des divers types de société, sur les formes extrinsèques du contrat ; il nous suffira d'étudier ici les autres conditions. Remarquons du reste que, dans les contrats commutatifs, l'objet et la cause ne sont que deux aspects différents d'une même condition de validité : l'objet de l'obligation de chacune des parties étant la cause de l'obligation de l'autre (V. *suprà*, v° *Obligations*, n. 113). Nous aurons donc à étudier sous trois paragraphes distincts : le consentement, l'objet ou la cause et la capacité.

§ 1. *Consentement.*

140. — Il n'y a pas d'obligation sans consentement (V. *suprà*, v° *Obligations*, n. 8). Lors donc que le consentement de l'un des associés a été donné par erreur, ou extorqué par dol ou violence, la société est nulle, d'une nullité relative, conformément aux principes généraux formulés dans l'art. 1109, C. civ. (V. *suprà*, v° *Obligations*, n. 66 et 67). — Guillouard, n. 31; Thaller, p. 167. — Sur la nullité des souscriptions d'actions déterminées par des prospectus mensongers, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

141. — Les manœuvres dolosives peuvent être dirigées non point par les fondateurs à l'encontre des associés, mais par les associés à l'encontre des tiers. En ce cas, la société pourra être annulée par application des principes de l'*action paulienne*. C'est ainsi que l'on devrait annuler, par application de l'art. 1167, C. civ., une société fondée par un débiteur insolvable dans le but unique de soustraire au gage de ses créanciers les valeurs qu'il apporte en société, avec l'espoir que cette société, purement fictive, sera considérée comme un tiers de bonne foi, échappant à ce titre à toute obligation de restitution. — Trib. Seine, 5 févr. 1897, [*J. des soc.*, 97.376] — Lyon, 10 mai 1898, [*J. des soc.*, 99.76] — V. Houpin, t. 1, p. 22; Laurent, t. 26, n. 139; Pont, n. 19 et s.; Thaller, p. 167; Guillouard, n. 31.

142. — Quant à l'erreur, elle peut porter, soit sur l'objet de la société, soit sur la personne des coassociés ; il en est ainsi du moins dans les sociétés qui se forment *intuitu personæ* (sociétés civiles, sociétés en nom collectif ou en commandite). L'erreur sur la personne des actionnaires serait indifférente. — Guillouard, n. 31; Pont, t. 1, n. 21.

143. — Il n'est pas indispensable que le consentement soit donné par la partie elle-même : celle-ci peut être représentée au contrat par un mandataire. Mais un mandat général d'administration ne suffirait pas; il faut un mandat spécial, à raison des obligations souvent fort étendues qu'assument les associés, surtout dans les sociétés civiles ou dans les sociétés commerciales impliquant engagement personnel et solidaire. — Cass., 4 janv. 1843, Aubert, [S. 43.1.144, P. 43.1.308]; — 20 mars 1860, Bardey, [S. 61.1.61, P. 61.605, D. 60.1.398] — V. Laurent, t. 26, n. 141; Guillouard, n. 31; Pont, n. 160; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 81; Houpin, t. 1, p. 23. — C'est ainsi, en particulier, que le liquidateur d'une société n'aurait pas les pouvoirs suffisants pour constituer une société nouvelle chargée d'administrer les immeubles sociaux. — Cass., 20 mars 1860, précité.

144. — Aucune formule sacramentelle n'est cependant exi-

gée. — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 226. — Sur la possibilité de se porter fort de la ratification, par un tiers, d'un acte de société que l'on a conclu en son nom, V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1120, n. 30. — Cass., 10 juill. 1850, Leboucher, [S. 51.1.122, P. 51.2.296, D. 50.1.323] — P. Pont, t. 1, n. 17; Larombière, sur l'art. 1120, n. 7; Demolombe, t. 24, n. 230; Guillouard, n. 32-1°; Laurent, t. 26, n. 138.

§ 2. *Objet licite.*

1° *Détermination des causes de nullité tenant à l'objet.*

145. — Le contrat de société se trouve soumis aux règles générales des contrats; aussi, la disposition de l'art. 1833, C. civ., exigeant que la société ait un *objet licite*, ou autrement dit une cause licite, n'était-elle pas indispensable en présence des dispositions des art. 1131 et 1133, qui déclarent dénuées de tout effet les obligations dont la cause est illicite. Nous avons, d'ailleurs, mentionné, par avance (V. *suprà*, v° *Obligations*, n. 166 et s.), quelques cas dans lesquels des sociétés ont été déclarées nulles à raison du caractère illicite de leur but; nous nous contenterons d'ajouter ici quelques indications complémentaires. D'une manière générale, on doit considérer comme nulle, à raison du caractère illicite de son objet : d'une part, toute société constituée au mépris d'une prohibition légale formelle; d'autre part, toute société dont l'objet serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, alors même qu'aucun texte formel n'en interdirait la constitution. Doivent, en conséquence, être considérés comme illicites :

146. — Les sociétés ayant pour objet véritable (généralement dissimulé sous le couvert d'un trafic innocent) la *traite des noirs*. Ce commerce immoral est, en effet, interdit non seulement par la loi française du 4 mai 1831, reproduisant les prohibitions des lois antérieures, remontant à l'époque intermédiaire (L. 28 sept.-16 oct. 1791), et par le décret du 27 avr. 1848 sur l'esclavage aux colonies, mais encore par des actes internationaux auxquels la France a formellement adhéré, spécialement par la convention de Bruxelles du 2 juill. 1890, devenue sous certaines réserves loi de l'Etat français (Décr. 12 févr. 1892). — Sur les actes internationaux relatifs à la *traite des noirs*, V. notamment : Bonfils, *Manuel de droit international public* (revu par Fauchille), n. 398 et s., et la bibliographie citée par cet auteur. — Sur les mesures tendant à réglementer l'engagement des *coolies*, lequel dans certains cas se prête à des abus analogues à ceux de la traite des esclaves (bien qu'en droit les *coolies* soient des travailleurs libres), V. Bonfils, *op. cit.*, n. 409.

147. — De la *traite des noirs*, il convient de rapprocher la *traite des blanches* qui est entrée à son tour, depuis la conférence tenue à Paris en 1902, dans la phase de la répression internationale (V. compte rendu de la conférence, 1902; L. Renault, *La traite des blanches et le droit international* (*Rev. intern. de dr. intern. publ.*, 1902); Paul Appleton, *La traite des blanches*, 1903). Toute société constituée, en France ou à l'étranger, pour faciliter la prostitution doit évidemment être considérée comme nulle, d'une nullité d'ordre public. En ce qui concerne la nullité des sociétés fondées, non point comme les précédentes en vue d'approvisionner mais en vue d'exploiter commercialement une maison de tolérance ou une maison clandestine de rendez-vous se dissimulant sous l'apparence d'un hôtel garni, V. Fuzier-Herman et Darras, *op. cit.*, sur l'art. 1131, n. 19.

148. — Parmi les sociétés contraires à l'ordre public international, il convient également de ranger les *sociétés de contrebande*, c'est-à-dire les sociétés constituées, soit en vue d'introduire d'étranger en France, en fraude de nos lois douanières, des denrées ou marchandises assujetties aux droits, soit en vue de pratiquer la contrebande de France à l'étranger. Les premières sont nulles comme contraires aux lois de l'Etat, les secondes comme ayant un objet immoral. La question toutefois est controversée.

149. — La doctrine et la jurisprudence s'accordent évidemment pour considérer comme nulle et non avenue toute société ayant pour objet exclusif ou principal, avoué ou dissimulé, la contrebande *à l'intérieur*, c'est-à-dire de l'étranger en France au mépris des lois douanières françaises. Nous avons cité *suprà*, v° *Obligations*, n. 228 et s., des décisions de jurisprudence reconnaissant, au contraire, que la contrebande à l'étranger n'était pas une cause illicite d'obligation et pouvait être la matière d'une société. Mais la plupart des auteurs s'élèvent avec raison contre cette singulière conception des relations internationales d'après laquelle la contrebande serait en quelque sorte considérée comme *de bonne guerre* dans les rapports des Etats entre eux. A cette conception étroite a fait place de nos jours une théorie basée sur la solidarité des peuples. Le commerce international exige un minimum de loyauté et de bons égards réciproques, incompatible avec la tolérance par les Etats, sur leur propre territoire, d'associations dirigées contre les Etats voisins; le résultat le plus clair d'une tolérance de ce genre serait d ailleurs de provoquer, de la part des Etats lésés, des mesures de rétorsion dont nos nationaux à l'étranger seraient les premières victimes. Au surplus, les associations constituées en France pour la contrebande à l'extérieur doivent être considérées comme contraires à nos lois de police ou de sûreté, lesquelles sont obligatoires pour les étrangers comme pour les Français; elles doivent en revanche, par une juste réciprocité, pouvoir être invoquées indifféremment par les étrangers (Etats ou individus) et par les sujets français. — Pothier, *Société*, n. 14 et 16, et *Contrat d'assurance*, n. 58; Duvergier, n. 30; Delangle, t. 1, n. 104; Troplong, n. 86; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 51; Guillouard, n. 53; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 758; Laurent, *Droit civil international*, t. 8, n. 114; Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. 2, p. 92; Houpin, t. 1, p. 25; Brocher, *Cours de droit international privé*. t. 2, p. 92; Heffter, *Le droit international de l'Europe*, 4e éd. franç., p. 78, note 6. — V. Bruxelles, 17 févr. 1886, [Clunet, 87.214]

150. — Doit être considérée comme nulle, par identité de motifs, toute association ayant pour but de frauder le fisc : par exemple, d'échapper à l'application des droits sur la circulation des boissons et des droits d'octroi, etc. Tel serait le caractère de l'association intervenue entre deux marchands de liquide, en vue de frauder le trésor public ou la caisse municipale. — Limoges, 18 août 1879, Raymond, [S. 79.2.248, P. 79.1006, D. 80.2.131]

151. — La question de savoir si l'on doit tenir pour nulle toute société constituée pour l'exploitation d'une *maison de jeu* a soulevé des difficultés analogues à celle exposée *suprà*, n. 148 et 149, à propos des sociétés de contrebande. Il est incontestable qu'une société constituée, en France ou à l'étranger, en vue d'exploiter une maison de jeu *sur le sol français*, serait nulle d'une nullité d'ordre public, la tenue d'une maison de jeux de hasard étant un délit correctionnel, prévu et puni par l'art. 410, C. pén. Il est certain également que l'on devrait, par application du même article, tenir pour nulle la société constituée, en France, entre Français, entre Français ou étrangers, ou même exclusivement entre étrangers, en vue d'exploiter une maison de jeu à l'étranger, fût-ce dans un pays où les jeux sont permis. L'art. 410 a en effet le caractère d'une loi de police, à laquelle il ne saurait être permis de déroger.

152. — Mais ne pourrait-on pas tenir pour valable, et susceptible de produire éventuellement certains effets en France, la société constituée *à l'étranger*, entre Français et étrangers, ou entre étrangers, en vue d'exploiter dans ce pays *une maison de jeu* conformément aux lois dudit pays? — V. en ce sens, Lyon-Caen, *Condition légale de sociétés étrangères en France*, n. 43. — V. aussi Larombière, *Des obligations*, t. 1, p. 345; Aubry et Rau, t. 4, § 378, p. 550, note 7.

153. — La plupart des auteurs repoussent cette distinction, et tiennent pour nulle, au point de vue français, en quelque pays qu'elle se soit constituée, en quelque pays que l'établissement doive fonctionner, la société formée pour l'exploitation de jeux de hasard. « Il y a là, font justement observer MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, p. 52), une société ayant un objet immoral; la passion du jeu est partout considérée comme un vice, la spéculation sur le vice d'autrui est plus immorale que le vice lui-même ». Il est d'ailleurs inadmissible, en présence des prohibitions de l'art. 410, C. civ., qu'une société de cette nature puisse être admise à poursuivre en France l'exécution des engagements contractés envers elle par des souscripteurs français. — V. Thaller, p. 169; Houpin, t. 2, p. 25; Guillouard, n. 54; Nyssens et Corbiau, *Traité des soc. commerc.*, n. 48; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 272, p. 426. — V. sur ce point, v° *Jeu et pari*, n. 238 et s.

154. — L'application de ces principes aux sociétés constituées en vue de l'exploitation d'un *cercle*, ou d'un *casino* de ville d'eaux conduit logiquement aux conséquences suivantes : *a*) S'il est prouvé que le cercle ou casino a pour objet principal

l'exploitation des bénéfices d'une *cagnotte*, organisée dans le cercle, la société doit être annulée. — Paris, 9 avr. 1897, Ve Lachaud, [D. 99.2.244] — La nullité peut d'ailleurs être prononcée sans que le cercle soit dissous, le cercle formant une association civile distincte de la société commerciale constituée en vue de la gérance (V. *infra*, vº *Sociétés civiles*), association soumise à des règles administratives spéciales, parmi lesquelles figure notamment la prohibition des jeux de hasard. — Même arrêt. — V. Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, n. 144 et s.

155. — 1° Les associés ne sauraient être admis à exciper du caractère même de la société pour demander au tribunal l'organisation d'un système de contrôle permettant d'obliger pratiquement le gérant à tenir compte à la société de tous les bénéfices qu'il retirera du jeu. Si ladite société n'est point annulée, le juge ne peut la tenir pour valable qu'à la condition d'*ignorer* les ressources qu'elle peut retirer du jeu et de la considérer (peut-être fictivement) comme ayant pour objet principal l'exploitation des restaurants et salles de spectacle annexés à l'entreprise : auquel cas le gérant ne saurait être admis à exciper du caractère illicite des jeux par lui organisés (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) pour faire repousser la légitime prétention des associés de faire procéder sous le contrôle de la justice à une vérification de la caisse. — Chambéry, 2 mai 1894, Bernard, [D. 97.1.249]

155 *bis*. — Décidé également que la société formée en vue de partager les bénéfices résultant du jeu est nulle. — V. Trib. Nice, 12 juin 1894, [*Gaz. des Trib.*, 11 août 1894] — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 66, p. 48, note 2.

156. — Les sociétés constituées pour l'organisation d'une *loterie* doivent être assimilées aux sociétés formées pour l'exploitation d'une maison de jeu. Sans doute, la prohibition légale des loteries peut être levée par l'autorité administrative dans les conditions déterminées par l'ordonnance du 29 mai 1844 ; mais il n'en est pas moins vrai qu'en principe l'organisation d'une loterie est un *délit*, puni des mêmes peines que le jeu (la loi du 21 mai 1836 renvoie à l'art. 410, C. pén.). Une association de ce genre, constituée sans les autorisations légales, est donc illicite au premier chef. Il a été jugé que la société formée entre porteurs de divers titres d'une loterie autorisée est nulle comme constituant une loterie nouvelle qui se greffe sur la première. — V. Paris, 23 nov. 1882, de Kircheisen, [S. 83.2.111, P. 83.1.589] — V. cep. la note de M. Labbé, sous Cass., 8 juill. 1882, [S. 83.1.233, P. 83.1.549] — Qu'est nul comme ayant une cause illicite le contrat de société passé pour l'achat d'un billet d'une loterie non autorisée, et le partage éventuel des bénéfices. — Trib. sup. des Deux-Ponts, 8 mai 1901, P... C... K..., [S. et P. 1904.4.5] — Spécialement s'il s'agit d'une loterie étrangère, bien que cette loterie soit autorisée dans le pays où elle a été émise. — Même jugement. — Par suite, doit être repoussée l'action intentée par l'un des associés contre l'autre pour l'exécution de la convention. — Même jugement.

156 *bis*. — Mais il y a simple acquisition en commun, et non pas société, dans le contrat par lequel deux personnes achètent en commun un billet de loterie, qui est confié en garde à l'une d'elles. — Même jugement. — Et, si cette dernière touche le montant du lot, qui volontairement payé ne peut être répété, son cocontractant peut agir en justice pour réclamer sa part. — Même jugement.

157. — La jurisprudence a eu l'occasion de faire application de ces principes à certaines sociétés de capitalisation, constituées dans des conditions particulières qui les rendaient passibles des pénalités édictées par la loi de 1836. C'est ainsi que, d'après la cour de Lyon, la combinaison offerte à ses souscripteurs par une société de reconstitution des capitaux, et aux termes de laquelle tout souscripteur adhérent doit, par voie de tirages au sort, dans un délai de quatre-vingt-dix-neuf ans au plus tard, ou à une époque antérieure, si le sort le favorise, recevoir un capital vingt fois supérieur au montant de sa mise, est illicite, comme offrant au public la chance d'un gain dépendant du hasard, et comme ayant le caractère d'une loterie, interdite par la loi du 21 mai 1836, dès lors que, en tenant compte à la fois du taux moyen actuel de l'intérêt, soit 3 p. 0/0, et de la somme affectée par la société à la capitalisation, il est dès à présent démontré que le souscripteur remboursé au bout de quatre-vingt-dix-neuf ans ne peut recevoir qu'une portion très-faible de la somme promise, en telle sorte que les porteurs de polices, bénéficiaires de tirages au sort pendant la période où la société disposera encore de ressources suffisantes pour opérer le remboursement intégral des polices, se trouveraient favorisés au détriment des souscripteurs dont les polices viendront à remboursement dans les tirages au sort ultérieurs. — Lyon, 19 juill. 1898, Comp. d'assur. mut. *l'Avenir des familles*, et Comp. d'assur. mut. *l'Épargne lyonnaise*, [S. et P. 1901.2.257, et la note de M. Wahl]

158. — Il en est ainsi surtout, alors que, la société ayant une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, et la combinaison étant offerte même aux souscripteurs qui se présenteraient après la constitution de la société, le délai maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans, dans lequel leurs polices doivent être remboursées par voie de tirages au sort, pourrait venir à échéance après l'époque fixée pour la dissolution de la société. — Même arrêt.

159. — Est également illicite la combinaison aux termes de laquelle les souscripteurs doivent, au bout de vingt-cinq ans au plus, obtenir une somme déterminée, par voie de tirages au sort, contre le versement d'une prime mensuelle également déterminée, pendant un à quinze ans, si une somme égale à cette prime, placée pendant vingt-cinq ans à intérêts composés, est suffisante pour produire une somme supérieure à la somme promise, et si, par suite, les souscripteurs remboursés au bout de vingt-cinq ans subissent une perte, égale à la différence entre ces deux sommes, au profit des autres souscripteurs favorisés par le sort. — Même arrêt.

160. — Il en est ainsi surtout, si, la somme affectée à la capitalisation ne constituant qu'une faible partie des mensualités versées, il est évident que la société sera dans l'impossibilité d'assurer aux souscripteurs remboursés en dernier lieu le paiement de la somme promise. — Même arrêt.

161. — Est encore illicite la combinaison aux termes de laquelle les souscripteurs, moyennant une prime mensuelle payable pendant cinquante mois, doivent obtenir, dans un délai de douze ans, par voie de tirages au sort, un remboursement dont le montant varie suivant les tirages (100 fr. pour trois des quatre tirages annuels, 500 fr. pour le quatrième). — Même arrêt.

162. — ... Surtout si la somme égale à cette prime, placée pendant douze ans à intérêts composés, doit produire une somme supérieure. — Même arrêt.

163. — ... Et si, la somme affectée à la capitalisation ne constituant qu'une faible partie des mensualités versées, la société sera dans l'impossibilité de remplir envers les souscripteurs remboursés en dernier lieu l'engagement pris par elle. — Même arrêt.

164. — Présente aussi un caractère illicite la combinaison aux termes de laquelle la société offre de vendre mille polices de la première catégorie (remboursable en quatre-vingt-dix-neuf ans, par voie de tirages au sort, à un capital vingt fois supérieur à la souscription), moyennant un versement unique inférieur au montant de la mise exigée des souscripteurs de ces polices, en inscrivant sur le livre de caisse, en recette, une somme égale à la somme qu'aurait dû débourser le souscripteur de mille polices individuelles, et en dépense la différence entre cette dernière somme et celle effectivement déboursée par l'acheteur des mille polices, cette différence étant portée comme avance au souscripteur sur les titres par lui achetés, et qu'il laisse dans les caisses de la société en garantie de cette prétendue avance. — Même arrêt.

165. — En effet, par cette opération, la société s'engage ou à peu près à ne pas réclamer au souscripteur le montant de cette prétendue avance, et se contente d'appliquer à l'amortissement de l'avance les polices sorties aux tirages, en telle sorte que le souscripteur peut obtenir, moyennant une mise inférieure à celle exigée des souscripteurs individuels, les mêmes chances aux tirages au sort. — Même arrêt.

166. — Il en est ainsi surtout, alors que le directeur, les administrateurs et les porteurs de parts de fondateurs ayant droit à un tiers des bénéfices bruts calculés, d'une manière fictive, sur la somme portée en recette et la somme, d'ailleurs insuffisante (le cinquième), réservée pour la capitalisation, le prélèvement ainsi opéré sur l'opération doit avoir pour résultat de mettre la société dans l'impossibilité de remplir ses engagements. — Même arrêt.

167. — Est nulle comme ayant un objet illicite la société constituée en vue des opérations ci-dessus analysées, et qui présentent les caractères d'une loterie interdite par la loi du 21 mai 1836. — Même arrêt.

168. — Est également nulle la société qui, après la déconfiture de la première société, a été constituée entre les mêmes adhérents pour se substituer à la société en déconfiture, et continuer ses opérations, avec des statuts à peu près identiques, où l'on ne relève d'autres différences que l'augmentation des sommes mises en réserve pour la capitalisation, la suppression des parts de fondateur et des titres de jouissance qui existaient dans la première société, et la modification du mode de répartition des bénéfices entre le directeur, les administrateurs et les porteurs de polices. — Même arrêt.

169. — La nullité de cette dernière société peut être demandée par des souscripteurs de la première société, dès lors que, des circonstances de la cause, et notamment du fait que la seconde société a été créée par un vote de l'assemblée générale de la première, et fondée par les directeurs et administrateurs de celle-ci, qui s'en étaient préalablement fait nommer liquidateurs, du fait également qu'elle a été constituée sans capital sérieux, mais au moyen de l'actif de l'ancienne société, il résulte que la société nouvelle n'a jamais eu qu'une existence purement fictive, la première société continuant d'exister sous un nouveau nom. — Même arrêt.

170. — Ces solutions, au point de vue du droit, sont assez discutables. La première, tout d'abord, est assez difficilement conciliable avec la distinction, admise par la Cour de cassation, entre l'émission d'obligations à lots, laquelle affecte sans aucun doute le caractère d'une loterie et l'émission d'obligations remboursables par voie de tirage au sort avec une prime identique pour tous les ayants-droit, l'inégalité entre ceux-ci résultant uniquement de la date des remboursements. L'arrêt de la Cour de cassation (Cass. (ch. crim.), 14 janv. 1876, Ropiquet, S. 76.1.433, P. 76.1091, et la note de M. Villey, D. 76.1.185), s'exprime en ces termes sur ce point : « Les lots, dans le premier cas (émission d'obligations à lots), ne sont acquis qu'à un certain nombre d'obligations dont les numéros sont désignés par le sort, tandis que, dans le second (émission d'obligations avec prime de remboursement), la prime de remboursement est acquise sans distinction à tous les prêteurs, dès qu'ils ont versé le montant de leurs prêts, et, pour ceux-ci, le sort n'intervient qu'à l'effet de déterminer l'époque du remboursement des obligations. La loi n'interdit que les opérations où la voie du sort est la condition de l'acquisition du gain, et non celles où, le gain étant déjà acquis, le sort ne fait que fixer le terme où il sera payé ». Ainsi la Cour de cassation décide nettement qu'il n'y a pas loterie, si le tirage au sort ne porte que sur les époques de remboursement, et non pas sur le montant des remboursements. Et c'est pourquoi l'arrêt ajoute : « Il n'y a pas loterie, si la somme touchée est la même pour tous les participants, quoiqu'elle soit touchée à des époques diverses fixées par le sort ». — V. en ce sens, G. Sainctelette, *Les sociétés de capitalisation* (*Rec. pér. des assurances*, 1898, p. 590). — V. également *suprà*, v° *Loterie*, n. 126 et s.

171. — On objecte, il est vrai, que l'espèce prévue par la cour de Lyon diffère essentiellement de celle prévue par la chambre criminelle. La Cour de cassation, a-t-on dit, n'a entendu valider que les combinaisons où l'allocation d'intérêts uniformes aux souscripteurs est l'objet principal de la convention, et où le gain résultant de la diversité des époques de remboursement a été simplement, pour les contractants, une clause accessoire ; la situation est très-différente lorsqu'aucun intérêt n'étant alloué aux souscripteurs, la prime de remboursement, payée à des époques fixées par des tirages au sort, devient la seule rémunération des capitaux souscrits. Mais les termes de l'arrêt de 1876 démentent cette distinction; il suffit, pour s'en convaincre, de relire le passage que nous avons transcrit plus haut. C'est bien, à la vérité, d'obligations à primes qu'il s'agissait dans l'espèce ; mais la Cour de cassation ne fait pas la moindre allusion à cette circonstance; la seule distinction qu'elle fasse est entre les tirages au sort qui attribuent à divers souscripteurs des sommes matériellement différentes, et ceux qui leur attribuent, à des époques diverses, des sommes matériellement identiques. — V. Wahl, *Sociétés d'épargne et de capitalisation* (*Journ. des soc.*, 1899, p. 246, n. 20).

172. — La cour de Lyon, d'autre part, tient pour nuls des engagements à long terme dont l'échéance extrême est postérieure au terme fixé pour l'expiration de la société. Or ni le texte, ni l'esprit de nos lois sur les sociétés ne leur interdisent de contracter de tels engagements. Si cette prohibition existait, les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les associations sans but lucratif ne pourraient jamais contracter d'engagement, puisqu'il est des événements qui, comme la mort d'un associé, y mettent fin inopinément ; il en serait de même des sociétés sans durée limitée, dont la dissolution peut, à tout moment, être demandée par l'un quelconque des associés. On ne peut même pas dire que la fin d'une société porte préjudice à ceux de ses créanciers dont les créances ne sont pas échues et les mette dans une situation inférieure à celle des autres créanciers. La dissolution emporte déchéance du terme (V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. de la société, du prêt et du dépôt*, 2ᵉ éd., n. 772), c'est-à-dire produit, au point de vue du droit des créanciers, la même conséquence que la faillite ou la déconfiture de la société. — V. Cass., 2 févr. et 10 mai 1887, Brian et Delaunay, [S. 88.1.57, P. 88.1.126, D. 87.1.334] — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 771. — Seul, quand il s'agit, comme dans l'espèce, de créances dont les intérêts, en tout ou partie, se capitalisent pour être remboursés par voie de tirage au sort, le montant du remboursement donne lieu à des difficultés, et ces difficultés ont été tranchées par la jurisprudence. — V. Cass., 2 févr. et 10 mai 1887, précités. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 760. — V. au surplus, sur la somme pour laquelle peuvent produire les porteurs d'obligations, les développements donnés *suprà*, v° *Faillite*, n. 1104 et s., et *infrà*, v° *Société commerciale*.

173. — Au fond, nous sommes ici en présence d'une jurisprudence prétorienne, justifiée par le danger que les sociétés de capitalisation, trop souvent organisées dans l'intérêt de leur fondateur, font courir à l'épargne populaire. Ce que la cour de Lyon a voulu, c'est évidemment rendre impossibles désormais certaines combinaisons, peut-être juridiquement défendables, mais pratiquement susceptibles de donner naissance aux plus graves abus. Que ce but ait été atteint, c'est ce dont on ne saurait douter si l'on étudie l'arrêt précité. Ainsi que le fait remarquer M. Wahl, note sous Lyon, 19 juill. 1898, [S. et P. 1901.2.257], si l'on tient compte de ce fait que la cour de Lyon subordonne la validité des diverses combinaisons à la condition que la capitalisation pratiquée par la société, au moyen de placements faits au taux le moins rémunérateur, lui permette d'opérer tous les remboursements promis, si l'on observe encore que la cour de Lyon interdit aux sociétés de capitalisation de rembourser aux souscripteurs une somme inférieure à celle que leur auraient rapportée leurs fonds capitalisés par leurs propres soins, si l'on remarque également que les prélèvements opérés au profit des administrateurs ou des actionnaires doivent, suivant la cour de Lyon, être contrôlés par les tribunaux, et enfin qu'on a été jusqu'à considérer comme une dérogation aux lois limitatives du taux de l'intérêt toute clause impliquant l'addition d'intérêts de plus de 5 p. 0/0 au capital (Trib. Lyon, 31 janv. 1896, *Rev. des soc.*, 96.270), contrairement à la jurisprudence qui restreint au prêt l'application de ces lois (V. *suprà*, v° *Intérêts*, n. 132), il n'y a plus à rechercher sous quelles conditions une société de capitalisation peut vivre, il faut affirmer que le fonctionnement de ces sociétés devient impossible.

174. — La chambre des requêtes a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt précité de la cour de Lyon et a décidé que lorsqu'il est constaté en fait que les opérations effectués par des sociétés de reconstitution de capitaux ont pour but unique d'offrir au public la chance d'un gain dépendant du hasard, et ce au bénéfice de ceux des porteurs de polices qui étaient favorisés par le sort et au préjudice de ceux dont les polices n'étaient remboursables qu'à l'échéance extrême fixée par la convention, ces sociétés sont à bon droit déclarées nulles comme constituant des loteries prohibées. — Cass., 18 déc. 1899, Bois, [S. et P. 1903.1.133]

175. — Dans cet arrêt la Cour de cassation semble avoir voulu se borner à rappeler qu'il y a loterie, lorsque des chances de gain dépendant du hasard sont offertes au public. Sur ce point, qui résulte de l'art. 2, L. 21 mai 1836, il n'y a pas de doute (V. la note de M. Albert Wahl, précitée). La Cour de cassation admet donc qu'il y a loterie quand les sommes promises par la société sont payables à des époques diverses, tout au moins lorsqu'il y a là, pour la société qui émet les titres, un « but unique ». Il importe de remarquer cette dernière restriction; par cette raison, en effet, la Cour de cassation évite de se mettre directement en contradiction avec la solution donnée par l'arrêt rendu par la chambre criminelle, le 14 janv. 1876, précité,

d'après lequel l'émission d'obligations à primes, où la chance de gain est secondaire, mais résulte, comme dans l'espèce, de remboursements échelonnés dont bénéficient successivement des obligations désignées par le sort, est valable. Mais la chambre criminelle ne se fondait pas sur le caractère secondaire de la chance de gain; elle se fondait sur ce qu'il y a loterie dans le cas seulement où le montant des sommes attribuées aux divers souscripteurs, et non pas dans celui où l'époque de paiement de ces sommes, diffère (V. à cet égard, la note de M. Albert Wahl). La contradiction est d'autant plus certaine que, déjà devant le tribunal de Lyon, on avait écarté l'autorité de l'arrêt de la chambre criminelle, en se basant sur ce que cet arrêt avait statué dans une hypothèse où la chance de gain était secondaire (V. la même note).

176. — Depuis lors, la chambre criminelle a rendu un arrêt décidant que lorsqu'une société de capitalisation offre au public, moyennant le versement d'une somme de 5 fr., 70 fr., ou 225 fr., des titres qui ne produisent pas d'intérêts périodiques et qui sont remboursables en quatre-vingt-dix-neuf ans à 100, 500 et 1,000 fr., par voie de tirages au sort trimestriels, l'arrêt qui, pour refuser d'assimiler ces opérations à une loterie prohibée, se fonde sur ce que, l'attribution et la quotité des primes étant déterminées par le contrat lui-même d'une manière uniforme pour tous les souscripteurs, le sort n'intervient que pour fixer l'époque du remboursement, justifie suffisamment, par ce motif, sa décision. — Cass., 24 avr. 1902, Lejeune, [S. et P. 1903.1.156]

177. — Dans cet arrêt qui a statué sur une hypothèse analogue à celle de l'arrêt du 18 déc. 1899, la chambre criminelle a confirmé sa doctrine de 1876. Elle a reproduit presque textuellement le considérant dans lequel ce dernier arrêt refusait d'appliquer la loi de 1836 à l'hypothèse où, le « gain étant déjà acquis, le sort ne fait que fixer le terme où il sera payé ». Ceci justifie l'interprétation que M. Wahl, dans sa note précitée, a donnée de la doctrine de la chambre criminelle; il est certain que, même si la chance de gain est l'élément principal envisagé par les parties, il n'y a pas, suivant la chambre criminelle, de loterie, dès lors que tous les titres, à des époques variables et fixées par le sort, sont appelés à bénéficier de cette chance de gain. Il y a donc une contradiction entre la doctrine de la chambre criminelle et celle de la chambre des requêtes. La première semble avoir plus de prix que la seconde, d'abord parce qu'elle est plus rationnelle et plus conforme à la loi (V. la note précitée de M. Wahl), ensuite, parce qu'elle est motivée en droit, alors que la chambre des requêtes a procédé par simple affirmation.

178. — Mieux eût valu que le législateur déterminât par des textes précis la condition légale des *sociétés de capitalisation*, et nous fît connaître clairement si ces sociétés doivent être assujetties au régime des assurances sur la vie ou des tontines, à celui des sociétés de secours mutuels, ou au régime des associations réglementées par la loi de 1901. Il semblait, lorsque la question des *Prévoyants de l'avenir* fut posée devant le Parlement, que cette loi fût sur le point d'être votée; mais il n'en a rien été. La loi du 3 févr. 1902 ne répond que très imparfaitement à l'objectif indiqué, attendu que faite *intuitu personæ*, c'est-à-dire en vue de sauver la société des *Prévoyants de l'avenir*, menacée d'une liquidation désastreuse, elle ne statue que pour le passé, et ne peut être invoquée que par les sociétés existantes au moment de sa promulgation; d'une manière générale, cette loi autorise les *Prévoyants*, ou les autres sociétés du même type à fonctionner sous le régime des associations déclarées, conformément à la loi de 1901, à la condition de limiter la part annuelle des sociétaires à une fois et demie le capital originaire versé par eux pendant les dix premières années à courir depuis le début des répartitions. Mais aucune règle n'est formulée au sujet du régime légal des sociétés de capitalisation qui pourraient se constituer dans l'avenir, ainsi que des conditions de validité des sociétés de ce type. — V. pour l'étude de ces sociétés et des difficultés d'ordre juridique ou pratiques auxquelles leur fonctionnement peut donner lieu, *suprà*, v° *Secours mutuels* (*sociétés de*), n. 70 et s., et *infrà*, v° *Sociétés d'assurance et de capitalisation*. — V. Rajon, *Des sociétés de capitalisation*, 1901 (*Annales de dr. commerc.*, 1901, p. 141, 1902, p. 149).

179. — Est également nulle toute société ayant pour but de faire échec au libre fonctionnement d'un *monopole légal*. C'est ainsi que l'association formée pour des opérations de courtage dans la coulisse de la Bourse et le partage des bénéfices résultant des remises à obtenir des agents de change et des coulissiers opérant sur la rente, est entachée d'une nullité d'ordre public, comme ayant pour base la violation tant des lois qui prohibent toute opération fictive à la Bourse, que de celles qui attribuent à un ordre particulier de fonctionnaires la négociation exclusive des effets publics et des valeurs susceptibles d'être cotées. — Paris, 10 nov. 1854, Moreau, [S. 55.2.548, P. 55.1.445] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 69; Guillouard, n. 53. — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1338, n. 68. — V. Trib. comm. Seine, 8 déc. 1887, [J. *Le Droit*, 24 déc. 1887]

180. — ... Et la nullité d'une telle association doit être prononcée, alors même qu'aux opérations illicites en vue desquelles elle a été formée, on aurait joint des opérations sérieuses et régulières, sauf aux parties à régler ces dernières opérations ainsi qu'elles aviseront. — Paris, 10 nov. 1854, précité. — Sur le monopole des *agents de change*, V. *suprà*, *hoc v°*, n. 140 et s.

181. — Serait également nulle la société constituée en vue d'émettre des billets de banque payables *à vue*, en violation du monopole de concession dont la *Banque de France* est investie. Mais on devrait considérer comme licite et valable une société ayant pour objet l'établissement d'une banque destinée à émettre des billets au porteur, lorsque, d'après les statuts de cette société, elle ne peut créer que des billets à terme, et en échange des dépôts qui lui sont faits, de telle sorte qu'ils soient toujours la suite d'une opération spéciale et déterminée. — Cass., 18 déc. 1850, *l'Unité*, [S. 51.1.167, P. 51.2.410, D. 51.1.30] — V. *suprà*, v° *Banque d'émission*, n. 133 et s.

182. — Et, dans tous les cas, ce moyen de nullité ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 18 déc. 1850, Durand, [S. 51.1.167, P. 51.2.410, D. 51.5.496]

183. — Le principe de la liberté commerciale, inscrit dans la loi des 2-17 mars 1791, est un principe d'ordre public, dont la violation, par les fondateurs d'une société constituée entre les principaux détenteurs d'une marchandise, en vue d'en monopoliser la vente et d'en fausser le cours, doit être sanctionné par la nullité de la société, sans préjudice de l'application aux producteurs ou détenteurs coalisés, des pénalités édictées par l'art. 419, C. pén. — Cass., 1er févr. 1834, Durand, [S. 34.1.31]; — 11 févr. 1879, Cournerie, [S. 79.1.198, P. 79.490, D. 79.1.349] — Grenoble, 1er mai 1894, Bonneton, [S. et P. 94.2.227, D. 95.2.24] — Trib. corr. Seine, 28 sept. 1898, Compt. des plâtriers de la Seine, [*Pand.* 1900.2.33] — Sur la distinction des syndicats de défense (*cartels*) considérés généralement comme valables, et des syndicats ou sociétés d'accaparement (*trusts*), tendant à l'établissement des monopoles de fait et tombant sous l'application de l'art. 419, C. pén., ainsi que des prohibitions de la loi de 1791, V. notamment Babled, *Les syndicats de producteurs et détenteurs de marchandises, au double point de vue économique et pénal*, 1892; Brouilhat, *Essai sur les ententes industrielles et pénales*, 1895; Laus, *De l'accaparement*, 1900; de Roussien, *Les syndicats industriels de producteurs en France et à l'étranger*, 1901; Pic, *Tr. de législ. industr.*, 2e éd., p. 409 et s.; *Les syndicats ou coalitions de producteurs et la loi pénale* (*Rev. polit. et parlem.*, nov. 1902); *Cartels et trusts* (*Quest. prat. de législ. ouvrière*, août-mai 1903); Perceron, *Des syndicats de producteurs* (*Ann. de dr. commerc.*, 97. 271); Cauwès, *Les ententes commerciales et la loi pénale* (*Réforme écon.*, 16 févr. 1902; Dolléans, *L'accaparement*, 1902; Garraud, *Tr. de droit pénal français*, t. 5, p. 454 et s. — V. *suprà*, vis *Accaparement*, *Liberté du commerce et de l'industrie*, n. 77 et s.

184. — L'une des matières dans lesquelles la jurisprudence a eu le plus souvent à faire application des principes que consacre l'art. 1833, C. civ. est incontestablement celle des sociétés relatives à des *offices ministériels*. Ces offices n'étant point dans le commerce, si ce n'est en ce qui concerne le droit de présentation consacré par la loi du 28 avr. 1816 (art. 91), la doctrine et la jurisprudence s'accordent aujourd'hui à considérer comme illicites les sociétés constituées, sous quelque forme que ce soit, en vue d'exploiter l'un de ces offices. — Cass., 15 déc. 1851, Velay-Mèze, [P. 53.2.609] — Paris, 15 juin 1850, Delagrange, [P. 51.1.48] — Lyon, 9 déc. 1850, Velay-Mège, [P. 51.1.52] — Rennes, 9 avr. 1851, Hignard, [P. 51.2.280] — Lyon, 28 févr. 1853, Couvert, [P. 53.2.612] — Bédarride, *Soc.*, n. 25; Cuénot, note sous Cass., 15 déc. 1851, [P. 53.2.609] — Laurent, t. 26, n. 157; Pont, t. 1, n. 45 et s.; Thaller, p. 170; Houpin, t. 1, p. 24. — V. *suprà*, v° *Office ministériel*, n. 156 et s.

185. — La question était cependant, jusque vers 1835, très-vivement controversée en doctrine; et nombre d'auteurs, fidèles aux traditions de l'ancien droit Loyseau, *Des offices*, liv. 3, ch. 9, n. 54, et ch. 10, n. 10 et 11), se prononçaient pour la validité de ce genre de sociétés. — Dard, *Traité des offices*, p. 328 et s.; Mollot, *Bourses de commerce*, n. 284; Bioche et Goujet, *Dict. de procéd.*, v° *Office*, n. 16; Frémery, [J. *Le Droit*, n. 2-7 févr. 1838]; note sous Paris, 2 janv. 1838, [P. 38.1.152]; Horson, [*Gaz. des Trib.*, 16 oct. 1834]

186. — Mais, dès l'origine, la jurisprudence s'est, avec raison, selon nous, prononcée pour la nullité, ainsi que la chancellerie. C'est ainsi qu'une décision du ministre de la Justice, du 3 févr. 1837, R..., [S. 38.2.48], a refusé de proposer la nomination à une charge de notaire, nomination demandée en vertu d'un traité renfermant une stipulation de partage des bénéfices entre le cédant et un prédécesseur du cédant et le candidat. Le motif général qui sert de base à cette décision ministérielle est conçu en ces termes : « Attendu qu'il est contraire à la considération, à l'indépendance, à la moralité du notariat, que cette profession soit exercée par association; qu'ainsi, le notaire titulaire se trouverait placé sous le contrôle et l'influence de son associé dans des actes et une direction qui ne doivent être le résultat que de sa seule volonté ». Voici en résumé les motifs sur lesquels s'appuient les auteurs ou les arrêts qui se sont prononcés pour la nullité : un office est une délégation de la puissance publique, qui de sa nature ne peut être mise en commun, et le caractère de cette fonction, le secret et l'indépendance de la profession, sont incompatibles avec l'association. Les attributions de notaire, avoué, huissier, agent de change, etc., doivent être exercées avec désintéressement, probité, délicatesse, ainsi que le dit Troplong (*Sociétés*, n. 93); mais si l'amour du gain en fait une spéculation, elles perdent leur principale utilité pour les citoyens. La loi n'aura pas institué une classe de fonctionnaires pour lesquels elle demande la confiance des familles, elle aura organisé une exploitation mercantile qui joindra aux inconvénients du monopole l'esprit de compétition ardente de la concurrence; tous les efforts de la discipline doivent donc tendre à éloigner de ces offices les calculs de la cupidité.

187. — Doivent en conséquence être considérées comme nulles les sociétés formées pour l'exploitation d'une charge : de *notaire*, et pour le partage des produits de l'office (V. *suprà*, v^is *Notaire*, n. 1609 et s., *Office ministériel*, n. 170). — Cependant on considère parfois comme valable la convention par laquelle, en cédant son office, un notaire se réserve une part dans les produits de la charge. — V. *suprà*, v° *Office ministériel*, n. 171.

188. — Il est plus juridique, selon nous, de décider que toutes les stipulations de ce genre sont nulles. Ainsi, devrait être annulé, comme contraire à l'ordre public, le traité par lequel un notaire, en épousant la fille de son prédécesseur, constituerait une société d'acquêts entre lui, sa future épouse et les parents de celle-ci, de telle sorte qu'il y aurait lieu à partage des produits de l'office entre l'ancien et le nouveau titulaire. — Bordeaux, 3 juin 1890, Archambeaud, [D. 98.2.84]

189. — ... D'*avoué*. — Rennes, 28 août 1841, L..., [S. 41.2.495] — V. *suprà*, v° *Avoué*, n. 89, 118 et s.

190. — ... D'*huissier*. — Cass., 12 févr. 1878, Maxe et Cahen, [S. 78.1.153, P. 78.382, D. 78.1.417] — Riom, 3 août 1841, Benoît, [S. 41.2.492] — V. *suprà*, v° *Huissiers*, n. 306, et v° *Office ministériel*, n. 164 et s.

191. — ... D'*avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*. — V. décret du 15 mai 1884, portant organisation des avocats-défenseurs en Cochinchine : l'art. 11 du décret interdit aux avocats-défenseurs de s'associer entre eux pour l'exploitation de leurs offices.

192. — ... De *courtier maritime*, sans qu'il y ait à distinguer entre la finance et l'office, et quelle que soit la forme de la société, fût-ce une simple association en participation. — Bordeaux, 8 juin 1853, Constantin, [P. 53.2.612, D. 53.2.209] — V. cependant, dans le sens de la validité des participations de cette nature, Bruxelles, 18 juill. 1829, Somers, [P. chr.] — Alger, 28 juill. 1860, de Ligonnier, [S. 61.2.61, P. 60.1073] — V. *suprà*, v° *Courtier*, n. 76 et s., et v° *Office ministériel*, n. 162 et 163.

193. — En ce qui concerne les agents de change, V. *suprà*, v° *Agent de change*, n. 96 et s. et *Office ministériel*, n. 161.

194. — Les fonctions de *facteur à la halle* n'ont jamais constitué une charge publique, ni un office, mais seulement une agence de commission. Par suite, les facteurs à la halle pouvaient vendre leurs agences, dès avant le décret du 22 janv. 1878, à condition de faire agréer leur successeur, comme aussi ils pouvaient s'associer avec un bailleur de fonds. — Paris, 5 mars 1881, Terrade, [S. 81.2.130, P. 81.1.696, D. 82.2.39] — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Halles et marchés*, n. 53; Guillouard, n. 52. — V. sur ce point, v° *Halles, Foires et Marchés*, n. 197.

195. — Jugé de même : 1° Que l'on devait tenir pour licite une société formée entre deux ouvriers imprimeurs pour l'exploitation matérielle d'une imprimerie dont le brevet appartenait à un tiers qui en restait titulaire. — Aix, 14 déc. 1827, Dufort, [P. chr.]

196. — ... 2° Qu'un brevet de maître de poste pouvait faire l'objet d'une société. Une telle société devait recevoir son exécution entre les contractants, sans préjudice des droits de l'administration vis-à-vis du titulaire. — Rennes, 26 août 1837, Maheu, [P. 41.2.723] — Ces décisions n'ont plus d'ailleurs qu'un intérêt historique, V. *suprà*, v^is *Imprimerie*, *Maître de postes*.

197. — Des principes formulés précédemment découle la nullité des sociétés constituées, non seulement pour l'exploitation en commun d'une charge, mais encore pour le groupement et l'exploitation en commun de plusieurs charges, notamment de plusieurs charges de notaire ou d'huissier. — Pau, 8 juin 1891, Firmin Abadie, [D. 93.2.174] — Il ne saurait être permis aux officiers ministériels d'une même ville, en vue de réduire leurs frais généraux, de constituer entre eux une sorte de cartel ou de trust; la seule voie légale qui leur serait ouverte, s'ils estiment que le nombre d'offices similaires est trop considérable, est de provoquer une décision de la Chancellerie prescrivant la suppression d'une ou de plusieurs charges et le rachat des offices supprimés par les titulaires des offices maintenus.

198. — Serait également nulle la société constituée entre un officier ministériel et un tiers pour l'accomplissement d'actes rentrant dans l'exercice de ses fonctions, et qu'il doit exécuter seul, sous sa responsabilité exclusive. Ainsi, est nulle, comme ayant une cause illicite et contraire à l'ordre public, la société formée entre un adjudicataire de créances et un huissier, pour le recouvrement de ses créances, sous la condition que l'huissier sera chargé de faire, dans l'intérêt de la société, tous les actes de son ministère qui pourront être nécessaires, et qu'il recevra pour rémunération, en sus du coût de ses actes, une part des bénéfices nets provenant du recouvrement. — Cass., 10 janv. 1865, François, [S. 65.1.110, P. 65.250, D. 65.1.290]

199. — ... Ou pour l'accomplissement d'opérations de commerce ou de spéculations diverses (spéculations sur immeubles notamment) que les devoirs de sa charge lui interdisent d'entreprendre. Ainsi serait nulle la société formée entre un notaire et un tiers pour l'achat en gros d'immeubles et leur revente au détail. — Dijon, 25 juin 1884, sous Cass., 14 mai 1888, Court, [S. 89.1.12, P. 89.1.16, D. 88.1.487]

200. — Mais on devrait, au contraire, tenir pour valable la convention par laquelle un notaire ou un avoué admettent certains de leurs clercs à participer aux bénéfices de leurs charges, la participation aux bénéfices n'étant, en principe, ainsi que nous l'avons dit, qu'une modalité du louage de services. — V. *suprà*, n. 125.

201. — L'application des lois sur l'exercice de la *pharmacie* (L. 21 germ. an XI) implique nécessairement la nullité des sociétés constituées entre pharmaciens diplômés et bailleurs de fonds non pourvus du diplôme, alors même que les pharmaciens se réservent les manipulations et les rapports avec le public. Il ressort en effet de l'art. 25 de ladite loi que le gérant de la pharmacie doit en même temps en être le propriétaire, en avoir la direction exclusive, non seulement technique mais commerciale. Il ne suffirait pas qu'il fût le gérant d'une société en commandite. — Trib. Seine, 1er mars 1897, [*Journ. des soc.*, 97.305] — Rennes, 12 nov. 1897, [*Journ. des soc.*, 99.160] — V. cep. Lyon, 22 mai 1895, [*Journ. trib. com.*, t. 11, p. 210] — Sur les tolérances dont bénéficient à cet égard les *sociétés de secours mutuels*, V. Thaller, *Les sociétés coopératives et la pharmacie* (*Quest. prat. de législ. ouvr.*, 1902, p. 33 et s.). — V. *suprà*, v^is *Pharmacie*, n. 67 et s.; *Secours mutuels* (*société de*), n. 93 et s.

202. — Il importe peu que le tiers avec lequel les pharmaciens se sont associés soit docteur en médecine, la loi considérant comme particulièrement suspects ces accords plus ou moins clandestins entre médecins et pharmaciens. — Lyon, 22 mai 1861, Juvin et Pethaud, [S. 62.2.39, P. 62.610] — Paris, 27 mars 1862, Ferrand, [S. 62.2.381, P. 62.402, D. 62.2.105] — V. Laurent,

t. 26, n. 162; Guillouard, n. 51; Houpin t. 1, p. 25. — Les médecins comme les pharmaciens, doivent, en effet, exercer leur profession sous leur responsabilité personnelle et exclusive; la loi de 1892 leur interdit d'exercer *sous un pseudonyme* (art. 9, *in fine*); il en doit être de même de l'exercice de la médecine seule ou de la médecine et de la pharmacie combinées, sous une raison sociale, cette coopération ne permettant pas d'établir exactement les responsabilités de chacun.

203. — Ainsi, et spécialement, doit être considérée comme nulle la société formée entre un médecin et un tiers pour l'exploitation d'un cabinet médical. — Trib. Seine, 28 juil. 1896, [J. *Le Droit*, 8 oct. 1896]

204. — ... Ou la société formée pour la fabrication ou la vente de remèdes secrets, interdits à ce titre par la loi. Une telle société ne saurait donner naissance à aucune action en justice. — Paris, 15 juin 1838, Morison, [P. 38.2.105]; — 5 févr. 1889, [D. *Rép., suppl.*, v° *Soc.*, n. 92] — V. *suprà*, v° *Pharmacie*, n. 197 et s., en ce qui concerne les remèdes secrets.

204 *bis*. — Avant la loi du 30 nov. 1892, les dentistes pouvaient s'associer librement, l'exercice de l'art dentaire étant libre (V. *suprà*, v° *Dentiste*, n. 30). Depuis la loi de 1892, l'art dentaire ne peut être exercé qu'en vertu d'un diplôme qui assimile les dentistes aux médecins à ce point de vue. Ils peuvent, il est vrai, avoir des commanditaires, mais à la condition que la responsabilité du gérant du cabinet, pourvu du diplôme, soit nettement définie.

205. — La création d'effets de complaisance, c'est-à-dire d'effets de commerce, traites ou billets, faussement causés dans le but de faire croire à un crédit imaginaire et à des relations d'affaires qui en réalité n'existent point entre tireur et tiré, est nulle d'une nullité d'ordre public. D'où il suit que l'on doit considérer comme illicite et nulle l'association établie entre plusieurs commerçants, sous le prétexte de se prêter un mutuel appui pour augmenter leur capital au moyen d'un échange de valeurs, mais qui n'a, en réalité, pour objet que d'organiser une circulation de valeurs fictives pour tromper le public sur les bases comme sur l'étendue de leur crédit. — Amiens, 4 mai 1878, Tellier, [S. 79.2.44, P. 79.218] — V. Rousseau, *Trafic des billets de complaisance*, p. 12; Hémar, *Des effets de complaisance*; Thaller, note sous Lyon, 30 mars 1897, L..., [D. 97.2.385]; Meynial, note sous Paris, 16 nov. 1888, Seyboth et Cie, [S. 91.2.89, P. 91.1.472]; Pic, note sous Trib. com. Havre, 11 mars, Ve Lambert, et 8 juin 1896, Conquy, [D. 98.2.521] — V. aussi, Lyon, 30 mars 1897, L..., [S. et P. 1900.2.153 et la note de M. Wahl] — V. *suprà*, v° *Billet de complaisance*, n. 1 et s.

206. — Il est rigoureusement interdit, sous diverses sanctions pénales, disciplinaires ou civiles, aux fonctionnaires de tous ordres, de trafiquer de leur influence, ou des mandats qui leur sont confiés. Jugé en conséquence que l'on doit tenir pour nulle ou de nul effet : l'association fondée pour l'obtention de certains emplois du Gouvernement. — Lyon, 12 janv. 1822, Nivière, [P. chr.]

207. — ... Ou l'association entre fournisseurs et fonctionnaires préposés à la réception des fournitures. Ainsi, un adjudant d'administration des bureaux d'une intendance militaire ne peut prendre un intérêt dans un marché de fournitures dont l'intendance est chargée d'assurer l'exécution. Dans ce cas, l'association formée entre le fournisseur et l'adjudant pour les achats de fournitures; si elle ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, n'en est pas moins nulle comme contraire à l'ordre public. — Aix, 22 juin 1878, Poitevin, [S. 79.2.19, P. 79.108] — *Sic*, Guillouard, n. 53.

208. — Et la nullité de l'association peut être opposée à l'adjudant par le fournisseur, quelque profit que ce dernier ait retiré de l'association. — Même arrêt.

209. — Mais doit être considérée comme licite l'association formée pour la mise en valeur de concessions obtenues ou à obtenir (Paris, 3 avr. 1884, *Rev. des soc.*, 85.15), telles que concessions minières, concessions coloniales, etc.

210. — ... Ou l'association en participation formée entre deux individus dans le but d'obtenir une adjudication, si d'ailleurs ils n'ont rien fait pour entraver la liberté des enchères. Une telle convention ne saurait, en ce cas, être réputée illicite, sous prétexte qu'elle aurait eu pour objet d'empêcher l'adjudication de s'élever à sa véritable valeur. — Cass., 23 avr. 1834, Nel, [S. 34.1.746, P. chr.] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 41; Guillouard, *loc. cit.*; Laurent, t. 26, n. 161. — V. Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1133, n. 70 et s. — V. *suprà*, v° *Enchères (entraves à la liberté des)*, n. 26 et s.

211. — ... Ou la société formée pour l'exploitation d'une agence d'affaires d'expropriation. — Paris, 5 déc. 1871, [cité par Houpin, t. 1, p. 26, note 4]

212. — Une société peut d'ailleurs renfermer certaines clauses illicites, contraires à une loi prohibitive formelle ou à l'ordre public, sans être nulle pour autant; il en est ainsi, du moins, lorsque la clause n'est pas de telle importance que sa suppression ne doive logiquement avoir pour conséquence la nullité de la société elle-même. Ainsi, la clause par laquelle des associés sont convenus que les biens compris dans la société seront possédés par le survivant d'eux, à la charge par lui de les conserver et de les rendre à un tiers désigné, n'est nulle qu'en ce qui touche le fidéicommis ou la charge de conserver et de rendre. La disposition relative au droit de l'associé survivant contient un véritable contrat aléatoire, qui conserve tous ses effets nonobstant les lois abolitives ou prohibitives des substitutions. — Bastia, 2 juin 1828, Rouensera, [S. et P. chr.]

213. — Il en serait de même des clauses, contraires au principe de la liberté de l'industrie, qui pourraient figurer dans le pacte social. Rappelons à ce sujet que la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut, d'après une jurisprudence constante, être restreinte par des conventions particulières, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu. — Sur le principe, V. Cass., 30 mars 1885, Carrence et Giraud, [S. 86.1.167, P. 86.390, D. 85.1.247]; — 2 juill. 1900, Combasson, [D. 1901.1.294] — Pic, *Tr. de lég. ind.*, n. 271 et s. — V. *suprà*, v° *Liberté du commerce et de l'industrie*, n. 60 et s.

214. — Ainsi, doit être tenue pour valable la stipulation d'un acte de société portant qu'au cas d'abandon du fonds social après dissolution de la société, l'autre associé ne pourra pas placer, dans des localités déterminées et avec la même distinction, les produits industriels pour l'exploitation desquels la société avait été formée. — Angers, 16 mai 1894, Pasquet, [S. et P. 94.2.180] — Paris, 29 juin 1895, [*Rev. prat. de dr. ind.*, 95.319] — V. Allart, *Tr. théor. et prat. de la concurrence déloyale*, p. 299; Pic, *op. cit.*, n. 276.

215. — Par contre serait nulle la clause d'un acte de société par laquelle l'un des associés s'interdirait pour l'avenir de faire en un lieu quelconque aucune entreprise sans la participation ou l'assentiment de ses associés. — Rennes, 11 mars 1812, Gault et Aché, [P. chr.]

216. — Signalons, en terminant cette étude des causes de nullité tenant à l'objet, la jurisprudence qui s'était formée relativement aux sociétés destinées à servir en quelque sorte de support juridique à des congrégations non autorisées, incapables à ce titre de posséder ou d'accomplir aucun acte de la vie civile. — V. *suprà*, v° *Communauté religieuse*, n. 743 et s.

217. — Il est intéressant de remarquer que la loi du 1er juill. 1901, sur les associations, n'a fait que confirmer et préciser cette jurisprudence traditionnelle, destinée à prévenir le développement excessif des biens de mainmorte. Signalons notamment l'art. 17 de ladite loi, déclarant personnes interposées, en vertu d'une présomption admettant d'ailleurs la preuve contraire, l'associé ou la société civile ou commerciale composée en tout ou partie de membres de la congrégation, propriétaire de tout immeuble occupé par l'association.

218. — Une société, pourvu que son objet soit licite et qu'elle se conforme aux formalités spéciales que cet objet peut impliquer, peut se constituer pour une durée indéterminée (sous réserve des causes de dissolution). Il en est ainsi en particulier des sociétés formées entre habitants d'une même commune rurale pour la jouissance en commun de bois et pâturages sous certaines conditions de domicile, de résidence, de possession de terres et d'hivernage de bétail. — Cass., 6 févr. 1872, Munnet, [S. 72.1.8, P. 72.10, D. 72.2.227] — V. *suprà*, v° *Affouage*, et *infrà*, v° *Usages forestiers*. — Sur les difficultés spéciales auxquelles donnent lieu les sociétés taisibles ou tacites, à raison de l'absence d'écrit, V. *infrà*, v° *Sociétés civiles*.

2° Des effets de la nullité.

219. — Ces effets sont régis par le droit commun. S'agit-il d'une nullité pour *vice de consentement*, il convient d'appliquer

les principes généraux de la nullité *relative*. La nullité ne pourra donc être demandée que par la victime de l'erreur, du dol ou de la violence; elle devra l'être dans le délai de dix ans à compter de la découverte de l'erreur, du dol ou de la cessation de la violence; elle est susceptible de confirmation expresse ou tacite (C. civ., art. 1304 et 1338, cbn). — V. *suprà*, v° *Nullité*, n. 57, 124 et s.

220. — La nullité a pour effet de faire rentrer le demandeur dans l'intégralité de son apport, franc et quitte de toutes charges nées du chef de la société. Il n'y a donc pas lieu à liquidation proprement dite des opérations sociales, mais seulement à restitution pure et simple dudit apport. — Thaller, p. 178.

221. — En principe, la nullité judiciairement prononcée a effet *ergà omnes*. Toutefois, si la nullité était prononcée pour cause de dol commis par l'un des associés au regard de l'autre, elle ne saurait avoir pour résultat d'affranchir l'apport de l'associé au regard des créanciers sociaux. Il resterait obligé au passif dans la mesure déterminée par les statuts, sauf à recourir de ce chef contre son coassocié, auteur du dol. — Thaller, *loc. cit.* — V. ce qui est dit *infrà*, v° *Société commerciale*, au sujet de la nullité de souscriptions d'actions extorquées par dol.

222. — La nullité fondée sur le caractère illicite de l'objet de la société est au contraire une nullité absolue, pouvant être invoquée par tous les intéressés, et non susceptible de confirmation. Il y a d'ailleurs des degrés, même en matière de nullité absolue. Ainsi, quand une société n'est nulle que relativement à sa constitution, et que son objet n'a rien d'illicite, la société, radicalement nulle pour l'avenir, doit être liquidée pour le passé conformément aux stipulations du pacte social. — Cass., 10 janv. 1865, François, [S. 65.1.110, P. 65.250]

223. — Jugé, en ce sens, qu'au cas où une société loyalement formée vient à être annulée ou à défaillir par suite de l'inexécution des conditions essentielles à sa constitution, toutes les opérations accomplies pendant son existence de fait lient les parties et donnent lieu à une liquidation et à un règlement obligatoire pour tous les associés. — Cass., 7 févr. 1865, Bélot, [S. 65.1.235, P. 65.554, D. 65.1.289]

224. — Spécialement, les membres d'une société dissoute à défaut de souscription du nombre d'actions exigé par les statuts pour sa constitution définitive peuvent être contraints à opérer un versement de fonds voté dans une assemblée générale des associés antérieurement à la dissolution. — Même arrêt. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

225. — Jugé, également, que la nullité d'une société, créée dans un but d'intérêt licite en lui-même, laisse subsister pour le passé la communauté qui a existé entre les associés. Par suite, chacun d'eux est en droit d'en provoquer la liquidation. — Cass., 15 nov. 1876, Salmane, [S. 77.1.409, P. 77.1085, D. 77.1.70]; — 7 juill. 1879, Contadend, [S. 80.1.206, P. 80.486, D. 80.1.123] — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1110, n. 49 et 50.

226. — Il en est ainsi, notamment, de la nullité d'une société pour défaut de publicité. — Cass., 7 juill. 1879, précité.

227. — Par contre, une société illicite, non seulement quant à sa constitution, mais encore quant à ses actes, qui tous sont contraires à la loi, est nulle, non seulement pour l'avenir, *mais encore pour le passé*, de telle sorte que les associés n'ont contre eux aucune action, même pour la liquidation des faits accomplis. — Cass., 10 janv. 1865, précité. — V. au surplus, sur le principe, Guillouard, n. 56 et s.; Laurent, t. 26, n. 166; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 758; Pont, t. 1, n. 47 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 73; Thaller, p. 179.

228. — Tel est du moins le principe : mais à ce principe la jurisprudence apporte des correctifs importants, pour des raisons d'équité ou d'utilité pratique. Pour les résumer et les présenter d'une façon méthodique, on peut les ramener à plusieurs hypothèses.

229. — *1re hypothèse*. La plus simple est celle d'une société annulée avant d'avoir fonctionné, *rebus ad hoc integris*. En pareil cas, la société n'ayant encore donné naissance à aucune transaction susceptible de créer à sa charge un passif quelconque, l'annulation produira son plus grand effet. Les choses se passeront comme si la société n'avait jamais existé; aucune action ne sera accordée aux associés dans leurs rapports respectifs, soit pour exiger le versement de leurs mises, soit pour obtenir la mise à exécution du pacte. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 73.

230. — *2e hypothèse*. La société n'a pas encore fonctionné, mais les actionnaires ont déjà réalisé leurs apports, au moins partiellement. Pourront-ils en exiger la restitution? Quelques auteurs l'ont contesté, en arguant de l'adage, *in turpi causâ melior est causa possidentis*. — Pardessus, t. 4, n. 1009; Troplong, t. 1, n. 105; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. 1, n. 65.

231. — Mais cette opinion n'a pas prévalu. Pour justifier une solution aussi inique, dont le résultat serait d'enrichir le gérant des dépouilles des associés, il faudrait un texte formel, et ce texte fait défaut. Au surplus, et à supposer que la règle qu'il énonce soit juridique, l'adage « *in turpi causâ...* » signifie simplement que l'individu qui remet à autrui une somme d'argent ou un objet quelconque pour l'inciter à accomplir un acte illicite, n'a pas d'action pour en exiger la restitution; mais toute autre est la condition de l'associé qui, en exécution d'un pacte social dont il ignorera souvent le vice, effectue un versement, non pas aux mains de tel ou tel associé, mais dans la caisse commune gérée en fait, *pour le compte de tous*, par le gérant ou les administrateurs. Si la société vient à être annulée, ce versement se trouve avoir été fait sans cause, et l'apporteur doit être admis à en réclamer la restitution par la *condictio sine causâ*. — C. de la Réunion, 18 janv. 1850, et sur pourvoi, Cass., 15 janv. 1855, Margotteau, [S. 55.1.257, P. 55.2.99, D. 55.1.5]; — 14 mai 1888, [J. *La loi*, 9 févr. 1889] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, § 378, p. 551, note 9; Pont, n. 53; Laurent, t. 26, n. 165 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 53; Houpin, p. 27.

232. — Au surplus, la société constituée pour l'exploitation d'un office ministériel ne saurait être considérée comme ayant un objet immoral; il est interdit sans doute de s'associer pour un objet de ce genre, mais cette interdiction, se rattachant à la nécessité de concentrer les responsabilités sur une seule tête, n'entache point l'association constituée au moyen de la loi d'immoralité. L'associé ne saurait donc, au moins dans ce cas spécial, se voir refuser toute action à l'effet de rentrer dans ses avances. — Cass., 15 janv. 1855, précité. — V. *suprà*, v° *Office ministériel*, n. 178.

233. — *3e hypothèse*. La société a fonctionné, des bénéfices ont été réalisés, ou des pertes ont été subies. Les associés auront-ils action les uns contre les autres pour obliger ceux qui ont perçu les bénéfices à leur en remettre une part, ou pour contraindre leurs coassociés à supporter leur part des pertes? Et, si le principe du droit d'action est reconnu, la participation de chacun aux bénéfices et aux pertes se réglera-t-elle d'après les statuts, ou d'après les principes généraux du Code civil, applicables aux sociétés de fait, abstraction faite des stipulations particulières des statuts de la société annulée? La majorité des auteurs et une fraction de la jurisprudence se prononcent pour le refus d'action. La société étant illicite, partant inexistante, ne saurait engendrer aucune action; or, dit-on, l'action d'un quelconque des associés, à l'effet d'obtenir une quote-part des bénéfices ou le remboursement par les coassociés des frais exposés par lui pour le compte commun, aurait le caractère d'une action *pro socio*. Les choses devraient donc demeurer en l'état où elles se trouvaient au jour de l'annulation.

234. — Ceux qui ont touché les bénéfices les conserveront, ceux qui ont soldé les frais de l'entreprise commune les supporteront définitivement. — Cass., 10 janv. 1865, précité. — V. Pothier, *Société*, n. 36; Bédarride, n. 27; Pont, n. 54; Delangle, n. 101; Pardessus, n. 1007; Delamarre et Lepoitvin, t. 1, n. 51; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 54; Chardon, *Tr. du dol et de la fraude*, t. 3, n. 415; Houpin, t. 1, p. 27.

235. — Ainsi, et spécialement, la nullité d'une société formée en vue de frauder les droits du fisc, a pour effet d'interdire aux parties toutes actions réciproques en révision des comptes auxquels la société a donné lieu, et en répétition des sommes payées en conséquence. — Limoges, 18 août 1879, Raymond, [S. 79.2.248, P. 79.1006]

236. — Mais la jurisprudence décide plus généralement que, bien qu'une société ait une cause illicite et ne puisse conséquemment, en général, produire d'effet, cependant, d'après la règle qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, et qui, par cela même, veut que toute réunion d'intérêts, même fortuite, établisse des rapports et donne des droits pour se provoquer à un règlement et à un partage, ceux qui ont contracté cette société doivent contribuer aux pertes qui peuvent en provenir, vis-à-vis surtout des créanciers auxquels, en leur qualité de tiers,

on ne peut opposer la nullité de la société. — Cass., 24 août 1841, Denoue, [S. 42.1.68, P. 42.1.209] — Lyon, 25 juin 1849, Cornuty, [P. 50.1.296] — Bordeaux, 8 juin 1853, Constantin, [P. 53.2.612] — Caen, 7 févr. 1865, Bélot, [S. 65.1.235, P. 65.554, D. 65.1.289]; — 15 nov. 1876, Salnane, [S. 77.1.409, P. 77.1085, D. 77.1.70] — Paris, 9 avr. 1897, Vᵉ Lachaud, [D. 99.2.244]

237. — Jugé de même que, quelle que soit la cause qui entraîne la nullité d'une société par actions ou qui s'oppose à sa formation, si des actes ont été accomplis en son nom, ou des intérêts engendrés par le fait de son exercice même provisoire, il résulte de là une communauté d'intérêts entre les parties, produisant des engagements auxquels il n'est pas permis à cette société de se soustraire, et qui crée la nécessité d'une liquidation. — Cass., 24 juill. 1867, Planat, [S. 67.1.328, P. 67.871]

238. — Il en est ainsi même au cas où la liquidation est demandée seulement par l'associé gérant, et où les souscripteurs prétendraient avoir contre celui-ci une action personnelle en responsabilité des faits accomplis en vertu d'un acte devenu nul par sa faute. — Même arrêt.

239. — En d'autres termes, l'annulation de la société laisse subsister une société de fait dont la liquidation devra s'effectuer, non point sans doute sur les bases du pacte social dont les clauses sont à considérer comme non avenues, mais suivant les principes du Code civil, c'est-à-dire proportionnellement aux apports de chacun (C. civ., art. 1853). En fait, sans doute, la liquidation pourra s'effectuer conformément aux statuts, si ceux-ci ne font que reproduire le droit commun. — Cass., 22 nov. 1869, Bourgeois, [S. 70.1.55, P. 70.123, D. 70.1.23] — Mais il n'y aurait là qu'une simple coïncidence, le juge n'étant lié en rien par les statuts d'une société annulée, et devant même s'en écarter toutes les fois qu'ils contiendraient une clause contraire à la loi. Jugé, en ce dernier sens, que les rapports mutuels qui ont pu exister à raison d'une société pour l'exploitation en commun d'une charge de notaire ne constituent qu'une simple communauté de fait qui n'a rien de commercial; l'intérêt des sommes qui peuvent être dues mutuellement ne doit, dans la liquidation, être porté qu'à 5, et non à 6 0/0. De même on ne peut, dans la liquidation des intérêts dus, se conformer à la disposition conventionnelle d'après laquelle ces intérêts devaient échoir tous les six mois, car alors la capitalisation en aurait eu lieu contrairement aux dispositions de l'art. 1154, C. civ. — Lyon, 29 juin 1849, précité.

240. — Jugé dans le même esprit qu'un des associés peut se fonder sur l'art. 1847, et sur une clause des conventions sociales qui rappelait cet article en interdisant aux associés de se livrer avec des tiers à des opérations semblables à celles faisant l'objet de l'association, pour former une demande en liquidation et règlement de compte contre son coassocié, à raison d'opérations de même nature par lui faites clandestinement avec un tiers et lui ayant rapporté des bénéfices. — Cass., 7 juill. 1879, Contadeur, [S. 80.1.206, P. 80.486, D. 80.1.123]

241. — ... Que la nullité d'une société commerciale, pour cause illicite, laisse subsister pour le passé la communauté d'intérêts qui a existé entre les associés et qui doit être réglée en prenant pour base la commune intention de ceux-ci. Et cette commune intention doit ou peut être réputée celle qui résulte des stipulations du pacte social lui-même. — Cass., 13 mai 1862, Jobart, [S. 62.1.825, P. 62.692, D. 62.1.338]

242. — En un tel cas, il peut être ordonné aux parties intéressées de compléter leur mise sociale, afin d'établir entre les intéressés une égalité proportionnelle dans la répartition de l'actif et du passif : ce n'est pas là méconnaître les conséquences légales de la nullité de la société. — Même arrêt.

243. — Comme aussi, les cessionnaires de parts d'intérêts doivent être admis au partage des valeurs communes, concuremment avec les intéressés primitifs, bien que l'acte constitutif de la société contienne une clause interdisant aux associés de céder leurs parts d'intérêts sans un agrément préalable, si, en réalité, les cessionnaires ont fait partie, du consentement de tous, de la communauté de fait à liquider. — Même arrêt.

244. — Nous estimons, avec M. Thaller (p. 179), que cette jurisprudence, manifestement *équitable* (puisqu'elle empêche certains associés de s'enrichir aux dépens des autres), peut se justifier au point de vue des principes; « quoi qu'on fasse, — fait justement observer l'auteur précité, — il subsiste une série de marchés qui ont produit des résultats. Ces marchés n'ont pas été annulés, malgré la chute de la société; ils ont en eux-mêmes, et pris un par un, une cause suffisante pour engendrer une action en règlement contre ceux au compte de qui on les a conclus. Du moment qu'on cesse de faire appel pour ce règlement aux stipulations de l'acte social, et qu'on lui applique une idée de simple communauté d'intérêts, les principes sont respectés ». — V. Toullier, t. 6, n. 127; Duvergier, t. 20, n. 69; Pardessus, n. 101, 772, 814.

245. — Il est incontestable que la nullité de la société peut être invoquée, soit par les associés dans leurs rapports respectifs, soit par les tiers à l'encontre des associés; mais ceux-ci auraient-ils le droit de s'en prévaloir *à l'encontre des tiers?* Le moyen de douter provient des art. 7 et 56 de la loi de 1867, lesquels refusent expressément aux associés le droit de se prévaloir à l'encontre des tiers, soit de la nullité pour vice initial de constitution, soit de la nullité pour défaut de publicité. Certains auteurs estiment que cette règle devrait être étendue par analogie à la nullité pour *objet illicite.* — Talon, *Etude sur le contrat de société*, p. 89 et s.

246. — D'autres distinguent, et refusent aux associés le droi de se prévaloir de la nullité à l'encontre des *tiers de bonne foi.* — Rennes, 9 avr. 1851, Hignard, [S. 52.2.261, P. 51.2.281, D. 53.2.208] — Pont, n. 50.

247. — Nous croyons qu'il est permis de dire qu'aucune de ces deux opinions n'est absolument satisfaisante. La seconde, toute équitable qu'elle puisse être, ne saurait s'étayer sur aucun texte. La première a le tort d'étendre à une situation toute différente une règle exceptionnelle.

248. — On conçoit fort bien que la nullité pour vice de constitution ou pour défaut de publicité soit inopposable aux tiers, puisque, d'une part, ils ignoreront presque toujours le vice initial, et que, d'autre part, une nullité comme la nullité pour défaut de publicité, instituée dans leur intérêt, ne saurait être retournée contre eux. Il n'y a au contraire aucune injustice à autoriser les associés à invoquer contre eux une cause de nullité qu'ils auront connue le plus souvent, et en tout cas qu'il leur aurait été loisible de connaître. Au surplus, la société dont l'objet est illicite est légalement *inexistante,* et en définitive même l'inexistence d'un contrat doit pouvoir être *constatée* par le tribunal à la requête de l'un quelconque des intéressés. — Lyon, 28 févr. 1853, Couvert et Velay, [S. 53.2.383, P. 53.2.612, D. 53.2.208] — Guillouard, n. 60; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 55; Laurent, n. 169; Demolombe, t. 24, n. 381; Houpin, p. 27.

249. — L'application rigoureuse des règles précédentes, quelque juridiques qu'elles puissent être, aux sociétés constituées pour l'exploitation d'offices ministériels, n'aurait pas été sans inconvénient, tout au moins à l'égard des offices, tels que les charges d'agents de change, pour lesquels l'usage était plus fort que la loi. Aussi, dès avant la loi de 1862 validant les sociétés constituées pour l'exploitation d'une charge d'agent de change, la jurisprudence s'était-elle départie au regard desdites sociétés de la rigueur des principes, et tendait-elle à ne considérer la nullité que comme une simple cause de dissolution, laissant subsister dans le passé le pacte social. — V. *suprà*, vᵒ *Office ministériel*, n. 172 et s.

250. — Jugé en ce sens que, bien qu'en principe les charges d'agent de change, comme toutes celles qui constituent une délégation de la puissance publique, ne puissent être l'objet d'une société licite, néanmoins, si une société de fait a été formée pour l'exploitation d'une charge de cette nature, les rapports et les droits qui en résultent entre les prétendus associés, pour le règlement et le partage de leurs intérêts respectifs, doivent être établis conformément aux conventions sociales. Ainsi les associés du titulaire tombé en faillite, qui avaient déterminé par l'acte social les conditions de leurs profits et pertes dans l'exploitation de l'office et la part à leur charge dans la plus ou moins-value dudit office à l'expiration de la société, ne peuvent être admis au passif de la faillite pour répéter leurs apports que sous la déduction de leur part, ainsi déterminée, soit dans les pertes éprouvées, soit même dans la dépréciation de la valeur de l'office. — Cass., 15 déc. 1851, Velay et Mège, [S. 52.1.21, P. 53.2.609, D. 52.1.71] — V. *suprà*, vᵒ *Office ministériel*, n. 175.

251. — Il y avait là une solution de droit prétorien, plus facile à justifier par des considérations pratiques que par des arguments juridiques. Mais depuis la loi du 2 juill. 1862, déclarant valables les sociétés d'agents de change, cette jurisprudence a

reçu en quelque sorte une consécration législative en ce qui concerne ces officiers publics. En admettant que la loi de 1862 n'ait pas eu pour effet de valider les sociétés constituées antérieurement à sa promulgation, du moins, le texte nouveau a-t-il enlevé à la prohibition ancienne son caractère d'ordre public; rien ne s'oppose dès lors, à ce que les sociétés antérieures puissent être l'objet d'une ratification valable, résultant notamment de l'exécution volontaire de la part de tous les intéressés depuis ladite loi. — Paris, 12 juill. 1880, sous Cass., 3 mai 1881, Beigbeder, [S. 83.1.413, P. 83.1.1043, D. 82.1.10] — Ce point de départ étant admis, la liquidation sur les bases des statuts des sociétés constituées pour l'exploitation d'une charge d'agent de change, ces sociétés fussent-elles antérieures à 1862, s'impose logiquement. — Cass., 3 mai 1881, précité. — V. Lyon-Caen, *Rev. crit.*, 1881, p. 275.

252. — Jugé même que l'annulation (spécialement à raison du caractère illicite de son objet) d'une société n'a d'effet que pour l'avenir; pour le passé, spécialement quant aux opérations auxquelles elle a donné lieu, la société doit être considérée comme ayant constitué une communauté d'intérêts qui doit être liquidée entre les associés sur les bases et conformément aux stipulations de l'acte constitutif, dans la mesure tout au moins où le contrat social peut être appliqué après la dissolution de la société. — Lyon, 19 juill. 1898, Compagnie d'assurance *l'Avenir des familles*, [S. et P. 1901.2.257, et note de M. Wahl] — V. aussi Pau, 8 juin 1891, Abadie, [S. et P. 94.2.127, D. 93.2.174]

253. — Mais cette extension d'une solution, justifiable par des considérations spéciales en ce qui concerne les sociétés constituées par l'exploitation d'une charge d'agent de change, nous paraît tout à fait inacceptable. Il s'agissait, dans les deux espèces précitées, d'une pure société de fait, dont la liquidation pouvait s'opérer dans les termes du droit commun (V. *suprà*, n. 239), mais abstraction faite des stipulations particulières des statuts.

§ 3. *Capacité.*

1° *Des cas de nullité pour cause d'incapacité des associés.*

254. — La capacité requise pour figurer dans un contrat de société varie suivant la nature du pacte social et suivant l'étendue des engagements assumés par le souscripteur. Si la société est civile, chaque associé, étant personnellement obligé au passif, devra posséder la capacité nécessaire pour s'obliger. — V. Guillouard, n. 34; Houpin, t. 1, p. 17.

255. — La société est-elle commerciale, une distinction essentielle s'impose entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Dans les sociétés de personnes, les associés personnellement obligés au passif social, associés en nom collectif ou gérants de commandite, ont la qualité de commerçants, chacun d'eux doit donc être capable de faire le commerce et habilité à cet effet V. *suprà*, v^is *Acte de commerce*, *Commerçant*, n. 311 et s.). Dans la société anonyme, au contraire, il est évident que cette capacité ne saurait être exigée des actionnaires, tenus seulement jusqu'à concurrence de leur apport, pas plus d'ailleurs qu'elle ne saurait être exigée des commanditaires dont la responsabilité est également limitée, aussi bien dans la commandite par actions, que dans la société en commandite par intérêt.

256. — Mais suffit-il que les actionnaires ou commanditaires aient la capacité d'administrer ou doit-on exiger d'eux la capacité de faire des actes de commerce isolés? Théoriquement la solution de cette question devait dépendre du point de savoir si la souscription de parts d'intérêt ou d'actions dans une société a ou non le caractère d'un acte de commerce; si l'on admet l'affirmative, il faudrait tenir pour irrégulière toute souscription d'action émanant d'un mineur non émancipé, d'un tuteur agissant pour le compte de son pupille, ou même d'un mineur émancipé non habilité dans les formes déterminées par l'art. 2, C. comm. Si l'on se prononce pour la négative, au contraire, et que l'on considère la souscription d'actions comme un simple placement, acte d'administration au premier chef, toute personne ayant la capacité d'administrer sa propre fortune, et tout administrateur légal de la fortune d'autrui peuvent légalement se porter souscripteurs.

257. — La jurisprudence, obéissant à des considérations pratiques qu'il serait assez malaisé de justifier au point de vue des principes rigoureux, a admis en principe la commercialité de la souscription (V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1296 et s.) sans en déduire toutes les conséquences qu'elle comporte. Elle conclut à la compétence du tribunal de commerce, mais n'exige point en la personne des souscripteurs la capacité de faire des actes de commerce, et tient notamment pour valables les souscriptions émanés du tuteur, agissant au nom ou pour le compte de son pupille. — Paris, 21 mai 1884, de Brantès, [S. 85.2.97, P. 85.1.562, D. 85.2.177] — V. cep. Lyon-Caen, note sous cet arrêt, [S. et P. *Ibid.*]

258. — Tout au moins conviendrait-il de distinguer, de considérer comme un simple acte d'administration le fait d'une personne qui verse immédiatement le montant de sa mise sociale, et de n'exiger la capacité commerciale que du souscripteur à l'émission qui reste tenu d'une fraction de la valeur nominale du titre, alors surtout que ce souscripteur agit plutôt dans un but de spéculation que pour effectuer un placement (Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 56). Passons en revue, à la lumière de ces principes, les différents cas d'incapacité prévus par la loi civile.

259. — I. *Interdit.* — Il est certain tout d'abord qu'un *interdit*, légalement ou judiciairement, ne pourrait, ni entrer dans une société comme associé en nom, puisqu'un interdit ne peut faire le commerce (Lyon-Caen et Renault, t. 1, p. 198. — V. cependant Delamarre et Lepoitvin, t. 1, p. 55, en ce qui concerne l'interdit légalement), ... ni souscrire des actions à l'émission, puisqu'il n'a pas la capacité de faire des actes de commerce même isolés. Tout au plus pourrait-on reconnaître au tuteur de l'interdit le droit d'acquérir en son nom en en soldant immédiatement le montant, et à titre de placement, les actions d'une société nouvelle. — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 1322 et s.

260. — II. *Individu pourvu d'un conseil judiciaire.* — Quant à l'individu, prodigue ou faible d'esprit, pourvu d'un *conseil judiciaire*, V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 133 et s.

261. — III. *Mineur.* — Supposons qu'un mineur veuille entrer dans une société en nom collectif ou en commandite comme associé en nom : il devra nécessairement, une telle forme d'engagement lui imprimant *ipso facto* la qualité de commerçant, satisfaire aux conditions d'habilitation formulées par l'art. 2, C. comm.; ces conditions sont au nombre de quatre : être émancipé, âgé de dix-huit ans, obtenir l'autorisation préalable des père ou mère, ou à leur défaut, du conseil de famille (la délibération du conseil devant elle-même être homologuée par le tribunal), publier l'autorisation obtenue dans les formes déterminées par l'art. 2, *in fine*. — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 611 et s. — V. également, sur la capacité commerciale du mineur, Lyon-Caen et Renault, t. 1, p. 77 et s., et t. 2, p. 212 et s.; Deloison, *Soc. commerc.*, n. 4; Rousseau, t. 1, n. 34.

262. — Nous ne reviendrons pas sur ces formalités qui ont été étudiées *suprà*, v° *Commerçant*. Les questions qui se posent ici sont celles de savoir : *a*) si l'autorisation peut émaner de l'une des personnes avec lesquelles le mineur se propose de s'associer (sur ce point, V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 679 et s.); *b*) si l'autorisation générale de faire le commerce comporte celle de contracter une société avec un tiers (V. *eod. verb.*, n. 800 et s.); *c*) si la continuation, avec les héritiers mineurs, d'un commerce antérieur, comporte les mêmes formalités et conditions d'habilitation que l'entrée du mineur dans une société nouvelle. — V. *eod. verb.*, n. 749 et s.

263. — IV. *Femme mariée.* — La femme mariée, en droit français, est une incapable (à l'exception toutefois de la femme séparée de corps, pleinement capable, à l'instar d'une femme divorcée, depuis la loi du 6 févr. 1893). Elle ne peut donc, même si elle est séparée de biens, faire le commerce seule ou en société, peu importe, sans être munie de l'autorisation maritale. — Sur les formes de l'autorisation maritale et sur la question de savoir si l'autorisation du mari peut être suppléée par l'autorisation de justice, V. *suprà*, v^is *Autorisation de femme mariée*, n. 706 et s., *Commerçant*, n. 950 et s. — V. aussi Cohendy et Darras, *C. comm. annoté*, art. 4.

264. — Appliquons ces principes généraux à la société. Une première difficulté peut s'élever, à raison de la règle d'après laquelle l'autorisation du mari peut être tacite et résulte suffisamment de l'exercice du commerce au vu et au su du mari, sur le point de savoir si la femme doit ou non être considérée comme autorisée.

265. — La question de savoir si, en fait, le mari a donné son consentement rentre dans la compétence des tribunaux de commerce, et la preuve peut en être faite par tous les moyens. C'est

en effet une question de pur fait, et par suite il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement les circonstances d'où le consentement du mari peut s'induire. — Cass., 17 janv. 1881, Chaize-Soyet, [S. 81.1.405, P. 81.1.1045, D. 81.1.225] — 1er mars 1897, Laporte, [S. et P. 97.1.352]

266. — Ainsi, il leur appartient de décider, par voie d'interprétation, qu'une autorisation implicite de faire le commerce ne résulte pas, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, de la clause du contrat de mariage, portant que l'apport de la femme consiste en ses droits dans une société commerciale en nom collectif, et que pour la fixation de cet apport, on devra se référer aux actes de liquidation à intervenir qui auront lieu incessamment, cette clause, loin d'avoir pour but d'autoriser la femme à rester engagée dans cette société, ayant envisagé l'époque très-rapprochée où elle pourrait prendre fin. — Cass., 1er mars 1897, précité.

267. — Il en est ainsi surtout, alors que la femme, après le mariage, n'a fait personnellement aucun acte se rattachant directement et indirectement à la gestion de la société. — Même arrêt. — Dès lors, un créancier de ladite société ne saurait poursuivre la communauté et le mari, à raison des obligations sociales de la femme antérieures au mariage. — Même arrêt.

268. — En principe, le mari peut révoquer l'autorisation qu'il a donnée à la femme (V. *supra*, v° *Autorisation de femme mariée*, n. 844 et s.; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 4, n. 35 et s.). Mais ce principe comporte une exception importante en cas de société. Il est constant, en jurisprudence, que l'autorisation n'est point révocable dans le cas où elle comporte le droit pour la femme de contracter une société avec un tiers. En tant qu'associée, en effet, la femme ne peut sortir de la société que dans le cas où il serait loisible à un associé ordinaire de le faire : l'autorisation du mari ne saurait donc être retirée au préjudice du droit des tiers. — Cass., 9 nov. 1859 (Motifs), Fellens, [S. 60.1.74, P. 60.297, D. 60.1.87] — Lyon, 28 juin 1866, Clarion, [S. 67.2.146, P. 67.587, D. 66.2.224] — *Sic*, Lacoste, note sous Cass., 4 juill. 1888, Syndic Mary-Renaud, [S. 91.1.113, P. 91.1.268] — *Contrà*, note sous Cass., 9 nov. 1859, précité.

269. — Nous retrouvons ici la même difficulté que pour le mineur : l'autorisation générale de faire le commerce donnée à la femme par le mari implique-t-elle le droit pour la femme ainsi habilitée de faire le commerce en s'associant *avec un tiers?* — V. sur ce point, *suprà*, v° *Autorisation de femme mariée*, n. 706 et s., *Commerçant*, n. 1193 et s.

270. — Si la femme peut, sous la condition d'y être spécialement autorisée, s'associer avec un tiers, il lui est interdit de s'associer avec son mari : les sociétés entre époux sont radicalement nulles, d'après la jurisprudence française. — Cass., 9 août 1851, Gavelle, [S. 52.1.281, P. 53.2.132]; — 7 févr. 1860, Pomier, [S. 60.1.414, P. 60.1046, D. 60.1.115]; — 13 nov. 1860, Quedal, [S. 61.1.884, P. 61.941]; — 7 mars 1888, Legendre, [S. 88.1.305, P. 88.1.748 et la note de M. Lacointa, D. 88.1.349]; — 8 oct. 1891, Guillet-Toulée, [S. et P. 92.1.293, D. 92.1.187] — Paris, 14 avr. 1856, Belhamm, [S. 56.2.369, P. 56.2.333, D. 60.1.115]; — 9 mars 1859, Pomier, [S. 59.2.502, P. 59.403, D. 60.2.12]; — 24 mars 1870, Camus, [S. 71.2.271, P. 71.292, D. 72.2.43] — Dijon, 27 juill. 1870, Bo et Poulet, [S. 71.2.268, P. 71.850] — Nîmes, 18 déc. 1886, sous Cass., 12 juill. 1887, Delapierre, [S. 87.1.384, P. 87.1.933] — V. aussi Cass., 6 févr. 1888, Veissière, [S. 90.1.49, P. 90.1.113 et la note de M. Labbé]; — 27 juin 1893, Cousin-Guibert, [S. et P. 94.1.25] — Paris, 10 déc. 1896, [*Journ. des soc.*, 97.126] — Amiens, 8 juill. 1899, [*Journ. des soc.*, 1900. 212]

271. — La thèse de la jurisprudence se fonde sur divers arguments, de principe ou de textes, dont les principaux sont les suivants : 1° l'existence d'une société entre époux est inconciliable avec le principe même de la puissance maritale (C. civ., art. 1388). Le mari, en droit français, est le chef de l'association conjugale; si sa femme pouvait devenir son associée, elle puiserait dans sa qualité même d'associée des pouvoirs de contrôle qui feraient d'elle l'égal du mari et paralyseraient l'application de nos lois sur la puissance maritale; 2° une telle société est également incompatible avec la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Résumant sur ce point l'argumentation de la jurisprudence dans une formule concise, M. Thaller (p. 167) se demande, sans d'ailleurs s'approprier la thèse, si « réunir les biens des époux ou certains d'entre eux, alors qu'ils devraient être séparés d'après le régime adopté, ou encore faire peser sur les propres de la femme une responsabilité générale à raison des dettes contractées par le mari, ce n'est pas déformer les lignes de ce régime et lui imprimer une économie différente, ce qui justement en cours de mariage est interdit ».

272. — Les textes, ajoute-t-on, confirment positivement la thèse de la nullité; d'une part, en effet, l'art. 1595, C. civ., prohibe expressément la vente entre époux, par le même motif qu'une telle convention pourrait servir à soustraire les donations entre époux au principe de la révocabilité *ad nutum*; or il est certain que la société fournirait aux parties les mêmes facilités pour éluder les prescriptions légales concernant la révocabilité *ad nutum* des libéralités interconjugales. D'autre part, il est dit dans l'art. 5, C. comm., que « la femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». Qu'est-ce à dire sinon que, de trois situations de fait possibles : femme exerçant un commerce séparément du mari, femme auxiliaire et préposée du mari, femme commercialement associée du mari, la loi française ne reconnaît que les deux premières, et se refuse au contraire à admettre la possibilité légale de deux époux associés, sur un pied d'égalité, pour l'exercice d'un commerce quelconque. — V. dans le sens de la jurisprudence, c'est-à-dire de la nullité générale et absolue de toutes espèces de sociétés entre époux : Duvergier, n. 102; Pardessus, *Dr. commerc.*, t. 1, n. 432 *ter*; Troplong, *Contr. de mar.*, t. 1, n. 210; Guillouard, *Contr. de mar.*, t. 1, p. 208, et *Société*, p. 59, n. 35; Massé, t. 2, n. 1267; Aubry et Rau, t. 5, § 503 *bis*, n. 14, p. 255; Ruben de Couder, *Dict. de dr. commerc.*, v° *Femme*, n. 54; Bravard et Demangeat, t. 1, p. 153; Vavasseur, t. 1, n. 48. — V. aussi Lance, *Essai sur les contrats à titre onéreux entre époux*, p. 113 et s.; Camberlem, *De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme : leur danger pour le commerce.* — V. Les dispositions formelles de plusieurs Codes étrangers, notamment du Code italien (art. 15), et du Code roumain (art. 15, *in fine*), inspiré du précédent.

273. — Mais une partie imposante de la doctrine se refuse à considérer, d'une manière générale, les sociétés entre époux comme nécessairement nulles. En effet, dit-on, l'argument principal de la jurisprudence, tiré du droit du mari comme chef de l'association conjugale, attribue au principe de l'art. 1388 une portée qu'il n'a pas. Sans doute, on devrait considérer comme nul le pacte social tendant à attribuer à une femme commune la direction de la communauté, sous couleur de société, ou à subordonner tous les actes de gestion du mari, même en supposant les époux mariés sous un régime autre que celui de communauté, au contrôle et à l'agrément de la femme. Mais toute société n'a pas de telles conséquences, ni une telle portée subversive, et s'il est prouvé en fait que le pacte social peut recevoir exécution sans que, ni le contrat de mariage, ni les droits essentiels du mari n'en reçoivent atteinte, pourquoi annulerait-on la société, qu'aucun texte ne prohibe? Sans doute, par le fait de la société, certaines modifications pourront être apportées dans le mode de gestion des biens des époux, ou dans leur groupement. Mais ces modifications ne sont pas, *a priori*, plus profondes que celles résultant de tel ou tel autre contrat, permis entre époux, tel que la donation ou le mandat (C. civ., art. 1096, 1577). Seule la vente entre époux est prohibée ; mais les prohibitions sont de droit étroit, et c'est faire œuvre de législateur, non d'interprète, que d'étendre au contrat de société une règle écrite exclusivement pour la vente.

274. — Reste l'art. 5, C. comm.; mais cet article ne dit nullement ce qu'on prétend lui faire dire. Il se borne à déclarer que, lorsque deux époux coopèrent au même commerce, on présumera, dans le doute, que la femme n'est point l'associée, mais simplement la préposée du mari. La présomption est des plus rationnelles, mais ce n'est là qu'une présomption, susceptible de céder devant la preuve contraire; or cette preuve contraire est précisément fournie, en l'espèce, par l'existence d'un pacte social entre les deux époux. Leur volonté clairement manifestée devra recevoir effet, à moins que la société, telle qu'ils l'ont constituée, ne porte manifestement atteinte aux art. 1388 ou 1395; mais il y aura là une question mélangée de fait et de droit, à apprécier dans chaque cas particulier, et l'on ne saurait, sans abus, considérer dans tous les cas comme nulle la société commerciale formée entre deux conjoints. — Delsol, *Rev. prat.*, 1856, p. 433; Delvincourt, t. 3, p. 230 à 451; Molinier, *Dr.*

comm., n. 117; Pont, t. 1, n. 35 et s.; Duranton, t. 17, n. 347; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 78; Thaller, p. 168; Laurent, t. 26, n. 40; Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 275; Labbé, note sous Cass., 6 févr. 1888, [S. 90.1.49, P. 90.1.113]; Beudant, *Cours de dr. civ. français : Etat et capacité des personnes*, t. 5, n. 334. — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1395, n. 11 et s.

275. — On peut citer en ce sens quelques rares décisions judiciaires. — Amiens, 3 avr. 1851, cassé par l'arrêt du 9 août 1851, précité. — Trib. comm. Marseille, 19 sept. 1883, [*Jurispr. Marseille*, 84.9] — Ce ne sont là d'ailleurs des décisions isolées, et l'on peut aujourd'hui considérer comme constante et définitive la théorie de la jurisprudence sur la nullité des sociétés entre époux.

276. — De cette jurisprudence découlent les conséquences pratiques suivantes : 1° La nullité étant fondée, non seulement sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais aussi et surtout sur l'atteinte portée à l'exercice de la puissance maritale par l'existence d'un contrat de société, est indépendante du régime matrimonial adopté par les époux. Elle sera donc encourue, même sous le régime de séparation de biens, judiciaire ou contractuelle, malgré l'indépendance relative dont jouit la femme sous ce régime. Jugé, en ce sens, que la société commerciale formée, même avant la célébration du mariage, entre des époux contractuellement séparés de biens, pour l'exploitation d'un fonds de commerce appartenant à la femme, est nulle comme contenant une dérogation aux droits et pouvoirs du mari interdite par l'art. 1398, C. civ., ou encore, comme constituant une vente entre époux hors des cas prévus par l'art. 1595 du même Code. — Paris, 9 mars 1859, précité.

277. — Une telle société est encore nulle dans le cas où, d'après ses conditions et ses conséquences, elle se trouve en réalité constituer une société universelle de gain interdite par l'art. 1840, C. civ. — Même arrêt.

278. — Dans tous les cas, cette société est nulle, alors que l'intention des contractants a été d'assurer à l'un des époux des avantages excédant la portion dont l'autre époux, ayant des enfants d'un précédent mariage, pouvait disposer et avait disposé au profit de son nouveau conjoint. — Même arrêt. — V. encore, dans le sens de la nullité des sociétés constituées entre époux séparés de biens : Paris, 24 mars 1870, précité. — Dijon, 27 juill. 1870, précité. — Caen, 7 mars 1888, précité. — Trib. comm. Seine, 4 mars 1897, [*Journ. des soc.*, 97.383]

279. — A plus forte raison la femme commune en biens ne peut-elle valablement contracter une société en nom collectif avec son mari; une telle société est nulle d'une nullité d'ordre public, comme contraire aux droits du mari, envisagé non seulement comme chef de l'association conjugale, mais comme chef de la communauté. — Cass., 9 août 1851, Gavelle, [S. 52.1.281, P. 53.2.132, D. 52.2.160]; — 8 déc. 1891, Guillet-Toutée, [S. et P. 92.1.293, D. 92.1.187] — Paris, 14 avr. 1856, Belhomme, [S. 56.2.369, P. 56.2.333, D. 56.2.231] — Metz, 2 août 1861, Geoffroy, [S. 62.2.33, P. 62.462]

280. — 2° La nullité découle *ipso facto* du fait du mariage, soit que la société ait été contractée entre futurs époux et en vue du mariage projeté... — Paris, 9 mars 1859, précité. — Nîmes, 18 déc. 1886, sous Cass., 12 juill. 1887, Delapierre, [S. 87.1.384, P. 87.1.933]

281. — ... Soit même qu'il s'agisse d'une société antérieure au mariage, et contractée entre un homme et une femme, en dehors de toutes considérations matrimoniales. Pleinement valable jusqu'au jour du mariage, cette société devient nulle aussitôt le mariage célébré : la célébration, créant un empêchement absolu au maintien de la société, opère ainsi comme une cause de dissolution *sui generis*. — Dijon, 27 juill. 1870, précité.

282. — Et cette dissolution est opposable aux tiers qui, postérieurement au mariage, ont traité avec l'un des associés dans l'ignorance de cet effet : il y a là, de leur part, une erreur de droit qui leur est imputable à faute. — Même arrêt.

283. — En tout cas, et même si l'on n'admet pas la nullité de plein droit, cette société est nulle comme pouvant constituer au profit de l'un des époux un avantage excédant la quotité disponible, si l'autre époux, ayant des enfants d'un premier lit, a déjà fait donation à son nouveau conjoint de la quotité disponible fixée par l'art. 1098, C. civ. — Cass., 7 févr. 1860, Poirrier, [S. 60.1.414, P. 60.1046, D. 60.1.115] — Paris, 9 mars 1859, précité.

284. — L'époux ainsi gratifié n'a même droit à aucune rétribution ou indemnité à raison de son concours ou de son industrie au profit de la société. — Paris, 9 mars 1859, précité.

285. — Et le jugement qui le décide ainsi, par appréciation des circonstances, ne viole aucune loi. — Cass., 7 févr. 1860, précité.

286. — La question de savoir quel doit être le sort de la société contractée entre les époux *et un tiers* est particulièrement délicate. En principe, la jurisprudence dénie à la femme mariée la faculté de figurer, avec son mari, *en qualité d'associée*, dans une société contractée avec un tiers, et tient pour nulle la société formée dans de telles conditions. — Cass., 9 août 1851, précité; — 13 nov. 1860, Duédal, [S. 61.1.534, P. 61.941]; — 5 mai 1902, [*Gaz. Pal.*, 17 juin] — Paris, 14 avr. 1856, précité. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 52 et s.

287. — Jugé, en ce sens, que les sociétés formées entre époux étant frappées d'une nullité absolue, comme mettant en péril le principe de l'autorité maritale et l'immutabilité des conventions matrimoniales, est nulle la société formée par une femme, propriétaire d'un fonds de commerce, avec son mari et un tiers, pour la gestion de ce fonds de commerce, dès lors qu'il résulte des circonstances de la cause, — et notamment du fait que la femme a fait des apports distincts de son mari, qu'elle s'est réservé la faculté de faire personnellement des versements en compte courant, et qu'elle a, conjointement avec son mari et le tiers associé, la signature sociale, — que la femme a figuré dans l'acte de société, non pas comme formant une seule et même personnalité juridique avec son mari, mais bien de son chef et comme ayant personnellement la qualité d'associée. — Nîmes, 24 avr. 1900, Soc. Zagrodzki, [S. et P. 1902.2.302]

288. — Mais la jurisprudence a réussi à corriger par des détours ingénieux ce que cette solution avait de trop absolu et de contraire aux intérêts véritables des époux. L'art. 5, C. comm. lui a fourni les moyens de concilier tous les intérêts, et de maintenir pratiquement la plupart des sociétés de cette nature, sans heurter de front le principe de la nullité des sociétés entre époux. « La femme, lisons-nous dans l'art. 5, § 2, — n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». Cet article était susceptible de deux interprétations. On pouvait tout d'abord n'y voir qu'une présomption de volonté, susceptible d'être combattue par la preuve contraire; on pouvait au contraire l'envisager comme une disposition impérative, destinée à protéger la femme contre l'influence maritale, et à empêcher le mari d'abuser de l'inexpérience de la femme pour attirer ses capitaux et compromettre sa fortune. Après quelques hésitations, c'est à cette seconde interprétation que la jurisprudence s'est arrêtée. — Cass., 6 mai 1816, Lefebvre, [S. et P. chr.]; — 19 janv. 1881, Loiseau, [S. 82.1.658, P. 82.1.376, D. 82.1.63]; — 5 mai 1902, [*Gaz. Pal.*, 17 juin 1902] — Amiens, 4 déc. 1846, Richet et F. Lemaire, [P. 47.1.528] — Lyon, 5 févr. 1881, Jay, [S. 82.2.254, P. 82.1.1229, D. 81.2.192] — Bastia, 30 mars 1892, Tonetti, [S. et P. 92.2.71, D. 93.2.542] — V. Cohendy et Darras, *C. comm. annoté*, sur l'art. 5, n. 71 et s. — Sur la situation de la femme qui exploite le même fonds de commerce que son mari, V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 1094 et s., 1131 et s., 1151 et s.

289. — Il a été décidé : 1° Que la femme, figurant avec le mari dans une société formée avec un tiers, peut ne pas être considérée comme associée, s'il résulte de l'acte de société que les deux époux ne formaient qu'une seule partie au contrat : par exemple, si un seul compte a été ouvert aux époux sur les registres de la société. — Trib. Seine, 19 juill. 1882, et Paris, 4 janv. 1885, sous Cass., 6 févr. 1888, Veissière, [S. 90.1.49, P. 90.1.113, et la note de M. Labbé, D. 88.1.401]

290. — ... Et qu'il en est ainsi, alors même que la signature sociale a été attribuée à la femme, et qu'il a été convenu que, en cas de prédécès du mari, la société continuerait d'exister entre la femme et le tiers. — Même jugement et arrêts.

291. — ... Que dans l'acte de société en question, le mari, chef de la communauté, peut stipuler que le survivant des époux aura la part intégrale attribuée aux conjoints, les héritiers du prédécédé devant se contenter des sommes portées au compte courant de leur auteur dans la société; qu'une pareille stipulation, constituant une condition du pacte social, ne tombe pas sous le coup des art. 1097 et 1099, C. civ. — Mêmes jugement et arrêts.

292. — ... Qu'il y a seulement lieu à récompense si, par suite

de cette stipulation, un époux réalise un profit personnel aux dépens de la communauté. — Mêmes jugement et arrêts.

293. — ... 2° Que la femme dont le mari contracte une société avec des tiers durant le mariage ne devenant pas, du moins en l'absence du consentement des autres associés, membre de cette société, bien qu'elle soit mariée sous le régime de la communauté, le mari a qualité pour procéder seul, c'est-à-dire sans le concours de la femme ou de ses héritiers, à la liquidation d'une telle société. — Cass., 13 nov. 1860, précité.

294. — ... Que néanmoins, les héritiers mineurs de la femme décédée avant cette liquidation ne seraient pas liés par la transaction intervenue entre le mari et ses coassociés sur le règlement de leurs droits respectifs, si cette transaction avait eu lieu sans que les formalités prescrites pour la validité des transactions intéressant les mineurs eussent été accomplies. — Même arrêt.

295. — ... 3° Que l'arrêt qui, interprétant un acte de société intervenu entre deux associés mariés dont les femmes figurent dans l'acte, déclare que l'intention réelle des parties n'a pas été de créer une société en nom collectif entre quatre personnes, et que les tiers, malgré les termes de l'acte, n'ont pu compter sur la responsabilité collective des deux femmes, échappe, comme se livrant à une interprétation souveraine de faits, à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 12 mai 1874, Syndic Lebel, [S. 74.1.427, P. 74.1088, D. 75.1.23]

296. — ... 4° Qu'en présence d'un acte de société intervenu entre deux époux et un tiers, la femme qui n'est investie par l'acte de société ni de la gestion des affaires sociales, ni de la signature sociale, doit être considérée comme n'étant intervenue à l'acte qu'en sa qualité de commune en biens et nullement comme associée; d'où il suit qu'une telle société ne saurait être atteinte par le principe de la prohibition des sociétés entre époux. — Trib. comm. Lyon, 12 juill. 1898, [*Mon. jud. Lyon,* 8 août 1898]

297. — ... 5° Que l'intervention de la femme, dans le contrat de société conclu entre le mari commun en biens et un tiers, pour l'exploitation de gisements situés en partie dans des terrains propres à la femme ne saurait être considérée comme attributive au profit de la femme de la qualité d'associé, alors d'ailleurs qu'aucun droit ne lui est conféré dans la gérance, et qu'elle ne doit par conséquent participer en rien à la direction des affaires sociales. Une telle société ne saurait donc être annulée, au préjudice des tiers ayant traité avec elle, alors d'ailleurs qu'aucune de ses stipulations ne paraît avoir eu pour but ou pour effet de faire échec à l'application des conventions matrimoniales. — Amiens, 8 juill. 1899, [*Journ. des soc.*, 1900.212]

298. — V. *Failli.* — Le dessaisissement du failli n'équivaut point à une incapacité véritable. Le failli (et il en est de même du commerçant admis au bénéfice de la liquidation judiciaire) ne peut disposer des biens compris dans la masse, qui font partie du gage des créanciers ; ces biens ne sauraient donc être, par lui, apportés à une société. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il apporte en société des valeurs étrangères à la faillite. — Cass., 16 nov. 1887, Huy, [S. 88.1.164, P. 88.1.385, D. 88.1.325]; — ou à ce qu'il fasse un apport en industrie, son industrie, c'est-à-dire ses connaissances techniques échappant, par leur caractère essentiellement personnel, à toute mainmise de la part des créanciers. — Trib. comm. Seine, 12 avr. 1897, [*Journ. des soc.*, 97.438] — V. Houpin, *Journ. des soc.*, p. 97, p. 438.

299. — A plus forte raison, le commerçant en faillite ou en liquidation judiciaire peut-il valablement entrer dans une société lorsqu'il a recouvré la libre disposition de ses biens, soit par l'effet de l'homologation du concordat, soit par la dissolution de l'union, consécutive à la réalisation des biens frappés de dessaisissement (Houpin, *loc. cit.*). Pour plus de développement sur les opérations commerciales traitées par le failli en son nom propre, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 668 et s.

300. — VI. *Successibles.* — Nous reviendrons ultérieurement en traitant des sociétés *universelles* (V. *infrà*, v° *Société civile*) sur la présomption de libéralités, sous-entendues dans les sociétés de ce type par l'art. 1840, C. civ. Dans les sociétés particulières, cette présomption n'existe pas, en principe, et celui qui a intérêt à démontrer qu'une libéralité se dissimule sous le couvert d'un contrat de société doit en apporter la preuve. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 58.

301. — Toutefois ce principe comporte un tempérament, inscrit dans l'art. 854, C. civ., ainsi conçu : « Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». De cette disposition, on doit donc logiquement conclure par *à contrario* : 1° Que le successible doit le rapport des bénéfices qu'il a retirés de l'association par lui contractée avec le *de cujus*, si l'acte de société n'a pas été dressé par acte authentique, et ce alors même qu'aucune fraude ne serait relevée à sa charge et que ledit acte sous seing privé aurait été dûment enregistré et publié.

302. — 2° Que ce rapport est dû, même dans le cas où un acte authentique aurait été dressé s'il est argué d'une fraude, par exemple si des avantages indirects se dissimulent sous les clauses du pacte.

303. — Mais nous avons vu que la jurisprudence a corrigé la rigueur de ce texte en décidant que le rapport ne devait pas comprendre nécessairement tous les bénéfices retirés par le successible de l'association, et qu'il était fondé à retenir sur ces bénéfices une indemnité représentative du travail par lui fourni, du loyer de son argent et des risques courus. Le tribunal jouit à cet égard d'une large liberté d'appréciation et n'est nullement obligé de tarifer le concours du successible au commerce du *de cujus* comme celui d'un simple employé. — V. Aubry et Rau, t. 6, § 631, p. 120; Demolombe, t. 16, n. 373 *bis;* Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 59; Houpin, t. 1, p. 21. — Sur tous ces points, V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 854, et *suprà*, v° *Rapport à Succession*, n. 285 et s.

2° Des effets de la nullité pour cause d'incapacité, et spécialement de la nullité des sociétés entre époux.

304. — La nullité d'une société pour cause d'incapacité de l'un des contractants est, conformément au droit commun (C. civ., art. 1125), une nullité relative dont seuls l'incapable ou ses représentants légaux pourront se prévaloir. Jugé, en ce sens, que le majeur qui a contracté une société commerciale avec un mineur non légalement autorisé à faire le commerce ne peut opposer l'incapacité du mineur et demander par ce motif la nullité de la société; le mineur seul aurait ce droit : ici le principe écrit dans l'art. 1125 doit recevoir son application. — Lyon, 6 juin 1845, Bréband, [S. 46.2.374, P. 46.2.465]

305. — Au surplus, la ratification de son engagement, par le mineur devenu majeur, même depuis la demande en nullité, couvrirait la nullité. — Même arrêt.

306. — On admet toutefois, généralement, que le mineur ne saurait être admis à tenir ses coassociés dans une incertitude prolongée sur ses intentions, et à paralyser ainsi, par une menace de brusque dissolution, la marche des affaires sociales. Ceux-ci peuvent donc le mettre en demeure de faire connaître ses intentions, dans un délai déterminé. — Demolombe, t. 4, n. 345; Guillouard, n. 41; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 59; Houpin, t. 1, p. 21.

307. — Mais l'incapacité pour les époux de contracter ensemble une société valable engendre, d'après l'opinion générale, à raison des motifs sur lesquels elle s'appuie, une nullité absolue et *d'ordre public*, susceptible à ce titre d'être invoquée par toutes les parties, c'est-à-dire aussi bien par les tiers que par les époux eux-mêmes. — V. Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 152; Alauzet, t. 2, n. 387; Boistel, n. 103; Ruben de Couder, v° *Femme*, n. 54. — *Contrà*, Pont, t. 1, n. 37; Laurent, t. 26, n. 140; Planiol, *Rev. critique*, 1888, p. 275.

308. — Cependant, cette nullité serait couverte par une ratification et une exécution complète, ayant eu lieu après le décès du mari, c'est-à-dire à une époque où les motifs d'ordre public n'existaient plus. — Cass., 6 févr. 1888, Veissière, [S. 90.1.49, P. 90.1.113, et la note de M. J.-E. Labbé, D. 88.1.401] — *Sic*, sur le principe, Solon, *Théor. sur les nullités*, t. 2, p. 301, n. 345; Toullier, t. 7, n. 561; Aubry et Rau, t. 4, p. 263, § 337, texte et note 9; Larombière, *Théorie et prat. des obligat.*, t. 6, sur l'art. 1338, n. 8. — *Contrà*, Marcadé, t. 5, p. 91, sur l'art. 1338, n. 1; Demolombe, *Tr. des contrats et obligat.*, t. 6, n. 54 et s., 729; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 483 et 484, § 586, texte et notes 6 et 10; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 2, n. 600; Baudry-Lacantinerie, *Précis. de dr. civ.*, 3e édit., t. 2, p. 799, n. 1149; Labbé, note précitée.

309. — De ce que la nullité des sociétés entre époux est, dans la théorie de la jurisprudence, une nullité d'ordre public, il ne s'ensuit nullement qu'elle doive être assimilée, quant à ses effets, à une nullité pour cause illicite. Elle opère plutôt au contraire

comme une cause de dissolution forcée, rendant nécessaire la liquidation immédiate, mais laissant subsister dans le passé une société de fait qui devra être liquidée sur les bases des statuts, en tant du moins que ceux-ci ne dérogent à aucune clause impérative de la loi, qu'ils ne dissimulent en fait aucune libéralité prohibée ou aucune clause susceptible de porter atteinte aux conventions matrimoniales.

310. — Jugé, en ce sens, que lorsqu'une société est entachée de nullité, comme ayant été contractée entre époux, mais que, d'ailleurs, elle a été créée dans un but licite en lui-même, cette nullité n'empêche pas que, jusqu'au moment où elle est demandée par les intéressés, il n'ait pu y avoir entre les prétendus associés des rapports de fait, qui doivent se régler sans que l'un s'enrichisse aux dépens de l'autre, et qui, par conséquent, ouvrent à chacun d'eux le droit réciproque de provoquer le partage de l'actif et du passif résultant des opérations faites en commun; ce partage devant avoir lieu conformément aux règles du droit et aux usages de la matière. — Cass., 7 mars 1888, Legendre, [S. 88.1.305, P. 88.1.748, D. 88.1.349, note de M. Jules Lacointa] — V. aussi Cass., 5 mai 1902, [*Gaz. Pal.*, 17 juin 1902]

311. — Les tribunaux, en ordonnant la liquidation de la société de fait ayant existé entre les deux époux, peuvent nonobstant l'état d'interdiction de l'un des époux, fixer la date de l'arrêté des comptes à faire entre eux à une époque postérieure au jugement d'interdiction, lorsqu'il est reconnu que, en fait, la communauté d'intérêts a continué d'exister après cette époque. — Même arrêt.

312. — Jugé de même que, bien qu'une association en participation formée entre deux époux soit illégale, comme susceptible d'établir entre eux une égalité incompatible avec l'exercice de la puissance maritale et de modifier les conventions matrimoniales, une telle association n'en produit pas moins, tant qu'elle n'a pas été annulée, et alors d'ailleurs qu'elle avait un objet licite, des rapports de fait, dont l'équité exige qu'il soit tenu compte. — Cass., 27 juin 1893, Cousin-Guibert, [S. et P. 94.1.25, D. 93.1.488]

313. — Spécialement, lorsque des époux ont formé entre eux une association en participation pour l'exploitation d'un fonds de commerce, acquis des deniers de la femme, et dans lequel sont entrées des marchandises achetées personnellement par le mari au cours de l'entreprise, celui-ci a sur lesdites marchandises un droit de propriété exclusif, qui permet à ses créanciers personnels de les faire saisir, sauf seulement à la femme à faire valoir ses droits dans le règlement définitif de la participation. — Même arrêt. — ... C'est-à-dire à se présenter comme créancière, concurremment avec les autres participants, dans la faillite de son mari gérant de la participation. — Même arrêt.

314. — Jugé, toutefois, que la nullité de la société entraîne, par voie de conséquence, la nullité de la liquidation qui en a été faite; plus, celle des engagements contractés par la femme envers son mari pour le remplir de ses prétendus droits, ainsi que de sa prétendue part dans les bénéfices. — Paris, 9 mars 1859, Pomier, [S. 59.2.502, P. 59.403, D. 60.2.12]

315. — ... Et que le mari ne peut réclamer aucune rétribution ou indemnité à raison de son concours à l'exploitation du fonds de commerce mis en société. — Même arrêt.

316. — Du moins, le jugement qui le décide ainsi par appréciation des circonstances ne viole aucune loi. — Cass., 7 févr. 1860, Pomier, [S. 60.1.414, P. 60.1046, D. 60.1.115] — Mais ces arrêts, dont le principe est approuvé par une partie de la doctrine (Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 58; Thaller, p. 169) sont demeurés isolés, et la jurisprudence actuelle est aujourd'hui dans le sens de la liquidation *ex æquo et bono* de la société de fait ayant existé entre les conjoints.

317. — Quelle que soit la solution admise sur le mode de liquidation, la nullité de la société entre époux semble bien avoir pour résultat d'anéantir rétroactivement la personnalité morale de la société annulée. Les immeubles compris dans le fonds social doivent donc être considérés comme la propriété indivise des associés; d'où il suit qu'ils seront frappés, du chef de chacun d'eux, de l'hypothèque légale conférée par la loi au pupille sur les biens de son tuteur. Si, par exemple, on suppose un mari cotuteur des enfants nés d'un premier mariage de sa femme, l'annulation de la société formée entre sa femme et lui aura pour effet d'assujettir à l'hypothèque légale des enfants de celle-ci l'immeuble acquis par eux pour le compte de la société. — Cass., 23 avr. 1902, [D. 1902.1.309] — Nîmes, 24 avr. 1900, Comp. des mines de Lalle, [D. 1901.2.4]

CHAPITRE II.

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA LÉGISLATION SUR LES SOCIÉTÉS. SOURCES ACTUELLES. — PROJETS DE RÉFORME.

318. — Nous n'avons pas à présenter ici un historique complet de notre législation sur les sociétés; nous nous bornerons à indiquer brièvement l'origine de chaque type de société, afin d'en faire ressortir plus nettement, en remontant ainsi aux sources, les caractères spécifiques, à présenter le tableau des sources actuellement en vigueur, et à esquisser les principaux projets de réforme. — V. pour plus de détails : Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 2 et 7, 107, 292, 463, 677; Thaller, *Traité de dr. comm.*, n. 128 et s.; *Sociétés par actions dans l'ancienne France* (*Ann. de dr. commerc.*, 1901.185); Saleilles, *Essai sur l'histoire des sociétés en commandite* (*Ann. de dr. commerc.*, 1895, p. 10 et s., 749 et s., et 1897, p. 29 et s.); Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*.

SECTION I.

Évolution historique de la législation sur les sociétés.

319. — L'idée d'association est contemporaine de la civilisation elle-même. La société en nom collectif existe en germe dans le contrat de société du droit romain, avec lequel la société civile du droit français présente de grandes affinités (*Pro socio*, Dig., XVII, 2; Accarias, *Précis de droit romain*, t. 2, p. 336 et s.). Mais deux différences importantes séparent la société romaine de la société en nom collectif de notre ancien droit et du droit moderne. La première différence se réfère à l'étendue de l'engagement. En droit romain, à moins de stipulation expresse de solidarité, les dettes contractées dans l'intérêt commun se divisent entre les associés; dans la société en nom collectif du droit médiéval ou du droit moderne au contraire, les associés seront responsables *solidairement* du passif social.

320. — La seconde différence vise la personnalité morale de la société. En droit romain, la personnalité morale ne pouvait exister qu'en vertu d'une concession spéciale de la puissance publique (L. I, *princip.*, Dig., III, 4). Quelques sociétés privilégiées, notamment les *societates vectigalium*, constituées entre publicains ou fermiers des impôts, avaient obtenu cette faveur (Accarias, t. 2, p. 340, 348). Mais les sociétés de commerce ordinaires n'avaient aucune personnalité civile, distincte de la personne de chacun des membres dont elles se composaient, et la propriété du fonds social reposait indivisément sur la tête de tous les associés.

321. — C'est au Moyen âge, vers le XIIe siècle, dans les cités commerçantes de l'Italie, que la notion de la personnalité morale des sociétés de commerce, en dehors de toute concession expresse du prince, commence à s'affirmer : *Societas est corpus mysticum et pluribus nominibus conflatum*, lisons-nous dans la *Rote de Gênes*. De la personnalité reconnue à la société, découle logiquement le droit de préférence reconnu aux créanciers sociaux sur le fonds social : « *Creditores societatum mercatorum... in rebus et bonis societatum... præferuntur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum... etiam dotibus.* » (Casaregis, *Statuts de Gênes*, liv. 4, chap. 12. — V. arrêt du Parlement de Paris, 25 janv. 1677). Mais il convient de faire remarquer que ce bénéfice se restreignait dans notre ancien droit, aux sociétés commerciales. Pothier, notamment (*Traité du contrat de société*, n. 2 et 3) considère le fonds social, dans la société civile, comme une simple masse indivise entre les ayants-droit. C'est donc seulement au cours du XIXe siècle que s'est affirmée la thèse jurisprudentielle de la personnalité des sociétés civiles. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 92. — V. *infrà*, n. 517 et s.

322. — C'est également au Moyen âge qu'apparaît la *commandite*. Sans doute il n'est pas impossible d'établir certain rapprochement entre la société en commandite et le contrat intervenu entre le capitaliste qui confie des fonds à un préposé, esclave, fils de famille ou personne *sui juris*, pour les faire fructifier dans un commerce quelconque, terrestre ou maritime (action *institoria*, action *exercitoria* : Accarias, t. 2, p. 371 et s.). On peut également voir une sorte d'association dans le *nauticum fœdus* ou prêt à la grosse, dont les origines sont très-anciennes (il était connu dans l'Inde ancienne et en Grèce), et qui

reçut de multiples applications à l'époque byzantine. — Mathias, *Das fœnus nauticum*, 1881; Goldschmidt, *op. cit.*, p. 58, 345 et s.; Caillemer, *Lettres de change et contrats d'assurances en droit hellénique;* Lyon-Caen et Renault, t. 6, p. 478; Thaller, *Traité de dr. comm.*, p. 130 et s.

323. — Mais l'origine immédiate de la commandite moderne est le *contrat de commande* du Moyen âge. Ce contrat, qui permettait aux nobles et gens d'Eglise de faire fructifier leurs capitaux sans déroger, qui fournissait un moyen facile d'éluder les prohibitions canoniques sur le prêt à intérêt, ressemblait d'ailleurs plutôt à la participation du droit actuel qu'à la société en commandite... Il n'y avait société, en effet, que dans les rapports du bailleur de fonds et du négociant en commandite, mais il n'y avait pas de fonds social distinct de la fortune propre des associés, et les tiers ne connaissaient que le gérant. Ce n'est qu'au début du XIXe siècle que la notion de la commandite, envisagée comme société ostensible, jouissant de la personnalité morale, et comportant deux catégories d'associés, les uns assimilés à des associés en nom collectif, les autres responsables du passif jusqu'à concurrence de leur apport, s'est nettement dégagée. La commandite, sans doute, depuis l'ordonnance de 1673, avait cessé d'être occulte, l'acte de société devait être enregistré au greffe du tribunal consulaire, mais elle n'avait pas, légalement, de raison sociale, bien que dans la pratique, celle-ci fut assez usitée. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 292 et s.

324. — Les *sociétés par actions* ont aussi leur origine dans le droit italien du Moyen âge... On a bien cherché à les rattacher historiquement aux *societates vectigalium* du droit romain, dont les parts auraient été cessibles, mais il est certain qu'à Rome ce système ne s'est jamais généralisé, et qu'aucune société de banque, par exemple (sociétés d'*argentarii*), n'a jamais émis de titres circulants, susceptibles d'être comparés aux actions du droit moderne. Ce sont au contraire de véritables actions négociables qu'émettait la banque de Gênes, fondée en 1409, banque investie d'importants privilèges, notamment du privilège d'émission des billets de banque, et dissoute seulement en 1799. C'est également sous la forme de sociétés par actions que se constituaient, au XVIIe et au XVIIIe siècles, par délégation spéciale du souverain, les *Compagnies de colonisation* françaises, anglaises ou hollandaises.

325. — La première société anonyme de colonisation paraît avoir été la Compagnie hollandaise des Indes orientales, fondée le 20 mai 1602, sur le modèle de laquelle devait se transformer la Compagnie similaire anglaise, fondée trois ans auparavant, en 1599. Bientôt, on vit se constituer en France, sous Louis XIII, les Compagnies de Saint-Christophe et de la Nouvelle-France; sous Louis XIV, grâce aux efforts de Colbert, les Compagnies des Indes occidentales et des Indes orientales, et diverses Compagnies destinées à monopoliser le commerce des côtes de Guinée, puis sous Louis XV les Compagnies de Saint-Domingue, du Canada et de la baie d'Hudson. Citons également la célèbre Banque de Law, qui acquit le privilège de la Compagnie des Indes orientales, fut chargée des fermes générales du royaume, et sombra victime d'un agiotage effréné, après quelques années d'une prospérité inouïe. — Paul Leroy-Beaulieu, *Hist. de la colonisation chez les peuples modernes*; Bonnassieux, *Les grandes compagnies de colonisation*; Rougier, *Précis de législation coloniale*.

326. — Toutes ces sociétés, ou compagnies (le terme de *sociétés anonymes* était alors réservé aux sociétés occultes, connues aujourd'hui sous le nom d'associations en participation), ne pouvaient exister que par la volonté du roi. Leur existence légale reposait sur une charte de concession révocable, qui déterminait l'étendue de leurs droits et leur mode de fonctionnement. On cite cependant l'apparition, dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, de quelques sociétés par actions qui paraissent s'être constituées sans intervention directe du pouvoir royal, notamment la *Chambre d'assurances de Paris* (1750). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 465.

327. — Sous la Révolution, la législation, influencée par l'opinion, a passé, relativement aux sociétés par actions, par les phases les plus opposées. Au lendemain de la loi des 2-17 mars 1791 proclamant la liberté de l'industrie, les sociétés par actions jouirent d'une liberté illimitée; elles se livrèrent à un agiotage périlleux pour le crédit public, qui contribua à la dépréciation des assignats. En présence de cet état de choses, la Convention crut opportun de supprimer d'autorité les Compagnies existantes et d'interdire pour l'avenir toute émission de titres négociables (Décr. 26-29 germ. an II). Cette législation draconienne, dont le résultat eût été de paralyser l'essor économique du pays, fut rapportée au bout de deux ans, et la loi du 30 brum. an IV revint au régime de 1791, c'est-à-dire à la liberté illimitée.

328. — Les rédacteurs du Code de commerce comprirent qu'il était nécessaire de maintenir la liberté d'émission de titres négociables pour les grandes entreprises, mais en la réglementant, pour empêcher l'agiotage et les spéculations louches. Ils crurent tout d'abord devoir revenir au système de l'ancien droit, c'est-à-dire au régime de l'autorisation gouvernementale préalable pour toute espèce de société par actions. Mais en présence des protestations du commerce, ils s'arrêtèrent à un système transactionnel, consistant à subordonner la constitution des sociétés anonymes, c'est-à-dire des sociétés ne comportant à leur tête aucun gérant responsable, à la nécessité de l'autorisation préalable, et à laisser pleine liberté aux sociétés en commandite par actions, la présence d'associés personnellement et solidairement responsables devant, dans la pensée du rédacteur du Code de commerce, remplacer pour les tiers la garantie offerte par le contrôle gouvernemental pour les sociétés du premier type (C. comm., art. 37 et 38).

329. — L'autorisation, pour les sociétés anonymes, devait être accordée par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire après avis du Conseil d'Etat. La loi ne contenant aucune prescription impérative au sujet de la rédaction des statuts, de la négociation des actions, du minimum de versements, etc., le Conseil d'Etat était absolument libre de subordonner son autorisation à telles conditions qu'il jugeait utiles. Il pouvait à son gré rejeter la demande, l'admettre sans apporter aucune modification aux statuts déposés, ou exiger au contraire, comme condition de l'autorisation sollicitée, telles ou telles modifications. L'autorisation était révocable; la révocation intervenait notamment lorsque la société violait les statuts approuvés ou imposés par le Gouvernement. Celui-ci parfois plaçait auprès des administrateurs des censeurs chargés de surveiller la marche de la société. L'autorisation préalable, d'ailleurs, était exigée non seulement *ab initio*, mais pour toute modification, quelle qu'elle fût, aux statuts approuvés. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 468.

330. — Ce système dualiste, rigoureux à l'encontre des sociétés anonymes, libéral à l'excès au regard des sociétés en commandite par actions, eut des conséquences déplorables qu'il était aisé de prévoir. L'autorisation gouvernementale ne fut demandée que rarement; et la plupart du temps les lanceurs d'affaires eurent recours à la forme de la commandite, qui, faute de réglementation, se prêtait aux combinaisons les plus suspectes, aux agiotages les plus éhontés. C'est surtout sous le Gouvernement de Juillet que la fièvre des commandites atteignit des proportions que la littérature de l'époque a popularisées. La plupart de ces sociétés avaient à leur tête des hommes de paille, sans solvabilité, de telle sorte que la responsabilité personnelle et solidaire, sur laquelle le législateur de 1807 avait tablé, s'évanouissait pratiquement, et que les actionnaires dupés étaient réduits à des recours illusoires. Le scandale fut tel que, dès 1838, un projet tendant à réglementer sévèrement la commandite par actions fut déposé sur le bureau de la Chambre. Par suite de circonstances diverses, ce projet n'aboutit pas.

331. — A la suite du coup d'Etat de 1851, cette fièvre d'agiotage se déclara à nouveau, et l'on comprit enfin l'urgence d'une réglementation destinée à protéger l'épargne honnête et trop confiante. C'est dans cet esprit que fut promulguée la loi du 18 juill. 1856, organisant pour les sociétés en commandite par actions un système de réglementation qui est devenu, en 1867, la loi de toutes les sociétés par actions, sauf quelques exceptions.

332. — Entre la loi de 1856 et la loi organique des sociétés par actions de 1867, se plaça toutefois une loi de transition, la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, dont l'objectif était d'acclimater en France les sociétés anonymes libres, tout en maintenant le régime de l'autorisation gouvernementale pour les entreprises considérables, exigeant de gros capitaux. Les sociétés de ce nouveau type, dont le capital ne devait pas excéder 20 millions, étaient donc affranchies de l'autorisation, à l'instar des sociétés anglaises; la loi fut en effet votée au lendemain de la convention franco-anglaise du 30 avr. 1862, conféra aux sociétés anglaises par actions la faculté de faire des

opérations en France et dans le but de fournir au commerce français des facilités nouvelles qui lui permissent de résister à la concurrence du commerce britannique renforcée par le traité. L'autorisation était remplacée, pour les sociétés dites à responsabilité limitée, par un système de réglementation analogue à celui institué, pour la commandite par actions, par la loi de 1856.

333. — Cette première réforme fut jugée trop timide par l'opinion. On fit remarquer, non sans raison, que l'autorisation préalable, maintenue pour les sociétés anonymes les plus importantes, avait le double défaut d'être souvent illusoire, le Conseil d'Etat n'ayant le plus fréquemment ni les moyens d'investigation, ni le temps nécessaire pour étudier avec soin les affaires en vue desquelles l'autorisation était demandée, et d'inspirer aux capitalistes une confiance imméritée, basée sur cette intervention inutile de l'Etat, que les naïfs sont trop disposés à considérer comme une sorte d'estampille officielle, de garantie d'honorabilité décernée au nom de l'Etat. Mieux valait, disait-on, supprimer l'autorisation préalable pour toutes les sociétés anonymes, quel que fût le taux du capital, et le remplacer comme on l'avait fait déjà pour les sociétés en commandite par actions et pour les sociétés à responsabilité limitée, par un ensemble de prescriptions réglementaires strictes, exigées à peine de nullité, et destinées à prévenir l'agiotage et l'émission de titres par des lanceurs d'affaires sans surface et sans honorabilité.

334. — Ces considérations prévalurent au Corps législatif, et le 24 juill. 1867 était promulguée la loi qui est encore aujourd'hui la charte organique des sociétés par actions, malgré les modifications de détail consacrées par diverses lois postérieures. Cette loi supprimait le régime de l'autorisation préalable pour la généralité des sociétés anonymes, et y substituait la réglementation; l'autorisation n'était maintenue que pour les sociétés d'*assurances sur la vie*, et pour les *tontines* (qui d'ailleurs ne méritent point le qualificatif de sociétés, V. *suprà*, n. 82), à raison de risques spéciaux que de telles sociétés, non étroitement contrôlées, pourraient faire courir à l'épargne publique. La loi de 1867 est relative à l'ensemble des sociétés par actions, en commandite ou anonymes, qui pourraient se constituer à dater de sa promulgation. Elle laissait subsister pour le passé, sous réserve d'une faculté de conversion, les types anciens : société anonyme constituée en vertu d'une autorisation gouvernementale (type 1807), société en commandite par actions, type 1856, société à responsabilité limitée, type 1863. — Des dispositions transitoires facilitaient la conversion des sociétés du type ancien en sociétés du type nouveau. Nous les étudions *infrà*, v° *Société commerciale*.

335. — Cette loi de 1867 avait le double inconvénient de favoriser l'agiotage en autorisant la conversion des actions nominatives en actions au porteur avant libération intégrale, et d'écarter des fonctions d'administrateur par des rigueurs excessives, aggravées encore par le caractère perpétuel des nullités encourues pour vice de constitution, les hommes les plus honorables, ceux dont la présence à la tête d'une affaire importante sont un gage de sagesse et de prudence. Cette même loi contenait d'ailleurs des lacunes graves, notamment en ce qui concerne les actions d'apport, les actions privilégiées, les parts de fondateur, et des dispositions équivoques ou énigmatiques, telles que l'art. 31 sur les conditions de majorité requises pour les modifications aux statuts. Une refonte d'ensemble de notre législation sur les sociétés par actions fut décidée, et aboutit à l'élaboration d'un projet en 112 articles, qui fut voté par le Sénat le 19 nov. 1884.

336. — La Chambre paraissant peu disposée à aborder l'examen d'un projet de loi de cette étendue, les partisans de la réforme, s'inspirant des vœux émis par les chambres et tribunaux de commerce et par les congrès, notamment par le Congrès international des sociétés par actions, tenu à Paris en 1889, détachèrent du projet d'ensemble certaines dispositions dont le vote semblait présenter un caractère particulier d'urgence. Ce projet fragmentaire est devenu la loi du 1er août 1893 qui, tout en laissant subsister le système général de réglementation institué par la loi de 1867, l'a amendé sur plusieurs points. Les principales réformes réalisées par la loi de 1893 se réfèrent aux points suivants : abaissement du taux minimum des actions, de 500 ou 100 à 100 ou 25; interdiction de convertir les titres nominatifs en titres au porteur avant libération intégrale; insertion d'une clause assurant aux petits actionnaires une représentation collective dans les assemblées; restriction de la responsabilité encourue par les fondateurs ou premiers administrateurs en cas d'annulation pour vice initial de constitution, et détermination d'un délai passé lequel les actions en nullité pour constitution irrégulière ou en responsabilité pour la même cause sont déclarées irrecevables; facilités nouvelles données pour la constitution d'hypothèques sur les immeubles sociaux, etc. Ces réformes ont été complétées par la loi du 9 juill. 1902, sur les actions de priorité et les actions d'apport, modifiée elle-même par la loi du 16 nov. 1903 (*J. off.* du 17).

337. — Signalons également, pour terminer cette revue d'ensemble des lois ou règlements concernant les sociétés : la loi du 30 mai 1857 sur les sociétés étrangères; le règlement organique du 22 janv. 1868 sur les sociétés anonymes d'assurances à primes et sur les sociétés d'assurances mutuelles : la loi du 15 juin 1872, amendée par la loi du 8 févr. 1902, sur les titres perdus ou volés; les dispositions de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ou la faillite des sociétés commerciales (V. *suprà*, v^is^ *Faillite*, n. 113 et s., 388 et s., 432 et s., 978 et s., *Liquidation judiciaire*, n. 518 et s.).

338. — Au point de vue du régime fiscal des titres français et étrangers (V. *infrà*, v° *Valeurs mobilières*), signalons simplement ici la loi de finances du 13 avr. 1898, art. 12 à 15, complétée par les décrets du 29 juin 1898, réorganisant le marché des valeurs françaises et étrangères. — Sur les réformes réalisées par les lois et règlements, V. *Ann. de dr. commerc.*, 1898, p. 313.

339. — Il convient également de rapprocher de notre législation d'ensemble sur les sociétés la loi du 1er avr. 1898 sur les sociétés de secours mutuels, les lois sur le crédit agricole (LL. 5 nov. 1894, 31 mars 1899, 25 déc. 1900 et 20 juill. 1901), et la loi du 3 févr. 1902 sur les sociétés de capitalisation. — V. *suprà*, v^is^ *Crédit agricole*, *Secours mutuels* (*sociétés de*), *Sociétés d'assurances et de capitalisation*. — V. aussi la loi du 1er août 1901 sur les associations (V. *suprà*, n. 52 et s.).

SECTION II.

Projets de réforme.

340. — Malgré tous ces remaniements successifs, la législation française actuelle sur les sociétés ne laisse pas que de présenter de très-graves défauts, que la discussion du Congrès international des sociétés par actions, tenu à Paris en 1900 à l'occasion de l'Exposition universelle, ont mis en pleine lumière (V. le compte rendu officiel du Congrès, 1 vol. gr. in-8°, 1900). Aussi le Gouvernement a-t-il cru opportun, au mois de juin 1902, de constituer au ministère de la Justice une commission extraparlementaire chargée d'arrêter les bases d'un projet de révision des lois de 1867 et 1893, tant en ce qui concerne les sociétés anonymes ou en commandite par actions, que les formes de publicité des sociétés commerciales en général. Le projet préparé par cette commission a été déposé sur le bureau de la Chambre des députés le 19 mai 1903.

341. — Nous aurons l'occasion de revenir à plusieurs reprises sur les principales dispositions du projet. Il nous suffira d'indiquer ici les innovations principales qu'il réalise. L'une des plus utiles, sur le principe de laquelle aucune contestation ne saurait s'élever, consiste dans la création, pour la publication des actes de société, statuts, modifications, changement d'administration, bilan, etc., d'un organe unique pour la France entière, sous la forme du *Bulletin* annexe du *Journal officiel*. Cette publicité centralisée, depuis longtemps pratiquée dans plusieurs pays étrangers, sera infiniment plus efficace que la publicité actuelle, disséminée dans une multitude de feuilles locales, dont beaucoup n'ont qu'un nombre très-restreint de lecteurs. Sur l'insuffisance de la publicité actuelle, V. notamment la communication de M. Thaller à la *Société de législation comparée* sur le registre de commerce en Allemagne et en Suisse (*Bull. de la soc.*, 1902, p. 92), et les observations de M. Harmand sur le même sujet (*Ibid.*, p. 269).

342. — Le projet s'est également inspiré très-heureusement des lois étrangères dans ses dispositions relatives aux souscriptions d'actions par voie d'émission publique (insertion préalable des statuts et d'une notice concernant les apports dans le *Bulletin officiel*, détermination de la forme des bulletins de souscription, obligation de verser le produit des souscriptions dans

certaines caisses spécifiées, Caisse des dépôts, Banque de France, Crédit foncier, etc. Cette dernière prescription seule provoqua des critiques, on a voulu garantir aux intéressés la réalité des versements, mais peut-être a-t-on dépassé le but en limitant à quelques banques privilégiées le droit de recevoir les dépôts. Un système de contrôle officiel sur les versements, avec faculté d'effectuer le versement dans une banque quelconque, aurait autant d'efficacité et serait, semble-t-il, moins vexatoire, et moins préjudiciable aux intérêts des banques qui le plus souvent coopèrent à l'émission des titres de la société nouvelle, ou des actions nouvelles d'une société préexistante.

343. — Une autre réforme importante, dont le principe ne peut qu'être approuvé, concerne les changements et modifications aux statuts. Tandis que, sous le régime actuel (tout au moins d'après l'interprétation de la jurisprudence) les changements affectant la substance même de la société ne peuvent être décrétés qu'à l'unanimité, à moins qu'une clause formelle des statuts primitifs n'autorise par avance l'assemblée générale extraordinaire à délibérer sur ce point, aux conditions spéciales de majorité spécifiées en l'art. 31, le texte nouveau décide que, pour un changement, même substantiel, il suffira qu'à l'assemblée extraordinaire les trois quarts des actions soient présentes ou représentées. Pour les simples modifications non substantielles, il suffira du tiers des actions, tandis que l'art. 31 actuel exige que l'assemblée réunisse la moitié au moins du capital social. Par contre, afin d'éviter toute surprise, le projet décide que pour toute modification même non substantielle aux statuts, la majorité absolue ne suffira pas; les deux tiers des actions présentes ou représentées (tous les actionnaires, même ceux ne possédant qu'un seul titre, étant admis à l'assemblée), devront être réunis.

344. — Notons également parmi les innovations du projet : l'extension aux sociétés ayant pour objet la constitution de rentes viagères « ou généralement toutes autres opérations basées sur la durée de la vie humaine » du régime de l'autorisation gouvernementale préalable, aujourd'hui spécial aux sociétés d'assurances sur la vie proprement dites, ou aux tontines ; l'établissement d'un régime spécial de surveillance administrative sur « les sociétés de capitalisation d'épargne, de reconstitution de capitaux, et généralement toutes celles qui ont pour objet de faire fructifier des capitaux remboursables à long terme » ; la refonte des dispositions de la loi de 1902 sur les actions de priorité et d'apport ; la réglementation des parts de fondateur ; la détermination du droit collectif des obligataires; la détermination de critérium de la nationalité des sociétés, et du régime auquel doivent être assujetties en France les sociétés étrangères.

CHAPITRE III.

DE LA DISTINCTION FONDAMENTALE DES SOCIÉTÉS EN SOCIÉTÉS CIVILES ET EN SOCIÉTÉS COMMERCIALES. — CRITÉRIUM LÉGAL

345. — Résumons tout d'abord brièvement les intérêts multiples de la distinction des sociétés en deux grandes classes, sociétés civiles et sociétés commerciales. Cette question préalable étant résolue, nous chercherons, en théorie, à dégager le critérium légal permettant de faire cette distinction avec quelque certitude, puis nous ferons l'application de ce critérium aux espèces multiples sur lesquelles la jurisprudence a eu à statuer, en notant les variations de celles-ci et les solutions généralement admises à l'heure actuelle.

SECTION I.

Les intérêts de la distinction.

346. — Les intérêts que nous allons dégager sont ceux de la distinction à établir entre la société civile type, dégagée de tout alliage commercial même au point de vue de la forme extérieure. Certains de ces intérêts, effectivement, disparaissent lorsque la société civile par son objet affecte une forme commerciale (V. *infrà*, v° *Société commerciale*) ; et nous verrons même que pour les sociétés par actions constituées depuis la promulgation de la loi de 1893, tous ces intérêts s'évanouissent, la société civile par son objet, qui adopte la forme par actions, étant déclarée commerciale par ladite loi, par dérogation expresse au critérium objectif, qui n'a pas cessé d'être la règle.

1° Intérêts découlant de la qualité de commerçant appartenant ou non aux sociétés.

347. — Une société commerciale est un commerçant au sens légal du mot. Tous les intérêts de la distinction du commerçant et du non-commerçant (V. *suprà*, v° *Commerçant*), se retrouvent donc ici. Les deux principaux se réfèrent à l'application des lois sur la faillite ou la liquidation judiciaire, et à la tenue des livres. En ce qui concerne la faillite ou la liquidation judiciaire, il nous suffira de rappeler d'un mot que ces deux procédures ont un caractère rigoureusement commercial. D'où il suit que seules les sociétés commerciales qui cessent leurs paiements peuvent être déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire ; pour les autres sociétés, il ne peut être question que de déconfiture, impliquant une liquidation dont la jurisprudence, à défaut de la loi, a posé les règles. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 113 et s., *Liquidation judiciaire*, n. 90 et s., *Déconfiture*, passim.

348. — Toute société commerciale, en principe, est passible de la faillite ou de la liquidation judiciaire. Ce principe, toutefois, comporte une exception en ce qui concerne les associations en participation qui, bien que commerciales par leur objet, échappent nécessairement à la faillite, par le motif que n'étant point publiées elles ne constituent pas des personnes morales distinctes de la personne des associés qui les composent. — Cass., 23 févr. 1864, Queyrel, [S. 64.1.63, P. 64.427, D. 64.1.136] — Poitiers, 22 déc. 1887, Comp. nouvelle, [S. 88.2.1, P. 88.1.79, et la note de M. Lyon-Caen] — V. Poulle, *Tr. théor. et prat. des soc. en participation*, n. 73 ; Pic, *Tr. théor. et prat. de la faill. des soc. comm.*, p. 31. — V. *infrà*, v° *Société en participation*.

349. — D'autre part, les sociétés commerciales sont seules astreintes à tenir des livres, dans les conditions déterminées par les art. 8 et s., C. comm., et les livres qu'elles tiennent ont seuls la force probante déterminée par lesdits articles. Les livres tenus, en fait, par les sociétés civiles sont de simples registres domestiques dans le sens de l'art. 1331, C. civ., sous réserve de ce qui sera dit relativement aux sociétés civiles à forme commerciale. — V. *suprà*, v^is^ *Commerçant*, *Livres de commerce*. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1080.

350. — Signalons également, mais seulement pour mémoire, les rigueurs spéciales auxquelles étaient assujettis, au point de vue de la contrainte par corps, les commerçants et conséquemment les associés en nom dans les sociétés en nom collectif ou en commandite. Cet intérêt a disparu depuis la loi du 22 juill. 1867, dont l'art. 1 a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

2° Autres intérêts.

351. — En dehors de ces intérêts, découlant de la qualité de *commerçant* reconnue aux sociétés de commerce, la distinction des sociétés civiles et commerciales présente encore de multiples intérêts pratiques, dont les principaux sont les suivants : 1° Seules les sociétés commerciales (exception faite pour les associations en participation) sont sujettes à *publicité*. La publicité est, pour elles, une condition essentielle de validité (L. 24 juill. 1867, art. 55 et s. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*), tandis qu'aucune loi n'assujettit les sociétés civiles à une publicité quelconque, et que la publicité à laquelle, en fait, les fondateurs d'une société civile croiraient opportun de recourir, ne saurait, par elle-même, exercer aucune influence sur l'avenir de la société ou sur la législation applicable. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 90.

352. — 2° Un second intérêt, très-important, encore admis par une fraction considérable de la doctrine, qui l'envisage comme un corollaire de la proposition précédente, c'est la *personnalité civile* des sociétés. Cette personnalité, dit-on, est un corollaire de la publicité légale : les sociétés commerciales, étant seules rendues publiques, doivent seules, en principe (et sous réserve de ce qui sera dit, soit pour certaines sociétés civiles auxquelles une loi formelle reconnaît la personnalité juridique, telles que les sociétés de mines, soit pour les sociétés civiles à forme commerciale), jouir de la personnalité morale. « La société civile, écrit M. Thaller (n. 172), n'est pas une *unité organique distincte des associés eux-mêmes*. Elle ne forme pas un corps stable d'associés, assumant d'une manière continue une responsabilité d'ores et déjà fixée. Elle n'a pas davantage un corps de biens obéissant à un régime différent de celui auquel sont soumis les biens per-

sonnels des associés. Le capital, il est vrai, est composé de biens indivis, dont chacun des membres doit respecter l'affectation, telle que l'acte de société l'a déterminée. Mais, à cela près, la société civile n'a ni vie propre, ni manifestation, au regard de tous. *Elle ne s'extériorise pas*. Elle fera un simple *contrat* donnant lieu à des rapports de comptes entre ceux qui l'ont conclu (action *pro socio*). Pour le public, elle n'existe point. Le passif contracté par elle ne vient point se mouler sur une forme d'obligation préalablement établie ». — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 127.

353. — Nous exposerons *infrà*, n. 517 et s., les arguments invoqués pour ou contre la personnalité des sociétés civiles. Qu'il nous suffise de dire pour l'instant que cet intérêt n'existe pas pour la jurisprudence, qui est actuellement fixée, surtout depuis l'arrêt de cassation du 23 févr. 1891, Banque gén. des Alpes-Maritimes, [S. et P. 92.1.73 et la note de M. Meynial, D. 91.1.337], dans le sens de la personnalité morale des sociétés civiles.

354. — 3° La distinction présente également de l'intérêt : au point de vue de la *mesure de l'obligation de chaque associé au regard des créanciers*. Dans les sociétés civiles, c'est le principe de la responsabilité de chaque associé *pro parte virili* qui prévaut (C. civ., art. 1862). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 90; Thaller, p. 125; Houpin, t. 1, n. 71. — Dans les sociétés commerciales, au contraire, la mesure de l'obligation des associés dépend, et du type adopté, et de la qualité de l'associé. Si la société est en nom collectif, tous les associés sont tenus solidairement; si la société est anonyme, tous les associés voient leur responsabilité rigoureusement limitée au montant de leur apport; enfin, si la société est en commandite, nous trouvons deux grandes classes d'associés, les uns (les commandités) tenus personnellement et solidairement à l'instar des associés en nom collectif, les autres, les commanditaires, tenus seulement jusqu'à concurrence de leur apport. Le régime des sociétés commerciales présente donc, au point de vue de la mesure des obligations assumées par les associés au regard des tiers, une grande souplesse, inconnue de la loi civile. Cette graduation de la responsabilité suivant le type adopté permet ainsi, suivant l'objectif poursuivi et l'importance des capitaux nécessaires à l'entreprise, de faire prévaloir l'idée de crédit personnel, résultant de l'engagement personnel et solidaire des associés, ou l'idée de gage réel, limité aux apports, mais important néanmoins et présentant, en théorie tout au moins, toutes garanties, eu égard à l'importance des capitaux réalisés et à l'affectation du fonds social par préférence aux créanciers sociaux.

355. — Ici encore, d'ailleurs, la tendance générale du droit moderne à se commercialiser a singulièrement atténué la différence que nous signalons.

356. — Il est, en effet, universellement admis aujourd'hui que les fondateurs d'une société civile peuvent adopter l'un des types proposés au choix des parties par le Code de commerce. Mais, ainsi que nous le verrons *infrà*, v° *Société commerciale*, de graves controverses se sont élevées sur le point de savoir si la forme adoptée devait réagir sur le fond, notamment au point de vue de la mesure de la responsabilité des associés. Toutes ces difficultés disparaissent lorsque la société est commerciale, non seulement quant à la forme, mais quant au fond.

357. — 4° Au point de vue de la distinction des sociétés en sociétés *particulières* et sociétés *universelles*. Une société commerciale est toujours une société particulière (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 87, *in fine*). L'intérêt est d'ailleurs assez faible en pratique, les sociétés universelles, conservées par respect de la tradition, étant à peu près inconnues dans la pratique actuelle. — V. *infrà*, v° *Société civile*.

358. — 5° Au point de vue de la *compétence*. Antérieurement à la loi du 17 juill. 1856, les contestations entre associés étaient, au commencement, déférées à des *arbitres* (art. 51 à 54, C. comm., aujourd'hui abrogés). Aujourd'hui, elles sont de la compétence des *tribunaux de commerce* (C. comm., art. 631-2°), tandis que, dans une société civile, ces contestations sont de la compétence des tribunaux civils. — V. *suprà*, v° *Compétence civile et commerciale*, n. 851 et s.

359. — A cette question de compétence se rattachent naturellement les dispositions légales relatives à l'électorat des tribunaux de commerce. Les directeurs de sociétés anonymes sont électeurs et éligibles aux tribunaux de commerce, mais seulement lorsque ces sociétés sont commerciales (L. 8 déc. 1883, art. 1).

360. — 6° Au point de vue de la *prescription*. — Dans les sociétés de commerce, les actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent *par cinq ans* après la fin ou la dissolution de la société (C. comm., art. 64); dans les sociétés civiles, ces actions sont soumises en principe à la prescription de droit commun, c'est-à dire à la prescription trentenaire. — V. *infrà*, v° *Société civile*.

361. — 7° Au point de vue des *taxes applicables*. — Les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne sont pas traitées de la même manière au point de vue *fiscal*. C'est ainsi, notamment, que la disposition exemptant les parts d'intérêt dans les sociétés en nom collectif de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières créé par la loi du 29 juin 1872 est spéciale aux sociétés commerciales (L. 1er déc. 1875, art. 1). — V. *infrà*, v° *Valeurs mobilières*.

Section II.

Critérium de la distinction.

362. — Nous aurons à relever ici une évolution intéressante de la jurisprudence qui, partie du point de vue *formaliste* s'est arrêtée par la suite au point de vue *objectif*, puis est revenue dans une certaine mesure au point de vue formaliste, que s'est appropriée à son tour, pour les sociétés par actions tout au moins, le législateur de 1893. Au lendemain de la promulgation du Code de commerce, le point de vue formaliste dominait, et la plupart des arrêts, pour qualifier une société de civile ou de commerciale, se préoccupaient avant tout de la forme adoptée, bien plutôt que de l'objet de l'entreprise. La forme par actions, en particulier, était considérée comme un signe certain de commercialité.

363. — Jugé, en ce sens, que la société formée par actions pour exploiter des mines de houille étant une société anonyme, et par conséquent une société commerciale, les demandes formées contre une telle société pour fournitures, constructions ou réparations nécessaires à son exploitation sont de la compétence des tribunaux de commerce. — Bruxelles, 3 mars 1810, Beghin, [S. et P. chr.]

364. — L'arrêt précité était, il est vrai, intervenu antérieurement à la promulgation de la loi du 21 avr. 1810 sur les mines, dont l'art. 32 dénie formellement tout caractère commercial aux exploitations minières. Mais, fait plus significatif encore, même en présence de ce texte, la jurisprudence persistait à tenir pour commerciale, non pas sans doute l'exploitation d'une concession minière par un individu isolé, ou par une société de personnes, apportant toutes dans l'affaire leur fortune et leur industrie, mais tout au moins l'exploitation sous forme de *sociétés par actions*.

365. — Jugé, en ce sens, que l'art. 32, L. 21 avr. 1810, suivant lequel l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce, ne peut s'appliquer à l'exploitation opérée par les concessionnaires non pour leur compte seul, et sous leur direction, mais en société et avec le concours d'actionnaires réunis sous le nom d'associés commanditaires. — Cass., 30 avr. 1828, Thérouanne, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 22 juin 1833, de Pompignan, [S. et P. chr.] — Rouen, 26 août 1840, Manneville, [P. 41.1.262] — Paris, 22 mai 1841, Hanz, [P. 41.2.45]; — 19 août 1841, Gary de Faviez, [P. 41.2.389]; — 8 déc. 1842, Soc. des houillères de la Theurée, [P. 43.1.293]; — 9 févr. 1843, Guillabin, [P. 43.1.294]

366. — Peu importerait d'ailleurs, en pareil cas, que la société eût reçu la dénomination de société civile, cette dénomination ne pouvant lui enlever son caractère commercial. — Mêmes arrêts. — Pardessus, t. 3, p. 123; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Société*; Delangle, n. 34; Vincens, *Lég. comm.*, t. 1, n. 353. — V. d'ailleurs, *suprà*, v^is^ *Acte de commerce*, n. 463 et s.; *Mines, minières et carrières*, n. 2051 et s.

367. — Jugé, de même, que la société formée pour l'exploitation d'une ardoisière devient commerciale lorsqu'elle prend une dénomination sociale, qu'elle divise son capital en actions transmissibles par voie d'endossement, qu'elle a un banquier, un directeur-gérant, un conseil de surveillance, un domicile, en un mot une organisation toute commerciale. — Angers, 5 févr. 1842, Soc. ardoisière de la Porée, [P. 44.1.789] — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 2051 et s., 2154 et s.

368. — Cette théorie était difficilement conciliable avec les textes. Elle ne s'harmonisait ni avec l'art. 1, C. comm., aux termes duquel « sont commerçants ceux qui exercent des actes

de commerce et en font leur profession habituelle », formule applicable indifféremment aux individus et aux sociétés, ni avec l'art. 32 de la loi de 1810 sur les mines, lequel semblait bien qualifier de civile toute exploitation minière, sans se préoccuper de la forme extrinsèque de la société constituée en vue de cette exploitation.

369. — Aussi, abandonnant la thèse formaliste pour la thèse objective, et se ralliant à la doctrine professée par la grande majorité (aujourd'hui l'unanimité) des auteurs, la jurisprudence s'était-elle fixée en ce sens qu'il ne fallait tenir compte que de l'objet poursuivi par les associés, la société étant commerciale lorsque les opérations auxquelles elles se livraient étaient commerciales et civile dans le cas contraire. — V. notamment sur cette question qui se posait principalement au cas de société de mines ou de sociétés ayant pour objet des transactions sur des immeubles bâtis : Cass., 7 févr. 1826, Bardes, [S. et P. chr.]; — 30 avr. 1828, précité; — 15 avr. 1834, Mallez, [S. 34.1.650, P. chr.]; — 10 mars 1841, Michaud, [S. 41.1.357, P. 41.1.487]; — 17 mai 1847, X..., [S. 52.1.232, *ad notam*, P. 48.2.762]; — 26 mars 1855, Campbell, [S. 56.1.504, P. 57.560]; — 31 janv. 1865, Dandenne, [S. 65.1.123, P. 65.272]; — 27 mars 1866, Denis, [S. 66.1.211, P. 66.541, D. 66.1.428]; — 20 avr. 1868, Curtil, [S. 69.1.217, P. 69.521]; — 6 juill. 1868, Soc. des Ports de Brest, [S. 68.1.396, P. 68.1073]; — 3 févr. 1869, Curtil, [S. 69.1.217, P. 69.521]; — 18 déc. 1871, Sicard, [S. 71.1.196, P. 71.608, D. 72.1.9]; — 18 déc. 1871, Bravay, [*ibid.*]; — 26 févr. 1872, Eaux du Midi, [S. 72.1.175, P. 72.402, D. 72.1.9]; — 16 juin 1874, Syndic Billoi, [S. 74.1.345, P. 74.358, D. 74.1.445]; — 12 mai 1875, Ceul, [S. 76.1.376, P. 76.858, D. 75.1.375]; — 26 févr. 1878, de Gannat, [S. 80.1.167, P. 80.374, D. 80.1.79]; — 1er juill. 1878, Comp. des forges de Liverdun, [S. 78.1.414, P. 78.1076, D. 79.1.218]; — 28 janv. 1884, de Marc et Donnat, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147, et la note de M. Ch. Lyon-Caen, D. 84.1.145]; — 30 janv. 1884, Soc. *la Foncière des vignobles de France et d'Algérie*, [S. 84.1.311, P. 84.1.780, D. 84.1.320]; — 8 nov. 1892, Dupont, [S. et P. 93.1.32, D. 93.1.78]; — 21 oct. 1895, Favier, [S. et P. 98.1.43, D. 96.1.417]; — 15 janv. 1900, Roy, [S. et P. 1900.1.317]; — 3 févr. 1902, Berry, [S. et P. 1902.1.72] — Besançon, 4 févr. 1854, Comp. *l'Agricole*, [P. 54.1.271] — Grenoble, 19 mars 1870, Gauche, [S. 71.2.35, P. 71.114] — Amiens, 26 févr. 1881, Comp. des Mines de Liévin, [S. 82.2.188, P. 82.1.969] — Rouen, 1er avr. 1881, Crédit industriel, [S. 82.2.153, P. 82.1.815] — Caen, 28 mars 1887, Simon, [S. 88.2.231, P. 88.1.1227] — Orléans, 28 juill. 1887, Chabrier du Goll, [S. 90.2.42, P. 90.1.231, D. 88.2.258] — Paris, 8 mars 1889, Liquid. Panama, [S. 89.2.225, P. 89.1.1218, D. 90.2.233]; — 16 juin 1890, Morin, [S. et P. 92.2.309]; — 7 août 1894, Comp. des Mines d'Akhtala, [S. et P. 95.2.209] — Bruxelles, 2 avr. 1890, Moeller, [S. 91.4.38, P. 91.2.64] — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Cottu et de Montdésir, [S. 89.2.47, P. 89.1.237] — Trib. Saint-Etienne, 24 déc. 1891, sous Cass., 26 oct. 1892, Schneider, [S. et P. 93.1.321] — *Sic*, Troplong, t. 1, n. 327; Malepeyre et Jourdain, t. 1, p. 3; Molinier, *Soc.*, n. 244; Duvergier, n. 485; Alauzet, t. 2, n. 818; Pont, t. 1, n. 104 et s.; Namur, *Dr. comm.*, t. 1, § 36; Bédarride, t. 1, n. 98; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 181; Boistel, n. 166 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 91; Thaller, p. 124; Vavasseur, t. 1, n. 11; Ruben de Couder, n. 95; Deloison, *Tr. des soc. comm.*, t. 1, n. 15; Guillouard, n. 92; Pic, *Tr. de la faill. des soc.*, p. 18 et s.; Houpin, t. 1, n. 72; Debeuvre, *Des soc. de mines*, n. 193 et s.; Féraud-Giraud, *Code des mines*, t. 1, n. 164; Dreyfus, *Des soc. civ. à forme commerciale*, p. 100 et s. — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 175 et 176. — V. au surplus, Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, art. 1832, n. 61.

370. — Partant de ce principe que « les sociétés sont civiles ou commerciales suivant les mêmes règles qui déterminent la condition des individus » (Cass., 3 févr. 1902 (motifs), précité), la jurisprudence décidait logiquement avant la loi du 1er août 1893 qu'une société, civile par son objet, ne changeait pas de nature et ne devenait pas commerciale par cela seul qu'elle avait pris la forme d'une des sociétés régies par le Code de commerce ou qu'elle avait soit divisé son capital en actions, soit contracté des emprunts au moyen d'obligations au porteur. — Cass., 23 août 1820, Saint-Didier, [S. chr.]; — 27 mars 1866, Denis, [S. 66.1.211, P. 66.541, D. 66.1.428]; — 18 déc. 1871, Sicard, [S. 71.1.196, P. 71.608, D. 72.1.9]; — 18 déc. 1871, Bravay, [*ibid.*]; — 26 févr. 1872, *Eaux du Midi*, [S. 72.1.175, P. 72.402, D. 72.1.9]; — 28 janv. 1884, de Marc et Donnat, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147] — Paris, 15 févr. 1868, Millaud, [S. 68.2.329, P. 68.1223, D. 68.2.192]; — 17 août 1868, de Pressigné, [*ibid.*] — 29 août 1868, [*ibid.*]

371. — Ainsi et spécialement, on considérait qu'une société civile par son objet demeurait civile, alors même que ses fondateurs avaient cru devoir adopter soit la forme d'une commandite par actions... — Aix, 27 nov. 1855, Jauffret, [P. 57.851]; — ... soit la forme anonyme. — V. Cass., 12 déc. 1887, Cordier, [S. 88.1.319, P. 88.1.772, D. 88.1.429] — Rouen, 1er avr. 1881, précité. — Caen, 28 mars 1887, Simon, dite de l'École de dressage de Seez, [S. 88.2.231, P. 88.1.1227] — Orléans, 28 juill. 1887, précité. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, précité. — Paris, 8 mars 1889, précité; — 21 mai 1892, Soc. des mines d'Hammanate, [S. et P. 92.2.270] — Bruxelles, 2 avr. 1890, précité. — V. cep. Trib. Seine, 20 juill. 1886, sous Paris, 21 mai 1892, précité.

372. — ... Soit même la forme de la société à responsabilité limitée, type 1863, bien que le législateur de 1863 eût paru avoir voulu affecter particulièrement cette forme alors nouvelle aux sociétés poursuivant un but commercial. — Cass., 21 juill. 1873, Comp. d'irrigation de France, [S. 73.1.456, P. 73.1159] — Paris, 17 août 1868, précité.

373. — Ainsi, et spécialement, on décidait que le caractère civil ou commercial d'une société se déterminant, non d'après sa forme, mais d'après son objet, une société de tir qui n'a rien de commercial dans son but, ni dans la nature des opérations auxquelles elle doit se livrer, a le caractère, non d'une société commerciale, mais d'une société civile, encore bien qu'elle ait été constituée sous la forme d'une société anonyme. — Rouen, 16 juin 1890, Morin, [S. et P. 92.2.309] — V. sur les caractères d'une société de tir formée sans esprit de lucre avec l'adhésion et l'approbation de l'autorité publique (association et non société), Dijon, 30 oct. 1889, Nitre, [S. 90.2.16, P. 90.1.201]

374. — ... Et que le critérium légal tiré de l'objet des opérations de la société ayant un caractère impératif, la volonté contraire des parties, même expressément formulée, était inopérante; qu'en conséquence, même qualifiée de commerciale par les parties, même publiée dans les formes déterminées par la loi de 1867, une société à objet civil est et demeure civile. — Cass., 28 janv. 1884, précité. — Rouen, 1er avr. 1881, précité; — 16 juin 1890, précité.

375. — On décidait encore en vertu du même principe, qu'à l'inverse une société à objet commercial, même qualifiée de civile par les parties, n'en demeure pas moins commerciale, et doit à peine de nullité être constituée dans l'une des formes que détermine le Code de commerce, et publiée dans les formes prescrites par la loi de 1867. — Rouen, 1er avr. 1881, précité.

376. — On proclamait d'ailleurs que les agissements commerciaux de certains des associés ou même des fondateurs, gérants ou administrateurs, ne sauraient modifier le caractère de la société; que dès lors la souscription de lettres de change par les fondateurs d'une telle société ne saurait les faire considérer comme commerçants, ni imprimer à la société le caractère commercial, alors même qu'ils n'ont point fait profession habituelle des actes de commerce. — Cass., 18 déc. 1871, Sicard, [S. 71.1.196, P. 71.608]

377. — On reconnaissait au surplus qu'une société civile par son objet pouvait se transformer en une société commerciale, soit lorsque ses statuts l'autorisaient à faire des opérations commerciales... et qu'elle avait fait usage de cette faculté. — Cass., 1er août 1893, Soc. des mines du Pont-Péan, [S. et P. 94.1.22, D. 94.1.126] — Paris, 7 août 1894, Comp. des mines d'Akhtala, [S. et P. 95.2.309, D. 95.1.128] — ... Soit lorsqu'en fait elle s'était livrée, même sans y être autorisée par les statuts, à des spéculations commerciales, surtout si ces spéculations avaient un caractère habituel et non pas seulement transitoire ou accidentel. — Cass., 1er juill. 1878, Comp. des forges de Liverdun, [S. 78.1.414, P. 78.1076]

378. — Mais on faisait remarquer que cette transformation ne doit pas se présumer aisément; qu'ainsi, une société civile ne perd pas son caractère pour devenir une société commerciale, par cela seul qu'une autre société, qui lui servait de banquier, et dont la direction se trouvait dans les mêmes mains, s'est livrée avec les fonds de la première société à des spéculations commerciales. — Trib. comm. Seine, 11 mai 1894, sous Paris, 10 juill. 1894, Soc. des immeubles de France, [S. et P. 96.2.57, D. 95.2.105]

379. — C'est toujours en vertu de ces principes qu'on avait pu décider que les opérations de report auxquelles se livre une

société civile ne lui donnent pas le caractère commercial, si, dans ces opérations, elle est purement substituée au propriétaire des titres, qui les lui remet en garantie d'une dette, et si les reports sont, pour la société qui s'y livre, moins une spéculation faite en vue d'un bénéfice qu'une forme d'emprunt contre nantissement, destiné à fournir à la société les ressources que son débiteur ne mettait pas autrement à sa disposition ; qu'il n'y a là qu'une couverture donnée par le débiteur, et non une opération commerciale, si la créance n'a elle-même aucun caractère commercial. — Trib. comm. Seine, 11 mai 1894, sous Paris, 10 juill. 1894, précité. — Jugé, également, que des opérations de report peuvent ne pas constituer des actes de commerce. — Paris, 17 mai 1858, [*Journ. des trib. de comm.*, t. 7, p. 369] — V. De Prat, *Des reports*, p. 39. — V. cep. Thaller, *Ann. de dr. commerc.*, 94.2.140.

380. — Telle était la jurisprudence lorsque fut promulguée la loi de 1893. Mais il importe de faire remarquer que liés avant cette loi, sous la pression des nécessités pratiques, les tribunaux s'étaient ingéniés à atténuer les différences légales qui séparent la société civile de la société commerciale. Non seulement ils tendaient à reconnaître à toutes les sociétés civiles, même non commercialisées, la personnalité morale (V. *infrà*, n. 517 et s.), mais ils s'accordaient à admettre que, si la forme commerciale adoptée n'avait pas la vertu de rendre commerciale une société à objet civil, du moins cette forme devait-elle réagir sur les règles applicables, notamment au point de vue de la détermination de la mesure des obligations des associés au regard des tiers, de la publicité, etc. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

381. — Mais le législateur de 1893 a fait plus. Partant de cette idée que toutes les sociétés par actions présentent les mêmes avantages et les mêmes inconvénients, quel que soit leur objet, et que notamment elles se prêtent, au point du drainage des capitaux, aux mêmes abus, qu'il convient dès lors, dans l'intérêt de l'épargne publique, de les soumettre toutes à une réglementation identique, la loi du 1er août 1893, faisant prévaloir le critérium formaliste sur le critérium objectif, a expressément décidé dans son art. 68 (incorporé à la loi de 1867), que « quel que soit leur objet, les sociétés en commandite (par actions) ou anonymes, qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». Il existe donc aujourd'hui, pour les sociétés, deux caractères différents de la commercialité. Pour les sociétés en nom collectif et, sauf controverse (V. *infrà*, v° *Société commerciale*), pour les sociétés en commandite simple, comme aussi pour les sociétés par actions constituées avant la promulgation de la loi de 1893, qui n'auraient pas fait usage de la faculté de conversion inscrite dans la disposition transitoire de la loi de 1893 (art. 7, *in fine*), rien n'est changé à la règle ancienne : leur caractère légal se détermine d'après leur objet. Pour les sociétés qui se sont constituées depuis la promulgation de la loi ou qui se constitueront à l'avenir sous la forme anonyme ou de commandite par actions, et pour les sociétés anciennes qui feraient usage de la faculté de conversion, l'objet au contraire est indifférent : la forme seule importe. Ces sociétés doivent à tous égards, notamment au point de vue de la faillite et de la tenue des livres, être considérées comme des sociétés commerciales, alors même que leur objet serait exclusivement civil.

382. — Il est incontestable que cette réforme, sur laquelle nous aurons à revenir à plusieurs reprises, a profondément altéré la physionomie des sociétés commerciales, et qu'elle a enlevé une partie de son intérêt pratique à la jurisprudence touffue qu'il nous reste à exposer aussi brièvement que possible. Il est bien entendu désormais que les solutions formulées ci-après, rigoureusement vraies pour toutes les sociétés constituées sous l'empire de la loi ancienne et non converties, ne sont plus exactes au regard des sociétés nouvelles, c'est-à-dire des sociétés par actions constituées (ou converties) depuis la promulgation de la loi du 1er août 1893.

Section III.

Applications jurisprudentielles du critérium objectif

383. — La commercialité d'une société (sous la réserve qui vient d'être formulée), dépendant exclusivement de son objet, c'est-à-dire du point de savoir si elle fait ou non profession habituelle d'actes de commerce, le juge doit avant tout se reporter, en cas de doute, à l'énumération légale des actes de commerce donnée par les art. 632 et 633, C. comm. (V. *suprà*, v° *Acte de commerce*). Nous allons indiquer tout d'abord les principales applications pratiques desdits articles aux sociétés; puis nous examinerons les difficultés qui s'élèvent relativement à certaines opérations non expressément visées par les articles précités, telles que les entreprises de construction.

384. — L'acte de commerce type est l'achat de denrées ou marchandises pour les revendre avec bénéfices, brutes ou manufacturées, en un mot la *spéculation sur la revente*. Les éléments constitutifs de l'achat pour revendre ayant été analysés *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 122 et s., nous n'y reviendrons pas. Qu'il nous suffise de rappeler ici que l'achat pour revendre, pour être commercial, doit être fait dans une pensée de *spéculation*. Aussi doit-on considérer comme une société civile la *société coopérative de consommation* qui vend exclusivement aux membres participants les denrées qu'elle achète en gros, et distribue entre eux tous les bonis qu'elle réalise, déduction faite des frais. — Paris, 20 mars 1888, Rouquié, [D. 89.2.280] — V. *infrà*, v° *Société coopérative*.

385. — Nous avons établi *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 198 et s., que l'achat pour revendre avec bénéfice était commercial, non seulement lorsqu'il s'appliquait à des meubles corporels, marchandises ou denrées *stricto sensu*, mais encore lorsqu'il portait sur des valeurs de bourse et généralement sur des objets incorporels quelconques. Une société dont l'objet exclusif ou principal serait la spéculation sur les valeurs de bourse, cotées ou non cotées, aurait donc le caractère d'une société commerciale. — Sur la distinction entre l'achat de valeurs de placement et la spéculation, opération commerciale au premier chef, V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 204 et s.

386. — Il en serait de même d'une société pour l'exploitation d'un brevet d'invention, alors du moins que les entreprises en vue desquelles le brevet a été pris présentent un caractère commercial. — Paris, 9 févr. 1884, [*Rev. des soc.*, 85.9] — Bruxelles, 20 janv. 1896, [*Journ. des soc.*, 98.19] — V. Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, n. 321; Houpin, t. 1, p. 58. — V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1222 et s.

387. — La loi répute, en second lieu, acte de commerce « toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre et par eau » (V. *infrà*, v° *Acte de commerce*, n. 700 et s., 785 et s.). La commercialité de l'entreprise de manufacture ne saurait soulever aucune difficulté, tout au moins lorsqu'il s'agit de produits mobiliers (sur l'entreprise de construction, V. *infrà*, n. 458 et s.). Mais la jurisprudence a eu à résoudre certaines difficultés en ce qui concerne le transport par voies ferrées, difficultés tenant moins à l'objet de la société (car en droit français les compagnies de chemins de fer n'étant point propriétaires de la ligne ne sauraient être qualifiées de sociétés immobilières) qu'à l'intervention, à l'origine de la société, d'un acte administratif, lequel aurait eu, dans une opinion d'ailleurs complètement abandonnée aujourd'hui, pour effet d'enlever à l'entreprise tout caractère commercial.

388. — Dès le début de la construction des chemins de fer, la jurisprudence a posé en principe qu'une compagnie anonyme de chemins de fer constitue une société commerciale et non point une administration publique. — Rouen, 19 juin 1846, Chemin de fer de Paris à Rouen, [P. 47.1.337]; — 5 déc. 1877, Chemin de fer du Vieux-Port et de la banlieue de Marseille, [P. 78.543]; — 8 nov. 1892, Soc. des lignes ferrées internationales des Alpes, [S. et P. 93.1.32, D. 93.1.78] — V. *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 2245 et s.

389. — D'où il suit : 1° Que sous l'empire de la loi ancienne, et avant la loi de 1856 supprimant les arbitres forcés, les contestations intéressant les compagnies devaient être soumises à des arbitres juges : ceux-ci étaient compétents, non seulement sur le fond, mais encore sur les fins de non recevoir, tirées soit de ce que l'action avait été intentée isolément par un actionnaire, soit de ce que le conseil d'administration ne serait pas tenu de rendre compte de sa gestion à un actionnaire isolé, soit enfin d'un règlement de compte opposé. — Paris, 19 mai 1848, Pépin Lehallent, [P. 48.2.224]

390. — 2° Que les compagnies doivent être assignées devant le tribunal du siège social et en la personne de l'associé chargé de répondre aux actions qui sont intentées à la compagnie. Les divers agents préposés pour la direction du service sur toutes les lignes n'ont point qualité pour procéder au nom de la société. — Rouen, 19 juin 1846, précité.

391. — ... A moins toutefois qu'il ne s'agisse d'un siège social fictif, purement nominal, auquel cas la compagnie sera régulièrement assignée par les tiers au lieu où existe le siège principal de ses opérations, et par suite au domicile *réel*. — Cass., 5 déc. 1877, précité.

392. — 3° Que le caractère civil ou commercial des sociétés dépend de la nature de l'objet en vue duquel elles ont été organisées. Spécialement, doit être considérée comme une société commerciale, la société qui, devenue, par les conditions dans lesquelles elle s'est formée, acquéreur de certains projets de chemins de fer, a pour objet d'en poursuivre la concession, pour ensuite la rétrocéder ou l'exploiter elle-même. — Cass., 8 nov. 1892, Soc. des lignes ferrées internationales des Alpes, [S. et P. 93.1.32, D. 93.1.78] — V. sur le principe, Paris, 19 mai 1848, précité. — Rouen, 16 juin 1890, Morin, [S. et P. 92.2.309]

393. — L'émission d'obligations par une telle société, avec indication dans les prospectus que la société a pour objet la construction et « l'exploitation » des chemins de fer, et que c'est aux dépenses de cette entreprise que doit être appliqué le montant de l'emprunt, constitue un acte de commerce, à raison duquel ladite société est, quelle que soit la qualification qu'aient cru devoir lui donner ses fondateurs, justiciable du tribunal de commerce. — Cass., 8 nov. 1892, précité.

394. — Les entreprises d'éclairage public sont incontestablement des entreprises de manufacture, attendu qu'elles comportent, en général du moins, la transformation de matières premières que l'entrepreneur met en œuvre au moyen du travail de ses machines ou de ses ouvriers. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 700. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 133. — Cela n'est pas contestable pour l'éclairage au *gaz*, qui nécessite une transformation de la houille.

395. — On l'a contesté, mais à tort, pour *l'électricité*, et la jurisprudence est unanime à décider que la société ayant pour objet l'exploitation de l'éclairage et de la force électrique, qu'elle met en œuvre au moyen de machines et du travail de ses ouvriers, et qu'elle distribue à ses abonnés en leur fournissant les appareils nécessaires, constitue une entreprise de manufacture, et a dès lors le caractère de société commerciale. — Lyon, 4 juill. 1890, Comp. électrique Edison de Saint-Etienne, [S. et P. 92.2.275, D. 91.2.81] — On objectait contre cette solution, que l'entreprise d'électricité ne comporte pas à proprement parler transformation des matières premières. Mais la transformation ou la mise en œuvre de matières premières n'est pas de l'essence de l'entreprise de manufacture, sans quoi cette entreprise se confondrait le plus souvent avec l'achat de marchandises pour les revendre; ce que comporte essentiellement l'entreprise de manufacture, c'est la spéculation sur le travail de l'entrepreneur, de ses ouvriers et de ses machines (V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 700, 705); or, cette condition se rencontre incontestablement dans l'entreprise d'éclairage et de production de la force par l'électricité. En outre, une pareille entreprise ne se borne pas à utiliser en la distribuant une force naturelle, comme le ferait l'entrepreneur d'une canalisation d'eau (V. sur la non-commercialité d'une pareille entreprise, Cass., 6 janv. 1874, Comp. générale des eaux, S. 77.1.27, P. 77.42), à l'état de nature, l'électricité n'est pas susceptible d'utilisation ; ce n'est qu'autant qu'elle est captée par le travail de l'homme qu'elle peut avoir des applications industrielles; l'entrepreneur d'électricité fait ainsi subir une véritable transformation à la force naturelle qu'il met en œuvre.

396. — En conséquence, cette société est valablement assignée devant le tribunal de commerce par l'un de ses abonnés, à raison d'une difficulté relative à l'exécution du contrat d'abonnement. — Lyon, 4 juill. 1890, précité.

397. — Un troisième groupe d'actes de commerce comprend les entreprises « de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics » (art. 632-3°). — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 832 et s., 882 et s.

398. — 4° Sont commerciales « toute opération de change, banque et courtage, toutes les opérations de banques publiques » (art. 632-4° et 5°). Cette formule est aussi générale que possible; aussi doit-on tenir pour commerciales toutes les sociétés de banque, même celles qui se constituent principalement comme auxiliaires de l'agriculture qui par elle-même n'a rien de commercial, telles que les sociétés de *crédit foncier*, de *crédit agricole*, etc. Les textes d'ailleurs, sont formels en ce sens : V. notamment l'art. 4, L. 5 nov. 1894, sur les *sociétés de crédit agricole*. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 905 et s., *Crédit agricole*, n. 29 et s., *Crédit foncier*, n. 54 et s.

399. — Jugé, dans le même sens, qu'une société anonyme, fondée dans un but de spéculation et ayant pour objet la formation et la gestion d'associations tontinières entièrement distinctes de la société principale et qui pourraient avoir un caractère de mutualité qui les placerait sous l'empire des règles du droit civil, ne participe nullement à ce caractère, pas plus qu'à ses effets : une telle société est une société de commerce. — Angers, 21 janv. 1857, Comp. *la Concorde*, [S. 57.2.282, P. 57.149]

400. — A plus forte raison doit-on tenir pour commerciale la société constituée sur les bases déterminées par la loi du 2 juill. 1862, pour l'exploitation d'une charge d'agent de change, la profession d'agent de change ayant un caractère commercial au premier chef. Admise à une époque où les sociétés de ce genre étaient généralement considérées comme entachées de nullité (Paris, 12 juin 1850, Delagrange, S. 50.2.433), cette solution n'est plus discutable depuis la loi de 1862, qui a validé les sociétés de cette nature. — V. *suprà*, v° *Agent de change*, n. 97 et s.

401. — Sur la commercialité des sociétés constituées en vue du commerce maritime, ou accessoires du commerce maritime (fournitures, prêt à la grosse, toutes assurances et contrats concernant le commerce de mer, etc., C. comm., art. 633), V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 978 et s., 1026 et s., *Affrètement*, *Assurance maritime*, etc.

402. — Il nous reste à passer en revue les sociétés constituées en vue d'opérations non visées *in terminis* par le Code de commerce, telles que les assurances terrestres, le contrat d'édition, les stipulations sur immeubles et entreprises de construction. En ce qui concerne tout d'abord l'*assurance*, l'opinion dominante est qu'une distinction essentielle s'impose entre l'assurance maritime et l'assurance terrestre. Toute assurance maritime est réputée commerciale aux termes de l'art. 633, C. comm.; il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les Compagnies d'assurance à prime fixe et les mutuelles. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1026 et s. — Pour les assurances terrestres, *suprà*, *eod. verb.*, n. 1033 et s. — V. égal. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 53 et s.

403. — Sur la commercialité des sociétés d'assurance à primes contre les risques du tirage au sort, V. Grenoble, 19 juill. 1830, Tolentin, [P. chr.] — V. cependant Colmar, 17 nov. 1831, Meyer, [P. chr.]

404. — C'est une question assez délicate que celle de savoir dans quel cas on doit considérer comme commerciale la société formée pour la publication d'un *journal*, d'une *revue périodique*, ou d'un ouvrage *collectif* quelconque, dictionnaire, répertoire, collection d'ouvrages scientifiques se référant à une même branche scientifique et devant former un tout, grâce à l'unité de méthodes et de vues présidant à l'entreprise? La difficulté provient de l'antinomie existant entre le travail de l'*auteur* dépourvu en soi de tout caractère mercantile, un auteur ne faisant jamais acte de commerce lorsqu'il se borne à céder, pour quelque prix que ce soit, les productions de son esprit, et l'entremise de l'*éditeur*, qui, elle, est essentiellement commerciale, puisqu'on y peut voir, suivant les termes mêmes de la convention intervenue entre auteur et éditeur, un achat pour revendre, une entreprise de manufacture, une entreprise de fournitures, et que souvent même (lorsque l'éditeur se charge seul de l'impression, de la mise en vente, etc.) ces trois opérations, également commerciales, se cumulent en la personne de l'éditeur. — V. sur ces points, *suprà*, v^is *Acte de commerce*, n. 536 et s., *Edition* (*contrat d'*), n. 22.

405. — L'application des mêmes principes aux sociétés constituées pour la publication de journaux ou revues périodiques conduit aux distinctions suivantes : envisagés en eux-mêmes, les travaux de la *presse*, comme toute production intellectuelle, sont dépourvus de l'élément mercantile constitutif de la commercialité; la société constituée pour la publication d'un journal politique, littéraire ou scientifique, ou d'une revue périodique ayant le même objet est donc civile, et ce, même dans le cas où le journal publierait, *accessoirement* aux articles formant le fond de la publication, certaines annonces payantes. Sans doute, le service des annonces est un acte de commerce; mais ce service, étant accessoire, ne saurait modifier le caractère de l'entreprise dans son ensemble. — Paris, 2 juill. 1894, d'Aleq, [S. et P. 94.2.296, D. 95.2.164] — Rouen, 2 févr. 1898, Dubosc, [S. et

P. 98.2.104] — Rennes, 26 déc. 1898, [*Rec. Nantes*, 1900.1.82]

406. — Mais il faudrait tenir pour commerciale, soit l'entreprise complexe impliquant l'impression et la publication d'un journal, même politique, alors surtout que cette publication se double d'une entreprise de librairie, soit la société constituée pour l'exploitation d'une feuille d'annonces commerciales ou industrielles, soit même la société constituée pour l'exploitation d'un journal politique ou littéraire qui, en fait, consacrerait une grande partie de ses colonnes à la publicité : il y a là une question de fait, parfois assez délicate, rentrant dans l'appréciation des juges du fait. — Nancy, 6 juill. 1850, Villet de Collignon, [S. 51.2.15, P. 50.2.268, D. 51.2.112] — Trib. comm. Marseille, 24 janv. 1870, Arnaud, [*Journ. de Marseille*, 70.1.70] — Aix, 26 mai 1899, [*Rec. Marseille*, 99.1 324] — V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.;* Alauzet, t. 8, n. 2966; Laurent, *Dr. commerc.*, n. 21; Magnin, *Bull. judic. des ann. de dr. commerc.*, 1901, p. 3 et s. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 536 et s., *Journaux et écrits périodiques*, n. 112 et s.

407. — *Quid* des *sociétés immobilières?* Cette expression générique sert à désigner des sociétés très-différentes, aussi bien par l'objet qu'elles poursuivent, que par les procédés auxquels elles ont habituellement recours. Les unes sont des sociétés d'*exploitation*, agricoles ou extractives, les autres des sociétés de *spéculation* (sociétés pour l'achat et la revente des immeubles), d'autres enfin des sociétés industrielles, constituées en vue de transformer les produits extraits du sol, soit en produits manufacturés (usines annexées à des exploitations agricoles ou extractives), soit en immeubles bâtis (sociétés de construction). La même solution ne saurait être donnée pour tous ces types différents de sociétés; il convient donc de les étudier successivement.

408. — A. *Sociétés d'exploitation immobilière.* — Nous reviendrons ultérieurement sur la question, tranchée par la jurisprudence et la grande majorité des auteurs dans le sens de la non-commercialité, de savoir si l'achat d'immeubles pour les revendre avec bénéfice est commercial ou si la spéculation, pour être commerciale, doit porter sur des denrées ou marchandises (art. 632), c'est-à-dire sur des objets mobiliers. A quelque système que l'on croie devoir adhérer sur ce point, les sociétés constituées en vue d'exploiter et de mettre en valeur un immeuble ne sauraient être réputées commerciales, par cette raison décisive qu'il y manque l'acte d'entremise. La société exploitante n'est pas un intermédiaire, spéculant sur la revente, c'est un propriétaire, un usufruitier ou un locataire, cherchant à tirer le meilleur parti de son domaine; la condition essentielle de la commercialité de l'acte ou des actes successifs dont se compose l'exploitation fait ici défaut. — V. *suprà*, v^is *Acte de commerce*, n. 212 et s., 412 et s.; *Agriculture*, n. 110 et s.; *Commerçant*, n. 79 et s.; *Mines, minières et carrières*, n. 2051 et s. — Faisons l'application de ce principe aux types les plus usuels de sociétés d'exploitation immobilière.

409. — a) *Sociétés agricoles ou viticoles.* — Sont civiles : 1° Toute société constituée pour le défrichement, la mise en valeur et l'exploitation d'un domaine agricole ou viticole, quelle qu'en soit l'importance, que la société exploitante ait la propriété pleine et entière, ou la jouissance à titre d'usufruit des immeubles, ou qu'elle en soit simplement locataire pour une durée plus ou moins longue. Il en est ainsi, en particulier, de la société constituée pour la reconstitution et l'exploitation d'un vignoble. — Trib. Toulouse, 30 déc. 1895, [*Journ. des soc.*, 96.284]

410. — ... Pourvu toutefois qu'il s'agisse réellement d'une société d'exploitation et non pas en réalité d'une société de banque ou de crédit improprement qualifiée. Jugé, en ce sens, qu'une société qui, d'après ses statuts, paraît avoir pour objet d'exploiter des immeubles, sur lesquels des vignes seraient plantées, est néanmoins une société commerciale, si son vrai but n'est autre que de faire une spéculation fondée sur l'émission des titres, sans souci aucun du but apparent pour lequel cette émission a eu lieu. En conséquence, une pareille société peut être déclarée en faillite. — Cass., 30 janv. 1884, Soc. *la Foncière des vignobles de France et d'Algérie*, [S. 84.1.311, P. 84.1.780, D. 84.1.320]

411. — Du moins, les juges qui le décident ainsi, usent de leur droit souverain d'appréciation. — Même arrêt.

412. — 2° La société anonyme formée (antérieurement à la loi de 1893) pour la fondation et l'exploitation d'une école de dressage, alors d'une part que les statuts interdisent toute opération commerciale au directeur de l'école, nommé par l'Etat, ainsi que ses agents, et stipulent que les actionnaires n'ont droit à aucun intérêt et à aucun dividende à raison des actions par eux souscrites, que ces actions ne sont pas transmissibles à leurs héritiers, et qu'enfin, en cas de dissolution de la société, tout l'actif doit être employé pour le mieux de l'industrie chevaline, et que, d'autre part, la société n'a jamais fait d'acte de commerce. — Caen, 28 mars 1887, Simon, [S. 88.2.231, P. 88.1.1227] — V. également, *suprà*, v° *Commerçant*, n. 80.

413. — 3° La société constituée pour l'élevage du bétail (animaux de boucherie ou de trait, bœufs, moutons, etc.), pourvu toutefois que l'élevage apparaisse comme un mode d'exploitation de l'immeuble et de mise en valeur des produits du sol. — Trib. corr. Saint-Etienne, 9 févr. 1899, [*Gaz. Pal.*, 26-28 mars 1899] — Trib. corr. Lyon, 3 juill. 1900, [*Gaz. comm. Lyon*, 3 janv. 1901] — V. également, *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 156 et s.

414. — La société serait commerciale, au contraire, si son objectif principal était de spéculer sur la revente du bétail acheté en foire, en quantité trop considérable pour être engraissé sur les terres appartenant à la société. — Mêmes jugement et arrêt. — V. Cons. d'Et., 27 juin 1873, Membré, [S. 75.2.188, P. adm. chr., D. 74.3.35 (patente)] — Trib. comm. Lyon, 9 mars 1899, [J. *Le Droit*, 11 juin 1899] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 116.

415. — 4° La société formée entre plusieurs propriétaires dans le but de mettre en commun certains produits de leurs fonds, spécialement le *lait* de leurs vaches pour le convertir en fromages en partageant entre eux proportionnellement le prix de la vente : les contestations auxquelles de telles sociétés peuvent donner lieu sont donc exclusivement de la compétence des tribunaux civils. — Besançon, 19 févr. 1884, [*Rev. des soc.*, 84.297] — V. *suprà*, v° *Association agricole*, n. 100.

416. — 5° Les sociétés entre propriétaires et usagers de bois ou forêts pour l'exploitation des coupes et la vente en commun... à la différence des sociétés constituées dans le même but entre les acquéreurs de la coupe, étrangères à la propriété du sol. Ces derniers, achetant pour revendre avec bénéfice, sont des commerçants, soumis (avant la loi de 1856) au régime des arbitres forcés, et depuis lors à la juridiction consulaire. — Colmar, 4 avr. 1841, Laubacher, [P. 41.2.408] — Bastia, 4 avr. 1843, Bodoy, [P. 44.1.572] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 246 et s.

417. — En ce qui concerne les sociétés entre *horticulteurs-pépiniéristes*, la jurisprudence fait une distinction. La société a-t-elle uniquement pour objet de cultiver sur son fonds de jeunes arbres ou arbustes (semis ou greffes) qu'elle met, une fois parvenus à un degré suffisant de développement, à la disposition de sa clientèle, cette société est civile, la spéculation à laquelle elle se livre n'étant qu'un mode de mise en valeur de fonds. Se livre-t-elle au contraire, en grand, au commerce des arbres, arbustes et plantes diverses, fait-elle au dehors des achats importants de produits qu'elle revend avec bénéfice, elle prend le caractère commercial. — Cass., 13 mars 1878, Arnoult-Drappier, [S. 78.1.312, P. 78.775, D. 78.1.311] — Bruxelles, 20 avr. 1830, H..., [P. chr.] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 439.

418. — Sur les associations entre propriétaires, usagers ou fermiers pour l'exploitation du droit de *chasse*, V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 503 et s.

419. — b) *Sociétés minières.* — Le caractère civil des sociétés minières n'est pas douteux. — V. *suprà*, v^is *Acte de commerce*, n. 463 et s., *Mines, Minieres et Carrières*, n. 2051 et s. — V. aussi Cass., 1er juill. 1878, Comp. des forges de Liverdun, [S. 78.1.414, P. 78.1076, D. 79.1.218]; — 11 juin 1888, Syndic du Crédit Parisien, [S. 90.1.516, P. 90.1 1249, D. 89.1.293] — Lyon, 13 févr. 1878, Soc. du Montcel-Sorbier, [S. 78.2.325, P. 78.1278, D. 79.2.99] — V. Bédarride, t. 1, n. 94; Massé, t. 2, n. 1383; Garsonnet, *Rev. crit.*, 1869, t. 2, p. 325; Ruben de Couder, n. 104; Boistel, n. 35; Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 89; Houpin, t. 1, p. 55; Aguillon, *Législ. des mines franç. et étrang.*, 1886, t. 1, n. 274; Delecroix, *Traité théor. et prat. de la législ. des soc. des mines*, n. 174; Cavrois, *Sociétés houill.*, n. 36.

420. — Jugé, par application de ce principe : 1° Que l'association que deux personnes font pour l'exploitation de mines dont elles sont propriétaires par indivis, ne constitue pas une société commerciale qui puisse nuire à l'existence de l'hypothèque légale de la femme de l'un des associés, pour les droits qu'elle a acquis depuis. — Cass., 24 juin 1829, Royer, [P. chr.

421. — 2° Que l'on doit tenir également pour civiles les *sociétés de recherches*, tout au moins lorsqu'elles se constituent entre les personnes qui sollicitent la concession, ces sociétés destinées à se transformer en sociétés concessionnaires si la demande des associés est agréée, ne pouvant être d'une autre nature que les sociétés d'exploitation. — Rouen, 19 août 1857, Lecoupeux, [D. 57.2.183] — Paris, 30 nov. 1889, Delecourt, [*Rev. de la législ. des mines*, 90.38] — V. Delecroix, *Soc. minières*, n. 332; Guillouard, n. 95; Pont, n. 110. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 471 et s., *Mines, minières et carrières*, n. 2154 et s.

422. — La question de savoir si l'exploitation des carrières doit être assimilée, dans le silence de la loi de 1810, aux exploitations minières est, au contraire, vivement controversée. Tout le monde s'accorde à considérer comme civile l'exploitation de la carrière par les propriétaires associés; mais une fraction importante de la jurisprudence considère, au contraire, comme commerciale l'exploitation par une personne autre que le propriétaire, et spécialement par une société fermière. — Cass., 30 juill. 1901, Caugardel, [S. et P. 1902.1.84] — Caen, 26 janv. 1836, Boulleaux, [P. chr.] — Chambéry, 2 mars 1866, [*Rec. des arr. de cette cour*, 66.190] — V. Bédarride, n. 105; Troplong, t. 1, n. 337; Ruben de Couder, n. 56; Pardessus, t. 1, n. 35. — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 25, *Mines, minières et carrières*, n. 2163 et s.

423. — c) *Eaux minérales*. — Les sociétés constituées pour l'exploitation d'*eaux minérales* ou *thermales* ont le même caractère civil que les sociétés minières. — V. cep. Lyon, 31 juill. 1888, [*Annales de dr. comm.*, 90.1.98] — V. *suprà*, v[is] *Acte de commerce*, n. 510 et s., *Eaux minérales et thermales*, n. 192 et s.

424. — Les sociétés concessionnaires de prises d'eau destinées à l'irrigation sont également des sociétés purement civiles. Spécialement, on ne peut considérer comme une société commerciale et, à ce titre, justiciable des tribunaux de commerce, la compagnie concessionnaire du droit d'établir, dans une ville, au moyen d'une canalisation pratiquée sous la voie publique, une distribution d'eaux qu'elle emprunte à un fleuve dépendant du domaine public, et qu'elle s'engage à fournir dans les divers quartiers de cette ville, pour les besoins généraux et privés, à des prix et conditions fixés dans un cahier des charges. — Cass., 26 févr. 1878, Comp. gén. des eaux, [S. 80.1.167, P. 80.374, D. 80.1.79] — V. également Trib. comm. Seine, 31 déc. 1900, [*Rev. des soc.*, 1900.136] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 516 et s.

425. — Des sociétés concessionnaires de la distribution des eaux dans les villes, on peut rapprocher certaines sociétés fermières des taxes diverses à percevoir. — En ce qui concerne la commercialité possible de la société qui aurait soumissionné la construction d'un pont et stipulé, à titre de paiement, le droit de percevoir un droit de péage pendant un certain temps, V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 79, 697 et 722.

426. — Ainsi sont civiles les sociétés formées pour la prise à bail et la perception des droits établis sur les places et marchés d'une ville, ou pour les fermes de l'octroi d'une ville. — Metz, 9 févr. 1816, Vosgean, [S. et P. chr.] — Toulouse, 5 mars 1825, Austry, [S. et P. chr.] — Angers, 23 févr. 1877, Hilaire, [S. 77.2.333, P. 77.1300, D. 77.2.172] — V. cep. *suprà*, v° *Halles, foires et marchés*, n. 126.

427. — ... Ou pour l'exploitation de la ferme des droits du pesage public et des conditions des soies d'une ville. — Nîmes, 27 mai 1851, Ollier, [P. 52.1.224, D. 54.2.43]

428. — d) *Canaux de navigation*. — En thèse générale, la construction d'un canal par la société qui en a obtenu la concession ne suffit pas à elle seule pour lui imprimer le caractère commercial, si, d'ailleurs, elle ne se livre pas d'habitude à des entreprises de travaux publics; l'objet principal d'une semblable société est l'exploitation du canal; la construction n'en est que l'accessoire et le moyen d'arriver au but qu'elle se propose. — Bruxelles, 2 avr. 1890, Moeller, [S. 91.4.38, P. 91.2.64] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 521 et s., 745 et s.

429. — Si l'exploitation consiste uniquement dans la perception des péages, pareille exploitation ne constitue pas une entreprise de transport par eau; l'entretien du canal, l'achat des matériaux et l'exécution des travaux nécessaires à cet effet, les manœuvres d'écluses et autres destinées à faciliter la navigation, le recrutement et le paiement du personnel à ce nécessaire, ne sont que les moyens d'arriver à la perception des péages, laquelle ne constitue qu'un acte purement civil. — Même arrêt.

430. — Une application utile de ces principes a été faite au canal interocéanique de Panama. Il a été jugé (avant la loi de 1893) que l'on devait considérer, non comme une société commerciale, mais comme une société civile, la société anonyme formée pour la construction d'un canal (spécialement, du canal de Panama) et l'exploitation du canal dont la concession lui a été accordée par l'Etat colombien; une pareille entreprise ayant pour but la mise en valeur d'immeubles par l'ouverture d'une voie nouvelle à la navigation, moyennant le paiement de redevances, a un caractère civil. — Paris, 8 mars 1889, Liquid. de la Société du canal interocéanique de Panama, [S. 89.2.225, P. 89.1.1218, D. 90.2.233] — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Collin et Montdésir, [S. 89.2.47, P. 89.1.237] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 68, note 2; Thaller, *A propos du Panama* (*Ann. de dr. comm.* 89, p. 15).

431. — Vainement on soutiendrait que la société a pour objet une entreprise de transport, le but de la société étant non d'effectuer des transports, mais de percevoir des taxes sur les transports effectués sur le canal par elle ouvert, et la perception des taxes sur les canaux ne constituant pas en soi un acte de commerce. — Paris, 8 mars 1889, précité. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, précité.

432. — Il importe peu que les statuts de la société prévoient la construction et l'exploitation de lignes de chemins de fer, si ces opérations ne devaient avoir qu'un caractère accessoire à l'entreprise principale, et devaient concourir à en assurer l'exécution. — Paris, 8 mars 1889, précité.

433. — Il importe peu, également, que la société, au cours de son existence, ait acheté la plus grande partie des actions d'une Compagnie de chemin de fer, qui n'était pas exclusivement consacrée aux travaux du canal, si, malgré cette acquisition, la Compagnie de chemin de fer a conservé son individualité propre. — Même arrêt.

434. — Les stipulations de l'acte de concession, attribuant à la société des terres domaniales, avec les mines qu'elles peuvent contenir, ne sauraient conférer à la société le caractère commercial, l'exploitation de ces domaines et des mines ayant un caractère purement civil, alors même que les terres concédées seraient revendues en détail. — Même arrêt. — V. en ce sens, sur le caractère purement civil de l'achat d'immeubles pour les revendre, *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 28 et 29, et les explications données, *infrà*, n. 451 et s.

435. — Il en est de même de la faculté accordée par l'acte de concession à la société, de percevoir des droits de réparation, pilotage, remorquage, halage, dépôt et magasinage, ainsi que de l'obligation, par elle acceptée, de transporter sur le canal les agents de l'Etat concessionnaire, ces opérations ayant un caractère purement accessoire. — Même arrêt.

436. — A supposer d'ailleurs, que la société ait été entraînée à faire accidentellement des actes de commerce, la soumettant à la juridiction commerciale, cette circonstance ne serait pas de nature à modifier son caractère de société civile. — Même arrêt.

437. — V., au surplus, *suprà*, v° *Commerçant*, n. 125 et s., les développements que présente cette question et les objections qui étaient faites contre cette doctrine.

438. — e) *Exploitations industrielles annexées à l'exploitation agricole ou extractive*. — Dans les hypothèses précédentes, il n'y a pas commercialité, parce que le propriétaire, usufruitier ou fermier ne fait pas acte d'entremise, qu'il se borne à exploiter les immeubles qui lui appartiennent ou dont il a la jouissance. Mais l'opération peut se compliquer. Les grands propriétaires, les exploitants de mines ou carrières, ne se contentent pas toujours de faire de l'industrie agricole, ou de l'industrie extractive, c'est-à-dire d'extraire du sol, avec ou sans culture, les produits qu'il recèle, et de les mettre à la disposition des consommateurs. Très-souvent ils les manipulent et les transforment. Dans le Nord, les agriculteurs établissent à côté de leurs champs de betteraves, ou de pommes de terre, des raffineries de sucre ou des distilleries d'alcool; dans les pays de vignobles ils fabriquent des cognacs, des alcools de vin et de marc. Les sociétés minières, de leur côté, ajoutent communément une exploitation métallurgique à l'extraction du minerai : des fonderies, des hauts-fourneaux s'établissent fréquemment à proximité des puits d'extraction du minerai.

439. — Lorsqu'une exploitation industrielle vient ainsi s'ajouter à une exploitation agricole ou minière, la société ne devient-elle pas commerciale, en tant qu'entreprise de manufac-

ture? Cette question délicate n'a pas donné lieu, en jurisprudence et en doctrine, à moins de trois systèmes.

440. — Dans un premier système, qui a été longtemps celui de la jurisprudence, et qui compte encore de nombreux défenseurs, il faudrait rechercher en fait, dans chaque espèce, si l'entreprise industrielle, annexe de l'exploitation agricole ou minière, peut être considérée comme l'accessoire de cette dernière, ou si au contraire elle ne doit pas être considérée comme plus importante que l'exploitation agricole : dans le premier cas, la société serait civile, dans le second, elle serait commerciale. — V. Grenoble, 19 mars 1870, précité. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 2686.

441. — Ces entreprises annexes, destinées exclusivement à assurer une utilisation lucrative des produits invendus et de qualité inférieure, constituent un simple accessoire de l'exploitation principale, laquelle est et demeure purement civile. — Limoges, 31 oct. 1893, [*Rev. des soc.*, 94.297] — Trib. Seine, 25 févr. 1896, [*Journ. des soc.*, 97.359] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 488 et s.

442. — Il en serait de même de la société constituée pour l'exploitation d'une carrière, qui, au lieu de se borner à extraire et mettre en vente les matériaux extraits, organiserait une véritable entreprise de taille de pierres, et ferait ainsi porter sur la main-d'œuvre sa spéculation principale. — Cass., 12 déc. 1887, Cordier, [S. 88.1.319, P. 88.1.772, D. 88.1.429] — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 95; *Mines, minières et carrières*, n. 2163 et s.

443. — Les mêmes principes appliqués à l'agriculture conduisent logiquement à attribuer le caractère civil à la société qui, propriétaire de champs de canne à sucre, créerait sur son domaine une raffinerie pour transformer et mettre en œuvre les produits de sa récolte. — Cass., 12 mai 1875, Cail, [S. 76.1.376, P. 76.898, D. 76.1.320]

444. — Un arrêt de Paris du 9 avr. 1847, Defos, [P. 47.1.490], qualifie de commerciale la société constituée pour les établissements d'une villa sanitaire. — V. *suprà*, v^is^ *Acte de commerce*, n. 511 et s., *Eaux minérales et thermales*, n. 192 et s.

445. — Par contre, une société formée entre des banquiers et des armateurs, en vue de pratiquer l'élevage et l'abatage du bétail dans l'Amérique du Sud, ainsi que pour l'exploitation en Europe des cuirs, laines, cornes, graisses, suifs et produits chimiques extraits des os des animaux, est une société commerciale, alors même qu'elle aurait été qualifiée, dans l'acte constitutif, de société civile, immobilière, agricole et pastorale. — Rouen, 1er avr. 1881, Crédit industriel, [S. 82.2.153, P. 82.1.815, D. 82.2.92]

446. — Peu importe que les associés se soient fait céder, dans ce but, une vaste étendue de terrains, si ce n'est pas pour les féconder et faire de l'agriculture, mais pour se livrer exclusivement à l'élevage du bétail, et pour en faire une branche d'industrie et d'exportation. — Même arrêt.

447. — Il en est ainsi surtout, lorsqu'il est établi, en fait, que cette société n'a été créée que pour relier entre elles et mettre en œuvre deux sociétés déjà existantes, qui avaient pour objet l'abatage du bétail et la fabrication du noir animal, et étaient, à ce titre, essentiellement commerciales. — Même arrêt.

448. — Remarquons, en terminant, que cette théorie, qui consiste à rechercher, dans toute entreprise mixte, si l'élément civil l'emporte en fait sur l'élément commercial, ou *vice versâ*, conduit également à décider qu'une société, civile à l'origine, peut se transformer en société commerciale, progressivement, insensiblement, sans qu'il soit nécessaire de modifier ses statuts, et par cela seul que les usines jointes à son exploitation civile primitive relèguent celle-ci au second plan. C'est aux juges du fond, notamment au tribunal de commerce appelé à se prononcer sur la demande en déclaration de faillite de la société, qu'il appartient de déterminer l'époque à laquelle ladite société a cessé d'être civile pour devenir société commerciale (arrêts précités, motifs). — V. aussi Trib. comm. Marseille, 17 déc. 1896, [*Journ. des soc.*, 97.238] — Pont, n. 120; Pic, *Faill. des soc.*, p. 16 et s.; Houpin, t. 1, n. 75.

449. — Depuis quelques années, la Cour de cassation paraît s'être arrêtée à un second système, plus conforme au principe d'après lequel le commerce est un acte d'entremise, mais qui ne laisse pas que de conduire dans l'application à des conséquences assez singulières. La Cour suprême ne recherche plus quelle est l'importance respective de l'exploitation agricole et de la manufacture annexée, mais uniquement si les produits manufacturés sont directement extraits du sol par l'exploitant, ou s'ils sont, pour une fraction importante tout au moins, achetés à des tiers pour être transformés : dans le premier cas l'opération (et par conséquent la société qui s'y livre) est civile, dans le second cas, elle est commerciale. — Sur l'application de ce critérium aux usines à sucre alimentées, tant par les produits du fond que par des achats aux propriétaires voisins, V. Cass., 12 mai 1875, Cail et Cie, [S. 76.1.376, P. 76.898]; — 21 avr. 1891, Banque de consignation, [S. 91.2.201, P. 91.1.494] — C. de la Réunion, 2 avr. 1897, [J. *Le Droit*, 16 sept. 1897] — ... Aux sociétés minières, V. Cass., 28 oct. 1885, Crédit mobilier, [S. 86.1.108, P. 86.1.244, D. 86.1.63]

450. — Enfin, un troisième système, professé par quelques cours d'appel et par une fraction importante de la doctrine, décide que, si la simple transformation industrielle des produits agricoles par le propriétaire n'a pas, en principe, le caractère commercial, il en est différemment lorsque ce propriétaire obtient, à l'aide d'un outillage spécial, des produits nouveaux : il y aurait alors entreprise de manufacture, alors même que les produits manipulés proviendraient exclusivement du domaine, et non point d'achats effectués au dehors. Les principales décisions conformes à ce système sont intervenues relativement à des entreprises individuelles; — ardoisières : Angers, 26 déc. 1855, Girardière, [P. 57.849, D. 56.2.114]; — briqueteries : Toulouse, 27 févr. 1893, Médard, [S. et P. 93.2.140, D. 93.2.272]; — fours à chaux : Bordeaux, 21 déc. 1899, [*Rec. Bordeaux*, 1900.1.101] — Mais le principe qu'elles énoncent fournit évidemment un critérium pour la qualification des sociétés constituées en vue d'une exploitation du même genre. — V. sur le principe : Nouguier, t. 1, n. 222; Pardessus, t. 1, n. 35; Alauzet, t. 8, n. 2976; Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 126; Pic, *Chron. de jurispr.* (*Ann. de dr. comm.*, 94.307) — V. cependant, Thaller, *Dr. commerc.*, n. 15.

451. — B. *Sociétés de spéculation sur immeubles.* — Ne convient-il pas, tout au moins, de tenir pour commerciale la société constituée en vue d'acheter des immeubles et de les revendre avec bénéfices, généralement au détail? En raison, la commercialité peut se défendre : il n'y a en effet aucune différence de nature entre la spéculation qui consiste à acheter des objets mobiliers, denrées ou marchandises, pour les revendre, et la spéculation de même ordre portant sur des immeubles. Aussi, dans les premières années d'application du Code de commerce, quelques arrêts et auteurs avaient-ils admis la commercialité des sociétés de ce genre, tenant ainsi l'exploitation directe du sol pour civile, la spéculation sur le sol pour commerciale. — Cass., 10 mars 1818, Bohet, [S. et P. chr.] — Colmar, 21 mai 1813, Loret, [S. et P. chr.] — A plus forte raison admettait-on la commercialité lorsque l'achat portait concurremment sur des immeubles et des meubles, notamment des créances existant à l'encontre du vendeur. — Colmar, 30 déc. 1845, Lévy, [P. 46.1.656]

452. — On décidait toutefois, et cette décision peut être considérée comme une transition entre l'ancienne et la nouvelle jurisprudence, que les associations formées pour des achats et ventes d'immeubles ne peuvent pas être facilement réputées commerciales; et que, spécialement, l'association contractée pour la construction d'une rue, alors même qu'il serait question d'acquérir les terrains et de les revendre, n'a pas le caractère commercial, s'il résulte des statuts sociaux qu'elle a été principalement formée dans un but d'utilité publique, avec l'intention d'embellir la ville et sous la condition d'une indemnité de la part du Gouvernement. — Paris, 28 août 1841, de Doudeauville, [P. 41.2.412] — Troplong, n. 349.

453. — Mais, dès cette époque, une fraction importante de la jurisprudence s'était prononcée contre la commercialité, en s'appuyant, tant sur l'esprit de la loi que sur le texte des art. 632 et 633 lesquels ne paraissent bien avoir entendu viser, par un terme générique *denrées ou marchandises*, que les spéculations ayant pour objet des meubles, corporels ou incorporels. Cette jurisprudence n'est pour ainsi dire plus discutée en pratique depuis l'arrêt du principe de la Cour de cassation du 4 juin 1850, Souvigny, [S. 50.1.593, P. 50.2.698, D. 50.1.163], dans lequel nous relevons le passage suivant : « *Les immeubles résistent par leur nature aux conditions sans lesquelles une chose peut être réputée marchandise* ; ils ne comportent, ni dans leur transmission, ni dans leur évaluation à un prix déterminé, ni dans leurs produits ou mode de jouissance et de consommation,

la simplicité, la rapidité et les facilités que requiert le négoce et qui font qu'une chose passe sans entraves, et presque sans formalités, de mains en mains, avec une valeur rigoureusement appréciable et un *prix courant* qui la suit toujours et la remplace au besoin. — V. aussi Cass., 28 brum. an XIII, Duhameau, [P. chr. — Metz, 10 déc. 1810, Lobree, [S. et P. chr.] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 90 et s., 209 et s.

454. — Jugé : 1° Que la réunion de plusieurs personnes pour l'acquisition d'un établissement industriel ne constitue pas une société commerciale, lorsque ces personnes ne se livrent pas par elles-mêmes à l'exploitation de l'établissement; qu'ainsi, les difficultés qui s'élèvent entre les différents copropriétaires d'un théâtre, affermé à une autre compagnie qui l'exploite, sont de la compétence des tribunaux civils et non de celle des tribunaux de commerce. — Cass., 30 avr. 1822, Actionn. du théâtre Feydeau, [S. et P. chr.]

455. — 2° Que la société formée dans le but de sous-louer, après les avoir disposés en magasins ou boutiques, mais sans les garnir de meubles, des immeubles par elle pris à bail et transformés en bazar, est civile, et non commerciale, bien qu'elle ait revêtu la forme d'une société commerciale, spécialement d'une société en commandite par actions ; qu'en conséquence, une telle société ne peut être mise en faillite. — Aix, 27 déc. 1855, Jauffret, [P. 57.851, D. 56.2.208]

456. — 3° Qu'une association pour la direction d'une maison d'éducation constitue une société civile. — Paris, 23 juill. 1852, Lefebvre, [P. 53.1.98, D. 54.2.102]

457. — Il en serait autrement toutefois, et la société pourrait être réputée commerciale, s'il était établi qu'elle s'est constituée moins en vue de donner l'éducation et l'instruction que de spéculer sur la pension. Il conviendrait en ce dernier cas d'assimiler ladite société à une société constituée pour l'exploitation d'un hôtel, laquelle est commerciale. — V. *suprà, v° Acte de commerce*, n. 515.

458. — C. *Entreprise de construction.* — Si l'achat d'immeubles pour les exploiter ou les revendre est une opération civile, il en est différemment de l'achat d'une maison *à démolir*, d'une coupe *à faire;* et en ce cas l'opération porte en réalité, non sur l'immeuble, mais sur les matériaux ou sur les arbres, par conséquent sur des meubles destinés à être revendus, ce qui est le propre de l'opération commerciale visée par l'art. 632 (V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 245, 713 et s.). Mais que faut-il décider pour l'opération inverse, c'est-à-dire pour l'*entreprise de construction*, qui consiste essentiellement à incorporer à un immeuble des matériaux en quantité plus ou moins considérable, matériaux qui par le fait même de la construction se trouvent immobilisés? La société constituée en vue de construire un ou plusieurs immeubles est-elle civile ou commerciale? L'art. 632 s'est abstenue de parler de cette forme d'entreprise ; d'où controverse.

459. — Dans un premier système, les entreprises de constructions terrestres sont essentiellement civiles, comme constituant une variété de louage d'ouvrage. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 711 et s.

460. — Jugé, en ce sens, que l'on doit tenir pour civile toute société ayant pour objet de se livrer à l'achat, la vente, la construction et l'exploitation de terrains ou bâtiments. — Paris, 15 févr. 1868, Millaud, [S. 68.2.329, P. 68.1223, D. 68.2.208]; — 29 août 1868, de Preigne, [*Ibid.*]

461. — Il n'importe, dans ce dernier cas, que le gérant ait reçu des statuts le pouvoir de passer des marchés, acheter des matériaux, créer des ateliers et commanditer des entreprises, ces actes, qui n'ont pour but que la mise en valeur des immeubles de la société, n'étant que des accessoires de la propriété de ces immeubles, dont ils prennent la nature et suivent la réglementation civile. — Paris, 15 févr. et 29 août 1868, précités. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 519 et s.

462. — ... Ou même d'entreprendre des constructions *pour le compte des tiers*, alors que cette faculté n'a été conférée à la société qu'en vue d'une éventualité qui pouvait ne pas se réaliser et qui, en fait, ne s'est pas réalisée. — Paris, 15 févr. 1868, précité.

463. — Dans un second système, défendu par quelques auteurs, la société de construction serait commerciale en toute occurrence. — V. Riom, 17 août 1822, Bonviet, [S. et P. chr.] et v° *Acte de commerce*, n. 719. — Mais la jurisprudence n'a jamais adhéré à ce système. — Pour l'examen du système de la jurisprudence, V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 229 et s., 519 et s., 721 et s., 745.

464. — L'entreprise de travaux pour la construction d'une voie ferrée est une entreprise commerciale (V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 765 et s.). Jugé que l'on doit tenir pour commerciale la société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'un tramway à vapeur, les sociétés étant civiles ou commerciales suivant les mêmes règles que celles qui déterminent la condition des individus. — Cass., 15 janv. 1900, Roy, [S. et P. 1900.1.317, D. 1900.1.97]; — 3 févr. 1902, Berty, [S. et P. 1902.1.72, D. 1902.1.294]

465. — En conséquence, lorsque la société à laquelle un département a concédé la construction et l'exploitation d'un tramway est actionnée devant le conseil de prud'hommes, dans la personne d'un de ses administrateurs par un de ses ouvriers, en paiement du prix de la main-d'œuvre dû à ce dernier pour travaux exécutés dans la période de construction de la ligne, le conseil de prud'hommes ne saurait être déclaré incompétent par le motif que la société étant concessionnaire de travaux publics, est une société civile. — Mêmes arrêts.

CHAPITRE IV.

DE LA PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS.

SECTION I.

Sociétés commerciales.

466. — Les sociétés commerciales, à l'exception des sociétés en participation, constituent des personnes morales. C'est une fiction, grâce à laquelle elles ont une individualité distincte de celle des membres qui les composent. Il se crée en dehors et audessus des associés un être juridique qui a un nom, une raison sociale munie d'une certaine capacité juridique, qui acquiert, s'oblige et plaide.

467. — Aucun texte ne consacre formellement cette personnalité des sociétés de commerce. Elle n'en est pas moins certaine, et ressort de deux dispositions qui la présupposent, l'art. 529, C. civ. et l'art. 69-6°, C. proc. civ. — Sur les preuves de la personnalité des sociétés commerciales, V. notamment Nancy, 19 févr. 1881, Ory, [S. 82.2.161, P. 82.1.828] — V. au surplus, Pont, *Tr. des soc. civ. et comm.*, t. 1, n. 126; Guillouard, *Tr. du contr. de soc.*, p. 44, n. 26; Boistel, *Précis de dr. comm.*, p. 125, n. 163; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, t. 1, p. 140, n. 281 et s., et *Tr. de dr. comm.*, t. 2, p. 75, n. 105 et s.; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, v° *Société*, p. 294, n. 152 et s.; Aubry et Rau, t. 1, p. 188, § 54, notes 21, 26; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 11 et s.; Thaller, n. 205; Huc, t. 11, n. 23.

468. — Le premier de ces textes (C. civ., art. 529) range les actions ou les parts d'intérêt dans les sociétés de commerce parmi les meubles par la détermination de la loi, tant que dure la société. Le droit des associés (intérêt ou action) est donc de nature purement mobilier, encore bien que la société soit propriétaire d'immeubles. Cela étant, et si les associés n'ont pas un droit immobilier sur le fonds social composé d'immeubles, il faut bien qu'en dehors d'eux, les immeubles aient un propriétaire. Ce propriétaire ne peut être que la société elle-même, envisagée comme personne juridique distincte des associés.

469. — Le second de ces textes, l'art. 69-6°, C. proc. civ., dispose que l'assignation sera signifiée au siège de l'établissement, à la personne du gérant ou directeur ès-qualité. Or, s'il n'existait pas de personne morale, force serait bien d'assigner chaque associé en son domicile particulier, pris chacun pour sa part.

470. — Dans ces dernières années, diverses théories, imprégnées de l'influence allemande, ont cru cependant devoir refuser la personnalité à toutes les sociétés, fussent-elles même commerciales (de Vareilles-Sommières, *Le contrat d'association ;* Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, p. 39; Saleilles, *Ann. dr. comm.*, 1895, p. 10 et 49, 1897, p. 29; Vandernotte, *Ann. dr. comm.*, 1898, p. 437; Hubert-Valleroux, *Rev. des soc.*, 1900, p. 543). Mais ces doctrines nouvelles, qui ne trouvent de point d'appui dans aucun texte, n'ont pas eu d'écho en jurisprudence; et, pratiquement, la per-

sonnalité morale des sociétés commerciales ne saurait être sérieusement contestée.

471. — D'innombrables décisions de jurisprudence ont même décidé que la personnalité morale des sociétés survit à leur dissolution, pour les besoins de leur liquidation, tant qu'elle n'est pas terminée. Par suite, l'actif n'appartenant pas par indivis aux associés, les créanciers sociaux peuvent, comme pendant la durée de la société, se faire payer sur le fonds social, à l'exclusion des créanciers personnels, pendant la liquidation. — Cass., 9 févr. 1864, Hérit. Duparchy, [S. 64.1.137, P. 64.443, D. 64.1.138]; — 28 janv. 1884, de Marc, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147, D. 84.1.145]; — 2 déc. 1885, Hue, [S. 88.1.331, P. 88.1.792, D. 86.1.357] — Aix, 8 avr. 1878, Comp. immobilière, [S. 79.2.313, P. 79.1248] — Boistel, n. 379; Pont, t. 2, n. 1992; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom collectif*, n. 537; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366; Thaller, n. 355, Houpin, t. 1, n. 204. — Sur la portée exacte de cette règle, V. les développements donnés *infrà*, v° *Société commerciale*.

472. — Parmi les applications intéressantes du principe de la survie de la personnalité de la société pour les besoins de la liquidation, nous nous bornerons à signaler ici, pour le moment, la suivante : la signification de l'arrêt d'admission d'un pourvoi en cassation faite au nom personnel du liquidateur est régulière sans qu'il soit besoin d'indiquer la qualité du liquidateur. Et la procédure est valablement faite au siège social indiqué comme domicile du liquidateur. — Cass., 7 nov. 1898, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 99.1.269, D. 1903.1.233]

473. — Examinons les conséquences principales qu'il faut déduire de la personnalité des sociétés commerciales : 1° *Affectation exclusive des biens de la société aux créanciers sociaux*. — Le fonds social est affecté aux créanciers de la société, comme gage exclusif, sans possibilité de concours des créanciers personnels des associés. Il se produit une séparation des patrimoines au profit des créanciers sociaux. Le crédit des entreprises en est donc fortifié. A défaut de personnalité, le capital social appartiendrait par indivis aux associés et serait le gage commun de leurs créanciers propres et des créanciers sociaux. Grâce à cette personnalité, au contraire, les créanciers personnels d'un associé ne peuvent pas arrêter la marche des affaires et s'appliquer les ressources sociales. Solution logique, puisqu'ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur, le coassocié.

474. — Primés sur le fonds social, ils n'en subiront pas moins le concours des créanciers sociaux sur les biens personnels des associés, leurs débiteurs respectifs. Pour qu'il en fût autrement il faudrait un texte leur accordant un privilège sur ces biens. — Cass., 26 août 1879, Galinon, [S. 79.1.454, P. 79.1191, et la note, D. 80.1.120] — Grenoble, 1er juin 1831, Olivier, [S. 32.2.591, P. chr.] — Toulouse, 19 janv. 1886, [*Journ. trib. comm.*, 86.704, *Rev. soc.*, 87.141] — Lyon, 13 juill. 1900, [J. *La Loi*, 22 mars 1900] — Trib. comm. Seine, 23 avr. 1887, [*Journ. trib. comm.*, 89.15, *Rev. soc.*, 87.450]

475. — Quel sera l'effet de la personnalité morale sur la nature du droit des associés? D'après l'opinion la plus répandue, la société, à l'exclusion des associés, est propriétaire du fonds commun, et les membres de la société n'acquièrent un droit de copropriété sur le fonds social qu'à la dissolution de la société; par suite, si ce fonds est partagé, l'effet déclaratif du partage ne remontera qu'au jour de la dissolution. Ils ont simplement pendant la durée de la société un droit de créance éventuel, mais qui leur permet d'exiger leur part dans les bénéfices annuels, en attendant qu'ils puissent prétendre, après dissolution, à la distribution de l'actif social. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 108; Pont, *Petits contrats*, t. 2, n. 2115; Lyon-Caen, note sous Paris, 18 août 1881, de Blémont, [S. 82.2.25, P. 82.1.197]; Tissier, note sous Paris, 11 janv. 1895, Soc. des immeubles de France, [S. et P. 97.2.241]

476. — Jugé que la part d'associé constitue un droit de créance, et que, en conséquence, pour la cession ou la constitution en gage de ces parts d'associés, il y a lieu de remplir les formalités des art. 1690 et 2075, C. civ., alors du moins que les droits des associés ne sont pas constitués par des titres nominatifs ou au porteur, dont la cession et la constitution en gage s'opèrent au moyen d'un transfert ou d'une simple tradition. — Cass., 30 nov. 1864, Synd. Helfrich, [S. 64.1.503, P. 64.1263] — Paris, 18 août 1881, précité.

477. — Ce n'est pas à dire cependant que les créanciers personnels d'associés soient privés de toute action sur les biens de la société. Si, par exemple, un associé a fait l'apport d'un immeuble grevé d'une hypothèque ou d'un privilège, le créancier hypothécaire ou privilégié conservera le droit de suite, nonobstant la mise en société, s'il n'y a pas eu de purge. Une constitution de société, faite en fraude des droits des créanciers d'un associé, leur laisserait la ressource de l'attaquer en vertu de l'action paulienne. Si, pendant la durée de la société, l'associé a droit à des dividendes, son créancier personnel sera admis à les saisir.

478. — 2° *Impossibilité de compenser une dette d'associé avec une créance sociale, ou réciproquement*. — Un associé est débiteur d'un tiers, dont la société est créancière. Cet associé ne pourra point opposer la compensation à ce tiers qui le poursuit, même jusqu'à concurrence de sa part sociale. La raison en est que la compensation légale n'a lieu que si la créance de la dette existait entre les deux mêmes personnes réciproquement (C. civ., art. 1289). Or ici une personne morale est venue s'interposer; le créancier et le débiteur apparaissent comme deux personnes différentes. — Cass., 13 févr. 1855 (sol. implic.), Poriquet, [S. 53.1.722, P. 56.1.157]; — 20 avr. 1885, Tabouriech, [S. 85.1.295, P. 85.1.732, D. 85.1.198] — Douai, 15 juin 1896, [*Journ. des soc.*, 1896, p. 422]

479. — Inversement, et pour la même raison juridique, on ne peut compenser une dette de la société avec la créance d'un associé. Il va sans dire que la compensation facultative serait possible si l'associé créancier y consentait. — Rouen, 26 janv. 1877, Boujiard, [D. 77.2.90] — Trib. Perpignan, 13 mai 1884, [J. *La Loi*, 20 juin 1885] — V. *suprà*, v° *Compensation*, n. 62 et s.

480. — 3° *Représentation de la société par l'un quelconque de ses gérants, par son conseil d'administration ou par son directeur*. — Les représentants de la société, dans les limites fixées par l'acte constitutif, traitent ou plaident en son nom. La personne civile sera créancière ou débitrice, propriétaire, demanderesse ou défenderesse. Dans les actes de procédure il suffira d'indiquer le nom de la société, en laissant de côté celui des associés, car on n'a pas à emprunter à chacun d'eux une portion de sa personnalité. — Cass., 30 août 1859, Bureau, [S. 60.1.359, P. 60.40]; — 18 nov. 1865, Chasseurs de St-Valery, [S. 66.1.415, P. 66.1104, D. 66.1.455] — Douai, 17 déc. 1842, Arnoust, [S. 43.2.81] — Nancy, 19 févr. 1881, Ory, [S. 82.2.161, P. 82.1.828, et la note]

481. — L'action dirigée contre un ou plusieurs associés non gérants serait inopérante, une société ne pouvant être mise en cause que dans la personne de son représentant légal. — Dijon, 30 oct. 1889, Nitre, [S. 90.2.16, P. 90.1.205] — Paris, 12 nov. 1889, Hey, [S. 90.2.243, P. 90.1.1347] — Ainsi, et spécialement, est non recevable l'action en nullité d'une société commerciale, si ladite société n'a pas été appelée en cause dans la personne de son représentant légal. — Cass., 21 juill. 1890, Garrisson, [S. et P. 92.1.501, D. 91.1.270]

482. — Mais la mise en cause simultanée des gérants ou administrateurs et des simples associés serait une formalité absolument superflue et frustratoire. Emise relativement aux collectivités d'intérêt dépourvues de toute personnalité morale, la maxime : « Nul en France ne plaide par procureur », n'est pas applicable aux sociétés commerciales, lesquelles peuvent valablement ester en justice par l'intermédiaire d'un mandataire ou d'un mandataire substitué par celui-ci, sans que l'on puisse opposer cette maxime. — Rouen, 27 mars 1895, Denis, [S. et P. 98.2.185, et la note de M. Albert Wahl] — Trib. Neufchâtel, 2 mai 1895, sous Rouen, 11 déc. 1895, Scobart, [S. et P. 98.2.187]

483. — En conséquence, un tiers auquel l'administrateur délégué par le conseil d'administration d'une société anonyme, dans la limite des pouvoirs à lui conférés par les statuts, et qui lui permettent de se substituer un mandataire, a donné procuration dans les termes les plus étendus, à l'effet notamment d'ester en justice au nom de la société, est recevable à agir au nom de celle-ci, sans qu'on puisse lui opposer la règle : « Nul en France ne plaide par procureur ». — Mêmes arrêt et jugement.

484. — ... Alors surtout que ce tiers ne figure dans l'assignation que comme agissant « aux poursuites et diligences de la société qu'il représente ». — Trib. Neufchâtel, 2 mai 1895, précité.

485. — Mais jugé que, si la loi apporte à la maxime : « Nul ne plaide par procureur », une exception en faveur des êtres moraux et collectifs tels que les sociétés commerciales, c'est à la condi-

tion que les représentants de ces êtres collectifs aient reçu, soit légalement, soit conventionnellement, le mandat suffisant. — Paris, 3 févr. 1896, Hottois, [S. et P. 98.2.185] — Trib. corr. Seine, 6 nov. 1899, *Gaz. des Trib.*, 8 nov. 1899.

486. — Par contre, une association dépourvue de personnalité n'est pas valablement représentée par ses chefs; tous les associés doivent figurer dans l'instance, parce que, s'ils n'y figuraient pas, ils seraient représentés sans être nommés; par cela même que l'association n'a pas de personnalité morale, elle n'existe pas vis-à-vis des tiers; ce sont ses membres qui figurent dans les actes et les faits qui mettent l'association en rapport avec les tiers, et, particulièrement, dans les procédures judiciaires, parce que les membres seuls de l'association ont une existence légale, conséquence de leur existence physique; voilà pourquoi la jurisprudence exige que le chef de l'association ait un mandat de tous les associés, et désigne dans les actes de l'instance chacun de ses mandants; voilà également pourquoi tous les associés doivent être actionnés par les tiers. — Lyon, 26 mars 1891, Soc. des houillères de Rive-de-Gier, [S. et P. 92.2.289, D. 91.2.201] — V. cependant les indications données *infrà*, n. 552 et s., au sujet de la personnalité des associations.

487. — Aux termes de l'art. 22 de la loi de 1867 et par une double dérogation au droit commun, les administrateurs ne peuvent se substituer un tiers que s'ils en ont reçu le pouvoir, et ils répondent même alors du substitué. Cette dérogation serait étendue au delà de ses termes, si on en concluait que le substitué ne peut, en aucun cas et même quand les statuts l'y autorisent, se substituer lui-même un tiers. Seulement les administrateurs seront responsables de ce substitué, comme ils l'étaient déjà du premier. — Rouen, 11 déc. 1895, précité. — *Contrà*, Paris, 3 févr. 1896, précité.

488. — Une autre conséquence de la personnalité reconnue à la société, considérée comme formant un *plaideur unique*, c'est que dans les droits portés exceptionnellement devant le tribunal civil (procès de nature immobilière, par exemple), la société devra être citée en conciliation, sauf le cas où la demande en est dispensée parce qu'elle requiert célérité. Or, aux termes de l'art. 49-6°, C. proc. civ., il n'y a pas lieu au préliminaire de conciliation quand il existe plus de deux défendeurs. — Thaller, *Précis*, n. 211.

489. — Si l'on fractionnait l'intérêt d'un procès d'après le nombre des associés, il pourrait devenir inférieur à 1,500 fr., et les tribunaux civils ou de première instance statueraient en dernier ressort. Cette solution n'est pas admissible avec la personnalité des sociétés : l'intérêt reste indivisible, et il suffit qu'il soit supérieur à 1,500 fr. pour donner ouverture à l'appel.

490. — 4° *Faillite ou liquidation judiciaire de la société.* — Sans la personnalité civile de la société, on ne comprendrait pas d'autre faillite que celle de chaque associé personnellement (ainsi en est-il pour les associations en participation). Cette faillite ou liquidation judiciaire de la société, aboutissant au concordat ou à l'union, ne portera que sur les valeurs comprises dans le patrimoine social.

491. — Elle aura d'ailleurs une répercussion sur les associés, variable suivant la catégorie à laquelle ils appartiennent. S'agit-il d'un commandité ou d'un associé en nom collectif, comme il est commerçant et indéfiniment tenu des dettes sociales, il est entraîné dans la faillite de la société. S'agit-il d'un actionnaire ou d'un commanditaire, comme il n'est ni commerçant, ni indéfiniment tenu du passif, il n'est pas déclaré en faillite. Le syndic aurait seulement à lui demander le versement du complément de sa mise. — Pour plus de détail sur tous ces points, V. *suprà*, v[is] *Faillite*, n. 113 et s.; *Liquidation judiciaire*, n. 90 et s.

492. — 5° *Domicile de la société.* — Il y a intérêt à le déterminer pour savoir quel est le tribunal compétent dans les litiges qui l'intéressent ou dans les procès entre associés. Pour connaître de ces derniers, l'art. 59, C. proc. civ., désigne le tribunal du lieu *où la société est établie*. Pour fixer quel tribunal prononcera la faillite ou la liquidation judiciaire de la société; pour savoir si une société est française ou étrangère, il convient également de rechercher où se trouve le *principal établissement* (C. civ., art. 102). — Sur la question de savoir s'il faut s'attacher exclusivement au *siège social* ou statutaire, ou tenir compte plutôt du *centre réel d'exploitation*, V. *infrà*, v° *Société commerciale*, et *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 6392 et s.

493. — 6° *Exercice de droits divers.* — En tant que personne morale, une société commerciale peut exercer tout un ensemble de droits dévolus aux personnes physiques. C'est ainsi qu'une société peut *se porter caution*. — Paris, 3 août 1867, Soc. anonyme des chantiers et ateliers de l'Océan, [D. 68.2.11]; — 10 mai 1875, Bernstein, [D. 77.2.240] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 115.

494. — ... Ou *entrer comme associé* dans une autre association. — Cass., 10 déc. 1878, Labbé, [D. 79.1.5, et la note de M. Beudant] — Lyon-Caen et Renault, *Sociétés*, n. 114.

495. — Étant personne morale, une société peut être chargée d'en liquider une autre. — Bordeaux, 5 août 1868, Payer, [S. 69.2.77, P. 69.351, D. 69.2.111] — Pont, t. 2, n. 1945; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 580; Houpin, t. 1, n. 205.

496. — Si importantes que soient les conséquences de la personnalité morale des sociétés, elles ne sauraient aller jusqu'à les assimiler aux personnes physiques. Ainsi, une société ne pourrait remplir des fonctions se rattachant aux droits de famille, par exemple celles de tuteur. — Boistel, n. 165; Vavasseur, t. 1, n. 27; Beudant, note sous Cass., 10 déc. 1878, précité.

497. — D'autre part, les *peines* ne pouvant frapper que des êtres réels, il faut en conclure qu'une société commerciale ne peut, sauf les exceptions prévues par la loi, être condamnée à une amende. — Cass., 10 mars 1877, Garrigue, [S. 77.1.336, P. 77.832, D. 84.1.429]; — 8 mars 1883, Comp. parisienne de vidange, [S. 85.1.470, P. 85.1.1112, D. 84.1.428] — Orléans, 8 nov. 1887, de l'Ombre, [S. 89.2.172, P. 89.1.978, D. 88.2.97] — Sic, Pouillet, *Brev. d'inv.*, n. 858; Nouguier, *Brev. d'inv.*, n. 984; Darras, *Contrefaçon*, n. 213 et s.; Dutruc, *Mémorial du min. publ.*, v° *Action publ.*, n. 27; Garraud, *Tr. de droit pénal*, t. 1, p. 314, 1448; Geminel, *De la responsabilité pénale des associations*, p. 104; Pic, *Traité de législ. industr.*, n. 414. — V. *suprà*, v° *Contrefaçon*, n. 213 et s. — *Contrà*, sur la possibilité pour les personnes morales d'encourir des peines pécuniaires : Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*; Seon, *Étude sur la responsabilité pénale et civile des syndicats professionnels*, 1900.

498. — ... Ou assujettie à la contrainte par corps pour le paiement des frais. — Cass., 8 mars 1883, précité.

499. — Il en est spécialement ainsi au cas du délit de contrefaçon. En conséquence, est nulle la citation devant le tribunal correctionnel donnée à la société à raison du délit. — Paris, 16 déc. 1885, Caen, [S. 86.2.40, P. 86.1.221, D. 86.1.471]

500. — Dans ce cas, la nullité de la citation est d'ordre public, et peut être invoquée en tout état de cause, et notamment après des conclusions au fond. — Même arrêt.

501. — Bien qu'une société ne soit pas responsable pénalement de ses délits, elle en est responsable civilement et comme telle tenue de réparer le préjudice par elle causé aux tiers. — Cass., 15 janv. 1872, Bernard, [S. 72.1.9, P. 72.20, D. 72.1.212]; — 13 mai 1890, Comp. d'assurances *le Cercle Transports*, [S. et P. 93.1.468, D. 90.1.474] — Dijon, 24 juill. 1874, Chagot, [S. 75.2.73, P. 75.343] — V. *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 313 et s.

502. — 7° *Nature mobilière du droit de chaque associé.* — Le droit de l'associé dans la société a un caractère mobilier, alors même que la société ne posséderait que des immeubles (C. civ., art. 529) : ce n'est en effet qu'un droit sur la valeur restant après liquidation, et non une propriété actuelle et agissante des objets qui composent le fonds social. — Cass., 15 nov. 1887, Guégnier, [S. 88.1.410, P. 88.1.1025, D. 88.1.293, et le rapport de M. Georges Lemaire]

503. — De là, les conséquences suivantes : *a*) Les parts d'intérêts ou les actions des sociétés commerciales, appartenant à un époux marié sous le régime de la communauté légale, ou qui lui échoient pendant le mariage à quelque titre que ce soit, tombent dans la communauté.

504. — *b*) La cession d'une part sociale échappe à la formalité de la transcription. En outre, le fisc ne perçoit pas le droit d'enregistrement pour transmission immobilière, 4 p. 0/0 et les décimes avec le droit de transcription. Le droit, inférieur même à la taxe des cessions de créance, est de 0,50 p. 0/0 avec ou sans décimes, selon les cas (LL. 22 frim. an VII, art. 69, § 2-6°; 23 juin 1857, art. 6 et 7; 16 sept. 1871, art. 11; 30 mars 1872, art. 1) et un droit de 2 p. 0/0 établi sur les ventes de droits et biens mobiliers, pour les parts d'intérêts.

505. — *c*) L'associé ne peut aliéner ni les biens de la société, ni sa quote-part dans ces biens. Ce serait une vente de la chose d'autrui, ce qui n'empêche pas l'associé de vendre sa part sociale, si elle est déclarée cessible.

506. — Lors même que l'actif de la société serait en tout ou en partie immobilière, pour aliéner une part d'associé, il suffit d'avoir le pouvoir ou la capacité d'aliéner des meubles. — Cass., 15 nov. 1887, précité.

507. — Les règles spéciales relatives aux valeurs mobilières des mineurs émancipés ou non émancipés et des interdits édictées par la loi du 27 févr. 1880 s'appliquent spécialement aux ventes de parts dans les sociétés. — V. *infrà*, v° *Tutelle*.

508. — L'hypothèque légale qui appartient à la femme ou au pupille d'un associé, ne grevant que les immeubles, ne saurait atteindre les immeubles sociaux dans la mesure des droits du mari ou du tuteur dans la société. Il en va de même des hypothèques judiciaires ou conventionnelles. Les pouvoirs compétents de la société peuvent donc vendre ces immeubles, sans que l'acheteur soit exposé au droit de suite, du chef d'une hypothèque personnelle de l'associé. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 494 et s.

509. — Si postérieurement à l'hypothèque constituée par l'associé sur un immeuble de la société, celle-ci donnait une hypothèque pour un besoin de la collectivité, cette dernière seule aurait de la valeur. L'art. 2129, § 2, C. civ., interdit en effet l'hypothèque de la chose d'autrui, et selon certains auteurs, la nullité subsiste même quand on en est devenu propriétaire. — Thaller, *Précis*, n. 217. — Cass., 23 févr. 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes, [S. et P. 92.1.73, D. 91.1.337]; — 11 janv. 1893, Ménage, [S. et P. 97.1.443, D. 93.1.231]; — 22 févr. 1898, [*Journ. des soc.*, 1898, p. 250] — V. sur l'hypothèque de la chose d'autrui, Aubry et Rau, t. 3, § 266; P. Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. 2, n. 624 et s.

510. — 8° *Dons et legs faits à une société*. — Parmi les conséquences de la personnalité morale, faut-il classer la capacité de recevoir à titre gratuit? C'est une question controversée. Sans doute les établissements publics et d'utilité publique ne peuvent acquérir de libéralité que moyennant une autorisation résultant d'un décret rendu en Conseil d'Etat (C. civ., art. 910). — V. *suprà*, v° *Dons et legs aux établissements publics*. — Mais c'est parce que la loi ne veut pas laisser s'accumuler les biens de mainmorte. Ce danger n'est pas à craindre dans une société qui a pour but de réaliser des bénéfices. Il n'apparaîtrait qu'à l'occasion des associations dont le but moral peut stimuler les libéralités. — V. *suprà*, v^is *Donation entre-vifs*, n. 1070 et s.

511. — Aussi est-ce sur une autre considération, tirée de la nature même de la personnalité civile, que s'appuient les auteurs qui dénient aux sociétés commerciales le droit de recevoir des dons et legs. La personnalité, dit-on, n'étant qu'une fiction, doit limiter ses effets au but même pour lequel cette fiction a été introduite. De même qu'en droit public on ne reconnaît pas aux établissements reconnus la faculté de faire toute espèce d'actes juridiques, mais seulement ceux des actes indispensables à la fonction desdits établissements (V. *suprà*, v° *Dons et legs aux établissements publics*, n. 1050 et s.), de même, dit-on, les sociétés commerciales doivent se voir refuser la capacité d'acquérir à titre gratuit, ces sociétés ayant pour but de réaliser des bénéfices par la mise en commun des apports de leurs membres, et ne pouvant, à raison de leur caractère même, essentiellement intéressé, faire fond sur des libéralités quelconques pour accroître leurs bénéfices ou renforcer leur capital. — Labbé, note sous Trib. Seine, 30 mars 1881, Leymarie, [S. 81.2.249, P. 81.1.1233] — V. Laurent, t. 5, n. 287; Sainctelette, *Rev. crit.*, 1885, p. 239; Camberlin, *Loi du 8 mai 1881*; Cassagnade, *Etude sur les personnes morales et sur l'application de la théorie de la personnalité aux sociétés civiles et commerciales*, p. 130 et s.

512. — Cette argumentation, plus spécieuse que décisive, n'a pas prévalu. Elle repose, en effet, ainsi que le démontre très-nettement M. Thaller (n. 219), sur « une équivoque entre le but d'une entreprise et sa capacité ». Sans doute, une société commerciale se propose avant tout pour objectif l'obtention de bénéfices par la mise en valeur des apports de ses membres; mais la faculté de recevoir des libéralités n'est nullement en opposition avec ce but, puisque les fonds ainsi recueillis par elle peuvent avoir pour résultat de l'aider à franchir une période difficile, et d'accroître ses moyens d'action en lui fournissant le fonds de roulement qui lui manquait. Qui ne voit du reste que l'incapacité prétendue d'une société commerciale de recevoir des libéralités serait aisément tournée, grâce à la faculté, indéniable, pour les associés individuellement, de recevoir les fonds destinés en réalité à la société elle-même? N'est-il pas plus simple, dans ces conditions, et plus juridique en même temps, puisqu'aucun texte ne prohibe ni expressément, ni implicitement les dons et legs s'adressant à une société commerciale, d'en admettre la validité? Concluons donc avec la majorité des auteurs, et avec la jurisprudence, qu'à moins de dispositions formelles en sens contraire (on a vu parfois une prohibition de ce genre dans l'art. 6, L. 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels), une personne civile, particulièrement une société commerciale ou civile ou encore une association, jouit de tous les droits afférents à la personnalité, par cela seul que son existence est reconnue, et que notamment elle peut recueillir des libéralités. — Lyon-Caen, *Condition légale des sociétés étrangères en France*, n. 7 et s.; note sous Cass., 25 mai 1887, Chollet, [S. 88.1.161, P. 88.1.380]; article dans *La Loi* du 27 avr. 1881; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 118 et s.; Aubry et Rau, t. 1, p. 191, § 54; Jay, *La personnalité civile des syndicats professionnels*, p. 12 et s.; Vavasseur, article dans *La Loi* du 27 avr. 1832; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 760, *in fine*; Thaller, n. 119; Pic, *Législ. ind.*, n. 432 et s.

513. — La jurisprudence a eu rarement l'occasion de se prononcer sur la question, mais les considérants de certaines décisions concernant les établissements publics et les associations poursuivant un but non lucratif démontrent qu'elle tient pour valables les libéralités faites à des sociétés commerciales, affranchies par leur nature même de toute tutelle administrative. — V. not. Cass., 2 janv. 1894 (motifs), Soc. hippique de Cavaillon, [S. et P. 94.1.129, et la note de M. Lyon-Caen, D. 94.1.81] — V. spécialement en ce sens le rapport de M. le conseiller Cotelle, sous l'arrêt précité.

514. — Le principe de la personnalité des sociétés commerciales comporte toutefois une exception importante. En effet, la doctrine et la jurisprudence refusent la personnalité civile aux associations en participation. Chaque sociétaire demeure propriétaire de ses apports; il n'y a pas de fonds commun distinct. La personnalité a surtout pour avantage de procurer du crédit aux sociétés, en assurant aux tiers, créanciers sociaux, le bénéfice d'une sorte de séparation des patrimoines. Cette préoccupation ne peut pas naître à l'occasion des sociétés dont nous parlons, puisqu'elles n'ont aucune existence pour les tiers, à raison de leur caractère occulte. — Cass., 26 août 1879, Galinon, [S. 79.1.454, P. 79.1193, D. 80.1.120]; — 5 févr. 1901, Raynaud, [S. et P. 1902.1.405, D. 1902.1.41] — Nancy, 13 juill. 1886, [*Rev. des soc.*, 1886, p. 502] — Paris, 8 janv. 1900, Pinet, [D. 1902.2.105] — C. supr. de just. du Luxembourg, 26 févr. 1901, [*Pasicr. luxembourgeoise*, 1901.517] — Pont, t. 2, n. 1081 et s.; Molinier, n. 595; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 1057. — V. au surplus, sur les associations en participation, *infrà*, v° *Société en participation*.

515. — D'autre part, une société *projetée* ne saurait être assimilée à une société d'ores et déjà créée, et susceptible de fonctionner. Ainsi des acquisitions de terrain, faites par deux personnes, en prévision et dans l'intérêt d'une société commerciale projetée entre elles ou par l'une d'elles, antérieurement à la naissance juridique de la société, doivent être considérées comme faites par elles personnellement. — Peu importe que ces acquisitions révèlent incontestablement les traces d'une association de fait déjà formée entre elles, les associations de fait n'ayant pas légalement le caractère de personnes morales, distinctes de la personne des associés. — Nancy, 19 févr. 1881, Ory, liquid. de la Soc. Weber, Nicot et Cie, Volmeranges et autres, [S. 82.2.161, P. 82.1.828]

516. — En conséquence, les parcelles de terre dont il s'agit peuvent être atteintes par l'hypothèque légale de la femme de ces associés. — Même arrêt.

Section II.

Sociétés civiles.

517. — Les sociétés civiles constituent-elles, comme les sociétés commerciales, des personnes morales? La question est vivement controversée. — V. dans le sens de la personnalité des sociétés civiles : Taulier, *Théor. rais. du C. civ.*, t. 6, p. 383; Duranton, t. 17, p. 343, n. 334; Duvergier, t. 20, p. 448, n. 381 et 382; Proudhon, *Tr. des dr. d'usufr.*, etc., t. 4, p. 218, n. 2065; Troplong, *Du contr. de soc.*, t. 1, p. 75, n. 58 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 414, § 719, note 10; Larombière, *Théor. et prat. des oblig.*, 2e éd., t. 5, p. 121, n. 6; Champion-

nière et Rigaud, *Tr. des dr. d'enreg.*, t. 3, p. 742, n. 2743; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, t. 3, p. 14, n. 975 et 976; Bravard-Veyrières, *Tr. de dr. comm.*, t. 1, p. 173; Molinier, *Tr. des soc. comm.*, n. 236, p. 217, texte et note 4; Foureix, *Tr. des soc. comm.*, n. 11, p. 32 et s.; Delamarre et Lepoitvin, *Tr. théor. et prat. de dr. comm.*, t. 3, p. 59, n. 38; Delangle, *Des soc. comm.*, t. 1, p. 16, n. 13 et s.; Bédarride, n. 9, p. 15; Houpin, t. 1, p. 10, n. 8, texte et note 5, et *Tr. des soc.*, 3ᵉ éd., t. 1, n. 15; Vavasseur, 4ᵉ éd., t. 1, p. 24, n. 27 *bis;* Planiol, *Droit civil*, t. 3, n. 2002. — V. au contraire, dans le sens de la non-personnalité des sociétés civiles : Nancy, 18 mai 1872, Husson, [S. 72.2.197, P. 72.818, D. 73.2.103] — Douai, 11 juill. 1882, Soc. des auteurs, éditeurs et compositeurs de musique, [S. 83.2.49, P. 83.1.322, D. 83.2.153] — Trib. de Langres, 9 nov. 1887, Jacquinot, [S. 88.2.119, P. 88.1.590] — Aubry et Rau, t. 4, § 377, p. 546, texte et note 16; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, p. 459, n. 760; Demolombe, t. 1, p. 257, n. 415; Pont, *Tr. des soc. civ. et comm.*, t. 1, p. 98, n. 126; Guillouard, *Tr. du contr. de soc.*, p. 33, n. 23 et s.; Vincens, *Expos. rais. de la législ. comm.*, t. 1, p. 297; Alauzet, t. 2, p. 30, n. 371; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *Tr. de dr. comm.*, t. 1, p. 174, note 1; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, vᵒ *Société*, n. 97, p. 284; Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 123, p. 124 et s.; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, t. 1, p. 142, n. 290, et *Tr. de dr. comm.*, t. 2, p. 90, n. 126 et s., texte et notes; Pic, *Ann. de dr. comm.*, 1892, t. 2, p. 219; Thaller, *Précis*, 2ᵉ éd., n. 280 (Cet auteur revient sur l'opinion contraire qu'il avait autrefois admise et se fonde sur des arguments nouveaux). — V. au surplus les notes avec les autorités citées sous Trib. de la Seine, 27 juill. 1874, Enregistrement, [S. 75.2.27, P. 75.111]; la note *in medio* de M. Labbé, sous Cass., 21 févr. 1883, Chestillon, [S. 84.1.361, P. 84.1.929]; note, *in fine*, de M. Lyon-Caen, sous Paris, 18 déc. 1885, *l'Assurance commerciale*, [S. 87.2.121, P. 87.1.674]; note, *in medio*, de M. Lyon-Caen, sous Cass., 25 mai 1887, Chollet, [S. 88.1.161, P. 88.1.380]; Mongin, *Rev. crit.*, 1890.

518. — Pour soutenir que les sociétés civiles n'ont pas la personnalité morale, on a dit qu'elles ne la possédaient pas en droit romain et dans notre ancien droit; que ni les travaux préparatoires, ni le Code civil ne révèlent l'intention d'introduire une modification aussi profonde dans les règles du contrat de société.

519. — Puis on a argumenté *a contrario* des art. 529, C. civ., et 59, C. proc. civ. Le premier de ces textes ne déclare meubles que les obligations et actions « dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie », excluant ainsi les sociétés civiles. Le second dispose que les sociétés de commerce seront assignées en leur domicile, et exclut ainsi, par prétérition, les sociétés civiles.

520. — Les adversaires de la personnalité des sociétés civiles invoquent encore deux ordres d'arguments. Ils s'appuient d'abord sur l'absence de publicité des sociétés de ce type; lorsque le législateur entend conférer la personnalité à une entité collective, il exige qu'elle se fasse connaître comme telle aux tiers. Les sociétés civiles, n'étant assujetties à aucune formalité de ce genre, ne peuvent donc pas prétendre au bénéfice de la personnalité, et ce, à raison de leur clandestinité même : tout le monde l'admet pour les associations en participation (V. *suprà*, n. 514), il en doit être de même pour les sociétés civiles. D'ailleurs, ajoute-t-on, tous les articles du Code civil sur le contrat de société présupposent l'absence de personnalité. L'art. 1832 parle de mise en commun, c'est-à-dire de la formation d'une masse indivise, autrement dit d'une « masse passive et inerte, dépourvue de toute fonction spéciale » (Thaller, n. 220). D'autre part, les art. 1862 à 1864 démontrent que, dans la pensée des rédacteurs du Code, les dettes sociales sont purement et simplement des dettes personnelles aux associés, se répartissant par portions viriles entre ceux-ci, mais qu'il n'existe pas, à côté ou au-dessus d'eux, de personne morale, sujet passif de l'obligation.

521. — En faveur de la personnalité, on fait remarquer tout d'abord qu'aucun texte ne s'oppose d'une manière absolue à cette conception de la société, être moral distinct de la personne des associés. Le législateur s'y est expressément rallié, dans la loi du 21 avr. 1810 sur les mines, en déclarant meubles le droit des associés dans l'actif social conformément à l'art. 529, C. civ., et récemment dans la loi du 1ᵉʳ août 1893, en imprimant d'autorité le caractère commercial, pour l'avenir, aux sociétés par actions, à objet civil. Il l'a expressément admis dans plusieurs textes du Code civil, qui semblent bien envisager les biens sociaux, non comme une masse indivise, mais comme un bloc, comme un patrimoine spécial, appartenant à une entité juridique autonome (art. 1848, 1850, 1852 et s.).

522. — Au surplus, ajoute-t-on, plusieurs textes du Code civil prouvent que les rédacteurs du Code ont admis, sinon l'existence d'une entité sociale absolument distincte de la personne des associés, tout au moins l'existence d'un fonds social affecté par la volonté même de tous les associés à la garantie des engagements sociaux, fonds réservé, affecté d'une sorte de charge ou servitude, dont aucun associé isolément ne peut disposer (C. civ., art. 1860), et qu'aucun d'eux ne saurait être admis à offrir en gage à ses créanciers personnels, puisqu'il s'est interdit, en entrant dans la société, « de se servir des choses appartenant à la société contre l'intérêt de celle-ci » (C. civ., art. 1859-2ᵒ). Que l'on admette cette « séparation d'organisme entre le patrimoine social et les patrimoines des associés » sans conclure pour autant à la personnalité de la société (Doctrine allemande, V. Saleilles, *Hist. de la commandite : Ann. de dr. comm.*, 97), ou que l'on aille jusqu'au bout du raisonnement et que l'on envisage la société comme une entité juridique, ce qui semble plus conforme anx idées françaises, au fond le résultat est presque le même, puisque dans les deux cas nous trouvons un fonds social affecté par préférence aux créanciers sociaux. — Mongin, *Rev. crit. de législ.*, 1890. — V. dans Thaller, n. 223, un exposé complet de la thèse, que d'ailleurs il se refuse à admettre. V. aussi en faveur de la personnalité des sociétés civiles, les auteurs cités *suprà*, n. 517. — En ce qui concerne spécialement la personnalité des sociétés minières, V. notamment Cass., 11 juin 1888, Syndic de la société *le Crédit parisien*, [S. 90.1.516, P. 90.1.1249, D. 89.1.293] — Trib. Saint-Etienne, 24 déc. 1891, sous Cass., 26 oct. 1892, Schneider, [S. et P. 93.1.321] — Laurent, t. 26, n. 421; Féraud-Giraud, *Code des mines*, t. 2, n. 282; Delecroix, *Des sociétés des mines*, n. 148; Delebecque, *Législ. des mines*, n. 1248; Bury, *Législ. des mines*, n. 1383; Peyret-Lallier, *Législ. des mines*, n. 183; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 12 *bis*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 130.

523. — La thèse de la personnalité morale des sociétés civiles prévaut aujourd'hui sans conteste en jurisprudence. Mais la jurisprudence a passé, sur ce point, par plusieurs phases, qu'il est intéressant de retracer brièvement.

524. — Jusqu'en 1865, la Cour suprême se refuse à considérer les sociétés civiles comme des personnes morales. Jugé, en ce sens, que les membres d'une société civile (telle que celle qui est formée entre propriétaires pour la répartition de leurs eaux et l'arrosage) doivent être assignés individuellement sur les demandes qui intéressent leur association. Ils ne seraient pas fondés à prétendre qu'ils doivent être assignés collectivement en la personne de leurs syndics. — Cass., 26 mai 1841, Fouque, [S. 41.1.483, P. 41.1.751]

525. — ... Que les sociétés civiles ne peuvent agir en nom collectif devant les tribunaux; elles doivent procéder au nom personnel de chacun des membres qui les composent. Ainsi est non recevable l'action correctionnelle intentée au nom seul du directeur d'une telle société dans l'intérêt de cette société. — Cass., 21 juill. 1854, Gerson, [S. 54.1.490, P. 56.1.206]

526. — Mais en 1865, un revirement se produit et nous voyons pour la première fois la Cour suprême se rallier nettement au principe de la personnalité des sociétés civiles. — V. *suprà*, vᵒ *Chasse*, n. 166.

527. — Précédemment, la cour de Paris avait déjà jugé que les sociétés civiles, qui forment un être moral comme les sociétés commerciales, peuvent agir en nom collectif devant les tribunaux. Il n'est pas nécessaire que l'assignation donnée dans l'intérêt de ces sociétés contienne les noms, professions et demeures de chacun des associés; il suffit d'indiquer ceux du gérant ou liquidateur (surtout il en est ainsi quand l'acte social règle le mode d'introduire les actions en justice, et qu'il s'agit d'une action intentée contre des sociétaires). — Paris, 6 mars 1849, Chappon, [S. 49.2.427, D. 49.2.180] — *Sic*, Duvergier, *Société*, n. 317; Troplong, t. 2, n. 692 et s.; Taulier, t. 6, p. 382. — V. aussi Douai, 17 déc. 1842, Arnoust, [S. 43.2.81, D. 43.2.84]

528. — Jugé, aussi, que dans les sociétés civiles aussi bien que dans les sociétés commerciales, on peut valablement stipuler que les actions judiciaires intéressant la société seront intentées au nom et à la requête d'un conseil d'administration. L'ac-

tion intentée en vertu d'une telle stipulation, au nom du conseil d'administration (surtout contre les membres de la société), ne peut être regardée comme introduite par des mandataires, et contrairement à la maxime que : « Nul en France ne plaide par procureur ». — Paris, 6 mars 1849, précité. — V. Mongin, *Rev. crit.*, 1890, p. 697 et s.

529. — Comme autre conséquence de la personnalité reconnue aux sociétés civiles, on avait admis que la propriété des fonds sociaux appartient à la société elle-même, et aussi que les créanciers sociaux ont, par rapport aux créanciers personnels des associés, un droit de préférence sur le fonds social. Jugé, à cet égard, que tant que dure une société civile, les associés n'ont sur les immeubles sociaux aucun droit indivis et privatif de copropriété; ils n'ont qu'un intérêt constituant un droit d'une nature purement mobilière. — Orléans, 26 août 1869, du Patural, [S. 70.2.113, P. 70.466, D. 69.2.185] — *Sic*, Troplong, *Hypoth.*, t. 2, n. 434; Pont, *id.*, n. 512; Massé, *Dr. comm.*, t. 4, n. 3000.

530. — Et à cet égard la société doit être considérée comme encore subsistante, quoique dissoute, jusqu'à la fin de sa liquidation. — Cass., 29 mai 1865, Bigot-Duval, [S. 65.1.325, P. 65.785, D. 65.1.380]

531. — En conséquence, est nulle l'inscription d'hypothèque légale prise sur un immeuble social, du chef de la femme d'un associé pour raison de ses apports matrimoniaux. — Cass., 29 mai 1865, précité. — Orléans, 26 août 1869, précité.

532. — Et les effets de cette nullité se prolongent tant que la liquidation de la société dissoute n'est pas terminée. — Cass., 29 mai 1865, précité.

533. — Toutefois, la promulgation de la loi du 24 juill. 1876 sur les sociétés commerciales vint, à un moment donné, enlever à la controverse que nous examinons une grande partie de son intérêt. Les tribunaux, en effet, eurent désormais rarement à se prononcer sur le point de savoir si les sociétés civiles étaient ou non dotées de la personnalité morale; car, en vue de se soustraire aux hasards d'une jurisprudence qui pourrait varier, les intéressés prirent l'habitude de revêtir des formes commerciales et de publier les sociétés civiles pour lesquelles ils désiraient la personnalité civile; or, les tribunaux, ainsi que les auteurs, n'hésitèrent pas à admettre que l'emprunt de la forme commerciale avait pour effet d'attribuer à la société civile une existence juridique distincte de celle des associés. — V. Cass., 3 févr. 1868 (motifs) Saint-Salvi, [S. 68.1.185, P. 68.421, D. 68.1.225]; — 21 juill. 1873, Comp. d'irrigation de France, [S. 73.1.456, P. 73.1159, D. 74.1.127] — Trib. Seine, 10 nov. 1891, Robert et Cie, [*Rev. des soc.*, 1892, p. 75] — Demolombe, *Distinct. des biens*, t. 1, n. 415; Aubry et Rau, t. 1, § 54, p. 188 et 189, t. 4, § 377, p. 546; Boistel, n. 167; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 291 et 536, et *Tr. dr. commerc.*, t. 2, n. 131; Lyon-Caen, note sous Paris, 18 déc. 1885, Assurance commerciale, [S. 87.2.121, P. 87.1.674]; note sous Cass., 25 mai 1887, Chollet, [S 88.1.161, P. 88.1.380]; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 97; Dreyfus, *Soc. civ. à forme commerc.*, p. 84; Pont, t. 1, n. 124, *in fine*. — *Contrà*, Guillouard, n. 23; Thaller, n. 615; Laurent, t. 26, n. 221. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

534. — On peut argumenter d'ailleurs en ce sens de la solution expressément consacrée par la loi de 1867 en ce qui concerne les sociétés à capital variable, sans distinction entre celles d'entre elles ayant un objet commercial et celles ayant un objet civil. L'art. 53 de ladite loi du 24 juill. 1867 décide, en effet, par extension de la disposition de l'art. 69-6°, C. proc. civ., que « la société, quelle que soit sa forme, sera vablement représentée en justice par ses administrateurs ».

535. — Peu à peu, devant cette facilité donnée aux intéressés de recourir aux formes commerciales pour attribuer sûrement aux sociétés civiles la personnalité morale, certaines cours d'appel en arrivèrent à dénier expressément cet attribut aux sociétés civiles, constituées suivant les formes civiles. Jugé, à cet égard, qu'une société formée pour l'exploitation d'une mine, constituant une société civile, ne peut être assignée que dans la personne de tous ses membres. En conséquence, le jugement obtenu contre le directeur seul est à l'égard des associés *res inter alios judicata*, et ceux-ci sont fondés à demander la radiation des inscriptions prises contre la société en vertu d'un pareil jugement. — Nancy, 18 mai 1872, Husson, [S. 72.2.197, P. 72.818, D. 73.2.103] — V. Guillouard, n. 362.

536. — Jugé dans le même sens, relativement aux sociétés civiles en général, exception faite pour les sociétés de mines. — Douai, 25 janv. 1899, Soc. de chasse du bois d'Ostricourt, [D. 1900.2.373] — V., en ce qui concerne spécialement les sociétés de mines, *suprà*, n. 522.

537. — D'ailleurs, il est permis de conférer aux administrateurs de la société mandat d'agir au nom personnel de ceux des associés du chef desquels la société tirerait des droits, le nom des administrateurs ne figurant dans l'instance que secondairement et avec la mention du mandat de la diligenter. — Douai, 11 juill. 1882, Soc. des auteurs, éditeurs et compositeurs de musique, [S. 83.2.49, P. 83.1.322, D. 83.2.153] — Paris, 13 févr. 1866, [*Ann. propr. ind. litt. et art.*, 1866, p. 106] — *Sic*, Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de procédure*, t. 1, § 171 et s.; note précitée de M. J.-E. Labbé.

538. — Sans qu'il y ait lieu de rechercher si une association présente tous les caractères d'une société civile proprement dite l'acte qui la crée confère tout au moins valablement à son directeur le mandat de représenter ses coassociés dans les limites de l'intérêt mis en commun. — Cass., 3 déc. 1889, Synd. de la soc. métallurgique de Tarn-et-Garonne, [S. 91.1.525, P. 91.1.1280, D. 90.1.105]

539. — Mais le mandat est limité par l'objet de la société. Et l'adversaire, quoique étranger au contrat de société, a le droit de discuter l'étendue du mandat en vertu duquel agit le demandeur. — Douai, 11 juill. 1882 (sol. impl.), précité.

540. — Spécialement, la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, ayant reçu de ses membres le mandat de faire réprimer l'exécution illicite de leurs œuvres musicales « avec ou sans parler », n'a reçu d'eux aucun mandat relatif à la représentation sans musique, ou à la simple lecture d'œuvres purement littéraires. — Cass., 16 févr. 1884, Soc. des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, [S. 85.1.188, P. 85.1.426, D. 85.1.95] — Douai, 11 juill. 1882, précité.

541. — Du moins, les juges du fait qui le décident ainsi, d'après les termes des statuts, se livrent à une interprétation souveraine. — Cass., 16 févr. 1884, précité.

542. — Décidé encore que les sociétés civiles non reconnues d'utilité publique ne peuvent ester en justice. En conséquence, les actions qu'elles ont à exercer doivent être intentées au nom personnel de chacun de ses membres. — Douai, 11 juill. 1882, précité. — V. aussi *suprà*, v° *Chasse*, n. 166.

543. — Jugé aussi que les souscripteurs d'un emprunt émis sous la forme d'obligations au porteur ou nominatives peuvent s'associer, soit pour la défense de leurs intérêts, soit pour la réalisation de l'hypothèque collective qui leur a été promise au moment de l'émission. — Cass., 3 déc. 1889, Soc. métallurgique de Tarn-et-Garonne, [S. 91.1.525, P. 91.1.1280, D. 90.1.105]

544. — Une pareille association ne constituant d'ailleurs, dans aucun cas, une personne morale, et n'ayant pas d'individualité distincte de celle des membres qui la composent, les droits qui naissent des opérations ou négociations en vue desquelles elle a été constituée profitent directement à ces derniers; dès lors, en recevant, au nom de la société des souscripteurs d'obligations, les concessions d'hypothèques promises aux souscripteurs, le directeur de cette société a, en réalité, valablement stipulé pour ses coassociés, et a pu assurer à chacun d'eux pour sa part, comme à lui-même, le bénéfice de l'hypothèque. — Même arrêt. — V. au surplus, sur les sociétés civiles entre obligataires, les développements donnés *infrà*, v° *Société commerciale*.

545. — On pouvait croire que la jurisprudence avait fini par abandonner son ancienne théorie de la personnalité des sociétés civiles, lorsque, par deux arrêts successifs, la chambre des requêtes de la Cour suprême décida qu'une société civile, aussi bien qu'une société commerciale, constitue une personne morale, distincte des associés. — Cass., 23 févr. 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes, [S. et P. 92.1.73]; — 2 mars 1892, Soc. des forces motrices de Grenoble, [S. et P. 92.1.497, D. 91.1.337, et la note de M. Meynial]

546. — On en a conclu que telle société est, à l'exclusion des associés, propriétaire du fonds social. — Mêmes arrêts.

547. — ... Que, par suite, est nulle l'hypothèque consentie par un associé sur sa part indivise dans les immeubles de la société. — Cass., 23 févr. 1891, précité. — V. Guillouard, n. 26.

548. — ... Que l'appel interjeté contre une société civile est régulièrement notifié par copie unique à l'avoué de ladite société, quel que soit le nombre des membres dont elle se compose. — Cass., 2 mars 1892, précité.

549. — En présence de ces décisions formelles de la Cour suprême, il semble bien que pratiquement toutes les hésitations signalées aient cessé, et que la jurisprudence soit définitivement fixée dans le sens de la personnalité morale des sociétés civiles, avec des droits propres et distincts de ceux de chacun des membres. Tous les arrêts récents sont en ce sens. — Cass., 2 janv. 1894, Soc. hippique de Cavaillon, [S. et P. 94.1.129, D. 94.1.81]; — 22 févr. 1898, Mamet, [D. 99.1.593] — Lyon, 3 juill. 1896, [*Journ. des soc.*, 97.432]; — 13 juill. 1900, J. *La Loi*, 22 nov. 1900 — Trib. Seine, 27 juill. 1892, [*Journ. des soc.*, 92.520].

550. — Cette jurisprudence ne présente aucun inconvénient. « Qui donc pourrait s'en plaindre ? dit M. Meynial (note précitée). Ce ne sont pas les créanciers sociaux, puisque cette combinaison a pour résultat de leur réserver les biens sociaux sans leur enlever le bénéfice du droit commun et la faculté de poursuivre les associés sur leurs biens personnels. Ce ne sont pas non plus les créanciers personnels des associés, car leurs débiteurs ont conservé le droit d'administrer leur patrimoine et d'aliéner leurs biens ou de les engager. Il ne dépendait que de l'associé de contracter une société en nom collectif et de rendre ainsi la situation de ses créanciers personnels encore plus défavorable : qui peut le plus doit pouvoir le moins. Aussi bien, la tendance de la législation, depuis bien longtemps déjà, est-elle vers la spécialisation du gage, les affectations de biens, la création d'universalités indépendantes des personnes physiques qui en sont propriétaires. On dirait que de plus en plus l'obligation, depuis le droit romain, se sépare de la personne obligée, pour grever plutôt la chose possédée que le possesseur, qu'elle se réalise lentement. Eh bien, la personnalité de la société civile n'est que la continuation de cette marche, dont les diverses étapes sont signalées par la création du bénéfice de séparation des patrimoines, par la théorie des prélèvements entre co-héritiers, associés ou communistes et par le traitement accordé aux sociétés commerciales. La seule garantie qu'on peut légitimement exiger est une certaine publicité : il ne faut pas dépouiller les créanciers personnels sans qu'ils aient été prévenus du sort qui pouvait leur être réservé ».

551. — Quelque favorable qu'elle soit à la thèse de la personnalité, la jurisprudence est obligée d'en subordonner l'admission à la régularité de la société, puisqu'une société, qu'elle soit civile ou commerciale, ne constitue évidemment une personnalité qu'autant qu'elle est valablement constituée. — Cass., 24 août 1863, Lombard, [S. 63.1.486, P. 64.95] — Caen, 18 mai 1864, Beau, [S. 65.2.103, P. 65.476] — Orléans, 9 août 1865, Chollet, [S. 66.2.57, P. 66.321] — Paris, 2 mars 1870, Chemins de fer Romains, [S. 71.2.111, P. 71.345, D. 70.2.107] — Orléans, 14 mars 1883, Synd. Méchin, [S. 83.2.159, P. 83.1.827, D. 85.2.25] — Douai, 25 janv. 1899, Soc. de chasse du bois d'Ostricourt, [S. et P. 1900.2.25 et la note de M. Wahl, D. 1900.2.373] — Or, une société commerciale non publiée est entachée d'une nullité radicale (V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*), d'où cette conséquence logique, et cependant assez singulière, que les sociétés commerciales (peut-être aussi les sociétés à objet civil et à forme commerciale ne peuvent prétendre au bénéfice de la personnalité civile qu'à la condition d'être publiées; tandis que, la loi ne subordonnant la validité des sociétés civiles pures et simples à aucune publicité, ces sociétés constitueront dans tous les cas des personnes morales. Cette antinomie est, ainsi que nous l'avons vu précédemment, l'une des principales raisons de douter de la valeur de la thèse de la jurisprudence, nombre d'auteurs estimant que les deux idées de personnalité et de publicité sont inséparables, et concluant de ce point de départ à la non-personnalité des sociétés civiles. — V. *suprà*, n. 520.

Section III.

Associations.

552. — Reste à examiner la question de la personnalité en ce qui touche les *associations* n'ayant pas le caractère de véritables sociétés, c'est-à-dire les groupements d'intérêts et de personnes dans lesquels le but poursuivi n'est pas pécuniaire ou dans lesquels, si le but est pécuniaire, il ne consiste pas dans la réalisation de bénéfices en argent, mais dans une économie à faire, dans une perte à éviter (V. *suprà*, n. 43 et s.). Aux termes de la loi du 1er juill. 1901, elles jouiront de la capacité juridique, même quand elles ne sont pas reconnues d'utilité publique, si elles ont rempli les conditions de publicité exigées par l'art. 5, conditions dont l'inobservation est sanctionnée par des peines correctionnelles (art. 8). Cette capacité restreinte est enfermée dans des limites destinées à les empêcher de dévier de leur but. Ces associations déclarées peuvent : 1° ester en justice; 2° acquérir à titre onéreux et conserver les immeubles strictement nécessaires à leur fonctionnement; 3° encaisser les cotisations de leurs membres et les subventions administratives.

553. — Les subventions administratives sont d'ailleurs les seules acquisitions *à titre gratuit* dont puisse bénéficier une association simplement déclarée; d'après la loi du 1er juill. 1901, seule, l'association reconnue d'utilité publique peut recevoir des dons et legs dans les conditions prévues par l'art. 910, C. civ., et l'art. 5, L. 4 févr. 1901, c'est-à-dire, avec l'autorisation du préfet où est le siège de l'établissement. Cependant si la donation ou le legs consistait en immeubles d'une valeur supérieure à 3,000 fr., l'autorisation serait accordée par décret en Conseil d'Etat. Ces associations ne peuvent posséder que les immeubles nécessaires à leur fonctionnement. Pour ceux qui ne seraient pas nécessaires, ils sont aliénés dans les délais et dans la forme prescrits par l'arrêté ou le décret d'autorisation.

554. — Quant aux associations non déclarées (licites d'ailleurs, d'après le régime institué par la loi de 1901, pourvu que leur objet soit licite), elles demeurent dépourvues de toute personnalité, dans les mêmes conditions que les associations constituées sous le régime de la loi ancienne.

555. — Or, antérieurement à la loi de 1901, il était généralement admis que les associations ne pouvaient être revêtues de la qualité de personnes morales, que si ce caractère leur avait été individuellement concédé au moyen d'une déclaration d'utilité publique donnée, en général, par un décret, exceptionnellement par une loi, comme lorsqu'il s'agissait, par exemple, d'établissement d'enseignement libre ou d'association formée en vue de l'enseignement supérieur (LL. 18 mars 1880, art. 7; 28 avr. 1893, art. 71). — Cass., 2 janv. 1894, Soc. hippique de Cavaillon, [S. et P. 94.1.129, D. 94.1.81, rapport de M. le conseiller Cotelle et conclusions de M. l'avocat général Cruppi]; — 29 oct. 1894, Leymarie, [S. et P. 94.1.129, et la note de M. Lyon-Caen, D. 96.1.145, et la note de M. Thaller] — V. aussi Douai, 25 janv. 1899, Soc. de chasse du bois d'Ostricourt, [S. et P. 1900.2.25, D. 1900.2.373] — Aubry et Rau, t. 1, p. 167, § 54; Laurent, t. 26, p. 147; Berthélemy, *Traité de dr. adm.*, 2e éd., p. 305.

556. — Des lois particulières ont donné la personnalité morale avec des effets plus ou moins étendus à certaines associations, particulièrement favorables : comme les associations syndicales (L. 21 janv. 1865) ou les *syndicats professionnels* (L. 21 mars 1884). — Sur la capacité juridique des syndicats, V. Pic, *Traité élémentaire de législ. industrielle*, 1903, 2e éd., p. 273, et *Capacité civile des syndicats professionnels* (*Revue trimestr. de dr. civil*, 1902); Lyon-Caen, notes sous Cass., 25 mai 1887, Chollet, [S. 88.1.161, P. 88.1.380]; 2 janv. 1894, précité; 29 oct. 1894, précité; Aubry et Rau, t. 1, § 54, p. 185; Veyan, *Loi sur les syndicats professionnels*, p. 170; Reinaud, *Les syndicats professionnels*, n. 77; Boullay, *Code des syndicats professionnels*, n. 112 et s.; Guillouard, n. 28 et 29. — Il convient d'ailleurs de faire remarquer que seuls, d'après l'opinion générale tout au moins, les syndicats régulièrement constitués, c'est-à-dire ayant satisfait aux formes de publicité (dépôt des statuts, etc.) prescrites par l'art. 4, peuvent être considérés comme investis de la personnalité morale. — V. *infrà*, v° *Syndicat professionnel*.

557. — De ce que les syndicats professionnels jouissent de la personnalité morale, il suit qu'ils ont le droit d'ester en justice par l'intermédiaire d'un représentant *ad litem* (de leur président, si les statuts ne désignent pas un mandataire spécial), pour la défense des intérêts collectifs dont ils ont la garde. — Lyon, 3 juin 1890, Syndic. pharm. de la Loire, [S. 91.1.559, P. 91.1.1338, D. 91.2.30] — Dijon, 23 juill. 1890, sous Cass., 1er févr. 1893, Ch. syndic. des ouvr. tisseurs de Chauffailles, [S. et P. 96.1.329, et note Z..., D. 93.1.241] — Nancy, 4 janv. 1896, X..., [S. et P. 96.2.244] — Trib. corr. Saint-Etienne, 17 déc. 1889, sous Cass., 8 janv. 1891, Syndic. pharm. de la Loire, [S. 91.1.559, P. 91.1.1338] — Trib. comm. Havre, 17 janv. 1899, sous Rouen, 8 nov. 1899, Cahen, [S. et P. 1900.2.985] — V. Pic, *Traité, loc. cit.*; Bry, *Législ. industr.*, p. 261; André et Guibourg, *Cod. ouvrier*, p. 333; Fabreguettes, *Contrat de travail*, p. 65. — V. *infrà*, v° *Syndicat professionnel*.

558. — Ils peuvent acquérir à titre onéreux des valeurs mo-

bilières quelconques, mais non des immeubles, à l'exception de ceux nécessaires aux réunions du syndicat, à l'installation des bibliothèques et cours professionnels. Ils peuvent même, selon l'opinion la plus répandue, acquérir à titre gratuit, sous la même réserve en ce qui concerne les immeubles. — Pic, *Capacité des synd. prof., loc. cit.;* Bry, *Législ. ind.*, p. 264; Glotin, *Synd.*, p. 227; Jolly, *Sur la capacité d'acquérir des synd. prof.*, 1900; Brémond, *Rev. crit.*, 1899, p. 151; Tissier, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique,* 2ᵉ éd., t. 1, n. 207. — *Contrà*, Avis Cons. d'Et., des 30 juill. 1891 et 25 janv. 1893, cités par M. Dussaussoy dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi (5 janv. 1895, Ch., Doc. parl., n. 1164) tendant à étendre la capacité syndicale. — Hubert-Valleroux, *Les corporat. d'arts et métiers et les synd. prof.*, p. 368; Vavasseur, *Traité des soc.*, n. 27; Labbé, note sous Paris, 25 mars 1881, [S. 81.2.251, P. 81.1.1233]

559. — Les syndicats, pouvant posséder, peuvent contracter par l'intermédiaire de leurs représentants et spécialement conclure, au nom de leurs membres, des contrats collectifs de travail. — Cass., 1ᵉʳ févr. 1893 (Sol. impl.), Syndic. des ouvr. tisseurs de Chauffailles, [S. et P. 94.1.329, D. 93.1.241] — Pic, *Traité de législ. ind.*, n. 318 et s.; Raynaud, *Le contr. collectif de trav.*, 1901; Boncour, *Le fédéralisme économique*, 1900; Jay, *Une forme nouvelle d'organisation du travail par les groupements prof.* (*Rev. d'éc. pol.*, 1901, p. 170); B. et S. Webb, *Problems of modern industry*, 1898; Bureau, *Le contr. de trav.*, 1901; Lambert, *Stipulat. pour autrui*, 1893; Cornil, *Du louage de services*, 1895; Bodeux, *Etudes sur le contr. de trav.*, 1896.

560. — Les unions de syndicats, à la différence des syndicats, n'ont pas la personnalité civile (art. 5 de la loi de 1884), et par conséquent ne peuvent ester en justice par l'intermédiaire des directeurs. L'actif de l'union appartiendra indivisément aux syndicats adhérents. Ces unions n'auront d'autre droit, sous le régime de la loi de 1901, que ceux des associations simples ou non déclarées (art. 2). — Trib. civ. Cholet, 12 févr. 1897, [*Gaz. Pal.*, 16 mars 1897] — Trib. civ. Lyon, 17 mars 1899, [J. *Le Droit*, 19 juill. 1899] — Trib. Toulouse, 30 janv. 1899, [*Rev. pratiq. de droit indust.*, 1899, p. 97] — V. aussi, Pic, *Traité de législ. indust.*, n. 465.

561. — Les bourses du travail sont, au point de vue juridique, dans la même situation que les unions de syndicats. — Trib. civ. Lyon, 17 mars 1899, précité. — Trib. Toulouse, 30 janv. 1899, précité. — Pic, *loc. cit.*, n. 470.

562. — Pour toutes les associations non déclarées d'utilité publique par un acte de reconnaissance individuelle, ou par l'effet d'une reconnaissance collective résultant d'un texte de loi (comme pour les syndicats précités), il ne pouvait être question de personnalité véritable. — V. *suprà*, n. 66.

563. — Jugé, en ce sens : 1° Que bien que son existence soit reconnue par l'autorité préfectorale, qu'elle soit autorisée par elle et subventionnée par le conseil général, une société centrale d'agriculture n'a pas une individualité véritable et n'est pas reconnue établissement d'utilité publique; que, dès lors, cette association ne peut être assignée en la personne de son président; que celui-ci est sans qualité pour la représenter, à moins qu'un mandat spécial ne lui soit donné à cet effet par les statuts; que dans tous les cas, la société d'agriculture, fût-elle reconnue être une personne civile, le président n'a qualité pour la représenter que conjointement et individuellement avec les autres membres du bureau; et le président qui n'a pas excipé en première instance de son défaut de qualité et d'autorisation n'est pas pour cela déchu du droit de l'opposer en appel. — Limoges, 22 janv. 1900, Soc. d'agriculture de la Creuse, [S. et P. 1903.2.135, D. 1902.2. 423]

564. — 2° Que la fondation d'écoles ne peut pas faire l'objet d'une société civile, si cette société n'a pas pour but la réalisation des bénéfices; qu'en conséquence, elle ne constitue pas une personne morale et ne peut recevoir à titre gratuit. — Cass., 29 nov. 1897, Gaultier, [D. 98.1.108] — V. dans le même sens, relativement à une congrégation de frères, Cass., 3 juin 1861, Moreau, [S. 61.1.615, P. 61.1025, D. 61.1.218]

565. — Mais la jurisprudence a parfois abandonné les principes rigoureux du droit et a reconnu la personnalité civile à des associations pour lesquelles n'était pas intervenue une reconnaissance d'utilité publique, par cela seul qu'elles avaient un but d'intérêt général et que l'autorité publique était intervenue lors de leur constitution. Il a été jugé, en effet, que les associations instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique, dans un but d'intérêt général, doivent être considérées comme des personnes morales, ayant une individualité distincte de celle des sociétaires et pouvant être représentées en justice par les conseils ou agents institués pour les administrer. — Cass., 30 août 1859, Bureau, [S. 60.1.359, P. 60.40, D. 49. 1.365]; — 6 juill. 1864, Lieutaud, [S. 64.1.327, D. 64.1.424]; — 25 mai 1887, Chollet, [D. 87.1.289] — Dijon, 30 oct. 1889, Nitre, [S. 90.2.16, P. 90.1.295] — Paris, 12 nov. 1889, Hertz (motifs), [S. 90.2.243, P. 90.1.1347, D. 89.2.71] — Trib. Langres, 5 déc. 1888, Nitre, [S. 89.2.175, P. 89.1.877] — *Contrà*, Lyon-Caen, note sous Cass., 2 janv. 1894, Soc. hippique de Cavaillon, [S. et P. 94.1.129]; Guillouard, n. 29-1°; Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. comm.*, t. 2, n. 136.

566. — Il en est ainsi, spécialement, d'une société de tir et de gymnastique, créée avec l'adhésion et le concours de l'autorité publique, manifestés tant par l'arrêté préfectoral qui a approuvé les statuts, que par la remise de fusils et de munitions qui a été faite à diverses reprises à cette société par l'autorité militaire. — Dijon, 30 oct. 1889, précité. — Trib. Langres, 5 déc. 1888, précité.

567. — En conséquence, la demande formée par un créancier de cette société doit être dirigée contre le président qui en est le représentant aux termes des statuts, et non contre les membres de la société pris individuellement, s'ils n'ont contracté aucun engagement personnel vis-à-vis du créancier. — Même arrêt et jugement.

568. — Il en est ainsi également de la convention relative à l'exploitation de la chasse en commun, généralement considérée en jurisprudence comme une société et non comme une association. — V. Cass., 24 avr. 1876, Pilson, [S. 77.1.6, P. 77 7] — Paris, 22 juill. 1896, [*Rev. des soc.*, 1896, p. 466] — Trib. Lyon, 3 févr. 1902, [*Mon. jud. Lyon*, 3 juill. 1902] — V. au surplus note sous Rennes, 13 juill. 1887, Agis, [S. 90.2.3, P. 90.1.84]; note sous Cass., 31 janv. 1894, Simons, [S. et P. 94.1.237] — Douai, 25 janv. 1899, Eloy, [S. et P. 1900.2.25] — V. aussi *suprà*, vᵒ *Chasse*, n. 166, et Frèrejouan du Saint, *Sociétés de chasse : Chasseur français* (jurisprudence), 1ᵉʳ févr. 1902.

569. — Si cette convention donne naissance à une véritable société civile, ladite société doit, d'après la jurisprudence exposée *suprà*, n. 524 et s., être considérée comme une personne morale. Il convient toutefois de faire remarquer qu'en doctrine, l'opinion contraire l'emporte, et que l'on se refuse à voir dans cette convention une véritable société, par le motif qu'une convention de cette nature a pour objet la satisfaction d'un goût et non pas la recherche de bénéfices. — V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 26, n. 150; Guillouard, *Traité du contrat de société*, n. 68; Houpin, *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 3ᵉ éd., t. 1, n. 59; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité de la société, du prêt, du dépôt*, n. 563; Aubry et Rau, 4ᵉ éd., t. 1, § 54, p. 190. — V. au surplus, sur le principe qu'une association n'ayant pas pour but le partage des bénéfices n'est pas une société : Cass., 2 janv. 1894, précité; — 29 oct. 1894, précité, et l'art. 1, L. 1ᵉʳ juill. 1901. — V. aussi, *suprà*, n. 43 et s.

570. — En tout cas, les sociétés d'encouragement pour l'amélioration de la race chevaline, qui forment des associations instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique, dans un but d'intérêt général et public, distinct de l'intérêt de leurs membres, et qui sont en outre soumises pour leur existence et l'organisation des courses à des règlements ministériels, tiennent tant de la nature de leur objet que de l'adhésion de l'autorité publique, une individualité véritable : en sorte qu'elles peuvent agir, ou être actionnées judiciairement, en la personne des membres du comité d'administration régulièrement nommés. — Cass., 25 mai 1887, Chollet, [S. 88.1.161, P. 88.1.380, et la note de M. Ch. Lyon-Caen, D. 87.1.290]

571. — Il n'est pas nécessaire que les statuts contiennent la mention d'un pouvoir spécial d'ester en justice pour l'association conféré à ces administrateurs. — Même arrêt.

572. — Jugé de même : 1° Que les associations formées dans un but d'intérêt général, spécialement les sociétés de courses ayant obtenu l'autorisation administrative, peuvent fonctionner dans l'ordre de l'entreprise déterminée par leurs statuts, et, par suite, soutenir les procès qui s'y rapportent par l'entremise de leurs administrateurs. — Cass., 25 mai 1887, précité; — 2 janv. 1894, précité. — Limoges, 23 déc. 1895, Thouvenet, [S. et P. 99. 2.296] — V. L. 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'au-

torisation et le fonctionnement des courses de chevaux. — V. *supra*, v° *Courses de chevaux*, n. 34 et 35.

573. — 2° Que les sociétés constituées avec le concours et l'autorisation de l'autorité publique dans un intérêt collectif et territorial touchant l'intérêt public, tel que celui de l'arrosage et de la fertilisation de localités plus ou moins étendues, ne sauraient être assimilées à des sociétés purement civiles, mais ont une individualité véritable, en sorte qu'elles peuvent agir judiciairement, tout comme on peut agir contre elles, en la personne des administrateurs, agents ou syndics investis par leurs statuts du droit de les représenter. — Cass., 30 août 1859, Bineau, [S. 60.1.359, P. 60.40, D. 59.1.365]

574. — 3° Qu'une association d'arrosants, bien que non constituée en syndicat par l'autorité publique, n'en a pas moins une existence légale, lorsqu'elle existe de temps immémorial, qu'elle a fait des travaux d'intérêt général et a toujours été représentée par des syndics ; en conséquence, ceux-ci ont qualité pour la représenter en justice et même pour interjeter appel en son nom. — Cass., 6 juill. 1864, Lieutaud, [S. 64.1.327, P. 64.1038, D. 64.1.424]

575. — Mais la jurisprudence, préludant à la distinction consacrée par la loi de 1901, établissait une distinction essentielle entre les associations d'intérêt général, auxquelles elle ne reconnaissait qu'une personnalité restreinte, et les établissements d'utilité publique *stricto sensu*, seuls investis de la personnalité complète. C'est en ce sens que la Cour suprême a pu décider que la véritable personnalité civile, comportant la capacité de recevoir par testament ou par donation (sous réserve des autorisations prescrites), était rigoureusement réservée aux établissements légalement reconnus par l'Etat. — Cass., 2 janv. 1894, précité.

576. — Au surplus, on ne saurait assimiler à une association, même pourvue d'une personnalité restreinte, un groupement quelconque de personnes, réunies dans un but d'intérêt collectif. Ainsi, et spécialement, on ne saurait reconnaître la personnalité civile à la commission d'organisation d'une section française à une exposition internationale étrangère, encore bien que cette commission ait été constituée dans un but d'intérêt général et qu'elle ait obtenu le concours et l'appui de l'autorité publique, si les négociants qui l'ont formée ont agi dans la plénitude de leur indépendance individuelle, sans avoir à soumettre aucune de leurs résolutions à l'approbation ministérielle. — Paris, 12 nov. 1889, Hertz, [S. 90.2.243, P. 90.1.1347, D. 89.2.71]

577. — En conséquence, le président de cette commission n'est pas recevable à agir en justice au nom de la commission, pour poursuivre l'exécution des engagements qui ont été contractés vis-à-vis d'elle. — Même arrêt.

CHAPITRE V.

DROIT FISCAL.

SECTION I.

Formation du contrat de société.

§ 1. *Législation.*

578. — Dans notre ancien droit, le contrat de société était assimilé aux actes translatifs de propriété et assujetti au droit de mutation (tarif du 29 sept. 1722). — Championnière et Rigaud, t. 5, p. 40 et 49.

579. — La loi du 5 déc. 1790 vint soustraire les sociétés au tarif des mutations à titre onéreux et les frapper d'un droit proportionnel de 0,50 p. 0/0, lorsqu'elles étaient « composées de sommes déterminées et d'objet mobiliers susceptibles d'évaluation ». Les sociétés composées d'immeubles n'étaient pas tarifées.

580. — La loi du 22 frim. an VII, art. 68, § 3, n. 4, soumet au droit fixe de 3 fr., les « actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés et autres personnes ».

581. — Le droit de 3 fr. a été élevé à 5 fr. par l'art. 45, n. 2, L. 28 avr. 1816, et remplacé, aux termes de l'art. 1er, L. 28 févr. 1872, par un droit gradué sur le montant des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif.

582. — Enfin ce droit a été lui-même *transformé* en un droit proportionnel de 0,20 p. 0/0 par l'art. 19, L. 28 avr. 1893. Il est à remarquer que ce droit proportionnel spécial est simplement *substitué* au *droit fixe*, et que l'exigibilité et la liquidation de l'impôt n'ont nullement été modifiées par la loi de 1893. — V. Cass., 22 août 1876, Braine, [S. 77.1.85, P. 77.173, D. 76.1.470]

583. — Le droit de 0,20 p. 0/0 est un droit d'acte et non un droit de mutation. En effet, alors qu'en droit civil l'apport en société est translatif de propriété, en droit fiscal l'apport semble avoir été considéré par le législateur de l'an III comme simplement déclaratif (V. travaux préparatoires de la loi du 22 frim. an VII; Rapp. de M. Duchâtel au Conseil des Cinq Cents, § 5). L'administration de l'enregistrement n'a pas admis cette explication de l'exemption du droit de mutation, et elle soutient que cette exemption est fondée sur ce que la propriété des apports *acquise* par la société est *provisoire*, en ce sens que lors du partage qui aura lieu après la dissolution, et par suite de l'effet déclaratif de ce partage, la transmission opérée au profit de la société sera effacée (V. Inst. 360). Ce raisonnement lui a été inspiré par une théorie de Pothier qui dit à ce sujet (*Soc.*, ch. 9, n. 179) : « Le contrat de société que j'ai fait avec vous, par lequel je les (*les biens apportés*) ai mis en communauté, ne vous y a donné qu'un droit *conditionnel*, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, ils tomberaient dans votre lot... Si ce sont les héritages que vous avez mis en communauté qui échéent dans mon lot, ils sont censés avoir composé une part dans la communauté *dès le temps* du contrat de société dans lequel vous les avez mis. Je suis censé les avoir acquis de vous *dès ce temps* par le contrat de société, dès l'instant de ce contrat et non pas seulement par le partage ». — Dans le même sens, Troplong, *Soc.*, t. 2, n. 1063; Pont, *Soc.*, t. 1, n. 795.

584. — Cette théorie est erronée. Ainsi que l'enseigne Naquet (t. 1, n. 374) « il n'est pas exact que l'aliénation soit affectée d'une condition, car la société acquiert des pouvoirs absolus sur les biens transmis, pouvoirs qui excluent toute idée de restriction, et si les biens peuvent faire retour à leurs anciens propriétaires, ce n'est pas en vertu d'un droit qu'ils auraient conservé, c'est en vertu d'un fait nouveau, n'ayant aucun effet rétroactif ». Nous verrons d'ailleurs que la théorie de la Régie soulève de très-sérieuses difficultés au point de vue de la perception du droit de partage lors de la dissolution de la société. — V. *infrà*, n. 1139 et s.

585. — Il est beaucoup plus juridique de soutenir que, en droit fiscal comme en droit civil, l'apport en société est *translatif*, mais que cette mutation a été spécialement exemptée de l'impôt pour des motifs particuliers, dont le principal est le désir de favoriser le développement du commerce et de l'industrie « qui créent des richesses nouvelles contribuant à l'augmentation de la valeur imposable ». — V. requête présentée par la Régie avant l'arrêt de Cass., 28 déc. 1870, Deblon frères, [S. 71.1.36, P. 71.57, D. 71.1.89] — V. aussi rapport de M. Mathieu Bodet avant la loi du 28 févr. 1872 (*J. off.*, 22 févr. 1871). — En ce sens, Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 120. — V. aussi *Dict. enreg.*, *eod. v°*, n. 210, 334 et s.; Garnier, *Rép. gén.*, *eod. v°*, n. 174 et s.

§ 2. *Conditions d'exigibilité du droit de 0,20 p. 0/0.*

586. — Le droit n'est perçu que lorsqu'un *écrit* présentant les caractères du contrat de société est présenté *volontairement* à la formalité, ou si l'enregistrement de cet acte est devenu obligatoire par sa production en justice ou son énonciation dans un acte public.

587. — Il importe peu que le contrat constate l'apport d'immeubles en société : l'enregistrement n'en devient pas de ce fait obligatoire dans un délai déterminé. Nous venons de voir, en effet, qu'en droit fiscal l'apport en société n'opère pas mutation, du moins en règle générale.

588. — Une société peut être constatée par un jugement, si ce jugement renferme les énonciations nécessaires. — Trib. Villefranche, 31 août 1876, [*J. Enreg.*, n. 20281 ; *Rép. pér.*, n. 4525]

589. — Pour donner ouverture au droit de 0,20 p. 0/0, l'acte doit contenir les éléments essentiels du contrat de société.

Ce sont notamment, d'après ce qui a été dit plus haut : un apport mis en commun et l'intention de réaliser un bénéfice à partager entre les associés (V. suprà, n. 4 et s.). Du moment où une convention réunit ces deux caractères, elle constitue un acte de société, et doit être soumise au droit, alors même que la société n'aurait encore fait aucune opération et n'aurait même pas émis ses titres. — Trib. Blois, 27 janv. 1874 (inédit).

590. — Les sociétés d'agrément, d'art, de bienfaisance, les cercles, dans lesquels n'existe aucun but de spéculation, ne rentrent donc pas dans la catégorie des sociétés soumises à l'impôt. — Aix, 20 mars 1873, Roubion, [S. 75.2.103, P. 75.456, D. 74.2.138] — Trib. Sens, 20 mai 1847, de Nervaux, [D. 47.3.112] — Cass. belge, 23 nov. 1867, [*J. Enreg. belge*, n. 10590]

591. — Si, par exception, des associations de cette nature avaient pour objectif la réalisation d'un bénéfice, le droit deviendrait exigible. Il a été jugé, en ce sens, que si plusieurs personnes se réunissent pour mettre et exploiter en commun le droit de chasse sur leurs terres et sur des terres louées, elles forment une véritable société, passible, le cas échéant, du droit de 0,20 p. 0/0. — Cass., 18 nov. 1865, Leroux, [S. 66.1.415, P. 66.1104, D. 66.1.455] — V. *suprà*, v° *Chasse*, n. 166 et s.

592. — L'acquisition en commun d'un immeuble dans le seul but de conserver les jours et la vue dont jouissent les maisons voisines appartenant aux acquéreurs, ne donne pas naissance à une société. — Cass., 22 nov. 1852, Dervieux, [S. 53.1.73, P. 53.1.238, D. 52.1.323]

593. — ... Pas plus que la réunion de riverains qui s'entendent pour l'entretien d'un chemin conduisant à leurs propriétés. — Championnière et Rigaud, t. 3, n. 2771.

594. — ... Ou la simple convention d'indivision qui n'a pour but que de suspendre le partage, sans viser aucune spéculation. — Délib. Enreg., 26 oct. 1827. — Demolombe, *Succ.*, t. 3, n. 508; Troplong, *Soc.*, t. 2, n. 968; Demante, t. 3, n. 139 *bis*. — *Contrà*, Duranton, t. 7, p. 79, et t. 17, n. 92. — V. Cass., 22 nov. 1852, précité.

595. — L'association de propriétaires syndiqués pour défendre leurs propriétés contre l'inondation, le phylloxéra, pour dessécher des marais, irriguer des prairies, etc., ne constitue pas une société. — Déc. min. Fin., 22 juin 1889, [*Rép. pér.*, n. 7302] — V. *suprà*, v° *Association syndicale*, n. 642 et s.

596. — Il n'en serait autrement que si les associés avaient pour but de revendre les terrains desséchés ou irrigués, car dans ce cas il y aurait véritablement spéculation. — V. Cass., 6 juill. 1864, Lieutaud, [S. 64.1.327, P. 64.1038]; — 29 août 1883, Soc. de la Basse-Oulette, [S. 84.1.444, P. 84.1.1084, D. 84.1.133] — V. *suprà*, v° *Association syndicale*, n. 648.

597. — De même, l'acte par lequel plusieurs personnes se syndiquent pour l'achat d'actions émises par une société est passible du droit de 0,20 p. 0/0. — Cass., 30 déc. 1884, Blanchard, [S. 86.1.321, P. 86.1.760, D. 85.1.201] — Trib. Seine, 14 avr. 1882, [*J. Enreg.*, n. 22000; *Rép. pér.*, n. 6001]

598. — Toutefois il a été décidé que si, dans un acte d'emprunt hypothécaire, une société crée, en représentation de cet emprunt, des obligations négociables, la disposition du même acte constatant la création d'un syndicat entre les porteurs de titres pour la défense de leurs droits n'est pas sujette à un droit spécial comme acte de formation de société. — Sol. rég., 1er juin 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2416]

599. — Ne sont pas davantage assujettis au droit de 0,20 p. 0/0 : les comices agricoles. — Cass., 25 juin 1866, Giffard, [S. 66.1.358, P. 66.982, D. 66.1.334]; — 30 janv. 1878, Biens et autres, [S. 78.1.265, P. 78.665, D. 80.1.300]

600. — ... La convention, contenue dans un contrat de mariage, et d'après laquelle les futurs époux doivent habiter chez les parents de l'un d'eux et mettre leurs travaux et revenus en commun, — à moins que la volonté de former une société entre les époux, d'une part, et leurs parents, de l'autre, soit nettement caractérisée. — Sol. rég., 17 juill. 1880, [*Rép. pér.*, n. 5522]

601. — ... Les sociétés d'assurances mutuelles qui ont pour but, non de réaliser un bénéfice, mais d'éviter un dommage. — Sol. rég., 3 avr. 1849, [*J. Not.*, n. 13688] — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 456 et s.

602. — Mais les assurances *à primes* sont de véritables sociétés, passibles du droit de 0,20 p. 0/0. — Cass., 8 avr. 1828, Dupin-Valène, [S. et P. chr.]; — 1er avr. 1830, Bourbon-Leblanc, [S. et P. chr.] — Rouen, 24 mai 1825, Lemasson et cons. [S. et P. chr.] — Paris, 23 juin 1825, Muraine, [S. et P. chr.] — V. *suprà*, v° *Assurances (en général)*, et v° *Assurances mutuelles*, n. 455.

603. — L'acte, qualifié de société civile, intervenu entre le concessionnaire du percement d'une rue et un tiers, et dans lequel ce dernier s'engage à apporter une somme représentant une certaine quantité de terrain à acquérir en bordure de la rue projetée et dont il sera propriétaire, tandis que le concessionnaire restera chargé de tous les risques de l'entreprise, ne rend pas exigible le droit de 0,20 p. 0/0. La convention n'est en effet qu'une promesse de vente. — Cass., 20 août 1867, Legrand, [S. 67.1.407, P. 67.1089, D. 67.1.337] — Trib. Seine, 24 nov. 1865, [*J. Enreg.*, n. 18203]

604. — Au contraire on a décidé qu'il y avait véritablement société et le droit de 0,20 p. 0/0 a été reconnu exigible dans les cas suivants : achat en commun d'un navire destiné à la navigation maritime, que ce navire soit armé par les acquéreurs ou par un tiers qui les représente. — Cass., 27 févr. 1877, Michel et fils, [S. 77.1.209, P. 77.523, D. 77.1.213]

605. — ... Constitution de sociétés de conserve ou de navigation formées en temps de guerre maritime pour résister à l'ennemi et opérer des captures. — Pardessus, t. 3, n. 636, et t. 4, n. 984; Troplong, t. 1, n. 15; Pont, t. 1, n. 72.

606. — ... Constitution d'association en participation, bien que cette association ne constitue pas, au regard des tiers, une personne morale distincte de celle des associés. Ce contrat est en effet reconnu par la loi civile, et du moment où il y a constatation d'apports, le droit est dû. — Cass., 13 mars 1895, Dreyfus, [S. et P. 95.1.465, D. 95.1.521] — Trib. Seine, 19 nov. 1892, Mêmes parties, sous cet arrêt, [*Ibid.*] — Sol. rég., 6 nov. 1880, [*Rép. pér.*, n. 3406] — V. Cass., 30 déc. 1884, précité.

607. — Si la participation est fondée sous la forme d'un syndicat, constitué par exemple par des obligataires pour la défense de leurs intérêts, le caractère de société n'est pas le plus souvent nettement caractérisé, et le droit de 0,20 p. 0/0 n'est pas dû. — V. *suprà*, n. 598.

608. — Les actes de constitution de sociétés étrangères, soumis volontairement à la formalité, ou assujettis à l'enregistrement obligatoire par suite de leur production en justice ou de l'usage qui en est fait par acte public, sont soumis au droit. — Trib. Seine, 27 déc. 1873, Carpentier, [D. 74.5.222] — V. Trib. Pontoise, 13 févr. 1879, [*J. Enreg.*, n. 20988]

609. — Cependant, en cas de production en justice, la Régie admet les parties à ne faire enregistrer qu'un extrait de l'acte, et les droits sont liquidés seulement sur les dispositions rappelées dans l'extrait. Le droit fixe serait même seul dû si l'extrait n'énonçait ni les apports, ni le capital social. — Trib. Seine, 14 mars 1879 et 13 févr. 1880, [*Rép. pér.*, n. 5741] — Sol. rég., 19 oct. 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 364]; — 28 mars 1893, *Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3571

610. — Lorsque l'acte de formation d'une société a été passé à l'étranger (ou dans un pays de protectorat) et n'a pas été soumis à la formalité de l'enregistrement en France, l'acte modificatif des statuts portant augmentation du capital social et translation du siège de la société en France, est passible, lors de son enregistrement en France, du droit de 0,20 p. 0/0 sur la totalité du capital social et non pas seulement sur le montant de l'augmentation. — Cass., 15 mars 1899, Soc. des Charbonnages du Tonkin, [S. et P. 99.1.369, D. 99.1.309] — Trib. Seine, 11 févr. 1898, sous cet arrêt.

611. — Les sociétés coopératives et sociétés à capital variable sont aussi sujettes au droit, lorsqu'elles sont régulièrement constituées, et notamment, lorsque les versements prescrits par la loi sont effectués. Si les membres se bornent à faire des épargnes et à les réunir jusqu'au jour où ils ont la somme nécessaire pour constituer une société, il n'y a là qu'une société d'épargne non opposable aux tiers, et exempte en conséquence du droit de 0,20 p. 0/0. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit comm.*, n. 511; Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 109.

612. — Le consentement est aussi un des éléments essentiels du contrat de société. Le défaut de consentement d'une seule des parties suffit donc pour faire obstacle à la perception du droit proportionnel. Pour le même motif le droit fixe serait seul dû sur l'acte contenant les statuts d'une société dressés par un associé en nom collectif, avec invitation aux commanditaires à prendre part à l'entreprise.

613. — L'acte d'adhésion qui intervient après la constitution

définitive de la société constitue une cession de part sociale, ou donne naissance à une nouvelle société.

614. — Mais l'acte d'adhésion peut avoir lieu avant la constitution définitive de la société, qui se forme seulement lorsque le nombre des adhérents est suffisamment élevé. Chacun des actes n'est alors assujetti qu'au droit fixe de 3 fr., quel que soit le nombre des parties comparantes, et le droit proportionnel est perçu sur l'acte de société. — Championnière et Rigaud, t. 2, n. 2784. — Sol. rég., 30 janv. 1878, [*J. Enreg.*, n. 20673] — V. Sol. rég., 3 avr. 1849, [*J. not.*, n. 13688]; — 27 mai 1874, [*J. Enreg.*, n. 19447]

615. — Un associé peut céder à un tiers (*croupier*) une partie de sa part sociale. S'il s'agit d'une part dans une société *par actions*, la cession de parts ne donne ouverture à aucun droit, attendu qu'elle est soumise obligatoirement soit au droit de transfert (titre nominatif), soit au droit d'abonnement (titre au porteur), alors même qu'elle ne serait constatée par aucun acte. S'il s'agit d'une part dans une commandite simple ou dans une société en nom collectif, l'acte qui constate la sous-société peut ne pas rappeler la cession de part qui l'a nécessairement précédée : le droit de 0,20 p. 0/0 est alors seul dû. — Trib. Lille, 17 juill. 1874, [*J. Enreg.*, n. 19570] — Lorsque, au contraire, le même acte constate à la fois la cession de part et la sous-société, deux droits sont exigibles : celui de mutation sur la part cédée, et celui de 0,20 p. 0/0 sur le montant des apports dans la sous-société. — Cass., 6 déc. 1865 (deux arrêts), Poupinal et Delloye-Lelievre, [S. 66.1.172, P. 66.428, D. 66.1.25] — Trib. Seine, 30 nov. 1861, [*J. Enreg.*, n. 17428]; — 21 juill. 1866, [*J. Enreg.*, n. 18239; *Rép. pér.*, n. 3280]; — 16 mars 1867, [*Rép. pér.*, n. 2458] — Trib. Lille, 17 juill. 1874, précité.

616. — Si la cession faite au croupier est consentie sans équivalent, à titre gratuit, ce n'est plus le droit de mutation, mais celui de donation qui est exigible. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 112-6°.

617. — La convention par laquelle un commanditaire, qui n'a aucun droit dans l'administration, cède à un tiers une portion de sa commandite, constitue une cession de part et non une sous-société, alors même que l'acte serait présenté sous la forme d'une association en participation : le droit de mutation est dû. — Cass., 23 mai 1853, Oppenheim, [S. 53.1.537, P. 53.2.75, D. 53.1.337]

618. — Les tontines ne constituent pas de véritables sociétés (V. *suprà*, n. 82), elles ne sont donc pas assujetties au droit de 0,20 p. 0/0. — Championnière et Rigaud, t. 2, n. 2778.

619. — La perception du droit proportionnel ne s'effectue que sur les actes de société purs et simples. Les sociétés dont la formation est soumise à une condition suspensive ne sont assujetties à l'impôt que lors de la réalisation de la condition. Il en est ainsi pour les assurances mutuelles (à primes) qui sont soumises à l'autorisation du Gouvernement. De même, l'accomplissement des diverses formalités prévues par la loi du 24 juill. 1867 étant nécessaire pour que la société soit définitivement constituée, le droit proportionnel n'est perçu que sur la délibération de l'assemblée des actionnaires constatant la constitution définitive de la société; les autres actes ne sont passibles que du droit fixe. — Trib. Murat, 11 août 1888, [*Rép. pér.*, n. 27227]

620. — Jugé, en ce sens, que l'acte notarié antérieur à la délibération de l'assemblée générale, et qui constate l'accomplissement des formalités préalables à la constitution définitive, n'est assujetti qu'au droit fixe. — Sol rég., 29 nov. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 2194; *Rev. prat.*, n. 4578]

621. — Il a été jugé cependant avec raison, *sous l'empire du Code de commerce*, que lorsqu'une personne dresse les statuts d'une société en stipulant que les commanditaires qui prendraient des actions aux conditions déterminées en feraient partie, l'acte cesse d'être un simple projet dès la souscription des actions, et le droit d'enregistrement applicable aux contrats de société devient exigible aussitôt cette souscription terminée. — Cass., 8 juill. 1846, Houel, [S. 46.1.688, P. 46.2.381, D. 46.1.268]

622. — Le droit, une fois perçu, n'est pas restituable, alors même que la société serait affectée d'un vice de forme et que la nullité en serait prononcée en justice. — Cass., 14 déc. 1881, Beert, [S. 83.1.33, P. 83.1.51, D. 82.1.289]

623. — Il en serait ainsi *a fortiori* si la société se trouvait dissoute, même avant d'avoir fonctionné, par exemple par suite du décès de l'un des associés. — Déc. min. Fin., 29 déc. 1885.

§ 3. *Liquidation du droit de 0,20 p. 0/0.*

624. — Le droit de 0,20 p. 0/0 est liquidé sur le montant des apports mobiliers ou immobiliers de toute nature : numéraire, créances, brevets d'invention, meubles corporels, immeubles, industrie d'un ou de plusieurs associés. — Cass., 20 nov. 1861, Amoudru, [S. 62.1.94, P. 62.357, D. 62.1.132]; — 8 nov. 1864, Ve Clavier et Cie, [S. 65.1.47, P. 65.76, D. 64.1.476]; — 18 janv. 1871, Duval, [S. 71.1.84, P. 71.217, D. 71.1.18]; — Même date, Palotte, Acloque et Rolland, [S. 71.1.84, P. 71.1.219, D. 71.1.20] — Trib. Châteauroux, 10 févr. 1837, [*J. Not.*, n. 9639] — Délib. enreg., 13 avr. 1838, Dubois, [S. 39.2.399]

625. — Il importe peu également que les biens apportés soient situés en France ou à l'étranger. — V. Trib. Seine, 27 déc. 1873, [*J. Enreg.*, n. 19370]; — 25 avr. 1874, [*J. Enreg.*, n. 19446; *Rép. pér.*, n. 3849]

626. — ... Ou qu'ils n'appartiennent pas aux apporteurs. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *cit.*, n. 121 *ter*.

627. — Mais l'apport doit être réel; s'il n'émane pas de l'associé qui prétend l'avoir fait, il n'y a pas mise en société, mais libéralité et le droit de donation est exigible. Il a été jugé en ce sens que si un père fait *seul* un apport en nature et si cependant deux parts d'intérêts sont attribuées aux enfants en représentation d'un apport d'industrie fictif, le droit de mutation à titre gratuit est dû. — Trib. Lille, 13 déc. 1888, [*J. Enreg.*, n. 23267; *Rev. Enreg.*, n. 459]

628. — Jugé cependant que lorsque dans une société formée entre deux personnes, tous les apports en nature, composés notamment d'un établissement industriel, sont fournis par l'une d'elles et que, plusieurs années après cet apport, il intervient entre les associés un acte modificatif des statuts aux termes duquel le fonds social, tel qu'il existe à cette époque, appartiendra jusqu'à concurrence de 85 p. 0/0 à l'associé apporteur de l'établissement, et à l'autre associé pour le surplus, il ne résulte pas nécessairement de là que les 15 p. 0/0 du fonds social attribué à l'associé qui n'avait apporté originairement que son industrie lui proviennent d'une libéralité ou même d'une cession consentie en sa faveur par son coassocié. Dès lors, en effet, que l'apporteur d'industrie était fondé dans les bénéfices sociaux et que ces bénéfices devaient, aux termes des statuts, accroître le fonds social, cet apporteur a pu très-légitimement devenir propriétaire d'une portion du fonds représentant sa part dans les bénéfices. — Trib. Toulon, 15 déc. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1950]

629. — Le droit de 0.20 p. 0/0 est également dû sur une promesse d'apport. La promesse d'un apport en numéraire ne peut être considérée comme une obligation de sommes (passible du droit de 1 p. 0/0) sous prétexte que l'associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter, et que les sommes promises et non versées sont, de plein droit, productives d'intérêts à compter du jour où elles devraient être versées (C. civ., art. 1845 et 1846). L'acte qui constate ultérieurement la réalisation de la promesse d'apport n'est soumis qu'au droit fixe de 3 fr. — Trib. Sedan, 10 juill. 1867, [*Rép. pér.*, n. 2867] — *Sic*, Championnière et Rigaud, t. 2, n. 2747.

630. — Nous avons déjà vu que, si, au lieu d'être promis *à terme*, l'apport était soumis à une condition suspensive, le droit ne serait pas dû. — V. *suprà*, n. 619.

631. — L'apport, fait à une société, de trois terrains, aux lieu et place du terrain primitivement apporté, ne constitue qu'une substitution d'apports assujettie au droit fixe de 3 fr., et non au droit d'échange. — Sol. rég., 24 juin 1880, [citée au *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 123]

632. — De même lorsque la veuve commune en biens succède à son mari comme associée, la substitution par elle d'un apport immobilier à l'apport mobilier originairement effectué par le mari ne donne ouverture qu'au droit de 3 fr. — Sol. rég., 20 avr. 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1470] — Ces décisions sont basées sur ce principe de droit fiscal que l'apport en société n'opère pas mutation : nous aurons à le discuter plus loin. — V. aussi *suprà* n. 583 et 584.

633. — Le droit de 0,20 p. 0/0 est perçu sur le montant total des apports. Mais on ne doit cependant pas assujettir à l'impôt les apports ou versements en représentation desquels il est créé des obligations productives d'intérêts et remboursables : les obligataires ne sont pas en effet des associés, mais des créanciers de la société, et les obligations constituent un passif et non un actif.

634. — Les meubles et les immeubles doivent être évalués d'après leur valeur vénale en capital. L'usufruit et la nue propriété sont évalués d'après une déclaration estimative des parties. — Maguéro, *Tr. alph.*, *Supplément*, v° *Usufruit*, n. 20.

635. — Les créances sont passibles de l'impôt d'après leur capital nominal et non d'après leur valeur réelle. — Trib. Seine, 29 mars 1878, Crédit mobilier, [S. 78.2.217, P. 78.863, D. 79.3.32] — Il en est de même des créances douteuses, sauf pour les créances dépendant d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire, qui doivent être évaluées par les parties. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 128-3°.

636. — Lorsque les apports ne sont pas évalués dans l'acte, il doit y être suppléé par une déclaration estimative au pied de l'acte, certifiée et signée des parties (L. 22 frim. an VII, art. 16). — Trib. Pau, 14 nov. 1879, [*Rép. pér.*, n. 5546] — V. aussi Trib. Seine, 28 août 1875, [*Rép. pér.*, n. 4279]; — 8 janv. 1878, [*Rép. pér.*, n. 5546]; — 21 janv. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 1985; *Rép. pér.*, n. 9571]

637. — L'acte ne doit pas être enregistré sans cette évaluation, et s'il l'a été, la valeur des apports non évalués peut être fixée par la Régie à une somme arbitrée d'office, et qui sert de base à la réclamation des droits jusqu'à ce que les parties aient fourni leur déclaration. — Cass., 2 juill. 1879, Comolet, [S. 80.1.39, P. 80.62, D. 79.1.451]

638. — Dans les sociétés par actions le droit est perçu sur le montant du *capital* social, que les actions soient ou non entièrement libérées. — Trib. Seine, 14 déc. 1877, [*Rép. pér.*, n. 5077] — Mais il n'est perçu que sur la valeur des actions émises et souscrites.

639. — Si l'apport est susceptible d'être augmenté, soit au moyen des bénéfices qui seront laissés dans la caisse sociale, soit par l'émission de nouvelles actions, l'impôt n'est perçu que sur le capital actuellement souscrit. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 130-II et III.

640. — Lorsqu'il est attribué, en représentation d'un apport, des actions de capital entièrement libérées et, en outre, une quote-part des bénéfices sociaux disponibles après le prélèvement du dividende aux actions de capital, la portion de l'apport représentée par cette quote-part de bénéfices doit être évaluée indépendamment de la portion représentée par les actions de capital. — *Rev. Enreg.*, n. 2116.

641. — L'apport d'industrie est assujetti, comme l'apport en nature, au droit de 0,20 p. 0/0. — Cass., 6 juin 1877, Sapin et Decisy, [S. 77.1.321, P. 77.866, D. 77.1.365] — Trib. Boulogne, 25 févr. 1875, [*J. Enreg.*, n. 19826; *J. not.*, n. 21340; *Rép. pér.*, n. 4069] — Trib. Reims, 12 mai 1875, [*J. Enreg.*, n. 19826; *J. not.*, n. 21340; *Rép. pér.*, n. 4115] — Trib. Montpellier, 23 mai 1877, Comolet, sous Cass., 2 juill. 1879, précité. — Trib. Lille, 14 mars 1879, [*Rép. pér.*, n. 5189] — Sol. rég., 20 mai 1872, [*J. Enreg.*, n. 19279]; — 12 avr. 1873, [*J. Enreg.*, n. 19225]; — 8 juill. 1873, [*J. Enreg.*, n. 19334]; — 23 mai 1883; — 12 juillet 1886. — V. *J. Enreg.*, n. 19334 et 19746. — V. aussi Cass., 2 juill. 1879, précité. — *Contrà*, Trib. Saint-Etienne, 9 déc. 1874, [*J. Enreg.*, n. 19826; *J. not.*, n. 21340; *Rép. pér.*, n. 4019] — Trib. Lille, 10 avr. 1875, Sapin et Decisy, sous Cass., 6 juin 1877, précité, dont la doctrine est aujourd'hui complètement abandonnée.

642. — Le droit de 0,20 p. 0/0 n'est d'ailleurs exigible que lorsque l'apport d'industrie est nettement caractérisé. Il a été décidé, notamment, que si des associés mettent en commun un fonds de commerce et s'engagent en outre à donner tous leurs soins à la société, le droit n'est dû que sur la valeur du fonds apporté. De même si des associés en nom, mandataires légaux de la société, reçoivent un traitement en plus de leur part de bénéfices, on a reconnu que l'obligation imposée aux gérants était une disposition dépendante du contrat de société, et affranchie à ce titre d'un droit particulier. — Sol. rég., 2 juin 1886, [*Traité alph.*, v° *Société*, n. 131]

643. — L'apport d'industrie est fixé au moyen d'une déclaration des parties, soumise au contrôle de l'Administration (L. 22 frim. an VII, art. 16). Il avait d'abord été décidé que cette évaluation devait être faite d'après la division des bénéfices (C. civ., art. 1853). — V. Trib. Lille, 14 mars 1879, précité. — Sol. rég., 8 juill. 1873, précité. — V. aussi *J. Enreg.*, n. 20414.

644. — Mais la Régie a reconnu, depuis, que l'art. 1853 règle les rapports des associés entre eux dans le cas où les parts dans les bénéfices n'ont pas été déterminées dans l'acte de société, mais ne peut servir de base pour la perception de l'impôt. Il peut seulement servir de présomption pour apprécier l'exactitude de la déclaration faite par les parties. — Trib. Boulogne, 25 févr. 1875, précité.

645. — Décidé, en ce sens, que la clause qui règle la répartition des bénéfices constitue, en thèse générale, une indication à l'aide de laquelle la valeur de l'apport d'industrie peut être déterminée d'une manière assez précise pour exclure l'évaluation des parties. Ainsi lorsque les bénéfices doivent être répartis également entre l'auteur de cet apport et son coassocié, il y a présomption que les deux apports sont d'égale valeur. Mais cette présomption doit être corroborée par d'autres indices opposables aux parties. Dans le cas contraire, et surtout lorsque d'autres clauses, et notamment celle qui exclurait l'auteur de l'apport d'industrie de la copropriété du fonds social, peuvent être opposées à cette présomption de l'égalité des mises, la règle de l'art. 16, L. 22 frim. an VII, reprend son empire, et la valeur de l'apport d'industrie pour la perception du droit proportionnel doit être déterminée par l'estimation des parties. — Sol. rég., 27 juill. 1896, [*J. Enreg.*, n. 25152; *Rép. pér.*, n. 8910] — V. aussi Sol. rég., 26 mai 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 748]

646. — La déclaration de la valeur des apports est obligatoire, alors même que l'acte de société ne ferait pas mention de ces apports. — Cass., 2 juill. 1879, précité. — Trib. Montpellier, 23 mai 1877, précité.

647. — Le droit de 0,20 p. 0/0 est perçu sur le montant des apports, *déduction faite du passif* (L. 28 févr. 1872, art. 1, n. 1).

648. — Il ne faut d'ailleurs tenir compte, pour cette déduction, que du passif grevant réellement les apports et *mis à la charge de la société*. Si donc un apport d'une valeur de 100,000 fr. est grevé d'un passif de 40,000 fr. que la société doit payer, le droit de 0 fr. 20 p. 0/0 ne sera dû que sur 60,000 fr. Nous verrons plus loin que pour le surplus l'apport est fait à titre onéreux, et rend exigible le droit de mutation. — V. *infrà*, n. 674 et s.

649. — Si au contraire c'est l'associé apporteur qui paie le passif grevant son apport, celui-ci est pur et simple pour la totalité, et est passible du droit sur sa valeur entière. — Trib. Seine, 7 mars 1884, Garnier fils et Bouzan, [D. 85.3.71] — Sol. rég., 8 sept. 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 331]

650. — Lorsque les termes du contrat ne permettent pas de reconnaître si le passif est mis à la charge de la société ou reste à celle de l'apporteur, la Régie considère que la société en est chargée, et perçoit le droit de mutation (V. cependant, *infrà*, n. 669). Mais s'il était jugé plus tard que cette interprétation est erronée et que l'apporteur doit supporter le passif, le droit de mutation serait restitué, et un supplément de droit à 0,20 p. 0/0 serait dû sur la portion de l'apport ayant échappé. — Trib. Lille, 30 juill. 1885 (inédit). — V. aussi Cass., 24 mai 1875, Soc. de l'Immeuble du Château-d'Eau, [S. 75.1.473, P. 75.1192, D. 75.1.439]; — 31 juill. 1876, Sinan et David, [S. 77.1.86, P. 77.175, D. 77.1.36]

651. — Ne doivent pas être considérés comme un passif, les intérêts des dettes dont l'associé reste tenu, lorsqu'une clause spéciale met ces intérêts à la charge de la société, qui doit les acquitter avant tout partage de bénéfices. Une pareille combinaison n'est en effet qu'un mode de règlement des bénéfices, et l'associé supporte en définitive le passif, du moins en partie. — Sol. rég., 10 mars 1894, inédite.

652. — Le seul passif à déduire est d'ailleurs celui qui grève les apports au moment de la constitution de la société, et non celui qui peut se produire ultérieurement. Par suite, si le contrat, dans les conditions où il est porté à la connaissance de la Régie, ne révèle aucune charge afférente aux apports, il n'y a pas lieu de réserver aux parties la faculté de faire la déclaration estimative des charges dont l'acte ne manifeste pas l'existence, et le droit de 0,20 p. 0/0 doit être perçu sur l'apport net qui y est exprimé. — Cass., 13 mars 1895, Dreyfus, [S. et P. 95.1.465, D. 95.1.521] — Trib. Seine, 19 nov. 1892, Mêmes parties, sous cet arrêt, [*Ibid.*]

653. — Le passif déductible doit être certain et déterminé; on ne saurait donc considérer comme un passif l'éventualité du non-recouvrement d'une créance mise en société, et diminuer d'autant le capital nominal de cette créance : c'est ce capital *nominal* qui doit servir de base à la liquidation du droit de 0,20 p. 0/0. — Trib. Seine, 29 mars 1878, Crédit mobilier, [S. 78.2.217, P. 78.863, D. 79.3.32]

654. — Les sommes versées en compte courant par les associés dans la caisse sociale ne peuvent pas davantage constituer un passif diminuant les apports. S'ils sont remboursables par la société et productifs d'intérêts, ce sont de véritables prêts, passibles du droit d'obligation. S'ils présentent le caractère d'une simple créance sur la société, parce qu'ils sont soumis aux chances de l'entreprise, ce sont des apports supplémentaires, assujettis au droit de 0,20 p. 0/0. — Maguéro, *Traité alph., verb. cit.*, n. 134 4°.

655. — Décidé également que l'emprunt contracté par une société au moment de sa constitution ne grève pas les apports des associés et ne peut être déduit de la valeur de ces apports pour la liquidation du droit de 0,20 p. 0/0. — Sol. rég., 10 avr. 1876, [citée *Tr. alph.*, n. 134-6]

656. — Le droit doit dans tous les cas être perçu sur le total du *capital* social, résultant des actions émises. Le capital social, qu'il ne faut pas confondre avec l'actif social, représente en effet des mises *nettes*. Il a été jugé, en ce sens, que si les fondateurs d'une société anonyme au capital de 4,000 000 fr., divisé en 8,000 actions de 500 fr. entièrement libérées, apportent des usines non évaluées, grevées d'un passif de 1,430,000 fr. mis à la charge de la société et reçoivent les 8,000 actions composant le capital social, le droit de 0,20 p. 0/0 est dû sur la totalité de ce capital, soit 4,000,000 fr., qui représente la valeur nette des apports; ceux-ci auraient donc une valeur de 5,430,000 fr., et le droit de mutation serait dû sur 1,430,000 fr. montant du passif payé par la société. — Trib. Seine, 24 avr. 1875, [*J. Enreg.*, n. 19850]

657. — Jugé, dans le même sens, que l'apport fait à une société au capital de 200,000 fr. par une personne qui reçoit un certain nombre d'actions, et en outre, une somme de 50,000 fr., est assujetti au droit de 0 fr. 20 p. 0/0 sur 200,000 fr., sans déduction de la somme de 50,000 fr. payée à l'apporteur et sur laquelle doit être perçu le droit de vente. — Trib. Seine, 24 déc. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20688]

658. — Jugé, encore, que lorsque dans le contrat ayant pour objet la formation d'une société entre deux associés, l'un des associés apporte un fonds de commerce ainsi que le matériel et les marchandises en dépendant, à charge par l'autre associé de lui rembourser, pour sa mise sociale, la moitié de cet apport, la stipulation constitue une vente par l'apporteur à son coassocié jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur de l'apport. Le droit de vente est dû sur cette moitié, et le droit gradué (aujourd'hui 0,20 p. 0/0) est dû sur l'intégralité de l'apport fait à la société. — Trib. Seine, 1er avr. 1892, [*Rép. pér.*, n. 7824]

659. — Quand le passif n'est pas évalué dans l'acte, les parties doivent en fournir une évaluation, conformément à l'art. 16, L. 22 frim. an VII. Mais sont-elles obligées de produire des justifications au receveur, à l'appui de leur déclaration? L'affirmative est soutenue par le *Dictionnaire de l'enregistrement* (v° *Sociétés*, n. 512), qui prétend que, sans cela, le recouvrement de l'impôt serait à la discrétion des redevables. La négative est admise par le *Traité alph.* (v° *Société*, n. 134-7°) qui enseigne qu'aucun texte de loi n'oblige les parties à produire ces justifications et que d'ailleurs la Régie trouve dans son droit de communication les moyens de contrôler l'évaluation fournie. Il semble cependant que le doute n'est pas permis : du moment que le droit de 0,20 p. 0/0 porte sur la totalité des apports purs et simples, toute déduction doit être refusée tant qu'il n'est pas établi que telle partie des apports est effectuée *à titre onéreux*; c'est aux parties qu'il appartient de prouver ce caractère de l'apport, et si cette preuve est administrée, la déduction est opérée pour la liquidation du droit à 0,20 p. 0/0, mais le droit de mutation à titre onéreux devient exigible.

660. — Il n'appartient pas d'ailleurs à la Régie de provoquer une évaluation, si l'acte ne signale l'existence d'aucun passif. — Trib. Annecy, 30 déc. 1886, [*Rép. pér.*, n. 6866]

661. — L'art. 21, L. 28 avr. 1893, porte : « Si, dans le délai de deux années à partir de l'enregistrement, la dissimulation des sommes ou valeurs ayant servi de base à la perception du droit proportionnel est établie par des actes ou écrits émanés des parties, ou par des jugements, il sera perçu, indépendamment des droits supplémentaires, un droit en sus, lequel ne pourra être inférieur à 50 fr. ». Les règles générales relatives aux dissimulations et aux insuffisances ont été étudiées *suprà*, v° *Enregistrement*, n. 1342 et s. Nous nous bornerons à signaler ici quelques applications spéciales en matière de sociétés.

662. — Nous avons vu que lorsque les apports ne sont pas mentionnés dans l'acte de société, le receveur doit exiger des parties une déclaration estimative. S'il ne le fait pas, la perception est irrégulière, et au cas où l'évaluation serait ultérieurement fournie (avant l'échéance de la prescription biennale), un supplément de droit simple serait seul exigible, sans pénalité. — Cass., 2 juill. 1879, Comolet frères, [S. 80.1.39, P. 80.62, D. 79.1.451]

663. — Jugé qu'il y a dissimulation passible d'un droit en sus lorsque l'actif d'une société dissoute apporté à une nouvelle société est évalué à une somme inférieure à celle résultant du dernier bilan. Il importerait peu que les commissaires chargés de vérifier les apports déclarent adhérer à l'évaluation contenue dans l'acte de société; cette estimation ne peut être opposée à la Régie comme constatant à son égard la valeur réelle de l'apport, et paralyser l'exercice du droit que lui reconnaît la loi d'établir la dissimulation, par des actes émanés des parties. Il est d'ailleurs à noter que les bilan et rapport sur lesquels se basait la Régie dans l'espèce, émanaient des parties, les membres de la nouvelle société étant actionnaires de la société dissoute et ayant connu et approuvé ces bilan et rapport. — Cass., 24 janv. 1876, Crédit Lyonnais, [S. 76.1.130, P. 76.297, D. 76.1.215]

664. — Jugé, dans le même sens, que lorsque deux personnes reconstituent entre elles une société récemment dissoute et reprennent la suite de ses affaires, la preuve d'une dissimulation dans le chiffre des apports indiqués au nouvel acte ressort suffisamment de la comparaison de l'actif net de la société dissoute avec le capital nominal de la société reconstituée. — Trib. Ruffec, 5 juin 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2951]

§ 4. *Clauses indépendantes du contrat de société.*

665. — Le droit proportionnel de 0,20 p. 0/0 perçu sur les apports couvre tous les éléments constitutifs du contrat de société, mais un droit spécial est dû, non seulement quand l'acte de société constate une convention étrangère aux clauses essentielles du contrat de société, mais encore quand les apports ne sont pas *purs et simples*. Si ces apports sont faits moyennant un équivalent autre que des droits sociaux, une mutation s'opère, qui n'est pas de l'essence de la société et qui doit supporter le droit qui lui est propre. L'exonération du droit proportionnel ordinaire de mutation relativement aux apports sociaux ne peut en effet être étendue aux conventions accidentelles qui se rencontrent dans les actes de société; pour ces conventions accidentelles, le droit commun s'applique. C'est ce qu'exprime la réserve de l'art. 68, § 3, n. 4, L. 22 frim. an VII, d'après lequel ne sont assujettis au droit fixe (actuellement 0,20 p. 0/0) que les actes de société « qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles *entre les associés ou autres personnes* ». Ces derniers mots atteignent par leur généralité les conventions accidentelles intervenues entre un associé et la société, ou entre celle-ci et un tiers. En résumé : exonération du contrat de société, et par suite des apports sociaux, d'une part, — et d'autre part assujettissement au droit proportionnel des obligations et transmissions. — Championnière et Rigaud, t. 3, n. 2741 et s.; Demante, n. 329; Naquet, t. 1, n. 389; *Tr. alph.*, *v° cit.*, n. 168.

666. — Les applications de ce principe sont nombreuses. Nous en citerons quelques exemples.

1° *Vente ou échange.*

667. — Le droit de vente est dû chaque fois que l'apport n'est pas fait purement et simplement, mais moyennant un équivalent à fournir par la société, et qui peut être soit un prix payé directement à l'associé, soit l'obligation imposée à la société de payer tout ou partie du passif grevant les apports. Si, au lieu de consister en une somme d'argent, l'équivalent fourni par la société consistait en un corps certain, le droit d'échange serait dû.

668. — Avant d'examiner les diverses espèces qui ont donné lieu à des décisions de la jurisprudence, il convient de faire remarquer que la qualification donnée par les parties à leurs conventions n'ont d'effet que lorsque les termes du contrat sont ambigus. — Cass., 11 mai 1859, de Lapeyrouse, [S. 60.1.672, P. 59.552, D. 59.1.215] — Dans tous les autres cas, la nature de l'acte se détermine d'après l'objet des conventions, et il appartient à la

Régie de restituer aux actes leur véritable caractère, lorsque les contractants l'ont dissimulé ou l'ont inexactement indiqué. — V. Cass., 20 août 1850, Baron, [S. 50.1.688, P. 50.2.297, D. 50.1.27[illegible]]; — 10 nov. 1858, Lhermitte, [S. 59.1.844, P. 59.101, D. 58.1.462]

669. — Toutefois, en matière de société, on doit présumer l'apport pur et simple plutôt que la vente, lorsqu'il y a doute.

670. — Jugé, en ce sens, que la clause d'un acte de société entre un père et son fils, par laquelle la mise sociale du fils est représentée par une somme dont ses père et mère le créditent à titre de prêt, sans intérêts, sous la condition que cette somme sera remboursée, soit lors de la dissolution de la société, soit lors du décès du premier mourant des père et mère, auquel cas le fils tiendra compte de cette somme à la succession dudit premier mourant, ne constitue ni une donation, ni une cession de cette somme, mais seulement un prêt; et dès lors elle n'est passible que du droit proportionnel de prêt et non du droit proportionnel de mutation. — Cass., 3 avr. 1854, Soyer-Vasseur, [S. 54.1.362, P. 54.1.580, D. 54.1.151]

671. — Jugé également qu'il y a apport pur et simple lorsqu'un associé met une chose en commun à la condition de recevoir un prélèvement sur les bénéfices. — Cass., 14 févr. 1866, Faivre, [D. 66.1.60]

672. — L'attribution d'actions en représentation des apports ne donne évidemment ouverture qu'au droit de 0,20 0/0, attendu que l'action est le titre constatant que le détenteur est propriétaire d'une quotité indivise de l'actif social, avec droit de jouir d'une part dans les bénéfices. L'action ne forme pas le prix du bien apporté; elle est la reconnaissance du droit de l'apporteur comme copropriétaire du fonds social. — Cass., 8 mars 1842, de Masin, [S. 42.1.201, P. 42.2.566]; — 18 août 1842, Giroud, [S. 42.1.806, P. 42.1.716]; — 30 janv. 1850, Chollet, [S. 50.1.291, P. 50.1.117, D. 50.1.60]; — 15 déc. 1868, Comp. immobilière, [S. 69.1.278, P. 69.670, D. 69.1.250] — Trib. Valenciennes, 27 juin 1839, [*J. Enreg.*, n. 12330] — Trib. Seine, 28 avr. 1841, [*J. Enreg.*, n. 12746] — Trib. Tours, 21 juill. 1843, [*J. Enreg.*, n. 13583] — Trib. Lyon, 23 mai 1849, [*J. Enreg.*, n. 14773-2°] — Trib. Seine, 29 nov. 1854, [*J. Enreg.*, n. 15962]; — 23 janv. 1869, [*Rép. pér.*, n. 2914]

673. — Il importe peu d'ailleurs que l'apport soit grevé d'un certain passif, pourvu que l'apporteur soit seul chargé de l'éteindre. Peu importe encore que l'associé libère des actions, qui lui ont été délivrées non entièrement libérées, au moyen de l'extinction d'avances par lui faites à la société. Il a été jugé qu'il en serait autrement si la libération était faite au moyen de fonds apportés par un autre que l'attributaire des actions et qui auraient été remis à celui-ci en représentation d'une partie de son apport : pour cette portion de l'apport, il y aurait vente par l'apporteur à la société, et le droit de mutation serait exigible. — Trib. Valenciennes, 2 juill. 1879, [cité au *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 171-1°] — V. Trib. Seine, 16 mars 1867, [*J. Enreg.*, n. 18629; *Rép. pér.*, n. 2821]

674. — Le droit de 0,20 p. 0/0 serait encore seul exigible, même si les actions attribuées à l'associé ne lui étaient pas délivrées, car ces actions n'en sont pas moins sa propriété. Il a été jugé, en ce sens, que si des actions représentatives d'apport restent à la souche avec le consentement de l'associé qui donne pouvoir au gérant de les vendre, et d'en employer le prix à acquitter le passif grevant l'apport, la convention ne constitue pas une cession d'actions. — Trib. Abbeville, 31 août 1858, [*J. Enreg.*, n. 16831; *Rép. pér.*, n. 1089]

675. — ... Ni une vente partielle de l'apport. — Trib. Seine, 23 juin 1866, [*Rép. pér.*, n. 2293]; — 10 avr. 1875, Soc. des huîtrières de Portugal, [D. 76.1.275] — V. Sol. rég., 22 mars 1894, [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3801]

676. — Mais si, au contraire, c'était la société elle-même qui payait le passif grevant l'apport et annulait ensuite les actions dont le prix devrait servir à désintéresser les créanciers, il y aurait mutation à titre onéreux de l'apport jusqu'à concurrence du passif éteint et le droit de vente serait dû. — Trib. Seine, 27 août 1859, [*J. Enreg.*, n. 17014]

677. — Jugé, en ce sens, que si un associé, ayant fait apport d'un immeuble grevé pour partie, décède avant d'avoir dégrevé cet immeuble, il s'opère par le fait seul des conventions qui ne stipulaient la remise des actions de la société qu'au fur et à mesure et en proportion de l'extinction des dettes, une véritable vente à la société de la portion de l'immeuble non dégrevée, et le droit de mutation doit être perçu au moment du décès de l'associé. — Cass., 8 nov. 1864, Ve Clavier et Cie, [S. 65.1.47, P. 65.76, D. 64.1.476]

678. — De même, la combinaison en vertu de laquelle un associé, en échange de son apport, est autorisé à émettre à son profit des actions qui sont souscrites et payées par des créanciers de l'associé au moyen d'une imputation sur la dette de celui-ci, constitue non pas une cession d'action aux créanciers, passible seulement du droit de 0,50 p. 0/0, mais une vente de l'apport, et donne lieu, comme telle, à la perception du droit proportionnel réglé selon la nature des biens apportés. — Cass., 21 avr. 1879, Darras, [S. 79.1.431, P. 79.1105, D. 79.1.451]

679. — Il en serait autrement si l'apport était en réalité pur et simple pour le tout, et si l'associé ayant reçu, en représentation de cet apport, un certain nombre d'actions, en cédait une partie à des tiers et en affectait le prix au paiement du passif; mais il faut, pour que cette solution soit exacte, que l'associé soit réellement devenu propriétaire des actions et qu'il les négocie à ses risques et périls. Jugé, en ce sens, que le droit de mutation n'est pas dû lorsqu'une société en liquidation, après avoir apporté tout son actif à une autre société, moyennant la remise d'actions libérées, cède ses actions à un tiers pour un prix égal à la valeur des immeubles, et que les circonstances ne permettent pas d'établir que le véritable caractère de l'apport a été dissimulé. — Trib. Seine, 21 mai 1886 Nouvelle Compagnie immobilière, [*J. Enreg.*, n. 22684; *Rép. pér.*, n. 6777]; — Même date, Soc. des nouveaux quartiers de Paris, [S.87.2.223, P. 87.1.1117]

680. — Si au contraire les actions sont aliénées directement par la société qui en remet le prix à l'apporteur, ou paie le passif grevant l'apport, il existe une véritable aliénation passible du droit de mutation. — Trib. Amiens, 9 déc. 1852, [*J. Enreg.*, n. 15628-2°] — Sol. rég., 25 oct. 1839, [*J. Enreg.*, n. 12408-3°]

681. — C'est ce qui se produit lorsque les actions attribuées à l'auteur d'un apport déclaré pur et simple sont *immédiatement* vendues, et le prix payé à l'apporteur ou à ses créanciers. — Trib. Lille, 10 avr. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20105; *Rép. pér.*, n. 4482] — Trib. Valenciennes, 26 avr. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20438; *Rép. pér.*, n. 4876] — Trib. Lille, 7 févr. 1879, [*J. Enreg.*, n. 22042; *Rép. pér.*, n. 5836]

682. — Jugé également que lorsqu'une société dissoute apporte à une autre société les valeurs composant son fonds social et reçoit en échange un certain nombre d'actions libérées de la nouvelle société, qui sont ensuite remises par la nouvelle société à un syndicat spécialement constitué en vue d'assurer le remboursement du passif de l'ancienne société, cet apport est translatif et donne ouverture au droit de mutation. La simultanéité de l'attribution des actions et de leur cession démontre en effet la fraude. — Cass., 5 févr. 1894, Camps et autres, [S. et P. 95.1.52, D. 94.1.276] — Trib. Saint-Julien, 3 août 1892, Mêmes parties, [*Ibid.*]

683. — Si l'auteur d'un apport grevé de dettes hypothécaires s'est engagé à le libérer, et n'a pas tenu ses engagements, le jugement d'expédient qui autorise la société à payer les dettes dont il s'agit au moyen de l'aliénation d'actions attribuées à l'apporteur mais conservées par la société à titre de garantie, est passible du droit de mutation. — Sol. rég., 30 juill. 1880, [citée au *Traité alph.*, v° *Société*, n. 171-6°]

684. — Le droit de mutation serait encore dû si, après avoir délivré des actions à l'apporteur, la société émettait des obligations dont le prix servirait à racheter les actions de l'associé à concurrence du passif que ce dernier s'est engagé à éteindre : mais il appartient à la Régie de prouver la fraude (V. *suprà*, n. 674). — Maguéro, *Traité alph.*, v° *cit.*, n. 171-7°.

685. — Lorsqu'une société acquiert, postérieurement à sa constitution, des immeubles moyennant un prix payable partie en espèces et partie en actions déjà émises, l'opération a le caractère de vente *pour le tout* et ne constitue pas un apport, même pour la partie des immeubles transmise en représentation d'actions. Lorsque la société a déjà fonctionné, l'action, remise en paiement pour sa valeur *vénale*, n'est déjà plus un titre soumis à toutes les chances sociales; c'est pour ainsi dire de l'argent comptant, puisqu'elle peut être négociée du jour au lendemain. — Trib. Draguignan, 12 mars 1903, [*Rev. Enreg.*, n. 3294]

686. — Si l'apport est représenté non par des actions, mais par des obligations, le droit de mutation est dû, car l'obligation est une créance contre la société, soustraite aux chances

sociales, et non pas une quote-part de l'actif. — Cass. belge, 28 févr. 1867, [Rép. pér., n. 2514; J. Enreg., n. 18349]

687. — Les apports peuvent encore être représentés par des actions privilégiées ou de priorité. Si ces actions donnent droit à un dividende à prélever sur les bénéfices avant les actions ordinaires, et au remboursement du capital, soit au cours de la société, soit à son expiration, par préférence aux actions ordinaires, l'apport reste pur et simple, car il est représenté par des titres qui restent soumis aux chances sociales. Si au contraire l'action privilégiée donne droit à un intérêt fixe payable périodiquement, même en l'absence de bénéfices, elle constitue un véritable titre de créance contre la société ; elle est soustraite aux risques de l'entreprise; ce n'est plus, à proprement parler, une action, bien que la validité de pareilles stipulations soit reconnue, c'est une véritable obligation, et l'apport payé en actions de cette nature doit être réputé fait à titre onéreux et être assujetti au droit de mutation. — Trib. Bruxelles, 13 août 1868, [Rép. pér., n. 3341]; — 29 juill. 1869, [J. Enreg., n. 19012; Rép. pér., n. 3270] — Houpin, *Tr. des soc.*, 3e éd., n. 726 ; Maguéro, *Tr. alph.*, *loc. cit.*, n. 173. — V. aussi *Rev. Enreg.*, n. 1995.

688. — Jugé, au contraire, que l'apport d'une somme d'argent, à titre de commandite, par deux associés, dont l'un est encore et l'autre a été associé en nom collectif, n'a pas le caractère de prêt et n'est pas soustrait aux risques de l'entreprise par cela seul qu'il ne donne droit à aucune participation dans les bénéfices et qu'il est stipulé remboursable annuellement, sans intérêts, par dixièmes, au moyen d'un prélèvement sur les bénéfices. — Trib. Seine, 1er juill. 1899, *Rev. Enreg.*, n. 2193

689. — L'obligation imposée à la société de payer une somme d'argent ou le passif qui grève l'apport rend exigible le droit de mutation. Ceci ne fait aucun doute quand, par exemple, celui qui apporte un immeuble dont il doit encore le prix à son vendeur, stipule que la société paiera ce prix. — Cass., 20 nov. 1861, Amoudru, [S. 62.1.94, P. 62.357, D. 62.1.132]

690. — Il importerait peu d'ailleurs que l'associé se fût réservé de reprendre, lors de la dissolution, l'immeuble apporté. — Trib. Nevers, 9 mars 1869, [*Rép. pér.*, n. 3000] — V. aussi Trib. Marseille, 9 mai 1865, [*J. Enreg.*, n. 18001; *Rép. pér.*, n. 2136]

691. — Décidé, dans le même sens, que lorsqu'à une société en formation il est fait apport, par l'un de ses membres, des droits et obligations résultant pour celui-ci de l'adjudication, tranchée à son profit, de la concession d'un casino municipal et que la société s'engage à payer, en l'acquit de l'apporteur, le prix de l'adjudication, l'apport ainsi effectué à titre onéreux emporte mutation mobilière au profit de la société et donne ouverture au droit de 2 0/0 sur le montant du prix de cession et des charges que la société s'engage à payer en l'acquit de l'apporteur. Il en est ainsi alors même que l'adjudication prononcée au profit de ce dernier avait été annulée, antérieurement à l'apport, par un arrêté de conseil de préfecture, dès lors que, postérieurement, cet arrêté a été réformé par le Conseil d'État et l'adjudicataire maintenu dans ses droits primitifs. — Cass., 27 déc. 1898, Soc. nouvelle du Casino de Nice, [S. et P. 99.1.147, D. 99.1.473] — Trib. Marseille, 28 juill. 1896, Mêmes parties, sous cet arrêt, [S. et P. *ibid.*]

692. — De même, il y a mutation, au profit des autres associés, de la propriété de l'apport social d'un associé, lorsqu'il est stipulé que cet apport, dont le prix est encore dû par celui qui l'effectue, sera payé par chacun des associés dans la proportion de son intérêt dans la société. Par suite, cette mutation étant opérée par l'effet de l'acte de société, l'acte de liquidation de la société, qui attribue aux associés leur part dans cet apport, n'est pas passible du droit de mutation. — Cass., 5 janv. 1853, de Prémorvan, [S. 53.1.123, P. 53.1.108, D. 53.1.73]

693. — Cette règle ne changerait pas, d'ailleurs, même si l'apporteur prétendait que l'acquisition a été faite pour le compte de la société, s'il était établi que celle-ci ne s'est constituée que postérieurement. — Cass., 20 mars 1855, Bocquet, [S. 55.1.378, P. 56.1.207, D. 55.1.62] — Trib. Seine, 16 août 1854, [*J. Enreg.*, n. 15911] — V. aussi Cass., 8 juill. 1839, Giraud, [S. 39.1.567, P. 39.2.147]

694. — Jugé, dans le même sens, que le droit de vente est dû sur l'apport d'un immeuble déclaré comme étant la propriété de la société, si l'apporteur a été investi de l'entière propriété, quelle que soit d'ailleurs l'origine des deniers qui ont servi à l'acquisition. — Trib. Seine, 18 avr. 1874, [*J. Enreg.*, n. 19568; *Rép. pér.*, n. 3945]

695. — Toutefois, et par mesure d'équité, la Régie admet que, si l'immeuble est réellement acquis pour le compte de la société qui n'existe pas encore, mais qui est en voie de formation, et si l'acquéreur déclare agir comme porte-fort de cette société, celle-ci peut ratifier l'opération en prenant possession des biens sans qu'un second droit de mutation soit exigible.

696. — Même solution dans le cas où l'acquisition est faite par une personne qui se trouve en mesure de déclarer utilement command en faveur de la société en voie de formation. Les décisions qui ont été rendues en ce sens sont très équitables, mais se justifient difficilement en droit strict. — Maguéro, *Traité alph.*, 1re éd., n. 175-2°.

697. — Lorsqu'une société a pris à sa charge le paiement d'une somme due sur le bien apporté et que la mise sociale de l'auteur de l'apport a été limitée au surplus de la valeur de l'apport, le droit d'obligation à 1 p. 0/0 est seul exigible sur la somme que la société doit acquitter et dont elle se trouvera ainsi constituée créancière envers l'associé. — Trib. Nantes, 20 juin 1860, [*J. Enreg.*, n. 17156; *Rép. pér.*, n. 1342]

698. — Il a encore été jugé que dans le cas où l'auteur d'un apport immobilier, grevé d'un passif mis à la charge de la société, verse à celle-ci une somme d'argent, le droit de mutation n'est pas dû sur la fraction du passif correspondant à la somme versée, et qui est censée destinée à éteindre une partie du passif. — Trib. Lille, 9 août 1889, inédit.

699. — Le principe posé *suprà*, n. 667, s'applique encore chaque fois que la société est chargée de payer le passif grevant l'apport, quel que soit le résultat de l'entreprise. Si, en effet, le passif ne devait être acquitté qu'au moyen de prélèvements sur les bénéfices sociaux, l'apport, soumis aux risques sociaux, resterait pur et simple. — Déc. min. Fin., 22 juin 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 862] — V. Trib. Huy, 20 mai 1857, [*J. Enreg. belge*, n. 7661]

700. — Mais lorsque l'engagement pris par la société est ferme, et si le prélèvement sur les bénéfices n'est qu'un mode de paiement, le droit de mutation est dû. — Trib. Namur, 10 juin 1875, [*J. Enreg.*, n. 20532; *Rép. pér.*, n. 4535]

701. — Même décision dans le cas où le paiement doit être fait au moyen des fonds provenant d'un compte d'amortissement formé par les versements tant des bénéfices que de toutes autres sommes disponibles entre les mains des associés. Dans ce cas c'est la société qui paie le passif par l'intermédiaire des associés dont elle devient la débitrice. — Cass., 31 juill. 1876, Sinan et David, [S. 77.1.86, P. 77.175, D. 77.1.36]

702. — De même, quand il est stipulé que l'apport est fait avec attribution à son auteur de la totalité des bénéfices dont une partie importante est destinée à amortir la mise sociale qui sera, à l'expiration de la société, la propriété des autres associés, le droit de mutation est exigible. — Trib. Pontoise, 14 août 1873, [*J. Enreg.*, n. 19286]

703. — Sans être mis expressément à la charge de la société, le passif des apports peut cependant se trouver payé par elle, par l'effet d'actes se rattachant au contrat de société : l'impôt de mutation est dû. Il en est ainsi notamment lorsque le passif, dont le paiement n'est pas à la charge de la société, d'après les statuts, figure cependant sur l'inventaire et les livres de commerce de la société. La Cour de cassation a décidé en effet que la dette inscrite sur les registres sociaux doit être considérée comme une dette sociale et non comme une dette personnelle à l'associé. — Cass., 13 juin 1866, Paquin, [S. 67.1.354, P. 67.961, D. 68.1.37] — V. Trib. Metz, 11 mars 1839, [*J. Enreg.*, n. 12257] — Trib. Nancy, 18 janv. 1848, [*J. Enreg.*, n. 14457]

704. — Lorsque l'apport est destiné à être vendu pour acquitter le passif, il faut distinguer suivant que la société a reçu mandat de vendre pour le compte de l'associé, ou qu'elle est devenue immédiatement propriétaire de l'apport dont elle doit vendre une partie pour acquitter le passif. Dans le premier cas, le droit de mandat est seul exigible. — Trib. Seine, 23 juin 1866, [*J. Enreg.*, n. 18231; *Rev. not.*, n. 1718 ; *Rép. pér.*, n. 2293]

705. — Dans le second cas, le droit de mutation est dû sur le montant du passif. — Trib. Seine, 16 déc. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2214 ; *Rev. not.*, n. 1634] — V. Cass., 30 janv. 1850, [illegible], [S. 50.1.291, P. 50.1.117, D. 50.1.60]

706. — Les parties ne seraient d'ailleurs pas admises à prétendre que la société est restée à l'état de projet, si le contrat porte que la société commencera du jour de sa date. — Trib. Nîmes, 6 mars 1844, [*J. Enreg.*, n. 13459]

707. — Il importerait peu également qu'il soit déclaré que l'associé est simplement autorisé à retirer une somme déterminée à forfait, si les immeubles apportés doivent être vendus dans un très-bref délai. — Cass., 20 nov. 1861, Amoudru, [S. 62.1.94, P. 62.357, D. 62.1.132] — Trib. Seine, 18 août 1860, Mêmes parties, sous cet arrêt, [*Ibid.*]

708. — Le droit de vente est encore exigible lorsque le passif est payé au moyen d'un prélèvement sur les frais généraux, car l'apport se trouve ainsi soustrait aux risques sociaux. — Cass., 18 janv. 1871, Duval, [S. 71.1.84, P. 71.217, D. 71.1.180]

709. — La Régie peut d'ailleurs faire la preuve qu'un apport déclaré franc et quitte était grevé d'un passif payé par la société, et réclamer les droits en conséquence. — Trib. Saint-Quentin, 13 nov. 1885, inédit. — Trib. Lille, 9 août 1889. inédit.

710. — Si un immeuble est apporté dans une société à la condition que cette société paiera les créances inscrites qui ne seront pas acquittées par l'auteur de l'apport à une échéance convenue, le droit de cession à titre onéreux est exigible sur les créances que la Régie justifie être restées à la charge personnelle de la société. — Cass., 24 mai 1875, Soc. du Château-d'Eau, [S. 75.1. 473, P. 75.1192, D. 75.1.439]

711. — Jugé de même que l'apport d'un immeuble, moyennant l'attribution d'actions libérées, cesse d'être pur et simple, quand la société se trouve, d'après une disposition des statuts tenue de libérer l'immeuble, à défaut par le précédent propriétaire d'avoir rempli en temps voulu ses obligations à cet égard. Le droit de vente est dû dès que la société, après l'expiration du délai fixé, fait signifier le contrat aux créanciers hypothécaires, se déclarant prête à les désintéresser jusqu'à concurrence du capital nominal des prétendues actions libérées. — Trib. Seine, 5 déc. 1874, Soc. du Château-d'Eau, sous Cass., 24 mai 1875, précité.

712. — Lorsqu'il est stipulé, dans une société en commandite par actions, que l'associé, auquel des actions doivent être remises en représentation d'un apport immobilier, n'aura la libre disposition de ces actions qu'autant qu'il justifiera de la mainlevée des inscriptions grevant l'immeuble, l'apport ainsi fait revêt le caractère d'un apport à titre onéreux dès l'instant où, la justification promise n'étant pas effectuée, le passif hypothécaire est acquitté par la société. — Sol. rég., 22 mars 1894 [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3801] — Cette solution reconnaît d'ailleurs que l'accomplissement de la condition ne saurait résulter d'une délibération des actionnaires réduisant le capital social et annulant une partie des actions qui devaient être remises à l'auteur de l'apport, du moment où aucun renseignement ne vient démontrer que le passif a été éteint par la société et que les parties avaient dissimulé un apport à titre onéreux sous les apparences d'un apport pur et simple. — V. *suprà*, n. 674 et s.

713. — Toutefois, si la société ne paie le passif que sur la poursuite des créanciers hypothécaires et pour éviter la saisie immobilière, elle agit uniquement comme tiers détenteur et pour le compte de l'associé, qui devient débiteur direct des sommes avancées pour lui : le droit de vente n'est pas exigible. Si, à la suite de la saisie, la société se rend adjudicataire de l'immeuble apporté, le droit de mutation est dû, attendu qu'en droit fiscal, l'apport n'opère pas mutation au profit de la société. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 178.

714. — Si un associé limite son apport à une partie des valeurs mises en société, dont le surplus doit lui être payé, le droit de vente est dû sur la valeur des objets qui ne font pas partie de l'apport. — Trib. Bergerac, 3 mai 1870, inédit.

715. — Le droit de mutation est également exigible sur des valeurs déclarées apportées en société, lorsque l'associé se réserve le droit d'en reprendre la valeur, lors de la dissolution, et en reçoit l'intérêt jusqu'à cette époque. — Trib. Seine, 21 juill. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2211]

716. — Il en est de même lorsqu'un associé met en société une usine d'une valeur de 78,000 fr., en déclarant limiter son apport à une somme de 26,000 fr. : le droit de vente est dû sur 52,000 fr. — V. Trib. Charleville, 20 juin 1861, [*J. Enreg.*, n. 17322; *Rép. pér.*, n. 1549]

717. — Même solution lorsque l'associé se réserve le droit de reprendre, sur les apports en numéraire de ses coassociés, une certaine somme représentant une partie de la valeur de l'immeuble qu'il a lui-même apporté. — Cass., 13 août 1877, Daumy, [S. 77. 1.479, P. 77.1249, D. 77.1.439] — Trib. Meaux, 24 août 1865, [*Rép. pér.*, n. 2158]

718. — ... Lorsque l'associé apporteur peut retirer à sa guise, du fonds social, une somme dont il est dispensé de rendre compte. — Trib. Avesnes, 1er juin 1859, [*J. Enreg.*, n. 16952; *Rép. pér.*, n. 1186; *J. Not.*, n. 16782]

719. — ... Lorsque l'associé déclare expressément ne pas comprendre dans son apport certaines créances ou marchandises dont la valeur lui sera payée par la société. — Cass., 18 janv. 1871, Duval, [S. 71.1.84, P. 71.217, D. 71.1.18]

720. — Jugé, dans le même sens, que lorsqu'il est fait apport pur et simple à une société en formation d'un fonds de commerce et d'une certaine quantité de marchandises neuves, l'apporteur se réservant de disposer comme il l'entendrait du surplus des marchandises, et que par une seconde convention concomitante à la première et la complétant, tout cet excédent de marchandises est cédé à la société nouvelle moyennant un prix déterminé, les deux contrats établissent l'existence d'une cession unique de fonds de commerce réalisée sous forme d'un apport en société ayant pour partie le caractère onéreux. — Trib. Seine, 14 juin 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2799]

721. — Lorsqu'il est fait apport pur et simple à une société, aux termes des statuts, d'un fonds de commerce situé en France et, par conventions verbales du même jour, apport à titre onéreux de brevets pris à l'étranger qui constituent un accessoire de ce fonds de commerce, l'apport doit être considéré comme ayant eu pour objet l'ensemble du fonds, y compris les brevets étrangers, et comme étant à titre onéreux jusqu'à concurrence du passif mis à la charge de la société, qui forme le prix desdits brevets. Le droit de mutation doit, en conséquence, être acquitté sur cette valeur. — Trib. Seine, 25 juill. 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3160]

722. — Si une personne a fait des avances dans l'intérêt d'une société en formation, elle peut en être remboursée au moyen de l'attribution d'une part sociale ou d'actions libérées ; en ce cas le droit de 0,20 p. 0/0 est seul dû. Mais si elle est remboursée au moyen d'une somme d'argent ou d'obligations de la société, le droit de mutation à titre onéreux est exigible par application du principe posé *suprà*, n. 667.

723. — C'est ce qui a été décidé lorsqu'un associé apporte une concession moyennant l'attribution d'actions libérées et stipule, en outre, le remboursement en argent des avances qu'il a faites pour mettre la concession en valeur. — Cass., 28 févr. 1876, Soc. des huîtrières du Portugal [S. 76.1 229, P. 76.542, D. 76.1.275]; — 24 avr. 1893, Crémieux et Foy, [S. et P. 94.1.195, D. 93.1.484] — Trib. Seine, 10 avr. 1875, Soc. des huîtrières de Portugal, sous Cass., 28 févr. 1876, précité.

724. — ... Lorsque la société, à qui est apportée une concession de chemins de fer, est tenue de rembourser un emprunt contracté pour la mise en valeur de la concession. — Trib. Seine, 23 févr. 1859, [*J. Enreg.*, n. 16956; *Rép. pér.*, n. 1235]; ... — ou de payer les redevances à la charge du concessionnaire apporteur. — Trib. Seine, 14 févr. 1874, de Loire, de la Brosse et Cie, [D. 74.5.223]

725. — ... Lorsque la société est tenue de rembourser à l'associé apporteur les avances faites pour la recherche de la carrière apportée. — Trib. Seine, 19 déc. 1863, [*Rép. pér.*, n. 1882]

726. — Il importerait peu d'ailleurs que l'acte de société stipulât que le remboursement n'aurait lieu que sur le produit des premiers versements des actions. — Trib. Seine, 9 févr. 1867, [*Rép. pér.*, n. 2536; *J. Enreg.*, n. 18442]

727. — ... Ou que le remboursement fût effectué au moyen de la libération d'une partie des actions *souscrites* par les associés qui ont fait les avances, à qui on cède une fraction de l'actif social. — Trib. Seine, 16 mars 1867, [*Rép. pér.*, n. 2537]

728. — Il a cependant été jugé que ce remboursement pouvait être considéré comme une simple indemnité, passible du droit à 0,50 p. 0/0, mais il faut alors que les avances aient été faites *pour le compte* de la société en formation. — Cass., 29 nov. 1869 (2 arrêts), Lemmens et Lionne, [S. 70.1.137, P. 70.308, D. 70.1.270] — Trib. Seine, 29 mars 1878, [*J. Enreg.*, n. 21069; *Rép. pér.*, n. 5165] — Ces décisions ne doivent être appliquées qu'avec la plus grande réserve.

729. — De même le droit d'obligation (1 p. 0/0) serait seul dû si l'avance n'avait créé qu'une action en remboursement résultant d'un quasi-contrat de gestion d'affaires; si cette avance était immédiatement payée, le droit de quittance à 0,50 p. 0/0 serait même seul exigible. — Cass., 23 mai 1859, Comp. pari-

sienne d'éclairage et de chauffage par le gaz, [S. 59.1.695, P. 60.276, D. 59.1.464] — Trib. Seine, 25 janv. 1861, [J. Enreg., n. 17266; Rép. pér., n. 1460]; — 11 déc. 1867, [J. Enreg., n. 18464; Rép. pér., n. 3030]; — 29 avr. 1876, [Rép. pér., n. 4487] — Trib. Lyon, 17 mai 1900, [Rép. pér., n. 9924]

730. — Le droit de mutation est encore exigible lorsqu'une société fusionne avec une autre, et que celle-ci paie le passif de la première, ou verse à ses membres une somme représentant la valeur de tout ou partie de l'apport. — Cass., 23 mai 1859, précité; — 15 déc. 1868, Comp. immobilière, [S. 69.1.278, P. 69.670, D. 69.1.250]; — 21 juill. 1884, Soc. des produits chimiques d'Hautmont, [S. 85.1.277, P. 85.1.670, D. 85.1.109]; — 15 févr. 1888, Moïtenier, [S. 90.1.35, P. 90.1.57, D. 88.1.421]; — 29 juill. 1890, Soc. des mines argentifères de Pontpéan, [S. 91.1.183, P. 91.1.418, D. 91.1.54]; — 5 févr. 1894, Camps et autres, [S. et P. 95.1.52, D. 94.1.276] — Trib. Seine, 9 avr. 1856, [J. Enreg., n. 16270]; — 31 juill. 1857, [J. Enreg., n. 16634]; — 16 nov. 1860, [J. Enreg., n. 17282; J. Not., n. 17070; Rép. pér., n. 1445] — Trib. Beauvais, 13 mars 1860, [J. Enreg., n. 17151; Rép. pér., n. 1427] — Trib. Seine, 23 juin 1866, sous Cass., 15 déc. 1868, précité. — Trib. Valenciennes, 7 mai 1884, [Rép. pér., n. 6425] — Trib. Rennes, 26 mai 1884, [Rép. pér., n. 6522] — Trib. Seine, 4 déc. 1891, [Rép. pér., n. 7809]

731. — ... Lorsque l'ancien gérant d'une société qui avait apporté la jouissance d'un immeuble en abandonne la nue propriété moyennant une fraction de l'actif social. — Trib. Seine, 24 juill. 1850, [J. Enreg., n. 15024-3°]

732. — ... Lorsque le propriétaire d'un terrain forme avec un tiers qui fournit les fonds une société pour la construction d'une maison sur le terrain apporté, et qu'il est convenu que le propriétaire conservera la nue propriété, l'usufruit étant réservé au bailleur de fonds : le droit à 5,50 p. 0/0 est exigible sur la valeur de l'usufruit. — Trib. Laval, 26 juin 1843, [J. Enreg., n. 13297]

733. — ... Lorsque l'apporteur se réserve la jouissance de l'immeuble apporté. — Trib. Compiègne, 3 juin 1859, [J. Enreg., n. 16952]

734. ... — Lorsque l'associé, qui apporte le cautionnement à lui dû par une ville, en stipule le remboursement sur l'actif social (droit de cession de créance). — Trib. Seine, 16 mars 1867, précité.

735. ... — Lorsque la société est substituée aux droits actifs et passifs de l'associé qui lui fait apport d'une entreprise de fournitures dont il est adjudicataire. — Cass., 4 août 1869, Comp. des lits militaires, [S. 70.1.34, P. 70.54, D. 70.1.66]

736. — Jugé également que lorsqu'il a été fait apport à titre onéreux à une société d'un fonds de commerce, ce qui comprend, indépendamment du matériel, des marchandises, du droit aux baux et monopoles, de la clientèle et de l'achalandage, le droit et l'obligation d'exécuter tous les traités et marchés en cours, ce dernier droit fait nécessairement partie intégrante du fonds de commerce dans lequel il est confondu. En conséquence, le droit de mutation est dû, en exécution de l'art. 7, L. 28 févr. 1872, sur l'ensemble du prix stipulé, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre une fraction de ce prix qui serait afférente à la cession des traités et marchés, et celle qui serait applicable à la transmission des autres éléments du fonds, alors surtout que la cession a eu lieu dans un acte devenu authentique. — Trib. Lyon, 23 mars 1899, [Rev. Enreg., n. 2028]

737. — Dans toutes les espèces que nous avons examinées ci-dessus, le droit de mutation serait dû alors même que l'associé se réserverait de reprendre son apport, à la dissolution de la société, en en payant la valeur. Cette stipulation n'empêche nullement en effet la transmission immédiate de l'apport à la société. — Trib. Saint-Quentin, 21 juin 1848, [J. Enreg., n. 14526] — Trib Compiègne, 3 juin 1859, précité. — Trib. Seine, 21 juill. 1865, [Rép. pér., n. 2211] — Trib. Nevers, 9 mars 1869, [Rép. pér., n. 3000]

738. — Si les parties essaient de dissimuler le caractère onéreux de l'apport, la Régie est admise à établir ce caractère au moyen des modes de preuve qui sont en son pouvoir, et notamment en exigeant la communication des livres sociaux. Jugé, en ce sens, que si l'auteur de l'apport reçoit des actions sociales dont la cession est ensuite consentie par lui à des tiers à la charge par ceux-ci de rembourser le passif grevant l'apport du cédant, la Régie peut prouver que cette vente est correspective à l'acte de société et exiger le droit de mutation à titre onéreux. — Cass., 5 févr. 1894, précité. — Trib. Saint-Julien, 3 août 1892, sous cet arrêt. — V. Trib. Lille, 20 avr. 1876, [Rép. pér., n. 4482] — Trib. Valenciennes, 2? avr. 1877, [Rép. pér., n. 4876] — Trib. Rocroy, 6 mars 1891, [Rép. pér., n. 7683]

739. — De même, lorsqu'un immeuble grevé d'un passif hypothécaire est apporté à une société et que les apporteurs déclarent conserver ce passif à leur charge personnelle, la Régie peut être admise à démontrer que cette allégation est inexacte et que le passif est en réalité mis à la charge de la société, mais elle doit faire la preuve complète de la simulation pour rendre exigibles les droits de mutation dus pour la vente qu'elle prétend avoir été faite à la société. — Trib. Seine, 2 avr. 18[illegible], [Rev. Enreg., n. 1189; J. Enreg., n. 24992; Rép. pér., n. 8760; J. Not., n. 26127]

740. — Lorsqu'il résulte de l'ensemble des clauses d'un acte de société et des actes passés entre les parties pour son exécution que l'apport de quelques-uns des associés a lieu à charge par la société d'acquitter le passif qui le grève, cet apport est à titre onéreux et donne ouverture au droit de mutation sur l'importance du passif, alors même que, par une clause isolée, l'acte de société déclarerait que le passif reste à la charge personnelle de chaque associé. — Trib. Grasse, 30 juill. 1902, [Rev. Enreg., n. 3161]

741. — Alors même qu'un apport en société est déclaré, dans l'acte constitutif, être pur et simple, le droit proportionnel de mutation est dû s'il résulte des faits et circonstances de la cause que cet apport est fait, en réalité, à titre onéreux. Il en est ainsi, notamment, lorsque l'apporteur a déclaré garder à sa charge le paiement des annuités d'emprunts hypothécaires grevant les immeubles apportés et se réserver, pour y faire face, sur les revenus desdits immeubles, la jouissance d'une somme égale au chiffre de la dette annuelle, lorsque la propriété entière de l'apport a passé sur la tête de la société et que celle-ci reste chargée du paiement de la dette réservée par l'apporteur en cas d'insuffisance des revenus y affectés ou d'insolvabilité de l'apporteur. — Cass., 6 mai 1903, Bourse de commerce de Paris, [Rev. Enreg., n. 3327] — Trib. Seine, 24 juill. 1896, [Rev. Enreg., n. 1305]

742. — De même lorsqu'un premier acte, seul soumis à l'enregistrement, exprime qu'une société est formée entre un associé en nom collectif, qui apporte un fonds de commerce pour 500,000 fr., et deux commanditaires qui apportent chacun 250,000 fr. en numéraire, et qu'un second acte, resté secret, stipule que l'associé en nom pourra retirer les fonds versés en commandite, sans avoir à en payer l'intérêt, et que les commanditaires lui paieront de plus, sur leurs premiers bénéfices, la moitié des marchandises en magasin et des loyers d'avance, il est suffisamment établi que l'associé en nom a cédé aux commanditaires la moitié du fonds moyennant 500,000 fr. outre la moitié des marchandises et des baux en cours. Le droit proportionnel de mutation est, en conséquence, exigible. — Trib. Seine, 3 nov. 1900, [Rev. Enreg., n. 2820]

743. — Si deux cabinets d'affaires sont apportés par leurs propriétaires respectifs dans une société formée entre eux à un capital déterminé, qui est déclaré appartenir pour moitié à chacun des associés, le droit de mutation est exigible s'il résulte d'un rapport d'arbitre, d'un jugement du tribunal de commerce ou d'une quittance, que l'un des associés a payé à l'autre la moitié de la valeur du fonds apporté par ce dernier, sous déduction de la moitié de la valeur du fonds dont lui-même avait fait l'apport. — Trib. Seine, 4 mars 1899, [J. Enreg., n. 25685]

744. — Mais la stipulation par laquelle deux acquéreurs en commun d'un immeuble font apport de cet immeuble, dans une société qu'ils forment *entre eux* sous la condition que la société paiera le prix d'acquisition encore dû au vendeur, n'ayant pas pour résultat de modifier la situation des associés à l'égard de l'immeuble, ni de créer un avantage particulier au profit de l'un d'eux, elle constitue un apport pur et simple, et non pas une transmission à titre onéreux passible du droit de vente. — Cass., 28 déc. 1870, Deblon, [S. 71.1.36, P. 71.67, D. 71.1.89]

745. — De même, lorsque des copropriétaires d'un immeuble situé à la Guadeloupe, apportent cet immeuble à une société formée dans la colonie pour son exploitation, avec déclaration que l'apport vaudra vente à la société, et sous la condition que celle-ci paiera, de ses deniers personnels, une dette hypothécaire grevant l'apport, et dont tous les associés étaient précédemment tenus, chacun proportionnellement à sa part dans la pro-

priété de l'immeuble, ces stipulations, qui ne modifient en aucune manière les engagements préexistants des associés, non plus que leur situation respective entre eux et vis-à-vis de la société, n'enlèvent point à l'apport le caractère de simple mise sociale. En conséquence, le droit proportionnel de vente n'est pas dû, soit sur la valeur totale de l'immeuble mis en société, soit sur la somme que la société a prise à sa charge à raison de cet apport. — Cass., 29 mai 1883, Enregistr. de la Guadeloupe, [S. 84.1.441, P. 84.1.1079, D. 84.1.242] — V. Trib. Seine, 18 janv. 1873, Lamouroux et Chonet, [D. 74.5.222] — *Sic*, Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 183. — *Contrà*, E. Naquet, *Tr. des dr. d'enregistr.*, t. 1, n. 463; Garnier, *Rép. gén. d'enregistr.*, n. 15214, et *Rép. périod.*, art. 3221 et 6187; *Dict. Enreg.*, v° *Société*, n. 560; *J. Enreg.*, n. 18973.

746. — La Cour de cassation du royaume de Belgique a décidé, dans le même sens, que lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif formée entre cohéritiers qui font conjointement apport de droits égaux dans la succession non liquidée de l'auteur commun et qui tous reçoivent une part sociale égale, la charge assumée par la société de payer les dettes qui grèvent l'apport n'introduit aucun changement réel dans la situation réciproque des associés quant au passif. Ceux-ci en restent tenus en leur qualité d'associés en nom collectif comme ils l'étaient avant l'association et dans les mêmes proportions. Il suit de là que la société constituée dans ces conditions n'a eu ni pour but, ni pour résultat de créer un avantage particulier au profit de l'un ou de l'autre des associés, non plus que de soustraire ces apports aux risques de l'entreprise. Cet acte ne donne pas lieu, en conséquence, au droit de mutation. — Cass., Belgique, 15 déc. 1898, Enregistrement belge, [S. et P. 1900.4.11, D. 1901.2.51]

747. — Mais cette exemption est exclusivement limitée à l'apport d'une copropriété indivise fait à une société *en nom collectif*, ou à toute autre société où domine l'élément *personnel*. Quand l'apport est fait à une société *de capitaux*, la situation respective des apporteurs se trouve en effet complètement et radicalement modifiée, et une véritable transmission s'opère au profit de la société. — Cass., 28 févr. 1876, Soc. des huîtrières du Portugal, [S. 76.1.229, P. 76.542, D. 76.1.275]; — 29 juill. 1890, Comp. des mines de Pontpéan, [S. 91.1.183, P. 91.1.418, D. 91.1.54]; — 14 nov. 1893, Comp. des eaux minérales de Capvern, [S. et P. 94.1.517, D. 94.1.190] — *Contrà*, Trib. Seine, 5 févr. 1892, Soc. anon. des équipages de grand luxe, [D. 93.2.257]

748. — Il en serait de même si l'apport était fait par une société dissoute à une nouvelle société qui ne serait pas formée exclusivement des membres de l'ancienne. — Trib. Nice, 6 mars 1882, [*J. Enreg.*, n. 22012]

749. — Lorsque des immeubles grevés de dettes hypothécaires ont été apportés dans une société par l'un des associés, avec cette stipulation que s'il n'avait pas payé les dettes au moment de son décès, la société libérerait elle-même les immeubles et en demeurerait propriétaire, sauf annulation alors des actions de l'associé (retenues par la société) jusqu'à concurrence de la somme payée aux créanciers, le droit proportionnel de mutation n'est dû sur cette somme que si le cas prévu se réalise : l'événement de la condition change le caractère de l'apport qui, de pur et simple, devient un apport à titre onéreux. — Cass., 8 nov. 1864, Clavier, [S. 65.1.47, P. 65.76, D. 64.1.476]; — 24 mai 1875, Soc. du Château-d'Eau, [S. 75.1.473, P. 75.1192, D. 75.1.439] — Trib. Seine, 27 août 1859, Marsai, [P. *Bull. d'Enreg.*, art. 583]

750. — Si un contrat est présenté comme parfait, bien qu'en réalité l'apport soit soumis à l'approbation du Gouvernement, le droit de mutation est exigible. — Trib. Seine, 26 févr. 1859, [*J. Enreg.*, n. 16956; *Rép. pér.*, n. 1235]

751. — Jugé de même, avant la loi de 1867 qui a supprimé le régime de l'autorisation pour les sociétés anonymes, que lorsque l'auteur de l'apport doit en rester propriétaire jusqu'au décret autorisant la société anonyme, et que, ultérieurement, cette société se convertit en une société en commandite exempte d'autorisation, la condition est défaillie et le droit de vente devient exigible sur le prix de l'apport. — Trib. Seine, 18 juill. 1857, [*J. Enreg.*, n. 16607; *Rép. pér.*, n. 892]

752. — Malgré la stipulation relative au passif, le droit de mutation est écarté lorsque l'apport est fait à une société universelle de tous biens présents. — Trib. La Roche-sur-Yon, 28 févr. 1865, [*J. Enreg.*, n. 18088; *J. Not.*, n. 18392; *Rép. pér.*, n. 2365

753. — La condition résolutoire ne fait pas obstacle à la perception du droit de vente sur un apport à titre onéreux, alors même que les parties prétendraient que la société est restée à l'état de projet. — Trib. Nîmes, 6 mars 1844, [*J. Enreg.*, n. 13459]; — ... ou que l'associé a reçu en paiement des actions au lieu d'une somme d'argent. — Cass., 30 janv. 1850, Chollet, [S. 50.1.291, P. 50.1.117, D. 50.1.60]

754. — Le droit de mutation est dû même sur un acte passé à l'étranger contenant apport à titre onéreux de biens situés en France. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 186.

755. — En cas d'apport à titre onéreux d'immeubles ou de fonds de commerce, le droit de vente est dû même si aucun acte n'a été dressé, et la formalité doit être donnée, sous peine d'amende, dans les trois mois de la date de la transmission (L. 23 août 1871, art. 14). Jugé, en ce sens, que lorsqu'un fonds de commerce fait l'objet d'un apport pur et simple à une société et qu'ensuite l'apporteur vend à la société un reliquat de marchandises et de matières premières dépendant de ce fonds, cet acte est soumis à l'enregistrement obligatoire dans un délai de trois mois. — Trib. Lille, 26 mars 1903, [*Rev. Enreg.*, n. 3315]

756. — Jugé de même, que lorsqu'il est fait apport pur et simple à une société en formation d'un fonds de commerce et d'une certaine quantité de marchandises neuves, l'apporteur se réservant de disposer comme il l'entendrait du surplus des marchandises, et que par une seconde convention concomitante à la première et la complétant, tout cet excédent de marchandises, est cédé à la société nouvelle moyennant un prix déterminé, les deux contrats établissent l'existence d'une cession unique de fonds de commerce réalisée sous forme d'un apport en société ayant pour partie le caractère onéreux. L'acte distinct de cession de marchandises doit, en conséquence, être obligatoirement présenté à l'enregistrement dans les trois mois de la mutation. — Trib. Seine, 14 juin 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2799]

757. — Lorsqu'il est fait apport pur et simple à une société, aux termes des statuts, d'un fonds de commerce situé en France et, par conventions verbales du même jour, apport à titre onéreux de brevets pris à l'étranger qui constituent un accessoire de ce fonds de commerce, l'apport doit être considéré comme ayant eu pour objet l'ensemble du fonds, y compris les brevets étrangers, et comme étant à titre onéreux jusqu'à concurrence du passif mis à la charge de la société, qui forme le prix desdits brevets. Le droit de mutation doit, en conséquence, être acquitté sur cette valeur dans les trois mois de la date de l'acte. — Trib. Seine, 25 juill. 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3160]

758. — En matière de société anonyme, les droits sont perçus sur la délibération qui constate la formation définitive de la société. Si donc le receveur néglige de percevoir le droit de vente sur un apport à titre onéreux nettement caractérisé, l'insuffisance de perception ne peut être réparée que dans le délai de deux ans du jour de la perception (L. 22 frim. an VII, art. 61-1°). — Cass., 5 janv. 1853, de Prémorvan, [S. 53.1.123, P. 53.1.108, D. 53.1.73]; — 16 janv. 1894, Soc. minière du Sud-Ouest, [S. et P. 95.1.97, D. 94.1.247]

759. — Si la dissolution de la société était prononcée judiciairement, même avant l'expiration du délai de deux ans, les droits ne pourraient d'ailleurs être exigés. — Cass., 28 janv. 1890, Hirou, [S. 90.1.225, P. 90.1.535, D. 90.1.178]

760. — Le fait de présenter un apport à titre onéreux comme pur et simple constitue une dissimulation, mais la Régie admet que cette fraude n'est punie d'aucune peine par la loi. — Sol. rég., 13 janv. 1894, [*Rev. Enreg.*, n. 1217; *J. Enreg.*, n. 25038] — V. Trib. Seine, 3 nov. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2820] — Si l'apport avait pour objet des immeubles ou un fonds de commerce, les droits en sus seraient exigibles à défaut de déclaration dans le délai légal. — Trib. Seine, 31 déc. 1881, [*Rép. pér.*, n. 5817] — Sol. rég., 31 août 1893, [*Rev. Enreg.*, n. 624]; — 28 févr. 1895, [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3977]

761. — *Liquidation du droit de vente.* — Le droit proportionnel est liquidé comme en matière de vente ordinaire. Si donc l'apport à titre onéreux comprend notamment du numéraire ou des rentes sur l'Etat, aucun droit n'est exigible. — Trib. Seine, 14 mars 1862, [*J. Enreg.*, n. 17482]

762. — Si l'apport se compose d'actions dans une société *en liquidation*, le droit de cession d'actions à 0,50 p. 0/0 est seul dû, et aucun droit ne serait même exigible s'il s'agissait de valeurs soumises à la taxe annuelle de transmission. Lorsque les actions apportées dépendent d'une société *dissoute*, le droit est dû d'après la nature du fonds social qui se trouve transmis à la

nouvelle société. — Cass., 23 mai 1859, Comp. parisienne d'éclairage et de chauffage par le gaz, [S. 59.1.695, P. 60.276, D. 59.1.464]; — 15 déc. 1868, Comp. immobilière, [S. 69.1.278, P. 69.670, D. 69.1.250] — Trib. Seine, 31 juill. 1857, [*J. Enreg.*, n. 16634]; — 23 juin 1866, sous Cass., 15 déc. 1868, précité. — Trib. Rennes, 26 mai 1884, [*J. Enreg.*, n. 22445; *Rép. pér.*, n. 6522]

763. — L'apport onéreux d'effets négociables est passible du droit de 1 p. 0/0. — Sol. rég., 30 juill. 1894, [*Rev. Enreg.*, n. 1022; *Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3879]

764. — Il en est de même de l'apport de sommes déposées en banque. — Même solution.

765. — Le droit de 2 p. 0/0 est exigible sur l'apport onéreux d'un brevet d'invention. — Trib. Seine, 21 juill. 1848, [*J. Enreg.*, n. 14545]

766. — ... D'une concession d'eau, de mine, etc. — Trib. Meaux, 24 août 1865, [*Rép. pér.*, n. 2158] — Trib. Seine, 14 févr. 1874, de Loire, de la Brosse et Cie, [D. 74.5.223]

767. — ... De sources thermales. — Trib. Pontoise, 13 déc. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2297]

768. — Jugé, en ce sens, que lorsque des associés apportent à une société des carrières à exploiter ou en cours d'exploitation dans des terrains à eux concédés et subrogent en même temps cette société dans toutes les obligations leur incombant par suite des conventions passées avec les propriétaires des terrains, l'apport donne ouverture au droit de 0,20 p. 0/0 sur le montant des fermages à payer pour la jouissance des terrains, et au droit de 2 p. 0/0 sur le total des redevances applicables à l'exploitation même des carrières. — Trib. Laon, 21 mars 1896, [*Rép. pér.*, n. 8997]

769. — De même, lorsque le concessionnaire, à titre de bail, de sources thermales, apporte à une société chargée de payer les loyers à échoir, son droit au bail, le matériel d'exploitation et divers objets mobiliers, et reçoit, en échange, des actions et une somme d'argent, le droit de 2 p. 0/0 est exigible, à l'exclusion du droit de 0,20 p. 0/0, sur la portion de la somme qui, d'après la déclaration des parties représente le droit au bail. — Trib. Pontoise, 6 déc. 1899, [*Rép. pér.*, n. 9806]

770. — Le droit de 2 p. 0/0 est encore dû sur l'apport d'un pont et des droits de péage concédés sur ce pont. — Trib. Bordeaux, 11 juin 1845, Escarraguel, [D. 45.4.239]

771. — L'apport de meubles et de créances est passible du droit de 2 p. 0/0 sur la valeur des meubles, et du droit de 1 p. 0/0 sur la valeur *nominale* des créances; les parties doivent faire dans l'acte une ventilation de la valeur respective de chaque nature de biens, afin de permettre au receveur d'asseoir la perception. — Cass., 18 janv. 1871, Duval, [S. 71.1.84, P. 71.217, D. 71.1.18] — Trib. Seine, 31 juill. 1857, précité; — 21 juill. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2211]; — 23 juin 1866, précité.

772. — De même, en cas d'apport d'un fonds de commerce, le droit de 2 p. 0/0 est dû sur la valeur du fonds proprement dit et du droit au bail, celui de 0,20 p. 0/0 sur le prix du bail cédé avec le fonds, et celui de 0,50 p. 0/0 sur les marchandises neuves, à condition que celles-ci soient détaillées et estimées, article par article, et qu'il soit stipulé pour elles un prix particulier (L. 28 févr. 1872, art. 7). — Cass., 6 juill. 1880, Comp. des eaux minérales de la Bourboule, [S. 80.1.432, P. 80.1073, D. 80.1.393] — Trib. Seine, 14 juin 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2799]

773. — Jugé également que lorsqu'il est fait apport pur et simple, à une société en formation, d'un établissement industriel et que, par le même acte, les apporteurs vendent à la société les marchandises neuves détaillées et estimées article par article et des approvisionnements, aussi détaillés, le tarif de 0,50 p. 0/0 est applicable non seulement aux marchandises proprement dites, objet du commerce ou de l'industrie, mais encore aux approvisionnements tels que charbons pour alimenter les machines, huiles et graisses destinées à les entretenir, etc. — Trib. Saint-Omer, 27 juill. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2155]

774. — Conformément à la règle posée, en matière de vente, par l'art. 9, L. 22 frim. an VII, l'apport qui comprend à la fois des meubles et des immeubles est passible du droit de mutation *sur le tout* au taux réglé pour les immeubles, à moins qu'il ne soit stipulé un prix particulier pour les meubles et que ceux-ci ne soient désignés et estimés article par article dans le contrat ou dans un inventaire spécial. On ne saurait assimiler en effet l'apport à une soulte de partage (affranchie des dispositions de l'art. 9). — Cass., 18 août 1842, Giroud et Chevallier, [S. 42.1.806, P. 42.2.716]; — 23 mai 1859, Comp. parisienne d'éclairage et de chauffage par le gaz, [S. 59.1.695, P. 60.276, D. 59.1.464]; — 24 avr. 1893, Soc. P..., Créhange et Cie, [S. et P. 95.1.195, D. 93.1.484]; — 15 janv. 1896, Soc. Brasseur et Cie, [S. et P. 97.1.469, et la note de M. Wahl, D. 96.1.529] — Trib. Cambrai, 28 juin 1838, [*J. Enreg.*, n. 12108] — Trib. Valenciennes, 27 juin 1839, [*J. Enreg.*, n. 12330] — Trib. Seine, 28 avr. 1841, sous Cass., 18 août 1842, précité. — Trib. Saint-Quentin, 30 août 1848, [*J. Enreg.*, n. 14601; *J. Not.*, n. 13607] — Trib. Lille, 2 juil. 1851, [*J. Enreg.*, n. 15256] — Trib. Avesnes, 1er juin 1859, [*J. Enreg.*, n. 16952; *Rép. pér.*, n. 1186; *J. Not.*, n. 16782] — Trib. Toulon, 26 juill. 1864, [*Rép. pér.*, n. 1968] — Trib. Reims, 9 août 1876, [*J. Enreg.*, n. 20507]; — 27 janv. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20683] — Trib. Les Andelys, 20 août 1879, [*Rép. pér.*, n. 5671] — Trib. Nice, 6 mars 1882, [*J. Enreg.*, n. 22012] — Trib. Valenciennes, 7 mai 1884, [*Rép. pér.*, n. 6425] — Trib. Rennes, 26 mai 1884, [*J. Enreg.*, n. 22445; *Rép. pér.*, n. 6522] — Trib. Lyon, 11 nov. 1892, sous Cass. 15 janv. 1896, précité. — *Contrà*, Garnier, [*Rép. pér.*, n. 1937] — Trib. Seine, 23 juin 1866, [*Rép. pér.*, n. 2293]

775. — La Régie a cependant admis certains tempéraments quand il s'agit d'un apport d'immeubles et de fonds de commerce, et qu'un prix distinct a été stipulé pour le fonds, mais sans détail des marchandises. — Sol. rég., 26 août 1879. — V. Trib. Laon, 23 mars 1877, [*Rép. pér.*, n. 4724; *J. Enreg.*, n. 20541; *J. Not.*, n. 21659] — Trib. Liège, 26 mars 1879, [*Rép. pér.*, n. 5495; *J. Enreg.*, n. 21740] — Trib. Périgueux, 2 avr. 1881, [*J. Enreg.*, n. 22076] — *Contrà*, Cass., 15 janv. 1896, précité.

776. — Lorsque l'application de l'art. 9, L. 22 frim. an VII, est écartée, les droits doivent atteindre proportionnellement les biens de toute nature qui font l'objet de l'apport. — Trib. Avesnes, 1er juin 1859, précité. — Trib. Alger, 31 janv. 1879, [*Rép. pér.*, n. 5197] — Trib. Grasse, 30 juill. 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3161] — Mais les parties peuvent, même après l'enregistrement et afin de faire rectifier la perception, déclarer, quand il s'agit d'un apport en partie pur et simple et en partie à titre onéreux, quels sont les biens apportés et quels sont ceux qui sont vendus. — Trib. Valenciennes, 7 mai 1884, précité. — Trib. Rennes, 26 mai 1884, précité. — Trib. Seine, 4 déc. 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 36; *Rép. pér.*, n. 7809] — Sol. rég., 30 juill. 1894, [*Rev. Enreg.*, n. 1022; *Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3879]

777. — Les immeubles par destination sont assujettis au droit de 5,50 p. 0/0. — Cass., 18 août 1842, précité. — ... Alors même que l'immeuble par nature ferait l'objet d'un apport pur et simple, et l'immeuble par destination l'objet d'un apport à titre onéreux. — Trib. Seine, 21 févr. 1879, [*J. Enreg.*, n. 21230; *J. Not.*, n. 22284; *Rép. pér.*, n. 5385]

778. — Lorsque l'apport est payé au moyen d'obligations, le droit de vente doit être liquidé sur la valeur de remboursement de ces obligations, et non sur leur prix d'émission. — Sol. rég., 3 déc. 1894, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3913]

779. — Si l'apport comprend des biens français et étrangers, la perception ne peut être faite qu'après ventilation du prix applicable à chaque nature de biens. S'il s'agit de biens mobiliers situés à l'étranger, par exemple de concessions de terrains pétrolifères, dont le caractère est mobilier d'après la législation du pays de la situation, le droit de 2 p. 0/0 est exigible. — Cass., 17 déc. 1890, Messimy, [S. 91.1.481, P. 91.1.1154, D. 91.1.126]

780. — Lorsque l'apport à titre onéreux est fait moyennant un prix, le droit de vente est assis sur ce prix.

781. — Si la société est tenue de payer le passif de l'associé apporteur, le droit est perçu sur le montant du passif, sans déduction de la part de l'associé dans ce passif, puisque la société a une personnalité distincte de celle de ses membres. — Trib. Seine, 16 nov. 1860, [*J. Enreg.*, n. 17282; *J. Not.*, n. 17090; *Rép. pér.*, n. 1445]; — 14 mars 1862, [*J. Enreg.*, n. 17482; *Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3879] — *Contrà*, Trib. Cambrai, 28 juin 1838, précité.

782. — Il a cependant été décidé que l'apport à titre onéreux fait à une société *en commandite* par l'associé *en nom* ne donne ouverture au droit de mutation que jusqu'à concurrence du montant de la commandite, alors même que le passif mis à la charge de la société serait supérieur, car, pour l'excédent, la situation de l'apporteur vis-à-vis des tiers n'est pas modifiée. — Sol. rég., 30 juill. 1894, précitée.

783. — Si la société est constituée du jour où est dressé

l'inventaire qui établit la consistance active et passive des apports, le droit de vente dû sur l'apport à titre onéreux est liquidé sur le passif indiqué dans l'inventaire, alors même que les parties prétendent que ce passif a été réduit ultérieurement. — Trib. Seine, 14 mars 1862, précité.

784. — Il est évident que si l'associé se réserve une partie du bien apporté, le droit n'est perçu que sur la portion dont la société est devenue propriétaire. — Trib. Seine, 28 avr. 1841, précité; — 11 juin 1845, [*J. Enreg.*, n. 13778] — V. aussi Trib. Seine, 23 juin 1866, sous Cass., 15 déc. 1868, Comp. immobilière, [S. 69.1.278, P. 69.670, D. 69.1.250]

785. — Si le prix payé à l'associé apporteur n'est pas exactement indiqué, les parties sont passibles des peines applicables à la dissimulation : amende du quart de la somme dissimulée, et, s'il y a lieu, droit en sus sur cette somme (L. 23 août 1871, art. 12). — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 201.

2° *Bail.*

786. — Un apport de jouissance peut être fait à titre onéreux, aussi bien qu'un apport de propriété. Si donc le loyer du bien mis en société est soustrait aux chances de l'entreprise, le droit proportionnel de bail est exigible. — Cass., 3 janv. 1827, Thayer et May, [S. et P. chr.] — *Sic*, Championnière et Rigaud, t. 3, n. 2760; Naquet, t. 1, n. 472.

787. — Il en est ainsi évidemment lorsque les parties manifestent clairement leur intention de faire un bail indépendant du contrat de société. — Trib. Seine, 26 juin 1850, [*J. Enreg.*, n. 15024-1°]; — 15 mai 1857, [*J. Enreg.*, n. 16551; *Rép. pér.*, n. 862]; — 31 juill. 1857, [*J. Enreg.*, n. 16634]; — 8 juill. 1871, [*Rép. pér.*, n. 3731] — V. aussi Trib. Boulogne, 12 juin 1871, [*Rép. pér.*, n. 3948]

788. — Un pareil bail peut d'ailleurs porter même sur des terrains ou bâtiments nécessaires à l'exploitation de la société, — Sol. rég., 23 févr. 1867, [D. 69.5.172] — ... Ou sur le fonds de commerce exploité par la société. — Trib. Seine, 8 juill. 1871, précité.

789. — Mais il est parfois délicat de déterminer si l'apport est pur et simple ou à titre onéreux, c'est-à-dire si le prix du loyer est ou non à prélever sur les seuls bénéfices sociaux. C'est ainsi que le tribunal de Lille a pu décider que lorsqu'un établissement industriel exploité par une société est la propriété personnelle de l'un des associés et qu'il est stipulé, dans les statuts, qu'un compte spécial sera ouvert à cet associé pour être crédité de la valeur en capital de l'usine ainsi que des dépenses d'amélioration et débité, pour dépréciation, d'une somme de 4 p. 0/0 l'an et des intérêts, cette clause n'emporte pas mutation à titre onéreux, même partielle, de l'usine au profit de la société. — Trib. Lille, 31 déc. 1877, [*Rev. Enreg.*, n. 1722; *Rép. pér.*, n. 9345]

790. — Le droit de bail est d'ailleurs exigible alors même que l'associé apporteur s'est réservé le droit d'aliéner le bien loué à la société. — Trib. Lyon, 21 août 1866, [*Rép. pér.*, n. 2503; *J. Not.*, n. 18839]

791. — Au contraire l'apport doit être considéré comme pur et simple lorsque l'associé prélève avant toute répartition de bénéfices le loyer de son immeuble, si les autres associés sont autorisés à faire un prélèvement semblable. — Trib. Seine, 23 août 1873, de Loire, de la Brosse et Cie, [D. 74.5.223] — V. Trib. Seine, 21 juill. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2211]

792. — Si l'apport est fait à charge par la société de payer les loyers à un tiers, le droit de mutation est incontestablement exigible, car le loyer doit en ce cas être payé, même en l'absence de bénéfices : cette disposition est en outre absolument indépendante du contrat de société lui-même. — Cass., 11 mars 1863, Carlier, [S. 63.1.46, P. 63.243, D. 63.1.65]; — 18 janv. 1871 (2 arrêts), Duval et Palotte, Acloque et Cie, [S. 71.1.84, P. 71.217, D. 71.1.18] — Trib. Rethel, 9 juin 1854, Laluye, [D. 55.3.4] — Trib. Seine, 30 avr. 1856, [*J. Enreg.*, n. 16664; *J. Not.*, n. 16282; *Rép. pér.*, n. 966] — Trib. Beauvais, 13 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17151; *Rép. pér.*, n. 1427] — Trib. Seine, 28 mars 1868, [*J. Enreg.*, n. 18993; *J. Not.*, n. 19281; *Rép. pér.*, n. 2634]; — 21 nov. 1868, [*Rép. pér.*, n. 2913]; — 8 mai 1869, [*J. Enreg.*, n. 18999; *Rép. pér.*, n. 2999] — Trib. Rouen, 28 févr. 1889, [*Rép. pér.*, n. 7247] — Trib. Lyon, 30 juin 1891, [*J. Enreg.*, n. 23766]

793. — Il est cependant fait exception à cette règle dans le cas où les associés *en nom collectif* font apport à la société constituée entre eux d'une jouissance indivise, les droits de chacun des associés ne se trouvant en effet nullement modifiés. — V. *suprà*, n. 744 et s. — Trib. Seine, 18 janv. 1873, Lamouroux et Chonet, [D. 74.5.222]

794. — L'apport d'industrie peut faire l'objet d'un apport à titre onéreux, et le droit de bail serait dû si l'apporteur recevait en échange la jouissance d'un immeuble social. — Trib. Lille, 23 déc. 1892, [*J. Enreg.*, n. 24407-11°; *Rép. pér.*, n. 8174]

795. — L'apport de jouissance peut même rendre exigible le droit de vente s'il a pour objet des choses fongibles dont l'estimation suffit à transférer la propriété (C. civ., art. 1851). Il en est ainsi en cas d'apport de la jouissance du matériel et de l'outillage d'une usine, lorsque la société est tenue, en sus du prix du loyer, d'entretenir les objets loués et de les remplacer s'ils venaient à disparaître. — Sol rég., 26 mai 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 748]

796. — Le droit de bail est liquidé sur la totalité du prix et des charges, sans déduction de la part du bailleur dans la société. — Cass., 3 janv. 1827, précité. — Il est dû sur le prix cumulé des années du bail, sauf la faculté de fractionnement. Enfin, si le bail était consenti pour une durée indéterminée, le droit exigible serait celui de 2 p. 0/0 ou de 4 p. 0/0. — V. *suprà*, v° *Bail*, n. 2749 et s.

3° *Dispositions indépendantes autres que les apports à titre onéreux.*

797. — I. *Bail.* — Le bail consenti à la société par un étranger, dans le contrat de société, est passible du droit spécial de bail à 0,20 p. 0/0. Il en est de même du bail consenti à un associé par un tiers, par un autre associé, ou même par la société, à moins, dans ce dernier cas, que le bail ne puisse être considéré comme faisant partie du traitement de l'associé locataire. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 208.

798. — II. *Bail d'industrie.* — Si un associé s'engage à faire pour la société des travaux dont le prix lui est payé en valeurs soustraites aux chances de l'entreprise, le droit de marché est exigible. — Cass., 17 mai 1848, Soc. d'éclairage au gaz de Trieste, [P. 49.1.259, D. 48.1.198]; — 20 juin 1881, Eichelbrenner, [S. 82.1.37, P. 82.1.58 et le rapp. de M. le conseiller Voisin, D. 82.1.230]; — 5 mai 1884, Eichelbrenner, [S. 85.1.136, P. 85.1.291, D. 84.1.295] — Trib. Lyon, 18 févr. 1847, sous Cass., 17 mai 1848, précité. — Trib. Trévoux, 10 janv. 1876, [*Rép. pér.*, n. 4448] — Trib. Montreuil, 24 mars 1876, [*J. Enreg.*, n. 20139; *Rép. pér.*, n. 4331] — Trib. Senlis, 29 août 1876, [*J. Enreg.*, n. 20535; *Rép. pér.*, n. 4507] — Trib. Bar-sur-Seine, 31 août 1880, sous Cass., 20 juin 1881, précité. — Trib. Seine, 5 mai 1893, [*J. Enreg.*, n. 24407; *Rép. pér.*, n. 8127] — Trib. Grasse, 30 juill. 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3161]

799. — Il en est ainsi quand un associé s'engage, moyennant une somme qui lui sera payée quels que soient les résultats de l'entreprise, à terminer les constructions commencées qui font l'objet de son apport. — Cass., 8 mars 1842, de Masin, [S. 42.1.201, P. 42.1.566] — Trib. Seine, 27 janv. 1841, sous cet arrêt.

800. — ... Lorsque des associés qui apportent une concession de chemin de fer s'engagent à exécuter ce chemin de fer et à fournir le matériel nécessaire. — Bruxelles, 22 déc. 1873, [*J. Enreg. belge*, n. 12259] — Trib. Bruxelles, 29 juill. 1870, [*J. Enreg. belge*, n. 11335]

801. — ... Lorsque l'un des associés s'engage à imprimer le journal dont l'exploitation fait l'objet de la société. — Trib. Pau, 11 mai 1877, [*J. Enreg.*, n. 20419; *Rép. pér.*, n. 4829]

802. — Le droit de 1 p. 0/0 pour marché est incontestablement exigible sur le traitement payé au gérant non associé. — V. Trib. Seine, 6 mars 1891, [*Rép. pér.*, n. 7640]

803. — Au contraire aucun droit ne sera dû si le gérant est un associé dont le traitement est prélevé sur les bénéfices. — Trib. Seine, 20 août 1858, Rothschild, [P. *Bull. d'Enreg.*, art. 535]; — 4 août 1866, Soc. des journaux réunis, [S. 67.2.90, P. 67.351, D. 68.3.107] — Sol. rég., 26 janv. 1866, [S. 67.2.90, P. 67.352, D. 67.3.95] — V. cependant Sol. rég., 6 avr. 1895, et les observations de la *Rev. Enreg.*, n. 1073.

804. — ... Ou si l'associé gérant reçoit des actions en représentation de son apport d'industrie. — Cass., 30 août 1841, de Flavigny et consorts, [S. 41.1.760] — Il convient d'ailleurs de faire remarquer, au sujet de cet arrêt, que si la Cour a posé le principe exactement, elle en a fait une fausse application. Dans l'espèce qui lui était soumise le gérant recevait en effet des actions

souscrites *par d'autres associés* : le droit de 1 p. 0/0 était dû, à raison du caractère onéreux de l'apport.

805. — Enfin, la Cour de cassation a décidé également que le droit de 1 p. 0/0 devait être écarté même lorsque l'associé gérant stipule que son traitement sera prélevé sur les frais généraux, et payable encore qu'il n'y ait pas de bénéfices. — Cass., 29 nov. 1869, Lemmens, [S. 70.1.137, P. 70.308, D. 70.1.270]; — 17 août 1870, Vitali, Charles et Cie, [S. 70.1.345, P. 70.1136, D. 71.1.150] — Et cette doctrine a été admise par les tribunaux de renvoi. — Trib. Versailles, 19 déc. 1871, [*J. Not.*, n. 20252; *Rép. pér.*, n. 3378; *Rev. Not.*, n. 4047] — Trib. Vouziers, 10 mai 1872, [*Rép. pér.*, n. 3425; *Rev. Not.*, n. 4105]

806. — Ces arrêts sont critiqués par la grande majorité des auteurs qui soutiennent que si les associés ont le droit de gérer les affaires sociales, il ne s'ensuit pas qu'ils aient le droit de se faire payer le prix de leur gestion. Si une convention particulière leur donne ce droit, elle constitue une disposition indépendante du contrat de société et passible du droit qui lui est propre. — Trib. Seine, 20 août 1858, précité. — Trib. Sedan, 11 déc. 1867, Lemmens, [S. 68.2.122, P. 68.478, D. 68.3.106] — Trib. Seine, 29 févr. 1868, Vitali, [S. 68.2.122, P. 68.478, D. 68.3.107] — Trib. Laon, 15 mai 1869, [*J. Enreg.*, n. 18715-1°] — Sol. rég., 26 janv. 1866, [*Rép. pér.*, n. 2362] — Naquet, *Tr. des dr. d'enreg.*, t. 1, n. 471; Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 210; *Dict. Enreg.*, v° *Soc.*, n. 726; Garnier, *Rép. gén.*, v° *Soc.*, n. 239-5°; Troplong, *Soc.*, t. 2, n. 649 et 650; Demante, n. 329, §§ 4 et 367 *bis*. — V. *J. Enreg.*, n. 16223. — *Contra*, Demasure, *Rég. fiscal des sociétés*, n. 50. — La jurisprudence belge est contraire à celle de la Cour de cassation française. — Cass., 15 avr. 1869, [*Rép. pér.*, n. 2931]; — 13 nov. 1873, [*J. Enreg. belge*, n. 12227] — Trib. Mons, 20 févr. 1873, [*J. Enreg. belge*, n. 11972]

807. — Par application de la jurisprudence de la Cour de cassation, il a été jugé que le droit de 1 p. 0/0 est dû lorsque le gérant d'une société en nom collectif s'adjoint un cogérant à traitement fixe. — Trib. Seine, 4 août 1866, précité.

808. — Même solution en ce qui concerne le traitement de l'associé chargé de procéder à la liquidation de la société, les indemnités diverses payées au gérant pour frais de logement, de chauffage, de déplacement, etc. — Cass., 29 nov. 1869, précité. — Trib. Béthune, 19 nov. 1869, [*J. Enreg.*, n. 18791-3°] — Trib. Vouziers, 10 mai 1872, précité.

809. — ... Le traitement alloué au gérant d'une compagnie d'assurances mutuelles, qui cependant ne constitue pas une société. — Cass., 25 juin 1890, Crevel, [S. 91.1.133, P. 91.1.303, D. 91.1.55] — Trib. Chartres, 20 avr. 1883, [*Rép. pér.*, n. 6260] — Trib. Rouen, 18 mai 1887, [*Rép. pér.*, n. 7431]; — 5 mai 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 175; *J. Enreg.*, n. 24407-12°] — *Contrà*, Trib. Versailles, 24 mai 1889, [*J. Enreg.*, n. 23353]

810. — Mais le droit serait exigible sur le traitement payé par les coassociés, et non par la société, comme dans les sociétés en participation.

811. — Il convient d'ailleurs de faire remarquer que si la convention relative au traitement fait l'objet d'un acte sous seing privé, elle doit être enregistrée au droit fixe, comme acte de commerce (L. 11 juin 1859, art. 22). — Sol. rég. 21 oct. 1869, [S. 70.2.193, P. 70.735, D. 71.3.45]

812. — Le droit de 1 p. 0/0 est liquidé sur le traitement cumulé pendant toute la durée de la société. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 211.

813. — III. *Marché-vente.* — Si un associé s'engage à faire à la société des fournitures qui ne lui sont pas payées au moyen de l'attribution d'une certaine part dans les bénéfices, mais au moyen d'une somme d'argent, cette convention constitue une vente, passible du droit de mutation à titre onéreux. Il a été décidé, en ce sens, que le droit de 2 p. 0/0 est dû sur la clause par laquelle des cultivateurs, formant une société pour l'exploitation d'une sucrerie, s'obligent à fournir à la fabrique, moyennant un prix déterminé, toutes les betteraves provenant de leur culture. Les parties fournissent, en ce cas, une évaluation provisoire du montant des fournitures à livrer pendant toute la durée de la société. — Cass., 20 avr. 1870, Jonque et autres, [S. 71.1.105, P. 71.253, D. 70.1.397]; — 21 févr. 1876, Horrie, [S. 76.1.177, P. 76.406, D. 76.1.109]; — 14 janv. 1878, Soc. Courner et Cie, [S. 78.1.130, P. 78.298, D. 78.1.104] — *Sic*, Naquet, t. 1, n. 469. — *Contrà*, Demasure, *loc. cit.*

814. — Toutefois, si la convention est affectée d'une condition suspensive *réelle*, le droit n'est pas dû. — Trib. Mons, 11 juill. 1874, [*J. Enreg.*, n. 20533; *Rép. pér.*, n. 4512] — Trib. Valenciennes, 18 juin 1884, [*Rép. pér.*, n. 6428] — Si la condition n'était prévue que pour échapper à l'impôt, la règle générale reprendrait son empire. — Trib. Péronne, 5 août 1874, Horrie, [S. 75.2.271, P. 75.1004, D. 75.5.213]

815. — De même, la perception du droit proportionnel a été écartée dans un cas où des associés *en nom collectif* s'étaient engagés à fournir des récoltes à la société dans la proportion de leur intérêt social. Le droit de vente ne serait dû que si les fournitures faites dépassaient la part sociale de chaque associé. — Trib. Valenciennes, 15 nov. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20646; *J. Not.*, n. 21854; *Rép. pér.*, n. 4866]

816. — IV. *Prêt.* — Si un associé s'engage à verser dans la caisse sociale, en sus de son apport, les sommes nécessaires à la création d'un fonds de roulement, sommes qui seront remboursables à des époques déterminées et produiront des intérêts payables même en l'absence de tout bénéfice, le droit de 1 p. 0/0 pour obligation est exigible. — Cass., 25 nov. 1872, Masset et Cie, [S. 73.1.43, P. 73.68, D. 73.1.127] — Trib. Châtillon, 10 déc. 1861, [*Rép. pér.*, n. 1601] — Trib. Seine, 23 mars 1867, [*Rép. pér.*, n. 2459] — Trib. Versailles, 1er juin 1869, sous Cass., 25 nov. 1872, précité.

817. — Ainsi décidé pour le cas où la somme est stipulée remboursable sur les premiers fonds disponibles de la société. — Cass., 29 juill. 1863, Alazard et Soullié, [S. 63.1.447, P. 64.302, D. 64.1.127]

818. — ... Lorsque l'associé avance à la société le cautionnement à fournir au Trésor, avance productive d'intérêts et remboursable à une date déterminée. — Délib., 5 juin 1836, [*J. Enreg.*, n. 11546]

819. — ... Lorsque l'associé verse une somme qu'il se réserve de retirer à son gré. — Trib. Mantes, 18 août 1840, [*J. Enreg.*, n. 12584-2°]

820. — ... Lorsque l'associé a le droit de reprendre son avance en se retirant. — Trib. Seine, 1er août 1863, 21 juill. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2211]

821. — La règle ne changerait pas, alors même que l'époque du remboursement ne serait pas fixée. — Trib. Rouen, 25 août 1868, [*Rép. pér.*, n. 3154-1°]

822. — L'apport des « bénéfices différés » productifs d'intérêts à 5 p. 0/0 n'est pas assujetti au droit de 1 p. 0/0, si le capital et les intérêts ne doivent être prélevés que sur l'actif net de la société, et restent ainsi soumis aux risques sociaux. — Sol. rég., 13 août 1874 (inédite).

823. — Jugé que le droit d'obligation est dû sur les avances faites par des associés au gérant d'une société, et productives d'intérêts, alors même que ces intérêts devraient être prélevés sur les bénéfices revenant au gérant : cette réserve n'est en effet relative qu'au mode de paiement des intérêts et n'affecte nullement la convention principale qui reste une obligation indépendante du contrat de société. — Trib. Briey, 30 août 1843, [*J. Enreg.*, n. 13344-6°]

824. — Les sommes versées en compte courant dans la caisse sociale sont également passibles du droit de 1 p. 0/0 si elles sont soustraites aux risques de l'entreprise. — Trib. Lyon, 23 mai 1849, [*J. Enreg.*, n. 14773-2°]; — 15 janv. 1872, [*Rép. pér.*, n. 3471]

825. — Mais si ces sommes restaient exposées aux chances sociales, et si leur rétribution ou leur remboursement ne faisait l'objet d'aucune clause spéciale, elles devraient être considérées comme un apport et tarifées comme telles. — V. Délib. enreg., 5 mai 1814, [*J. Enreg.*, n. 4816]; — 9 janv. 1819, [*J. Enreg.*, n. 6293]

826. — Il en serait ainsi notamment si la somme déposée en compte courant restait le gage de tous les créanciers de la société. — Trib. Lyon, 25 févr. 1858, [*Rép. pér.*, n. 1014]

827. — Si le compte courant avait pour objet des meubles, le droit exigible serait celui de 2 p. 0/0 ; s'il avait pour objet des marchandises neuves, il serait dû 0,50 p. 0/0. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 216 *bis*.

828. — Si un associé qui a fait un apport à charge par la société de lui en payer la valeur, laissait en compte courant dans la caisse sociale le prix de son apport, aucun droit autre que celui de mutation ne serait dû, car l'obligation de sommes est corrélative à la vente dont elle représente le prix. — Sol. rég., 1er juin 1880.

829. — Les avances de fonds faites à la société par des asso-

ciés en nom collectif, dans la mesure de leurs parts sociales respectives, sont affranchies d'impôt, en vertu du principe posé par l'arrêt de cassation du 28 déc. 1870. — V. *suprà*, n. 744 et s.

830. — Si l'obligation contractée par la société n'est pas pure et simple et actuelle, mais seulement facultative, elle constitue soit une promesse de prêt (droit fixe de 3 fr.), soit une ouverture de crédit (droit de 0,50 p. 0/0) : les dispositions particulières du contrat peuvent seules permettre de déterminer le caractère exact de la convention. — V. Trib. Seine, 16 nov. 1860, [*J. Enreg.*, n. 17282; *J. Not.*, n. 17090; *Rép. pér.*, n. 1445]

831. — Le droit d'obligation est encore exigible lorsque le prêt est consenti à un associé, soit par la société, soit par un autre associé. — Championnière et Rigaud, t. 1, n. 2758.

832. — Lorsqu'un associé verse, en sus de sa mise, une somme dont un autre associé se reconnaît débiteur et assure le remboursement en fournissant une hypothèque, le droit de 1 p. 0/0 est dû sur cette somme. — Délib. enreg., 13 juill. 1835, [*J. Enreg.*, n. 11244]

833. — Il en est de même lorsqu'un associé fournit la totalité des mises et stipule qu'il sera remboursé soit au moyen des premiers bénéfices de son coassocié, soit sur les premiers fonds disponibles de la société. — Trib. Seine, 31 mars 1841, [*J. Enreg.*, n. 12710]; — 13 déc. 1843, [*J. Enreg.*, n. 13407]; — 22 janv. 1845, [*J. Enreg.*, n. 13677] — Trib. Alençon, 17 août 1868, [*Rép. pér.*, n. 3154-3°] — Trib. Seine, 29 avr. 1876, [*Rép. pér.*, n. 4487] — Trib. Saint-Dié, 7 nov. 1890, [*Rép. pér.*, n. 7553] — V. aussi Trib. Rouen, 21 janv. 1864, [*Rép. pér.*, n. 2026] — Trib. Bonneville, 21 juin 1892, [*J. Enreg.*, n. 24407-4°; *Rép. pér.*, n. 7986]

834. — ... Lorsque l'apport de l'un des associés est fourni par un tiers, même qualifié commanditaire. — Trib. Yvetot, 28 juin 1864, [*Rép. pér.*, n. 2121]

835. — ... Lorsque la société paie une dette de l'associé qui en promet le remboursement à la dissolution de la société et fournit à celle-ci une hypothèque. — Trib. Nantes, 8 juin 1860, [*J. Enreg.*, n. 17156; *Rép. pér.*, n. 1342] — A notre avis cette convention donnait ouverture au droit de vente.

836. — ... Lorsque tous les associés s'engagent à payer le passif grevant l'apport de l'un d'eux. — Sol. rég., 2 août 1880.

837. — Dans une espèce où un père fournissait seul le capital d'une société formée entre lui et son fils et créditait son fils, à titre de prêt, d'une somme représentant l'apport de celui-ci, la Cour de cassation a jugé qu'il y avait prêt conditionnel, passible du droit fixe, et non mutation. — Cass., 3 avr. 1854, Soyer, [S. 54.1.362, P. 54.1.580, D. 54.1.151]

838. — Lorsque, dans un acte de formation de société, il est fait apport pur et simple, par l'un des associés, d'une créance sur un tiers, et que celui-ci intervient à l'acte afin de s'entendre avec la société nouvelle au sujet du mode de paiement de la dette, cette intervention constitue une reconnaissance formelle qui donne ouverture au droit d'obligation de 1 p. 0/0. — Trib. Seine, 12 mars 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1798; *J. Enreg.*, n. 25555; *Rép. pér.*, n. 9372]

839. — De même lorsqu'il est fait apport à une société en commandite simple par un commanditaire d'une créance sur une autre société en liquidation, et ce, en la présence et du consentement des associés en nom, liquidateurs de cette dernière, l'acte contient une reconnaissance de dette passible de 1 p. 0/0, indépendamment du droit exigible sur le montant net des apports. — Trib. Seine, 5 déc. 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3291]

840. — Lorsqu'un apport de biens immeubles sis à l'étranger est fait à une société à la charge de payer à un tiers le prix encore dû desdits immeubles, cette clause constitue une délégation de prix d'apport à titre onéreux et donne ouverture au droit de 1 p. 0/0, dès lors que le titre constitutif de la créance du délégataire n'a pas été enregistré. — Cass., 16 juin 1902, Comp. nouvelle du canal de Panama, [S. et P. 1903.1.364] — Trib. Seine, 21 janv. 1899, sous cet arrêt.

841. — Le droit d'obligation de 1 p. 0/0 est exigible sur la délibération, annexée à un acte authentique, par laquelle une société anonyme représentée par son conseil d'administration, ordonne le remboursement des avances faites par deux actionnaires, présents à la délibération, et déclare prendre pour son compte les engagements par eux souscrits, antérieurement à la constitution de la société. Il importe peu que ces engagements aient été pris par les associés futurs pour le compte de la société en formation, celle-ci n'ayant aucune existence légale à cette époque et les parties n'alléguant même pas, au surplus, que lesdits engagements aient lieu à titre de stipulation pour autrui, dans les termes des art. 1120 et 1121, C. civ. — Cass., 24 avr. 1893, Soc. Poy, Crémieux et Cie, [S. et P. 94.1.195, D. 93.1.484] — V. Trib. Seine, 26 févr. 1859, [*J. Enreg.*, n. 16956; *Rép. pér.*, n. 2235] — Trib. Lyon, 30 juill. 1891, sous Cass., 24 avr. 1893, précité. — Trib. Rouen, 20 mars 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3023] — Sol. rég., 23 juill. 1894, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3879]

842. — V. *Répartition des bénéfices et des pertes.* — Les associés peuvent répartir à leur gré les bénéfices et les pertes, pourvu que tous les bénéfices ne soient pas attribués à un seul associé, et qu'un associé ne soit pas exempté de toute contribution aux pertes (C. civ., art. 1855). Il importe donc peu que la part dans les bénéfices ne soit pas proportionnée aux apports; il n'en serait autrement que si l'un des associés recevait une part de bénéfices sans avoir fait d'apport. — Trib. Saint-Etienne, 8 mai 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1693; *Rép. pér.*, n. 9133] — Championnière et Rigaud, t. 3, n. 2768.

843. — Aucun droit particulier ne serait également exigible sur l'attribution de la totalité des bénéfices au survivant des associés, ou sur l'attribution au survivant des apports des prémourants. — Championnière et Rigaud, *loc. cit.*; Maguéro, *Traité alph.*, v° *cit.*, n. 223.

844. — Le droit pour un associé de prélever une certaine somme annuellement pour ses besoins personnels ne constitue qu'un partage anticipé de bénéfices et ne donne pas ouverture à un droit particulier. — Trib. Malines, 12 mars 1872, [*J. Enreg. belge*, n. 12043]

845. — Il en est de même de l'attribution d'une somme fixe à prendre par un associé sur les bénéfices, ou même en l'absence de bénéfices. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 224.

846. — VI. *Vente.* — Le droit de mutation à titre onéreux est dû aussi bien lorsque l'équivalent de tout ou partie de l'apport d'un associé est fourni par un autre associé, que lorsqu'il est fourni par la société. — Cass., 13 mai 1879, Soc. de la Galerie Vivienne, [S. 80.1.135, P. 80.289, D. 79.1.450]

847. — Ainsi jugé dans le cas où le prix de l'apport encore dû est mis à la charge des coassociés de l'apporteur. — Cass., 5 janv. 1853, de Prémorvan, [S. 53.1.123, P. 53.1.108, D. 53.1.63]

848. — Si la cession est actuelle et le prix immédiatement fixé, la question ne peut faire doute; mais si elle était soumise à une condition suspensive, l'exigibilité du droit serait suspendue. — Trib. Seine, 13 juin 1838, [*J. Enreg.*, n. 12182] — Trib. Orléans, 28 juill. 1845, [*J. Enreg.*, n. 13850] — Trib. Compiègne, 8 févr. 1849, [*J. Enreg.*, n. 14766] — Trib. Lyon, 13 févr. 1847, [*J. Enreg.*, n. 14204] — Trib. Rouen, 15 janv. 1851, [*J. Enreg.*, n. 15219-2°] — V. Trib. Seine, 1er avr. 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 155; *J. Enreg.*, n. 24407; *Rép. pér.*, n. 7824]

849. — Le droit est encore dû lorsqu'il est convenu qu'à l'expiration de la société, l'usine, apportée par quatre des associés, appartiendra à tous les associés, au nombre de six. — Trib. Annecy, 2 août 1892, [*Rép. pér.*, n. 8117; *J. Enreg.*, n. 24407-9°] — V. Sol. rég., 12 sept. 1890, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3134]

850. — Jugé également que lorsque dans l'acte constitutif d'une société formée entre deux personnes, il est stipulé que l'apport de l'une d'elles, consistant en numéraire, en marchandises et en un fonds de commerce, lui serait remboursé sur ses bénéfices dans la société, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, et que le même acte ajoute « qu'à l'expiration de la société le capital resté dû au cédant lui sera remboursé en espèces par son associé, qui restera propriétaire du fonds social », ces dispositions combinées avec les principes posés par les art. 1181 et 1182, C. civ., impliquent une cession ferme et actuelle entre associés rendant immédiatement exigible le droit proportionnel de mutation. — Trib. Grasse, 4 mai 1903, [*Rev. Enreg.*, n. 3338]

851. — S'il intervient entre un débiteur et ses créanciers une société dans laquelle le débiteur apporte un immeuble et reçoit la libération de sa dette, l'apport contient au profit des créanciers associés une transmission passible du droit proportionnel. — Cass., 6 févr. 1878, Bonnevie, [S. 78.1.183, P. 78.433, D. 78.1.257]; — 13 mai 1879, précité. — Trib. Reims, 27 janv. 1877, sous Cass., 6 févr. 1878, précité.

852. — Mais s'il n'y avait pas extinction réelle de la dette de l'apporteur, et s'il était stipulé, par exemple, que les intérêts

des créances dues soit à des tiers, soit à des associés par l'auteur de l'apport seraient prélevés sur les bénéfices, ou même que la dette de l'associé serait amortie au moyen de bénéfices, s'il y en avait, le droit de mutation ne serait pas exigible, car la libération peut ne jamais se produire, et l'apport reste soumis aux chances sociales. — Déc. min. Fin., 22 juin 1891, [Rev. Enreg., n. 862]

853. — Lorsqu'il est stipulé que celui des associés dont l'apport est le plus faible laissera à la masse sa part dans les bénéfices, jusqu'à ce que son apport soit égal à celui de ses coassociés, cette convention découle du contrat de société et n'est pas assujettie au droit de mutation. — Maguero, *Tr. alph.*, *v° cit.*, n. 225. — *Contra*, Trib. Rouen, 8 mai 1850, [*J. Enreg.*, n. 15259] — Trib. Seine, 25 avr. 1851, [*J. Enreg.*, n. 15190; *J. Not.*, n. 14619] — Si les bénéfices de certains associés étaient attribués à l'associé dont l'apport est le plus élevé, jusqu'à égalisation des apports, le droit de cession de part sociale serait dû. — Sol. rég., 16 janv. 1894, [*Rev. prat.*, n. 3804] — V. Trib. Seine, 27 janv. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2102]

854. — Mais si l'associé paie à son coassocié, non seulement sur sa part de bénéfices, *mais encore de ses deniers personnels*, la différence existant entre les deux apports, la vente est actuelle et le droit est dû. — Trib. Seine, 16 déc. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2214] — Trib. Namur, 10 juin 1875, [*Rép. pér.*, n. 4535] — V. Cass., 13 août 1877, Daumy, [S. 77.1.479, P. 77.1.249, D. 77.1.439] — Trib. Pontoise, 14 août 1873, [*J. Enreg.*, n. 19286]

855. — De même, si l'associé qui a fait l'apport le plus élevé est autorisé à prélever sur le fonds social, avant tout partage, l'excédent de son apport, le droit de mutation est dû (ou celui d'obligation, si l'apport a pour objet une somme d'argent). — — V. Trib. Valenciennes, 23 juill. 1846, [*J. Enreg.*, n. 14077] — Trib. Seine, 17 mars 1847, Comte, [D. 47.4.227] — Trib. Toulouse, 18 févr. 1848, [*J. Enreg.*, n. 14455] — Trib. Saint-Quentin, 21 juin 1848, [*J. Enreg.*, n. 14526] — Trib. Avesnes, 1er juin 1859, [*J. Enreg.*, n. 16952; *J. Not.*, n. 16782; *Rép. pér.*, n. 1186]

856. — La règle ne changerait pas s'il était stipulé que l'excédent de l'apport restera dans la caisse sociale, à titre d'avance productive d'intérêts. — *J. Enreg.*, n. 14938-6°.

857. — On a vu au contraire une simple cession de part sociale, sujette au droit de 0,50 p. 0/0, dans la stipulation portant qu'à une date déterminée, l'un des associés retirera une partie des fonds constituant son apport, tandis que l'autre augmentera son apport d'une somme équivalente. — Trib. Seine, 25 févr. 1893, [*Rev. Enreg.*, n. 414; *J. Enreg.*, n. 24407-19°; *Rép. pér.*, n. 8118] — Le droit fixe serait même seul exigible si la cession était subordonnée à une condition suspensive. — Trib. Seine, 22 juill. 1892, [*Rép. pér.*, n. 7947; *J. Enreg.*, n. 24407-21°]

858. — Il a même été décidé que s'il est convenu qu'un des associés, qui a fourni seul tous les apports, devra dans un délai déterminé, en reprendre une partie qui sera fournie par son coassocié, aucun droit n'est dû s'il n'y a pas réellement cession de part, c'est-à-dire si l'associé qui diminue son apport ne reçoit pas de son coassocié le prix des objets qu'il retire de la société. — Sol. rég., 1er mai 1888, [*Traité alph.*, *v° cit.*, n. 225-4°]

859. — Si un apporteur en nature est autorisé à retirer tout ou partie des fonds apportés par ses coassociés, le droit de mutation est dû sur la somme ainsi retirée, alors même qu'il serait stipulé que ce prélèvement sera fait *quand bon semblera* à l'apporteur. — Cass., 13 août 1877, précité. — V. Trib. Seine, 16 nov. 1860, [*J. Enreg.*, n. 17282; *J. Not.*, n. 15090; *Rép. pér.*, n. 1445] — Trib. Charleville, 20 juin 1861, [*J. Enreg.*, n. 17322; *Rép. pér.*, n. 1549]

860. — Toutes les fois qu'un contrat de société renferme une vente ou une obligation actuelle, le droit de mutation ou celui d'obligation doit être immédiatement perçu, et ne peut être réclamé lorsque deux ans se sont écoulés depuis l'enregistrement du contrat. — Cass., 5 janv. 1853, de Prémorvan, [S. 53.1.123, P. 53.1.108, D. 53.1.63]

861. — VII. *Clauses diverses.* — Le cautionnement des associés par la société rend exigible le droit de 0,50 p. 0/0; il en est de même du cautionnement de la société par un associé. — Trib. Seine, 9 déc. 1846, [*J. Enreg.*, n. 14147]; — 8 août 1857, [*J. Enreg.*, n. 16627; *Rép. pér.*, n. 943]; — 29 nov. 1861, Amoudru, [P. *Bull. d'Enreg.*, art. 767, D. 62.3.15] — Sol. rég., 15 janv. 1869, [*J. Enreg.*, n. 17386; *Rép. pér.*, n. 3260]

862. — Le droit est également dû si les membres d'une nouvelle société garantissent le paiement du passif envers une ancienne société dont ils faisaient partie. — Trib. Seine, 23 janv. 1864, [*Rép. pér.*, n. 1912]

863. — Mais aucun droit ne serait exigible si une société s'engageait à répondre personnellement de la charge de garantie *éventuelle* qui grève le [illegible] les biens apportés en société, car cet engagement est une conséquence directe du contrat. — Trib. Angers, 20 avr. 1888, [*J. Enreg.*, n. 23609; *Rép. pér.*, n. 7185]

864. — La stipulation d'une clause pénale n'est assujettie à aucun droit particulier. — Championnière et Rigaud, t. 3, n. 2765.

865. — Le droit de vente est dû, pour dation en paiement, sur la cession, par une société dissoute, d'une partie de son actif à quelques uns de ses membres, en remboursement des avances faites par ceux-ci depuis la dissolution. — Trib. Beauvais, 13 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17151; *Rép. pér.*, n. 1427] — V. aussi Trib. Rambouillet, 12 déc. 1845, [*J. Enreg.*, n. [illegible]] — Trib. Bagnères, 22 mars 1855, [*J. Enreg.*, n. 1603[illegible]] — Trib. Rennes, 8 août 1868, [*Rép. pér.*, n. 2936]

866. — Si, pour libérer la société d'une dette dont elle est tenue envers un associé, celui-ci est dispensé de verser une somme égale dont il est débiteur envers la société, le droit de 0,50 p. 0/0, pour compensation est exigible. — Trib. Valenciennes, 1[illegible] janv. 1866, [*Rép. pér.*, n. 3181]

867. — Il a été reconnu que le droit de 0,50 p. 0/0 était dû pour indemnité sur la somme payée au gérant d'une société comme condition de sa démission. — Sol. rég., 5 mars 1866, [*J. Enreg.*, n. 18264; *Rev. Not.*, n. 1653]

868. — L'apport en société peut fournir la preuve d'une mutation secrète. Il a été jugé dans cet ordre d'idées que lorsqu'un associé qui figure dans l'acte primitif de société comme apporteur d'une part indivise d'immeubles et d'un fonds de commerce n'est plus au nombre des associés au jour de la transformation entraînant création d'un nouvel être moral, et que, d'autre part, la société est toujours propriétaire de la totalité desdits fonds de commerce et immeubles, il résulte de ce fait la preuve qu'une mutation de propriété, portant sur ladite portion indivise de ces valeurs s'est effectuée de l'apporteur aux autres associés. Les parties ne peuvent arguer, en l'espèce, de l'existence d'une prétendue liquidation de la société anonyme transformée depuis en société en commandite. Le droit proportionnel est d'ailleurs dû non par la société nouvelle, qui est restée étrangère à la mutation, mais par les membres de l'ancienne société pris individuellement. — Trib. Seine, 21 mai 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1831; *J. Enreg.*, n. 25539; *Rép. pér.*, n. 9402; *J. Not.*, n. 25956]

869. — Lorsque trois personnes forment une société pour la continuation de l'association de fait qui existait entre deux d'entre elles, la clause par laquelle l'un des associés fournit son apport au moyen du prélèvement de pareille somme sur son compte courant dans la première société, constitue un arrêté de compte passible du droit de 1 p. 0/0 jusqu'à concurrence de la somme fixée. — Trib. Marseille, 29 avr. 1879, [*Rép. pér.*, n. 5509]

870. — Si un commanditaire apporte une créance, actuellement exigible, sur l'associé en nom, le droit de 0,20 p. 0/0 pour prorogation de délai est dû dans le cas où les statuts prohibent le recouvrement de cette créance avant un certain délai. — Sol. rég., 30 juill. 1894, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3879]

871. — Lorsqu'il est fait apport pur et simple de certaines valeurs par des sociétés en nom collectif à une société anonyme en formation et que les actions représentatives de cet apport sont attribuées, non aux sociétés en nom collectif personnellement, mais individuellement aux membres de ces sociétés, cette attribution a le caractère de disposition indépendante. Elle donne ouverture au droit de partage de 0,15 p. 0/0 et de plus à celui de soulte, si le partage ainsi effectué ne porte pas en lui-même la preuve de l'égalité des lots. La même règle est applicable à l'attribution divise d'actions faite à des copropriétaires en représentation de l'apport d'un immeuble indivis entre eux. — Trib. Saint-Etienne, 30 oct. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2879]

§ 5. *Différenciation du contrat de société et de divers autres contrats.*

872. — La distinction entre la société et le louage d'industrie est délicate, surtout quand le commis ou l'employé a droit à une part de bénéfices. C'est là surtout une question de fait qui ne peut être résolue que d'après les circonstances de chaque affaire

(Naquet, t. 1, n. 454). Il en est de même de la société et du mandat salarié. — Naquet, t. 1, n. 455. — V. d'ailleurs, *suprà*, n. 602 et s.

873. — La société peut encore être confondue avec le prêt. Si le prétendu associé reçoit une somme fixe annuelle, non proportionnée aux bénéfices, et si le remboursement de la somme mise en société lui est garanti, la convention constitue un prêt et donne ouverture au droit d'obligation. — Cass., 30 juill. 1861, Meynadier, [S. 61.1.789, P. 62.1023, D. 61.1.425]; — 16 juin 1863, Cauchois, [S. 63.1.334, P. 63.1078, D. 63.1.295] — Lyon, 18 juin 1868, Charlet, [S. 69.2.20, P. 69.196] — Trib. Nantes, 18 août 1840, [*J. Enreg.*, n. 12584] — Trib. Seine, 1er août 1863, [*J. Enreg.*, n. 17746]; — 21 juill. 1865, *Rép. pér.*, n. 2211] — Trib. Bruxelles, 13 août 1868, [*Rép. pér.*, n. 3341] — V. aussi Grenoble, 29 janv. 1870, Synd. Gassaud, [S. 70.2.217, P. 70.900, D. 71.2.76]

874. — Il importerait peu que le prêt fût déguisé sous l'apparence d'un apport à titre de commandite, si, en réalité, cet apport est soustrait aux risques sociaux. — Cass., 19 mars 1879, de Lalène-Laprade, [S. 79.1.229, P. 79.542, D. 79.1.395] — Trib. Avesnes, 23 févr. 1877, sous cet arrêt — V. aussi Trib. Seine, 31 août 1860, [*Rép. pér.*, n. 1380]; — 21 juill. 1865, précité; — 29 avr. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20067; *Rép. pér.*, n. 4433] — Trib. Bordeaux, 18 déc. 1887, [*J. Enreg.*, n. 23003; *Rep. pér.*, n. 7025] — Trib. Barbezieux, 22 juill. 1890, [*Rép. pér.*, n. 7578] — Sol. rég., 27 avr. 1894, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3802]

875. — Même solution dans le cas où l'associé a la faculté de retirer sa mise dans certains cas déterminés. — Trib. Rouen, 8 juill. 1869, [*Rép. pér.*, n. 3154]

876. — La Cour de cassation admettant que les intérêts des apports peuvent être prélevés sur les frais généraux, la seule stipulation d'intérêts payables même en l'absence de bénéfices ne confère pas aux mises sociales le caractère de prêts. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 237. — V. Trib. Saint-Quentin, 12 avr. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2187]

877. — Jugé également que l'apport d'une somme en argent à titre de commandite, par deux associés, dont l'un est encore et l'autre a été associé en nom collectif, n'a pas le caractère de prêt et n'est pas soustrait aux risques de l'entreprise par cela seul qu'il ne donne droit à aucune participation dans les bénéfices et qu'il est stipulé remboursable annuellement, sans intérêts, par dixièmes, au moyen d'un prélèvement sur les bénéfices. — Trib. Seine, 1er juill. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2193]

878. — Il a été décidé que l'acte qualifié association en participation, par lequel un employé verse en compte courant une somme productive d'intérêts et soustraite aux chances de l'entreprise, et stipule un salaire déterminé comme rémunération de son travail, est passible du droit d'obligation à 1 p. 0/0 pour prêt, et d'un autre droit de 1 p. 0/0 pour louage de services. — Sol. rég., 17 sept. 1878.

879. — Toute convention qui dispense un associé *solvable*, d'effectuer l'apport qu'il a promis, équivaut à une remise de dette passible du droit de 0,50 p. 0/0. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 238 *bis*.

880. — Il y a vente passible du droit de 5,50 p. 0/0 et non société dans le cas où un entrepreneur, chargé par une ville de percer une rue, moyennant l'abandon de terrains en bordure, convient avec un tiers que ce dernier lui fournira les fonds en échange d'une partie de terrain. — Cass., 20 août 1867, Legrand, [S. 67.1.407, P. 67.1089, D. 67.1.337] — V. aussi Trib. Seine, 3 déc. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16931]

881. — Il en serait de même si mandat était donné à un tiers de vendre un immeuble moyennant un prix payé par le mandataire au mandant et avec stipulation que le premier bénéficiera de l'excédent ou supportera le déficit. — Cass., 8 nov. 1841, Mariotton, [S. 41.1.880, P. 41.2.686]; — 22 août 1842, Guillaume et Hédin, [S. 42.1.812, P. 43.2.580]; — 11 déc. 1855, Fourson et autres, [S. 56.1.542, P. 56.1.264, D. 56.1.305]

§ 6. *Transcription des actes de société.*

882. — L'apport étant translatif de propriété, le droit de transcription devrait être exigible sur le contrat de société. Mais la Cour de cassation admettant le caractère déclaratif de l'apport (à condition bien entendu qu'il soit pur et simple) a décidé que l'acte de société échappait au droit de transcription. La Régie a dû accepter cette jurisprudence. — Cass., 23 mars 1846, Aubry et Guillemin, [S. 46.1.312, P. 46.2.52, D. 46.1.145]; — 8 juill. 1846, Houel, [S. 46.1.688, P. 46.2.381, D. 46.1.268]; — 5 janv. 1848, Puissant, [S. 48.1.197, P. 48.1.379, D. 48.1.57] — Trib. Châlons, 19 mai 1843, [*J. Not.*, n. 11849] — Trib. Montpellier, 29 mai 1843, [*J. Not.*, n. 11791] — Trib. Bar-le-Duc, 20 mars 1844, [*J. Not.*, n. 11988] — Trib. Lyon, 26 mars 1844, [*J. Not.*, n. 12441] — Trib. Foix, 13 août 1844, [*J. Not.*, n. 12263] — Trib. Lille, 23 août 1844, [*J. Not.*, n. 12312] — Trib. Prades, 23 déc. 1844, [*J. Not.*, n. 12264] — Trib. Sedan, 6 févr. 1845, [*J. Not.*, n. 12312] — Trib. Privas, 16 août 1847, [*J. Not.*, n. 13721] — *Contrà*, Demante, [*Rép. pér.*, n. 5145]

883. — Il importe peu d'ailleurs que la société soit *obligée* de transcrire ou de purger. — Cass., 5 févr. 1850, Blanc, [S. 50.1.145, P. 50.1.113, D. 50.1.41] — Trib. Seine, 20 juill. 1854, 27 juill. 1855, 7 janv. 1859, [*J. Enreg.*, n. 16898; *J. Not.*, n. 16508; *Rép. pér.*, n. 1238] — Sol. rég., 16 sept. 1859, [*Inst. Enreg.*, n. 2163, § 6. — *Contrà*, Cass., 13 déc. 1843, Leclerc, [S. 44.1.239, P. 43.2.250]; — 3 janv. 1848, Hallette, [S. 48.1.156, P. 48.1.369, D. 48.1.64]; — 4 janv. 1848, Leverdat-Fombelle, [S. 48.1.156, P. 48.1.369, D. 48.1.64]; — 4 déc. 1849, Comp. du gaz de Rennes, [S. 50.1.145, P. 50.1.113, D. 49.5.380] — Trib. Seine, 1er déc. 1841, [*J. Enreg.*, n. 12875]; — 12 mars 1847, sous Cass., 3 janv. 1848, précité; — 17 mars 1847, sous Cass., 4 janv. 1848, précité. — Trib. Lyon, 2 avr. 1849, [*J. Enreg.*, n. 14809-2°]

884. — Mais le droit serait évidemment dû si l'acte était effectivement présenté à la transcription. — V. Trib. Saint-Quentin, 21 déc. 1892, [*J. Enreg.*, n. 24407-14°; *Rev. Enreg.*, n. 444; *Rép. pér.*, n. 8288]

SECTION II.

Modifications apportées au contrat primitif de société.

§ 1. *Modifications des statuts.*

885. — Le droit de 0,20 p. 0/0 perçu sur l'acte constatant la formation de la société couvre toutes les modifications qui peuvent se produire ultérieurement dans la société, à moins que ces modifications aient pour résultat de dissoudre la société et d'en créer une nouvelle.

886. — Lorsque la modification porte sur *l'objet* de la société, la question de savoir s'il y a ou non constitution d'une société nouvelle est une pure question de fait. Si une société prospère élargit la sphère de ses attributions, elle n'en continue pas moins à subsister. Il en serait autrement si elle abandonnait complètement son objet primitif : on présumera plus facilement la création d'une société nouvelle lorsque les modifications introduites n'auront pas été prévues par les statuts. — P. Pont, t. 2, n. 1085 et 1086; Houpin, n. 798.

887. — Il a été reconnu qu'une société nouvelle avait été créée, et un nouveau droit de 0,20 p. 0/0 a été, en conséquence, exigé dans les espèces suivantes :

888. — Société anonyme d'assurances contre la mortalité du bétail étendant ses opérations aux assurances et réassurances contre l'incendie, modifiant son nom, augmentant son capital. — Trib. Lille, 15 déc. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20269; *J. Not.*, n. 21621; *Rép. pér.*, n. 459]

889. — Société anonyme française formée entre les mêmes personnes pour la continuation des affaires d'une société anonyme étrangère déjà existante, avec changement d'opérations, de nom et de siège social. — Trib. Avesnes, 11 août 1883, Soc. des usines et produits chimiques d'Hautmont, [D. 84.5.230]

890. — Au contraire, il a été jugé que si le but et la durée de la société ne sont pas changés, c'est l'ancienne société qui subsiste. — Trib. Laon, 28 juill. 1887, [*Rép. pér.*, n. 6994]

891. — Les modifications qui se produisent dans le personnel de la société n'ont d'intérêt, ainsi qu'on va le voir, que dans les sociétés de personnes et non dans les sociétés de capitaux.

892. — Les modifications dans l'administration n'ont aucun effet sur la constitution même de la société. Au contraire le décès de l'un des associés suffit, dans les sociétés de personnes, pour dissoudre la société, à moins que le contraire ne soit stipulé dans les statuts.

893. — Dans les sociétés de capitaux, la retraite de l'un des associés n'altère nullement l'essence du contrat. Il en est de même dans les sociétés de personnes si cette retraite a été prévue par les statuts : en ce cas le droit de partage est seul dû si l'associé qui se retire est désintéressé au moyen de l'abandon de

valeurs communes, et le droit de cession de part, si la part de l'associé est rachetée par ceux qui restent en société. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 141

894. — Jugé que cette solution doit être suivie même si la retraite de l'associé n'a pas été prévue par les statuts, car dans ce cas la dissolution n'a lieu que relativement à celui qui se retire. — Trib. Rouen, 28 févr. 1889, [*Rép. pér.*, n. 7247]

895. — L'adhésion de nouveaux membres à une société qui n'est pas encore constituée ne donne ouverture qu'au droit fixe. Lorsque la société est déjà constituée, il faut distinguer si les statuts prévoient l'adhésion ou ne la prévoient pas.

896. — Dans le premier cas, le droit fixe sera seul dû si l'adhésion se produit sans augmentation du capital social. Si le capital social se trouve augmenté, le droit de 0,20 p. 0/0 est dû sur les nouveaux apports. — V. Trib. Seine, 26 juill. 1854, [*J. Not.*, n. 16112] — Délib. Enreg., 17 mai 1823, [*J. Not.*, n. 4596]

897. — Jugé, en ce sens, que l'adjonction d'un nouveau membre à une société en nom collectif et les changements dans le capital, la raison sociale et le mode de partage des bénéfices qui en sont la suite, n'ont pas pour effet de dissoudre la société primitive et de la remplacer par une autre. En conséquence, si un immeuble acquis par la société, même avant l'adjonction du nouveau membre, est attribué à celui-ci, par voie de partage, en fin de société, cette attribution ne donne pas ouverture au droit de mutation. — Trib. Lille, 20 juill. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2456]

898. — Enfin si l'adhésion s'opère au moyen de la substitution totale ou partielle du nouveau membre à un associé, le droit de cession de part sociale est exigible. — V. Cass., 7 mars 1866, Parent et autres, [S. 66.1.173, P. 66.430, D. 66.1.119]; — 29 déc. 1868, Parent, Shaken et Cie, [S. 69.1.133, P. 69.302, D. 69.1.73]; — 17 août 1870, Vitali et Cie, [S. 70.1.435, P. 70.1136, D. 70.1.150] — Trib. Seine, 27 nov. 1863, sous Cass., 7 mars 1866, précité. — Trib. Montargis, 10 mars 1879, [*Rép. pér.*, n. 5496] — V. cep. Trib. Reims, 24 juill. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2898] — V. *infrà*, n. 975.

899. — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'adhésion n'est pas prévue par les statuts, le droit de 0,20 p. 0/0 est également seul dû sur l'augmentation du capital social, ou le droit de 0,50 p. 0/0 sur la cession de part. — Cass., 7 mars 1866, précité; — 29 déc. 1868, précité... — A moins que cette adjonction ne donne lieu à des modifications essentielles du contrat primitif. — V. Trib. Lille, 23 déc. 1892, [*J. Enreg.*, n. 24407-18°]

900. — Il a d'ailleurs été décidé que si, à la suite du décès ou de la retraite d'un associé, les coassociés dissolvaient, puis reconstituaient la société entre eux après avoir acquis la part de celui qui s'est retiré ou qui est décédé, le droit de cession de part sociale pourrait être exigé s'il était établi que la dissolution et la reconstitution de la société n'ont été que fictives. — Cass., 15 avr. 1872 (2 arrêts), Roy, Liévin, [S. 72.1.247, P. 72.575, D. 72.1.322]

§ 2. *Augmentation ou réduction du capital social.*

901. — L'augmentation du capital social n'entraîne pas, en général, dissolution de la société. En droit fiscal elle ne donne ouverture qu'au droit de 0,20 p. 0/0 sur les apports complémentaires. — Cass., 19 janv. 1876, Banque franco-égyptienne, [S. 76.1.133, P. 76.301, D. 76.1.184] — Trib. Seine, 17 avr. 1875, Banque franco-égyptienne, [S. 75.2.302, P. 75.1132]; — 10 mars 1882, [*Rép. pér.*, n. 5943] — Sol. rég., 8 août et 11 nov. 1872, [*Rép. pér.*, n. 3688; *J. Enreg.*, n. 19231; *J. Not.*, n. 20336 et 20393]; — 28 mai 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 142; *J. Enreg.*, n. 24407-2°] — V. également, *Rép. pér.*, n. 3636; *J. Enreg.*, n. 19231.

902. — S'il est stipulé dans le contrat primitif que chaque associé devra laisser ses bénéfices dans la caisse sociale, à titre d'augmentation d'apport, le droit de 0,20 p. 0/0 est dû dès que cette augmentation d'apport peut être établie. — Sol. rég., 28 sept. 1892.

903. — Si le capital est augmenté au moyen de l'émission de nouvelles actions, le droit de 0,20 p. 0/0 est dû non seulement sur le capital nominal, mais encore sur le montant de la prime dont le versement est imposé aux souscripteurs. — *Rev. Enreg.*, n. 3300.

904. — La réduction du capital social ne donne ouverture qu'au droit proportionnel de partage si elle a lieu par le remboursement aux associés d'une fraction de leurs parts, ou par l'attribution de valeurs communes à certains associés qui se retirent. — Trib. Seine, 2 mars 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2431; *Rép. pér.*, n. 9891] — V. Trib. Marseille, 8 févr. 1894, [*Rép. pér.*, n. 8336] — Si au contraire la société désintéressait ces associés autrement qu'au moyen de valeurs communes, le droit de cession de part serait exigible. — Trib. Seine, 6 mars 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1139; *J. Enreg.*, n. 24833; *Rép. pér.*, n. 8839] — Ces solutions doivent être suivies, même si l'on admet, avec certains auteurs, que la réduction du capital social entraîne la dissolution de la société, car, du moment où la société subsiste en fait, la Régie ne peut arguer de sa nullité pour exiger le droit de formation de société.

905. — Jugé que l'acte constatant des modifications relatives au personnel, à la valeur des apports, et à la répartition des bénéfices, mais n'altérant en rien l'essence de la société qui continue à subsister, n'est passible que du droit fixe. — Trib. Epinal, 13 avr. 1893 (inédit).

§ 3. *Transformation ou conversion de la société.*

906. — Quelles que soient les conséquences, en droit civil, de la transformation d'une société, il est admis, en droit fiscal, que le droit fixe est seul dû quand la transformation se fait sans modifications relatives au fonds social, à la nature de l'entreprise, à l'objet de la société, etc. Il en a été ainsi décidé dans les cas suivants.

907. — Transformation de société en commandite par actions en société anonyme, alors même que tous les anciens associés ne feraient pas partie de la nouvelle société. — Délib. enreg., 26 mai-3 juin 1874, [*Traité alph.*, v° *cit.*, n. 150] — V. aussi Sol. rég., 9-12 juin 1863, [S. 63.2.184]; — 12 sept. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20179; *Rép. pér.*, n. 4550; *J. Not.*, n. 21621; *Rev. Not.*, n. 5345]

908. — Transformation d'une société civile en société anonyme, conformément aux prévisions de l'art. 7, L. 1er août 1893. — Sol. rég., 28 févr. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1056; *Rép. pér.*, n. 8588]

909. — Transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme. — Garnier, *Rép. pér.*, n. 3612-3°.

910. — Transformation d'une société en commandite simple en société en commandite par actions. — Sol. rég., 9-12 juin 1863, précité.

911. — Transformation d'une société anonyme autorisée en société anonyme libre; transformation d'une société en nom collectif ou en commandite simple en une société anonyme, si cette transformation est prévue par les statuts. — Sol. rég., 25 nov. 1890 — Trib. Seine, 21 mai 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1831; *J. Enreg.*, n. 25539; *Rép. pér.*, n. 9402]

912. — Mais si la transformation est accompagnée de modifications profondes dans le capital, la durée ou l'objet de la société, un nouveau droit de 0,20 p. 0/0 est exigible. — Cass., 29 juill. 1890, Soc. des mines argentifères de Pontpéan, [S. 91.1.183, P. 91.1.418, D. 91.1.54] — Trib. Seine, 9 avr. 1856, [*J. Enreg.*, n. 16270] — Trib. Bordeaux, 7 mai 1873, [*J. Enreg.*, n. 19664; *Rép. pér.*, n. 3892] — Trib. Rennes, 26 mai 1884, [*J. Enreg.*, n. 22445; *Rép. pér.*, n. 6522] — Trib. Béthune, 15 janv. 1886, [*J. Enreg.*, n. 22617; *Rép. pér.*, n. 6670]

913. — La conversion d'une société en nom collectif en une société en commandite simple, laisse subsister l'ancienne société, si cette conversion a été prévue par les statuts. — Sol. rég., 3 oct. 1888, [*Rép. pér.*, n. 7352]; — 5 avr. 1897, [*Rép. pér.*, n. 9027]

914. — Si, au contraire, la conversion de société en nom collectif en commandite simple n'a pas été prévue par les statuts, l'essence même de la société est modifiée et une société nouvelle existe, d'après la Régie. — Cass., 29 juill. 1890, précité. — Trib. Rennes, 26 mai 1884, précité.

915. — Jugé, en ce sens, que si la conversion, non prévue par les statuts, d'une société en nom collectif en société en commandite simple, coïncide avec la réduction des opérations commerciales, l'augmentation du capital social et le changement de la raison sociale, de telles modifications entraînent la dissolution du pacte primitif et la création d'un être moral nouveau. Le droit de 0,20 p. 0/0 est, dès lors, exigible sur le capital social entier et non pas seulement sur son augmentation. — Trib. Valenciennes, 29 avr. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1799]

916. — De même, l'acte par lequel des associés en nom collectif prorogent la durée de la société existant entre eux, portent de 200,000 fr. à 4 millions le capital originaire et s'autorisent

réciproquement à céder leurs parts à des tiers dénommés ainsi qu'à se faire remplacer ou représenter par eux dans la société, a, en réalité, le caractère d'une société nouvelle et entraîne, par conséquent, la création d'un être moral nouveau. Il en résulte que les biens acquis par l'ancienne société sont devenus la propriété personnelle des associés au jour de l'extinction du premier être moral et ont le caractère d'apports effectués à la société nouvelle. — Cass., 25 nov. 1901, Prouvost-Lefebvre, [S. et P. 1903.1.241, D. 1903.1.145] — V. à ce sujet les observations de la *Rev. Enreg.*, n. 2874.

917. — Toutefois les tribunaux n'ont pas admis ce critérium sans réserve. Nous citons ci-après quelques décisions d'après lesquelles la conversion, même non prévue par les statuts, n'emporte pas création d'une société nouvelle.

918. — Lorsqu'une société en nom collectif se transforme en société en commandite simple par la substitution à un des associés primitifs d'un commanditaire, cette modification, alors même qu'elle serait accompagnée d'une réduction du capital et qu'elle n'aurait pas été expressément prévue par les statuts, n'a pas pour effet de substituer une nouvelle société à l'ancienne, si les statuts prévoient, d'ailleurs, pour certains cas déterminés autres que celui qui s'est produit, une transformation analogue. L'acte qui la constate ne donne, en conséquence, ouverture au droit de 0,20 p. 0/0 que sur l'apport de l'associé nouveau. Le droit de cession de bail n'est pas dû, pour le même motif, sur la clause de l'acte modificatif portant que le bail consenti à la société primitive sera continué. — Trib. Seine, 1er juill. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2193, *J. Enreg.*, n. 25810]

919. — Lorsque des associés en nom collectif prorogent la durée de la société formée entre eux et s'adjoignent un commanditaire, cet acte modificatif n'a pas pour effet de dissoudre l'ancien être moral pour en créer un nouveau. Il en est ainsi alors même que cette modification coïncide avec une augmentation du capital social, surtout si cette augmentation n'est que la constatation de l'accroissement du fonds social par suite de l'accumulation des bénéfices. — Trib. Remiremont, 25 janv. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2432 ; *Rép. pér.*, n. 9855]

920. — La Régie a reconnu elle-même que la transformation d'une société en nom collectif en société en commandite simple ne donne pas naissance à un nouvel être moral dès lors que les membres de la société en nom collectif demeurent, en qualité de gérants de la société en commandite, indéfiniment responsables envers les tiers. — Sol. rég., 6 avr. 1897, [*J. Enreg.*, n. 25260; *Rép. pér.*, n. 8999 ; *Rev. Enreg.*, n. 1587] — ... Ou dès lors qu'aucune modification n'est apportée dans l'objet, la durée et le capital de l'ancienne société. — Sol. rég., 5 avr. 1897, précitée.

921. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que si les parties ont entendu maintenir la société originaire, l'adjonction d'un nouveau membre dans une société en nom collectif, alors même qu'elle n'a pas été prévue par les statuts, n'entraîne pas la formation d'une société nouvelle. — Trib. Lille, 29 juin 1894, [*Rép. pér.*, n. 8457]

922. — On doit se baser sur le même critérium (transformation prévue ou non dans les statuts) pour apprécier si la transformation n'est pas ou est assujettie au droit de 0,20 p. 0/0 dans les cas suivants :

923. — ... Transformation d'une société en nom collectif en une société anonyme ou en une société en commandite par actions. — Trib. Seine, 4 déc. 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 36]; — 21 mai 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1831 ; *J. Enreg.*, n. 25539 ; *Rép. pér.*, n. 9402] — V. Instr. Enreg., n. 2798, § 4.

924. — Il a été jugé, en ce sens, que lorsqu'une société de personnes a été dissoute d'un commun accord et remplacée par une société de capitaux absolument distincte, l'apport des biens de l'ancienne société fait par les membres de celle-ci à l'être moral nouveau implique nécessairement qu'ils ont été au préalable appropriés desdits biens. En conséquence, si les biens qui leur ont été ainsi attribués comprennent des apports faits par d'autres à la société primitive, cette attribution a le caractère d'une mutation à titre onéreux passible du droit proportionnel. Mais on ne doit considérer comme biens apportés que ceux qui ont été mis en commun lors de la formation de la société primitive. Si celle-ci est arrivée au terme de sa durée sans avoir été prorogée, elle ne se trouve pas nécessairement dissoute par la seule échéance du terme. Lorsque ses membres ont continué à poursuivre, en fait, l'œuvre commune, il importe peu que l'acte de prorogation régularisant cet état de fait n'ait été souscrit que plusieurs années après l'échéance du terme assigné à la société originaire. Le juge du fait peut décider que ce n'en est pas moins le même être moral qui continue de subsister, dès lors que les clauses essentielles des statuts régissant les associés demeurent les mêmes. Par suite, lorsqu'intervient la dissolution de la société ainsi prorogée et l'attribution de l'actif aux associés, c'est à la date de la formation de la société primitive et non au jour du nouvel acte la prorogeant, même postérieur de plus de deux ans à l'expiration de sa durée, qu'on doit se placer pour apprécier quels sont, parmi les biens attribués aux copartageants, ceux qui ont le caractère d'apports. — Cass., 4 févr. 1901, Depotter, [*Rev. Enreg.*, n. 2628] — Trib. Saint-Omer, 5 mars 1897, [*Ibid.*]

925. — ... Transformation en commandite simple ou en société en nom collectif d'une société à responsabilité limitée, ou réciproquement. — Trib. Seine, 10 avr. 1869, [*Rép. pér.*, n. 3144]

926. — ... Transformation d'une société en commandite en une société anonyme. — Trib. Béthune, 15 janv. 1886, [*J. Enreg.*, n. 22617; *Rép. pér.*, n. 6670] — V. aussi Trib. Vitré, 19 juill. 1893, [*J. Enreg.*, n. 24407-5°; *Rép. pér.*, n. 8278]

927. — ... Transformation d'une société civile en une société anonyme chargée d'éteindre le passif qui grevait les biens de la première société. — Cass., 15 févr. 1888, Moïtenier, [S. 90.1.35, P. 90.1.57, D. 88.1.421]

928. — ... Transformation d'une société anonyme en une société à parts d'intérêt. — Sol. rég., 20 sept. 1893.

929. — Mais il faut remarquer que, même dans le cas où la transformation est prévue par les statuts, le droit de 0,20 p. 0/0 devient exigible, si les éléments essentiels de la société se trouvent modifiés, et si, par suite, une personne morale nouvelle est créée. — Trib. Seine, 4 déc. 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 36; *Rép. pér.*, n. 7809]

930. — Le droit est dû si la transformation a lieu après la dissolution de la société (Sol. rég., 6 oct. 1873). Toutefois, il a été décidé qu'un nouveau droit n'était pas exigible sur la délibération de l'assemblée générale des actionnaires décidant, au cours de la liquidation, de continuer la société, *dans les conditions prévues par les statuts primitifs.* — Sol. rég., 7 avr. 1892, [S. et P. 95.2.119]

§ 4. *Fusion de sociétés.*

931. — Le droit de 0,20 p. 0/0 est seul exigible sur l'augmentation d'apports qui résulte de l'absorption d'une société par une autre qui continue d'exister, ou sur le capital de la société nouvelle formée par la réunion de deux sociétés dissoutes qui fusionnent, à condition toutefois que la nouvelle société ne soit pas chargée d'acquitter le passif des anciennes.

932. — Si, au contraire, le passif est payé par la nouvelle société, il y a apport à titre onéreux, passible du droit de vente. — Cass., 23 mai 1859, Comp. parisienne d'éclairage et de chauffage par le gaz, [S. 59.1.695, P. 60.276, D. 59.1.464]; — 15 déc. 1868, Soc. immobilière, [S. 69.1.278, P. 69.670, D. 69.1.250]; — 22 déc. 1868, Delmas, [S. 69.1.279, P. 69.672, D. 69.1.156] — Trib. Seine, 23 juin 1866, sous Cass., 15 déc. 1868, précité. — V. aussi Trib. Beauvais, 13 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17151 ; *Rép. pér.*, n. 1427] — Trib. Seine, 16 nov. 1860, [*J. Enreg.*, n. 17282; *J. Not.*, n. 17090; *Rép. pér.*, n. 1445]

933. — Il a été jugé, en ce sens, que le droit de mutation était dû sur le traité de fusion intervenu entre deux sociétés et duquel il résulte que l'une a apporté à l'autre tout son actif à charge par celle-ci d'acquitter le passif et de remettre aux actionnaires de la première un certain nombre d'actions de la seconde nouvellement créées. Vainement objecterait-on, pour échapper au droit de mutation mobilière auquel un semblable traité donne ouverture, que la société absorbée a été mise en liquidation et que la société absorbante a été constituée liquidateur avec le mandat de réaliser l'actif et d'éteindre le passif pour le compte de la première. La liquidation a, en effet, pour but de dégager de l'actif brut l'actif net que les associés auront à se partager. Mais si, d'ordinaire, cette opération comporte l'achèvement des affaires en cours, l'acquittement des dettes et le recouvrement des créances, rien n'empêche les associés de convenir que l'actif sera attribué soit à l'un d'eux, soit à une autre société, à charge par elle de payer les dettes sociales et de remettre aux membres de la société dissoute une certaine valeur qui représente le bénéfice évalué à forfait aux risques et périls comme au profit éventuel du cessionnaire. Sans doute, la répartition par les soins de la société absorbante des actions nouvelles attribuées

aux actionnaires de la société absorbée par le traité de fusion, dans la mesure où la valeur vénale des nouveaux titres dépassait le montant des versements faits à cette dernière société par ses actionnaires, constitue la distribution des bénéfices réalisés par elle, ce qui était l'objet même de sa liquidation ; mais c'est, non plus en cette qualité de liquidateur, mais en celle toute différente de cessionnaire de l'actif, que la société absorbante devait accomplir et a effectivement accompli les autres opérations juridiques que comportait l'exécution complète du contrat de fusion, dès lors que c'est à ses risques et périls qu'elle a apuré le passif mis à sa charge et qu'elle a profité seule des bénéfices pouvant résulter de la réalisation de l'actif. — Cass., 6 mai 1896, Crédit foncier, [S. et P. 97.1.294, D. 97.1.117] — Trib. Seine, 7 juin 1889, [Rev. Enreg., n. 1153]

934. — Même solution en ce qui concerne le traité intervenu entre deux sociétés quand il résulte tant de ses termes que des autres documents produits par la Régie que l'apport fait à l'une des sociétés par l'autre, qui fusionne avec la première, n'est pas pur et simple, en ce sens que la société absorbante s'engage non seulement à acquitter tout le passif de la société dissoute, mais aussi à verser une certaine somme, le tout en échange de l'actif mis à sa disposition. On ne saurait, d'ailleurs, valablement prétendre que cet apport à titre onéreux est fait antérieurement à la dissolution et à la liquidation de la société absorbée. Celle-ci est dissoute par le fait même de la cession de tout son actif et passif, et sa liquidation est devenue inutile. — Trib. Bar-le-Duc, 22 févr. 1899, [Rev. Enreg., n. 2031; J. Enreg., n. 25678]

935. — En cas de fusion de sociétés, le droit fixe de dissolution (7,50) ne peut être perçu indépendamment du droit proportionnel de 0,20 p. 0/0 que si l'acte renferme une disposition spéciale et formelle de dissolution. — Trib. Seine, 31 juill. 1857, [J. Enreg., n. 16634]

§ 5. *Prorogation de la société.*

936. — La loi du 28 févr. 1872, art. 1, n. 1, soumet au droit gradué (aujourd'hui droit de 0,20 p. 0/0) les actes de prorogation de société. Il importe donc peu que cette convention entraîne ou non constitution d'une nouvelle société.

937. — Le droit ne peut être perçu que sur un *acte* formant titre. Mais la prorogation peut ne pas être expresse. C'est ainsi que le droit sera dû si l'acte modificatif reporte le terme d'expiration de la société à une date plus éloignée que celle qui avait été primitivement fixée. — Trib. Seine, 16 mars 1894, [J. Enreg., n. 24407-6°; Rép. pér., n. 8323] — V. *suprà*, n. 924.

938. — Mais si la prorogation est prévue par les statuts, et si elle est *obligatoire* pour les associés, comme dans le cas où la société continue, après le décès d'un associé, entre les héritiers de celui ci et les coassociés survivants, le droit fixe de 3 fr. est seul dû sur l'acte qui constate la continuation de l'entreprise. — Trib. Epinal, 13 avr. 1893 (inédit). — Si la prorogation était *facultative*, le droit proportionnel serait exigible. Le droit de prorogation est d'ailleurs indépendant de celui qui peut être perçu à raison de la cession de la part sociale du défunt à ses coassociés. — V. *infrà*, n. 997 et s.

939. — De même, si les membres d'une société dissoute, mais non liquidée, décident de continuer l'exploitation jusqu'à l'expiration du terme fixé dans le contrat primitif, le droit fixe est seul dû. — Sol. rég., 7 avr. 1892, précitée.

940. — Le droit de 0,20 p. 0/0 doit être assis sur la valeur nette du fonds social — à déterminer par une déclaration estimative, — et non sur le montant des apports originaires. — Cass., 17 mars 1903, Comp. des messageries maritimes, [Rev. Enreg., n. 3276] — Trib. Seine, 28 avr. 1882, Soc. des immeubles de Paris, [D. 82.3.119]; — 18 janv. 1884, Comp. d'assurances sur la vie *le Temps*, [D. 85.3.39] — Trib. Annecy, 30 déc. 1886, [J. Enreg., n. 22892] — Trib. Seine, 25 juin 1897, [Rev. Enreg., n. 1447]; — 21 mai 1898, [Rev. Enreg., n. 1831; Rép. pér., n. 9402] — Trib. Lille, 4 juill. 1901, [Rev. Enreg., n. 2786] — *Sic*, *Dict. Enreg.*, v° *Société*, n. 501; Garnier, *Rép. gén. eod. verb.*, n. 154; Maguéro, *Traité alph. eod. verb.*, n. 160; Naquet, *Etude* dans *Rev. de l'Enreg.*, n. 2421. — *Contrà*, Trib. Soissons, 10 juill. 1901, [Rev. Enreg., n. 2786] — J. Not., 1897, p. 625.

941. — Le droit est dû même sur le fonds de réserve, qui fait partie de l'actif. — V. Cass., 24 janv. 1876, Crédit Lyonnais, [S. 76.1.130, P. 76.297, D. 76.1.215] — Trib. Annecy, 30 déc. 1886, précité.

942. — Si la prorogation est accompagnée d'une augmentation du capital, un seul droit est dû sur le total de l'actif existant au jour de l'acte. — Trib. Seine, 28 avr. 1882, précité ; — 18 janv. 1884, précité.

943. — Le droit de 0,20 p. 0/0 est seul dû, même si les droits respectifs des associés dans la société prorogée ne sont pas identiques à ceux qu'ils possédaient lors de la constitution. — Trib. Laon, 28 juill. 1887, [Rép. pér., n. 6994]

944. — Mais l'acte de prorogation peut contenir des dispositions indépendantes passibles des droits qui leur sont propres, tel qu'un bail, un marché, une vente, etc. — V. Trib. Marseille, 29 avr. 1879, [Rép. pér., n. 5509]

945. — Si une société *en nom collectif* se proroge et si cette prorogation a pour effet de donner naissance à une nouvelle société constituée entre les mêmes membres et dans les mêmes proportions qu'à l'origine, société qui reçoit tout l'actif de l'ancienne, à charge de payer le passif, le droit de 0,20 p. 0/0 est seul dû, par application de la règle posée, *suprà*, n. 931 et s.; s'il s'agissait d'une société anonyme, le droit de mutation serait dû. — Cass., 21 juill. 1884, Soc. des produits chimiques d'Hautmont, [S. 85.1.277, P. 85.1.670, D. 85.1.109]; — 14 nov. 1893, Comp. des eaux de Capvern, [S. et P. 94.1.517, D. 94.1.190]

SECTION III.

Cessions d'actions et de parts d'intérêts.

§ 1. *Cessions pures et simples.*

946. — Les cessions d'actions et de parts d'intérêts dans les sociétés sont assujetties au droit proportionnel de mutation. Pour les actions au porteur, le droit est converti en une taxe annuelle et obligatoire de 0,20 p. 0/0 sans décimes. Pour les actions nominatives le tarif est de 0,50 p. 0/0 *sans décimes* (LL. 23 juin 1857, art. 6; 16 sept. 1871, art. 11; 29 juin 1872, art. 3). — V. *infrà*, v° *Valeurs mobilières*. — Pour les parts d'intérêts, le droit est de 0,50 p. 0/0 avec décimes (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n. 6). — V. cependant, Trib. Seine, 4 avr. 1903, et les observations de la *Rev. Enreg.*, n. 3339.

947. — Sur ce dernier point la Régie avait soutenu pendant longtemps que le tarif applicable aux parts d'intérêts était celui de 2 p. 0/0 édicté pour « les cessions d'objets mobiliers généralement quelconques » par l'art. 69, § 5, n. 1, de la loi de frimaire, et la controverse fut des plus vives (V. à ce sujet, note sous Cass., 29 déc. 1868 : S. 69.1.133, P. 69.302). Mais la question a été tranchée définitivement dans le sens de l'exigibilité du droit de 0,50 p. 0/0. — Cass., 6 juin 1837, Hérit. Marlhiou, [S. 37.1.489, P. chr.]; — 29 août 1837, Royer, [S. 37.1.1035]; — 16 juill. 1845, de Campredon, [S. 45.1.664, P. 45.2.604, D. 45.1.314]; — 3 mai 1864, Brest, [S. 64.1.293, P. 64.1178, D. 64.1.170]; — 7 mars 1866, Parent, [S. 66.1.173, P. 66.430, D. 66.1.119]; — 6 févr. 1867, Stevens, Vitali et Cie, [S. 67.1.135, P. 67.305, D. 67.1.118]; — 16 nov. 1868, Sommier, [S. 68.1.456, P. 68.1206, D. 69.1.76]; — 29 déc. 1868 (ch. réunies), Parent, Shaken et Cie, [S. 69.1.133, P. 69.302, D. 69.1.73]; — 15 mars 1869, Delloye-Lelièvre, [S. 69.1.279, P. 69.673, D. 70.1.507]; — 14 févr. 1870, Tamboise, [S. 70.1.136, P. 70.307, D. 70.1.394]; — 27 juill. 1870, Hovelacque, [S. 70.1.401, P. 70.1033, D. 70.1.413]; — 17 août 1870, Vitali et Cie, [S. 70.1.435, P. 70.1136]; — 4 déc. 1871, Blin et Block, [S. 71.1.245, P. 71.749, D. 71.1.339]; — 6 mars 1872, Paul, [S. 72.1.88, P. 72.178, D. 72.1.169]; — 14 nov. 1877, Trappistes de la Meilleraye, [S. 78.1.44, P. 78.69, D. 78.1.5] — *Contrà*, Cass., 27 janv. 1841, Desaunaux, [S. 41.1.170, P. 41.1.370]; — 12 juill. 1842, Grulé, [S. 42.1.595, P. 42.2.704]; — 14 déc. 1842, Demarle, [S. 43.1.79, P. 43.2.11]; — 11 janv. 1843, Boggio, [S. 43.1.317]; — 23 mai 1853, Oppenheim, [S. 53.1.537, P. 53.2.75, D. 53.1.337]

948. — L'application de ce droit de 0,50 p. 0/0 aux cessions de parts d'intérêts est subordonnée à la réunion des trois conditions suivantes : 1° qu'il existe une société ayant une personnalité distincte de celle de ses membres, et ayant la propriété du fonds social; 2° que la valeur cédée soit meuble, au sens de l'art. 529, C. civ.; 3° qu'elle soit négociable à un titre quelconque.

949. — *Première condition.* — Il faut qu'il existe une société constituant un être moral. Le droit de 0,50 p. 0/0 a en effet été reconnu applicable à des cessions de parts dans les sociétés en

nom collectif ou en commandite simple. — Sol. rég., 2 oct. 1887, [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 2470]; — 28 août 1889, [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3136]; — 30 oct. 1893, [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3841]

950. — ... Même lorsque le capital est réparti d'une façon inégale entre les associés, et qu'il n'a pas été délivré de titres d'actions ou de parts d'intérêts. — Cass., 16 nov. 1868, précité; — 29 déc. 1868, précité.

951. — ... Lorsque la mutation ne porte que sur une fraction de la part de l'associé. — Cass., 15 mars 1869, précité.

952. — ... Lorsque la cession s'est réalisée par l'événement d'une condition, telle que le décès d'un associé, prévue dans le pacte social. — Cass., 27 juill. 1870, précité; — 6 mars 1872, précité.

953. — Il en est de même des cessions de parts dans les sociétés en commandite simple, que les cessions aient pour objet les droits de l'associé en nom... — Cass., 17 août 1870, précité. — ... Ou ceux du commanditaire. — Cass., 23 mai 1853, précité. — Trib. Rouen, 25 nov. 1863, [*Rép. pér.*, n. 1878; *J. Enreg.*, n. 17829] — Trib. Seine, 9 avr. 1851, [*J. Enreg.*, n. 15179; *J. Not.*, n. 14359]; — 20 avr. 1856.

954. — Les cessions de parts dans les sociétés civiles, qui, d'après l'opinion prédominante, jouissent de la personnalité morale, ne sont également assujetties qu'au droit de 0,50 p. 0/0. — Cass., 14 nov. 1877, précité. — Trib. Dreux, 19 janv. 1875, [*Rép. pér.*, n. 4025] — Trib. Seine, 13 mars 1875, Carmélites de l'avenue de Saxe, [S. 75.2.182, P. 75.700] — *Contrà*, Cass., 24 nov. 1869, [Soc. Sainte-Marie-de-l'Assomption de Privas, [S. 70.1.85, P. 70.173, D. 70.1.269]

955. — Même décision en ce qui concerne les congrégations religieuses constituées en sociétés. — Trib. Bordeaux, 20 août 1878, [*J. Enreg.*, n. 20919] — Sol. rég., 9 mars 1875, [*J. Enreg.*, n. 20919] — V. *suprà*, v° *Communauté religieuse*, n. 973 et s.

956. — Les sociétés verbales ou de fait sont inexistantes à l'égard des tiers et par suite à l'égard du Trésor : les cessions de parts sont donc assujetties au droit ordinaire de mutation, d'après la nature des valeurs cédées. — Cass., 18 juin 1862, Carcassonne, [S. 62.1.878, P. 63.55, D. 62.1.423]; — 14 févr. 1870, précité. — Trib. Seine, 10 févr. 1841, [*J. Enreg.*, n. 12678] — Trib. Saint-Etienne, 6 janv. 1842, [*J. Enreg.*, n. 12908] — Trib. Mirecourt, 11 déc. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16871; *Rép. pér.*, n. 1111] — Trib. Montpellier, 4 févr. 1861, [*Rép. pér.*, n. 1494; *J. Enreg.*, n. 17275] — Trib. Seine, 31 mars 1865, Lemaire, [S. 65.2.312, P. 65.1165, D. 66.3.16]; — 18 avr. 1874, [*Rép. pér.*, n. 3965; *J. Enreg.*, n. 19568] — Trib. Marseille, 13 nov. 1885, [*Rép. pér.*, n. 6658] — Trib. Lyon, 19 févr. 1890, [*Rép. pér.*, n. 7467] — Trib. Perpignan, 12 déc. 1892, [*J. Enreg.*, n. 24407-16; *Rev. Enreg.*, n. 396; *Rép. pér.*, n. 8167]

957. — Il a même été décidé que lorsqu'après l'adjudication d'un immeuble au profit d'une seule personne, il est déclaré ou reconnu par jugement que l'acquisition a eu lieu en partie pour le compte d'un tiers, le droit de mutation est exigible au taux immobilier sur la valeur ainsi cédée, alors même que l'on exciperait d'une convention antérieure à l'adjudication, si cette convention n'a acquis date certaine que postérieurement à l'adjudication. — Cass., 8 juill. 1839, Giraud, [S. 39.1.567, P. 39.2.147]

958. — Mais si la société de fait a été reconnue par la Régie, qui a encaissé par exemple l'impôt sur le revenu de cette société, le droit de 0,50 p. 0/0 est seul exigible. — Cass., 9 mars 1831, Bouchard, [P. chr.]; — 6 mars 1872, Paul, [S. 72.1.88, P. 72.178, D. 72.1.169]

959. — Il a été jugé dans le même ordre d'idées que, si un adjudicataire déclare command au profit d'une société qui n'avait acquis existence certaine qu'après l'adjudication, mais avant l'élection de command, il ne s'est opéré aucune mutation, attendu que la faculté d'élire command n'implique pas nécessairement un mandat de la personne au profit de laquelle cette faculté est exercée. — Cass., 4 déc. 1865, Fleurquin, [S. 66.1.31, P. 66.49, D. 66.1.135]

960. — Les sociétés prorogées verbalement sont assimilées à des sociétés verbales, et les cessions de parts postérieures à la prorogation ne bénéficient pas du tarif réduit. — Cass., 23 févr. 1875, Lebastard, [S. 76.1.473, P. 76.1190, D. 75.1.370]; — 24 mai 1892, Consorts Gillet, [S. et P. 92.1.469, D. 93.1.95] — Trib. Marseille, 13 nov. 1885, précité.

961. — Les cessions de parts dans une société entachée de nullité pour défaut de publication, ne sont passibles que du droit de 0,50 p. 0/0, car la Régie n'est pas juge de la nullité des actes. — Championnière et Rigaud, n. 2800. — V. Trib. Largentière, 11 oct. 1870, et Trib. Valenciennes, 27 déc. 1872, [*Rép. pér.*, n. 3613]

962. — Les sociétés en participation ne constituent pas un être moral : les cessions de parts sont soumises aux droits ordinaires de mutation. — Cass., 13 nov. 1872, Teisserenc, [S. 73.1.41, P. 73.65, D. 73.1.126] — Trib. Pontoise, 9 déc. 1869, sous cet arrêt. — V. aussi Dijon, 23 févr. 1885, [*J. Enreg.*, n. 22732] — Trib. Seine, 22 janv. et 22 avr. 1876, [*Rép. pér.*, n. 4490; *J. Enreg.*, n. 20066]; — 14 avr. 1882, [*Rép. pér.*, n. 6001]

963. — La société subsistant tant que dure sa liquidation, le tarif de 0,50 p. 0/0 est applicable aux cessions de parts intervenues entre la dissolution et la clôture de la liquidation. — Cass., 6 mars 1872, précité.

964. — *Deuxième condition.* — Il faut que la valeur cédée soit meuble dans le sens de l'art. 529, C. civ., caractère qui appartient à toute part d'associé en nom ou de commanditaire même ayant fait des apports immobiliers. — Cass., 23 mars 1881, Rosselet et Saugnier, [S. 81.1.430, P. 81.1.1088, D. 81.1.313]

965. — Mais il n'en serait pas ainsi d'actions immobilières, ainsi que peuvent l'être les actions de la Banque de France, ou d'actions dans des sociétés ne constituant pas un être moral, comme nous venons de le voir.

966. — Si une personne cède ses droits sur tel bien déterminé, sans indiquer qu'il s'agit d'un bien social, le droit ordinaire de mutation est incontestablement exigible, la Régie n'ayant pas à s'inquiéter de la nullité dont peuvent être affectés les actes qui lui sont présentés. Mais si, dans cette même hypothèse, le cédant fait connaître dans l'acte qu'il s'agit d'un bien social, le droit de 0,50 p. 0/0 est seul exigible, car le cédant n'a pu aliéner que « *sa portion dans la valeur du bien désigné* ». — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 247; Demasure, *Rég. fisc. des soc.*, n. 72; *Rép. pér.*, n. 4629. — V. Trib. Grasse, 4 mai 1903, [*Rev. Enreg.*, n. 3338]

967. — Lorsque l'acte, quoique fait avant la dissolution de la société, doit être considéré comme ne devant avoir d'effet qu'après cette dissolution, le tarif réduit de 0,50 p. 0/0 n'est plus applicable. — Trib. Cherbourg, 24 janv. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20436; *Rép. pér.*, n. 4630]

968. — Il en serait de même s'il s'agissait de la cession d'un bien vendu à l'associé par la société, ou à lui attribué par suite d'un partage, dans le cas où, comme ils en ont la faculté, les associés auraient procédé entre eux au partage d'une partie des biens communs. — V. Trib. Laval, 2 déc. 1887 (inédit).

969. — En toute hypothèse, la cession ne bénéficierait pas du tarif de 0,50 p. 0/0, si elle avait réellement pour objet de transférer une propriété de meubles ou d'immeubles, comme dans le cas où elle interviendrait avant la constitution définitive de la société. — V. Cass., 21 avr. 1879, Darras-Lemaire, [S. 79.1.431, P. 79.1105, D. 79.1.450]; — 5 févr. 1894, Comp. et Soc. des usines d'Annemane, [S. et P. 95.1.52, D. 94.1.276] — Trib. Lille, 10 avr. 1876, Esparbié, [S. 77.2.90, P. 77.495, D. 77.3.111] — Trib. Valenciennes. 26 avr. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20438] — Trib. Lille, 7 févr. 1879, [*J. Enreg.*, n. 22042] — Trib. Rocroy, 20 mars 1891, [*J. Enreg.*, n. 23597]

970. — ... Où elle serait concomitante à la formation de la société destinée à continuer avec les cessionnaires de l'associé qui se retire. — Trib. Seine, 6 avr. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1097] — V. cep. Trib. Lille, 5 juin 1886. — Trib. Valenciennes, 29 avr. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1799]

971. — ... Où elle aurait pour résultat d'entraîner la dissolution de la société, comme dans le cas où elle interviendrait entre les deux seuls membres composant la société. — Cass., 21 avr. 1898, Dutreix, [S. et P. 99.1.52, et la note de M. Wahl, D. 98.1.449] — Trib. Seine, 6 avr. 1895, précité. — Sol. rég., 24 juin 1892.

972. — *Troisième condition.* — Il faut que la valeur cédée soit négociable à un titre quelconque. Il importerait peu d'ailleurs que les droits des associés fussent représentés par des titres spéciaux, transmissibles seulement par actes particuliers. — Cass., 29 déc. 1868, précité. — ... Ou que les parts d'intérêts aient été fixées dans une proportion inégale. — Cass., 16 nov. 1868, Sommier, [S. 68.1.456, P. 68.1206, D. 69.1.76] — ... Ou encore que la cession ne porte que sur une fraction de part sociale. — Cass., 15 mars 1869, Delloye-Lefièvre et autres, [S. 69.

1.279, P. 69.673, D. 70.1.507] — **Dans tous ces cas, le droit de 0,50 p. 0/0 est seul dû.**

973. — S'il est stipulé dans les statuts que la part des associés qui décèdent ou se retirent accroîtront aux autres associés, l'accroissement qui s'opère à l'événement est passible du droit **de 0,50 0/0, alors même qu'elle aurait lieu sans prix.** — Cass., 14 févr. 1870, Tamboise, [S. 70.1.136, P. 70.307, D. 70.1.394]; — 14 nov. 1877, Trappistes de la Meilleraye, [S. 78.1.44, P. 78.69, D. 78.1.5] — Trib. Montargis, 10 mars 1879, *Rép. pér.*, n. 5496] — *Contra*, Demante, t. 2, n. 511. — V. *supra*, v° *Communauté religieuse*, n. 973 et s.

974. — Il convient de rapprocher de ces décisions le jugement suivant : lorsque dans l'acte constitutif d'une société formée entre quatre personnes il a été stipulé que, dans un délai préfix (de quatre ans environ), deux d'entre elles se retireraient et que la société continuerait entre les deux associés restants, tenus de rembourser les droits des sortants sur le pied du dernier inventaire social, cette convention constitue non une cession conditionnelle, mais une cession ferme, à terme certain, immédiatement passible du droit proportionnel. Mais la perception de ce droit, faite lors de l'enregistrement de l'acte constitutif sur une évaluation fournie à cet effet, est sujette à révision, et la prescription biennale ne court contre la Régie que du jour où, par un acte présenté à la formalité, elle est en mesure de déterminer le prix définitif de la part cédée. — Trib. Reims, 24 juill. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2898]

975. — De même, l'adjonction de nouveaux membres par la substitution d'un associé nouveau à l'ancien *dont l'apport est attribué à celui qui le remplace*, donne ouverture au droit de 0,50 p. 0/0. — Cass., 7 mars 1866, Parent, [S. 66.1.173, P. 66.430, D. 66.1.119]; — 29 déc. 1868 (ch. réun.), Parent, Shaker et Cie, [S. 69.1.143, P. 69.302, D. 69.1.73]; — 17 août 1870, Vitali et Cie, [S. 70.1.435, P. 70.1136] — ... Alors même que l'apport dont il s'agit aurait été immobilier. — Cass., 4 déc. 1871, Blin et Block, [S. 71.1.245, P. 71.749, D. 71.1.339]

976. — La substitution d'un associé à un autre n'opère d'ailleurs cession de part sociale que dans le cas d'attribution de l'apport de l'associé sortant à l'associé entrant. Il a été jugé, en ce sens, que si, après la constitution d'une société, de nouveaux membres sont introduits dans l'association moyennant le versement d'un certain apport et que simultanément les anciens associés retirent de leurs apports une somme égale, de telle sorte que le capital social ne soit pas modifié, il ne résulte pas de ces deux opérations concomitantes une cession implicite de part sociale donnant ouverture au droit de 0,50 p. 0/0. — Trib. Reims, 24 juill. 1901, précité.

977. — Le droit de 0,50 p. 0/0 serait exigible si les parties procédaient à une dissolution et à une reconstitution fictives de la société, destinées à dissimuler une cession de part résultant de l'adjonction de nouveaux membres. — V. Cass., 5 avr. 1854, Chem. de fer de Rouen au Havre, [P. 55.1.35, D. 54.1.282] — Trib. Seine, 13 avr. 1866, [*J. Enreg.*, n. 18453]

978. — Dans le cas où la cession porte sur un objet déterminé et non sur une part sociale proprement dite, le droit ordinaire de mutation est dû. Si donc il est stipulé dans le contrat de société que, dans le cas de décès d'un associé, son apport deviendra la propriété des associés survivants moyennant un prix fixé à forfait dès à présent, le droit de mutation est dû à l'événement. — Cass., 25 juill. 1893, Palluat de Besset et Testenoire, [S. et P. 94.1.374, D. 94.1.76] — Trib. Lyon, 17 juin 1891, sous cet arrêt. — V. aussi Cass., 18 déc. 1899, Le Gros, [S. et P. 1900.1.292, D. 1901.1.46] — Trib. Dieppe, 26 déc. 1895, sous cet arrêt.

979. — Le droit de 0,50 p. 0/0 est seul dû, quel que soit le mode de paiement du prix de la cession. Ainsi jugé lorsque le cessionnaire est chargé de payer l'apport promis par le cédant. — Trib. Seine, 19 déc. 1863, [*Rép. pér.*, n. 1882]

980. — ... Lorsque le cessionnaire est chargé de rembourser au cédant une fraction de l'apport fourni par ce dernier. — Délib. Enreg., 8-12 avr. 1864, [*J. Enreg.*, n. 17839]

981. — ... Lorsqu'il est convenu que l'apport du cédant sera diminué de la somme fournie par le cessionnaire. — V. Trib. Seine, 27 nov. 1863, sous Cass., 7 mars 1866, Parent et autres, [S. 66.1.173, P. 66.430, D. 66.1.119]; — 27 janv. 1865, [*J. Enreg.*, n. 18196; *Rép. pér.*, n. 2102] — V. *supra*, n. 976.

982. — La cession consentie aux héritiers de l'associé décédé est également assujettie au droit de 0,50 p. 0/0 (indépendamment du droit de mutation par décès). — Trib. Valenciennes, 29 mai 1878, [*J. Enreg.*, n. 21070; *Rép. pér.*, n. 5166] — V. Trib. Dunkerque, 22 mai 1871, [*J. Enreg.*, n. 19480]

983. — Jugé que l'acte, — par lequel une personne ayant obtenu en son nom un marché dont la concession devait, en réalité, être considérée comme faite à la société existant entre le concessionnaire et un tiers, cède à celui-ci la moitié de ses droits au bénéfice du marché, — constitue une cession de part sociale et non une cession de marché. — Cass., 14 août 1834, Sanalette, [D. *Rép.*, v° *Enregistrement*, n. 4634]

984. — La convention, — par laquelle une ville, qui avait abandonné l'usufruit d'un terrain à une société à charge d'y construire un théâtre dont la propriété ne devait revenir à la ville qu'au décès du survivant des associés, achète les parts des derniers survivants des associés, — constitue une cession de parts sociales. — Sol. rég., 21 avr. 1842, [*J. Enreg.*, n. 13004-4°]

985. — L'incessibilité des parts sociales ne fait pas obstacle à la perception du droit, si, en fait, il intervient une cession. — Cass., 29 déc. 1868, précité; — 4 déc. 1871, précité.

986. — Si la part de l'associé qui se retire est achetée par ses coassociés, le droit de 0,50 p. 0/0 est dû. — Cass., 27 juin 1827, Périer, [S. et P. chr.]

987. — Si l'associé était désintéressé au moyen de l'attribution de valeurs sociales, le droit de partage à 0,15 p. 0/0 serait seul exigible. — Trib. Rouen, 24 févr. 1880, [*J. Not.*, n. 21900; *Rép. pér.*, n. 5587] — Sol. rég., 15 sept. 1865, [*J. Enreg.*, n. 19160; *Rép. pér.*, n. 2356]; — 25 mai 1882.

988. — Si les statuts permettent que lors du décès d'un associé, ses coassociés continuent la société en remboursant l'apport du défunt, le droit fixe est seul dû, car il n'y a ni cession, ni partage. — Sol. rég., 15 déc. 1893, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3840]

989. — Il résulte de tout ce qui précède que le droit de cession est un *droit d'acte* qui ne peut être perçu que si la transmission est constatée par un acte présenté à la formalité. La Régie ne peut donc exiger le droit en l'absence d'acte, même si elle a la preuve de l'existence de la cession, et d'autre part elle ne peut l'exiger que si l'acte constate formellement la cession *et en forme le titre :* les cessions de part implicites ne sont donc pas assujetties à l'impôt. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 250.

990. — Le tarif de 0,50 p. 0/0 ne s'applique qu'aux cessions de part *à titre onéreux;* celles qui sont consenties à titre gratuit sont soumises aux droits ordinaires de donation. — Cass., 23 mai 1859, Comp. parisienne d'éclairage et de chauffage par le gaz, [S. 59.1.693, P. 60.276, D. 59.1.464] — Trib. Valenciennes, 16 juin 1857, [*Rép. pér.*, n. 859; *J. Not.*, n. 16143] — *Sic*, Demante, t. 2, n. 522. — *Contrà*, Championnière et Rigaud, n. 3691, et *Suppl.*, n. 119.

991. — En cas de mutation par décès, le droit est dû sur la part nette appartenant au défunt, si le décès n'a pas dissous la société; si la société est dissoute le droit est dû sur la part du défunt dans les valeurs composant l'actif social. — Cass., 19 janv. 1881, Leblond, [S. 82.1.275, P. 82.1.651, D. 81.1.265] — Depuis la loi du 25 févr. 1901, il convient d'ailleurs de déduire de l'actif brut le passif pour lequel les justifications nécessaires sont produites.

992. — Le droit de cession de part à 0,50 p. 0/0 est perçu sur le prix exprimé, augmenté des charges (L. 22 frim. an VII, art. 14, n. 5). — Cass., 8 févr. 1837, Jennings, [S. 37.1.113] — V. Cass., 19 janv. 1881, précité. — Ces charges sont celles imposées par le cédant au cessionnaire, et non évidemment celles qui peuvent grever les biens sociaux. — Cass., 9 mai 1864, Tamboise, [S. 64.1.239, P. 64.736, D. 64.1.232] — V. aussi Cass., 6 déc. 1865, Delloye, [S. 66.1.172, P. 66.429, D. 66.1.25]; — 15 mars 1869, Delloye-Lelièvre, [S. 69.1.279, P. 69.673, D. 69.1.507]

993. — Lorsque la cession s'opère par voie d'accroissement, sans prix exprimé, le droit est liquidé sur la valeur nette de la part transmise, à évaluer par les parties.

994. — Le droit dû sur les mutations à titre gratuit de parts sociales est liquidé d'après le cours moyen en bourse le jour du décès. — V. Trib. Lyon, 29 août 1843, [*J. Enreg.*, n. 13146; *J. Not.*, n. 11902] — Délib. Enreg., 5 nov. 1850, [*J. Not.*, n. 14210] — ... Ou à défaut, d'après une déclaration estimative des parties.

995. — Au cas où, en cours de société, un immeuble serait attribué ou vendu à un associé, les droits seraient perçus d'après

les distinctions ci-après : en cas de partage, droit de 0,15 p. 0/0; en cas de vente, droit fixe si le bien vendu a été apporté par l'acquéreur. V. *infrà*, n. 1140 ; droit de 5,50 p. 0/0, s'il s'agit d'un immeuble apporté par un associé autre que l'acquéreur. — Cass., 25 juill. 1893, Palluat de Besset, [S. et P. 94.1.374, D. 94.1.76]; — droit de 5,50 p. 0/0 également s'il s'agit d'un immeuble qui avait été acquis par la société. — Cass., 5 avr. 1854, Chemin de fer de Rouen au Havre, [P. 55.1.35, D. 54.1.282] — Trib. Vervins, 7 mars 1873, [*Rép. pér.*, n. 3761] — Toutefois si, dans ce dernier cas, la vente avait pour effet de dissoudre la société, le droit de 4 p. 0/0 serait seul dû, car la vente ne serait qu'une licitation mettant fin à l'indivision.

996. — Pour les cessions d'actions ou de parts d'intérêts dans les sociétés dissoutes, V. *infrà*, n. 1096 et s.

§ 2. *Cessions conditionnelles.*

1° *Exigibilité du droit proportionnel.*

997. — Si les statuts d'une société portent qu'en cas de décès d'un associé, la société continuera entre les survivants, les héritiers du défunt peuvent recevoir, à titre de partage, une fraction des valeurs communes : cette opération donne lieu au droit de partage à 0,15 p. 0/0. Mais, en général, il est stipulé qu'au lieu d'attribuer aux héritiers des valeurs sociales, les associés survivants auront la faculté de rembourser à ces héritiers le montant de leurs droits fixés d'une manière déterminée. Cette stipulation donne lieu à la perception d'un droit fixe de 3 fr., pour promesse de vente, sur l'acte de société, et au droit de mutation à titre onéreux à l'événement. — Cass., 20 mars 1849, Pettereau, [P. 51.1.137, D. 49.1.169]; — 7 janv. 1850, Delahay-Crèvecœur, [S. 50.1.142, P. 50.2.574, D. 50.1.12]; — 18 avr. 1859, Bernoville, [S. 59.1.501, P. 59.915, D. 59.1.310]; — 8 juin 1859, Leclercq, [S. 59.1.501, P. 59.915, D. 59.1.311]; — 9 mai 1864, précité; — 7 févr. 1866, Maurer, [S. 66.1.263, P. 66.659, D. 66.1.329]; — 5 déc. 1866, Lefebvre, [S. 67.1.87, P. 67.177, D. 67.1.127]; — 19 mai 1868, Lainé, Porcher et Babé, [S. 68.1.345, P. 68.905, D. 68.1.305]; — 24 nov. 1869, Soc. de l'Assomption de Privas, [S. 70.1.85, P. 70.173, D. 70.1.269]; — 27 juill. 1870, Hovelacque, [S. 70.1.401, P. 70.1033, D. 70.1.413]; — 7 févr. 1872, Jalabert, [S. 72.1.87, P. 72.177, D. 72.1.109]; — 6 mars 1872, Coudrin, [S. 72.1.246, P. 72.573, D. 72.1.201]; — 15 avr. 1872, Roy et Delaunoy, [S. 72.1.247, P. 72.575, D. 72.1.323]; — 1er mars 1875, Wurtemberg, [S. 75.1.278, P. 75.656, D. 75.1.369]; — 16 août 1875, Chamiot, [S. 76.1.37, P. 76.58, D. 76.1.213]; — 20 janv. 1879, Demachy et Seillère, [S. 79.1.129, P. 79.294, D. 79.1.9]; — 23 mars 1881, Rosselet et Saugnier, [S. 81.1.430, P. 81.1.1088, D. 81.1.313]; — 30 déc. 1884, Cruse, [S. 85.1.387, P. 85.1.934, D. 85.1.259]; — 22 juin 1885, Dupont, [S. 86.1.229, P. 86.1.542, D. 86.1.267]; — 21 déc. 1887, Monnier, [S. 89.1.129, P. 89.1.295, D. 88.1.389]; — 17 mars 1890, Siffre, [S. 90.1.423, P. 90.1.1005, D. 90.1.347]; — 13 juin 1895, Fournier, [S. et P. 96.1.421, D. 96.1.41]

998. — Cette règle s'applique aussi bien quand il s'agit d'un simple état de copropriété ou d'indivision (Cass., 9 mai 1864, précité; — 14 févr. 1870, précité) que lorsqu'il s'agit de sociétés civiles, ou de sociétés en nom collectif ou en commandite. — Cass., 9 mai 1864, précité; — 24 nov. 1869, précité; — 7 févr. 1872, précité. — Trib. Rouen, 25 nov. 1863, [*J. Enreg.*, n. 17829; *Rép. pér.*, n. 1878] — V. aussi Cass., 23 mai 1853, Oppenheim, [S. 53.1.537, P. 53.2.75, D. 53.1.337] — Trib. Seine, 9 avr. 1851, [*J. Enreg.*, n. 15179; *J. Not.*, n. 14359]

999. — Elle s'applique encore quand les droits sociaux du membre qui meurt ou qui se retire sont représentés par un compte courant. — Cass., 19 mai 1868, précité.

1000. — Le droit est dû même si la cession est consentie à un tiers, étranger à la société, et qui accepte la cession. — Trib. Saint-Marcellin, 31 déc. 1873, [cité par Garnier, *Rev. gén.*, v° *Société*, n. 347] — V. Sol. rég., 30 oct. 1893, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3841]

1001. — La cession *à la société* ne donne ouverture qu'au droit de 0,15 p. 0/0 si les représentants de l'associé qui disparait reçoivent des valeurs *communes;* dans le cas contraire, c'est le droit de 0,50 p. 0/0 qui est exigible. — V. *suprà*, n. 975.

1002. — La cession consentie aux coassociés donnerait ouverture au droit de dation en paiement si les représentants de l'associé qui se retire étaient désintéressés au moyen de l'attribution de valeurs sociales : ces valeurs appartiennent en effet à la société et non aux associés personnellement. — Cass., 28 déc. 1886, Poupart frères, [S. 87.1.435, P. 87.1.1068, D. 87.1.502] — Trib. Nantes, 28 avr. 1885, sous cet arrêt.

1003. — Toutefois si la cession était facultative, et si tous les coassociés cessionnaires renonçaient à la faculté qui leur est donnée d'acquérir la part du défunt, et attribuaient aux héritiers des biens sociaux, le droit de partage serait seul dû. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 260 *bis*.

1004. — Les parties n'échapperaient pas au droit en stipulant qu'au décès d'un associé la société sera liquidée et reconstituée entre les survivants : cette liquidation n'opère pas, en effet, la dissolution réelle de la société. — Trib. Seine, 28 déc. 1893, [*J. Enreg.*, n. 24321]

1005. — La règle posée *suprà*, n. 997, reçoit exception : 1° en matière de société conjugale où l'attribution de la totalité de la communauté au survivant des époux ne constitue qu'une convention de mariage, exempte du droit de mutation ; 2° en matière de tontine, car l'accroissement au profit des survivants est de l'essence même de la convention. — Cass., 1er juin 1858, Tontine de l'hôtel de France, [S. 58.1.614, P. 58.1213, D. 58.1.251]

1006. — La cession conditionnelle est obligatoire ou facultative.

1007. — Quand elle est obligatoire et que les cessionnaires éventuels ont figuré à l'acte de société et par suite accepté la cession, l'événement suffit pour rendre exigible le droit de mutation, sans que les associés puissent prétendre qu'un acte postérieur a annulé la cession, que la société a été dissoute avant le décès de l'associé, que la cession n'a pas eu lieu à cause de la minorité des héritiers du défunt ou du partage des biens entre les associés. — Cass., 20 mars 1849, précité; — 16 août 1875, précité; — 10 déc. 1890, Tréfousse, [S. 91.1.485, P. 91.1.1161, D. 91.1.318] — Trib. Seine, 13 févr. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16697; *J. Not.*, n. 16365]; — 17 juill. 1858, [*J. Not.*, n. 13362] — Trib. Lille, 23 nov. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20809; *Rép. pér.*, n. 4877] — Trib. Chalon-sur-Saône, 31 déc. 1878, [*J. Enreg.*, n. 21209] — Trib. Seine, 23 déc. 1881, [*Rép. pér.*, n. 6090] — Trib. Rouen, 7 mars 1890, [*Rép. pér.*, n. 7540] — Trib. Grasse, 1er déc. 1890, [*Rép. pér.*, n. 7590] — Trib. Seine, 17 déc. 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 485; *J. Enreg.*, n. 24407-23°; *Rép. pér.*, n. 8049]; — 30 oct. 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1286; *Rép. pér.*, n. 9016]

1008. — Si, au contraire, le ou les cessionnaires éventuels n'ont pas comparu à l'acte, la Régie ne peut exiger le droit de 0,50 p. 0/0 que si elle prouve l'acceptation des ayants-droit. Il a été reconnu en ce sens que le droit de 0,50 p. 0/0 était exigible sur l'acte constatant qu'un père avait été remplacé, dans la société dont il faisait partie, par son fils en faveur de qui cette substitution avait été stipulée dans les statuts, à charge de rembourser à son père le capital fourni. — V. Sol. rég., 9 août 1878.

1009. — Mais si la cession *obligatoire* s'opère au profit de l'associé survivant, qui se trouve être en même temps le *seul* héritier de l'associé décédé, le droit de 0,50 p. 0/0 n'est pas dû, indépendamment du droit de mutation par décès. Aux termes du contrat de société, la cession n'est en effet prévue que dans le cas où le cessionnaire se trouve en concours avec d'autres cohéritiers. — Trib. Seine, 6 juill. 1894, Brot, [S. et P. 96.2.316] — Sol. rég., 19 août 1891; — 9 avr. 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1692] — *Contrà*, Trib. Lille, 1er avr. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1754]

1010. — Dans le cas où le droit de 0,50 p. 0/0 est dû, la Régie peut prouver la réalisation de la cession par tous les moyens de preuve admis en matière fiscale. Cette preuve peut résulter de la déclaration par les intéressés dans un inventaire qu'ils ont été mis en possession de la part sociale du défunt. — Trib. Seine, 23 janv. 1869, [*J. Enreg.*, n. 18829-7°; *Rép. pér.*, n. 3017; *Rev. Not.*, n. 2674]

1011. — ... Ou de la déclaration par les héritiers du défunt que le cessionnaire a payé le prix de la cession.

1012. — Cette déclaration peut être contenue dans un inventaire. — Cass., 5 déc. 1866, Lefebvre, [S. 67.1.87, P. 67.177, D. 67.1.127]; — 27 juill. 1870, Hovelacque, [S. 70.1.401, P. 70.1033, D. 70.1.413] — Trib. Seine, 3 mars 1860, Duperay, [P. *Bull. d'Enreg.*, art. 689, D. 60.3.72] — Trib. Aix, 18 mai 1858, [*J. Enreg.*, n. 16781; *Rép. pér.*, n. 1008] — Trib. Yvetot, 25 avr. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2142; *Rev. Not.*, n. 1308]

1013. — ... Dans un partage. — Trib. Seine, 17 juill. 1858, précité ; — 5 janv. 1861, Masson, [P. *Bull. d'Enreg.*, art. 741]

1014. — ... Dans une déclaration de succession. — Trib. Seine, 6 déc. 1873, [*Rép. pér.*, n. 3954]

1015. — ... Dans un procès-verbal de levée de scellés. — Trib. Seine, 1er mai 1857, [*J. Enreg.*, n. 16547]

1016. — ... Dans un compte de tutelle. — Trib. Seine, 27 janv. 1866, Berthault et Dufour, [D. 67.3.31]

1017. — ... Dans une demande en délivrance de legs. — Cass., 7 janv. 1850, Delahaye, [S. 50.1.142, P. 50.2.274, D. 50.1.12]

1018. — ... Dans une signification extrajudiciaire. — Trib. Seine, 2 févr. 1867, [*Rép. pér.*, n. 2504]

1019. — ... Dans un acte de prorogation de société fait entre les associés survivants. — Cass., 7 févr. 1866, Maurer et consorts, [S. 66.1.263, P. 66.659, D. 66.1.329] — Trib. Seine, 23 juill. 1863, sous cet arrêt.

1020. — ... Dans une délibération de l'assemblée générale des associés survivants. — Trib. Seine, 21 févr. 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1124]

1021. — ... Dans un acte d'option constatant la réalisation de la vente. — Cass., 30 déc. 1884, Cruse, [S. 85.1.387, P. 85.1.934, D. 85.1.259]; — 28 déc. 1886, Poupart frères, [S. 87.1.435, P. 87.1.1068, D. 87.1.502]; — 21 déc. 1887, Monnier, [S. 89.1.129, P. 89.1.295, D. 88.1.389]; — 17 mars 1890, Sille et Deroys, [S. 90.1.423, P. 90.1.1005, D. 90.1.437] — Trib. Rouen, 27 janv. 1891, [*Rép. pér.*, n. 7622]

1022. — Dans tous les cas où il s'agit d'une cession obligatoire, le paiement des droits peut être poursuivi contre la société qui était partie à l'acte formant le titre de la mutation. — Trib. Seine, 17 déc. 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 485; *J. Enreg.*, n. 24407-23°]

1023. — Quand la cession est facultative, le droit n'est dû que lorsque l'événement est réalisé et que le cessionnaire éventuel a accepté la cession. La Régie avait d'abord soutenu que l'acceptation constituait la réalisation de la condition suspensive et que, dès lors, elle rétroagissait au jour du contrat, et donnait ouverture au droit sans qu'un acte nouveau fût nécessaire. Son opinion avait été adoptée par la jurisprudence. — Cass., 21 déc. 1887, précité; — 17 mars 1890, précité. — Trib. Rouen, 11 févr. 1864, [*J. Enreg.*, n. 17986; *J. Not.*, n. 18181] — Trib. Angers, 20 juill. 1866, [*J. Not.*, n. 18935; *Rép. pér.*, n. 3155] — Sol. rég., 7 juin 1889, [*Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 263]

1024. — Mais le tribunal de la Seine a décidé que la cession éventuelle stipulée dans l'acte de société ne constituait qu'une promesse de vente et que, par suite, la mutation, réalisée par l'option du cessionnaire, s'opérait sans effet rétroactif, et ne donnait ouverture au droit que si elle était constatée par un acte, sauf dans le cas où elle aurait pour objet un immeuble ou un fonds de commerce, valeurs assujetties à l'impôt dans un délai déterminé. La Régie a adopté cette opinion. — Trib. Seine, 23 janv. 1891 (2 arrêts), Lachey, Durand et Coudray, [S. et P. 92.2.323, D. 93.2.369] — Sol. rég., 1er déc. 1893, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3730]; — 6 août 1894, [*Rev. Enreg.*, n. 1023; *Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3878] — V. aussi Sol. rég., 8 janv. 1894, [*Rev. prat. de l'Enreg.*, n. 3803]

1025. — La preuve de la réalisation de la cession peut résulter de l'apport à une nouvelle société, par l'associé survivant, des biens qui faisaient l'objet de la cession. — Cass., 21 déc. 1887, précité.

1026. — ... Ou des énonciations d'une liquidation, ou d'un inventaire contenant manifestation formelle de l'option du cessionnaire. — Sol. rég., 19 mai 1893.

1027. — Si la cession est réalisée au moyen d'un partage qui attribue sans soulte la part du défunt à l'associé survivant, le droit de 0,50 p. 0/0 n'est pas dû, car la mutation ne s'est pas opérée dans les conditions prévues par les statuts. — Sol. rég., 1er déc. 1893, précitée; — 12 févr. 1894.

1028. — Lorsque le cessionnaire est un des héritiers du défunt, le droit de mutation par décès est dû par tous les héritiers sur la valeur des droits sociaux du défunt, et en outre le droit de 0,50 p. 0/0 sur la portion de ces droits que les cohéritiers non cessionnaires sont tenus de céder au cessionnaire pour se conformer à l'engagement pris par leur auteur (Maguéro, *Traité alph.*, v° *cit.*, n. 264). — Cette solution découle de la nouvelle jurisprudence inaugurée par le tribunal de la Seine (V. *suprà*, n. 1024). Autrefois, quand la cession était considérée comme soumise à une condition suspensive qui rétroagissait, le droit de 0,50 p. 0/0 et celui de mutation par décès étaient exigés sur la totalité de la valeur de la part du défunt. — Cass., 5 déc. 1866, Lefebvre, [S. 67.1.87, P. 67.177, D. 67.1.127]; — 11 janv. 1875, Reme, [S. 75.1.179, P. 75.410, D. 75.1.116]; — 28 déc. 1886, précité; — 21 déc. 1887, précité; — 25 juill. 1893, Pa..., de Besset, [S. et P. 94.1.374, D. 94.1.76] — Trib. Yvetot, 25 avr. 1865, sous Cass., 5 déc. 1866, précité. — Trib. Saint-Quentin, 11 déc. 1868, [*Rép. pér.*, n. 28..; *Rev. Not.*, n. 2362] — Trib. Mortain, 30 août 1873, sous Cass., 11 janv. 1875, précité. — Trib. Dunkerque, 22 mai 1874, [*J. Enreg.*, n. 19480; *Rép. pér.*, n. 4105] — Trib. Valenciennes, 29 mai 1878, [*J. Enreg.*, n. 21070; *Rép. pér.*, n. 5166] — Trib. [illegible], .. déc. 1878, [*J. Enreg.*, n. 21209] — Trib. Rouen, 7 mars 1888, [*J. Enreg.*, n. 23019; *Rép. pér.*, n. 7543] — Trib. Grasse, 1er déc. 1891, [*Rép. pér.*, n. 7590]

1029. — Mais, même sous l'empire de la nouvelle jurisprudence, on doit décider que le droit de 0,50 p. 0/0 n'est pas dû, si le ou les cessionnaires sont les seuls héritiers du cédant. — V. *suprà*, n. 1009.

1030. — Le droit de 0,50 p. 0/0 est perçu sur la cession consentie par le défunt à sa veuve. — Trib. Dunkerque, 22 mai 1874, précité. — Celle-ci ne serait pas admise à prétendre qu'elle ne s'agit que comme représentant ses enfants et pour éviter la liquidation de la société. — Trib. Périgueux, 13 avr. 1894. — Mais si elle était donataire de son mari, le droit ne serait liquidé que sur la part qui n'est pas recueillie à titre de donation. — Trib. Seine, 17 janv. 1862, Roullier, [P. *Bull. Enreg.*, art. 759]

1031. — Toutefois le droit de 0,50 p. 0/0 n'est dû, dans ce cas, que s'il s'agit d'une véritable mutation; si la femme est purement et simplement substituée à son mari décédé, sans avoir à payer un prix aux héritiers du défunt, il n'y a pas mutation et le droit de cession n'est pas exigible.

1032. — Jugé, en ce sens, que la clause d'un contrat de mariage, portant qu'au décès du prémourant des époux, le survivant aura la faculté d'entrer dans une société constituée pendant la communauté entre l'époux prédécédé et des tiers, à charge de payer aux héritiers la part leur revenant dans la société d'après le dernier inventaire, constitue une simple convention de mariage et non une cession éventuelle de la part du conjoint disparu au profit du survivant. Le droit proportionnel ne peut, par suite, être exigé sur l'acte d'option par lequel le survivant déclare user des droits que lui accorde tant son contrat de mariage que l'acte de société. — Trib. Lille, 27 déc. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2765]

1033. — Si les statuts stipulent qu'en cas de décès d'un associé, sa veuve pourra prendre sa place, sauf à désintéresser les héritiers, ceux-ci ne peuvent être admis dans la société sans qu'il se soit produit une cession de part de la veuve aux héritiers, et le droit est dû en conséquence. — Trib. Valenciennes, 29 mai 1878, précité.

1034. — Enfin si les héritiers renoncent à la cession *facultative* stipulée à leur profit, et reçoivent, en paiement de la part à laquelle ils ont droit, des valeurs sociales, le droit de lotissement à 0,15 p. 0/0 est seul dû. — V. *suprà*, n. 1003.

1035. — Il faut soigneusement distinguer des cessions *conditionnelles*, subordonnées à un événement futur et incertain, les cessions *à terme*, subordonnées à un événement futur et certain. Celles-ci sont immédiatement passibles du droit de 0,50 p. 0/0, sur l'acte de société. Il s'agit, en effet, d'une promesse synallagmatique de vente, qui, bien que faite à terme, n'en est pas moins translative de propriété. C'est ce qui a été reconnu dans l'hypothèse où le contrat stipule qu'à une date fixe et moyennant un prix déterminé, un ou plusieurs associés deviendront propriétaires des biens apportés par d'autres associés. — Cass., 3 mars 1868, Dinet, [S. 68.1.231, P. 68.544, D. 68.1.482] — Trib. Seine, 24 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17115; *Rép. pér.*, n. 1349]; — 12 févr. 1892, [*Rép. pér.*, n. 7790; *Rev. Enreg.*, n. 116; *J. Enreg.*, n. 24407-27°; *J. Not.*, n. 25078]

1036. — Mais cette règle ne s'applique que lorsque la modalité qui affecte la convention est un véritable terme, et non une condition. Si, par exemple, le prix n'était pas fixé et devait varier d'après la nature et l'importance des valeurs cédées, il y aurait vraiment cession conditionnelle, et le droit ne pourrait être perçu qu'à l'événement. — V. Trib. Toulouse, 8 juill. 1886, [*Rép. pér.*, n. 6794]

1037. — Par application du principe posé, *suprà*, n. 1035, il a été jugé que si l'acte de société stipule que les constructions et le fonds de commerce apportés par un associé seront, à la dissolution, la propriété de l'autre associé moyennant un prix immédiatement fixé, et que les marchandises appartiendront au

même moyennant un prix à fixer par expert, il y a vente à terme pour les bâtiments et le fonds de commerce et vente conditionnelle pour les marchandises. Si donc les parties renoncent, à la dissolution de la société, à l'exécution de cette convention, il s'opère au profit du premier associé une rétrocession en ce qui concerne les immeubles et le fonds de commerce. — Trib. Seine, 12 févr. 1892, précité.

1038. — Si la cession, bien que devant se réaliser à une date fixe, est subordonnée à l'existence du cessionnaire à cette époque, la mutation n'est pas actuelle et ne donne ouverture au droit qu'à l'événement. — Sol. rég., 6 mars 1889.

2° Tarif et liquidation.

1039. — Si la cession conditionnelle est obligatoire, le tarif à appliquer est celui en vigueur au jour du contrat de société, car la cession rétroagit à cette date. — Trib. Seine, 3 mars 1860, Duperay, [D. 60.3.72]; — 27 janv. 1866, [*J. Enreg.*, n. 18298; *Rép. pér.*, n. 2280; *Rev. Not.*, n. 1571]; — 23 déc. 1881, Eude, [D. 83.5.251]; — 16 janv. 1885, [*Rép. pér.*, n. 6495]

1040. — Si, au contraire, la cession est facultative, et ne constitue qu'une promesse de vente *unilatérale*, le tarif applicable est celui en vigueur au moment où intervient le consentement du cessionnaire qui rend la convention parfaite. — Cass., 9 mai 1864, Tamboise, [S. 64.1.239, P. 64.736, D. 64.1.232]; — 7 févr. 1866, Maurer, [S. 66.1.263, P. 66.659, D. 66.1.329]; — 4 déc. 1871, Blin et Block, [S. 71.1.245, P. 71.749, D. 71.1.339]; — 28 déc. 1886, Poupart frères, [S. 87.1.435, P. 87.1.1068, D. 87.1.502]

1041. — Le droit à percevoir est celui de 0,50 p. 0/0, lorsque la cession n'entraîne pas dissolution de la société. Il importe peu que, par suite d'une rédaction inexacte, les associés aient déclaré qu'en cas de décès de l'un d'eux, la société serait dissoute à l'égard des héritiers du défunt : à l'événement, la société n'en continue pas moins de subsister. — Cass., 18 avr. 1859, Bernoville, [S. 59.1.501, P. 59.915, D. 59.1.310]; — 8 juin 1859, Leclerc, [S. 59.1.501, P. 59.915, D. 59.1.311]; — 7 févr. 1866, précité; — 24 nov. 1869, Soc. Sainte-Marie-de-l'Assomption de Privas, [S. 70.1.85, P. 70.173, D. 70.1.269]; — 27 juill. 1870, Hovelacque, [S. 70.1.401, P. 70.1033, D. 70.1.413] — Trib. Seine, 17 déc. 1892, [*J. Enreg.*, n. 24407-23; *Rép. pér.*, n. 8049; *Rev. Enreg.*, n. 485]

1042. — Il en est de même quand la cession est consentie sans prix, au profit des associés survivants, ou quand il s'agit des cessions opérées en cours de liquidation, alors que l'être moral subsiste encore. — Cass., 21 déc. 1887, Monnier, [S. 89.1.129, P. 89.1.295, D. 88.1.389]

1043. — Mais si, au lieu de se libérer en argent envers les héritiers du défunt, les associés survivants, cessionnaires, leur abandonnent des valeurs sociales, le droit de mutation est dû d'après la nature des biens transmis, attendu que les valeurs sociales appartiennent à la société et non aux associés qui ne peuvent en disposer qu'à titre d'emprunteurs. — V. *suprà*, n. 1002. — Cass., 28 déc. 1886, précité. — Trib. Nantes, 28 avr. 1883, sous cet arrêt.

1044. — Le droit de dation en paiement est d'ailleurs indépendant du droit de cession à 0,50 p. 0/0 quand la cession est obligatoire, car la mutation est censée remonter au jour où l'acte de société a été passé. Si, au contraire, la cession était facultative, et si le paiement était fait dans l'acte qui constate la réalisation de la cession, le droit de dation en paiement serait seul exigible.

1045. — Lorsque, au contraire, la cession entraîne dissolution de la société, le droit de percevoir est celui de mutation à titre onéreux fixé d'après la nature des valeurs cédées : à ce moment, en effet, il n'existe plus de parts sociales. — Cass., 6 août 1845, Formont, [S. 45.1.663, P. 46.1.219, D. 45.1.430]; — 7 févr. 1853, Thomas, [S. 53.1.284, P. 53.1.630, D. 53.1.33]; — 7 févr. 1872, Jalabert, [S. 72.1.87, P. 72.177, D. 72.1.109]; — 11 janv. 1875, Reine, [S. 75.1.179, P. 75.411, D. 75.1.116]; — 1er mars 1875, Wurtemberg, [S. 75.1.278, P. 75.656, D. 75.1.369]; — 22 juin 1885, Dupont, [S. 86.1.229, P. 86.1.542, D. 86.1.267]; — 17 mars 1890, Siffre, Ve Deroys, [S. 90.1.423, P. 90.1.1005, D. 90.1.347] — Trib. Seine, 9 mai 1868, [*Rép. pér.*, n. 2745]; — 23 janv. 1869, [*J. Enreg.*, n. 18829-7°; *Rép. pér.*, n. 3017; *Rev. Not.*, n. 2674] — Trib. Mortain, 30 août 1873, sous Cass., 11 janv. 1875, précité. — Trib. Seine, 23 mars 1877, [*J. Enreg.*, n. 21143; *Rép. pér.*, n. 5221] — Trib. Lille, 23 nov. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20809; *Rép. pér.*, n. 4877] — Trib. Béziers, 19 juin 1878, Cabanes, [S. 79.2.61, P. 79.364] — Trib. Lille, 26 déc. 1884, [*Rép. pér.*, n. 6809] — Trib. Toulouse, 8 juill. 1886, précité. — Trib. Béziers, 14 août 1886, [*J. Enreg.*, n. 22388; *Rép. pér.*, n. 6757] — Trib. Rouen, 27 janv. 1891, [*Rép. pér.*, n. 7622] — V. aussi Trib. Ruffec, 5 juin 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2951]

1046. — Il en est ainsi notamment lorsque la société ne comprenant que deux membres, la cession s'opère de l'un d'eux qui décède à l'autre qui survit. — V. les références citées au numéro précédent, et Cass., 23 févr. 1898, Auger, [S. et P. 98.1.293]; — 21 avr. 1898, Dutreix, [S. et P. 99.1.52, D. 98.1.449]; — 14 juin 1898 (2 arrêts), Bleton, Reiffé et Baris, [S. et P. 98.1.468] — V. aussi Cass., 3 mars 1868, Dinet, [S. 68.1.231, P. 68.544, D. 68.1.482]

1047. — Si la cession ne met pas fin à la société le droit de 0,50 p. 0/0 est liquidé sur la valeur *nette* de la part du cédant, sans qu'il y ait lieu d'ajouter au prix aucune part du passif social, mais aussi sans que l'on puisse en déduire les apports du cédant. — Cass., 20 janv. 1879, Demachy et Sellière, [S. 79.1.129, P. 79.294, D. 79.1.9] — Trib. Seine, 13 févr. 1858, Bernoville, [P. *Bull. d'Enreg.*, art. 496]; — 23 déc. 1881, précité; — 5 mars 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1868]

1048. — Si la société est dissoute, le droit est dû sur le prix augmenté des charges. — Cass., 17 mars 1890, précité.

1049. — Le plus souvent le prix de la cession n'est pas fixé dans le contrat de société qui porte seulement que la part du cédant sera déterminée d'après les résultats du dernier inventaire social. La Régie est alors fondée à exiger la production de l'inventaire, et, à défaut de production, à arbitrer d'office le montant des droits exigibles sans s'arrêter à la déclaration estimative des parties. — Cass., 5 déc. 1866, Lefebvre, [S. 67.1.87, P. 67.177, D. 67.1.127]; — 30 déc. 1884, Cruse, [S. 85.1.387, P. 85.1.934, D. 85.1.259]; — 22 juin 1885, précité; — 30 déc. 1890, Leroux, [S. 91.1.357, P. 91.1.837, D. 91.1.320] — Trib. Seine, 9 août 1862, [*J. Enreg.*, n. 17567; *Rev. Not.*, n. 378] — Trib. Château-Thierry, 19 janv. 1867, [*Rép. pér.*, n. 2662] — Trib. Rouen, 21 août 1873 et 21 janv. 1875, [*Rép. pér.*, n. 4214] — Trib. Seine, 6 mars 1873, [*Rép. pér.*, n. 3954]; — 23 mars 1877, précité. — Trib. Rouen, 7 févr. 1878, [*J. Enreg.*, n. 20756; *Rép. pér.*, n. 4906] — Trib. Montargis, 10 mars 1879, [*J. Enreg.*, n. 21739; *Rép. pér.*, n. 5496] — Trib. Bordeaux, 30 juill. 1883, [*J. Enreg.*, n. 22386; *Rép. pér.*, n. 6280] — Trib. Marseille, 13 nov. 1885, [*J. Enreg.*, n. 22756; *Rép. pér.*, n. 6658] — Trib. Bordeaux, 5 déc. 1887, [*J. Enreg.*, n. 23439; *Rép. pér.*, n. 7023] — Trib. Chaumont, 31 déc. 1889, [*J. Enreg.*, n. 23464; *Rép. pér.*, n. 7513] — Trib. Seine, 17 déc. 1892, précité; — 5 mars 1898, précité.

1050. — Il n'en serait autrement que si l'existence d'un inventaire n'était pas établie. — Cass., 16 août 1875, Chamiot, [S. 76.1.37, P. 76.58, D. 76.1.213]; — 30 déc. 1884, précité.

1051. — Le droit perçu sur la part revenant au cédant dans chaque nature de biens compris dans l'inventaire n'atteint pas la portion de passif que le cessionnaire doit payer pour le compte du cédant : il y aurait en effet double emploi, puisque le droit frappe la valeur brute des biens dépendant de la société. — Sol. rég., 27 nov. 1879, [*J. Enreg.*, n. 21596]

1052. — Il n'y a évidemment pas lieu de déduire du prix stipulé, pour la perception de l'impôt, le montant des apports du cédant, attendu qu'ils font partie du fonds commun et forment l'objet même de la cession. — Cass., 20 janv. 1879, précité; — 23 mars 1881, Rosselet et Sanguier, [S. 81.1.430, P. 81.1.1088, D. 81.1.313] — Trib. Seine, 17 juin 1876, sous Cass., 20 janv. 1879, précité. — Trib. Grenoble, 28 juin 1879, [*Rép. pér.*, n. 5325] — Trib. Seine, 23 déc. 1881, Eude, Chavrée, etc., [D. 83.5.251] — *Contrà*, Cass., 19 mai 1868, Lainé, Porcher et Babé, [S. 68.1.345, P. 68.905, D. 68.1.305]; — 27 juill. 1870, Hovelacque, [S. 70.1.401, P. 70.1033, D. 70.1.413]

1053. — Mais le compte courant créditeur du cédant ne supporte pas le droit de mutation, car il ne représente le plus souvent qu'une avance. — Cass., 19 mai 1868, précité; — 27 juill. 1870, précité. — Trib. Seine, 5 mars 1898, précité.

1054. — Cependant si en fait ces comptes courants étaient formellement compris dans la cession, ou s'ils avaient le caractère d'apports complémentaires (par exemple, s'il s'agit de bénéfices réalisés et laissés dans la caisse sociale pour augmenter le capital de la société), le droit de 1 p. 0/0 pour cession de créance serait exigible. — Cass., 20 janv. 1879, précité. — V. Trib. Se-

dan, 26 juin 1872, [J. Enreg., n. 19632; Rép. pér., n. 3679]

1055. — Les comptes courants producteurs de bénéfices sont aussi des apports complémentaires; la règle énoncée ci-dessus leur est applicable.

1056. — Le fonds de réserve fait également partie du fonds social et est assujetti au droit de mutation, à moins de clause formelle contraire. — Dijon, 22 janv. 1877, De Beuvraud, [S. 80.2.104, P. 80.444]

1057. — Il est à peine besoin de faire remarquer que l'impôt ne peut frapper ni les apports du cessionnaire, ni la part du fonds social qui lui revient comme associé. — Sol. rég., 11 juin 1874, [J. Enreg., n. 19479]

1058. — De même la veuve cessionnaire de son mari ne doit pas le droit de cession sur la fraction de la part sociale qui lui revient comme commune en biens ou donataire de son mari. On doit même décider que la clause d'un contrat de mariage portant qu'au décès du prémourant des époux, le survivant aura la faculté d'entrer dans une société constituée pendant la communauté entre l'époux prédécédé et des tiers, à charge de payer aux héritiers la part leur revenant dans la société d'après le dernier inventaire, constitue une simple convention de mariage et non une cession éventuelle de la part du conjoint disparu au profit du survivant. Le droit proportionnel ne peut, par suite, être exigé sur l'acte d'option par lequel le survivant déclare user des droits que lui accorde tant son contrat de mariage que l'acte de société. — Trib. Lille, 27 déc. 1900, [Rev. Enreg., n. 2765]

1059. — Lorsque le cessionnaire est l'*un* des héritiers du cédant, ce qui ne met pas obstacle à la cession prévue par les statuts, et que cette cession est *obligatoire*, le droit de mutation est dû sur la totalité du prix, sans déduction de la part revenant au cessionnaire comme héritier : le titre de la mutation est en effet le contrat de société et la mutation rétroagit à cette date. Si la cession était *facultative*, il y aurait lieu de déduire la part du cessionnaire, car l'opération constitue une véritable licitation. — V. *supra*, n. 1028.

1060. — La cession conditionnelle de part sociale entraînant dissolution de la société constitue une véritable vente, et non un partage avec soulte. — Cass., 22 juin 1885, Dupont, [S. 86.1.229, P. 86.1.542, D. 86.1.267] — Trib. Seine, 22 janv. 1864, [J. Not., n. 18105; Rép. pér., n. 1910]; — 21 déc. 1867, [Rép. pér., n. 3337]; — 8 févr. 1878, [J. Enreg., n. 20685; J. Not., n. 21862; Rép. pér., n. 4914 et 5317] — Trib. Béziers, 14 août 1886, [J. Enreg., n. 23388] — Trib. Bordeaux, 11 déc. 1893, [J. Enreg., n. 24328] — En conséquence, la règle posée par l'instruction de la Régie n. 342, et d'après laquelle les droits doivent être liquidés, sur les soultes de partage, de la manière la plus favorable aux parties, ne lui est pas applicable. D'autre part, si le fonds social comprend des meubles et des immeubles et si les parties n'ont pas stipulé un prix spécial pour les meubles estimés article par article, le droit doit être perçu au tarif immobilier sur la totalité du prix conformément à l'art. 9, L. 22 frim. an VII. Cependant, dans cette hypothèse, la Régie a parfois admis l'imputation proportionnelle du prix sur les différentes valeurs sociales. — Sol. rég., 12 avr. 1879, [J. Enreg., n. 21595]

1061. — Lorsque parmi les membres d'une société en nom collectif figurent un père et son fils et qu'il est stipulé dans les statuts que, en cas de prédécès du père, son fils sera de plein droit cessionnaire de sa part, à charge de payer à la veuve et aux autres héritiers du défunt la valeur de leurs droits dans ladite part, l'acte de société constitue le titre de la cession En conséquence, lorsque se produit le décès prévu, le droit de 0,50 p. 0/0, pour cession de part d'intérêt, devient rétroactivement exigible sur ledit acte. Si le fils cessionnaire et ses cohéritiers rédigent néanmoins, postérieurement au décès, un acte de cession portant quittance du prix, il est dû sur ce second acte un droit de quittance de 0,50 p. 0/0 indépendant du droit de cession rétroactivement exigible sur l'acte de formation de société. — Trib. Seine, 1er févr. 1902, [Rev. Enreg., n. 3046. — V. aussi Trib. Grasse, 4 mai 1903, [Rev. Enreg., n. 3338]

3° *Délais d'enregistrement et pénalités.*

1062. — Lorsque la cession ne met pas fin à la société, elle a pour objet un droit mobilier et n'est pas assujettie à l'enregistrement dans un délai déterminé. Lorsque la cession entraîne dissolution de la société et qu'elle porte sur des immeubles ou un fonds de commerce, elle doit être enregistrée dans les trois mois de sa date (LL. 22 frim. an VII, art. 22 et 38; 27 vent. an IX, art. 4; 28 févr. 1872, art. 8). — Cass., 7 févr. 1872, Jalabert, [S. 72.1.87, P. 72.177, D. 72.1.109]; — 6 mars 1872, Cordrin, [S. 72.1.246, P. 72.573, D. 72.1.201]; — 18 juill. 1888, Escarraguel, [S. 90.1.182, P. 90.1.417, D. 89.1.244]; — 10 déc. 1890, Tréfousse, [S. 91.1.485, P. 91.1.1161, D. 91.1.318] — Trib. Mortain, 30 août 1873, sous Cass., 11 août 1875, Reine, [S. 75.1.179, P. 75.411] — Trib. Lille, 23 nov. 1877, [J. Enreg., n. 20809; Rép. pér., n. 4877] — Trib. Rouen, 7 févr. 1878, [J. Enreg., n. 20756; Rép. pér., n. 4906] — Trib. Lille, 26 déc. 1884, [Rép. pér., n. 6809] — Trib. Le Havre, 16 juin 1887, [Rép. pér., n. 6909] — Trib. Bordeaux, 5 déc. 1887, [Rép. pér., n. 7023] — Trib. Chaumont, 31 déc. 1889, [J. Enreg., n. 23464] — Trib. Seine, 23 janv. 1891, Lachey et Durand et Coudray, [S. et P. 92.2.323, D. 93.2.369] — Trib. Rouen, 27 janv. 1891, [Rép. pér., n. 7622] — Trib. Limoges, 12 nov. 1892, [J. Enreg., n. 24407-24°; Rép. pér., n. 8806]

1063. — Les délais courent, pour la cession obligatoire, du jour de la réalisation de la condition; pour la cession facultative, du jour de l'option du cessionnaire.

1064. — A défaut d'enregistrement dans le délai de trois mois (pour l'acquéreur) ou de quatre mois (pour le vendeur), il est dû un droit en sus de 50 fr. en principal au minimum (L. 23 août 1871, art. 14). Lorsque la cession est obligatoire et subordonnée au décès du cédant, le cessionnaire seul peut être passible d'un droit en sus, car la cession rétroagissant au jour du contrat de société est censée émanée du défunt lui-même, et la pénalité s'est éteinte par son décès. Si la cession était consentie par un associé qui se retire, ou si elle était facultative, un droit en sus pourrait être encouru, soit par l'associé cédant, soit par les héritiers de l'associé décédé. — Sol. rég., 6 mars 1889.

1065. — La prescription biennale est applicable aux droits simples dus sur une cession pure et simple de part sociale et que le receveur a omis de percevoir sur l'acte de société. — Trib. Grasse, 4 mai 1903, précité. — V. Trib. Reims, 24 juill. 1901, [Rev. Enreg., n. 2898] — La prescription de deux ans court également en matière de cession conditionnelle facultative, à partir de la présentation à la formalité d'un acte établissant l'accomplissement de la condition et l'option du cessionnaire, et formant ainsi le titre de la mutation. — Cass., 2 déc. 1873 (3 arrêts), Vergnon et Lemasson, Donon et Palotte, Couchon, [S. 74.1.225, P. 74.550, D. 74.1.110]

1066. — En matière de cession conditionnelle obligatoire, au contraire, la prescription trentenaire peut seule atteindre les droits simples, car la perception n'a pas été entamée. — Cass., 27 juill. 1870, Hovelacque, [S. 70.1.401, P. 70.1033, D. 70.1.413]; — 21 déc. 1887, Mounier, [S. 89.1.129, P. 89.1.295, D. 88.1.389] — Trib. Bordeaux, 5 déc. 1887, précité.

1067. — Il importerait peu d'ailleurs qu'un acte constatant la réalisation de la condition ait été présenté à l'enregistrement, car il ne peut constituer le titre de la mutation (qui se trouve dans l'acte de société seul), et ne peut donner par lui-même ouverture au droit. — Cass., 14 déc. 1870, Trouilloux-Valdy, [S. 70.1.404, P. 70.1038, D. 71.1.88] — Sol. rég., 12 avr. 1879, [J. Enreg., n. 21595]

1068. — Quant aux droits en sus, ils sont soumis à la prescription de deux ans à compter du jour où la contravention a pu être constatée au vu d'actes présentés à la formalité.

Section IV.

Dissolution de la société.

1069. — Les actes de dissolution de société ne contenant ni obligation, ni transmission, sont assujettis au droit fixe de 7 fr. 50 (L. 22 frim. an VII, art. 68, § 3, n. 4; 28 avr. 1816, art. 45, n. 2; 28 févr. 1872, art. 4). — Championnière et Rigaud, t. 3, n. 2787.

1070. — Ce droit ne peut être perçu que si l'acte est présenté à la formalité, et, en outre, si la dissolution n'est pas une disposition dépendante de la disposition principale du contrat. Si, en effet, un associé cède ses droits à son seul coassocié, ce qui dissout l'association, le droit de cession est seul dû, et non le droit fixe de dissolution. — Sol. rég., 30 déc. 1844, [J. Enreg., n. 13642-3°]

1071. — Il en est de même lorsque les associés s'adjoignent

un tiers et fondent une nouvelle société. — Trib. Seine, 31 août 1857, [J. Enreg., n. 16634]

1072. — Si l'acte de partage de la société porte que celle-ci s'est dissoute de plein droit par suite d'un fait prévu par la loi ou les statuts, le droit fixe de 7 fr. 50 n'est pas dû; il est dû, au contraire, lorsque la dissolution émane de la volonté des associés. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 277.

1073. — Outre le droit fixe de 7 fr. 50, l'acte de dissolution peut contenir des dispositions indépendantes passibles de droits particuliers. Telles sont les dispositions relatives à l'adjudication des immeubles sociaux à un ou plusieurs associés. — Cass., 17 août 1836, Leroux et autres, [S. 36.1.834, P. chr.]; — 3 janv. 1865, Comp. des mines de Graissessac, [S. 65.1.139, P. 65.297, D. 65.1.32]

1074. — ... A un bail, une cession de créance, un mandat. — Trib. Mirecourt, 11 déc. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16871; *Rép. pér.*, n. 1141] — V. Trib. Angoulême, 24 mars 1826, [*J. Enreg.*, n. 8746]

1075. — ... Au remboursement d'un apport de numéraire en valeurs sociales (0,15 p. 0/0). — Sol. rég., 24 juill. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1690] — ... Ou en valeurs propres à un associé autre que l'apporteur (droit de mutation).

1076. — ... Au remboursement d'avances faites à la société : droit de quittance. — Trib. Seine, 1er mars 1843, [*J. Enreg.*, n. 13220]

1077. — ... A la compensation de ses avances avec une indemnité ou une dette quelconque.

1078. — ... A l'abandon de meubles ou d'immeubles sociaux en paiement desdites avances : droit de mutation à titre onéreux. — Trib. Beauvais, 13 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17151; *Rép. pér.*, n. 1427]

1079. — Dans tous les cas visés ci-dessus, le droit proportionnel n'est dû que sous déduction de la part dont l'associé créancier fait confusion lui-même comme membre de la société débitrice.

1080. — Mais sont exemptes de tout droit spécial, comme dispositions dépendantes : la clause donnant pouvoir à un administrateur de liquider le passif social, et celle désignant un actionnaire pour liquider la société et lui allouant des honoraires — Sol. rég., 24 mai 1880, [*Tr. alph.*, v° *Société*, n. 278]

1081. — L'acte de dissolution d'associations qui ne constituent pas de véritables sociétés (sociétés littéraires, assurances mutuelles), n'est assujetti qu'au droit fixe de 3 fr. — Maguéro, *Tr. alph.*, *v° cit.*, n. 279. — *Contrà*, Déc. min. Fin., 7 févr. 1830, [*J. Not.*, n. 7173] — Le même tarif est applicable à l'acte d'adhésion à la dissolution. — Sol. rég., 21 juin 1832.

1082. — La dissolution qui s'opère avant le terme fixé dans le contrat de société n'est opposable à la Régie qu'à partir de l'enregistrement de l'acte qui la constitue. — Trib. Vannes, 31 août 1874, [*Rép. pér.*, n. 3938]

1083. — Les associés dissimulent parfois, au moyen d'une dissolution et d'une reconstitution fictives de la société, la cession de biens sociaux à un membre qui se retire. La Régie peut prouver la fraude et percevoir les droits en conséquence. — Cass., 5 avr. 1854, Chem. de fer de Rouen au Havre, [P. 55.1.35, D. 54.1.282] — V. Cass., 15 avr. 1872 (2 arrêts), Liévin et Roy et Delannoy, [S. 72.1.247, P. 72.575, D. 72.1.322] — V. *suprà*, n. 900 et 977.

§ 1. *Sociétés en liquidation.*

1084. — La mise en liquidation d'une société ne met pas fin à l'être moral qui survit pour tout ce qui concerne les besoins de la liquidation, aussi bien dans les rapports de la société envers les tiers que dans ses rapports avec les associés. Au contraire, dans les rapports des associés entre eux, la société cesse d'exister dès qu'il s'agit d'une des opérations du partage.

1085. — Il en résulte que si, au cours de la liquidation, la société vend les immeubles sociaux à une nouvelle société, le droit de mutation est dû sur la totalité du prix, bien que les membres de l'ancienne société fassent partie de la nouvelle. — Cass., 3 févr. 1868, Saint-Salvi, [S. 68.1.185, P. 68.421, D. 68.1.225]; — 6 mars 1872, Paul, [S. 72.1.88, P. 72.178, D. 72.1.169]

1086. — Mais, au contraire, si la vente d'un acquêt social est consentie par la société à un ancien associé, elle constitue une opération de partage, une licitation, et le droit n'est exigible que *sur les parts acquises*. — Sol. rég., 27 juill. 1888, [*Rép. pér.*, n. 7265] — V. Sol. rég., 30 juin 1867, [*J. Enreg.*, n. 18419-6°; *Rép. pér.*, n. 2578]

1087. — La cession d'actions qui intervient pendant la liquidation n'est pas une opération de partage; elle n'anéantit donc pas l'être moral et, par suite, reste soumise au tarif de 0 fr. 50 p. 0/0. — Cass., 6 mars 1872, Coudrin, [S. 72.1.246, P. 72.573, D. 72.1.201]; — 13 janv. 1892, Henry, Nollen et Cie, [S. et P. 92.1.100, D. 92.1.587] — Ce droit est d'ailleurs calculé sur la valeur nette de la part cédée sans addition d'une partie du passif social. — Cass., 9 mai 1864, Tamboise, [S. 64.1.239, P. 64.736, D. 64.1.232]; — 22 déc. 1868, Delmas, [S. 69.1.279, P. 69.672, D. 69.1.156]; — 17 févr. 1869, Saint-Ange-Richon, [S. 69.1.180, P. 69.427, D. 69.1.358]; — 23 mai 1870, Soc. du canal de la Sensée, [S. 71.1.106, P. 71.255, D. 70.1.413]; — 6 mars 1872, précité.

1088. — S'il n'y avait pas liquidation, par exemple dans le cas où la dissolution rendrait l'associé survivant propriétaire de la totalité de l'actif social, la cession porterait non sur un droit mobilier, mais sur les biens sociaux eux-mêmes, et le droit de mutation serait dû d'après la nature de ces biens. — Cass., 22 déc. 1868, précité; — 17 févr. 1869, précité; — 23 mai 1870, précité; — 26 mars 1889, Bruneau, [S. 90.1.423, P. 90.1.1005, D. 90.1.77]; — 17 mars 1890, Siffer, Ve Deroys, [S. 90.1.423, P. 90.1.1005, D. 90.1.347]; — 13 janv. 1892, précité.

1089. — La liquidation est une opération préliminaire au partage; mais elle est facultative, et la question de savoir s'il y a ou non liquidation est une pure question de fait. Cette question est toute résolue quand la liquidation est inutile ou impossible, par exemple quand tout l'actif doit être attribué à une seule personne. — Cass., 9 mai 1864, précité; — 7 févr. 1872, Jalabert, [S. 72.1.87, P. 72.177, D. 72.1.109]; — 1er mars 1875, Wurtemberg, [S. 75.1.278, P. 75.656, D. 75.1.369]; — 16 août 1875, Chanriot, [S. 76.1.37, P. 76.58, D. 76.1.213]; — 17 mars 1890, précité. — Trib. Seine, 6 avr. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1097] — *Contrà*, Trib. Sedan, 26 juin 1872, [*J. Enreg.*, n. 19632; *Rép. pér.*, n. 3679] — Trib. Seine, 4 nov. 1893, [*Rev. Enreg.*, n. 623; *J. Enreg.*, n. 24407-3°]

1090. — Il a été jugé, en ce sens, qu'il y a lieu de percevoir le droit de mutation sur le traité de fusion intervenu entre deux sociétés et duquel il résulte que l'une a apporté à l'autre tout son actif, à charge par celle-ci d'acquitter le passif et de remettre aux actionnaires de la première un certain nombre d'actions de la seconde nouvellement créées. Vainement objecterait-on, pour échapper au droit de mutation auquel un semblable traité donne ouverture, que la société absorbée a été mise en liquidation et que la société absorbante a été constituée liquidateur avec le mandat de réaliser l'actif et d'éteindre le passif pour le compte de la première. La liquidation a, en effet, pour but de dégager de l'actif brut l'actif net que les associés auront à se partager. Mais si, d'ordinaire, cette opération comporte l'achèvement des affaires en cours, l'acquittement des dettes et le recouvrement des créances, rien n'empêche les associés de convenir que l'actif sera attribué soit à l'un d'eux, soit à une autre société à charge par elle de payer les dettes sociales et de remettre aux membres de la société dissoute une certaine valeur qui représente le bénéfice évalué à forfait aux risques et périls comme au profit éventuel du cessionnaire. Sans doute, la répartition, par les soins de la société absorbante, des actions nouvelles attribuées aux actionnaires de la société absorbée par le traité de fusion, dans la mesure où la valeur vénale des nouveaux titres dépassait le montant des versements faits à ceete dernière société par ses actionnaires, constitue la distribution des bénéfices réalisés par elle, ce qui était l'objet même de sa liquidation; mais c'est, non plus en cette qualité de liquidateur, mais en celle toute différente de cessionnaire de l'actif, que la société absorbante devait accomplir et a effectivement accompli les autres opérations juridiques que comportait l'exécution complète du contrat de fusion. — Cass., 6 mai 1896, Crédit foncier de France, [S. et P. 97.1.294, D. 97.1.117] — Trib. Seine, 7 juin 1889, sous cet arrêt, [D. *ibid.*]

1091. — Jugé, dans le même sens, que lorsqu'une société formée entre deux personnes est dissoute par la mort de l'une d'elles, l'être moral subsiste pendant toute la durée de la période de liquidation qui s'est ouverte au décès. Mais la liquidation est définitivement close par la cession de tous les droits sociaux du prédécédé consentie par les ayants-cause de celui-ci au profit du survivant. Cette cession est passible, en conséquence, non du droit de 0,50 p. 0/0 qui frappe les transmissions de parts dans une société, mais du droit de 1 p. 0/0, 2 p. 0/0, 4 p. 0/0 afférent aux cessions de parts et portions indivises de créances,

de biens meubles, fonds de commerce et immeubles qui s'opèrent par voie de licitation. — Cass., 23 févr. 1898, Anger, [S. et P. 98.1.293]

1092. — Si une société formée entre deux personnes est déclarée dissoute d'un commun accord et que l'un des deux associés cède ensuite à l'autre tous ses droits, cette cession a pour objet, non des droits sociaux, l'être moral s'étant évanoui par le fait même de la cession, mais une part dans des valeurs indivises, et doit être tarifée en raison de la nature de ces valeurs. Une telle cession donne notamment ouverture au droit de 2 p. 0/0 si le fonds social comprend uniquement un fonds de commerce. — Cass., 14 juin 1898 (2 arrêts), Bleton, Reiffé et Baris, [S. et P. 98.1.468]

1093. — Lorsqu'à la suite de la dissolution d'une société les associés ont, par un premier acte, procédé entre eux à la répartition de tout l'actif par voie de cession et de partage, puis lorsque par un second acte du même jour, ils ont constitué une société nouvelle à laquelle ils ont apporté la plus grande partie de l'actif à l'ancienne et qui a pour but de continuer l'objet de cette dernière, ces circonstances sont incompatibles avec toute idée de mise en liquidation. En conséquence, la cession contenue dans l'acte de partage porte, non sur des droits sociaux incorporels, mais sur des biens indivis et donne ouverture au droit de mutation d'après la nature de ces droits. — Trib. Seine, 4 avr. 1903, [*Rev. Enreg.*, n. 3339]

1094. — La fin de la liquidation résulte également des faits. La liquidation peut d'ailleurs être interrompue et remplacée par un état d'indivision entre les anciens associés. — Cass., 22 déc. 1868, précité.

1095. — Elle ne prend fin en règle générale que lorsque le partage est terminé. — Cass., 22 déc. 1868, précité; — 6 mars 1872, précité. — V. Cass., 23 mai 1870, précité.

§ 2. *Cessions d'actions et vente de biens sociaux après la dissolution.*

1096. — Dès que la société a pris fin par la clôture de la liquidation, toute cession des biens composant le fonds social constitue une vente ordinaire passible des droits de mutation. — Cass., 6 août 1845, Formont, [S. 45.1.663, P. 46.1.219, D. 45.1.430]; — 7 févr. 1853, Thomas, [S. 53.1.284, P. 53.1.630, D. 53.1.33]; — 17 févr. 1869, précité; — 23 mai 1870, précité; — 3 déc. 1878, L'Union des Gaz, [S. 79.1.86, P. 79.175, D. 79.1.156] — Trib. Seine, 23 mars 1877, [*J. Enreg.*, n. 20437; *J. Not.*, n. 21785; *Rép. pér.*, n. 4708] — V. aussi Cass., 3 janv. 1865, Comp. des mines de Graissessac, [S. 65.1.139, P. 65.297, D. 65.1.32]; — 3 janv. 1900, Bouché, [S. et P. 1900.1.291, D. 1900.1.586] — Trib. Reims, 11 juill. 1896, sous ce dernier arrêt.

1097. — Si le fonds social comprend des immeubles ou un fonds de commerce, la cession est, par suite, assujettie à l'enregistrement obligatoire, alors même qu'elle ne serait constatée par aucun acte. — Cass., 3 déc. 1878, précité.

1098. — Il importerait peu également que les titres de la société dissoute eussent acquitté, durant son existence, les droits de timbre et de transmission : ces deux impôts sont d'une nature absolument différente de celle du droit de mutation. — Trib. Seine, 30 avr. 1856, [*J. Enreg.*, n. 16664; *J. Not.*, n. 16282; *Rép. pér.*, n. 966]

1099. — La cession d'actions entraînant dissolution de la société est passible du droit de mutation. Il en a été ainsi décidé en cas de cession à un seul associé de tous les droits de ses coassociés. — Cass., 7 févr. 1881, Mary, [S. 81.1.276, P. 81.1.652, D. 81.1.267]; — 17 nov. 1890, de Yrigoyen, [S. 91.1.275, P. 91.1.651, D. 91.1.477] — Trib. Béziers, 19 juin 1878, [*Rép. pér.*, n. 5116] — Trib. Charleroi, 3 août 1882, [*J. Enreg.*, n. 22169; *Rép. pér.*, n. 6087] — Trib. Valenciennes, 2 févr. 1883, [*J. Enreg.*, n. 22166] — Trib. Bordeaux, 26 mars 1890, sous Cass., 17 nov. 1890, précité.

1100. — Le droit de licitation à 4 p. 0/0 est perçu sur les *parts acquises* dans les immeubles provenant d'acquêts sociaux, et le droit de 5,50 p. 0/0 sur les immeubles apportés en société par les cédants. — Cass., 17 nov. 1890, précité. — Trib. Bordeaux, 26 mars 1890, précité.

1101. — Mais la société ne se trouve dissoute que lorsque le même associé est devenu propriétaire de toutes les parties; s'il se rend acquéreur de ces parts à des dates différentes, la dernière cession seule met fin à l'être moral et donne ouverture au droit de mutation. Dans cette hypothèse, le droit est dû : 1° sur la totalité des apports faits par des associés autres que le cessionnaire; 2° sur l'importance de la part du dernier coassocié dans les acquêts sociaux. Le cessionnaire, pour les cessions antérieures, a en effet augmenté son droit de copartageant sur les acquêts sociaux, et il n'a acquis, par la dernière cession, que les droits appartenant au dernier coassocié. Quant aux biens apportés par le cessionnaire, ils ne sont en aucun cas soumis au droit de mutation. — Cass., 7 févr. 1872, Jalabert, [S. 72.1.87, P. 72.177, D. 72.1.109] — V. Cass., 2 déc. 1873 (3 arrêts), Vergnon et Lemasson, Donon et Palotte, Conchon, [S. 74.1.225, P. 74.550, D. 74.1.110]; — 17 nov. 1890, précité. — Sic, Demasure, *Régime fiscal des sociétés*, n. 94; Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 289.

1102. — Bien entendu le droit de 0,50 p. 0/0 perçu sur les cessions antérieures ne peut être imputé sur le droit de mutation exigible lors de la dernière cession : les deux droits sont de nature différente. — Cass., 2 déc. 1873, précité.

1103. — Si toutes les actions étaient cédées à une personne étrangère à la société, le droit de mutation serait dû sur la totalité de l'actif, sans distinguer entre les apports et les acquêts. — Championnière et Rigaud, t. 3, n. 3689; Demante, n. 519; Maguero, *Tr. alph.*, 1° *éd.*, n. 291. — Dans le cas où le fonds social comprendrait des immeubles ou un fonds de commerce, la cession serait en conséquence assujettie à l'enregistrement obligatoire dans le délai de trois mois; et s'il comprenait des meubles et des immeubles, le droit serait perçu au tarif immobilier, à moins que les meubles ne soient détaillés et estimés article par article, conformément aux prescriptions de l'art. 9, L. 22 frim. an VII. — Trib. Toulon, 26 juill. 1864, [*Rép. pér.*, n. 1968] — V. aussi, Cass., 5 janv. 1848, Puissant, [S. 48.1.197, P. 48.1.379, D. 48.1.57]

1104. — Les règles seraient les mêmes si la société se transformait et se convertissait de manière à donner naissance à un être moral nouveau.

1105. — Mais le droit de mutation n'est dû que si la même personne réunit sur sa tête tous les droits sociaux sans exception. S'il existe encore un associé, même ne possédant qu'un démembrement de la propriété du fonds social, usufruit ou nue propriété, l'être moral subsiste et les cessions d'actions ne donnent ouverture qu'au droit de 0,50 p. 0/0. — Sol. rég., 21 avr. 1872, [*J. Enreg.*, n. 13004-4°]

1106. — Jugé, en ce sens, que dans le cas où, au cours d'une société constituée par parts d'intérêts, l'un des associés réunit sur sa tête, en vertu de cessions qui sont consenties soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, la pleine propriété d'une fraction de l'actif social et la nue propriété du surplus, l'usufruit de cet excédent reposant sur la tête d'un autre associé, l'être moral continue à subsister. Il en résulte que c'est seulement le partage du fonds social, intervenu plusieurs années après les actes de cession dont il s'agit, qui constitue le titre de la mutation des apports si ceux-ci sont attribués à un autre qu'à l'apporteur. C'est donc du jour de l'enregistrement de cet acte, et non à partir de l'enregistrement des cessions à titre onéreux ou gratuit consenties au cours de la société, que court la prescription biennale contre l'action de la Régie en recouvrement du droit proportionnel auquel la mutation d'apport donne ouverture. — Cass., 28 janv. 1902, Chuquet, [S. et P. 1903.1.151] — Trib. Bar-le-Duc, 9 mars 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 2887]

1107. — La cession de part intervenant après la dissolution est passible, nous l'avons vu, du droit de mutation. — V. *suprà*, n. 1059.

1108. — Si la cession est consentie à un tiers, le droit est dû sur le prix augmenté des charges. Si elle est consentie à un ancien associé, le droit est dû sur la part revenant au cédant dans la masse. Lorsque la masse ne comprend que des acquêts sociaux, il est facile de déterminer cette part; si elle comprend des apports et des acquêts, le droit est dû sur la totalité des apports du cédant, alors même que sa part serait inférieure à ces apports, et si elle est inférieure, le droit est liquidé sur les apports augmentés de la portion des acquêts nécessaire pour compléter cette part. Il est à remarquer que le droit de 0,50 p. 0/0 est toujours dû sur les apports du cédant, tandis que sur les acquêts le tarif de 4 p. 0/0 est seul applicable lorsque la cession met fin à l'indivision. Si la masse comprend des apports du cessionnaire, ceux-ci ne peuvent en aucun cas être soumis au droit de mutation. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 294.

1109. — Il a été jugé que lorsqu'un associé, se rendant acquéreur de la part de son coassocié, lui paie en outre une certaine somme, à titre d'indemnité, pour dissolution anticipée de la société, l'acte contient deux dispositions indépendantes passibles chacune du droit qui lui est propre : l'indemnité est passible en conséquence du droit de 0,50 p. 0/0, car elle ne peut être considérée comme un supplément de prix de vente. — Trib. Seine, 23 mars 1877, [*J. Enreg.*, n. 20437; *J. Not.*, n. 21785; *Rép. pér.*, n. 4708]

1110. — La cession à un étranger des biens d'une société dissoute est toujours une vente; cette cession consentie à un ancien associé est une licitation si elle a pour objet des acquêts sociaux. Le droit de mutation n'est exigible, en ce dernier cas, que sur l'importance des parts acquises. — Cass., 17 août 1836, Leroux et autres, [S. 36.1.834, P. chr.] — Trib. Saint-Quentin, 25 avr. 1860, [*J. Enreg.*, n. 17397; *Rép. pér.*, n. 1485]

1111. — Mais si l'associé acquéreur avait déjà été désintéressé et avait reçu sa part dans l'actif, il y aurait vente et non licitation. — Cass., 17 août 1865, Perdriau, [S. 65.1.422, P. 65. 1272, D. 66.1.10] — Trib. Seine, 17 juin 1864, sous cet arrêt.

1112. — On doit d'ailleurs assimiler aux acquêts sociaux, pour la perception du droit de mutation après la dissolution, les apports *à titre onéreux*, qui ont été réellement acquis par la société. — Sol. rég., 30 juin 1867, [*J. Enreg.*, n. 18419-6°; *Rép. pér.*, n. 2578]

1113. — La part sociale étant un bien mobilier tombe dans la communauté qui peut exister entre un associé et son conjoint. Si donc la veuve d'un associé acquiert un immeuble faisant partie des acquêts sociaux, le droit de mutation est dû non seulement sur la part des autres associés dans l'immeuble, mais encore sur la moitié revenant aux héritiers de l'époux prédécédé, dans la part indivise de communauté. — Cass., 12 févr. 1890, Sâtre, [S. 91.1.230, P. 91.1.545, D. 90.1.204] — Trib. Lyon, 4 avr. 1884, Sâtre, [S. 86.2.23, P. 86.1.222] — *Contrà*, Cass., 23 nov. 1853, Blech, [S. 54.1.746, P. 54.1.114]

1114. — Lorsque la licitation n'est que partielle, la Régie n'admet pas, comme en matière de soulte de partage, que les droits soient perçus de la façon la plus favorable aux parties, en imputant d'abord le prix sur les biens soumis, par leur nature, au tarif le moins élevé : le droit doit être liquidé sur la part virile du cédant dans chacun des biens compris dans l'indivision. — Trib. Bayeux, 1er déc. 1899, [*J. Enreg.*, n. 25957] — Sol. rég., 9 mai 1894, [*Rép. pér.*, n. 8326]; — 8 juill. 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1253]

1115. — La Régie n'admet même pas cette imputation lorsque la licitation met fin à l'indivision et équivaut, par suite, à partage ; et cette doctrine est d'autant plus illogique que l'imputation est admise quand il s'agit d'un partage. Aussi beaucoup de tribunaux ont-ils rendu des décisions en sens contraire. — V. dans le sens de la théorie de la Régie : Trib. Saint-Quentin, 22 mars 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1723] — Trib. Nantes, 17 juin 1895. — Trib. Abbeville, 25 juin 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2800] — *Contrà*, Trib. Gourdon, 17 juill. 1895, [*Rép. pér.*, n. 8757] — Trib. Lesparre, 30 déc. 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1637; *J. Enreg.*, n. 25403] — Trib. Vassy, 10 août 1898 [*Rev. Enreg.*, n. 1869; *Rép. pér.*, n. 9552] — Trib. Montauban, 12 août 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1987; *Rép. pér.*, n. 9550] — Sol. rég., 14 janv. 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1095]

1116. — La licitation des immeubles dépendant d'une société dissoute est sujette au droit de transcription si l'indivision ne cesse pas, et ce droit doit être liquidé, à raison de l'indivisibilité de la formalité, sur l'intégralité du prix, sans déduction de la part du cessionnaire dans ce prix. — Cass., 17 août 1836, précité, — 23 nov. 1853, précité; — 3 janv. 1865, Comp. des mines de Graissessac, [S. 65.1.139, P. 65.297, D. 65.1.32]

1117. — Il avait été décidé que le droit de transcription est dû chaque fois que le colicitant adjudicataire a la faculté de purger : par exemple, lorsqu'un associé commanditaire se rend adjudicataire de l'immeuble dépendant de la société dont il faisait partie. — Trib. Reims, 2 mars 1887, [*Rép. pér.*, n. 6995; *J. Enreg.*, n. 22896] — ... Ou lorsque l'adjudicataire est un actionnaire d'une société anonyme. — Sol. rég., 27 juill. 1888, [*Rép. pér.*, n. 7265] — V. Sol. rég. 12 juill. 1901, [Instr. Enreg., n. 3099, § 10; *Rev. Enreg.*, n. 3241]

1118. — Mais une solution de la Régie, du 12 juill. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 3241], décide que les associés n'ont jamais le droit de purger et que par suite le droit de transcription n'est jamais exigible.

1119. — Nous avons vu que la Régie justifie de la manière suivante l'exemption du droit de mutation sur les apports purs et simples faits à une société : « L'apport d'un bien meuble ou immeuble dans la société n'opère pas une mutation actuelle, parfaite et définitive; cette mutation est soumise à la *condition suspensive* que l'objet ne sera pas repris par l'auteur de l'apport lors du partage de la société; elle ne se réalise, par conséquent, d'une manière complète que par l'attribution de cet objet à l'associé qui n'en était pas propriétaire. Jusqu'à cette époque, elle est en quelque sorte suspendue. » (Instr. adm. enreg., n. 2673, § 8, p. 202). — Nous allons examiner les conséquences de cette théorie au point de vue de la transmission des biens sociaux.

1120. — Si l'immeuble (ou le meuble) est adjugé à l'associé qui l'a apporté, aucun droit de mutation n'est dû puisque l'apporteur n'a jamais cessé d'avoir la propriété de cet immeuble. — Délib. enreg., 11-20 févr. 1834, [*J. Enreg.*, n. 10844; *J. Not.*, n. 8425] — Le droit n'est même pas dû sur la plus-value *naturelle* acquise par l'immeuble, c'est-à-dire celle qu'il a acquise indépendamment de tout fait de la société. Mais si la société a fait sur cet immeuble des impenses ou des constructions, la plus-value constitue un acquêt social, et l'apporteur adjudicataire doit le droit de mutation sur la portion de cette plus-value formant la part de ses coassociés. — Cass., 17 déc. 1838, Cesbron-Delisle et Foucaux, [S. 39.1.539, P. 38.2.664]; — 13 juill. 1840, Grillon, [S. 40.1.586, P. 40.2.585] — V. Trib. Villefranche, 5 avr. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2720]

1121. — Aucun droit de transcription n'est également dû sur l'acte constatant la reprise de son apport par un associé. — Délib. enreg., 11-20 févr. 1834, précitée.

1122. — Si au contraire l'immeuble est adjugé à un associé autre que celui qui en avait fait l'apport, le droit de 5,50 p. 0/0 est dû sur la totalité du prix. — V. la jurisprudence citée *infrà*, n. 1145. — V. aussi Cass., 13 juill. 1840, précité; — 8 nov. 1853, Testelat, [S. 53.1.757, P. 54.1.29, D. 54.1.29]; — 8 nov. 1864, Anceaux, [S. 65.1.137, P. 65.295, D. 64.1.473] — Trib. Seine, 22 janv. 1886, Capgrand et Boucher, [S. 87.2.95, P. 87.1.478, D. 87.5.201] — Sol. rég., 16 sept. 1892, [*Rev. prat. de l'enreg.*, n. 3475]

1123. — Il importerait peu d'ailleurs que l'apporteur se fût retiré de la société et que la cession de sa part eût déjà donné lieu à la perception du droit de 0,50 p. 0/0; les deux mutations sont absolument distinctes. — Cass., 8 nov. 1864, précité.

1124. — La mutation s'opérant par suite de la réalisation d'une condition suspensive, le titre de la mutation réside, non dans le procès-verbal d'adjudication, mais dans l'acte constitutif de la société, attendu que la mutation rétroagit au jour de la formation de la société. En conséquence, le droit est perçu d'après le tarif en vigueur au jour de la constitution de la société et d'après la valeur de l'apport à la même date. — Cass., 24 déc. 1879, Vellin et consorts, [S. 80.1.225, P. 80.518, D. 80.1. 182]

1125. — L'application de cette théorie ne soulève aucune difficulté lorsque l'apport a augmenté de valeur par suite de plus-value naturelle, ou même par suite d'impenses faites par la société, car, dans ce dernier cas, la Régie ne réclame le droit de mutation que sur les parts acquises. Mais les protestations les plus vives se sont élevées lorsque la Régie a voulu appliquer sa théorie à des apports qui avaient diminué de valeur. Aussi, après avoir obtenu du tribunal d'Arras un jugement favorable (3 févr. 1892), l'Administration, à la suite d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 20 déc. 1893, admettant le pourvoi contre le jugement d'Arras, avait-elle décidé, par une solution du 29 juin 1894 (reproduite au *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 303), que l'affaire ne serait pas suivie. Une solution du 10 août 1894 portait même que le droit devait être perçu « d'après la valeur des objets au moment de l'attribution et d'après le tarif en vigueur à la même époque ». Mais à la suite d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 28 janv. 1895, Mabille, [S. et P. 96.1.417, D. 95.1.363], la Régie est revenue d'une façon définitive à sa doctrine primitive qui, nous l'avons dit, n'est rien moins que juridique. — V. *J. des soc.*, n. 43; *J. Not.*, n. 25429 et 25455. — Trib. Arras, 17 mars 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1499] — V. aussi Trib. Saint-Affrique, 2 nov. 1893, [*J. Enreg.*, n. 24267] — Trib. Seine, 29 oct. 1897, [*Rép. pér.*, n. 9193]; — 20 avr. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2719] — *Contrà*,

Trib. Trevoux, 17 janv. 1899 et les observations de la *Rev. Enreg.*, n. 2029. — Trib. Avesnes, 30 avr. 1903, [*Rev. Enreg.*, n. 3358]

1126. — Du moment que l'adjudication de biens sociaux à d'autres associés que les apporteurs doit être considérée comme une vente, il convient de lui appliquer l'art. 9 de la loi de frimaire et de percevoir le droit de 5,50 p. 0/0 sur la totalité du prix de l'adjudication comprenant des meubles et des immeubles, si un prix spécial n'a pas été stipulé pour les premiers et s'ils n'ont pas été désignés et estimés article par article dans le contrat. — Trib. Trevoux, 17 janv. 1899, précité. — Trib. Ruffec, 5 juin 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2951] — V. Trib. Mirecourt, 20 juin 1851, [*J. Enreg.*, n. 15282]

1127. — En outre, il convient d'ajouter au prix stipulé la portion des dettes sociales qui peut être mise à la charge de l'adjudicataire, déduction faite cependant de sa part dans ces dettes.

1128. — Enfin si l'acte de société a été transcrit, la mutation qui s'opère à la dissolution n'est pas assujettie à un nouveau droit de transcription et ne donne ouverture qu'au droit de 4 p. 0/0. — V. Trib. Seine, 26 oct. 1901, *Rev. Enreg.*, n. 2926]

1129. — L'adjudication d'un immeuble à un associé qui a apporté des meubles ou un autre immeuble est également passible du droit de mutation. — Cass., 29 janv. 1840, Véron, [S. 40.1.539, P. 42.2.173]; — 6 juin 1842, Véron, [S. 42.1.484, P. 42.2.174]

1130. — Si une société dissoute, *mais non liquidée,* cède son actif à une société nouvelle, même composée des membres ou de certains membres de la première, le droit de mutation est dû sur l'intégralité du prix sans aucune déduction, attendu que la société est seule propriétaire. La condition qui tenait en suspens la mutation des biens apportés par les anciens associés s'est réalisée, puisque ceux-ci ne sont pas attributaires de leurs apports. — V. Cass., 3 avr. 1855, Comp. *La Marseillette*, [S. 56.1.76, P. 56.2.217, D. 55.1.164]; — 15 déc. 1857, Comp. des forges de Vierzon, [S. 58.1.551, P. 58.142, D. 58.1.57], — 3 févr. 1868, Saint-Salvi, [S. 68.1.185, P. 68.421, D. 68.1.226] — Maguéro, *Traité alph.*, v° cit., n. 305.

1131. — Si la société ancienne était liquidée, les associés seraient copropriétaires du fonds social et devraient être considérés comme ayant apporté leurs droits indivis dans l'ancien fonds; l'acquisition de la totalité de ce fonds par la nouvelle société équivaudrait donc à une licitation, *en ce qui concerne les acquêts sociaux;* le droit de 4 p. 0/0 serait exigible sur les parts acquises. Si l'ancien fonds social comprenait des apports faits par les associés qui n'entrent pas dans la nouvelle société, le droit de 5,50 p. 0/0 serait exigible sur la valeur intégrale de ces apports. — V. Cass., 3 janv. 1865, Comp. des mines de Graissessac, [S. 65.1.139, P. 65.297, D. 65.1.32]; — 25 nov. 1901, Prouvost-Lefebvre, [S. et P. 1903.1.241, D. 1903.1.145] — Trib. Lille, 4 avr. 1895, sous cet arrêt.

1132. — Mais l'apport à la nouvelle société doit s'appliquer aux biens mêmes compris dans l'ancienne; si par exemple, les copropriétaires d'un domaine forment une société pour l'exploitation de leur propriété et font apport du prix à provenir de la vente ultérieure de l'immeuble, l'acte par lequel la société se rend adjudicataire de cet immeuble, est passible du droit de 5,50 p. 0/0 sur la totalité du prix, car la société ne peut être considérée comme l'ayant acquis à titre de licitation. — Trib. Seine, 7 août 1866, [*Rép. pér.*, n. 2312]

1133. — L'acte par lequel il est stipulé qu'une société sera, lors de la dissolution, continuée avec le même fonds social entre les anciens associés et un tiers qui s'oblige de payer une somme convenue à l'un des associés en échange d'une portion des droits de ce dernier dans les valeurs à provenir de la société dissoute et qui composeront l'actif de la société nouvelle, donne ouverture au droit de mutation. — Cass., 17 févr. 1869, Saint-Ange-Richon, [S. 69.1.180, P. 69.427, D. 69.1.358]

1134. — De même, lorsque trois personnes ayant des parts inégales dans une société de spéculation de terrains, établissent entre elles, par parts égales, une association en participation, pour une entreprise différente, avec apport dans l'association d'une portion des biens composant l'actif de la société primitive, et stipulation que les associés, dont les droits sont ainsi augmentés, paieront la différence résultant à leur profit de l'égalisation des parts, la conséquence juridique nécessaire de l'acte d'association est, tout à la fois, la dissolution de l'ancienne société, et la formation d'une société nouvelle entièrement distincte par son but et son objet. Cette convention renferme en outre cession, par celui des associés qui avait un intérêt supérieur au tiers des biens apportés à la nouvelle association, de la fraction acquise par les deux autres, et les droits de vente mobilière ou immobilière, suivant la nature des biens transmis, sont exigibles sur la somme formant le prix de la cession. — Cass., 18 juin 1888, Escarraguel, [S. 90.1.182, P. 90.1.417, D. 89.1.244] — Trib. Le Havre, 16 juin 1887, [*Rép. pér.*, n. 6909]

1135. — Les principes rappelés *suprà*, n. 1065, au sujet de la prescription des droits dus sur les cessions d'actions effectuées en cours de société, sont applicables aux droits dus lors de la dissolution de la société. Si donc toutes les actions sont cédées à un seul associé, le droit de mutation est immédiatement exigible, et l'insuffisance de perception qui aurait été faite ne peut être réparée que dans le délai de deux ans. Mais si plusieurs cessions successives étaient consenties à l'associé, et si la dernière, celle qui entraîne dissolution de la société, ne contenait pas les renseignements nécessaires pour permettre au receveur de reconnaître l'existence de la mutation, la prescription trentenaire serait seule applicable. — Cass., 24 janv. 1854, Lichtenstein, [S. 55.1.58, P. 54.1.329, D. 54.1.353] — V. Cass., 3 déc. 1878, L'Union des gaz, [S. 79.1.86, P. 79.175, D. 79.1.156]

1136. — La même règle est applicable en cas de cession de toutes les actions à un tiers. — Cass., 2 déc. 1873 (3 arrêts), Vergnon, Lemasson, Donon, Palotte et Conchon, [S. 74.1.225, P. 74.550, D. 74.1.110]

1137. — Quant aux droits en sus ils ne sont prescriptibles que par deux ans du jour où les préposés ont été mis à même de constater les contraventions.

1138. — Jugé, par application de ces principes, que lorsque la mutation conditionnelle résultant de l'apport pur et simple de biens meubles et immeubles en société se réalise par l'attribution de ces biens à un autre que l'apporteur et que l'acte constatant cette réalisation présente en lui-même un titre à l'exigibilité du droit, de telle sorte que la Régie aurait pu, au vu de cet acte soumis à l'enregistrement, exiger le droit proportionnel, la réclamation ultérieure de ce droit est soumise, à partir de l'enregistrement dudit acte, à la prescription biennale édictée par l'art. 61, n. 1, L. 22 frim. an VII. Il en est ainsi notamment lorsqu'une première société formée entre trois membres qui y avaient apporté certains biens indivis est dissoute et remplacée par une société nouvelle à laquelle deux des anciens associés apportent la totalité des apports mis en commun à l'origine. L'acte constitutif de la seconde société fournit la preuve complète de la mutation pouvant donner ouverture au droit proportionnel. En conséquence, ce droit est prescrit lorsque plus de deux ans se sont écoulés depuis l'enregistrement dudit acte constitutif, sans réclamation de la part de la Régie. La prescription biennale édictée par l'art. 14, L. 16 juin 1824, s'applique, de même, aux droits en sus exigibles sur la mutation intervenue dans les circonstances ci-dessus décrites, attendu que les préposés de la Régie ont été mis à même de constater la contravention au vu de l'acte soumis à l'enregistrement, sans recherches ultérieures. — Cass., 29 janv. 1900, Rivier et Laurent, [S. et P. 1900.1.417, D. 1900.1.98] — Trib. Lure, 8 juill. 1897, sous cet arrêt.

§ 3. *Partage de la société.*

1139. — Logiquement, le droit de partage à 0,15 p. 0/0 devrait frapper l'acte qui constate la répartition du fonds social entre les ayants-droit, que ce fonds comprenne des apports ou des acquêts. Mais, par suite de la théorie de la Régie qui ne considère l'apport en société comme translatif que sous la condition suspensive que les biens apportés seront attribués à un autre que l'apporteur, les règles de perception sont beaucoup plus compliquées.

1° Apport pur et simple attribué à l'ancien propriétaire.

1140. — Si l'apport est attribué à l'apporteur, il ne se produit aucune mutation. Le droit fixe devrait, semble-t-il, être seul perçu. La Régie n'en exige cependant pas moins le droit de partage. — Sol. rég., 9 janv. 1875, [*Rép. gén.*, n. 19091; *Rép. pér.*, n. 4226] — V. aussi Trib. Seine, 1er juill. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2193] — Sol. rég., 10 oct. 1872, [*Rép. pér.*, n. 3704-31°] — *Contra*, Trib. Reims, 24 juill. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2898]

1141. — Si une soulte est mise à la charge de l'associé qui

reprend son apport, aucun droit proportionnel n'est exigible de ce chef, car on ne peut considérer l'associé comme acheteur de sa propre chose. Il n'y aurait exception à cette règle que si la soulte représentait les impenses faites par la société sur les biens mis en société. — V. *suprà*, n. 1125.

1142. — D'ailleurs si l'associé apporteur avait déjà été désintéressé au moyen d'autres valeurs sociales (spécialement en cas de retraite accompagnée de la cession de toutes ses actions), il ne pourrait reprendre son apport sans qu'il y eût véritable vente, passible du droit proportionnel. — V. Cass., 17 août 1865, Perdriau, [S. 65.1.422, P. 65.1272, D. 66.1.10]

1143. — Lorsque l'apport a pour objet un immeuble, l'acte qui en constate la reprise par l'apporteur n'est jamais sujet au droit de transcription, qu'il s'agisse d'un associé en nom ou d'un commanditaire, car il n'a jamais la faculté de purger. — Trib. Castres, 11 avr. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2433] — Trib. Marseille, 2 janv. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1287; *J. Enreg.*, n. 24843] — Sol. rég., 12 juill. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 3241], contraire à une solution du 4 sept. 1890, [*Traité alph.*, v° *Société*, n. 311] — V. Trib. Villefranche, 5 avr. 1890, [*Rev. Enreg.*, n. 2720]

1144. — Si un associé est attributaire d'un immeuble dont il a fait l'apport *à titre onéreux*, il le reçoit non comme propriétaire, mais comme copartageant, attendu que l'immeuble est devenu un acquêt social : si donc il est chargé de payer une soulte, le droit de mutation est dû sur cette soulte. Jugé, en ce sens, que lorsqu'un immeuble, qui avait été apporté à charge par la société d'en acquitter le prix, est attribué à la dissolution à l'ancien propriétaire sous la condition d'en payer le prix encore dû, le droit de mutation est exigible sur ce qui excède la part de l'associé dans cette dette. — Trib. Reims, 31 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17162; *Rép. pér.*, n. 1371]

2° Apport pur et simple attribué à un autre que l'apporteur.

1145. — L'apport attribué à un autre que l'apporteur rend exigible le droit de mutation. La Régie fonde cette solution sur sa théorie de l'apport valant mutation sous condition suspensive et elle a été suivie par la jurisprudence. — Cass., 12 août 1839, Février, [S. 39.1.673, P. 39.2.229]; — 29 janv. 1840, Véron, [S. 40.1.539, P. 42.2.173]; — 6 juin 1842, Véron, [S. 42.1.484, P. 42.2.174]; — 14 avr. 1847, Cusin, [S. 47.1.378, P. 47.1.713, D. 47.1.157]; — 21 févr. 1853, Bian, [S. 53.1.206, P. 53.1.467, D. 53.1.52]; — 8 nov. 1864, Anceaux, [S. 65.1.137, P. 65.294, D. 64.1.473]; — 14 févr. 1866, Faivre, [D. 66.1.60]; — 3 févr. 1868, Saint-Salvi, [S. 68.1.185, P. 68.421, D. 68.1.226]; — 24 déc. 1879, Vellin, [S. 80.1.225, P. 80.518, D. 80.1.182]; — 27 juin 1882, Simon et Boudaux, [S. 83.1.382, P. 83.1.965, D. 83.1.169]; — 28 janv. 1895, Mabille, [S. et P. 96.1.417, D. 95.1.363] — Trib. Arras, 17 mars 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1499] — Trib. Trévoux, 17 janv. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2029] — Trib. Seine, 20 avr. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2719]

1146. — Il importerait peu que l'attributaire se fût rendu acquéreur des actions de l'apporteur : les deux mutations sont complètement distinctes. — Cass., 8 nov. 1864, précité; — 2 déc. 1873, précité. — Trib. Seine, 9 mai 1868, [*Rép. pér.*, n. 2745]

1147. — Il importerait peu également qu'il eût été stipulé dans le pacte social que les actionnaires seraient appelés au partage des apports faits par les fondateurs : cette stipulation ne peut dispenser les attributaires du droit de mutation, le cas échéant. — Cass., 12 août 1839, précité; — 9 nov. 1842, Grimm, [S. 43.1.336, P. 43.2.54]; — 14 avr. 1847, précité; — 21 févr. 1853, précité; — 8 nov. 1853, Testelat, [S. 53.1.758, P. 54.1.29, D. 54.1.29]; — 14 févr. 1866, précité.

1148. — De même, la circonstance que la société est en déficit n'a aucune influence sur la perception. — Cass., 27 juin 1882, précité.

1149. — L'abandon au mari de biens attribués à la femme rend également exigible le droit de mutation, alors même que l'acte social stipule qu'en cas de décès de la femme son mari sera propriétaire de tous ses droits. — Trib. Reims, 31 mars 1860, précité.

1150. — La règle posée *suprà*, n. 1145, s'applique aux immeubles, et la mutation doit alors être enregistrée dans les trois ou quatre mois de l'attribution, à peine de droits en sus. — Cass., 4 févr. 1901, Depotter, [S. et P. 1903.1.49] — Trib. Saint-Omer, 5 mars 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 2628]

1151. — Mais elle s'applique également aux meubles, à condition qu'il ne s'agisse pas de choses fongibles dont la société devient propriétaire.

1152. — ... Aux fonds de commerce; et le droit doit être acquitté dans les trois ou quatre mois de l'attribution. — V. Cass., 25 nov. 1901, Prouvost-Lefebvre, [S. et P. 1903.1.241, D. 1903.1.145] — Trib. Lille, 4 avr. 1895, sous cet arrêt. — V. Trib. Toulouse, 24 mai 1844, [*J. Enreg.*, n. 13519-3°] — Trib. Pontoise, 25 juin 1846, [*J. Enreg.*, n. 14040] — Trib. Rouen, 10 avr. 1873, [*Rép. pér.*, n. 3897] — Trib. Pontoise, 24 août 1875, [*J. Enreg.*, n. 20062; *Rép. pér.*, n. 4203] — Trib. Cosne, 4 juill. 1876, [*Rép. pér.*, n. 4730; *J. Enreg.*, n. 20380] — Trib. Seine, 22 janv. 1886, Capgrand et Boucher, [S. 87.2.95, P. 87.1.478, D. 87.5.201] — Il a été décidé que, pour échapper à l'impôt, les parties ne seraient pas fondées à prétendre que l'attributaire avait contribué par son industrie à former la clientèle, s'il résulte des documents versés aux débats qu'il n'y a jamais eu entre l'ancien et le nouveau possesseur qu'un contrat de louage de services, avec participation aux bénéfices. Il importe peu également que les marchandises apportées par l'ancien possesseur du fonds, lors de la constitution de la société, aient été aliénées et que le matériel ait disparu, ces éléments ayant été remplacés par d'autres qui perpétuent l'existence du fonds de commerce, malgré les modifications qu'il peut subir : mais les parties sont admises à passer une déclaration distincte de la valeur du matériel et des marchandises apportées en société et évaluées en bloc au moment de l'apport. — Trib. Lille, 28 juin 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2500]

1153. — Jugé encore, et dans un sens différent en ce qui concerne les marchandises, que lorsqu'un fonds de commerce est apporté par deux personnes qui en sont copropriétaires à une société constituée pour son exploitation, et qu'à la dissolution de la société l'un des associés cède à l'autre, moyennant un prix déterminé, sa part dans la clientèle et les marchandises, le droit de mutation doit être liquidé non sur le prix stipulé, mais sur la valeur du fonds au jour de l'apport. Toutefois, en ce qui concerne les marchandises, l'impôt n'est exigible que sur la valeur de celles dont l'existence est constatée au jour de la cession, sans rétroactivité. — Trib. Seine, 18 janv. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2643]

1154. — Constitue une cession conditionnelle de fonds de commerce l'obligation imposée par les statuts à celui des associés qui deviendra adjudicataire du fonds de commerce apporté par un autre à la société, de reprendre les approvisionnements et marchandises qui en dépendent, au prix d'un inventaire à dresser avant l'adjudication. Les parties sont tenues, en conséquence, dans les délais et sous les peines établies par l'art. 8 de la loi du 28 févr. 1872, de présenter au bureau de l'enregistrement l'acte, ou à défaut d'acte, une déclaration de réalisation de la cession, ainsi que l'inventaire, et d'acquitter les droits exigibles. — Trib. Trévoux, 17 janv. 1899, précité.

1155. — La règle posée *suprà*, n. 1145, s'applique encore à l'apport d'un bail d'immeubles. Et si l'associé restant obtient un délai pour rembourser les sommes apportées en société par l'associé sortant, le droit d'obligation est dû.

1156. — Un immeuble, acquis en commun par trois personnes avec clause de réversion sur la tête du survivant, ayant été apporté à une société qui comprenait d'autres membres que les communistes et ayant été attribué, à la dissolution de la société, à l'un des apporteurs, seul survivant des trois anciens propriétaires, le droit de 4 p. 0/0 a été reconnu exigible sur les deux tiers de l'immeuble provenant des deux communistes décédés. — Trib. Seine, 16 janv. 1885, [*Tr. alph. loc. cit.*, n. 313 *bis*]

1157. — Il est à remarquer que, dans le cas de mutation immobilière, le droit de 5,50 p. 0/0 est réduit à 4 p. 0/0 quand le contrat de société a été transcrit. — Trib. Valence, 13 févr. 1884, [*J. Enreg.*, n. 22346]

1158. — Lorsque des constructions ont été élevées par la société sur l'immeuble apporté et que l'adjudication est tranchée au profit d'un autre que l'apporteur, le droit de transcription est dû sur l'intégralité du prix, à raison de l'indivisibilité de la formalité. — Trib. Saint-Quentin, 25 avr. 1860, [*J. Enreg.*, n. 17397; *Rép. pér.*, n. 1485]

1159. — Jugé, dans le même sens, que lorsque, après la dissolution d'une société en nom collectif, l'un des associés qui était marié sous le régime de la communauté au jour de la formation de la société, se rend adjudicataire, conjointement avec ses pro-

pres enfants, héritiers de leur mère décédée au cours de la société, de tous les immeubles sociaux comprenant tant ceux apportés par l'associé colicitant, par sa femme commune et par ses coassociés, que ceux acquis pendant la durée de la société, le droit de mutation de 4 p. 0/0 est dû sur la totalité des immeubles apportés en société par d'autres que les colicitants et sur la part des acquêts excédant leurs droits. La licitation est passible, de plus, du droit de transcription de 1,50 p. 0/0 sur la totalité du prix. — Trib. Nancy, 29 oct. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2558]

1160. — Lorsque l'acte constitutif d'une société constatant un apport pur et simple d'immeuble est présenté volontairement à la transcription et donne ouverture au droit de 1,50 p. 0/0, il n'y a pas lieu d'imputer ce droit lors de la vente ultérieure dudit immeuble consentie par la société à un tiers. Cette vente est passible du droit plein de 5,50 p. 0/0. En effet, on ne peut dire dans ce cas, comme dans celui où la vente est faite à un associé, que la mutation rétroagit au jour de la constitution de la société et qu'elle est censée avoir été concomitante à la transcription. — Trib. Seine, 26 oct. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2926]

1161. — Le droit de mutation est liquidé sur la valeur de l'apport au moment de sa mise en société et d'après le tarif en vigueur à cette date. — Cass., 28 janv. 1895, Mabile, [S. et P. 96.1.417, D. 95.1.363] — V. *suprà*, n. 1124 et s.

1162. — Toutefois, cette règle ne s'applique que s'il s'agit d'un corps certain, tel qu'un immeuble. S'il s'agit de choses fongibles, telles que des marchandises neuves, le droit n'est perçu que sur la valeur des objets existant réellement au jour de la dissolution de la société. — Trib. Seine, 18 janv. 1901, précité.

1163. — Si l'apport a augmenté de valeur par suite d'une plus-value naturelle, cette plus-value n'est pas assujettie au droit de mutation; si l'augmentation de valeur provenait d'impenses faites par la société, elle constituerait un acquêt social, et l'attributaire devrait le droit sur les parts acquises de ses coassociés. — Cass., 8 nov. 1864, Anceaux, [S. 65.1.137, P. 65.294, D. 64.1.473]

1164. — Il a été jugé, par application du principe posé *suprà*, n. 1161, que lorsque l'acte de liquidation d'une société en nom collectif attribue à l'un des deux associés la totalité du fonds de commerce, apporté pour moitié par chacun d'eux, charge cet attributaire seul du recouvrement à forfait des créances, sans obligation de rendre compte et avec faculté de désintéresser immédiatement son coassocié du montant de ses droits au moyen d'une somme convenue, et qu'enfin ce coassocié est rempli de ses droits par l'attribution d'une somme à prendre sur le numéraire et les créances, sans indication spéciale et privative de ces dernières valeurs, cette convention constitue non un partage, mais une licitation à forfait de la part du cédant dans les différentes valeurs composant l'actif social. La perception des droits de mutation sur ces valeurs doit être opérée de la manière la plus favorable aux parties, conformément aux règles d'imputation tracées par l'instruction n. 342. Mais la mutation de la moitié du fonds de commerce apporté en société par l'un des associés et attribuée à l'autre remonte rétroactivement au jour même de la mise en société. Elle doit, dès lors, supporter intégralement le droit proportionnel de 2 p. 0/0 sans que les règles de l'instruction n. 342 puissent s'y opposer. La cession de marchandises neuves non désignées, ni estimées article par article, ne peut bénéficier du tarif réduit de 0,50 p. 0/0. — Trib. Montauban, 12 août 1898, [*Rép. pér.*, n. 9550; *Rev. Enreg.*, n. 1987] — V. Trib. Charleville, 29 nov. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2582] — Remarquons qu'en ce qui concerne l'imputation du prix, la solution admise par le tribunal de Montauban est contraire à la théorie de la Régie. — V. *suprà*, n. 1114.

1165. — La perception du droit de mutation sur l'apport attribué à l'un des associés n'empêche évidemment pas la perception du droit de partage sur les valeurs attribuées aux autres associés. Décidé, en ce sens, que lorsqu'un des membres d'une société en nom collectif se retire et que la société, dissoute par cette retraite, se reconstitue entre les membres restants, l'attribution d'un acquêt social faite au membre sortant donne ouverture au droit de partage de 0,15 p. 0/0 sur la valeur de cet acquêt et sur celle du surplus de la masse indivise. Si le membre sortant avait fait apport à la société d'un fonds de commerce qui reste, après sa sortie, la propriété des autres associés, il est dû, de plus, un droit de mutation de 2 p. 0/0 sur la valeur de ce fonds. — Sol. rég., 24 juill. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1690]

1166. — De même, lorsque, à la dissolution de la société, les opérations de licitation et partage comportent l'attribution à l'un des associés d'un apport effectué par un autre, le droit de mutation est dû sur cette attribution, à l'exclusion du droit de partage de 0,15 p. 0/0 qui ne peut être perçu que sur les autres valeurs partagées. — Sol. rég., 4 janv. 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1691]

1167. — Le droit de mutation est encore exigible si l'objet apporté est attribué à un associé entré dans la société après sa constitution. — Trib. Saint-Étienne, 12 juill. 1843, [*J. Enreg.*, n. 13364]

1168. — Le tribunal de Mulhouse a jugé le 19 févr. 1863, [*J. Enreg.*, n. 17754] que si, après avoir procédé au partage de l'actif social mobilier, les parties conviennent de réserver les immeubles provenant de l'apport de l'un des associés pour en régler le sort ultérieurement, le droit de vente est exigible. Cette décision n'est exacte que si chaque associé devient immédiatement copropriétaire indivis des immeubles; sinon la perception du droit de mutation doit être suspendue jusqu'au moment du règlement définitif.

1169. — Remarquons que l'attribution d'un objet à un autre associé que l'apporteur ne constitue pas toujours une vente et peut constituer un échange : par exemple, dans le cas où, le fonds social étant exclusivement immobilier, l'apporteur d'un immeuble attribué à un autre associé reçoit des immeubles provenant d'acquêts sociaux : dans cette hypothèse le droit d'échange est seul exigible. — Trib. Marseille, 22 janv. 1885, [*J. Enreg.*, n. 22491] — Délib. Enreg., 27 janv. 1836, [*J. Not.*, n. 9154]

1170. — Le droit de mutation doit être perçu sur l'acte de partage qui constate l'attribution à un autre associé que l'apporteur; faute de quoi, ce droit est prescrit au bout de deux ans. — Cass., 29 janv. 1900, Ravier et Laurent, [S. et P. 1900.1.417, D. 1900.1.98] — Mais si le partage ne fait pas connaître l'origine de l'apport, la prescription trentenaire est seule applicable. — Cass., 2 déc. 1873 (3 arrêts), Vergnon, Lemasson, Penon et Palotte et Conchon, [S. 74.1.225, P. 74.550, D. 74.1.110]; — 3 déc. 1878, L'Union des Gaz, [S. 79.1.86, P. 79.175, D. 79.1.156] — V. Cass., 28 janv. 1902, Chuquet, [S. et P. 1903.1.151] — V. *suprà*, n. 1135 et s.

1171. — Si la mutation porte sur un immeuble ou un fonds de commerce, l'acte de partage doit être enregistré dans les trois mois de sa date; si les parties remplissent cette obligation, elles sont à l'abri du droit en sus, alors même que l'acte ne mentionnerait pas l'origine de l'apport et ne permettrait pas au receveur de percevoir le droit de mutation. — V. Trib. Seine, 9 mai 1868, [*Rép. pér.*, n. 2745]

1172. — La règle posée *suprà*, n. 1145, est-elle applicable en cas d'apport d'un immeuble par des copropriétaires indivis? La Régie le soutient, et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. — Cass., 14 avr. 1847, Cusin, [S. 47.1.378, P. 47.1.713, D. 47.1.241]; — 21 févr. 1853, Bian, [S. 53.1.206, P. 53.1.467, D. 53.1.52]; — 24 déc. 1879, Vellin et consorts, [S. 80.1.225, P. 80.518, D. 80.1.182]; — 3 juill. 1899, Ternynck, [S. et P. 1900.1.149, D. 1900.1.9] — Trib. Altkirch, 6 déc. 1843, [*J. Enreg.*, n. 13414] — Trib. Belfort, 5 déc. 1849, [*J. Enreg.*, n. 14869] — Trib. Limoges, 19 juin 1850, [*J. Enreg.*, n. 15024-6°] — Trib. Mirecourt, 11 déc. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16871; *Rép. pér.*, n. 1141] — Trib. Rennes, 15 mai 1861, [*Rép. pér.*, n. 1820] — Trib. Lyon, 31 mai 1877, [*Rép. pér.*, n. 5251] — Trib. Avesnes, 16 nov. 1878, [*Rép. pér.*, n. 5251] — Trib. Saint-Dié, 23 déc. 1886, [*Rép. pér.*, n. 6853] — Trib. Arras, 17 mars 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 2029]

1173. — Cette solution soulève les plus vives critiques, car elle est contraire au principe d'après lequel on peut comprendre dans un partage des biens de diverses origines, sans que la répartition inégale de chacun de ces biens donne ouverture au droit de soulte, si les attributions totales sont égales. La mise en société ne peut faire disparaître la cause d'indivision antérieure à l'apport. Aussi de nombreuses décisions ont été rendues en sens contraire et la question est actuellement soumise aux chambres réunies de la Cour de cassation. — Trib. Seine, 18 mai 1836. — Trib. La Réole, 6 août 1890, [*Rev. Enreg.*, n. 23638] — Trib. Lille, 6 mai 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1448; *Rép. pér.*, n. 9127; *J. Enreg.*, n. 25292] — Trib. Cambrai, 22 nov. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2610] — *Sic*, Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 321 *bis*; *Dict. Enreg. eod. v°*, n. 1119; Garnier, *Rép. gén. eod. v°*, n. 288-4°; Houpin, *Sociétés*, n. 1126; *J. Enreg.*, n. 20062 et 21216.

1174. — Le système de la Régie s'applique aussi bien en matière de fonds de commerce qu'en matière d'immeubles. — Trib. Pontoise, 24 août 1875, [*J. Enreg.*, n. 20062; *Rép. pér.*, n. 4303] — Trib. Seine, 17 juill. 1875, [*J. Enreg.*, n. 20882; *Rép. pér.*, n. 5080]

1175. — Toutefois, il a été décidé que si deux copropriétaires indivis d'un immeuble et d'un fonds de commerce font apport du tout à une société et reçoivent, à la dissolution, sans soulte, l'un l'immeuble et l'autre le fonds de commerce, le droit de mutation n'est pas dû, car il y a simplement répartition égale entre les associés des apports constatés par le pacte social. — Sol. rég., 13 juill. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20162; *Rép. pér.*, n. 5080]

1176. — Quand il y a lieu de percevoir le droit de mutation, le tarif applicable est celui de 4 p. 0/0, lorsque l'immeuble est attribué à l'un des auteurs de l'apport indivis, et que l'indivision cesse. Si l'indivision ne cesse pas, le droit de 5,50 p. 0/0 est dû. — V. Trib. Nancy, 29 oct. 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2558]

1177. — Mais, quelle que soit l'opinion à laquelle on s'arrête en cette matière, on doit décider que le droit de mutation est dû si l'attribution est faite non à l'associé qui a contribué à l'apport indivis, mais à son successeur particulier ou à son cessionnaire. Dans ce cas, d'ailleurs, comme l'indivision ne procéderait pas d'un titre commun, le droit de transcription serait exigible. — Trib. Seine, 8 févr. 1878, [*J. Enreg.*, n. 20685] — Trib. Lille, 8 déc. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1986]

1178. — Enfin si le coassocié attributaire est seul héritier de l'associé qui a fait l'apport, le droit de vente n'est pas exigible, car il reçoit comme héritier et non comme copartageant. — Trib. Lille, 1er avr. 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1754]

3° Partage des acquêts sociaux.

1179. — L'actif net réparti des acquêts sociaux est passible du droit de 0,15 p. 0/0, si le partage est fait sans soulte. On doit d'ailleurs considérer comme acquêts sociaux les apports à titre onéreux. — Trib. Epinal, 11 mai 1874, [*Rép. pér.*, n. 3933] — Trib. Caen, 18 janv. 1886, [*Rép. pér.*, n. 6823]

1180. — Si les bénéfices réalisés au cours de la société sont restés dans la caisse sociale, à titre d'augmentation d'apports, ils sont également assujettis au droit de 0,15 p. 0/0. — Sol. rég., 9 janv. 1875, [*Rép. pér.*, n. 4226] — Et on ne saurait voir une dation en paiement dans le fait d'attribuer aux associés des valeurs en nature acquises au moyen de ces bénéfices. — Trib. Reims, 29 janv. 1865, Croutelle et autres, [S. 65.2.81, P. 65.365, D. 66.3.53]

1181. — Mais si un associé avait laissé ses bénéfices dans la caisse sociale à titre de prêt, l'attribution de valeurs en nature qui lui serait faite en remboursement de sa créance constituerait une véritable dation en paiement, passible du droit de mutation d'après la nature des valeurs transmises. — Trib. Dôle, 24 mai 1876, [*Rép. pér.*, n. 4477; *J. Enreg.*, n. 20117]

1182. — Lorsqu'un associé reçoit une part du fonds social plus forte que celle à laquelle il a droit, à charge par lui de payer à ses coassociés une somme d'argent, ou d'acquitter le passif, la somme payée ou la portion de passif acquittée en sus de celle dont il est personnellement tenu, constitue une soulte passible du droit de mutation. — V. Trib. Seine, 21 mars 1843 et 23 mars 1852, [*J. Not.*, n. 14881] — Trib. Reims, 31 mars 1860, [*J. Enreg.*, n. 17162; *Rép. pér.*, n. 1371] — Trib. Montpellier, 15 mars 1854, [*J. Enreg.*, n. 15928]

1183. — Après de longues hésitations, la Régie a admis que, conformément à la règle consacrée par l'Instr. Enreg., n. 342, en matière de partage de succession, la soulte devait être imputée, pour la perception du droit de mutation, de la façon la plus avantageuse aux parties, c'est-à-dire d'abord sur le numéraire, les rentes sur l'Etat, puis sur les créances, les meubles et en dernier lieu sur les immeubles compris dans le lot du débiteur de la soulte. — Trib. Compiègne, 14 mars 1894; Sol. rég., 9 mai 1894, [*Rép. pér.*, n. 8326] — On ne peut comprendre pourquoi la Régie, qui admet ce principe pour les partages, ne l'admet pas pour les actes équivalents à partage, tels qu'une licitation mettant fin à l'indivision. — V. *supra*, n. 1114 et 1164.

1184. — Le droit de transcription n'est pas dû en principe sur l'acte de partage du fonds social, attendu que les associés n'ont jamais le droit de purger, ainsi que nous l'avons vu *suprà*, n. 1143.

1185. — Mais l'acte de partage n'est soumis au droit de 0,15 p. 0/0 que si les intéressés justifient de leur copropriété en établissant :

1186. — 1° *L'existence de la société.* — Ainsi une société verbale ne pourrait être opposée à la Régie, et si un des associés se rendait acquéreur, en son nom, d'un immeuble, l'attribution de cet immeuble à l'autre associé, lors de la dissolution, rendrait exigible le droit de mutation. — Trib. Perpignan, 12 déc. 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 396; *J. Enreg.*, n. 24407-16; *Rép. pér.*, n. 8167] — V. aussi Cass., 3 janv. 1832, Ledru, [S. 33.1.573, P. chr.] — Trib. Mirecourt, 11 déc. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16871; *Rép. pér.*, n. 1141] — Trib. Rennes, 15 mai 1861, [*J. Enreg.*, n. 17323; *Rép. pér.*, n. 1820]

1186 *bis*. — Même décision s'il s'agit d'une société en participation, qui ne forme pas une personne morale. — Trib. Seine, 7 mars 1851, [*J. Enreg.*, n. 15155]

1187. — Mais si la Régie avait reconnu l'existence de la société, par exemple en l'assujettissant à une taxe, elle devrait la considérer comme régulière, et les droits seraient perçus en conséquence. — Cass., 6 mars 1872, Paul, [S. 72.1.88, P. 72.178, D. 72.1.169]

1188. — 2° *La qualité d'associés des copartageants.* — Remarquons à ce sujet que le commanditaire est un véritable associé et non pas seulement un créancier. — Trib. Montpellier, 15 mars 1854, précité.

1189. — 3° *L'existence des biens partagés.* — Sans cette condition les parties éviteraient facilement le droit de soulte en attribuant au créancier de la soulte des valeurs quelconques n'existant pas dans la société. — V. Trib. Saint-Quentin, 7 juin 1848, [*J. Enreg.*, n. 14500] — Trib. Dôle, 24 mai 1876, précité.

1190. — Enfin les parties doivent encore indiquer l'origine des biens partagés, car le droit de 0,15 p. 0/0 ne frappe que les acquêts sociaux, et non les apports. — Trib. Seine, 30 juin 1841, [*J. Enreg.*, n. 12786] — Trib. Rennes, 15 mai 1861, précité. — Trib. Saint-Quentin, 12 avr. 1865, [*Rép. pér.*, n. 2187]

1191. — Les associés peuvent procéder, au cours de la société, à un partage partiel, qui est assujetti au droit de 0,15 p. 0/0. Dans cet ordre d'idées il a été décidé que l'acte par lequel une société réduit son capital social et remet aux actionnaires des obligations négociables en représentation de leurs actions annulées, est soumis au droit de 0,15 p. 0/0. — Sol. rég., 24 avr. 1893, [*Rev. Enreg.*, n. 487; *J. Enreg.*, n. 24407-32] — V. Sol. rég., 24 juill. 1895, [*Rev. Enreg.*, n. 1690]

1192. — Mais si, en cours de société, un immeuble social était mis en vente et adjugé à deux des associés, il n'y aurait pas partage, mais vente. — Trib. Vervins, 7 mars 1873, [*Rép. pér.*, n. 3761]

1193. — De même, le partage de l'actif social entre les associés en nom collectif, en dehors des commanditaires, ne constitue pas un partage, mais une cession de parts sociales. — Cass., 9 août 1875, Aynard, [S. 75.1.478, P. 75.1199, D. 75.1.456]

1194. — Un acte qualifié partage peut déguiser une cession de parts ou une vente et la Régie peut lui restituer son véritable caractère et percevoir les droits en conséquence. Le cas qui se présente le plus fréquemment est celui de dissolution et de reconstitution fictives de la société. Il a été jugé, en ce sens, que la dissolution de la société au décès de l'un des membres, suivie, le même jour, de sa reconstitution entre les associés survivants investis de l'*entier* actif social, déguisait une cession de parts; il en serait de même si la nouvelle société comprenait un étranger prenant la place de l'associé décédé. — Cass., 15 avr. 1872 (2 arrêts), Liévin, Roy et Delannoy, [S. 72.1.247, P. 72.575, D. 72.1.322] — V. aussi Trib. Seine, 2 févr. 1867, *Rép. pér.*, n. 2504]; — 13 avr. 1867, [*Rép. pér.*, n. 2538]; — 7 mars 1868, [*Rép. pér.*, n. 2654]

1195. — Décidé de même que le droit de vente est dû quand, après la dissolution d'une société, certains associés la continuent en s'adjoignant un tiers qui apporte les valeurs provenant de l'un des anciens associés. — Cass., 17 févr. 1869, Saint-Ange-Richon, [S. 69.1.180, P. 69.427, D. 69.1.358]

1196. — La mutation peut encore se dissimuler sous la forme d'une liquidation fictive de la société, par exemple dans le cas où le liquidateur, à qui tout l'actif est abandonné, est chargé d'acquitter le passif et de payer une somme à forfait à chacun des associés. Le liquidateur ne doit être en effet qu'un manda-

taire et ne peut devenir propriétaire de l'actif à charge de le réaliser et de payer le passif, à ses risques et périls. — V. Trib. Saint-Pol, 23 nov. 1844, [*J. Enreg.*, n. 13625] — Trib. Rouen, 29 juin 1848, [*J. Enreg.*, n. 14534] — Trib. Saint-Etienne, 10 avr. 1850, [*J. Enreg.*, n. 14956-7°] — Trib. Seine, 17 juill. 1858, [*J. Enreg.*, n. 16362] — Trib. Montauban, 12 août 1898, [*Rev. Enreg.*, n. 1987; *Rép. pér.*, n. 9550]

1197. — L'attribution de tout l'actif à un associé, même prévu dans l'acte de société, constitue un partage avec soulte. — Cass., 3 mars 1868, Dinet, [S. 68.1.231, P. 68.544, D. 68.1.482] — Trib. Seine, 12 févr. 1892, Marlin, [D. 92.5.289]

1198. — Le règlement, dans l'acte de partage, de comptes particuliers entre les associés, constitue une disposition indépendante passible d'un droit spécial. Si, par exemple, le partage constate la compensation entre une créance due à un associé et la dette dont il est redevable envers la société pour impenses utiles sur ses immeubles personnels, le droit de 0,50 p. 0/0 est dû sur la partie de la dette qui n'est pas éteinte par confusion en la personne de l'associé. — Trib. Ruffec, 25 août 1873, [*J. Enreg.*, n. 19677; *Rép. pér.*, n. 3931]

1199. — De même, le remboursement d'avances faites par un associé à la société ou à un autre associé est passible du droit de 0,50 p. 0/0 s'il est fait en argent, et du droit de mutation s'il fait l'objet d'une dation en paiement. — Trib. Seine, 29 avr. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20534; *Rép. pér.*, n. 4487] — V. Trib. Rambouillet, 12 déc. 1845, [*J. Enreg.*, n. 13905-6°; *J. Not.*, n. 12612] — Trib. Bagnères, 22 mars 1853, [*J. Enreg.*, n. 16035] — Trib. Lyon, 26 avr. 1861, [*J. Enreg.*, n. 17382] — Trib. Seine, 25 juin 1870, *Rép. pér.*, n. 3390] — Trib. Lille, 3 déc. 1896, [*Rép. pér.*, n. 8990]

Section V.

Transmissions à titre gratuit.

1200. — Les transmissions de parts sociales à titre gratuit sont assujetties, non au droit de 0,50 p. 0/0, mais aux droits ordinaires de donation. — Cass., 23 mai 1859, Norman, [S. 59.1.693, P. 59.1150, D. 59.1.215] — Maguéro, *Tr. alph.*, n. 334; Demante, t. 2, n. 514. — *Contrà*, Championnière et Rigaud, t. 4, n. 3691.

Section VI.

Associations particulières.

1201. — I. *Associations en participation.* — Les associations en participation ne sont pas de véritables sociétés, du moins à l'égard des tiers. Mais elles n'en sont pas moins reconnues par la loi comme associations spéciales, et l'acte qui constate les apports des participants est passible du droit de 0,20 p. 0/0. — Cass., 13 mars 1895, Dreyfus, [S. et P. 95.1.465, D. 95.1.521] — Trib. Seine, 19 nov. 1892, sous cet arrêt.

1202. — Mais comme ces sociétés n'ont pas de personnalité morale, les associés sont copropriétaires du fonds commun, et les cessions de parts sont passibles du droit de mutation d'après la nature des biens transmis. — Cass., 13 nov. 1872, Teisserenc, [S. 73.1.41, P. 73.65, D. 73.1.126] — V. *suprà*, n. 962.

1203. — Il ne peut y avoir, pour le même motif, apport à titre onéreux à la société : la convention constituerait une vente par le soi-disant apporteur à ses coassociés.

1204. — A la dissolution, le droit fixe est seul dû si les apports sont repris par ceux qui les ont faits. S'ils sont attribués à d'autres qu'aux apporteurs, le droit de vente est dû, ou, le cas échéant, le droit d'échange. Le droit de partage est exigible sur les bénéfices également répartis entre les ayants-droit, et, s'il y a soulte, le droit de vente est perçu sur cette soulte.

1205. — Les acquisitions faites en cours de société appartiennent au gérant de l'entreprise, à moins qu'elles ne soient faites au nom des participants : dans le premier cas, le droit de vente est dû sur les parts transmises, si, lors de la dissolution, ces acquêts sont partagés; dans le second cas, le partage ne serait assujetti qu'au droit de 0,15 p. 0/0. Enfin, si l'acquisition avait été faite au nom des participants *divisément*, l'acte qui constaterait leurs droits ne serait pas un partage, mais un acte innommé sujet au droit fixe. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Société*, n. 342.

1206. — II. *Sociétés pour la construction d'habitations à bon marché.* — Les actes de formation et de dissolution de ces sociétés, constituées conformément à la loi du 30 nov. 1894, sont enregistrés gratis, lorsqu'ils ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens (art. 11 de la loi). — V. *suprà*, v° *Habitations à bon marché*, n. 62.

1207. — III. *Sociétés de secours mutuels.* — V. *suprà*, v° *Secours mutuels (société de)*, n. 389 et s.

1208. — IV. *Associations syndicales.* — Les associations syndicales ne présentent pas le caractère de sociétés proprement dites. Les actes qui constituent leur formation ne sont donc pas, en principe, assujettis au droit de 0,20 p. 0/0. — V. *suprà*, v° *Associations syndicales*.

1209. — V. *Syndicats professionnels.* — Il en est de même des syndicats professionnels qui, pas plus que les associations syndicales, ne poursuivent la réalisation de bénéfices. A la dissolution, le patrimoine du syndicat, partagé entre les associés, est soumis au droit de 0,15 p. 0/0.

1210. — VI. *Sociétés de crédit agricole.* — Les actes de formation de sociétés de crédit agricole, créées conformément à la loi du 5 nov. 1884, sont passibles du droit de 0,20 p. 0/0 sur le capital souscrit. Les cessions de parts sont assujetties au droit de 0,50 p. 0/0. A la dissolution, le partage entre les associés du fonds de réserve et de l'actif social donne ouverture au droit de 0,15 p. 0/0.

1211. — Les greffiers des justices de paix et des tribunaux de commerce sont dispensés de dresser acte des dépôts qui leur sont faits en vue de rendre publics les actes de sociétés de crédit agricole. Les récépissés qu'ils délivrent de ces dépôts doivent être rédigés sur timbre de dimension, mais les pièces déposées sont exemptes du timbre, à moins qu'elles ne soient établies sous la forme d'actes réguliers. — Déc. min. Fin. et Just., 27 juill. et 19 août 1895; Instr. Enreg., n. 2889.

1212. — VII. *Sociétés ouvrières.* — Les actes à passer pour la constitution des associations ouvrières ainsi que ceux constatant les prêts faits par l'État à ces associations sont soumis au timbre, mais enregistrés gratis. En cas de constitution d'hypothèque, il n'est payé d'autres frais d'inscription que le salaire revenant au conservateur (L. 15 nov. 1848, art. 1).

1213. — VIII. *Sociétés universelles.* — Les sociétés de tous biens présents et les sociétés universelles de gains sont des sociétés ordinaires soumises aux règles générales exposées *suprà*. — V. Sol. rég., 24 déc. 1863, [*J. Enreg.*, n. 11956-2°]; — 11 août 1869, [*J. Enreg.*, n. 17119-1°]

1214. — Rappelons que, par exception, la charge de payer le passif grevant l'apport fait à une société universelle ne rend pas exigible le droit de mutation à titre onéreux. — Trib. La Roche-sur-Yon, 28 févr. 1865, [*J. Enreg.*, n. 18088; *J. Not.*, n. 18392; *Rép. pér.*, n. 2365]

1215. — IX. *Sociétés étrangères.* — Les sociétés étrangères non autorisées sont, au regard de l'impôt, de simples sociétés verbales. Mais, autorisées ou non, elles ne peuvent faire usage en France de leur acte constitutif, sans que cet acte donne ouverture aux droits qui seraient perçus sur l'acte constatant la formation d'une société française. — V. Trib. Seine, 23 janv. 1869, [*Rép. pér.*, n. 2914] — Trib. Montauban, 15 nov. 1888, [*Rép. pér.*, n. 7325]

1216. — X. *Tontines.* — Les actes constitutifs des tontines ne sont pas assujettis au droit de 0,20 p. 0/0, car ces associations ne constituent pas de véritables sociétés. Au décès des tontiniers l'accroissement qui s'opère au profit des survivants ne donne ouverture à aucun droit de mutation par décès. — Cass., 1er juin 1858, Tontine de l'Hôtel de France, [S. 58.1.614, P. 58.1213, D. 58.1.251]

1217. — Si les tontiniers qui survivent après le décès de quelques-uns de leurs coassociés, mettent fin à la tontine et décident que les biens leur appartiendront indivisément, le droit fixe est seul dû, attendu que la simple convention d'indivision, qui n'a pour effet que de suspendre le partage, ne peut donner ouverture au droit proportionnel. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Société*, n. 370; Garnier, *Rép. gén. eod. v°*, n. 436.

SOCIÉTÉ AGRICOLE. — V. Association agricole. — Société (en général).

SOCIÉTÉ ANONYME. — V. Société (en général). — Société commerciale.

SOCIÉTÉ A CAPITAL VARIABLE. — V. Société (en général). — Société ~~commerciale~~. Coopérative, à cap. variable

SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE. — V. SOCIÉTÉ (EN GÉNÉRAL). — SOCIÉTÉ COMMERCIALE.

SOCIÉTÉ CIVILE.

LÉGISLATION.

C. civ., art. 1832 et s.

BIBLIOGRAPHIE.

Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 1901, 3e éd., 5 vol. gr. in-8°, v° *Sociétés civiles*. — André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure dans les matières intéressant le notariat*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Société*. — Arntz, *Cours de droit civil français*, 1879, 4 vol. in-8°. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897-1903, 5e éd., 4 vol. in-8°, parus, t. 4, § 377, p. 342 et s. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1903, 8e éd., 3 vol. gr. in-8o, t. 3, n. 757 et s. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt, du dépôt*, 1898, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 1 et s. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, 1859, 7 vol. in-8°, t. 6, p. 243 et s. — Coulon, *Questions de droit*, 1838, 3 vol. in-8°, et suppl. 1853, v° *Société*. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1834, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 3, p. 116 et s., 448 et s. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 8, n. 1 et s. — Domat, *Les lois civiles*, 1777, 1 vol. in-fol., liv. 1, t. 8, l. 1, sect. 5. — Duranton, *Cours de droit français*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 17, n. 316 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Société*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, et Supplément par Griffond, sur les art. 1832 et s. — Guillouard, *Traité du contrat de société*, 1892, 2e éd., 1 vol. in-8°. — Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1784-1785, 17 vol. in-4°, v° *Société*. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 11, n. 1 et s. — Laurent, *Principes du droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8°, t. 26, n. 131 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 4, § 713 et s., p. 423 et s. — Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, 1830, 4e éd., 8 vol. in-4°, v° *Société*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Société*. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, et 1904, 3e éd., 1 vol. in-8 paru, t. 2, n. 1933 et s. — Pothier, *Œuvres* (éd. Bugnet), 1861-1890, 11 vol. in-8°; *Traité du contrat de société* (t. 4, des *Œuvres*), p. 241 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in-8°, v° *Société*. — Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-1846, 7 vol. in-8°, t. 6, p. 337 et s. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8o, t. 4, n. 167 et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 20, n. 1 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 974 et s.

Bernard, *De la personnalité de la société, soit civile, soit commerciale*, 1870, 1 vol. in-8°. — Jarno, *Des associations illicites*, Rennes, 1873, 1 vol. in-8°. — Lombard, *Des engagements des sociétés avec les tiers*, Nancy, 1873, 1 vol. in-8°. — Rigal, *De la dissolution et de la liquidation de la société*, 1875, 1 vol. in-8°. Talon, *Etude sur le contrat de société*, 1807, 1 vol. gr. in-8°. — N. Thiriot, *Acte public sur le contrat de société*, 1818. — Treitschké, *Théorie du contrat de société d'après le droit romain et le droit français*, Leipzig, 1827, 1 vol. in-8°.

A l'occasion de la clause exonérant un associé des pertes (E. Thaller) : Ann. de dr. comm., 1892, p. 297 et s. — *Code civil, art. 1833* (Horson) : Gaz. des Trib., 30 oct. 1835. — *Association en matière d'offices* (Chauveau Ad.) : J. des av., 1836, p. 90, et 1850, p. 147. — *Un office peut-il être valablement l'objet d'une association* (Bressolles) : J. des av., 1840, p. 65 et s. — *Code civil, art. 1833* (Frémery) : J. le Droit, 2 et 7 févr. 1838. — *Mise en société, argent, industrie* : J. le Droit, 15-16 avr. 1839. — *Quelle est la nature de la société formée entre entrepreneurs et fournisseurs pour acheter des terrains, les couvrir de constructions et les revendre?* (Roger) : J. du not., 10 et 14 avr. 1858. — *Si les offices peuvent être l'objet d'une société ou d'un partage de bénéfices entre le titulaire et le cédant, entre le titulaire et un tiers, entre le titulaire et un clerc, ou autre aide intéressé* : Rev. crit., 1851, t. 1, p. 139 et s. — *Les sociétés civiles constituent-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés?* (Thiry) : Rev. crit., 1854, t. 5, p. 412 et s. — *Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers* (Thiry) : Rev. crit., 1855, t. 7, p. 289 et s. — *Sociétés civiles. Dettes sociales. Associés. Obligation personnelle. Dérogation. Statuts* (Pont) : Rev. crit., 1884, 2e sér., t. 13, p. 519 et s. — *Essai d'une nouvelle interprétation de l'art. 1867, C. civ.* (Etienne) : Rev. de dr. fr. et étr., t. 8, p. 353 et s. — *Histoire du contrat de société* (Troplong) : Rev. de législ. et de jurispr., t. 17, p. 151 et s. — *De la division des sociétés en civiles et commerciales et des traits auxquels on peut les reconnaître et les distinguer* (Pont) : Rev. du notar. et de l'enreg., 1869, p. 728 et s., 881 et s.

Etude sur l'origine des sociétés en France : associations agricoles établies au Moyen âge et dont les dernières n'ont disparu que dans les derniers temps ; associations actuelles, statistique ; causes qui contribuent en France à multiplier le contrat de société ; comparaison avec les autres pays, avantages de l'association : 1° Observation sur les précautions à prendre par le notaire appelé à rédiger les statuts d'une société : clauses qu'il peut être utile d'insérer ; 2° Observation sur le droit des actionnaires lors des délibérations de l'assemblée générale ; 3° Observation sur le droit d'introduire dans les actes de société une clause permettant la distribution d'un intérêt aux actionnaires pendant le temps de la fondation, et une autre clause relative à l'établissement d'un fonds de réserve formé par les prélèvements sur les bénéfices dans les années favorables et destiné à parfaire un intérêt déterminé dans les années de détresse ; 4° Observation sur la publication et l'affichage des extraits d'actes de société, ainsi que de tout acte portant dissolution de société avant terme et changement ou retraite d'associés : Rev. du notar., n. 693.

V. aussi *infrà*, v° *Sociétés commerciales*.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

CHAPITRE I.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS CIVILES.

1. — Nous avons à parler ici des sociétés civiles constituées suivant les règles du Code civil. Ces règles, d'ailleurs, s'appliquent aux sociétés de commerce sur toutes points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce (C. civ., art. 1873; C. comm., art. 18).

2. — Nous n'avons pas à revenir sur le critérium permettant de différencier une société civile d'une société commerciale (V. *suprà*, v° *Société en général*), mais seulement à déterminer les divers types de sociétés civiles reconnus par la loi. Remarquons, du reste, qu'aucun texte n'interdit les conventions particulières, modificatives des règles relatives à la constitution des sociétés civiles. Mais ces conventions ne peuvent aller à l'encontre des dispositions prohibitives du Code. Il y a là deux points de vue antinomiques dont la jurisprudence a dû tenter la conciliation, parfois délicate, dans sa théorie des sociétés civiles à forme commerciale.

3. — C'est aux juges du fond qu'il appartient, sous réserve de la censure de la Cour suprême pour le cas où ils auraient cru pouvoir donner effet à une clause prohibée par la loi, d'interpréter souverainement les conventions particulières en matière de constitution de sociétés. — Cass., 17 juill. 1889, Gaudry, [S. 91.1.394, P. 91.1.972]; — 5 févr. 1890, Veuve Castillon, [S. et P. 93.1.471]

4. — Il leur appartient aussi de déterminer le sens des statuts sociaux. — Cass., 5 févr. 1890, précité.

5. — Et leur décision, pourvu qu'elle soit basée sur l'interprétation des clauses du contrat, échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 31 déc. 1851, Ajaccio, [P. 52.1.161]

6. — Les sociétés sont *universelles* ou *particulières* (art. 1835) Avant d'entrer dans l'étude détaillée des diverses sortes de sociétés universelles, formulons d'abord certains principes d'interprétation régissant la matière.

7. — L'existence d'une société universelle ne se présume pas; dans le doute, la société sera réputée particulière. Si les parties ont gardé le silence sur la consistance des apports, bien loin de qualifier la société formée par elles de société universelle, il faudra, au contraire, envisager cette société comme nulle, faute d'apport appréciable en argent. L'existence d'un apport est, en effet, nous l'avons démontré (V. *suprà*, v° *Société en général*), une condition essentielle de validité du contrat de société. La société dans laquelle aucun des associés n'aurait apporté ni argent, ni d'autres biens, ni une industrie déjà établie, serait inexistante, comme ne possédant aucun fonds social. — Cass., 6 avr. 1853, Hédoin, [S. 53.1.518, P. 54.2.588, D. 53.1.193]

8. — Il n'est cependant pas indispensable que les parties aient dit expressément qu'elles entendaient former une société universelle. Si donc les associés avaient mis en commun tous leurs biens en prenant soin de les désigner, mais sans dire qu'ils forment une société universelle, la société pourrait être considérée comme universelle, par interprétation de l'ensemble des stipulations du contrat.

9. — Les sociétés universelles sont un souvenir des *sociétés taisibles* de notre ancien droit français. Sans doute, le Code civil ne reconnaît pas de plein droit les sociétés taisibles qui résultent de la simple codemeurance. Mais l'existence d'une telle société peut s'induire des circonstances. C'est ainsi que l'on pourrait voir une société universelle de gains dans la mise en commun, *entre concubins*, du mobilier et des profits dus à leur travail. — Lyon, 8 mars 1889, [*Ann. de dr. commerc.*, 89.118] — V. *infrà*, n. 67, 91.

10. — L'art. 1834, exigeant la rédaction d'un écrit, ne saurait faire obstacle à cette interprétation. Même en l'absence d'écrit, les juges peuvent admettre l'existence d'une société de fait, susceptible de servir de base à une liquidation dans les termes du droit commun. Tantôt, dans le cas de communauté d'intérêts entre concubins, ils écarteront l'idée de société, si, notamment, les codemeurants ont déclaré publiquement n'avoir pas voulu en constituer. — Cass., 27 janv. 1807, Pailhon, [S. et P. chr.] — V. aussi Paris, 16 mai 1890, [*Gaz. des Trib.*, 30 mai 1890] — Tantôt, au contraire, ils admettront l'existence de la société, en s'appuyant sur des présomptions confirmées par un commencement de preuve par écrit. — Lyon, 8 mars 1889, précité; — V. Bordeaux, 19 mars 1868, Epoux Moucamps, [D. 68.2.222] — V. aussi *suprà*, v° *Concubinage*, n. 13 et s.

11. — Si les juges, à raison de l'absence de tout commencement de preuve par écrit, écartent l'idée de société, ils peuvent cependant décider, par application du principe d'après lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, que le concubin a droit à une indemnité pour son concours à l'exploitation de l'industrie. — Cass., 17 mai 1870, Mataran, [S. 70.1.364, P. 70.957, D. 71.1.52]

Section I.

Des sociétés universelles.

12. — On distingue deux sortes de sociétés universelles : la société de tous biens présents et la société universelle de gains (C. civ., art. 1836). Nous devons signaler ici l'inexactitude de ces dénominations. Les deux types légaux n'ont pas, nous le verrons, de contours absolument arrêtés; les conventions peuvent d'ailleurs les modifier, et même les réunir dans une certaine mesure.

13. — Il est possible que les parties, tout en déclarant former une société universelle, n'aient pas explicitement constitué une société de tous biens présents ou une société de gains. La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société de gains (C. civ., art. 1839). — Pothier, n. 43; Troplong, t. 1, n. 299. — Il fut dit, en effet, au Tribunat, que « toute convention qui tend à exproprier ne pouvant être entendue que dans le sens le plus étroit, la simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emportera qu'une société universelle de gains » (C. civ., art. 1839). — Fenet, t. 14, p. 407; Pothier, n. 43.

14. — Les sociétés *omnium bonorum* sont interdites par le Code civil (art. 1836). Dans le droit romain, ces sociétés semblent avoir été fréquentes (Liv. 1, § 1; Liv. 3, § 1; Liv. 52, § 16; Liv. 65, § 16; Liv. 66, 73, § 1; Liv. 81, Dig., *Pro socio*, XVII, 2). Le projet du Code civil du Gouvernement prohibait les sociétés universelles de biens. Le Code limita la prohibition à la *propriété* des biens à venir. « Il faut, disait Treilhard, que tout ce qui entre dans la société au moment où elle se forme puisse être connu et apprécié; c'est le seul moyen d'assurer une répartition de profits proportionnée aux apports, et de se soustraire aux désastreux effets d'une société quasi-léonine ». — Exposé des motifs : Fenet, t. 14, p. 397; Observations du tribunal de Paris : Fenet, t. 5, p. 280.

15. — L'art. 1837 déclare que toute stipulation tendant à faire entrer dans la société de biens présents les biens qui pourraient advenir aux contractants par succession, donation ou legs, est prohibée, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. D'ailleurs, il est de principe que les pactes sur succession future sont interdits, ainsi que les donations de biens à venir. Cette prohibition s'applique aux sociétés universelles de gains; elle est approuvée unanimement par les auteurs. — Boutteville, Rapport : Locré, t. 1, p. 248; Aubry et Rau, t. 4, § 379, p. 552; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, n. 139; Guillouard, n. 103.

16. — Mais la succession échue peut être réunie au fonds social par une convention spéciale. — Pont, t. 1, n. 186; Colmet de Santerre, t. 8, n. 395; Alauzet, t. 2, n. 6.

17. — La société *omnium bonorum* est-elle nulle, en partie ou pour le tout? Duranton (t. 17, n. 350) prétend, en faveur de la nullité partielle, qu'en vertu de l'art. 943, C. civ., il y aura clause non écrite, relativement aux biens à venir. N'est-il pas d'ailleurs de principe qu'*utile per inutile non vitiatur?*

18. — Mais l'opinion dominante est que la prohibition entraîne la nullité du contrat tout entier. Certains auteurs s'appuient, pour justifier cette solution, sur l'art. 1172, C. civ. Mais l'apport d'un bien futur n'est pas une *condition*. Aussi la raison presque unanimement invoquée aujourd'hui est que l'acte de société affectait un caractère indivisible pour ses auteurs qui avaient dû en combiner toutes les clauses, en faisant état des chances de biens à venir. — Duvergier, t. 20, n. 103; Troplong, t. 1, n. 276; Pont, t. 1, n. 188; Guillouard, n. 104; Aubry et Rau, t. 4, § 379, p. 552; Larombière, sur l'art. 1172, n. 52; Thiry, t. 4, n. 114; Alauzet, t. 2, n. 395; Houpin, t. 1, n. 78; Laurent, t. 26, n. 234.

19. — La prohibition étant d'ordre public, frappe même les sociétés formées à l'étranger entre étrangers. — Trib. Seine, 14 juill. 1885, [J. *Le Droit*, 7 nov. 1885]; — Paris, 26 janv. 1888, [J. *Le Droit*, 15 nov. 1888]

20. — Il résulte de l'esprit de la loi que les biens à venir peuvent entrer en société, pourvu qu'ils soient acquis à titre onéreux. D'où il suit que par une convention, les parties peuvent aboutir à la réunion en une seule des deux catégories de sociétés universelles, reconnues par la loi. Mais la circonstance que le domaine de la société de tous biens présents a été élargi par convention, ne fait pas perdre à cette société son caractère primitif. — Pont, t. 1, n. 183 et s.

§ 1. *Société universelle de gains.*

1° *Actif.*

21. — La société universelle de gains, qui en droit romain ne comprenait réellement que l'universalité des choses *quæ ex quæstu veniunt*, se compose de plein droit, d'après le Code civil, d'éléments d'origine très-distincte (C. civ., art. 1838). Les uns lui sont acquis *en toute propriété*, les autres *en jouissance seulement*.

22. — I. *En toute propriété.* Elle comprend « tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société » et d'autre part « les meubles que chacun des associés possède au moment du contrat ». — V. *suprà*, v° *Communauté légale*, n. 61 et s.

23. — *Les biens acquis par leur industrie*, c'est l'élément caractéristique de la société universelle de gains. P. Pont (t. 1, n. 193) fait judicieusement observer que en cela « elle ressemble à la communauté d'acquêts, qui, suivant la disposition de l'art. 1498, C. civ., comprend dans son actif « les acquêts faits par les époux ensemble ou séparément pendant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux ». — V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 2478 et s.

24. — Ces gains peuvent être des meubles ou des immeubles. Il faut y faire rentrer : *a*) les produits de tout travail quelconque (Guillouard, n. 110; Troplong, t. 1, n. 287); *b*) les salaires résultant de l'exercice d'une profession, sous forme de traitements, soldes, etc. (Duvergier, t. 20, n. 106); *c*) même les gratifications extraordinaires (Colmar, 20 déc. 1832, Siès, [S. 33.2.185, P. chr.] — *Sic*, Pont, n. 195); *d*) *lucrum quod ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit* (l. 7, ff. *Pro socio*); *e*) enfin les fruits des biens propres. — Troplong, t. 1, n. 288; Pont, t. 1, n. 195; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 145, p. 88.

25. — *Les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat.* Le droit romain ne les comprenait pas de plein droit (D. L. 7, *Pro socio*, 17, 2). Mais certaines coutumes de notre ancien droit consacraient la solution admise par l'art. 1838, C. civ. (Coutume d'Orléans, art. 214). Il convient de faire remarquer que le mot « meubles » s'oppose, dans l'art. 1838, au mot immeuble, et ne s'interprète pas dans le sens restreint de l'art. 533 (V. *suprà*, v° *Biens*, n. 169 et s. — Pont, t. 1, n. 192; Arntz, t. 4, n. 1275). Tous les meubles présents font donc partie de l'actif, argent, denrées, dettes actives, pierreries, etc., et aussi tous ceux qui, après la formation de la société, proviennent d'une condition résolutoire.

26. — II. *En jouissance seulement.* — La société universelle de gains comprend : 1° les immeubles propres, au moment du contrat; 2° les immeubles acquis pendant le fonctionnement de la société, mais en vertu d'un titre antérieur, soit par rescision, soit par résolution, etc. (Duvergier, t. 20, n. 108; Pont, t. 7, n. 203, p. 153); 3° les immeubles acquis autrement que par industrie, soit à titre gratuit, par donation, succession ou legs, etc. — Guillouard, n. 110; Houpin, t. 1, n. 73.

27. — Si un bien est acquis par l'un des associés, par des moyens illégaux ou immoraux, ce bien n'entre pas en société, et les autres associés n'ont pour ce faire aucune action contre leur coassocié. Mais si celui-ci a bénévolement versé ce bien dans l'actif social, il ne pourrait alléguer sa propre turpitude pour le retirer : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. — Pothier, n. 36; Pont, t. 1, n. 198.

28. — Le trésor découvert par l'un des associés, même dans l'exercice de sa profession; le gain résultant d'un billet de loterie, acheté avec les deniers propres à cet associé, sont de purs dons de fortune, qui n'entrent pas dans l'actif social. — Guillouard, n. 110; Laurent, t. 26, n. 238; Aubry et Rau, t. 4, p. 552, § 379; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 145; Houpin, t. 1, p. 62; Pont, t. 1, n. 197.

29. — Le bien acquis par l'un des associés avec ses deniers propres lui reste en propre. Mais s'il acquiert un bien en son nom personnel et que ce bien doive revenir à la société, celle-ci ne peut le revendiquer contre le tiers acquéreur, car elle n'a aucun titre pour ce faire; mais elle a une action personnelle contre l'associé. — Troplong, t. 1, n. 292.

30. — Un associé peut-il aliéner ses biens propres, sans le consentement de ses coassociés? Duvergier (t. 20, n. 110) et Duranton (t. 17, n. 367) conviennent qu'un associé ne peut priver la société de la jouissance des biens qu'il possédait au moment du contrat. Mais Duranton soutient que l'associé peut aliéner, même quant à la jouissance, les biens acquis depuis la constitution de la société et dont les revenus entrent seulement dans l'actif social.

31. — Troplong (t. 1, n. 289) estime, au contraire, que l'associé peut aliéner aussi bien les immeubles qu'il possédait que ceux qu'il a acquis depuis. Seulement la disposition des biens d'un associé, quels qu'ils soient, ne sera permise qu'autant

qu'elle ne serait pas de nature à enlever à la société ses espérances légitimes. Il faut même ajouter que la disposition sera toujours valable à l'égard des tiers qui auront traité de bonne foi avec l'associé et pourra seulement autoriser une action en recours contre lui. — Troplong, n. 289.

32. — Enfin, Pont, dont le système nous semble le plus juridique, fait observer que la loi et la convention ayant attribué à la société un droit de jouissance, « on ne comprendrait pas que les associés en soient frustrés sans leur consentement » (Pont, t. 1, n. 205). Par conséquent, il faut décider que la société, si elle n'a pas un véritable *jus in re*, possède au moins une action contre l'associé, en vertu de l'art. 1167, C. civ. En d'autres termes, l'aliénation consentie par l'associé est valable; mais ses coassociés ont une action personnelle contre lui pour se faire indemniser du préjudice que leur cause l'aliénation.

33. — Les immeubles personnels de chaque associé, demeurant sa propriété, et ne faisant pas partie du patrimoine social (à supposer qu'une société civile de gains, soit une personne morale), peuvent évidemment être grevés d'hypothèque du chef de l'associé. Jugé, en ce sens, qu'en cas de société de gains, stipulée entre le père et le fils, dans le contrat de mariage de ce dernier, les immeubles que le père a acquis seul et en son nom personnel, par des actes publics régulièrement transcrits, sont la propriété exclusive du père à l'égard des tiers, et, spécialement, à l'égard des créanciers hypothécaires du père, la stipulation relative à la société de gains leur étant inopposable. — Cass., 29 déc. 1885, Boyé, [S. 87.1.311, P. 87.1.759, D. 86.1.365] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 199.

34. — Il n'y a même pas lieu de rechercher si l'acquisition des immeubles dont il s'agit a été faite par le père avec des deniers sociaux. Les créanciers hypothécaires du père sont donc fondés, en pareil cas, à combattre toute demande en licitation des immeubles ainsi achetés, et à en poursuivre la saisie et l'adjudication, nonobstant toute opposition formée, soit par le fils, soit par les créanciers personnels de ce dernier. — Même arrêt.

2° Passif.

35. — Comment, dans la société universelle de gains, se réglera le passif? Le Code laisse ce point sans solution; mais il est possible d'en déterminer les éléments par corrélation avec l'actif, et en s'inspirant des solutions consacrées par le Code civil pour la communauté entre époux. — Aubry et Rau, t. 4, § 379, p. 553; Colmet de Santerre, t. 8, n. 10; Pont, t. 1, n. 206.

36. — Le passif comprendra donc : 1° Les dettes mobilières des associés au temps du contrat. Mais dans quelle proportion? Par analogie avec l'art. 1409, C. civ., certains auteurs grèvent la société de toutes ces dettes mobilières. — Pothier, n. 52; Duranton, t. 17, n. 372; Duvergier, t. 20, n. 111; Troplong, t. 1, n. 295; Laurent, t. 26, n. 239.

37. — Mais la plupart des auteurs modernes préfèrent appliquer l'art. 1414, C. civ. Les dettes mobilières ne seront donc à la charge de la société que jusqu'à concurrence de la portion contributive du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. — Guillouard, n. 112; Houpin, t. 1, n. 73; Pont, t. 1, n. 206. — Il est vrai que l'art. 1414, C. civ. est exceptionnel; mais il édicte une règle plus équitable que celle établie par l'art. 1409, C. civ.

38. — 2° Les charges résultant de la jouissance des biens propres : réparations d'entretien, intérêts des dettes immobilières, etc. (V. art. 605 et s., C. civ.). — Aubry et Rau, t. 4, § 379, p. 553; Pont, t. 1, n. 207; Laurent, t. 26, n. 239.

39. — 3° Tous les engagements pris par les associés pour les affaires de la société; toutes autres dettes demeurent à la charge des associés. Ainsi, et spécialement, la société n'est pas tenue de subvenir aux dépenses personnelles d'entretien de chacun de ses membres, ni du paiement de la dot, etc. — Pont, t. 1, n. 209; Houpin, t. 1, n. 73; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 143. — Troplong cependant fait rentrer dans le passif social les frais d'entretien des associés, mais non le paiement de la dot. — Troplong, t. 1, n. 290.

40. — Jugé également qu'en matière de société universelle de gains, les engagements souscrits par l'un des associés, sous sa signature isolée, et sans désignation, même équipollente, de la raison sociale, n'obligent pas l'autre associé, si, lors de l'établissement de la société, les associés sont convenus qu'ils resteraient propriétaires du capital de leur fortune mobilière, et si, d'ailleurs, ils ne se sont pas interdit la faculté de contracter des engagements individuels. — Cass., 12 juill. 1825, Imbert, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 209; Guillouard, n. 112.

§ 2. Société de tous biens présents.

1° Actif.

41. — La société de tous biens présents, telle qu'elle est conçue par le Code français, comprend de plein droit divers éléments, et peut être augmentée par convention, jusqu'à englober une société universelle de gains (V. C. civ., art. 1837).

42. — I. *De plein droit*, l'actif comprend : 1° *tous les biens meubles et immeubles que les associés possèdent au moment du contrat, en propriété et en jouissance.* Y sont également compris : *a*) ceux qui adviennent au cours du contrat par suite d'une condition suspensive réalisée (Pont, t. 1, n. 174); *b*) par suite d'une clause rescisoire (Troplong, t. 1, n. 272; Pothier, n. 47-48); *c*) ceux acquis par prescription légale (Duranton, t. 17, n. 353); *d*) toutes les créances actives lors du contrat. — Pont, t. 1, n. 174.

43. — 2° *Les profits que les associés tireront desdits biens* (Colmet de Santerre, t. 8, n. 6), ou *les biens acquis avec les fonds sociaux*. — Bordeaux, 15 juill. 1863, [*J. de Bordeaux*, 63.460]

44. — 3° *La jouissance des biens acquis par succession, donation ou legs.* Certains auteurs prétendent cependant que ces biens ne peuvent faire partie de l'actif qu'en vertu d'une convention. Leur argument principal est tiré de la rédaction de l'art. 1837, C. civ., dans lequel le paragraphe qui traite des biens acquis à titre gratuit serait une incidente du paragraphe précédent. Or ce paragraphe traite de la société des biens présents conventionnelle. — Pont, t. 1, n. 170; Laurent, t. 26, n. 235; Guillouard, n. 107.

45. — Cette solution nous paraît inacceptable. En droit romain, les sociétés de tous biens étaient autorisées; le Code les a restreintes aux biens présents, et a frappé de nullité les sociétés de biens à venir. Mais étant donné la cause de cette restriction, on ne peut l'étendre à la jouissance de ces biens futurs que l'art. 1837 autorise évidemment. Ne pas accepter de plein droit la jouissance de ces biens dans l'actif social, serait ajouter à la première restriction du Code une seconde restriction, et cela sans preuves suffisantes. L'argument tiré de la place occupée par notre paragraphe est sans valeur, étant donné que les art. 1837 et s. doivent, pour être bien compris, être rapprochés des dispositions correspondantes du titre *Du contrat de mariage.* L'espèce actuelle présente, en effet, une analogie incontestable avec l'art. 1401, C. civ., relatif à une société entre époux semblable en tous points à la société universelle de biens présents, si toutefois l'on en excepte la différence touchant la propriété des biens à venir, spécialement exclue de la société universelle de biens présents. Or cet art. 1401 décide que l'actif de la communauté légale se compose de tous les revenus des biens qui sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. L'art. 1401 était bien présent à l'esprit du législateur, lorsqu'il a rédigé l'art. 1837, puisque ce dernier article rappelle dans son alinéa final la société entre époux. — Duranton, t. 17, n. 351; Colmet de Santerre, t. 8, n. 6; Aubry et Rau, t. 4, § 379, p. 352.

46. — II. *Par convention*, l'actif peut aussi « comprendre toute autre espèce de gains que les profits des meubles et des immeubles présents », auquel cas l'on se trouve en présence d'une société universelle complexe réunissant à la fois les éléments de la société de tous biens présents et de la société universelle de gains.

47. — Les époux, durant le mariage, ne peuvent pas constituer une société universelle de biens présents, parce qu'une semblable convention contreviendrait aux prescriptions du Code concernant la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux, la nullité des ventes entre époux, etc. (art. 1095 et s.). — V. aussi *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 45 et s.

2° Passif.

48. — Le passif de la société universelle de biens présents n'a pas été fixé par la loi, mais on applique par analogie les règles de la communauté. — Pont, t. 1, n. 176; Troplong, t. 1, n. 277; Laurent, t. 26, n. 237; Thiry, t. 4, n. 116; Houpin, t. 1,

n. 78. — Il comprendra donc : 1° les dettes des associés au moment de la formation du contrat (Guillouard, n. 108; Boileux, t. 6, p. 272; Arntz, t. 4, p. 39); 2° quant aux dettes postérieures et relatives aux biens des associés, elles entrent ou n'entrent pas dans le passif social, selon que les biens auxquels elles sont relatives y entrent ou non eux-mêmes; 3° celles dont rien n'indique le but ne pourront être mises à la charge de la société, qu'autant qu'il sera justifié qu'elles lui ont profité; 4° à l'égard des tiers, il faudra seulement examiner si l'associé qui les a contractées avait capacité pour engager la société.

49. — Pour les dépenses de famille, même solution que pour la société universelle de gains. — Troplong, t. 1, n. 281; Pont, t. 1, n. 185. — V. *suprà*, n. 39.

50. — Aux termes de l'art. 1840, C. civ., « nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes ». De cette disposition, il résulte implicitement que la société universelle ne peut en principe être considérée comme une donation déguisée. Pourquoi, en effet, entre personnes capables de s'avantager réciproquement, avoir recours à un moyen détourné?

51. — Mais ce type de société aurait fourni aux personnes incapables de se gratifier réciproquement, soit d'une façon absolue, soit au delà d'une certaine quote-part (héritiers réservataires), un moyen trop simple d'éluder les prescriptions légales, si le législateur n'eût prévenu cette fraude en édictant une présomption *juris et de jure* de donation déguisée, toutes les fois que la libéralité s'adresse à un incapable, ou qu'elle est de nature à porter atteinte à la réserve légale : par exemple, société entre un ascendant et l'un de ses descendants, au préjudice des autres héritiers réservataires.

52. — L'art. 1840, C. civ., applicable à toute société universelle, de biens présents ou de gains, mais étranger aux sociétés particulières, ne fait nullement double emploi, comme un examen superficiel de la question pourrait le faire admettre, avec l'art. 854, C. civ., qui déclare sujettes à rapport (en tant que constituant des libéralités déguisées) les associations contractées par acte sous seing privé entre le défunt et l'un de ses héritiers. Ce dernier article, en effet, n'envisage qu'une hypothèse, celle d'une société intervenue entre le *de cujus* et l'un de ses cohéritiers; mais, dans le cas particulier qu'il prévoit, il s'applique à toute espèce de société, même particulière. De plus, aux termes de l'art. 854, la présomption de libéralité déguisée n'existe, et le rapport à la succession n'est dû en conséquence que dans le cas où la société a été faite sous seing privé, ou bien dans le cas où, même constituée par acte authentique, elle sera entachée de fraude (V. *suprà*, v° *Rapport à succession*, n. 285 et s.). Cette simple observation suffit à démontrer que l'art. 1840, C. civ., est indépendant de l'art. 854, C. civ., puisqu'il vise d'autres catégories d'incapables, et qu'il enveloppe dans la même suspicion toutes sociétés universelles contractées par eux, par acte authentique ou non.

53. — Faut-il tenir pour nulle, ou simplement pour réductible la libéralité consentie, sous le couvert d'une société universelle, à un successible, au détriment des droits de ses cohéritiers réservataires? Quelques auteurs se prononcent pour la réduction (Aubry et Rau, t. 4, § 379, p. 553, note 7; Troplong, t. 1, n. 305). Mais la thèse de la nullité absolue prévaut en jurisprudence et en doctrine. Jugé, en ce sens, que l'art. 1840 est tellement absolu qu'une société universelle, contractée par un père avec l'un de ses enfants ou toute autre personne, est *radicalement nulle*, et ne peut être considérée, quant aux avantages que l'enfant ou le tiers associé pourrait en retirer, comme une donation déguisée, valable en soi, mais réductible si elle excède la partion disponible. — Besançon, 30 mars 1835, sous Cass., 25 juin 1839, Blanchaud, [S. 39.1.545, P. 39.2.7, et la note de M. Massé] — V. Duvergier, t. 20, n. 119; Delvincourt, sur l'art. 1840; Duranton, t. 17, n. 381; Pont, t. 1, n. 222; Guillouard, n. 39.

54. — Lors donc qu'une société universelle a existé entre un père et l'un de ses enfants, et que la nullité n'y est demandée qu'après sa dissolution et le partage qui en a été fait entre les associés, les juges peuvent, par appréciation du caractère et des causes de cet acte, décider qu'il n'est pas un partage réel et sérieux, mais qu'il doit être considéré comme une donation déguisée, laquelle ne doit recevoir son exécution que jusqu'à concurrence de la portion disponible. — Cass., 25 juin 1839, précité.

Section II.

Des sociétés civiles particulières

55. — Selon Pothier, il y a plusieurs espèces de *sociétés particulières;* les unes se contractent pour avoir en commun certaines choses particulières et en partager les fruits; les autres se contractent pour exercer en commun quelque art ou profession; enfin, il y a des sociétés de commerce (Pothier, n. 53). Cette définition énumérative contient une part d'erreur, car elle confond les deux questions, de la nature, particulière ou universelle, et du caractère, civil ou commercial. Le Code ne distingue avec raison, que deux espèces de sociétés civiles particulières (C. civ., art. 1841 et 1842). La société civile particulière, selon l'expression caractéristique de Pont (t. 1, n. 227), se définit par exclusion. Elle est essentiellement conventionnelle, et son principal caractère est la spécialité, soit dans l'apport, soit dans le but poursuivi. — Troplong, t. 1, n. 314; Mauzet, t. 2, n. 309, p. 68; Pont, t. 1, n. 229; Guillouard, n. 116; Planiol, t. 2, p. 108.

56. — I. *Société civile particulière à raison de l'apport.* — Selon l'art. 1841, C. civ., est société particulière celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir. La société peut s'appliquer à la propriété ou seulement à la jouissance d'un meuble ou d'un immeuble. La détermination détaillée des opérations sociales n'est pas nécessaire dans le contrat. — Cass., 7 oct. 1813, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 318]

57. — II. *Société particulière à raison du but.* — Selon l'observation de Planiol, les sociétés commerciales ont d'ordinaire pour objet une entreprise ou une profession, tandis que les sociétés purement civiles ont plutôt pour objet l'exploitation ou l'usage d'un bien. — Planiol, t. 2, n. 1990.

58. — Cependant on rencontre quelques sociétés particulières contractées pour une entreprise désignée : ainsi pour acheter des immeubles et pour les revendre. — Pont, t. 1, n. 233; Guillouard, n. 116.

59. — De même la société entre plusieurs propriétaires, dans le but de mettre en commun les produits de leur fonds, de les convertir en une denrée alimentaire, et de les vendre ainsi fabriqués pour en partager les bénéfices entre eux et proportionnellement est une société purement civile. Telles les sociétés de fromageries du Jura. — V. *suprà*, v° *Association agricole.*

60. — La juridiction commerciale est incompétente pour connaître des contestations auxquelles une telle société peut donner lieu entre les associés. — Lyon, 22 nov. 1850, Sublet, [S. 51.2.191, P. 52.1.402, D. 51.2.239] — *Sic*, Troplong, t. 1, n. 322.

61. — Dans une société de ce genre, l'adjonction d'un membre ne peut s'opérer que du consentement de tous les associés, et non pas seulement avec l'assentiment de la majorité. — Besançon, 23 avr. 1845, Oudet, [S. 46.2.655, P. 47.1.456, D. 47.2.15]

62. — A plus forte raison, les modifications à l'objet essentiel de la société exigent-elles l'assentiment de tous les sociétaires. — Trib. Pontarlier, 15 févr. 1898, [*Rev. des soc.*, t. 98, p. 263]

63. — ... Les sociétés constituées pour l'exercice d'une profession ou d'un métier, pourvu qu'il s'agisse d'une profession licite, et qu'aucun règlement n'interdise, pour son exercice, la formation d'une société. — Sur les sociétés à objet illicite (société de contrebande, pour l'exploitation d'une maison de jeu, etc.), ou constituées pour l'exploitation d'un office ministériel, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 145 et s.

64. — Plusieurs personnes de même métier peuvent se réunir pour l'exercice en commun de ce métier. Les coalitions sont autorisées dans la mesure fixée par la loi du 25 mai 1864, qui a remplacé les dispositions des art. 414, 415 et 416, C. pen. (V. sur les coalitions de producteurs, C. pén., art. 419). — V. *suprà*, v° *Coalition*, n. 36 et s. — Au surplus, ni les coalitions, ni même les syndicats professionnels, malgré leur fixité plus grande, ne constituent de véritables sociétés.

CHAPITRE II.

FORMES ET PREUVES DU CONTRAT.

65. — En droit français, les contrats en général sont consensuels; l'accord des volontés est nécessaire, mais suffisant, pour

créer un lien de droit obligatoire entre les parties. Le contrat de société, en particulier, est un contrat consensuel; donc aucune condition de forme n'est requise pour la validité. L'accord peut être verbal, ou s'induire de certains faits significatifs, ou être constaté par écrit. Mais l'écrit n'est point exigé à peine de nullité ; s'il en est dressé un, il intervient *ad probationem*, non point *ad solemnitatem*.

66. — Il suffit en effet de se reporter à la disposition de l'art. 1834, C. civ., qui prescrit la rédaction par écrit des contrats de société civile dont l'objet dépasse la somme ou la valeur de 150 fr. pour constater que cet article, loin de déroger au droit commun, a simplement entendu reproduire l'art. 1341, C. civ. Son but n'est donc pas de soumettre à la rédaction d'un acte instrumentaire la validité des contrats de société, mais seulement d'en proscrire la preuve testimoniale, en dehors des cas d'exception établis par les art. 1347 et 1348, C. civ. Cette interprétation, ainsi que le font observer Aubry et Rau (t. 4, § 378, p. 549), n'est pas discutable en présence des travaux préparatoires, notamment des observations du tribunal de Paris (Fenet, t. 5, p. 279), du rapport de Boutteville au Tribunat (Fenet, t. 14, p. 406), et du discours de Gillet au Corps législatif (Fenet, t. 14, n. 420). — V. Delvincourt, t. 3, p. 219; Duvergier, t. 20, n. 66; Delangle, t. 2, n. 507; Duranton, t. 17, n. 336; Troplong, t. 1, n. 200; Laurent, t. 26, n. 170; Pont, t. 1, n. 136; Houpin, t. 1, n. 59; Colmet de Santerre, t. 8, n. 3 *bis*-II. — V. aussi, Cass., 12 déc. 1825, Pertin, [S. et P. chr.]; — 19 juill. 1852, Arthus, [S. 53.1.33, P. 54.2.257, D. 52.1.299] — Paris, 17 avr. 1807, Dalvimart, [S. et P. chr.] — Turin, 10 avr. 1811, Tortone, [S. et P. chr.] — Donc en principe la preuve par témoins n'est pas valable, en notre matière, au-dessus de 150 fr. — V. *suprà*, v° *Preuve testimoniale*, n. 86 et s.

67. — Même interprété en ce sens, l'art. 1834 n'était point inutile. Tout d'abord, en l'édictant, les rédacteurs du Code civil ont marqué nettement leur intention de faire disparaître les *sociétés taisibles* de l'ancien droit qui se formaient par le seul fait de la cohabitation. Il leur suffisait pour cela de soumettre les sociétés civiles au droit commun en matière de preuve. — Cass., 18 déc. 1889, Aubin-Hivert, [S. et P. 93.1.467, D. 91.1.150] — Trib. Grasse, 3 nov. 1890, [*Pand. fr.*, 91.2.138] — *Sic*, Delvincourt, t. 3, p. 219; Troplong, t. 1, n. 200; Aubry et Rau, t. 4, § 378, p. 548; Pont, t. 1, n. 133; Laurent, t. 26, n. 171; Houpin, t. 1, n. 64; Huc, t. 11, n. 32. — D'autre part, l'art. 1834 définit le rôle du juge en cas de contestation sur l'existence d'une société. En effet, écrit Pont, « il importe peu que comme contrat consensuel la société se forme par le seul consentement des parties, si en cas de contestation l'existence n'en est pas prouvée. Le contrat de société non reconnu et non prouvé serait donc comme s'il n'était pas ». Les intéressés sauront, en présence de l'art. 1834, que l'absence d'écrit peut les mettre, le cas échéant, dans l'impossibilité de prouver l'existence de la société. — Pont, t. 1, n. 133.

68. — Remarquons, du reste, que la disposition de l'art. 1834 ne concerne que les rapports des associés entre eux. Les *tiers* peuvent établir, par les moyens de preuve ordinaires, l'existence de la société sur la foi de laquelle ils ont contracté. — Cass., 21 mai 1878, Polèse, [S. 79.1.175, P. 79.420, D. 78.1.466] — *Sic*, P. Pont, t. 1, n. 158; Guillouard, n. 87; Troplong, t. 1, n. 210. — V. aussi Duvergier, t. 20, n. 76; Laurent, t. 26, n. 178.

69. — Spécialement, le marché passé avec l'un des membres d'une société, non constatée par écrit mais dont l'existence est notoire, alors d'ailleurs que le contrat porte la signature sociale et a été fait dans l'intérêt de la société, oblige personnellement chaque associé. — Même arrêt. — V. sur l'art. 39, C. comm., en ce qui concerne les sociétés de commerce, qui, nulles, faute d'écrit, peuvent cependant être prouvées par les tiers, par toutes les voies de droit : Cass., 16 mai 1859, Conserv. hypoth. d'Alençon, [S. 60.1.889, P. 60.637, D. 60.1.338]; — 19 mars 1862, Defrance, [S. 62.1.825, P. 62.1086, D 62.1.408]; — 7 févr. 1865, Bélot, [S. 65.1.235, P. 65.554, D. 65.1.289]; — 23 févr. 1875, Lebastard et Robidon, [S. 76.1.473, P. 76.1190, D. 75.1.370] — V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*.

70. — Du principe que l'écrit n'est exigé en matière de société qu'*ad probationem*, et qu'il convient de transporter dans notre matière le droit commun des art. 1341 et s., découle toute une série de conséquences, soit en ce qui concerne la détermination des cas où la preuve testimoniale est recevable, soit relativement à la forme extrinsèque de l'acte qui aura pu être dressé.

Section I.

Des moyens de preuve, autres que la preuve écrite, admis par la loi en matière de sociétés civiles.

71. — Il résulte tout d'abord de l'identité des règles consacrées par l'art. 1341 et par l'art. 1834 que, conformément à l'opinion générale admise sur l'art. 1341, il faut décider que la prohibition de la preuve testimoniale n'est pas d'ordre public en matière de société civile, et que, par conséquent, un associé peut, à l'aide de ce mode de preuve, établir l'existence ou les conditions d'une société, au moment où les autres parties renoncent à se prévaloir des dispositions de notre article. — Pont, t. 1, n. 153 et s. — V. Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1341, n. 39 et s.

72. — De même, les juges peuvent recourir à la preuve testimoniale, ou aux simples présomptions dans le cas où ils ont à *interpréter* seulement une des clauses du pacte social. — Cass., 1er mars 1882, Pillon de Saint-Philbert, [S. 84.1.231, P. 84.1.550, D. 83.1.130]; — 4 nov. 1885, Soc. des plâtrières du bassin de Paris, [S. 88.1.365, P. 88.1.901, D. 86.1.302] — V. *suprà*, v° *Présomptions*, n. 122 et 123.

73. — Ils peuvent également, à l'aide de simples présomptions, faire rentrer dans la société des valeurs acquises par un seul des associés et en son nom. — Cass., 17 févr. 1858, Dumas, [S. 58.1.461, P. 58.1179, D. 58.1.124]

74. — Jugé même qu'une société dont il n'existe pas d'acte peut être prouvée par d'autres titres, même d'associé à associé non commerçants. — Bruxelles, 28 févr. 1810, Roberechts, [S. et P. chr.] — Turin, 10 avr. 1811, précité. — Surtout au regard des associés qui seraient venus s'adjoindre *ex post facto* à une société préexistante. — Paris, 17 avr. 1807, précité. — V. Pont, t. 1, n. 132; Merlin, *Quest.*, v° *Société*, § 1; Delangle, t. 2, n. 507; Laurent, t. 26, n. 172 Guillouard, n. 81.

75. — En d'autres termes, et plus généralement, l'art. 1834 n'a nullement eu pour objet d'édicter une règle spéciale, soit relativement au fond du droit (conditions de validité du contrat), soit en ce qui concerne la preuve. Il ne faut y voir qu'un simple rappel du droit commun; d'où il suit que l'on doit appliquer au contrat de société non seulement les règles générales formulées par l'art. 1341, dont l'art. 1834 n'est qu'une répétition, mais aussi toutes les exceptions et tous les tempéraments au principe admis par les art. 1342 à 1348. Le juge aura donc à former sa conviction d'après tous les éléments de preuve reconnus par la loi civile et administrés suivant les formes de procédure qu'elle comporte. — Paris, 17 nov. 1898, [*Journ. des trib. de comm.*, 99, p. 440]

76. — Faisons l'application de ce principe d'interprétation, d'abord aux règles posées en l'art. 1341, ensuite aux exceptions inscrites dans les art. 1342 et s.

77. — I. *Première règle.* — Pour décider en règle générale si la preuve d'une société peut être faite par témoins, il faut considérer uniquement l'objet de la société et sa valeur; s'il est au-dessus de 150 fr., la prohibition est applicable, alors même que la part réclamée par un associé serait au-dessous et *vice versâ*; si l'objet de la société n'excède pas 150 fr., la preuve testimoniale est permise quoique la demande formée par un associé tende à obtenir une somme plus considérable. — Duvergier, t. 20, n. 73; Troplong, t. 1, n. 202; Pont, t. 1, n. 145, 146; Laurent, t. 26, n. 174; Aubry et Rau, t. 4, § 378, note 2, p. 549; Guillouard, n. 88. — V. *suprà*, v° *Preuve testimoniale*, n. 86 et s.

78. — II. *Deuxième règle.* — Mais, en vertu du § 2 de l'art. 1834, C. civ. (V. art. 1341), la preuve testimoniale n'est pas admise *contre et outre le contenu en l'acte de société*, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. D'où il suit qu'une personne, étrangère en apparence au pacte social, ne peut prouver par témoins qu'elle est associée, si l'acte constitutif de société est rédigé par écrit. — Toulouse, 29 nov. 1811, Esquirol, [S. et P. chr.]

79. — De même, en règle générale, toute modification au pacte social rédigé par écrit ne peut avoir lieu que par écrit. — Pont, t. 1, n. 141, p. 113.

80. — C'est au moment de la formation du contrat, et non pas au moment où des difficultés donnent lieu à une action en justice, qu'il faut se placer pour apprécier l'importance de la convention au point de vue de l'admission de la preuve testimoniale. — V. *suprà*, v° *Preuve testimoniale*, n. 87 et 88.

81. — III. *Exceptions.* — Les règles posées dans l'art. 1834, n'étant que la reproduction du principe établi par l'art. 1341 pour toutes espèces de conventions ou d'obligations, comportent, comme le principe lui-même, les exceptions admises par les art. 1347 et s., C. civ., à l'égard de la preuve testimoniale et des présomptions. Dans les cas exceptionnels de l'art. 1347 et de l'art. 1348, la preuve testimoniale et les simples présomptions sont admises. — Nîmes, 27 mai 1851, Ollier, [P. 52.1.224, D. 54.2.43] — Paris, 19 août 1851, Renaudot, [S. 52.2.209, P. 52.2.109, D. 54.2.85]; — 13 juin 1872, Pinçon, [S. 74.2.37, P. 74.210, D. 73.2.169] — Lyon, 8 juill. 1887, [*Mon. jud. Lyon*, 12 déc. 1887]

82. — Toutes les fois, dit l'art. 1348, qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, au cas notamment où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure exception est faite à l'art. 1341 (V. *suprà*, v° *Preuve testimoniale*, n. 317 et s.). Jugé, en ce sens, que les règles sur la prohibition de la preuve testimoniale fléchissant au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit, l'associé est recevable à prouver par témoins que l'acte modifiant le pacte social a été frauduleusement détourné et dissimulé par le coassocié. — Angers, 24 févr. 1894, Brochard, [S. et P. 96.2.243, D. 94.2.497]

83. — Conformément à l'art. 1347, l'existence d'une société pourra être prouvée par témoins, même au-dessus de 150 fr., s'il y a un *commencement de preuve par écrit.* — Cass., 17 févr. 1858, précité; — 18 déc. 1889, Aubin-Hivert, [S. et P. 93.1.467, D. 91.1.150] — V. *suprà*, v° *Présomptions*, n. 122, et v° *Preuve testimoniale*, n. 316.

84. — Il faut s'en référer au droit commun pour définir ce que la loi entend par commencement de preuve (Pont, t. 1, n. 150, p. 126). — V. *suprà*, v° *Preuve par écrit* (Commencement de). — Constituent un commencement de preuve par écrit, par exemple : 1° les circulaires et prospectus ; 2° la transcription de l'acte sur les registres de la société; 3° un extrait du bureau de l'enregistrement. — Cass., 17 avr. 1834, Mallez, [S. 34.1.276, P. chr.]; — 4° la correspondance des parties, soit entre elles, soit avec des tiers. — Paris, 17 avr. 1807, Dalvimart, [S. et P. chr.]; — 5° les pièces relatant ce qui s'est passé relativement au pacte social; 6° la déclaration faite par les parties dans un bail contracté avec un tiers, dans un intérêt social. — Turin, 10 avr. 1811, Tortone, [S. et P. chr.]

85. — C'est ainsi que, lorsqu'une association entre concubins n'est pas établie par un acte spécial, la preuve de son existence peut résulter : 1° d'un commencement de preuve puisé dans l'interrogatoire sur faits et articles, dans les déclarations à la barre du tribunal ; 2° d'un ensemble de prescriptions graves, équivalant à la preuve écrite. — Lyon, 8 mars 1889, [*J. des soc.*, 1889, p. 261] — Trib. Sens, 13 déc. 1888, [*Gaz. Pal.*, 89.1.113] — Trib. Seine, 14 févr. 1891, [J. *Le Droit*, 27 févr. 1891] — V. *suprà*, v° *Concubinage*, n. 15. — Laurent, t. 26, n. 149; Guillouard, n. 86. — V. *suprà*, n. 9.

86. — De même encore, les modifications apportées au pacte social postérieurement à sa formation peuvent être prouvées par témoins entre associés, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit. — Angers, 24 févr. 1894, précité. — Il s'agissait dans l'espèce, pour l'associé, d'établir l'existence d'un acte modificatif de l'acte de société représenté par son coassocié; on lui opposait l'art. 41, C. comm., qui interdit la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes de société. Mais il a été jugé dans le sens de l'arrêt ci-dessus que la prohibition de l'art. 41, C. comm., ne s'étendant pas à la preuve par écrit, la preuve par témoins ou présomptions est admissible entre associés pour établir des modifications à un acte de société, dès lors qu'il existe un commencement de preuve par écrit. — Paris, 26 janv. 1883, sous Cass., 4 nov. 1885, Soc. des plâtrières du bassin de Paris, [S. 88.1.365, P. 88.1.901, D. 86.1.302] — V. Cass., 18 juill. 1865, Poyet, [S. 65.1.455, P. 65.1189]; — 19 janv. 1870, Caisse des assurances, [S. 71.1.97, P. 71.239, D. 70.1.302]; — 1er août 1876, Magnique, [S. 77.1.69, P. 77.146]

87 — Ces règles s'appliquent aussi bien dans le cas de société universelle que dans celui de société particulière. Il en résulte qu'une société universelle de tous biens peut être établie, en l'absence d'un acte constitutif de société, par des présomptions graves, précises et concordantes, ou par témoins, pourvu qu'il existe un commencement de preuve par écrit. — Nancy, 17 janv. 1829, Koch, [S. et P. chr.]

88. — IV. *Prorogation d'une société civile.* — La prorogation d'une société civile ne peut être prouvée que par écrit, et elle ne saurait être établie par témoins ou par présomptions que s'il y a commencement de preuve par écrit. S'il est possible d'admettre qu'une prorogation tacite de société puisse résulter, en certains cas, de la continuation des opérations sociales après le terme assigné à la durée de la société, il ne saurait en être ainsi dans le cas où la société n'a plus le même objet en vue duquel elle a été fondée. Dans ce cas la prorogation de la société ne peut être prouvée que par un écrit. — V. *infrà*, n. 607 et s.

89. — V. *Sociétés fromagères.* — Les règles de la preuve s'appliquent à toutes les sociétés civiles : il semble donc qu'elles doivent être étendues aux sociétés fromagères. Cependant la question est controversée. La cour de Besançon, après avoir décidé, en 1845, que ces sociétés constituaient des sociétés civiles dont l'existence et les conditions devaient être constatées par écrit, a plusieurs fois jugé qu'elles pouvaient être toujours prouvées par témoins. — Besançon, 28 déc. 1842, N..., [S. 46.2.633]; — 8 janv. 1851, sous Besançon, 12 mars 1867, Fromagerie de Frasne, [S. 67.2.281, P. 67.998, D. 67.2.33]; — 25 mars 1857, [*Ibid.*]; — 11 janv. 1862, [*Ibid.*]; — 4 déc. 1862, [*Ibid.*]; — 12 mars 1867, précité. — V. *suprà*, v° *Association agricole*, n. 112 et 113.

90. — Mais, en dernière analyse, la jurisprudence déclare que « l'existence et les conditions de fonctionnement des associations fromagères doivent être constatées par écrit; que, conséquemment, la signature des contractants est nécessaire, etc. ». — Trib. de Pontarlier, 15 févr. 1898, [*J. des soc.*, 1898, p. 263] — Ce dernier arrêt se base sur la généralité du texte de l'art. 1834.

91. — VI. *Sociétés taisibles.* — Il est intéressant de rapprocher, des solutions précédentes concernant les sociétés fromagères, la règle communément admise quant aux sociétés taisibles (la question des sociétés entre concubins, précédemment examinée, étant réservée ; V. *suprà*, n. 9, 85). On sait que dans l'ancien droit, il existait certaines associations ou communautés tacites, connues plus particulièrement sous le nom de sociétés taisibles, qui se formaient entre certaines personnes par le seul fait de la cohabitation. Il est universellement reconnu que cette espèce de société est, à l'heure actuelle, soumise, quant à la preuve, aux dispositions de l'art. 1834. — V. Merlin, *Rép.*, v° *Communauté tacite*; Duvergier, n. 66; Troplong, t. 1, n. 196 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 762; P. Pont, t. 1, n. 138; Aubry et Rau, t. 4, p. 548, § 378, note 1; Duranton, t. 17, n. 349; Colmet de Santerre, t. 8, n. 3 *bis*-I; Laurent, t. 26, n. 170; Guillouard, n. 170 et s. — Jugé à cet égard que l'art. 1442, qui autorise la preuve par commune renommée pour établir la consistance de la communauté, lorsqu'il n'a pas été fait d'inventaire après la mort de l'un des époux, ne peut être étendu par analogie au cas où il s'agit d'établir les forces d'une société taisible qui a existé anciennement entre frères. — Bourges, 27 juill. 1825, Robin, [S. et P. chr.

Section II.

Formes extrinsèques de l'écrit.

92. — Au cas où les parties veulent formuler par écrit les bases et les conditions d'une société civile, elles pourront utiliser indifféremment l'acte authentique ou l'acte sous seing privé.

93. — Toutefois, il faudra *nécessairement* recourir à un acte authentique : 1° S'il y a apport d'un *brevet d'invention.* La loi du 5 juill. 1844 dispose, dans son art. 20, que la cession d'un brevet soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ne peut être faite que par acte notarié. — Houpin, t. 1, n. 44; Pont, t. 1, n. 259; Pouillet, *Brevet d'invention*, n. 306. — V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1223 et s.

94. — 2° Il faut encore un acte authentique si la société est formée entre une personne et son successible. L'art. 854, C. civ., dispose, en effet, qu'« il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par acte authentique ». A défaut d'acte authentique, la société devra donc être considérée, en vertu d'une présomption *juris et de jure*, comme une donation déguisée. — V. *suprà*, v° *Rapport à succession*, n. 255.

95. — 3° Aux termes de l'art. 69 nouveau, ajouté à la loi de 1867 par la loi du 1er août 1893, « il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale, en vertu des pou-

voirs résultant de son acte de formation, même sous seing privé ». Cette disposition, dont nous parlerons *infrà*, v° *Société commerciale*, a eu pour but de déroger, relativement aux sociétés commerciales, à un principe constant en jurisprudence, d'après lequel le pouvoir de constituer hypothèque ne peut être valablement conféré que par acte authentique (V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1911 et s.). L'art. 69, dérogeant au droit commun, n'est pas susceptible d'extension (exception faite pour les sociétés à objet civil constituées sous la forme par actions, que la loi de 1893 déclare commerciales, art. 68). Aussi décide-t-on généralement que l'art. 69 ne saurait être étendu ni aux sociétés civiles ordinaires, ni aux sociétés civiles qui se constitueraient sous la forme de la société en nom collectif ou de la commandite par intérêt. — Lyon-Caen et Renault, *Loi du 1er août 1893*, n. 54; Houpin, t. 1, n. 65. — Les fondateurs de ces sociétés, s'ils entendent donner pouvoir aux administrateurs d'hypothéquer les immeubles sociaux, devront donc rédiger les statuts par acte notarié.

96. — Hormis ces cas spéciaux, les parties peuvent faire un acte sous seing privé. Mais cet acte doit-il être rédigé dans une *forme* quelconque? L'art. 1325 déclare que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». L'acte de société doit, en principe, se soumettre aux formalités de l'art. 1325. — Pont, t. 1, n. 135; Laurent, t. 26, n. 173; Houpin, t. 1, n. 65; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 37; Huc, t. 11, n. 32.

97. — Cependant quelques auteurs soutiennent qu'un seul écrit est nécessaire, signé des deux parties. Cette opinion se base sur la signification que le législateur a voulu donner à l'art. 1834, C. civ., c'est-à-dire sur la prohibition, théorique du moins, de la preuve testimoniale (Troplong, t. 1, n. 205; Guillouard, n. 83). Cette explication est insuffisante, la prohibition dont il s'agit étant toute relative, et l'art. 1834 s'étant borné, nous l'avons dit, à un rappel du droit commun en matière de preuve (V. *suprà*, n. 65 et s.). Notons, d'ailleurs, que la controverse n'est que théorique, car tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'un écrit, rédigé hors des formes de l'art. 1325, vaut en fait comme preuve de la société.

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ CIVILE.

SECTION I.

Effets du contrat dans les rapports des associés entre eux.

§ 1. *Point de départ et durée de la société.*

1° Point de départ.

98. — Le point de départ d'une société est, d'ordinaire, fixé conventionnellement par les parties; la volonté des parties fait loi, car il s'agit ici d'un contrat consensuel. L'effet attribué par la loi à la volonté des parties ne peut être modifié que par une manifestation contraire de cette même volonté. Les parties peuvent, à leur gré, assigner à la société pour point de départ soit une date certaine ou terme certain, soit l'arrivée d'un terme incertain, soit la réalisation d'une condition. Examinons successivement ces trois hypothèses.

99. — I. *Date certaine.* — La société commence, en général, au jour même de la signature du contrat. Mais les parties peuvent évidemment désigner toute autre époque. D'ailleurs, observe Pont, la désignation d'une autre époque peut être implicite et sans indication précise. Ainsi l'acte de société dans lequel un associé a stipulé pour les autres associés absents en se portant fort pour eux et en promettant leur ratification ne devient parfait, et la société n'a d'existence légale qu'à partir de cette ratification. L'existence de cette société n'est dont opposable aux tiers que lorsqu'elle a été régulièrement publiée depuis cette ratification (Pont, t. 1, n. 243). De même les parties peuvent décider que la société ne commencera que dans un délai déterminé à partir du jour de l'acte.

100. — Dans le cas où l'acte ne contiendrait aucune clause relative au point de départ, l'art. 1843 déclare que la société commencera à l'instant même du contrat : cette solution est la simple application du droit commun. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 151; Colmet de Santerre, t. 8, n. 19.

101. — II. *Terme incertain.* — Les parties peuvent, en second lieu, renvoyer la mise à exécution du pacte social à l'arrivée d'un terme incertain, tel que la mort d'une personne déterminée (par exemple l'auteur commun des associés, dont les héritiers présomptifs entendent exploiter l'héritage sous forme de société, toutes réserves faites sur l'application du principe de la nullité des pactes sur succession future). Le terme incertain ne se présume jamais; il doit être expressément stipulé.

102. — III. *Condition.* — Nous avons à envisager successivement deux hypothèses. Il appartient aux juges de décider d'après l'intention des parties, ou d'après la nature même de la stipulation, si la condition est suspensive ou résolutoire. L'intérêt est grand : en effet, si l'on suppose une condition suspensive, la société voit son existence même suspendue jusqu'au jour de l'événement attendu, qui produira un effet rétroactif (C. civ., art. 1179). Supposons une condition résolutoire; la convention opère en sens inverse; et la résolution est de plein droit. Les deux stipulations sont autorisées.

2° Durée de la société.

103. — Les parties jouissent à cet égard, d'une liberté aussi grande que pour déterminer le point de départ de la société. Il est bon de signaler que dans le cas où il s'agit d'une affaire spéciale à réaliser, il est rare qu'on puisse à l'avance fixer la durée de la société; la société est alors censée contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire. Dans tous les autres cas un terme peut être fixé à l'avance, aussi éloigné qu'il plaira aux parties de le fixer. La règle de l'art. 815, C. civ., n'est en effet applicable ni aux sociétés, civiles ou de commerce, constituées pour une durée déterminée, ni à celles formées pour une entreprise déterminée qui exigerait plus de cinq ans pour son achèvement. — V. au surplus sur les différences entre la société et l'indivision, *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 5 et s., et v^is *Indivision*, n. 189, *Partage*, n. 3.

104. — Jugé en ce sens : 1° Qu'on ne peut assimiler aux actes soumis à l'art. 815 la convention que font les membres d'une société en participation de conserver un immeuble indivis dans l'intérêt de l'exploitation sociale. — Cass., 5 juill. 1825, Duréal, [S. et P. chr.]

105. — 2° Que les membres d'une société à laquelle une concession de mines a été faite par le Gouvernement peuvent renoncer à la faculté de demander la dissolution de la société et la licitation des mines concédées, et qu'une pareille renonciation ne doit pas être réputée non écrite comme contraire aux art. 1872 et 815, C. civ. — Cass., 7 juin 1830, Malmayet et Neuburg, [S. et P. chr.]

106. — Mais faut-il dire, en vertu de l'art. 815, qu'aucune société universelle ne pourra être obligatoire contre le gré de tous les associés pour plus de cinq ans? C'est confondre la communauté et la société. Les tribunaux dans ce cas devront se livrer à une appréciation de fait; ils auront à examiner si l'association a pour objet de permettre une jouissance commune, auquel cas l'on n'est en présence que d'une modalité d'indivision, ou si elle a au contraire pour objet d'obtenir, par la réunion des mises, des bénéfices qu'un associé n'obtiendrait pas seul, et dans ce dernier cas, l'indivision ayant fait place à une société véritable (V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 43 et s.), ils devront refuser l'application de l'art. 815 et maintenir la société même après l'expiration des cinq années à partir du contrat. — Cass., 5 juill. 1825, précité. — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 415.

107. — S'il n'y a pas de convention, dit l'art. 1844, C. civ., la société est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869 (dissolution volontaire). L'art. 1844 n'est pas applicable aux sociétés commerciales, et le juge est sans pouvoir pour compléter à cet égard un contrat que les parties ont volontairement laissé imparfait. Mais la durée de la société étant en matière de société commerciale un élément essentiel, les conventions intervenues dans de telles conditions ne contiennent ni un pacte de société obligatoire, ni une promesse de société ayant la même force que le contrat, ni même une simple obligation de faire; dès lors, le refus par l'une des parties de les réaliser ne peut donner ouverture contre elle à des dommages-intérêts. — Lyon, 24 juin 1870, Camus, [S. 71.2.70, P. 71.291, D. 72.2.198]

§ 2. *De l'apport.*

108. — Selon l'art. 1845, « chaque associé est débiteur *envers la société* de tout ce qu'il a promis d'y apporter ». L'associé est donc tenu d'exécuter loyalement l'apport qu'il a convenu de faire à la société. On reproche quelquefois à cet article d'être imprécis dans ses termes et de créer une équivoque (Pont, t. 1, n. 252). Pont voit une erreur dans la déclaration faite par le Code que l'associé est débiteur envers *la société*. C'est ajouter trop d'importance à la rédaction de l'art. 1845. En effet, cet article a pour but précis, quoique cela paraisse inutile à formuler, d'ordonner le versement de l'apport. Peu importe ici de savoir si l'apport sera versé à la société ou aux associés. Ce serait vouloir trancher sous cet article, qui y est étranger, la question de la personnalité morale. — V. *infrà*, n. 110.

109. — Nous avons étudié *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 16 et s., l'apport en lui-même, et la chose en laquelle il peut consister. Les obligations de l'associé varient suivant qu'il s'est engagé à apporter une somme d'argent, d'autres biens ou son industrie (art. 1833). Ces trois hypothèses sont donc à envisager successivement, afin de préciser dans chacune d'elles ce que contient l'engagement relatif à l'apport, comment et à quelles conditions cet engagement est rempli (C. civ., art. 1845, 1846, 1847). Mais auparavant, il convient de caractériser la dette d'apport en général, indépendamment de son objet.

1° *De la dette d'apport en général.*

110. — Chaque associé est *débiteur* de l'apport promis, et peut être contraint, par toutes les voies de droit, de le réaliser. La question de savoir si cette dette l'oblige envers l'ensemble de ses coassociés ou envers la société, considérée comme entité juridique, est, en soi, secondaire. Mais il faut bien reconnaître que la formule de l'art. 1845 : « chaque associé est débiteur *envers la société* », n'est rigoureusement exacte, *in terminis*, que si l'on envisage la société comme constituant une personnalité civile. En pareil cas, c'est en effet envers la société elle-même que chaque associé est débiteur de l'apport promis. — Troplong, t. 2, n. 526; Pont, t. 1, n. 252; Guillouard, n. 176; Laurent, t. 26, n. 244; Colmet de Santerre, t. 8, n. 252. — On sait du reste que l'affirmative prévaut en jurisprudence. — V. *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 517 et s.

111. — La dissolution de la société, bien loin de dégager l'associé de ses obligations, rend au contraire plus puissante la réalisation intégrale de l'apport, presque toujours indispensable pour faire face au passif. C'est, en pareil cas, ainsi que nous le verrons, aux liquidateurs qu'il appartient d'exiger des associés le complément de leur mise. Mais leur droit ne va pas au delà, et ne leur permet point, en principe, d'obliger les associés à verser une somme supérieure à leurs apports, à l'effet de faire face au passif.

112. — Si chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter, il ne peut évidemment être forcé de payer au delà de ce qu'il a promis de verser dans la caisse sociale. Aussi a-t-il été jugé que lorsque, au cas d'une société dont le capital devait être formé de mises égales, les associés, pour désintéresser leurs créanciers, leur ont abandonné l'actif social, avant que quelques-unes des mises aient été entièrement versées, l'associé qui, ayant versé l'intégralité de sa mise, a contribué pour une plus forte part à la formation de l'actif, peut recourir, à raison de cette différence, contre ses coassociés en retard de versements, si l'acte d'abandon n'a pas détruit le droit que chacun des associés avait d'obliger les autres à parfaire leur part sociale. — Cass., 25 août 1869, Depouilly, [S. 70.1.61, P. 70.133, D. 69.1.467]

113. — Les associés ne pouvant être contraints de faire un apport plus considérable que celui qu'ils ont promis, il faut en conclure que la majorité de ces associés ne prend pas une délibération opposable aux membres de la minorité, lorsqu'elle décide une augmentation du capital social, sauf d'ailleurs à demander la liquidation de la société, pour extinction de la chose, dans le cas où cette augmentation, jugée nécessaire, n'est pas réalisée. — V. Pont, t. 1, n. 314; Duvergier, t. 20, n. 216; Pardessus, *Dr. commerc.*, t. 4, n. 995; Guillouard, n. 197. — V. au surplus, pour les conditions sous lesquelles une modification aux statuts d'une société commerciale adoptée par l'assemblée générale extraordinaire, peut être considérée comme opposable à la majorité, *infrà*, v° *Société commerciale*.

2° *Apport en nature.*

114. — L'art. 1845 s'occupe, dans son deuxième alinéa, de la réalisation des apports en nature, dont les règles diffèrent selon que l'apport consiste dans la propriété d'un objet déterminé, ou dans un droit réel ou personnel portant sur un semblable objet. Dans chacune de ces hypothèses, il y a lieu d'observer, d'une manière générale, les règles de publicité prescrites pour le cas d'aliénation ou de cession de droits de même nature. Faisons successivement l'application de ce principe aux apports immobiliers et aux apports de créances ou autres valeurs incorporelles, brevets d'invention, etc.

115. — I. *Apport immobilier : transcription.* — L'apporteur d'un immeuble en société est à considérer, au point de vue de l'application des règles sur la transcription, comme un vendeur : d'où il suit que la société, pour être investie, au regard des tiers, de la propriété de l'immeuble, doit transcrire son titre au bureau de la conservation des hypothèques, dans les formes déterminées par la loi du 23 mars 1855. — Cass., 8 mars 1875, Akuin, [S. 75.1.449, P. 75.1150, D. 76.1.369]; — 25 avr. 1893, Soc. des eaux minérales réunies, [S. et P. 97.1.515, D. 93.1.320]; — 3 juill. 1899, Flornay, [S. et P. 99.1.361, D. 99.1.502] — V. Sellier, *Loi du 23 mars 1855*, n. 123; Flandrin, *De la transcription*, n. 266; Troplong, *ibid.*, n. 63; Mourlon, *ibid.*, n. 52; Guillouard, n. 177; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 21; Pont, t. 1, n. 258; Aubry et Rau, t. 4, § 378, p. 551; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 772; Houpin, t. 1, p. 32.

116. — Vainement objecterait-on que, pour l'apport en société, la publicité légale doit tenir lieu de la transcription. D'une part, en effet, cette publicité n'est requise que pour les sociétés commerciales, et non pas pour les sociétés civiles; et d'autre part, elle a simplement pour fonction de faire connaître aux tiers en général la naissance de la société, envisagée comme personne morale distincte de la personne des associés, nullement de renseigner ceux qui pourraient prétendre des droits sur l'immeuble de la mutation survenue de l'associé à la société. Aussi est-il universellement admis en jurisprudence que, tant que les formalités de la transcription n'ont pas eu lieu, l'immeuble peut être valablement grevé d'hypothèque du chef de l'apporteur, sauf le recours de la société lésée contre ce dernier. — Cass., 25 avr. 1893, précité.

117. — Cette formalité serait-elle également nécessaire si l'immeuble n'était apporté en société que pour la *jouissance?* La question est controversée. Certains auteurs estiment que l'apport en jouissance est une variété de dation à bail et ne confère à la société qu'un droit personnel; s'il en est ainsi, la transcription ne serait nécessaire que si la société était constituée pour plus de dix-huit ans, les baux de moindre durée n'ayant pas besoin d'être transcrits. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Flandrin, *loc. cit.*

118. — Mais une fraction importante de la doctrine estime au contraire que la société, en pareil cas, doit plutôt être assimilée à une usufruitière; d'où cette conséquence que la transcription sera toujours nécessaire, même dans le cas où la société ne serait pas constituée pour plus de dix-huit ans (Guillouard, *loc. cit.;* Mourlon, *loc. cit.*). Cette solution s'imposerait s'il était expressément stipulé dans les statuts que la société sera, pendant toute sa durée, considérée comme usufruitière de l'immeuble. — V. pour plus de développements sur l'application de la loi du 23 mars 1855 à l'apport en société, *infrà*, v° *Transcription*. — V. aussi Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1138, n. 33.

119. — Il est parfois difficile de déterminer si les parties ont entendu faire un apport en propriété ou en jouissance et, dans le cas où l'apport est fait en jouissance, s'il consiste en un droit réel (usufruit) ou en un droit personnel; plusieurs critériums ont été proposés; en l'absence de tout texte à cet égard, le mieux consiste à s'en remettre sur ce point à l'appréciation souveraine des tribunaux. — Guillouard, n. 187 et 188; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 28; Laurent, t. 26, n. 248; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 773; P. Pont, t. 1, n. 309. — V. en sens divers, Duranton, t. 17, n. 408; Duvergier, t. 20, n. 204; Pardessus, t. 4, n. 990. — V. aussi P. Pont, t. 1, n. 276, 281 et s.

120. — II. *Apport de créances : signification.* — L'apport de créances dans une société n'en rend celle-ci propriétaire à l'égard des tiers, que par la signification qui en est faite au débiteur,

ou son acceptation par acte authentique (C. civ., art. 1690). — Cass., 26 avr. 1869, Synd. Gastel, [S. 69.1.313, P. 69.777, D. 71.1.5]; — 24 déc. 1894, Kerform, [S. et P. 95.1 69, D. 95.1.206]

121. — Parmi les tiers au regard desquels, aux termes de l'art. 1690, C. civ., le cessionnaire, dans l'espèce la société, n'est saisi de la créance cédée que par la signification de la cession au débiteur ou l'acceptation de celui-ci par acte authentique, figurent les créanciers du cédant, ici les créanciers de l'associé apporteur. Ces créanciers peuvent donc, à défaut de l'accomplissement de l'une de ces deux formalités, former saisie-arrêt ou opposition entre les mains du débiteur. — Même arrêt. — V. *suprà*, v° *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 287, 291 et s., 497 et s.

122. — M. Guillouard (*De la vente*, t. 2, n. 795) repousse cependant, au cas d'apport de créance dans une société, l'application de l'art. 1690, relatif seulement, selon lui, à la vente des créances, les mots « transport, cession » étant employés comme synonymes de « vente ». M. Guillouard en tire cette conséquence que l'apport en société d'une créance ayant acquis date certaine fait obstacle à toute saisie-arrêt ultérieure des créanciers de l'associé apporteur, indépendamment d'une signification de l'apport au débiteur ou d'une acceptation par acte authentique de ce dernier.

123. — Au surplus, il faut remarquer que la cession signifiée ou acceptée postérieurement à la saisie-arrêt vaut opposition ou saisie-arrêt dans les rapports du cessionnaire et du créancier saisissant, et qu'il y a, par suite, lieu à concours entre eux; sauf controverse au cas où la signification de la cession ou son acceptation par le débiteur se place entre deux saisies-arrêts. — V. *suprà*, v^is^ *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 306 et s., *Saisie-arrêt*, n. 1435 et s.

124. — Le principe d'après lequel la société n'est investie de la créance faisant l'objet d'un apport social que par une signification au débiteur cédé est-il absolu, ou reçoit-il exception dans le cas où le tiers, débiteur cédé ou second cessionnaire, aurait eu par une autre voie connaissance de la cession consentie par le titulaire à la société, à titre d'apport social? La jurisprudence admet ici certains tempéraments de principe. Jugé, en ce sens, que le créancier d'un associé qui n'a pas seulement connu l'apport fait par l'associé des fermages à lui dus, mais qui en a eu une connaissance spéciale et personnelle à raison de sa situation au regard de l'apporteur et de la société, qui a coopéré et collaboré avec l'associé apporteur à la formation de cette société de façon très-étroite, a pu être considéré comme n'étant pas de bonne foi en faisant saisir-arrêter les fermages apportés lorsqu'il a tout fait pour en faire passer la propriété dans l'actif de la société. — Cass., 7 juill. 1897, Kerform, [S. et P. 98.1.113, D. 98.1.484]

125. — M. Wahl, dans une note sous cet arrêt [S. et P. 98.1.113], s'est appliqué, par une étude approfondie des précédents historiques de l'art. 1690, à dégager en quelque sorte la philosophie de cette disposition, et à faire ressortir les raisons pour lesquelles la jurisprudence se dégageant d'une tradition historique surannée, contraire à l'équité et aux nécessités économiques modernes, avait été nécessairement amenée à restreindre la portée du texte, et à en écarter l'application dans des hypothèses où, primitivement, son caractère impératif n'aurait pas souffert de discussion.

126. — En ce qui concerne tout d'abord le débiteur cédé, la plupart des auteurs décident que, le cas de fraude réservé, il n'a pas à tenir compte d'une cession qui ne lui a pas été notifiée comme l'exige la loi. — Colmet de Santerre, t. 7, n. 136 *bis*-V; Guillouard, *Tr. de la vente*, t. 2, n. 782; Huc, *Tr. théor. et prat. de la cession et de la transmission des créances*, t. 2, n. 348, 349, 352; *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. 10, n. 220; Mourlon, *Répét. écrites sur le C. civ.*, 10e éd., t. 4, n. 684; Marcadé, t. 6, sur les art. 1689-1691, n. 1; Arntz, *Précis de dr. civ.*, t. 3, n. 1088; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 326, § 691, note 10; Troplong, *Tr. de la vente*, t. 2, n. 901. — V. aussi Lyon-Caen, note sous Cass., 27 nov. 1893, [S. et P. 94.1.385]

127. — Aubry et Rau (t. 4, p. 429, § 359 *bis*, texte et note 12) adoptent cependant l'opinion contraire : « Ce serait, disent-ils, méconnaître la disposition de l'art. 1690, dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que de l'appliquer d'une manière tellement absolue, qu'elle pût avoir pour résultat de couvrir des actes entachés de mauvaise foi ou d'imprudence. Toutefois, la seule connaissance que le débiteur aurait indirectement acquise du transport ne doit pas toujours et nécessairement le faire considérer comme ayant agi de mauvaise foi ou avec imprudence, lorsqu'il a payé entre les mains du cédant ou qu'il a traité avec lui. Si ce dernier, par exemple, était en apparence *in bonis* et que le débiteur eût des raisons plausibles de croire que le transport n'était pas sincère, il n'y aurait aucun reproche à lui adresser. » Ainsi, suivant ces auteurs, le débiteur, à moins qu'il n'ait pas cru la cession sérieuse (et cette restriction est d'évidence, car alors il n'a pas véritablement connaissance de la cession), est obligé de tenir compte de la cession, par cela seul qu'il en a connaissance, et ne peut s'acquitter entre les mains du cédant. — V. Duvergier, t. 20, n. 216; Laurent, p. 24, n. 488.

128. — C'est cette seconde opinion que, malgré certaines obscurités de rédaction, la Cour de cassation paraît bien avoir entendu consacrer par son arrêt précité de 1897, d'ailleurs conforme, dans ses grandes lignes, à plusieurs arrêts antérieurs. — V. *suprà*, v° *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 236 et s.

129. — Quant aux ayants-cause du cédant, la Cour de cassation les avait distingués du débiteur cédé, et tantôt justifiant cette distinction, tantôt s'abstenant de tout effort pour justifier la solution qu'elle donnait à propos de ces ayants-cause, elle avait, à plusieurs reprises, décidé que la connaissance de la cession, acquise par eux, les empêchait d'opposer le défaut de signification. — V. *suprà*, v° *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 299 et s.

130. — Mais la question s'étant présentée à nouveau en 1894, elle avait nettement rompu avec son ancienne jurisprudence (V. Cass., 24 déc. 1894, précité). Les cours d'appel avaient déjà presque toutes décidé que la connaissance de la cession n'équivaut pas à la signification. — V. *suprà*, *eod. v°*, n. 283, 306, 307. — V. aussi Bruxelles, 17 déc. 1886, [*Pasic. belge*, 87.1.61] — V. cep. *suprà*, *eod. v°*, n. 300. — Dans l'arrêt précité du 7 juill. 1897, la chambre civile a adopté une opinion entièrement nouvelle, et qui, d'après M. Wahl (note précitée), est faite pour compliquer étrangement le problème. Tout en répétant, à la suite de son arrêt du 24 déc. 1894, précité, intervenu dans la même affaire, que la connaissance du tiers n'est pas assimilée à la signification, elle ajoute qu'il en est autrement, s'il s'agit d'un tiers qui « n'a pas seulement connu la cession », mais qui « en a eu une connaissance spéciale et personnelle ». Qu'est-ce à dire? Se peut-il matériellement qu'on ait connaissance d'un fait sans en avoir une connaissance personnelle? Toute connaissance d'un fait par une personne n'est-elle pas par là même personnelle? N'est-elle pas aussi spéciale?

131. — Au fond, la pensée de la Cour suprême, quoique un peu obscure, paraît être celle-ci : en principe, les ayants-cause du cédant (second cessionnaire, créanciers, etc.) ne peuvent se voir opposer une cession de créance non signifiée, et ce, même s'ils ont eu indirectement connaissance de la cession consentie à la société. Mais si cette cession a été *directement* portée à leur connaissance, même par une voie autre que les voies légales, ils agiraient *de mauvaise foi* en excipant de la non-signification à l'encontre de la société. Cette mauvaise foi, même si elle n'affecte pas les caractères d'une fraude ou collusion caractérisée (V. le rapport de M. le conseiller Crépon, sous Cass., 7 juill. 1897, précité), suffit à les rendre irrecevables à critiquer l'apport de la créance effectuée par leur auteur, apport dûment connu et virtuellement accepté d'eux, bien que la signification exigée par l'art. 1690 n'ait pas eu lieu.

132. — C'est peut-être là du droit prétorien, mais il se justifie aisément par le caractère anti-économique de l'art. 1690. Comme le démontre clairement M. Wahl, dans la note précitée, la publicité que cet article organise est entièrement fictive, les ayants-cause du cessionnaire n'ayant aucun moyen de connaître une cession que le cédant et le cédé s'entendraient pour leur dissimuler. D'autre part, il aboutit à d'évidentes injustices, puisqu'il permet aux tiers ou au cédé de ne tenir aucun compte d'une cession qu'ils ont connue et de contracter valablement avec le cédant sur une créance qu'ils savent pertinemment sortie de son patrimoine et incorporée, en l'espèce, au fonds social.

133. — Il serait évidemment préférable, soit d'organiser une publicité plus directe (par exemple, au moyen d'un registre tenu au greffe du tribunal du domicile du créancier), soit même de supprimer purement et simplement la disposition de l'art. 1690, C. civ., et, par suite, de donner la préférence, entre deux cessionnaires, au plus ancien, d'interdire au créancier du cédant la saisie de la créance cédée, comme on lui interdit la saisie du

meuble vendu, enfin, de laisser le cédé sous l'empire de l'art 1240, C. civ., qui validerait les paiements faits par lui au cédant, mais dans le cas seulement où il ignorerait la cession. De ces deux systèmes, quelques législations étrangères ont adopté, sauf les détails, le premier (C. russe, art. 2059); la plupart, et les plus récentes, ont admis le second (Code des biens du Monténégro, art. 604; C. civ. espagnol, art. 1527; C. civ. portugais, art. 789, 791 et 792; C. féd. suisse, art. 186 et 196; C. civ. allemand, art. 410). Cette unanimité des législations modernes est instructive; la Cour de cassation obéit sans doute à des sentiments de même nature en donnant au cessionnaire, et spécialement à la société, cessionnaire des créances apportées par l'associé, la préférence sur les tiers qui ont connu la cession, dans une mesure que nous avons cherché à préciser.

134. — III. *Apport d'un brevet.* — L'application du principe posé précédemment en ce qui concerne l'apport en société d'une créance devrait, semble-t-il, conduire à exiger, pour l'apport en société d'un *brevet d'invention*, l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 20, L. 5 juill. 1844. La jurisprudence décide cependant que l'apport, dans une société de commerce, de la propriété d'un brevet d'invention ne peut être assimilé à une cession, tous les objets qui, par suite des apports, composent l'actif d'une société, restant indivis entre les associés. — V. sur cette question, *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1222 et s.

135. — IV. *Intérêts de retard.* — D'après une opinion généralement suivie, l'associé, en retard de réaliser l'apport en nature qu'il a promis, doit les intérêts de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure préalable, à compter du jour fixé pour le paiement. — P. Pont, t. 1, n. 263; Aubry et Rau, t. 4, p. 554, § 380; Duranton, t. 17, n. 399; Guillouard, n. 183; Pothier, *Société*, n. 115; Troplong, t. 2, n. 531; Duvergier, n. 152; Colmet de Santerre, t. 8, n. 24 *bis*-II. — V. Cass., 21 juill. 1884, Collette, [S. 86.1.291, P. 86.1.708, D. 85.1.471, et la note]; — 26 mars 1901, Mauvais, [S. et P. 1901.1.216, D. 1901.1.384] — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, n. 216; Fuzier-Herman et Darras, sur les art. 1153, n. 119 et 120, 1846, n. 4, et 1852, n. 2.

136. — V. *Garantie d'éviction.* — L'associé est garant, d'après l'art. 1845, C. civ., de l'éviction des choses qu'il a apportées à la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur. Si l'éviction est *totale*, l'apport disparaissant, la société doit se dissoudre (V. *infrà*, n. 626 et s.), sans préjudice des dommages-intérêts auxquels l'associé peut être condamné envers ses coassociés. Toutefois, on admet généralement qu'au cas d'éviction totale de l'objet apporté en société, il ne saurait y avoir lieu à la dissolution de la société lorsque l'associé peut fournir, aux lieu et place de l'objet évincé, un autre objet de même nature et de même valeur. — P. Pont, t. 1, n. 271; Pardessus, *Dr. commerc.*, t. 4, n. 989; Duvergier, n. 164 et 165; Guillouard, n. 180.

137. — Au cas d'éviction *partielle*, les coassociés de celui qui a apporté un objet dont la société a été évincée ne peuvent, de ce chef, demander la résolution de la société que si, à supposer la question naissant entre vendeur et acheteur, il pourrait y avoir lieu à résiliation de la vente dans les conditions de l'art. 1636, C. civ., c'est-à-dire que si l'éviction éprouvée par la société est de telle importance que les parties ne se seraient pas engagées dans les liens d'une société si elles avaient pu prévoir cette éviction. — Guillouard, *loc. cit.* — V. aussi P. Pont, t. 1, n. 270; Houpin, t. 1, p. 30. — Dijon, 25 juill. 1884, [*J. des soc.*, 87.211]

138. — L'obligation de garantie ne se comprend que pour les dettes *de corps certain*. Il ne saurait donc être question de garantie, lorsque l'apport consiste en une universalité de biens; la société recueille alors les biens de l'apporteur tels qu'ils se comportent, sans pouvoir réclamer aucune indemnité à raison de l'éviction de tel ou tel bien qu'elle supposait faire partie de la masse, à moins toutefois que l'associé n'ait, outre l'apport de la masse de ses biens présents, garanti expressément à la société la propriété de tel immeuble spécifié. — Pothier, *Soc.*, n. 144; Troplong, t. 2, n. 536; Delvincourt, t. 3, p. 228; Duvergier, t. 20, n. 167; Guillouard, n. 179; Aubry et Rau, t. 4, § 380, p. 555; Pont, t. 1, n. 266; Laurent, t. 26, n. 247.

139. — Il convient de remarquer, d'autre part, que les principes de la garantie en matière de cession de créances sont sans application en ce qui concerne les créances apportées en société, puisqu'en dehors même de toute stipulation, les associés (spécialement les commanditaires) sont tenus de verser intégralement leur mise sociale; ils sont donc garants de la solvabilité des débiteurs. — Limoges, 2 juill. 1897, sous Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, et la note de M. A. Wahl, D. 1900.1.369]

140. — L'associé qui apporte un immeuble en société n'est responsable du déficit dans la contenance annoncée, qu'autant que ce déficit est d'un vingtième, comme au cas de vente. — Duranton, t. 17, n. 393; Troplong, t. 2, n. 534; Delangle, t. 1, n. 88; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 431, § 716, note 2; Pont, t. 1, n. 265; Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contrà*, Duvergier, t. 20, n. 156; Laurent, t. 26, n. 246; Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. comm.*, t. 2, n. 17; Guillouard, n. 181. — V. aussi Houpin, t. 1, p. 31. — Dans tous les cas, il n'est responsable qu'autant que le déficit est d'un vingtième, quand l'immeuble n'a pas été simplement apporté, mais vendu à la société. — Cass., 14 janv. 1862, Cave, [S. 62.1.533, P. 62.507, D. 62.1.91]

141. — Si l'associé est assimilé à un vendeur au point de vue de l'obligation de garantie, il est logique et équitable de lui conférer en retour les droits du vendeur, spécialement le privilège du vendeur, pour lui assurer le paiement de la soulte qui lui était due, d'après les accords intervenus, à raison de l'excédent de valeur de l'immeuble apporté sur le montant de l'apport mis à sa charge. — Cass., 13 juill. 1841, Lesterps et autres, [S. 41.1.731, P. 41.2.233] — Orléans, 11 mars 1882, [*J. des soc.*, 83.437] — V. Pont, *Hypothèque*, n. 197; Guillouard, n. 185; Aubry et Rau, t. 4, § 263, note 11; Houpin, t. 1, p. 33. — V. *suprà*, v° *Privilège*, n. 631 et s.

142. — VI. *Risques.* — La question des risques est réglée en ces termes par l'art. 1851 : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société. Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation ».

143. — Par exception à la règle générale posée dans le premier alinéa de notre article, la société devient propriétaire des choses dont la jouissance seule a été mise en société dans les différents cas indiqués par le second alinéa du même article; il en résulte notamment que l'associé qui a réalisé un apport consistant en des choses qui se détériorent en les gardant ne peut, à l'expiration de la société, être contraint de reprendre les choses elles-mêmes. — Pont, t. 1, n. 393; Troplong, t. 2, n. 590; Duvergier, t. 20, n. 180; Guillouard, n. 160; Laurent, t. 26, n. 274; Colmet de Santerre, t. 8, n. 31 *bis*-I. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n. 409. — V. Fuzier-Herman et Darras, sur les art. 589, et art. 1867, n. 5. — Il ne peut non plus exiger qu'il lui en soit fait remise. — Laurent, *loc. cit.*; Pont, t. 1, n. 395; Guillouard, n. 161. — *Contrà*, Troplong, t. 2, n. 591.

144. — En pareil cas, l'associé ne peut réclamer que la valeur de la chose par lui apportée et cette valeur doit être appréciée, non pas lors de l'expiration de la société, mais au moment où l'apport a dû être réalisé. — Pothier, *Société*, n. 126; Troplong, t. 2, n. 590; Laurent, *loc. cit.*; Pont, t. 1, n. 394. — *Contrà*, Duvergier, n. 183.

145. — L'estimation des choses dont la jouissance seule est mise dans la société fait passer ces choses aux risques de la société, sans qu'il y ait à distinguer selon qu'il s'agit d'immeubles ou de meubles. — Laurent, t. 26, n. 276; Pont, t. 1, n. 399; Guillouard, n. 162. — V. cependant Colmet de Santerre, t. 8, n. 31 *bis*-I; Malepeyre et Jourdain, *Soc. commerc.*, p. 46; Molinier, *Droit commerc.*, n. 331. — V. Fuzier-Herman et Darras, sur les art. 1551, 1552, 1564 et 1565.

146. — Bien que la chose mise sur estimation dans la société soit aux risques de la société, on décide cependant que l'associé, qui a joué dans l'espèce un rôle analogue à celui du vendeur, ne peut utilement prétendre qu'il y a eu lésion de plus des sept douzièmes et invoquer en conséquence le bénéfice des art. 1674 et s., C. civ. — Duranton, t. 17, n. 410; Troplong, t. 2, n. 598; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 721, p. 451, note 3; Pont, t. 1, n. 402; Duvergier, n. 175; Guillouard, n. 163.

3° *Apports en numéraire.*

147. — Aux termes de l'art. 1846, C. civ., l'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, *de plein droit* et sans demande, débiteur des *intérêts* de

cette somme, à compter du jour où elle devait être payée. Cet article déroge au principe posé, soit par l'ancien art. 1153, d'après lequel, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les intérêts du retard ne sont dus que du jour de la demande, soit par le nouvel art 1153 (L. 7 avr. 1900), qui fait courir les intérêts *du jour de la sommation de payer*.

148. — Jugé, par application de ce principe, que lorsqu'il s'agit d'un apport social, il n'est besoin ni d'une demande en justice, et ce, alors même que la société serait entachée de nullité... — Aix, 14 nov. 1860, Lhuillier, [S. 61.2.296, P. 61.1037] — ... Ni même d'une sommation ou mise en demeure; dès le jour où le versement devait, d'après le pacte social, être effectué, les intérêts sont exigibles. — Rennes, 26 août 1815, Jollivet, [S. et P. chr.] — Aix, 1er mars 1869 (motifs), Padova di Serra, [S. 70.2.73, P. 70.341, D. 70.2.219] — V. Pont, t. 1, n. 293.

149. — La seule difficulté, dont la solution est laissée à l'appréciation des juges du fond, est de déterminer, à défaut de stipulation explicite des statuts, à quel moment précis la somme convenue devait être versée. Il a été jugé, dans cet ordre d'idées : 1° Que celui qui, par l'effet d'une convention ou d'une condamnation, se trouve comptable, envers un tiers, du capital et des intérêts d'une créance à recouvrer, doit les intérêts de cette créance au moment qu'elle a été réalisée entre ses mains, et non pas seulement du jour où la demande lui en est faite en justice. Spécialement, un associé qui a opéré le transfert d'une créance sur l'Etat, dont il avait été condamné à rendre compte à son coassocié, est tenu des intérêts de cette créance, non seulement du jour de la demande, mais encore du jour du transfert. — Cass., 28 juin 1825, Suriani, [S. et P. chr.]

150. — 2° Que la sentence arbitrale qui condamne un associé en retard à payer le montant de sa mise sociale, et aux intérêts tels que de droit, doit être entendue en ce sens que les intérêts sont dus, non à partir du jour de la demande, mais à partir du jour où la mise sociale eût dû être versée dans la société. Il en est ainsi, alors surtout que la sentence vise l'art. 1846, qui fait courir ces intérêts à compter du jour où la mise devait être payée. — Cass., 3 mars 1856, Héré, [S. 56.1.485, P. 57.630, D. 56.1.150]

151. — 3° Que l'associé qui n'a pas réalisé son apport ne peut s'affranchir du paiement des intérêts de sa mise, en excipant soit de ce que les autres associés auraient de leur côté prélevé sur les bénéfices l'intérêt de leurs apports, soit de ce que le défaut de versement n'aurait causé aucun préjudice à la société. — Aix, 1er mars 1869, Padova di Serra, [S. 70.2.73, P. 70.341, D. 70.2.219] — V. en ce sens que les intérêts sont toujours dus au cas de retard dans la réalisation des apports, alors même que la société n'éprouve de ce chef aucun préjudice, Laurent, t. 26, n. 249; Guillouard, n. 192.

152. — Jugé, toutefois, que l'intérêt des sommes que doit avancer un des sociétaires dans une société en participation ne court pas de plein droit; il faut qu'il y ait stipulation expresse. — Poitiers, 15 mai 1822, Dufour, [S. et P. chr.] — Cette solution pourrait à la rigueur se rattacher à cette idée que l'association en participation n'est pas une véritable société. Il nous semble cependant plus juridique, en présence de l'art. 47, C. comm., qui établit un rapprochement entre les sociétés de commerce proprement dites et la participation, d'étendre à celle-ci, par analogie, le principe de l'art. 1846, C. civ., sur les intérêts de retard.

153. — Jugé, d'autre part, qu'en cas de faillite d'une société en commandite, les intérêts des sommes à verser par les commanditaires sont dus seulement à partir du jour de la demande, et non à partir du jour de la déclaration de faillite; ici n'est pas applicable la règle de l'art. 1846. — Paris, 22 juin 1857, Chenet, [S. 60.2.128, P. 59.1039] — V. Pont, t. 1, n. 323. — Sur cette solution, qui nous paraît être une application inexacte de l'art. 445, C. comm., lequel arrête le cours des intérêts au regard des créanciers de la faillite, mais non point au regard de ses débiteurs, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 1047 et s.

154. — En tout cas, la société créancière d'apports en numéraire ne saurait prétendre, en thèse générale, qu'aux intérêts légaux. Ainsi, lorsque, d'après les statuts d'une société, les souscripteurs d'actions en retard de faire leurs versements sont passibles de l'intérêt des sommes non versées, la société qui n'a pas usé de la faculté à elle appartenant de faire vendre les actions non libérées aux risques et périls des actionnaires, ne peut qu'exiger d'eux l'intérêt du retard, mais non retenir les coupons et dividendes afférents à leurs actions, lesquels continuent de leur appartenir. Par suite, les actionnaires sont fondés à compenser ces coupons et dividendes avec les versements non opérés, déduction faite des intérêts de retard. — Paris, 8 nov. 1865, Chem. de fer autrichiens, [S. 66.2.117, P. 66.473, D. 67.2.23] — V. sur les intérêts de retard dus par le souscripteur d'actions qui ne s'est point libéré aux échéances statutaires, Cass., 14 nov. 1899, Maisons, [S. et P. 99.1.515, D. 1900.1.99], et *infrà*, v° *Société commerciale*.

155. — Mais il convient de faire remarquer que l'art. 1846, *in fine*, autorise formellement le juge à allouer à la société, suivant les circonstances, *de plus amples dommages-intérêts*, c'est-à-dire une indemnité supplémentaire, venant s'ajouter aux intérêts légaux, dans le cas où le retard dans le paiement de la somme convenue aurait causé à la société un préjudice grave.

156. — Il ne serait même pas nécessaire, pour que ces dommages-intérêts supplémentaires pussent être mis à la charge de l'associé retardataire, que son retard pût être taxé *de mauvaise foi*. Ici ne s'applique pas la restriction formulée dans la disposition finale de l'art. 1153 nouveau (L. 7 avr. 1900), portant que « le créancier (de somme d'argent) auquel son débiteur en retard a causé, *par sa mauvaise foi*, un préjudice *indépendant de ce retard*, peut obtenir des dommages-intérêts *distincts* des intérêts moratoires de la créance ». La disposition de l'art. 1846, *in fine*, qu'il faut rattacher au devoir de *vigilance* dont nous étudions *infrà*, n. 165 et s., la portée, est beaucoup plus large, et confère au juge une entière liberté d'allouer des dommages-intérêts supplémentaires, même si l'associé est coupable d'une simple négligence, et non de mauvaise foi, même si le préjudice éprouvé par la société n'est point indépendant du retard, et consiste uniquement dans la gêne que lui occasionne la non-possession des capitaux sur lesquels elle avait le droit de compter pour assurer son fonctionnement normal.

157. — C'est à cette disposition finale de l'art. 1846, C. civ., qu'il faut, incontestablement, rattacher la solution d'un arrêt de la Cour suprême déclarant valable la clause d'un acte de société conférant à celle-ci le droit de vendre les actions des souscripteurs en retard de verser leurs mises, et de s'approprier l'intégralité du prix, *fût-il supérieur à la somme due* par l'actionnaire. — Cass., 14 févr. 1872, Remy, [S. 72.1.321, P. 72.346, D. 72.1.244]

158. — La *prescription de cinq ans* édictée par l'art. 2277, C. civ., est applicable aux intérêts des sommes dues à la société par un associé, pour sa mise sociale. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1791 et 1792.

4° Apports en industrie.

159. — Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, leur doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société (C. civ., art. 1847).

160. — Dans l'opinion générale, cet article n'est pas applicable aux sociétés universelles dans lesquelles chaque associé doit verser tous les bénéfices qu'il réalise à l'aide de son travail, quelle que soit la nature des occupations auxquelles il s'est livré. — Pothier, *Société*, n. 120; Guillouard, n. 195; Pont, t. 1, n. 302.

161. — Il résulte, au contraire, de ces dispositions, que, dans le cas de société particulière, le brevet obtenu par l'un des associés dans une branche d'industrie étrangère à celle qui forme l'objet de la société, ne tombe pas dans l'actif social, bien que l'associé inventeur se soit engagé à consacrer tout son temps et tout son travail à la société. — V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 943 et s.

162. — Des dommages-intérêts pourraient toutefois être réclamés à l'associé s'il était établi qu'en se livrant à certaines recherches, études ou occupations ne rentrant pas dans l'objet de la société, il est arrivé à ne remplir qu'incomplètement ses engagements. — Bugnet, sur Pothier, *op. et loc. cit.*, note 1 ; Guillouard, *loc. cit.*; P. Pont, t. 1, n. 307.

163. — L'évaluation donnée à l'apport fait par l'un des associés et consistant à la fois dans son industrie, dans ses procédés de fabrication, ainsi que dans le nom, la réputation et l'achalandage d'un établissement à lui appartenant, doit, en cas de dissolution de la société avant le terme fixé, subir une réduction proportionnelle à la durée réelle de cette société pour la portion correspondante à l'apport industriel ; mais cette réduction ne

saurait atteindre le surplus de la mise. — Colmar, 16 juill. 1863, sous Cass., 14 juin 1865, Delamarre-Thouron, [S. 66.1.207, P. 66. 534, D. 66.1.133] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 304, 489 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 52 ; Guillouard, n. 227 ; Aubry et Rau, t. 4, p. 557, § 381 ; Laurent, t. 26, n. 300.

164. — Dans le silence de la convention sur l'importance relative de l'industrie et des autres éléments de l'apport, c'est aux juges qu'il appartient de fixer cette importance ; et la décision qui, toutes appréciations faites, arrive à cette conséquence que les associés ne sont ni créanciers, ni débiteurs l'un de l'autre échappe, comme ayant statué souverainement, à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 14 juin 1865, précité. — *Sic*, Duvergier, n. 232 ; Duranton, t. 17, n. 433. — V. aussi Troplong, t. 2, n. 619 et 620.

§ 3. *Du principe de vigilance.*

165. — Un principe qu'il faut absolument mettre en relief, car il est à la base du contrat de société bien que le législateur ne l'ait pas expressément formulé, est le suivant : « Chaque associé est tenu de veiller avec le plus grand soin aux intérêts de la société ; il doit s'occuper des affaires de la société avec autant de vigilance que des siennes ». Et cette obligation est telle que, en cas de conflit entre son intérêt personnel et l'intérêt collectif, l'associé doit abandonner son intérêt propre. Non seulement, déclare la cour de Paris (26 avr. 1850, Freret et consorts, S. 50. 2.329, P. 50.2.409, D. 50.2.129), l'associé ne peut rien faire contre l'intérêt social, mais même il doit subordonner à cet *intérêt supérieur* son intérêt particulier. — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, 8, sect. 4, n. 2 ; Alauzet, t. 2, n. 410, p. 82 ; Pont, t. 1, n. 327 ; Colmet de Santerre, t. 8, n. 26 ; Boileux, t. 6, p. 299 ; Thiry, t. 4, n. 125.

166. — Pont écrit à ce propos : « A la différence de ceux qui sont unis par un simple lien de communauté ou de copropriété, les associés doivent se préoccuper de la chose commune même au détriment de leurs intérêts personnels. Dans un cas de conflit entre l'intérêt privé et l'intérêt social, l'associé ne saurait déserter la cause de la société pour assurer le succès de la sienne propre. Et s'il ne lui est pas prescrit de s'oublier lui-même en sacrifiant son intérêt à l'intérêt de tous, il y a au moins, entre le parti de l'abnégation et celui de l'égoïsme, un terme moyen qui s'impose à l'associé : il doit traiter l'affaire de la société et son affaire propre avec une égale vigilance et sans préférence aucune pour la sienne ». — Pont, t. 1, n. 327.

167. — Les art. 1846, al. 2, 1848, 1849, 1850, ne sont que des applications de ce principe général. Mais avant d'examiner successivement ces quatre hypothèses, il nous faut établir que le législateur s'est basé, en ce qui concerne la détermination des obligations, à des droits de l'associé sur l'idée de *mandat*.

1° *Fondements des droits et obligations des associés vis-à-vis de la société. Cas dans lesquels un associé peut avoir action contre la société.*

168. — L'idée de mandat donné par la société à chacun de ses membres résulte, à n'en pas douter, de l'art. 1852, qui porte : « Un associé a *action contre la société*, non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion ». Examinons chacun des cas prévus par cet article.

169. — 1° *A raison des sommes déboursées pour la société.* La loi romaine disait déjà : « *Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendam eos dumtaxat sumptus societati imputabit, qui in eam pensi sunt. Viatica igitur...*, etc. ». (Ulpien, liv. 52, § 15, Dig., *Pro socio ;* L. 27, Dig., *De negotiis gestis*, 3, 5). Dans notre ancien droit, Domat écrivait : « Les associés recouvrent sur le fonds commun toutes les dépenses nécessaires, utiles et raisonnables qui regardent les sociétés, et qui sont employées pour les affaires communes, comme sont les voitures, voyages, ports des hardes, salaires d'ouvriers, réparations nécessaires, et les autres semblables. Et si l'associé qui a fait les dépenses en avait emprunté les deniers à intérêt, ou que, les ayant fournis lui-même, son remboursement fût retardé par les autres associés, il recouvrera aussi les intérêts depuis le temps qu'il aura fait l'avance, quoiqu'il n'y ait pas de demande en justice. Mais les associés ne recouvrent pas les dépenses qu'ils font sans nécessité ou pour leur plaisir ».

170. — Actuellement encore, l'art. 1852 s'applique à ces divers modes de dépenses. La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 févr. 1886, Grandou, [D. 86.1.413], cite les frais de voyage, d'envoi d'argent ou de marchandises, paiement de droit de douanes ou d'octroi.

171. — Le droit de réclamer ses déboursés appartient à tous les associés, même à celui qui n'a fait qu'un apport en industrie. P. Pont dit à ce propos que l'associé, « en limitant ainsi son apport, a laissé à la société la charge de se procurer les moyens matériels que l'exercice de son industrie peut exiger ». — Pont, n. 410, p. 287.

172. — Mais voyons à quelles conditions ces sommes sont remboursables à l'associé. — A. *Il faut que la dépense ait été faite dans les limites du mandat.* — L'associé ne peut agir en dehors du mandat, tacite ou expressément conféré par la société. Mais s'il a agi dans les limites de son mandat, et que par une cause imprévue la société ne retire pas de la dépense le profit qu'elle était en droit d'en attendre, l'associé a droit à son remboursement intégral. Si la dépense avait été faite par l'associé en dehors du mandat, l'action en remboursement serait restreinte au cas où la dépense aurait procuré un avantage à la société ; c'est dans la mesure de cet avantage que l'action pourrait être engagée *quatenus in rem versum est*.

173. — B. *Il faut que la dépense ait été faite de bonne foi.* — L'art. 1852 ne formule cette condition qu'à propos du deuxième cas, que nous examinerons tout à l'heure ; mais cette condition est applicable à toutes les hypothèses qui rentrent dans l'art. 1852. La raison de décider est la même pour toutes.

174. — L'associé qui a déboursé certaines sommes pour le compte de la société a droit au remboursement : 1° *De la somme.* Un associé, bien que membre du conseil d'administration, peut valablement contracter en son nom personnel avec la société, et notamment lui faire un prêt ; il suffit, pour la validité du contrat, que la société soit régulièrement représentée par les autres membres du conseil d'administration. — Cass., 7 mai 1844, Charles, [S. 45.1.53, P. 45.1.131, D. 51.1.494] — *Sic*, Guillouard, n. 165, p. 225.

175. — 2° *Des intérêts de la somme.* — C'était déjà la règle en droit romain ; et l'on ne distinguait pas entre le cas où l'associé aurait emprunté les deniers à un tiers, et celui où il aurait puisé dans sa propre caisse (L. 67, § 2, *Pro socio*). L'ancien droit l'admettait de même. En toute hypothèse, l'associé a droit à l'intérêt des sommes qu'il a déboursées pour le compte de la société. Jugé même que l'associé, qui pour les affaires de la société a fait des avances de fonds qu'il n'a pu se procurer qu'au moyen de comptes courants arrêtés périodiquement avec capitalisation des intérêts, a le droit d'exiger de la société le remboursement des intérêts d'intérêts dont lui-même s'est trouvé ainsi débiteur envers les bailleurs de fonds par suite de la capitalisation. — Cass., 24 mars 1869, Estrabal, [S. 70.1.315, P. 70.795, D. 70.2. 105] — V. Guillouard, n. 167.

176. — Les intérêts sont dus *de plein droit* et sans demande en justice, que l'associé soit administrateur ou non. L'art. 2001 autorise, en effet, le cours des intérêts de plein droit au profit du mandataire qui a fait des avances. — Pont, t. 1, n. 413 ; Delvincourt, t. 3, p. 229 ; Duranton, t. 17, n. 411 ; Troplong, t. 2, n. 603 ; Duvergier, t. 20, n. 348 ; Guillouard, n. 166 ; Laurent, t. 26, n. 277 ; Massé et Vergé, t. 4, § 717, p. 436 ; Alauzet, t. 2, n. 415 ; Boileux, t. 6, p. 339 ; Aubry et Rau, t. 4, § 381, p. 558 ; Houpin, t. 1, n. 93 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 215.

177. — Les intérêts ont pour point de départ le jour de la dépense (Cass., 26 mars 1901, Mauvais, S. et P. 1901.1.216, D. 1901.1.384), et ne cessent de courir qu'au jour du remboursement, à moins qu'auparavant la société ne soit dissoute. La Cour de cassation a jugé que les intérêts cessent de courir, si, depuis la dissolution de la société, il néglige de rendre les comptes de gestion qui lui avaient été demandés ; peu importe que l'acte de société ait stipulé des intérêts pour avances. Mais ces mêmes intérêts recommencent à courir au profit de l'associé gérant, du moment que c'est lui qui a mis ses coassociés en demeure de recevoir son compte et de l'acquitter. — Cass., 21 juin 1819, Gilles, [S. et P. chr.]

178. — La question du droit, pour l'associé qui a déboursé des sommes dans l'intérêt de la société, de se faire indemniser de ses avances, ne laisse pas que de soulever certaines difficultés dans le cas où ledit associé, usant du droit que la jurisprudence reconnaît aux actionnaires d'exercer dans certaines conditions l'action sociale *ut singuli*, sauf à reverser dans la caisse

sociale le produit de l'instance (Arg., art. 1849), prétend se faire rembourser sur la somme allouée par le tribunal les frais et débours que lui a occasionnés le procès (Sur l'exercice des actions sociales, V. *infra*, v° *Société commerciale*). Il a été jugé, dans cet ordre d'idées, que l'actionnaire qui a exercé contre les membres du conseil de surveillance l'action sociale en responsabilité n'est pas fondé à demander qu'il soit fait une attribution spéciale d'une partie des sommes allouées à titre de dommages-intérêts au paiement des frais et débours causés par le procès. — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33, et la note de M. Boistel]

179. — Qu'est-ce à dire ? Il est bien évident que l'actionnaire, ne devant retirer aucun bénéfice personnel de l'action intentée par lui dans l'intérêt commun, doit être indemnisé par la société de tous les frais par lui exposés, notamment des honoraires d'avocat qui ne sont point taxés parmi les dépens mis à la charge de la partie perdante. Mais il résulte de l'arrêt précité que cette créance ne saurait bénéficier d'un rang de faveur par rapport aux créances dont les autres associés pourraient être investis à raison d'avances diverses par eux faites à la société. Une seule masse sera faite de toutes ces créances, et les ayants-droit, après acquittement intégral du passif social, seront payés au marc le franc sur l'actif net, préalablement au partage entre tous les associés des deniers restant en caisse après ces paiements ou prélèvements. — V. Boistel, note précitée.

180. — 3° *A raison des obligations contractées pour la société.* — Un associé a action contre la société à raison des obligations qu'il a contractées pour les affaires de la société. Il faut bien remarquer que l'associé est seul engagé vis-à-vis des tiers, puisque seul il a contracté. Mais comme il a eu en vue les affaires sociales, il a action contre la société dans les limites de son mandat. Le droit romain disait déjà : « *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet, ita ut ei caveatur, indemnem unum futurum. Quod si jam damnum passus est hoc ei præstabitur* » (L. 67, Dig. *pro socio*, XVII, 2). Pothier reproduit cette règle (*Soc.*, n. 127). Les conditions exigées pour le premier cas sont ici les mêmes, à savoir que l'obligation doit avoir été contractée de bonne foi, pour les affaires de la société et dans les limites du mandat. — Laurent, t. 26, n. 278; Pont, t. 1, n. 414; Boileux, t. 6, p. 309; Guillouard, n. 168; Houpin, t. 1, n. 93; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 217.

181. — 4° *A raison des risques de la gestion.* — Enfin un associé a action contre la société à raison des risques inséparables de sa gestion; la société aura tout le profit, elle doit avoir les risques « *Ubi lucrum ibi et periculum esse debet* ». La loi romaine et l'ancien droit connaissaient déjà cette règle. La loi 52, n. 4 (*Pro socio*) cite comme exemple le cas où des voleurs attaquent l'associé en voyage et blessent ses domestiques. « *Nam sicuti lucrum, ita damnum esse quoque commune oportet, quod non culpa socii contingit* ». La loi 61 (*ibid.*) déclare que si l'associé est blessé par les esclaves qu'il va vendre pour le compte de la société, les frais de médecin sont à la charge de la société. « *Secundum julianum et quod medicis pro se datum est, recipere potest* ». Les Proculéiens tenaient pour le refus de l'action *pro socio* en ce cas; mais l'opinion sabinienne prévalut (*quà id non in societatem quamvis propter societatem impensum sit*) (L. 60, n. 1, Labéon). Troplong, modifiant et modernisant l'hypothèse, accorde l'action *pro socio* à l'associé blessé par le troupeau de bœufs qu'il conduit à la foire (t. 2, n. 606). Il en serait de même dans le cas où l'accident arriverait en dirigeant une machine, en faisant des fouilles, etc. — Pont, t. 1, n. 417, p. 291; Troplong, t. 2, n. 606; Guillouard, n. 169; Houpin, t. 1, n. 93.

182. — Mais le texte est formel : l'indemnité n'est due que s'il s'agit de risques *inséparables* de la gestion; il faut donc que l'accident trouve sa cause unique dans la gestion. Aussi l'associé ne peut rien réclamer s'il est prouvé qu'il aurait pu éviter l'événement dommageable en agissant avec plus de prudence ou de circonspection. « Si l'associé, disait Pothier, a porté avec lui plus d'argent qu'il n'en fallait pour son voyage, et des choses dont il pouvait se passer, la société ne doit pas porter le risque de ce superflu, et ne doit pas en indemniser l'associé, s'il lui a été volé ». — Pothier, *Soc.*, n. 129; Pont, t. 1, n. 419; Laurent, t. 26, n. 279; Boileux, t. 6, p. 310; Colmet de Santerre, t. 8, n. 32 *bis*; Guillouard, n. 169.

183. — La cause purement occasionnelle ne constitue pas un risque La loi 60, n. 1, *Pro socio*, cite le cas où « *propter societatem socium hæredem quis instituere desinet aut legatum prætermisset*. De même, il serait impossible à l'associé qui, en gérant les affaires de la société, a négligé ses propres affaires, de réclamer à la société une indemnité de ce chef. « Ce qui est la cause de cette perte, dit fort bien Pont, ce n'est pas la gestion en elle-même, c'est le fait par le gérant de s'être chargé d'une affaire qu'il n'avait pas le loisir de gérer; il devait réfléchir avant d'accepter la gestion ». — Pont, t. 1, n. 421.

184. — Un dernier point reste à examiner; *contre qui* l'associé doit-il diriger son action? Les différents recours que notre article reconnaît au profit des associés doivent être exercés contre la société elle-même qui forme un être moral distinct de la personne des associés. La question était controversée avant la loi du 1er juill. 1901, et l'on pouvait se demander si l'associé créancier ne devait pas agir solidairement en restitution contre l'un ou l'autre de ses coassociés. — V. Cass., 9 nov. 1831, Rolla et autres, [S. 32.1.10, P. chr.]; — 8 janv. 1862, Boitard, [S. 62.1.477, P. 62.905, D. 63.1.75] — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 220; Pont, n. 424; Laurent, t. 26, n. 280; Guillouard, n. 170; Houpin, t. 1, n. 93.

2° Applications du principe de vigilance.
Cas dans lesquels la société peut avoir action contre un associé.

185. — Passons en revue les diverses hypothèses dans lesquelles s'applique le principe de vigilance. — I. *Faute des associés.* — La première conséquence du principe de vigilance est formulée par l'art. 1850, C. civ. « Chaque associé, dit-il, est tenu, envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires. C'est en somme la sanction même de la règle. Le droit romain renfermait déjà une disposition analogue (L. 72, D. *Pro socio*, XVII, 2). Dans notre ancien droit, Domat (*Lois civ.*, I, tit. 8, sect. 4) écrivait : « Le devoir du soin et de la vigilance que se doivent les associés, étant réglé par le soin qu'ils ont de ce qui est à eux, il ne s'étend pas à la dernière exactitude des personnes les plus soigneuses et les plus vigilantes; mais il se borne à les rendre responsables de tout dol, et de toutes fautes grossières. Et si un associé, ayant le même soin des affaires de la société qu'il a des siennes propres tombe dans quelque faute légère, sans mauvaise foi, il n'en est pas tenu; et les autres associés doivent s'imputer de n'avoir pas choisi un associé plus vigilant. — V. Pothier, *Soc.* n. 124.

186. — Mais cette responsabilité demande à être précisée, on ne peut évidemment aller jusqu'à prétendre que l'associé sera responsable dans tous les cas des mauvaises affaires; il peut arriver que des affaires soient parfaitement conduites, que des spéculations ou des placements soient raisonnables, et que, cependant, par suite d'événements impossibles à prévoir ou indépendants de la volonté de l'associé, ces affaires périclitent, ou ces placements et spéculations soient défavorables à la société. Dans tous ces cas, il n'y a pas faute. C'est le droit commun consacré par l'art. 1148, C. civ., aux termes duquel : « il n'y a lieu à aucun dommage et intérêt lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». La loi romaine d'ailleurs étendait cette disposition à l'associé : *Damna quæ in prudentibus accidunt, hoc est, damnia fatalia, socii non cogentur præstare* (L. 52, § 3, ff. *Pro. soc.*). Dans la discussion au Conseil d'Etat, M. Berlier déclara que « des spéculations qui tournent mal sont un *malheur* et non une *faute* ». — V. *suprà*, vis *Cas fortuit ou de force majeure*, *Faute*.

187. — En résumé, il ne peut y avoir aucune responsabilité pour l'associé, lorsque le préjudice éprouvé par la société résulte d'un cas fortuit qui s'est produit dans de telles circonstances que cet événement n'est en aucune façon imputable à l'associé. — Paris, 21 janv. 1852, Charonnat, [P. 52.1.673, D. 52.2.279] — Lyon, 3 déc. 1857, Figuier, [S. 58.2.471, P. 59.306, D. 59.2.171] — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 4; Guillouard, n. 204; Houpin, t. 1, n. 81; Laurent, t. 26, n. 255.

188. — La responsabilité édictée par l'art. 1850 n'est point une responsabilité délictuelle, basée sur l'art. 1382, mais une responsabilité contractuelle puisant sa justification dans la convention intervenue entre les parties. L'associé, par ce fait seul qu'il est entré en société, a promis implicitement d'agir au mieux

des intérêts sociaux; tout fait dommageable qui lui serait imputable donne naissance contre lui à la responsabilité édictée par l'art. 1850, C. civ. — Pont, t. 1, n. 351.

189. — Cette *responsabilité contractuelle* prend, selon les circonstances, un caractère plus ou moins grave : elle peut, en effet, découler ou d'un fait accompli sciemment et constituant un *dol*, ou simplement d'une *faute*. On ne saurait, pour éliminer le cas du dol, tirer argument de ce que l'art. 1850, C. civ., ne mentionne expressément que la faute. Au titre du mandat, l'art. 1992, C. civ., est plus explicite. « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il a pu commettre dans sa gestion ». Il est de toute évidence que l'associé doit être placé dans la même situation ; car les associés, vis-à-vis de la société pour le compte de laquelle ils agissent, sont des mandataires. — Pont, t. 1, n. 352. — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 331 et s.

190. — Le point délicat est de fixer les conditions dans lesquelles l'associé est en faute. Quand peut-on dire que l'associé est en faute? Le droit romain ou plutôt les commentateurs avaient établi une distinction tripartite, et considéraient le débiteur responsable de la faute grave, *culpa lata*, dans les contrats formés dans l'intérêt du créancier; de la faute légère, *culpa levis*, dans les contrats établis dans l'intérêt commun des deux parties; de la faute très-légère, *culpa levissima*, dans les contrats établis dans l'intérêt exclusif du débiteur. En ce qui concerne les associés, la règle était que : « *Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ atque negligentiæ. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit talem diligentiam communibus qualem suis rebus, rebus adhibere solet; quia qui parum diligentem sibi adquirit, de se queri debet* » (L. 72, D. *Pro socio*, XVII, 2).

191. — Dans notre ancien droit, Domat posait la même règle (V. *suprà*, n. 185). — Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 8, sect. 4, § 3; Pothier, *Société*, n. 124; Boileux, t. 6, n. 300; Vavasseur, t. 1, n. 186; Alauzet, t. 2, n. 411.

192. — Notre ancien droit ne distinguait pas non plus entre la faute *in committendo* et la faute *in omittendo*. Cette solution évidemment logique a passé dans notre droit moderne. Il a été jugé, en ce sens, que lorsqu'il y a deux gérants, chacun répond des détournements opérés par son cogérant, et qu'il aurait pu empêcher par une surveillance plus active. — Paris, 21 janv. 1852, précité.

193. — De même, le gérant d'une société en commandite est responsable, vis-à-vis de ses commanditaires, des vols et des détournements commis au préjudice de la société par un employé qu'il a choisi sans prendre les renseignements propres à l'éclairer sur sa moralité. — Lyon, 3 déc. 1857, précité. — Pothier, *Société*, n. 124; Pont, t. 7, n. 356, p. 251; Guillouard, n. 206, p. 270; Huc, t. 11, n. 72; Houpin, t. 1, n. 88; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 197.

194. — L'opinion actuelle écarte les distinctions du droit romain, et s'appuie sur l'art. 1137, C. civ. (V. *suprà*, v° *Faute*, n. 22 et s.). Cet article établit que « l'obligation de veiller à la conservation de la chose soumet celui qui en est chargé d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille ». L'art. 1850, loin de consacrer le principe de la faute appréciée *in concreto* (c'est-à-dire d'après la manière ordinaire de l'associé de gérer son propre patrimoine), ne serait qu'un rappel du droit commun. Nous nous trouvons ici en face d'une question de fait ou d'appréciation. L'appréciation, à l'aide des documents de la cause, du point de savoir si les faits reprochés aux administrateurs ont causé un préjudice à la société, rentre dans les pouvoirs souverains des juges du fond. — Cass., 3 mai 1892, Synd. de la Comp. des chem. de fer des Charentes, [S. et P. 92.1.236, D. 92.1.568]

195. — Les travaux préparatoires sont en ce sens. Au Conseil d'Etat, Locré déclara que « le mot *faute* employé dans la loi est trop vague en ce qu'on pourrait en abuser pour rendre l'associé responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe ». A quoi Treilhard notamment répondit que « les tribunaux sauront faire les distinctions que réclame la justice; la loi ne peut que s'en rapporter à eux; vainement elle entreprendrait de spécifier d'avance tous les cas de la responsabilité ». — Locré, t. 14, p. 498; Fenet, t. 14, p. 373.

196. — On ne peut donc plus dire, comme le droit romain : « *Sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet* ». Le Code civil, au contraire, crée un type abstrait, le bon père de famille. C'est évidemment dangereux et il serait peut-être difficile d'en dessiner la physionomie exacte en s'écartant des décisions de la jurisprudence; mais cette interprétation découle logiquement du rapprochement des art. 1850 et 1137. — Duvergier, t. 20, n. 324; Pont, n. 353; Colmet de Santerre, t. 8, n. 29; Aubry et Rau, t. 4, p. 101, § 308, note 28; Laurent, t. 26, n. 253; Thiry, t. 4, n. 125; Alauzet, t. 2, n. 412; Guillouard, n. 205; Houpin, t. 1, n. 88; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 197.

197. — Il nous reste à établir dans quelle mesure l'associé peut être tenu de sa faute et des dommages qu'il a ainsi causés à la société. L'art. 1149, C. civ., en matière de contrats en général, déclare que « les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ». C'est là le droit commun, que l'art. 1850 se borne à enregistrer de nouveau. L'associé sera donc tenu du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*; c'est sur cette base que sera fixée l'indemnité due à la société par l'associé en faute.

198. — Mais, et en cela le texte de l'art. 1850 est formel, l'associé qui, à raison de sa faute, encourt une condamnation à des dommages-intérêts ne peut être admis à les compenser avec les profits que son industrie aurait procurés *dans d'autres affaires*. Il résulte de ce texte que la compensation doit être autorisée, au contraire, si les bénéfices et les pertes se rapportent à la même affaire. C'est toute l'affaire qu'il faut envisager, dit avec raison Delangle, et non une partie de l'affaire (Delangle, *Soc. comm.*, t. 1, n. 165). Le point essentiel est donc de savoir distinguer si les bénéfices et les parties se rapportent réellement à la même affaire. Il y a toujours ici une question de fait à résoudre. — Delangle, t. 1, n. 165; Pont, t. 1, n. 361; Guillouard, n. 204; Duranton, t. 17, n. 403; Duvergier, t. 20, n. 31; Aubry et Rau, t. 4, p. 555, § 380; Houpin, t. 1, n. 88; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 199. — V. cep. Laurent, t. 26, n. 255.

199. — Jugé, à cet égard, qu'il incombe au syndic de la faillite d'une société, qui intente contre les administrateurs d'une société une action en responsabilité pour les fautes commises dans leur gestion, d'établir que ces fautes ont causé un préjudice à la société. — Cass., 3 mai 1892, précité.

200. — Il n'y a pas preuve de l'existence du préjudice, lorsqu'il résulte des déclarations des juges du fait que des opérations de bourse illégalement faites par les administrateurs avec les fonds de la société peuvent nominalement présenter une perte, mais qu'elles ont été, sous d'autres rapports, avantageuses, en maintenant le cours des valeurs de la société et en lui permettant d'émettre ses obligations et ses bons à des prix plus élevés. — Même arrêt.

201. — II. *Prélèvements faits par l'associé sur la caisse sociale.* — La société doit tirer des fonds dont elle a l'emploi le meilleur parti possible. Les associés, en dehors des règles plus spéciales auxquelles sont soumis les administrateurs, doivent à la société tous leurs soins; il est donc certain qu'ils ne peuvent pas utiliser les fonds sociaux pour des entreprises d'un caractère personnel; tous les profits qu'ils peuvent tirer d'une entreprise faite avec les fonds sociaux, de concert ou non avec leurs coassociés, doivent être versés à la caisse commune. Si donc un associé, malgré le principe, utilise les fonds sociaux pour des entreprises personnelles, il est débiteur envers la société des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier; le tout sans préjudice de plus amples dommages et intérêts, s'il y a lieu. L'art. 1846, alin. 2, est formel en ce sens. — Pont, t. 1, n. 316; Boileux, t. 6, p. 293; Guillouard, n. 198; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 190.

202. — Il ne faut pas se méprendre sur la portée des expressions employées par l'art. 1846 : il y est question de sommes que l'associé aurait *prises dans la caisse sociale*. Pothier (n. 118) avait prévu cette hypothèse plus spéciale à titre d'exemple : mais cette règle doit être appliquée même au cas où des sommes appartenant à la société n'étaient point dans la caisse. Ainsi que le fait très-bien observer Pont, « la caisse sociale, ce n'est pas seulement la bourse commune, le fonds de réserve dans lequel la société puisera de quoi suffire à ses besoins de chaque jour; c'est encore, au sens figuré, la réunion de tous les capitaux qui appartiennent à la société, et qu'elle laisse en des mains étrangères dans lesquelles ils doivent toujours se trouver à sa disposition, de toutes les sommes dont la société est en possession ou dont elle pourrait jouir soit par ses administrateurs, soit même par tel ou tel associé ».

203. — La jurisprudence et la doctrine sont d'ailleurs depuis fixées en ce sens. Ainsi les membres d'une société formée pour l'exploitation de bacs avaient conféré à deux d'entre eux la gestion pour leur compte particulier de quelques-uns de ces bacs, à la charge par ceux-ci de verser à la caisse sociale un bénéfice annuel à titre de profit pour tous les associés. Les sous-fermiers en retard d'effectuer le versement, prétendaient qu'ils étaient débiteurs comme *fermiers* et non comme *associés;* leur prétention fut rejetée par la cour de Grenoble, 4 mars 1826, Bruyère et Monistrol, [S. et P. chr.] — La même doctrine fut consacrée par la Cour de cassation dans une espèce où un associé avait opéré le transfert de certaines créances de la société et avait retenu les capitaux formant le prix. — Cass., 28 juin 1825, Sémidéi, [S. et P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 26, n. 156; Pont, t. 1, n. 320; Guillouard, n. 199; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 192.

204. — Un associé peut d'ailleurs être autorisé à prélever certaines sommes sur le fonds social. Mais s'il en profite pour prélever arbitrairement une somme mensuelle supérieure, la règle de l'art. 1846 s'applique. — Trib. comm. Nantes, 8 sept. 1894, [*Rec. jurispr. Nantes*, 95.1.92]

205. — Il convient de faire remarquer que, si un associé pratique sur la caisse des prélèvements excessifs, cette infraction aux conventions sociales pourra suffire pour motiver la *dissolution* de la société. — Paris, 27 août 1863, [*J. trib. comm.*, 1864, p. 286]

206. — Mais quels seront, la société une fois dissoute, les pouvoirs du liquidateur? Au cas d'apport en numéraire, les pouvoirs des liquidateurs de société sont les mêmes qu'au cas d'apport en nature. Aussi a-t-il pu être jugé que les liquidateurs d'une société sont, en principe, exclusivement les mandataires des associés et non des créanciers; et, dès lors, ils ne peuvent, au nom de ces derniers, sans avoir reçu d'eux un mandat général, poursuivre contre l'un des associés la restitution à la caisse sociale des sommes que celui-ci en aurait indûment retirées, si ce retrait a eu lieu du consentement de tous les associés. — Poitiers, 12 juill. 1875, Boutin et Lesaffre, [S. 77.2.22, P. 77.196]

207. — Et, dans l'hypothèse même où les créanciers d'une société en dissolution donnent aux liquidateurs le mandat général de récupérer toutes créances dues à la société, il n'en résulterait pas pour ceux-ci le droit d'agir en justice, au nom de ceux-là, *ut universi*, mais seulement *ut singuli*, pour chacun nominativement, la masse des créanciers ne pouvant, en dehors du cas de faillite, former une personne morale distincte des créanciers eux-mêmes. — Douai, 23 mars 1878, Lefèvre, [S. 78.2.305, P. 78.1255, D. 79.2.109]

208. — Jugé toutefois que, bien que le liquidateur d'une société n'ait pas qualité pour exercer les droits des créanciers, il lui appartient néanmoins de poursuivre le recouvrement de toutes les sommes dues à la société, sans qu'on puisse lui opposer une fin de non recevoir tirée des engagements particuliers des associés. — Cass., 16 mai 1877, Boutin et Lesaffre, [S. 77.1.356, P. 77.913, D. 78.1.81]

209. — Lorsqu'un associé a fait des prélèvements sur la caisse sociale, la société a droit selon les cas : 1° *A la restitution du capital.* Le législateur, dérogeant ici au principe de l'art. 1153, C. civ., considère que l'associé, débiteur des sommes détournées des fonds communs est toujours en demeure. La même règle s'applique d'ailleurs pour les apports en retard. — V. *suprà*, n. 135, 147 et s.

210. — 2° *Aux intérêts du capital.* L'argent a en effet pu fructifier entre les mains et au profit exclusif de l'associé qui l'a détourné. Les intérêts sont dus de plein droit, sans demande en justice, et du jour même du prélèvement. L'art. 1846, C. civ., est précis à cet égard : « à compter du jour où il a tiré l'argent de la caisse sociale pour son profit particulier ».

211. — On pourrait prétendre que les intérêts ne commencent à courir que sous deux conditions : 1° qu'il y ait appropriation des deniers; 2° qu'il y ait emploi; la preuve serait à la charge de la société pour justifier que l'emploi a été fait. Mais cette doctrine paraît contraire à l'esprit de l'art. 1846. Si l'associé est simplement détenteur de sommes appartenant à la société, il faudra distinguer : *a*) L'associé est-il débiteur envers la société des capitaux dont il est en possession (Cass., 28 juin 1825, précité), c'est le défaut de paiement qui donne naissance à la dette des intérêts, sauf le cas où le débiteur perd le bénéfice du terme. — Paris, 1er août 1850, Marmoyet, [S. 50.2.374, P. 51.1.131, D. 51.5.255]; — 14 août 1850, Armenault, [S. 52.2.342, P. 51.1.131, D. 51.5.255]; — 23 juin 1859, Chenet et autres, [S. 60.2.128, P. 59.1039, D. 60.5.367]

212. — *b*) L'associé est-il, comme dépositaire des sommes, dispensé de les verser dans la caisse de la société, c'est seulement du jour où il en fait emploi qu'il devient débiteur des intérêts. Et il convient de faire remarquer que dans ce cas la société aurait à prouver que l'associé a utilisé les deniers pour son propre compte. — Rennes, 22 janv. 1826, [D. *Rép.*, v° *Sociétés*, n. 539] — D'ailleurs l'associé incapable de justifier quel emploi il a fait des fonds sociaux est présumé les avoir utilisés à son profit. — Pont, t. 1, n. 323; Aubry et Rau, t. 4, § 381 *bis*, p. 561; Guillouard, n. 200.

213. — Les intérêts sont dus non seulement jusqu'à la dissolution de la société, mais jusqu'à sa liquidation. D'ailleurs, comme l'exprime Delvincourt, il est possible que si les sommes fussent restées dans la caisse commune elles eussent servi à payer des dettes de la société qui ont porté intérêt jusqu'à la liquidation. — Delvincourt, t. 3, n. 7, p. 127; Laurent, t. 26, n. 257; Pont, t. 1, n. 326; Houpin, t. 1, n. 80; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 190.

214. — Les intérêts sont dus en règle générale du jour de l'appropriation, c'est-à-dire du jour où l'associé a puisé dans la caisse; et aucune preuve de l'emploi n'est à faire par la société, car il est à présumer que cet argent n'a été pris que pour être employé à quelque profit particulier. — Cass., 22 mars 1813, Taulier, [S. et P. chr.] — Guillouard, n. 199; Laurent, t. 26, n. 257; Pont, t. 1, n. 323. — A moins que l'associé ne prouve qu'il ne s'est servi des sommes par lui reçues que dans l'intérêt commun. — Duvergier, t. 20, n. 345; Troplong, t. 2, n. 543 et 544; Guillouard, n. 199.

215. — La prescription de cinq ans, établie par l'art. 2277, C. civ., est applicable aux intérêts des sommes tirées de la caisse sociale par un associé, pourvu qu'il y ait une clause du contrat autorisant ces emprunts, lorsqu'il est d'ailleurs reconnu que les associés avaient le droit et la possibilité de régler chaque année leur situation. — Cass., 3 déc. 1867, Menereuil, [S. 68.1.60, P. 68.131] — V. aussi *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1793. — Sinon aucune prescription n'est applicable pendant la durée du pacte social. — Rouen, 1er juin 1892, [*Rev. soc. Caen et Rouen*, 92.2.157]

216. — 3° *A des dommages-intérêts.* Il est évident, en effet, que la société aurait obtenu, si elle avait utilisé les fonds détournés de leur destination, un rendement supérieur à l'intérêt légal. Mais comment évaluer cette somme? De la même façon que pour le retard des apports. En conséquence, on calculera le *préjudice* causé à la société; la société, dit Pont, ne peut justement demander, si un préjudice lui a été causé, que la réparation du préjudice. Les dommages-intérêts ne doivent pas être calculés eu égard aux bénéfices dont l'associé a obtenu la réalisation au moyen des valeurs sociales par lui employées à ses affaires particulières.

217. — Il est bien entendu que l'on doit excepter le cas où les deniers auraient été utilisés, dans une branche de l'industrie sociale, par l'associé administrateur. En une telle hypothèse, ces affaires seraient à considérer comme devant profiter à la société, et la totalité des bénéfices reviendrait à la société. — Cass., 21 juill. 1884, Collette, [S. 86.1.291, P. 86.708, D. 85.1.471] — Pont, t. 1, n. 324; Laurent, t. 26, n. 257; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 192.

218. — Ces règles s'appliquent-elles aux sociétés universelles? Dans les sociétés universelles, dit Pothier, dans lesquelles tombent tous les revenus des biens de chacun des associés, quoiqu'ils ne soient pas communs quant à la propriété, telle qu'est celle qui a lieu entre des conjoints par mariage, les intérêts des sommes que l'un des associés a prises dans la caisse pour ses affaires particulières ne commencent à courir que du jour de la *dissolution* de la communauté; tant qu'elle dure, il se fait une confusion de ces intérêts qui sont une charge des revenus des biens de cet associé, qui tombent dans la société. Mais il ne faut pas oublier que le texte de l'art. 1846 ne fait aucune distinction entre les diverses espèces de sociétés; pourquoi en aurait-il fait? N'y a-t-il pas, dans tous les cas, une somme et des intérêts détournés au profit d'un seul des associés? — Troplong, t. 2, n. 546; Pont, t. 1, n. 319; Boileux, t. 6, p. 293; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 193.

219. — Un associé ne peut exiger des intérêts de son coassocié, à raison d'un reliquat de compte à la charge de ce dernier, que du jour où, par l'apurement de ce compte, il y a eu consti-

tution de la dette, à moins qu'il ne prouve que pendant la durée de la société son coassocié a distrait des fonds de la caisse sociale pour les appliquer à son profit particulier. — Amiens, 9 mai 1826, Cartier, [S. et P. chr.]

220. — Jugé, dans le même sens, qu'au cas où il a été convenu entre associés que le liquidateur de la société, à mesure qu'il recevrait des fonds, leur remettrait des acomptes, tout en continuant la liquidation, sauf, en fin de compte, à imputer au débit de chacun les sommes par lui délivrées, les sommes ainsi versées constituent des paiements partiels qui, provisoires à l'origine, sont devenus définitifs du jour où une sentence arbitrale a fixé les droits des copartageants ou coassociés et fait attribution des sommes que chacun d'eux avait reçues. Par suite, les intérêts des sommes reçues ont cessé de courir, au profit de la masse sociale, à la date de ladite sentence, et non pas seulement à l'époque où les opérations de la liquidation ont été ultérieurement terminées. — Cass., 27 mai 1872, Jaloureau, [S. 72.1.175, P. 72.407, D. 73.1.143]

221. — III. *Imputation de paiements.* — A. *Premier cas.* — Aux termes de l'art. 1848, C. civ., « lorsque l'un des associés est pour son compte particulier créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière : mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée ». Pothier s'était exprimé à peu près dans les mêmes termes (Pothier, *Société*, n. 121). Cette disposition a donné lieu à de vives controverses et il est utile de préciser d'abord l'esprit qui l'a dictée. Or la pensée certaine du législateur a été d'éviter les résultats de l'injuste préférence qui porterait un associé à sacrifier l'intérêt social à son intérêt individuel. Ces prémisses étant posées, quelles conditions doivent être réunies pour que l'art. 1848 soit applicable ? C'est ce que nous allons examiner.

222. — a) *Il faut un conflit d'intérêts* entre l'associé et la société, capable de faire hésiter l'associé; ce qui arrivera précisément si, comme le suppose l'art. 1848, l'associé est pour son compte particulier créancier d'un débiteur de la société. — Pont, t. 1, n. 328; Huc, t. 11, n. 67.

223. — b) *Il faut une somme exigible.* Notre article, en annulant les imputations que l'associé, créancier d'un débiteur de la société, peut avoir faites au détriment de la société ne considère que le cas où la préférence obtenue par l'associé est le résultat d'une imputation *conventionnelle ;* l'associé profite au contraire d'une façon définitive des avantages qui peuvent résulter pour lui de l'application des règles sur l'imputation légale. — Guillouard, n. 210; Colmet de Santerre, t. 8, n. 27 *bis ;* Pont, t. 1, n. 330; Huc, t. 11, n. 70; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 20C; Larombière, sur l'art. 1256, note 6. — V. *suprà, v° Paiement*, n. 325.

224. — L'exigibilité simultanée des deux créances est une condition essentielle à l'application de l'art. 1848. Cependant, Pont fait observer que, dans certains cas, le mode d'imputation doit être celui de notre article, bien que l'exigibilité ne soit pas simultanée : notamment dans les cas de quittance avant terme, et sans que la quittance donne aucune indication relative au mode d'imputation. — Pont, t. 1, n. 337.

225. — c) *Il faut un paiement effectif*, fait entre les mains d'un associé, créancier pour son compte personnel, par une personne qui se trouve aussi devoir à la société. Le paiement doit être réel, en espèces; ce qui fait que l'associé peut se trouver complètement payé de ce qui lui est dû par l'effet d'une compensation légale, alors que la créance de la société subsiste encore en entier.

226. — Si donc nous supposons un paiement fictif, soit une compensation résultant de ce que l'associé créancier était par ailleurs débiteur vis-à-vis de la même personne, l'art. 1848 ne trouverait pas son application. Delangle (t. 1, n. 169), Massé et Vergé (t. 4, § 716, p. 434) ont, en prétendant le contraire, méconnu l'esprit de l'art. 1848. « Il n'est pas possible d'ailleurs, dit Pont, la société restant toujours créancière sans devenir débitrice, d'étendre à la créance sociale l'objet de la compensation, et de supposer cette créance éteinte ainsi pour partie. Et si l'on est forcé de reconnaître que seule la créance personnelle de l'associé est éteinte par la volonté de la loi, pourquoi substituer à ce paiement tout fictif un paiement réel, et contraindre l'associé à prendre dans sa caisse, pour la verser dans celle de la société, une somme qu'il n'a pas reçue ? Ce serait ajouter à la créance de la loi ». — Pont, t. 1, n. 340; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 206; Guillouard, n. 212; Laurent, t. 26, n. 262; Duranton, t. 17, n. 404, *in fine*. Taulier, t. 6, n. 372; Duvergier, t. 20, n. 339; Boileux, t. 6, p. 297. — V. aussi Colmet de Santerre, t. 8, n. 28 *bis*-II.

227. — D'ailleurs, l'art. 1848 est restrictif des droits de l'associé ; or comme il ne parle pas expressément de la compensation, on doit l'écarter. D'autre part, l'extinction par compensation est indépendante de tout acte de volonté; comment, dès lors, reprocher à l'associé de n'avoir pas rempli ses devoirs sociaux, lorsqu'il n'a été pour rien dans ce qui s'est produit ? — Laurent, t. 26, n. 262; Guillouard, n. 212; Huc, t. 11, n. 70; Pont, t. 1, n. 340.

228. — d) *Il faut que l'associé ait en main l'affaire commune.* — V. *suprà*, v° ***Paiement***, n. 327 et 328.

229. — Examinons maintenant les diverses hypothèses prévues par l'art. 1848, C. civ. Deux cas généraux doivent être envisagés successivement, quant à l'attribution de la somme.

230. — 1° *L'attribution a été spécifiée dans la quittance.* — L'imputation peut être faite par le débiteur, ou par le créancier. — a) *Par le débiteur.* — Dans cette hypothèse l'imputation a son plein effet vis-à-vis du débiteur, en ce sens que celui-ci est libéré de la dette sur laquelle il aura imputé le paiement. Mais l'associé qui a reçu le paiement avec imputation faite en sa faveur par le débiteur devra consentir à la répartition proportionnelle entre sa créance et celle de la société, conformément à l'art. 1848, C. civ. — V. *suprà*, v° *Paiement*, n. 326.

231. — b) *Par l'associé créancier.* — L'imputation faite par l'associé créancier est celle que la loi a envisagée explicitement. Si l'associé a imputé toute la somme sur la créance sociale, la loi ne peut que sanctionner son désintéressement. Si, au contraire, l'associé a oublié les engagements qui le lient, et a fait l'imputation sur sa propre créance, la loi lui impose la condition de proportionnalité établie par l'art. 1848, C. civ. — Troplong, t. 2, n. 559; Guillouard, n. 209; Pont, t. 1, n. 331.

232. — 2° *L'imputation n'a pas été spécifiée.* — C'est l'un des cas prévus par l'art. 1848. La loi fait alors elle-même l'imputation; elle a voulu satisfaire le plus équitablement possible la société et l'associé. La règle est la *proportionnalité.* Si donc le débiteur doit au total 60,000 fr., dont 40,000 à la société, et 20,000 à l'un des associés, et s'il verse les 20,000 fr. entre les mains de l'associé, selon la règle de proportionnalité, on se trouve en face d'une dette trois fois plus lourde que l'autre; donc la somme payée doit être pour les 2/3 versée à la société.

233. — B. *Deuxième cas.* — L'art. 1849, C. civ., dispose que « lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que depuis lors le débiteur est devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part ». Examinons dans quel cas l'art. 1849 s'applique.

234. — a) *Il faut une créance commune.* — L'hypothèse est différente de celle envisagée par l'article précédent; il ne s'agit plus d'un débiteur commun à la société et à un associé. Ici une seule créance se présente; mais ce qui la caractérise c'est qu'elle est *sociale.*

235. — b) *Il faut qu'un associé ait été payé pour sa part.* — Soit une société civile comprenant trois associés et créancière de 9,000 fr.; chaque associé a droit à 3,000 fr. et le débiteur a soldé l'*un* des associés, sur ses diligences très-probablement, jusqu'à concurrence de sa part.

236. — 2° Il faut que le débiteur soit postérieurement devenu insolvable. Tant que le débiteur est solvable, rien ne permet d'affirmer que le paiement partiel effectué aux mains de l'un des associés soit de nature à causer un préjudice quelconque à ses coassociés; ces derniers, par conséquent, n'ont aucune réclamation à formuler.

237. — Si au contraire le débiteur devient insolvable, le rapport est dû. Mais l'associé obligé de rapporter à la société sa part d'une créance commune qu'il a reçue du débiteur ultérieurement devenu insolvable, peut exiger que l'associé qui, par sa négligence, n'a pas recouvré sa part de la créance, soit condamné à indemniser la société de la perte qu'il lui a causée par son incurie. — Troplong, t. 2, n. 562; Pont, t. 1, n. 345.

238. — L'art. 1849 est applicable au cas de la faillite. — Cass., 17 déc. 1823, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 553]

239. — On estime généralement que l'art. 1849, bien que spécial en apparence au recouvrement *pro parte* d'une créance sociale, doit être étendu à l'hypothèse où l'un des associés aurait retiré un profit d'une chose qui était en commun. Il y aurait donc lieu de décider, malgré le silence des textes, que si l'un des associés, trouvant une occasion de vendre avantageusement des marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant sa part dans les marchandises de la société, il sera obligé de rapporter à la masse commune « ce qu'il a vendu de plus sa part que l'autre associé n'a vendu la sienne. » — Pothier, *Soc.*, n. 122; Pont, t. 1, n. 347; Guillouard, n. 214; Laurent, t. 26, n. 265; Troplong, t. 2, n. 563; Duvergier, t. 20, n. 342.

240. — L'art 1849 paraît difficilement applicable, *in terminis*, au cas d'une société investie de la personnalité morale. Effectivement, la créance sociale n'appartient pas alors indivisément aux associés, elle figure dans le patrimoine de l'être social, distinct de celui de chacun des associés; et par suite, il semble bien que l'associé qui aurait en fait touché une fraction de la créance sociale, même pour une quote-part correspondant exactement à la mesure de son droit dans la société, aurait touché ce qui ne lui est point dû et doive par conséquent en effectuer immédiatement le rapport, comme un gérant d'affaires, alors même que le débiteur de la société ne serait point en état d'insolvabilité. Telle est la solution qui prévaut aujourd'hui en jurisprudence relativement à l'émolument des actions sociales exercées *ut singuli* par les actionnaires (V. *suprà*, n. 178). — V. sur le principe, Troplong, t. 2, n. 561; Duvergier, t. 20, n. 392; Pont, t. 1, n. 341; Laurent, t. 26, n. 263; Guillouard, n. 213.

241. — Aussi l'art. 1849 est-il l'un des articles du Code civil qui se concilient le plus malaisément avec la théorie, aujourd'hui dominante en jurisprudence, de la personnalité civile des sociétés (V. *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 517 et s.). Si les sociétés civiles elles-mêmes sont des personnes morales, et si l'art. 1849 ne peut s'appliquer à la lettre qu'aux sociétés ne jouissant pas de la personnalité morale, ses prescriptions n'auront plus que très-rarement l'occasion de s'appliquer (société nulle, société dissoute en liquidation, etc.), et cependant, il semble que ses rédacteurs aient entendu formuler une règle générale.

§ 4. *Du règlement des parts.*

242. — Le fonds social, par suite des opérations dont l'ensemble constitue le but essentiel de la société, se modifie par la force même des choses, et il peut alternativement être augmenté ou amoindri au cours de la société. La société peut faire des bénéfices ou subir des pertes. Avant de savoir comment les uns ou les autres doivent être répartis, précisons d'abord la portée exacte de ces deux termes, et disons à quelle époque la répartition doit être faite.

243. — Le sens des expressions *bénéfices* et *pertes* a été indiqué comme il suit par Pardessus : « On considère comme profits de la société tout ce qui reste à sa disposition, déduction faite des dettes communes, des frais de gestion et d'administration, des capitaux qui en constituent le fonds, soit d'après la convention des parties, soit d'après la nature des opérations qu'elle embrasse, quand même ces capitaux excéderaient la mise des associés et se composeraient des gains faits depuis sa formation, qu'ils y auraient ajoutés. Au contraire, lorsque les dettes, les frais de gestion et autres semblables ne sont pas balancés par les choses communes et les bénéfices que leur emploi a pu procurer, on dit qu'il y a *perte*. En évaluant les profits et les pertes, il faut faire entrer en compte la diminution de valeur et la détérioration progressive que reçoivent par l'usage les instruments, les ustensiles et les autres objets dont la société se sert pour l'exercice de ses opérations, ainsi que la dépréciation des marchandises appartenant à la société... » — Pardessus, *Cours de dr. comm.*, t 4, n. 999. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 55; Houpin, t. 1, n. 118.

244. — La société se livrant à une sorte d'opération peut alternativement être en gain ou en perte. Les inventaires successifs précisent ces fluctuations, et les associés peuvent par cela même comparer leur actif actuel avec l'actif primitif; le bénéfice résultera d'un excédent; la perte, d'une diminution des valeurs retirées momentanément ou définitivement. — Douai, 1er août 1894, [*Pand. fr.*, 95.2.208] — Autrement dit, il y a perte dès que le capital social est entamé. — Même arrêt.

245. — Il ne faut pas confondre le passif avec le déficit. Toute société, même la plus prospère, a un passif, mais une société n'est *en déficit* que lorsque la balance de l'actif et du passif fait ressortir un solde créditeur inférieur au capital initial, lequel dans une société bien administrée doit demeurer indemne et servir de point d'appui à toutes les opérations communes. — Lyon, 27 mars 1900 (motifs), [*Mon. jud. Lyon*, 16 mai 1900]

246. — Dans la recherche du passif, on ne doit pas compter les intérêts du capital engagé. — Rennes, 11 juill. 1889, [*Jurispr. de Nantes*, 90.1.273] — Cependant, et selon le même arrêt, on peut convenir que chaque année, il sera déduit du capital une somme déterminée pour faire face à la dépréciation de l'outillage, et cette convention devant être respectée, cette somme figurera dans le passif. — Pont, t. 1, n. 429; Guillouard, n. 218; Houpin, t. 1, n. 107.

247. — Théoriquement, il faut donc attendre l'arrivée du terme fixé pour la fin de la société, pour déterminer avec précision s'il y a gain ou perte. « Alors il n'y a plus d'éventualité à craindre; on peut envisager l'affaire sociale dans son ensemble; on en connaît le résultat définitif et l'on peut dire avec certitude, en cas de déficit, ce qui est la perte et dans quelle mesure chacun des associés doit y contribuer, ou, en cas de profit, quels sont les bénéfices et quelle part en revient à chacun ». C'est donc à la dissolution de la société qu'il y a lieu de faire la répartition des gains ou des pertes entre les parties. — V. *infrà*, n. 1134 et s.

248. — L'inventaire de fin d'année que la société civile peut s'imposer par contrat ne doit pas être confondu avec un partage définitif des bénéfices; c'est une mesure de prudence et d'économie domestique. — Pont, t. 1, n. 430; Pardessus, *Dr. comm.*, t. 4, n. 799; Alauzet, t. 2, n. 417; Guillouard, n. 220; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 169; Houpin, t. 1, n. 118; Huc, t. 11, n. 77.

249. — « Il est raisonnable d'attendre, dit Pont, pour faire la répartition des bénéfices, jusqu'au jour où il sera certain qu'il y aura réellement des bénéfices à partager; et rien n'est moins certain quand, au cours de la société, on procède à des répartitions périodiques, puisque les bénéfices partagés aujourd'hui pourront être absorbés et au delà par les pertes que la société subira dans les périodes suivantes ». — Pont, t. 1, n. 431.

250. — Mais cette règle n'est pas d'ordre public. Les associés peuvent donc s'en affranchir, et ils peuvent convenir que les bénéfices seront réglés à certaines époques fixées à l'avance, pendant le cours de la société. « En fait, dit Guillouard, cette pratique est nécessaire. Lorsqu'une personne a apporté dans une société, soit ses capitaux, soit son industrie, il faut qu'elle touche chaque année, soit sous une forme, soit sous une autre, ce qui lui est nécessaire pour vivre et faire vivre les siens ». — Guillouard, n. 219; Duvergier, t. 20, n. 222; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 56; Pont, t. 1, n. 431; Huc, t. 11, n. 77.

251. — Les associés peuvent, par exemple, convenir que mensuellement une certaine somme sera prélevée pour leur travail. Et la jurisprudence a envisagé ces sommes comme étant de véritables salaires, et les a frappées d'insaisissabilité. — Paris, 30 janv. 1891, Dame Vassel, [D. 92.2.482] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 248. — V. *suprà*, v° *Saisie-arrêt*, n. 598.

252. — La convention peut même n'être pas formellement exprimée; elle peut être implicite ou présumée. On admet que, dans les sociétés commerciales, chaque associé, à défaut de stipulation contraire, est libre de disposer de sa part dans les bénéfices annuels, et de la retirer de la société (Pardessus, t. 3, n. 1000). On la suppose assez fréquemment dans les sociétés civiles; et cet usage, dit Guillouard, est tellement répandu, qu'il faudra peu de chose dans l'acte de société pour que l'on présume que telle a été la volonté des parties. — Duvergier, t. 20, n. 222; Pont, t. 1, n. 431; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 55 et 56.

253. — Ainsi, un arrêt, prenant le bail à colonage partiaire comme participant de la nature du contrat de société, en conclut que les récoltes sont à partager aussitôt après leur perception, et que l'une des parties ne peut retarder le partage sous prétexte de le faire opérer par un tiers, lorsque cela n'est pas stipulé au contrat. — V. *suprà*, v° *Bail à colonage partiaire*, n. 191.

254. — D'ailleurs, il faut bien qu'il en soit ainsi dans les sociétés universelles, sans quoi les associés n'auraient parfois aucun moyen de pourvoir à leur entretien. Mais les sommes prélevées mensuellement par les associés pour leurs besoins particuliers

ne doivent être portées aux frais généraux que lorsqu'ils représentent une somme fixe. — Bordeaux, 1er août 1865, Glady, [S. 66.2.182, P. 66.715] — Trib. comm. Bordeaux, 21 janv. 1865, sous cet arrêt.

255. — Examinons maintenant quels sont les modes de répartition des parts. La part que chaque associé doit prendre dans les bénéfices et supporter dans les pertes est déterminée par l'acte de société. A défaut seulement, elle est réglée par la loi (C. civ., art. 1853, 1854, 1855). Les parties peuvent, d'ailleurs, au lieu de fixer elles-mêmes la part de chacun, s'en rapporter à l'arbitrage d'un tiers. Il y a ainsi trois modes distincts de répartition : mode légal, mode conventionnel, arbitrage d'un tiers. Nous allons les étudier successivement.

1° Règlement des parts par la loi.

256. — Il peut arriver que les associés, soit par oubli, soit volontairement, aient laissé non résolue la question de règlement des bénéfices ou des pertes. Parfois, leur solution étant celle de l'art. 1853, C. civ., ils n'ont pas cru devoir la mentionner expressément dans le contrat; souvent aussi, la question des bénéfices est réglée, mais non celle des pertes. La loi prévoit tous ces cas dans l'art. 1853 : « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ». Après avoir rappelé brièvement l'historique de la question, nous étudierons les conditions d'application de cet article, les cas qu'il envisage, les solutions qu'il adopte.

257. — I. *Historique.* — En *droit romain*, les textes sont assez nombreux : « *Si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur* » (*Institutes, De societate*, n. 1 ; Lib. 3, tit. 25. — V. Ulpien, L. 29, princ. *Dig. Pro socio*, et Gaius, *Inst.*, c. 3, n. 150). Par conséquent, dans le silence des conventions sociales, les parts devaient toujours être égales entre les associés, malgré l'inégalité des apports. Les mots *æquæ partes* s'entendent dans le sens des portions viriles en droit romain, et ne laissent guère place à controverse. Cependant certains auteurs ont prétendu que les parts étaient proportionnelles aux apports, par conséquent inégales entre elles, mais cette opinion paraît difficilement conciliable avec les textes. — V. Ortolan, t. 2, p. 272; Accarias, t. 2, n. 626.

258. — Le désaccord qui pouvait exister en droit romain se trouve nettement caractérisé dans notre *ancien droit.* D'une part, Domat renouvelle la solution de Gaius : « Si les portions de pertes et de gains n'étaient pas réglées par la convention, elles seront égales; car si les associés n'ont pas fait de distinction qui donne plus à l'un, et moins à l'autre, leurs conditions n'étant pas distinguées, celle de chacun doit être la même que celle des autres » (*Lois civiles*, liv. 1, tit. 8, sect. 1). Mais Pothier faisait une distinction; si l'apport de chacun consistait en argent, ou en objets estimés, les pertes et les bénéfices étaient répartis *proportionnellement* à la valeur de chaque apport; mais si l'apport des associés n'était pas estimé, la répartition devait se faire également entre les associés (*Sociétés*, n. 73).

259. — Le système du Code repousse le système de Domat, mais s'écarte aussi du système de Pothier. Cependant on a essayé un moment de soutenir que les mises étaient d'une valeur égale, lorsqu'elles n'avaient pas été estimées. Mais le texte de l'art. 1853, C. civ., ne distingue pas. D'ailleurs l'art. 1350 ne permet pas d'admettre de présomption légale en dehors des textes. — Duranton, t. 17, n. 426; Pardessus, t. 4, n. 985 ; Troplong, t. 2, n. 615; Duvergier, t. 20, n. 225; Pont, t. 1, n. 483; Laurent, t. 26, n. 297 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 50; Talon, p. 143; Guillouard, n. 223 ; Houpin, t. 1, n. 120.

260. — En législation, d'ailleurs, nous n'hésitons pas à nous associer à la critique de Guillouard. « Si l'apport consiste en biens non estimés, comment en déterminer la valeur, surtout si l'estimation n'a lieu qu'à la fin de la société ? A toute époque, l'évaluation par expert de la valeur des apports offre un caractère arbitraire; mais cette évaluation est faite après plusieurs années, elle ne présente plus de sécurité. Il est vrai que les associés peuvent empêcher cet inconvénient de se produire, en estimant leur apport ; mais la loi doit être prévoyante pour ceux qui ne le sont pas, et à notre avis, l'art. 1853 n'atteint pas le but que le législateur devait poursuivre ». — Guillouard, n. 223.

261. — Les juges devront recourir à tous les genres de preuves mis par la loi à leur disposition, suivant les distinctions formulées par les art. 1341 et s., C. civ., et 109, C. comm. Molinier, en traitant des sociétés *commerciales*, dit que les tribunaux « qui seront appelés à statuer sur les différends entre associés pourront s'aider de tous les genres de preuves, afin de s'éclairer sur la nature, la qualité et la valeur respective des apports ». Malgré l'art. 1341, C. civ., Pont prétend que cela doit être étendu aux sociétés *civiles*; la preuve testimoniale, en particulier, devrait être déclarée recevable, attendu qu'elle aurait seulement pour objet « de constater en fait la valeur des mises des associés, pour en venir à la fixation de leur part, par application de la loi ». — Pont, t. 1, n. 484.

262. — II. *Conditions d'application de l'art. 1853.* — Il n'y a pas à distinguer, à cet égard, entre les sociétés universelles et les société particulières. — Troplong, t. 2, n. 615. — V. cependant, Duranton, t. 17, n. 360 et 426; Duvergier, t. 20, n. 225 et 228; Pardessus, t. 4, n. 985.

263. — Mais la règle de proportionnalité identique, pour la répartition des bénéfices et des pertes, édictée par l'art. 1853, § 1, n'a lieu de s'appliquer que dans le cas où les parties ne se sont pas expliquées dans le pacte social sur la répartition, entre les associés, des pertes et des bénéfices; il faut même observer qu'il suffit, pour écarter à leur égard l'application de cet alinéa, que les parties se soient entendues sur la répartition de l'un des éléments du compte. Ainsi, lorsque, dans un acte de société, les parts de chacun des associés dans les bénéfices éventuels ont été réglées inégalement sans qu'il ait rien été convenu à l'égard des pertes, les pertes doivent être réparties, entre les associés, proportionnellement à la part que chacun d'eux aurait eue dans les bénéfices, et non par portions égales, alors même que les mises des coassociés ont été égales : du moins l'arrêt qui le décide ainsi ne viole aucune loi. — Cass., 11 janv. 1865, Légard, [S. 65.1.12, P. 65.16, D. 65.1.10] — Amiens, 27 mai 1840, Godde, [S. 42.2.113, P. 42.1.243] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 240; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 47 ; Aubry et Rau, t. 4, p. 556, § 380 ; Guillouard, n. 216 ; Pont, t. 1, n. 434 ; Duranton, t. 17, n. 416; Delvincourt, t. 3, p. 123, note 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 435, § 716, note 14; Laurent, t. 26, p. 282. — On décidait déjà en droit romain et dans notre ancien droit, qu'on suivrait pour les pertes la même répartition que les associés avaient adoptée pour les bénéfices : « Quoique les associés, dit Domat, n'aient pas expressément marqué et les portions du gain et celles de la perte, si celles du gain ont été exprimées, celles de la perte seront aussi réglées sur le même pied » (*Lois civ.*, t. 8, sect. 1, n. 5). — V. Institutes, *De Societ.*, n. 3.

264. — Jugé que, dans ce cas, on doit considérer comme constituant une perte soumise à cette répartition, la diminution de l'actif social formé par les mises sociales, alors qu'il résulte de l'acte de société que ces mises doivent être reprises par les associés avant le partage de l'actif. — Même arrêt. — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 15, 220, 278 ; Aubry et Rau, t. 4, p. 557, § 380; Laurent, t. 26, n. 283.

265. — Mais cette règle de répartition des pertes ne peut être étendue aux créances à recouvrer, et destinées jusqu'à due concurrence au paiement ou prélèvement des mises. — Même arrêt.

266. — Il ne suffit pas, pour l'application du premier alinéa de l'art. 1853, C. civ., que les parties aient gardé le silence sur la répartition des pertes et des bénéfices. On admet que l'art. 1853 s'applique seulement au cas où les mises sont fixées lors de la formation de la société, et non au cas où les mises, non convenues à l'avance, se sont composées d'apports successifs, versés suivant le besoins de l'opération, sur la demande du gérant : dans ce dernier cas, il dépendrait du gérant d'étendre ou de restreindre, à sa guise, l'importance de l'intérêt de ses coassociés, ce qui est inadmissible. — Rennes, 29 avr. 1881, sous Cass., 1er août 1883, Ménard, [S. 86.1.20, P. 86.1.31, D. 84.1. 357] — *Sic*, Guillouard, n. 228.

267. — Il en est ainsi spécialement en matière de société en participation. — Même arrêt. — *Sic*, Delangle, n. 617; Bédarride, t. 3, n. 452; Pont, t. 2, n. 1834; Vavasseur, *Traité des sociétés civ. et comm.*, t. 1, n. 320. — En conséquence, lorsqu'une association en participation s'est formée entre deux associés, dont les apports non déterminés à l'avance devaient être effectués successivement, suivant les besoins de l'opération, la part

de chacun peut être fixée à la moitié, sans avoir égard au chiffre de leurs versements respectifs. — Même arrêt.

268. — Jugé encore que tous les membres d'une société en participation ont droit à une part égale dans les bénéfices, à moins de convention contraire, bien que le matériel de l'entreprise ait été fourni par eux dans des proportions inégales, si d'ailleurs l'industrie de chacun constituait son véritable apport et si la fourniture du matériel n'était qu'accessoire, sauf le droit pour chaque associé de se faire payer sur les produits les fournitures faites par lui. — Nancy, 14 mars 1868, Richard, [S. 69.2.214, P. 69.971, D. 69.2.92]

269. — Mais l'art. 1823 doit s'appliquer, c'est-à-dire les parts des associés doivent être en proportion de leur mise dans le fonds social, alors même que les mises ne sont pas estimées. Ici ne s'applique plus la distinction de Pothier, inconciliable avec le texte de l'art. 1853. — Duvergier, t. 20, n. 225; Troplong, t. 2, n. 615; Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. comm.*, t. 2, n. 50; Pont, t. 1, n. 483; Laurent, t. 26, n. 297; Guillouard, n. 223. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n. 426; Pardessus, t. 4, n. 985, qui pensent que les parts doivent être égales.

270. — Au surplus, lorsque toutes les conditions requises pour l'application du premier alinéa de notre article se trouvent remplies, il se peut encore que ce texte doive être écarté. Il faut observer, en effet, que cette disposition est purement interprétative de la volonté des contractants. — Cass., 11 nov. 1873, Brou et Andriot, [S. 74.1.434, P. 74.1100, D. 74.1.375] — V. Malepeyre et Jourdain, p. 82; Delangle, t. 1, n. 118; Pont, t. 1, n. 460; Bédarride, t. 1, n. 36; Aubry et Rau, t. 4, § 377, p. 545.

271. — Spécialement, et dans le cas d'une société de pur fait ayant existé entre deux commerçants, les juges peuvent induire de l'examen et de l'interprétation tant des faits que des actes émanés des deux parties, que leur intention a été que, malgré la différence de leurs apports, le partage des bénéfices eût lieu par portions égales. — Même arrêt.

272. — Jugé aussi, et réciproquement, qu'au cas où, d'après l'acte de société, les mises sont inégales, et où cependant les pertes doivent être supportées par moitié, la perte du fonds social n'autorise pas l'associé qui a apporté une mise plus forte à exercer une action en répétiton contre celui qui a apporté une mise plus faible, sous prétexte de rétablir l'égalité dans la contribution aux pertes. — Cass., 27 mars 1861, Delange, [S. 61.1.315, P. 61.444, D. 61.1.161] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, § 380, p. 557; Pont, t. 1, n. 460; Laurent, t. 26, n. 284; Guillouard, t. 1, n. 221.

273. — D'autre part, lorsque, en conformité des statuts, deux associés en nom collectif ont versé dans la caisse sociale, à titre de compte courant, des sommes étrangères à leurs apports, l'un des associés ne peut, après la dissolution de la société et le paiement des dettes sociales, prélever sur les valeurs de la société une somme égale à l'excédent de son compte sur celui de son associé; cet associé n'a droit, si les valeurs sociales sont inférieures au montant des deux comptes courants, qu'à une part de l'actif proportionnelle à sa créance. — Cass., 21 juill. 1879, Francheteau, [S. 82.1.349, P. 82.1.853, D. 82.1.77] — *Sic*, Guillouard, n. 222.

274. — III. *De l'apport en industrie.* — « A l'égard de l'associé qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices et les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ». Ainsi s'exprime l'alinéa 2 de l'art. 1853. Ce texte, qui ne figurait pas dans le projet du Code civil, fut ajouté sur les observations du Tribunat. « Cette fixation, dit le procès-verbal de la séance du 29 niv. an XII, a paru plus juste à la section; et au surplus elle ne peut présenter aucun inconvénient, puisque tout l'article n'aura lieu que pour le cas où il n'y aura point de la part des parties une convention contraire qu'il ne dépendra que d'elles de stipuler » (Fenet, t. 14, p. 381). Boutteville, dans son rapport au Tribunat, justifie ainsi cette détermination : « Donnerons-nous la plus forte ou la plus faible part des autres associés à celui qui n'apporte que ses biens, sa tête et son courage, et qui néglige de faire régler sa part ou le traitement qui lui sera accordé? Si nous lui donnons la plus forte, n'encouragerions-nous pas l'insouciance et l'oubli de la précaution la plus facile à prendre! En ne lui assignant que la plus faible, nous lui donnons le sage avertissement de ne jamais négliger de stipuler lui-même ses intérêts et de faire régler son sort. » — Fenet, t. 14, p. 410; Locré, t. 14, p. 488.

275. — Cette disposition est évidemment critiquable; au point de vue économique, l'homme qui n'apporte que son intelligence et sa capacité technique, est en fait un des facteurs les plus puissants de la prospérité de l'entreprise. Nul aujourd'hui ne s'aviserait de le contester. « Cette disposition, écrit justement Laurent, étonne au premier abord; elle semble témoigner d'une espèce de dédain pour le travail industriel, et cependant c'est l'*intelligence* qui fait réussir les entreprises, de quelque nature qu'elles soient. La justification, ajoute-t-il, est assez étrange : Pourquoi ne pas estimer l'apport intellectuel ce qu'il vaut généralement en l'assimilant à la mise la plus élevée, sauf aux autres associés à l'évaluer si l'industrie n'a pas cette valeur? La *disposition* telle qu'elle est rédigée *ressemble à une peine.* » — Laurent, t. 26, n. 298.

276. — On répond, il est vrai, qu'il y a plutôt là une mise en demeure d'avoir à fixer l'apport en industrie, un avis donné aux parties. Le tribun Gillet déclarait déjà que « la mise de l'associé qui fait l'apport en industrie étant la plus susceptible d'estimation arbitraire, il doit s'imputer à lui-même de n'en avoir pas fait à l'avance fixer le prix ». — Guillouard, n. 224; Pont, t. 1, n. 488; Colmet de Santerre, t. 8, n. 36 *bis*-I; Huc, t. 11, n. 78.

277. — La règle fixée par l'art. 1853 est une règle arbitraire, cela résulte de son histoire; elle doit donc être appliquée *restrictivement* à l'hypothèse unique qu'elle a envisagée : l'apport en industrie. — Guillouard, n. 225.

278. — Mais ici, surgit une difficulté inhérente à la nature particulière de cet apport. L'apport en industrie est un apport *successif* « résistant à une réalisation instantanée et immédiate »; il n'existe donc réellement, ou du moins intégralement, qu'avec l'expiration du temps fixé pour la fin de la société. Ainsi une société est formée pour dix ans entre trois personnes dont l'une apporte 40, l'autre 20, et la troisième son industrie. Arrivée au terme de dix ans la société a un fonds de 80,000 fr. à partager. L'associé industriel a complètement réalisé son apport; il prendra donc 20 sur les 80. Mais supposons que l'association fût dissoute avant le terme, soit par exemple au bout de cinq ans. L'associé industriel sera considéré comme n'ayant fourni que la moitié de son apport, et au partage ne recevra que 10,000 fr. — Colmar, 16 juill. 1863, sous Cass., 14 juin 1865, Delamarre, [S. 66.1.207, P. 66.1.534, D. 66.1.133] — *Sic*, Bravard-Veyrières et Demangeat, *Dr. comm.*, p. 53; Mourlon, *Rép. écrit.*, t. 3, p. 361; Alauzet, t. 1, n. 185; Rauter, p. 228; Demètre-Roliga, n. 103; Aubry et Rau, t. 4, n. 381, note 1, p. 557; Pont, t. 1, n. 489; Laurent, t. 26, n. 300; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 52; Guillouard, n. 227, Houpin, t. 1, n. 122.

279. — Mais il ne faudrait cependant pas, par des modes de computation arbitraire, aggraver encore la situation, déjà très-insuffisante, faite à l'apporteur en industrie. C'est ainsi que nous ne saurions approuver la solution d'après laquelle, lorsque de deux associés, l'un a apporté des fonds et l'autre son industrie, celui qui a fourni les fonds aurait le droit de prélever, avant tout partage des bénéfices, l'intérêt de son capital. — Riom, 1er juill. 1835, sous Cass., 25 mars 1839, Delcros, [S. 39.1.705, P. 43.2.408] — Un tel prélèvement aboutit à réduire arbitrairement la quote-part des bénéfices revenant à l'apporteur en industrie.

280. — Il faut supposer, pour l'application de l'art. 1853, § 2, que celui qui apporte son industrie n'apporte *rien autre chose;* s'il en est différemment, c'est aux tribunaux qu'il appartient de déterminer, d'après les circonstances, quelle est la part des bénéfices revenant à cet associé, à raison de son double apport en numéraire ou en nature, et en industrie. — Cass., 14 juin 1865 (motifs), précité. — V. Pont, t. 1, n. 491; Guillouard, n. 225; Laurent, t. 26, n. 299; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 783.

281. — On soutient, dans une autre opinion, que l'associé qui joint à un apport d'industrie un apport en argent ou autres objets, doit prendre dans les bénéfices une portion correspondante à la somme réellement apportée, augmentée d'une valeur égale à la plus petite mise attribuée aux autres associés. — Duvergier, t. 20, n. 232; Aubry et Rau, t. 4, p. 557, § 381; Troplong, t. 2, n. 619; Colmet de Santerre, t. 8, n. 36 *bis*-I. — Mais il y a là, selon nous, une restriction arbitraire au pouvoir de libre appréciation du juge. Dès l'instant que l'apport est mixte, les considérations par lesquelles peut s'expliquer la solution de l'art. 1853-2° ne peuvent plus être invoquées.

282. — Le second alinéa de notre article n'a pas non plus lieu de s'appliquer, lorsque *chaque associé fait un apport en in-*

dustrie; on se demande, en pareil cas, si, dans le silence du pacte social à cet égard, on ne doit pas diviser les pertes et les bénéfices par portions égales entre les associés ou, au contraire, charger les tribunaux du soin d'apprécier dans chaque cas particulier la valeur respective de l'industrie de chaque associé et répartir les pertes et les bénéfices proportionnellement aux chiffres ainsi obtenus. Jugé, dans le premier sens, que lorsque deux personnes se sont associées pour l'exercice d'une industrie, les bénéfices doivent être partagés entre elles par moitié, pendant toute la durée de l'association, sauf convention contraire. — Cass., 16 nov. 1886, Bozon, [S. 88.1.423, P. 88.1.1046, D. 87.1.391

283. — Il en est ainsi, alors même que l'un des associés, appelé sous les drapeaux, aurait été empêché, pendant plusieurs années, d'apporter à la société le concours de son travail, si la société n'a pas été interrompue pendant cette période et a continué d'exister dans les mêmes conditions. Dans ce cas, cet associé doit seulement à son coassocié une indemnité pour le préjudice que son absence lui a causé, et c'est aux juges du fait qu'il appartient de fixer souverainement le chiffre de cette indemnité. Même arrêt.

284. — La règle du partage égal semble être définitivement consacrée par la jurisprudence. — Nancy, 14 mars 1868, Richard, [S. 69.2.214, P. 69.971, D. 69.2.92] — Grenoble, 19 janv. 1885, sous Cass., 16 nov. 1886, précité. — V. Houpin, t. 1, n. 122; Huc, t. 11, n. 78.

2° Règlement des parts par un tiers

285. — L'art. 1854 prévoit l'hypothèse où les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts; en ce cas, le règlement ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité. Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a eu, de sa part, un commencement d'exécution. « Cet abandon, disait Gillet au Corps législatif, à l'autorité d'un seul est favorable en plusieurs occasions, où les associés ne sont que des collaborateurs choisis et protégés par le chef de famille ou de la maison ». — Fenet, t. 14, p. 422; Locré, t. 14, p. 553.

286. — Cette disposition est empruntée au *droit romain,* qui admettait cette intervention d'un tiers arbitre : dans le contrat de *vente,* pour la fixation du prix (Gaius, Instit. 3, n. 140); dans le contrat de *louage,* pour la détermination de la *merces* (L. 25, pr.; Dig., *Loc. cond.*), et dans le contrat de *société,* pour la fixation des parts (L. 75 et s., Dig., *Pro socio*).

287. — Il en était de même dans notre ancien droit. « Quelquefois, écrit Pothier, les parties ne règlent pas elles-mêmes les parts que chacun des associés aura; mais elles conviennent, par le contrat de société, de s'en rapporter au règlement qui en sera fait par une certaine personne, ou même quelquefois par une des parties. Ce règlement auquel elles conviennent de s'en rapporter ne doit pas s'entendre d'un règlement purement arbitraire, mais d'un règlement qui sera fait selon les règles de l'équité. C'est pourquoi, si le règlement qu'aurait fait l'expert auquel elles se sont rapportées était manifestement inique, la partie lésée pourrait le faire réformer ». — Pothier, *Soc.*, n. 74; Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 8, sect. 2, n. 11; Despeisses, 1re part., tit. 3, sect. 1, n. 4.

288. — Le mode de règlement établi par l'art. 1854, C. civ., est assez peu pratique. Laurent, Guillouard, Pont, etc., sont d'accord pour déclarer qu'il est rare que la détermination des parts ne soit pas faite par l'acte social lui-même, quand les parties entendent ne pas s'en remettre à la loi sur ce point. « Assurément l'arbitrage d'un tiers, que l'art. 1854 a cru devoir autoriser bien qu'il ne soit pas dans nos habitudes, n'a dans notre droit ni la raison d'être, ni la portée qu'il pouvait avoir dans le droit romain ». — Laurent, t. 26, n. 296; Pont, t. 1, n. 468; Guillouard, n. 229; Huc, t. 11, n. 80.

289. — Dans quelle hypothèse l'art. 1854 est-il applicable? Dans l'hypothèse où un mandat est donné par les associés à l'un d'eux ou à un tiers, de fixer *in abstracto* la proportion dans laquelle chacun devra participer aux bénéfices et aux pertes. — Cass., 26 mai 1897, Bertrand, [S. et P. 98.1.347, D. 98.1.99]

290. — « Ce cas, le seul que prévoit l'art. 1854, est, lisons-nous dans l'arrêt précité de la Cour suprême, tout à fait distinct de celui où, pour les opérations divisoires elles-mêmes, les associés s'en sont rapportés à un tiers ». Il s'agit, en effet, dans ce dernier cas, d'opérations matérielles rentrant dans le partage, la proportion dans laquelle chacun doit être participant aux pertes ou aux bénéfices étant d'ores et déjà réglée par le pacte, par les statuts sociaux.

291. — Le mandataire investi par les statuts de cette mesure délicate peut-il refuser de s'en acquitter? Oui incontestablement, s'il s'agit d'un tiers. Mais si c'est un associé, qui par conséquent a été partie au contrat et a dû en accepter les clauses, il ne peut au contraire se refuser à l'accomplissement d'une tâche qu'il a implicitement acceptée.

292. — En cas de refus par le tiers désigné, la plupart des auteurs prétendent que la société est nulle. En effet, disent-ils, la condition n'est pas remplie; il y a ici un cas analogue à celui de la vente dans laquelle le prix devait être fixé par un tiers (C. civ., art. 1592). « L'analogie, dit Guillouard (n. 230), est évidente avec le contrat de vente, et comme la mission du tiers désigné est particulièrement délicate dans le contrat de société, nous ne pensons pas que les associés puissent être forcés de s'en rapporter à la personne que désigneraient les tribunaux. Le contrat est conditionnel, et il ne devra produire aucun effet si la condition à laquelle il est subordonné, la fixation des parts par la personne choisie, ne se réalise pas ». — V. Pont, t. 1, n. 471; Delvincourt, t. 3, n. 6, p. 120; Duranton, t. 17, n. 425; Duvergier, t. 20, n. 245; Troplong, t. 2, n. 625; Taulier, t. 6, p. 355; Delangle, n. 122; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 717, p. 435; Alauzet, t. 1, n. 191; Rauter, p. 238; Talon, p. 146.

293. — Il nous paraît plus juridique d'admettre la solution proposée par MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl : « La vente dont le prix n'est pas fixé est une vente sans prix, par conséquent nulle; une société dont la répartition des bénéfices n'est pas faite, n'est pas nulle puisque l'art. 1853, en présence d'une pareille hypothèse, fournit les bases d'une évaluation ». — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 255.

294. — Pont (*loc. cit.*) objecte que l'on irait ainsi contre la volonté des associés. « La convention d'arbitrage étant supprimée, il faudrait imposer le règlement des parts établi par la loi. Or les parties ont formellement déclaré dans l'acte de société qu'elles entendaient l'exclure ».

295. — Cette opinion nous paraît reposer sur une confusion. Les parties ont voulu s'associer : telle est la volonté qu'il faut avant tout exécuter. Quant au mode de fixation des parts qu'elles ont prévu, cette fixation devenant impossible, il est tout naturel de revenir au droit commun de l'art. 1853. Au surplus, cet auteur n'applique pas rigoureusement son principe, puisqu'il distingue le cas où les parties ont voulu que le mode de règlement soit déterminé avant le commencement des opérations, du cas où il ne sera fixé qu'*à la fin des opérations.* La condition est-elle plus remplie dans un cas que dans l'autre? La vérité est que les conséquences du refus d'arbitrage sont peu graves dans le premier cas, et que la nullité de la société ne porterait aucun préjudice aux intérêts des associés, qui ne se sont pas encore engagés dans les affaires sociales. Mais comprenant dans quel embarras il se trouverait en déclarant la nullité dans le second cas, Pont, obligé évidemment d'envisager des faits accomplis et d'aboutir malgré tout à un partage, préfère s'en remettre aux tribunaux du soin de fixer les parts, ou mieux, de désigner eux-mêmes un arbitre, ce qui sera contraire, cette fois sans aucun doute, à la volonté des parties. L'arbitrage serait imposé! Solution d'autant plus curieuse à enregistrer que, dans l'hypothèse qui suit, le même auteur oblige les parties à choisir un nouvel arbitre!

296. — Supposons en effet maintenant que l'acte de société soit muet sur la question de règlement des parts, mais qu'une *convention postérieure* intervienne entre les associés en vue de désigner un arbitre; *quid,* si l'arbitre refuse d'accomplir sa mission? En ce cas les associés ne peuvent retomber sous l'art. 1853; ils sont obligés de désigner un nouvel arbitre, ou de s'adresser aux tribunaux qui en désigneront un. C'est du moins ce qu'affirment Duranton (t. 17, n. 425), Pardessus (n. 996), Pont (t. 1, n. 474). Ici, l'intervention du tribunal ne serait que subsidiaire; l'arbitre ne serait judiciairement désigné qu'à défaut par les associés de désigner eux-mêmes ce nouvel arbitre. Mais il est de toute évidence, selon nous, que les associés pourraient, s'ils le préféraient, fixer directement les parts, ou s'en référer au droit commun de l'art. 1853, qui, avant la convention intervenue, aurait nécessairement régi la société.

297. — Le règlement des parts par le tiers ne peut être at-

taqué, s'il n'est *évidemment* contraire à l'équité. Ces expressions sont celles du jurisconsulte Paul : « *Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigit potest per judicium bonæ fidei* » (L. 79, *Pro socio*). Mais comment savoir si une décision arbitrale est évidemment contraire à l'équité? Maleville prétendait, par analogie de l'art. 1674, C. civ., qu'il fallait une lésion de plus des sept douzièmes. La généralité des auteurs repousse cet avis, et admet que la demande de redressement ne soulève qu'une question de fait que les tribunaux apprécieront. — Aubry et Rau, t. 4, § 381, p. 358, note 4; Duranton, t. 17, n. 424; Boileux, t. 6, n. 315; Colmet de Santerre, t. 8, n. 37, p. 26; Pont, t. 1, n. 476, p. 338; Alauzet, t. 2, n. 426; Guillouard, n. 231; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 256.

298. — L'action en réclamation n'est plus admise s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution. — Fenet, t. 14, p. 375; Locré, t. 14, p. 499; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 257; Alauzet, t. 2, n. 426; Thiry, t. 4, n. 131, p. 119. — La voie de recours spéciale organisée par notre texte contre les décisions des arbitres experts laisse d'ailleurs intact le droit des intéressés d'attaquer le partage des biens sociaux pour lésion de plus du quart, en vertu des dispositions combinées des art. 887 et 1872, C. civ. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 435, § 717; Guillouard, n. 232; Pont, t. 1, n. 478; Colmet de Santerre, t. 8, n. 37.

299. — Cette action en rescision pour lésion de plus du quart serait seule admise, concurremment avec l'action en nullité pour dol ou violence dans les termes du droit commun, contre les opérations décisoires confiées à un tiers arbitre. Lors donc que, dans une société en liquidation composée de plusieurs fonds de commerce, l'un des associés s'est rendu adjudicataire sur licitation d'un de ces fonds, « avec la charge qu'il prendrait les marchandises pour leur valeur, telle qu'elle serait estimée par des experts », l'estimation de l'expert choisi ne saurait être critiquée que s'il en résultait une lésion de plus du quart au préjudice des autres associés. L'hypothèse étant en dehors du cas prévu par l'art. 1854, on ne saurait arguer ici de ce que la décision de l'expert serait *contraire à l'équité la plus évidente*. — Cass., 26 mai 1897, Bertrand, [S. et P. 98.1.347, D. 98.1.99]

3° Règlement des parts par le contrat (C. civ., art. 1855).

300. — En vertu du principe de la liberté des conventions, les clauses les plus variées peuvent être insérées par les associés dans leurs pactes sociaux. Ainsi que le disait Boutteville au Tribunat, ceux qui forment une société sont mieux à même de connaître et de justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles ou en industrie; c'est donc à eux que doit être réservé le soin de régler les droits et obligations de chacun lors du partage. — Treilhard, Exposé des motifs (Locré, t. 14, p. 524; Fenet, t. 14, p. 400); Boutteville, Rapport au Tribunat : Fenet, t. 14, p. 405; Locré, t. 14, p. 537). — Pont, t. 1, n. 433; Houpin, t. 1, n. 119.

301. — Mais les associés, dans le règlement des parts, n'ont pas un pouvoir sans limites. Pothier disait déjà : « Pour que le contrat de société soit équitable, il faut ordinairement que la part qui est assignée par le contrat à chaque associé, dans le profit, soit en même proportion que la valeur de ce que chacun d'eux a apporté à la société » (*Soc.*, n. 15 et s.). Les stipulations qui ont pour but de « rompre l'égalité au profit d'un des associés » n'ont rien d'illicite, pourvu qu'elles respectent le principe de l'art. 1833, C. civ. : « Toute société doit être contractée pour l'*intérêt commun* des parties ». En un mot, la convention doit respecter les droits de chacun qui, ne l'oublions pas, sont fixés en principe par l'art. 1853, C. civ., en ce qui concerne le règlement des parts; ce n'est pas l'égalité proprement dite, mais une égalité proportionnelle à l'apport.

302. — Il fallait sanctionner toute infraction à ce principe : l'art. 1855, C. civ., prescrit, en conséquence, que « la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle; il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés ». La loi envisage sommairement les deux sortes de conventions par lesquelles l'égalité proportionnelle pourrait être violée. — Alauzet, t. 2, n. 423; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 265; Pont, t. 1, n. 436; Guillouard, n. 233; Colmet de Santerre, t. 8, n. 39; Huc, t. 11, n. 81; Laurent, t. 26, n. 485. — Nous allons envisager successivement les deux groupes d'hypothèses visées par les deux alinéas de l'art. 1855, C. civ.

303. — I. *Attribution de tous les bénéfices à un seul associé. — Sociétés léonines.* — L'idée qui doit dominer cette matière est l'idée d'une société fondée en vue d'en obtenir des bénéfices; il ne faut pas le moins du monde ici s'attacher à la forme du contrat, ni à la volonté des signataires; ce qu'il faut rechercher c'est le point de savoir si *réellement* les contractants ont eu en vue de fonder une société. — Sur les éléments constitutifs du contrat de société, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 1 et s.

304. — Il paraît clair que rarement les contractants enfreindront ouvertement la prohibition de l'art. 1855, al. 1, C. civ.; ils entoureront leur convention illicite de toutes clauses ou de toutes combinaisons en apparence inoffensives et justes, mais dont le résultat sera d'exclure de la participation aux bénéfices tels ou tels des associés, au profit d'un ou quelques-uns d'entre eux.

305. — Pont (t. 1, n. 467 et s.) fait observer avec raison que la nullité sera encourue si la part se trouve réduite à tel point qu'elle est illusoire. Il en est de même de la convention qui attribuerait la totalité des bénéfices à l'un des associés, quand même il serait convenu qu'en cas de revers celui-ci serait déchargé de toute contribution aux pertes.

306. — A. *Historique.* — En droit romain Ulpien dit : « *Iniquissimum enim genus societatis, est quâ quis damnum non etiam lucrum spectat* » (L. 29, n. 2, Dig., *Pro soc.*). « *Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leonam solitum appellare* ».

307. — Pothier disait de même : « Si par le contrat d'une prétendue société, il était convenu que le profit appartiendrait en entier à l'une des parties contractantes, sans que l'autre y pût prétendre de part en aucun cas, une telle convention ne serait pas un contrat de société, et elle serait nulle comme manifestement injuste ». — Pothier, *Soc.*, n. 12.

308. — Au Tribunat, Boutteville répète encore « qu'une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits et l'affranchirait de toutes les pertes, ne serait pas une société mais l'association si justement proscrite sous le nom de société léonine. » — Fenet, t. 14, p. 410.

309. — B. *Conditions d'application de l'art. 1855, al. 1, C. civ.* — La difficulté est de préciser les conditions dans lesquelles l'art. 1855 doit trouver son application; ces conditions nous semblent pouvoir se ramener à deux. 1° *Il faut une attribution exagérée des bénéfices à l'un des associés.* S'il est interdit d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés ou de dispenser l'un des associés de la contribution aux pertes, notre article ne s'oppose pas à ce que la part de l'un des associés dans les bénéfices ou dans les pertes soit plus forte ou moins forte que celle des autres associés, pourvu d'ailleurs que cette répartition inégale ne cache pas en réalité une attribution pour ainsi dire exclusive des bénéfices à l'un des associés ou une dispense pour ainsi dire complète de contribution aux pertes au profit de l'un d'eux. — Treilhard, Exposé des motifs (Fenet, t. 14, p. 348); Duranton, t. 17, n. 417, 422; Laurent, t. 26, n. 287; Pont, t. 1, n. 440, 464; Guillouard, n. 234, 235, 240; Aubry et Rau, t. 4, § 377, p. 545; Guillery, t. 1, n. 142, p. 199; Alauzet, t. 2, n. 423. — V. Liège, 8 août 1879, [*Belg. jud.*, 1879, p. 1399] — Trib. comm. Anvers, 25 mars 1889, *Pasicr. belge*, 89.3.225] — Domat disait déjà : « Comme les associés peuvent contribuer différemment, les uns plus les autres moins, de travail, d'industrie, de soins, de crédit, de faveur, d'argent, il leur est libre de régler inégalement leurs portions, selon que chacun doit avoir sa condition ou plus ou moins avantageuses à proportion de la différence de ce qu'ils contribuent ». — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 1, n. 6; Justinien, *Institutes, De societate*, n. 2, III, XXVI.

310. — Les mises étant égales, les parts peuvent être faites inégalement, et réciproquement, les apports étant inégaux, la répartition peut être faite sur le pied d'égalité. — Cass., 27 mars 1861, Delange, [S. 61.1.315, P. 61.444, D. 61.1.161] — Trib. Marseille, 9 mars 1898, [*J. sociétés*, 1899, p. 182]

311. — De même, la part de chaque associé dans les bénéfices peut être différente de celle de ce même associé dans les pertes. — Duvergier, t. 20, n. 260; Laurent, t. 26, n. 294, qui cite Liège, 21 janv. 1875, [*Pasicr.*, 75.2.165]; Guillouard, n. 246; Colmet de Santerre, t. 8, n. 39 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 781; Pont, t. 1, n. 464; Duranton, t. 17, n. 422; Massé et

Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 425, § 713, note 11. — Cette solution, qui était controversée en droit romain, est empruntée à notre ancien droit. « C'est un effet de l'inégalité des contributions, dit Domat, qu'il peut être convenu entre deux associés que l'un aura plus de part au gain qu'il ne portera de perte, et que l'autre, au contraire, portera une plus grande part de la perte que celle qu'il pourra avoir au profit; et qu'ainsi, par exemple, l'un entrera dans la société pour deux tiers de gains et un tiers de perte, et l'autre pour un tiers de gains et pour deux tiers de perte » (Domat, *Lois civ.*, tit. 1, 8, sect. 1, n. 8). Pothier donne la même solution (*Soc.*, n. 20). La cour de Lyon avait proposé, lors de la rédaction du Code civil, d'annuler cette clause; son avis ne fut pas suivi. — Fenet, t. 4, p. 312.

312. — Par contre, la convention qui donnerait à un associé une part différente dans les opérations qui procurent des bénéfices et dans celles qui donnent des pertes, serait nulle. Il est certain, en effet, qu'il n'y a pertes ou gains que dans la réunion de toutes les opérations (L. 30, Dig., *Pro socio*). — Duranton, t. 17, n. 415; Troplong, t. 2, n. 636.

313. — 2° *Il faut une attribution inflexible, ne laissant place à aucun droit éventuel de percevoir une part.* — Il est en effet des conventions *aléatoires* par lesquelles un associé peut se trouver privé de sa part; celles-là ne sont pas atteintes par l'art. 1855. Citons les cas les plus fréquents.

314. — a) *La condition.* — Il faut déclarer valable la clause qui n'attribue à un associé des bénéfices que si telle condition s'accomplit : par exemple, si les bénéfices atteignent tel chiffre. — Rouen, 31 juill. 1868 (motifs), sous Cass., 17 août 1868, Dars, [S. 69.1.22, P. 69.1.33] — *Sic*, Pothier, *Soc.*, n. 13; Guillouard, n. 237.

315. — b) *Le droit d'option.* — De même, sous réserve des cas de fraude, le choix d'une alternative dans le mode de partage des bénéfices d'une société peut être reservé par l'acte social à l'un des associés. Ainsi et spécialement, est valable la stipulation qu'un associé dont la mise consiste dans son industrie aura la faculté d'opter dans un certain délai, soit pour des appointements fixes et annuels, soit pour une quotité des bénéfices. Une telle convention ne doit pas être considérée comme pouvant avoir pour résultat d'affranchir cet associé de toute contribution aux pertes, et constituant la société léonine prohibée par l'art. 1855. — Cass., 7 déc. 1836, Lebrec, [S. 37.1.650, P. 37.1.504] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 448; Guillouard, n. 337; Laurent, t. 26, n. 289; Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. commerc.*, t. 2, n. 45.

316. — Cette stipulation ne subordonne pas non plus l'existence de la société à l'option de l'associé pour une quotité des bénéfices. Dès lors, le choix par lui fait ultérieurement de ce dernier mode de partage lui donne droit à prendre part dans les bénéfices déjà réalisés au moment de l'option. — Même arrêt.

317. — Mais jugé que la stipulation, au profit d'un bailleur de fonds, d'une part réglée d'avance et à forfait, dans les bénéfices à réaliser d'une société commerciale, indépendamment de l'intérêt légal des sommes d'argent par lui prêtées à cette société dans laquelle il ne court aucune chance de perte, est illicite et usuraire. — Cass., 17 avr. 1837, Dugas-Vialis, Bessy et Ardaillon, [S. 37.1.275, P. 37.1.442]; — 20 juin 1888, Caisse Lemaire et Cie, [S. 89.1.8, P. 89.1.10, D. 88.1.26] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 58; Delangle, t. 1, n. 113; Aubry et Rau, t. 4, p. 611, § 396. — V. aussi Cass., 7 déc. 1836, Lebrec, [P. chr.] — Paris, 10 mai 1834, Dugas-Vialis, [S. 34.2.338, P. chr.] — Remarquons du reste que cette solution n'a plus d'intérêt que pour les sociétés *civiles*, l'intérêt conventionnel étant *libre* en matière commerciale depuis la loi du 12 janv. 1886.

318. — c) *La clause pénale.* — De même, est licite la clause d'un acte de société portant que l'un des associés sera privé de sa part dans les bénéfices pour le cas où, par son fait, les dépenses dépasseraient une somme déterminée : cette clause ne saurait être assimilée au pacte léonin prohibé par l'art. 1855. — Cass., 16 nov. 1858, Catineau-Laroche, [S. 59.1.382, P. 59.847, D. 59.1.39] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, p. 546, § 377; Pont, t. 1, n. 444; Guillouard, n. 238. — Et cette privation de bénéfices, si elle est définitive, entraine la dissolution de la société, dans laquelle celui qui est atteint par la clause pénale n'a plus aucun intérêt. — Même arrêt.

319. — d) *L'attribution de tous les bénéfices au survivant.* — La validité de cette clause est cependant controversée. Sans doute, l'adoption d'une telle clause n'équivaut point à l'établissement d'une *tontine*. Dans le cas des tontines, ce sont les apports qui seront capitalisés et attribués au survivant; ici nous supposons que les contractants ont eu l'intention de réaliser des bénéfices (Guillouard, n. 236). Néanmoins, une partie de la doctrine prétend que la clause est nulle; l'art. 1855, C. civ., veut que chaque associé ait une part dans les bénéfices, et une part est quelque chose de réel, de positif. Si la convention peut aboutir à ce résultat que l'un des associés ait tout le bénéfice et que l'autre n'ait rien, l'intérêt n'est plus commun. — Gand, 12 mai 1843, [*Pasicr.*, 44.2.40] — *Sic*, Laurent, t. 26, n. 288; Rousseaud de Lacombe, *Quest. jurispr. civile*, v° *Société*, 2e part., sect. 3, n. 21; Pothier, *Soc.*, n. 13; Duvergier, t. 20, n. 268; Duranton, t. 17, n. 214.

320. — A cette objection nous répondrons d'abord que, dans notre ancien droit, la convention était valable. « Bien que l'hérédité ne puisse pas être donnée par contrat, mais seulement par testament, dit Despeisses, néanmoins tout ainsi que, par privilège particulier, elle peut être donnée par contrat de mariage, pareillement, par un semblable privilège, elle peut être donnée par le contrat de société. Ainsi ce pacte est valable que le survivant des associés succédera au prémourant en tous ses biens ». — Despeisses, t. 3, sect. 2, n. 26; Charondas, *Pandectes*, t. 2, n. 33; Masuers, *Association*, t. 28, n. 20; Banchin, t. 2, conclus. 298.

321. — Au fond, l'objection présentée par Duvergier (*loc. cit.*) et Duranton (*loc. cit.*) est spécieuse. En effet, nous avons établi que la société léonine est constituée par ce fait que l'attribution est inflexible, sans aucun droit éventuel. Or le droit de l'associé survivant n'est-il pas par essence éventuel ? D'ailleurs l'art. 1525, C. civ., fournit un argument puissant en notre faveur, puisqu'il ne voit qu'une convention entre associés dans le fait par les époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant. — Delvincourt, t. 3, p. 122; Pardessus, n. 997; Malepeyre et Jourdain, p. 86; Molinier, n. 391; Troplong, t. 2, n. 646; Delangle, n. 119; Boileux, t. 6, p. 319; Taulier, t. 6, p. 352; Pont, t. 1, n. 442; Guillouard, n. 236; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 44; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 271; Houpin, t. 1, n. 124.

322. — La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de la validité de la clause. Jugé, en effet, que la clause d'un acte de société qui, pour le cas de décès de l'un des associés, prescrit, non point la continuation de la société entre l'associé survivant et les héritiers du prédécédé, mais seulement l'ajournement de la liquidation à une époque déterminée, l'établissement commercial devant jusque-là continuer ses opérations sous le même nom et avec le même capital, dirigé sans contrôle par le poursuivant qui seul profitera des bénéfices et supportera les pertes, n'a rien d'illicite ni de contraire aux principes du contrat de société. — Cass., 17 août 1868, précité.

323. — Il n'importerait même que les héritiers de l'associé prédécédé devant, par suite, rester exposés à l'action des tiers, à raison des actes du survivant, les risques ne fussent plus en rapport avec les avantages, un tel état de choses constituant seulement à leur charge une sorte de cautionnement qui n'a, non plus, rien d'illicite, et qui, d'ailleurs, étant réciproque, ne blesse pas l'équité. — Même arrêt.

324. — Jugé même que l'on ne doit pas tenir pour nulle, comme contraire à l'art. 1855, C. civ., la clause d'un acte de société qui attribue à l'associé survivant la totalité de l'actif social, en ne réservant aux héritiers de l'associé prédécédé que la reprise des apports de celui-ci. — Trib. comm. Troyes, 19 mars 1900, Pouchet, [S. et P. 1901.2.254, D. 1901.2.47]

325. — Il en est ainsi surtout, alors que l'acte de société stipule expressément que les parts et bénéfices dans le cours de la société seront partagés par moitié, et alors qu'en fait, les deux associés ont régulièrement partagé, au cours de la société, la majeure partie des bénéfices sociaux. — Même arrêt.

326. — II. *Affranchissement de toute contribution aux pertes.* — Le texte de l'art. 1855 prohibe la stipulation tendant à affranchir de toute contribution aux pertes les sommes ou objets mis dans le fonds de société par l'un ou plusieurs des associés.

327. — A. *Historique.* — En droit romain cette clause était valable en principe (L. 29. 1, Dig., *Pro socio*, 17, 11). Dans notre ancien droit, il en était de même, tout au moins lorsque l'exonération des pertes avait pour but de compenser l'inégalité des apports. Domat disait : « Cette même considération des différentes contributions des associés peut aussi rendre juste la con-

vention qui donne à un des associés une part au gain et le décharge de toute perte; à cause, par exemple, de l'utilité de son crédit, de sa faveur, etc., car ces avantages que tirent de lui ses associés compensent celui qu'ils lui accordent de le décharger des pertes ». — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 1, n. 9. — V. Pothier, *Soc.*, n. 20 et 75.

328. — Les rédacteurs du Code civil, contrairement à leur habitude, n'ont suivi ni le droit romain, ni Pothier. On a donné comme motif la crainte des prêts usuraires; mais alors l'art. 1907, C. civ., aurait dû limiter le taux de l'intérêt conventionnel, tandis que cette limitation ne fut introduite qu'ultérieurement par la loi du 3 sept. 1807. D'ailleurs l'ancien droit interdisait le prêt à intérêt, ce qui ne l'empêchait pas de tenir la clause pour valable, peut-être, il est vrai, en vue de corriger ce qu'avait d'antiéconomique la prohibition absolue du prêt à intérêt. — Thaller, n. 298. — V. aussi Laurent, t. 26, n. 290; Guillouard, n. 239; Pont, t. 1, n. 451; Delvincourt, t. 3, n. 4, p. 122.

329. — Laurent, Guillouard (*op. cit.*), etc., inclinent à penser que les deux alinéas de l'art. 1855 sont inspirés par la même crainte : empêcher que l'un des associés ne recueille tous les avantages de la société. Gillet ne disait-il pas au Corps législatif : « On regarderait comme une *stipulation léonine* celle qui affranchirait de toute contribution dans leur charge les effets mis au fonds social par un ou plusieurs associés » (Fenet, t. 14, p. 422). La question est d'ailleurs purement doctrinale.

330. — B. *Conditions d'application de l'art. 1855, alin. 2.* — Examinons quelles sont les conditions d'application de l'alinéa 2 de l'art. 1855. 1° *Il faut une clause d'exonération totale des pertes éventuelles.* Lorsque l'acte de société ne fait aucune mention de la répartition des pertes entre associés, les pertes sont partagées au prorata des bénéfices que chacun des associés est appelé à prendre en vertu de l'acte de société (V. *suprà*, n. 256 et s.). Cette proportion peut être contractuellement modifiée; mais nul ne peut être exonéré totalement de la contribution aux pertes, pas plus dans une société commerciale que dans une société civile. — Paris, 15 mars 1866, Schwitz, [S. 66.2.235, P. 66.919]

331. — Ainsi, est illicite et nulle la convention par laquelle le souscripteur d'actions, dans une société en commandite, stipule que les gérants s'obligent à lui reprendre ses actions à sa volonté, et à lui rembourser intégralement le capital qu'il aura versé, et même les intérêts afférents aux périodes pendant lesquelles il n'aura pas touché de dividendes. — Cass., 14 juin 1882, S..., [S. 82.1.423, P. 82.1.1043, D. 84.1.222] — V. Laurent, t. 26, n. 293; Pont, t. 1, n. 459.

332. — Il importe peu que cette stipulation soit contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé, qu'elle soit temporaire ou faite pour un temps indéterminé, et qu'elle oblige la société entière, ou seulement quelques-uns de ses membres; l'art. 1855 est général et proscrit toute convention ayant pour but d'affranchir un associé de toute contribution aux pertes. — Même arrêt.

333. — De même, est nulle la clause par laquelle un associé stipule le prélèvement d'une somme fixe sur le montant des encaissements, et laisse à la charge des autres associés la totalité des dettes. — Lyon, 16 juin 1899, [*J. La Loi*, 2 nov. 1899]

334. — De même la convention par laquelle un des contractants abandonne profits ou pertes aux autres contractants, en réclamant seulement des appointements fixes, et un tant pour cent sur le chiffre des affaires faites par la société. — Trib. comm. Seine, 30 juin 1853, [*J. Trib. comm.*, 1853, p. 298]

335. — Par identité de motifs, il convient de tenir pour nulle la promesse de garantie contre toute participation aux pertes faite par un associé en nom collectif au profit d'un associé commanditaire, qui a figuré comme tel dans l'acte de société, et a pris personnellement et fait prendre vis-à-vis de lui tous les engagements que comporte cette qualité. — Cass., 11 juill. 1894, Cottu, [S. et P. 94.1.452, D. 94.1.531] — C'est ce qu'avait déjà jugé la Cour de cassation. — Cass., 16 janv. 1867, Février, [S. 67.1.173, P. 67.400, D. 84.1.222, *ad notam*] — V. aussi Cass., 14 juin 1882, précité.

336. — De même, les auteurs enseignent que la disposition de l'art. 1855, C. civ., qui déclare nulle la convention par laquelle un associé est garanti de toute contribution aux pertes, est générale, et ne permet pas de distinguer si la garantie a été donnée par la société elle-même ou par un associé à son coassocié. — V. Pardessus, t. 3, n. 998; Pont, t. 1, n. 457; Vavasseur, *Tr. théor. et prat. des soc. civ. et comm.*, t. 1, n. 133; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 46; Aubry et Rau, t. 4, p. 545, § 377, texte et note 10; Guillouard, n. 243.

337. — On cherche assez généralement à échapper à la nullité édictée par l'art. 1855, § 2, en prétendant que la somme garantie n'est pas, en réalité, un apport fait par un associé, mais bien un prêt consenti à la société; or, comme la nullité n'est encourue que par les associés, il s'ensuivrait qu'un prêteur peut se faire garantir le montant de son prêt par l'un des associés (V. Laurent, t. 26, n. 293; Guillouard, n. 245). Aussi appartient-il, non seulement aux juges du fond, mais encore à la Cour suprême, de déterminer le caractère du contrat à l'aide des faits constatés. C'est ainsi que l'arrêt précité du 11 juill. 1894, cassant l'arrêt attaqué, relève, dans cet arrêt, les constatations desquelles résulte, non un prêt fait à la société, mais un apport d'associé commanditaire (V. anal., Cass., 9 juill. 1885, Brisset, S. 88.1.477, P. 88.1.1169, D. 86.1.301); d'où la conséquence qu'on devait, aux termes de l'art. 1855, § 2, prononcer la nullité de la garantie consentie à un associé par un coassocié contre toute participation aux pertes.

338. — Nous avons déjà indiqué *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 102 et s., les caractères spécifiques du contrat de société et les signes extérieurs qui le différencient du prêt; nous n'y reviendrons pas. Il nous suffira de relever ici, avec la jurisprudence, certaines espèces dans lesquelles les tribunaux on qualifié, suivant les cas, le contrat litigieux de société ou de prêt.

339. — Il a été jugé, d'une part, que l'on peut considérer comme ayant été avancée, non à titre de prêt, mais à titre d'apport dans une société, la somme versée à un associé, par un tiers, avec stipulation que ce dernier ne recevra aucun intérêt, mais seulement la moitié des bénéfices qui pourront être réalisés par la société. — Cass., 20 déc. 1893, Choiselat, [S. et P. 94.1.484, D. 94.1.224]

340. — ... Et que l'engagement pris par l'associé « de rembourser au tiers le montant intégral de la somme versée, sans pouvoir lui faire supporter les pertes de la société », n'est pas exclusif d'un des éléments essentiels du contrat de société (à savoir la participation aux pertes); le tiers n'ayant mis en commun que la *jouissance* d'un capital, dans les termes de l'art. 1851, C. civ., cette jouissance reste nécessairement soumise aux pertes qui viendraient affliger la société, et le tiers est ainsi exposé à ne rien retirer de l'intérêt de ses fonds. — Même arrêt.

341. — Par contre, une action dans une entreprise commerciale (telle que la reconstruction d'une salle de spectacle) peut, d'après les circonstances, être considérée comme un simple prêt, et non comme un intérêt social; dans ce cas, l'actionnaire a le droit d'exiger le remboursement du capital de son action, sans être tenu de contribuer aux pertes de l'entreprise. — Cass., 10 mai 1837, Municipalité de Saint-Pierre, [S. 37.1.1008, P. 37.1.432]

342. — On avait essayé, dans l'ancien droit, de concilier la clause d'exonération des pertes avec les principes du contrat de société au moyen d'une théorie compliquée, dite *des trois contrats* (Pothier, n. 25 et s.) que M. Thaller (n. 298) résume ainsi : « On voyait dans le contrat portant exonération des pertes une *société* surchargée d'une *assurance* contre le risque, avec *cession* de la fraction de gain que le commanditaire aurait stipulée plus forte sans cet avantage. Le gérant dit à son coassocié : « Votre mise est menacée de pertes, je vous donne l'assurance qu'elle vous sera remboursée. En échange, vous me servirez une prime. Sans cette clause d'assurance, vous stipuleriez 20 p. 0/0 des bénéfices. Contentez-vous de 10 p. 0/0. L'écart représente la prime, j'en toucherai le montant à ce titre ».

343. — Cette théorie serait aujourd'hui inconciliable avec l'art. 1855 : autre chose est toucher une quote-part moindre dans les bénéfices, autre chose est participer aux pertes. Et cependant, la jurisprudence n'a guère fait que rajeunir et moderniser l'ancienne théorie de Pothier en admettant le gérant d'une commandite à *assurer* le commanditaire contre les pertes auprès d'une compagnie tierce. Ne violerait pas, d'après la Cour de cassation, la disposition de l'art. 1855, déclarant nulle la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société, la clause d'un acte de société en commandite contenant engagement, par un commandité, pour garantir le commanditaire au cas de décès dudit commandité, de souscrire une assurance sur la vie, dont les primes seront payées personnellement par le commandité, et dont

le capital lui fera retour à la fin de la liquidation, dès que le commanditaire aura retiré sa part, la somme apportée par le commanditaire n'étant pas moins conservée par le liquidateur de la société avec affectation au paiement des dettes sociales, et le capital de l'assurance, réputé acquis au commanditaire du jour de la police, n'ayant jamais appartenu au commandité et devant être versé au commanditaire, non par le commandité ou la société, mais par un tiers, à savoir la compagnie d'assurances. — Cass., 9 juin 1890, Hérit. Dotta, [S. 90.1.305, P. 90.1.748, et la note de M. T. C., D. 90.1.409] — Aix, 4 nov. 1886, Gallet, [S. 88.2.73, P. 88.1.434, et la note de M. Ch. Lyon-Caen] — *Sic*, Guillouard, n. 245; Pont, t. 1, n. 458.

344. — Cette solution est des plus contestables. Vainement argue-t-on du principe que l'assurance au profit d'une personne désignée fait naître, sur la tête de cette personne, un droit propre au capital assuré, droit soustrait à l'action des créanciers du stipulant. Nous sommes ici en présence, non d'une fiction, mais d'un fait matériel : le fait d'un gérant qui, à l'aide des fonds sociaux, paie la prime d'assurance qui doit garantir le commanditaire contre tout risque. Au fond, c'est donc bien le gérant, et non pas la compagnie d'assurance, qui garantit son coassocié contre le risque de perte, ce que la loi interdit. — Thaller, n. 298, et *Annales de droit commercial,* 92.2.297; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 34, note 1; Planiol, note sous Cass., 9 juin 1890, précité; Houpin, t. 1, n. 130.

345. — Il en serait différemment si la prime elle-même était acquittée par un tiers étranger à la société.

346. — En tout cas, et à supposer que l'associé puisse être valablement assuré, par les soins du gérant, auprès d'une compagnie tierce, il est universellement admis que le rôle d'assureur ne pourrait être valablement tenu ni par le gérant, ni par l'un quelconque des associés, ni par la société elle-même. Ainsi, la promesse faite à l'un des associés, avec garantie, par le gérant d'une société pour l'exploitation d'une charge d'agent de change « qu'il n'éprouvera aucune perte, est nulle comme contraire à la prohibition de l'art. 1855, alors même que cet associé déclarerait restreindre les effets de cette garantie aux pertes provenant des malversations du gérant, et ne pas l'étendre à celles résultant de l'exploitation régulière de l'office. — Cass., 16 janv. 1867, Février, [S. 67.1.173, P. 67. 400, D. 84.1.222, *ad notam*] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, p. 545, § 377; Duvergier, t. 20, n. 274; Laurent, t. 26, n. 293; Guillouard, n. 243; Pont, t. 1, n. 455 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 246.

347. — Au moins faut-il, pour que la nullité soit encourue, qu'il s'agisse réellement d'une assurance contre les pertes. Ainsi la convention intervenue le jour de la dissolution d'une société en nom collectif, et par laquelle un associé s'engage à rembourser à son coassocié le montant de sa contribution aux dettes de la société, ne porte pas sur la garantie contre le risque de pertes éventuelles interdite par l'art. 1855, C. civ., mais porte sur le règlement de pertes consommées, et doit, par suite, être déclarée valable. — Cass., 23 mai 1900, Gaudefroy, [S. et P. 1900.1. 488, D. 1901.1.102] — Cette solution nous paraît devoir être approuvée, car la prohibition doit être interprétée limitativement (V. Guillouard, n. 241; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 269; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 2, n. 43). Or, en fait, il était reconnu que la convention litigieuse ne portait « que sur le règlement de pertes consommées, et non pas sur l'assurance contre le risque de pertes éventuelles, interdite par l'art. 1855, C. civ. ». A quoi l'on pourrait ajouter que la société, étant dissoute, ne se trouvait pas affectée elle-même par le pacte dont il s'agit, qui constituait seulement une clause de liquidation.

348. — Une exonération partielle n'est pas suffisante pour emporter nullité. En d'autres termes, la nullité de la stipulation par laquelle un des associés est affranchi de toute contribution aux pertes ne saurait être encourue lorsque l'apport de l'associé reste, dans une certaine mesure, réellement exposé aux pertes. Il en est ainsi, spécialement, dans le cas où un commanditaire, ayant cédé sa part de bénéfices à quelques-uns de ses associés, moyennant une prestation annuelle payable pendant la durée de la société seulement, le juge du fond constate que, à l'époque où elle était conclue, cette stipulation n'avait pas pour effet d'exonérer le cédant de toute chance de perte du capital par lui engagé, à raison de la possibilité d'une liquidation de la société à bref délai. — Cass., 9 juill. 1885, Brisset frères, [S. 88. 1.477, P. 88.1.1169, D. 86.1.301]

349. — A plus forte raison peut-on stipuler que la contribution de l'associé aux pertes sera *limitée à son apport*. Cette limitation est de droit pour les commanditaires et pour les actionnaires, en vertu même du type social adopté. Mais il est également loisible aux parties, dans un autre type de société, commerciale ou même civile, de limiter leur responsabilité à leur apport, tout au moins dans leurs rapports avec leurs coassociés, par une clause expresse des statuts. Ainsi, est licite la clause d'un acte de société par laquelle l'un des associés est affranchi de toute contribution aux pertes tant qu'elles ne dépasseront pas le capital apporté par des coassociés; une telle clause ne saurait être assimilée au pacte léonin prohibé de l'art. 1855, surtout si l'apport de cet associé consiste dans un établissement ou matériel industriel dont la dépréciation demeure à sa charge. — Paris, 27 juill. 1869, Sax, [S. 70.2.47. P. 70.97]

350. — Jugé de même que, dans une société en nom collectif il peut être stipulé que l'un des associés sera affranchi, vis-à-vis de ses coassociés, de toute contribution aux dettes dépassant l'actif social. — Paris, 15 mars 1866, Schmitz, [S. 66.2.235, P. 66.919] — Et une telle stipulation résulte suffisamment de la clause portant qu'il ne pourra jamais être fait à cet associé de demande de fonds. — Même arrêt.

351. — De même encore, au cas où il est stipulé par un associé qu'il retirera son *brevet d'invention*, à la dissolution, la convention est valable, car l'associé court les risques de dépréciation de son brevet. — Paris, 21 déc. 1886, [*Rev. des soc.*, 87. 89]

352. — 2° *La clause d'affranchissement doit se référer aux sommes et effets mis dans la société.* — En conséquence, si un associé consent un prêt en faveur de ses coassociés et en stipule le remboursement, cette clause est licite pourvu qu'il ne s'agisse pas là d'un *apport* social. — Trib. Seine, 29 juin 1892, [J. *La Loi*, 20 août 1892] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 452. — V. *supra*, v° *Société (en général)*, n. 102 et s.

353. — De même, rien ne s'oppose à ce que l'on dispense de toute contribution aux pertes celui qui, sans mettre des *sommes* ou *effets* dans le fonds social, y apporte uniquement son *industrie*. — Guillouard, n. 241; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 40; Troplong, t. 2, n. 654; Pont, t. 1, n. 452; Laurent, t. 26, n. 291; Duvergier, t. 20, n. 257; Aubry et Rau, t. 4, p. 546, § 377; Delvincourt, t. 4, p. 453, note 4; Duranton, t. 17, n. 419. Colmet de Santerre, t. 8, n. 39 *bis*-III; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 779.

354. — Les biens que le second alinéa de l'art. 1855 interdit d'affranchir de toute contribution aux pertes étant exclusivement les sommes ou effets mis dans le fonds social, cette prohibition ne concerne en aucune façon les biens personnels des associés, dont ils n'ont pas promis de faire l'apport à la société. Aussi a-t-il pu être jugé qu'une partie qui fournit à deux entrepreneurs, chargés d'un certain travail, un capital déterminé et productif d'intérêts, peut consentir, en même temps, sur les intérêts à échoir, l'abandon d'une certaine somme (spécialement de 10,000 fr.), moyennant l'attribution faite au stipulant, par lesdits entrepreneurs, du tiers des bénéfices de l'entreprise : il est satisfait, en pareil cas, à la prescription de l'art. 1855, relative à la contribution aux risques, la somme de 10,000 fr. constituant un apport soumis aux chances de perte que peut subir l'association. — Cass., 5 déc. 1887, Consorts Boudon, [S. 90.1.467, P. 90.1. 1115, D. 88.1.431] — Bruxelles, 24 nov. 1832, [*Pasicr.* 32.2.273] — Laurent, t. 26, n. 292; Pont, t. 1, n. 452; Guillouard, n. 242; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 779.

355. — Au surplus, et dans le cas où la convention ne serait considérée que comme un prêt, ce prêt ne serait pas usuraire, du moment où il est constaté en fait, par le juge du fond, qu'il n'y a eu aucune réalisation de bénéfices, et que, par le résultat du compte à établir, le prêteur rentrera seulement dans son capital et dans les intérêts dont il n'a point consenti l'abandon. — Même arrêt.

356. — III. *Sanction de l'art. 1855, C. civ.* — Dans le cas de contravention aux dispositions de l'art. 1855, doit-on déclarer nulle la clause léonine seulement, ou la société tout entière? Il y a quelque difficulté sur ce point en présence de la contradiction des deux alinéas de l'art. 1855; l'un dit « la convention », l'autre « la stipulation ». Quelques auteurs ont voulu restreindre la nullité à la clause léonine, prétendant qu'en ce cas, l'art. 1853, C. civ., s'appliquerait en ce qui concerne le règlement des parts. — Paris, 17 juin 1901, L..., [S. et P. 1901.2.304] — Delvincourt,

t. 3, p. 122, n. 2; Pardessus, n. 988; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 713, p. 425; Delangle, n. 120; Alauzet, t. 1, n. 188; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 48.

357. — Mais il suffit de rappeler que l'art. 1172, C. civ., déclare que dans tous les contrats à titre onéreux, la condition illicite est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. D'ailleurs Treilhard disait : « La société est un contrat consensuel, et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt des parties ne serait pas la base » (Fenet, t. 14, p. 395). « Si le projet, dit Boutteville, a le soin d'ajouter qu'une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits et l'affranchirait de toutes les pertes n'est pas une société », c'est pour ne pas laisser oublier que jamais la violence, la force ne produisent de véritables droits, de conventions légitimes. Il semble donc plus juridique d'appliquer ici, non pas les règles prévues pour la liquidation des sociétés, mais celles existant pour la liquidation des communautés et indivisions. — Paris, 14 avr. 1883, de Marc, Galitzin et autres, [D. 84.2.122] — Bordeaux, 3 févr. 1890, [*J. Bordeaux*, 90.1.225] — Lyon, 16 juin 1899, [J. *La Loi*, 2 nov. 1899] — *Sic*, Fenet, t. 14, p. 395; Duranton, t. 17, n. 422; Duvergier, t. 20, n. 277; Troplong, t. 2, n. 662; Pont, t. 1, n. 467; Laurent, t. 26, n. 133; Demangeat, t. 1, p. 170; Guillouard, n. 246; Houpin, t. 1, n. 116; Huc, t. 11, n. 86; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 288.

358. — Le tribunal de la Seine a jugé, d'autre part, que pour qu'il y eût application de l'art. 1855, C. civ., il fallait qu'il y eût réellement société. — Trib. Seine, 13 juill. 1882, [*Gaz. Pal.*, 1883, t. 2, 2ᵉ part., p. 100] — Il ne faut pas qu'il s'agisse d'une entreprise ayant un caractère chimérique. — Trib. Seine, 9 janv. 1891, [J. *Le Droit*, 12 févr. 1891]

359. — Au surplus, la nullité résultant de ce que tous les profits de la société ont été attribués à l'un des associés ne peut être opposée pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 22 janv. 1834, Dupuy, [P. chr.]

§ 5. *Des droits des associés sur les choses de la société.*

360. — A défaut de règles spéciales sur le mode d'administration, les art. 1859 à 1861, C. civ., posent plusieurs règles qui ne sont que la conséquence du principe d'égalité qui doit régner dans les sociétés civiles, et de la nécessité de combiner la libre action de chacun des associés avec l'intérêt social (Troplong, t. 2, n. 710 et s.). Ces règles sont : 1° Que chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à la destination, fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit (art. 1859, § 2); 2° Que chaque associé a le droit d'obliger ses coassociés à faire avec lui les dépenses nécessaires pour la conservation des choses de la société (art. 1859, § 3); 3° Que l'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendant de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent (art. 1859, § 4).

361. — Etablissons d'abord les conditions d'application des art. 1859, §§ 2 à 4, 1860, 1861, C. civ. : *a*) Ces dispositions sont étrangères au système de l'administration légale ou contractuelle ; elles ont uniquement pour objet de préciser, spécialement dans le cas où les statuts ne contiennent aucunes stipulations spéciales sur le mode d'administration, les droits de chaque associé sur les fonds sociaux et dans les affaires sociales ; *b*) elles ont pour but d'assurer la prédominance de l'affaire sociale en cas de conflits avec les intérêts particuliers, et de maintenir l'égalité entre les sociétaires. — Pont, t. 1, n. 569; Guillouard, n. 248; Pothier, n. 84; Houpin, t. 1, n. 105, p. 81. — V. Paris, 20 mars 1890, [J. *La Loi*, 30 sept. 1890]

362. — Nous allons maintenant passer en revue les diverses hypothèses énumérées par les art. 1859, 1860, 1861.

363. — 1° *Chaque associé peut se servir des choses sociales, dans la mesure compatible avec les droits de ses coassociés.* — Il ne fait pas de doute que les choses qui dépendent du fonds commun y ont été placées pour servir la fin que se propose la société ; par conséquent, les choses sociales ne peuvent être utilisées « contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher les autres associés d'user de leurs droits » (art. 1859, alin. 2). Ce point n'a jamais eu à être sanctionné par la jurisprudence. — Duvergier, t. 20, n. 360; Laurent, t. 26, n. 323.

364. — 2° *Chaque associé a le droit d'obliger ses coassociés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société.* — S'il s'agit de dépenses nécessaires pour la conservation des choses de la société, la volonté d'un seul des associés est suffisante pour engager les autres associés, et à supposer qu'une opposition se produise de la part de l'un des associés, la majorité peut en avoir raison; s'il s'agit au contraire de dépenses utiles, cette opposition ne peut être vaincue, puisqu'en ce cas l'unanimité des associés est indispensable pour que les associés soient engagés. — Pont, t. 1, n. 736; Troplong, t. 2, n. 736, 737; Guillouard, n. 216, 250.

365. — L'associé obligé de payer, dans les termes de notre article, les dépenses nécessaires, ne peut se soustraire à son obligation en faisant l'abandon de ses droits dans la société. — Bugnet, sur Pothier, *Société*, n. 133; Guillouard, n. 215; Troplong, t. 2, n. 735.

366. — Mais il faut qu'il s'agisse de dépenses nécessaires, et l'art. 1859, al. 3, serait inapplicable aux dépenses simplement utiles. — Guillouard, n. 250. — V. aussi Duvergier, t. 20, n. 363; Troplong, t. 2, n. 736; Boileux, t. 6, p. 332; Pont, t. 1, n. 576.

367. — 3° *Chaque associé ne peut faire d'innovations sur les immeubles de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent.* — La défense faite à chaque associé ou communiste de faire, sans le consentement de ses coassociés ou communistes, aucune innovation sur la chose commune (C. civ., art. 1859, n. 4) ne s'applique qu'aux changements qui tendraient à altérer la nature de cette chose, et non à ceux qui, en conservant à la chose son état et sa destination, n'ont pour objet que de faciliter pour l'un des associés ou communistes l'usage qu'il a le droit d'en faire, sans nuire d'ailleurs aux droits des autres associés ou communistes. — Toulouse, 30 mai 1828, Doumerc, [S. et P. chr.] — *Sic*, Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 8, sect. 4, n. 22; Pont, t. 1, n. 578; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 326.

368. — De ce que l'administrateur d'une société ne peut faire d'innovations sur les immeubles qui en dépendent, alors même qu'elles seraient avantageuses à la société, si les autres associés n'y consentent, il suit que les autres associés peuvent s'y opposer, faire enlever les constructions nouvelles, et obliger l'administrateur à remettre les choses en état. — Duvergier, t. 20, n. 321; Delvincourt, t. 3, p. 230.

369. — Il est du reste à remarquer que la prohibition de l'art. 1859, n. 4, C. civ., s'applique aussi bien aux meubles qu'aux immeubles. — Pont, t. 1, n. 578; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 328.

370. — 4° *Chaque associé ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société* (*art. 1860*). — L'art. 1860 refuse ce droit d'aliénation à l'associé *qui n'est pas administrateur.* Faut-il donc en conclure que tout associé administrateur a un plein pouvoir de disposition? Une telle solution fausserait l'esprit de la loi; nous établirons, au contraire, *infrà*, n. 462 et s., que le gérant lui-même n'a pas le droit de disposer des biens sociaux, mobiliers ou immobiliers, pour les aliéner ou les engager, à moins que leur vente ne constitue qu'un acte d'administration (vente des fruits, etc.). Pour aliéner, il faut être propriétaire; or, le droit de propriété n'appartient en propre qu'à la société elle-même, ou, si l'on n'admet pas que la société constitue une personne morale, à l'ensemble des associés, copropriétaires par indivis, et tous investis d'un droit égal sur les valeurs sociales. Aucun des associés ou communistes ne peut donc aliéner le bien social de sa propre autorité : « *Nemo ex sociis potest alienare* » (L. 68, princ.; Dig., *Pro socio*). Or si l'associé ne peut aliéner sans l'assentiment des coassociés, comment le pourrait-il en tant que gérant ou administrateur? Cette qualité lui confère simplement le pouvoir d'*administrer.* — Pont, t. 1, n. 585.

371. — En réalité, et c'est ainsi qu'il convient de rectifier la formule de l'art. 1860, la société *seule* peut disposer par vente ou engagement de ce qui lui appartient, réserve faite toutefois du cas où l'aliénation des biens sociaux est nécessaire pour que le but de la société soit atteint, et du cas où le pacte social donne ce pouvoir à l'associé administrateur. — Troplong, t. 1,

n. 744 et 745; Duvergier, t. 20, n. 310; Guillouard, n. 141, 251; Pont, t. 1, n. 517, 582.

372. — Pothier, qui a inspiré aux rédacteurs du Code le texte de l'art. 1860, se servait d'une formule un peu différente, en apparence tout au moins, de celle consacrée par le législateur de 1804; pour lui, « un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société, *si ce n'est pour la part qu'il y a* ». Certains auteurs estiment que le silence du texte de l'art. 1860 à cet égard n'a pas eu pour effet de modifier notre ancien droit et que, par suite, chaque associé peut librement transférer à un tiers le droit indivis qui lui appartient dans la société; ces auteurs reconnaissent, d'ailleurs, que cette aliénation *parte in qua* n'est pas opposable aux autres coassociés tant que dure la société. — Duvergier, t. 20, n. 371; Thiry, *Rev. crit.*, 1854, p. 438; Pont, t. 1, n. 587; Laurent, t. 26, n. 328; Guillouard, n. 252; Demante, t. 8, n. 49.

373. — D'autres auteurs estiment, au contraire, que le silence du Code à cet égard doit être interprété en ce sens que les associés ne peuvent plus disposer de leur part dans la société : solution absolument rationnelle, d'ailleurs, si l'on admet, avec la jurisprudence, que les sociétés civiles forment à l'heure actuelle des entités juridiques (V. *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 517 et s.). — Malepeyre et Jourdan, p. 65; Bravard-Veyrières et Demangeat, p. 29; Rauter, *Soc. civ.*, p. 191; Colmet de Santerre, t. 8, n. 49 *bis*-II. — Il est indéniable que cette thèse de la personnalité des sociétés civiles puise une nouvelle force dans la loi du 1er juill. 1901 sur les associations, dont l'art. 6 confère une personnalité restreinte à toute association, quel qu'en soit l'objet, moyennant une simple déclaration. Nous retrouverons du reste ce même problème à propos de l'art. 1861, C. civ.; il nous suffit donc de l'indiquer ici d'un mot.

374. — Ne pouvant aliéner les biens sociaux, l'associé ne pourrait pas davantage les hypothéquer ou les grever d'un droit réel quelconque, ni contracter un bail emphytéotique impliquant pour le preneur un *jus in re*. La jurisprudence admet même que lorsqu'un bail ordinaire souscrit par un associé administrateur est reconnu dépasser en durée les besoins de la société, cet associé peut, au cas de dissolution de la société avant l'expiration du bail, être condamné à en payer seul les termes qui restent à courir. — Cass., 7 mars 1837, Lachelin, [S. 37.1.740, P. 37.2.11]

375. — 5° *Chaque associé peut, sans le consentement de ses coassociés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas sans ce consentement l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration (C. civ., art. 1861).* — L'origine de cette disposition remonte au droit romain. Ulpien disait déjà : « *Socii mei socius meus socius non est* » (L. 20, D. *Pro socio*, XVII, 2. — V. L. 47, D. *de regulis juris*). Domat à son tour déclarait : « Si un des associés s'associe une autre personne, ce tiers ne sera point associé des autres, mais seulement de celui qui l'a associé; ce qui sera entre eux *une autre société séparée* de la première, et bornée à la portion de cet associé qui s'en est joint un autre ». — Domat, *Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 2, n. 5. — V. aussi Pothier, n. 91.

376. — Il est donc de principe, aujourd'hui comme jadis, que *nul ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement de tous.* Cette règle est le corollaire logique du principe d'après lequel le contrat de société civile repose sur la confiance réciproque des contractants, est un contrat *intuitu personæ*. Dans toute société constituée *intuitu personæ*, société civile ou société commerciale de personnes (société en nom collectif ou société en commandite simple), tous les associés sont censés se connaître; d'où il suit que, si rien ne s'oppose à ce qu'un associé cède à un tiers ses droits dans la société, c'est à la condition que le cédant, malgré cette cession, conserve sa qualité d'associé. — V. Bordeaux, 10 mars 1892, Synd. Pouget, [S. et P. 92.2.319, D. 92.2.351]

377. — Le cessionnaire de la part d'un associé n'a donc pas la qualité ni les prérogatives de l'associé; et, par conséquent, il ne peut réclamer, comme le pourrait faire l'associé cédant, la communication des livres de la société (V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 271). Si la jurisprudence autorise parfois le commis intéressé à demander cette communication (V. *suprà*, v^is *Commis*, n. 61 et s.; *Livres de commerce*, n. 236 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 122 et s.), c'est parce qu'à raison de son intérêt dans les affaires de la maison de commerce, il doit être considéré sous certaines conditions comme l'associé de son patron; cette qualité d'associé n'appartenant pas, comme nous l'avons dit, au tiers auquel un associé a cédé sa part de bénéfices dans la société, il ne peut émettre la prétention d'obtenir communication des livres de la société. — V. *suprà*, v° *Livres de commerce*, n. 222 et 223.

378. — L'associé ne peut pas plus engager sa part sociale qu'il ne peut l'aliéner. Jugé, en ce sens, que lorsque les statuts d'un acte de société interdisent à chaque associé la faculté de vendre sa part sociale, le tiers créancier auquel un associé a donné en nantissement sa part dans la société, même avec subrogation dans tous ses droits et actions, n'est pas recevable à actionner directement le gérant de la société en reddition de compte : il n'a d'autre droit que celui de toucher les dividendes et restes-quotes de compte à débattre entre son débiteur et le gérant. — Rouen, 2 janv. 1847, Restout, [S. 48.2.660, P. 49.2.232, D. 51.2.232]

379. — Mais s'il ne peut dépendre de la volonté unilatérale de l'associé de se substituer un tiers, en ses lieu et place, dans la société, cette substitution peut s'effectuer *du consentement de tous.* Ce consentement peut se manifester de plusieurs façons : a) *par le pacte social.* Les associés peuvent convenir que chacun aura le droit de céder sa part à un tiers. La validité de cette clause, même à l'égard des tiers, est établie par le motif qu'en donne, par exemple, la cour de Paris, dans un arrêt de 1868 : « Considérant qu'une pareille clause n'a rien d'illicite, qu'aucun texte de loi ne la prohibe, et qu'elle ne présente rien de contraire à la morale et à l'équité; que les tiers ne sauraient en souffrir, du moment où elle est écrite dans les statuts, toute personne qui veut traiter avec la société étant libre de s'abstenir, si elle ne trouve pas dans son organisation des garanties différentes ». — Paris, 28 janv. 1868, Badel, [S. 69.2.105, P. 69.468, D. 68.2.214] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, § 381, p. 559; Pont, t. 1, n. 609; Lyon-Caen, note sous Paris, 28 janv. 1868, précité; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 270; Guillouard, n. 255; Laurent, t. 26, n. 340.

380. — La clause est, d'autre part, opposable *aux tiers*, parce que « le créancier, en traitant avec la société, a accepté la loi des statuts; qu'il a consenti à avoir pour obligée, non pas telle ou telle personne faisant partie de la société au moment où il traitait, mais toute personne qui en deviendrait membre par un transfert régulier des parts ou actions, conformément aux statuts ». — Même arrêt. — V. cep. Aubry et Rau, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

381. — Dans les actes de sociétés formées pour l'exploitation des charges d'agent de change, on a pris l'habitude d'insérer un article d'après lequel les bailleurs de fonds peuvent se substituer un tiers, du consentement du titulaire ou gérant de la charge, et après avoir obtenu au préalable l'agrément de la chambre syndicale. — Sur les cessions de parts d'agent de change, V. *suprà*, v° *Agent de change*, n. 112, 122 et s.

382. — b) *Par le consentement de tous les associés.* — Sauf dérogation résultant des statuts ou de la nature même de la société, l'adjonction d'un membre à une société civile ne peut s'opérer que du consentement de tous les associés, et non pas avec l'assentiment de la majorité seulement. Cette règle a été déclarée applicable notamment aux associations de fromagerie existantes dans le Jura. — Besançon, 23 avr. 1845, Oudet, [S. 46.2.655, P. 47.1.456, D. 47.2.15] — Aubry et Rau, t. 4, p. 559, § 581; Guillouard, n. 257; Laurent, t. 26, n. 332; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 778; Pont, t. 1, n. 603 et s. — Cependant la question est controversée. — V. *suprà*, v° *Association agricole*, n. 107 et s.

383. — Le droit de se substituer un tiers sans le consentement de tous les associés est refusé même à l'administrateur; l'art. 1861 est formel à cet égard. — Pothier, n. 95; Pont, t. 1, n. 604.

384. — Mais dans quelle forme doit se manifester le consentement des associés? La loi n'impose aucune forme, de sorte qu'il peut être écrit, verbal ou tacite; toutefois, à défaut de preuve par écrit, l'intéressé ne peut recourir que dans les termes du droit commun à la preuve par témoins pour établir que les intéressés ont consenti à le considérer comme associé, puisque la société est par hypothèse une société civile (V. *suprà*, n. 77 et s.). — Cass., 7 févr. 1826, Basdet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 26, n. 333; Pont, t. 1, n. 606; Guillouard, n. 254.

385. — L'acquiescement des associés peut résulter implicitement de la division du capital en actions, c'est-à-dire en frac-

tions dont la cession est, sauf dérogation, opposable par elle-même aux autres associés. — Pont, t. 1, n. 598; Guillouard, n. 254; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 37, 100, 270; Troplong, t. 1, n. 128; Pardessus, t. 3, n. 973; Laurent, t. 26, n. 331; Baudry-Lacantinerie et Walh, n. 331; Beudant, *Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action en matière de société* (Rev. crit., 1869, t. 34, p. 135 et s., 328 et s., 405 et s.); Batbie, *Rev. crit.*, 1869, t. 34, p. 332 et s.

386. — Il en est particulièrement ainsi dans les sociétés de mines qui constituent des sociétés de capitaux, et non des sociétés de personnes. — Liège, 27 juin 1838, [*Pasicr.*, 38.2.175] — *Sic*, Guillouard, n. 367; Delecroix, *Des sociétés de mines*, n. 167; Laurent, t. 26, n. 422. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n 2042 et s.

387. — On ne saurait donc considérer comme un croupier, mais est un véritable associé, le cessionnaire des actions d'une société, cette société fût-elle civile; la société a donc action, pour le paiement du non-versé, contre les détenteurs actuels. — Paris, 22 mai 1852, Marlhiou, [S. 52.2.577, P. 55.2.343, D. 55.2.265], — et peut, à défaut de paiement, faire procéder à l'exécution des titres, c'est-à-dire les faire vendre en Bourse et s'approprier le produit de la vente. — Cass., 15 févr. 1872, Remy, [S. 72.1.321, P. 72.846, D. 72.1.244] — Sur la question de savoir dans quelle mesure les précédents porteurs peuvent être poursuivis comme responsables du non-versé, V. *infrà*, v° *Société commerciale*. — V. aussi pour le cas de cession d'un titre nominatif, non régularisé par un transfert : Cass., 31 janv. 1887, Paquet, Paquin et Liagre, [S. 90.1.527, P. 90.1.1268, D. 87.1.335]

388. — *De la clause de retrait.* — Il arrive assez souvent, dans le cas où les associés ont le droit de se substituer un tiers qui prend leurs lieu et place dans la société, que cette faculté se trouve limitée en ce sens que l'associé qui désire céder sa part sociale doit en avertir la société qui peut alors exercer ce qu'on a appelé le retrait social. La validité d'une telle clause est incontestable. — Cass., 17 avr. 1834, Mallez, [S. 34.1.276, P. chr.] — Gand, 26 mai 1858, [*Pasicr.* 58.2.393] — *Sic*, Beltjens, *Dr. comm. belge*, t. 2, p. 152; Pont, t. 1, n. 610; Huc, t. 11, n. 96; Guillouard, n. 256.

389. — Jugé, par application de cette clause : 1° Que la cession qu'un associé a faite à un tiers d'une partie de ses droits dans la société, peut, malgré la qualification de croupier donnée au cessionnaire et d'après l'ensemble des clauses de l'acte, être déclarée ne constituer qu'une vente pure et simple d'une part d'intérêt, et non une association entre le cédant et le cessionnaire. Par suite, si l'acte social donne à la société le droit d'exercer le retrait en cas de vente par un des associés de son intérêt, tout en lui refusant ce droit au cas où un associé ne ferait que prendre un croupier, le retrait peut être exercé par la société contre ce cessionnaire, sans qu'il puisse se prévaloir de la qualité de croupier qui lui est donnée par l'acte de cession. — Cass., 24 nov. 1856, Mallez, [S. 57.1.516, P. 58.68, D. 56.1.429]

390. — 2° Que s'il a été convenu dans un acte de société que les associés qui vendraient leur intérêt seraient tenus d'en avertir les membres du comité, un jour de séance, pour que la société exerce, si elle le juge convenable, dans un certain délai, le droit de retrait qu'elle s'est réservé, il peut être décidé que le but de cette clause n'a pas été rempli par des significations faites soit au receveur de la société, soit aux sociétaires individuellement. — Cass., 17 avr. 1834, précité. — V. Guillouard, n. 256; Laurent, t. 26, n. 334; Pont, t. 1, n. 608 et s.

391. — 3° Que, lorsque, par un acte de société, il a été convenu que l'associé qui voudra vendre son intérêt devra l'offrir aux directeurs de la société pour être repris ou abandonné par les associés, dans un délai fixé, on doit entendre qu'il suffit à l'associé, pour faire courir le délai, d'instruire par lettre les directeurs de la cession qu'il veut faire, sans qu'il soit tenu de la leur notifier par exploit d'huissier. — Douai, 10 janv. 1839, Bleuart, [S. 39.2.595, P. 39.2.350] — *Sic*, Guillouard, *loc. cit.*; Pont, t. 1, n. 610 et s., 615; Laurent, *loc. cit.*

392. — 4° Que la cession d'une part sociale est censée ne pas exister à l'égard de la société tant que le délai pendant lequel celle-ci peut exercer le retrait n'est pas écoulé. — Bruxelles, 25 avr. 1870, [*Pasicr.* 71.2.425] — V. Laurent, t. 26, n. 335.

393. — Mais le retrait ne peut avoir lieu que s'il a été stipulé dans le contrat de société. En l'absence de toute clause de ce genre, le cessionnaire de droits indivis dans une société ne peut être, après dissolution, écarté du partage par les coassociés du cédant : la règle de l'art. 841, C. civ., relatif au retrait successoral, est inapplicable en matière de société. — V. *infrà*, n. 1207. — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 474.

394. — *De l'adjonction d'un croupier.* — L'associé peut traiter de sa part dans la société, sans requérir l'assentiment de ses coassociés; en ce cas les règles sont toutes différentes de celles que nous venons de préciser. Un associé peut s'adjoindre une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société (art. 1861). Cet associé se nomme *croupier*, « parce qu'il chevauche en quelque sorte, dit Pont, avec l'associé qui le prend en croupe, car il n'y a entre eux deux qu'une seule et même part. » — Laurent, t. 26, n. 337, p. 348; Houpin, t. 1, n. 107, p. 83; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 225.

395. — Il est nécessaire de préciser les rapports qui s'établissent entre le croupier et son cédant, car évidemment le croupier n'a aucun lien avec la société elle-même.

396. — Le croupier n'a aucune des prérogatives des associés. Ainsi : 1° Il n'est pas autorisé à prendre communication des livres de commerce de la société. — Paris, 14 janv. 1893, de Mozarin, [S. et P. 94.2.269, D. 94.2.365] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. comm.*, t. 2, n. 271. — Il en est ainsi alors du moins que l'associé cédant ni les autres associés n'ont pris vis-à-vis de son cessionnaire aucun engagement particulier relatif à cette communication. — Même arrêt.

397. — 2° De même, les tiers sous-participants ou croupiers d'un associé participant n'ont pas le droit de s'immiscer dans les faits de gestion et d'administration de la société, ni d'exercer un contrôle sur les résolutions prises par le comité de gérance; par suite, il ne sont point recevables à intenter contre le participant, à la part duquel ils sont associés, une demande en reddition des comptes de la gestion de ce dernier. — Cass., 8 juill. 1887, Dreyfus frères, [S. 89.1.252, P. 89.1.628] — Orléans, 25 mai 1888, Mêmes parties, [S. 89.2.155, P. 89.1.857]

398. — Spécialement, un jugement ne saurait prescrire à l'associé participant de laisser les croupiers prendre communication et copie des pièces et documents, pouvant leur permettre de contrôler la sincérité des bilans annuels et l'exactitude des comptes qui ont été régulièrement approuvés par les participants. — Orléans, 25 mai 1888, précité.

399. — Il en est ainsi, du moins, lorsque les conventions des parties, souverainement interprétées par le jugement lui-même, étaient exclusives du droit pour les croupiers de prendre part à l'établissement des comptes de gestion de la société, et que le même jugement, en se fondant sur l'interprétation de ces conventions, a rejeté la demande en reddition de comptes de gestion, formée par des croupiers contre le participant à la part duquel ils sont associés. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander et Cie, et Goguel, [S. 89.1.252, P. 89.1.628]; — 8 juill. 1887, Dreyfus frères, précité. — Il n'en pourrait être autrement, et les décisions et comptes des participants ne cesseraient d'être opposables aux croupiers, que si les croupiers alléguaient la mauvaise foi des participants. — Cass., 8 juill. 1887 (deux arrêts), précités. — Orléans, 25 mai 1888, précité.

400. — 3° L'associé qui s'est sous-associé un tiers a capacité pour vendre les objets dépendant de la part commune, dont il a conservé l'administration et la disposition comme propriétaire apparent. Le sous-associé n'est pas fondé à demander la nullité de ces ventes jusqu'à concurrence de sa part d'intérêt : il ne peut que demander compte à l'associé principal. — Cass., 26 mai 1841, Ganhil, [S. 41.1.748, P. 41.2.374]

401. — Dans le même cas, le sous-associé ne serait pas recevable à prétendre que la vente ne peut faire obstacle à l'exercice de ses droits, sous prétexte qu'elle n'a pas porté sur un corps certain et déterminé, en ce que les choses vendues faisaient partie d'une part indivise dans l'association principale, si d'ailleurs la vente a été faite avec indication précise de la quotité vendue et du lieu où elle se trouvait. — Même arrêt.

402. — Si le croupier ne peut exercer, au regard de la société et des associés, les droits dévolus à son cédant, qui le représente valablement et dont il doit respecter tous les actes de gestion non frauduleux, à plus forte raison ne saurait-il prétendre à exercer, à l'encontre de la société, des droits qui n'appartiendraient même pas à son cédant. C'est ainsi, notamment, qu'il ne peut pas exiger le remboursement de son capital avant que les comptes généraux et définitifs de la participation n'aient été apurés. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander, précité. — *Sic*, Colmet de Santerre, t. 8, n. 50 *bis*-VII.

403. — Sans doute, les associés sont libres de ne point ajourner à la fin des opérations de la société le reglement définitif des profits et pertes, et de stipuler, par le traité de participation, la liquidation annuelle des opérations sociales et la distribution des bénéfices pouvant résulter de chaque liquidation; dans ce cas, les bénéfices ainsi partagés sont définitivement acquis à ceux qui les ont perçus. Du reste, alors même que les opérations de la société se liquideront, au point de vue de l'attribution des bénéfices, par des bilans annuels auxquels leur approbation imprimera un caractère définitif, ils n'en sont pas moins libres de s'écarter de cette convention par un accord en sens contraire; et les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation pour constater que l'accord intervenu avait pour objet de réserver, non la distribution, pour une époque ultérieure, de bénéfices réputés définitivement acquis, mais, au contraire, l'examen et la solution de la question de savoir s'il ressortait, en réalité, un bénéfice certain de l'excédent d'actif par lequel se soldait le compte profits et pertes des bilans arrêtés (Cass., 8 juill. 1887, Dreyfus frères, précité). De tels accords, intervenus entre associés, sont opposables au croupier, en tant du moins que celui-ci n'est en mesure d'arguer d'aucune fraude. — Mêmes arrêts.

404. — *Quelle est la nature du contrat de sous-association?* — Certains auteurs y voient un contrat de simple communauté; il n'y aurait donc point une seconde société se greffant sur la première. Cette théorie est tout entière basée sur ce fait que le cessionnaire n'a pas d'*apport* proprement dit; et que, d'autre part, il n'a pas les droits d'un véritable associé. — Duvergier, t. 20, n. 375.

405. — On estime, au contraire, dans un autre système qui prévaut aujourd'hui, que la cession faite à un tiers par un associé constitue une vente, si elle porte sur sa part totale dans la société; une véritable société, lorsqu'elle ne porte que sur une fraction de cette part. — Troplong, t. 2, n. 757; Aubry et Rau, t. 4, p. 558, § 381; Delvincourt, t. 3, p. 126; Molinier, n. 364; Boileux, t. 6, p. 334; Pardessus, n. 195; Bédarride, n. 23; Alauzet, n. 211; Pont, t. 1, n. 618; Laurent, t. 26, n. 337; Guillouard, n. 268; Houpin, t. 1, n. 107; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 225.

406. — Jugé toutefois, au point de vue fiscal, que l'acte par lequel un associé cède à un tiers une part de son intérêt social, bien que qualifié de *sous-société*, constitue une vente ou cession mobilière passible du droit proportionnel de mutation, lorsque la part d'intérêt cédée est transmise au cessionnaire à titre de propriété distincte et exclusive, et que le prix stipulé est versé non à la sous-société pour former un actif qui lui soit personnel, mais à la société principale elle-même. — Cass., 6 déc. 1865 (2 arrêts), Delloye, [S. 66.1.172, P. 66.426, D. 66.1.24]; — 13 janv. 1892, Henry, [S. et P. 92.1.100, D. 92.1.587]

407. — En tout cas, et la convention dût-elle être considérée comme constituant une véritable sous-société, elle n'en serait pas moins passible du droit proportionnel, en ce que la dispense de ce droit pour les actes de société n'a lieu que lorsqu'ils ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens entre associés. — Cass., 6 déc. 1865, précité.

408. — La distinction que l'on prétend établir entre le cas où la cession à un tiers par un associé constitue une vente ou une société n'a pas seulement d'intérêt au point de vue des lois d'enregistrement, elle en présente notamment encore quant aux mesures de publicité, si l'on admet, avec certains auteurs, que ces mesures, nécessaires pour rendre les cessions de certains biens opposables aux tiers, ne sont pas applicables au cas d'apport de ces mêmes biens dans une société. — Troplong, t. 2, n. 765; Pont, t. 1, n. 637; Guillouard, n. 261; Duvergier, t. 20, n. 378; Duranton, t. 17, n. 444; Delangle, n. 203.

409. — Quoi qu'il en soit de cette distinction, on doit reconnaître que, si l'actif social comprenait des créances contre des tiers, et que, par le partage, ces créances fussent tombées dans le lot du cessionnaire, celui-ci devrait signifier aux débiteurs son transport, afin de les empêcher de payer entre les mains de l'associé cédant. — Troplong, t. 2, n. 766; Duranton, *loc. cit.*

410. — On admet généralement que celui qui cède en tout ou en partie ses droits d'associé n'est tenu qu'à la garantie de sa qualité, mais non pas des pertes résultant de l'insolvabilité de ses coassociés. — Duvergier, t. 20, n. 380; Troplong, t. 2, n. 762; Delangle, n. 196 et s.; Pont, t. 1, n. 627 et 628; Guillouard, n. 263.

411. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que celui qui vend des actions sociales n'est pas garant de leur validité ou valeur réelle au moment de la vente, comme le serait, aux termes de l'art. 1693, C. civ., le vendeur d'une créance ou autre droit incorporel. — Lyon, 7 févr. 1850 (motifs), Desgaultières, [S. 50. 2.369, et les conclusions de M. l'avocat général Valentin, P. 52.1. 185, D. 50.2.135] — Sur la négociation des actions dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions, V. *infrà*, v^is *Société commerciale*, *Valeurs mobilières*.

412. — De même, lorsqu'une personne ayant un intérêt dans une entreprise sociale, a vendu cet intérêt sans garantir la continuation de l'entreprise, la cessation postérieure ne peut donner lieu à la résiliation du traité. — Lyon, 12 févr. 1840, Machard, [S. 40.2.174]

413. — S'il n'existe pas des liens de droit direct entre la société et le croupier, il ne s'ensuit pas que la société ne puisse en certains cas intenter une action contre ce dernier. En effet, tout d'abord la société peut agir contre lui en paiement des dettes sociales, par l'action oblique de l'art. 1166. — Trib. Seine, 8 août 1889, [*J. des faillites*, 89.523]

414. — Elle peut, d'autre part, l'actionner directement en réparation du dommage qu'il aurait par son fait causé à la société. Mais, en pareil cas, elle peut, si elle le préfère, actionner le cédant, responsable des faits et gestes de son sous-associé. Si celui-ci est insolvable, c'est le cédant qui sera contraint d'indemniser la société du préjudice éprouvé. — Liège, 12 déc. 1868, [*Pasicr.* 69.2.252] — Trib. comm. Albi, 15 juill. 1891, [*J. soc.*, 92.447] — V. Pont, t. 1, n. 631; Guillouard, n. 262.

§ 6. *De l'administration de la société.*

415. — En ce qui concerne l'administration de la société, il faut distinguer le cas où le pacte social est muet à cet égard et le cas où le contrat de société a pourvu à l'administration sociale. Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

1° *Cas où il n'y a pas d'administrateurs nommés.*

416. — La gérance telle qu'elle est organisée par le Code civil, pour le cas de silence des contractants, ne peut s'appliquer que « à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration » (art. 1859). Le principe qu'il nous suffira de rappeler ici est, en la matière, la « liberté des contractants ». En d'autres termes, le but du législateur a été uniquement de suppléer à la volonté des intéressés, de telle sorte que les règles dont l'exposé va suivre ne sont applicables que dans les cas et dans la mesure où le pacte social ne s'est pas expliqué sur le point en litige. — Pont, t. 1, n. 494; Laurent, t. 26, n. 301; Thiry, t. 4, n. 137; Guillouard, n. 121; Huc, t. 11, n. 87; Boistel, n. 160; Houpin, t. 1, n. 95.

417. — L'art. 1859 déclare dans son alinéa 1 : « Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part des associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue ». Le principe n'est donc pas douteux. Tous les associés peuvent exercer la gestion et ce que chacun fait est opposable à tous; on se trouve ici en face d'une présomption de mandat; chaque associé est pourvu d'un mandat tacite d'administrer. — Cass., 4 févr. 1852, Germain, [S. 52.1.245, P. 52.1.427, D. 52.1.82] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 553; Boileux, t. 6, p. 390; Guillouard, n. 141.

418. — Le gérant, selon Pothier, peut agir pour les biens et affaires de la société. Mais il s'agit de délimiter ses pouvoirs. A ce point de vue il convient de poser en principe que les pouvoirs d'administrateur des associés, dans le cas où *aucun d'eux* n'a été choisi comme gérant, sont en principe les mêmes que ceux dont jouissent les associés désignés comme gérants, lorsque leurs pouvoirs n'ont été déterminés ni dans le pacte social, ni dans aucun acte postérieur. Ces pouvoirs devant être étudiés *infrà*, n. 462 et s. avec quelques développements, nous nous bornerons ici à quelques indications sommaires.

419. — Ce mandat général d'administration conféré par la loi à chaque associé a, en principe, l'étendue définie par l'art. 1988 C. civ. (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 150 et s.). Mais le juge n'en a pas

moins une grande latitude d'appréciation, et il doit avant tout, dans la détermination des actes autorisés, s'inspirer du but de la société. En se plaçant à ce point de vue, il peut suivant les circonstances tenir pour régulière même une aliénation d'immeubles; il en serait ainsi du moins dans le cas d'une société civile constituée pour l'achat ou la vente d'immeubles. — V. sur le pouvoir du juge, Pont, t. 1, n. 515; Troplong, t. 2, n. 681; Duvergier, t. 20, n. 310; Rauter, p. 247; Delangle, n. 157; Houpin, t. 1, n. 100.

420. — Dans le cas où un associé aurait excédé les pouvoirs que lui donnent soit le Code civil, soit l'acte social, par exemple en acquérant un immeuble, il dépend des coassociés seuls de valider cet acte par une ratification; la justice serait impuissante à la faire valoir. — Cass., 10 mai 1831, Bailac, [S. 31.1.202, P. chr.]

421. — Si l'acte accompli par un associé en dehors de ses pouvoirs est inopposable aux autres associés, du moins engendre-t-il, à la charge de celui qui l'a perpétré à ses risques et périls, certaines obligations personnelles au regard des tiers de bonne foi. Ainsi jugé que l'administrateur d'une société charbonnière qui, agissant en cette qualité, a excédé les pouvoirs que lui conférait son mandat, demeure obligé personnellement envers ceux avec qui il a traité, et qu'il en est de même des administrateurs qui ont approuvé ultérieurement le marché conclu avec lui. — Douai, 12 déc. 1840, Hutin, [P. 41.1.176]

422. — L'art. 1859 confère à chaque associé individuellement le droit d'opposer son *veto* à l'acte que son coassocié se propose d'accomplir. Ce *veto* est suspensif, tant que l'opération n'est pas consommée.

423. — Mais l'opposition faite par l'un des associés n'est pas une fin de non recevoir péremptoire : la majorité des associés peut vaincre la résistance de l'opposant, pourvu d'ailleurs que l'acte litigieux constitue véritablement un acte d'administration, puisque, dans le cas où il s'agit d'actes de disposition, l'accord unanime des associés est nécessaire. — Aubry et Rau, t. 4, § 382, p. 563; Troplong, t. 2, n. 720 et s.; Guillouard, n. 144; Duvergier, t. 20, n. 286 et 287; Pardessus, *Dr. commerc.*, t. 4, n. 979 et 980; Delangle, t. 2, n. 437; Pont, t. 1, n. 561 et s.

424. — Quelle sera, en pareille occurrence, la majorité requise? Dans le cas où il s'agit d'accomplir un acte d'administration malgré la résistance de l'un des associés, la majorité se forme d'après le nombre des voix, et non pas proportionnellement à l'intérêt de chaque associé. — Duvergier, t. 20, n. 288; Guillouard, n. 146.

425. — La majorité des suffrages, d'ailleurs, doit être absolue; si, au cours de la discussion, différentes opinions se font jour et si aucune d'elles ne rallie la majorité absolue des suffrages, l'opposition faite par l'un des associés subsiste avec toute sa valeur, sans que les tribunaux puissent être appelés à mettre fin au conflit né entre les associés. — V. en sens divers, Duvergier, t. 20, n. 289; Pont, t. 1, n. 566; Troplong, t. 2, n. 722; Pardessus, t. 4, n. 979 et 980; Guillouard, *loc. cit.*; Laurent, t. 26, n. 321 et 322.

426. — Non seulement le vote de l'associé peut être écarté par la volonté de la majorité, calculée ainsi qu'il est dit plus haut, lorsqu'il s'agit d'un simple acte de gestion; mais une fraction importante de la doctrine admet même que l'opposition d'un associé malveillant ou opiniâtre, écartée par la majorité, peut, suivant les circonstances, donner lieu à une action en dommages-intérêts. — Duvergier, t. 20, n. 304; Duranton, t. 17, n. 439; Aubry et Rau, t. 4, p. 563, § 383.

427. — Mais ces principes ne s'appliquent qu'en tant qu'il s'agit des actes d'administration. Lorsqu'il est question d'innover, l'unanimité est nécessaire et l'opposition d'un seul associé suffit pour arrêter tous les autres (C.civ., art. 1859-4°; Troplong, t. 2, n. 724). En matière de société civile, par exemple dans le cas d'une société formée pour l'exploitation d'une mine, la délibération qui décide que, faute par les associés de payer dans un délai fixé leur contingent dans les dépenses, leur part dans les produits sera retenue par la masse moyennant un prix déterminé, n'est pas obligatoire pour ceux des associés qui n'y ont pas été parties, alors même qu'elle a été prise à la majorité. On ne saurait considérer cette délibération comme une mesure de simple administration, pour laquelle, dans toute société, la majorité des suffrages suffit.

428. — A plus forte raison l'unanimité sera-t-elle exigée, à moins de dispositions contraires dans l'acte de société, lorsque le pacte social pourrait se trouver modifié par l'acte que l'on projette d'accomplir. — Cass., 10 mars 1841, Michaud, [S. 41.1.357, P. 41.1.487]; — 22 août 1844, Grasset et autres, [S. 45.1.209, P. 45.1.253, D. 45.1.21]; — 14 févr. 1853, Fréret et autres, [S. 53.1.124, P. 54.1.459, D. 53.1.41]; — 17 avr. 1855, Gérente, [S. 55.1.652, P. 55.1.598, D. 55.1.213] — Riom, 21 janv. 1842, Michaud, [S. 42.2.260, P. 42.2.641] — Douai, 15 mai 1844, Boca et autres, [S. 44.2.403, D. 45.2.10] — Orléans, 20 juill. 1853, Fréret et autres, [S. 53.2.485, P. 54.1.459, D. 54.2.30] — Lyon, 9 janv. 1870, Borde, [S. 70.2.235, P. 70.910, D. 71.2.111] — *Sic*, Troplong, t. 1, n. 182; Delangle, n. 98; Pardessus, t. 4, n. 995; Aubry et Rau, t. 4, § 382, p. 563; Laurent, t. 26, n. 320; Pont, t. 1, n. 562; Guillouard, n. 145; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 318.

429. — Ainsi, l'étendue des opérations d'une société, telle qu'elle a été déterminée par les actes qui l'ont constituée, ne peut être restreinte ni par les administrateurs qui n'ont reçu que des pouvoirs généraux de gestion, ni même par la majorité de l'assemblée générale des actionnaires, malgré la résistance de la minorité, et cela alors même que ces restrictions auraient pour objet le plus grand avantage de la société. — Cass., 14 févr. 1853, précité; — 17 avr. 1855, précité. — Orléans, 20 juill. 1853, précité. — *Sic*, Guillouard, n. 129, 145; Aubry et Rau, t. 4, § 382, p. 563; P. Pont, t. 1, n. 562; Laurent, t. 26, n. 320.

430. — Il en est ainsi, alors surtout que ces restrictions auraient pour effet de changer l'objet même de la société. — Cass., 14 févr. 1853, précité. — Orléans, 20 juill. 1853, précité.

431. — Spécialement, lorsqu'une société a été fondée pour l'établissement et l'exploitation de deux chemins de fer partant d'un même point et arrivant à deux destinations différentes, la majorité des actionnaires ne peut restreindre la société à l'établissement et à l'exploitation d'un seul chemin. — Cass., 14 févr. 1853, précité; — 17 avr. 1855, précité. — Orléans, 20 juill. 1853, précité.

432. — En un tel cas, les actionnaires dissidents sont déliés de leurs obligations, et ont le droit de demander la restitution des sommes par eux versées dans la société. — Cass., 17 avr. 1855, précité. — Orléans, 20 juill. 1853, précité.

433. — Jugé également que la majorité ne peut imposer à la minorité qui s'y refuse une délibération par laquelle, en cas de retard par les associés de payer leur part contributive dans les dépenses, la part des retardataires dans les produits sera de plein droit dévolue à la masse, moyennant un prix fixé à l'avance, et employée à l'acquit de leur contingent dans ces dépenses. Ce n'est pas là un simple acte d'administration que la majorité puisse rendre obligatoire à l'égard de tous les associés. — Riom, 21 janv. 1842, précité.

434. — Et, dans ce cas, l'associé refusant qui, depuis la délibération à laquelle il n'a pas concouru, a continué de payer sa part contributive dans les dépenses, ne peut être réputé avoir, par ce fait, adhéré à la délibération qui lui imposait l'obligation de le faire, cette obligation résultant aussi du contrat social. — Cass., 10 mars 1841, précité.

435. — Jugé, à l'inverse : 1° Que lorsque la majorité des actionnaires d'une société fondée pour l'établissement et l'exploitation de deux chemins de fer, avait d'abord décidé de se restreindre à l'exécution d'un seul de ces chemins, les actionnaires dissidents ne peuvent plus demander pour cette cause la nullité de la société à leur égard et la restitution des sommes par eux versées sur le montant de leurs actions, lorsque, par suite d'une décision régulière ultérieure, la société a cédé à une autre compagnie la concession de l'autre chemin. — Cass., 19 mai 1857, Gérente, [S. 57.1.849, P. 57.748, D. 57.1.397]

436. — En un tel cas, si la société, sur le refus des actionnaires dissidents de compléter le versement du montant de leurs actions, en fait vendre les titres, elle peut valablement se libérer envers les actionnaires dont il s'agit, en leur restituant des actions de l'ancienne société en nombre égal à celles qui ont été vendues, à la charge par eux de faire les versements dont le refus avait motivé la vente de leurs actions ainsi que ceux qui auraient dû être faits depuis. — Même arrêt.

437. — 2° Que la délibération par laquelle l'assemblée des actionnaires d'une société restreint, de bonne foi et à la majorité des voix, l'étendue des opérations de la société dans une vue de bonne administration lie la minorité, quand même cette restriction aurait pour résultat d'annihiler les avantages qui avaient pu déterminer à entrer dans la société ceux des action-

naires qui réclament contre la délibération. — Paris, 26 avr. 1850, Freret et consorts, [S. 50.2.329, P. 50.2.409, D. 50.2.129]

438. — En tout cas, la majorité ne peut jamais contraindre, dans le silence des statuts, la minorité à augmenter le capital social par un nouvel apport. La cour de Nîmes a jugé, il est vrai, en sens contraire, que la majorité d'une société peut obliger chacun de ses membres à fournir au delà de sa mise, si ce supplément est nécessaire pour atteindre le but de l'exploitation mise en société. — Nîmes, 3 fruct. an XII, Daunant, [S. et P. chr.] — Mais cet arrêt est demeuré isolé. — V. au surplus, pour la théorie des changements et modifications aux statuts, et la détermination des cas dans lesquels un vote unanime des associés est nécessaire, théorie particulièrement importante dans les sociétés par actions, *infra*, v° *Société commerciale*.

439. — Il est bon de faire remarquer que l'art. 1859, C. civ., n'a de force que pour la durée de la société. Aussi a-t-il pu être jugé que le compte rendu, par le mandataire d'une société, aux héritiers d'un associé dont le décès a dissous la société, n'est pas opposable aux autres associés. — Cass., 4 févr. 1852, Germain, [S. 52.1.245, P. 52.1.427, D. 52.1.82] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 553; Guillouard, n. 141.

2° Cas où il y a des administrateurs nommés.

440. — I. *Nomination et révocation*. — La seule disposition relative à la nomination ou à la révocation des gérants est l'art. 1856, alin. 2, C. civ., ainsi conçu : « Le pouvoir de l'associé chargé de l'administration ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat ». De ce texte, il résulte qu'une distinction essentielle doit être faite entre les gérants statutaires et ceux désignés par acte postérieur.

441. — Que le ou les gérants (la loi n'en fixe pas le nombre) soient désignés par les statuts eux mêmes, ou par une délibération postérieure, ils sont les élus de l'unanimité des associés. Toutefois l'on admet que si les statuts imposaient la désignation d'un ou de plusieurs gérants, et que pour une cause quelconque ce choix ait été différé, leur nomination pourrait être faite, par exception, à la majorité. — Pont, t. 1, n. 499; Boistel, n. 161; Laurent, t. 26, n. 302; Houpin, t. 1, n. 96; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 252; Alauzet, n. 200; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 293.

442. — L'administrateur est-il obligé d'accepter la charge? S'il est désigné par le pacte social, il est obligé d'accepter; sinon, il doit se retirer de la société, et celle-ci doit se dissoudre, à moins qu'un accord unanime ne s'établisse entre les autres associés sur le choix d'un autre gérant. Dans tous les autres cas, il peut refuser la gérance. L'inconvénient d'un tel refus est atténué par le fait que le gérant peut être, au gré des intéressés, un tiers ou un associé. — Pont, t. 1, n. 499; Laurent, t. 26, n. 302; Huc, t. 11, n. 87.

443. — Il y a lieu de distinguer avec soin, au point de vue de la *révocation* des associés gérants, selon qu'ils ont été nommés par l'acte constitutif de la société ou par un acte postérieur. Dans le premier cas, ils ne sont révocables, sauf stipulation expresse dans les statuts, que par les tribunaux et s'il existe des *causes légitimes* pour leur enlever l'administration. C'est là une règle générale applicable aux sociétés civiles comme aux sociétés commerciales, et notamment à la société en commandite. — Cass., 8 mars 1892, Verstraët, [S. et P. 96.1.509, D. 92.1.236] — Paris, 28 févr. 1850, Clavelair, [S. 50.2.447, P. 50.1.364, D. 50.2.204] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 507, et t. 2, n. 1436; Guillouard, n. 132; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 785; Laurent, t. 26, n. 303; Colmet de Santerre, t. 8, n. 42 *bis*-I et s.; Ruben de Couder, v° *Société en commandite*, n. 245; Boistel, n. 208 à 276; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 508 *bis*; Dolez, *La société en commandite*, p. 66; Vavasseur, t. 1, n. 143; Houpin, t. 1, n. 210; Mornard, *Des sociétés en commandite par actions*, p. 105.

444. — Il est assez difficile de préciser ce qu'il faut entendre par causes légitimes. Ce que l'on peut dire de plus précis, c'est que le juge du fond, souverain appréciateur des faits relevés à la charge du gérant, devra rechercher s'ils sont susceptibles de compromettre l'avenir de la société. Il n'est donc pas nécessaire qu'une infidélité ait été commise par le gérant; une impéritie notoire, une série de négligences graves, susceptibles de nuire au fonctionnement normal de la société ou de paralyser son développement, peuvent être considérées comme des causes légitimes de révocation. Il en serait de même d'une série d'infractions aux lois qui régissent le contrat de société. — Houpin, t. 1, n. 98; Guillouard, n. 132. — V. aussi la plupart des auteurs cités au numéro précédent.

445. — Il n'est nullement nécessaire, pour provoquer la révocation d'un gérant statutaire infidèle, négligent ou incapable, de réunir l'assemblée des associés, et d'obtenir un vote conforme de la majorité. C'est un droit individuel pour chaque associé que celui de demander la révocation du gérant. — Trib. Seine, 30 déc. 1898, [*J. des soc.*, 1899, p. 524] — V. Pont, t. 1, n. 508; Troplong, t. 2, n. 676; Guillouard, n. 134. — *Contrà*, Duvergier, t. 20, n. 293.

446. — Quoi qu'il en soit, l'impossibilité pour l'assemblée (à moins d'une clause formelle dans les statuts : V. *infrà*, n. 447) de révoquer elle-même le gérant statutaire fait à celui-ci une situation très stable, et en un certain sens privilégiée. Aussi, par une juste réciprocité, le gérant statutaire ne peut-il donner sa démission sans raisons sérieuses; il peut toutefois le faire lorsqu'il a de bonnes raisons de résigner ses fonctions (grand âge, maladie, faiblesse). — Cass., 8 déc. 1890, Liquid. Moïtenier, [S. 91.1.68, P. 91.1.145, D. 91.1.458] — *Sic*, Malepeyre et Jourdain, p. 123; Rousseau, *Rép. en mat. de soc.*, v° *Gérant*, n. 4; Vavasseur, t. 1, n. 149; Pont, t. 1, n. 505, et *Petits contrats*, t. 1, n. 972, 1164 et s.

447. — Les statuts peuvent d'ailleurs déterminer avec plus ou moins de précision les causes de révocation. Ainsi est valable la clause des statuts sociaux autorisant la révocation des gérants « pour négligence ou fautes graves capables de compromettre l'existence de la société ». — Cass., 9 mai 1859, Sully, [S. 60.1.442, P. 60.870, D. 59.1.497]

448. — La jurisprudence déclare même valable la clause par laquelle les associés se réservent de révoquer *ad nutum* le gérant nommé par les statuts. Ainsi, décidé notamment qu'il peut être dérogé par des conventions particulières, même dans les sociétés en commandite, à la règle d'après laquelle le gérant, nommé par l'acte même de la société, ne peut être révoqué sans cause légitime tant que cette société dure. — Cass., 9 mai 1859, précité; — 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.279]; — 28 avr. 1863, Baut, [S. 63.1.383, P. 64.18, D. 63.1.408]; — 25 nov. 1872, Bouquet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 75.1.479] — Paris, 11 nov. 1848, Soc. des Batignolles, [S. 48.2.687, P. 49.2.198, D. 49.2.82] — *Sic*, Dolez, *loc. cit.*; Ruben de Couder, *op. cit.*, n. 246; Pont, t. 1, n. 506, et t. 2, n. 1437; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 509; Houpin, *loc. cit.*; Beudant, *Rec. crit.*, 1867, p. 417; Troplong, t. 2, n. 669; Duvergier, t. 20, n. 294; Guillouard, n. 133.

449. — Remarquons, du reste, qu'il est un gérant statutaire révocable *ad nutum*, même en l'absence de toute clause des statuts : c'est le gérant étranger à la société. Vainement a-t-on prétendu que la nomination du gérant, fût-il étranger à la société, faisait partie du pacte social et devait avoir la même stabilité (Laurent, t. 26, n. 304). — Cette affirmation nous paraît inconciliable et avec le principe de l'art. 2003, C. civ. (révocabilité du mandat), et avec le texte même de l'art. 1856, C. civ., lequel ne vise que le cas d'un *associé* chargé de l'administration; d'où il semble bien résulter, par *a contrario*, que le tiers gérant est un mandataire ordinaire. — Pont, t. 1, n. 498; Houpin, t. 1, n. 98; Guillouard, n. 136.

450. — Il est encore un cas où le gérant statutaire pourrait être révoqué, même sans cause légitime, et ce, en l'absence de toute clause du pacte social autorisant sa révocation *ad nutum* : c'est le cas où sa nomination serait entachée d'illégalité. Mais, comme il n'est pas à considérer, en thèse générale, comme responsable de cette irrégularité, on peut lui accorder, non pas des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause la perte de son emploi, mais du moins une indemnité représentative des impenses faites par lui pour la société, ainsi que des soins qu'il a donnés à la gestion des affaires sociales; et ce, même s'il a eu connaissance du vice de sa nomination. — Cass., 7 janv. 1836, de Malaret, [S. 36.1.752, P. chr.]

451. — La révocation dont est frappé un associé nommé à cette qualité de gérant par une clause du pacte social a, d'après la doctrine, pour conséquence d'entraîner la dissolution de la société. C'est tout au moins l'opinion de la doctrine. — Guillouard, n. 137; Dolez, *Les sociétés en commandite*, p. 68; Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dict. du contentieux commer. et in-*

dustr., v° *Sociétés*, n. 848; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Tr. de dr. comm.*, t. 1, p. 243; Pont, t. 1, n. 502; Vavasseur, t. 1, n. 150; Boistel, n. 208; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 508 *bis*; Rousseau, *Manuel prat. des soc. par actions*, n. 626; Houpin, t. 1, n. 99.

452. — La jurisprudence, malgré certaines hésitations, incline au contraire à admettre que la révocation du gérant n'entraîne pas de plein droit la dissolution de la société, la loi ne l'ayant pas placée au nombre des faits qui entraînent cette dissolution. — Cass., 9 mai 1860, précité. — Paris, 28 févr. 1850, précité. — V. aussi Duvergier, t. 20, n. 295; Malepeyre et Jourdain, p. 122; Delangle, n. 175; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 718, p. 439, note 4.

453. — En tout cas, est licite et obligatoire la stipulation d'un contrat de société en commandite disposant que la révocation du gérant n'entraînera pas comme conséquence nécessaire la dissolution de la société. — Cass., 8 mars 1892, précité.

454. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que la révocation du gérant d'une société civile, dont la qualité a été révélée aux tiers dans des actes publics, est inopposable à ces tiers, lorsque, loin d'avoir été portée à leur connaissance, elle leur a été cachée. En conséquence, les engagements contractés envers des tiers par ce gérant, depuis sa révocation, en vertu des pouvoirs qui lui avaient été conférés, sont obligatoires pour la société. — Cass., 27 nov. 1861, Lebec, [S. 63.1.188, P. 63.684, D. 62.1.483]

455. — A la différence du gérant statutaire, le ou les gérants nommés par les associés en vertu d'une délibération postérieure, sont en principe révocables *ad nutum* comme des mandataires ordinaires. Mais la révocabilité des gérants ainsi nommés par acte séparé n'est pas plus d'ordre public que l'irrévocabilité des gérants statutaires : les actionnaires sont donc libres de conférer aux gérants qu'ils nomment un mandat irrévocable, à la condition toutefois qu'ils soient *unanimes* en ce sens. Le gérant nommé à la simple majorité serait révocable, nonobstant toutes clauses contraires. — Duvergier, t. 20, n. 294; Troplong, t. 2, n. 669; Duranton, t. 17, n. 434; Pont, t. 1, n. 506; Guillouard, n. 133; Houpin, t. 1, n. 98, *in fine*.

456. — De son côté, le gérant non statutaire, exposé à une révocation soudaine, peut, à la différence du gérant désigné, donner sa démission à son gré. Cette faculté ne comporte qu'une restriction : une démission donnée à contre-temps, dans des conditions préjudiciables à la société, pourrait l'exposer à des dommages-intérêts envers la société. C'est aux tribunaux qu'il appartient, si les coassociés du gérant refusent d'accepter sa démission, de la déclarer valable et d'indiquer les conséquences pécuniaires qu'elle comporte. — Cass., 8 déc. 1890, précité. — Rouen, 4 juill. 1883, [*Rev. des soc.*, 88.470] — V. aussi Houpin, t. 1, n. 97.

457. — La désignation par l'assemblée des associés d'un gérant non statutaire n'étant qu'un simple acte de gestion, l'on s'accorde à admettre que la révocation dudit gérant ne saurait exercer aucune influence sur le mérite de la société, ni spécialement emporter dissolution. La société subsiste, semblable à elle-même, et sera administrée, soit par un ou plusieurs autres gérants nommés dans les mêmes conditions, soit par l'ensemble des associés en vertu des pouvoirs que leur confère l'art. 1859, § 1. — Guillouard, n. 127; Houpin, t. 1, n. 99.

458. — Les fautes commises par les gérants comportent une autre sanction que la révocation. Le gérant, statutaire ou non, coupable de fautes de gestion, et à plus forte raison celui qui se serait rendu coupable d'un dol, pourraient être actionnés en dommages-intérêts à raison du préjudice que leurs agissements ont pu causer à la société. Les tribunaux sont investis à cet égard du plus large pouvoir d'appréciation (Arg., C. civ., art. 1850 et 1992, ce dernier article applicable même au gérant non associé). — Cass., 28 mai 1889, Lemonnier, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90.1.414] — V. Guillouard, n. 138; Houpin, t. 1, n. 99, *in fine*. — Sur le droit pour chaque associé d'intenter cette action sociale dans la limite de son intérêt particulier, V. *infrà*, v° *Société commerciale*. — V. aussi Cass., 9 juin 1874, Verdavainne, [S. 74.1.296, P. 74.765, D. 76.1.387]

459. — La loi n'a pas déterminé, du moins pour les sociétés civiles, pas plus d'ailleurs que pour les sociétés commerciales constituées *intuitu personæ* (société en nom collectif ou en commandite), la durée maxima des fonctions des administrateurs ou gérants. Leurs fonctions n'ont donc, en principe, à moins de limitation statutaire, d'autre limite que celle résultant de la durée de la société elle-même. Toutefois, diverses causes, en dehors de la révocation ou de la démission du gérant, peuvent avoir pour effet de mettre fin à son mandat avant la date fixée par les statuts pour l'expiration du pacte social. Tel est le cas du décès du gérant, ou de l'arrivée du terme fixe déterminé par les statuts (gérant nommé, par exemple, pour cinq ans, dix ans, etc.). Quel est, en ce cas, l'effet de la cessation des pouvoirs du gérant sur le mérite de la société ? Il faut distinguer.

460. — Tout d'abord, il y aura lieu de se référer aux stipulations statutaires. Mais, si les statuts sont muets sur la question, on distingue entre les événements prévus au pacte social, tel que l'expiration du terme assigné à la durée des fonctions du gérant, et les événements fortuits (décès, maladie mettant le gérant dans l'impossibilité d'exercer désormais ses fonctions, etc.). Dans le premier cas, la société subsiste, mais elle sera administrée conjointement par tous les associés, conformément à l'art. 1859, C. civ., sauf le droit pour ceux-ci de désigner, d'un commun accord, un nouveau gérant.

461. — Dans le second cas, les choses doivent se passer comme au cas de révocation ou démission. La société devra donc être considérée comme subsistant ou comme dissoute, suivant les distinctions proposées entre le gérant statutaire et le gérant désigné *ex post facto* par les associés. — Cass., 21 mai 1889, Cote et Lambert, [D. 91.1.80] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 313; Pont, t. 1, n. 502; Houpin, t. 1, n. 97.

462. — II. *Pouvoirs des administrateurs.* — Les pouvoirs des administrateurs sont faciles à délimiter dans le cas où le pacte social les fixe d'une manière précise; on s'en tiendra à ses termes, car il s'agit ici d'une matière où, en principe, la volonté des parties peut se donner libre carrière. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 301; Devilleneuve, Massé et Dutruc, n. 225; Colmet de Santerre, t. 8, n. 42 *bis*-III. — La loi n'a donc eu à se préoccuper que du cas où le pacte social est muet.

463. — Les juges, avant d'appliquer les dispositions interprétatives ou plutôt supplétives de volonté des art. 1856 et s., doivent donc tout d'abord se référer aux clauses statutaires, dont ils interprètent souverainement les dispositions ambiguës ou obscures, en tant qu'elles déterminent les pouvoirs et les obligations imparties ou incombant aux gérants. — Cass., 18 juin 1872, Synd. Rostand, [S. 73.1.19, P. 73.28, D. 72.1.268]; — 25 nov. 1872, Bouquet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 75.1.479]; — 11 mars 1890, [*Pand. fr.*, 91.1.16] — V. Houpin, t. 1, n. 100; Guillouard, n. 124; Aubry et Rau, t. 4, § 382, p. 562.

464. — Mais supposons que les statuts soient muets, ou que leurs stipulations concernant les pouvoirs des gérants soient absolument incomplètes. Il faudra, en ce cas, se référer aux prescriptions légales, lesquelles visent deux hypothèses distinctes qu'il nous faut envisager successivement : 1° un seul administrateur a été nommé; 2° plusieurs administrateurs se partagent la gérance.

465. — A. *Un seul administrateur a été nommé.* — « L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, dit l'art. 1856, C. civ., peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude ». Cette formule manque évidemment de précision; pour l'appliquer, le juge doit avant tout s'inspirer du but de la société. C'est le but qui détermine les moyens à mettre en œuvre, et par conséquent les pouvoirs dont le gérant doit être considéré comme virtuellement investi. — V. Trib. comm. Seine, 12 janv. 1897, [*J. trib. comm.*, 98.272; *J. des sociétés*, 98.333] — *Sic*, Laurent, t. 26, n. 307; Guillouard, n. 124; Colmet de Santerre, t. 8, n. 42; Boileux, t. 6, p. 303; Houpin, t. 1, n. 100; Thiry, t. 4, n. 137; Alauzet, t. 2, n. 431.

466. — Examinons, à la lumière de ce critérium, les opérations les plus usuelles. De ce que les pouvoirs de l'administrateur varient nécessairement selon la nature différente du but que poursuit la société, il suit que certaines aliénations consenties par un administrateur peuvent être déclarées valables, bien qu'en principe les actes de disposition ne soient pas permis aux administrateurs.

467. — On devra, par exemple, par application de ce principe, tenir pour régulière la vente d'un immeuble consentie par le gérant d'une société civile fondée en vue de l'achat et de la vente des immeubles. — Cass., 10 mars 1818, Bohet, [S. et P. chr.] — V. Pont, t. 1, n. 515; Laurent, t. 26, n. 307; Aubry et Rau,

t. 4, p. 562, § 382; Duvergier, t. 20, n. 310; Guillouard, n. 124; Troplong, t. 2, n. 745; Pardessus, t. 3, n. 1014; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 785; Houpin, t. 1, n. 100.

468. — A plus forte raison, les ventes rentrant dans l'objet propre de la société doivent-elles être tenues pour valables lorsque le gérant a, au préalable, avisé ses coassociés de ses intentions. Ainsi, est valable la vente d'un navire consentie par le gérant d'une société après qu'il en a averti les divers associés en ajoutant que leur silence serait considéré comme une approbation de la vente. — Pau, 9 déc. 1874, Laffitte, [S. 76.2.244, P. 76.973]

469. — Il en doit être ainsi surtout lorsque la vente était urgente, qu'elle a été profitable, et que la société se trouvait dans l'un des cas de dissolution prévus par les statuts. — Même arrêt.

470. — L'observation qui précède est de nature à trancher la question de savoir si l'associé gérant peut donner à bail des immeubles de la société ou prendre à bail d'autres immeubles pour le service de la société; on peut admettre, en thèse générale, que la conclusion des baux intéressant la société rentre dans les pouvoirs des associés gérants, du moment où leur durée ne dépasse pas celle des baux ordinaires; on doit cependant faire exception au cas où la concession de semblables baux serait contraire au but poursuivi par la société. Jugé, à cet égard, que lorsqu'un bail souscrit par un associé administrateur est reconnu dépasser en durée les besoins de la société, cet associé peut, au cas de dissolution de la société avant l'expiration du bail, être condamné à en payer seul les termes qui restent à courir. — Cass., 7 mars 1837, Lachelin, [S. 37.1.740, P. 37.2.11] — V. Guillouard, n. 127; Pont, t. 1, n. 522.

471. — Le même critérium doit servir à trancher la question de savoir si le gérant a, malgré le silence du pacte social, le droit de faire des innovations sur les biens dépendant de l'actif social. Cette opinion générale une fois admise, les auteurs se divisent sur la règle qu'il y a lieu d'en déduire; pour la plupart, l'associé gérant ne pourra qu'exceptionnellement réaliser des innovations sur les meubles ou immeubles sociaux. — Pont, t. 1, n. 518 et s.; Troplong, t. 2, n. 697 et 698; Duvergier, n. 34; Delangle, n. 143. — Pour d'autres, au contraire, « les innovations sont si souvent rendues nécessaires, soit par le but de la société, soit par les exigences de son développement », qu'il faut adopter une formule diamétralement opposée et par suite admettre en principe que l'associé gérant peut réaliser les innovations nécessitées par le but ou par le fonctionnement de la société. — Guillouard, n. 129.

472. — Bien qu'en principe ce soit toujours sous le bénéfice des observations qui précèdent qu'il convienne de rechercher quels actes sont permis ou interdits à l'associé administrateur, dans le silence du pacte social, il est cependant quelques actes à l'égard desquels certains auteurs paraissent estimer que la question se pose pour ainsi dire *in abstracto*, indépendamment de l'objet de la société. C'est ainsi qu'en dehors des baux, dont la validité est admise en principe, sous les restrictions formulées ci-dessus, on s'accorde très-généralement à reconnaître au gérant le droit, sans pouvoirs spéciaux :

473. — 1° D'accomplir tous les actes conservatoires du patrimoine social, et spécialement d'effectuer les *réparations* reconnues nécessaires, d'*assurer* les immeubles qui en dépendent, etc.

474. — 2° De recouvrer les créances exigibles, et de percevoir les fruits ou intérêts de tous les biens, meubles ou immeubles, appartenant à la société.

475. — 3° De souscrire des effets en règlement de dettes échues. Cette forme de règlement est d'un usage constant, non seulement au commerce, mais dans toutes les entreprises de quelque importance, même civiles : elle doit donc être présumée rentrer dans les pouvoirs de la gérance. Sans doute, les associés pourraient par délibération spéciale retirer cette faculté au gérant; mais une délibération de ce genre serait inopposable aux tiers qui n'en auraient pas eu connaissance. — Cass., 27 nov. 1861, Lehée, [S. 63.1.188, P. 63.684, D. 62.1.183]

476. — En ce qui concerne les *emprunts*, il y a controverse. Certains auteurs décident, d'une manière générale, que l'administrateur d'une société ne peut jamais emprunter, sauf le cas où les statuts contiennent à cet égard une autorisation expresse. — Duvergier, t. 20, n. 314; Delangle, t. 1, n. 140; Laurent, t. 26, n. 309; Guillouard, n. 125; Bédarride, t. 1, n. 278; Alauzet, t. 1, n. 197 et 198. — Suivant Troplong (t. 2, n. 684 et s.), l'administrateur peut faire des emprunts modiques, nécessités par les besoins de l'administration, mais il ne peut faire les emprunts qui constituent une véritable aliénation; suivant Pont (t. 1, n. 524), la question se ramène à une question de fait, que les juges du fond doivent trancher. — V. aussi Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 438, § 718, note 2; Rousseau, *Soc. comm.*, n. 420; note sous Cass., 13 mars 1878, [S. 78.1.401, P. 78.1054]; Colmet de Santerre, t. 8, n. 42 *bis* III.

477. — La solution la plus rigoureuse parait prévaloir en jurisprudence. Jugé, à cet égard, que les administrateurs d'une société ne peuvent valablement emprunter au nom de la société, si les statuts sociaux ne leur confèrent pas ce pouvoir, et, à plus forte raison, s'ils le leur refusent : une délibération prise par l'assemblée générale et à la majorité des suffrages ne saurait même, en ce cas, suppléer au défaut de pouvoir et lier la société. — Douai, 15 mai 1844, Boca et autres, [S. 44.2.404, D. 45.2.10]

478. — A plus forte raison doit-on considérer comme nul relativement à la société l'emprunt fait par le gérant en vertu d'une délibération prise par une assemblée générale composée seulement d'une partie des actionnaires, alors que les statuts sociaux interdisent tout emprunt et tout appel de fonds. Une pareille délibération ne peut être obligatoire pour la société que lorsqu'elle est prise à l'unanimité. — Cass., 22 août 1844, Grasset et autres, [S. 45.1.209, P. 45.1.253, D. 45.1.21]

479 — Mais l'emprunt est valable relativement aux administrateurs et obligatoire pour eux, s'ils ont agi en cette qualité et si le prêteur a dû les croire suffisamment autorisés. — Douai, 15 mai 1844, précité. — Et l'emprunt contracté par le gérant au moyen des billets à ordre par lui souscrits en vertu des pouvoirs qui lui ont été donnés par une délibération prise contrairement aux statuts qui interdisent tout emprunt, oblige solidairement les associés signataires de la délibération au paiement de ces billets à ordre, encore bien qu'aux termes de l'acte social, ils ne fussent passibles des dettes qu'au prorata de leurs actions, ou pour leur part virile. — Cass., 22 août 1844, précité.

480. — Si l'administrateur dont les pouvoirs n'ont pas été déterminés par le pacte social est incapable à l'effet de réaliser un emprunt pour le compte de la société, on conçoit aisément qu'il ne peut à plus forte raison constituer une hypothèque sur un bien social. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1782. — Laurent, t. 26, n. 308; Troplong, t. 2, n. 686; Pont, t. 1, n. 526, et *Privil. et hypoth.*, t. 2, n. 633; Guillouard, n. 126. — Sur le point de savoir si le pouvoir d'hypothéquer doit être conféré par un acte authentique ou s'il suffit d'un pouvoir sous seing privé (L. 1er août 1893, art. 68), V. *suprà*, n. 95.

481. — On s'accorde également à refuser au gérant, en l'absence de pouvoirs spéciaux, la faculté de faire aucune *transaction* même sur des difficultés se rattachant à un acte de pure administration. — Pothier, n. 68; Guillouard, n. 124; Troplong, t. 2, n. 690; Pont, t. 1, n. 528; Laurent, t. 26, n. 310; Duranton, t. 17, n. 435. — *Contrà*, Pardessus, t. 3, n. 1014; Duvergier, t. 20, n. 320.

482. — Sur le point de savoir s'il peut faire un *compromis*, V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 150 et s.

483. — A plus forte raison, le gérant ne peut-il consentir sur les valeurs sociales aucune libéralité, à l'exception cependant des gratifications d'usage au personnel.

484. — En ce qui concerne l'exercice des *actions en justice*, la doctrine n'est pas absolument fixée; dans un premier système, la capacité d'ester en justice au nom de la société appartiendrait au gérant statutaire, mandataire irrévocable (sous les réserves formulées *suprà*, n. 443 et s.) des associés; mais ce pouvoir n'appartiendrait pas à celui qui, depuis la constitution sociale, aurait été choisi comme administrateur par ses coassociés. — Duvergier, t. 20, n. 319.

485. — Dans une autre opinion, on distingue suivant la nature de l'acte litigieux : si cet acte rentre dans les pouvoirs de l'associé gérant, on reconnait à cet associé le droit de figurer dans toute instance concernant cet acte, et on lui dénie ce même droit dans le cas contraire. Jugé, dans le sens de cette opinion, que chaque associé étant valablement représenté, pour tout ce qui tient à l'administration de la société, par le gérant, il s'ensuit qu'un associé est non recevable à former tierce opposition au jugement rendu avec ce gérant (ou ses syndics) sur un fait d'administration : par exemple, sur les effets d'un bail, par lui consenti, de l'établissement dont l'exploitation est le but de la

société. — Cass., 19 nov. 1838, Godard, [S. 39.1.307, P. 43.1. 494]

486. — Dans une troisième opinion, on estime aussi qu'il y a lieu de distinguer suivant la nature de l'acte litigieux, mais on admet un autre principe de distinction que celui qui vient d'être indiqué; on reconnaît à l'associé gérant le droit de figurer dans les instances où sont débattues les actions concernant le patrimoine mobilier de la société, et on lui dénie le même droit dans toutes autres instances. — Guillouard, n. 128; Pont, t. 1, n. 530; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 438, § 718, note 2; Laurent, t. 26, n. 311. — V. aussi Cass., 19 nov. 1838, précité.

487. — La jurisprudence, malgré certaines hésitations, semble plutôt favorable au droit pour les administrateurs de représenter la société en justice même en l'absence d'un mandat spécial. On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 14 févr. 1859, Mancel et Cie, [D. 59.1.113], reconnaissant au gérant d'une société civile la faculté d'agir sans mandat exprès au nom de la société, sauf le droit pour les associés de suspendre la procédure engagée par lui en le désavouant. — Il semble que la jurisprudence actuelle, favorable à la personnalité morale des sociétés civiles ainsi que nous l'avons vu (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 517 et s.), doive conduire logiquement à reconnaître au gérant plein pouvoir à l'effet d'agir en justice au nom de la société, sans qu'il soit nécessaire de joindre les associés individuellement à la procédure, toutes les fois du moins que l'exercice de l'action n'est pas susceptible de permettre au gérant de masquer une aliénation qu'il n'aurait pas le droit de consentir. On revient ainsi en définitive, par une autre voie, à la distinction précédemment formulée entre les actions mobilières et les actions immobilières.

488. — B. *Il y a plusieurs administrateurs.* — Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes d'administration (C. civ., art. 1857). S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration (C. civ., art. 1858). D'après ces articles, trois cas sont à envisager : 1° Les administrateurs ne sont pas obligés d'agir de concert. Nous rentrons alors dans le cas où les associés dirigent eux-mêmes les affaires sociales, aucun administrateur n'ayant été désigné (V. *suprà*, n. 417 et s.); 2° Ou bien leurs pouvoirs sont délimités par le contrat; et la loi ne peut aucunement intervenir; 3° Enfin, les administrateurs doivent agir de concert.

489. — Dans ce dernier cas, les résolutions relatives aux affaires sociales doivent, à peine de nullité, être prises par les administrateurs à l'unanimité, sauf dommages-intérêts contre l'administrateur malveillant ou opiniâtre qui refuserait son consentement.

490. — On admet toutefois assez communément que l'un des administrateurs d'une société peut agir seul lorsque les autres se trouvent dans l'impossibilité de lui prêter leur concours, et que d'ailleurs il y a urgence (et, par exemple, menace d'éboulement d'une mine, travaux urgents). — Duvergier, t. 20, n. 303; Pont, t. 1, n. 539; Laurent, t. 26, n. 312; Huc, t. 11, n. 91; Aubry et Rau, t. 4, § 382, p. 562, note 3; Houpin, t. 1, n. 101; Guillouard, n. 131.

491. — Jugé, conformément au principe posé, que deux associés pour l'exploitation d'une société sont obligés, par le seul fait de leur association, de se rendre réciproquement des comptes et de communiquer à l'appui les registres qu'ils doivent tenir, en sorte que celui qui produit ceux qu'il a tenus doit être cru de préférence à l'autre associé qui ne produit pas les siens. — Rennes, 29 mars 1815, Ferrand, [P. chr.]

492. — Jugé également que le pouvoir accordé par l'acte de société aux directeurs, en cas de renonciation de l'un d'eux, de le remplacer à la pluralité des voix des directeurs restants, n'autorise pas ces directeurs restants, lorsque la majorité a renoncé et s'est démise, à remplacer les démissionnaires. — Douai, 10 janv. 1839, Bleuart, [S. 39.2.495, P. 39.2.350]

493. — L'une des hypothèses les plus fréquentes de coadministrateurs devant agir de concert est celle du conseil d'administration d'une *société anonyme*, civile ou commerciale peu importe. Ainsi que nous l'établirons par la suite (*infrà*, v° *Société commerciale*), les membres du conseil ne peuvent en principe agir isolément, si ce n'est en vertu d'un mandat précis dudit conseil, exception faite toutefois pour le cas où le conseil aurait fait remise d'une partie de ses pouvoirs à l'un de ses membres, dit *administrateur délégué*. Nous reviendrons ultérieurement sur tous ces points. Il nous suffira pour l'instant de rappeler quelques principes généraux, communs à toutes les sociétés, même civiles, ayant adopté la forme anonyme.

494. — D'une manière générale, les règles formulées précédemment sur l'étendue des pouvoirs du gérant unique doivent être étendues au conseil d'administration. Ainsi, jugé que le conseil général d'administration d'une société (dans l'espèce, une société anonyme) ne peut valablement emprunter au nom de la société, si les statuts ne lui confèrent pas expressément ce pouvoir. — Alger, 18 mai 1863, Lechevallier, [S. 63.2.156, P. 63. 1096, D. 63.5.353] — V. Bédarride, t. 1, n. 278; Alauzet, t. 1, n. 197; Troplong, t. 1, n. 181; Delangle, t. 2, n. 442.

495. — Jugé, de même, que la clause des statuts d'une société qui donne à l'assemblée générale le droit « de prononcer souverainement sur tous les intérêts de la société et de conférer au conseil d'administration les pouvoirs nécessaires pour les cas imprévus », ne renferme pas le pouvoir d'augmenter le capital social par un appel de fonds. — Lyon, 9 janv. 1870, Borde, [S. 70.2.235, P. 70.910, D. 71.2.211] — Il en est de même de la clause qui autorise le conseil d'administration à emprunter. — Même arrêt. — En conséquence, la délibération de l'assemblée générale, qui ordonne un appel de fonds, n'est point obligatoire pour les associés qui ne l'ont pas votée. — Même arrêt. — V. au surplus, pour la détermination des pouvoirs respectifs du conseil d'administration et de l'assemblée générale, en ce qui concerne les modifications aux statuts, et spécialement l'augmentation du capital, *infrà*, v° *Société commerciale*.

Section II.

Engagements des associés à l'égard des tiers

496. — Il s'agit ici des effets du contrat de société à l'égard des tiers. Boutteville résumait ainsi cette matière, devant le Tribunat : « Les sociétés de commerce soumettent les associés à des obligations étendues et rigoureuses envers les tiers. Les règles qui concernent les sociétés étrangères au commerce, moins étendues, moins sévères, se trouvent renfermées dans ces deux notions fort simples : qu'il n'y a jamais solidarité dans les obligations qu'en conséquence d'une stipulation expresse; que toute convention ne lie que ceux qui l'ont formée et qu'ils sont seuls présumés également en connaître les conditions. Il n'y a donc pas solidarité entre les associés dans les sociétés étrangères au commerce. L'obligation d'un seul n'engage pas les autres, s'il n'en a reçu de ses associés expressément le pouvoir » (Fenet, t. 14, p. 413). Nous allons développer ces règles, en envisageant successivement les engagements contractés par un associé non gérant, ceux émanés d'un associé investi de la gérance, et la question de concours entre créanciers sociaux et créanciers personnels.

§ 1. *Engagements contractés par un associé non gérant.*

497. — Pour déterminer l'effet de ces engagements, il convient de se référer aux art. 1862 et 1864, C. civ., ainsi conçus : « Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, *et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir* » (art. 1862). — « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, *à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société* » (art. 1864).

498. — En fait, deux hypothèses distinctes doivent être examinées successivement. — a) *L'associé a déclaré agir au nom et pour le compte de la société.* — En ce cas, de deux choses l'une : 1° Ou il n'avait pas qualité pour agir ainsi, et en ce cas il y a de sa part une sorte d'usurpation de la qualité de gérant, ou de cogérant, qui ne lui appartenait nullement. Ses actes, même revêtus de la signature sociale, n'engagent que lui-même, civilement ou même pénalement suivant les cas, et ne sauraient créer aucune obligation à la charge soit de la société, soit de ses co-

associés. — Troplong, t. 2, n. 820; Baudry-Lacantinerie, t. 3, n. 787; Pont, t. 1, n. 644; Colmet de Santerre, t. 8, n. 53 *bis*; Aubry et Rau, t. 4, p. 565, § 383; Laurent, t. 26, n. 347.

499. — ... A moins toutefois que la chose n'ait *tourné au profit de la société;* auquel cas les tiers qui ont traité avec l'associé, qui a fait ainsi sans mandat l'affaire de ses coassociés, auront action contre ces derniers dans la mesure que nous déterminerons, *infrà*, n. 527 et s. V. C. civ., art. 1864, *in fine*.

500. — 2° Ou, sans être investi de la gérance, il avait reçu de ses coassociés pouvoirs suffisants à l'effet de traiter. Ces pouvoirs résulteront en général d'un mandat formel et exprès; ils peuvent aussi être tacites. C'est ainsi que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1859-1°, aucun gérant n'ayant été désigné, tous les associés sont censés s'être donné mandat réciproque d'administrer, dans la mesure que nous avons déterminée. — V. *suprà*, n. 417 et s.

501. — Jugé, dans cet ordre d'idées, que lorqu'une société s'est formée pour acheter un terrain et y élever un édifice à frais communs, l'acquisition faite postérieurement par l'un des associés, en son nom personnel, d'un terrain contigu, est censée avoir eu lieu pour le compte de la société, alors que la disposition des jours de l'édifice social, leur nombre et leur importance, démontrent qu'ils n'ont été établis qu'en vue de l'acquisition du terrain voisin par la société, qui avait même commencé des démarches dans ce but. L'associé acquéreur, étant considéré en pareil cas comme mandataire de la société, ne peut agir ou stipuler de manière à tirer un profit personnel du préjudice même qu'il causerait à son mandant. — Alger, 26 juin 1854, Flacheron et Baudran, [P. 54.2.353, D. 55.5.415]

502. — b) *L'associé a agi pour son compte personnel.* — En ce cas, et à plus forte raison, sera-t-il seul obligé envers les tiers, à l'exclusion de ses coassociés, dans l'intérêt desquels il n'a point stipulé.

503. — Est-ce à dire cependant que les autres associés ne seront pas obligés également, chacun pour sa part, envers les tiers, si en fait l'acte accompli par l'associé dans son intérêt propre *a tourné au profit de la société?* La question est délicate; mais il semble bien résulter par *a contrario* de l'art. 1864, lequel n'accorde d'action *de in rem verso* aux tiers qu'à raison des actes accomplis par l'associé non gérant *pour le compte de la société*, qu'en l'occurrence aucune action directe ne saurait être accordée aux tiers contre les coassociés; ils ne pourront qu'user, le cas échéant, de l'action oblique de l'art. 1166, C. civ.

504. — Jugé, en ce sens, que l'obligation contractée par un associé en son nom propre, par exemple l'acquisition d'immeubles par lui faite, n'ouvre aucune action directe contre les autres associés, alors même que cette acquisition aurait profité à la société. — Cass., 12 mars 1850, Roques, [S. 50.1.257, P. 52.1.166, D. 50.1.86]; — 16 févr. 1853, Calmels, [S. 53.1.209, P. 53.2.653, D. 53.1.47] — Aix, 10 nov. 1854, Calmels, [S. 55.2.245, P. 54.2.554] — *Sic*, Pothier, n. 101; Troplong, t. 2, n. 772, 820; Delangle, n. 233; Delvincourt, t. 3, p. 226; Colmet de Santerre, t. 8, n. 53 *bis*; Guillouard, n. 265; Delamarre et Lepoitvin, *Contrat de commiss.*, t. 2, n. 250, et *Tr. de dr. comm.*, t. 3, n. 29; Aubry et Rau, t. 4, p. 564, § 383; Laurent, t. 26, n. 347; Pont, t. 1, n. 651. — *Contrà*, Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2; Duranton, t. 17, n. 449; Duvergier, t. 20, n. 404; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 444, § 719; Taulier, t. 6, p. 386; Malepeyre et Jourdain, p. 97.

505. — Et il en est ainsi, même au cas où les autres associés auraient consenti à prendre un intérêt dans cette opération, mais seulement après sa consommation, une telle détermination constituant uniquement un lien de droit entre ces associés et l'acheteur, et étant étrangère aux tiers. — Aix, 10 nov. 1854, précité. — V. cep. Cass., 11 niv. an X, Baroud, [S. et P. chr.]

506. — Jugé, d'autre part, que l'emprunt fait par l'un des associés en son nom personnel n'oblige que cet associé et non les autres, bien que la somme prêtée ait été versée dans la caisse sociale, si ce versement n'a eu lieu que pour le compte particulier de l'associé emprunteur, et pour le libérer de ce qu'il devait à la société. On ne peut dire, en ce cas, que la somme versée ait profité à la société, dans le sens de l'art. 1864, C. civ. — Cass., 13 mai 1835, Lalande, [S. 35.1.854, P. chr.] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 388. — V. aussi Duranton, t. 17, n. 449; Delvincourt, t. 3, p. 226.

507. — Jugé également que lorsqu'une contravention, résultant de la construction de lavoirs non autorisée, est imputée au directeur d'une exploitation minière, et que le prévenu décède pendant les poursuites, les autres membres de la société peuvent être renvoyés de l'action, à défaut de preuves suffisantes d'avoir personnellement coopéré à la construction. Toutefois, la société qui a profité de cette construction est civilement responsable de ce fait illégal, et le tribunal peut dès lors ordonner la destruction des lavoirs et condamner la société aux dépens. — Cass., 2 avr. 1830, Minist. publ., [S. et P. chr.] — Sur la personnalité de la peine, V. *suprà*, v^is *Peine*, n. 54 et s.; *Responsabilité pénale*, n. 148 et s.

§ 2. *Engagements contractés par le ou les gérants.*

508. — Examinons successivement l'effet des engagements du gérant au regard de la société qu'il représente, à son égard et à l'égard de ses coassociés.

1° *Effets des engagements au regard de la société.*

509. — L'associé administrateur oblige la société par ses actes, en tant du moins qu'il agit pour le compte de la société et non pour son compte personnel, et à la condition également qu'il n'outrepasse point ses pouvoirs. — Sur la limite de ces pouvoirs, V. *suprà*, n. 462 et s.

510. — Il est évident qu'une société ne saurait être obligée que si l'engagement du gérant a été contracté pour le compte de la société et non pas pour le compte et dans l'intérêt personnel et exclusif de celui-ci; il y a là une question de fait à résoudre par les juges du fond. C'est ainsi, par exemple, que les juges du fond apprécient souverainement si des opérations de bourse dites *reports*, faites par le gérant d'une société, l'ont été pour le compte de ce gérant ou pour celui de la société, et si elles étaient ou non autorisées par le pacte social. — Cass., 18 juin 1872, Synd. Restand, [S. 73.1.19, P. 73.28, D. 72.1.268]

511. — L'associé administrateur doit, d'ailleurs, être présumé avoir agi dans l'intérêt social. — Bourges, 16 niv. an X, Baudot, [S. et P. chr.] — Paris, 3 janv. 1831, Monin, [S. 32.2.394, P. chr.]

512. — Toutefois, il a été jugé, à raison des circonstances particulières de la cause, que le bail des lieux servant à l'industrie d'une société, que l'associé gérant a passé en son propre nom et pour commencer à courir seulement à l'expiration de la société, ne doit pas être réputé stipulé dans l'intérêt de celle-ci, et ne fait pas, dès lors, partie de l'actif social. — Cass., 16 nov. 1870, Gontier, [S. 71.1.94, P. 71.235, D. 70.1.350] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 640.

513. — Et, en un tel cas, les autres associés n'ont droit à aucune indemnité, bien que l'acte d'association leur attribue, à l'expiration de la société, une part de la clientèle, cette clientèle, du moment que le bail social finit avec la société, ne pouvant se rapporter à celle qui était attachée à l'occupation du local. — Même arrêt.

514. — Il se peut également que l'associé n'ait agi, ni pour le compte de la société, ni pour son compte personnel, mais pour le compte de certains associés seulement, auquel cas il n'aura d'action que contre eux, et pour le tout, sans être obligé de déduire sa part. Jugé, en ce sens, qu'il appartient aux juges du fond de décider, d'après les documents de la cause, la teneur du contrat, la situation de fait existant entre les parties et les intentions qui y ont présidé, que les administrateurs d'une société ont agi, non comme mandataires de cette société, mais comme mandataires de certains associés déterminés, et que, par suite, ils ont une action personnelle contre ces associés. — Cass., 4 juill. 1893, Salvator-Lopez, [S. et P. 94.1.166]

515. — La situation serait analogue si le gérant avait agi pour le compte de la société, mais en dehors de ses pouvoirs statutaires, en s'appuyant sur une délibération irrégulière émanée de quelques associés seulement. Jugé, en ce sens, que l'emprunt contracté par le gérant au moyen de billets à ordre par lui souscrits en vertu des pouvoirs qui lui ont été donnés par une délibération prise contrairement aux statuts qui interdisent tout emprunt, oblige solidairement *les associés signataires* de la délibération au paiement de ces billets à ordre, encore bien qu'aux termes de l'acte social, ils ne fussent passibles des dettes qu'au prorata de leurs actions, ou pour leur part seule. — Cass., 22 août 1844, Grasset et autres, [S. 45.1.209, P. 45.1.253, D. 45.1.21]

516. — D'une manière générale, les juges du fond ont le droit

d'interpréter souverainement les clauses obscures et ambiguës des actes de société. — Cass., 22 juin 1881, Trotry-Latouche, [S. 83.1.158, P. 83.1.375, D. 82.1.183]

517. — Ainsi, la clause d'un acte de société en nom collectif portant que tout engagement étranger aux affaires de la société, souscrit par l'un des associés, n'engagera pas la société, a pu être interprété en ce sens que la société est tenue, néanmoins, vis-à-vis des tiers de bonne foi, sauf le recours de la société contre celui de ses associés qui a souscrit l'engagement. — Même arrêt.

518. — Lorsqu'un associé gérant a contracté au nom de la société dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui est réputée avoir contracté. Par suite, la société est directement et personnellement responsable des actes de dol et de fraude commis par son gérant, et elle est tenue envers les tiers à l'entière réparation du préjudice causé, en conformité de l'art. 1382, C. civ. — Grenoble, 4 févr. 1872, Bernard, [S. 74.2. 168, P. 74.729] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 385. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n. 447 et 448.

519. — En d'autres termes, si le gérant pratique des manœuvres frauduleuses et s'il commet un dol dans les actes de sa gérance, non seulement la société n'en doit pas profiter, mais elle doit, au contraire, réparer en entier le préjudice qui en résulte pour les tiers, quelle que soit d'ailleurs la bonne foi personnelle des actionnaires de la société. — Cass., 15 janv. 1872, Bernard, [S. 72.1.9, P. 72.11, D. 72.1.102]

520. — Jugé même que, pour la solution qui précède, il n'est pas nécessaire de supposer le dol ou la fraude du gérant. Celui-ci, en effet, représente la société et l'oblige directement vis-à-vis des tiers. Si donc, par des actes ou des omissions revêtant le caractère d'une faute, l'administration du gérant a été pour autrui la cause d'un préjudice, la société est tenue de le réparer. — Dijon, 24 juill. 1874, Chagot et Cie, [S. 75.2.73, P. 75.343]

521. — Mais le tiers qui aurait profité de l'acte dolosif du gérant, s'il n'est pas complice de la fraude, ne saurait être déclaré responsable envers les associés du préjudice que cet acte a pu lui causer. — Bordeaux, 6 mars 1868, sous Cass., 17 janv. 1870, Compt. d'escompte de Blaye, [S. 70.1.217, P. 70.535]

522. — A plus forte raison, les dépenses faites par le gérant d'une société, dans l'intérêt de la société et sans aucune opposition de la part des intéressés, sont-elles à la charge de la société, bien que ces dépenses n'aient pas été expressément autorisées. — Paris, 3 janv. 1831, précité.

523. — Il n'est même pas indispensable, lorsque le gérant a déclaré agir pour le compte de la société, que celle-ci ait réellement profité de l'opération pour être obligée au regard du tiers. Celui-ci, traitant avec le gérant agissant ès-qualités, a le droit de compter que la société répondra de l'engagement. Ainsi, le tiers qui aurait reçu en dépôt des valeurs sociales, sous la condition d'en rendre compte au gérant au fur et à mesure des réquisitions de ce dernier, est bien fondé à réclamer à la société le remboursement des avances par lui faites pour l'exécution du mandat qui lui a été confié, encore qu'en fait le gérant eût détourné ces valeurs de leur destination et les eût affectées à ses besoins personnels, alors d'ailleurs qu'aucune fraude ou collusion ne saurait être imputée au tiers. — Cass., 28 janv. 1861, Geay, [S. 61.1.446, P. 61.450, D. 61.1.56] — Angers, 15 juin 1861, Hénault, [S. 62.2.87, P. 61.1118, D. 61.2.130]

524. — Jugé dans le même ordre d'idées qu'en matière d'*amende*, la responsabilité légale qu'une société encourt par le fait de ses préposés pèse sur l'être collectif et non sur chacun des associés individuellement; en conséquence, lorsqu'une contravention dont la répression est poursuivie contre la société est punissable d'une amende, c'est une seule amende qui doit être prononcée, et non une amende contre chacun des associés. — Cass., 6 août 1829, Devillez-Bodson, [S. et P. chr.] — Remarquons du reste que, les personnes morales ne peuvent commettre de délits, au moins d'après l'opinion générale. Cette amende unique ne saurait être infligée à la société, mais au gérant ès-qualités. — V. sur le principe, Planiol, note sous Lyon, 2 mars 1894, [D. 94. 2.305]; Pic, *Tr. élém. de lég. industr.*, 2e éd., n. 414. — V. aussi *suprà*, v^is^ *Peine*, n. 54 et s.; *Personne morale*, n. 73 et s.; *Responsabilité pénale*, n. 148 et s.

2° *Obligations personnelles du gérant.*

525. — Le gérant étranger oblige la société par ses actes sans s'obliger lui-même, conformément aux principes généraux du mandat. L'associé gérant, au contraire, est personnellement obligé *pour sa part et portion* seulement, comme tout autre associé, s'il a pris soin de faire connaître aux tiers avec lesquels il a contracté en quelle qualité il traitait (Arg., C. civ., art. 1997), et pour le tout si le tiers a pu croire qu'il contractait en son nom propre, ou si même agissant pour le compte de la société, il a excédé ses pouvoirs. — Guillouard, n. 266; Pont, t. 1, n. 646; Laurent, t. 26, n. 345. — Pour ce qui est de la *contribution* aux dettes, dont les règles peuvent être parfois différentes de celles de l'*obligation*, dont nous nous occupons actuellement, V. *suprà*, n. 256 et s.

526. — Est-ce à dire que l'administrateur n'échappe pas à toute obligation personnelle, lorsque la société s'est constituée sous une forme commerciale impliquant limitation de l'obligation de chaque associé au montant de ses apports, spécialement sous la forme anonyme? L'affirmative a été admise parfois, notamment en ce qui concerne les sociétés minières, alors surtout qu'il était constaté, en fait, que les tiers avaient entendu traiter uniquement avec la société, être moral, et n'avoir qu'elle pour obligée. — Paris, 12 mars 1881, [*J. des soc.*, 81.684] — V. Houpin, t. 1, n. 110. — C'est un point sur lequel nous reviendrons du reste, ultérieurement, en traitant des sociétés civiles *à forme commerciale*. — V. *infrà*, v° *Société commerciale.*

3° *Mesure de l'engagement des coassociés.*

527. — En principe, chaque associé est tenu envers les créanciers, soit à raison des obligations par lui contractées pour le compte de la société en vertu de pouvoirs spéciaux, soit à raison des engagements contractés par le gérant ès-qualités, *pour une somme et part égales.* En d'autres termes, la dette *sociale* se divise entre tous les associés, gérant compris, non point au prorata de la part de chacun dans les bénéfices et les pertes, mais par portions viriles ou égales. La loi écarte ici tout aussi bien le principe de la *solidarité*, qui prévaut en matière commerciale (C. civ., art. 1862), que le principe de la *proportionnalité*, qui domine au contraire la matière de la *contribution* (C. civ., art. 1863). Elle interdit aussi, implicitement, sauf controverse, toute restriction statutaire et générale à l'obligation personnelle de chaque associé, dans la mesure qu'elle détermine. Reprenons successivement ces trois points.

528. — Sur le premier point, *exclusion de la solidarité*, l'art. 1862, C. civ., consacre une différence capitale entre les sociétés commerciales, d'une part, et les sociétés civiles ainsi que les associations, d'autre part. Dans le premier cas, sauf exception, les associés sont tenus solidairement (V. *infrà*, v° *Société commerciale*); dans les autres hypothèses, au contraire, l'obligation des associés n'est pas, en principe, solidaire. Le gérant, en particulier, même à raison des actes accomplis par lui dans la limite de ses pouvoirs, n'a donc pas d'action solidaire contre ses coassociés. Il ne peut exercer contre eux que l'action *pro socio*, laquelle, entre associés, exclut la solidarité. — Guillouard, n. 267; Troplong, t. 2, n. 696. — V. d'ailleurs sur ce point, *infrà*, v° *Solidarité.*

529. — Ainsi, les sociétés qui ont pour objet la spéculation sur les immeubles n'étant pas, en principe, des sociétés commerciales, il serait encore vrai de décider, ainsi qu'on le faisait sous l'empire de l'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, exclusivement relatif aux sociétés de commerce, que ceux qui s'associent pour acheter et pour revendre des immeubles ne sont pas, par cela seul, obligés solidairement envers tous et chacun des vendeurs ou acquéreurs. — Cass., 28 brum. an XIII, Duhameau, [S. et P. chr.]

530. — Jugé dans le même ordre d'idées que la solidarité, édictée en matière commerciale, est exclue des sociétés civiles, à moins de conventions contraires; qu'en conséquence, un tribunal ne saurait condamner solidairement les fondateurs d'une société envers les tiers, sans s'expliquer sur la commercialité de la société, et sans constater que les fondateurs eussent pris, vis-à-vis des tiers, un engagement solidaire, ou qu'ils eussent commis une faute commune, d'où pourrait résulter la solidarité. — Cass., 7 avr. 1886, Chabrier du Goll, [S. 89.1.463, P. 89.1.1161, D. 86. 1.420] — Orléans, 28 juill. 1887, Chabrier du Goll et autres, [S. 90.2.42, P. 90.1.231, D. 88.2.258] — V. aussi Cass., 29 juin 1853, Soc. du Pont de Viviers, [S. 55.1.495, P. 55.1.478, D. 54. 1.288]

531. — La responsabilité solidaire ne pourrait être encourue

par les fondateurs et administrateurs d'une pareille société qu'à raison d'une faute commune. — Orléans, 28 juill. 1887 (Sol. implic., précité. — Par suite, on a pu décider qu'il n'y a pas lieu de leur appliquer la solidarité, lorsque la condamnation qu'ils encourent est prononcée, non à titre de dommages-intérêts pour réparation d'une faute, mais à titre de restitution du prix d'une chose indûment vendue et livrée, par suite d'une erreur ou d'un vice de consentement. — Même arrêt.

532. — Toutefois, les liquidateurs de deux sociétés, dont l'une a succédé à l'autre, ont pu être condamnés, ès-noms, conjointement et solidairement, envers un porteur d'obligations de la seconde société, émises en remplacement de celles qu'avait émises la première société, alors qu'il était constaté par les juges du fait que les deux sociétés représentaient les mêmes intérêts, que la seconde n'avait été constituée que dans le but de sauvegarder une partie de l'actif de la première, et qu'il était certain que les deux Compagnies n'étaient qu'une seule et même société. — Cass., 13 nov. 1883, Liquid. de la Société dite *The Imperial Land Campany of Marseille*, [S. 84.1.110, P. 84.1.247, D. 85.5.434] — Du moins, les juges du fond ont pu statuer ainsi par une appréciation souveraine des faits de la cause. — Même arrêt.

533. — D'une manière plus générale, l'exclusion de la solidarité prononcée par l'art. 1862, C. civ., ne saurait empêcher les tribunaux de conclure en fait, à raison de la nature ou de l'objet de la dette sociale, à l'existence d'une obligation *in solidum*, ou d'une dette indivisible. Ainsi, bien qu'une société établie pour l'exploitation d'une mine ne soit pas une société de commerce, et que, par conséquent, les associés ne soient pas solidairement tenus des engagements de la société, cependant, les concessionnaires associés de la mine peuvent être condamnés solidairement au paiement de la redevance due au propriétaire de la surface, alors que cette mine étant exploitée par un seul gérant ou administrateur, dans l'intérêt de tous les concessionnaires, la redevance peut être considérée comme une dette indivisible à raison de l'indivisibilité de l'exploitation. — Cass., 10 déc. 1845, Albert et Perret, [S. 46.1.623, P. 46.2.423] — V. Guillouard, n. 267; Pont, t. 1, n. 654; Laurent, t. 26, n. 348; Aubry et Rau, t. 4, § 383, p. 565.

534. — La solidarité peut également, abstraction faite de l'objet de la dette, avoir été stipulée par le tiers créancier comme garantie de ses avances. Une telle stipulation est même sous-entendue, ainsi que nous l'établirons *infrà*, v° *Société commerciale*, dans toutes les sociétés civiles ayant adopté la forme commerciale, notamment dans les sociétés à objet civil constituées sous la forme de société en nom collectif, laquelle implique par définition même la solidarité de tous les associés.

535. — La loi écarte en second lieu, avons-nous dit, le principe de la *proportionnalité*. Tandis que, pour la répartition des bénéfices et des pertes entre les ayants-droit, la loi adopte, ainsi que nous l'avons vu, à moins de clause contraire, le principe de la proportion aux apports (V. *suprà*, n. 256 et s.), ici, au contraire, c'est la règle de l'égalité qui prévaut. Chaque associé peut être assigné personnellement par les créanciers sociaux, sans qu'il soit besoin de mettre en cause les autres associés, mais chacun d'eux ne peut se voir réclamer que sa part virile, c'est-à-dire une partie de la dette égale au chiffre total divisé par le nombre des associés. — Cass., 29 juin 1853, précité.

536. — On admet cependant une exception au principe de l'obligation des associés envers le tiers pour part égale dans le cas où l'obligation serait la conséquence non d'un acte de gestion accompli par un associé dans la limite de ses pouvoirs, mais d'un acte accompli sans mandat ayant eu pour conséquence un enrichissement de la société. Jugé en ce sens que, lorsque des associés, en matière civile, se trouvent obligés au paiement de la dette contractée par l'un d'eux, en ce que l'obligation a tourné au profit de la société, ils ne sont pas obligés, tous et chacun pour une somme et parts égales; mais chacun n'est tenu que proportionnellement à sa part dans la société. — Cass., 18 mars 1824, Aymand, [S. et P. chr.] — V. Duvergier, t. 20, n. 402; Pont, t. 1, n. 659; Laurent, t. 26, n. 353; Troplong, t. 2, n. 820; Guillouard, n. 269; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 787; Duranton, t. 17, n. 448; Aubry et Rau, t. 4, § 383, p. 565.

537. — La loi, enfin, interdit implicitement, tout au moins d'après la jurisprudence, toute restriction statutaire et générale à l'obligation personnelle de chaque associé, dans la mesure qu'elle détermine.

538. — Sans doute, il est loisible à chaque créancier, par l'acte même qui constate sa créance, de renoncer au droit que la loi lui confère de poursuivre chaque associé sur ses biens personnels pour sa part et portion, et d'assigner pour limite, à l'obligation de l'associé envers lui, le montant de sa part dans la société; auquel cas ledit associé cesse d'être tenu personnellement et sur tous ses biens jusqu'à concurrence de sa part virile, pour voir son obligation limitée au montant de son apport, ou part sociale. Mais hormis cette hypothèse, expressément réservée par le texte même de l'art. 1863, le principe subsiste : chaque associé, dans une société civile, est tenu personnellement et *in infinitum*, pour sa part virile, dans les dettes sociales. — Cass., 21 févr. 1883, Châtillon, [S. 84.1.361, P. 84.1.929, le rapport de M. le conseiller Lemaire et la note de M. Labbé, D. 83.1.21[illegible]]

539. — Vainement les parties auraient-elles pris soin, sans d'ailleurs adopter pour leur société une forme commerciale, d'insérer dans les statuts des sociétés civiles une clause limitant la responsabilité de chaque associé à son apport dans la société; la jurisprudence, qui reconnaît la validité d'une semblable clause dans les rapports des associés entre eux, la considère comme ne pouvant être opposée aux tiers. Jugé, à cet égard, que les membres d'une société civile ne sauraient être affranchis, par une clause de l'acte social, de l'obligation, que l'art. 1863 leur impose, d'acquitter, chacun pour sa part, les dettes sociales : une clause, stipulant que les créanciers n'auraient pour gage que les biens dépendant de la société, n'est pas opposable aux tiers. — Même arrêt. — Paris, 27 juin 1882, [*J. des soc. comm.*, 83.133] — V. en ce sens que la stipulation d'une responsabilité limitée n'est pas opposable aux tiers : Guillouard, n. 242; Pont, *Rev. crit.*, 1884, p. 524 et s.; Vavasseur, *Loi des 12 et 17 mai 1883*. — *Contrà*, Labbé, note précitée; Lyon-Caen et Renault, *Tr. dr. comm.*, t. 2, n. 1078; Houpin, t. 1, n. 112.

540. — Cette stipulation, licite entre associés, est sans valeur à l'égard des tiers qui n'ont pas accepté, par une convention spéciale, cette dérogation au droit commun. — Rouen, 16 juin 1890, Moine et autres, [S. et P. 92.2.309]

541. — Il importerait peu que les statuts de la société eussent été publiés conformément aux prescriptions de la loi du 24 juill. 1867; la publication des statuts, qui n'est pas prescrite pour les sociétés civiles, n'a pu modifier les droits des tiers au regard des associés. — Même arrêt. — V. Guillouard, *loc. cit.* — V. aussi Douai, 18 juin 1883, sous Cass., 2 juill. 1884, Beaucourt, [S. 86.1.169, P. 86.1.394]

542. — Jugé de même que, lorsqu'une société civile n'a pas emprunté la forme anonyme, la clause de l'acte constitutif portant qu'il n'existe aucune solidarité entre les associés, lesquels ne sont engagés que pour le montant des actions qu'ils souscrivent, ne saurait avoir pour effet d'affranchir les associés de toute responsabilité personnelle à raison des pertes sociales qui dépasseraient leurs apports; cette clause doit être entendue en ce sens seulement que la responsabilité, au lieu d'être encourue par chaque associé pour sa part virile, conformément à l'art. 1863, C. civ., est pour chacun d'eux proportionnelle au nombre et au montant de ses actions. — Lyon, 8 août 1873, Rapp, [S. 74.2.105, P. 74.473, D. 74.2.201] — V. Bucbère, *Valeurs mobilières*, n. 447.

543. — ... Que la clause des statuts d'une société civile, portant que « aucune solidarité n'existe entre les actionnaires qui ne pourront être soumis à aucun appel de fonds au delà du montant de la valeur d'émission de leurs actions », ne peut être opposée aux créanciers de la société par un actionnaire pour limiter sa responsabilité au montant de sa mise, que si, dans les engagements contractés, l'obligation de l'actionnaire a été spécialement restreinte sur le pied de sa part dans la société, conformément à l'art. 1863. — Douai, 23 mars 1878, Lefèvre, [S. 78.2.305, P. 78.1255, D. 79.2.109] — Et il importe peu que les créanciers (des associés, dans l'espèce) aient connu ou pu connaître la clause des statuts, cette connaissance ne pouvant suppléer la déclaration spéciale exigée par l'art. 1863, C. civ. — Même arrêt. — V. Pont, n. 661 et 662.

544. — Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, un créancier peut, en contractant avec les administrateurs de la société civile, renoncer au bénéfice de l'art. 1863, et faire remise aux associés de leur responsabilité personnelle (Cass., 21 févr. 1883, précité). En d'autres termes, la clause qui aurait pour but d'affranchir les associés de toute responsabilité personnelle ne serait pas opposable aux tiers, à moins que, en traitant avec les tiers, les associés n'aient pris soin de porter la clause à leur connaissance. — Douai, 18 juin 1883, précité.

545. — Il appartient, d'ailleurs, aux juges du fait, saisis de l'interprétation du contrat intervenu entre les administrateurs d'une société civile et un créancier de cette société, d'apprécier souverainement si, en contractant, les parties ont eu l'intention de déroger à l'art. 1863, C. civ., alors du moins que cette interprétation ne dénature le sens clair et précis d'aucune des clauses du contrat. — Cass., 21 févr. 1883, précité.

546. — Sur la question de savoir si le principe formulé ci-dessus doit s'appliquer même aux sociétés civiles à forme commerciale, ou si l'adoption d'une forme impliquant limitation de la responsabilité aux apports (pour les commanditaires ou actionnaires), ne doit pas être considérée, vu la publicité dont elle est entourée, comme tenant lieu de l'adhésion formelle des créanciers à cette limitation de leur gage, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

547. — Quelque bien établie que paraisse être la jurisprudence résumée ci-dessus, nous estimons, avec une fraction importante de la doctrine, qu'elle prête aux plus sérieuses critiques. Sans doute, l'art. 1863, C. civ., subordonne à l'existence d'une convention spéciale la limitation de l'obligation de l'associé au montant de son apport; mais cet article, que la Cour suprême considère comme général, ne statue *in terminis* que relativement à l'associé qui aurait lui-même contracté, au nom de la société, c'est-à-dire à l'associé gérant ou en faisant fonctions.

548. — Quant à l'associé tenu au passif social créé par l'initiative de ses coassociés, l'art. 1863 ne s'en préoccupe pas. Ce sont les art. 1862 et 1864 qui prévoient cette situation; or, loin de déclarer impérativement que l'associé sera toujours tenu personnellement jusqu'à concurrence d'une part virile, ces deux articles disposent simplement que l'un des associés ne peut obliger les autres, même s'il a déclaré stipuler pour le compte de la société *que si ceux-ci lui en ont conféré le pouvoir*. Qu'est-ce à dire, sinon que chaque associé n'est tenu au passif social que *dans la limite des pouvoirs* qu'il a entendu conférer au gérant? Or, si les statuts décident que les associés ne seront tenus du passif que jusqu'à concurrence de leurs apports, une telle clause n'enlève-t-elle pas aux gérants la faculté d'obliger leurs coassociés, au regard des créanciers sociaux, pour une somme supérieure au montant de leurs apports? — Labbé, note sous Cass., 21 févr. 1883, [S. 84.1.361, P. 84.1.929]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1078; Houpin, t. 1, n. 112, et *J. du Not.*, 1894, p. 129.

549. — Quelques cours d'appel se sont ralliées à cette dernière interprétation. Ainsi jugé que, si l'art. 1863 pose le principe de l'obligation personnelle, *pro parte*, de chacun des associés à moins de stipulation contraire insérée dans le contrat, ce principe reçoit échec en présence d'une clause formelle des statuts limitant l'obligation des associés au montant de leur mise. Il convient en ce cas de faire prévaloir les principes du mandat, d'après lesquels le mandant ne saurait être obligé par les actes du mandataire que dans la mesure des pouvoirs par lui conférés à celui-ci. — Trib. Epernay, 19 févr. 1892, [*J. des soc.*, 94. 482] — V. aussi Trib. Toulouse, 9 févr. 1899, [*J. des soc.*, 99. 448]

550. — ... Alors surtout que l'acte de société a été régulièrement publié. — Toulouse, 23 mars 1887, Fages, [D. 87.2.233] — Cette réserve soulève toutefois une question délicate : celle de savoir si les formes de publicité édictées par la loi en vue des sociétés commerciales (V. *infrà*, v° *Société commerciale*, n. 119 et s.) peuvent être étendues, au gré des parties, aux sociétés civiles pures et simples, ou si cette extension ne se comprend que pour les sociétés civiles ayant adopté la forme commerciale. Nous ne pouvons, pour l'instant, qu'indiquer la question, sur laquelle nous reviendrons.

551. — Même limitée à sa part sociale, l'obligation de l'associé comporte l'obligation de rapporter les dividendes fictifs qu'il a touchés. La seule difficulté est de savoir dans quels cas une distribution de dividendes pourra être considérée comme irrégulière. A ce point de vue, on admet assez généralement que l'associé tenu à l'égard d'un tiers seulement jusqu'à concurrence de sa mise, et cela parce que cette restriction se trouve indiquée dans l'acte d'obligation ou parce que l'on estime suffisante son indication dans les statuts sociaux, ne doit rapporter que les répartitions de bénéfices postérieurs à l'existence de l'obligation envers ce tiers. — Duvergier, t. 20, n. 398; Pardessus, t. 3, n. 1035. — Sur la distribution de dividendes fictifs dans les sociétés commerciales et spécialement dans les sociétés par actions, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

552. — Quelle que soit la mesure de l'obligation de l'associé au passif social dans une société civile, cette obligation survit à la cession du titre. La clause des statuts, portant que la société « ne reconnait qu'un seul propriétaire de l'action » ne saurait suffire à exonérer du passif social, pour le passé, les actionnaires qui ont transféré leurs actions. — Douai, 18 juin 1883, sous Cass., 2 juill. 1884, Beaucourt, [S. 86.1.169, P. 86.1.394] — V. Aubry et Rau, t. 4, § 381, p. 559; Pont, t. 1, n. 661; Lyon-Caen, note sous Paris, 28 janv. 1868, [S. 69.2.105, P. 69.468]; Guillouard, n. 169; Houpin, t. 1, n. 113.

553. — De même, la clause des statuts, portant que la « société se compose d'un nombre déterminé d'actions exemptes d'aucun appel de fonds », s'applique à la limitation du capital social, et signifie seulement que le capital est irrévocablement fixé, et non que les actionnaires seront affranchis de la responsabilité des emprunts contractés en personne ou par mandataires. — Même arrêt. — On ne saurait étendre aux sociétés civiles ordinaires les règles formulées par la loi de 1867, amendée en 1893, en ce qui concerne l'exonération des actionnaires par l'effet de la cession du titre, deux ans après la cession intervenue (art. 3). — Sur l'interprétation de cet article et sur l'extension de ses prescriptions aux sociétés à objet civil ou à forme commerciale, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

554. — De même, le titulaire de l'action nominative d'une société civile, inscrite sur les registres sociaux, et non transférée à la suite d'une cession, reste tenu, au regard du liquidateur, au paiement de la part contributive dans les dettes sociales revenant à l'action portée en son nom. — Cass., 31 janv. 1887, Paquet, Paquin et Liogre, [S. 90.1.527, P. 90.1.1268, D. 87.1.336]

555. — En tout cas, de pareilles décisions rentrent dans les limites du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fait. — Cass., 2 juill. 1884, précité.

556. — Mais l'ancien associé dans une société dissoute est valablement déchargé de ce qu'il peut devoir, en sa qualité d'associé, à un créancier de la société, par la quittance qui lui est donnée par l'associé liquidateur, alors que celui-ci avait pouvoir du créancier commun à l'effet de recevoir toutes les valeurs qui pouvaient lui être dues et d'en donner décharge ou quittance. — Cass., 6 frim. an XIV, Greffulhe, [S. et P. chr.]

557. — Jugé d'ailleurs que le titulaire d'actions nominatives en vertu d'un transfert pur et simple inscrit sur les registres sociaux en est réputé propriétaire; qu'il ne peut prétendre, en l'absence de toute preuve, qu'il les détient non à titre de propriété, mais à titre de nantissement, et que, dès lors, il n'est point obligé comme associé. — Lyon, 8 août 1873, Rapp, [S. 74. 2.105, P. 74.473, D. 74.3.201] — Il n'importe même que le transfert ne soit pas signé par le cédant, s'il est accompagné d'une lettre de celui-ci qui l'autorisait. — Même arrêt.

558. — Jugé également que, bien qu'en règle générale, une société formée dans le but de faire la liquidation d'une maison de commerce puisse être réputée avoir pris à sa charge les dettes de la maison qu'il s'agit de liquider, et celles qui seraient contractées pour le compte de la liquidation, cependant, il peut résulter des circonstances et des conventions des parties, que cette société ou les associés qui la composent ne soient pas personnellement tenus de ces dettes, et qu'ils n'aient pas d'autre engagement que celui de les payer avec les valeurs dépendant de l'entreprise à liquider et les produits de cette entreprise. — Cass., 21 nov. 1848, Bouault, [S. 49.1.263, P. 49.2.254, D. 49.1. 252]

559. — Jugé, d'autre part, que lorsqu'après la faillite d'une société, les biens qui en faisaient partie sont, par un concordat, attribués à un associé, à la charge par lui de payer les dettes sociales, ces biens deviennent la propriété particulière de cet associé, et peuvent dès lors être frappés de l'hypothèque légale de sa femme, alors même qu'une nouvelle société serait formée en remplacement de l'ancienne, et que ces biens y seraient apportés par l'associé dont ils sont devenus la propriété. Ces biens n'entrent dans la société nouvelle que grevés des charges qui leur ont été imposées dans l'intervalle de temps qui a séparé les deux sociétés (C. civ., art. 2121). — Cass., 10 nov. 1845, Boulen, [S. 45.1.811, P. 46.1.99]

560. — Jugé encore relativement aux effets de la dissolution de la société sur l'obligation au passif social : 1° Que lorsqu'une société a été dissoute par le décès de l'un des associés, et que les associés restants, après avoir continué le même genre d'ex-

ploitation, font ensuite faillite, leurs créanciers ne peuvent réclamer des héritiers de l'associé décédé que la part de ce dernier dans le déficit qui existait lors de la dissolution de la société. — Liège, 16 mars 1813, Péters, [S. et P. chr.]

561. — 2° Qu'après la dissolution d'une société, l'associé poursuivi seulement pour la part dont il est tenu personnellement dans les dettes sociales, ne peut provoquer la déclaration de faillite de la société, au préjudice de son coassocié qui a payé sa part personnelle, et qui, moyennant ce paiement, a été déchargé de la solidarité par les créanciers. En ce cas, la dette pour laquelle l'associé est poursuivi n'est plus dette de la société, mais bien une dette à lui personnelle (C. civ., art. 1197 et 1210). — Cass., 8 août 1820, Thomé, [S. et P. chr.] — Lyon, 11 août 1819, Thomé, [S. et P. chr.]

562. — 3° Que celui qui se rend acquéreur de l'actif mobilier d'une société, ne devient pas par ce fait seul débiteur des dettes de cette société (C. civ., art. 870). — Cass., 18 déc. 1844, Delassaux, [S. 45.1.190, P. 45.1.154, D. 45.1.15] — Rouen, 25 août 1841, [S. *ibid.*, *ad notam*, P. 45.1.454]

563. — Jugé, d'autre part, que lorsqu'un acte sous seing privé, déposé chez un notaire, a l'apparence extérieure et intrinsèque d'un acte de société, s'il se trouve que la société n'a pas été réellement contractée, et que l'apparence d'acte social soit le résultat d'un faux (pratiqué par addition et fabrication de conventions écrites après coup sur un blanc existant au-dessus d'un sous seing privé), les tiers qui ont contracté sur la foi d'un tel acte ne peuvent rendre le signataire responsable des suites de leur erreur, surtout si l'acte de société interposé ne constitue qu'une société léonine et hors de toute vraisemblance (C. civ., art. 1109, 1382 et 1383). — Paris, 7 févr. 1824, Marchais, [S. et P. chr.]

§ 3. *Concours entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés.*

564. — Pour ceux qui estiment que les sociétés civiles constituent des personnes morales (et, nous avons établi *suprà*, vº *Société en général*, n. 517 et s., que la jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens), le patrimoine de la société se trouve engagé envers les tiers en même temps que celui de chacun des associés; autrement dit, les dettes contractées envers un tiers par un associé capable de s'engager pour la société sont à la charge de celle-ci, sans que les créanciers personnels de l'un ou de l'autre des associés puissent entrer en concurrence avec ce tiers sur les biens composant l'actif social. — Duvergier, t. 20, n. 98, 406; Troplong, t. 2, n. 865; Duranton, t. 17, n. 457; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 719, p. 444, note 10.

565. — Sur le point de savoir dans quelles conditions une compensation peut s'établir entre la créance d'un tiers sur une société civile et une dette de ce tiers au regard de l'un des associés pris individuellement, V. *suprà*, vº *Compensation*, n. 62 et s. — V. aussi Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1289, n. 37 et s.; Thiry, *Rev. crit.*, 1855, p. 300; Pont, t. 1, n. 670; Guillouard, n. 274; Laurent, t. 26, n. 361. — Qu'il nous suffise de rappeler ici, d'un mot, qu'un associé ne peut compenser ce qu'il doit à la société avec ce qui lui est dû par un associé, alors même que cet associé serait le gérant. — Troplong, t. 1, n. 62; Massé, t. 5, n. 397.

566. — De même, l'associé qui est personnellement débiteur d'un débiteur de la société, ne peut opposer la compensation de ce que celui-ci doit à la société. — Troplong, t. 1, n. 79; Duranton, t. 12, n. 432; Massé, t. 5, n. 398.

567. — Tout en déniant la personnalité civile aux sociétés civiles, certains auteurs en arrivent cependant à reconnaître aux créanciers sociaux sur l'actif social un droit préférable à celui des créanciers particuliers de chaque associé. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 176; Mangin, *Rev. crit.*, 1890, p. 697. — V. Meynial, note sous Cass., 23 févr. 1891, [S. et P. 92.1.74] — Pratiquement, leur thèse se confond donc, au point de vue des droits des créanciers sociaux, avec la théorie de la jurisprudence.

568. — Jugé dans le sens de ce premier système : 1° Que les biens composant l'actif d'une société sont affectés par privilège au paiement des créanciers de la société, à l'exclusion des créanciers particuliers de l'associé. — Paris, 10 déc. 1814, Perrin-Philibert, [S. et P. chr.] — Grenoble, 1er juin 1831, Olivier et autres, [S. 32.2.591, P. chr.]

569. — 2° Que le créancier d'un associé, pour une cause étrangère à la société, n'a pas le droit de saisir-arrêter ce qui est dû aux autres associés. — Cass., 11 mars 1806, Santerre, [S. et P. chr.] — V. aussi Cass., 18 oct. 1814, Liquid. Mazet, [S. chr.]

570. — 3° Que le créancier personnel d'un associé n'a aucun droit de suite sur les effets sociaux, mais seulement sur la part de son débiteur dans ces effets. En conséquence, il n'a pas à se plaindre du jugement qui, en validant la saisie-arrêt par lui pratiquée sur des fonds appartenant à la société, a ordonné que les sommes arrêtées resteraient aux mains du tiers saisi, pendant le temps accordé au débiteur pour arriver à la liquidation de la société. — Rennes, 9 juin 1815, Bonnefin, [S. et P. chr.]

571. — 4° Qu'un associé ne peut, au préjudice de ses coassociés, déléguer à son créancier personnel les sommes dues à la société par le Gouvernement. — Paris, 16 déc. 1809, Lannes, [S. et P. chr.]

572. — ... Et que le créancier auquel une telle délégation est faite ne peut entraver la liquidation de la société au moyen d'une opposition, alors surtout que les coassociés lui offrent des sûretés convenables. — Même arrêt.

573. — Il n'est pas non plus recevable à former tierce opposition au jugement qui ordonne la liquidation de la société. — Même arrêt.

574. — Décidé aussi que le principe suivant lequel les créanciers d'une société doivent être préférés, sur l'actif social, aux créanciers personnels des associés, s'applique même au cas où la dissolution de la société a été opérée antérieurement à la naissance des créances de ces derniers, par un fait non régulièrement ou légalement connu des tiers, tel que la réunion consentie secrètement de tous les droits des associés sur la tête d'un seul. Ainsi, les créanciers personnels de celui-ci, auxquels il a conféré une hypothèque sur les immeubles de la société postérieurement à une semblable dissolution, ne peuvent, dans la distribution du prix de ces immeubles, se prévaloir de leur droit hypothécaire à l'encontre des créanciers sociaux. — Cass., 9 août 1859, Chaunebat, [S. 60.1.470, P. 59.1102]

575. — Toutefois, si après la dissolution de la société, l'un des sociétaires nommé liquidateur a confondu l'état social dans le sien propre, sans que les créanciers de la société aient demandé la séparation des actifs respectifs, le privilège de ces créanciers est éteint par la confusion. — Grenoble, 1er juin 1831, précité. — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 405; Frémery, *Etudes de dr. comm.*, p. 33.

576. — Dans un second système, on reconnaît que les créanciers sociaux peuvent seuls exercer des voies d'exécution sur les biens sociaux, mais on admet que lorsque, par l'effet de la vente sur saisie, ces biens sociaux sont transformés en argent, les créanciers particuliers de chaque associé peuvent venir au marc le franc avec les créanciers sociaux sur la somme ainsi obtenue. — Aubry et Rau, t. 4, § 383, p. 566 et 567; Laurent, t. 26, n. 360.

577. — Dans un troisième système, on reconnaît que, sous tous les rapports, la situation des créanciers sociaux au regard du fonds social se trouve, pendant la durée de la société, préférable à celle des créanciers particuliers des associés; ceux-ci ne peuvent ni procéder à la saisie de ces biens, ni concourir avec les créanciers sociaux sur le prix provenant de leur aliénation; mais, à partir de la dissolution de la société, leurs droits deviennent en tous points les mêmes que ceux des créanciers sociaux. — Pont, t. 1, n. 666; Thiry, *Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers* (*Rev. crit.*, 1855, p. 289 et s.); Guillouard, n. 273.

578. — Il résulte des explications qui précèdent que, même les auteurs d'après lesquels les sociétés civiles ne sont pas revêtues de la personnalité morale reconnaissent que, tant que dure la société, les créanciers personnels des associés ne peuvent ni saisir, ni faire vendre la part indivise de leur débiteur dans tel ou tel bien social; le seul droit dont ces créanciers jouissent, c'est de saisir ou de vendre la part sociale de leur débiteur, qui d'ailleurs reste toujours l'associé de ses coassociés, ce qui fait que le cessionnaire de sa part n'est en principe qu'un croupier comme celui dont il est question sous l'art. 1861 (V. *suprà*, n. 394 et s.). Jugé, à cet égard, que le créancier personnel d'un associé peut, après le décès de celui-ci, saisir sa part sociale et le droit de ses héritiers à la continuation de la société, surtout s'il est dit dans l'acte social qu'au cas de décès de l'un des associés, le défunt pourra être remplacé par ses héritiers ou ayants-cause. — Alger, 11 juin 1866, Doulouze, [S. 67.2.46, P. 67.221]

— *Sic*, Guillouard, n. 252-I, 271 ; Aubry et Rau, t. 4, p. 560, § 381 *bis;* Laurent, t. 26, n. 354 et s. — V. Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 2205.

579. — ... Que lorsqu'un acte de société porte qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuera entre ses représentants et les autres intéressés, cette expression doit s'entendre de tout ayant-droit de l'associé décédé. Dès lors, les créanciers représentants du défunt peuvent saisir et vendre la mise sociale de leur débiteur. — Paris, 13 août 1834, Benazet, [S. 34. 2.674, P. chr.]

580. — La jurisprudence n'est pas d'accord sur la forme à suivre pour la saisie de la mise sociale; sans doute, on écarte les formes indiquées pour la saisie immobilière, mais on décide, d'une part, que la mise sociale d'un associé peut être saisie et vendue dans les formes prescrites par les art. 636 et s., C. proc. civ., pour la saisie et la vente des rentes sur particuliers. — Même arrêt. — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 408.

581. — On juge, d'autre part, que les actions ou intérêts dans les compagnies de finance ou d'industrie peuvent être saisies-arrêtées, tout aussi bien que les sommes ou effets appartenant au débiteur. — Paris, 2 mai 1811, Reichard, [S. et P. chr.] — *Sic*, Roger, *Saisie-arrêt*, n. 26; Debelleyme, *Ordonnance sur requête et sur référé*, t. 1, p. 192. — V. *suprà*, v° *Saisie-arrêt*, n. 285 et s.

582. — Indépendamment du droit qu'ils peuvent avoir contre la société, les créanciers de la société peuvent agir contre le patrimoine de chacun des associés; on admet presque unanimement que lorsqu'ils poursuivent le paiement de ce qui leur est dû sur les biens particuliers des associés, leur droit est en tous points le même que celui des créanciers particuliers de chaque associé. — Duvergier, t. 20, n. 406; Pont, t. 1, n. 667; Troplong, t. 2, n. 863; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 444 et 445, § 719, note 10, Thiry, *loc. cit.;* Aubry et Rau, t. 4, § 383, p. 567 ; Laurent, t. 26, n. 359.

583. — On a cependant soutenu que, si les créanciers de la société demandent à être payés par préférence sur les biens de la société, ils doivent souffrir que les créanciers particuliers de l'associé soient payés par préférence à eux sur les biens personnels de cet associé (Duranton, t. 17, n. 458). Mais cette opinion, tout équitable qu'elle paraisse, est aujourd'hui abandonnée, car elle est en opposition avec le principe de l'indivisibilité du patrimoine et, par conséquent, du gage offert par celui-ci à la masse des créanciers chirographaires (C. civ., art. 2092).

584. — Sur la détermination des charges assumées par une société civile par actions, en suite de l'émission d'un certain nombre d'obligations remboursables par voie de tirage au sort, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

CHAPITRE IV.

DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE DES SOCIÉTÉS.

Section I.

Des causes de dissolution des sociétés.

585. — Aux termes de l'art. 1865, C. civ., la société finit : 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée; 2° par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation; 3° par la mort naturelle de quelqu'un des associés; 4° par la *mort civile*, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux; 5° par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

586. — La jurisprudence est d'accord avec la doctrine pour décider que l'énumération de l'art. 1865 n'est pas complète. — Guillouard, n. 276; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 367; Houpin, t. 1, n. 131. — Il y a lieu de proclamer notamment, d'une part, que la société peut être dissoute par la volonté chez tous les associés de mettre fin au contrat (mutuel dissentiment); d'autre part, que la dissolution peut encore être prononcée par les tribunaux pour des causes légitimes (art. 1871).

587. — Il convient d'ajouter, d'autre part, que certaines causes de nullité opèrent, en réalité, comme de véritables causes de dissolution, c'est-à-dire sans rétroactivité. Nous en avons signalé certains exemples empruntés à la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les effets de la nullité des sociétés entre époux (V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 307 et s.); nous en retrouverons un autre cas, celui-là non contesté, lorsque nous étudierons la sanction des formalités prescrites par la loi pour la *publicité* des sociétés commerciales. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*, n. 251 et s.

588. — Mais, si l'énumération de l'art. 1865 est incomplète, du moins doit-on le considérer comme donnant une liste limitative des causes de dissolution susceptibles d'opérer *de plein droit*. On s'accorde en effet à répartir en deux groupes les causes de dissolution indiquées par le Code civil. Les unes mettent fin à la société de plein droit; les autres supposent une manifestation de volonté ou une décision judiciaire. — Guillouard, n. 276; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 368; Houpin, t. 1, n. 131.

589. — *Premier intérêt de la distinction.* — Lorsque la dissolution de la société a lieu de plein droit, la société se dissout non seulement sans la volonté des associés, mais encore en présence de leur volonté contraire. Ils peuvent bien, après la dissolution, convenir de rester en société, mais alors c'est une nouvelle société qui se forme, la volonté de tous les associés étant insuffisante pour prolonger la durée d'une société qui, par la loi, a, de plein droit, été dissoute. — Guillouard, n. 277; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 368; Laurent, t. 26, n. 371; Houpin, t. 1, n. 133. — Sur la question de savoir si la société prorogée par un acte *antérieur* à la survenance du terme, ne doit pas être considérée comme une continuation de l'ancienne, V. *infrà*, n. 623.

590. — A plus forte raison la volonté d'un seul des associés serait-elle impuissante à empêcher la dissolution *ipso jure* de produire son effet. Dès qu'une cause de ce genre existe, c'est un droit acquis pour chacun des associés de s'en prévaloir. Il ne s'agit même pas de ce droit essentiellement attaché à la personne, mais d'un droit du patrimoine susceptible d'être exercé par les ayants-cause de chacun d'eux, notamment par un cessionnaire de la part d'associé, auquel cependant ne s'est point communiquée la qualité d'associé de son cédant. — Aubry et Rau, t. 4, § 381-8° ; Guillouard, n. 319. — ... Ou par les créanciers de l'associé, agissant en vertu de l'action oblique de l'art. 1166, C. civ. — Trib. Seine, 24 mai 1897, [*J. des soc.*, 98.75] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 336; Houpin, t. 1, n. 131.

591. — Tout au contraire, si la dissolution de la société est demandée par l'un des associés, pour l'une des causes spécifiées en l'art. 1871, C. civ., le demandeur peut se désister de son action et les tribunaux ne pas admettre sa demande. La société continue donc à exister comme si la demande en dissolution n'avait jamais été formée. — Guillouard, n. 277.

592. — *Deuxième intérêt de la distinction.* — Si la dissolution s'opère de plein droit, elle a lieu au jour même de l'événement qui en est cause. Si la dissolution est demandée à la justice, elle n'a lieu que du jour du jugement qui la prononce (ou plutôt du jour de l'ajournement introductif d'instance). — Guillouard, n. 277; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 368.

593. — Il est un troisième intérêt spécial aux sociétes commerciales, et sur lesquelles nous reviendrons : les causes de dissolution se réalisant par le fait de l'homme ou par décision de justice doivent être *publiées* (Thaller, n. 330) ; il en est différemment des causes de dissolution opérant de plein droit. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

594. — Le premier groupe (causes de dissolution de plein droit) comprend les quatre premiers cas prévus par l'art. 1865, C. civ., à savoir : 1° l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée; 2° l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation ; 3° la mort naturelle de quelqu'un des associés; 4° l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux. Le second groupe comprend donc, soit la dissolution volontaire (volonté de tous ou d'un seul), soit la dissolution judiciaire.

§ 1. *Des causes de dissolution qui mettent fin de plein droit à la société.*

1° *De l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée.*

595. — Les sociétaires ont le droit de fixer comme ils le jugent convenable la durée de la société, sans considération de son objet et de la durée présumable de ses opérations. — Duvergier, t. 20, n. 415 ; Troplong, t. 2, n. 968 et s. ; Guillouard, n. 119. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n. 392, qui pense que l'art. 815, C. civ., est applicable à l'état de société, c'est-à-dire

que la société ne peut durer plus de cinq ans. Cette dernière opinion, économiquement insoutenable, et d'ailleurs contraire au texte de l'art. 1865, C. civ., et plus encore à son esprit, est tout à fait abandonnée. — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 189.

596. — Les parties peuvent contracter valablement une société sans en fixer la durée. Dans ce cas, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, la société est censée contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire, et s'il s'agit au contraire d'une affaire dont la durée ne soit pas limitée, la société est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869 (C. civ., art. 1844). Nous reviendrons ultérieurement sur la faculté de dissolution unilatérale conférée à chaque associé, par cet art. 1869, dans les sociétés à durée illimitée.

597. — Si la durée de la société a été fixée par le contrat, la dissolution a lieu de plein droit à l'expiration du temps fixé. — Guillouard, n. 280; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 371; Houpin, t. 1, n. 132; Thaller, p. 209. — ... Lors même que l'opération en vue de laquelle la société a été formée ne serait pas terminée. — Troplong, t. 2, n. 870; Persil, p. 341, n. 1; Pardessus, t. 4, n. 1085; Guillouard, n. 280; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 371.

598. — Toutefois, une société contractée pour une certaine affaire à achever dans un certain temps, doit durer jusqu'à ce que l'affaire soit achevée, si la considération du temps n'a été que secondaire entre les associés. — Bruxelles, 13 janv. 1810, Jacobs, [S. et P. chr.] — Nîmes, 2 janv. 1839, Duclaux, [S. 39. 2.74, P. 39.1.580] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 414. — V. *infrà*, n. 672 et s.

599. — Même dans le cas où la durée de la société est fixée d'une manière précise, la volonté des parties peut la diminuer ou l'augmenter. Nous allons donc étudier : 1° la dissolution de la société avant le terme primitivement assigné à sa durée; 2° la prorogation de la société.

600. — a) *Dissolution avant le terme fixé.* — Une société peut finir avant le terme fixé, mais il est alors nécessaire que tous les associés soient d'accord pour demander la dissolution (*mutuel dissentiment*). Sauf conventions contraires, la simple majorité des associés ne pourrait donc dissoudre la société au moment qui lui plairait. — Paris, 20 mai 1869, Noisel et consorts, [D. 70.2.12] — *Sic*, Guillouard, n. 281; Laurent, t. 26, n. 367; Thaller, n. 334; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 301; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 437; Houpin, t. 1, n. 134. — Cette solution est l'application du principe général, sur la portée duquel nous reviendrons à propos des sociétés par actions, d'après lequel toute modification aux statuts présuppose le consentement unanime des associés, à moins d'une clause statutaire contraire. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

601. — La preuve de la dissolution d'une société avant le terme doit être assujettie aux mêmes règles que la preuve de la société elle-même. On ne serait donc point admis à prouver par témoins la dissolution d'une société civile dont l'objet serait d'une valeur de plus de 150 fr.

602. — Même au-dessous de 150 fr., la preuve par témoins ne serait point admise, si les parties avaient rédigé un acte écrit en vertu de l'art. 1834, C. civ., portant que la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu aux actes de société, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 fr. (V. *suprà*, n. 77 et s.). — Duvergier, t. 20, n. 461.

603. — Les mêmes principes s'appliquent aux sociétés commerciales; on a jugé que la dissolution d'une société commerciale prouvée par écrit et dont le terme n'est point expiré, ne peut être établie par témoins. — Bordeaux, 15 (25) nov. 1827, Bourdet, [S. et P. chr.]

604. — On pourrait toutefois prouver par témoins la dissolution d'une société en participation qui aurait été formée sans écrit. Mais nous ne saurions approuver, en présence de l'art. 1341, C. civ., l'arrêt qui, dans une espèce où la société en participation avait été formée par écrit, a jugé que la dissolution de cette société avant l'expiration du temps avait pu être établie à l'aide de présomptions et de la preuve testimoniale. — Cass., 10 janv. 1831, Balathies, [S. 32.1.207, P. chr.]

605. — Lorsque, avant la fin d'une entreprise qu'ils avaient commencé d'exécuter en société, deux individus conviennent de dissoudre cette société, de manière que l'un d'eux reste seul chargé de la suite de l'entreprise, le transport que ce dernier fait à l'autre, pour le remplir de sa part de bénéfice, d'une certaine somme due par un tiers à la société, doit, alors qu'il a été notifié, recevoir son exécution de préférence aux autres obligations que le même débiteur aurait contractées postérieurement dans l'intérêt de l'entreprise continuée par lui seul, et qui n'auraient fait l'objet que de transports postérieurement signifiés. — Cass., 26 avr. 1831, Godde, [P. chr.]

606. — Fréquemment, la dissolution avant terme de la société n'est que le prélude d'une reconstitution de la même société, soit avec les mêmes éléments, soit à la suite d'une *fusion* avec une société similaire. Les juges du fond ont un large pouvoir d'appréciation pour qualifier les opérations intervenues. Ainsi ne donne point ouverture à cassation un arrêt qui reconnaît l'anéantissement d'un premier acte de société passé entre les parties, et son remplacement par un autre, en se fondant sur des circonstances de fait, notamment sur ce que le fonds social, le personnel des associés et les conditions de la seconde association étaient entièrement différents. — Cass., 8 janv. 1837, Parmentier et Stielvater, [P. 40.1.242] — Sur la théorie des *fusions* des sociétés, V. les développements donnés *infrà*, v° *Société commerciale*, à propos des sociétés par actions.

607. — b) *Prorogation de la société.* — Une société à temps limité peut être prorogée. Mais, dit l'art. 1866, « la prorogation ne peut être prouvée que par un écrit revêtu *des mêmes formes* que le contrat de société ».

608. — En d'autres termes, la prorogation de la société doit être prouvée de la même manière que l'on prouve la formation de la société, c'est-à-dire par écrit au-dessus de 150 fr., par témoins au-dessous de ce chiffre (V. *suprà*, n. 77 et s.). — Guillouard, n. 282; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 372; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 133; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 302; Thaller, n. 334. — Signalons cependant que, d'après Baudry-Lacantinerie et Wahl (*loc. cit.*), s'il a été dressé acte de la société, il devra être dressé acte aussi de la prorogation, et cela quand même il s'agirait de moins de 150 fr.; car l'acte de prorogation est fait, suivant le langage de l'art. 1341, « outre » le contenu de l'acte de société qu'il modifie (Arg., C. civ., art. 1341 et 1834, al. 2).

609. — Assurément il n'est pas nécessaire, pour proroger une société dont le terme est expiré, d'employer un acte identiquement semblable à l'acte constitutif, par exemple un acte sous seing privé, si c'est une convention sous seing privé qui a fondé la société, ou un acte authentique, si c'est un acte authentique. — Duvergier, t. 20, n. 416; Guillouard, n. 282; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 791; Colmet de Santerre, t. 8, n. 60 *bis*-I et II; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 567, note 2. — V. Duranton, t. 17, n. 462.

610. — Mais, et c'est en ce sens qu'il y a assimilation au point de vue de la preuve entre la constitution et la prorogation des sociétés, les art. 1834 et 1866, qui veulent que toute société ou prorogation de société, non commerciale, dont l'objet est d'une valeur de plus de 150 fr., soit rédigée *par écrit*, ne dérogent aucunement aux art. 1107 et 1347, C. civ., sur la preuve des conventions. Ainsi l'existence et la prorogation de telles sociétés peuvent, comme toutes autres conventions, être établies par témoins, s'il y a *commencement de preuve par écrit*. — Cass., 12 déc. 1825, Bertin, [S. et P. chr.]; — 19 juill. 1852, Singher, [S. 53.1.33, P. 54.1.257, D. 52.1.299] — Toulouse, 23 août 1822, Bertin, [S. chr., sous Cass., 12 déc. 1825, P. chr.] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 66, 69, 416; Duranton, t. 17, n. 336, 462; Troplong, t. 1, n. 200, et t. 2, n. 914; Pont, t. 1, n. 688, 689; Laurent, t. 26, n. 369; Guillouard, n. 282; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 791; Colmet de Santerre, t. 8, n. 60 *bis*-I et II; Aubry et Rau, t. 4, p. 567, § 384.

611. — Que si, au contraire, le commencement de preuve par écrit fait défaut, la preuve par témoins ou par présomption serait irrecevable. — Cass., 18 déc. 1889, Aubin-Hivert, [S. et P. 93. 1.467, D. 91.1.150]

612. — Il est d'ailleurs hors de contestation que la prorogation d'une société pourrait encore être prouvée soit par l'aveu, soit par le serment. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 372.

613. — Les tiers, par contre, peuvent prouver la prorogation d'une société par tous les moyens possibles. A leur égard, il y a analogie entre la preuve de la formation et la preuve de la prorogation de la société. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 40 et 372; Lyon-Caen et Renault, 1re éd., t. 2, n. 302; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 133. — V. Cass., 2 mars 1897, Bouchet, [S. et P. 97.1.261, D. 98.1.57] — Rouen, 30 janv. 1895, sous cet arrêt.

614. — Nous n'avons envisagé jusqu'ici que l'hypothèse d'une

prorogation *expresse* de la société primitivement formée. La doctrine et la jurisprudence décident, en outre, que la prorogation *tacite* est possible. On désigne ainsi celle qui s'opère par la simple continuation des opérations sociales, indépendamment de toute convention expresse entre les associés. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 373; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 133; Guillouard, n. 284; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 304. — V. aussi Cass. 14 mars 1848, (motifs), Detours, [S. 48.1.708, P. 48.2.6, D. 48. 1.120]

615. — Mais comment se prouvera cette prorogation *tacite?* Quelques auteurs estiment que l'art. 1866, C. civ., qui exige en principe un écrit pour la preuve de la prorogation de la société, n'est pas applicable au cas où les parties, renonçant en quelque sorte à exciper du terme, ont continué après son échéance à agir comme associés, sans faire une convention nouvelle et précise; il se produit, en pareil cas, une prorogation tacite dont l'existence résulte de l'exécution même qui lui est donnée et peut être établie par tous les modes de preuve, même par témoins, parce qu'elle découle d'un fait et non d'une convention. — Pont, t. 1, n. 690. — V. dans le même sens, Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, 4e éd., t. 1, n. 213.

616. — Toutefois, la grande majorité des auteurs décide que la preuve de la prorogation tacite ne peut être faite par témoins que s'il existe un commencement de preuve par écrit. — Guillouard, n. 284; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 373; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 133; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 304; Thaller, n. 334. — Effectivement, disent ces auteurs, la prorogation tacite est une prorogation aussi bien que la prorogation expresse; or, la prorogation ne peut se faire qu'avec le concours de volontés de toutes les parties intéressées; ce concours de volontés forme une convention; donc elle tombe sous l'application de l'art. 1341, C. civ. Ce n'est pas un de ces faits purs et simples qui peuvent se prouver indéfiniment par témoins; c'est un fait juridique; les parties savent que leur société est dissoute, elles continuent leurs opérations avec l'intention de continuer leur société; que leur consentement se manifeste par des faits ou par des paroles, qu'importe? Il y a toujours consentement, donc contrat, et par conséquent les parties pouvaient et devaient se procurer une preuve littérale de leur convention. Si elles ne l'ont pas fait, elles ne seront pas admises à prouver la prorogation par témoins.

617. — C'est à cette dernière solution que, non sans quelque hésitation, s'est récemment ralliée la Cour suprême. Jugé, en ce sens, que la prorogation d'une société civile ne peut être prouvée que par écrit, et qu'elle ne saurait être établie par témoins ou par présomptions que s'il y a un commencement de preuve par écrit. — Cass., 18 déc. 1889, précité.

618. — En tout cas, s'il est possible d'admettre qu'une prorogation tacite de société puisse résulter, en certains cas, de la continuation des opérations sociales après le terme assigné à la durée de la société, il ne saurait en être ainsi dans le cas où la société n'a plus le même objet en vue duquel elle a été fondée. — Même arrêt.

619. — Dans ce dernier cas, la prorogation de la société ne peut être prouvée que par un écrit. — Même arrêt.

620. — Remarquons d'autre part que, tout au moins en matière de sociétés commerciales, si la continuation n'avait pas été régulièrement constatée et publiée, les associés ou leurs représentants pourraient toujours à leur volonté interrompre les opérations sociales et provoquer la liquidation de la société. — Ruben de Couder, v° *Société* (*contrat de*), n. 323 et s. — V. Thaller, n. 334, *in fine*.

621. — Qu'elle soit expresse ou tacite, la prorogation, à moins de clause contraire, est subordonnée à la volonté unanime des associés. Il s'agit ici, en effet, comme en cas de dissolution avant terme, d'une modification aux statuts qui ne saurait être imposée par la majorité à la minorité, si les statuts ne se sont expliqués formellement à ce sujet (V. *infrà*, v° *Société commerciale*). — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 374; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Thaller, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

622. — Toutefois, si la volonté unanime des associés est en principe nécessaire, l'usage peut être contraire à ce principe. C'est ainsi, par exemple, que si, dans des régions spéciales, il est d'usage immémorial que, dans des conditions déterminées, les sociétés d'une nature particulière se prorogent de plein droit, il faudra admettre que les parties ont entendu se référer à cet usage et que ce dernier fait loi. Par suite, même dans le cas où la société excédera 150 fr., la prorogation pourra résulter de simples témoignages (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 374. — *Contrà*, Guillouard, n. 285; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 133). C'est ainsi que la cour de Besançon a décidé, à diverses reprises, que les associations fromagères sont réputées se proroger tacitement d'une année à l'autre. — V. *suprà*, v° *Association agricole*, n. 102 et 103.

623. — La prorogation de la société fait-elle de la société prorogée une société nouvelle? D'après certains auteurs, une société prorogée devrait toujours être considérée comme une société nouvelle (Pont, t. 1, n. 686; Troplong, t. 2, n. 915), alors que, selon d'autres, la question ne comporterait pas une réponse unique; il y aurait lieu de distinguer suivant que la prorogation aurait été consentie avant ou après l'expiration de la première société, et la solution qui vient d'être indiquée ne serait exacte que dans la seconde alternative, l'ancienne société devant être censée avoir subsisté dans l'autre alternative. — Guillouard, n. 286; Laurent, t. 26, n. 371; Houpin, t. 1, n. 133, *in fine*.

624. — MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 375) font remarquer à ce sujet qu'il n'est pas juridique de qualifier de convention de prorogation une convention intervenue après l'expiration du terme assigné à la société par les statuts : « Après cette expiration, la société, irrévocablement dissoute, ne pourrait plus être restaurée par la volonté des parties; on ne saurait revenir sur un fait accompli. La volonté des parties peut bien empêcher une société de se dissoudre, mais elle ne peut pas faire qu'une société dissoute ne soit pas dissoute. Tout ce qui serait possible désormais, ce serait de former une nouvelle société sur les mêmes bases que l'ancienne, mais ce ne serait plus l'ancienne société qui continuerait ». — V. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 791.

2° De l'extinction de la chose ou de la consommation de la négociation.

625. — Il est utile de distinguer ces deux modes de dissolution des sociétés, que l'art. 1865 a cru devoir rapprocher. Nous traiterons donc successivement : 1° de l'extinction de la chose; 2° de la consommation de la négociation.

626. — I. *De l'extinction de la chose.* — La dissolution de la société par suite de l'extinction de la chose est prévue par l'art. 1865-2°, C. civ., qui n'est qu'une application particulière de l'art. 1302, C. civ. Il y a donc lieu de distinguer entre : 1° la perte absolue ou extinction de la chose, et 2° la perte simplement partielle.

627. — A. *De la perte totale ou extinction de la chose.* — Il est certain que la perte absolue des choses qui forment en entier le fonds de la société en amènent la dissolution sans aucune distinction.

628. — La loi romaine décidait déjà que la confiscation du fonds social mettait fin au pacte social (L. 63, § 10, D. *pro socio*, 17,2). De son côté, Domat enseignait que la société finissait « si elle regardait une chose qui vienne à périr ou dont le commerce cesse d'être libre, comme si la société était pour la ferme d'une terre prise par l'ennemi dans un temps de guerre » (*Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 5, § 11).

629. — De nos jours, il faut entendre par extinction de la chose, non seulement la destruction matérielle de l'objet (immeuble détruit par cas fortuit), mais aussi tout événement qui rend cet objet impropre à l'usage pour lequel il a été mis en possession : tel, par exemple, que l'épuisement des filons exploités par une société minière. — Thaller, p. 209; Duvergier, t. 20, n. 419; Pardessus, t. 4, n. 1054; Guillouard, n. 288; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 135.

630. — Il y a encore perte de la chose lorsque la concession pour l'exploitation de laquelle la société a été formée vient à être révoquée. — Cass., 17 déc. 1834, Ling, [S. 35.1.651, P. chr.] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 682; Guillouard, n. 293; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 379; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 135; Thaller, p. 209. — Il en serait ainsi, par exemple, du retrait d'une concession administrative, soit pour des raisons d'intérêt général, soit pour violation par le concessionnaire des conditions auxquelles était subordonné le maintien de la concession.

631. — Jugé que lorsqu'une société pour exploitation de mines concédées par le Gouvernement a été contractée sous la condition de dissolution au cas de non-exploitation (sans fixation de délai), la dissolution de la société résulte du fait seul de révocation de la concession avant toute exploitation. Si l'un des associés devient ultérieurement concessionnaire pour son compte

personnel, les autres associés n'ont aucun droit à prendre part à cette concession. — Même arrêt.

632. — A la révocation de la concession, il conviendrait d'assimiler, par identité de motifs, le *rachat* de la concession par l'administration concédante : rachat d'une voie ferrée par l'État ou le département, rachat d'une exploitation de gaz ou d'eau par une municipalité, alors surtout que la compagnie dont le monopole est anéanti par le fait de rachat n'a pas d'exploitation connexe prévue par ses statuts, et susceptible de servir de support en quelque sorte, au maintien du pacte social généralement avec un capital réduit.

633. — On devrait également considérer comme une cause de dissolution l'impossibilité, désormais constatée, d'obtenir une concession pour l'exploitation de laquelle la société s'était constituée. Mais en pareil cas, la dissolution ne saurait opérer de plein droit, car la question de savoir si la concession ne peut plus être obtenue peut soulever des divergences d'appréciation. Cette dissolution pourra être volontaire, c'est-à-dire résulter d'une manifestation de volonté des associés. — Cass., 20 déc. 1887, Chanal, [D. 88.1.377], — ... ou judiciaire. — V. aussi, *infrà*, n. 899 et s.

634. — Il en serait de même de la nullité de la vente faite à une société en formation, si ladite société était constituée en vue de l'exploitation de la chose vendue. Cette nullité ne saurait entraîner la nullité de la société, régulièrement constituée par hypothèse ; mais elle pourrait, suivant les circonstances, entraîner sa dissolution, faute d'objet à exploiter. — Paris, 23 juin. 1894, Berti, Girard et consorts, [S. et P. 95.2.105, et note de M. Houpin]

635. — A plus forte raison, la dissolution s'imposerait-elle si la société s'était constituée en vue d'un objet purement imaginaire. — Trib. Seine, 23 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.41] — ... Par exemple en vue de l'exploitation d'une mine n'ayant aucune existence réelle (Houpin, t. 1, n. 135). Au surplus, en pareille occurrence, la société serait plutôt à considérer comme inexistante faute d'objet ; la dissolution serait la conséquence de cette inexistence même.

636. — Les mêmes principes s'appliquent aux associations ne poursuivant pas un but de lucre, mais soumises au régime de l'autorisation préalable, telles que les sociétés de secours mutuels avant la loi du 1er avr. 1898, ou, depuis cette loi, les sociétés approuvées (qui peuvent se voir retirer l'approbation dans les conditions déterminées par l'art. 30 de ladite loi). Ce retrait d'autorisation, acte de pure administration sous le régime ancien, échappant par conséquent à tout recours contentieux, entraînait *ipso facto* la dissolution de la société. — Cons. d'Et., 18 déc. 1848, Boisson, [S. 49.2.127, P. adm. chr.]

637. — Aujourd'hui, au contraire, la décision portant retrait d'approbation étant susceptible d'un recours au contentieux devant le Conseil d'État (L. de 1898, art. 30), il devrait être sursis à la dissolution jusqu'à l'arrêt du Conseil ou à l'expiration des délais du recours.

638. — Il en serait de même, et la dissolution aurait lieu de plein droit ... en cas de révocation de l'autorisation nécessaire au fonctionnement d'une société d'assurances mutuelles. — Trib. Seine, 14 mars 1887, [*Gaz. Pal.*, 88.1, *Suppl.*, n. 87]

639. — ... De même en cas de cessation du bail de la chose mise en société (par exemple, un bail de chasse). — Trib. Lyon, 8 juill. 1893, [*Gaz. Pal.*, 93.2.561]

640. — Mais la dissolution n'aura lieu que s'il y a vraiment impossibilité pour la société de fonctionner. Ainsi, une société contractée pour exécuter des travaux publics suivant un plan donné n'est pas dissoute par cela seul que le Gouvernement change de plan et passe en conséquence un nouveau marché, si les travaux sont toujours les mêmes et s'il paraît, d'ailleurs, que les associés ont voulu continuer leurs travaux en commun. — Bruxelles, 13 janv. 1810, Jacobs, [S. et P. chr.] — *Sic*, Guillouard, n. 292.

641. — Il convient, d'autre part, de faire remarquer que, par suite du développement considérable de l'assurance, les cas de perte totale mettant la société dans l'impossibilité de fonctionner seront beaucoup plus rares aujourd'hui que jadis. C'est ainsi notamment que l'incendie complet d'une usine, formant tout le capital d'exploitation d'une société, n'entraînera plus la dissolution de la société que très-exceptionnellement. L'indemnité de la compagnie d'assurance permettra, en effet, de reconstruire l'usine, et jusqu'à sa reconstruction, le travail chômera sans doute, mais la société n'en subsistera pas moins. — Thaller, n. 332.

642. — B. *De la perte partielle.* — L'éviction d'une partie de l'apport social n'emporte pas toujours résolution du contrat de société : il faut considérer l'importance relative de la partie évincée, pour déterminer si la dissolution doit suivre. — Duvergier, t. 20, n. 162, et t. 16, n. 373; Pont, t. 1, n. 691; Laurent, t. 26, n. 372; Guillouard, n. 289; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 462; Houpin, 3e éd., t. 1, n. 135; Vavasseur, 5e éd., t. 1, n. 135; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 308.

643. — Si la partie perdue est de telle importance qu'il soit désormais impossible à la société d'atteindre son but, cette perte partielle devra aboutir à la dissolution de la société. Dans le cas contraire, elle subsistera. — Mêmes auteurs.

644. — Il importe, en tout cas, de signaler que, par suite de l'appréciation à laquelle il faudra se livrer, la dissolution, en cas de perte partielle, n'aura jamais lieu de plein droit. La dissolution de plein droit, édictée par l'art. 1865, C. civ., ne se conçoit qu'en cas de perte totale. Il n'en saurait être question au cas de perte partielle, puisqu'il faut alors examiner si la perte est de telle importance qu'elle doive entraîner la dissolution. « Mais l'art. 1871, C. civ., permet de demander judiciairement la dissolution des sociétés à terme pour des causes *dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges*, et la perte partielle est une des causes de dissolution judiciaire » — Guillouard, 2e éd., n. 289.

645. — Il a été jugé, il est vrai, que lorsque le capital social a été réduit à un chiffre insignifiant ne permettant plus à la société de fonctionner, il y a lieu de déclarer celle-ci dissoute par application de l'art. 1865, C. civ. — Cass., 16 juin 1873, Philibert, [S. 73.1.386, P. 73.952, D. 74.1.61] — Mais les auteurs, en approuvant cette jurisprudence quant au fond, estiment d'une façon générale que la Cour de cassation a eu tort, dans cet arrêt, de viser l'art. 1865 (dissolution de plein droit) au lieu de l'art. 1871. — Guillouard, n. 290; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 380.

646. — Il est toujours loisible aux parties, pour éviter des difficultés d'appréciation distinctes, d'indiquer dans les statuts le quantum de la perte susceptible d'entraîner la dissolution. Les statuts peuvent également, sans imposer en ce cas la dissolution, conférer à la majorité la *faculté* de la prononcer. En ce dernier cas, la liberté des associés reste entière. En conséquence, reste à l'état de projet, et peut être utilement rapportée, si elle n'a reçu aucune exécution et n'a pas été portée à la connaissance des tiers par la publicité, la délibération par laquelle les associés commanditaires ont, comme les statuts leur en donnaient la faculté, prononcé la dissolution de la société pour perte du quart du capital social. — Besançon, 28 mai 1890, sous Cass., 9 juill. 1891, Hacquard, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173]

647. — Les actionnaires ne sauraient donc être déclarés responsables pour avoir, en revenant sur leur première délibération, maintenu l'existence de la société, alors d'ailleurs que les tiers qui s'en plaignent ne sont devenus créanciers de la société que postérieurement à la seconde délibération. — Même arrêt.

648. — Mais si la dissolution est un fait accompli et notoire, il ne dépend plus des intéressés de l'effacer par un revirement tardif. Ils ne peuvent que former une société nouvelle, au besoin sur les mêmes bases que l'ancienne. Jugé, dans cet ordre d'idées, que, encore que l'associé d'une entreprise commerciale arrêtée par force majeure ait stipulé, dans l'acte de suspension, que la société reprendrait son cours, si les causes qui l'avaient fait suspendre venaient à cesser, cette stipulation ne produit pas effet de plein droit. — Paris, 20 janv. 1830, Hévin, [P. chr.]

649. — La perte de l'apport de l'un des associés peut également entraîner la dissolution de la société. Nous signalons seulement que, suivant les hypothèses, la société n'est pas toujours dissoute de plein droit. Nous avons eu l'occasion de le constater déjà en étudiant les obligations assumées par l'associé, suivant la nature de l'apport, et la question des risques dans les apports d'un corps certain. — Aussi n'y reviendrons-nous que très-brièvement.

650. — *1er Cas. Apport d'un corps certain.* — L'hypothèse se subdivise. Il faut, en effet, envisager successivement l'apport en *pleine propriété*, l'apport en *usufruit*, et l'apport en *jouissance*. — a) *Apport en propriété.* — Lorsqu'un associé apporte à la société la propriété d'une chose et que cette chose vient à périr, la société ne se dissout pas nécessairement si elle était déjà propriétaire au moment de la perte. C'est pour elle, en effet, que la chose périt, d'après la maxime : *Res perit domino*, et il faudra examiner si le but de la société peut encore être atteint avec ce qui lui reste

(C. civ., art. 1867). — Duvergier, t. 20, n. 422 et s.; Toullier, t. 7, n. 451 et s.; Pardessus, t. 4, n. 1054; Troplong, t. 2, n. 916 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 309; Houpin, t. 1, n. 94; Thaller, n. 161 et 332.

651. — En d'autres termes, la société survit en principe à la perte de la chose apportée en pleine propriété. Mais, si cette perte est susceptible de nuire au fonctionnement normal de la société, les intéressés pourront de ce chef former une demande en dissolution judiciaire. — Mêmes auteurs. — V. aussi Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 569, note 6.

652. — Lorsque la propriété n'était que promise et non encore réalisée au profit de la société, comme si un associé a promis de mettre en société une chose qui ne lui appartenait pas, la perte de cette chose dissout la société. Il n'est pas nécessaire de voir dans l'art. 1867, C. civ., une dérogation au principe général des obligations translatives de propriété (C. civ., art. 1867). — Duvergier, t. 20, n. 423; Troplong, t. 2, n. 916 et s.; Delangle, t. 1, n. 68 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 309. — Il suffit en effet de supposer, pour concilier l'art. 1867 avec le principe de l'art. 1138, C. civ., d'après lequel l'obligation de donner un *corps certain* est immédiatement translative de propriété, que les rédacteurs du premier de ces deux articles ont eu simplement en vue les cas où la translation de propriété ne saurait se produire immédiatement : apport d'une chose appartenant à un tiers, promesse conditionnelle.

653. — *b*) Les solutions précédentes doivent être appliquées, *mutatis mutandis*, à l'hypothèse des apports en *usufruit*. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 309.

654. — *c*) Ces distinctions, au contraire, ne sauraient être proposées au cas d'apport *en jouissance*. Il est constant, en effet, que la perte de la chose qui n'a été apportée à la société que pour la jouissance, survenue soit avant que la mise ait été effectuée, soit même après, met fin à la société (C. civ., art. 1867). — Pardessus, t. 4, n. 1054; Delvincourt, t. 3, p. 232, notes; Proudhon, *Des droits d'usufruit*, t. 2, n. 465; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 309. — Cette solution découle de la nature juridique de l'apport en jouissance. Dans cette forme d'apport, l'associé ne transfère à la société aucun *jus in re*; il se borne à promettre à la société de la faire jouir de la chose apportée, comme un bailleur promet de faire jouir le locataire. La chose demeurant à ses risques (art. 1722), la perte fortuite de celle-ci fait évanouir l'apport promis, et rend la dissolution inévitable.

655. — S'il y a perte partielle de l'apport, il convient de proposer les mêmes distinctions qu'au cas de perte partielle du fonds social. Les juges auront donc à rechercher en fait si la perte partielle est d'une telle gravité qu'elle compromet presque fatalement la marche de la société. — Mêmes auteurs.

656. — Les tribunaux jouissent à cet égard d'une entière liberté d'appréciation. C'est ainsi qu'il a pu être jugé que la société contractée par un établissement industriel ne cesse pas d'exister par la non-réalisation d'une des mises sociales ou par la retraite de l'un des associés, si, malgré cette circonstance, le même établissement a continué de subsister entre les associés restants et s'il a toujours été complètement exploité. — Cass., 17 févr. 1830, Lespinois, [P. chr.]

657. — Une modification dans le mode de jouissance pourra être considéré comme insuffisante pour motiver une dissolution judiciaire. Ainsi, la location, par l'un des associés, du fonds de commerce par lui apporté n'entraîne pas la dissolution de la société, lorsqu'il a été convenu que chacun des associés pourrait vendre son fonds, sans qu'il y ait pour cela dissolution de la société : du moins, la faculté de vendre peut être considérée comme impliquant la faculté de louer, en telle sorte que la location, pas plus que la vente, ne doit avoir d'effet dissolutif. — Cass., 18 janv. 1881, Revest, [S. 83.1.398, P. 83.1.1017, D. 81.1.244]

658. — Mais, bien que la déchéance d'un brevet d'invention pour défaut de paiement de la taxe n'ait point lieu de plein droit et ne puisse être prononcée que par les tribunaux, l'existence certaine de cette cause de demande en déchéance n'en porte pas moins une atteinte grave à la position du breveté. — En conséquence, les tribunaux peuvent voir dans cette circonstance un motif suffisant de dissolution de la société formée pour l'exploitation du brevet : surtout si l'appareil breveté n'est point terminé, et si des dépenses sont encore à faire pour son achèvement. Celui des associés qui par sa position, et par l'ensemble des stipulations de l'acte de société, est réputé plus spécialement avoir eu mission de pourvoir au paiement des annuités, est passible, s'il y échet, de dommages-intérêts pour n'avoir pas fait ce versement. — Douai, 19 juin 1847, Fabvier, [P. 48.1.303]

659. — 2e *cas.* — *Apport en industrie.* — Si l'apporteur en industrie est dans l'impossibilité, par suite de maladies ou infirmités par exemple, de fournir le travail promis, la dissolution s'impose-t-elle ? Pothier (n. 142) proposait une distinction que l'on s'accorde à admettre encore aujourd'hui. La société s'est-elle constituée principalement en vue d'utiliser la compétence technique de l'apporteur, il y aura dissolution; celui-ci au contraire devait-il simplement exécuter certains travaux rentrant dans sa compétence, mais susceptibles d'être confiés à des employés, ce remplacement pourra s'effectuer si les associés le jugent opportun, et l'on évitera ainsi la dissolution. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 310 *bis*.

660. — 3e *cas.* — *Apport mixte.* — Lorsque, dans une société formée pour un certain nombre d'années par des personnes dont les unes font une mise de fonds et dont les autres apportent leur industrie, le fonds social vient à être absorbé par des pertes, les associés bailleurs de fonds sont-ils obligés de renouveler leur mise jusqu'à l'époque fixée pour la dissolution de la société ? Pardessus distingue avec raison si on a dit dans l'acte de société que le fonds social sera fait par tels ou tels, ou si l'on a dit seulement que tel associé apportera une somme de... dans la société. Dans ce dernier cas, la perte totale du fonds dissoudra la société (t. 4, n. 1054).

661. — A l'extinction de la chose il convient d'assimiler, bien que la loi ne s'en soit pas expliquée formellement, le fait, de la part d'un seul associé, de concentrer entre ses mains toutes les parts d'intérêt ou d'actions. Toute société supposant, par définition même, le concours de plusieurs personnes en vue de la réalisation de bénéfices résultant de l'entreprise commune, la société disparaît virtuellement lorsque cesse cette pluralité des ayants-droit.

662. — Jugé, en ce sens, qu'au cas où l'un des membres d'une société civile ou commerciale a réuni dans ses mains toutes les actions représentant le capital social, cette société peut, d'après les circonstances, être réputée avoir dès lors cessé d'exister, bien qu'elle n'ait été dissoute ni par l'expiration du terme pour lequel elle avait été fondée, ni par un acte exprès de dissolution; en sorte que le sociétaire possesseur des actions a pu valablement vendre en son nom personnel les biens de la société à un tiers qui en est ainsi devenu lui-même propriétaire. — Cass., 10 avr. 1867, de Kerveguen, [S. 67.1.277, P. 67.728, D. 67.1.398]

663. — ... Que la cession simultanée, à un même associé, des parts et portions de ses coassociés, dissout de plein droit la société à l'instant même, et que c'est la propriété des biens composant le fonds social qui se trouve acquise par le cessionnaire et qui donne lieu au droit sur leur valeur exacte. — Cass., 7 févr. 1881, Mary, [S. 81.1.276, P. 81.1.652, D. 81.1.267]

664. — II. *De la consommation de la négociation.* — La consommation de la négociation met fin à la société : c'est ce qui résulte, non seulement de l'art. 1865-2°, C. civ., mais encore de l'art. 1844, C. civ. : « S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés...; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire ».

665. — La loi romaine admettait déjà parmi les causes qui entraînent la dissolution de la société la fin de la négociation en vue de laquelle la société avait été formée (§ 6, *Institut.*, *de societate*, 3, 26). Domat enseignait aussi que « Si la société n'était que pour un certain commerce, ou pour quelque affaire, elle finit lorsque ce commerce ou cette affaire cesse » (*Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 5, § 11).

666. — Pothier citait comme exemple l'hypothèse suivante : « Par exemple, lorsque deux marchands ont contracté société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iraient vendre à la foire de Guibrey, il est évident que cette société sera finie lorsqu'ils les y auront toutes vendues » (n. 143). Autre hypothèse plus moderne : une société se forme pour spéculer sur des terrains à bâtir; lorsque cette société aura revendu par lots *tous* les terrains acquis par elle, il y aura consommation de la négociation, et partant dissolution. — V. Thaller, n. 332.

667. — Cette cause de dissolution n'est, à vrai dire, qu'une application de l'art. 1865-1°, C. civ. Du moment que les associés se sont réunis en vue d'une négociation déterminée, ils ont en-

tendu finir leur association avec le terme de l'entreprise. La consommation de la négociation est donc le terme que les parties ont eu en vue, mais c'est un terme incertain. — Guillouard, n. 291; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 381; Houpin, t. 1, n. 136; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 306; Thaller, n. 332.

668. — La consommation de la négociation aussi bien que l'expiration du terme ne donnent pas naissance à des difficultés qu'on puisse résoudre en principe. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il s'agira de l'interprétation des conventions, de l'appréciation de la volonté des parties, et il est impossible de tracer des règles générales. Voici cependant quelques principes d'interprétation dont le juge pourra utilement s'inspirer.

669. — Lorsqu'une société a été formée en vue d'une négociation déterminée, elle ne prend fin qu'à l'achèvement complet de cette négociation (Guillouard, n. 292). Mais, aussitôt l'affaire intégralement consommée, la dissolution s'opère *ipso jure*, sans qu'il soit nécessaire, soit d'une manifestation quelconque de volonté des associés, soit d'un décision de justice. — Guillouard, *loc. cit.*

670. — Il en est tellement ainsi que la société s'achève, une fois la négociation consommée, alors même qu'un terme fixe ayant été stipulé, ce terme n'est pas encore expiré au moment de la consommation de l'affaire. Il est, en effet, matériellement impossible que la société continue à subsister alors qu'elle n'a plus d'objet. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 382.

671. — Et la décision de justice qui, en fait, pourra intervenir, n'aura d'autre objet que de constater, et non de prononcer la dissolution. Tel est le cas de l'arrêt qui, en présence des procès-verbaux de réception des travaux de dessèchement de marais communaux entrepris par une compagnie, et des actes constatant le partage fait administrativement des marais desséchés entre la compagnie et les communes, décide que la société formée pour le dessèchement desdits marais est dissoute, et que dès lors les parts revenant à chacun des associés dans ces marais sont devenues susceptibles d'hypothèque. Une telle décision ne méconnaît pas la règle séparative des pouvoirs administratif et judiciaire : on ne doit voir là qu'une application et non une interprétation des actes administratifs. — Cass., 8 févr. 1847, Alloneau, [S. 48.1.43, P. 48.1.149]

672. — Que décider si le terme stipulé expire avant que la négociation soit consommée? Dira-t-on que la société finit par l'expiration du terme (Arg., art. 1865-1°)? Dira-t-on, au contraire, qu'elle se continue jusqu'à la consommation de la négociation? Les auteurs estiment, d'une façon générale, qu'il y a là une question de fait. Ils ajoutent que si la négociation ne peut être achevée au terme primitivement prévu par les associés et fixé dans l'acte de société, il y aura lieu de décider, le plus souvent, que le terme n'est, en pareil cas, qu'une indication accessoire, et qu'il se trouve reculé jusqu'au moment où l'opération sera réellement achevée. — Duvergier, t. 20, n. 414; Pont, t. 1, n. 684; Laurent, t. 26, n. 366; Guillouard, n. 292; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 382; Vavasseur, t. 1, n. 212-1°; Houpin, t. 1, n. 136; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 306.

673. — Jugé, en ce sens, qu'une société contractée pour une certaine affaire à achever dans un certain temps doit durer jusqu'à ce que l'affaire soit achevée, si la considération du temps n'a été que secondaire entre les associés. — Bruxelles, 13 janv. 1810, Jacobs, [S. et P. chr.]

674. — Ainsi, une société contractée pour la prise à bail de l'entreprise du service public d'une maison centrale de détention ne prend pas fin à l'expiration du terme que les parties lui avaient assigné eu égard à la durée présumée du bail administratif, si ce bail lui-même vient à être prorogé par le Gouvernement. Par suite, le tiers ou sous-traitant associé à une telle entreprise a le droit de profiter du bénéfice de la prorogation, encore qu'il ne figure pas en nom dans l'adjudication, et que le Gouvernement n'ait traité qu'avec les entrepreneurs titulaires. — Nîmes, 2 janv. 1839, Duclaux-Monteil, [S. 39.2.74, P. 39.1.580]

3° *De la mort de l'un des associés.*

675. — I. Sans la disposition de l'art. 1865-3°, C. civ., il y aurait lieu de décider, par application de l'art. 1122, C. civ., aux termes duquel on est « censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause », que le contrat de société, passé par un associé qui, plus tard, vient à mourir, continue tant au profit qu'à la charge de ses cohéritiers. En décidant que la société finirait avec la vie de l'un des associés (Arg., C. civ., art. 1841 le Code a tenu compte de la nature de ce contrat. Il est certain, en effet, que la considération des personnes entre toujours pour beaucoup, quand elle n'est pas absolument déterminante, dans la formation d'une société.

676. — Il en est ainsi du moins dans les sociétés civiles, sauf de rares exceptions, et dans les sociétés commerciales dites de personnes, sociétés en nom collectif et sociétés en commandite, tout au moins à l'égard des gérants ou commandités. Pour les commanditaires, il faut distinguer : si la commandite est par actions, la faculté illimitée laissée à chaque actionnaire de sortir de la société par une négociation du titre est exclusive de toute idée de dissolution par le décès du porteur actuel; mais dans une commandite simple, au contraire, le principe étant la non-cessibilité de la part d'associé, l'art. 1865-3°, C. civ., doit recevoir son application. — Duvergier, t. 20, n. 435; Troplong, t. 2, n. 888; Delangle, t. 2, n. 644; Pardessus, t. 4, n. 1057. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

677. — On ne saurait hésiter, au contraire, à écarter complètement l'application de cet article aux sociétés anonymes, qui ne sont qu'une agrégation de capitaux, d'où est absent tout *intuitus personæ*, la libre négociation des titres étant l'un des traits distinctifs de cette forme de société. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

678. — L'art. 1865-3°, sous la réserve formulée ci-dessus, n'est que l'expression d'une règle traditionnelle, que notre ancien droit avait héritée du droit romain : « Comme la société, disait déjà Domat, ne peut subsister que par l'union des personnes qui se sont choisies, et que c'est quelquefois par l'industrie d'un seul qu'elle se soutient, la mort de l'un des associés interrompt naturellement la société à l'égard de tous » (*Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 5, § 14). Et Pothier ajoutait : « Les qualités personnelles de chacun des associés entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parce qu'il peut se faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort que j'ai voulu contracter la société » (n. 146).

679. — Par suite de ce caractère essentiellement personnel du contrat de socité, il y a donc lieu de conclure que, à moins de stipulations contraires (V. *infrà*, n. 701 et s.), la société ne se continue ni avec les héritiers de l'associé prédécédé, ni entre les associés survivants.

680. — La société, disons-nous tout d'abord, ne se continue pas, en principe, avec les héritiers de l'associé prédécédé. Cela tient à ce que ces héritiers sont des inconnus et que les associés survivants peuvent n'avoir aucune confiance ni dans le caractère des héritiers, ni dans leurs aptitudes. — Duvergier, t. 20, n. 434; Troplong, t. 2, n. 882; Guillouard, n. 294; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 383; Houpin, t. 1, n. 138; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 311.

681. — Elle ne se continue pas non plus entre les associés survivants. Cela tient, non pas à ce que les survivants ne se connaissent pas, mais à la personne même ou plutôt aux qualités du prédécédé, qualités en considération desquelles la majorité des associés s'était peut-être décidée à fonder la société. — Guillouard, n. 294.

682. — La règle d'après laquelle la société se dissout par la mort de l'un des associés s'applique à la promesse de société comme à la société définitivement formée. — Paris, 24 févr. 1860, Guin, [P. 62.59, D. 60.2.84] — Guillouard, n. 295; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 384; Houpin, t. 1, n. 137. — « Il est plus exact de dire, enseignent MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, qu'en cas de mort de l'une des parties la promesse ne peut être suivie d'exécution ».

683. — La règle suivant laquelle la société est dissoute par la mort d'un des associés s'applique à toute société comportant un certain *intuitus personæ*, qu'elle soit commerciale ou civile, que la société ait été conclue pour une durée limitée ou pour une durée illimitée. — Cass., 10 nov. 1847, Tivollier, [S. 48.1.5 et la note de M. Devilleneuve, P. 48.2.16] — V. Aubry et Rau, t. 4, p. 569, § 384, texte et note 7; Guillouard, n. 295; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 384; Houpin, t. 1, n. 137.

684. — Par application du principe qui précède, il semblerait que l'on doive décider qu'une *société minière* doit finir à la mort de l'un des associés (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 385). La majorité de la doctrine est cependant en sens contraire. — Lau-

rent, t. 26, n. 430; Guillouard, n. 372; Delecroix, *Des sociétés de mines*, n. 159 et s.; Féraud-Giraud, *Code des mines*, t. 1, n. 231. — Divers arguments peuvent être invoqués en ce sens. On fait remarquer tout d'abord que l'exploitation d'une mine, œuvre de longue haleine, a un caractère de durée qui en quelque sorte l'impersonnalise, alors même que la société constituée pour cette exploitation n'aurait pas pris la forme d'une société par actions, qui serait évidemment, ainsi que nous l'avons fait observer *suprà*, n. 677, exclusive de toute application passible de l'art. 1865-3°, C. civ.

685. — On peut aussi faire remarquer, — et c'est l'argument sur lequel les arrêts insistent de préférence — que le principe de la *concession*, qui est à la base des exploitations minières, est en opposition avec l'idée de dissolution par l'effet du décès de l'un des membres de la société concessionnaire. L'art. 7, L. 21 avr. 1810, portant que la propriété d'une mine ne peut être vendue par lots ou partagée sans autorisation, semble vouloir que la dissolution comme la formation de telles sociétés n'ait lieu qu'avec autorisation du Gouvernement. — Cass., 7 juin 1830, Malmazet et consorts, [S. et P. chr.] — V. *suprà*, v^is *Mines, minières et carrières*, n. 2126 et s.

686. — Les sociétés minières sont les seules sociétés immobilières pour lesquelles (sauf controverse) il convient d'écarter l'application de l'art. 1865-3°. La dissolution par la mort de l'un des associés s'appliquerait au contraire, sans aucun doute, aux sociétés immobilières ordinaires, c'est-à-dire aux sociétés ayant pour objet l'achat, la revente ou l'exploitation d'immeubles (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 385). La solution contraire semble cependant ressortir d'un arrêt de la cour de Nancy, en date du 28 juill. 1891, [*Gaz. Pal.*, 91.2.552]. Mais cet arrêt était motivé en fait sur ce que la société aurait été formée en vue d'une spéculation sur les biens en dehors de toute considération de personnes.

687. — C'est une question vivement controversée que celle de savoir si, dans une association en participation, la mort d'un associé entraîne de plein droit la dissolution de cette association, comme en matière de société proprement dite. — V. pour l'affirmative, sauf le cas où les juges du fait constatent que les parties ont manifesté une volonté contraire : Pothier édit. (Bugnet), *De la soc.*, t. 4, n. 61; Pont, t. 2, n. 1775 et s., 1808; Vavasseur, t. 1, n. 208 et s.; G. Poulle, *Tr. théor. et prat. des assoc. en particip.*, n. 62; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1067; Bédarride, t. 1, n. 67 *bis;* note sous Cass., 1er mars 1886, [S. 89.1.468, P. 89.1.1171] — V. Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 365 et s. — V. toutefois, en ce sens que le décès de l'un des associés n'est une cause de dissolution de la société qu'autant que cet associé était chargé d'un travail personnel qui ne pourrait plus être exécuté : Bordeaux, 29 juill. 1862, Roedel, [S. 63.2.31, P. 63.863] — *Sic*, Pardessus, t. 4, n. 1058; Delangle, t. 2, n. 645; Vavasseur, t. 1, n. 325; Rousseau, *Sociétés commerc.*, t. 2, n. 1833 et s.; Guillery, *Des soc. commerc. en Belgique*, t. 3, n. 1087.

688. — La dissolution qui a pour cause la mort de l'un des associés a lieu de plein droit et sans qu'il soit nécessaire d'une notification de la part de l'un des associés, ni d'une intervention quelconque du pouvoir judiciaire. Ainsi, lorsqu'une société a été dissoute par le décès de l'un des associés, et que les associés restants, après avoir continué le même genre d'exploitation, font ensuite faillite, leurs créanciers ne peuvent réclamer des héritiers de l'associé décédé que la part de ce dernier dans le déficit qui existait lors de la dissolution de la société. — Liège, 16 mars 1813, Héritiers Péters, [S. et P. chr.] — V. sur le principe, Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Société*, § 9; Guillouard, n. 277 et 295; Pont, t. 1, n. 676; Laurent, t. 26, n. 362 et 375; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 790; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 567 et s.

689. — Si la mort d'un associé quelconque met fin à la société, à plus forte raison la société finit-elle par le décès de l'administrateur nommé dans l'acte constitutif de la société et dans tous les cas où, par un événement quelconque, il est exclu ou se retire de la société. — Sur la distinction du gérant statutaire et du gérant ordinaire, nommé par décision postérieure des associés et révocable comme tout mandataire, V. *suprà*, n. 443 et s.

690. — Mais que faudrait-il décider si le gérant statutaire n'était pas un associé? On s'accorde à résoudre ici la question par une distinction. La personnalité du gérant faisant partie du pacte social, la disparition de celui-ci entraînera la dissolution si les associés ne s'entendent point sur le choix de son successeur. S'il y a au contraire unanimité entre eux sur le nom du nouveau gérant, associé ou non, la dissolution sera évitée. — Pont, t. 1, n. 502; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 313; Houpin, t. 1, n. 137, *in fine*.

691. — Il est certain, au contraire, que le décès du gérant non statutaire ne saurait en aucun cas entraîner dissolution. Ici, en effet, la personnalité du gérant est secondaire, puisqu'il est révocable *ad nutum*; la seule conséquence de son décès est d'obliger les associés à s'entendre sur le choix de son successeur. S'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un nom, la société n'en subsistera pas moins; mais elle sera administrée concurremment par tous les associés, conformément à l'art. 1859 (V. *suprà*, n. 417 et s.). — Mêmes auteurs.

692. — La mort de l'associé entraîne dissolution de la société non seulement entre les parties contractantes, mais encore *à l'égard des tiers* (Guillouard, n. 308; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 386; Houpin, t. 1, n. 137). Et ce, alors même qu'aucune publicité n'aurait été donnée à cet événement, les causes de dissolution qui opèrent de plein droit étant affranchies de la publicité exigée, dans les sociétés commerciales du moins, pour la dissolution volontaire ou judiciaire. — V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*.

693. — Et, la dissolution étant opposable aux tiers comme aux associés, les premiers, par une juste réciprocité, ont le droit de s'en prévaloir s'ils y ont intérêt. C'est ainsi, en particulier, qu'il est loisible aux créanciers de requérir, sur le vu d'une ordonnance judiciaire, l'apposition des scellés sur les valeurs sociales, conformément aux art. 820 et 1872, C. civ. — Cass., 23 juill. 1872, Ricardo, [S. 72.1.324, P. 72.851, D. 73.1.355]

694. — Il en serait autrement et les tiers auraient le droit d'agir contre tous les associés, s'ils avaient traité avec l'un de ces derniers dans la croyance que la société continuait d'exister. Cela tient à ce que la mort de l'un des associés, alors même qu'elle est connue des tiers, ne prouve pas toujours et d'une façon péremptoire que la société est dissoute. Nous verrons, en effet, qu'aux termes de l'art. 1868, C. civ., les associés peuvent stipuler, soit que la société continuera entre les seuls survivants, soit qu'elle continuera avec les héritiers du prédécédé (V. *infrà*, n. 709 et s.). — Guillouard, n. 308; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 386; Houpin, t. 1, n. 187.

695. — Les tiers qui, malgré la mort de l'un des associés, auront traité avec les survivants, auront donc action contre ces derniers, et même contre les héritiers de l'associé prédécédé, toutes les fois qu'ils auront eu de justes motifs de croire ou que les associés survivants avaient prorogé la société, ou que cette dernière continuait d'exister. — Mêmes auteurs.

696. — Cette solution prévaut en jurisprudence, non seulement lorsqu'il a été dit dans le contrat que la société continuerait de plein droit, mais encore lorsque la continuation des opérations sociales, après la mort de l'un des associés, a pu faire croire aux tiers que la société était prorogée. — Cass., 16 mai 1838, Prat, [S. 38.1.836, P. 38.2.413]; — 22 mars 1843, Synd. Mélidor-Moisson, [S. 44.1.759, P. 44.2.115]; — 26 juill. 1843, Robert, [S. 43.1.881, P. 44.1.84]; — 10 nov. 1847, Hérit. Tivolier, [S. 48.1.5, P. 48.1.16, D. 47.1.353]; — 10 janv. 1870, Anduze-Faris, [S. 70.1.157, P. 70.373, D. 70.1.60]; — 24 déc. 1877, Gion, [S. 78.1.321, P. 78.791, D. 79.5.386]; — 16 janv. 1884, Maillet et Lebègue, [S. 84.1.240, P. 84.1.567, D. 84.1.122] — Caen, 8 mars 1842, Synd. Mélidor-Moisson, [S. 42.2.337, P. 43.2.41] — Toulouse, 26 avr. 1875, sous Cass., 20 janv. 1880, Estoup, [S. 81.1.201, P. 81.1.494] — *Sic*, Troplong, t. 2, n. 904; Pont, n. 705 et 710; Guillouard, n. 308; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 386; Houpin, t. 1, n. 137. — V. cep. Laurent, t. 26, n. 378-379.

697. — Jugé, en ce sens : 1° Que bien qu'aux termes de l'art. 1865, C. civ., toute société finisse, à moins de convention contraire, par la mort de l'un des associés, la société qui succède à une société ainsi dissoute peut néanmoins être déclarée obligée vis-à-vis des tiers s'il est jugé en fait que les nouveaux sociétaires ont employé tous leurs efforts pour retenir le public dans la persuasion qu'il n'y avait pas eu de dissolution. — Cass., 16 mai 1838, précité.

698. — 2° Que, lorsque, postérieurement au décès de l'un des associés (décès non rendu public par les voies requises en matière de dissolution de société), l'exploitation qui faisait l'objet de la société a continué à marcher dans l'intérêt des associés ou de leurs représentants, et qu'il n'a été procédé à aucune liquidation, on doit considérer cette société comme ayant continué de subsis-

ter au moins à l'égard des tiers qui, dans cette confiance, ont traité avec elle, même depuis le décès de l'associé. Et ces tiers peuvent, en cas de non-paiement, faire prononcer sa mise en faillite. — Cass., 26 juill. 1843, précité.

699. — 3° Que la dissolution d'une société n'est pas opposable aux tiers, qui ne sont pas en faute pour n'avoir pas connu le fait de la dissolution de la société. Ainsi, l'appel dirigé contre une société dont l'un des membres est décédé, n'en est pas moins valablement signifié à la raison sociale, tant que la preuve que la société a cessé d'exister n'est pas rapportée; le décès d'un associé n'entraîne pas nécessairement, en effet, la dissolution de la société, qui peut être prorogée, après la mort de l'un des associés, soit par l'effet du pacte social lui-même, soit par la volonté des parties, soit enfin par l'état de liquidation de la société. — Toulouse, 26 avr. 1875, précité.

700. — En tout cas, et que la société se dissolve ou non par la mort d'un associé, elle reste toujours distincte de sa succession, et les héritiers de l'associé décédé n'ont pas le droit, lorsqu'ils se sont portés ses héritiers bénéficiaires, d'exiger que l'inventaire comprenne non seulement les titres et papiers personnels de l'associé, mais les livres et papiers de la société. — Rennes, 27 févr. 1823, Coquebert, [P. chr.]

701. — II. Nous avons vu précédemment que la cause de dissolution qui résulte de la mort de l'un des associés était fondée sur la nature même du contrat de société, et nous avons expliqué que la considération des personnes y était généralement dominante. Nous avons étudié aussi la portée de cette cause de dissolution; il nous reste à passer en revue les conventions dérogatoires au principe.

702. — En droit romain, la dissolution résultant de la mort de l'un des associés était considérée comme d'ordre public. Par suite, la loi ne permettait même pas aux associés de convenir dans l'acte de société que celle-ci continuerait entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé. Il n'y avait d'exception à cette règle que pour les sociétés de publicains, sociétés formées pour la perception des impôts (L. 59, pr., D., *Pro socio*, XVII, 2).

703. — Pothier justifiait en ces termes la règle de la loi romaine : « La raison de cette décision était que la société était un droit qui est fondé sur l'amitié que les parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance réciproque que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de l'autre; il était contre la nature de la société qu'elle pût se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par conséquent, avec les héritiers des parties contractantes, qui, lors du contrat, étaient des personnes incertaines ». Et il ajoutait : « Cette raison ne me paraît pas bien décisive, et je crois qu'elle a plus de subtilité que de solidité » (n. 145).

704. — Dans notre ancien droit, les auteurs discutèrent la question de savoir si, contrairement à la règle romaine, les associés pouvaient stipuler dans le contrat que, en cas de décès de l'un d'eux, la société continuerait avec les héritiers de l'associé prédécédé. « Il faut noter, dit Masuer, que la société prend fin par la mort de l'un des associés, sinon qu'on eust expressément convenu en contractant icelle qu'elle passeroit aux héritiers; car telle convention est bonne par la coutume; et fait telle adjonction des héritiers que ce qui de soy périssoit avec la personne est transmis auxdits héritiers » (*Pratiq.*, tit. 28, *Des assoc.*, n. 35).

705. — Pothier était du même avis : «... Je pense, disait-il, que, dans notre droit, quoique la société finisse par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne lui succède pas aux droits de la société pour l'avenir, néanmoins la convention qui porte qu'il y succédera est valable » (n. 145).

706. — Mais Despeisses était d'un avis opposé : « Et l'héritier de l'associé défunt ne succède pas en la société..., ce qui a lieu, bien qu'en la société, il y eût pacte qu'elle serait transmise aux héritiers, contre l'avis de Masuer » (*Des contrats*, 1re part., tit. 3, sect. 3, n. 4).

707. — L'art. 1868, C. civ., suivant en cela l'opinion de Pothier, a abrogé la loi romaine et disposé qu'il pourrait être stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement entre les associés survivants.

708. — Au regard des pays de droit écrit, demeurés assujettis à la règle romaine jusqu'à la promulgation du Code civil, la disposition de l'art. 1868, qui permet de déclarer que la société continuera de subsister entre les héritiers de l'associé prédécédé et les associés survivants, constituant une innovation législative, ne pouvait dès lors produire un effet rétroactif. Jugé en ce sens que la clause par laquelle des associés sont convenus qu'en cas de mort de l'un d'eux il serait remplacé par une personne désignée, est nulle, si le contrat est passé sous l'empire de la loi romaine qui prohibait une semblable convention. — Besançon, 11 janv. 1810, Dumas, [S. et P. chr.] — Sic, Pont, t. 1, n. 711 et 712; Laurent, t. 26, n. 380; Guillouard, n. [illegible].

709. — Aujourd'hui, toutes les conventions dérogatoires au principe de la dissolution par l'effet du décès de l'associé sont, en présence de l'art. 1868, à considérer comme valables. Les parties peuvent d'abord, sans aucun doute, tout en acceptant la dissolution, retarder la date de la liquidation afin de faciliter l'achèvement des opérations en cours, décider, par exemple, que la liquidation n'aura lieu qu'à une date fixée, et que jusqu'à cette date les survivants continueront les opérations sociales sous le même nom, avec le même capital, sans avoir à subir de contrôle de la part des représentants de l'associé décédé, mais sans pouvoir lui faire supporter les pertes de cette gestion, laquelle demeure à leurs périls et risques. — Cass., 17 août 1868, Héritiers Dats, [S. 69.1.22, P. 69.33]

710. — Mais les deux conventions les plus usuelles sont celles qui tendent, soit à continuer la société *avec les héritiers du prédécédé*, soit à la continuer seulement *entre les associés survivants*. — A. Les associés peuvent vouloir, tout d'abord, que la société continue *avec les héritiers de l'associé prédécédé*. Il sera dit, par exemple, dans les statuts, que « au cas de décès de l'un des associés, la société continuera entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé »... ou que « la société ne sera pas dissoute par le décès de l'un des associés, et qu'elle continuera entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé », ou telle autre formule équipollente.

711. — Si la clause est rédigée en termes exprès, la continuation a lieu de plein droit entre les héritiers de l'associé prédécédé et les associés survivants (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 389), en ce sens du moins qu'elle est *obligatoire pour les associés*, qui y ont adhéré par avance en acceptant les statuts. Domat, cependant, était d'un avis opposé (*Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, art. 2, § 4), mais cet avis paraît difficilement conciliable avec le principe que la convention fait la loi des parties. — Sur la question, controversée au contraire de savoir si la continuation est aussi obligatoire *pour les héritiers*, V. *infrà*, n. 755 et s.

712. — Il suffit, pour que les héritiers puissent opposer la clause aux associés, qu'ils aient accepté la succession, soit purement et simplement, soit même sous bénéfice d'inventaire. D'après une jurisprudence constante, en effet, la circonstance que l'héritier, appelé à se substituer aux lieu et place de l'associé prédécédé, a accepté sa succession sous bénéfice d'inventaire n'est pas de nature à lui enlever le droit qu'il tient de l'acte de société de devenir membre de cette société. — Riom, 21 mai 1884, Houlder, [D. 85.2.86] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 715; Guillouard, n. 299; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 393; Houpin, t. 1, n. 138. — *Contrà*, Pardessus, t. 4, n. 1059.

713. — Pour que la société se continue avec les héritiers de l'associé prédécédé, il n'est pas nécessaire que l'acte de société contienne une clause expresse à cet égard; il suffit que la volonté conforme des intéressés ne puisse laisser place au doute. — Duvergier, t. 20, n. 434; Guillouard, n. 297; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 391; Houpin, t. 1, n. 138. — *Contrà*, Laurent, t. 26, n. 381.

714. — La mort d'un des associés a pu être déclarée insuffisante pour opérer la dissolution de la société si les autres associés ses frères et ses héritiers ont continué pendant un grand nombre d'années les opérations sociales sans faire aucune liquidation ni changement de la raison sociale. — Cass., 22 mars 1843, Synd. Mélidor-Moisson, [S. 44.1.759, P. 44.2.115]

715. — Dans la même affaire, la cour de Caen avait décidé que la dissolution des sociétés par suite de la mort de l'un des associés n'est pas de l'essence du contrat de société. Ainsi une société, formée entre des cohéritiers dans le but de continuer les opérations commerciales de leur auteur, ne se dissout point nécessairement par le fait seul du décès de l'un des coassociés, dont les autres sont les héritiers. — Caen, 8 mars 1842, Synd. Mélidor-Moisson, [S. 42.2.337, P. 43.2.41]

716. — C'est ainsi, également, que la jurisprudence a admis, d'après l'intention présumée des parties, que la société se continuait avec les héritiers du prédécédé dans une espèce où trois

personnes, après avoir construit en commun, sur des terrains leur appartenant, une usine à gaz pour l'exploitation de laquelle ils avaient formé une société régulière qui expirait le 1er janv. 1863, avaient, dès le 8 juill. 1862, passé tous les trois avec la ville de Poitiers un traité qui leur accordait la concession privilégiée de l'éclairage au gaz pour trente-six années à partir du 1er janv. 1863, et par lequel l'usine à gaz était affectée spécialement à l'exécution de l'entreprise et de la concession. Il est évident, dans cette espèce, qu'en traitant avec la ville de Poitiers pour une période de trente-six années, les associés avaient nécessairement voulu que leur société eût la même durée et que le décès de l'un d'eux n'en amenât pas la dissolution. — Paris, 10 juin 1869, sous Cass., 7 févr. 1870, Dupré, [D. 70.1.303]

717. — Jugé même qu'en cas de dissolution d'une société commerciale par la mort de l'un des associés, les survivants, qui ont constitué une société nouvelle pour la continuation des opérations de l'ancienne, et qui ont conservé la même raison sociale, ont qualité pour poursuivre contre un tiers l'exécution d'une sentence arbitrale obtenue par la société dissoute, alors que tout l'actif de la première société dissoute appartient à la seconde. — Colmar, 18 juin 1841, Hattenberger, [P. 41.2.510]

718. — Toutefois, lorsque la veuve et les enfants d'un négociant ont continué, sans inventaire, sans liquidation, sous la raison *veuve une telle et fils*, le commerce que leur mari et père faisait sous la raison *un tel et compagnie*, et qu'ils ont, en outre, payé des dettes contractées par lui sous cette raison, ils ne peuvent être regardés comme étant dans les liens d'une continuation de la société primitive, et rester passibles des actions existant contre elle. — Agen, 4 août 1807, Dumé, [S. et P. chr.]; — 4 août 1817, Bosq, [S. et P. chr.] — ... Alors surtout que cette veuve était mariée sous le régime dotal, et que ses biens ne pouvaient, par cette raison, être compris dans la société commerciale de son mari. — Agen, 4 août 1817, précité. — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 432 et s.

719. — Les auteurs admettent généralement que l'héritier devra entrer dans la société lorsque les associés auront expressément décidé qu'ils pourraient librement céder leurs droits à des tiers, et que les cessionnaires prendraient la place des cédants. — Duvergier, t. 20, n. 434; Guillouard, n. 297; Houpin, t. 1, n. 138. — Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 391) enseignent, au contraire, que la volonté des parties de continuer la société avec les héritiers du défunt ne résulte pas de ce que les associés se sont réservé la faculté de céder leurs droits sociaux. « Il n'y a aucune analogie, disent-ils, entre cette cession et la transmission des droits sociaux aux héritiers ».

720. — De même, le fait, par l'administrateur judiciaire d'une succession, d'accepter sans protestation le remboursement de la part appartenant à cette succession dans le capital d'une société, ne saurait être, à titre de fin de non recevoir, opposé à l'héritier qui, malgré le décès de son auteur et comme représentant de celui-ci, prétend être demeuré membre de la société et refuse d'admettre le versement en question en tant que libératoire à son égard. — Amiens, 18 févr. 1878, Magnier, [S. 78.2.97, P. 78.449, et la note de M. Bourguignat, D. 80.2.145]

721. — Jugé aussi que la femme mariée qui, avec l'assistance de son mari, donne à l'un de ses cohéritiers pleins pouvoirs pour administrer la succession de son père, est présumée lui donner en même temps mandat de continuer la société ayant existé entre son père et une tierce personne. — Cass., 24 déc. 1877, Gion, [S. 78.1.321, P. 78.791, D. 79.5.584]

722. — Mais de ce qu'une femme a été commune en biens avec son mari, et de ce qu'à la mort de ce dernier elle a accepté la communauté et l'a recueillie en totalité, il ne s'ensuit pas qu'une société mobilière, contractée par le mari, se continue de plein droit avec elle. — Bruxelles, 13 juin 1809, Vanhalewyck, [S. chr.]

723. — De même encore, la clause de l'acte constitutif d'une association en participation, formée ouvertement entre plusieurs entrepreneurs, clause portant que, en cas de décès de l'un des associés, il y aura continuation de l'entreprise entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé, doit être étendue, dans ses effets, à la sous-participation, c'est-à-dire au traité par lequel l'un des membres participants de l'association principale a intéressé secrètement un tiers comme croupier en sous-ordre, à sa part dans l'entreprise qui fait l'objet de cette association, et cela, en ce sens que les héritiers du croupier décédé au cours de l'entreprise ont droit de participer aux bénéfices réalisés depuis le décès. — Montpellier, 23 juin 1884, sous Cass., 1er mars 1886, Cavallier, [S. 89.1.468, P. 89.1.1171, D. 87.1.65]

724. — Et aucune réduction ne saurait être apportée à la part des héritiers dans les bénéfices, sous prétexte que la coopération du croupier a manqué à l'entreprise, si le croupier avait alloué un préciput à l'associé principal, à raison de ses peines et travaux dans l'affaire. — Même arrêt.

725. — Au surplus, il est constant que les héritiers du croupier décédé doivent être admis à participer, pour la part de leur auteur, aux bénéfices ultérieurs qui ont été la suite nécessaire de ce qui s'était fait avant le décès de celui-ci. — Cass., 1er mars 1886, précité.

726. — D'autre part, la renonciation d'un héritier mineur à son droit acquis auxdits bénéfices de la participation, en admettant qu'elle pût être valable et efficace, ne saurait, en tout cas, résulter que d'un acte exprès du tuteur de ce mineur, et non pas seulement d'une délibération du conseil de famille, contre laquelle le tuteur a d'ailleurs fait des réserves formelles. — Même arrêt. — Sur la question de savoir si une clause expresse n'est pas nécessaire tout au moins lorsque parmi les héritiers de l'associé décédé se trouvent des mineurs, V. *infrà*, n. 743.

727. — Nous avons dit précédemment que les parties pouvaient écarter par convention la cause de dissolution qui résulte, en principe, de la mort de l'un des associés. Nous avons vu à ce sujet que les associés pouvaient stipuler ou convenir que la société, malgré le décès de l'un des associés, continuerait avec les héritiers de l'associé prédécédé. Nous nous proposons d'étudier maintenant si, lorsqu'il a été stipulé ou convenu que la société continuerait avec les héritiers, cette dérogation au droit commun doit trouver son application, même dans le cas où le prédécédé aurait des mineurs pour héritiers?

728. — Les auteurs sont, depuis bientôt un siècle, divisés sur ce point. Troplong (t. 2, n. 954) soutient l'affirmative. « Jadis, dit-il, les sociétés taisibles se continuaient sans difficultés avec les héritiers mineurs de l'héritier prédécédé, et cela bien qu'on ne pût commencer une société taisible avec un mineur (Lebrun, chap. 2, n. 6, qui cite la coutume du Nivernais). Voyez d'ailleurs combien serait difficile la position des sociétés qui, pour agir utilement dans leur entreprise, ne se sont formées qu'à la condition de n'être pas dissoutes par la mort, et qui, sous prétexte de minorité, se verraient enlever le bénéfice d'un pacte nécessaire à leur prospérité. Il ne serait pas impossible qu'une brusque interruption ne les conduisît à une faillite ».

729. — Vers la même époque, Duvergier (t. 20, n. 440) émettait des doutes sur la justesse de cette solution en se fondant sur ce que l'aliénation et l'administration des biens de mineurs sont assujetties à une foule de formalités gênantes et coûteuses, dont l'accomplissement, exigé impérieusement par la loi, serait de nature à entraver à chaque pas la marche des opérations sociales. « Si un héritier, ajoute-t-il, déjà admis aux lieu et place de son auteur, venait à être frappé d'interdiction, la société serait dissoute : elle ne doit donc pas continuer si l'héritier est mineur au moment du décès de l'associé; l'état de minorité doit empêcher d'établir des rapports que l'état d'interdiction ferait cesser ».

730. — Mais ces distinctions étaient rejetées par Troplong (*loc. cit.*). « J'ai rencontré, dit-il, des esprits qui s'imaginent que la continuation de société exige en quelque sorte un concours de volonté de la part des mineurs, comme s'il s'agissait de constituer une société; mais l'erreur est grave : la continuation de société ne saurait être jugée du même œil que la constitution de la société. Celle-ci est une œuvre de la volonté, celle-là une charge de l'héritage; c'est un pacte légalement formé qui se transmet avec la succession : *Tam hæredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus* » L. 9, *De probat.* ».

731. — C'est cette dernière opinion qui, depuis longtemps, a prévalu en jurisprudence. Il est constant, dans la pratique, que la clause portant que la société continuera, après le décès de l'un des associés, entre les héritiers de cet associé et l'associé survivant, doit s'appliquer en toute occurrence, même en présence d'héritiers mineurs. — Cass., 10 nov. 1847, Tivolier, [S. 48.1.5, P. 48.1.16, D. 47.1.353]; — 2 mars 1885, Héritiers Choveaux, [S. 85.1.362, P. 85.1.891, et le rapport de M. le conseiller Babinet, D. 85.1.441]; — 10 mars 1885, Lherbet, [S. 86.1.410, P. 86.1.1008, D. 85.1.481] — Bordeaux, 29 juill. 1862, Rœdel, [S. 63.2.31, P. 63.863] — Paris, 7 avr. 1887, Mariani, [S. 88.2.145, P. 88.1.829, et la note de M. Lyon-Caen] — Grenoble, 11 mars

1890, [*Rec. de Grenoble*, 90.154] — Liège, 26 juill. 1827, Regiron, [S. chr.]

732. — On fait remarquer, en ce sens, d'abord que l'art. 1868, C. civ., est absolument général, qu'il ne distingue pas, et, par conséquent, qu'il n'appartient pas à l'interprète d'introduire dans la loi des distinctions arbitraires, manifestement contraires à l'intérêt des parties. On ajoute que l'acceptation d'une succession pour un mineur entraînant de plein droit bénéfice d'inventaire (C. civ., art. 461), l'application de la clause aux héritiers mineurs ne saurait avoir pour leur fortune propre aucune conséquence préjudiciable, puisque, tout en demeurant associés comme l'exige la lettre des statuts, ils n'en restent pas moins à l'abri de tout recours sur leur fortune personnelle. — V. Aubry et Rau, t. 4, p. 569, § 384, texte et note 8; Laurent, t. 26, n. 380; Pont, t. 1, n. 716; Bédarride, t. 1, n. 62; Rousseau, t. 1, n. 550; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 225; Guillouard, n. 298; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 394; Houpin, t. 1, n. 138; Vavasseur, n. 224.

733. — On fait valoir aussi, dans le même sens, des considérations d'ordre économique très-sérieuses. Il est, en effet, de l'intérêt évident des associés, lorsqu'ils risquent leur fortune dans une affaire, d'être certains que le décès inopiné de l'un d'eux ne les mette pas dans l'obligation de procéder, à contre-temps, à une liquidation désastreuse. L'intérêt des héritiers mineurs est, au fond, le même; n'est-ce pas, en effet, une singulière protection que celle qui consiste à les contraindre d'abandonner une affaire prospère, et de renoncer aux chances de gain qu'elle offre, et à leur faire ainsi subir une perte certaine pour les préserver d'un risque peut-être imaginaire? — Mêmes auteurs. — V. Thaller, *Traité*, p. 216.

734. — Ces considérations n'ont pas paru décisives à une fraction importante de la doctrine. Il est parfaitement exact qu'en législation il eût été utile de prendre des mesures en vue de faciliter la continuation, par les mineurs ou par leurs représentants légaux, du commerce exercé par leur auteur; ainsi ont procédé, avec grande raison, les législateurs belge ou italien. Mais l'interprète n'a qu'à appliquer et non à compléter ou à corriger la loi. Or, que décide la loi française? Qu'un mineur ne peut, en principe, faire le commerce s'il n'est émancipé et n'a atteint l'âge de dix-huit ans, et n'a obtenu l'autorisation des personnes ayant autorité sur lui (C. comm., art. 2). Il ne s'agit point ici d'une question d'interprétation de volonté, mais d'une disposition *impérative* de la loi commerciale à laquelle les parties ne sauraient déroger, même par une clause expresse, puisqu'il s'agit d'une question de *capacité*. — Delangle, t. 2, n. 652; Duvergier, t. 20, n. 441; Ruben de Couder, t. 6, v° *Soc. en nom collectif*, n. 461; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 319; Lyon-Caen, note sous Paris, 7 avr. 1887, [S. 88.2.145, P. 88.1.829]; Testoud, *Rev. crit.*, 1889, p. 167; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1886-1887, t. 1, p. 165.

735. — Qu'est-ce à dire, sinon que, pour savoir si la clause est valable ou nulle, en cas de minorité des héritiers, il convient de rechercher quelle serait la situation de ceux-ci dans la société; s'il est convenu que la société sera en commandite à leur égard, la clause recevra effet, les simples commanditaires n'ayant pas la qualité de commerçants : que si au contraire le défunt était associé en nom collectif ou commandité et que, d'après les statuts, ses cohéritiers doivent prendre sa place, la clause ne recevra effet qu'autant que les héritiers, mineurs par hypothèse, seraient dans les conditions voulues pour faire le commerce (âgés de plus de dix-huit ans) et qu'en fait les formalités légales auraient été remplies (émancipation, autorisation). — V. d'ailleurs pour plus de détail, nos développements sur la dissolution des sociétés commerciales, *infrà*, v° *Société commerciale*. — Il n'y aurait de doute que s'il s'agissait d'une société civile, impliquant engagement illimité des membres, mais n'exposant pas les associés au risque de faillite. — V. les auteurs précités.

736. — Reste, il est vrai, l'objection déduite par la jurisprudence de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, qui est de droit pour les mineurs. Mais, disent MM. Lyon-Caen et Renault (*loc. cit.*), cette objection se retourne manifestement contre ceux qui l'invoquent. En effet, de deux choses l'une : ou le bénéfice d'inventaire, comme les principes semblent l'exiger, n'a d'effet que pour le passé, pour les dettes successorales, et, en ce cas, l'héritier mineur, exposé à être poursuivi sur sa fortune personnelle pour les dettes postérieures au règlement de la succession, devient un véritable associé en nom collectif, c'est-à-dire un commerçant : or la loi ne lui permet d'acquérir cette qualité que sous les conditions rappelées ci-dessus; ou au contraire le bénéfice d'inventaire garantit l'héritier mineur, même dans l'avenir, contre toutes poursuites sur ses biens propres : mais, en ce cas, il n'est plus qu'un commanditaire, sa part de succession affectée exclusivement à la garantie des dettes sociales constituant entre ses mains une commandite *sui generis*. Mais n'est-ce pas dénaturer les statuts que d'y introduire, au bénéfice des héritiers mineurs, une telle clause qui en dénature le caractère?

737. — Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est formelle. Elle se refuse à voir dans le maintien de la société avec les héritiers mineurs une question de capacité; elle y voit uniquement une question d'intention, d'interprétation de volonté. Ainsi, jugé que, dans une société en nom collectif, l'état de minorité des héritiers de l'associé prédécédé ne peut faire obstacle à la continuation de la société, que si telle a été l'intention des parties. — Paris, 7 avr. 1887, précité. — V. aussi Cass., 2 mars 1885, précité.

738. — Et la clause de l'acte social, portant que les héritiers de l'associé seront tenus de fournir une personne apte à remplir les fonctions précédemment remplies par l'associé décédé, démontre que, dans l'intention des parties, la société devait continuer, même avec les héritiers mineurs. — Paris, 7 avr. 1887, précité.

739. — Mais si la société continue, de plein droit, avec les héritiers mineurs, c'est sous cette réserve, toutefois, qu'elle ne les oblige point *ultra vires*. — Cass., 2 mars 1885, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie, n. 389. — V. Lyon-Caen, note précitée.

740. — La jurisprudence italienne s'est prononcée dans le même sens que la jurisprudence française. — V. Cass. Rome, 14 juin 1891, [*Monitore dei Tribunali*, 92.972]; — 13 mars 1896 (motifs), Fagotti et autres, [S. et P. 97.4.16] — Pérouse, 6 juill. 1891, [*ibid.*] — ... tout au moins en ce qui concerne les sociétés civiles. — *Contrà*, Bolaffio, *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, 1891, t. 12, fasc. 4; Franchi, *Annal. de dr. comm.*, 94, doctr. p. 116.

741. — Mais, dans le cas où il s'agit d'une société commerciale, il y a lieu d'accomplir les conditions auxquelles le Code commercial italien (art. 12) subordonne la continuation d'un commerce par le mineur (à savoir pour le père l'autorisation du tribunal civil, et pour le tuteur l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal). — Cass. Rome (ch. réun.), 13 mars 1896, précité.

742. — Il convient de faire remarquer que la question que nous venons d'étudier au sujet de la possibilité d'appliquer la clause de la continuation de la société avec les héritiers lorsque ceux-ci sont mineurs, est indépendante de la question de savoir si la même clause est obligatoire pour les héritiers (majeurs ou mineurs), lorsque ces derniers ont accepté (purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire) la succession de l'associé décédé. — Nous reviendrons, *infrà*, n. 755 et s., sur cette dernière question.

743. — Mais il est une autre question connexe qu'il nous faut étudier ici : c'est celle de savoir si la continuation de la société avec les héritiers mineurs peut se présumer ou bien s'il faut une clause expresse de continuation. Troplong (t. 2, n. 903) pense que, même en l'absence de toute stipulation formelle de continuation de la société pour le cas de décès de l'un des associés, les actes faits postérieurement au décès par l'associé survivant qui avait la signature sociale engagent les héritiers du prédécédé vis-à-vis des tiers qui ont ignoré le décès; qu'en effet, les associés en nom collectif étant mandataires les uns des autres pour tout ce qui tient au commerce entrepris, il y a lieu d'appliquer le principe qui veut que, lorsqu'un mandataire, quoique connaissant le décès, a cependant traité avec des tiers qui l'ignoraient, ceux-ci aient une action contre les héritiers du mandant. « Et cette responsabilité des héritiers, dit-il, ce n'est pas seulement dans le cas où ils sont majeurs qu'elle vient les atteindre, c'est encore dans le cas où ils sont mineurs. Ici le crédit l'emporte sur la faveur de pupillarité : les mineurs avaient, en effet, un tuteur qui pouvait empêcher l'action du mandataire; les tiers, au contraire, avaient une juste cause d'ignorance qui ne leur permettait pas de s'en défier ».

744. — La Cour de cassation a, au contraire, jugé que les héritiers mineurs d'un associé décédé ne peuvent jamais être liés que par une stipulation formelle de la continuation, faite par leur auteur; et qu'en l'absence d'une pareille stipulation, les

tribunaux ne pouvaient faire résulter la continuation de la société de faits et de circonstances : ce pouvoir d'appréciation ne leur appartenant que lorsqu'il s'agit d'héritiers majeurs. — Cass., 10 nov. 1847, Tivolier, [S. 48.1.5, P. 48.1.16, D. 47.1.353]

745. — On voit à quel point la doctrine de Troplong qui met les héritiers mineurs à la discrétion de l'associé survivant, et qui, pour les engager dans une société commerciale, les rend passibles de la négligence du tuteur, s'éloigne de celle consacrée par l'arrêt ci-dessus cité. Delangle (t. 2, n. 580 et s.) semble, sous un rapport, s'en rapprocher davantage lorsqu'il attribue au décès, même ignoré des tiers, le pouvoir de rompre la société, à moins que les *associés survivants aient essayé de persuader au public que, nonobstant le décès de l'un d'eux, le contrat n'était pas rompu;* mais reste alors le point de savoir si cette manifestation formelle ou implicite, par les héritiers, de la volonté de continuer la société malgré la dissolution opérée par le décès de leur auteur, manifestation qui équivaudrait en quelque sorte à une formation nouvelle de société, peut trouver légalement sa place lorsqu'il s'agit d'héritiers mineurs, lesquels, à raison de leur incapacité, ne sauraient être engagés dans les conséquences d'une société commerciale aux opérations de laquelle ils ne peuvent participer.

746. — Or les divers arrêts de la Cour de cassation qui ont reconnu à certains faits personnels aux héritiers, et appréciables par les cours d'appel, la puissance d'opérer vis-à-vis des tiers continuation de la société (Cass., 16 mai 1838, Prat, [S. 38.1.836, P. 38.2.413]; — 22 mars 1843, Syndic Mélidor-Moisson, S. 44.1.759, P. 44.2.115]; — 26 juill. 1843, Robert, [S. 43.1.881, P. 44.1.84] — V. aussi *suprà*, n. 713 et s., arrêts dont celui de 1847 précité confirme la doctrine), ont été rendus dans des espèces où les faits à apprécier étaient imputables à des héritiers *majeurs*, maîtres de leurs droits : ils ne pouvaient donc être d'aucune influence dans l'espèce particulière, où il s'agissait d'héritiers mineurs.

747. — Au surplus, dans un arrêt beaucoup plus récent, la Cour suprême a précisé encore et confirmé sa jurisprudence. Décidé, en effet, que si, au décès d'un associé entraînant la dissolution de la société, les autres associés *majeurs et maîtres de leurs droits* ont usé de la faculté qu'ils avaient de continuer la société, dans laquelle l'héritier de l'associé décédé est venu prendre la place du défunt, la société ainsi continuée a pu conserver la raison sociale qui n'a pas cessé d'en être l'expression, et, par conséquent, contracter et agir sous cette raison. — Cass., 10 janv. 1870, Anduz-Faris, [S. 70.1.157, P. 70.373, D. 70.1.60] — Qu'est-ce à dire sinon que cette continuation *tacite* de la société ne saurait être admise que si *tous* les héritiers de l'associé décédé sont majeurs? Dans le cas contraire, une clause expresse et formelle s'impose.

748. — Ce que nous avons dit de la minorité de l'héritier est applicable au cas où l'héritier, bien que majeur, est en état d'interdiction au décès de son auteur. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 396.

749. — Il est, en tout cas, hors de doute, que si l'héritier devenait interdit après son entrée en société, la société se dissoudrait, à moins de clause contraire, par application du principe général de l'art. 1865-4°, C. civ. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 396.

750. — Si le plus souvent la clause de prorogation est stipulée au profit des *héritiers* du prémourant, il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi; elle peut être insérée, par exemple, au profit de ses *représentants* ou ayants-cause, formule qui pourrait au besoin être invoquée par les créanciers de l'associé ou par ceux qui se rendraient acquéreurs de sa part sociale. — V. Pont, t. 1, n. 715 ; Guillouard, n. 300; Troplong, t. 2, n. 952; Duvergier, t. 20, n. 440; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 392; Houpin, t. 1, n. 138.

751. — Jugé, en ce sens, que lorsqu'un acte de société porte qu'en cas de décès de l'un des sociétaires, la société continuera entre ses représentants et les autres intéressés, il faut entendre par les représentants non seulement les héritiers, mais les ayants droit quelconques de ce sociétaire. — Paris, 13 août 1834, Benazet, [S. 34.2.674, P. chr.]

752. — Le légataire devrait être compris sous le mot héritier, et la société continuerait avec lui. — Pardessus, t. 4, n. 1059; Duvergier, t. 20, n. 440; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 392.

753. — Il en serait de même des héritiers irréguliers, comme l'enfant naturel ou le conjoint. — Duvergier, *loc. cit.*

754. — Lorsqu'un associé laisse plusieurs héritiers ou représentants qui viennent prendre ses lieu et place dans la société en vertu de la clause précitée, chacun de ces héritiers ne saurait être considéré individuellement comme un associé nouveau. En d'autres termes, ils ne forment tous qu'une tête dans la société et ne peuvent venir tous y prendre part. Ils doivent donc s'entendre, ou, à défaut d'accord, le tribunal doit y pourvoir, pour que l'hérédité soit représentée par un seul. — Pardessus, t. 4, n. 1059; Duranton, t. 17, n. 472; Duvergier, t. 20, n. 886.

755. — La clause portant continuation de la société avec les héritiers ou représentants de l'associé prédécédé, obligatoire pour les survivants (V. *suprà*, n. 711), est-elle également obligatoire pour les héritiers, ou ceux-ci peuvent-ils accepter la succession, et cependant refuser de rester en société? La question est controversée. Domat enseignait que : « S'il avait été convenu entre les associés que la société serait continuée entre leurs héritiers, cette convention renfermerait la condition que les héritiers seraient agréés, et qu'eux aussi agréeraient les autres. Et elles n'auraient pas cet effet que les personnes qui ne pourraient s'assortir fussent contre leur gré liées en société » (*Lois civ.*, liv. 1, tit. 8, sect. 2, § 4).

756. — De nos jours, une fraction de la doctrine enseigne encore que cette stipulation n'est pas obligatoire pour les héritiers. Ces derniers peuvent donc, tout en acceptant la succession, refuser de faire partie de la société (Pont, t. 1, n. 594 et 714; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 569, texte et note 8). Autre chose, en effet, est accepter une succession, telle qu'elle se comporte, dont la composition active et passive peut être établie par un inventaire, autre chose est entrer dans une société d'où résulteraient des engagements nouveaux, que les héritiers ne peuvent mesurer exactement au moment où, peut-être ignorants des affaires, ils acceptent la succession de leur auteur.

757. — Telle n'est cependant pas aujourd'hui l'opinion dominante. La majorité des auteurs enseigne, au contraire, que la stipulation qui appelle les héritiers de l'associé décédé, globalement, à prendre la place de ce dernier est une charge de la succession, qui s'impose à eux, par cela même qu'ils acceptent l'hérédité. — Guillouard, n. 301; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 389; Houpin, t. 1, n. 138; Colmet de Santerre, t. 8, n. 62 *bis*-I.

758. — La jurisprudence actuelle est formelle en ce sens, même dans le cas où les héritiers, ou certains d'entre eux, seraient mineurs. Jugé, en effet, que la clause d'un acte de société, portant que, au cas de mort de l'un des associés, la société continuera de plein droit avec les héritiers mineurs, engage ceux-ci. — Cass., 2 mars 1885, Hérit. Choveaux, [S. 85.1.362, P. 85.1.891, et le rapport de M. le conseiller Babinet, D. 85.1.441]

759. — Mais on ne saurait assimiler à l'hypothèse précédente (continuation de la société avec les héritiers du prédécédé, envisagés *in globo*) le cas où il aurait été stipulé que la société continuerait avec l'un des héritiers de l'associé (héritier nominativement désigné). Il ne peut plus s'agir ici d'une charge de la succession, mais d'une stipulation au profit d'un tiers désigné. Celui-ci aurait incontestablement la faculté de ne pas entrer dans la société tout en acceptant la succession de son auteur, et ce, même dans le cas où son entrée en société aurait été déclarée obligatoire. Cette solution se justifie par la raison que si, « aux termes de l'art. 1122, C. civ., les engagements d'une personne passent de plein droit à ses successeurs, l'art. 1122 ne s'applique plus à l'engagement pris pour un seul de ses successeurs. La personne qui stipule pour l'un de ses successeurs stipule pour autrui et il est de règle, en ce cas, que l'acceptation du bénéficiaire est nécessaire » (V. *infrà*, v° *Stipulation pour autrui*). — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 390. — V. dans le même sens, Caen, 10 nov. 1857, Dubourg, [S. 59.2.31, P. 58.779, D. 59.2.50] — *Sic*, Guillouard, n. 301; Houpin, t. 1, n. 138.

760. — Quand il a été convenu que la société continuerait avec l'*un* des héritiers, quels vont être les droits des autres cohéritiers ? Pour Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 390), « on doit, en général, supposer que l'héritier associé prend purement et simplement la place de son auteur et que ses coassociés n'ont pas entendu réduire la part du défunt et restituer aux héritiers non associés leur portion dans les droits de cet auteur; la solution contraire exigerait une liquidation partielle qui n'a pas été dans les prévisions des parties; c'est donc à l'héritier associé seul qu'il appartiendra de régler les droits de ses cohéritiers ».

761. — En tout cas, il y a lieu de considérer comme licite la clause suivant laquelle, lorsqu'il est stipulé que la société conti-

nuera avec l'*un* (désigné) des héritiers de l'associé décédé, cet héritier sera propriétaire de tous les droits de son auteur dans la société, tels qu'ils auront été déterminés *par le dernier inventaire social*, à charge par lui de tenir compte de la part de ses cohéritiers, dans les délais et conditions spécifiés. Cette stipulation recevra donc son exécution si l'héritier accepte. — Houpin, t. 1, n. 138. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 389.

762. — Que faut-il décider s'il a été convenu que la société continuerait *avec la veuve*, à charge par elle de tenir compte des droits des héritiers du mari d'après le dernier inventaire? Pour Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 392 *bis*), cette stipulation est valable. Houpin (t. 1, n. 138) objecte, au contraire, que cette stipulation constitue une vente entre époux et que, puisqu'elle intervient en dehors des trois cas de l'art. 1595, C. civ., elle est susceptible d'être critiquée. Mais cette assimilation à la vente nous paraît douteuse; les prohibitions sont de droit étroit, et il nous semble fâcheux de mettre obstacle, par une extension à la société d'une clause restrictive déjà gênante dans des termes stricts, à une combinaison souvent avantageuse pour la famille de l'associé décédé, et pour la société elle-même, si en fait, comme cela arrive fréquemment dans le commerce de détail, la femme était l'auxiliaire actif de son mari.

763. — Si l'on considère comme valable la stipulation portant que la société continuera avec la veuve du défunt, examinons les droits résultant pour celle-ci de la stipulation. Deux cas sont à distinguer. Si l'épouse a accepté la stipulation (car elle peut incontestablement refuser, de même que l'héritier nominativement désigné), elle est tenue de s'y conformer au décès de son mari. Si elle ne l'a pas acceptée, elle peut encore le faire après le décès de son mari, car elle ne fait qu'invoquer le bénéfice d'une stipulation pour autrui. On sait que la stipulation faite au profit d'un tiers certain peut être valablement acceptée par ce tiers même après le décès du stipulant, si elle n'a pas été révoquée par celui-ci ou par ses héritiers. — Cass., 16 janv. 1888, Despretz, [S. 88.1.121, P. 88.1.281, D. 88.1.77]

764. — Pour le cas où la veuve accepte, elle doit, elle seule, indemniser les héritiers de son mari de tous les droits qu'ils peuvent avoir dans la part sociale de ce dernier. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 392 *bis*.

765. — B. Les associés peuvent stipuler, en second lieu, que, malgré le décès de l'un d'eux, la société continuera entre *les associés survivants* à l'exclusion de l'associé prédécédé (C. civ., art. 1868). Tenant pour valable la continuation de la société avec les héritiers, le Code devait par *a fortiori* donner effet à la clause précitée qui ne présente pas les mêmes inconvénients, puisqu'elle ne fait entrer dans la société aucun élément nouveau.

766. — Il importe de signaler à ce propos que si la loi romaine ne permettait pas de stipuler que la société continuerait avec les héritiers de l'associé prédécédé, elle permettait de convenir, au contraire, que la société continuerait entre les survivants (L. 65, § 9; D. *Pro socio*, 17, 2).

767. — Notre ancien droit admettait aussi cette solution et Despeisses a écrit à ce propos : « Bien que le pacte que les héritiers défunts succéderont en la société ne soit pas valable, néanmoins la société contractée entre trois ou plus grand nombre de personnes ne prend pas fin par la mort de l'un des associés, lorsqu'en la société il y a pacte exprès qu'après la mort de l'un, les autres continueront en la société, car ce pacte est valable. L'industrie de tous les associés est connue à chacun d'eux, et ainsi ils peuvent convenir que par la mort de l'un d'eux, la société ne prendra pas fin, mais sera continuée avec les autres » (*Des contrats*, 1re part., tit. 3, sect. 3, § 4). — V. aussi Pothier, n. 144.

768. — Si, pour échapper à la dissolution résultant de la mort de l'un des associés, les statuts ont décidé que, malgré ce décès, la société continuerait entre les survivants, la société n'a pas le droit de conserver sa raison sociale, quand le nom du défunt y figure. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 402. — V. ce qui est dit *infrà*, v° *Société commerciale*, sur ce point dans le chapitre consacré à la société en nom collectif.

769. — Selon l'art. 1868, C. civ., quand les associés ont stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait entre les survivants seulement, « l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société eu égard à la situation de cette société lors du décès et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède ». Cette règle est visiblement empruntée à Pothier, qui avait écrit à propos de la dissolution par suite de la mort de l'un des associés : « Cette dissolution de la communauté qui survient par la mort de l'un des associés a deux effets. Le premier est que l'héritier du défunt succède bien à la part que le défunt avait au temps de sa mort dans les biens de la société, et à la part de dettes de la société dont le défunt était tenu : mais il ne succède pas aux droits de la société pour l'avenir, si ce n'est à ce qui serait une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel il succède; et même par rapport à ces choses, il ne devient pas l'associé des associés du défunt, il ne prend pas sa place, il est seulement en communauté avec eux ».

770. — Lors donc que les associés ont stipulé que, au cas de décès de l'un d'eux, la société continuerait ou pourrait continuer entre les seuls survivants, les opérations qui sont postérieures au décès sont absolument étrangères aux héritiers. Ces derniers ne peuvent participer ni aux bénéfices, ni aux pertes qui en résultent. — Pothier, n. 144; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 405; Guillouard, n. 305; Houpin, t. 1, n. 139. — Et la part à laquelle ils ont droit doit être calculée simplement d'après la situation de la société au décès de celui des associés auquel ils succèdent. — Mêmes auteurs.

771. — Toutefois, il doit en être autrement, et les héritiers doivent prendre part aux résultats (bénéfices ou pertes) des affaires en cours à l'époque du décès, lorsque ces résultats sont une « suite nécessaire » de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel ils succèdent (Guillouard, n. 305; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 405; Houpin, t. 1, n. 139; Vavasseur, n. 224). C'est aux tribunaux qu'il appartient de résoudre en fait, dans chaque espèce, la question de savoir si telle opération terminée depuis le décès est à considérer comme une suite nécessaire d'une opération engagée du vivant du *de cujus*.

772. — Du principe, posé par l'art. 1868, que les héritiers de l'associé décédé, exclus pour l'avenir de la société par la clause qui limite la continuation de celle-ci aux survivants, ont droit au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, il résulte que ces héritiers peuvent demander la liquidation de la société, dans l'état où elle se trouve à l'époque du décès : les associés survivants sont donc tenus de faire une liquidation anticipée pour remplir de leurs droits les héritiers du défunt. — Guillouard, n. 306; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 407.

773. — Comme cette liquidation anticipée est extrêmement gênante, les associés stipulent souvent que les héritiers ne pourront demander que la part du défunt dans la société, calculée d'après le dernier inventaire ou état de situation. — Guillouard, n. 306; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 407; Houpin, t. 1, n. 139; Pont, t. 2, n. 920; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 316.

774. — Les associés peuvent même décider que la part du défunt ne sera payée à ses héritiers que par fractions échelonnées. Ils évitent, de cette manière, qu'un paiement immédiat entrave le fonctionnement de la société entre les associés survivants. — Mêmes auteurs.

775. — Est-ce que les héritiers, dans le cas où il est stipulé que la part du prédécédé sera calculée d'après le dernier inventaire social, ont le droit de réclamer immédiatement la part de leur auteur dans le fonds de réserve? Il y a là avant tout une question d'intention; les juges doivent donc tout d'abord rechercher, soit dans les statuts, soit dans l'ensemble des faits de la cause, l'indice de la volonté des parties. — Guillouard, n. 306; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 407; Houpin, t. 1, n. 139

776. — Mais que faudrait-il décider si les statuts et les circonstances de fait ne fournissaient aucun éclaircissement sur l'intention des contractants? Ici les auteurs sont divisés. Les uns sont d'avis que les héritiers peuvent exiger immédiatement la part de l'associé prédécédé dans le fonds de réserve, lequel fait incontestablement partie de l'actif social. — Vavasseur, n. 224; Houpin, t. 1, n. 139.

777. — Les autres admettent au contraire que les héritiers de l'associé prédécédé n'ont pas droit actuellement au partage de la réserve (Guillouard, n. 306; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 407). Ces auteurs, sans doute, ne contestent pas que le fonds de réserve ne fasse partie de l'actif social; mais la destination du fonds est de n'être distribué entre les ayants-droit qu'à la dissolution de la société, or la société subsiste. La cour de Dijon, par arrêt du 22 janv. 1877, de Beuvrand, [S. 80.2.104, P. 80.444, D. 79.2.73], a décidé, conformément à ce dernier système, que

les héritiers ne pouvaient se faire rendre immédiatement la part du décédé dans le fonds de réserve.

778. — La part à laquelle ils ont droit se calculera donc sur les bénéfices constatés par le dernier inventaire, déduction faite du fonds de réserve, sur lequel ils conservent tous leurs droits : mais ces droits ne constituent qu'une créance à terme incertain, dont la dissolution du pacte social marquera l'exigibilité.

779. — Lorsqu'il a été stipulé que les droits de l'associé décédé seraient constatés par le dernier inventaire social antérieur au décès, il y a lieu de décider, non seulement que cette clause est valable, mais encore qu'elle est opposable même aux héritiers mineurs de l'associé décédé. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 408; Bonfils, *Rev. crit.*, 1894, t. 23, p. 628.

780. — De même, il y a lieu de considérer comme valable et opposable même aux héritiers mineurs de l'associé prédécédé, la clause portant que l'*inventaire sera dressé à l'amiable*. C'est en vain que l'on objecterait que, d'après l'art. 451, C. civ., l'inventaire dressé à l'ouverture d'une tutelle doit être judiciaire. Cet inventaire est, en effet, indépendant de celui qui est dressé pour faire état de la situation de la société. — Cass., 30 nov. 1892, Violet, [S. et P. 93.1.73, D. 94.1.83] — V. aussi Cass. Rome, 13 mars 1896, Fagotti, [S. et P. 97.4.16] — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 409.

781. — Jugé, dans le même sens, que l'art. 1122, C. civ., d'après lequel on est censé stipuler pour soi et ses hoirs ou ayants-cause, ne distinguant pas entre les héritiers majeurs ou mineurs, il s'ensuit que la clause d'un acte de société, qui, après avoir énoncé que la dissolution de la société aura lieu de plein droit par le décès de l'un des associés, dispose que « le seul inventaire qui pourra être réclamé des objets de la société sera fait à l'amiable entre l'associé survivant et la veuve et les représentants de l'associé prédécédé », exclut l'application de l'art. 451, C. civ., à l'inventaire dressé après le décès de l'un des associés. — Cass., 30 juin 1896, Pallade-Violet, [S. et P. 97.1.267]

782. — En conséquence, bien que cet associé ait laissé des enfants mineurs, ledit inventaire ne peut être argué de nullité à raison de ce que le subrogé-tuteur des mineurs n'y a pas concouru. — Cass., 30 juin 1896, précité.

783. — Dans le cas où il a été convenu que les droits des héritiers seraient réglés par le dernier inventaire, ces derniers peuvent-ils réclamer, en outre, la part du défunt dans les bénéfices réalisés depuis la confection de l'inventaire jusqu'à son décès? Les auteurs se prononcent en général dans le sens de la négative. — Trib. comm. Seine, 31 mars 1894, [J. *Le Droit*, 19 mai 1894; *Rev. des soc.*, 94.354] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 410; Houpin, t. 1, n. 139.

784. — Il faut entendre par le dernier inventaire le plus récent de ceux qui ont été faits avant le décès. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 410. — Par suite, l'inventaire qui serait commencé avant le décès et terminé seulement après ne doit pas entrer en ligne de compte. — Lyon, 8 mai 1891, *Mon. jud. Lyon*, 10 juill. 1891; — 22 mai 1891, [J. *La Loi*, 27 août 1891]

785. — Dans le cas où les associés ont simplement stipulé que, moyennant le remboursement aux héritiers de la part revenant à l'associé décédé, la société continuerait après le décès de cet associé, et que la part du revenant aux héritiers serait réglée par ce dernier inventaire, sans d'ailleurs spécifier que ce règlement aurait lieu en numéraire, les héritiers n'ont pas le droit de réclamer en argent la part de leur auteur. Les héritiers sont obligés de se contenter de *valeurs d'inventaire*, c'est-à-dire d'une part en nature dans les biens de la société. — Guillouard, n. 352; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 411; Houpin, t. 1, n. 139.

786. — Jugé, en ce sens, que la clause d'un acte de société portant qu'au cas de décès de l'un des associés, la part lui revenant dans l'actif de la société sera réglée d'après le dernier inventaire qui aura précédé ce décès, ne constitue pas sa succession créancière envers la société d'une somme liquide représentative de la portion afférente au défunt dans l'actif social constaté par l'inventaire : la part du défunt doit, même en ce cas, être réglée en valeurs d'inventaire. — Caen, 10 nov. 1857, Dubourg, [S. 59.2.31, P. 58.779, D. 59.2.50]

787. — La question, cependant, est controversée en doctrine. Il n'est pas nécessaire, affirme M. Thaller (p. 214, note 1), que la convention prévoie formellement une indemnité *en argent*, pour que les héritiers soient privés du droit de provoquer la liquidation ou la vente des biens. En effet, conclut-il, « la volonté qu'ont eue les parties de limiter les droits de la succession à une *bonification pécuniaire* de la part ne ressort-elle pas suffisamment de la déclaration que la société *doit continuer* entre les survivants? » — V. dans le même sens, Lyon Caen et Renault, t. 2, n. 316.

788. — C. *Autres clauses licites.* — En dehors des deux clauses les plus usuelles étudiées précédemment, l'une portant que la société continuera avec les héritiers du prédécédé (clause obligatoire pour les associés, et aussi, sauf controverse, pour les héritiers), l'autre assurant la continuation de la société entre les associés survivants seulement, on peut imaginer d'autres clauses, parfaitement licites, se distinguant des précédentes par la liberté d'appréciation qu'elles laissent aux intéressés.

789. — Nous citerons notamment : 1° La clause conférant aux survivants la *faculté* de continuer la société avec les héritiers du prédécédé.

790. — 2° La clause, contre-partie de la précédente, conférant aux héritiers du prédécédé la faculté de continuer la société avec les survivants; cette seconde clause permettant aux héritiers de s'imposer aux survivants, s'ils le jugent à propos, tandis que la première respecte également la liberté des survivants et celle des héritiers.

791. — 3° La clause de *triple option*. Dès l'instant qu'il est permis de stipuler dans le contrat de société, ou bien que la société continuera entre les associés survivants seulement, ou bien qu'elle continuera avec l'associé du prédécédé, et que, à défaut de conventions semblables, la société est dissoute par la mort d'un associé, on doit pouvoir insérer dans le contrat une clause donnant aux survivants l'option entre les trois partis suivants : continuer la société entre les survivants; continuer la société avec les héritiers de l'associé prédécédé; dissoudre la société et la liquider. — Cass., 20 juin 1887, Revest, [S. 90.1.515, P. 90.1.1247] — Guillouard, n. 304; Houpin, t. 1, n. 139; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 403, 412.

792. — Vainement objecterait-on que cette clause de triple option renferme une condition *purement potestative*, nulle aux termes de l'art. 1174, C. civ. L'on n'y trouve en réalité qu'une condition simplement facultative, valable d'après l'art. 1170 du même Code; il est évident, en effet, que certaines circonstances extérieures peuvent déterminer les survivants à opter pour tel ou tel parti, et que leur décision ne saurait dépendre d'un pur caprice de leur part. — Même arrêt (motifs) et mêmes auteurs. — V. aussi Larombière, t. 1, sur l'art. 1174, n. 6; Aubry et Rau, t. 4, § 302, p. 66.

793. — Cette clause est opposable même aux héritiers mineurs. — Même arrêt.

4° Absence.

794. — L'absence, même déclarée, de l'un des associés, n'entraîne pas, de plein droit, dissolution de la société. Mais nous verrons *infrà*, n. 947, qu'elle peut donner lieu à la dissolution judiciaire. — Demolombe, t. 2, n. 144; Pont, t. 1, n. 707; Guillouard, n. 309; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 413; Houpin, t. 1, n. 142; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 311 *ter;* de Moly, *De l'absence*, n. 735. — V. aussi *suprà*, v° *Absence*, n. 138.

5° De l'interdiction, de la déconfiture, de la faillite ou de la liquidation judiciaire de l'un des associés.

795. — La société se dissout encore par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés (C. civ., art. 1865-4°). Cette liste comporte une double observation.

796. — La mort civile étant abolie en France depuis la loi du 31 mai 1854, il ne peut plus être question de dissolution de la société par l'effet de la mort civile. Mais, en fait, la plupart des condamnations qui jadis emportaient mort civile n'en auront pas moins pour conséquence la dissolution de la société; car ces condamnations emportent interdiction légale, or l'interdiction est une cause de dissolution.

797. — L'art. 1865 ne mentionne que la *déconfiture :* or, pour les raisons décisives que nous allons faire connaître, on s'accorde à reconnaître que la faillite ou la liquidation judiciaire de l'associé ont le même effet dissolutif. Mais il en serait différemment de la faillite ou de la dissolution judiciaire de la société. — V. *infrà*, n. 821 et s., 846.

798. — I. *Dissolution par suite de l'interdiction de l'un des associés.* — La dissolution de la société par suite de l'interdiction judiciaire de l'un des associés est la conséquence logique

de l'incapacité générale découlant du jugement d'interdiction. A partir de ce jugement, l'interdit ne figure plus en personne dans les actes juridiques, il est représenté par son tuteur : or les coassociés de l'interdit n'ont pu faire crédit à ce tuteur, qu'ils ne connaissent point. A cette considération, vient s'en ajouter une autre, pour les sociétés commerciales : c'est que l'on ne peut faire le commerce par mandataire. — Pont, t. 1, n. 721 ; Laurent, t. 20, n. 384 ; Guillouard, n. 311 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 414 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 218; Thaller, p. 213; Houpin, t. 1, n. 143.

799. — Ces considérations limitent la portée du principe. En ce qui concerne les sociétés commerciales, la dissolution par l'effet de l'interdiction de l'associé (et cette observation serait également juste pour la déconfiture, la faillite, etc.) se produira dans les sociétés en nom collectif, dans les sociétés en commandite si l'interdiction atteint le ou les commandités, voire même les commanditaires dans le cas où la part de commandite ne serait pas cessible à leur gré, car dans ces différents cas il y a *intuitus personæ*. Cette cause de dissolution, au contraire, ne saurait être invoquée dans les sociétés anonymes, ni dans les sociétés en commandite par actions, au regard des actionnaires.

800. — L'interdiction est, à l'inverse, sauf convention dérogatoire, une cause d'extinction de toutes les sociétés civiles, lesquelles supposent presque toujours, plus ou moins, un certain *intuitus personæ*. La question est cependant controversée pour les sociétés minières, pour des motifs déjà exposés précédemment. — V. dans le sens de la dissolution, Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 419. — *Contrà*. Cass., 7 juin 1830, Malmazet et consorts, [S. et P. chr.] — Guillouard, n. 372 ; Laurent, t. 26, n. 430; Delecroix, *Des sociétés minières*, n. 159 et s.; Féraud-Giraud, *Code des mines*, t. 1, n. 231. — V. *supra*, n. 684, et v° *Mines, minières et carrières*, n. 2126 et s.

801. — On est, en général, d'accord pour reconnaître que l'art. 1865-4° comprend dans ses prévisions aussi bien l'interdit judiciaire que l'interdit légal. — Pont, t. 1, n. 722; Duvergier, t. 20, n. 443; Guillouard, n. 312; Aubry et Rau, t. 4, p. 570, § 384; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 414; Houpin, t. 1, n. 143; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 320. — En effet, d'une part, l'art. 1865 parle de l'interdiction en général, formule large qui englobe indifféremment l'interdiction judiciaire des aliénés et l'interdiction légale consécutive à certaines condamnations criminelles. D'autre part, nous trouvons dans les deux cas même raison de décider : à savoir l'effacement de l'interdit, remplacé dans tous les actes juridiques par un représentant légal auquel les coassociés n'ont pas entendu faire confiance.

802. — La question de savoir si la dation à l'un des associés d'un *conseil judiciaire* pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit entraîne aussi dissolution est, au contraire, très-controversée. On soutient, dans une opinion, que la dation d'un conseil judiciaire à l'un des associés dissout les sociétés civiles et aussi les sociétés commerciales dans lesquelles la qualité des personnes joue un rôle prépondérant.

803. — Mais on admet, dans un système contraire qui a prévalu en jurisprudenne et nous paraît meilleur, que le jugement qui a donné un conseil judiciaire à un associé n'a pas pour effet d'empêcher, soit la continuation de la société pendant la durée qui lui avait été assignée, soit son renouvellement, si cet acte de renouvellement a été passé avec l'assistance du conseil judiciaire. — Cass., 28 mars 1892, Morel et Allègre, [S. et P. 93.1.461, D. 92.1.265] — *Sic*, Laurent, t. 26, n. 385; Guillouard, n. 313; Pont, t. 1, n. 723; Aubry et Rau, t. 4, p. 570, § 384, note 9; Alauzet, t. 2, n. 485; Paris, *Le droit commercial français*, n. 889 et 924; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 415; Houpin, t. 1, n. 144. — V. *suprà*, v° *Conseil judiciaire*, n. 297.

804. — Jugé, en ce sens, que lorsque les juges du fait, interprétant les conventions intervenues entre un père et ses enfants, et par lesquelles, après le décès de la mère, ils ont laissé en commun les biens maternels et les biens de communauté affectés à une exploitation industrielle, sous la gérance du père, les qualifient de société, et déduisent de l'ensemble des clauses que, dans l'intention des parties, la valeur déterminée, attribuée aux droits successifs laissés en commun par chacun des enfants de la mère décédée, limite au même chiffre le risque de perte auquel ils doivent être exposés par le résultat des affaires sociales, il s'ensuit que ces héritiers sont de simples commanditaires, rôle compatible avec la situation légale de l'un des héritiers, pourvu d'un conseil judiciaire. — Cass., 28 mars 1892, Morel et Allègre, [S. et P. 93.1.461, D. 92.1.265]

805. — Au surplus, si la dation d'un conseil judiciaire ne peut avoir pour effet d'entraîner de plein droit dissolution de la société dont le prodigue faisait partie, elle peut, suivant les circonstances, être la cause d'une demande en dissolution judiciaire (C. civ., art. 1871). — Guillouard, n. 313 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 415 ; Houpin, t. 1, n. 144.

806. — *Quid*, de l'individu non interdit placé dans un *établissement d'aliénés?* La plupart des auteurs, arguant du silence du texte, estiment que la circonstance qu'une personne non interdite a été placée dans une maison d'aliénés en vertu de la loi du 30 juin 1838 n'a pas pour effet nécessaire d'entraîner la dissolution de la société dont la personne internée faisait partie. — Guillouard, n. 313 ; Laurent, t. 26, n. 384 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 416 ; Houpin, t. 1, n. 145.

807. — M. Thaller (p. 213) estime au contraire que cet aliéné doit être assimilé à un interdit. Il y a, en effet, entre l'un et l'autre une très-grande analogie de situation ; la personne visée par la loi de 1838 est, comme l'interdit, et tant que l'internement dure, frappée d'incapacité générale, et représentée par un administrateur. Il y a donc même raison de décider dans les deux hypothèses.

808. — En tout cas, et à supposer que le placement d'un associé dans un asile d'aliénés n'ait jamais pour effet d'entraîner de plein droit la dissolution de la société, il peut autoriser les coassociés de l'aliéné à demander la dissolution judiciaire. — Guillouard, n. 313 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 416 ; Houpin, t. 1, n. 145.

809. — Il est hors de doute, au contraire, que la dissolution d'une société a lieu de plein droit quand elle a pour cause l'interdiction de l'un des associés. Et à cet égard, il n'y a pas à distinguer, ainsi que nous l'avons dit, entre l'interdiction légale, suite d'un crime ou d'un délit, et l'interdiction judiciaire causée par une maladie mentale. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, t. 1, n. 403; Pont, t. 1, n. 724; Guillouard, n. 314; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 417; Houpin, t. 1, n. 143. — Cette cause de dissolution peut donc être invoquée aussi bien par les représentants de l'interdit lui-même que par les associés de l'interdit. — Mêmes auteurs.

810. — La cause de dissolution que nous étudions procède d'une interprétation de volonté présumée. Aussi convient-il d'admettre que, nonobstant les termes de l'art. 1865-4°, les associés peuvent convenir que la société continuera entre les associés même si l'un d'eux vient à être interdit. — Mêmes auteurs.

811. — Mais, si les associés peuvent stipuler que la société continuera malgré l'interdiction d'un des associés, cette clause ne serait pas comprise de droit dans la convention que la société continuera en cas de mort avec les héritiers du prédécédé. — Duvergier, t. 20, n. 439.

812. — II. *Dissolution par suite de la déconfiture de l'un des associés.* — La déconfiture de l'un des associés emporte par elle-même la dissolution de la société. — Cass., 4 août 1880, Mallet, [S. 81.1.56, P. 81.1.125, D. 81.1.454] — *Sic*, Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 9; Duranton, t. 17, n. 474; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, p. 449, § 720; Aubry et Rau, t. 4, p. 570, § 384; Laurent, t. 26, n. 362, 386 et 387; Pont, t. 1, n. 726; Guillouard, n. 315 et 319.

813. — La législation romaine admettait déjà cette cause de dissolution. La société y était dissoute toutes les fois qu'un associé tombait dans la misère (L. 4, § 1, D. *Pro socio*, 17, 2), et notamment lorsque son patrimoine faisait l'objet d'une *bonorum venditio* ou d'une *bonorum distractio* (L. 65, § 1, D. *Pro socio*, 17, 2).

814. — Nos anciens auteurs admettaient aussi cette cause de dissolution. Ainsi Domat écrivait à ce sujet : « Si un des associés est réduit à un tel état qu'il ne puisse contribuer dans la société, ce qu'il devait fournir, soit de son argent..., les autres associés pourront l'exclure de la société, comme si ses biens sont saisis, s'il les a abandonnés à ses créanciers... On n'a pas mis dans cet article ce qui est dit dans les textes qu'on y a rapportés, que la société est rompue par la pauvreté et par le désordre des affaires de l'un des associés. Car notre usage n'anéantit pas ainsi les conventions sans le fait des parties, et, tandis que les associés souffrent dans leur société celui dont les biens seraient saisis et même vendus, il ne laisse pas d'être considéré comme associé, et d'avoir part aux profits jusqu'à ce qu'on l'exclue... »

(Liv. 1, tit. 8, sect. 5, § 12). — V. Pothier, n. 148; Despeisses, *Des contrats*, tit. 3, sect. 3, n. 9.

815. — Guillouard (n. 315) a conclu de la citation précédente que, dans l'opinion de Domat, la ruine des associés ne rompait pas la société de plein droit, mais permettait seulement aux autres associés de demander la dissolution. MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 421, note 6) estiment au contraire que, puisque Domat a dit que, les conventions ne pouvant être anéanties sans le fait des parties, l'ancien associé reste associé tant que les autres associés l'admettent dans la société, il ne résulte pas de là que dans l'opinion de Domat, les coassociés puissent seulement demander la dissolution; tout ce que dit le jurisconsulte, c'est qu'il dépend des intéressés de ne pas se prévaloir de la dissolution. — V. encore Pothier, n. 148.

816. — L'art. 1865, C. civ., ayant placé la déconfiture sur la même ligne que la mort ou l'interdiction de l'un des associés, il faut en conclure que, basée sur une nouvelle cause, la dissolution aura lieu de plein droit (Guillouard, n. 315). Cette cause de dissolution pourra donc être invoquée aussi bien par l'associé en déconfiture que par les autres associés. — Guillouard, *loc. cit.*

817. — Mais le principe de la dissolution *ipso jure* de la société par l'effet de la *déconfiture* d'un associé est plus théorique que pratique. Il faut, en effet, remarquer que, à la différence des premières causes prévues par l'art. 1865, C. civ. (et notamment la mort et l'interdiction), la constatation de la déconfiture sera toujours assez difficile. Aussi la dissolution interviendra-t-elle, presque toujours, consécutivement à un jugement proclamant le fait de la déconfiture. Il en sera ainsi, du moins, toutes les fois que l'existence en sera contestée. — Laurent, t. 26, n. 387; Guillouard, n. 315; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 421; Houpin, t. 1, n. 146. — V. *suprà*, v° *Déconfiture*.

818. — C'est aux juges du fond qu'il appartient d'ailleurs de fixer souverainement, en cas de contestation, la date de la dissolution. Leur décision sur ce point échappe au contrôle de la Cour suprême. — Cass., 16 mars 1891, Mer, [S. et P. 92.1.10]

819. — Il convient de signaler, à propos de la déconfiture, que la saisie et la vente d'une partie du patrimoine ne sont pas la déconfiture, bien qu'elles puissent parfois en être le signe extérieur. La saisie et la vente de la part sociale de l'un des associés ne sauraient donc lui être assimilées. Le Code civil espagnol de 1889 (art. 1700) a cependant admis cette assimilation. — Guillouard, n. 320; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 422.

820. — Il est loisible aux associés de convenir que la société continuera d'exister malgré la déconfiture de l'un d'entre eux. — V. *suprà*, v° *Déconfiture*, n. 64 et 65.

821. — III. *Dissolution par suite de la faillite ou de la liquidation judiciaire de l'un des associés.* — Aux termes de l'art. 1865, C. civ., la société finit par la *déconfiture* de l'un des associés. La *faillite* n'est pas visée *in terminis*. On s'accorde cependant à reconnaître que ce que l'art. 1865 dit de la déconfiture de l'un des associés, il faut l'étendre à la *faillite* de l'un des associés. Il y a de cela plusieurs motifs décisifs. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 739.

822. — Le premier est tiré des travaux préparatoires; dans l'exposé des motifs de l'art. 1865, présenté au Corps législatif dans la séance du 10 vent. an XII, Treilhard s'exprimait ainsi : « La faillite de l'un des associés opère aussi la dissolution de la société » (Locré, *Législ. civ. comm.*, etc., t. 14, p. 527). Dans l'esprit de l'orateur, la faillite devait donc bien être considérée, au point de vue de l'application de l'art. 1865, comme l'équivalent de la déconfiture.

823. — On s'explique d'ailleurs que l'on n'ait pas fait figurer la faillite à côté de la déconfiture dans l'art. 1865, si l'on observe que l'art. 1865 a eu plutôt en vue les modes de dissolution des sociétés civiles, dans lesquelles, le plus ordinairement, les associés ne sont pas commerçants et ne peuvent dès lors être déclarés en faillite.

824. — Enfin, la faillite est la déconfiture du commerçant, attestée par la cessation de paiements; la cessation de paiements n'est pas toujours, à la vérité, la preuve de l'insolvabilité irrémédiable du failli, mais elle établit au moins son insolvabilité actuelle, ce qui suffit pour que l'état de faillite puisse et doive être assimilé à l'état de déconfiture. De plus, elle met l'associé failli, en thèse générale tout au moins, dans l'impossibilité juridique de tenir ses engagements envers ses coassociés, engagements dont l'exécution peut être présumée indispensable à la marche de l'entreprise. — Ajoutons que la faillite, judiciairement constatée par une décision du tribunal de commerce, peut, bien plus aisément que la déconfiture, servir de point de départ à une liquidation. C'est par *a fortiori* qu'il convient donc d'argumenter de la déconfiture à la faillite.

825. — Pour ces différents motifs, on s'accorde à admettre que la faillite de l'un des associés entraîne, comme sa déconfiture, dissolution de la société. — V. en ce sens, Cass., 7 déc. 1858, Giraud, [S. 59.1.619, P. 59.1051, D. 59.1.135]; — 4 août 1880, Mallet, [S. 81.1.56, P. 81.1.125, D. 81.1.454] — Paris, 5 janv. 1853, Vallade et Addes, [S. 54.2.341, P. 53.1.684, D. 54.5.708] — Lyon, 3 juill. 1862 (motifs), Perrat, [S. 63.2.139, P. 64.505, D. 63.2.95] — Poitiers, 26 déc. 1892, Bernis, [S. et P. 94.2.297, D. 94.2.73] — Boileux, t. 6, sur l'art. 1865, p. 344; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 795; Vigié, t. 3, n. 1016; Thiry, t. 4, n. 148, p. 140; Pardessus, t. 3, n. 1066; Alauzet, t. 2, n. 483; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 411; Rivière, *Rép. écr. sur le C. comm.*, p. 157, 158; Boistel, n. 374; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 323; Troplong, t. 2, n. 905; Duvergier, t. 20, n. 444; Delangle, t. 2, n. 659; Rousseau, t. 1, n. 569; Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, t. 1, n. 230; Guillouard, n. 316; Bédarride, t. 1, n. 66; Persil, *Des soc. commerciales*, p. 348 et s.; Malepeyre et Jourdain, *Tr. des soc. comm.*, p. 303; Deloison, *Tr. des soc. comm.*, t. 1, n. 91; Frémont et Camberlin, *Code prat. des liquid. et faillites*, t. 1, n. 465; Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dict. du content. comm.*, v° *Société*, n. 487; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, t. 6, v° *Soc. en nom collectif*, n. 485; Aubry et Rau, t. 4, p. 567, § 384; Laurent, t. 26, n. 388; Pic, *Faill. des sociétés*, p. 74.

826. — La cause de dissolution résultant de la déconfiture ou de la faillite a la même portée d'application que celle découlant de l'interdiction. Il faut donc, en principe, la tenir pour applicable à toute société civile, quelle qu'en soit la nature, aussi bien à celle qui n'a été contractée qu'en vue des choses seulement qu'à celle qui l'a été en vue des personnes. — Paris, 5 janv. 1853, précité. — Laurent, t. 26, n. 708; Guillouard, n. 318; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 425. — Pour les sociétés commerciales, V. les distinctions proposées *suprà*, n. 676, 677, 799, d'après le caractère personnel ou impersonnel des parts d'associé.

827. — Nous retrouvons toutefois ici la controverse classique, déjà signalée plus haut (n. 684, 685, 800), relativement aux sociétés de mines; certains auteurs ou arrêts s'appuient sur la loi de 1810 et sur le caractère de la concession pour écarter ici les causes de dissolution résultant de l'*intuitus personæ*. — Laurent, t. 26, n. 430; Guillouard, n. 372; Delecroix, *Des sociétés de mines*, n. 159 et s.; Féraud-Giraud, *Code des mines*, t. 1, n. 231. — V. aussi Cass., 7 mars 1830, Malmazet et consorts, [S. et P. chr.] — D'autres se refusent, au contraire, à admettre une exception qui, selon nous, ne ressort ni du texte, ni de l'esprit de l'art. 1865, C. civ. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 425. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 2126 et s.

828. — La mise en *liquidation judiciaire* d'un associé, prononcée en exécution de la loi du 4 mars 1889, a aussi pour effet, d'après l'opinion générale, d'entraîner la dissolution de la société. Il convient, à ce point de vue, de l'assimiler à la faillite. « L'une comme l'autre suppose la cessation des paiements, et implique, par suite, que l'associé est hors d'état d'exécuter ses obligations envers ses coassociés. Sans doute, le commerçant mis en liquidation judiciaire, n'étant pas dessaisi, n'encourt pas l'incapacité qui atteint le failli, mais on ne peut pourtant pas dire que sa capacité demeure intacte. Ces considérations sont décisives pour faire admettre que le jugement de liquidation judiciaire d'un associé entraîne la dissolution de la société comme le jugement déclaratif de faillite. Mais on ne saurait se fonder, ainsi qu'on pourrait être tenté de le faire, sur l'art. 24, L. 4 mars 1889. Cet article déclare applicables, en cas de liquidation judiciaire, non pas toutes les dispositions légales relatives à la faillite et non modifiées par la loi nouvelle, mais les dispositions du Code de commerce. Or, ce n'est pas dans le Code de commerce, c'est dans le Code civil que se trouvent les dispositions déterminant les causes de dissolution des sociétés ». — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 324. — *Adde*, Poitiers, 26 déc. 1892, précité. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 424; Houpin, t. 1, n. 148; Frémont et Camberlin, *C. prat. des liquid. et faill.*, t. 1, n. 465 et s.; Thaller, p. 213.

829. — Nous avons établi *suprà*, n. 816 et s., que la déconfiture de l'un des associés entraînait *de plein droit*, pourvu qu'elle fût non contestée, la dissolution de la société. Il semble,

dès lors, que l'on ne puisse raisonnablement refuser le même effet absolu à la faillite ou à la mise en liquidation judiciaire de l'un des associés. On l'a nié cependant, en se fondant sur ce que, à la différence de la mort, qui entraîne *ipso jure* dissolution de la société dont faisait partie le défunt, la faillite n'est pas un événement à la fois naturel et nécessaire; qu'elle est le fait de celui qui s'en trouve frappé, et ne peut être pour lui ni pour ses représentants le moyen de se dégager de ses obligations, d'où la conséquence que le failli ou ses représentants ne peuvent se prévaloir de l'état de faillite pour faire prononcer la dissolution de la société; ce droit n'appartient qu'à ses coassociés, lesquels sont libres de ne pas mettre fin à la société et de la continuer, s'ils y trouvent intérêt. — V. Deloison, t. 1, n. 91, *in fine*. — V. aussi Troplong, t. 2, n. 906; Vavasseur, t. 1, n. 231; Persil, *Tr. des soc.*, p. 360; Malepeyre et Jourdain, *Tr. des soc. comm*, p. 298.

830. — Mais à cela on peut répondre que la loi a divisé en deux classes les causes qui peuvent entraîner la dissolution des sociétés avant l'expiration du terme fixé pour leur durée; d'une part, celles qui, de plein droit, anéantissent le contrat; d'autre part, celles qui exigent une manifestation de volonté de la part des parties. Les premières sont énumérées par l'art. 1865, C. civ. Parmi elles, figurent la mort d'un associé et la déconfiture, à laquelle, nous l'avons vu, il faut assimiler la faillite. Or, il n'est pas douteux que la mort d'un associé opère de plein droit la dissolution de la société; il en doit être de même de toutes les causes de dissolution énumérées par l'art. 1865, et, par conséquent, de la déconfiture ou de la faillite. On objecte que la faillite n'est pas, comme la mort, un événement tout à la fois nécessaire et naturel. Qu'importe, si la loi a entendu leur attribuer les mêmes effets, et l'art. 1865, en disposant que la société finit par la mort naturelle de l'un des associés, par la déconfiture de l'un d'eux (ou par sa faillite), a évidemment voulu que l'un ou l'autre de ces événements eût des effets identiques. Au surplus, l'on concevrait difficilement que la faillite, étant *judiciairement constatée*, n'opérât pas de plein droit, alors que l'on reconnaît, sous les réserves de fait indiquées plus haut (n. 817 et s.), cet effet à la déconfiture, dont aucun texte n'a organisé la procédure, ni même déterminé le mode de constatation.

831. — La jurisprudence et la grande majorité des auteurs se prononcent dans ce dernier sens, et décident que la faillite d'un associé — et la même solution doit être appliquée à la liquidation judiciaire — opère de plein droit dissolution de la société. — V. en ce sens, Cass., 7 déc. 1858 (motifs), précité; — 4 août 1880, précité. — Paris, 5 janv. 1853, précité. — Lyon, 3 juill. 1862 (motifs), précité. — Aubry et Rau, t. 4, p. 567, § 384, texte et note 1, et p. 570, § 384, texte et note 11; Laurent, t. 26, n. 388 et s.; Alauzet, t. 2, n. 483, p. 175; Boistel, n. 374; Pont, t. 1, n. 728 et s.; Delangle, t. 2, n. 661; Rousseau, t. 2, n. 573; Guillouard, n. 317 et 319; Bédarride, t. 1, n. 66 *bis;* Devilleneuve, Massé et Dutruc, v° *Société*, n. 489; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 487. — V. encore Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 427.

832. — Cette dissolution est opérée de plein droit par le seul fait du jugement qui déclare la faillite. Elle est, d'ailleurs, établie *ergà omnes*. — Guillouard, n. 317; Houpin, t. 1, n. 147.

833. — De ce que la faillite, de même que l'interdiction et la déconfiture, entraîne la dissolution de plein droit de la société, il faut conclure que les tribunaux peuvent constater cette dissolution non seulement sur la demande des associés de celui qui est tombé en déconfiture ou en faillite, mais encore sur la demande de l'associé lui-même ou de ses ayants-cause : par exemple, les créanciers de la faillite. Toute personne intéressée peut donc, dans ce cas encore, se prévaloir de la dissolution qui est encourue par le seul effet de la loi. — Pont, n. 729; Laurent, t. 26, n. 390; Guillouard, n. 319; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 427.

834. — D'après M. Guillouard, « l'une des conséquences de cette solution est que l'adjudicataire ou le cessionnaire de la part de l'un des associés, a le droit de demander la dissolution de la société, si son cédant est en déconfiture ou en faillite. » — Guillouard, n. 319; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 428.

835. — De ce que la dissolution de la société s'opère de plein droit par la faillite de l'un des associés, il faut encore conclure que l'obtention d'un concordat par l'associé failli ne ferait pas revivre la société, bien que la dissolution n'en eût pas été formellement prononcée avant le concordat. — Paris, 5 janv. 1853, précité. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 567, 570; Laurent, t. 26, n. 388 et s.; Alauzet, t. 2, n. 483; Boistel, n. 374; Pont, t. 1, n. 728 et s.; Delangle, t. 2, n. 661; Rousseau, *Soc. comm.*, t. 2, n. 573; Guillouard, n. 317 et 319; Bédarride, *Sociétés*, t. 1, n. 66 *bis;* Devilleneuve, Massé et Dutruc, v° *Société*, n. 489; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 487; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 795. — *Contrà*, Pardessus, *Dr. comm.*, t. 4, n. 1066; Deloison, *Soc. comm.*, t. 1, n. 91, *in fine*. — V. aussi Troplong, t. 2, n. 906; Vavasseur, t. 1, n. 231; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 432; Houpin, t. 1, n. 147.

836. — La faillite de l'un des associés emportant par elle-même la dissolution de la société, l'effet de commerce expédié à la société, dans l'ignorance où était l'expéditeur de la dissolution de cette société, n'a pu être transmis à celle-ci, et est resté la propriété de l'expéditeur. — Cass., 4 août 1880, Mallet, [S. 81.1.56, P. 81.1.125, D. 81.1.454]

837. — Mais de ce que la faillite d'un associé, d'après l'opinion la plus généralement admise, entraîne de plein droit dissolution de la société, il ne faut pas conclure qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, à laquelle les parties ne pourraient déroger. On admet au contraire que la disposition de l'art. 1865, C. civ., portant que la société prend fin par la déconfiture (ou la faillite) d'un associé, n'est pas d'ordre public, et que, par suite, les associés peuvent valablement convenir que la société continuera malgré la faillite de l'un d'eux. — Cass., 7 déc. 1858, Giraud, [S. 59.1.619, P. 59.1051, D. 59.1.135]; — 18 janv. 1881, Revert, [S. 83.1.398, P. 83.1.1017, D. 81.1.244]; — 10 mars 1885, Lherbet, [S. 86.1.410, P. 86.1.1008, D. 85.1.441] — Orléans, 29 août 1844, Boissière, [S. 54.2.341, *ad notam*, P. 44.2.417] — Paris, 5 janv. 1853, Vallade, [S. 54.2.341, P. 53.1.684, D. 54.5.708] — Grenoble, 1er mai 1894, Bonneton, [S. et P. 94.2.277, D. 95.2.221] — Boileux, t. 6, p. 344, sur l'art. 1865; Laurent, t. 26, n. 391; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 415; Boistel, n. 374; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 334; Guillouard, n. 318; Malepeyre et Jourdain, p. 303; Rousseau, t. 1, n. 571; Frémont et Camberlin, t. 1, n. 467. — V. encore, Alauzet, t. 2, n. 483, *in fine;* Pont, t. 1, n. 699, et t. 2, n. 1908; Vavasseur, t. 1, n. 231; Devilleneuve, Massé et Dutruc, v° *Société*, n. 490; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 489; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 570.

838. — Il n'est pas d'ailleurs nécessaire, pour que la société puisse continuer après la faillite de l'un des associés, d'une clause expresse; il suffit que l'intention des parties se révèle sans ambiguïté. — Cass., 18 janv. 1881, précité. — Orléans, 29 août 1844, précité. — Grenoble, 1er mai 1894, précité. — V. en ce sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 430. — Il appartient donc aux juges de rechercher dans les faits de la cause la preuve du consentement des associés à rester en société, malgré la faillite de l'un d'eux. — Mêmes arrêts.

839. — Qu'une pareille convention puisse intervenir entre les associés tant que la cause de dissolution ne s'est pas produite, cela ne peut faire doute pour personne; mais, après que la faillite ou la liquidation judiciaire de l'un d'eux a été déclarée, les associés pourraient-ils continuer la société préexistante, sans être obligés de constituer une société nouvelle? La question est délicate. Si la faillite ou la liquidation judiciaire opère de plein droit dissolution de la société, il semble que, comme conséquence nécessaire, le pacte social est rompu, et ne peut revivre que par la constitution d'une société nouvelle.

840. — Jugé, en ce sens, que si les parties peuvent valablement, soit dans l'acte de société, soit à une époque ultérieure, pourvu qu'elles soient alors maîtresses de leurs droits, stipuler que la faillite de l'une d'elles (ou sa mise en liquidation judiciaire) ne mettrait pas fin à la société, la convention par laquelle les associés, postérieurement à la mise en liquidation judiciaire de l'un d'eux, auraient stipulé que la société continuerait entre eux, est inopérante. — Poitiers, 26 déc. 1892, Bernis, [S. et P. 94.2.297, D. 94.2.73] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 729; Houpin, t. 1, n. 147.

841. — ... Alors surtout que l'associé en état de liquidation judiciaire a passé cette convention sans l'assistance de son liquidateur, ni l'autorisation du juge-commissaire. — Même arrêt.

842. — MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 429) vont même plus loin dans cette voie restrictive. En effet, tout en admettant que les parties peuvent convenir qu'en cas de faillite ou de déconfiture de l'une d'elles, la société continuera entre les autres, ils considèrent, tout d'abord, que la convention portant que la société *continuera* malgré la faillite ou la déconfiture d'un associé ne peut intervenir après que cet événement s'est produit. Si une

pareille convention intervenait après l'un ou l'autre de ces événements, elle équivaudrait à une société nouvelle. — Ces mêmes auteurs ajoutent que si les parties peuvent stipuler qu'en cas de déconfiture ou de faillite de l'une d'elles, la société continuera entre les autres, elles ne peuvent convenir, au contraire, que la société se continuera avec l'associé même qui serait en état de faillite ou de déconfiture. — Sur l'impossibilité pour les faillis de contracter, après la faillite, des engagements opposables à la masse, et sur les tempéraments de droit ou d'équité que comporte ce principe, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 617 et s.

843. — A l'inverse, des auteurs parmi ceux qui reconnaissent à la faillite, ou à la liquidation judiciaire, l'effet de dissoudre de plein droit la société, décident que les coassociés du failli (ou du commerçant mis en liquidation judiciaire) peuvent valablement continuer la société entre eux, sans avoir besoin de constituer une société nouvelle. — Jugé, en ce sens, que dans le cas où il est survenu un fait de nature à entraîner la dissolution de la société, tel que la faillite ou le décès d'un associé, les associés majeurs et maîtres de leurs droits conservent la faculté de consentir à la continuation de la société. — Cass., 7 déc. 1858, Giraud, [S. 59.1.619, P. 59.1051, D. 59.1.135] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 66 *ter;* Vavasseur, t. 1, n. 231. — Et ce consentement peut s'induire de ce que, depuis la cause de dissolution, les associés ont continué à percevoir leur part de bénéfices annuels dans la société dont le fonctionnement n'a pas été interrompu. — Même arrêt.

844. — Il y aurait également lieu de sous-entendre une convention de ce genre dans le cas où la société, déclarée en faillite elle-même postérieurement à la faillite de l'associé, solliciterait un concordat; il n'y aura dissolution, en pareil cas, que si le concordat est rejeté par les créanciers ou le tribunal. — Pic, *op. cit.*, p. 75, note 1.

845. — La solution précédente est facile à justifier au point de vue économique, puisqu'elle permet d'échapper à une liquidation brusque, peut être désastreuse; mais elle se heurte, en l'absence des textes, à des objections juridiques sérieuses. Aussi est-il permis d'émettre le vœu que, lors de la prochaine révision de la loi des faillites, ou des sociétés, le législateur français s'inspire de l'art. 128 du Code des faillites allemandes, ainsi conçue : « Les coassociés ont le droit de réclamer du tribunal, en présence des créanciers de l'un d'entre eux réclamant la dissolution, l'exclusion de la société de l'associé poursuivi pour dettes impayées; le consentement unanime de tous les coassociés non débiteurs est d'ailleurs requis, mais la dissolution s'impose. Le tribunal, en prononçant l'exclusion, détermine par une expertise la part revenant à l'associé exclu, et la société subsiste avec les autres ».

846. — Nous venons d'établir que, sauf convention contraire, la faillite ou la liquidation judiciaire de l'un des associés en nom entraînait la dissolution de la société. La réciproque est-elle exacte, et faut-il décider que la faillite ou la liquidation judiciaire de la société elle-même entraîne la dissolution de celle-ci? Nous estimons, avec la jurisprudence et la majorité de la doctrine, qu'il n'en est rien, et que la faillite sociale n'emporte pas, de plein droit, dissolution de la société. Mais il nous suffit pour l'instant d'indiquer d'un mot la solution, l'étude de cette controverse se rattachant à la dissolution des sociétés commerciales. — V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*.

§ 2. *Des causes de dissolution des sociétés qui n'opèrent pas de plein droit.*

847. — Pour l'étude des cas dans lesquels la dissolution de la société n'a pas lieu de plein droit, une distinction est nécessaire, entre les sociétés dont la durée est illimitée et celles qui n'ont été contractées que pour un certain temps. Aux termes de l'art. 1869, C. civ., les sociétés dont la durée est illimitée peuvent être dissoutes par la seule volonté de l'un des associés. Aux termes de l'art. 1871, au contraire, la dissolution des sociétés à terme doit être demandée à la justice et elle ne peut être demandée que pour de justes motifs. Nous allons donc étudier ces deux hypothèses successives.

1° *De la dissolution des sociétés à durée illimitée, ou dissolution volontaire.*

848. — Nous diviserons l'étude de la dissolution volontaire en trois points : 1° principe que la dissolution volontaire ne s'applique qu'aux sociétés à durée illimitée; 2° conditions auxquelles est subordonnée la dissolution volontaire des sociétés à durée illimitée; 3° convention portant que les associés renoncent à la faculté de demander à leur volonté la dissolution de la société.

849. — I. *La dissolution volontaire ne s'applique qu'aux sociétés à durée illimitée.* — Aux termes de l'art. 1869, C. civ., la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée. Telle était déjà la solution admise en droit romain (L. 4, § 1, D. *Pro socio*, 17, 2).

850. — Nous retrouvons la même distinction dans Pothier (n. 149) : « Il n'est pas douteux que la société peut se dissoudre par le consentement mutuel des associés. L'un d'eux peut-il la dissoudre par sa seule volonté en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus à l'avenir être en société? Il faut, à cet égard, distinguer les sociétés qui ont été contractées sans aucune limitation de temps, et celles qui l'ont été pour un certain temps limité. *A l'égard des premières,* un seul des associés peut dissoudre la société... » — V. aussi Domat, liv. 1, tit. 8, sect. 5, § 2.

851. — On remarquera, d'ailleurs, qu'il ne s'agit pas simplement, dans l'hypothèse que nous étudions, de la retraite volontaire d'un associé; retraite qui, dans les cas où elle est autorisée, n'amène pas avec elle la dissolution de la société (V. les développements donnés sur les sociétés à capital variable). Ce que la loi entend dire, dans l'art. 1869, ce n'est pas seulement qu'un associé pourra se retirer d'une société qui subsiste, c'est avant tout qu'un seul associé, par la manifestation de sa propre volonté, pourra exiger la dissolution d'une société à durée illimitée.

852. — S'il est admis qu'un associé ne peut, par l'expression de sa seule volonté, entraîner la dissolution que des sociétés à durée illimitée, on peut se demander quels sont les motifs de la distinction consacrée par le Code entre les sociétés à durée illimitée et les sociétés à terme? M. Guillouard estime que si la distinction existe, cela provient de ce que, en cas de discorde, celle-ci sera d'autant plus intolérable qu'elle sera plus prolongée (n. 323). MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl n'y voient, au contraire, qu'une simple application de la règle admise dans tous les contrats successifs, lorsque ceux-ci aboutiraient à un engagement perpétuel (n. 438). D'autres enfin, dont l'opinion, la plus juridique à notre sens, gagnerait à être formulée plus nettement, semblent y voir une application du principe de la liberté du travail, formulé dans un esprit analogue par l'art. 1780, C. civ. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 330; Houpin, t. 1, n. 149.

853. — Ces divergences sur la raison d'être de la règle légale expliquent les controverses qui se sont produites sur la définition de la société « à durée illimitée ». Pour certains auteurs, il faudrait assimiler aux sociétés dont la durée est limitée, et qui par suite ne peuvent être dissoutes par la renonciation d'un seul des associés, celles qui sont formées pour une opération déterminée, dont l'achèvement constitue un *terme incertain.* — Duvergier, t. 20, n. 453; Troplong, t. 2, n. 970; Duranton, t. 17, n. 476. — Et toute société *à terme fixe* échapperait, en principe, à l'application de l'art. 1869, quelque éloignée que soit la réalisation du terme. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 439.

854. — Ainsi, disent ces mêmes auteurs : « Une société contractée pour une durée *fixe* supérieure à la durée de la vie humaine n'est évidemment pas une société à durée illimitée », et ils admettent notamment qu'une société contractée pour une durée de quatre-vingt-dix neuf ans n'est pas à durée illimitée. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 440.

855. — De même, ajoutent-ils, si l'on admet qu'une société formée pour une durée *supérieure* à la vie humaine est une société *à terme*, soustraite à l'application de l'art. 1871, C. civ., le même qualificatif doit être appliqué par *a fortiori* à celle qui est contractée *pour toute l'existence de la société*, sans pouvoir d'ailleurs se prolonger au delà (Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 441). Nous rappelons ici, pour mémoire, qu'une société est dite contractée pour toute l'existence des associés quand elle a pour terme statutaire la survenance du décès de l'un des associés.

856. — Par contre, une société est à durée illimitée, dans le système de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, lorsque « le terme de son expiration est tellement éloigné et incertain qu'on ne puisse le prévoir ». « Ainsi, continuent ces auteurs (n. 442 et 443), une société fondée pour l'exploitation d'une mine est à

durée illimitée quoique toutes les mines soient destinées à s'épuiser ». — V. *suprà*, v° *Mines, minières, et carrières*, n. 2126 et s.

857. — Pour d'autres auteurs, à la thèse desquels nous nous rallions, la question ci-dessus doit être résolue suivant les règles ordinairement admises pour l'interprétation de l'art. 1780, C. civ., aux termes duquel « *on ne peut engager ses services qu'à temps...* ». Or, il est constant en jurisprudence que l'on doit tenir pour nuls, aux termes de cet article, « les contrats qui, bien que faits pour une durée déterminée, sont conclus pour un temps si long que, selon toute vraisemblance, le promettant aliénerait sa liberté sa vie durant ». — V. Pic, *Traité élém. de législ. industr.* (*Les lois ouvrières*), 2e éd., n. 277 et 1159, et *suprà*, v° *Louage d'ouvrage, de services et d'industrie*, n. 46 et s.

858. — Sans doute il n'y a pas similitude de situation entre le contrat de louage de services, spécialement visé par l'art. 1780, et le contrat de société, puisque le premier implique un lien de subordination entre le patron et l'employé ou l'ouvrier, tandis que la société est, au contraire, un contrat égalitaire au premier chef. Mais il n'y en a pas moins, dans le contrat de société, *interdépendance* plus ou moins étroite des associés les uns vis-à-vis des autres; et cette interdépendance même constituerait une atteinte grave à la liberté de chacun, si elle n'était tempérée par la faculté pour l'un quelconque des associés de donner congé aux autres. Au surplus, l'art. 1844, C. civ., en disposant que « s'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée *pour toute la vie* des associés », semble bien avoir entendu ranger cette dernière catégorie de sociétés dans la classe des sociétés *à durée illimitée*. — V. Thaller, p. 211.

859. — Une société sera donc à durée illimitée : 1° lorsque le contrat de société ne lui assignera aucun terme (Guillouard, n. 324; Houpin, t. 1, n. 149); 2° lorsqu'il assignera à la société un terme plus long que la vie humaine, ou qu'il lui donnera pour terme incertain, exprès ou implicite, le décès d'un des associés (Mêmes auteurs). — V. aussi Thaller, p. 211.

860. — Par contre, une société devra être considérée comme société à terme toutes les fois que sa durée sera limitée à un temps moins long que la vie des associés, et cette limitation pourra résulter, soit d'une clause formelle de l'acte de société, soit encore de la nature de l'opération en vue de laquelle la société aura été formée. — Guillouard, n. 324.

861. — Si l'on adopte le critérium précédent, il y aura donc lieu de considérer comme sociétés à durée illimitée : 1° La société contractée *à vie*, c'est-à-dire jusqu'à l'époque du premier décès survenu parmi les associés. Il est cependant évident qu'au sens rigoureux des termes, une telle société est une société à terme, bien que le terme soit incertain. Si on la classe parmi les sociétés à durée illimitée, cela tient uniquement à ce qu'un associé au moins est engagé pour toute sa vie et que sa liberté est entravée par un contrat d'association qui ne doit finir qu'avec lui. La loi lui permet donc de rompre son engagement lorsqu'il pense que « le lien du contrat est devenu intolérable ». — Guillouard, n. 324; Houpin, t. 1, n. 149; Vavasseur, t. 1, n. 235; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 330.

862. — ... 2° La société contractée pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans. Dans ce cas encore, il est impossible, au sens rigoureux de terme, de ne pas considérer la société comme une société à terme, puisqu'elle a, par le contrat, un terme absolument certain. Cependant, si on la considère comme société à durée illimitée, c'est parce que sa durée est plus longue que celle de la vie des associés. — Guillouard, n. 324.

863. — ... 3° La société contractée pous l'exploitation d'une mine. Dans ce cas encore, une terminologie rigoureuse pourrait considérer cette société comme étant à terme incertain. Seulement, comme la durée de la société est plus longue que celle de la vie des associés, « cela suffit, dit M. Guillouard (n. 324), pour que, dans la pensée de la loi, on doive considérer la durée de la société comme illimitée ». — V. Houpin, t. 1, n. 149; Aubry et Rau, t. 4, p. 570, § 384, texte et note 14. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 2126 et s.

864. — Il a été jugé, en ce sens, que la société formée pour toute la durée d'une exploitation dont le terme est indéfini et qui doit embrasser plusieurs siècles, est une société à durée illimitée dans le sens de l'art. 1869, C. civ. En conséquence, la dissolution ne peut être opérée à la volonté de l'un des associés. — Cass., 1er juin 1859, Garnier, [S. 61.1 113, et la note de M. Pont, P. 61.305, D. 59.1.244]

865. — Il en est ainsi, même au cas d'une société formée pour l'exploitation de concessions houillères, la loi du 21 avr. 1810 sur les mines n'apportant, sous ce rapport, aucune exception à la législation générale. — Même arrêt. — V. Guillouard, n. 373 et 364; Pont, t. 1, n. 738 et 739; Delecroix, n. 478 et s.; Féraud-Giraud, *Codes des mines*, t. 1, n. 231; Laurent, t. 26, n. 430 et 431; Aubry et Rau, t. 4, p. 570 et 571, § 384.

866. — La nature de la société est sans importance pour l'application de l'art. 1869. Jugé, en ce sens, que la règle de l'art. 1869, C. civ., suivant laquelle la dissolution d'une société à durée illimitée peut être demandée par l'un des associés, est applicable aux associations en participation et que, par suite, chacun des membres d'une association en participation a le droit de demander la dissolution de cette société toutes les fois que l'existence de celle-ci n'a pas été limitée. — Rennes, 4 janv. 1894, Du Bois Halbran, [D. 94.2.120] — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 444.

867. — Jugé, de même, que l'art. 1869, C. civ., est applicable aux sociétés de fait. — Paris, 19 janv. 1894, [*Gaz. Pal.*, 1894, table, 1er sem., v° *Sociétés commerciales*, n. 4]

868. — II. *Conditions auxquelles est subordonnée la dissolution volontaire des sociétés à durée illimitée.* — Pour que la volonté de l'un des associés puisse amener la dissolution de la société, il faut, d'après l'art. 1869, C. civ., que cette renonciation « soit de bonne foi et non faite à contre temps ». Il faut en outre, aux termes du même article, que la renonciation soit notifiée à tous les associés. Nous avons à étudier ces diverses conditions.

869. — Les lois romaines avaient déjà exigé les deux premières conditions. Elles décidaient, d'une part, que la renonciation faite *dolo malo* libérait bien les coassociés du renonçant vis-à-vis de lui, mais ne le libérait pas vis-à-vis de ses cocontractants, et, d'autre part, qu'une renonciation intempestive donnait ouverture à l'action *pro socio* (LL. 65, § 4, D., *Pro socio*, 17, 2; 14, D., *Pro socio*, 17, 2).

870. — L'ancien droit avait indiqué aussi la nécessité de ces deux conditions : « L'associé, écrivait déjà Domat (*Lois civiles*, liv. 1, tit. 8, sect. 5, § 2), peut renoncer à la société sans le consentement des autres; pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi qu'il y renonce, comme s'il quittait pour acheter seul ce que la société voulait acheter, ou pour faire quelque autre profit au préjudice des autres par sa rupture, ou qu'il ne quitte pas lorsqu'il y a quelque affaire commencée, et dans un contre-temps qui causât quelque perte ou quelque dommage ».

871. — La mauvaise foi ne se suppose pas; c'est l'associé contre lequel la demande en dissolution de la société est formée et qui soutient qu'elle est faite soit de mauvaise foi, soit à contre-temps, à prouver cette assertion. — Colmar, 14 juill. 1840, Baumann, [P. 40.2.464] — *Sic*, Duvergier, t. 20, n. 452 et s.

872. — La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée (C. civ., art. 1870).

873. — La renonciation ne sera pas de bonne foi lorsque l'associé se retirera de la société pour faire à son compte un marché que la société allait réaliser (L. 65, § 4, D., *Pro socio*, 17, 2). — Domat, *loc. cit.*; Guillouard, n. 328; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 449; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 329; Thaller, n. 338.

874. — De même, la renonciation ne sera pas de bonne foi si, dans une société universelle, un associé renonce à la société pour empêcher d'y faire tomber les fruits d'une succession qui va bientôt s'ouvrir à son profit (L. 65, § 3, D., *Pro socio*, 17, 2). — Pothier, n. 150; Guillouard, n. 328; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 449.

875. — La renonciation est faite à contre-temps lorsqu'elle intervient à un moment inopportun pour les intérêts de la société, c'est-à-dire (C. civ., art. 1870, al. 2) « lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importerait à la société que sa dissolution soit différée ».

876. — Ainsi, la doctrine enseigne que la renonciation serait faite à contre-temps si, au moment où l'un des associés demande la dissolution, la société avait intérêt à écouler de gros approvisionnements, ou encore si l'époque de la rononciation n'était pas favorable à la vente du patrimoine de la société, vente nécessitée par la dissolution (L. 65, § 3, D. *Pro socio*, 17, 2). — Pothier, n. 151;

Laurent, t. 26, n. 398; Guillouard, n. 329; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 450.

877. — Si la renonciation est faite de mauvaise foi ou à contre-temps, elle est nulle et ne peut produire aucun effet. — Guillouard, n. 330; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 454; Houpin, t. 1, n. 149. — Toutefois cette nullité n'est qu'une nullité relative; elle ne peut donc être invoquée que par les associés au préjudice desquels la dissolution a été demandée. — Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

878. — De ce que cette nullité n'est qu'une nullité relative, il faut encore conclure que l'associé qui a renoncé sera lié par sa renonciation toutes les fois que ses coassociés n'invoqueront pas la nullité de cette dernière. La société devra donc être dissoute, liquidée et partagée. — Guillouard, n. 330; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 454; Houpin, t. 1, n. 149.

879. — La volonté d'un associé doit, pour amener la dissolution de la société, être *notifiée* aux autres associés; la loi n'indiquant aucune forme particulière pour cette notification, il faut admettre que l'intéressé peut recourir à toute forme de notification qu'il lui plaît, sauf à lui de choisir une forme de notification qui contient en elle-même la preuve de son existence. — Duranton, t. 17, n. 477; Duvergier, t. 20, n. 459; Laurent, t. 26, n. 399; Guillouard, n. 331. — V. Pont, t. 1, n. 746.

880. — La notification peut être faite non seulement par exploit d'huissier, mais par lettre chargée, et même verbalement. — Guillouard, n. 331; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 452; Houpin, t. 1, n. 149.

881. — Jugé, de même, que l'acte extrajudiciaire par lequel l'associé somme son coassocié de comparaître en l'étude d'un notaire pour s'y entendre sur le mode de partage ou de licitation des immeubles de la société (dont la dissolution aurait été convenue d'un commun accord) équivaut à la renonciation prescrite par l'art. 1869, C. civ. D'ailleurs le but de cette notification est rempli par l'assignation en dissolution devant le tribunal de commerce. — Colmar, 14 juill. 1840, précité.

882. — Comment l'associé, auteur de la notification, prouvera-t-il que cette dernière a lieu? Pont (n. 746) enseigne que la preuve ne pourra être faite qu'au moyen d'un acte sous seing privé rédigé, conformément à l'art. 1325, C. civ., en autant d'originaux qu'il a de coassociés.

883. — Mais la majorité de la doctrine estime au contraire que la notification peut être prouvée par témoins, d'une part, quand il s'agit de moins de 150 fr., d'autre part, même au-dessus de cette somme, quand il y a un commencement de preuve par écrit. — Laurent, t. 26, n. 399; Guillouard, n. 331; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 453; Houpin, t. 1, n. 149.

884. — MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, d'après lesquels la notification est inutile dans le cas où la renonciation de l'associé a été connue de ses coassociés, sont même d'avis que le renonçant peut toujours, une fois sa renonciation démontrée, établir au moyen de témoignages que sa renonciation a été connue de ses coassociés. Cette connaissance est, en effet, un simple fait dont l'associé renonçant n'a pu se procurer une preuve par écrit (Arg., C. civ., art. 1348). — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 453.

885. — Dans le système de la majorité de la doctrine, la renonciation est nulle lorsque la volonté de faire dissoudre la société n'est notifiée qu'à certains seulement des coassociés. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 454 et 455.

886. — En tout cas, si une pareille notification entraîne nullité de la volonté de renoncer, cette nullité est simplement relative : le renonçant ne peut donc se prévaloir du vice de sa notification pour arrêter la dissolution qu'il avait désirée, et ses coassociés, s'ils le veulent, pourront exiger la suite de la dissolution. — Guillouard, n. 331, *in fine*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 454.

887. — D'autres auteurs admettent au contraire que si la volonté de l'une des parties n'a été notifiée qu'à certains des associés, la société continue d'exister à l'égard de tous. — Colmet de Santerre, t. 8, n. 63 *bis*; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 571, note 17; Duranton, t. 17, n. 477; Laurent, t. 26, n. 399.

888. — Il est, en tout cas, hors de doute que si la notification n'est pas adressée à tous les coassociés, les associés dûment avertis pourront se prévaloir, comme ceux qui ne le sont pas, de la nullité résultant de ce que tous les associés n'ont pas été avertis. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 455.

889. — Nous avons jusqu'à présent étudié la dissolution volontaire et nous avons vu à ce propos que, dans les sociétés à durée illimitée, un associé pouvait à lui seul et par la simple manifestation d'un acte de sa volonté, amener la dissolution, avec toutes ses conséquences, de la société dont il faisait partie. Il nous reste à rapprocher de la dissolution volontaire la renonciation qui est en usage dans les sociétés fromagères de l'Est de la France. Comme la coutume a donné à cette renonciation des conditions et des caractères spéciaux, nous allons résumer les unes et les autres en signalant la jurisprudence actuelle.

890. — Il a été jugé que dans les *sociétés fromagères*, chaque associé a le droit de se retirer avant le commencement de chaque « campagne » (1er avril); que cette renonciation peut être tacite et qu'elle résulte notamment de ce qu'un associé, au lieu de fabriquer son fromage au châlet commun, le vend à un tiers; que la société continue entre les associés restants (il n'y a donc pas, comme on le voit, dissolution complète avec extinction de la société); que les associés restants gardent seuls la jouissance du châlet et des ustensiles; et qu'il en est ainsi alors même que les associés renonçants formeraient la majorité. — Trib. civ. Pontarlier, 15 mai 1888, [*Gaz. Pal.*, 88.2, *Suppl.* 72] — V. *suprà*, v° *Association agricole*, n. 99 et s.

891. — III. *De la convention portant que les associés renoncent à la faculté de demander à leur volonté la dissolution de la société à durée illimitée.* — Les associés peuvent-ils renoncer au droit que la loi leur reconnaît de faire dissoudre, par le seul effet de leur volonté, la société dont la durée est illimitée? Un arrêt de la cour de Lyon, du 12 août 1828, résout cette question *affirmativement* dans ses motifs, et cela d'une manière *générale et absolue*. Cet arrêt juge en outre qu'il en est de même surtout lorsqu'il s'agit d'une société formée pour l'exploitation d'une mine, la loi du 21 avr. 1810, sur les concessions de mines, s'opposant à ce qu'une société à laquelle une mine a été concédée puisse être dissoute par la volonté d'un ou de plusieurs des sociétaires. — V. cet arrêt sous Cass., 7 juin 1830, Malmazet et consorts, [S. et P. chr.] — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 445; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 328. — On s'appuie dans ce système sur ce que l'art. 1869 ne formulerait qu'une règle interprétative de volonté.

892. — Mais cette affirmation nous semble difficilement acceptable, en présence de l'assimilation au moins partielle du cas de l'art. 1869 à celui de l'art. 1780. Il ne paraît pas possible de sous-entendre une convention de ce genre dans toute société minière, abstraction faite de la forme des titres.

893. — La véritable doctrine en la matière nous paraît avoir été exprimée en ces termes par Delangle (t. 2, n. 667) : « En permettant à chaque associé, dit cet auteur, quand il le jugerait à propos, d'abréger le cours des sociétés contractées sans limitation de temps, la loi a voulu empêcher que la vie d'hommes intelligents ne se consumât dans l'accomplissement de conventions qui, sans compensation suffisante, les condamneraient à de stériles occupations, sans cesse mêlées de querelles, qu'enfante la communauté d'intérêts. La loi n'a pas eu d'autre but. Or les inconvénients dont elle s'est préoccupée cessent-ils parce que, dans le pacte qui les lie, les parties auront déclaré qu'elles s'interdisent la faculté que le droit leur accorde? L'arrêt de Lyon (celui de 1828 précité) allègue que la règle posée dans l'art. 1869, C. civ., ne tient pas à des motifs d'intérêt et d'ordre publics; mais il n'en est pas autrement dans le cas prévu par l'art. 815, C. civ., et cependant aucune stipulation, si formelle qu'elle soit, ne peut obliger les copropriétaires à rester indéfiniment dans l'indivision. Il y a bien entre ces deux cas cette différence que, dans l'art. 815, la loi a formellement expliqué qu'elle ne tiendrait pas compte des renonciations faites par les communistes, et que rien de semblable n'est exprimé dans l'art. 1869, mais la pensée de la loi est la même dans les deux hypothèses; elle se détermine par la considération des embarras inhérents aux communautés qui ne cessent pas; et, à moins de rendre illusoire la seconde disposition, il faut y ajouter ce que contient la première : la nullité des renonciations faites dans l'acte même de société. La prévoyance de la loi serait bien vaine si on pouvait la paralyser par une clause de style ».

894. — Cette thèse a prévalu, et aujourd'hui la grande majorité de la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre que les parties ne peuvent renoncer purement et simplement au droit de se prévaloir des dispositions de l'art. 1869. — Troplong, t. 2, n. 973; Pont, t. 1, n. 742; Laurent, t. 26, n. 396; Guillouard

n. 332; Aubry et Rau, t. 4, p. 571, § 384; Houpin, t. 1, n. 149.

895. — Mais la faculté de dissolution, par l'expression unilatérale de la volonté de chaque associé, peut être remplacée par un équivalent. Aussi est-il admis, en jurisprudence, que dans une société dont la durée est illimitée, les parties contractantes peuvent renoncer au droit de demander la dissolution de la société et le partage du fonds social, à la condition de substituer à ce moyen légal d'autres moyens de s'affranchir de l'indivision et de se dégager des liens sociaux. Et l'on peut considérer comme atteignant ce but, la division du fonds social en *actions*, avec faculté pour chacun des associés de les céder ou vendre et de réaliser ainsi sa part de propriété. — Cass., 6 déc. 1843, Bosc, [S. 44.1.22, P. 44.1.5] — *Sic*, Troplong, t. 2, n. 971; Aubry et Rau, t. 4, p. 571, § 384; Pont, t. 1, n. 740 et s.; Guillouard, n. 353; Thaller, n. 338. — *Contrà*, Laurent, t. 26, n. 397.

896. — L'arrêt qui en présence de l'acte de société, et par interprétation de ses termes ainsi que de l'intention des parties, déclare qu'au moyen de la faculté réservée aux associés de vendre leurs actions, ceux-ci ont renoncé au droit de demander la dissolution, échappe, en ce qui concerne cette appréciation de fait, à la censure de la Cour de cassation. — Même arrêt.

897. — Mais si la renonciation, par les associés, à la faculté de demander à leur volonté la dissolution d'une société à durée illimitée, est valable lorsque l'acte social dans lequel elle est stipulée donne à chacun d'eux un autre moyen de s'affranchir des liens de l'association, par exemple en le laissant libre de céder sa part d'intérêts, elle est nulle, au contraire, et doit rester sans effet comme faite en violation de l'art. 1869, C. civ., quand les dispositions de l'acte de société ne fournissent pas les moyens suffisants de satisfaire au vœu de cet article.

898. — Il en est ainsi spécialement, quand, après avoir divisé le fonds social en actions cessibles, l'acte de société paralyse dans son exercice le droit d'aliénation, en disposant que les actions ne seront aliénables qu'avec l'agrément du conseil d'administration, et à la condition que la cession en sera préalablement offerte aux associés, soit individuellement, soit collectivement. — Cass., 1er juin 1859, Granier, [S. 61.1.113, P. 61.305, D. 59.1.244] — *Sic*, Pont, note sous cet arrêt, [S. 61.1.113] — Guillouard, n. 333.

2° De la dissolution des sociétés à terme, ou dissolution judiciaire pour justes motifs.

899. — D'après l'art. 1871, C. civ., la dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés, avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.

900. — L'étude de la dissolution judiciaire comporte l'examen des quatre questions suivantes : 1° la dissolution judiciaire ne s'applique-t-elle qu'aux sociétés à terme; 2° des faits qui peuvent motiver la dissolution judiciaire ; 3° des personnes qui peuvent demander la dissolution judiciaire ; 4° les parties peuvent-elles renoncer d'avance au droit de demander la dissolution judiciaire?

901. — I. *La dissolution judiciaire ne s'applique-t-elle qu'aux sociétés à terme?* — Comme on vient de le voir, l'art. 1871 ne parle de la dissolution judiciaire que pour les sociétés à terme. Mais s'il en est ainsi, c'est qu'après avoir rédigé l'art. 1869, C. civ., le législateur a supposé que la dissolution judiciaire allait être sans utilité pour les sociétés à durée illimitée, la dissolution de ces dernières pouvant résulter d'une simple manifestation de volonté de l'un quelconque des associés. En réalité, l'intervention de justice, quoique moins indispensable pour les sociétés à durée illimitée que pour les sociétés à terme, sera nécessaire assez souvent même pour les premières.

902. — Aussi faut-il admettre, malgré les termes de l'art. 1871, que la dissolution judiciaire pourra être appliquée même aux sociétés à durée illimitée, dans toutes les hypothèses où les sociétés de cette espèce ne pourraient être l'objet d'une dissolution volontaire. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 458; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 333. — Tout d'abord, ainsi que le font remarquer ces derniers auteurs, l'associé qui est en mesure de faire valoir un juste motif de dissolution échappe aux objections que ses coassociés pourraient lui opposer, en s'appuyant sur les art. 1869 et 1870, s'il voulait user de la faculté de dissolution volontaire.

903. — D'autre part, nous avons eu l'occasion de signaler déjà la nécessité de l'intervention de justice, toutes les fois que des difficultés s'élèvent sur la question de savoir si les parties se trouvent réellement dans l'un des cas de dissolution de plein droit prévus par les textes (question particulièrement délicate pour la déconfiture. — V. *suprà*, n. 817 et s.). Une instance peut également être nécessaire à l'effet de rechercher si telle cause de dissolution de plein droit, survenue en fait, n'a pas été écartée par une clause dérogatoire, expresse ou implicite.

904. — La dissolution volontaire est donc applicable à toutes les sociétés civiles, notamment aux sociétés minières. — P. Pont, t. 1, n. 739; Guillouard, n. 375; Delecroix, *Des soc. de mines*, n. 503; Houpin, t. 1, n. 150. — V. *suprà*, v° *Mines, minières et carrières*, n. 2135.

905. — Jugé, en ce sens, que les sociétés formées pour l'exploitation des mines peuvent être dissoutes avant le terme de leur durée, sur la demande de l'un des associés, lorsqu'il y a de justes motifs de leur dissolution. — Cass., 15 juin 1853, Granier, [S. 53.1.700, P. 54.1.599, D. 53.1.249]

906. — Et, dans ce cas, bien que la mine soit impartageable, la licitation peut en être ordonnée, pourvu qu'elle ait lieu en un seul lot. — Même arrêt.

907. — L'art. 187, C. civ., est également applicable aux sociétés commerciales, spécialement aux sociétés de personnes, et il peut être invoqué notamment, soit par un associé en nom collectif, soit par un commandité, ou à l'encontre d'un commandité. — Cass., 4 févr. 1895, Girard et Portalis, [S. et P. 95.1.120, D. 95.1.183] — Sur la mesure dans laquelle l'art. 1871 est applicable aux pures sociétés de capitaux, telles que les sociétés anonymes, et sur son application aux commanditaires, soit dans la commandite simple, soit dans la commandite par actions, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

908. — Il a été jugé, d'autre part, que l'art. 1871 peut également être appliqué aux promesses de société. — Limoges, 15 juin 1895, Teyssaud, [D. 97.2.276] — Mais MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl font justement observer, à cet égard, qu' « il est plus exact de dire qu'en présence des faits prévus par l'art. 1871, la promesse est non pas dissoute, mais irréalisable » (n. 459).

909. — II. *Des faits qui peuvent motiver la dissolution judiciaire.* — L'art. 1871, C. civ., ne contient pas une énumération limitative des justes motifs qui peuvent autoriser l'un des associés à demander la dissolution judiciaire de la société dont il fait partie. — Guillouard, n. 334; Houpin, t. 1, n. 150. — Les seules causes indiquées par le Code ne le sont donc qu'à titre d'exemple.

910. — De ce que l'art. 1871 n'est pas limitatif, il résulte que les tribunaux sont appelés très-souvent à statuer sur une demande en dissolution avant terme d'une société contractée pour un temps déterminé. Avant de passer en revue, en nous aidant de la jurisprudence, les causes de dissolution judiciaires les plus usuelles, il convient de préciser exactement les pouvoirs des tribunaux en pareille matière.

911. — En doctrine, tous les auteurs sont unanimes à admettre que la question de savoir si les faits allégués sont de nature à entraîner la dissolution de la société est une question d'appréciation. Les juges du fait apprécieront donc d'une manière souveraine si, dans les faits invoqués, il existe ou non une cause légitime de dissolution. C'est, d'ailleurs, ce que dit en termes exprès l'art. 1871, puisque la légitimité et la gravité des cas invoqués sont laissées par lui « à l'arbitrage des juges ». — Pont, n. 772; Laurent, t. 26, n. 406 ; Guillouard, n. 335; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 461; Houpin, t. 1, n. 150; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 334 ; Rousseau, n. 166.

912. — Conformément à la doctrine ci-dessus, la jurisprudence a constamment décidé que la légitimité et la gravité des griefs qui peuvent servir de base à une demande en dissolution avant le terme convenu d'une société constituée à temps, sont abandonnées par l'art. 1871 à l'appréciation des tribunaux et échappent, dès lors, au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 15 juin 1853, précité ; — 16 juin 1873, Philibert, [S. 73.1.386, P. 73.952, D. 74.1.61] ; — 15 nov. 1876, Beurnel, [S. 78.1.251, P. 78.642, D. 77.1.70] ; — 15 mars 1881, de Fleurieu, [S. 81.1.221, P. 81.1.529, D. 82.1.421]; — 29 févr. 1888, Fouzès, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036, et la note de Chavegrin, D. 88.1.424] ; — 4 févr. 1895, précité; — 11 nov. 1896, Yousouf-Effendi-Navon, [S. et P. 97.1.8, D. 97.1.231]

913. — Peut-on stipuler dans les statuts d'une société civile qu'un associé pourra être, pour motifs légitimes, exclu par l'unanimité de ses coassociés ou même simplement par la majorité? Cette question, qui est d'un haut intérêt pratique pour les associations, et notamment pour les associations dites sociétés de secours mutuels, cercles, sociétés de musique, orphéons, etc., s'est surtout posée, en matière de sociétés civiles, pour les sociétés fromagères. A notre avis, quand il s'agit de société civile, il ne peut être permis de stipuler qu'un associé pourra être exclu, sans que cette exclusion entraîne dissolution. — Sur la faculté d'exclusion, admise à titre exceptionnel, pour les sociétés à capital variable, par l'art. 52 de la loi de 1867, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

914. — MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 460) sont d'un avis contraire : « On peut stipuler, disent-ils, que l'associé pourra être, pour motifs légitimes, exclu par la majorité ou par l'unanimité de ses coassociés. En vain dit-on que les principes d'ordre public veulent que les contestations soient tranchées par les tribunaux; il ne s'agit pas là de contestations (et d'ailleurs la clause qui soumet d'avance la contestation à des arbitres est nulle), il s'agit d'un droit de résolution accordé à certains associés contre les autres. En l'absence de stipulation, la dissolution est prononcée par les tribunaux ». — Mais cette opinion n'a pas prévalu dans la pratique.

915. — Il a été jugé, en effet, sur la question qui nous occupe, qu'il n'y a pas lieu de considérer comme valable la clause suivant laquelle l'associé pourrait être, pour motifs légitimes, exclu par la majorité ou par l'unanimité de ses coassociés. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Cottu et de Montdésir, [S. 89.2.47, P. 89.1.237] — V. Trib. sup. comm. empire Allemagne, 3 oct. 1876, [Clunet, 79.193]

916. — ... Qu'est illégale la clause d'une association fromagère qui donne pouvoir au conseil d'administration d'exclure de la société un membre coupable de fraude et de le frapper d'une peine pécuniaire : une telle clause constitue un compromis qui ne satisfait pas aux conditions de l'art. 1006, C. proc. civ., et elle renferme en outre une violation de l'art. 52 de la loi du 24 juill. 1867, lequel, applicable aux sociétés coopératives, comme la société de l'espèce, ne permet de conférer qu'à l'assemblée générale le droit d'exclure un sociétaire à la majorité fixée pour la modification des statuts. — Poitiers, 12 juill. 1894, sous Cass., 27 janv. 1896, Monnerie, [S. et P. 96.1.213] — *Contrà*, Besançon, 9 janv. 1840, [*Rép. des arrêts de la cour de Besançon*, v° *Société de fromagerie*, n. 8]; — 11 août 1848, [*Recueil des arrêts de la cour de Besancon*, 1847-1848, n. 116]; — 11 févr. 1852, [*Rép. des arrêts de la cour de Besançon*, *v° cit.*, n. 11]; — 17 mars 1853, [*Recueil des arrêts de la cour de Besançon*, 1853-1854, n. 20]

917. — En conséquence, est nulle la délibération du conseil d'administration qui prononce, en vertu de cette clause, l'exclusion d'un sociétaire. — Poitiers, 12 juill. 1894, précité. — V. aussi *suprà*, v° *Association agricole*, n. 117 et s.

918. — Mais les sociétés coopératives, telles que les sociétés fromagères, ont la faculté d'édicter dans les statuts des mesures disciplinaires contre ceux des associés qui auraient commis des fautes déterminées, spécialement en falsifiant le lait, et, à cet égard, celui qui sollicite son admission comme membre participant de la société se soumet à l'observation et à l'application des statuts. — Même arrêt.

919. — Il appartient aux tribunaux de rechercher si un membre de la société a encouru les pénalités édictées, et si la preuve de la faute qu'on lui reproche est faite. — Même arrêt.

920. — En tout cas, lorsque le sociétaire, loin de contester les pouvoirs des tribunaux, s'est borné, devant les juges du fond, à plaider sa non-culpabilité et à demander qu'il fût déclaré que la fraude n'était pas établie, — et lorsqu'il s'agit d'ailleurs de déterminer le sens et la portée d'une clause insérée dans les statuts d'une société dont le caractère de société à capital variable n'est pas établi, — le sociétaire ne saurait être admis, devant la Cour de cassation, à attaquer, pour excès de pouvoirs, une décision rendue par des juges dont il a accepté la juridiction. — Cass., 27 janv. 1896, précité.

921. — On peut classer en deux catégories principales les faits susceptibles d'être allégués à l'appui d'une demande en dissolution judiciaire : *a*) les uns sont prévus expressément par le Code civil; *b*) les autres sont tous les cas dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.

922. — A. *Des justes motifs de dissolution judiciaire prévus expressément par le Code.* — L'art. 1871, C. civ., prévoit textuellement deux cas pouvant motiver une demande en dissolution judiciaire : le premier est le manquement aux engagements, le second est l'infirmité habituelle rendant inhabile aux affaires de la société. Nous allons les étudier successivement.

923. — a) *Du manquement des engagements d'un associé.* — L'art. 1871, C. civ., permet aux associés de demander la dissolution de la société lorsqu'un autre associé manque à ses engagements. On s'accorde à reconnaître que sur ce point l'art. 1871 ne fait qu'appliquer à la société le principe général de l'art. 1184, C. civ., aux termes duquel la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à ses engagements. Pas plus d'après l'art. 1871 que dans le cas plus général de l'art. 1184, la résolution n'a lieu de plein droit, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ayant le choix d'exiger l'exécution, ou de demander la résolution du contrat avec dommages-intérêts, et le juge pouvant de son côté accorder des délais selon les circonstances (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332; Thaller, n. 336). Nous aurons à déduire plus loin les conséquences de cette idée, que l'art. 1871-1° procède de l'art. 1184, quand nous déterminerons quelles personnes peuvent agir en résolution, et quels sont les effets de la dissolution prononcée pour inexécution des obligations de l'un des associés.

924. — La dissolution judiciaire de la société pour manquement d'un associé à ses obligations est l'une des hypothèses les plus fréquentes. Le juge saisi de la demande en dissolution pour cette cause est, conformément au droit commun, investi d'un libre pouvoir d'appréciation dont les décisions rapportées ci-dessous précisent l'étendue. Jugé tout d'abord que lorsqu'une société civile, constituée sous la forme de société anonyme, a été formée pour une durée limitée, la dissolution peut en être provoquée par chacun des associés, avant l'échéance convenue, dans les termes de l'art. 1871, C. civ., pour justes motifs, et spécialement, pour manquement aux engagements. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, précité.

925. — La décision précédente ne fait que paraphraser l'art. 1871-1°. Mais il a été jugé, en outre : 1° Qu'une société peut être dissoute, non seulement quand un associé manque aux engagements qu'ils a contractés par l'acte de société, mais encore quand il ne remplit pas ceux qu'il a contractés par un acte postérieur, alors qu'il est d'ailleurs reconnu par les juges que cet acte postérieur est le complément de l'acte de société. — Cass., 27 mars 1844, Châtelain, [S. 45.1.212, P. 44.2.534]

926. — 2° Que si la dissolution d'une société peut être demandée par l'un des associés, en cas de manquement par un autre associé à ses engagements, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la gravité du manquement allégué, pour décider si ce manquement constitue un juste motif de dissolution. — Cass., 15 mars 1881, de Fleurieu, [S. 81.1.221, P. 81.1.529, D. 82.1.421] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 772; Laurent, t. 26, n. 406; Guillouard, n. 335; Houpin, t. 1, n. 150.

927. — Ainsi, le fait, par le gérant, d'avoir acheté un immeuble, et d'avoir voulu le céder à la société pour un prix supérieur au prix par lui payé peut, à raison des circonstances, ne pas constituer un manquement de nature à entraîner la dissolution de la société. — Même arrêt.

928. — De même, le fait par le gérant de s'être refusé à communiquer la comptabilité à un commanditaire, malgré la prescription des statuts, peut ne pas constituer un manquement de nature a entraîner la dissolution de la société, lorsque ce refus s'est produit au cours d'un procès engagé entre le gérant et le commanditaire. — Même arrêt.

929. — 3° Que les juges du fond usent d'un pouvoir souverain en prononçant contre l'un des associés la dissolution de la société pour défaut de concours aux opérations sociales et manquement à ses engagements. — Cass., 15 nov. 1876, Beurnel, [S. 78.1.251, P. 78.642, D. 77.1.70]

930. — Il y a lieu de considérer comme un manquement aux engagements le fait par le gérant statutaire de ne pas administrer la société. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 465.

931. — Il en est de même du cas où l'un des associés aurait commis des malversations, ou des actes d'indélicatesse. Ainsi, la dissolution d'une société à terme peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, lorsque l'un des associés, au mépris des stipulations de l'acte social, qui ne lui permettait

de prélever qu'une somme déterminée par mois, s'est, en sus, approprié personnellement diverses sommes; de pareils faits, ainsi souverainement constatés, constituent, de la part de l'associé, un manquement à ses engagements, qui suffit pour justifier la dissolution de la société. — Cass., 21 févr. 1888, Lorquin, [S. 88.1.152, P. 88.1.365, D. 89.5.429]

932. — b) *De l'infirmité habituelle qui rend un associé inhabile aux affaires de la société.* — Pothier écrit, au sujet de cette cause de dissolution volontaire : « On peut dire la même chose du cas d'une infirmité habituelle qui serait survenue à l'un des associés. Elle peut être un juste sujet pour lui de renoncer à la société, si les affaires de la société étaient telles qu'elles exigeassent qu'il y vaquât par lui-même » (n. 152).

933. — L'un des associés n'est pas admissible à se faire remplacer dans la société par un mandataire, sur le fondement de son âge et de ses infirmités. Cette incapacité reconnue donne lieu à la dissolution de la société, lorsqu'elle est provoquée par le coassocié. — Colmar, 8 janv. 1820, Giovanolly, [P. chr.]

934. — Sur la question de savoir si l'associé infirme lui-même pourrait demander la dissolution, V. *infrà*, n. 976 et s.

935. — Mais encore faut-il que l'infirmité soit telle qu'elle rende réellement l'associé impropre aux fonctions qu'implique le rôle qui lui est assigné dans la gestion des affaires sociales; il y a là une question d'appréciation pour le juge. — Trib. Nantes, 7 oct. 1899 (cité par Houpin, t. 1, p. 115, note 3).

936. — B. *Des autres justes motifs de dissolution judiciaire dont la légitimité et la gravité sont laissés à l'arbitrage des tribunaux.* — Les « autres cas semblables » dont parle l'art. 1871 peuvent se classer en quatre catégories : *a*) la situation précaire de la société; *b*) l'impossibilité pour un associé de se consacrer aux affaires de la société; *c*) la mésintelligence entre les associés; *d*) la conduite de l'un des associés. Dans ces différentes hypothèses, la marche de la société est matériellement ou moralement entravée. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 462.

937. — a) *Situation précaire de la société.* — Nous avons déjà signalé que, en cas de perte totale ou « extinction » de la chose, la société se dissout de plein droit (C. civ., art. 1865. — V. *suprà*, n. 625 et s.), tandis qu'au cas de perte partielle, il ne peut être question que d'une dissolution judiciaire, fondée sur ce que la perte serait de telle importance que le fonctionnement de la société se trouve, par ce fait, irrémédiablement entravé.

938. — Les juges saisis d'une demande en dissolution de société à raison de la diminution du fonds social ont, d'ailleurs, le droit d'arbitrer souverainement si la société peut suivre encore son cours normal, ou si la dissolution s'impose, en vertu de l'art. 1871, C. civ., à raison de la situation dans laquelle la société se trouve placée. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Cottu et de Montdésir, [S. 89.2.47, P. 89.1.237] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 694; Laurent, t. 26, n. 372; Guillouard, n. 289 et 375; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 462; Houpin, t. 1, n. 462.

939. — C'est ainsi qu'il y a justes motifs de prononcer, par application de l'art. 1871, C. civ., la dissolution d'une société formée pour le creusement et l'exploitation d'un canal interocéanique, lorsque cette société a suspendu le service des titres par elle émis, que les travaux du canal ne sont assurés que pour un temps très-limité, et que son administration a dû aussi être confiée provisoirement à des mandataires, nommés par la justice, pour sauvegarder provisoirement les intérêts attachés à son existence. — Même jugement.

940. — Jugé de même que la réduction du capital social à un chiffre dont l'insignifiance met la société hors d'état de fonctionner, peut être réputée équivaloir à l'extinction de la chose, et, à ce titre, autoriser les juges à prononcer la dissolution de la société. — Cass., 16 juin 1873, Philibert, [S. 73.1.386, P. 73. 952, D. 74.1.61] — V. sur l'espèce, Guillouard, n. 289; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 792; Colmet de Santerre, t. 8, n. 61 *bis*-III.

941. — Pour les sociétés par actions, la loi a déterminé elle-même la limite au delà de laquelle la *réduction* du capital devient une cause de dissolution, non pas facultative pour le tribunal, mais facultative pour l'assemblée générale, qui *doit* alors être consultée sur la dissolution ou le maintien de la société (L. de 1867, art. 37). — Pour le commentaire de cet article, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

942. — A plus forte raison la dissolution judiciaire peut-elle être prononcée si l'objet principal en vue duquel la société a été créée vient à faire défaut (Baudry-Lacantinerie, n. 462). Jugé, en ce sens, qu'un associé peut demander en justice la dissolution d'une société à temps : 1° Si la société avait pour but l'exploitation d'un brevet qui n'a pas été accordé, et cela alors même que la société aurait d'autres objets accessoires. — C. d'app. Angleterre, 24 févr. 1882, [Clunet, 83.199]

943. — 2° Si la société avait pour but l'exploitation d'une concession de travaux publics qu'elle n'a pas obtenue. — Cass., 11 nov. 1896, Yousouf-Effendi-Navon, [S. et P. 97.1.8, D. 97.1. 231]

944. — Nous nous sommes expliqués précédemment, et nous n'avons pas à y revenir, sur les conséquences, au point de vue de la dissolution de la société, de la perte soit totale, soit partielle de l'apport, suivant qu'il s'agit d'un apport en propriété, d'un apport en usufruit, en jouissance ou en industrie. — V. *suprà*, n. 626 et s.

945. — L'absence de bénéfice peut être le juste motif d'une demande en dissolution anticipée de société à temps. — Cass., 15 juin 1853, Granier, [S. 53.1.700, P. 54.1.599, D. 53.1.249] — Trib. comm. Seine, 15 avr. 1887, [J. *Le Droit*, 27 avr. 1887] — C. sup. Autriche, 30 juin 1887, [*Pand. fr.*, 87.5.39] — *Sic*, Guillouard, n. 334; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 462; Houpin, t. 1, n. 150.

946. — Une demande en dissolution judiciaire pourrait aussi être justement motivée sur le changement du siège de la société accompli sans les formalités légales. — V. Lyon, 18 mai 1893, sous Cass., 4 févr. 1895, Girard et Portalis, [D. 95.1.183]

947. — b) *De l'impossibilité dans laquelle se trouve un associé de se consacrer aux affaires de la société.* — Les auteurs admettent d'une façon générale que l'absence de l'un des associés qui, ainsi que nous l'avons dit, ne saurait être assimilée au décès comme cause de dissolution de plein droit (V. *suprà*, n. 794), peut du moins constituer un juste motif pour demander la dissolution anticipée de société à terme. — Demolombe, t. 2, n. 144; Guillouard, n. 334; Pont, t. 1, n. 707; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 463; Houpin, t. 1, n. 142; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 311 *ter*.

948. — A supposer que ni le placement de l'associé dans un établissement d'aliénés, ni la dation du conseil judiciaire pour prodigalité ou faiblesse d'esprit ne soient, à l'instar de l'interdiction, des causes de dissolution de plein droit (sur ces questions, V. *suprà*, n. 802 et s.), du moins ces deux *capitis deminutiones* survenues en la personne d'un associé peuvent-elles être envisagées, à raison de l'obstacle qu'elles apportent au fonctionnement de la société, comme un juste motif de dissolution judiciaire. — Guillouard, n. 313 et 334; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 463; Houpin, t. 1, n. 150; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 321 et 321 *bis*.

949. — c) *De la mésintelligence entre les associés.* — Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence pour décider, en principe, qu'une mésintelligence entre les associés peut être admise comme un juste motif d'une demande en dissolution anticipée d'une société à terme. — Guillouard, n. 334; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 464; Houpin, t. 1, n. 150.

950. — Jugé, en ce sens, que peut être considérée comme un juste motif de dissolution la mésintelligence grave survenue entre les associés relativement aux affaires sociales. — Cass., 16 juin 1873, Philibert, [S. 73.1.386, P. 73.952, D. 74.1.61]; — 11 nov. 1896, précité. — Aix, 18 juin 1822, Belbfort, [S. et P. chr.] — Grenoble, 20 mars 1863, Jouvenet, [S. 63.2.108, P. 63. 242, D. 63.5.237] — Lyon, 12 janv. 1882, G..., [S. 82.2.118, P. 82.1.678] — Bordeaux, 14 août 1889, [*Journ. des soc.*, 90.189] — Lyon, 21 juill. 1894, [*Journ. des soc.*, 95.330]

951. — A cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 16 juin 1873, précité; — 11 nov. 1896, précité; — 24 janv. 1899, Beneker, [S. et P. 1900.1.10, D. 99.1.260]

952. — Ainsi et spécialement, les juges d'appel, qui, sur une demande en dissolution d'une société à terme pour cause de mésintelligence entre les associés, se réfèrent aux motifs donnés par les premiers juges et s'approprient leur appréciation sur la nature et la cause de la mésintelligence des associés, et par suite, sur sa gravité, et décident qu'il n'y a pas lieu de prononcer la dissolution, se livrent à une appréciation souveraine échappant au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 24 janv. 1899, précité.

953. — Quant à savoir de quels faits ou circonstances la mésintelligence peut résulter, on ne peut citer que des exemples.

Jugé notamment que les injures proférées par l'un des associés contre l'autre peuvent justifier une demande en dissolution. — Rennes, 7 déc. 1893, Carlet, [D. 94.2.87]

954. — Il en est de même de l'adultère de l'un des associés avec la femme de l'autre. — Trib. sup. comm. Empire d'Allemagne, 8 janv. 1879, [Clunet, 80.211]

955. — ... De même des mauvais traitements de l'un des associés envers l'autre. — Trib. comm. Nantes, 8 sept. 1894, [*Rec. Nantes*, 95.1.92] — Et il en serait ainsi dans le cas même où ces mauvais traitements auraient une cause légitime, comme l'adultère de l'associé maltraité avec la femme de l'autre. — Trib. sup. comm. Empire d'Allemagne, 8 janv. 1879, précité.

956. — ... Ou des manœuvres employées par l'un des associés pour se soustraire au contrôle des autres. — Lyon, 18 mai 1893, précité.

957. — ... Ou du désaccord sur une mesure importante à prendre, de laquelle dépend dans une certaine mesure l'avenir de la société. — Trib. Lyon, 19 mars 1894, [*Gaz. des Trib.*, 15 juill. 1894]

958. — De même encore, l'opposition constante de l'un des associés aux mesures d'administration projetées par ses coassociés, chargés de la gestion sociale en vertu de l'art. 1859, peut autoriser les juges à prononcer contre cet associé la dissolution de la société. — Guillouard, n. 334; Houpin, t. 1, n. 150; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 464; Aubry et Rau, § 382, t. 4, p. 564.

959. — Il a été décidé, d'autre part, que les juges peuvent considérer comme un juste motif de dissolution anticipée, dans les termes de l'art. 1871, le fait de la réduction à un chiffre insignifiant du capital social ajouté à la mésintelligence profonde existant entre les associés. — Cass., 16 juin 1873, précité.

960. — ... Que la dissolution d'une société à terme fixe peut être prononcée avant terme, au cas de mésintelligence entre les associés et de perte d'une grande partie du fonds social, pendant la première année, sans obtention des concessions pour l'exploitation desquelles la société s'était formée. A cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 11 nov. 1896, Yousouf-Effendi-Navon, [S. et P. 97.1.8, D. 97.1.231]

961. — Constitue aussi une cause légitime de dissolution de la société la mésintelligence résultant de ce que deux associés ont plaidé l'un contre l'autre. — Lyon, 12 janv. 1882, G..., [S. 82.2.118, P. 82.1.678]

962. — On s'est demandé si la mésintelligence entre les associés doit entraîner la dissolution judiciaire de la société, alors même qu'elle n'en compromet pas la marche? MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 464) enseignent l'affirmative. La cour de Bordeaux, par un arrêt du 14 août 1886 [J. *La Loi*, 5 janv. 1887], s'est prononcée pour la négative. En réalité, la question ainsi posée n'est pas susceptible de réponse absolue; tout dépend des circonstances dont les juges du fond sont souverains appréciateurs.

963. — d) *De l'inconduite notoire de l'un des associés.* — L'inconduite de l'un des associés peut légitimer une demande de dissolution anticipée d'une société à temps, notamment lorsqu'elle est poussée jusqu'au scandale. — Troplong, t. 2, n. 994; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 466; Houpin, t. 1, n. 150.

964. — Il en serait de même d'une condamnation portant atteinte à l'honneur d'un associé. — Houpin, t. 1, n. 150.

965. — ... Ou si l'un des associés se livrait au jeu, de manière à faire disparaître la confiance du public dans la solvabilité de la société. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 466; Houpin, t. 1, n. 150. — V. Trib. féd. suisse, 17 oct. 1890, [*Ann. dr. comm.*, 5.1891; *Doctr.*, p. 35]

966. — III. *Quelles sont les personnes qui peuvent demander à la justice la dissolution d'une société?* — Tous les auteurs sont d'accord pour admettre une distinction essentielle entre deux hypothèses : 1° le cas où la demande en dissolution a pour cause la *faute* de l'un des associés; 2° celui où la cause de la dissolution provient d'un fait imputable à l'un des associés, mais *involontaire* de sa part. — Guillouard, n. 337 et 338; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 468 et 469; Houpin, t. 1, n. 150; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332; Thaller, n. 336.

967. — A. *Du cas où la cause de la dissolution est la faute de l'un des associés.* — Lorsque la demande en dissolution de la société a pour cause la faute de l'un des associés, cette demande ne peut être formée que par les autres associés, attendu que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Cette solution découle, d'ailleurs, de l'art. 1184, C. civ., dont l'art. 1871-1° n'est, ainsi que nous l'avons établi précédemment, qu'une application (V. *suprà*, n. 923). — Troplong, t. 2, n. 989 et 990; Pont, t. 1, n. 763; Duvergier, t. 20, n. 449; Guillouard, n. 337; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 468; Houpin, t. 1, n. 150; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332; Thaller, n. 336.

968. — Il a été jugé cependant que toute société peut être déclarée en dissolution, à la demande de l'un des associés, par le fait que celui-ci veut cesser d'agir pour ce qui concerne la gestion commune, sauf l'action en dommages-intérêts des coassociés. — Lyon, 18 mai 1823, Bail, [S. et P. chr.] — V. sur l'espèce, Guillouard, n. 337.

969. — La décision de la Cour de Lyon n'a pas été suivie par les autres cours. La solution qu'elle consacre est de plus, nous venons de l'établir, unanimement condamnée par la doctrine. On peut donc, aujourd'hui, poser en principe que la faculté de demander la dissolution anticipée d'une société à terme ne compète point à l'associé qui est volontairement en faute. C'est aux coassociés de celui-ci qu'il appartient de voir s'il leur convient de faire déclarer la dissolution ou de laisser la société continuer ses opérations.

970. — Jugé, en ce sens, que l'associé qui refuse d'exécuter ses obligations ne peut demander lui-même la dissolution de la société. — Aix, 18 juin 1822, Bethfort, [S. et P. chr.] — ... Que, spécialement, il en est ainsi de l'associé qui, par son refus de concourir aux opérations sociales, viendrait à mettre en péril, soit l'intérêt de tous, soit l'intérêt de quelques-uns. — Même arrêt.

971. — ... Que pour demander la dissolution avant terme d'une société à temps, un associé ne saurait se prévaloir de la mésintelligence qui existe entre les associés, alors qu'il est constant que cette mésintelligence provient du fait de celui-là même qui cherche à s'en prévaloir. — Paris, 29 oct. 1892, [*Gaz. du Pal.*, 93.1, 2e part., 5] — Paris, 27 mars 1895, Divry et Cie, [D. 95.2.319]

972. — ... Que le trouble apporté au fonctionnement d'une société à temps ne peut pas être invoqué par des associés comme cause de dissolution anticipée de cette société, alors qu'il est constant que ce trouble est dû uniquement à ceux-là mêmes qui s'en prévalent. — Paris, 27 mars 1895, précité.

973. — Non seulement l'associé en faute (inexécution des engagements pris, refus systématique de fournir son concours pour les opérations sociales, etc.) doit être déclaré irrecevable à demander la dissolution à l'encontre de ses coassociés; mais ceux-ci ont le droit, s'ils optent pour la dissolution, de réclamer, en outre, des dommages-intérêts pour le préjudice éprouvé. Jugé, en ce sens, que lorsque la dissolution est prononcée en vertu de notre article pour un fait imputable à l'un des associés, celui-ci peut se voir condamner à des dommages-intérêts. Ainsi, l'associé contre lequel la dissolution de la société a été prononcée peut être condamné, envers son coassocié, à des dommages-intérêts avec faculté, conformément au consentement donné par le coassocié, de se libérer de la condamnation en prenant l'engagement de ne pas exercer, dans l'endroit où fonctionnait la société, un commerce de même nature. Une pareille disposition, consacrant une simple faculté sans aucune sanction pénale, n'a rien de contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. — Cass., 15 nov. 1876, Beurnel, [S. 78.1.251, P. 78.642, D. 77.1.70] — *Sic*, Pothier, *Société*, n. 152; Troplong, t. 2, n. 992; Duvergier, t. 20, n. 451; P. Pont, t. 1, n. 76; Guillouard, n. 338; Houpin, t. 1, n. 150.

974. — Le droit de demander la dissolution est un *droit individuel* que chacun des coassociés peut exercer sans être obligé de se concerter avec les autres. — Bordeaux, 14 août 1889, [J. *La Loi*, 13 oct. 1889] — Mais comme la dissolution, une fois judiciairement prononcée, opère *ergà omnes*, la situation étant indivisible et la société ne pouvant être maintenue vis-à-vis des uns et dissoute au regard des autres, chacun des coassociés du demandeur en dissolution peut, s'il n'a été mis en cause, former tierce opposition au jugement qui la prononce. — Trib. comm. Seine, 4 mars 1886, [J. *La Loi*, 17 mars 1886] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 335; Thaller, n. 336; Houpin, t. 1, n. 150.

975. — Jugé, dans le sens de l'indivisibilité, que lorsqu'une société a été formée à titre de transaction, et que les apports des associés ont consisté dans des objets dont la propriété était

contestée entre eux, la résolution de cette société pour inexécution par l'un des associés des engagements qu'il a contractés, a pour effet de remettre les parties au même état que celui où elles étaient avant leur association, et de replacer la propriété des objets par elles mis en commun, sous le coup de leurs anciennes prétentions respectives. — Bourges, 14 juin 1844, Simonin, [S. 45.2.632, P. 45.2.587]

976. — B. *Du cas où la cause de dissolution naît chez l'un des associés, mais sans qu'il y ait faute de sa part.* — Si la cause de la dissolution provient du fait de l'un des associés, mais involontaire de sa part, cet associé pourra, aussi bien que les autres, demander la dissolution. — Aix, 18 juin 1822, précité. — *Sic*, Pothier, n. 152; Troplong, t. 2, n. 992; Duvergier, t. 20, n. 451; Pont, t. 1, n. 762; Guillouard, n. 338; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 469; Houpin, t. 1, n. 150.

977. — Il pourra même demander la dissolution malgré la résistance de ses coassociés (Guillouard, n. 338; Houpin, t. 1, n. 150). Nous sommes ici en effet en présence non point d'une application du droit commun, mais d'une disposition dérogatoire au droit commun, destinée à tempérer la rigueur d'un lien social devenu tyrannique par suite des circonstances. Ainsi que le fait justement observer M. Thaller (n. 335) « il y a dans cette règle, avec l'ampleur qui lui est donnée, une importante dérogation au droit commun des conventions, qu'admettait déjà la loi romaine. Dans un louage d'immeubles, par exemple, il n'appartient point à l'une des parties d'arrêter le cours du bail avant sa fin, parce qu'il y aurait, suivant elle, une juste raison de le faire... Tout autrement en est-il ici. La chaîne que forge la société, en privant ses membres de leur indépendance, a paru trop lourde pour imposer la continuation du contrat si les circonstances devaient changer... »

978. — Si ce sont les coassociés qui demandent la dissolution, ils ne sauraient obtenir, en outre, des dommages-intérêts, aucune faute ne pouvant être imputée à celui qu'une infirmité, par exemple, met dans l'impossibilité de s'acquitter à l'avenir de ses fonctions — Pont, t. 1, n. 767; Houpin, t. 1, n. 150.

979. — Quels sont, au point de vue de la dissolution, les droits des *créanciers* des associés? MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 470) enseignent que les créanciers des associés ne peuvent, au nom de ces derniers, demander la dissolution de la société. — Cass. Naples, 7 mars 1888, [*Ann. dr. comm.*, t. 5, 1891, *Doctr.* p. 134] — V. aussi *suprà*, v° *Créancier*, n. 159.

980. — Il a cependant été jugé que le créancier d'un individu, membre d'une société à terme, peut, lorsqu'il existe à cet égard de justes motifs (dont l'appréciation est d'ailleurs laissée à l'arbitrage des juges), demander la dissolution et le partage de cette société, encore bien que ce terme ne soit pas arrivé. — Besançon, 11 janv. 1810, Dormoy, [S. et P. chr.] — Il n'y a là, à vrai dire, qu'une application particulière du principe général de l'art. 1166, et nullement un droit propre aux créanciers, comme dans certaines législations étrangères. C'est ainsi que dans la loi allemande (C. comm., art. 126), ou suisse des obligations (art. 174), le créancier personnel de l'un des associés peut, à la suite des poursuites infructueuses dirigées contre ses débiteurs, poursuivre, après un avertissement d'environ six mois à l'avance, la dissolution de la société, même si celle-ci est à durée limitée, les autres associés ayant d'ailleurs la faculté, pour éviter cette dissolution, de payer la valeur de la part de l'associé débiteur.

981. — IV. *Les associés peuvent-ils renoncer d'avance au droit de demander la dissolution de la société?* — La doctrine enseigne d'une façon générale que les associés ne peuvent pas renoncer par avance au droit de demander la dissolution de la société pour cause légitime ou juste motif. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 720, p. 450, note 24; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 571, texte et note 20; Delangle, t. 1, n. 677; Pont, t. 1, n. 755; Guillouard, n. 336; Houpin, t. 1, n. 150; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332. — On fait remarquer en ce sens qu'une telle renonciation risquerait de compromettre gravement les intérêts du renonçant, lequel ne peut prévoir avec certitude les événements ultérieurs susceptibles de servir de base à une action en dissolution. L'art. 1184, C. civ., ici encore fournit un argument décisif; on s'accorde en effet à reconnaître que les parties ne sauraient valablement, dans un contrat synallagmatique quelconque, prévoir, pour les écarter, toutes les catégories de fautes susceptibles de servir de base légale à une action en dissolution : la convention des parties peut bien substituer au pacte commissoire tacite de l'art. 1184, des clauses plus rigoureuses (pacte commissoire exprès); mais elle ne peut supprimer cette cause de dissolution, qui tient manifestement à l'ordre public.

982. — Pour MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (n. 467), la renonciation est nulle lorsqu'elle est conçue en termes généraux. « Mais, ajoutent-ils, nous ne voyons pas pourquoi les associés ne pourraient pas renoncer au droit de demander la dissolution dans des hypothèses déterminées où le maintien de la société n'aurait pas des inconvénients très-grands. Ainsi pourquoi ne pourrait-on pas convenir que la dation d'un conseil judiciaire à l'un des associés ne dissoudra pas la société, alors qu'on peut faire la même convention au sujet de la mort et peut-être aussi de l'interdiction de l'un des associés? De même nous n'admettons pas qu'on prohibe la convention portant que la société sera maintenue malgré la mésintelligence des associés, alors qu'aujourd'hui la confiance réciproque n'est pas de l'essence de la société. De même encore on pourra renoncer au droit de demander la dissolution pour le cas de malversations, puisque ces malversations peuvent être autrement punies ». — V. aussi, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 335 *bis*.

983. — Mais la jurisprudence est, dans son ensemble, hostile à toutes les clauses restrictives, et considère le droit individuel pour chaque associé de demander la dissolution pour justes motifs, comme une faculté d'ordre public. Il a été jugé, à cet égard, que le droit de provoquer la dissolution d'une société pour de justes motifs, dont les tribunaux sont appréciateurs, tient à l'essence du contrat de société, et peut être exercée conformément à l'art. 1871, C. civ., nonobstant toute clause contraire dans les statuts sociaux. — Paris, 28 nov. 1874, Delorme et autres, [D. 77.2.141] — Lyon, 18 mai 1893, sous Cass., 4 févr. 1895, Girard, [D. 95.1.183] — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Cottu et de Montdésir, [S. 89.2.47, P. 89.1.237]

984. — Vainement on opposerait la clause des statuts, qui interdit aux associés de former une action contre la société sans avoir préalablement pris l'avis de l'assemblée générale; d'une part, cette clause, impliquant un simple avis à formuler par l'assemblée générale, et non la nécessité d'une autorisation préalable, ne s'impose pas au juge, lorsqu'elle n'est pas invoquée par la société défenderesse; d'autre part, elle ne saurait prévaloir contre le droit qui résulte, pour tout associé, de l'art. 1871, C. civ., dont les dispositions touchent à l'ordre public. — Lyon, 18 mai 1893, précité. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, précité.

985. — Il en est ainsi surtout, lorsque la demande en dissolution n'a été formée qu'après une tentative de réunion de l'assemblée générale des actionnaires, convoquée pour prononcer la dissolution de la société, et qui n'a pu être valablement constituée. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, précité.

986. — La seule restriction que les parties puissent par avance apporter à l'exercice du droit individuel d'action fondé sur l'art. 1871, C. civ., consiste dans le droit de spécifier à l'avance dans les statuts l'importance de la perte susceptible de justifier une demande de dissolution; que si, par exemple, les statuts décident que l'on ne pourra dissoudre la société qu'en cas de perte de la moitié au moins du capital social, cette clause recevra effet (Arg., L. de 1867, art. 37); mais le juge n'en aura pas moins le droit de prononcer la dissolution, à la requête d'un associé quelconque, pour toute autre cause que la perte partielle du fonds social. — Paris, 12 août 1885 [*J. des soc.* 1886, p. 337]

987. — Mais il est toujours loisible aux parties de renoncer à se prévaloir d'une cause de dissolution d'ores et déjà acquise, une telle renonciation étant faite en parfaite connaissance de cause (Arg., art. 2220). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332, *in fine*.

988. — C'est aux tribunaux judiciaires qu'il appartient, en principe, de statuer sur les demandes en dissolution basées sur l'art. 1871, et ce, alors même qu'il s'agirait de sociétés constituées pour l'exécution des marchés de travaux publics. Ainsi, une cour d'appel n'excède pas les bornes de sa compétence en prononçant la dissolution d'une société formée entre des entrepreneurs de travaux publics, alors que cette décision n'altère en rien le marché passé entre ces entrepreneurs et l'Administration et qu'aucun conflit n'a été élevé par l'autorité administrative. — — Cass., 6 juill. 1829, Bordais, [S. et P. chr.]

Section II.

De la liquidation des sociétés.

989. — La liquidation est, dans toutes les sociétés, civiles ou commerciales, le préliminaire, non pas obligatoire, mais ordinaire du partage. Elle n'est point, disons-nous tout d'abord, un préliminaire obligé, les parties pouvant décider que le partage se fera immédiatement sans qu'il soit par avance procédé à un apurement complet des comptes sociaux. Jugé, à cet égard, que lorsque des actes produits, il résulte que les associés ont entendu (et à cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine), non seulement dissoudre, mais liquider, et que, en réalité, ils ont liquidé la société existant entre eux, c'est à bon droit que les juges refusent, sur la demande de certains associés, de nommer des liquidateurs. — Cass., 24 nov. 1885, Sion, [S. 88.1.66, P. 88.1.143] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 363; Houpin, t. 1, n. 151.

990. — Tout au moins la liquidation est-elle le préliminaire ordinaire du partage. Il sera, en effet, bien rare, si la société a fonctionné pendant un certain temps, que ses affaires soient tellement claires, son actif si aisément réalisable et son passif à ce point liquidé et incontesté, qu'il soit loisible aux intéressés de procéder immédiatement au partage sans une liquidation préalable, destinée à dégager l'actif brut des dettes qui le grèvent, pour en faire ressortir l'actif net partageable.

991. — Il convient même de faire observer que la dissolution des sociétés n'est pas le seul cas dans lequel il peut y avoir lieu à liquidation; il en est encore ainsi de l'hypothèse où une société vient à être déclarée nulle après s'être livrée d'ailleurs à certaines des opérations que ses fondateurs avaient en vue. Jugé à cet égard que, quelle que soit la cause qui entraîne la nullité d'une société par actions ou qui s'oppose à sa formation, si des actes ont été accomplis en son nom, ou des intérêts engendrés par le fait de son exercice, même provisoire, il résulte de là une communauté d'intérêts entre les parties, produisant des engagements auxquels il n'est pas permis à cette société de se soustraire, et qui crée la nécessité d'une liquidation. — Cass., 24 juill. 1867, Planat, [S. 67.1.328, P. 67.874, D. 67.1.326] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Guillouard, n. 344.

992. — Il en est ainsi même au cas où la liquidation est demandée seulement par l'associé gérant, et où les souscripteurs prétendraient avoir contre celui-ci une action personnelle en responsabilité des faits accomplis en vertu d'un acte devenu nul par sa faute. — Même arrêt.

993. — Le membre d'une société qui a eu, de fait, existence, n'est pas recevable à réclamer de ses coassociés sa mise de fonds avec dommages-intérêts et à se refuser à une liquidation, sous prétexte que la société est irrégulièrement formée et qu'il y a eu violation des conventions. — Paris, 8 avr. 1825, Touaillon, [S. et P. chr.]

994. — Mais s'il est de principe qu'après l'annulation d'une société, la communauté de fait qui a existé entre les associés peut être liquidée suivant les clauses du pacte social, il n'en saurait cependant être ainsi relativement à celles de ces clauses qui, étant contraires à la loi, ont entraîné la nullité de la société; de telles clauses ne sauraient survivre à la société annulée. — Cass., 22 nov. 1869, Bourgeois, [S. 70.1.55, P. 70.123, D. 70.1.23] — Nous avons eu déjà l'occasion de signaler certaines conséquences pratiques de cette idée, en étudiant les conditions de validité des sociétés en général (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 233 et s.). Nous y reviendrons ultérieurement, en étudiant les formalités constitutives des sociétés par actions. — V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

995. — Les observations qui précèdent nous permettent de définir la liquidation « l'ensemble des opérations accomplies par un ou plusieurs liquidateurs, ou par les associés conjointement, en vue de préparer le partage par la détermination exacte des éléments actifs et passifs de la société, le règlement des comptes respectifs entre associés, l'apurement du passif et la composition d'une masse active nette, tant mobilière qu'immobilière, susceptible d'être répartie entre les associés au prorata de leurs droits ».

996. — En d'autres termes, la liquidation a un double objectif : 1° d'une part, procéder au recouvrement des créances sociales et à la réalisation de l'actif; 2° d'autre part, acquitter le passif et composer la masse nette à partager. A ces deux ordres d'opérations ne correspondent pas d'ailleurs deux phases successives nettement délimitées. Le liquidateur, en effet, et ce n'est pas la moindre difficulté de sa mission complexe, est presque toujours obligé de commencer le paiement des dettes exigibles avant d'avoir achevé la réalisation de l'actif.

997. — A qui appartient le droit de demander la liquidation? Le droit de réclamer la liquidation et le partage appartient à tous les associés ou à leurs représentants, et ainsi les créanciers personnels d'un associé peuvent, en cas de décès de leur débiteur, et comme exerçant ses droits, demander la liquidation de la société. — Paris, 3 juin 1834, Wittorf, [S. 34.2.440, P. chr.]; — 4 avr. 1835, Debuire, [S. 35.2.261, P. chr.] — Mais il s'agit ici de l'action oblique de l'art. 1166, C. civ. La liquidation étant avant tout une opération dans l'intérêt des associés, les créanciers n'ont pas d'action directe et personnelle à l'effet de demander la liquidation.

998. — Jugé, en ce sens, que l'associé, cessionnaire d'une créance sociale, ne saurait être admis, en cette qualité, à poursuivre une liquidation que, comme associé, il s'était engagé à tenir pour effectuée. — Cass., 24 nov. 1885, précité.

999. — Jugé aussi qu'au cas d'une société contractée, sous le régime de la communauté, par le mari avec un tiers, la femme n'ayant pas la qualité d'associée et cette qualité n'appartenant qu'au mari, celui-ci peut procéder seul et sans le concours de la femme ou de ses héritiers à la liquidation de la société. — Cass., 13 nov. 1860, Duédal, [S. 61.1.884, P. 61.941, D. 61.1.198]

1000. — Décidé toutefois, par ce même arrêt dont les dispositions sont ainsi difficilement conciliables, que la transaction intervenue, après le décès de la femme, entre le mari et ses coassociés sur le règlement respectif de leurs droits, ne lie pas les héritiers mineurs de la femme, si elle a eu lieu sans les formalités prescrites pour la validité des transactions intéressant les mineurs. — Même arrêt.

1001. — L'action en redressement de compte, autorisée par l'art. 541, C. proc. civ., est également ouverte en ce cas aux héritiers de la femme. — Même arrêt.

1002. — Quels seront donc les droits des créanciers sociaux qui n'ont pas la ressource d'agir, comme les créanciers personnels de chaque associé, en vertu de l'action oblique de l'art. 1166, C. civ.? Tout d'abord, si la société est commerciale, et qu'elle ait suspendu ses paiements, ils pourront demander sa déclaration de faillite, sauf au tribunal à ne prononcer que la liquidation judiciaire, si la société a de son côté déposé son bilan et satisfait aux conditions de la loi du 4 mars 1889; *liquidation judiciaire* qu'il faut se garder de confondre avec la liquidation volontaire que nous étudions, puisqu'elle implique dessaisissement partiel de la société débitrice, tandis qu'une société simplement dissoute, mais à une époque où elle était *integri status*, conserve la plénitude de ses droits, qu'elle exerce par l'entremise de son représentant légal, le liquidateur amiable, jusqu'à l'achèvement des opérations de la liquidation.

1003. — Cette différence fondamentale existe même dans le cas où, à défaut d'entente entre les associés, le tribunal aurait lui-même désigné le liquidateur de la société dissoute (V. *infrà*, n. 1016). Malgré la similitude des appellations, aucune confusion n'est possible entre le liquidateur, même désigné par justice, d'une société simplement dissoute, et le liquidateur judiciaire d'une société commerciale en état de cessation de paiements : le premier est l'agent de la société, considéré comme se survivant à elle-même pour les besoins de la liquidation (V. *infrà*, n. 1059) et dans l'intérêt des créanciers; le second est avant tout l'agent des créanciers sociaux.

1004. — Que si la société est civile, les créanciers sociaux n'ont pas, comme dans les cas précédents, la ressource de la faire déclarer en faillite ou en liquidation judiciaire; mais ils peuvent, si elle est en *déconfiture*, c'est-à-dire en état d'insolvabilité notoire, faire ordonner par justice les mesures propres à assurer entre eux l'égalité de traitement et à empêcher les représentants légaux, c'est-à-dire les liquidateurs de la société, de payer certains d'entre eux au détriment des autres. — V. au surplus, sur les différences entre les syndics ou liquidateurs judiciaires d'une société en état de cessation de paiement et les liquidateurs d'une société dissoute, *suprà*, v° *Liquidation judiciaire*, n. 392 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Déconfiture*. — Sur la question de savoir si le liquidateur, agent de la société, ne peut pas être concurremment investi d'un mandat exprès ou tacite des créanciers sociaux, et sur les conséquences pratiques de l'admission de ce mandat, V. *infrà*, n. 1073 et s.

1005. — La liquidation est une opération d'ensemble qui

doit englober l'ensemble des valeurs actives dont se compose le fonds social. Un associé, de même qu'un héritier, ne peut donc par action spéciale, à raison d'un seul objet, former une demande contre son associé ou son cohéritier; il ne peut agir que par action universelle, aux fins de faire établir la situation respective tant active que passive. — Besançon, 3 janv. 1845, Grossot, [P. 46.1.441]

1006. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que l'associé qui a fait prononcer la nullité de la société à l'égard de quelques-uns seulement de ses coassociés ne peut, vu l'indivisibilité de la matière, faire procéder à la liquidation de la société, qui, dans ce cas, continue à subsister à l'égard de tous. — Douai, 12 févr. 1848, Divuy, [S. 49.2.670, P. 50.1.284, D. 50.2.8]

1007. — Nous nous bornerons à exposer ici, brièvement, les règles communes à la liquidation de toutes les sociétés, l'étude complète et détaillée de la liquidation des sociétés commerciales devant être reprise avec les développements qu'elle comporte, *infrà*, v° *Société commerciale*.

§ 1. *Ouverture de la liquidation. — Nomination. — Cessation des fonctions des liquidateurs.*

1° *Nomination des liquidateurs.*

1008. — Les personnes chargées de liquider une société peuvent être désignées de différentes façons : elles peuvent être nommées par les associés, soit en vertu d'une disposition spéciale des statuts sociaux, soit par un vote unanime dans le silence du pacte social à cet égard ; elles peuvent aussi être nommées par justice; enfin, à défaut de toute désignation particulière, chacun des associés peut jouer le rôle de liquidateur, tout comme, pendant la durée de la société, chacun d'eux peut exercer les pouvoirs d'administrateur en vertu de l'art. 1859 (V. *suprà*, n. 417 et s.). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 367 et s.; Pont, t. 2, n. 1940; Houpin, t. 1, n. 152; Thaller, n. 350. — Reprenons successivement ces divers modes de désignation.

1009. — La liquidation d'une société civile peut être faite, en premier lieu, par celui ou ceux des associés que les statuts désignent. — Mêmes auteurs.

1010. — Telle serait la clause des statuts d'une société, portant que la liquidation de la société s'opérera par les soins du gérant et le concours de deux commissaires. Cette clause peut être interprétée en ce sens que les commissaires sont sans qualité pour diriger seuls, sans le concours du gérant, des poursuites en saisie-exécution. Et, à cet égard, l'appréciation des juges du fond est souveraine. — Cass., 22 juin 1885, Fauveau, [S. 86.1.124, P. 86.1.271, D. 86.1.59]

1011. — A défaut de désignation dans les statuts, la liquidation peut être faite par tous les associés. Il en est de même en cas de décès, démission ou non-acceptation de l'associé désigné (Houpin, *loc. cit.*). L'associé désigné par les statuts pour les fonctions de liquidateur est toujours libre, en effet, bien qu'ayant adhéré aux statuts et même formellement accepté les fonctions à l'avance, de s'en démettre une fois la dissolution intervenue. Ses droits à ce point de vue sont ceux d'un mandataire ordinaire.

1012. — Il convient en pareil cas d'appliquer par analogie la règle formulée par l'art. 1859-1°, aux termes de laquelle les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer (et également *liquider*) l'un pour l'autre. Jugé cependant qu'en l'absence de toute liquidation régulière (c'est-à-dire à défaut de désignation d'un liquidateur), les débiteurs de la société ne peuvent se libérer sûrement que dans les mains de tous les associés ou de leurs représentants. — Bordeaux, 26 juill. 1848, Towsend, [P. 50.1.127] — Il est bien évident, en tout cas, que le débiteur qui, en fait, aurait payé aux mains d'un seul des associés serait libéré s'il était prouvé que la somme versée par lui a été affectée intégralement par l'*accipiens* aux opérations de la liquidation.

1013. — Mais que décider si, par suite du décès d'un ou de plusieurs associés, toutes les valeurs sociales se trouvaient, en fait, aux mains d'un associé, l'unique survivant, non désigné d'ailleurs par les statuts pour procéder à la liquidation? Pourrait-il, de sa propre autorité, se déclarer liquidateur? S'il en était ainsi, il serait à craindre que l'unique associé restant ne compromît, sciemment ou inconsciemment, les droits des héritiers des associés décédés. Aussi admet-on, en jurisprudence, que si, par suite de décès ou de disparition, il ne reste plus qu'un membre d'une société commerciale qui a été dissoute sans qu'aucun associé ait été investi de la qualité de liquidateur, l'associé restant n'a pas le droit de prendre cette qualité *ipso facto*. — Cass., 13 juin 1831, Lafitte, [P. chr.] — V. Malepeyre et Jourdain, p. 326.

1014. — En d'autres termes, l'unique associé survivant est à considérer comme un simple communiste, n'ayant sur la masse des biens sociaux, désormais masse indivise, d'autres droits que ceux appartenant aux représentants des associés décédés. Que si, en fait, l'associé restant s'est constitué seul administrateur des valeurs sociales, il ne pourra disposer de plus que sa part dans une créance quelconque de la société. — Cass., 3 août 1819, Delarue, [S. et P. chr.]; — 13 juin 1831, précité.

1015. — La liquidation de la société peut être faite, en troisième lieu, par un liquidateur, associé ou non, nommé au moment de la dissolution par les associés, d'un accord unanime. — Houpin, t. 1, n. 152; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 367 *bis*.

1016. — Enfin, si les associés ne peuvent s'entendre sur le choix du ou des liquidateurs, celui-ci ou ceux-ci seront nommés par le tribunal, tribunal civil ou tribunal de commerce, suivant que la société est civile ou commerciale. Il convient en effet d'observer que la majorité, même quand la société aurait été commerciale, ne peut plus, la société étant dissoute, imposer sa volonté à la minorité; et le refus d'un seul des associés obligera les autres à recourir soit à la juridiction civile, soit à la juridiction arbitrale (Pardessus, t. 4, n. 1074-1°; Troplong, t. 2, n. 1025; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Houpin, *loc. cit.;* Vavasseur, t. 1, n. 242; Bédarride, t. 2, n. 485). Il n'en serait autrement que si les statuts conféraient formellement à l'assemblée des associés, statuant à la majorité, le droit de désigner les liquidateurs. — *Contrà*, Persil, p. 380; Delangle, t. 2, n. 685; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 442; Boistel, n. 330.

1017. — Jugé, en ce sens, que lorsque les statuts d'une société ne confèrent pas à l'assemblée générale le pouvoir de désigner le liquidateur, ce liquidateur doit être judiciaire. Est donc radicalement nulle la nomination des liquidateurs par l'assemblée générale. — Lyon, 19 juill. 1898, Comp. d'assur. mut. *l'Avenir des familles lyonnaises* et Comp. d'assur. mut. *l'Epargne*, [S. et P. 1901.2.257] — *Contrà*, Trib. comm. Seine, 30 mai 1894 (2 jugements), [*Rev. des soc.*, 1895, p. 24 et 28]

1018. — Mais l'ancien gérant fondateur d'une société, actionné par le liquidateur en paiement de dommages-intérêts, ne peut opposer à ce liquidateur un défaut de qualité tiré de la prétendue irrégularité de sa nomination, laquelle a eu lieu en assemblée d'actionnaires, alors que, loin de protester contre cette nomination et contre l'intervention du liquidateur dans les affaires de la société, il a déjà, pendant plusieurs années, plaidé contre lui sans proposer cette exception. — Paris, 27 mai 1856, Langlois, [P. 58.813]

1019. — Le liquidateur peut aussi être nommé par justice s'il y a des motifs graves pour ne pas confier la liquidation à celui des associés que désigne le pacte social. Ce principe ne saurait, en droit, soulever de difficulté. L'associé qui est désigné par l'acte social comme devant liquider la société, peut en compromettre les intérêts s'il n'est pas dans les conditions voulues pour bien remplir son mandat. — V. en ce sens, Pont, t. 2, n. 1945; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom collect.*, n. 552; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 374 *bis* ; Houpin, t. 1, n. 152.

1020. — Jugé, en ce sens, qu'il appartient aux juges du fond de décider souverainement, d'après les circonstances, qu'il y avait de justes causes de ne pas confier la liquidation d'une société à un associé désigné, nonobstant la clause existant à cet égard dans le pacte social. — Cass., 27 mars 1893, Rousselet, [S. et P. 94.1.174, D. 93.1.440]

1021. — ... Que les juges ont plein pouvoir pour apprécier s'il y a lieu, en raison des irrégularités de gestion attribuées au gérant d'une société, de le maintenir dans les fonctions de liquidateur à lui attribuées par les statuts sociaux, ou de nommer à sa place un liquidateur étranger. — Cass., 30 avr. 1873, Debeaulme, [S. 74.1.123, P. 74.285, D. 75.1.32] — V. aussi Douai, 14 déc. 1843, Liagre, [S. 44.2.313, P. 44.1.212]

1022. — Spécialement, ils peuvent lui retirer la liquidation, en ce qu'il ne présenterait pas, à raison de ses agissements, les garanties nécessaires, alors même que les actes à lui reprochés

comme irréguliers auraient été ultérieurement autorisés par l'assemblée générale. — Même arrêt.

1023. — La doctrine admet généralement que, dans le cas où les statuts stipulent que le liquidateur sera nommé par les associés, le tuteur d'un associé mineur peut sans autorisation prendre part à la nomination. Il en résulte qu'en cas de minorité d'un associé, il n'est pas absolument nécessaire de faire désigner par le tribunal le liquidateur de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 367; Houpin, *J. des soc.*, 1896, p. 235; *J. du Not.*, 1900, p. 206; Houpin, t. 1, n. 152.

2° Cessation des fonctions des liquidateurs.

1024. — Les fonctions des liquidateurs prennent fin normalement par la clôture de la liquidation qui leur est confiée (V. *infrà*, n. 1129 et s.). Mais elles peuvent aussi prendre fin auparavant, — auquel cas la désignation d'un nouveau liquidateur s'impose, — par le décès, la démission, ou la révocation du ou des liquidateurs en exercice.

1025. — Il y a lieu, tout d'abord, au remplacement du liquidateur décédé. En effet, les pouvoirs conférés au liquidateur d'une société, n'étant consentis qu'en considération de la personne, ne passent ni à ses héritiers, ni à l'administrateur de sa succession. Toutefois, lorsque le liquidateur décédé était, en sa qualité d'associé, tenu de toutes les dettes et copropriétaire des valeurs qui en dépendent, ses héritiers ou représentants ont qualité pour faire rentrer les créances actives dans la caisse sociale, et pour demander l'exécution des jugements rendus contre les débiteurs de la société. — Bordeaux, 26 juill. 1848, Towsend, [P. 50.1.127]

1026. — En second lieu, le liquidateur peut, comme tout mandataire, renoncer au mandat en notifiant sa renonciation (C. civ., art. 2007). Cependant l'acquéreur du fonds immobilier d'une société, qui, par son acte d'acquisition, a pris l'engagement d'en opérer la liquidation, peut être obligé à continuer l'opération qu'il a commencée, jusqu'à ce qu'il ait été statué par la justice sur le mérite de l'action par lui intentée en résolution du traité qu'il a souscrit avec les vendeurs, sans qu'on puisse voir là une violation du principe d'après lequel on ne peut demeurer mandataire malgré soi. — Cass., 22 août 1833, Sillac-Lapierre, [P. chr.]

1027. — La révocation du liquidateur peut être prononcée de la façon même dont celui-ci a été nommé, c'est-à-dire, suivant les cas, soit par l'unanimité ou par la majorité des associés, soit par justice. — V. Troplong, *Mandat*, n. 719; Domenget, *Mandat*, t. 1, n. 569; Pont, *Pet. contr.*, t. 1, n. 1158; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 5, p. 54, § 756, note 1; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 374 *bis*.

1028. — Jugé cependant, dans un cas exceptionnel où les créanciers sociaux avaient participé à la désignation du liquidateur, que le mandat donné en commun par les créanciers d'une société, à l'effet d'achever la liquidation de cette société, ne peut être révoqué que de l'adhésion de tous ceux qui y ont concouru; et que si la révocation est poursuivie en justice, il est nécessaire que tous les mandants soient mis en cause : à ce cas est inapplicable l'art. 467, C. comm., spécial en matière de faillite. — Cass., 7 janv. 1868, Thoury, [S. 68.1.172, P. 68.399] — Rennes, 7 juin 1865, Thoury, [S. 65.2.339, P. 65.1246] — *Contrà*, Troplong, *loc. cit.*; Pont, *loc. cit.*

1029. — Il en est ainsi surtout lorsque ceux qui poursuivent la révocation du mandat ne représentent pas la masse des créanciers, mais agissent comme exerçant les droits de la société leur débitrice. — Mêmes arrêts.

1030. — ... Et lorsqu'il résulte du pacte constitutif du mandat que ce mandat était indivisible quant à son objet et que chacun des mandants avait entendu renoncer au droit de le révoquer sans l'assistance et le concours des autres. — Mêmes arrêts.

§ 2. Marche de la liquidation. — Pouvoirs et responsabilité des liquidateurs.

1° Survie de la personnalité morale de la société.

1031. — Il est un principe qui domine toute la théorie de la liquidation, c'est que la personnalité morale de la société survit à sa dissolution, pour les besoins de la liquidation, et jusqu'à l'achèvement de celle-ci. Ce principe, dont nous étudierons en détail les conséquences multiples à propos des sociétés commerciales, ne peut faire de difficultés pour ces dernières, à raison de leur personnalité morale incontestée. Mais convient-il de l'étendre aux sociétés civiles? La question est controversée en doctrine.

1032. — Si l'on admet qu'à la différence des sociétés commerciales, les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales, il faut en conclure que, pendant toute la vie de la société, les associés sont en état d'indivision et qu'il n'existe aucune personne morale distincte de la personne des associés (Sur la question de savoir si les sociétés civiles sont ou non des personnes morales, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 517 et s.). A plus forte raison, après la dissolution, les biens qualifiés de sociaux constitueront-ils une masse indivise.

1033. — M. Guillouard, qui soutient l'opinion d'après laquelle les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales (n. 25), semble admettre cependant que leur dissolution donne lieu à une liquidation (*loc. cit.*, n. 341). Mais il est évident que, dans son système, la liquidation ne peut créer une personnalité qui n'existait pas du vivant de la société.

1034. — D'après la jurisprudence, au contraire, les sociétés civiles constituent, comme les sociétés commerciales, des personnes morales. Cela étant, il faut en conclure que la personnalité survit à la dissolution. C'est du reste ce que la jurisprudence a décidé à différentes reprises.

1035. — Jugé que, pendant sa durée, la société, personne morale, est, comme propriétaire du fonds social, créancière ou débitrice, soit envers les tiers, soit même envers les associés, qui ne sont point tenus personnellement des dettes, tant que l'actif commun est suffisant pour les acquitter; que ce principe, qui domine les sociétés civiles comme les sociétés commerciales, continue de subsister durant leur liquidation; qu'en conséquence, la part de l'associé qui se retire de la société se compose de son émolument tel qu'il est déterminé par le résultat de la liquidation, déduction faite du passif sur l'actif, et qu'ainsi le droit à percevoir (sur la cession faite par un associé de sa part dans l'actif social, après dissolution de la société et liquidation de cet actif) doit être calculé sur la part de l'associé, non dans l'actif brut de la société, mais dans le reliquat net fixé par cette opération. — Cass., 9 mai 1864, Tamboise, [S. 64.1.239, P. 64.736, D. 64.1.232]

1036. — Jugé, encore, avant la loi du 1er août 1893, qu'une société qui, quoique ayant pour objet des opérations civiles, est organisée et fonctionne sous une forme commerciale (par exemple, forme de la société anonyme et division du fonds social en parts ou actions), constitue, de même qu'une société commerciale proprement dite, une personne morale, distincte des membres qui la composent; que ceux-ci ne sauraient donc être considérés comme de simples communistes, investis d'un droit de copropriété indivise sur le fonds social; que leurs actions ou parts d'intérêt sont, aux termes de l'art. 529, C. civ., d'une nature purement mobilière, dans l'hypothèse même d'un actif social immobilier (par exemple, un immeuble devant servir de théâtre); que le droit des associés ne se convertit pas, par la mise en liquidation de la société, en une copropriété indivise de l'actif social; que, jusqu'au partage, résultat final de la liquidation, ce droit conserve sa nature mobilière, et que la société persiste avec son existence propre. — Cass., 3 févr. 1868, Saint-Salvi, [S. 68.1.185, P. 68.421, D. 68.1.225]

1037. — Jugé, dans le même sens, que les sociétés civiles constituent, comme les sociétés commerciales, des personnes morales, et que cette personnalité survit à la dissolution. — Cass., 29 mai 1865, Bigot, [S. 65.1.325, P. 65.785, D. 65.1.380] — Orléans, 26 août 1869, Du Patural, [S. 70.2.113, P. 70.466, D. 69.1.185]

1038. — Et, la société devant être considérée comme subsistant, quoique dissoute, jusqu'à la clôture de la liquidation, est nulle l'inscription d'hypothèque légale prise sur l'immeuble social du chef de la femme d'un associé pour raison de ses apports matrimoniaux. — Mêmes arrêts. — Sur les autres conséquences de la survie de la personnalité de la société, V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

1039. — Il est essentiel de faire observer d'ailleurs que si, par une fiction nécessaire, une société dissoute est toujours réputée existante jusqu'à son entière liquidation, cette règle ne s'applique que dans la mesure où elle est exigée pour conserver les droits

des tiers et faciliter les opérations de la liquidation, et que les associés n'en sont pas moins, dans leurs rapports entre eux, copropriétaires des biens appartenant à la société dissoute, quoique non encore liquidée. — Cass., 12 févr. 1890, Satre, [S. 91.1.230, P. 91.1.545, D. 90.1.204] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366; Frémery, p. 69, note 5. — V. comme conséquence de cette idée, au point de vue de la composition active de la communauté, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1401, n. 15 et 16, et *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 91 et s.

1040. — De même, le principe d'après lequel une société en liquidation demeure propriétaire des valeurs mobilières et immobilières composant le fonds social ne saurait aller jusqu'à faire disparaître les droits qui peuvent appartenir aux associés et aux tiers sur ces valeurs, et, tant que la liquidation n'est pas terminée, jusqu'à les empêcher de disposer de ces droits, par exemple en les apportant dans une société en formation. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.147]

1041. — Décidé aussi que la dissolution d'une société entraîne la clôture des *comptes courants* existant entre elle et les tiers. — Sur les conséquences qui en résultent, V. *suprà*, v° *Compte courant*, n. 570.

2° Premières opérations de la liquidation.

1042. — Ces opérations se réfèrent à l'apposition des scellés, à l'inventaire, aux actes conservatoires du patrimoine social. Nous reviendrons sur la question des actes conservatoires à propos de la liquidation des sociétés commerciales; il ne sera donc question ici que des scellés et de l'inventaire.

1043. — I. *Scellés.* — La question des scellés doit être envisagée successivement, d'abord à l'égard des associés, ensuite à l'égard des tiers (créanciers, héritiers non associés, etc...). *a*) Un associé peut-il faire apposer les scellés tant au siège social que sur les établissements dépendant de la société? — L'affirmative a été jugée. — V. *suprà*, v° *Scellés*, n. 25.

1044. — Mais M. Guillouard (n. 342) recommande aux juges de n'autoriser qu'avec discrétion l'apposition des scellés, surtout lorsqu'au moment de la dissolution il y a une suite à donner aux affaires.

1045. — MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 420) et Houpin (t. 1, n. 153) estiment même qu'il n'y a pas à faire apposer les scellés au siège social, ni aux établissements dépendant de la société. Les associés eux-mêmes n'ont pas ce pouvoir, dont l'exercice entraverait la liquidation des affaires sociales (V. Troplong, t. 2, n. 1057; Bédarride, n. 479; Pont, t. 1, n. 787). D'après les auteurs, le recours à cette mesure conservatoire ne saurait se concilier avec le principe que la société, même dissoute, est censée subsister pour les besoins de la liquidation. — V. aussi Paris, 19 févr. 1812, Marie, [S. et P. chr.] — Cet arrêt décide formellement qu'un associé ne peut être autorisé à faire apposer les scellés sur les lettres et papiers de ses coassociés. Si une ordonnance de référé l'a autorisé à cet effet, les intéressés peuvent y former opposition; et le jugement rendu sur cette opposition est exécutoire par provision, nonobstant l'appel. — V. *suprà*, v° *Scellés*, n. 28.

1046. — *b*) Les tiers peuvent-ils faire apposer les scellés au siège de la société? Jugé, à cet égard, que l'apposition des scellés peut être autorisée au siège des sociétés dont le prétendu débiteur faisait partie. Par suite, ne sont pas opposables aux tiers les statuts sociaux qui interdisent l'apposition des scellés au siège social, après le décès de l'un des associés. — Cass., 23 juill. 1872, Ricardo et Briey, [S. 72.1.324, P. 72.851, D. 73.1.355] — *Sic*, Bioche, *Dict. des just. de paix*, v° *Scellés*, n. 37 et 40; Guillouard, n. 342; Laurent, t. 26, n. 412. — V. aussi *suprà*, v° *Scellés*, n. 26, 27, 188.

1047. — Peu importe qu'il s'agisse d'une société en liquidation, sauf au juge à prescrire les dispositions nécessaires pour que la liquidation ne soit pas entravée par cette mesure conservatoire. — Même arrêt.

1048. — II. *Inventaire.* — Un inventaire notarié est-il nécessaire après la dissolution de la société? La négative est généralement admise. « Si les associés sont majeurs, dit M. Houpin (t. 1, n. 154), il suffit de faire dresser par le liquidateur et approuver par les intéressés un état de la situation active et passive de la société ». — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 380; Bédarride, n. 481. — V. aussi *suprà*, v° *Inventaire*, n. 353.

1049. — Il a été jugé, à ce propos, qu'il faut poser en principe qu'aucune disposition de loi ne défend aux associés de régler par ce contrat lui-même les formes de la liquidation. — Cass., 30 nov. 1892, Violet, [S. et P. 93.1.73, D. 94.1.83]

1050. — Et l'art. 1122, C. civ., d'après lequel on est censé avoir stipulé pour soi, ses hoirs ou ayants-cause, ne distinguant pas entre le cas où les héritiers sont majeurs et celui où ils sont mineurs, les conventions formées entre les associés constituent des charges de la succession de celui qui vient à mourir et doivent être exécutées par les héritiers quels qu'ils soient. — Même arrêt.

1051. — Ainsi en est-il, notamment, de la clause par laquelle les associés stipulent qu'au cas de dissolution par le décès de l'un d'eux, il sera procédé, non à un inventaire judiciaire, mais à un inventaire amiable. — Même arrêt.

1052. — En présence d'une pareille clause, il n'y a pas lieu d'établir une différence entre les héritiers majeurs et les héritiers mineurs, quant à la forme de l'inventaire, et de décider que l'existence de ces derniers nécessite l'emploi des formes prescrites par l'art. 451. — Même arrêt. — V. Houpin, n. 154; Aubry et Rau, t. 4, § 384; Troplong, t. 2, n. 954; Laurent, t. 26, n. 380; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 225; Rousseau, t. 1, n. 550; Vavasseur, t. 1, n. 225; Deloison, t. 1, p. 43.

1053. — Et de ce que la part d'actif social qui reviendra à l'associé décédé formera un des éléments de l'actif de la succession et devra être partagée entre les ayants-droit suivant la qualité des héritiers, dans les formes et avec les garanties prescrites par la loi civile pour les partages intéressant des mineurs, il ne s'ensuit pas que cet élément de l'actif ne soit, pour les besoins de la liquidation, au préalable, déterminé conformément aux prescriptions de la convention sociale. — Même arrêt.

3° Pouvoirs du liquidateur.

1054. — Tandis que la plupart des lois étrangères réglementent plus ou moins complètement la liquidation (C. all. art. 137 et s.; C. ital., art. 200 et s.; C. suisse, des obligations, art. 582 et s., etc.), la législation française, au contraire, ne contient aucune disposition relative aux pouvoirs des liquidateurs. Leurs droits et leurs devoirs résultent donc, soit de la convention, soit de la décision de justice qui les investit, soit, à défaut de stipulations précises dans l'acte ou jugement de nomination, des principes généraux du mandat, et du but même dans lequel la procédure est organisée.

1055. — Le plus souvent, les liquidateurs sont nommés par les associés, conformément à une clause des statuts sociaux; en ce cas, presque toujours, les associés ont pris soin eux-mêmes de déterminer, dans certains articles des statuts, quels seraient les pouvoirs des liquidateurs. Quand il en est ainsi, il est évident que les prescriptions du pacte social doivent, avant tout, être observées. Aucune disposition législative n'interdit en effet aux associés de régler par le contrat lui-même l'étendue des pouvoirs dévolus aux liquidateurs. — Cass., 30 nov. 1892, précité.

1056. — Cependant, il y a lieu de remarquer que si le liquidateur est nommé par la justice, il cesse d'en être ainsi : en pareil cas, c'est la décision judiciaire qui l'investit de cette qualité qu'il doit consulter pour connaître ses attributions. Jugé à cet égard que lorsque la liquidation d'une société se poursuit en vertu d'une décision de justice et non point par la convention des associés, le liquidateur ne doit pas être considéré comme tenant ses pouvoirs du pacte social, mais bien d'une mission judiciaire dont il appartient aux juges du fond de préciser les limites. — Cass., 23 déc. 1889, Labat et Rodiès, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 90.1.169]; — 19 févr. 1890, Consorts Guillon, [*Ibid.*] — *Sic*, Labbé, note § 5, sous Cass., 20 oct. 1886, [S. 87.1.49, P. 87.1.113]; Vavasseur, t. 1, n. 245; Houpin, t. 1, n. 648 *bis*; Goirand, *Rev. des sociétés*, 1884, p. 619; Fayard, *Rev. des sociétés*, 1885, p. 399; Ruben de Couder, v° *Société en commandite*, n. 433 et s.; L. Choppard, *Rev. des sociétés*, 1887, p. 40; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 370.

1057. — Décidé, encore, que le jugement de nomination peut être interprété en ce sens que le liquidateur n'a reçu qu'une mission semblable à celle d'un syndic, réaliser l'actif. — Paris, 31 déc. 1884, Liquid. du Crédit maritime de France, [S. 87.1.49, *ad notam*, P. 87.1.113, *ad notam*]

1058. — Dans une autre affaire, la même cour a jugé que le

liquidateur avait été investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif et éteindre le passif. — Paris, 19 déc. 1884, sous Cass., 26 mai 1886, Bodereau, [S. 86.1.349, P. 86.1.870, D. 86. 2.116]

1059. — Nous avons supposé jusqu'à présent que les pouvoirs du liquidateur se trouvaient précisés, soit dans les statuts sociaux, soit dans le jugement qui nomme le liquidateur. Il peut se faire, au contraire, que les statuts sociaux ou le jugement de nomination ne précise en aucune façon les pouvoirs de ce liquidateur. En pareil cas, les tribunaux sont appelés à dire si telle opération peut ou non être faite par le liquidateur. Dans ce but, les juges doivent se pénétrer d'une double idée : 1° c'est d'abord que les liquidateurs d'une société sont, en principe, exclusivement les mandataires des associés et non des créanciers ; 2° c'est ensuite que les liquidateurs sont nommés non pas pour continuer l'exploitation de la société, mais uniquement pour mener à bien les opérations déjà entamées, réaliser l'actif social et fixer l'importance du passif dont le paiement incombe à la société.

1060. — Nous disons, en premier lieu, que le liquidateur d'une société est, en principe, exclusivement le mandataire des associés et non des créanciers. Il est sans doute chargé de payer ces derniers, mais pour le compte et en vertu du mandat qu'il tient des premiers. — Alauzet, t. 1, n. 270, 423, 424, 428 ; Malepeyre et Jourdain, n. 323 ; Troplong, t. 1, n. 126 ; Vavasseur, t. 1, n. 242 ; Bédarride, t. 3, n. 591 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 435 ; Deloison, t. 1, p. 62 ; Dutruc, sur Devilleneuve et Massé, *Dict. du cont. comm.*, v° *Société*, n. 568 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 377 et 378 ; Boistel, n. 381 ; Houpin, t. 1, n. 155. — *Contrà*, Delangle, n. 685. — A ce point de vue, sa situation est absolument différente de celle d'un syndic de faillite, qui est avant tout, bien que représentant légalement le failli, l'agent des créanciers.

1061. — Si donc le liquidateur est le mandataire des associés et non des créanciers, les créanciers de la société pourront former tierce opposition aux jugements rendus contre le liquidateur (C. proc. civ., art. 474). — V. sur le principe, Cass., 16 mai 1877, Boutin et Lesaffre, [S. 77.1.356, P. 77.913, D. 78.1.81] ; — 25 août 1879, Leblond-Barrette, [S. 81.1.447, P. 81.1.1163] — Rouen, 1er avr. 1881, Crédit industriel, [S. 82.2.153, P. 82.1.815, D. 82.2.92] — Paris, 13 juin 1888, Liquid. Soc. *la Réparation*, [S. 90.2.210, P. 90.1.1194]

1062. — Par une autre conséquence de cette première idée, il a pu être jugé que les liquidateurs judiciaires d'une société, n'étant que les mandataires des seuls associés, ne peuvent à ce titre, demander dans l'intérêt des tiers, la nullité de la société. — Rouen, 1er avr. 1881, précité.

1063. — De même encore, si les liquidateurs d'une société sont, en principe, exclusivement les mandataires des associés et non des créanciers, ils ne peuvent au nom des créanciers, sans avoir reçu d'eux un mandat général, poursuivre contre l'un des associés la restitution à la caisse sociale des sommes que celui-ci en aurait indûment retirées, si ce retrait a eu lieu du consentement de tous les autres associés. — Poitiers, 12 juill. 1875, Boutin et Lesaffre, [S. 77.2.22, P. 77.196]

1064. — Et, dans l'hypothèse même où les créanciers d'une société en dissolution donnent aux liquidateurs le mandat général de récupérer toutes créances dues à la société, il n'en résulterait pas pour ceux-ci le droit d'agir en justice, au nom de ceux-là, *ut universi*, mais seulement *ut singuli*, pour chacun nominativement, la masse des créanciers ne pouvant, en dehors du cas de faillite, former une personne morale distincte des créanciers eux-mêmes. — Même arrêt.

1065. — Dans quelle mesure les liquidateurs pourront-ils donc actionner les associés en paiement des sommes nécessaires à l'acquittement du passif ? Pour répondre à cette question, il suffit d'envisager le but poursuivi. Ce que les associés veulent certainement, c'est que les liquidateurs réalisent l'actif, éteignent le passif dans la mesure du possible, et s'il reste des fonds, en fassent la répartition entre les ayants-droit. Ils auront donc incontestablement le droit de faire verser aux actionnaires l'intégralité de leur apport. — Paris, 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889, Labat et autres, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 88.2. 105] ; — 14 déc. 1887, Soc. *la Banque parisienne*, [S. 89.2.1, P. 89.1.79]

1066. — Mais les pouvoirs normaux du liquidateur ne vont pas jusqu'à leur permettre de poursuivre, au nom de la société, un des associés en nom, pour le contraindre à payer les dettes sociales, en vertu de l'art. 22, C. comm. Les liquidateurs ne peuvent davantage, dans l'intérêt des créanciers, qu'ils ne représentent point, poursuivre contre un associé le paiement des dettes sociales. — Cass., 14 mai 1890, Lemonnier, [S. et P. 92. 1.484, D. 91.1.241, et la note de M. Boistel] — Poitiers, 12 juill. 1875, précité.

1067. — Jugé, en ce sens, que les liquidateurs d'une société, nommés à ces fonctions par l'assemblée générale des actionnaires, sont uniquement les mandataires des associés, et ne peuvent, en cette qualité, dans l'intérêt des créanciers sociaux, poursuivre contre un associé en nom collectif le paiement de la dette de la société. — Cass., 14 mai 1890, précité.

1068. — Jugé toutefois que, bien que le liquidateur d'une société n'ait pas qualité pour exercer les droits des créanciers, il lui appartient néanmoins de poursuivre le recouvrement de toutes les sommes dues à la société, sans qu'on puisse lui opposer une fin de non recevoir tirée des engagements particuliers des associés (Cass., 16 mai 1877, précité). L'opposition n'est qu'apparente entre cette solution et les précédentes. En effet, si le liquidateur ne représente pas en principe les créanciers, du moins représente-t-il, concurremment avec les associés, la société elle-même, envisagée comme être moral, survivant à la dissolution pour les besoins de la liquidation. Or, la société ne peut se voir opposer des engagements privés des associés, lesquels ne sauraient avoir d'efficacité qu'entre ceux qui les ont contractés ou reçus.

1069. — Au surplus, les pouvoirs normaux du liquidateur peuvent être étendus, soit par la volonté des associés eux-mêmes, soit par l'effet d'un mandat qu'il tiendrait des créanciers, et qui viendrait s'ajouter à celui que lui ont conféré les associés. Ce double mandat, analogue à celui dont tout syndic de faillite est nécessairement investi, n'a rien que de très-légal, et sa parfaite légitimité est admise universellement en doctrine et en jurisprudence. Reprenons successivement ces deux points.

1070. — Nous disons tout d'abord que les pouvoirs des liquidateurs peuvent être étendus par la volonté même des associés. Ainsi jugé que si le liquidateur d'une société n'a pas, en cette seule qualité, le droit de réclamer des associés leur part contributive dans les dettes sociales en dehors du versement de leur apport, ce pouvoir peut lui être valablement conféré par la volonté des actionnaires. — Cass., 16 févr. 1874, Tilliez, [S. 74.1. 216, P. 74.536, D. 74.1.414] ; — 2 juill. 1884, Beaucourt, [S. 86. 1.169, P. 86.1.394, D. 85.1.148] — V. sur le droit pour les créanciers sociaux de donner procuration au liquidateur : Cass., 6 frim. an XIV, Greffulhe, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Société*, sect. 8, n. 5.

1071. — Et un pareil pouvoir, donné par l'assemblée générale aux liquidateurs, ne dépasse pas les limites des pouvoirs qu'elle était autorisée à leur conférer, lorsqu'il résulte des statuts que l'assemblée avait le droit de prendre toutes les mesures utiles à la liquidation. — Cass., 16 févr. 1874, précité. — Du moins l'arrêt qui le décide ainsi ne fait que se livrer à l'appréciation d'une convention, sans violer aucune loi. — Même arrêt.

1072. — Décidé, dans le même sens, que si, en principe, les liquidateurs d'une société civile n'ont pas en cette seule qualité le droit de réclamer des associés leur part contributive dans les dettes sociales, en dehors du versement de leur apport, ce droit peut être valablement conféré aux liquidateurs par la majorité des actionnaires réunis en assemblée générale et délibérant dans les limites des statuts sociaux. Et le mandat donné aux liquidateurs de vendre et réaliser l'actif, pour payer toutes les dettes, implique la volonté de conférer aux liquidateurs le droit de réclamer des associés leur part contributive dans les dettes sociales. — Douai, 23 mars 1878, Lefèvre, [S. 78.2.305, P. 78.1255, D. 79.2.109]

1073. — D'autre part, si les liquidateurs ne sont en principe que les mandataires des associés, rien dans la loi ne leur interdit de devenir aussi les mandataires des créanciers sociaux, lorsque ceux-ci leur ont conféré le pouvoir de les représenter. — Cass., 14 mai 1890, précité. — Poitiers, 12 juill. 1875, précité. — Rouen, 1er avr. 1881, Crédit industriel, [S. 82.2.153, P. 82.1. 815, D. 82.2.92]

1074. — Comme mandataires des créanciers, ils ont incontestablement le droit de poursuivre en leur nom contre les associés, le paiement des dettes sociales, même au delà de leurs apports. — Mêmes arrêts.

1075. — Jugé également qu'ils peuvent, dans l'intérêt des créanciers, demander la nullité de la société, dans le cas où, par suite de l'adhésion donnée à la liquidation par les créanciers sociaux, ils sont devenus aussi les mandataires de ces derniers. — Rouen, 1er avr. 1881, précité.

1076. — A plus forte raison ont-ils, dans le même cas, le droit de faire nommer un administrateur provisoire, pour gérer des établissements situés à l'étranger et dépendants de la société, comme aussi pour procéder à la réalisation de leur actif. — Même arrêt.

1077. — En tout cas, ce droit appartient essentiellement au syndic de la faillite de l'un des associés, agissant tout à la fois au nom du failli et de la masse, et qui se joint, par un appel incident, aux conclusions prises dans ce but par les liquidateurs. — Même arrêt.

1078. — Ajoutons en terminant que, non seulement le liquidateur peut agir en la double qualité de mandataire de la société et des associés, et de mandataire des créanciers, mais qu'il peut également, s'il est associé, avoir des droits propres ou être tenu d'obligations spéciales ne découlant point de son mandat. Ainsi, l'associé liquidateur ne saurait être admis à exciper de cette qualité pour soutenir qu'il ne pouvait être poursuivi pour une somme supérieure au montant de l'actif social, lorsqu'il a été condamné, par arrêt, en son nom propre et par corps, au paiement d'une somme déterminée. — Bruxelles, 23 août 1823, Deroy, [P. chr.]

1079. — Jugé également que l'ancien gérant d'une société, qui, depuis la dissolution de la société, a fait différents actes de liquidation, a pu, à ce double titre, être condamné à tenir compte à ses anciens associés des bénéfices d'une transaction qu'il avait consentie seul et pour son compte personnel. En ce cas, le rendant compte ne pourrait exciper de la déduction à faire de la part de l'un des anciens coassociés qui n'est pas en cause et ne réclame pas. — Cass., 25 août 1835, Lacrouts, [S. 35.1.673, P. chr.]

1080. — Nous avons dit, en *second lieu*, que les liquidateurs sont nommés, non pas pour continuer l'exploitation de la société, mais uniquement pour mener à bien les opérations déjà commencées, réaliser l'actif social et fixer l'importance du passif dont le paiement incombe à la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366, *in fine;* Houpin, t. 1, n. 155.

1081. — Tout d'abord, les liquidateurs n'ont pas qualité pour continuer l'exploitation de la société. En d'autres termes, ils ne sauraient se comporter en gérants, et engager des opérations nouvelles; ils ne peuvent que parachever les opérations commencées et contracter les engagements nouveaux que peut, le cas échéant, nécessiter leur achèvement. — Cass., 20 mars 1860 (motifs), Bardey, [S. 61.1.61, P. 61.606, D. 60.1.398] — C'est ainsi en particulier qu'ils peuvent et doivent livrer les marchandises vendues, prendre livraison de celles achetées, achever la fabrication des produits que la société a vendus par avance en vertu de marchés à livrer, etc... — Bédarride, n. 486.

1082. — Mais les associés liquidateurs, même investis d'un mandat formel à l'effet de vendre ou d'échanger les immeubles sociaux, dont le produit doit être partagé entre tous les associés dans des proportions déterminées, ne peuvent constituer une société nouvelle pour l'exploitation de ces immeubles, sans le concours des autres associés : cette constitution d'une société nouvelle excéderait manifestement leurs pouvoirs. — Même arrêt.

1083. — Ils doivent avant tout réaliser l'actif social et payer les dettes, afin d'établir la masse liquide, l'actif net que les coassociés pourront ensuite se répartir au prorata de leurs droits. Cet acquittement des dettes est, incontestablement, l'une des fonctions essentielles du liquidateur, puisque le partage se heurterait à des difficultés insurmontables si des créanciers impayés venaient former opposition. Aussi convient-il, même en l'absence de pouvoirs expressément conférés dans l'acte de nomination, de leur reconnaître des pouvoirs très-larges à l'effet de se procurer les fonds nécessaires à l'extinction du passif.

1084. — Mais ici une observation s'impose. Tandis que le syndic ne peut répartir les sommes disponibles qu'au marc le franc entre les créanciers chirographaires, sous l'autorité de justice, le liquidateur doit, au contraire, à l'instar d'un héritier bénéficiaire, payer les créances exigibles au fur et à mesure qu'elles se présentent. Mais, toujours à l'instar de l'acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, le liquidateur doit, comme l'héritier, être obligé de payer les créanciers suivant une contribution judiciaire, s'il y a des opposants (Arg., C. civ., art. 808). Or, il y aura presque toujours des oppositions si la situation de la société était embarrassée et sa déconfiture imminente ou notoire. — V. Thaller, n. 358; Houpin, t. 1, n. 155, *in fine.* — V. aussi, Trib. Seine, 26 déc. 1895, [*Journ. des soc.*, 1896, p. 371]

1085. — Cette opposition pourrait émaner non seulement des créanciers dont le droit est exigible, mais même des créanciers à terme. Sans doute, la liquidation après dissolution, à la différence de la faillite ou de la liquidation judiciaire de la loi de 1889, n'emporte pas déchéance du terme stipulé par la société. Mais les créanciers à terme d'une société en liquidation n'en ont pas moins le droit d'être compris dans la distribution de l'actif social, sauf à ne toucher leur dividende qu'à l'échéance du terme. Par suite, le liquidateur qui, chargé de faire cette distribution, en a, dans un intérêt personnel, exclu ces créanciers, doit être condamné à réparer le préjudice qu'il leur a ainsi causé. — Cass., 24 nov. 1869, Balay, [S. 70.1.168, P. 70.392, D. 71.1.119] — V. Thaller, n. 358.

1086. — Remarquons du reste que cette opposition des créanciers doit être formellement exprimée. En conséquence, le créancier de la succession vacante d'un associé, qui ne s'est pas présenté à l'inventaire et n'a point formé d'opposition à la liquidation de la société, faite avec le curateur à la succession vacante, n'est pas recevable à critiquer ces opérations. — Paris, 13 juin 1807, Beauvais, [S. et P. chr.]

1087. — Du principe posé ci-dessus il résulte que, si le liquidateur manque de fonds disponibles à l'effet de payer les créanciers sociaux, il peut vendre les meubles faisant partie de l'actif social (Pont, t. 2, n. 1954; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 384 *ter*). Il importe d'ailleurs de faire remarquer que celui qui se rend acquéreur de l'actif mobilier d'une société ne s'oblige pas, par cela même personnellement, et encore moins solidairement, au paiement des dettes de cette société. — Cass., 18 déc. 1844, Delassaux, [S. 45.1.190, P. 45.1.454] — Rouen, 25 août 1841, Delassaux, [S. *ibid.*, *ad notam*, P. *ibid.*]

1088. — Il peut aussi, en cas d'insuffisance du numéraire, payer en nature les créanciers qui acceptent ce mode de règlement. Cette dation en paiement sera, en certains cas, un acte de bonne gestion. Jugé, dans cet ordre d'idées, que lorsqu'au cours de la liquidation d'une société, certains créanciers ont consenti à recevoir en à compte, sur le montant de leurs créances, des actions d'une société industrielle à un prix déterminé par action, ces créanciers doivent être considérés comme ayant reçu une somme ferme et invariable, représentée par la valeur, fixée par la convention, des actions à eux attribuées. — Dijon, 27 déc. 1893, Ganterlet, [S. et P. 95.2.166, D. 95.2.59]

1089. — En conséquence, si les actions à eux attribuées ont éprouvé depuis la convention intervenue une baisse considérable, ces créanciers ne sauraient être admis à soutenir, au regard des autres créanciers qui n'ont pas accepté l'attribution d'actions, lors d'une distribution ultérieure faite sur l'actif de la société, qu'ils doivent être considérés comme ayant reçu en à compte sur leurs créances, non pas la valeur donnée aux actions par la convention, mais leur valeur actuelle. — Même arrêt.

1090. — Par identité de motifs, le liquidateur a capacité (à moins de restriction spéciale de ses pouvoirs) pour donner en nantissement des marchandises appartenant à la société. — Paris, 17 mars 1849, Grandjean, [S. 49.2.289, P. 49.1.611, D. 49.2.176] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

1091. — Et il en est ainsi, alors surtout qu'il s'agit de satisfaire à des engagements pris avant la dissolution de la société et de réaliser un nantissement antérieurement promis. — Cass., 5 mars 1850, Grandjean, [S. 50.1.261, P. 50.2.348, D. 50.1.167] — V. Bédarride, n. 486.

1092. — Dans ce cas, les juges qui reconnaissent l'effet obligatoire de cette promesse ne reconnaissent pas pour cela l'existence d'un nantissement dépourvu des formes exigées par l'art. 2074, C. civ., le nantissement n'ayant existé qu'à partir de sa constitution régulière par le liquidateur, et non à partir de la promesse antérieure qui en avait été faite avant la dissolution de la société. — Même arrêt.

1093. — On admet assez généralement en doctrine que, dans le cas où l'actif mobilier n'est pas suffisant pour arriver à l'extinction totale des dettes, le liquidateur a le droit de vendre les immeubles. — Malepeyre et Jourdain, p. 239; Houpin, t. 1, n. 156; Vavasseur, t. 1, n. 243; Troplong, t. 2, n. 1017; Deloi-

son, t. 1, n. 117; Dutruc, *Dict. du content. commerc.*, v° *Société*, n. 605; Pont, t. 2, n. 1957; Bédarride, t. 2, n. 497; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 385. — *Contrà*, Pardessus, t. 3, n. 1074 *bis;* Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 447; Delangle, t. 2, n. 691.

1094. — La jurisprudence a d'abord considéré cependant l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles comme des actes de disposition excédant les pouvoirs des liquidateurs. Jugé en ce sens que l'hypothèque consentie, après la dissolution de la société, sur les immeubles sociaux par l'associé liquidateur, sans le concours ou le pouvoir spécial de son coassocié, ou la vente de ces immeubles, sont sans effet quant à la portion appartenant à celui-ci, et n'affectent que la moitié revenant à l'associé liquidateur. — Cass., 3 août 1819, Delarue et Fromont, [S. et P. chr.] — ... à moins toutefois que ce dernier n'eût reçu, avant la liquidation, une procuration de son coassocié l'autorisant à aliéner les immeubles sociaux en tant que cette aliénation serait nécessaire pour solder les dettes exigibles. — Même arrêt.

1095. — Mais ensuite cette intransigeance a fait place à une théorie transactionnelle. Aujourd'hui la jurisprudence tend à reconnaître au liquidateur d'une société dissoute le droit de vendre les immeubles dépendant de la société, lorsque ces immeubles sont impartageables en nature, et que le produit de leur vente doit servir à acquitter les dettes de la société. — Bordeaux, 30 mars 1886, Rousseau, [S. 88.2.181, P. 88.1.979, D. 86.2.284]

1096. — Et la vente des immeubles peut être réalisée à l'amiable par le liquidateur, alors même qu'il existerait parmi les intéressés des mineurs ou autres incapables. Cette solution est une conséquence logique de la survie de la personnalité de la société. — Cass., 13 mars 1866 (motifs), Mercier, [S. 67.1.333, P. 67.882, D. 67.1.222]; — 15 nov. 1887, Guignier, [S. 88.1.410, P. 88.1.1025, et le rapport de M. le conseiller George-Lemaire, D. 88.1.293]

1097. — Jugé aussi que le liquidateur d'une société, auquel les pouvoirs les plus étendus ont été conférés par justice, a le droit de provoquer, sans autorisation spéciale des membres de la société, la vente aux enchères d'un immeuble social impartageable en nature. — Cass., 24 juill. 1871, Loubet, [S. 71.1.47, P. 71.155, D. 71.1.199]

1098. — Par contre, la jurisprudence a décidé que le liquidateur d'une société dissoute ne peut, sans un pouvoir exprès, hypothéquer les immeubles sociaux pour dettes de la société. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1783.

1099. — Nous considérons avec une partie importante de la doctrine cette antithèse entre l'aliénation et l'hypothèque comme inacceptable. Vainement fait-on remarquer que l'hypothèque doit être interdite, puisqu'elle constituerait une charge nouvelle. Autre chose en effet est engager des opérations nouvelles, ce que le liquidateur n'a pas le droit de faire; autre chose est liquider les opérations en cours, fût-ce au prix d'engagements nouveaux, qui au fond ne grèvent pas le budget social, mais l'allègent plutôt en ce qu'ils permettent de solder plus rapidement le passif ancien. Dès l'instant que l'on reconnaît au liquidateur la faculté de donner en nantissement des valeurs sociales pour garantir l'exécution d'engagements sociaux régulièrement contractés (V. *suprà*, n. 1090 et s.), il semble difficile de lui dénier la faculté de constituer une hypothèque pour le même objet. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 386; Pont, t. 2, n. 1958.

1100. — Par identité de motifs, nous reconnaîtrons également au liquidateur le droit d'obliger aussi les associés par les négociations ou endossements qu'il ferait à des tiers des effets appartenant à la société. Car la cession d'effets est, surtout en matière de commerce, un mode de règlement consacré par l'usage. — Rouen, 12 avr. 1845, Gosselin, [S. 46.2.565, P. 48.1.651, D. 50.2.2]; — 26 août 1845, Lemaître, [*Ibid.*] — *Sic*, Malepeyre et Jourdain, n. 526; Vincens, p. 362; Delangle, t. 2, n. 699; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 389. — *Contrà*, Troplong, t. 2, n. 1012; Frémery, *Etudes de dr. comm.*, ch. 12, p. 69.

1101. — Il est même certaines dettes nouvelles dont la société, quoique dissoute, peut être tenue, et que le liquidateur peut se voir contraint d'acquitter. Telles sont les dettes nées *quasi ex en delicto*. C'est ainsi qu'une société en liquidation qui, par ses agissements, amène les tiers à croire que ses préposés ont toujours le droit de contracter pour elle, se rend coupable d'un quasi-délit, et peut, à titre de réparation, être condamnée à exécuter les contrats passés en son nom dans ces conditions. — Cass., 13 mai 1890, Comp. d'assurances *le Cercle-transports*, [S. et P. 93.1.468, D. 90.1.474] — Sur la responsabilité encourue par la société à raison des actes du liquidateur, V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 711.

1102. — En principe, les tiers qui ont contracté avec le liquidateur sont des créanciers sociaux, ayant les mêmes droits, mais n'ayant que les droits des créanciers sociaux ordinaires. Toutefois, la jurisprudence a une tendance marquée, par une imitation des lois sur la faillite, à leur reconnaître un privilège. Jugé que ceux qui ont fait au liquidateur d'une société commerciale les fournitures nécessaires pour maintenir en activité une usine exploitée par la société, ont droit d'être payés sur l'actif social, par préférence aux créanciers de la société, du montant de ces fournitures, comme rentrant dans la catégorie de frais faits pour la conservation de la chose (C. civ., art. 2101). — Dijon, 17 mars 1862, Avril, [S. 62.2.329, P. 63.73, D. 62.2.94] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 402. — Sur les privilèges dont jouissent les tiers pour les avances faites au liquidateur, V. aussi *suprà*, v° *Privilèges*, n. 132 et s.

1103. — Et il en est ainsi même pour les fournitures que le gérant de la société avait commandées avant la dissolution de celle-ci, mais qui ont été reçues après cette dissolution par le liquidateur. — Même arrêt.

1104. — Le paiement, effectué par le liquidateur d'une société, de prix de fournitures faites à celle-ci avant sa dissolution ne saurait, même au cas de faillite de cette société, être imputé sur le montant d'autres fournitures faites plus tard au liquidateur lui-même. — Même arrêt.

1105. — Le liquidateur ne doit pas seulement payer les dettes de la société; il doit aussi recevoir et, à défaut de paiement spontané de la part du débiteur, poursuivre par toutes les voies de droit le recouvrement des créances sociales. — Cass., 19 nov. 1849, Nicolas, [S. 50.1.31, P. 50.1.662, D. 50.1.28]; — 16 janv. 1867, Février, [S. 67.1.173, P. 67.400]

1106. — En conséquence, c'est à lui, et à lui seul, en sa qualité de représentant légal de la société, — dont la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation, — qu'il appartient d'ester en justice au nom de la société, tant en demandant qu'en défendant. — Mêmes arrêts. — Pour plus de développements sur l'exercice des actions sociales par le liquidateur, V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*.

1107. — Jugé également qu'à l'égard des tiers, la société se continue en la personne de ses liquidateurs; et en même temps que ceux-ci doivent remplir les engagements contractés par la société, ils ont le droit de contraindre les tiers au paiement de ce qu'ils doivent à la société. — Douai, 17 juill. 1841, Zacharie, [P. 41.2.382] — L'associé, même, qui, comme particulier, et en dehors de sa qualité de sociétaire, a passé des marchés avec la société dont il faisait partie, est tenu, encore bien que la société ait été dissoute et se trouve en liquidation, d'exécuter ces marchés vis-à-vis des gérants liquidateurs. — Même arrêt.

1108. — Mais, quelque étendu que soit son mandat, le liquidateur ne peut, à moins d'y avoir été spécialement autorisé, ni compromettre sur les droits sociaux... — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 158 et s.

1109. — ... Ni transiger au nom de la société, d'où il suit que la ratification du liquidateur ne pourrait avoir pour effet de rendre obligatoire à l'égard des autres associés la transaction consentie par quelques membres d'une société. — Paris, 18 juin 1828, Devaux, [P. chr.] — La véritable formule nous paraît, en la matière, avoir été donnée par Bédarride (n. 489). — Cet auteur, après avoir dit que les associés ont le droit de conférer au liquidateur tous les pouvoirs dont ils pourraient user eux-mêmes, tire du silence qu'ils ont gardé dans l'acte qui confère au liquidateur sa mission, la conséquence qu'ils ont entendu lui refuser le pouvoir dont il s'agit pour le réduire à la condition d'un mandataire général privé du libre exercice des biens, droits et actions sur lesquels il s'agit de transiger et de compromettre. De ce que dans bien des cas les associés, déterminés par la bonne foi du liquidateur, ou par les résultats heureux de ses opérations, ont ratifié les compromis ou transactions signés par lui, on ne peut conclure que la loi qui règle d'une manière expresse les limites du mandat du liquidateur doive être mise en oubli.

1110. — Il n'a pas non plus qualité pour procéder au partage. Son mandat, en effet, est de le préparer, non de l'effectuer, à moins qu'un pouvoir exprès ne lui ait été donné à cet effet. —

Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 391. — V. au surplus sur les actes que le liquidateur peut ou ne peut pas faire, — et sur les différences caractéristiques entre le failli et le liquidateur au point de vue de l'arrêt du cours des intérêts, de l'exigibilité des dettes à terme, etc., *infrà*, v° *Sociétés commerciales*.

§ 3. *Compte de gestion. — Clôture de la liquidation.*

1111. — I. *Absence d'obligation personnelle du liquidateur.* — Conformément aux principes généraux de mandat (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 768 et s.), le liquidateur n'est pas tenu, en principe, au paiement des dettes qu'il a contractées, alors qu'il a agi en cette qualité. — C'est ainsi que les frais des instances engagées par lui pour le recouvrement des créances sociales sont à la charge exclusive de la société. — Cass., 23 mars 1886, Bachellerie, [S. 90.1.398, P. 90.1.963]

1112. — Et le liquidateur ne peut y être condamné sous son nom personnel, et sans répétition, que si les juges déclarent qu'il a compromis les intérêts de son administration. — Même arrêt.

1113. — Par identité de motifs, le liquidateur qui a, de ses propres deniers, payé une dette de la société, a un droit de recours contre la société et contre les associés. Sur la question de savoir s'il est investi d'un privilège pour le recouvrement de ses avances, et de quel privilège, V. *infrà*, v° *Sociétés commerciales*, et *suprà*, v° *Privilèges*, n. 132 et s.

1114. — Il peut, d'ailleurs, résulter des circonstances que le liquidateur n'ait aucun recours contre les associés. Jugé à cet égard que celui qui se charge à forfait et à ses risques et périls de la liquidation d'une société, sachant qu'il y a litige sur le point de savoir si des associés éliminés sont tenus des dettes sociales, ne peut, dans le cas où les éliminés seraient depuis jugés ne rien devoir, exercer un recours contre les associés, en restitution des sommes qu'il aurait déboursées dans la liquidation. — Cass., 5 juill. 1837, Sillac-Lapierre, [S. 37.1.765, P. 37.2.370]

1115. — Jugé encore que bien qu'en règle générale, une société formée dans le but de faire la liquidation d'une maison de commerce puisse être réputée avoir pris à sa charge les dettes de la maison qu'il s'agit de liquider, et celles qui seraient contractées pour le compte de la liquidation, cependant, il peut résulter des circonstances et des conventions des parties, que cette société ou les associés qui la composent ne soient pas personnellement tenus de ces dettes, et qu'ils n'aient pas d'autre engagement que celui de les payer avec les valeurs dépendant de l'entreprise à liquider et les produits de cette entreprise. — Cass., 21 nov. 1848, Bouhault, [S. 49.1.263, P. 49.2.254, D. 49.1.252]

1116. — II. *Responsabilité du liquidateur.* — Etant un mandataire, le liquidateur peut être déclaré responsable de toute négligence grave ou faute lourde par lui commise. Jugé, en ce sens, que la liquidation d'une société dissoute peut être déclarée responsable de l'absence de production à la faillite de l'un des débiteurs de la faillite, ou du défaut de renouvellement de l'inscription d'une hypothèque de la société. — Cass., 21 nov. 1893, Cons. Argaud, [S. et P. 96.1.13, D. 94.1.269] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 395.

1117. — Jugé, d'autre part, que les liquidateurs d'une société ne peuvent disposer, à leur profit, comme sociétaires, et au profit de leurs coparticipants, que des fonds restant libres après l'extinction des dettes et charges qui grèvent cette société. — Cass., 28 janv. 1884, de Marc et Donnat, Liquid. de la Soc. des charbonnages du Nord, [S. 86.1.465, P. 86.1.114 et la note de M. Lyon-Caen, D. 84.1.115]

1118. — Par suite, si les liquidateurs, contrairement aux prescriptions de la loi et des actes dont ils tiennent leur mandat, répartissent, entre eux et leurs coassociés, une somme provenant de la liquidation, alors que les obligataires n'étaient point désintéressés, sans prendre aucune mesure pour rentrer, si besoin était, dans la disposition de cette somme, s'en remettant à des tiers pour l'acquit des dettes sociales, les liquidateurs peuvent être considérés comme ayant commis une faute engageant leur responsabilité envers les obligataires lésés, et les actionnaires peuvent être condamnés à rendre les sommes qu'ils ont indûment perçues. — Même arrêt. — V. sur le principe de la responsabilité des liquidateurs envers les créanciers sociaux, Aubry et Rau, t. 4, p. 754, § 446; Demolombe, t. 31, n. 479; Laurent, t. 20, n. 388 et s.

1119. — Dans ce cas, les liquidateurs peuvent être condamnés à payer aux obligataires, à titre d'indemnité, le montant intégral des obligations, s'il est constaté que, sans faute des liquidateurs, les obligataires l'auraient touché dans la liquidation. — Même arrêt.

1120. — De leur côté, les actionnaires peuvent être condamnés à restituer, par égales portions, la somme totale qui a été payée, s'ils refusent de faire connaître la somme touchée par chacun d'eux. — Même arrêt.

1121. — Mais le liquidateur qui se retire ne peut, sauf les cas de collusion, être déclaré responsable de la gestion du liquidateur qui le remplace. — Cass., 8 août 1849, Colpette-Granger, [S. 49.1.679, P. 50.1.60, D. 49.1.309]

1122. — Jugé, d'autre part, que comme tout autre mandataire, le liquidateur d'une société même commerciale ne peut, sans le consentement des coïntéressés, s'adjoindre un autre liquidateur ou substituer la liquidation, en tout ou en partie, sur la tête d'une autre personne. — Aix, 11 janv. 1828, Monod, [S. et P. chr.] — Et s'il l'a fait néanmoins, le liquidateur adjoint ou substitué n'a pas, pour raison des sommes qu'il a payées à l'acquit de la liquidation, une action directe en répétition contre les coïntéressés qui ne l'ont pas reconnu. Il n'a d'action directe en ce cas que contre le liquidateur titulaire qui l'a nommé, et ne peut atteindre les coïntéressés que par action indirecte, c'est-à-dire comme exerçant les droits du liquidateur titulaire. En conséquence, il est passible de toutes les exceptions opposables au liquidateur titulaire. — Même arrêt.

1123. — III. *Compte de gestion.* — Le liquidateur d'une société dissoute doit rendre compte de sa gestion aux associés. La liquidation n'est terminée et ne peut être clôturée que lorsque ce compte a été régulièrement rendu, et approuvé par les associés.

1124. — Ce compte est dû à tous les intéressés : s'il n'était rendu qu'à certains d'entre eux, par exemple aux héritiers de l'associé dont le décès a dissous la société, il serait inopposable aux autres associés. — Cass., 4 févr. 1852, Germain, [S. 52.1.245, P. 52.1.427, D. 52.1.82]

1125. — Dans ce compte de gestion, il ne sera fait état que du capital des sommes touchées. En d'autres termes, le liquidateur d'une société, de même que le mandataire ordinaire (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 484 et s.), ne doit les intérêts des sommes dont il est reliquataire, à défaut de mise en demeure, que si ses mandants établissent qu'il les a employés à son usage. — Cass., 5 nov. 1873, Maiffredy, [S. 74. 1. 60, P. 74. 132, D. 73.1.454]

1126. — Jugé, à cet égard, que lorsqu'une société existant entre deux individus a été dissoute, et que l'un d'eux, nommé liquidateur, s'est porté adjudicataire du fonds de commerce dépendant de cette société, c'est au compte de liquidation qu'il faut s'attacher pour savoir ce dont il se trouve débiteur envers son coassocié, même tombé en faillite postérieurement à l'adjudication et sans avoir égard au concordat qui lui aurait été accordé. — Cass., 2 janv. 1849, Serrassaint, [S. 49.1.176, P. 49.1.304, D. 49.1.85]

1127. — Il en est ainsi bien que l'associé adjudicataire se soit soumis, par le cahier des charges, à payer son prix d'adjudication comptant; il n'en conserve pas moins le bénéfice des répétitions, compensations et déductions légalement opposables à son coassocié. — Même arrêt.

1128. — Jugé aussi que si, sans attendre le résultat de la liquidation, l'associé adjudicataire a payé, préalablement et sauf à régler, au syndic de la faillite de son coassocié, une somme supérieure à celle dont il se trouve débiteur d'après le compte de liquidation, il peut répéter contre ladite faillite, même postérieurement à l'homologation du concordat, la somme qu'il a payée en trop, alors même qu'il n'aurait fait aucune production ni aucune demande dans les diverses assemblées de la faillite; qu'en effet les art. 491 et s., C. comm., relatifs à l'affirmation des créances, et l'art. 516, concernant les effets du concordat, sont applicables seulement aux créanciers du failli antérieurs à la faillite, et non à ceux dont la créance, ayant une cause postérieure à la faillite et procédant d'un quasi-contrat avec la masse des créanciers, tel, par exemple, que le paiement de l'indu, constitue des droits à exercer contre cette masse. — Même arrêt.

1129. — IV. *Clôture de la liquidation.* — Il appartient aux

juges du fond de fixer souverainement l'époque de la clôture de la liquidation. — Cass., 18 déc. 1883, Lemaire, [S. 86.1.27, P. 86.1.394, D. 84.1.402]

1130. — En conséquence, et par application du principe qui autorise le demandeur à assigner les divers défendeurs devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, les héritiers de l'un des associés sont régulièrement appelés en déclaration de jugement commun avec les liquidateurs de la société, devant le tribunal du siège social, par un créancier, à raison d'un engagement social, lorsqu'il est constaté en fait, que la liquidation n'était pas close, quand l'action a été intentée par le créancier contre les liquidateurs. — Même arrêt.

1131. — Mais une société est réputée liquidée lorsque, après sa dissolution, un des associés s'est reconnu débiteur envers l'autre comme reliquataire de sommes dépendant de l'actif social; en cet état, la demande formée contre ces anciens associés doit être portée non devant le tribunal du lieu où la société avait été établie, mais devant le tribunal de leur domicile. — Cass., 18 août 1840, Barbet, [S. 40.1.836, et la note de M. Massé, P. 40.2.293] — V. sur le principe, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 403.

1132. — Jugé d'ailleurs que, lorsque dans l'acte portant règlement ou liquidation d'une société, les parties sont convenues qu'elles se feraient raison des erreurs ou omissions qui pourraient avoir été commises, chacune d'elles est recevable à relever même les erreurs autres que les erreurs de calcul : la prohibition portée par l'art. 541, C. proc. civ., est inapplicable en ce cas. — V. *suprà*, v° *Compte (reddition de)*, n. 341.

1133. — Il se peut que l'associé ait entrepris deux séries d'opérations, les unes pour le compte de la société, les autres pour lui-même. Il peut y avoir lieu, en pareil cas, à deux liquidations distinctes, dont la clôture peut intervenir à des dates différentes. — Guillouard, n. 343; Houpin, t. 1, n. 160. — Il a été jugé à cet égard qu'au cas où des associés ont fait une opération particulière, en dehors des opérations sociales, cette opération peut être l'objet d'une liquidation distincte et dont le résultat définitif ne dépend pas de la liquidation des affaires générales de la société. — Cass., 1er mars 1853, Krafft, [S. 53.1.298, P. 53.1.565, D. 53.1.65] — V. aussi *infrà*, n. 1146.

Section III.

Du partage de l'actif social.

1134. — Une fois que les opérations, précédemment décrites, dont se compose la liquidation sont terminées, l'actif réalisé, le passif soldé, et les comptes de liquidation apurés, on entre dans une phase nouvelle, qui est celle du *partage*, c'est-à-dire de la répartition de l'actif net entre les ayants-droit au prorata des droits de chacun.

1135. — On n'est plus, dès lors, en présence d'un être moral, maintenu fictivement jusqu'à l'achèvement de la liquidation, en vue de faciliter la réalisation des biens et de sauvegarder les droits respectifs des divers groupes d'intéressés, mais d'une masse indivise à répartir, en principe, suivant les règles posées par la loi pour le partage des successions, propriété indivise de plusieurs héritiers ou légataires. C'est ce que décide formellement l'art. 1872, C. civ. : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés ». Nous aurons à rechercher, sous les numéros suivants, jusqu'où s'étend cette assimilation, autrement dit quelles sont les règles du partage des successions qu'il convient d'appliquer au partage entre associés, quelles sont celles, au contraire, qu'il convient d'écarter.

§ 1. *Des règles du partage des successions applicables au partage entre associés.*

1136. — Dans les deux cas, avons-nous dit, nous nous trouvons en présence d'une masse indivise. Il convient donc d'appliquer aux communistes, lorsque l'indivision provient d'une liquidation de société, le principe formulé par l'art. 815, C. civ., pour le partage entre cohéritiers. C'est dire qu'aucun des coassociés ne pourra être contraint de demeurer dans l'indivision, nonobstant toutes conventions contraires; mais les intéressés pourront convenir de suspendre le partage et de maintenir l'état d'indivision pour une période de cinq ans au plus, période d'ailleurs indéfiniment renouvelable. — Guillouard, n. 341; Pont, t. 1, n. 778; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 462; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 414 *bis;* Houpin, t. 1, n. 159. — *Contrà*, Duvergier, t. 20, n. 415 et 473.

1137. — I. *Formes du partage.* — Ici s'appliquent, conformément aux prescriptions de l'art. 1872, C. civ., les règles du partage des successions (C. civ., art. 816 et s.). Lors donc que toutes les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, elles peuvent convenir que le partage aura lieu à l'amiable. Le partage n'aura lieu en justice qu'à défaut d'accord entre elles.

1138. — Que si, au contraire, il y a des mineurs ou autres incapables, le partage doit être fait judiciairement (C. civ., art. 466 et 819). On doit alors observer toutes les formes prescrites pour le partage des successions dans lesquelles des mineurs se trouvent intéressés. — Houpin, t. 1, n. 159; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 415. — Pour l'étude de ces formes, V. *suprà*, v° *Partage*, n. 356 et s., et *infrà*, v^is^ *Succession, Tutelle*.

1139. — Le partage peut aussi affecter la forme d'une transaction, mais seulement s'il existe réellement des actions nées ou sur le point de naître. — Amiaud, *Traité form. du notariat*, v° *Partage*, n. 121 et s.; Houpin, t. 1, n. 159. — De plus, s'il y a des mineurs ou des interdits, cette transaction-partage devra être revêtue des formes déterminées par l'art. 467, C. civ.

1140. — ... Ou la forme d'une adjudication *à forfait*, tout au moins entre parties majeures. Jugé, en ce sens, que bien que la liquidation de l'avoir social ait été adjugée « à forfait », par suite d'enchères amiables, à l'un des anciens associés, cet acte peut, à raison des circonstances, être considéré comme ayant le caractère d'un partage; en telle sorte qu'au cas où une créance restée inconnue vient à être découverte depuis l'adjudication par l'associé liquidateur, les autres anciens associés ont droit de réclamer leurs parts dans cette somme. — Cass., 19 mai 1868, Lieutaud, [S. 68.1.442, P. 68.1182, D. 69.1.317]

1141. — L'action en partage peut être intentée par chaque associé (art. 815). Elle peut l'être encore par les héritiers de l'associé prédécédé, ou même par les créanciers de l'un des associés, conformément à l'art. 1166, C. civ. — Guillouard, n. 342; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 414 *bis*.

1142. — L'action en partage doit être intentée contre tous les autres associés. Si elle n'était formée qu'à l'égard d'un associé seulement, celui-ci pourrait exiger que le demandeur mît en cause les autres intéressés. — Guillouard, n. 342. — V. Cass., 4 févr. 1852, Germain (motifs), [S. 52.1.245, P. 52.1.427, D. 52.1.82]

1143. — Mais il n'est pas nécessaire d'appeler dans l'instance des personnes qui, tout intéressées qu'elles soient au règlement définitif, n'ont point elles-mêmes la qualité d'associées, et sont légalement représentées par l'un d'eux. Tel est le cas de la femme de l'associé, qui ne saurait être réputée associée elle-même, à raison du principe de la nullité des sociétés entre époux. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 307 et s.

1144. — En principe, le partage ne peut être demandé que pour la totalité de l'actif social; il ne peut pas l'être seulement pour l'un des éléments de l'actif (Guillouard, n. 343; Houpin, t. 1, n. 160; Laurent, t. 26, n. 408). Jugé en ce sens que, les règles pour le partage des successions étant applicables aux partages des sociétés, un associé est mal fondé à demander le partage d'un objet particulier de la société avant que la consistance de l'actif social ait été établie et qu'il ait été procédé à la liquidation de la société et au règlement de comptes des associés. L'associé qui forme une pareille demande doit être condamné aux dépens. — Bordeaux, 25 avr. 1831, Domecq, [S. 31.2.314, P. chr.]

1145. — Toutefois, nous rappelons qu'au cas où des associés ont fait une opération particulière, en dehors des opérations sociales, cette opération peut être l'objet d'une liquidation distincte, et dont le résultat définitif ne dépend pas de la liquidation des affaires générales de la société. — V. *suprà*, n. 1133.

1146. — Les biens ainsi acquis par l'associé doivent rester en dehors de la masse à partager et peuvent être revendiqués par lui. Jugé en ce sens que, lorsque, pendant l'existence d'une société, un des associés a autorisé son coassocié à renouveler pour son compte personnel la location d'un hôtel garni qui fait partie de l'actif social, le fonds d'hôtel garni et le mobilier de

l'hôtel peuvent être considérés comme n'étant pas restés dans la société, mais comme étant la propriété particulière de l'associé autorisé à faire cette exploitation. — Cass., 20 nov. 1854, Permetty, [S. 56.1.27, P. 56.2.397, D. 55.1.233]

1147. — Il en serait différemment si les opérations traitées par l'associé en son nom propre l'avaient été cependant dans l'intérêt de la société. S'inspirant de cette idée, la cour d'Angers a pu décider que, lorsque des associés ont acquis, en dehors de la société, mais conjointement et indivisément, plusieurs immeubles par divers contrats successifs, on doit, pour procéder au partage de ces immeubles, les réunir en une seule masse (qui, suivant la commodité, sera divisée en lots ou licitée), et non ordonner autant de partages isolés qu'il y a eu d'acquisitions distinctes et de contrats séparés. — Angers, 11 juill. 1827, Paillard-Ducléré, [P. chr.]

1148. — Ainsi que nous l'avons fait observer déjà à propos de la liquidation, la dissolution d'une société n'est pas la seule circonstance qui puisse donner lieu à partage; il en est encore ainsi dans le cas où la société est déclarée nulle après s'être livrée d'ailleurs à certaines des opérations que ses fondateurs avaient en vue. — Guillouard, n. 344.

1149. — II. *Composition de la masse à partager.* — La masse à partager comprend non seulement les biens existants de la société, mais aussi les sommes ou valeurs dont les associés peuvent être débiteurs vis-à-vis d'elle. — Guillouard, n. 345; Houpin, t. 1, n. 164 et s.

1150. — En principe, on doit comprendre, dans l'actif d'une société, toutes les valeurs appréciables, quoique immatérielles, notamment les procédés de fabrication, les brevets, le droit au bail, etc. — Duvergier, t. 20, n. 471; Guillouard, n. 345; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 413. — V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1251 et 1252.

1151. — Remarquons toutefois, en ce qui concerne le droit au bail, que cette règle n'est vraie que relativement au bail des locaux occupés à titre social. Si l'un des associés renouvelait en son privé nom, et du consentement de ses coassociés, le bail d'un local jusqu'alors occupé par la société, ce bail pourrait, suivant les circonstances, être considéré comme faisant partie du patrimoine propre de l'associé et devrait, en ce cas, être distinct du partage des biens sociaux. — Cass., 20 nov. 1854, précité.

1152. — De même, le nom ou le titre d'une société fait partie de son actif, et, comme tel, il doit être compris dans les objets à partager entre les associés lors de la dissolution de la société. Il n'est pas permis à une partie des sociétaires, formant un nouvel établissement, de s'approprier ce titre au préjudice de ceux qui restent étrangers à ce nouvel établissement. — Rouen, 15 mars 1827, S..., [S. et P. chr.] — *Sic*, Guillouard, *loc. cit.* — V. *suprà*, v° *Concurrence déloyale*, n. 325 et s. — Sur les règles spéciales au partage ou à la licitation des fonds de commerce exploités en société, à l'interdiction de se rétablir, etc., V. *infrà*, v° *Société commerciale*.

1153. — III. *Etablissement des comptes entre la société et les associés.* — Lorsque la masse des biens existants est établie, il convient de procéder aux comptes entre les associés et la société (Guillouard, n. 346; Houpin, t. 1, n. 163; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 418 *bis*; Thaller, n. 368). Ce règlement de comptes doit précéder les opérations proprement dites du partage, et, tant qu'il n'a pas été effectué, les associés créanciers peuvent faire repousser comme prématurée l'action de l'associé débiteur, ou présumé tel, tendant à obtenir le partage en nature de certaines valeurs sociales. — Bordeaux, 25 avr. 1831, précité.

1154. — Chaque associé commence par reprendre les choses qu'il n'a apportées dans la société que pour la jouissance, mais dont la propriété est restée la sienne (C. civ., art. 1851).

1155. — Cette première opération terminée, il y a lieu de procéder aux comptes. Pour établir ces comptes, il convient de mettre en regard : 1° les sommes dont chacun des associés peut être, pour une cause quelconque, antérieure ou postérieure à la dissolution, débiteur envers la société, par exemple à raison d'avances en numéraire à lui faites par la caisse sociale, des prélèvements en nature effectués sur l'actif social, remises de marchandises, etc.; 2° les sommes dont, à l'inverse, chaque associé peut être créancier envers la société, pour avances faites à celle-ci, marchandises livrées et non payées, débours divers, bénéfices déposés dans la caisse sociale, travaux effectués pour le compte de la société et impliquant rémunération spéciale, etc... Chacune de ces sommes totalisées constitue un capital productif d'intérêt; il convient donc de joindre ce compte d'intérêts au compte principal pour établir la position respective de la société ou de chacun des associés.

1156. — Le chiffre des sommes dues par la société aux associés, ou inversement, ainsi établi, on dresse la balance des comptes de chacun; la différence constitue le solde, qui est tantôt au passif, tantôt à l'actif de la société. — Guillouard, n. 346; Bedarrides, n. 501; Houpin, t. 1, n. 163.

1157. — Pour l'établissement de tous ces comptes, les livres sociaux, bien que tenus par un seul des associés, font preuve en faveur ou contre tous. — Cass., 17 févr. 1869, Bossard, [S. 69.1.160, P. 69.394, D. 70.1.40] — *Sic*, Guillouard, n. 346; Houpin, t. 1, n. 163; Pont, t. 1, n. 779; Laurent, t. 26, n. 409.

1158. — Doit d'ailleurs être considérée comme une fixation provisoire de droits entre associés, et non comme un véritable règlement de compte, auquel est applicable l'art. 541, C. proc. civ. (qui interdit toute révision de comptes, si ce n'est dans quelques cas spéciaux), un acte dans lequel des associés, après avoir dissous leur société et réglé leurs droits respectifs, stipulent qu'ils se feront raison des erreurs ou omissions qu'ils pourraient avoir commises; en conséquence, les parties sont recevables à relever les erreurs, même autres que les simples erreurs de calcul, qui se trouveraient dans l'inventaire des biens sociaux et, par suite, dans le règlement provisoire dont il a été suivi. — Pau, 9 mai 1831, Palengat, [S. 31.2.210, P. chr., sous Cass., 6 déc. 1832] — V. *suprà*, v° *Compte* (*reddition de*), n. 341.

1159. — Ceux qui allèguent de pareilles erreurs ne sont pas tenus d'en établir la preuve par des documents qui leur auraient été inconnus lors du règlement dont il s'agit; ils peuvent prouver l'erreur par toutes les circonstances propres à la manifester, notamment par l'examen des livres sociaux. — Même arrêt.

1160. — La preuve de l'erreur résulterait suffisamment de ce qu'il serait démontré que des dettes passives portées dans l'inventaire qui a servi de base au règlement y sont évaluées à des sommes plus fortes que dans les livres sociaux. Mais si les livres sociaux ne font aucune mention de quelques-unes des dettes passives comprises dans l'inventaire et dans le règlement intervenu entre les parties, on doit présumer que ces dettes ont été inventoriées d'après d'autres documents que les livres sociaux. — Même arrêt.

1161. — Mais des associés ne peuvent demander la nullité de l'acte de liquidation de leur société par lequel ils se sont donné quittance définitive, et ont renoncé à réclamer sur les erreurs qui auraient pu se glisser dans les comptes, autrement qu'à l'amiable, sans recourir ni aux voies judiciaires, ni aux arbitres. — Cass., 13 févr. 1838, Marchand, [S. 38.1.248, P. 38.1.292] — V. *suprà*, v° *Compte* (*reddition de*), n. 379 et s.

1162. — Sur le point de savoir si, lorsque le coassocié d'une société a rendu son compte à l'un des intéressés, en sa qualité d'administrateur, et qu'il a constitué les autres en demeure d'y être présents, il peut être contraint ultérieurement de rendre à ceux-ci un nouveau compte, V. *suprà*, v° *Compte* (*reddition de*), n. 43.

1163. — Il convient de faire remarquer, au point de vue de l'établissement des comptes entre associés, que l'associé qui se retire de la société avant sa dissolution ou en est exclu en exécution des accords sociaux, n'a droit au partage qu'en ayant égard à l'état des affaires au moment de sa retraite ou de son exclusion. Ici s'applique la disposition de l'art. 1858, C. civ., relative aux héritiers de l'associé décédé. Par suite, cet associé n'a pas droit à la restitution entière de son apport social et de sa part au fonds de réserve; ce serait l'exempter de toute participation aux charges et aux pertes, comme s'il n'avait jamais été associé. — Cass., 10 avr. 1854, Croizat, [S. 55.1.672, P. 55.2.263, D. 54.1.183]

1164. — IV. *Rapport en moins prenant.* — Les règles concernant le partage des successions, la forme du partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers s'appliquant aux partages entre associés (V. *suprà*, n. 1137), il en doit être ainsi notamment des dispositions des art. 829 et 830, C. civ., sur le rapport des dettes. — Cass., 29 mars 1892, en note sous Cass., 15 janv. 1896, Cohen et Bidault, [S. et P. 96.1.497]; — 6 août 1895, Carrère, [S. et P. 99.1.462, D. 96.1.125] — *Sic*, Guillouard, n. 347; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 418 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, 2e éd., t. 3, n. 3011, p. 388, et *Soc.*, n. 487; Deschamps, *Du rapport des dettes*, n. 254 et s. — V. *suprà*, v° *Rapport à succession*, n. 743, 771, 774.

1165. — En conséquence, si l'un des associés détient ou a

reçu des sommes ou valeurs faisant partie de l'actif commun, il en doit tenir compte *en moins prenant* aux autres ayants-droit, lesquels prélèvent, sur les biens composant la masse, une portion égale à celle dont ledit associé est déjà saisi et qu'ils reçoivent non à titre de créanciers, mais à titre de copropriétaires. — Cass., 6 août 1895, précité.

1166. — Et les créanciers personnels de l'associé astreint à ce rapport ne peuvent exercer leurs droits que sur les biens que le partage attribue à leur débiteur après ces prélèvements. — Cass., 29 mars 1892, précité; — 6 août 1895, précité. — Il en est ainsi même d'un créancier hypothécaire. — Mêmes arrêts.

1167. — En d'autres termes, dans ce conflit entre les créanciers de l'héritier débiteur, et les cohéritiers créanciers du rapport, les cohéritiers doivent toujours être préférés, et la faculté de prélèvement qu'ils tiennent de la loi leur permet en tout cas de se payer de ce qui leur est dû, jusqu'à concurrence du moins du montant de l'actif à partager.

1168. — Cette faculté de prélèvements pour les cohéritiers créanciers s'exercera, encore bien que l'un des associés ait été déclaré en faillite avant le partage; les règles dont il s'agit s'imposent au syndic, comme à l'associé lui-même. — Cass., 8 févr. 1882, Vidal, [S. 82.1.224, P. 82.1.533, D. 82.1.317] — Orléans, 14 mars 1883, Méchin, [S. 83.2.159, P. 83.1.827, D. 85.2.25]

1169. — Le syndic ne peut, dès lors, en pareil cas, exiger que le liquidateur de la société verse entre ses mains la partie intégrale revenant au failli, dans l'actif social, sauf à la société à se faire admettre à la faillite pour une somme égale à celle dont l'associé failli est déjà saisi. — Cass., 8 févr. 1882, précité.

1170. — En d'autres termes, lorsque l'un des associés est créancier, et l'autre débiteur, l'associé créancier a droit au prélèvement du montant de sa créance sur le fonds social, et l'associé débiteur doit tenir compte du montant de sa dette, en moins prenant, à la masse restant à partager après le prélèvement de l'associé créancier. — Orléans, 14 mars 1883, précité.

1171. — Peu importe, d'ailleurs, que la société fût irrégulière et ne constituât qu'une simple société de fait. — Même arrêt.

1172. — Jugé de même que l'associé reconnu, par suite de la liquidation de la société, créancier de son coassocié, peut, en paiement de sa créance et jusqu'à concurrence, être déclaré propriétaire du matériel et des effets mobiliers dépendant de l'actif social. — Cass., 29 mars 1836, Pelletreau, [S. 36.1.492, P. chr.]

1173. — A plus forte raison, lorsqu'un associé a reçu comme dépendante de l'actif social une chose qui est reconnue plus tard appartenir personnellement à son coassocié, celui-ci peut-il exercer à cet égard sa reprise lors du règlement de comptes de la société sans être obligé de se pourvoir par action principale — Cass., 8 nov. 1848, Révial, [P. 48.2.594] — La revendication par les associés des objets à eux appartenant indûment compris dans le partage des biens sociaux nous apparaît en effet comme un incident du partage, et l'associé propriétaire ne saurait être obligé d'engager de ce chef une instance séparée.

1174. — V. *Partage en nature et licitation.* — a) *Répartition de l'actif.* — L'actif social net doit être partagé entre les associés conformément aux règles du titre des *successions*. Il convient donc d'étendre au partage entre associés les prescriptions de la loi concernant, soit le partage en nature, soit la licitation.

1175. — Par suite, lorsqu'après la dissolution d'une société, il s'élève une difficulté entre les associés, relativement au mode de partage du matériel de la société, l'un demandant que ce matériel soit partagé entre eux en nature, l'autre voulant qu'il soit licité, la préférence doit être donnée à la voie du partage en nature, comme étant de droit commun (C. civ., art. 826). — Lyon, 23 juill. 1856, Tacussiaux, [S. 58.2.204, P. 58.623, D. 58.2.214] — *Sic*, Guillouard, n. 352; Pont, t. 1, n. 788; Pardessus, t. 3, n. 1082 et 1084; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 423. — *Contrà*, Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 472 et s.

1176. — MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 423) font ressortir en ces termes les considérations décisives qui militent en faveur de l'application de l'art. 826 : « Si l'art. 826 n'était motivé que par la valeur d'affection qu'ont parfois les biens de la succession pour les héritiers, il devrait assurément être écarté en matière de société. Mais il n'en est pas ainsi : l'art. 826 se justifie par un motif purement juridique : le droit de chaque héritier porte sur chaque partie des choses indivises; un copropriétaire doit avoir le droit d'exiger sa part en nature. On convertirait malgré lui son droit en un simple droit de créance, si on l'obligeait à se contenter d'en recevoir la valeur en argent ».

1177. — Il résulte du principe précédent qu'il n'y aura lieu de recourir à la licitation que si les biens sociaux ne peuvent se partager commodément (C. civ., art. 827).

1178. — Si tous les intéressés sont majeurs et d'accord, la licitation peut avoir lieu, soit par adjudication amiable devant notaire, soit par vente de gré à gré.

1179. — L'adjudicataire peut être, soit l'un des coassociés, auquel cas l'opération sera traitée comme partage (sur le caractère déclaratif du partage, V. *infrà*, n. 1187), soit un étranger, et dans ce dernier cas on appliquera les règles de la vente.

1180. — S'il y a, au contraire, des mineurs, des interdits ou des absents, la licitation ne pourra avoir lieu qu'en justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs. Les étrangers y seront toujours admis, nonobstant toutes clauses contraires (C. civ., art. 839). — Vincens, *Législ. comm.*, t. 3, p. 364 et 365, n. 4; Delangle, n. 704; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 415; Houpin, t. 1, n. 162. — V. cependant Pardessus, t. 3, n. 1084; Troplong, t. 2, n. 1007 et 1008.

1181. — Jugé, en ce sens, que bien que les associés soient convenus qu'en cas de dissolution de la société les immeubles ne seraient licités qu'entre eux, néanmoins, s'il y a des mineurs à l'époque de cette dissolution, la licitation doit nécessairement se faire en y appelant les étrangers et suivant les dispositions des art. 460, 839 et 1687, C. civ. — Rouen, 26 juin 1806, Bunel, [S. et P. chr.]

1182. — De même encore, dans la formation et composition des lots, on devra se conformer, autant que possible, aux règles édictées dans l'art. 832, C. civ.

1183. — Quant aux proportions dans lesquelles l'actif net, doit se répartir entre les ayants-droit, il convient de se référer aux stipulations du pacte social (pourvu toutefois que les stipulations ne tombent pas sous le coup de la prohibition de l'art. 1855, C. civ.), ou, à défaut d'indication dans les statuts, aux prescriptions de l'art. 1853, C. civ. (répartitions proportionnelles aux apports, l'apport en industrie étant réputé égal au plus faible des apports en nature). — V. à cet égard, *suprà*, n. 242 et s.

1184. — Les stipulations du pacte social, disons-nous, doivent en principe être respectées. En conséquence, celui qui a apporté dans une société, en même temps que son industrie, le simple usage d'un brevet dont il était en possession et qui, de fait, a été exploité par ses soins avec bénéfices dans l'intérêt de tous, est en droit d'exiger, lors de la dissolution de la société, que sa situation d'associé soit réglée conformément aux stipulations du pacte social, sans que, pour l'écarter comme n'ayant pas versé une mise sérieuse, ses coassociés soient admis à prétendre que ledit brevet était nul ou frappé de déchéance. — V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1241 et s.

1185. — A la suite du partage en nature, remise doit être faite à chacun des copartageants des titres particuliers aux objets qui lui sont échus. Quant aux titres communs à tout l'actif, ils seront remis à celui que tous les associés ont choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants, à toute réquisition (C. civ., art. 842). L'associé dans le lot duquel des créances ont été placées a donc le droit, pour en faciliter le recouvrement, de demander la communication des registres sociaux à l'associé qui en a été constitué le dépositaire. — Douai, 25 mai 1841, Kent-Peéron, [P. 42.1.79]

1186. — Remarquons du reste qu'en certains cas, par suite des comptes respectifs entre associés, le partage se réduira à une attribution de tout l'actif à l'un des copartageants. — V. *suprà*, n. 1172.

1187. — b) *Effets du partage.* — A ce point de vue, le partage entre associés doit être assimilé au partage de succession, spécialement en ce qui concerne l'effet déclaratif du partage. En d'autres termes, et conformément à l'art. 883, C. civ., chaque coassocié est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des biens sociaux attribués à ses coassociés.

1188. — Ce principe est constant en jurisprudence et en doctrine, et il a été jugé maintes fois que les partages de biens sociaux ont un *effet rétroactif* (ou déclaratif) au même titre que les partages de biens successoraux. — Cass., 8 févr. 1882, Soc.

Cerf-Marchand, [S. 82.1.224, P. 82.1.533, D. 82.1.317] — Metz, 31 déc. 1867, Bidault, [S. 69.2.5, P. 69.85, D. 68.2.145] — Orléans, 14 mars 1883, Syndic Michin, [S. 83.2.153, P. 83.1.827, D. 85.2.25] — *Sic*, Pothier, n. 179; Pont, *Priv. et hyp.*, t. 1, n. 512; Troplong, *Soc.*, t. 2, n. 860, et *Hypoth.*, t. 2, n. 434; Persil, *Quest.*, t. 1, p. 240; Massé, *Dr. comm.*, t. 4, n. 3060, Tessier, *De la dot*, t. 2, n. 137; Thiry, *Rev. crit.*, 1854, t. 5, p. 414; Guillouard, n. 355; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 425; Colmet de Santerre, t. 8, n. 68 *bis*-I; Houpin, t. 1, n. 169. — V. cependant, mais seulement pour le cas où la société serait entachée de nullité faute de publicité, Cass., 23 mars 1825, Setteg, [S. et P. chr.]

1189. — En conséquence, l'adjudication sur licitation d'un immeuble social, au profit de l'un des associés, fait disparaître toutes les charges réelles dont cet immeuble a pu être grevé pendant la société du chef de l'autre associé, et notamment l'inscription d'hypothèque légale prise par la femme de celui-ci. — Metz, 31 déc. 1867, précité. — Mêmes auteurs. — V. aussi *suprà*, v° *Partage*, n. 1102 et 1103.

1190. — ... Alors surtout que cette dernière a contracté solidairement avec son mari, dans le procès-verbal d'adjudication, l'engagement de « garantir la vente contre tous troubles, dettes, hypothèques, évictions, surenchères et autres empêchements quelconques ». — Même arrêt. — Et un tel engagement peut être invoqué aussi bien par le mari, engagé solidairement avec sa femme envers l'acquéreur, que par ce dernier lui-même. — Même arrêt.

1191. — Il convient d'ailleurs de faire remarquer que l'art. 883 ne déclare pas nulles les hypothèques constituées par chaque communiste, pour sa part et portion, sur les immeubles indivis. Ainsi, la part d'un associé dans les immeubles d'une société dissoute par la consommation de l'affaire pour laquelle elle avait été formée (le dessèchement de marais), peut être hypothéquée par cet associé, bien que les immeubles soient encore à l'état d'indivision. On dirait à tort que cette part indivise ne constitue qu'une action sociale essentiellement mobilière. En pareil cas, le jugement qui charge un associé de la gestion des intérêts restés communs entre tous les membres de l'association ne fait pas revivre l'ancienne société et ne met pas obstacle à ce que les parts indivises soient hypothéquées. — Cass., 8 févr. 1847, Alloneau, [S. 48.1.43, P. 48.1.149] — Mais l'hypothèque ainsi constituée est affectée d'une condition résolutoire. Elle produira son plein effet si l'immeuble est mis dans le lot du constituant; elle vaudra pour sa part s'il est attribué à un étranger; enfin, elle s'évanouira s'il est attribué à tout autre associé. — Même arrêt (motifs). — V. *suprà*, v^is *Hypothèque*, n. 1677 et s.; *Indivision*, n. 107 et s.

1192. — On peut donc considérer comme acquise l'idée que le partage des sociétés produit un effet rétroactif. Mais le même accord n'existe pas quant au point de savoir si le partage qui suit la dissolution d'une société rétroagit dans le passé jusqu'au début de la société même, ou seulement jusqu'au jour où, la société étant dissoute, l'indivision pure a cessé de subsister. Avant d'indiquer la solution à laquelle il convient de se rattacher, indiquons très-brièvement les intérêts de la question. Et à ce sujet, éliminons tout d'abord un intérêt, concernant le maintien ou la disparition de l'hypothèque légale de la femme de l'associé, que l'on serait tenté de rattacher à cette controverse, et qui, en réalité, en est indépendant. La vérité est que, si l'on admet le principe du partage déclaratif, l'hypothèque légale de la femme de l'associé ne frappera *jamais* les immeubles mis dans le lot de son coassocié, à quelque époque que l'on croira faire remonter le droit de l'attribution du lot. Si, en effet, l'on admet que la société civile soit une personne morale et que l'on ne fasse remonter conséquemment l'effet du partage qu'au jour de la dissolution, l'associé sera censé tenir l'immeuble de la société dissoute, et non de son coassocié; aucune hypothèque n'aura donc pu, du chef de ce dernier, frapper l'immeuble. Que si l'on rejette l'idée de personnalité morale, les choses devront se passer comme si les biens sociaux avaient toujours appartenu indivisément aux coassociés, et, par conséquent, l'associé attributaire de l'immeuble devra être considéré comme le tenant directement du précédent propriétaire : en ce cas encore, l'hypothèque légale ne saurait l'atteindre.

1193. — La controverse n'en présente pas moins plusieurs intérêts pratiques importants, notamment aux points de vue suivants : 1° Si l'on admet que le partage rétroagit jusqu'aux origines mêmes de la société, l'hypothèque constituée par l'associé, pour sa part en partage, sur un immeuble social dès avant la dissolution doit être tenue pour valable; tandis que si l'effet déclaratif du partage ne remonte qu'au jour de la dissolution, cette hypothèque sera valable ou nulle, abstraction faite du résultat du partage, suivant la solution que l'on adopte sur la question controversée de savoir si l'hypothèque de la chose d'autrui, nulle en principe, est validée par l'acquisition ultérieure qu'en fait le constituant. — Sur cette dernière controverse, V. notamment, Aubry et Rau, t. 2, § 266, note 1; Colmet de Santerre, t. 9, n. 92 *bis*-IV. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1797 et s.

1194. — 2° Si le partage rétroagit jusqu'au début de la société, l'associé qui se serait marié avant sa dissolution, sous le régime de la communauté, conserverait comme propre l'immeuble placé dans son lot, tandis que cet immeuble serait réputé acquêt dans l'opinion adverse. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 495 *bis*, *in fine*.

1195. — Les intérêts de la controverse ainsi dégagés, à quel système convient-il de se rattacher? Il est évident que si l'on dénie toute personnalité morale aux sociétés civiles, il convient d'admettre la rétroactivité du partage jusqu'aux origines mêmes du pacte social. Mais la réciproque est-elle exacte, et si l'on admet avec la jurisprudence la personnalité des sociétés civiles, la solution inverse s'impose-t-elle, et faut-il nécessairement dire que le partage ne rétroagit que jusqu'au jour de la dissolution du pacte social?

1196. — On l'a contesté par un raisonnement assez spécieux, et quelques auteurs, tout en admettant la personnalité morale des sociétés civiles, ont cru pouvoir décider que l'effet déclaratif du partage rétroagissait jusqu'au début du pacte social. « L'effet rétroactif, dit Troplong (*Soc.*, t. 2, n. 1066), ne trouvant plus la personne civile, agit en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des choses, n'a pas cessé d'être en état d'indivision ». En d'autres termes, et plus simplement, l'art. 883 aurait pour résultat de faire considérer la personnalité dissoute comme n'ayant jamais existé, même dans le passé. — V. Bédarride, t. 2, n. 511; Duranton, t. 17, n. 480.

1197. — Cette thèse nous paraît tout à fait inconciliable avec le texte et l'esprit de l'art. 529, C. civ., lequel déclare *meuble*, à l'égard des associés *tant que dure la société*, les actions et parts d'intérêt dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, et ne contient aucune allusion à cette prétendue cause de résolution de la personnalité morale de la société, affirmée au texte sans condition ni réserves. Aussi n'hésitons-nous pas à admettre, avec la majorité des auteurs, que l'effet déclaratif du partage ne rétroagit qu'au jour de la dissolution de la société. — Pont, t. 2, n. 1986; Lyon Caen et Renault, t. 2, n. 425 *bis*; Houpin, t. 1, n. 169; Demolombe, t. 9, n. 421; Mourlon, *Transcription*, t. 1, n. 293 et s.; Bugnet, sur Pothier, n. 179, note; Duvergier, t. 20, n. 478; Delangle, t. 2, n. 707; Alauzet, t. 2, n. 503; Vavasseur, t. 1, n. 248; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 465; Colmet de Santerre, t. 8, n. 62 *bis*-II.

1198. — Le partage entre associés doit également être assimilé au partage de succession au point de vue de la garantie en cas d'éviction. Il convient d'appliquer ici, purement et simplement, les art. 884 et 885, C. civ. (V. *suprà*, v° *Partage*, n. 1107 et s.). Jugé, en ce sens, que lorsqu'un des associés a repris un immeuble appartenant à la société pour sa part dans l'actif, et qu'il en est ensuite évincé, il a le droit de prendre sur ce même actif la valeur de cet immeuble au préjudice des créanciers particuliers de ses coassociés. — Cass., 20 mai 1824, Bertrand, [S. et P. chr.] — V. Pont, t. 1, n. 792; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 425; Guillouard, n. 357; Houpin, t. 1, n. 168.

1199. — c) *Voies de recours contre le partage.* — Le partage d'une société peut être attaqué pour lésion *de plus du quart*, sous les conditions déterminées par l'art. 887, C. civ. — Cass., 26 mai 1897, Bertrand et Masson, [S. et P. 98.1.347, D. 98.1.99] — *Sic*, Pothier, n. 174; Aubry et Rau, t. 4, § 385, p. 573; Guillouard, n. 354; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 425; Houpin, t. 1, n. 168. — V. *suprà*, v° *Lésion* (rescision pour cause de), n. 422 et s. — L'action se prescrit par dix ans à compter du jour du partage (art. 1304 et 887 cbn.). — V. *suprà*, v° *Lésion* (rescision pour cause de), n. 593 et s.

1200. — Mais l'art. 887 se suffit à lui-même, et il ne saurait être question de transporter ici la règle de l'art. 1854, C. civ., lequel prévoit le cas où, dans le silence de l'acte de société, les associés conviennent de s'en rapporter à un tiers pour le règlement de la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les

pertes, et déclare ce règlement susceptible d'être attaqué, s'il est évidemment contraire à l'équité (V. *suprà*, n. 285 et s.). Ce règlement n'est pas le partage, qui ne sera fait qu'ultérieurement en composant les lots avec les biens sociaux d'après le quantième déterminé par le règlement.

1201. — Aussi est-ce à bon droit que la Cour de cassation a décidé que l'art. 1854, C. civ., autorisant à attaquer, dès qu'il est évidemment contraire à l'équité, le règlement fait par un tiers des parts des associés, ne se réfère qu'à l'hypothèse du mandat confié à ce tiers de régler les parts des associés, c'est-à-dire de fixer *in abstracto* la proportion dans laquelle chaque associé devra participer aux bénéfices et contribuer aux pertes, cas tout à fait distinct de celui où les associés, pour les opérations divisoires elles-mêmes, s'en sont rapportés à un tiers; ces opérations ne sont alors rescindables que pour violence, dol ou lésion de plus du quart, conformément à l'art. 887. — Cass., 26 mai 1897, précité.

1202. — En conséquence, la demande d'un des associés en résolution de la liquidation de la société pour estimation insuffisante d'un fonds de commerce adjugé à un autre associé, est, à bon droit, repoussée, si les conclusions n'invoquent pas d'une manière précise une lésion de plus du quart. — Même arrêt. — Or, la lésion ne peut naître qu'autant que, même après la réunion des divers partages partiels auxquels il peut avoir été procédé, la portion que l'un des associés aurait reçue serait inférieure de plus du quart à celle qu'il aurait dû recevoir. — Bédarride, n. 514.

1203. — Hormis cette hypothèse, et pourvu toutefois qu'il ne soit entaché ni de dol, ni de violence, le partage est irrévocable. Il en est ainsi surtout lorsque est intervenu un jugement d'homologation du partage. Jugé, à cet égard, que, lorsqu'un premier arrêt passé en force de chose jugée a décidé que les produits de l'immeuble social postérieurs à une époque déterminée devraient seuls être compris dans un compte de société, les juges ne peuvent ultérieurement, sans violer l'art. 1351, C. civ., décider que le compte comprendra même les produits détachés du sol avant cette époque et mobilisés, mais qui n'auraient pas été vendus. En vain, pour arriver à une pareille décision, les juges invoqueraient-ils l'acte de société et l'exécution qu'il aurait pu recevoir. En effet, lorsque le dispositif d'un premier arrêt passé en force de chose jugée est tellement clair que toute interprétation est impossible, le second arrêt, qui, rendu en exécution du premier, en modifie plusieurs dispositions, doit être cassé pour violation de la chose jugée. — Cass., 8 nov. 1848, Révial, [P. 48.2.594] — Sur le principe, V. *suprà*, v° *Chose jugée*.

§ 2. *Des règles du partage des successions, inapplicables au partage entre associés.*

1204. — L'art. 1872, d'après lequel les règles concernant le partage des successions s'appliquent aux partages entre associés ne concerne pas les règles qui, par leur nature, sont toutes spéciales aux partages entre cohéritiers. De cette idée générale découlent les conséquences suivantes : 1° Les intérêts des sommes dues après liquidation, par un associé à un autre, ne courent qu'à partir de la demande en justice selon les principes de l'art. 1153 (du jour de la sommation de payer, depuis la loi du 7 avr. 1900), et non à partir de la dissolution de la société, par analogie avec les prescriptions de l'art. 856, C. civ. — Cass., 24 févr. 1879, Bourreau, [S. 79.1.169, P. 79.409, D. 79.1.103] — *Sic*, Guillouard, n. 349; Pont, t. 2, n. 1984; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 799. — V. aussi Aubry et Rau, t. 1, p. 627; Demolombe, t. 16, n. 462; Deschamps, *Rapp. des dettes*, n. 119.

1205. — La question, cependant, est controversée en doctrine. MM. Lyon-Caen et Renault, en particulier (t. 2, n. 419), se prononcent pour l'application de l'art. 856. En effet, disent-ils, ledit article, d'après les opinions générales tout au moins, s'applique au rapport des dettes comme au rapport des dons (V. *suprà*, v° *Rapport à succession*, n. 851 et s.); si l'on admet d'autre part que les règles de rapport des dettes s'appliquent au partage entre associés, n'est-il pas irrationnel d'en excepter la règle de l'art. 856?

1206. — Au surplus, et quel que soit leur point de départ, les intérêts cesseront de courir dès qu'un paiement est intervenu. Ainsi jugé qu'au cas où il a été convenu entre associés que le liquidateur de leur société, à mesure qu'il recevrait des fonds, leur remettrait des acomptes, tout en continuant la liquidation, sauf, en fin de compte, à imputer au débit de chacun les sommes par lui délivrées, les sommes ainsi versées constituent des paiements partiels qui, provisoires à l'origine, sont devenus définitifs du jour où une sentence arbitrale a fixé les droits des copartageants ou coassociés et fait attribution des sommes que chacun d'eux avait reçues. Par suite, les intérêts des sommes reçues ont cessé de courir, au profit de la masse sociale, à la date de ladite sentence, et non pas seulement à l'époque où les opérations de la liquidation ont été ultérieurement terminées. — Cass., 27 mai 1872, Jaloureau, [S. 72.1.175, P. 72.407, D. 73.1.143]

1207. — 2° L'art. 841 n'est pas applicable au cas de partage de société; en d'autres termes, le cessionnaire de droits indivis dans une société ne peut être écarté du partage par l'effet d'un *retrait* qu'exerceraient les coassociés du cédant (V. *suprà*, v° *Cession de droits successifs*, n. 370). Cette exclusion du retrait successoral peut se justifier par une double considération : tout d'abord, les retraits, faisant exception au principe de la liberté des conventions, sont de droit étroit, et ne sauraient être admis qu'en vertu d'un texte exprès; en second lieu, la principale raison d'être du retrait successoral est le désir de soustraire à l'indifférence ou à la malveillance des étrangers les secrets de famille; or, cette raison ne saurait être mise en avant lors d'un partage entre associés. — V. cep. en sens contraire, Pardessus, t. 3, n. 1085; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 474; Colmet de Santerre, t. 8, n. 68 *bis*-IV.

1208. — 3° L'art. 792, C. civ., suivant lequel les héritiers qui auraient diverti ou *recélé* des effets de la succession sont déchus de tout droit à la part qui leur revient dans les objets divertis ou recélés (V. *infrà*, v° *Succession*), est également inapplicable en matière de partage de société. — Cass., 28 août 1865, Durand-Vallès, [S. 65.1.453, P. 65.1185, D. 65.1.352]; — 20 janv. 1885, Hanot, [S. 85.1.299, P. 85.1.737, D. 85.1.359] — Angers, 22 mai 1851, Blanchard, [S. 51.2.599, P. 53.1.162, D. 51.2.164] — Toulouse, 2 juin 1862, Vallès, [S. 63.2.41, P. 63.708] — *Sic*, Guillouard, n. 348; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 477; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 421; Aubry et Rau, t. 4, § 385, p. 573; Pont, t. 1, n. 787; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 799; Marcadé, *Rev. crit.*, 1852, t. 2, p. 77. — *Contrà*, Pardessus, t. 3, n. 1087.

1209. — 4° La disposition de l'art. 882, C. civ., d'après laquelle les créanciers d'une succession ne peuvent attaquer un partage quand ils ont négligé de former opposition au partage, s'applique seulement aux partages de succession ou de communauté entre époux; elle ne s'applique point, au contraire, aux actes qui mettent fin à une indivision créée par la volonté seule des parties, en suite d'un contrat de société ou d'une acquisition faite en commun. — V. *suprà*, v° *Partage*, n. 1457 et s.

1210. — Les partages entre associés peuvent donc être attaqués pour fraude par un créancier non opposant. — Cass., 20 nov. 1834, Wilmet et Sausset, [S. 35.1.131, P. chr.] — 9 juill. 1866, Brunaud, [S. 66.1.361, P. 66.987, D. 66.1.369

1211. — Toutefois, le créancier d'un associé qui a vu à tort son action en nullité du partage pour cause de fraude, repoussée par application de l'art. 882, C. civ., est sans intérêt, et, par conséquent, non recevable à se plaindre devant la Cour de cassation, si, en même temps, l'arrêt attaqué a décidé que les faits de fraude allégués n'étaient pas justifiés. — Cass., 9 juill. 1866, précité.

1212. — Décidé, en sens contraire, que le créancier d'un associé a le droit d'intervenir à la liquidation et au partage de la société, pour que rien ne se fasse en fraude de ses droits; mais s'il n'est pas intervenu, il ne peut attaquer la liquidation et le partage consommés sans opposition de sa part. — Paris, 13 juin 1807, Beauvais, [S. et P. chr.] — Cet arrêt, d'ailleurs, est demeuré isolé.

1213. — Mais, si l'art. 882 est inapplicable aux partages de société dans la partie de cette disposition qui refuse aux créanciers qui n'auraient pas fait opposition au partage le droit d'attaquer celui-ci quand il est consommé, il ne s'ensuit nullement que les créanciers ne puissent, au lieu d'attendre les homologations du partage pour l'attaquer par la voie de la tierce opposition, former opposition au partage en cours comme s'il s'agissait d'un partage successoral : qui peut le plus peut le moins. Jugé, à cet égard, que si le créancier use, en fait, de ce droit d'opposition, il convient de considérer son intervention comme l'équivalent d'une saisie-arrêt; à ce point de vue, on doit étendre au partage de l'actif d'une société en liquidation les règles communément admises pour le partage successoral. — Cass., 18 juill. 1899, Jam, [S. et P. 1900.1.27, D. 1900.1.17]

1214. — En conséquence, doit être annulée la cession de la part dans l'actif social, consentie par un ancien associé au mépris de l'intervention d'un créancier au partage, laquelle constitue une opposition au partage, au sens de l'art. 882, C. civ. — Même arrêt. — V. *suprà*, v° *Partage*, n. 1396 et s.

1215. — Mais lorsqu'après la dissolution d'une société, l'un des associés qui s'était chargé de faire la liquidation a confondu avec son actif celui de la société dissoute, les créanciers de cette société ne sont pas à temps de demander la séparation de ces deux actifs, en vue de conserver leur privilège contre les créanciers personnels de l'associé liquidateur. — Grenoble, 1er juin 1831, Ollivier, [S. 32.2.591, P. chr.]

1216. — 5° Le partage entre associés ne confère pas aux copartageants, au point de vue de l'exercice des actions possessoires, les mêmes droits que le partage successoral. C'est du moins ce qu'a décidé la cour de Bourges : la dispense de la possession annale, dont bénéficie le cohéritier pour l'exercice de la complainte, ne s'étendrait point à celui qui est devenu propriétaire d'immeubles par l'effet du partage de biens sociaux. — Bourges, 17 juin 1830, Parnajon-Duparc, [P. chr.]

1217. — *Compétence.* — Du principe formulé précédemment n. 1031 et s., qu'une société se survit à elle-même jusqu'à la fin de sa liquidation, nous avons déduit cette conséquence que tant qu'une société dissoute n'a pas été liquidée, le tribunal du lieu où elle était établie est seul compétent pour statuer sur des demandes formées contre elle. Mais s'il en est ainsi, tant que la société n'a pas été liquidée, cette fiction de survie, attributive de compétence, ne saurait se prolonger au-delà. Si donc la liquidation est achevée au moment où une demande est formée contre les associés, il faut en revenir au droit commun et les actions dirigées contre ceux-ci devront être portées devant le tribunal de leur domicile. — V. *suprà*, v° *Compétence civile et commerciale*, n. 355 et s.

1218. — Pour plus de développements sur les règles de partage, V. *infrà*, v° *Société commerciale*, et *suprà*, v° *Partage*.

CHAPITRE V.

LÉGISLATION COMPARÉE.

§ 1. Allemagne.

1219. — A. *Dispositions générales.* — Le Code civil de l'Empire consacre au contrat de société les §§ 705 à 740, sans préjudice des dispositions du Code de commerce sur les sociétés commerciales, de la loi du 18 juill. 1884, sur les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, de la loi du 1er mai 1889, sur les sociétés coopératives d'industrie et d'économie, du Code industriel et de la législation sur les diverses espèces de sociétés de secours mutuels.

1220. — En tant que les associés ne s'obligent pas à mettre en commun tout leur avoir ou une portion aliquote de leur avoir en pleine propriété ou en usufruit, cas dans lesquels le § 311 exige pour l'acte de société la forme judiciaire ou notariée, le contrat de société n'est soumis à aucune condition de forme; il pourrait même être simplement tacite.

1221. — Les associés s'obligent réciproquement, par ce contrat, à s'aider ensemble à atteindre un même but, non contraire aux lois et aux bonnes mœurs, lucratif ou purement idéal, et notamment à fournir les apports stipulés soit en choses, soit en droits, soit en actes personnels (§ 705). L'obligation d'aider (*fördern*) implique interdiction de faire aucun acte qui soit contraire au but de la société.

1222. — B. *Apports.* — Sauf convention contraire, les associés doivent des apports égaux. Si ces apports consistent en choses fongibles ou se consommant par le premier usage, on admet, dans le doute, que les choses deviennent la propriété commune de tous les associés. Il en est de même pour les choses qui n'ont pas l'un de ces caractères, lorsqu'elles doivent être apportées d'après une estimation qui ne soit pas faite exclusivement en vue du partage des bénéfices. L'apport d'un associé peut aussi consister en une prestation de services (§ 706).

1223. — Un associé n'est jamais tenu de consentir à une augmentation de l'apport convenu ou à la reconstitution du fonds social que des pertes ont diminué (§ 707). Il ne peut être tenu à un versement supplémentaire que lors de la liquidation de la société. — V. *infrà*, n. 1243.

1224. — Il est tenu, dans l'accomplissement des obligations que lui impose le § 705, des soins qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires (§ 708).

1225. — C. *Conduite des affaires de la société.* — La conduite des affaires de la société appartient conjointement à tous les associés, et leur assentiment unanime est nécessaire pour chaque affaire. Si, d'après l'acte de société, les décisions peuvent être prises à la majorité, cette majorité se calcule, dans le doute, d'après le nombre des associés (§ 709). Lorsque l'acte de société attribue la conduite des affaires à un ou plusieurs des associés, les autres n'ont pas le droit de s'y immiscer; on applique aux gérants, s'il y en a plusieurs, les dispositions du § 709 (§ 710). Le contrat peut aussi accorder la conduite des affaires à tous les associés ou à quelques-uns d'entre eux en ce sens que chacun ait le droit d'agir seul; dans ce cas, chacun des autres a le droit de s'opposer à ce qu'une affaire donnée soit engagée, et cette opposition entraîne nécessairement l'abandon de l'affaire (§ 711). La gestion confiée à un associé par le contrat de société peut, pour des raisons graves, lui être retirée par une décision unanime des autres ou, si le contrat admet des décisions à la majorité des voix, par une décision de la majorité; sont, notamment, des raisons graves : un grossier manquement à ses devoirs, ou une incapacité avérée dans la conduite normale des affaires sociales. Il est, d'autre part, loisible au gérant de se démettre de ses fonctions pour des raisons graves, à condition de se conformer aux dispositions du § 671 relatives aux mandataires (§ 712); d'une façon générale les droits et les obligations du gérant se déterminent, sauf clause contraire dans l'acte de société, d'après les dispositions des §§ 664 à 670, sur le mandat (§ 713). — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 1258 à 1265.

1226. — Dans la mesure où, en vertu du contrat de société, la conduite des affaires appartient à l'un des associés (§§ 710, 711), il a, dans le doute, le pouvoir de représenter les autres au regard des tiers (§ 714); s'il tient ce pouvoir d'une clause expresse du contrat, les autres associés n'ont la faculté de le lui retirer que dans les conditions prévues au § 712, al. 1, et en même temps que la gérance elle-même lorsque le pouvoir de représentation lui a été conféré en sa qualité de gérant (§ 715).

1227. — Un associé, même exclu de la gérance, a le droit de se renseigner personnellement sur les affaires de la société, d'examiner les livres et la correspondance et de se rendre ainsi compte de la situation financière de la société. Le fait que les associés se sont entendus pour exclure ou restreindre ce droit n'empêche pas un associé de le faire valoir lorsqu'il a lieu de soupçonner des fraudes dans la gestion (§ 716).

1228. — Les prétentions que les associés peuvent faire valoir les uns contre les autres à raison des affaires sociales ne sont pas transmissibles; il n'y a d'exception que pour celles qui appartiennent à un associé à raison de sa gestion, s'il est possible d'y donner satisfaction avant la liquidation, ou pour celles qui ont pour objet, soit une part dans les bénéfices, soit la part qui reviendrait à un associé lors de la liquidation (§ 717).

1229. — D. *Avoir social.* — Les apports des associés et les objets acquis par la société par suite des opérations auxquelles elle se livre sont la propriété commune des associés (l'avoir social, *Gesellschaftsvermögen*). Appartient également à l'avoir social ce qui est acquis en vertu d'un droit compris dans cet avoir ou à titre d'indemnité pour la perte, la dégradation ou la soustraction d'un objet qui en fait partie (§ 718).

1230. — Il n'est loisible à un associé ni de disposer de sa part dans l'avoir social ou d'un des objets isolés qui y sont compris, ni de demander le partage. Il ne peut pas non plus prétendre compenser une dette qu'il a envers la société avec une créance qui lui appartient contre l'un des associés (§ 719); mais rien ne s'oppose à ce qu'il compense une créance qui lui appartient avec une créance appartenant à son débiteur contre la société. Un débiteur n'est tenu de considérer une créance comme faisant désormais partie de l'avoir social qu'à partir du moment où il a été informé de ce fait; jusqu'à ce moment, il est fondé à opposer à la société toutes les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre son créancier primitif (§ 720).

1231. — Un associé ne peut demander la clôture des comptes et le partage des profits et pertes qu'après la dissolution de la société; si la société est de longue durée, la clôture des comptes

et le partage des bénéfices doit, dans le doute, avoir lieu à la fin de chaque année (§ 721). Lorsque les parts des associés dans les profits et les pertes ne sont pas expressément déterminées, chaque associé a part égale, quelles que soient la nature et l'importance de son apport; si l'on n'a déterminé que la part aux gains ou la part aux pertes, la proportion indiquée vaut tout à la fois pour les uns et les autres (§ 722).

1232. — E. *Dissolution de la société.* — *a*) Lorsque la société n'a pas été formée pour un temps déterminé, chaque associé peut, en tout temps, en provoquer la dissolution (*Kündigen*, dénoncer le contrat); si la durée en était fixée d'avance, la dénonciation peut avoir lieu, même avant l'arrivée du terme, pour des raisons graves, notamment lorsqu'un autre associé manque, intentionnellement ou par une grossière négligence, à l'une des obligations essentielles que lui impose le contrat de société, ou que l'accomplissement d'une semblable obligation devient impossible; dans les mêmes circonstances, s'il y a un délai de dénonciation stipulé, la dénonciation est recevable même avant l'expiration du délai. La dénonciation ne peut pas avoir lieu à contretemps, à moins de motifs graves pour la donner dans ces conditions, sous peine pour l'associé de répondre vis-à-vis des autres associés de tout le dommage qui en résulte pour eux. Toute convention par laquelle les associés suppriment le droit de dénonciation, ou le limitent contrairement aux dispositions qui précèdent, est nulle et de nul effet (§ 723).

1233. — Lorsqu'une société a été formée pour toute la durée de la vie d'un des associés, la demande de dissolution peut avoir lieu comme pour les sociétés à durée illimitée; il en est de même quand une société formée pour une période déterminée continue tacitement à fonctionner après l'expiration de cette période (§ 724).

1234. — En cas de saisie de la part d'un associé dans l'avoir social, le créancier saisissant peut provoquer la dissolution de la société sans être astreint à aucun délai, pourvu que son titre de créance ne soit pas seulement exécutoire par provision. Tant que la société subsiste, le créancier n'a pas qualité pour exercer les droits résultant pour son débiteur du contrat de société; il lui est seulement loisible de se faire délivrer la part des bénéfices de cet associé (§ 725).

1235. — *b*) La société prend fin lorsque son but est atteint ou ne peut plus l'être (§ 726).

1236. — *c*) Sauf disposition contraire dans le contrat, la société est dissoute par la mort d'un des associés. En cas de dissolution, l'héritier du défunt est tenu d'informer immédiatement du décès les autres associés et, s'il y a péril en la demeure, de continuer les affaires confiées à son auteur par le contrat de société jusqu'à ce que les autres associés aient pu y pourvoir. De même, les autres associés sont tenus de continuer provisoirement les affaires dont ils étaient chargés; la société est réputée subsister dans cette mesure (§ 727).

1237. — *d*) Enfin, la société est dissoute par la mise en faillite (*Konkurs*) de l'un des associés; on applique, du reste, à ce cas, par analogie, les dispositions du paragraphe précédent (§ 728).

1238. — En cas de dissolution de la société de toute autre manière qu'en suite d'une demande expresse (*Kündigung*), l'associé qui a reçu, de par le contrat, le mandat de gérer les affaires de la société peut se prévaloir de ses pouvoirs tant qu'il n'a eu ou dû nécessairement avoir connaissance de sa dissolution (§ 729).

1239. — F. ***Liquidation en suite de dissolution de la société.*** — Dès que la société est dissoute, il y a lieu de procéder entre les associés à la liquidation et au partage de l'avoir social. Pour l'achèvement des affaires en cours, pour l'entreprise à cette fin de nouvelles affaires et pour l'administration de l'avoir social, la société est réputée subsister en tant que cela est nécessaire en vue de la liquidation. Toutefois les pouvoirs conférés par l'acte de société à un associé pour la gestion des affaires sociales expirent, sauf clause contraire dans ledit acte, par le fait même de la dissolution; à partir de ce moment, la gestion appartient conjointement à tous les associés (§ 730).

1240. — A défaut d'autres conventions, la liquidation s'opère conformément aux dispositions des §§ 732 à 735; au surplus, on applique au partage les règles posées, en matière de communauté, par les §§ 741 et s. — V. *suprà*, v^is *Indivision*, n. 219 et s., et *Partage*, n. 1716 et s. (les §§ 762 et s., du *Projet de Code*, analysés au mot *Indivision*, correspondent aux §§ 741 et s. du Code définitivement promulgué).

1241. — Les objets livrés par un associé à la société pour qu'elle en use doivent lui être restitués; mais il n'a droit à aucune indemnité pour ceux qui ont péri ou ont été détériorés par cas fortuit (§ 732).

1242. — Puis on procède au paiement, sur l'avoir social, des dettes de la société, y compris celles qui, au regard des créanciers, sont partagées entre les associés ou dont les autres associés sont tenus vis-à-vis de l'un d'eux. Si une dette n'est pas encore échue ou si elle est litigieuse, on met en réserve la somme nécessaire pour l'acquitter. Sur ce qui reste après le paiement des dettes on restitue les apports; pour les apports qui n'étaient pas en argent, on paie la valeur qu'ils avaient au moment où ils ont été faits; nulle bonification n'est due pour les apports qui consistaient en une prestation de services ou en un objet livré à la société pour qu'elle en use. Pour le paiement des dettes et la restitution des apports, il y a lieu de réaliser en tant que de besoin, les biens de la société (§ 733).

1243. — Si, en suite de ces diverses opérations, il reste un solde actif, il appartient aux associés en raison de leur part aux bénéfices (§ 734). Si, au contraire, l'actif social ne suffit pas pour payer les dettes et restituer les apports, les associés sont tenus du déficit en raison de la part qui leur incombe dans les pertes; la part d'un insolvable se répartit entre les autres suivant la même proportion (§ 735).

1244. — G. *Sortie ou exclusion d'un associé de la société.* — Lorsqu'il est stipulé dans le contrat de société que, en cas de dénonciation, de décès ou de faillite d'un associé, la société subsistera entre les autres, l'associé en la personne de qui un de ces événements se produit sort de la société (§ 736). Si, d'autre part, il est stipulé dans ledit contrat que, en cas de dénonciation de la société par l'un des associés, la société continuera entre les autres, un associé peut être exclu, en la personne de qui se produit une circonstance qui, d'après le § 723, al. 1, autoriserait ses collègues à dénoncer, eux aussi, la société (grave manquement aux obligations sociales, grossière négligence); le droit d'exclusion appartient auxdits collègues conjointement. L'exclusion a lieu par une déclaration faite par eux à l'associé à exclure (§ 737).

1245. — Quand un associé sort de la société, sa part dans l'avoir social accroît aux autres, à charge par eux de restituer les objets que l'associé sortant avait livrés à la société pour qu'elle en use, de le tenir indemne de toute contribution aux dettes sociales, et de lui payer ce qu'il aurait reçu en suite de la liquidation si la société avait été dissoute au moment de sa sortie. Si certaines dettes communes ne sont pas encore échues, les autres associés peuvent, au lieu d'en libérer l'associé sortant, lui donner des sûretés; la valeur de l'avoir social doit, en tant que de besoin, être fixée par une estimation (§ 738).

1246. — Si l'actif social ne suffit pas pour le paiement des dettes et la restitution des apports, l'associé sortant est tenu envers les autres du déficit en raison de la part qui lui incombe dans les pertes (§ 739).

1247. — L'associé qui est sorti de la société prend part aux bénéfices et aux pertes provenant des affaires qui étaient encore en cours à l'époque de sa sortie. Les autres associés ont le droit de terminer ces affaires de la façon qui leur paraît la plus avantageuse. L'associé qui est sorti de la société peut, à la fin de chaque exercice, demander des comptes sur les affaires terminées dans l'intervalle, ainsi que le paiement de ce qui lui revient de ce chef et des renseignements sur les affaires encore en suspens (§ 740). Mais, comme il n'est plus associé, il n'a plus le droit d'examiner les livres.

§ 2. AUTRICHE.

1248. — A. *Définition, formes du contrat.* — Le contrat de société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun, dans leur mutuel intérêt, leur activité ou certaines choses (C. civ., § 1175). Il y a diverses espèces de sociétés, suivant que les personnes qui la composent mettent en commun soit seulement certaines choses ou sommes, soit toute une catégorie de choses (par exemple, toutes leurs marchandises, tous leurs revenus, tous leurs biens-fonds); soit l'ensemble de leur fortune; et, suivant ces circonstances, les droits sociaux sont plus ou moins étendus (§ 1176). Quand un contrat de société porte sur toute la fortune, on n'entend sous cette expression que les biens présents; quand on comprend dans la

société les biens futurs comme les biens présents, on entend par là, sauf convention contraire, tout à la fois les biens acquis et les biens hérités (§ 1177).

1249. — Le contrat de société portant exclusivement soit sur les biens présents, soit sur les biens futurs, est nul si les apports de chaque partie ne sont pas exactement décrits et mentionnés (§ 1178).

1250. — Les contrats stipulant une communauté universelle de biens présents et futurs, lesquels ne sont guère conclus qu'entre époux, sont régis par les dispositions du Code sur le contrat de mariage. — V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 3877 et s. — Nous ne nous occuperons ici que des autres espèces de sociétés, non commerciales (§ 1180).

1251. — B. *Effets du contrat.* — Tout ce qui a été expressément affecté à l'exploitation de l'affaire commune constitue l'avoir social (*Hauptstamm*); le reste des biens de chaque associé lui demeure propre (§ 1182). Lorsque les apports consistent en numéraire ou en choses non fongibles, mais estimées en argent, l'avoir social comprend non seulement les profits à tirer de ces choses, mais leur valeur capitale elle-même; celui qui n'apporte à la société que son activité a droit aux bénéfices, mais il n'a aucun droit sur le fonds social (§ 1183).

1252. — Sauf convention contraire, tout associé est tenu de faire un apport d'une égale valeur (§ 1184).

1253. — En principe, tous les associés, quelle que-soit la valeur respective de leurs apports, doivent à la société un concours également dévoué; aucun d'eux n'a le droit de se décharger de ce concours sur un tiers, ou d'introduire un étranger dans la société, ou d'entreprendre pour son propre compte une affaire qui puisse faire tort à celles de la société (§§ 1185, 1186). Les obligations des associés sont fixées avec plus de précision par le contrat; l'associé qui n'a promis que son travail n'a point d'argent à apporter; celui qui n'a promis que de l'argent ou telle autre chose analogue, n'a ni l'obligation, ni le droit de contribuer autrement au succès de l'entreprise commune (§ 1187).

1254. — A défaut de convention contraire, on applique aux délibérations et aux décisions relatives aux affaires sociales les règles posées aux §§ 833 à 842 en matière de copropriété (§ 1188). — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 270 et s.

1255. — Les associés ne peuvent être contraints de rien ajouter à l'apport auquel ils s'étaient obligés. Toutefois, si, à raison du changement des circonstances, il devenait impossible d'atteindre le but de la société sans une augmentation des apports, l'associé qui s'y refuse peut sortir de la société ou être mis en demeure d'en sortir (§ 1189).

1256. — Quand la gestion des affaires sociales a été confiée à un ou plusieurs des associés, ils sont réputés être des fondés de pouvoirs; on applique également à leurs délibérations et décisions les dispositions des §§ 833 à 842 susindiqués (§ 1190).

1257. — Chaque associé répond du dommage qu'il a causé à la société par sa faute, sans qu'il puisse le compenser avec les profits qu'il lui a procurés. Mais, si un associé, par une nouvelle affaire engagée de son propre chef, a été pour la société l'auteur tout à la fois de pertes et de gains, il y a lieu à compensation entre les unes et les autres (§ 1191).

1258. — C. *Partage des bénéfices et des pertes.* — Ce qui reste, en sus des apports, après défalcation des frais et des pertes, constitue le bénéfice. Les apports demeurent la propriété de ceux qui les ont faits, hormis le cas où la valeur des services personnels aurait été ajoutée au capital et où le tout aurait été déclaré constituer une propriété commune à tous les associés (§ 1192).

1259. — Les bénéfices se partagent en proportion des apports, et les services rendus par les divers associés se compensent. Lorsque certains des associés se bornent à travailler ou fournissent tout à la fois des travaux et d'autres apports, le tribunal, à défaut de convention sur ce point entre les intéressés, évalue les travaux en raison de l'importance de l'affaire, de la peine qu'ils ont donnée et des profits qui en sont résultés (§ 1193).

1260. — Si les bénéfices ne consistent pas en argent comptant, mais en d'autres sortes de profits, on procède au partage conformément aux règles posées en matière d'indivision par les §§ 840 à 843 du Code (§ 1194). — V. *suprà*, v° *Indivision*, n. 270 et s.

1261. — Il est loisible à la société d'accorder à un associé, à raison de ses aptitudes ou occupations spéciales, un bénéfice supérieur à celui auquel sa part lui permettrait de prétendre, à condition de ne pas violer les principes généraux posés par la loi (§ 1195).

1262. — En cas de perte totale ou partielle du fonds social, cette perte se répartit de la manière indiquée *supra* pour le partage éventuel des bénéfices; celui qui n'a point fait d'apports en nature perd le prix de ses peines (§ 1197).

1263. — D. *Reddition des comptes.* — Les associés chargés de la gestion sont obligés de tenir et de présenter des comptes réguliers sur l'avoir social, ainsi que sur les recettes et dépenses correspondantes (§ 1198).

1264. — Le compte final et le partage des bénéfices ne peuvent être demandés avant l'achèvement de l'affaire. Mais quand la société se livre à des opérations se prolongeant pendant plusieurs années et devant rapporter annuellement des bénéfices, les associés ont le droit, si l'affaire ne doit pas en souffrir, de demander chaque année une reddition de compte et le partage des bénéfices réalisés. En outre, chaque associé a, en tout temps, le droit d'examiner à ses frais la comptabilité (§ 1199).

1265. — Celui qui se contente de la simple présentation du bilan ou qui a renoncé à son droit de demander des comptes, peut, s'il démontre une fraude, ne fût-ce que dans une partie de la gestion, exiger un compte complet non seulement quant à l'incident spécial, mais encore dans tous les cas ultérieurs (§ 1200).

1266. — E. *Relations avec les tiers.* — La société ne peut être obligée envers un tiers sans le consentement régulier, exprès ou tacite, de ses membres ou de leurs fondés de pouvoirs. Chez les commerçants, le droit publiquement conféré à un ou plusieurs des associés de signer, de la raison sociale et au nom de la société, toutes pièces et correspondances, implique collation d'un mandat général (§ 1201). — V. C. comm., § 114.

1267. — Un associé qui n'a mis dans la société qu'une partie de sa fortune peut posséder un avoir distinct de l'avoir social et en disposer à sa guise. Les droits et obligations qu'a un tiers envers la société restent, en conséquence, distincts des droits et obligations envers des membres isolés de la société. Par conséquent, ce qu'un tiers a à réclamer ou à payer à un membre en particulier, et non à la société, doit être réclamé et payé exclusivement à ce membre. Mais, de même, pour les créances ou dettes de la société, chaque associé n'a droit ou n'est obligé au paiement que pour sa part, hormis le cas, qui se présume chez des commerçants, où tous pour un et un pour tous ont consenti ou accepté quelque chose (§§ 1202, 1203; loi d'introd. au C. comm., §§ 30, 31).

1268. — Les membres d'une société commerciale qui, bien que n'étant pas en nom (*geheime Mitglieder*), ont constitué une part du fonds social pour les bénéfices ou pertes éventuels, ne sont jamais tenus au delà de leur apport. Les membres en nom, au contraire, sont tenus sur l'ensemble de leur avoir (§ 1204; C. comm., §§ 250 et s.).

1269. — F. *Dissolution de la société; sortie de la société.* — La société se dissout d'elle-même, quand l'affaire entreprise est achevée, ou ne peut plus être poursuivie, ou quand le fonds social a été complètement englouti, ou quand le terme fixé est arrivé (§ 1205).

1270. — En principe, les droits et obligations d'un associé ne se transmettent pas à ses héritiers; toutefois, lorsque la société ne continue pas avec eux, les héritiers ont le droit de demander la présentation et le règlement des comptes jusqu'au jour du décès; au cas contraire, ce sont eux qui sont tenus de présenter et de régler les comptes (§ 1206).

1271. — Quand une société ne se compose que de deux personnes, elle s'éteint par le décès de l'une d'elles; si elle se compose de plus de deux personnes, elle est présumée subsister entre les survivants (§ 1207).

1272. — Lorsqu'un contrat conclu entre non-commerçants s'étend expressément à leurs héritiers, ceux-ci, s'ils font addition d'hérédité, sont tenus de se conformer à la volonté du défunt; mais cette volonté ne saurait lier leurs propres héritiers. Encore bien moins est-il admissible qu'on prétende fonder une société perpétuelle (§ 1208). Si l'héritier n'est pas en mesure de rendre les services auxquels le défunt s'était engagé envers la société, il est tenu de consentir à une réduction équitable de la part attribuée à son auteur (§ 1209).

1273. — Lorsqu'un associé n'accomplit pas les conditions essentielles du contrat, lorsqu'il tombe en faillite (*Concurs*), il est judiciairement déclaré prodigue ou mis sous curatelle; lorsqu'en commettant un crime il a perdu son droit à la confiance, il

peut, avant l'expiration du temps fixé, être exclu de la société (§ 1210).

1274. — On peut dénoncer le contrat avant l'expiration du temps fixé quand le membre duquel dépendait essentiellement l'exploitation de l'affaire est mort ou est sorti de la société (§ 1218).

1275. — Les sociétés dont la durée n'a pas été expressément fixée et n'est pas déterminée par la nature même de l'affaire peuvent être dénoncées par chacun de leurs membres à sa convenance, pourvu que ce ne soit ni frauduleusement, ni à contretemps (§§ 1212, 830).

1276. — Les effets d'une exclusion ou dénonciation contestée, mais déclarée ensuite valable, remontent au jour où elle a lieu (§ 1213).

1277. — La dissolution d'une société commerciale, l'entrée ou la sortie de ses membres en nom, doivent, tout comme sa constitution, être dûment publiées; on apprécie aussi, d'après cette publication, la valeur et la durée des procurations données (§ 1214).

1278. — G. *Partage de l'avoir social.* — On applique au partage de l'avoir social, auquel il doit être procédé en suite de la dissolution de la société, en sus des dispositions qui précèdent, les règles posées par le Code pour le partage des propriétés indivises (§ 1215). — V. *suprà*, v° *Partage*, n. 1733 et s.

§ 3. *Belgique.*

1279. — La Belgique est régie par le Code civil français.

§ 4. *Danemark.*

1280. — On sait que le Danemark et la Norvège ont constitué, pendant des siècles, un seul et même Etat et que leurs deux codes, le *Danske lov* et le *Norske lov*, sont à peu près identiques. Ni l'une ni l'autre de ces législations ne renferment de dispositions sur le contrat de société, et, en général, sur les sociétés civiles; on y supplée, dans les deux pays, par la doctrine et la jurisprudence, et les principes suivis y sont les mêmes. Ce que nous dirons ici s'applique donc, tout à la fois, au Danemark et à la Norvège.

1281. — A. *Règles générales.* — Les apports des associés peuvent être différents et consister soit en numéraire ou en biens-fonds, soit en travail personnel; mais ils doivent toujours avoir une valeur appréciable en argent.

1282. — La société peut être limitée, au gré des associés, dans son activité et dans sa durée.

1283. — Le contrat n'est soumis, pour sa validité même, à aucune condition de forme; habituellement, il se fait par écrit, à moins qu'il ne s'agisse d'une association toute passagère. Les mineurs ne peuvent entrer dans une société sans l'autorisation de leur tuteur.

1284. — Les sociétés en nom collectif peuvent choisir comme raison sociale un nom de personne ou une désignation impersonnelle, sous la seule condition de ne pas usurper le nom d'un tiers sans son autorisation.

1285. — B. *Droits et devoirs des associés entre eux.* — Ces droits et devoirs sont déterminés, en général, par l'acte de société. A défaut, il doit être entendu que chaque associé prend une part égale aux bénéfices et aux pertes, et que la proportion fixée expressément pour les bénéfices s'applique également à la répartition des pertes, et *vice versâ*.

1286. — Chaque associé ne doit que l'apport promis; les apports sont réputés devoir être d'égale valeur et atteindre ensemble le chiffre nécessaire pour l'objet de la société; chaque associé doit à la société son concours dévoué. Chaque associé est tenu des dettes sociales pour sa part; s'il a payé davantage, il a droit à récompense.

1287. — En général, tout acte social exige le consentement unanime des divers associés; mais, si un associé use de son droit de *veto* pour paralyser l'action de la société, ce serait une cause de dissolution; et, en cas de dol, l'associé serait passible de dommages-intérêts.

1288. — Tout associé a le droit d'exiger un règlement de comptes, soit quand le but de la société a été atteint, soit, pour les sociétés à long terme, chaque année; et à cet apurement des comptes doit succéder, s'il y a lieu, la répartition des bénéfices acquis.

1289. — Un nouvel associé ne peut être admis dans la société que du consentement unanime des anciens, même si c'est l'un de ces derniers qui entend faire place à un tiers cessionnaire.

1290. — C. *Rapports des associés avec les tiers.* — A cet égard, la société civile est réputée ne pas exister; elle n'a pas la personnalité civile, et ce sont ses membres individuellement qui sont liés. Toutefois lorsque la société fonctionne sous une raison sociale et que le contrat est de ceux qui rentrent dans son activité normale, tout associé non expressément exclu de l'administration est réputé avoir les pleins pouvoirs de ses associés, par conséquent, le droit de les engager tous ou, si l'on veut, d'engager la société, même sans leur intervention personnelle et spéciale.

1291. — Les associés sont tenus solidairement des dettes de la société, sans que les restrictions insérées dans l'acte de société soient opposables aux tiers qui les ignoraient. Les créanciers d'un associé n'ont droit que sur la part nette de leur débiteur dans l'avoir social; on leur refuse, en général, le droit de demander la liquidation anticipée de la société.

1292. — D. *Dissolution et liquidation de la société.* — La société se dissout : 1° quand son but est atteint ou devient irréalisable; 2° en vertu d'une décision unanime des associés; 3° en cas de dénonciation de la part de l'un des associés, s'il jouit de ce droit de dénonciation, ce qui est généralement le cas pour les sociétés d'une durée illimitée; pour les sociétés d'une durée limitée, une dénonciation anticipée n'est recevable que dans les circonstances graves; 4° en cas de décès, de faillite ou d'interdiction de l'un des associés, s'il n'a pas été pourvu autrement à cette éventualité.

1293. — Tous les associés ou leurs ayants-cause ont le droit de participer à la liquidation de la société dissoute. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 519 à 526.

§ 5. *Espagne.*

1294. — A. *Notions générales.* — « La société, dit l'art. 1665 du Code civil de 1888-89, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent à mettre en commun de l'argent, des biens ou leur industrie, dans le but de se partager les bénéfices ». La société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés; si elle est illicite, les bénéfices, lors de sa dissolution, sont affectés aux établissements de bienfaisance du lieu où elle avait son siège et, à défaut, de la province (art. 1666).

1295. — La société civile n'est subordonnée, pour sa constitution, à aucune condition de forme; un acte public n'est nécessaire que si, parmi les apports, il y a des immeubles ou des droits réels (art. 1667), et l'acte doit, à peine de nullité, être accompagné d'un inventaire desdits biens, signé des parties (art. 1668).

1296. — « N'ont pas la personnalité juridique les sociétés dont les clauses demeurent secrètes entre les associés et dans lesquelles chacun d'eux agit avec les tiers en son propre nom » (art. 1669), d'où il résulte, *a contrario*, que le Code reconnaît la personnalité juridique aux sociétés dont l'acte a été dûment publié et dans lesquelles les associés n'agissent pas en leur propre nom.

1297. — Les sociétés qui n'ont pas de personnalité distincte sont régies par les dispositions du Code (art. 392 et s.), sur la communauté de biens, analysées *suprà*, v° *Indivision*, n. 288 et s. (V. art. 1669).

1298. — Les sociétés civiles peuvent prendre les diverses formes reconnues par le Code de commerce (art. 116 et s., C. comm. de 1885); dans ce cas, elles sont régies par ce Code en tout ce qui n'est pas contraire aux règles posées par le Code civil lui-même (art. 1670).

1299. — Elles sont universelles ou particulières (art. 1671). La société universelle peut être une société de tous les biens présents ou une société de tous les gains (art. 1672); la notion qu'en donne le Code civil espagnol, aux art. 1673 et s., est celle du droit français (art. 1837 et s., C. civ. fr.), dont les dispositions ont été traduites à peu près littéralement. « La société particulière s'applique uniquement à certaines choses déterminées, à leur usage ou à leurs fruits, ou à une entreprise indiquée, ou à l'exercice d'une profession ou d'un art » (art. 1678).

1300. — B. *Rapports des associés entre eux.* — Les art. 1679 à 1696 du Code espagnol sont la traduction littérale des art. 1843 à 1861, C. civ. fr., à ces deux différences près : 1° d'après

l'art. 1690, les associés peuvent s'en rapporter, pour le règlement de leurs parts respectives dans les bénéfices ou dans les pertes, à un tiers, mais non à l'un d'entre eux (*Contrà :* C. civ. fr., art. 1854); 2° le Code espagnol ne reproduit pas l'art. 1860 français, qui interdit à l'associé non administrateur l'aliénation ou l'engagement de choses même mobilières qui dépendent de la société.

1301. — C. *Rapports des associés avec les tiers.* — Pour que, par ses actes, un associé oblige la société envers un tiers, il faut : 1° qu'il ait agi en cette qualité pour le compte de la société; 2° qu'il ait reçu expressément ou tacitement le pouvoir d'obliger la société; 3° qu'il ait agi dans les limites de ce pouvoir (art. 1697).

1302. — Les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes de la société, et nul d'entre eux ne peut obliger les autres s'ils ne lui en ont pas conféré le pouvoir; la société n'est pas liée envers les tiers par les actes faits par l'un des associés en son propre nom et sans pouvoirs de la société; mais elle est liée envers l'associé dans la mesure où ces actes ont été avantageux pour elle. Ces dispositions doivent, d'ailleurs, être entendues sans préjudice de la règle posée à l'art. 1695, savoir : que les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre et que ce qui a été fait par l'un d'eux oblige la société, sauf le droit de chacun de s'opposer aux opérations des autres, tant qu'elles n'ont pas produit leurs effets légaux (art. 1698).

1303. — Les créanciers de la société sont préférés, sur les biens sociaux, aux créanciers personnels de chaque associé, sans préjudice du droit pour ceux-ci de demander la saisie et la vente aux enchères de la part de leur débiteur dans l'avoir social (art. 1699).

1304. — D. *Extinction des sociétés.* — Les règles espagnoles sur ce point sont aussi, à très-peu près, la reproduction de celles qu'ont posées les art. 1865 à 1872, C. civ. français. Seulement, l'art. 1700, 3°, C. civ. esp., assimile à la déconfiture la saisie et la vente de la part de l'un des associés à la requête de ses créanciers personnels; d'après le dernier alinéa du même article, la mort, l'interdiction, la déconfiture, la volonté de l'un des associés ne sont pas des causes de dissolution pour les sociétés civiles constituées en la forme de sociétés commerciales, dans les cas où, selon le Code de commerce, elles doivent subsister. D'après les art. 1702 et 1703, la société constituée pour un temps déterminé peut être prorogée du consentement exprès ou tacite de tous les associés; si la prorogation est postérieure à l'expiration du temps convenu, c'est une nouvelle société qui est réputée se former; si, au contraire, elle est antérieure, c'est la société primitive qui continue. Enfin, l'art. 1708, après avoir indiqué que le partage entre associés est régi par les mêmes règles que les partages entre cohéritiers (V. *suprà*, v° *Partage*, n. 1739 et s.), porte que l'associé qui n'a apporté que son industrie n'a aucun droit aux apports, mais seulement à une part de leurs revenus et des bénéfices, sauf stipulation contraire. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, 2e partie, 1890, n. 577 et s.

§ 6. *Grande-Bretagne.*

1305. — A. *Notions générales.* — Les associations qui correspondent le plus exactement, dans le Royaume-Uni, à ce qu'on appelle en France société civile y portent le nom de *partnerships*, tout en tenant de nos sociétés en nom collectif quant à la solidarité imposée aux membres.

1306. — La *partnership* a fait, pour l'Angleterre, l'Ecosse et l'Irlande l'objet d'une loi importante du 14 août 1890 (St. 53 et 54, Vict., c. 39); cette loi n'a introduit aucun changement notable dans la situation antérieure découlant de la tradition et de la jurisprudence, mais elle rassemble en un texte des règles qui auparavant étaient fort dispersées et constitue, en conséquence, une sorte de codification de la matière.

1307. — La *partnership* est la société formée entre diverses personnes poursuivant une entreprise commune en vue d'en tirer un profit, à l'exclusion des sociétés enregistrées en vertu des *Companies Act* de 1862 ou de tout autre acte du Parlement sur les *Joint Stock Companies*, ainsi que des sociétés formées en vue de l'exploitation des mines (L. 1890, § 1).

1308. — Pour savoir s'il y a ou non *partnership*, on s'en tient aux règles suivantes : 1° la copropriété ou la tenure en commun ne crée pas une *partnership*, non plus que le partage du bénéfice brut provenant d'une propriété ou d'un droit indivis; 2° au contraire, le fait de prendre part aux bénéfices d'une entreprise est une présomption de participation dans une semblable société, à moins qu'il ne s'agisse de sommes payées en acquit d'une dette ou, tout simplement, d'une part dans les bénéfices accordée à des ouvriers ou employés; le fait par eux de toucher cette part ne fait pas d'eux des associés de la maison ; 3° la veuve ou les enfants d'un *partner* décédé qui continuent de toucher sa part des profits de l'entreprise, ne sont pas pour cela membres de la *partnership*, ni soumis à la responsabilité que comporte cette qualité; 4° le prêt fait avec la clause que le prêteur recevra, au lieu d'un intérêt fixe, une part dans les profits de l'entreprise, n'établit pas une *partnership* entre ce prêteur et l'emprunteur, pourvu que le contrat ait été fait par écrit; 5° la personne qui, en paiement d'un fonds de commerce ou d'industrie, reçoit une part dans les profits ultérieurs de l'exploitation de ce fonds, n'est pas, pour cela seul, réputée l'associée de son acheteur (§ 2).

1309. — Les personnes qui se sont constituées en *partnership* forment entre elles une société (*a firm*), et le nom servant à désigner les entreprises est une raison sociale (*firm name*). En Ecosse, à la différence de la règle qui a prévalu en Angleterre, la société est une personne juridique distincte des associés qui la composent ; mais un seul de ces associés peut agir, ester en justice et payer pour la société, qui doit lui en tenir compte (§ 4).

1310. — B. *Rapports des associés entre eux.* — Les droits et devoirs réciproques des associés, tels qu'ils résultent de leurs conventions ou de la loi, peuvent être modifiés de leur consentement unanime, exprès ou tacite (§ 19).

1311. — Toutes propriétés apportées à la *partnership*, ou acquises par elle par achat ou autrement, sont en son nom et doivent être employées exclusivement pour ses affaires (§ 20).

1312. — Les tribunaux peuvent ordonner, à la requête des créanciers particuliers des associés porteurs d'un jugement, que tout ce qui peut revenir à ceux-ci dans la société, intérêts ou capitaux, sera perçu par un séquestre, ou prendre telles autres mesures qu'il appartiendrait ; les autres associés ont toujours la faculté, en indemnisant le créancier porteur du jugement, d'acquérir les intérêts saisis, ou de les acheter si la vente en a été ordonnée. Cette disposition ne s'applique pas à l'Ecosse (§ 23).

1313. — En l'absence de convention, les droits et devoirs des associés sont réglés de la façon suivante : 1° chacun a part égale aux profits et aux pertes ; 2° la société doit récompense à ses membres pour les dépenses par eux faites ou les responsabilités encourues dans son intérêt ; 3° l'associé qui a fait pour la société un paiement dépassant ce qu'il doit pour sa part, a droit à un intérêt de 5 p. 0/0 par an, du jour de ladite avance ; 4° l'associé ne peut réclamer sur sa part que des dividendes; 5° tout associé peut prendre part à la conduite de l'affaire ; 6° nul associé ne peut prétendre à une rémunération pour s'en être occupé ; 7° personne ne peut entrer dans une société que du consentement de tous les membres ; 8° les difficultés sur la conduite normale de l'affaire peuvent être tranchées à la majorité des voix ; ce qui touche à la nature même de la société exige le consentement de tous les associés; 9° les livres de la société sont tenus au siège social ou au lieu du principal établissement, s'il y en a plusieurs ; chaque associé peut, à tout instant, les inspecter ou en prendre copie (§ 24).

1314. — La majorité ne peut exclure un associé si ce droit ne lui est pas expressément reconnu par l'acte de société (§ 25).

1315. — Quand une société a été conclue pour une durée illimitée, chacun de ses membres est libre d'y mettre fin, moyennant une simple déclaration de volonté ; par exemple, moyennant une note écrite, si la société a été constituée par écrit (§ 26). Quand une société faite pour un temps déterminé est continuée après ce temps sans nouvel acte, elle est réputée l'être aux mêmes conditions qu'auparavant; la continuation de la société résulte du fait que, au lieu de procéder à une liquidation, les associés persistent à se livrer, sans changement, aux opérations formant l'objet de la société (§ 27).

1316. — Les associés se doivent réciproquement compte de ce qu'ils ont fait pour la *partnership* (§ 28); chacun d'eux doit, notamment, compte à la société de tout avantage qu'il en a retiré sans le consentement de ses collègues, ainsi que de ce qui a pu lui provenir du fonds social; cette disposition s'applique à toute affaire conclue, après la dissolution de la *partnership* en suite du

décès d'un de ses membres, soit par un des associés survivants, soit par le représentant de l'associé décédé (§ 29).

1317. — Si, sans le consentement de ses collègues, un associé poursuit pour son compte une entreprise de même nature, il leur doit compte des profits qu'il en tire (§ 30).

1318. — La cession qu'un associé fait de son droit n'autorise pas le cessionnaire à intervenir dans les affaires de la société ou à inspecter les livres; le cessionnaire ne peut que toucher les bénéfices revenant au cédant, tels qu'ils ont été fixés par les autres associés. En cas de la dissolution de la société, à l'égard soit de tous les associés, soit du cédant seul, il a qualité pour toucher la part due au cédant au moment où a eu lieu la dissolution (§ 31).

1319. — C. *Rapport des associés avec les tiers.* — Chaque associé représente la société et ses coassociés, pour ce qui fait l'objet de la société; ses actes, en tant qu'ils répondent au but poursuivi par la société, engagent celle-ci, à moins qu'il ne fût sans qualité pour agir et que ce défaut de qualité ne fût connu des tiers qui ont traité avec lui, ou bien que ces tiers n'aient ignoré sa qualité de membre d'une *partnership* (§ 5). Peu importe, à ce point de vue, que l'associé soit en nom (*nominal partner*) ou un simple « associé dormant » (*dormant or sleeping partner*), c'est-à-dire un associé dont le nom n'est pas publié comme faisant partie de la *firm* : sauf clause expresse contraire dans le contrat de société, ils peuvent, les uns comme les autres, agir pour le compte de la *partnership* et l'obliger; mais, en revanche ils sont également responsables. — *Every man's own lawyer*, 1897, p. 166.

1320. — La société est engagée par tout acte relatif à son objet et passé en son nom, pourvu qu'il émane d'une personne qualifiée, associée ou non associée (§ 6); elle ne l'est pas, à moins d'une autorisation spéciale donnée par tous les associés, quand l'objet pour lequel on a prétendu l'engager ne rentre pas dans le cadre de son institution, sauf la responsabilité encourue individuellement par l'associé qui s'était imprudemment avancé (§ 7). S'il a été convenu entre les associés que les pouvoirs des uns ou des autres d'entre eux seraient limités à certains égards, la société n'est pas liée par les engagements pris au mépris de cette convention envers des tiers qui en avaient connaissance (§ 8).

1321. — Chaque associé répond avec ses collègues solidairement, et en Ecosse individuellement aussi, de toutes les dettes et obligations sociales contractées pendant qu'il était membre de la société. Après sa mort, sa succession demeure responsable au même titre; mais, en Angleterre et en Irlande, les dettes privées sont payées d'abord (§ 9).

1322. — La *partnership* est responsable de toute faute commise par un associé agissant pour le compte de la société ou dûment autorisé par ses collègues; tel serait le cas où un associé après avoir reçu de l'argent ou des propriétés, en mésuserait, ou bien où l'argent ou les propriétés remis à la société à raison de son but seraient dilapidés par un ou plusieurs de ses membres. Dans ces cas, les associés sont tenus individuellement et solidairement (§§ 10-12).

1323. — Si un associé chargé de la gestion d'un fidéicommis (*being a trustee*) emploie à tort, pour les affaires de la société, les biens qui lui ont été confiés en cette qualité, ses coassociés ne sont pas responsables du fait envers les personnes qui ont le droit d'en demander compte, s'ils ignoraient le manquement commis; mais il est naturellement loisible aux intéressés de revendiquer toute somme provenant du *trust* qui se trouverait encore en la possession de la société (§ 13).

1324. — Toute personne qui se donne ou se laisse présenter comme membre d'une société est responsable de tout crédit accordé par son fait à la société, envers ceux qui se sont ainsi engagés sur sa foi. Toutefois, lorsque le nom d'un associé décédé continue à figurer dans la raison sociale, les engagements contractés après sa mort par la société n'affectent pas sa succession (§ 14).

1325. — Les aveux et déclarations (*admissions and representations*) d'un associé concernant les affaires de la société et faites au cours des entreprises qu'elle poursuit, font preuve contre elle (§ 15).

1326. — Tout associé qui agit habituellement pour la société l'engage en toute affaire qu'il conclut pour ses besoins, hormis le cas de fraude (§ 16).

1327. — L'associé nouvellement admis dans la société n'est pas tenu des engagements de la société antérieurs à son admission. L'associé qui se retire demeure responsable des engagements contractés avant sa sortie, sauf convention spéciale à cet égard avec ses coassociés et les créanciers de la société; cette convention peut être expresse ou déduite des circonstances, par exemple, du fait de la reconstitution de la société sur de nouvelles bases (§ 17).

1328. — Sauf convention contraire, toute caution perpétuelle accordée à une société est réputée révoquée lorsque la société change de nature (§ 18).

1329. — D. *Dissolution de la société.* — Sauf conventions contraires, une *partnership* est dissoute : 1° par l'arrivée du terme fixé pour sa durée; 2° par l'achèvement de l'entreprise en vue de laquelle elle avait été conclue; 3° si la durée en était indéterminée, par la volonté déclarée par l'un des associés d'y mettre fin (§ 32); 4° par la mort ou la faillite de l'un des associés ou, à la requête des autres associés, par le fait que la part de l'un d'eux a dû être vendue pour le paiement de ses dettes privées (§ 33). Elle l'est, en tout cas, par la survenance de quelque illégalité (§ 34).

1330. — Sur la demande d'un associé, la *partnership* peut être dissoute par sentence judiciaire dans les cas suivants : 1° en cas d'aliénation mentale de l'un des associés; la demande peut aussi, dans ce cas, être présentée par un proche ou un ami de l'aliéné; 2° lorsqu'un associé devient définitivement incapable d'exécuter pour sa part le contrat; 3° lorsqu'il a été judiciairement reconnu coupable d'avoir volontairement nui à la marche de la société; 4° lorsque, de propos délibéré, il a violé le contrat ou qu'il se conduit de façon à rendre impossible aux autres associés la continuation du contrat avec lui; 5° lorsque l'entreprise sociale ne peut plus être continuée qu'à perte; 6° dans toute autre circonstance qui, dans l'opinion du juge, rend équitable la dissolution de la société (§ 35).

1331. — Lorsqu'un tiers contracte avec une société qui a modifié ses statuts sans porter le fait à la connaissance du public, il a le droit de considérer les membres apparents de l'ancienne société comme engagés jusqu'à ce qu'il ait reçu avis du changement; un avis publié dans la *Gazette de Londres*, pour les sociétés d'Angleterre et du pays de Galles; dans la *Gazette d'Edimbourg*, pour celles d'Ecosse; dans la *Gazette de Dublin*, pour celles d'Irlande, est considéré comme un avertissement suffisant pour les tiers. Le patrimoine d'un associé qui meurt ou qui tombe en faillite n'est pas saisissable pour les dettes sociales postérieures à ces événements; l'associé dont la qualité était ignorée des tiers ne peut pas non plus être recherché pour les dettes postérieures à sa sortie (§ 36).

1332. — Il est loisible à tout associé de publier et de contraindre ses coassociés à laisser publier la dissolution de la société ou la retraite d'un de ses membres (§ 37).

1333. — E. *Conséquences de la dissolution.* — Après la dissolution, chaque associé conserve ses pouvoirs pendant le temps nécessaire pour terminer les affaires en cours (§ 38), et il a droit de recevoir sa part de l'avoir social, déduction faite des dettes de la société envers des tiers ou envers tels des associés; il peut s'adresser aux tribunaux en vue d'arriver à la liquidation (§ 39).

1334. — Lorsque, une *partnership* ayant été formée pour un temps déterminé et un associé y ayant versé son apport, la *partnership* est dissoute avant l'expiration de ce temps pour une autre cause que la mort de l'associé, les tribunaux peuvent ordonner la restitution de l'apport ou de telle portion de l'apport qu'ils trouveront juste eu égard à la durée qu'a eue la société, à moins que la dissolution n'ait eu pour cause la mauvaise conduite de celui qui avait fait l'apport ou en suite d'une convention ne contenant aucune charge de restitution de l'apport (§ 40).

1335. — En cas d'annulation d'une société pour fraude de l'un de ses membres, celui qui a fait prononcer la nullité a droit, sans préjudice de ses autres revendications : 1° de reprendre, sur ce qui reste du capital après acquit des charges, tout ce qu'il a dépensé pour acheter sa part ou pour toute autre contribution à la société; 2° d'être subrogé aux créanciers de la société qu'il a dû payer; 3° d'être garanti par l'associé en faute contre toutes dettes et responsabilités du fait de la société (§ 41).

1336. — Lorsque, nonobstant le décès ou la retraite d'un associé, la société a continué, cet associé ou ses ayants-cause peuvent demander soit un dividende dont les tribunaux fixent le taux, soit l'intérêt à 5 p. 0/0 de ce qui leur revient sur le capital social; à moins que le contrat n'ait réservé, dans ces cas,

aux autres associés le droit de racheter la part de leur collègue décédé ou sortant, et qu'ils n'aient usé de ce droit (§ 42).

1337. — Sauf convention contraire, la part de l'associé décédé ou sortant est une dette qui prend date du jour de la dissolution ou de la mort (§ 43).

1338. — Sauf convention contraire, on suit, pour les comptes à faire en suite de la dissolution de la société, les règles suivantes : 1° les dettes sont payées d'abord sur les bénéfices, puis sur le capital social, enfin, s'il est nécessaire, par les associés individuellement, en proportion de leur participation aux bénéfices; 2° l'actif social sert d'abord à rembourser les créances des tiers, puis à payer à chaque associé ce qui lui est dû pour avances faites à la société en dehors de son apport; enfin, à restituer à chaque associé son apport. Le reliquat actif, s'il y en a un, se partage entre les associés en proportion de leur participation aux bénéfices. — V. la traduction du *Partnership Act*, 1890, par M. Hubert-Valleroux, *Ann. de lég. étr.*, t. 20, p. 74 et s.

§ 7. *Italie.*

1339. — Les art. 1697 à 1736, C. civ. ital., sont la traduction littérale des art. 1832 à 1872, C. civ. franç.; le législateur italien a seulement laissé de côté l'art. 1834, C. civ. franç., relatif à la preuve du contrat.

§ 8. *Monténégro.*

1340. — A. *Dispositions générales.* — La société (*drujina*) est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent l'une envers l'autre, à unir leur travail et leur activité, leurs capitaux ou d'autres choses faisant partie de leur patrimoine, en vue d'atteindre un but commun » (*C. des biens* de la principauté, art. 885). La loi ne reconnaît aucune société ayant un but illicite (art. 887).

1341. — Les apports dus à la société par chaque associé peuvent consister en argent ou en toutes autres choses, ou simplement en travail; les contractants peuvent convenir que celui qui apporte son travail ou son industrie aura une part entière dans les profits et jouira des mêmes droits que les autres associés ou même de certains droits particuliers (art. 888, 889). Les apports peuvent différer soit par leur nature, soit par leur importance; on présume néanmoins que l'apport de chacun est égal, si le contrat, la coutume ou le but de la société n'indique pas le contraire (art. 419).

1342. — « Des associés sont comme des frères; il doit donc régner entre eux une fidélité, une loyauté et une sincérité absolues », et ils sont tenus d'apporter aux affaires de la société « au moins le soin et la diligence qu'ils apporteraient aux leurs » (art. 890). Une fois la société définitivement constituée, aucun nouveau membre ne peut y entrer sans le consentement unanime des autres. Bien que chaque associé ait le droit de s'associer une autre personne, relativement à la part qu'il a dans la société, ou de lui céder les droits afférents à cette part, cet étranger ne devient pas, par cela seul, membre de la société et ne peut acquérir que du consentement unanime de tous les autres le droit de s'immiscer dans les opérations de la société et d'en exiger communication (art. 420).

1343. — B. *Rapports des associés entre eux.* — Chacun des associés doit agir conformément aux intérêts de la société; nul d'entre eux, à moins d'une clause ou d'une autorisation unanime spéciale, n'a le droit de s'occuper, soit pour lui-même, soit pour un tiers, d'une affaire manifestement dommageable à la société (art. 421).

1344. — Sauf convention contraire, les associés dirigent conjointement les affaires ordinaires de la société; si l'un d'eux refuse son consentement à une mesure, c'est la majorité qui décide. Au cas seulement où il est question d'un acte dépassant les limites de la simple administration, par exemple du choix d'un mandataire, la décision ne vaut que si elle a été prise à la majorité des deux tiers; encore, s'il y a urgence, la simple majorité peut-elle suffire (art. 422).

1345. — Lorsque la gestion des affaires sociales ou d'une affaire en particulier a été confiée à un ou plusieurs des associés, leur responsabilité à l'égard des autres s'apprécie d'après les règles du mandat (art. 397 à 416. — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 1336 et s.), mais de la façon la plus rigoureuse, à raison de la nature des rapports sociaux (art. 423). Le pouvoir donné à l'un des associés peut lui être retiré à la simple majorité des voix, encore que, s'il y a un motif sérieux, cet associé ait été chargé de la direction de l'affaire par l'acte de société même; il y a de sérieux motifs, par exemple, lorsqu'il gère l'affaire de façon à causer un grave préjudice à la société, ou qu'il trahit les intérêts sociaux, ou qu'il tombe dans un état qui ne lui permet plus de remplir convenablement ses fonctions (art. 424).

1346. — Si l'un des associés dirige une affaire de la société sans avoir reçu de pouvoir à cet effet, ou s'il dépasse les limites de son pouvoir, on lui applique par analogie les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 587 à 594; art. 425).

1347. — Tout associé est tenu de réparer entièrement le dommage qu'il cause à la société par sa mauvaise gestion; s'il s'est servi dans son intérêt personnel de fonds ou de biens appartenant à la société, il doit non seulement restituer à la société ce qu'il a dépensé, mais encore payer un intérêt de 10 p. 0/0 à partir du jour où il a pris l'argent jusqu'au remboursement, sans préjudice de dommages-intérêts plus élevés s'il y a lieu (art. 426).

1348. — De son côté, la société doit récompense à l'associé pour tous ses débours, ou le préjudice que, sans sa faute, il a subi, à l'occasion d'une affaire sociale; elle lui doit, pour ses avances, l'intérêt légal ordinaire de 8 p. 0/0 (art. 427).

1349. — Tout associé, même non administrateur, a le droit de demander à être renseigné sur les affaires de la société et d'examiner, quand il le juge à propos, toutes les écritures, les comptes et les livres. Alors même qu'il aurait renoncé à ce droit, cette renonciation cesse d'avoir effet dès qu'il a lieu de croire à des malversations ou à des manœuvres dolosives (art. 428).

1350. — Le partage des bénéfices sociaux a lieu habituellement quand l'affaire est terminée et au moment de la dissolution de la société. Si la société est constituée pour un temps assez long, les comptes doivent être réglés et les associés recevoir satisfaction chaque année, à moins que le contrat ou la nature de la société n'impose une autre règle (art. 429).

1351. — Sauf clause contraire dans le contrat, tous les associés sont réputés avoir une part égale dans les bénéfices, encore que leurs apports soient différents, soit par leur nature, soit par leur valeur (art. 430), et si, au lieu de bénéfices, les comptes font ressortir une perte, chacun y contribue pour la part qu'il aurait eue dans les bénéfices (art. 431).

1352. — C. *Rapports avec les tiers.* — La société tout entière devient débitrice ou créancière, non seulement de ce que tous les associés ensemble ont conclu avec les tiers, mais encore de ce qu'un seul d'entre eux a fait au nom de la société dans les limites des opérations sociales habituelles (art. 432); si, par le contrat ou par toute autre disposition valable, on a restreint, pour certains associés, le pouvoir d'engager la société entière, cette restriction n'est opposable aux tiers avec qui l'un de ses associés aurait traité que si elle a été dûment publiée ou si la société prouve que ces tiers en ont eu connaissance autrement (art. 433).

1353. — Tous les associés ont un droit en commun sur tout ce qu'acquiert la société. Réciproquement, ils sont tous tenus de ses dettes solidairement et sur l'ensemble de leurs biens propres, dès que le fonds social devient insuffisant, à moins que les contrats passés avec les tiers n'en disposent autrement (art. 434).

1354. — Les relations provenant des affaires sociales ne sont nullement modifiées à l'égard des tiers par les changements apportés dans la société ou même par sa dissolution (art. 435).

1355. — D. *Dissolution de la société.* — Lorsque le contrat a fixé la durée de la société ou que cette durée se trouve déterminée par la nature même de l'entreprise sociale, aucun associé ne peut, à moins de motifs très-graves, demander une dissolution anticipée; si l'on allègue des motifs de ce genre, le tribunal prononce (art. 436).

1356. — Si, malgré l'expiration du terme fixé, les associés continuent de la même manière les opérations antérieures, on admet, à moins d'une clause contraire, que les dispositions du contrat primitif demeurent en vigueur (art. 437).

1357. — Lorsque, à défaut d'une limite de durée, les opérations de la société sont de telle nature qu'on ne puisse les considérer comme achevées, ou que tous les associés ne sont pas d'accord pour procéder à la dissolution, chacun d'eux peut à son gré, déclarer qu'il se retire de la société, à condition de ne le faire ni à contre-temps, ni de mauvaise foi, sous peine de répondre de tout dommage (art. 438). La renonciation est réputée à

contre-temps, par exemple : lorsqu'elle supprime, diminue ou rend difficiles des bénéfices qui autrement seraient assurés, ou qu'elle cause à la société quelque autre préjudice sérieux. La bonne foi est contestable quand la renonciation n'est utile ou avantageuse qu'au renonçant et ne cause aux autres que du dommage (art. 891).

1358. — La société prend fin par la retraite d'un seul de ses membres dans les cas prévus aux art. 436 et 438; si les autres associés s'entendent pour continuer entre eux, malgré cette retraite, leurs opérations antérieures en commun, on considère qu'ils ont constitué une nouvelle société (art. 439).

1359. — Quand même il aurait été dit dans l'acte constitutif que la société est constituée pour toujours ou pour toute la vie de l'un ou de plusieurs des associés, ou quand même l'un des associés se serait engagé, en termes généraux, à ne pas se retirer de la société, on doit présumer, sans que la preuve contraire soit recevable, que le contrat a été conclu seulement pour un temps indéterminé (art. 440).

1360. — Sauf convention contraire, la société est dissoute par la mort de l'un des associés ou par le fait qu'il perd sa pleine capacité. Toutefois, si cet associé est chef ou même simple membre d'une communauté de famille, et qu'il résulte du contrat ou d'autres circonstances qu'il a agi seulement pour ladite communauté, la société ne prend pas fin pour l'une de ces causes, pourvu que la communauté désigne un autre de ses membres en remplacement du précédent (art. 441).

§ 9. *Norvège.*

1361. — V. pour le droit norvégien, *suprà*, n. 1280 et s.

§ 10. *Pays-Bas.*

1362. — Le Code néerlandais est, pour la presque totalité de ses dispositions sur la société, une traduction littérale des articles correspondants du Code civil français; nous nous bornerons donc à indiquer ici les différences.

1363. — Les art. 1658 et 1659, relatifs aux sociétés universelles, portent que la loi ne reconnaît que la société universelle de gains et prohibe toute autre société de biens, soit universelle, soit à titre universel, sauf les dispositions concernant la communauté légale de biens et les conventions matrimoniales. — V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 3950 et s.

1364. — D'après l'art. 1671, qui correspond à l'art. 1854, C. civ. fr., les associés ne peuvent pas convenir de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers, pour le règlement des parts; une telle clause est réputée non écrite.

1365. — D'après l'art. 1672, également différent de l'art. 1855, C. civ. fr., la convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle; mais il est permis de stipuler que les pertes seront exclusivement supportées par l'un ou plusieurs des associés.

1366. — D'après l'art. 1682, qui n'a pas son équivalent dans notre Code, quand un associé a traité avec un tiers au nom de la société, celle-ci peut demander l'exécution de la convention.

1367. — Enfin, l'art. 1684, qui occupe la place de l'art. 1866, C. civ. fr., porte que la dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu que pour de justes causes, notamment : lorsqu'un autre associé manque à ses engagements ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou dans tels autres cas semblables, dont la légitimité ou la gravité est laissée à l'appréciation du juge.

§ 11. *Portugal.*

1368. — Le Code civil portugais, comme le Code néerlandais, suit d'assez près, en matière de société, les dispositions du Code civil français; toutefois il s'en écarte davantage en plusieurs points.

1369. — A. *Dispositions générales.* — « Quiconque est capable de disposer de ses biens ou de son industrie peut s'associer avec autrui par la mise en commun de tout ou partie de ses biens, ou de son industrie, ou, tout à la fois, de ses biens et de son industrie, dans le but de partager les profits et les pertes pouvant résulter de cette communauté » (art. 1240). La société peut résulter d'une convention expresse ou des circonstances (art. 1241).

1370. — Est nul le contrat de société qui donne à l'un ou à quelques-uns des associés la totalité des bénéfices et fait supporter toutes les pertes à l'autre ou à quelques-uns des autres (art. 1242).

1371. — Le Code connaît les sociétés universelles, les sociétés particulières, qui sont les sociétés ordinaires, et les sociétés « familiales ».

1372. — B. *Sociétés universelles.* — La société universelle peut s'appliquer à tous les biens meubles et immeubles, présents et à venir, ou seulement aux meubles, aux fruits et revenus des immeubles présents, et à tous les biens à venir; sauf convention contraire, cette seconde espèce de société ne s'applique pas aux biens acquis à titre gratuit (art. 1243).

1373. — La société universelle de tous biens présents et à venir ne peut être constituée que par acte public (art. 1244).

1374. — Les biens acquis par les associés dans la société universelle de la seconde espèce sont présumés biens de la société, s'il n'est pas établi qu'ils ont été acquis en échange ou pour le prix de biens exclus de la société (art. 1245).

1375. — Toutes les dettes contractées par les associés avant ou depuis la formation de la société et toutes les dépenses faites par eux, hormis celles qui ont pour cause des faits délictueux ou illicites, sont à la charge de la société quand elle porte sur tous les biens présents et à venir (art. 1246).

1376. — Sauf convention contraire, la société d'acquêts ne répond que : 1° des dettes contractées par les associés dans l'intérêt de la société; 2° des frais et dépenses nécessaires à l'entretien des associés et de leurs familles (habitation, nourriture, habillement, frais de maladie) (art. 1247).

1377. — Après la dissolution de la société universelle, les biens qui en dépendent se partagent entre les associés par portions égales, s'il n'y a convention contraire (art. 1248).

1378. — C. *Sociétés particulières.* — La société particulière dans l'avoir de laquelle entre la propriété d'un immeuble ne peut être constituée que par acte public (art. 1250).

1379. — a) *Droits et devoirs des associés entre eux.* — Les art. 1251 à 1262 sont la traduction à peu près littérale des art. 1845 et s., C. civ. fr.; mais l'art. 1263, qui correspond à l'al. 2 de l'art. 1853, C. fr., dispose plus équitablement que « si l'un des associés n'a apporté que son industrie et qu'il n'y ait point eu d'estimation préalable de la valeur de cette industrie, ni de fixation de la part de cet associé, le règlement se fait entre les associés à l'amiable ou, à défaut, par voie d'arbitrage (*arbitralmente*) ». Et l'art. 1264, qui n'a pas d'équivalent dans le Code français, ajoute que, si un associé qui a fait un apport de capital s'est, en outre, engagé à exercer une industrie, la part qui lui revient à raison de cette industrie ne se confond pas avec celle qui lui revient à raison du capital par lui versé.

1380. — L'art. 1265, C. port., correspond à l'art. 1854, C. fr.; les art. 1266 et s., aux art. 1856 et s.; l'art. 1270 (= 1859, C. fr.) contient seulement un 5e alinéa en vertu duquel, en cas de divergence entre les associés, l'avis de la majorité prévaut, quelle que soit la différence des mises de chaque associé; s'il y a partage des voix, l'affaire reste en suspens jusqu'à nouvelle résolution.

1381. — b) *Des engagements des associés à l'égard des tiers.* — En cette matière, l'identité entre les deux législations n'est plus complète. D'après l'art. 1272, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales; ils ne sont même pas tenus au delà de leur part dans la société, sauf convention contraire expresse : leur responsabilité envers leurs créanciers est en raison de ladite part (art. 1273).

1382. — Les créanciers de la société priment les créanciers personnels des associés, sur les biens de la société; mais les créanciers personnels peuvent saisir et faire vendre la part de leur débiteur dans la société. Dans ce dernier cas, la société est dissoute, et l'associé poursuivi est tenu d'indemniser ses coassociés du préjudice résultant de la dissolution, s'il est établi qu'elle a eu lieu à contre-temps (art. 1274).

1383. — c) *Durée et fin de la société.* — Sauf convention contraire, la société commence dès la passation du contrat; mais elle est, non pas dissoute, mais réputée inexistante, si une chose essentielle à son existence, dont un associé lui a promis la propriété ou la jouissance, ne lui est pas dûment remise à cette fin (art. 1275).

1384. — L'art. 1276, C. civ. port., correspond à l'art. 1865, C. civ. fr., les art. 1277 à 1280 aux art. 1868 et s.

1385. — D. *Société familiale.* — La société familiale est celle qui peut exister entre les frères et sœurs, ou entre les père et mère et leurs enfants majeurs; elle est expresse ou tacite. A défaut de conventions expresses, elle est régie par les dispositions suivantes (art. 1281 à 1283).

1386. — La société familiale comprend l'usage et la jouissance des biens des associés, le produit de leur travail et de leur industrie, et les biens qu'ils possèdent par indivis (art. 1284).

1387. — Sont à la charge de la société : 1° les dépenses d'entretien des associés; 2° les dettes contractées dans l'intérêt commun; 3° les améliorations et dépenses ordinaires de culture, ainsi que les dépenses extraordinaires faites sur les immeubles indivis; 4° les charges inhérentes à l'usufruit des biens dont le revenu entre dans la caisse sociale (art. 1285).

1388. — Les pertes et détériorations fortuites des biens de l'un des associés sont à la charge du propriétaire (art. 1288).

1389. — Après la dissolution de la société, le partage des biens se fait, sauf convention contraire, de la façon suivante : les immeubles indivis au moment où la société a commencé sont partagés entre tous les associés par portions d'égale contenance ou valeur, à moins que l'un d'eux n'ait un droit certain à une portion plus forte, et l'on procède de même pour les biens acquis; les produits obtenus par la culture des immeubles sur lesquels quelques-uns seulement des associés ont travaillé, se divisent en deux masses, dont l'une se partage entre les propriétaires des immeubles, et l'autre par tête entre ceux qui ont travaillé (art. 1289 à 1297). Nous devons, sur cette institution toute locale, nous en tenir à ces indications sommaires.

§ 12. *Roumanie.*

1390. — Le titre du Code civil roumain sur le contrat de société (art. 1491 et s.) est la traduction littérale du titre correspondant du Code civil français.

1391. — Il est généralement admis, en Roumanie, que les sociétés civiles n'ont pas de personnalité juridique. — V. D. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie,* p. 68.

§ 13. *Russie.*

1392. — I. *Russie proprement dite.* — Les *Lois civiles* (*Svod*, t. 10, 1re partie) ne contiennent, sur le contrat de société, que des dispositions extrêmement sommaires; elles ne s'étendent guère, en réalité, que sur les sociétés par actions, et, pour les autres, laissent aux associés le soin et la liberté de régler comme ils l'entendent leurs obligations réciproques, ainsi que les relations de la société avec les tiers.

1393. — A. *Définitions.* — Le Code définit les sociétés, en général (*tovarichtchestva*), un assemblage « de personnes réunies en un corps (*sostav*) et agissant sous un nom commun » (art. 2126). Cette action collective sous un même nom commun est la caractéristique de la société; c'est à cette condition seulement que deux ou plusieurs personnes qui se sont entendues pour faire de concert une entreprise peuvent être réputées associées. — Dép. civ. de cass., 1875, n. 777.

1394. — Tout genre d'entreprise utile et non contraire au bien public peut faire l'objet d'un contrat de société; qu'il s'agisse de commerce, d'assurances, de transport ou de telle autre industrie (art. 2127).

1395. — Il y a trois espèces de sociétés : les sociétés en nom collectif (littéralement, sociétés pleines, *poloyia*), les sociétés en commandite (sociétés de confiance ou avec mises, *na viérié*, *po vkladam'*) et les sociétés anonymes ou par actions (littéralement, par parts, *po outchastkam'*), qui portent par excellence, en Russie, le nom de compagnies (*kompanii*) (art. 2128).

1396. — Dans les sociétés en commandite, comme dans les sociétés anonymes, les apports individuels portent le nom de parts (*païami*); mais, en pratique, ce terme est réservé aux apports faits à une société en commandite (même article, *Rem.*).

1397. — La société en nom collectif se compose de deux ou plusieurs personnes qui s'unissent pour agir de concert sous un même nom (art. 2129)

1398. — La société en commandite se compose d'un ou plusieurs associés (*tovarichtchy*), auxquels s'adjoignent un ou plusieurs bailleurs de fonds (*vkladtchiky*) qui leur confient des capitaux plus ou moins considérables (art. 2130).

1399. — Enfin, la société anonyme ou « compagnie » est composée de deux ou plusieurs personnes qui mettent en commun des sommes déterminées dont le total, connu et fixé, constitue le capital social; dans l'intérêt du crédit public, les sociétés de ce genre sont soumises à l'autorisation du Gouvernement, sauf certaines exceptions étroitement circonscrites (art. 2131).

1400. — B. *Formation de la société.* — La formation de toute société, à quelque espèce qu'elle appartienne, présuppose entre les intéressés un contrat, subordonné pour sa formation, ses conditions de validité, son exécution et sa dissolution aux règles générales prévues par la loi, en matière de conventions. Toutes les clauses et dispositions insérées dans ce contrat, sont admises, sous la seule condition de n'être contraires ni à la loi, ni à l'intérêt public (art. 2132); comme on l'a vu plus haut, ce sont elles qui déterminent les obligations réciproques des associés, les règles des engagements pris au nom de la société envers des tiers, la durée limitée ou illimitée de l'association (art. 2133).

1401. — C. *Droits et obligations des associés.* — Dans la société en nom collectif, les associés sont tenus sur l'ensemble de leurs biens meubles et immeubles, tant des dettes sociales que de leurs dettes personnelles (art. 2134).

1402. — Dans les sociétés en commandite, le commanditaire n'a pas qualité comme tel, pour traiter au nom de la société; en cas de ruine (*razrouchénié*) de la société, il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa commandite (art. 2135).

1403. — En cas d'insolvabilité d'un associé, d'un commanditaire ou d'un possesseur de part dans une société anonyme, ce qui lui revient dans l'avoir social tombe dans la masse; si, d'après l'acte constitutif, cette part indivise ne peut être distraite dudit avoir, elle est vendue par les soins de l'administrateur de la faillite (art. 2136). Il n'y a d'exception à cette règle que pour les insolvables qui ont des intérêts dans une usine métallurgique : quand l'usine est dans une situation prospère, on se contente de mettre sous curatelle (*v'opékou*) la part de l'insolvable, et l'on en consacre le revenu à désintéresser les créanciers, déduction faite de la somme nécessaire pour ne pas enrayer la marche de l'établissement (art. 2137).

1404. — D. *Règlement des contestations.* — Les contestations des actionnaires sont toutes, sans exception, instruites et jugées conformément aux dispositions du Code de procédure civile. Les contestations entre propriétaires de parts de toute dénomination dans des sociétés ou « compagnies » dont les statuts renferment une clause compromissoire; les contestations entre propriétaire de parts et directeurs, et les contestations des sociétés (*tovarichtchestva*) avec des tiers sont vidées, soit par l'assemblée générale de chaque société ou compagnie, si les deux parties y consentent, soit par un tribunal arbitral constitué et statuant conformément aux art. 1367 à 1400, C. proc. civ., soit, enfin, conformément aux dispositions générales du même Code (art. 2138). Il n'est plus permis d'insérer une clause d'arbitrage obligatoire dans les statuts des nouvelles sociétés ou compagnies (Même art., *Rem.* 1). — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 1127 à 1132.

1405. — II. *Provinces baltiques.* — A. *Dispositions générales.* — Le Code baltique, à la différence du Code russe, contient un chapitre très-développé sur la théorie générale du contrat de société. Il pose en principe que les parties peuvent mettre en commun soit la totalité de leurs biens, soit une part idéale de leur fortune, soit certains objets déterminés, par exemple une certaine somme d'argent, ou enfin leur industrie, c'est-à-dire certains services corporels ou intellectuels.

1406. — Peu importe que les apports des divers associés soient égaux et de même nature; mais il est essentiel que tout associé appelé à prendre une part dans les bénéfices fasse un apport, et que tout associé supportant tout ou partie des pertes reçoive une part dans les bénéfices : un contrat violant ces règles ne serait plus un contrat de société.

1407. — Le but de la société doit être licite; peu importe qu'il s'y rattache, ou non, une intention de lucre.

1408. — Le contrat est conclu par le seul consentement des parties, exprès ou tacite; aucune forme spéciale n'est requise; il peut être fait à temps ou sous condition, mais non à perpétuité (C. balt., §§ 4266-73).

1409. — B. *Obligations réciproques des associés.* — a) *Règles générales.* — Chaque associé a le droit de rechercher les autres en justice relativement aux obligations assumées par eux. Une

confiance réciproque étant de l'essence du contrat, toute fraude rend la société nulle.

1410. — Tout associé est tenu de faire l'apport auquel il s'est engagé, sous peine de dommages-intérêts en cas de retard; s'il emploie cet apport dans son propre intérêt, il doit le restituer avec les intérêts.

1411. — Il répond envers ses coassociés non seulement de son dol, mais encore de sa négligence, sans pouvoir être tenu, d'ailleurs, d'apporter aux affaires de la société plus de zèle qu'aux siennes propres. Il ne répond pas du cas fortuit, même quand il était chargé de diriger l'affaire à propos de laquelle l'accident s'est produit. Il n'a pas le droit de compenser le dommage causé par sa négligence avec les bénéfices qu'en d'autres circonstances il a procurés à la société par un zèle exceptionnel. Si tous les associés ont une même faute à se reprocher, les fautes se compensent dans la mesure où elles ont causé un dommage égal.

1412. — Tout associé chargé d'administrer le fonds social et de diriger les affaires de la société est tenu de rendre compte de sa gestion.

1413. — Tout associé a le droit de céder à un tiers sa part dans la société, mais il ne lui confère pas par là la qualité d'associé, le tiers n'a comme cessionnaire, que la faculté de faire valoir les prétentions du cédant et de réclamer le partage de l'avoir social; l'associé qui aliène sa part ne modifie en rien sa situation vis-à-vis de la société.

1414. — Si un associé forme une société avec un tiers, celui-ci devient son associé personnel, mais non celui des membres de la première société; et l'associé avec qui il a traité répond envers ces derniers de tous les dommages qu'il peut leur causer par la conclusion de ce contrat accessoire (V. C. balt., §§ 4274 à 4285).

1415. — b) *Sociétés universelles.* — Dans les *Universal-Societäten*, tous les biens et tous les droits pécuniaires de chaque associé deviennent communs à partir de la conclusion du contrat; tout ce qu'il acquiert postérieurement appartient immédiatement à la société, sans qu'il faille ni tradition, ni cession. Même les successions, legs et donations (sauf prescription contraire du disposant), ainsi que les droits que l'associé marié acquiert sur les biens de son conjoint, tombent dans la masse commune.

1416. — En revanche, tout associé a le droit de prélever sur le fonds commun de quoi satisfaire à ses divers besoins et à ceux des siens, sans tenir compte de la proportion des apports et de l'importance relative des besoins des différents associés; et il doit lui être fourni les sommes nécessaires pour payer ses dettes antérieures ou postérieures au contrat, pourvu, quant aux dettes postérieures, qu'elles aient été faites d'une façon licite : les autres associés n'ont à supporter les conséquences d'un acte illicite d'un des leurs qu'autant qu'ils en ont tiré bénéfice ou qu'ils ont été ses complices.

1417. — En cas de dissolution d'une société universelle, l'avoir social se partage entre tous les associés par tête, sans égard au montant de leurs apports respectifs (V. C. balt., §§ 4286-4293).

1418. — c) *Sociétés non universelles.* — Dans les sociétés qui ne sont pas universelles, la nature et l'importance des apports de chaque associé sont déterminées par les clauses et par le but du contrat. Dans le doute, on admet que la société est une société de gains (*Erwerbsgesellschaft*); que chaque associé conserve la propriété de ses apports non fongibles et ne se consommant pas par l'usage, et que, au contraire, les choses fongibles ou se consommant par l'usage deviennent la propriété commune de tous les associés.

1419. — Chaque associé conserve en propre la partie de sa fortune qui n'a pas été expressément dévolue à la société, ainsi que les bénéfices qu'il réalise en dehors des affaires de la société.

1420. — La gestion des affaires sociales appartient à tous les associés conjointement, sauf leur droit de la déléguer à l'un d'entre eux ou à un tiers. A moins d'une disposition contraire dans l'acte de société, les décisions ne peuvent être prises qu'à l'unanimité; si l'acte admet un vote à la majorité, les voix, dans le doute, se comptent par tête.

1421. — Les dettes contractées par un associé en dehors du cercle d'activité de la société restent à sa charge personnelle; au contraire, les avances qu'il fait pour les affaires de la société doivent lui être remboursées avec intérêts. Il a droit, de même, de la part de ses coassociés, à une indemnité proportionnelle pour le préjudice qu'a pu lui causer la gestion des affaires sociales. Si un gain échappe à un associé à raison de cette qualité, il ne peut s'en faire indemniser par la société; mais il n'a pas non plus à partager avec elle les bénéfices que lui vaut cette qualité, alors qu'il n'a pas agi pour la société.

1422. — Il est permis de fixer les parts de chaque associé dans les gains et dans les pertes différemment et sans tenir compte du montant des apports, ou même de dispenser un associé, à raison de services éminents ou des avantages particuliers procurés par lui à la société, de supporter aucune part des pertes; mais on ne doit considérer, en matière de société, comme bénéfice ou comme perte que le résultat définitif de l'exercice, indépendamment du succès ou de l'insuccès de telle opération considérée isolément.

1423. — En principe, la proportion indiquée pour la répartition des bénéfices s'applique également à la répartition des pertes, et *vice versâ;* si cette répartition a été confiée par le contrat à l'un des associés ou à un tiers, elle doit être faite équitablement, de sorte qu'une répartition manifestement inique pourrait donner lieu à un recours judiciaire. Si le contrat est muet sur le mode de répartition, on admet que les bénéfices se partagent en proportion des apports; lorsque les apports eux-mêmes ne peuvent être évalués exactement ou consistent en services personnels non estimés, le partage se fait par tête; dans les deux cas, on procède pour les pertes comme pour les bénéfices.

1424. — A la dissolution de la société et après répartition des pertes ou des bénéfices conformément aux règles qui précèdent, chaque associé reprend ses apports, sous déduction d'une part proportionnelle en cas de perte. Ceux des associés qui n'avaient apporté que leur industrie prennent leur part des bénéfices et des pertes, mais n'ont aucun droit aux mises en nature ou en argent constituées par les autres (C. balt., §§ 4294-4310).

1425. — C. *Relations avec les tiers.* — Sauf convention contraire, il ne découle pour les associés ni droits, ni obligations solidaires des opérations qu'ils font conjointement avec les tiers. Du moment que le tiers savait qu'il traitait avec des associés, chacun d'eux a personnellement un droit ou une obligation proportionnels à sa part contractuelle dans les bénéfices ou dans les pertes; si le tiers ignorait cette circonstance, il a le droit de considérer les divers associés comme tenus par parts égales.

1426. — Lorsqu'un ou plusieurs associés ont traité isolément avec un tiers, l'opération est réputée, quant à leurs coassociés, *res inter alios acta* (V. C. balt., §§ 3114 et s.). Si, au contraire, ils ont agi en vertu d'un mandat exprès de leurs coassociés, ceux-ci sont liés solidairement, sans pouvoir invoquer le bénéfice de division; l'associé qui, dans ce cas, a payé la totalité d'une dette sociale, a, pour ce qui excède sa propre part, son recours contre les autres en raison de leur part contributoire aux pertes et avec l'obligation pour eux de lui rembourser dans la même proportion la part des associés insolvables.

1427. — Si, dans un cas où un associé agit isolément, il le fait pour la société, mais sans mandat de ses consorts, il est seul lié vis-à-vis des tiers, à moins que : 1° les autres associés n'aient ratifié l'opération, ce qui les rend solidaires au regard des tiers; 2° que la société, comme telle, n'ait retiré un bénéfice de l'opération, auquel cas chaque associé est tenu isolément en raison de sa part dans la société.

1428. — Enfin, lorsqu'un associé traite en son propre nom avec un tiers, il est seul obligé, et ses associés n'encourent aucune responsabilité (C. balt., §§ 4311-4316).

1429. — D. *Dissolution de la société.* — La société finit : 1° par une décision expresse ou tacite des associés; 2° par la volonté qu'un ou plusieurs d'entre eux expriment de ne plus être en société; 3° par la mort de l'un d'eux; 4° par la consommation de la négociation; 5° par l'expiration du temps fixé; 6° par la faillite ou la déconfiture de l'un des associés; 7° par la perte totale du fonds social ou son changement de nature; 8° par l'effet d'une défense de l'autorité compétente.

1430. — La fin de la société ne peut porter préjudice à ses créanciers; par suite, chacun des ci-devant associés demeure tenu envers eux comme auparavant, jusqu'à l'extinction de la dette, et doit fournir à ses consorts des sûretés pour l'acquittement de sa part d'obligation (C. balt., §§ 4317 à 4324).

1431. — Le Code renferme, sur la dénonciation isolée d'un des associés, de minutieuses dispositions qui ne présentent aucune particularité digne de remarque et qu'il nous paraît superflu d'analyser ici. Il est permis de stipuler d'avance que l'association subsistera nonobstant cette retraite; la même résolution peut aussi être prise plus tard, en suite d'un nouvel accord entre les associés restants (§§ 4325 et s.).

1432. — La société finit par la mort d'un associé, encore qu'elle fût formée de plus de deux personnes. Par conséquent, les héritiers du défunt n'ont ni droits, ni obligations relativement au but que poursuivait la société ; ils ne remplacent jamais leur auteur sans avoir été expressément agréés par les associés survivants. Si leur auteur avait commencé une négociation, ils sont tenus de l'achever, mais ne répondent que du dol et de la faute lourde. Au surplus, ils succèdent aux droits et obligations nés antérieurement au décès (§§ 4331 et s.). — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 1133 à 1140.

§ 14. *Suède.*

1433. — A. *Législation.* — Les sociétés, dans leurs diverses manifestations, ont fait l'objet d'une série de lois, qui portent toutes la date du 28 juin 1895 et qui ont été traduites ou analysées par M. P. Dareste dans l'*Annuaire de législation étrangère*, t. 25, p. 591 et s. : 1° sur les sociétés commerciales et les sociétés civiles ou « sociétés simples »; 2° sur les sociétés par actions ; 3° sur les associations enregistrées de coopération ayant un but économique (*foreningar for ekonomisk verksamhet*) ; 4° sur les sociétés par actions qui exercent l'industrie de l'assurance.

1434. — B. *Dispositions générales.* — Les sociétés civiles sont les seules dont nous ayons à nous occuper dans ce moment; elles n'ont point, en Suède, de personnalité propre et n'ont d'effet qu'entre les associés. En général, les règles édictées par le législateur ne s'appliquent qu'à défaut de convention contraire.

1435. — On appelle société simple (*enkelt bolag*) celle que contractent deux ou plusieurs personnes pour une entreprise déterminée ou pour une entreprise appelée à se continuer, alors qu'elle n'est pas de celles que la loi classe parmi les sociétés commerciales (1re loi de 1895, § 45); elle peut, en tout temps, être convertie en une société commerciale par son inscription sur le registre du commerce; mais, tant qu'elle reste société simple, elle ne peut, comme telle, acquérir des droits, ni contracter des obligations, ni ester en justice (§ 46).

1436. — C. *Droits et obligations réciproques des associés.* — La situation réciproque des associés est précisée par le contrat de société (§ 47). Sauf disposition contraire dans ce contrat, on applique les règles qui suivent (§§ 4 à 15).

1437. — Un associé ne peut, de son chef, se substituer une autre personne (§ 4).

1438. — Lorsque l'acte de société a désigné l'un des associés comme administrateur, il ne peut être relevé de ses fonctions que pour certaines raisons graves énumérées dans la loi (§ 6).

1439. — Tout associé a le droit de prendre connaissance des comptes et de la correspondance, à condition qu'il n'en résulte aucune entrave pour la marche de la société (§ 7).

1440. — Les bénéfices et les pertes se partagent entre les associés par tête et, dans tous les cas, suivant une même proportion; le décompte a lieu après chaque inventaire annuel (§§ 10, 11).

1441. — Nul associé n'est tenu de verser à ses consorts plus que l'apport stipulé; s'il a dû faire des avances, il a droit à récompense avec intérêt à 5 0/0 l'an; si, au contraire, il a causé par sa faute des pertes à la société, il doit l'en indemniser (§§ 13, 15).

1442. — En principe, nul acte d'administration ne peut être fait que du commun accord des associés; il n'y a d'exception à cette règle que pour les cas d'urgence, où un acte peut être valable encore qu'un associé n'ait pas été convoqué ou ait été empêché, par absence ou maladie, d'y prendre part; s'il a été convenu que l'accord unanime des associés ne serait point indispensable, il ne peut néanmoins être passé outre à l'acte si opposition y est faite par un associé non exclu de l'administration (§ 48).

1443. — D. *Relations avec les tiers.* — Les conventions conclues pour le compte des associés ou sous une dénomination désignant l'ensemble des associés, ne créent, au regard du tiers contractant, ni droit, ni obligation pour ceux des associés qui sont restés étrangers à l'affaire; si plusieurs d'entre eux y ont pris part, les droits et obligations, au regard du tiers, se divisent par parts égales et par tête, sauf convention contraire (§ 19).

1444. — Si, lors de la passation du contrat, il est employé une dénomination collective, elle ne doit comprendre aucun nom de personne, ni les mots : « société de commerce », « société par actions », ou « association »; sinon, les associés qui y auraient donné leur assentiment seraient solidairement responsables (§ 50). Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un commerce ou d'une industrie dont l'exercice impose la tenue de livres de commerce (§ 51).

1445. — Tout associé a, sauf stipulation contraire, le droit de représenter la société; toutefois l'associé qui a fait preuve d'infidélité dans la gestion des affaires sociales peut, sur la demande d'un de ses consorts, être exclu par justice du droit de représenter la société. S'il a été convenu que la société serait représentée exclusivement par l'un ou quelques-uns des associés expressément désignés, les contrats passés sciemment par un tiers avec un associé non désigné à cet effet ne lient point la société; il en est de même des contrats conclus avec un associé exclu du droit de représenter la société. Toute autre restriction de la capacité des associés comme représentants de la société est sans effet quant aux tiers (§ 16).

1446. — Des pouvoirs ne peuvent être conférés au nom de la société que par l'ensemble des associés, et ils peuvent être valablement révoqués par tout associé non exclu du droit de représenter la société (§ 18).

1447. — Les nouveaux associés sont tenus même des obligations sociales antérieures à leur entrée dans la société. Ceux qui sortent de la société ne sont pas tenus des obligations nées postérieurement, si le tiers intéressé avait connaissance de leur sortie (§ 20).

1448. — Les créanciers personnels des associés ne peuvent compenser leur créance avec leur dette envers la société, ni poursuivre leur paiement sur les valeurs de la société (§ 22).

1449. — Lorsqu'un associé cède sa part dans la société sans le consentement de ses consorts, ou lorsque cette part est saisie et vendue, la cession et la vente n'ont d'autre effet, à l'encontre de la société, que de conférer à l'ayant-cause de l'associé le droit de toucher ce qui serait revenu à ce dernier en suite de chaque inventaire et, notamment, en cas de dissolution et de partage, la part de l'actif net lui appartenant. Toutefois cet ayant-cause, a, comme l'associé, le droit de dénoncer la société ou, en général, d'en demander la dissolution (§ 23).

1450. — E. *Dissolution de la société.* — La dissolution et la liquidation des sociétés simples sont soumises aux mêmes règles que celles des sociétés commerciales (§§ 25 et s.).

1451. — Lorsque la société n'a pas été formée pour un temps déterminé, tout associé est libre, sauf convention contraire, de la dénoncer à son gré et de lui faire prendre fin six mois après; il en est de même lorsque, la société ayant été formée pour un temps déterminé, elle est continuée sans convention expresse au delà du terme fixé, ou qu'elle a été formée pour la durée de la vie des associés (§ 26).

1452. — En tout état de cause, un associé a le droit de demander la dissolution immédiate, s'il y a cause suffisante; par exemple : si lui-même ou un autre des associés est devenu incapable, par maladie ou autrement, de remplir ses obligations contractuelles; si un autre associé a refusé d'opérer un versement convenu, ou s'il a disposé, sans autorisation, de sa part dans la société; si une desdites parts a été saisie et vendue; si un autre associé a fait preuve, dans la gestion des affaires sociales, d'infidélité ou de négligence grave, ou s'il a été condamné à la dégradation civique (§ 27).

1453. — Sauf stipulation contraire, la société est dissoute par la mort d'un associé (§ 28); elle l'est aussi par sa faillite, à partir de la publication de l'avis aux créanciers (§ 29).

1454. — Si, dans l'un de ces divers cas, il a été stipulé que la société se trouvant sous le coup d'une dissolution continuera entre les autres associés après l'exclusion de l'un d'eux, cette stipulation n'est valable qu'autant que les associés ont arrêté les bases du rachat de la part dudit associé ou de son ayant-cause (§ 30).

1455. — Un acte d'administration fait par un associé après la dissolution dont il n'avait pas connaissance, est valable au regard de ses coassociés comme si la société avait continué à subsister (§ 32).

1456. — F. *Liquidation de la société.* — La dissolution doit être suivie d'une liquidation, à laquelle, sauf convention contraire, tous les associés ont le droit de prendre part en personne ou par mandataire (§ 33).

1457. — Il doit être procédé aussi rapidement que possible à la réalisation de l'actif ; les biens sociaux ne peuvent être vendus autrement qu'aux enchères, sauf le consentement unanime des associés (§ 35).

1458. — Nulle répartition de l'actif ne peut être faite entre les associés tant que le passif connu n'a pas été intégralement soldé. Sur l'actif net, chacun des associés commence par reprendre son apport (§ 36).

1459. — Les associés qui ont des griefs à faire valoir contre la liquidation ont, pour introduire leur action en justice, une année à partir du partage (§ 37). — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave,* n. 512 à 518.

§ 15. *Suisse.*

1460. — Le Code fédéral des obligations, qui est tout à la fois, pour l'ensemble du territoire helvétique, un Code civil et un Code de commerce, traite, dans six titres successifs, de la société simple ou du contrat de société, de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société anonyme, des associations, autres que ces trois dernières espèces de sociétés, qui poursuivent un but économique ou financier commun, et des sociétés (*Vereine*) qui ont un but scientifique, artistique, religieux, de bienfaisance ou de récréation ou tout autre but intellectuel ou moral (art. 524 à 719). Nous ne nous occuperons ici que de la société simple.

1461. — A. *Nature de la société.* — La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. La société est une société simple lorsqu'elle ne présente pas les caractères spéciaux de l'une des cinq autres associations ou sociétés énumérées ci-dessus (art. 524).

1462. — B. *Des rapports des associés entre eux.* — En général, et sauf les dispositions obligatoires des art. 539 et 541 analysés ci-après, les rapports des associés sont déterminés par les clauses du contrat; à défaut de stipulations contraires, on suit les règles suivantes (art. 525).

1463. — Chaque associé doit faire un apport. Il n'est pas nécessaire que les apports soient de même nature et valeur; les associés peuvent apporter de l'argent ou des créances, ou d'autres biens, ou leur industrie. Sauf convention contraire, les apports doivent être égaux et de telle nature et importance que l'exige le but de la société (art. 526, 527).

1464. — En ce qui concerne les risques et la garantie dont chaque associé est tenu, on applique par analogie les règles du louage, lorsque son apport consiste en la jouissance d'une chose, et les règles de la vente, lorsqu'il a mis dans la société la propriété même de la chose (art. 528).

1465. — Chaque associé est tenu de partager avec ses coassociés tout gain qui, par sa nature, doit revenir à la société (art. 529).

1466. — Les parts des associés dans les bénéfices ou pertes peuvent être stipulées inégales. A défaut de stipulation, chaque associé doit avoir une part égale dans les bénéfices et dans les pertes, quelle que soit la nature ou la valeur de son apport. Si la convention ne fixe que la part dans les bénéfices ou la part dans les pertes, cette détermination est réputée faite tout à la fois pour les bénéfices et les pertes. Il peut être valablement stipulé qu'un associé qui apporte son industrie sera dispensé de toute contribution aux pertes, tout en prenant une part dans les bénéfices (art. 530, 531).

1467. — Les décisions de la société ne peuvent être prises que du consentement de tous les associés; si, aux termes du contrat, c'est la majorité qui prononce, cette majorité se compte d'après le nombre des personnes (art. 532).

1468. — Tous les associés ont le droit d'administrer, à moins que le contrat ou une décision de la société ne l'ait conféré exclusivement à un ou plusieurs d'entre eux ou bien à des tiers. Lorsque ce droit appartient à tous les associés ou à quelques-uns d'entre eux, chacun de ces administrateurs peut agir sans le concours des autres, sauf le droit, pour chacun aussi, de s'opposer à l'opération avant qu'elle ne soit consommée (art. 533, 534).

1469. — Le consentement de tous les associés est nécessaire pour nommer un fondé de procuration générale, ou pour faire des actes qui ne rentrent pas dans les opérations ordinaires de la société, à moins qu'il n'y ait péril en la demeure (art. 535).

1470. — Aucun associé ne peut faire pour son compte personnel des affaires qui paralyseraient ou entraveraient l'activité de la société (art. 536).

1471. — Si un des associés a fait des dépenses ou contracté des obligations pour les affaires de la société, ses consorts en sont tenus envers lui; ils doivent également l'indemniser des pertes dérivant directement de sa gestion ou des risques qui en étaient inséparables. L'associé qui a fait une avance de fonds à la société peut en réclamer les intérêts à compter du jour où il l'a faite; mais il n'a droit à aucune indemnité pour les peines qu'il peut s'être données (art. 537).

1472. — Chaque associé doit apporter aux affaires de la société la diligence et les soins qu'il met habituellement à ses propres affaires; il est tenu envers ses coassociés des dommages qu'il leur a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie leur aurait procurés dans d'autres affaires (art. 538).

1473. — Le pouvoir d'administrer conféré à l'un des associés par le contrat de société ne peut être révoqué, ni restreint par les autres associés sans de justes motifs; s'il y a de semblables motifs, la révocation peut être faite par chacun des autres associés nonobstant les dispositions de l'acte de société. On doit, notamment, considérer comme un juste motif le fait que l'associé administrateur a gravement manqué à ses devoirs ou qu'il est devenu incapable de s'acquitter convenablement de ses fonctions (art. 539).

1474. — En principe, et sauf disposition contraire, les rapports des associés administrateurs avec les autres associés sont régis par les règles du mandat; lorsqu'un associé agit pour le compte de la société sans être chargé de l'administration, ou qu'il outrepasse ses pouvoirs, on applique les règles de la gestion d'affaires (art. 540).

1475. — Tout associé, encore qu'il ne soit pas administrateur, a le droit de se renseigner personnellement sur la marche des affaires sociales, de prendre connaissance des livres et des pièces concernant la société, et de dresser, d'après ces données et pour son usage particulier, un état sommaire de la situation financière de la société. Toute clause contraire est nulle (art. 541).

1476. — Aucun associé ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement de tous les autres associés; lorsque, de son propre chef, un associé intéresse un tiers à sa part dans la société, ou qu'il lui cède cette part, ce tiers ne devient pas par là l'associé des autres associés. En particulier, il n'acquiert pas le droit garanti par l'art. 541 (art. 542).

1477. — C. *Des rapports des associés avec les tiers.* — L'associé qui traite avec un tiers pour le compte de la société, mais en son nom personnel, devient seul créancier ou débiteur de ce tiers. Lorsqu'il a traité avec un tiers au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers que conformément aux règles relatives à la représentation. Un associé n'est pas présumé avoir le droit d'obliger envers les tiers la société ou tous ses coassociés, encore qu'il soit chargé d'administrer (art. 543).

1478. — La propriété acquise au nom de la société, ou qui lui a été transférée, appartient par indivis à chacun des associés. S'il s'agit de créances, chaque associé est créancier du débiteur pour sa part et portion (art. 544).

1479. — Les associés sont tenus solidairement des engagements contractés envers les tiers, soit par eux tous ensemble, soit par l'entremise d'un représentant; sauf convention contraire avec les tiers (même art.).

1480. — D. *Dissolution de la société.* — La société finit : 1° par la consommation de l'affaire en vue de laquelle elle avait été formée ou par l'impossibilité de la consommer; 2° par la mort de l'un des associés, à moins qu'il n'ait été convenu antérieurement que la société continuerait avec ses héritiers; 3° par la faillite ou l'interdiction de l'un des associés; 4° par la volonté unanime des associés; 5° par l'expiration du temps pour lequel la société a été conclue, à moins que les associés ne la continuent tacitement, auquel cas, elle est considérée comme ayant désormais une durée illimitée; 6° par la volonté qu'un associé exprime de n'être plus en société, si ce droit de dénonciation a été réservé par le contrat, ou si la société a été formée, soit

pour une durée illimitée, soit pour toute la vie de l'un des associés; 7° par suite d'un jugement rendu conformément à l'art. 547 ci-après (art. 545).

1481. — Lorsqu'une société a été formée pour une durée illimitée ou pour toute la vie de l'un des associés, chacune des parties peut en provoquer la dissolution, à condition de notifier sa volonté aux autres au moins six mois à l'avance. Il faut, de plus, que la dénonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps; en particulier, si les comptes se règlent par année, la dissolution ne peut être demandée que pour la fin d'un exercice annuel (art. 546). Toutefois, s'il y a de justes motifs, la dissolution peut être demandée avant le terme fixé par le contrat ou, dans les cas prévus à l'art. 546, sans dénonciation préalable (art. 547).

1482. — La dissolution ne modifie en rien les engagements contractés envers les tiers (art. 551).

1483. — E. *Liquidation de la société.* — Dans la liquidation qui suit la dissolution de la société, l'associé qui a apporté dans la société une chose en toute propriété, ne reprend pas cette chose, mais il a droit au prix pour lequel elle a été acceptée; si ce prix n'a pas été déterminé, la restitution se fait d'après la valeur qu'avait la chose au moment de l'apport (art. 548).

1484. — Si, après le règlement des dettes sociales, après le remboursement des dépenses et avances faites par chacun des associés, et après la restitution des apports, il reste un excédent, cet excédent constitue un bénéfice qui se répartit entre les associés; si, après le remboursement des dettes, dépenses et avances, l'actif social n'est pas suffisant pour rembourser les apports, la différence constitue une perte, qui se répartit entre les associés (art. 549).

1485. — La liquidation doit être faite en commun par tous les associés, y compris ceux qui avaient été exclus de l'administration des affaires sociales. Toutefois, si le contrat de société n'avait trait qu'à certaines affaires d'une nature spéciale, que l'un des associés devait gérer en son propre nom pour le compte de la société, cet associé doit, même après la dissolution de la société, les terminer seul et en rendre compte à ses coassociés (art. 550).

SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

Législation.

C. civ., art. 529, 1873; C. proc. civ., art. 59-5°, 69-6°; C. comm., art. 18 et s., 631-2°.

(L. 20 févr. 1849 (*relative à l'application de l'impôt des mutations aux biens de mainmorte*); — L. 30 mai 1857 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Belgique, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 7 mai 1859 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Turquie et en Egypte, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 8 sept. 1860 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans le royaume de Sardaigne, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 27 févr. 1861 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans le Grand-Duché de Luxembourg, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 27 févr. 1861 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières légalement constituées dans le royaume de Portugal, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 11 mai 1861 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans la Confédération suisse, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 5 août 1861 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Espagne, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 9 nov. 1861 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Grèce, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 17 mai 1862 (*portant promulgation de la convention conclue, le 30 avr. 1862, entre la France et la Grande-Bretagne pour régulariser la situation des compagnies commerciales, industrielles et financières, dans les Etats respectifs*); — L. 6 mai 1863 (*qui modifie les art. 27 et 28, C. comm.*); — Décr. 22 juill. 1863 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans les Pays-Bas, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 25 févr. 1865 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans l'Empire de Russie, à exercer leurs droits en France*); — L. 24 juill. 1867 (*sur les sociétés*); — Décr. 20 juin 1868 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans l'Empire d'Autriche, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 23 mai 1868 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières légalement constituées dans le royaume de Saxe, à exercer leurs droits en France*); — Décr. 14 juin 1872 (*qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées dans les royaumes de Suède et Norvege, à exercer leurs droits en France*); — L. 29 juin 1872 (*relative à un impôt sur les valeurs mobilières*); — L. 1er déc. 1875 (*portant que les dispositions de la loi du 29 juin 1872 ne sont pas applicables aux sociétés de commerce en nom collectif, ni aux associés gérants des sociétés en commandite, ni aux sociétés dites de coopération*); — L. 14 déc. 1875 (*qui exempte de la taxe établie par la loi du 20 févr. 1849 les sociétés anonymes ayant pour objet exclusif l'achat et la vente d'immeubles*); — Décr. 6 août 1882 (*portant que les sociétés commerciales, industrielles et financieres, soumises dans les Etats-Unis d'Amérique à l'autorisation du Gouvernement, peuvent exercer leurs droits en justice en France, en se conformant aux lois de la République*); — L. 1er août 1893 (*portant modification de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés par actions*); — Décr. 21 mai 1896 (*portant application en Indo-Chine de la loi du 1er août 1893, sur les sociétés par actions*); — L. 9 juill. 1902 (*tendant à compléter l'art. 34, C. comm., et l'art. 3, L. 24 juill. 1867, en ce qui concerne les actions de priorité et les actions d'apport*); — L. 17 nov. 1903 (*modifiant la loi du 9 juill. 1902 relative aux actions de priorité*).

Bibliographie.

Ouvrages généraux. — Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 1879, 3e éd., 8 vol. in-8°, t. 2, n. 356 et s. — Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 1901, 5e éd., 5 vol. gr. in-8°, v[is] *Sociétés commerciales ordinaires; Sociétés par actions.* — André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Société commerciale.* — Beslay, *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de commerce*, 1867-1869, 2 vol. in-8° parus (t. 1 et 5), t. 5, *Des sociétés en commandite.* — Boistel, *Manuel de droit commercial*, 1899, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 151 et s. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Manuel du droit commercial*, 1868, 7e éd., 1 vol. in-8°, p. 37 et s.; — *Traité de droit commercial*, 1888-1892, 2e éd., 6 vol. in-8°, t. 1, p. 154 et s. — Clerc, *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, 1896-1903, 2 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 4874 et s. — Cohendy et Darras, *Code de commerce annoté*, 2 vol. in-8°, t. 1 et 1er fasc. du t. 2 parus, sur les art. 18 et s. — Dageville, *Commentaire du Code de commerce*, 1827, 4 vol. in-8°, t. 1, p. 72 et s. — Delacourtie et Robert, *Traité pratique de la discipline des notaires, des assemblées générales et des chambres de discipline, avec formules*, 1892, 1 vol. in-8°, n. 226. — Delamarre et Lepoitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, 1860-1861, nouv. éd., 6 vol. in-8°, *passim.* — Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, 1875, 6e éd., 2 vol. gr. in-8°, v° *Société.* — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823-1824, 5 vol. in-4°, v° *Société*, chap. 3. — Horson, *Questions sur le Code de commerce*, 1829, 2 vol. in-8°, t. 1, quest. 5 et s. — Laurin, *Cours élémentaire de droit commercial*, 1887-1890, 3e éd., 1 vol. in-8°, avec suppl., n. 209 et s. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 1889-1903, 3e éd., 8 vol. in-8° parus, t. 2, n. 1 et s. — Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 2, n. 1005 et 1006, t. 3, n. 1940 et s. et *passim*, t. 4, n. 2318 et s. et *passim.* — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*,

4e éd., 8 vol. in-4o, vo *Société*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4o, vo *Société*. — Molinier, *Traité de droit commercial*, 1841, 1 vol. in-8o paru, n. 227 et s. — Nicolin, *Notions élémentaires et pratiques de droit commercial*, 1868, 1 vol. in-8e, p. 24 et s. — Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1856-1857, 6e éd., 4 vol. in-8o, t. 3, n. 1 et s. — Paris, *Le droit commercial français ou commentaire du Code de commerce*, 1854, 1 vol. in-8o, seul paru, n. 639 et s. — Pothier, *Œuvres*, éd. Bugnet, 1861-1890, 11 vol. in-8o, *Traité du contrat de société*, t. 4, *Des œuvres*, p. 241 et s. — Rivière, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, 1882, 8e éd., 1 vol. in-8o, p. 65 et s. — Rogron, *Code de commerce expliqué*, 1891, 14e éd., 1 vol. in-18, sur les art. 18 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in-8o, vo *Société commerciale*. — Rosse (R.), *Manuel pratique et juridique du commerçant*, 1891, 1 vol. in-8o, n. 49 et s. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, 1877-1881, 3e éd., 6 vol. in-8o et suppl., 1897-1898, 2 vol. in-8o, vis *Société anonyme, Société en nom collectif, Société en commandite*. — Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire sur la loi du 25 vent. an XI, organique du notariat*, 1884, nouv. éd., 3 vol. in-8o, *passim*. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1900, 2e éd., 1 vol. in-8o, n. 218 et s. — Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, 1834, 3 vol. in-8o, t. 2, p. 289 et s.

OUVRAGES SPÉCIAUX. — I. SOCIÉTÉS COMMERCIALES (en général); SOCIÉTÉS PAR ACTIONS. — Aguessau (d'), *Mémoire sur le commerce des actions*. — Alauzet, *Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*, 1879, 2 vol. in-8o. — Arnault, *Rapport de la commission extraparlementaire du 14 févr. 1887, à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés*, 1884, 1 vol. in-8o. — Arthuys, *De la constitution des sciétés par actions*, 1898, 1 vol. in-8o. — Avon, *Les parts de fondateur*. — Bacqua de Labarthe, *Commentaire de la loi de 1867 sur les sociétés*, 1868, in-8o. — Badon-Pascal (E.), *Des droits des obligataires*, 1889. — Bédarride, *Des sociétés*, 1876, 2e éd. (2e tirage), 3 vol. in-8o. — Berge, *De la responsabilité des souscripteurs d'actions et de leurs cessionnaires*, 1880, gr. in-8o. — Bossy, *De l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés par actions*, 1899. — Bourguet (A.), *Du caractère juridique de la liquidation d'une société commerciale*, 1900. — Bourlet de la Vallée, *Loi sur les sociétés, commentée*, 1867, in-18. — Bousquet-Pontié, *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale et les droits individuels des actionnaires*, Toulouse, 1899, 1 vol. — Bouvier-Bangillon, *La législation nouvelle sur les sociétés, L. du 1er août 1893. Commentaire théorique et pratique*, 1894, 1 vol. in-8o. — Bandeis, *Protection des obligataires dans les sociétés commerciales*, 1900, 1 vol. gr. in-8o. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité des sociétés commerciales*, 1861, 1 vol. in-8o. — Cassagnade, *Personnalité civile des sociétés civiles et commerciales*, 1883, 1 vol. — Charmolu, *Manuel des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions*, 1883, 1 vol. in-8o. — Chauvron (de), *Des obligations non libérées*. — Decugis (H.), *De la responsabilité envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions (droit français et anglais)*, 1899, in-8o; — *Les actions d'apport négociables en cas de fusion et les actions de priorité*, 1903, in-8o; — *Les actions de priorité et les actions d'apport négociables en cas de fusion. Commentaire de la loi du 17 nov. 1903*, 1904, 1 vol. in-8o. — Defrénois, *Commentaire pratique de la loi du 1er août 1893, sur les sociétés par actions*, 1893, in-8o. — Delangle, *Des sociétés commerciales*, 1843, 2 vol. in-8o. — Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1882, 2 vol. in-8o. — Donzel, *Des sociétés par actions qui échappent aux prescriptions des art. 1, 2, 3 et 4 de la loi du 24 juill. 1867*, 1883, in-8o. — Douay, *De la constitution des sociétés par actions à capital fixe en France et à l'étranger*, 1889, 1 vol. in-8o. — Doussaud, *Une loi à refaire, ou critique de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés, suivie d'un appendice contenant la législation depuis 1809 jusqu'à 1880*, 1880, 1 vol. in-8o. — Duhamel, *Etude sur la législation des sociétés par actions (discours)*, 1893. — Duplessis, *Comptabilité des sociétés par actions*, 1903, in-8o. — Faure (A.), *La nouvelle loi sur les sociétés par actions. Commentaire théorique et pratique*, 1894, 1 vol. in-8o. — Floucaud-Pénardille (E.), *Les sociétés par actions. Traité pratique*, 1899, 2 vol. in-8o. — Freson (J.-G.), *Le droit de vote aux assemblées d'actionnaires*, 1893, broch. gr. in-8o. — Genevois (H.), *Le nouveau régime des sociétés : 1o Texte des lois en vigueur; 2o Commentaire de la loi du 1er août 1893; 3o Traité des parts de fondateur et titres bénéficiaires; 4o Recueil de la jurisprudence; 5o Formulaire*, 1896, 2e éd., 1 vol. gr. in-8o; *Les actions de priorité et les actions d'échange. Commentaire de la loi du 9 juill. 1902*, 1902, 2e éd., in-8o. — Goiffon, *De la condition de la société par actions dans la période constitutive*, 1898. — Goirand, *Formulaire annoté des sociétés par actions*, 1897, 1 vol.; — *Traité des sociétés par actions*, 1897-1901, 3 vol. gr. in-8o. — Houpin, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 1901, 3e éd., 2 vol. gr. in-8o. — Jacquand, *Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions*, 1886, 1 vol. in-8o. — Jarjavay, *Des droits et des obligations des actionnaires*. — Juglar, *De la situation des obligataires en cas de faillite ou de la liquidation judiciaire de la société*. — Lambert (A.), *Manuel pratique des sociétés de commerce et par actions*, 1902, in-18. — Laurens de la Barre (du), *Des sociétés par actions dans leurs rapports avec les opérations de Bourse*, 1879, 1 vol. in-8o. — Lecomte (M.), *De la responsabilité personnelle des associés dans les sociétés minières par actions*, 1883, in-8o. — Lecouturier, *La nouvelle législation sur les actions de priorité*, 1903, in-8o; — *Commentaire de la loi du 16 nov. 1903 sur les actions de priorité*, 1904, broch. in 8o; — *Etude juridique de la part de fondateur*, 1897, in-8o; — *Traité des parts de fondateur*, 1903, 1 vol. in-8o. — Lenoël, *Les actionnaires ruinés par la jurisprudence. Un actionnaire peut-il être condamné à rapporter ses dividendes?* 1867, 1 vol. in-8o. — Lescœur, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France*, 1877, 1 vol. in-8o. — Lévi, *Liquidation des sociétés commerciales*. — Lévy-Ullmann, *Des obligations à primes et à lots*, 1895. — Lot, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, 1895. — Lyon-Caen, *Commentaire de la loi du 1er août 1893, sur les sociétés par actions*, 1893, in-8o. — Lyon-Caen et Renault, *Traité des sociétés commerciales*, 1892, 1 vol. in-8o. — Malepeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, 1833, 1 vol. in-8o. — Maréchal (C.), *La loi du 9 juill. 1902, et les actions de priorité*, 1903, in-8o. — Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24 juill. 1867*, 1868, in-8o. — Mazas, *Les parts de fondateur*. — Mougin (M.), *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*. — Mouret, *De la responsabilité des fondateurs et administrateurs*, Toulouse, 1894, 1 vol. — Négulesco (Démètre), *Le problème juridique de la personnalité morale et son application aux sociétés civiles et commerciales*, 1900, 1 vol. gr. in-8o. — Perrin, *Les sociétés par actions. Loi du 1er août 1893. Textes et commentaire*, 1894, in-8o. — Perroud, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires*, Lyon, 1901, 1 vol. gr. in-8o. — Persil (E.), *Des sociétés commerciales*, 1833, 1 vol. in-8o. — Pigié, *La comptabilité des sociétés commerciales*. — Plommet, *Des appels de fonds en matière d'actions et d'obligations*, 1900, in-8o. — Pont, *Commentaire des sociétés civiles et commerciales*, 1880-1884, 2e éd., 2 vol. in-8o. — Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés*, 1868, 1 vol. in-8e. — Robert (Ch.), *De la liquidation judiciaire des sociétés*, 1896, in-18. — Romiguière, *Commentaire de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée*, 1863, 1 vol. in-8o. — Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1902, 2 vol. in-8o; — *Loi du 1er août 1893, sur les sociétés par actions, texte, historique*, 1893, in-8o; — *Manuel pratique des sociétés par actions*, 1900, 3e éd., 1 vol. in-8o; — *Questions nouvelles sur les sociétés commerciales étudiées d'après la doctrine et la jurisprudence*, 1882, 1 vol. in-8o; — *Répertoire alphabétique de la doctrine et de la jurisprudence en matière de sociétés commerciales*, 1889, 1 vol. in-8o; — *Sociétés par actions. Etude sur les parts de fondateur. Les sociétés anglaises en France. Les dividendes fictifs, leur répression civile et pénale*, 1899, in-8o. — Rubat du Mérac (H.), *Des délits relatifs aux sociétés par actions*, 1889, 1 vol. in-8o. — Savigny, *Manuel théorique et pratique des commissaires et censeurs des sociétés par actions*, 1901, 2e éd., 1 vol. — Sée, *De la réduction du capital social*, 1899. — Thaller, *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*, 1886. — Tonnellier, *Des apports en nature dans les sociétés par actions*, 1885, in-8o. — Tripier, *Code des sociétés civiles et commerciales*, in-8o; — *Commentaire de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés*, 1876, 2e éd., 2 vol. in-8o, avec suppl. — Troplong, *Commentaire sur le contrat des sociétés civiles et commerciales*, 1843, 2 vol. in-8o. — Vassal (H.), *Rapport sur le projet de loi relatif aux sociétés par actions*, 1889. — Vavasseur (A.), *Un projet de loi sur les sociétés*, 1876, in-8o; — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 1897, 2 vol. in-8o. — Vavasseur (A.), et Jay, *Commentaire de la loi du 1er août 1893*,

sur les sociétés par actions, 1894, 1 vol. in-8°; — *Projet de loi sur les actions civiles et commerciales*, 1865, in-8°. — Villemin, *Des actions sociales et individuelles dans les sociétés en commandite par actions et dans les sociétés anonymes*, 1900, in-8°. — Wahl (A.), *Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions*, 1894, gr. in-8°; — *Les parts de fondateur*, 1897, in-8°. — Worms, *Sociétés par actions et opérations de bourse*, 1867, 1 vol. in-8°.

II. Sociétés en commandite (simple et par actions). — Baradez, *Du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions*, 1882, in-8°. — Bullé, *Responsabilité du gérant et des membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions*, 1868, gr. in-8°. — Dolez, *Etude sur la société en commandite par intérêt et par actions*, 1880, 1 vol. gr. in-8°. — Ledru, *Des conseils de surveillance dans les sociétés en commandite par actions*, 1885, Nouv. éd., gr. in-8°. — Mornard, *Des sociétés en commandite par actions*, 1886, 1 vol. in-8°. — Rivière, *Explication de la loi du 17 juill. 1856, sur les commandites par actions*, 1857, 1 vol. in-8°. — Romiguière, *Commentaire de la loi sur les sociétés en commandite par actions*, 1856.

III. Sociétés anonymes. — Boursan, *De l'administration des sociétés anonymes*, 1883, 1 vol. in-8°. — Chauveron (de), *De l'action non libérée dans les sociétés anonymes*. — Chêne-Varin, *Des sociétés anonymes par actions*, 1890. — Clément (C.), *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, relativement aux modifications du pacte social*, 1897, in-8°. — Courcy (de), *Les sociétés anonymes*, 1869, 1 vol. in-18. — Denfert-Rochereau (A.), *Des fonctions et de la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes*, 1891, in-8°. — Durandy (Dominique), *Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, 1893, 1 vol. gr. in-8°. — Fournier, *De la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes*, 1899, 1 vol. — Godin, *Des titres attribués aux fondateurs dans les sociétés anonymes*. — Guérin, *De la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*, 1893. — Larue (Furcy), *De la responsabilité des fondateurs, des administrateurs, etc. de la société anonyme*, 1883, in-8°. — Masselin, *Formulaire d'actes et notice sur la législation et l'utilité des sociétés anonymes immobilières par actions*, 1880, gr. in-8°. — Michot, *Code annoté des sociétés commerciales anonymes*, 1884, 1 vol. gr. in-8°. — Moulin, *De la représentation des obligataires des compagnies de chemins de fer et autres sociétés anonymes*, 1898, broch. in-8°. — Oudin, *Etude sur les sociétés anonymes*, 1881, 1 vol. gr. in-8°. — Pavitt (A.), *Les compagnies « limited » anglaises et les sociétés anonymes françaises*, 1890, in-8°. — Perceron, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, 1896. — Pergamainte, *Les compagnies « limited » anglaises et les sociétés anonymes françaises*, 1890, in-8°. — Petiton, *De la responsabilité des administrateurs dans la société anonyme*, 1899, 1 vol. gr. in-8°. — Tarbouriech, *Etude sur la situation des actionnaires dans les sociétés anonymes, et spécialement dans les compagnies d'assurances, lorsque la conversion des actions nominatives en titres au porteur n'est pas possible ou n'a pas été votée par l'assemblée générale*, 1889. — Villard, *Des administrateurs dans les sociétés anonymes*, 1884, 1 vol. gr. in-8°.

IV. Sociétés civiles a forme commerciale. — Dreyfus (E.), *Des sociétés civiles à formes commerciales en France et à l'étranger*, 1888, 1 vol. in-8°. — Lamache, *De la transformation des sociétés civiles (spécialement des sociétés minières) en vertu de la loi du 1er août 1893 combinée avec les lois fiscales*, 1896, broch. gr. in-8°.

Journaux et revues. — I. Sociétés commerciales (en général); Sociétés par actions. — *Gazette des sociétés*. — *Journal des sociétés civiles et commerciales, françaises et étrangères*. — *Revue critique des sociétés*. — *Revue trimestrielle du nouveau régime des sociétés*. — *Du contrôle de la justice sur la formation des sociétés par actions* (Rau, F.) : Ann. de dr. comm., 1890, p. 161 et s. — *Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et en commandite par actions* (Wahl, A.) : Ann. de dr. comm., 1893, p. 81 et s., 163 et s., 273 et s., 361 et s.; 1894, p. 14 et s., 88 et s., 186 et s. — *Construction du droit des obligataires sur la notion d'une société qui existerait entre eux* (Thaller, E.) : Ann. de dr. comm., 1894, p. 65 et s. — *Amortissement et fonds de réserve* (Thaller, E.) : Ann. de dr. comm., 1895, p. 241 et s. — *Des abus de la raison sociale* (Perceron, J.) : Ann. de dr. comm., 1898, p. 118 et s. — *Du remboursement anticipé des obligations. Droit des obligataires de s'opposer au remboursement* (Badon-Pascal) : Bull. des assur., 1895, p. 29 et s. — *De la réforme des sociétés par actions* (Leroy-Beaulieu, P.) : Econ. fr., 7 sept. 1889. — *La législation sur les obligations des sociétés par actions* (Beauregard, P.) : Econ. fr., 14 déc. 1889. — *De la modification des statuts dans les sociétés par actions* : Fr. jud., 1896, 1re part., p. 209 et s. — *Du projet de loi sur les sociétés commerciales* (Perseval, J.) : J. Le Droit, 3 mars 1838. — *Des sociétés par actions* : J. Le Droit, 28 avr. 1838. — *De l'abus des nullités et responsabilités* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 18 juin 1881. — *De la prescription des actions en nullité et en responsabilité* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 22 juill. et 19 août 1881. — *De la prescription de l'action en responsabilité des administrateurs d'une sociétés par actions* (Malapert, P.) : J. Le Droit, 7 sept. 1881. — *Les cessionnaires d'actions non entièrement libérées sont-ils tenus des versements restant à effectuer, après la rétrocession ou revente de leurs actions* (Lechopié, Alfred) : J. Le Droit, 6 juill. 1882. — *Du projet de loi sur les sociétés* (Malapert) : J. Le Droit, 26, 27, 28 mars 1884. — *Etude critique du projet de loi sur les sociétés* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 27 juill. 1884. — *La loi sur les sociétés par actions* (Malapert, F.) : J. Le Droit, 13-14 oct. 1884. — *Etude critique du projet de loi sur les sociétés par actions* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 4, 5, 6, 7, 8 oct. 1885. — *Du versement exigé par la loi du 1er août 1893 relative aux sociétés par actions, sur les actions de moins de 100 fr.* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 15-16 janv. 1894. — *Une société de commerce est-elle capable de recevoir des donations entre-vifs et des legs?* (Lyon-Caen) : J. La Loi, 27 avr. 1881. — *Une société de commerce est-elle capable de recevoir par donation entre-vifs ou par testament?* (Camberlin, E.) : J. La Loi, 8 mai 1881. — *Les contestations nées entre d'anciens associés depuis la dissolution d'une société commerciale, ou à l'occasion de la liquidation de la société, sont-elles encore de la compétence des arbitres?* J. de proc. civ. et comm., 1842, t. 8, p. 360 et s. — *Société commerciale, publications, greffiers de justice de paix* : J. de proc. civ. et comm., 1868, t. 34, p. 290. — *Lorsque la dissolution d'une société commerciale a été publiée dans le délai légal, cette publication a-t-elle un effet rétroactif? Les engagements pris par l'associé gérant sous la raison sociale, entre la date de la dissolution et celle de la publication, sont-ils nuls à l'égard de la société* (Blin, E.) : J. de proc. civ. et comm., 1870-1871, t. 36, p. 18 et s. — *De la conversion des actions nominatives en titres au porteur d'après la loi du 24 juill. 1867, et de son effet par rapport à l'obligation personnelle des souscripteurs et cessionnaires envers la société et les créanciers sociaux* (Dupont, Paul) : J. des soc. civ. et comm., 1880, p. 91 et s., 209 et s., 615 et s. — *Du droit de modifier les statuts des sociétés par actions et de la limite du pouvoir des assemblées générales* (Lyon-Caen) : J. des soc. civ. et comm., 1880, p. 277 et s. — *Organisation, compétence et pouvoirs des assemblées générales extraordinaires* (L. 24 juill. 1867, art. 31) (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1880, p. 538 et s. — *Etude sur l'inventaire des sociétés industrielles* (Didier, F.) : J. des soc. civ. et comm., 1885, p. 128 et s. — *De la négociation des actions d'une société frappée de nullité* (Buchère, A.) : J. des soc. civ. et comm., 1885, p. 223 et s. — *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions* (Thaller, E.) : J. des soc. civ. et comm., 1885, p. 505 et s. — *Sociétés par actions, Augmentation de capital, Formalités* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1892, p. 30 et s. — *Sociétés par actions, vérification des apports en nature, apporteurs, souscripteurs, majorité légale, calcul* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1892, p. 180 et s. — *Sociétés par actions, apports, attribution de parts de fondateurs, négociation de ces parts, loi du 1er août 1893* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1894, p. 184 et s. — *Sociétés par actions, dépréciation de l'actif social, réduction du capital* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1894, p. 314 et s. — *Sociétés par actions, action en responsabilité, compétence* (Ledru, A) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 49 et s. — *Société, rachat d'actions, annulation ou maintien de ces actions, effets juridiques du rachat* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 97 et s. — *Des droits des obligataires d'une société commerciale en cas de faillite de la société* (Buchère, A.) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 145 et s. — *Vente ou apport, vente à une société par actions en formation, questions de validité* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 193 et s. — *Sociétés par ac-*

tions, actions d'apport, cession civile, effets, assemblées générales (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 241 et s. — *Commercialisation des sociétés civiles en commandite ou anonymes antérieures à la loi du 1er août 1893. Effets de cette commercialisation* (Bouvier-Bangillon) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 289 et s., 337 et s. — *Parts de fondateur, convention de répartition de l'actif social entre les parts et les actions, question de validité* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 385 et s. — *Société par actions, situation des souscripteurs et des apporteurs avant la constitution, décès, incapacités* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 481 et s. — *Sociétés par actions, augmentation de capital. Applicabilité de la loi du 1er août 1893* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1896, p. 5 et s. — *Du remboursement anticipé des obligations* (Bouvier-Bangillon) : J. des soc. civ. et comm., 1896, p. 193 et s. — *Situation des créanciers d'une société commerciale en liquidation* (Buchère, A.) : J. des soc. civ. et comm., 1896, p. 241 et s. — *Sociétés par actions, constitution, publication, responsabilité notariale* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1896, p. 289 et s. — *Modifications proposées à la loi du 1er août 1893. Les actions de 25 fr. et les actions d'apport* (Ledru, A.) : J. des soc. civ. et comm., 1897, p. 5 et s. — *Les parts de fondateur* (Wahl, A.) : J. des soc. civ. et comm., 1897, p. 145 et s., 194 et s., 241 et s. — *Société par actions. Conversion des parts de fondateur en actions à titre d'augmentation du capital social, illégalité* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1897, p. 385 et s. — — *Parts de fondateur. Intérêt des actions. Convention de répartition de l'actif entre les parts et les actions. Question de validité* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1898, p. 5 et s. — *Fusion. Actions d'apport. Loi du 1er août 1893. Négociation des actions de l'ancienne société pendant deux ans* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1898, p. 49 et s. — *Société par actions. Actions non libérées. Faillite ou déconfiture d'un actionnaire. Situation de la société* (Mesnil) : J. des soc. civ. et comm., 1898, p. 146 et s. — *Des parts de fondateur émises contre espèces ou réservées par la société pour rémunérer des services* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1898, p. 481 et s. — *De la réduction du capital social et de ses conséquences dans les rapports de la société vis-à-vis des actionnaires et des tiers* (G. S.) : Rec. pér. des assurances, 1887, p. 42 et s. — *De la réduction du capital et de ses conséquences* (Vavasseur) : Rec. pér. des assurances, 1887, p. 120 et s. — *Des sociétés commerciales. Des origines et du système général de la loi du 24 juill. 1867* (Beudant) : Rev. crit., 1867, t. 31, p. 404 et s., 496 et s. — *De la responsabilité des souscripteurs et de leurs cessionnaires dans les sociétés par actions* (Beudant, Ch.) : Rev. crit., 1868, t. 33, p. 18 et s. — *Des caractères distinctifs de l'intérêt et de l'action* (Beudant, Ch.) : Rev. crit., 1869, t. 34, p. 135 et s., 402 et s. — *Observations sur la différence entre l'action et l'intérêt* (Batbie) : Rev. crit. 1869, t. 34, p. 328 et s. — *De la constitution des sociétés par actions* (Beudant, Ch.) : Rev. crit., 1870, t. 36, p. 112 et s. — *Des actions de jouissance dans les sociétés* (Vavasseur) : Rev. crit., 1875, 2e sér., t. 4, p. 334 et s. — *Quelques modifications à introduire dans la loi sur les sociétés commerciales* (Pascaud) : Rev. crit., 1880, 2e sér., t. 10, p. 285 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° société par actions, transfert, cessionnaire ; 2° société, charge d'agent de change, nullité, loi du 2 juill. 1862, exécution postérieure, validation* (Lyon-Caen) : Rev. crit., 1881, 2e sér., t. 10, p. 268, 275 et s. — *Des nouvelles pratiques financières suivies en matière de sociétés. Emissions d'actions à prime. Parts de fondateur* (Thaller) : Rev. crit., 1881, 2e sér., t. 10, p. 519 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société, hypothèque, mandat, acte notarié* (Rataud) : Rev. crit., 1882, 2e sér., t. 11, p. 209 et s. — *Rapport fait à M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice, au nom de la commission chargée d'examiner les modifications à introduire dans la législation relative aux sociétés et à la négociation des valeurs mobilières* (Lyon-Caen) : Rev. crit., 1882, 2e sér., t. 11, p. 454 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° de la nullité d'une augmentation de capital irrégulièrement faite ou que la faillite de la société a empêché de conduire à sa fin, droit de reprise des souscripteurs, droit à la délivrance d'actions ; 2° de la libération du premier quart par voie d'écritures. Tradition de brève main et constitut possessoire ; 3° validité ou nullité des négociations d'actions d'une société nulle ; 4° du recours du vendeur d'actions au porteur, assigné en libération des titres, contre son acheteur ; conversion régulière ou irrégulière, étendue du secret professionnel de l'agent de change ; 5° de la mise au porteur des actions créées en représentation d'apports en nature ; 6° du maintien de l'action en responsabilité résultant de la nullité, malgré la prescription de l'action publique ; 7° du domicile des sociétés. Siège d'exploitation ou siège administratif ; 8° si l'application d'une réserve fictive à la libération des actions équivaut à une distribution de dividendes fictifs ; 9° rachat d'actions* (Thaller) : Rev. crit., 1883, 2e sér., t. 12, p. 305 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° survivance à l'action publique de l'action en responsabilité contre les fondateurs d'une société par actions ; 2° légalité des actions mixtes, partie apport, partie numéraire ; 3° droits des obligataires d'une société dissoute à une sûreté ; 4° suites d'une augmentation irrégulière de capital dans une société par actions, vente à l'émission ; 5° négociation d'actions d'une société nulle ; 6° l'obligation de l'actionnaire, celle de l'administrateur envers la société de commerce sont-elles commerciales ? 7° l'actionnaire peut-il exercer de son propre chef l'action en responsabilité contre les administrateurs pour dommage fait à la société ? 8° l'actionnaire exécuté en bourse reste-t-il éventuellement tenu du non-versé ? 9° la fusion de deux sociétés peut-elle être résolue par non-paiement de dettes de la société absorbée par l'autre ?* (Thaller) : Rev. crit., 1885, 2e sér., t. 14, p. 275 et s. — *De la possibilité de combiner entre elles les diverses espèces de sociétés commerciales* (Lacour, Léon) : Rev. crit., 1885, 2e sér., t. 14, p. 453 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° l'action en restitution des versements, en cas de nullité de la société, est-elle donnée aux souscripteurs dans tous les cas ? Cette action est-elle individuelle ? 2° en quel sens un vote de diminution du capital social ou la retraite d'un associé ne peut produire effet que sous réserve des droits des tiers ?* (Thaller) : Rev. crit., 1886, 2e sér., t. 15, p. 283 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° à quel trait caractéristique se reconnaissent l'action et la société par actions ; 2° si le siège social peut, en intervenant à une négociation d'actions nominatives, décharger le cédant du non-versé ; 3° du caractère des parts de fondateur dans les sociétés par actions* (Thaller) : Rev. crit., 1887, 2e sér., t. 16, p. 209 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Le rachat de ses propres actions réalisé par une société à l'aide de son capital est-il radicalement nul ? Le vendeur de bonne foi, qui a ignoré et n'a pu connaître la personne de l'acheteur, est-il tenu à la restitution du prix ? La nullité de la cession de ses actions, opérée par une société, peut-elle être invoquée par les cessionnaires contre les créanciers sociaux* (Bonfils) : Rev. crit., 1888, 2e sér., t. 17, p. 434 et s. — *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité* (Mongin) : Rev. crit., 1890, 2e sér., t. 19, p. 697 et s. — *Du régime des sociétés par actions* (Pascaud, H.) : Rev. crit., 1892, 2e sér., t. 21, p. 528 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° société, dissolution, liquidation, pacte social, héritier des associés, inventaire amiable, mineur ; 2° société anonyme ou en commandite par actions, conversion des actions nominatives en actions au porteur, statuts sociaux, clause expresse* (Bonfils) : Rev. crit., 1894, 2e sér., t. 23, p. 625 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° société par actions, apport, prêt, intérêt (défaut d'), participation aux bénéfices, participation aux pertes, apport en jouissance ; 2° société commerciale, nullité pour omission des formalités prescrites par l'art. 55, L. 24 juill. 1867, pouvoir du juge* (Bonfils) : Rev. crit., 1895, 2e sér., t. 24, p. 546 et s. — *Nature juridique de la part de fondateur* (Lecouturier) : Rev. crit., 1897, 2e sér., t. 26, p. 117 et s., 148 et s., 250 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence sur les sociétés : 1° nature du droit des actionnaires, saisie-arrêt ; 2° société de fait, prorogation* (Arthuys) : Rev. crit., 1898, 2e sér., t. 27, p. 348 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés par actions, action sociale, action individuelle, clause qui soumet la demande de l'actionnaire à l'avis de l'assemblée* (Arthuys) : Rev. crit., 1900, 2e sér., t. 29, p. 204 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence : 1° obligations à prime, liquidation de la société, remboursement anticipé ; 2° obligations à lots, vente à tempérament, pacte commissoire* (Arthuys) : Rev. crit., 1901, 2e sér., t. 30, p. 325 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés par actions, assemblée, vérification, modifications aux statuts* (Arthuys) : Rev. crit., 1902, 2e sér., t. 31, p. 214 et s. — *La loi du 1er août 1893, portant modification de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés par actions. Commentaire* (Perrin, Louis) : Rev. de législ. des mines, 1893, p. 321 et s. — *De la responsabilité des actionnaires et de leur obligation touchant le*

paiement des actions souscrites : Rev. du not. et de l'enreg., 1875, p. 721 et s. — *Société. Actions non libérées. Faillite de l'un des souscripteurs* : Rev. du not. et de l'enreg., 1883, p. 881 et s. — *Commentaire de la loi du 1ᵉʳ août 1893 portant modification de la loi du 24 juill. 1867 sur les sociétés par actions* (Perrin, Louis) : Rev. du not. et de l'enreg., 1893, p. 641 et s. — *Législation des sociétés commerciales* (Lescœur) : Rev. prat., 1875, t. 40, p. 194 et s., 457 et s.; 1876, t. 41, p. 173 et s.; t. 42, p. 265 et s.; 1877, t. 43, p. 48 et s. — *Du droit des actionnaires et des commanditaires de s'attribuer les intérêts de leur mise en l'absence de gains réalisés par la société* (Paunier) : Rev. prat., 1880, t. 47, p. 474 et s. — *Des droits des créanciers vis-à-vis des actionnaires, sur l'indemnité allouée contre les membres du conseil de surveillance* (Rambaud) : Rev. prat., 1882, t. 51, p. 385 et s. — *L'action sociale* (Mack) : Rev. des soc., 1885, p. 206 et s. — *Comment se fait une émission* (Neymark) : Rev. des soc., 1887, p. 601 et s.

II. Sociétés en nom collectif. — *Les créanciers d'une société en nom collectif déclarée nulle pour défaut de publication de l'acte social exercent-ils leurs droits sur les biens des associés concurremment avec les créanciers de ceux-ci?* J. de proc. civ. et comm., 1842, t. 8, p. 440 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société en nom collectif, décès d'un associé, continuation de la société entre les survivants, prescription de cinq ans, publication* (Rataud) : Rev. crit., 1882, 2ᵉ sér., t. 11, p. 210 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société en nom collectif, solidarité, droit de poursuite des créanciers* (Arthuys) : Rev. crit., 1899, 2ᵉ sér., t. 28, p. 342 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés de personnes, société en nom collectif, signature sociale, tiers, clause libérant la société* (Arthuys) : Rev. crit., 1902, 2ᵉ sér., t. 31, p. 209 et s. — *La société en nom collectif est-elle une personne morale?* (Guérin) : Rev. crit., 1902, 2ᵉ sér., t. 31, p. 245 et s., 308 et s.

III. Sociétés en commandite (simple et par actions). — *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite* (Saleilles, R.) : Ann. de dr. comm., 1895, p. 10 et s., 49 et s.; 1897, p. 29 et s. — *Des bases d'une loi sur les sociétés en commandite* (Parseval, Jules) : J. Le Droit, 12 avr. 1838. — *Le créancier d'une société en commandite a-t-il une action directe contre les associés commanditaires à fin de paiement de la dette jusqu'à concurrence de leurs commandites? Cette action doit-elle être portée devant les tribunaux de commerce ou devant la juridiction arbitrale?* J. Le Droit, 2-3 mai 1842. — *Société en commandite. Conseil de surveillance. Notaire* (Houpin) : J. des soc., 1893, p. 416 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Commandites simples, Loi du 24 juill. 1867, conseil de surveillance, répétition de dividendes fictifs* (Lyon Caen) : Rev. crit., 1881, 2ᵉ sér., t. 10, p. 265 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société en commandite par actions, action en responsabilité contre le gérant, action sociale* (Bonfils) : Rev. crit., 1890, 2ᵉ sér., t. 19, p. 673 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés en commandite, associé en nom collectif, associé commanditaire, clause de garantie contre toute participation aux pertes* (Bonfils) : Rev. crit., 1895, 2ᵉ sér., t. 24, p. 545 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société en commandite par actions, assemblée générale extraordinaire, pouvoirs* (Arthuys) : Rev. crit., 1899, 2ᵉ sér., t. 28, p. 337 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société en commandite simple, stipulation d'intérêts en l'absence de bénéfices* (Arthuys) : Rev. crit., 1901, 2ᵉ sér., t. 30, p. 321 et s.

IV. Sociétés anonymes. — *La dissolution de la société anonyme pour juste motif. Assemblée générale et justice* (Thaller, E.) : Ann. de dr. comm., 1894, p. 177 et s. — *De la dernière jurisprudence sur les majorités nécessaires aux délibérations prises dans les assemblées générales (Sociétés anonymes)* (Giraud, F.) : Ann. de dr. comm., 1895, p. 215 et s. — *Sociétés anonymes. Communication de documents sociaux* : Bull. des assur., 1894, p. 40 et s. — *Sociétés anonymes. De la communication des documents sociaux* : Bull. des assur., 1895, p. 45 et s. — *La société anonyme sans actions* (Pascaud, H.) : Econ. fr., 1885, t. 1, p. 619 et s. — *Des sociétés anonymes par actions* (Chêne-Varin, A. de) : Fr. jud., 1894, 1ʳᵉ part., p. 16 et s., 48 et s., 88 et s., 107 et s., 148 et s., 179 et s., 213 et s., 294 et s., 378 et s.; 1895, 1ʳᵉ part., p. 33 et s., 133 et s., 286 et s. — *Sociétés anonymes par actions. De la communication des listes des actionnaires et des feuilles de présence* : Fr. jud., 1899, 1ʳᵉ part., p. 233 et s. — *Des actions de priorité dans les sociétés anonymes* : Fr. jud., 1900, 1ʳᵉ part., p. 144 et s. — *De la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 8 nov. 1874. — *De la responsabilité dans les sociétés anonymes* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 13 juin 1878. — *Sociétés anonymes. Des apports en nature contre actions libérées de moitié* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 1, 2, 4, 5 avr. 1881. — *Sociétés anonymes. Des apports en nature contre actions partiellement libérées. Nullité. Reconstitution* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 24 avr. 1881. — *Etude critique du projet de loi sur les sociétés. De la liberté des sociétés anonymes* (Vavasseur, A.) : J. Le Droit, 2, 3, 4 nov. 1884. — *La nullité des actes et délibérations modificatifs des statuts d'une société anonyme régulièrement constituée engendre-t-elle,* ipso facto, *une responsabilité contre les administrateurs qui n'auraient pas rempli les formalités prescrites par la loi du 24 juill. 1867?* (Camberlin, E.) : J. La Loi, 19 juin 1881. — *Les parts de fondateur dans les sociétés anonymes* (Buchère, A.) : J. La Loi, 30 janv. 1886. — *La part de fondateur dans la société anonyme* (Bousquet, E.) : J. des soc. civ. et comm., 1885, p. 746 et s. — *Du détenteur actuel des actions au porteur d'une société anonyme au moment d'un appel de fonds* (Buchère, A.) : J. des soc. civ. et comm., 1892, p. 516 et s. — *Société anonyme, assemblées générales, droit de groupement des petits actionnaires, loi du 1ᵉʳ août 1893, application* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1895, p. 7 et s. — *Société à responsabilité limitée. Prorogation. Conversion en société anonyme* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1896, p. 337 et s. — *Sociétés anonymes, Affectation des actions d'apport à la garantie des fonctions d'adminisrateur* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1896, p. 481 et s. — *Société anonyme. Commissaires de surveillance, empêchement ou refus de ceux nommés, remplacement, incompétence de l'assemblée générale* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1897, p. 50 et s. — *Société anonyme, actions d'apport, cession civile, affectation des actions aux fonctions d'administrateur* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1898, p. 97 et s. — *De l'administration des sociétés anonymes* (Vavasseur) : Rev. crit., 1875, 2ᵉ sér., t. 4, p. 624 et s.; 1876, 2ᵉ sér., t. 5, p. 123 et s. — *De la responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes aux termes de l'art. 42, L. 24 juill. 1867* (Choppard) : Rev. crit., 1878, 2ᵉ sér., t. 7, p. 65 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société anonyme : 1° apports en nature; 2° assurances sur la vie; 3° titres nominatifs, conversion, cessionnaire, souscripteurs primitifs, versements complémentaires* (Lyon-Caen) : Rev. crit., 1881, 2ᵉ sér., t. 10, p. 258 et s., 269 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés anonymes : 1° obligations de chemin de fer, diminution des sûretés, déchéance du terme, demande de nouvelles sûretés; 2° actions mixtes en nature et en numéraire, versement du quart en numéraire; 3° sociétés anonymes belges, autorisation d'exercer leurs droits en France* (Rataud) : Rev. crit., 1882, 2ᵉ sér., t. 11, p. 212 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société anonyme : 1° appel de fonds, cessionnaires intermédiaires, garantie, titres au porteur; 2° nombre des associés* (Lyon-Caen) : Rev. crit., 1884, 2ᵉ sér., t. 13, p. 306 et s. — *Le projet de loi sur les sociétés anonymes* (de Courcy) : Rev. crit., 1886, 2ᵉ sér., t. 15, p. 582 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Caractère civil ou commercial de la société, responsabilité des fondateurs d'une société anonyme déclarée nulle* (Bonfils) : Rev. crit., 1889, 2ᵉ sér., t. 18, p. 369 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société anonyme, conversion d'actions nominatives en actions au porteur, appel de fonds, détenteur actuel* (Bonfils) : Rev. crit., 1890, 2ᵉ sér., t. 19, p. 680 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés anonymes : 1° assemblées générales extraordinaires, droit de modifier les statuts, nécessité d'une réserve de ce droit dans les statuts primitifs, interprétation des statuts primitifs, unanimité des actionnaires; 2° fondateur apporteur, souscripteur en numéraire, représentation à l'assemblée générale de constitution, vérification des apports; 3° conversion d'actions nominatives en actions au porteur, appel de fonds, détenteur actuel* (Bonfils) : Rev. crit., 1893, 2ᵉ sér., t. 22, p. 406 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés anonymes : 1° modification des statuts, assemblée générale,* quorum, *nombre d'actions nécessaire pour être admis à l'assemblée générale, délibération nulle; 2° modification des statuts, assemblée générale extraordinaire, unanimité des actionnaires, dispositions statutaires essentielles, réduction ou augmentation du capital social; 3° demande en dissolution, droit individuel*

des actionnaires, délibération de l'assemblée générale, pouvoir du juge, réformation de la délibération (Bonfils) : Rev. crit., 1895, 2e sér., t. 24, p. 552 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Société anonyme, part de fondateur, cession, parts sociales ou actions* (Arthuys) : Rev. crit., 1897, 2e sér., t. 26, p. 273 et s. — *De la représentation des obligataires de compagnies de chemins de fer et autres sociétés anonymes, étude de droit français et comparé* (Moulin) : Rev. crit., 1898, 2e sér., t. 27, p. 145 et s. — *Des actions de jouissance dans les sociétés anonymes à capital amortissable, leur forme, leur nature* (Le Duc, Emile) : Rev. crit., 1898, 2e sér., t. 27, p. 450 et s. — *Du groupement des petits actionnaires dans les sociétés anonymes* (Sautter) : Rev. crit., 1901, 2e sér., t. 30, p. 49 et s. — *De l'administration des sociétés anonymes* : Rev. du not. et de l'enreg., 1879, p. 566 et s. — *De la révision de la loi de 1867, en ce qui concerne les sociétés anonymes* : Rev. du not. et de l'enreg., 1882, p. 160 et 161. — *De la responsabilité des souscripteurs d'actions non libérées de sociétés anonymes; notamment en cas de nullité de ces sociétés* (Choppard, Léon) : Rev. du not. et de l'enreg., 1883, p. 886 et s. — *De la fusion entre les sociétés anonymes* (Vavasseur) : Rev. prat., 1874, t. 38, p. 423 et s.

V. Sociétés civiles a forme commerciale. — *Transformation d'une ancienne société civile par actions en société commerciale, et caractère des opérations d'une société de ce genre dans le droit actuel* (Thaller E.) : Ann. de dr. comm., 1894, p. 129 et s. — *Sociétés civiles à forme commerciale. Loi de 1867. Sanctions civiles et pénales. Applicabilité* (Houpin) : J. des soc. civ. et comm., 1891, p. 512 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence. Sociétés civiles, transformation en sociétés commerciales, d'après la loi du 1er août 1893, demande en liquidation judiciaire* (Arthuys) : Rev. crit., 1897, 2e sér., t. 26, p. 280 et s. — *De la transformation des sociétés civiles (spécialement des sociétés minières) en vertu de la loi du 1er août 1893 combinée avec les lois fiscales* (Lamache H.) : Rev. de législ. des mines, 1895, p. 257 et s. — *Note sur la transformation des sociétés civiles en sociétés anonymes ou en commandite par actions* (Thellier de Poncheville) : Rev. de législ. des mines, 1895, p. 271 et s. — *De la commercialisation des sociétés par actions ayant un objet civil* (Lyon-Caen) : Rev. de législ. des mines, 1897, p. 193 et s.

Droit international privé. — Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, 1884, in-8°, n. 98 et s. — Audinet, *Principes élémentaires du droit international privé*, 1894, 1 vol. in-18, n. 85 et s. — Bard, *Précis de droit international pénal et privé*, 1883, 1 vol. in-8°, n. 208, 209, 225 et 226. — Brocher, *Cours de droit international privé*, 1882-1885, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 63. — Despagnet, *Précis de droit international privé*, 1899, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 51 et s. — Fiore (trad. Antoine), *Le droit international privé*, 1889-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 3, n. 1127 et s. — Fœlix et Demangeat, *Traité du droit international privé*, 1866, 4e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, p. 246, note, et t. 2, p. 33. — Laurent, *Le droit civil international*, 1880-1882, 8 vol. in-8°, t. 4, n. 79 et s. — Rolin, *Principes du droit international privé*, 1896, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 258 et s. — Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 1899, 3e éd., in-8°, n. 452 et s. — Vareilles-Sommières (de), *La synthèse du droit international privé*, 1897, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 708 et s. — Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, 1887-1888, 2 vol. gr. in-8°, et suppl., 1888 et 1889, v° *Société*. — Weiss, *Manuel de droit international privé*, 1899, 2e éd., 1 vol. in-8°, p. 312 et s.; — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1894-1901, 4 vol. in-8° parus, t. 2, p. 412 et s.

Anspach et Houbotte (Eug.), *Des sociétés anonymes en droit international privé : Russie*, 1896, in-8°, 1er fasc. paru. — Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1882, 2 vol. in-8°. — Drouin, *De la condition juridique des sociétés commerciales étrangères en France*, 1898, 1 vol. in-8°. — Goirand, *Les sociétés anonymes belges devant la loi française*, 1901, in-8°. — Grandperret, *De la condition juridique en France des sociétés étrangères par actions*, 1894. — Leven (M.), *De la nationalité des sociétés et de ses effets juridiques*, 1900, 1 vol. in-8°. — Lyon-Caen, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, 1870, in-8°. — Méplain, *Les sociétés étrangères en France*. — Pineau (P.-M.), *Des sociétés commerciales en droit international privé*, 1895. — Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1902, 2 vol. in-8°; — *Sociétés par actions... Les sociétés anglaises en France*, 1899, in-8°.

Sur la nationalité des sociétés par actions (Thaller E.) : Ann. de dr. comm., 1890, p. 257 et s. — *Les sociétés étrangères et la clause de la nation la plus favorisée* (Huvelin P.) : Ann. de dr. comm., 1896, p. 51 et s. — *De la situation à faire aux sociétés anonymes étrangères* : Ann. de dr. comm., 1901, p. 111 et s. —. *Quels sont les droits que les sociétés anglaises « limited » et, en général, les sociétés étrangères, peuvent exercer en France* (Vavasseur A.) : J. du dr. int. pr., 1875, p. 5 et s. — *Des sociétés constituées à l'étranger et fonctionnant en France* (Vavasseur A.) : J. du dr. int. pr., 1875, p. 345 et s. — *Des actions juridiques exercées en France par les sociétés anonymes étrangères* (Buchère A.), J. du dr. int. pr., 1882, p. 37 et s. — *Des publications à faire par une société commerciale constituée en France, mais fonctionnant en France et à l'étranger* (Lefèvre C.) : J. du dr. int. pr., 1882, p. 401 et s. — *De la condition des sociétés étrangères en France dans le projet de loi sur les sociétés par actions* (Buchère A.) : J. du dr. int. pr., 1883, p. 479 et s. — *Du droit pour les sociétés commerciales étrangères d'ester en justice en France* (Moutier) : J. du dr. int. pr., 1894, p. 954 et s. — *Du droit d'un Etat étranger de grever d'un impôt les coupons des obligations émises en France d'une société par actions française, autorisée à opérer dans cet Etat étranger* (Winterhalter A.) : J. du dr. int. pr., 1898, p. 1001 et s. — *De l'application de la loi du 17-23 juill. 1856 aux sociétés étrangères* (Romignière) : J. Le Droit, 31 déc. 1857. — *De la condition légale en France des sociétés anonymes étrangères, spécialement des sociétés italiennes depuis la loi du 24 juill. 1867* (Coste R.) : J. La Loi, 9 et 11 juin 1887, — *De la nationalité des sociétés* (Lyon-Caen) : J. des soc. civ. et comm., 1880, p. 32 et s. — *Du droit des sociétés anonymes belges d'ester en justice en France* (Renault Louis) : J. des soc. civ. et comm., 1880, p. 152 et s. — *De la compétence en matière de sociétés commerciales étrangères* (Deloison G.) : J. des soc. civ. et comm., 1894, p. 134 et s. — *Observations sur la condition faite aux sociétés étrangères en France d'après le projet de loi voté par le Sénat* (Arthuys) : Rev. crit., 1889, 2e sér., t. 18, p. 581 et s. — *Traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 1er. Société anonyme suisse. Défaut de résidence en France* (Surville F.) : Rev. crit., 1899, 2e sér., t. 28, p. 228 et s. — *Conflits des lois relatives aux sociétés par actions : Rapport de M. Lyon-Caen à l'Institut de droit international*, session de 1888 : Rev. de dr. int., déc. 1888.

Droit comparé. — Congrès international des sociétés par actions, 1890, 1 vol. in-8°, et Rec. périod. des assur., 1889, p. 226 et s.

Foureix, *Traité des sociétés commerciales. Législation française comparée aux législations des différentes nations d'Europe et des principaux Etats de l'Afrique et des deux Amériques*, 1856, 1 vol. in-8°. — Hœchster, Sacré et Oudin, *Manuel de droit commercial français et étranger*, 1874, nouv. éd., 1 vol. in-8°, p. 119 et s. — Marinesco (C.-G.), *Des conditions exigées pour la constitution des sociétés anonymes en France, Allemagne, Belgique, Italie, Roumanie et Suisse*, 1889. — Moulin, *De la représentation des obligataires des compagnies de chemins de fer et autres sociétés anonymes. Etude de droit français et comparé*, 1898, broch. in-8°. — Muralt (J. de), *De la fondation des sociétés anonymes d'après les législations française, allemande, belge, italienne, etc. et d'après le Code fédéral des obligations*, 1887, 1 vol. in-8°. — Ricardo, *Précis des législations commerciales étrangères*. — Salzedo et Clotet, *Traité pratique de droit commercial international, français et étranger*, 1894, 1 vol. in-8° paru, t. 1, 1er fascicule, p. 113 et s. — Vavasseur, *Législation comparée sur les sociétés*, broch.

Du mouvement législatif concernant les sociétés par actions, en France et dans les principaux Etats (Lyon-Caen) : Ann. de dr. comm., 1887, p. 65 et s. — *Des intérêts ou dividendes dus aux associés en nom collectif* : Etude de dr. comp., Ann. de dr. comm., 1901, p. 237 et s. — *Des divers systèmes législatifs concernant la condition légale des sociétés étrangères par actions et des réformes à apporter à la législation française* (Lyon-Caen) : J. du dr. int. pr., 1885, p. 265 et s. — *De la représentation des obligataires des compagnies de chemin de fer et autres sociétés*

anonymes; étude de droit français et comparé (Moulin) : Rev. crit., 1898, 2e éd., t. 27, p. 145 et s. — *Des droits des obligataires d'après la législation comparée et le projet de loi sur la réforme des sociétés commerciales* (Pascaud H.) : Rev. prat., 1883, t. 54, p. 374 et s.

Allemagne. — Adler, *Zur Entwickelungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts*, Berlin, 1895. — Bachmam, *Die Sonderrechte der Aktionaer.* — Bing, *La société anonyme en droit allemand. Etude de législation comparée*, 1892, 1 vol. in-8°. — Dujardin, *Des sociétés commerciales en Alsace Lorraine*, 1873, in-8°. — Gareis, *Das deutsche Handelsrecht Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts*, Stuttgard, 1891, 3e éd. — Lehmann K.), *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 1898; — *Die geschichtiche Entwickelung des Aktienrechts*, 1895.

De la nature juridique des sociétés par intérêt : Ann. de dr. comm., 1896, p. 380 et s. — *De la nature juridique des sociétés en participation* : Ann. de dr. comm., 1896, p. 384 et s. — *Loi du 4 déc. 1899 sur les droits communs des obligataires* : Ann. de dr. comm., 1900, p. 311 et s. — *Mouvement en faveur d'une réglementation plus sévère des sociétés*, Ann. de dr. comm., 1901, p. 227 et s. — *Des sociétés commerciales en Alsace-Lorraine* (Dujardin) : Rev. prat., 1873, t. 36, p. 52 et s.

De la condition juridique des sociétés anonymes françaises en Alsace-Lorraine (Hauffmann) : J. du dr. int. pr., 1882, p. 129 et s., 260 et s. — *De la condition des sociétés étrangères en Allemagne* (Dr Wolff) : J. du dr. int. pr., 1886, p. 134 et s., 272 et s., 641 et s.

Angleterre. — Decugis (H.), *De la responsabilité envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions (droit français et anglais)*, 1899, in-8°. — Destruels, *Traité pratique de législation anglaise sur les sociétés anonymes « limited »*, 1902, 2e éd., in-8°. — Giraudet et Méliot, *Manuel pratique des sociétés anglaises par actions*, 1896, 1 vol. — Laya, *Droit anglais*, 1845, 2 vol in-8°, t. 2, p. 81 et s. — Leval, *La nouvelle loi anglaise et les sociétés*, 1901, broch. gr. in-8°. — Pavitt (A.), *Les compagnies « limited » anglaises et les sociétés anonymes françaises*, 1890, in-8°. — Pergamainte, *Des compagnies « limited » anglaises et les sociétés anonymes françaises*, 1890, in-8°. — Raud Bailey, *Les sociétés anglaises « limited ». Manuel pratique*, 1885, in-18.

Réforme de la loi sur les sociétés par actions : Ann. de dr. comm., 1896, p. 146 et s.; 1897, p. 417 et s. — *Absence de sociétés en commandite, biais employés* : Ann. de dr. comm., 1897, p. 302 et s. — *Des private companies* (Schwartz) : Ann. de dr. comm., 1899, p. 256 et s. — *Conversion d'actions en stock* (Schwartz) : Ann. de dr. comm., 1900, p. 64 et s. — *Réforme de la loi sur les sociétés anonymes* : Ann. de dr. comm., 1900, p. 314 et s. — *La nouvelle loi anglaise sur les sociétés par actions du 8 août 1900* : Ann. de dr. comm., 1901, p. 144 et s.

Decugis (H.), *Du régime légal des sociétés françaises en Angleterre*, 1903, in-8°. — *De la condition légale des sociétés étrangères en Angleterre* (Alderson-Foote) : J. du dr. int. pr., 1882, p. 465 et s.

Autriche-Hongrie. — *Etude sur le projet de loi autrichien relatif aux sociétés par actions* (Lyon-Caen) : Bull. soc. de lég. comp., 1883, t. 12, p. 332 et s.

Condition des sociétés étrangères en Hongrie (Beauchet) : J. dr. int. pr., 1887, p. 171 et s.

Belgique. — Demeur, *Les sociétés commerciales de la Belgique. Actes, documents et jurisprudence*, 1885, 1 vol. gr. in-8°. — Deseure et Lejour, *Guide pratique des sociétés anonymes*, Bruxelles, 1900, 1 vol. in-12. — Guillery, *Manuel pratique des sociétés commerciales en Belgique*, 1899, 1 vol. in-16; — *Des sociétés commerciales en Belgique*, 1882-1883, 3 vol. gr. in-8°, et suppl. 1893, 1 vol. gr. in-8°. — Nyssens et Corbiau, *Traité des sociétés commerciales*, 1895, 3 vol. gr. in-8°, le 1er seul paru. — Roland, *De la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes en Belgique*, 1900, 1 vol. in-18. — Siville, *Traité des sociétés anonymes belges*, 1898, 2 vol. gr. in-8°. — Vavasseur, *La loi belge du 18 mars 1873 comparée à la loi française du 24 juill. 1867*, 1875, broch. in-8°.

Etude sur la loi belge relative aux sociétés anonymes (Vavasseur) : Bull. soc. de législ. comp., 1875, t. 4, p. 141 et s. — *Communication sur le projet de loi belge relatif aux sociétés* (Berr de Turrique) : Bull. soc. de législ. comp., 1883, t. 12, p. 507 et s. — *De la publicité à donner aux sociétés commerciales telle qu'elle est organisée par la loi belge du 18 mai 1873* (Poncet) : Rev. prat., 1874, t. 38, p. 136 et s. — *Avant-projet de loi belge sur les inventaires, bilans, comptes de profits et pertes des sociétés commerciales et sur le placement de la réserve* : Rev. prat. des soc. belges, 1895, p. 5 et s. — *Etude sur les limites apportées aux pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires du chef des droits acquis aux actionnaires privilégiés* : Rev. prat. des soc. belges, 1896, p. 225 et s.

De la situation légale des sociétés étrangères en Belgique (Namur P.) : J. du dr. int. pr., 1877, p. 381 et s. — *De la condition légale des sociétés étrangères en Belgique* (Guillery Jules) : J. du dr. int. pr., 1883, p. 225 et s. — *Les sociétés anonymes étrangères en Belgique* (Maignien Raymond) : Rev. int. des assurances, t. 2, p. 59 et s.

Brésil. — *Communications sur le régime des sociétés anonymes au Brésil* (Babinet) : Bull. de la soc. de législ. comp., 1883, t. 12, p. 350 et s.

États-Unis. — *Sur le droit d'équité en matière de sociétés* : Ann. de dr. comm., 1886-1887, p. 362 et s.

Grèce. — Choidas (G.) : *Le statut personnel des sociétés anonymes étrangères en Grèce* : Extr. du journ. de la jurispr. grecque et française.

Italie. — Bing, *La société anonyme en droit italien. Etude de législation comparée*, 1887, 1 vol. in-8°. — Danieli, *La societa commerciali*, Turin, 1884. — Franchi, *Manual di diritto commerciale.* — Manara, *Delle societa di commercio irregolari*, Turin, 1898. — Navarrini, *Delle societa et delle associazioni commerciali.* — Sraffa (A.), *La liquidazione delle Societa commerciali.* — Vidarri, *Corso di diritto commerciale*, Milan, 1895, 6 vol. parus. — Vivande, *Trattato di diritto commerciale*, Turin, 1893, 3 vol. parus. — Vighi, *I diritto individuali degli azionisti.*

De la publication des sociétés : Ann. de dr. comm., 1895, p. 259 et s. — *Droits des obligataires en cas de faillite de la société* : Ann. de dr. comm., 1895, p. 224 et s. — *Communication sur le régime des sociétés commerciales en Italie* (Oudin) : Bull. de la soc. de législ. comp., 1883, t. 12, p. 73 et s.

Des sociétés étrangères en Italie d'après la législation nouvelle (Clunet E.) : J. du dr. int. pr., 1883, p. 26 et s., 234 et s. — *Les sociétés étrangères en Italie* (Danieli) : J. du dr. int. pr., 1888, p. 17 et s., 330 et s. — *Una questione sulla tassabilita dei redditi industriali delle società estere operanti in Italia* (Giriodi Massimo) : La Legge, 7 avr. 1898.

Pays-Bas. — *De la faillite des sociétés en nom collectif* : Ann. de dr. comm., 1896, p. 309 et s.

Russie. — Pergamainte (Joseph) : *De la condition légale des sociétés étrangères en Russie*, 1899, 1 vol. in-8°. — *Conditions auxquelles les sociétés étrangères sont admises à opérer en Russie* (Barkowski J.) : J. du dr. int. pr., 1891, p. 721 et s. — *Des conditions juridiques du fonctionnement des sociétés françaises par actions en Russie* (Winterhalter A.) : J. du dr. int. pr., 1898, p. 40 et s. — *De la condition légale des sociétés étrangères en Russie* (Pergamainte Joseph) : Rev. des soc. civ. et comm., 1898, p. 97 et s.

Scandinaves (États). — *De la situation légale des sociétés étrangères au Danemark* (Hindenburg A.) : J. du dr. int. pr., 1884, p. 35 et s.

Suisse. — *Observations sur les sociétés en Suisse* (de Riedmatten) : Bull. de la soc. de législ. comp., 1883, t. 12, p. 502 et s.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

TITRE I.

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES EN GÉNÉRAL

1. — Aux termes de l'art. 18, C. comm., « le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties ». L'art. 18 ne mentionne pas les *usages commerciaux*; il doit être complété à cet égard par l'art. 1873, C. civ., aux termes duquel « les dispositions du présent titre (tit. 9, liv. 3, C. civ.) ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois *et aux usages du commerce* ».

2. — Il est impossible de déterminer *a priori*, le champ d'application de chacune des sources du droit qui régit les sociétés. On peut dire cependant d'une manière générale que les *rapports des associés entre eux* sont régis presque exclusivement par le Code civil, sauf en ce qui touche les sociétés par actions. Le Code de commerce et les lois qui s'y rattachent s'occupent plus spécialement des rapports de la société avec les tiers. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 9.

3. — Quant aux conventions des parties et quant aux usages commerciaux qui ne sont àutre chose que des conventions tacitement acceptées par les commerçants, ils ne peuvent produire leurs effets qu'autant qu'ils ne portent pas atteinte à des dispositions d'ordre public. La plupart des règles édictées en matière de sociétés par actions présentent ce caractère. Celles qui régissent les autres sociétés sont plutôt interprétatives et, par suite, les conventions et les usages y peuvent déroger. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 8, *in fine*. — Sur les lois d'ordre public, V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur les art. 6 et 1134; Boissarie, *La notion de l'ordre public en droit international privé*, 1888; Bartin, *Etude de droit international privé, les dispositions d'ordre public*, p. 189 et s.; Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé* (*Journ. de dr. int. pr.*, 1896, p. 465, 721); de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois* (*Rev. de Lille*, 1899).

4. — Les observations qui précèdent nous dispensent de revenir, à propos des sociétés commerciales, sur bon nombre de questions déjà traitées *suprà*, v[is] *Sociétés en général*, *Sociétés civiles*. C'est ainsi que nous y renvoyons pour la définition du contrat de société, pour l'étude de ses éléments constitutifs et de ses conditions de validité, pour le critérium et les intérêts de la distinction des sociétés civiles et commerciales, pour l'étude de la personnalité des sociétés. Nous étudierons au contraire complètement ici tout ce qui concerne la constitution des sociétés commerciales et les sanctions corrélatives, les formes de publicité, les règles particulières aux sociétés commerciales en ce qui concerne les causes de dissolution, la liquidation, et surtout la prescription des actions entre associés. Enfin nous consacrerons un chapitre spécial à l'examen d'une matière dont l'étude synthétique est rarement présentée, les *agences commerciales*, dont la pratique, à défaut de textes, a édifié les règles en s'inspirant des principes généraux du mandat et de la commission. Nous y joindrons l'étude de la part d'associé, et la distinction fondamentale à établir entre l'*intérêt* et l'*action*.

CHAPITRE I.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

5. — « La loi reconnaît, dit l'art. 19, C. comm., trois espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme ». Cette formule n'est pas rigoureusement exacte. Il convient de faire remarquer tout d'abord qu'il existe deux catégories de sociétés en commandite, soumises à des règles très-différentes, la commandite *simple* et la commandite *par actions*.

6. — D'autre part, le Code de commerce lui-même (art. 47) mentionne l'existence, à côté des sociétés précitées, de l'*association commerciale en participation*, qui, ainsi que nous le verrons *infrà*, v° *Société en participation*, se différencie nettement des sociétés commerciales véritables par son caractère *occulte*, exclusif de toute personnalité morale. Nous aurons du reste à revenir sur les controverses auxquelles a donné lieu, tant en jurisprudence qu'en doctrine, la détermination des caractères distinctifs de la participation.

7. — Il convient également de mentionner les *sociétés de crédit agricole*, spécialement réglementées par la loi du 5 nov. 1894. — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, append. 3, au titre *Des sociétés*, et *suprà*, v[is] *Association agricole*, *Crédit agricole*, n. 29 et s.

8. — Quant aux sociétés dites *à capital variable* (ou sociétés *coopératives*), elles constituent moins une forme distincte de sociétés qu'une modalité des autres espèces de sociétés (V. *infrà*, v° *Société coopérative*). — La même observation pourrait être présentée relativement aux *sociétés d'assurances*, ou aux *sociétés étrangères*, qui feront l'objet d'une étude spéciale. — V. *infrà*, v° *Société d'assurance et de capitalisation*, et *infrà*, tit. 6, ch. 2.

9. — Signalons également, dans cette énumération, les *sociétés civiles à forme commerciale*, qui, elles aussi, constituent plutôt une

modalité qu'un type, puisque les fondateurs d'une société civile ont l'option entre les divers types commerciaux. En ce qui concerne l'influence exercée par l'adaptation d'une société dont l'objet est civil, de telle ou telle forme commerciale, V. *infrà*, tit. 4, ch. 2.

10. — Les sociétés commerciales proprement dites, pour nous en tenir uniquement à celles visées par l'art. 19, peuvent, scientifiquement, se répartir en deux groupes : les sociétés de *personnes* ou sociétés *par intérêt;* les sociétés *de capitaux* ou sociétés *par actions.*

11. — A. *Sociétés de personnes ou par intérêt.* — Elles sont dénommées sociétés *de personnes*, parce que, dans les sociétés de ce type, comme dans les sociétés civiles dont elles se rapprochent à divers points de vue, la considération de la personne (*intuitus personæ*) est prépondérante. On ne s'associe pas avec le premier venu; une société en nom collectif en particulier, à raison de la solidarité qu'elle implique, ne se conçoit qu'entre personnes se connaissant bien, ayant les unes dans les autres une entière confiance.

12. — On les appelle sociétés *par intérêt* en raison de la nature particulière de la part sociale, dénommée intérêt ou part d'intérêt. Nous reviendrons ultérieurement sur le critérium de la distinction de l'intérêt et de l'action. Il nous suffira pour l'instant de rappeler la différence essentielle qui les sépare : l'action est essentiellement transmissible et négociable, tandis que la part d'intérêt n'est, sauf clause dérogatoire dans les statuts, ni transmissible à cause de mort, ni cessible entre-vifs (du moins sans le consentement unanime des associés).

13. — On distingue deux espèces de sociétés par intérêt : la *société en nom collectif* et la société *en commandite simple.* La *société en nom collectif* présente deux caractères essentiels : 1° elle se manifeste au dehors par une *raison sociale*, composée des noms des associés, ou de quelques-uns d'entre eux; 2° tous les associés, sans exception, sont personnellement et solidairement responsables du passif social. Les créanciers sociaux ont donc pour gage : *a*) le fonds social; *b*) la fortune personnelle entière de chacun des associés.

14. — La *société en commandite simple* se distingue essentiellement de la précédente en ce qu'elle comprend deux catégories d'associés : les *commandités* ou *gérants*, et les *commanditaires;* les premiers ressemblent à des associés en nom collectif, ils sont personnellement et solidairement responsables du passif; les seconds, au contraire, ne répondent du passif social que jusqu'à concurrence de leur apport, mais ils sont en revanche exclus de la gérance, et ne possèdent qu'un droit de contrôle. Leur nom ne peut figurer dans la raison sociale.

15. — B. *Sociétés de capitaux ou par actions.* — Les sociétés de ce second groupe sont dénommées sociétés de capitaux, non point tant parce qu'elles groupent les capitaux les plus considérables, que parce qu'elles ont pour objectif de réunir, en vue d'une entreprise commune, une masse de capitaux plus ou moins importante. Ce sont les capitaux qui s'unissent, non les personnes; aussi les parts d'associés dans ces sociétés sont-elles essentiellement transmissibles et négociables. La négociabilité est, avec d'autres caractères spécifiques que nous déterminerons plus loin (égalité des coupures, titre extérieur et matériel représentatif du droit de l'associé, etc.), le trait essentiel de l'*action.*

16. — La société de capitaux-type est la société *anonyme :* c'est la seule en effet qui apparaît dégagée de tout *intuitus personæ*, la seule dans laquelle aucun associé ne se présente, en nom, au public. Les tiers n'ont pour gage que le capital social, représenté par un certain nombre d'actions, dont la mise au porteur sous certaines conditions facilite la circulation; les administrateurs eux-mêmes ne sont que de simples mandataires, qui obligent la société par leurs actes sans s'obliger eux-mêmes.

17. — La société *en commandite par actions* est une société hybride. Elle ressemble à la commandite simple en ce qu'elle comprend aussi deux catégories d'associés : des associés en nom, gérants ou commandités, solidairement responsables du passif social, et des commanditaires responsables seulement jusqu'à concurrence de leur apport, et exclus de la gestion. Elle se rapproche au contraire de la société anonyme par la forme des titres qu'elle émet. Les actions des sociétés en commandite sont négociables en bourse comme les actions des sociétés anonymes, elles se prêtent exactement aux mêmes spéculations : aussi le législateur a-t-il assujetti à des règles analogues, destinées à protéger l'épargne sans cependant paralyser l'esprit d'entreprise et d'association, la constitution de ces deux types de sociétés.

18. — C. *Pouvoirs du juge.* — Les définitions précédentes démontrent suffisamment que le devoir du juge, en cas de doute sur le qualificatif à attribuer à une société, devra s'attacher avant tout à sa forme (à supposer du moins que sa commercialité ne soit pas en cause. Sur le critérium de la distinction des sociétés civiles et commerciales, V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 345 et s.). Les parties, en d'autres termes, peuvent sans doute opter entre l'un des types que leur propose le Code de commerce, et leur volonté clairement exprimée à cet égard doit être respectée (Bordeaux, 7 févr. 1832, Deluze et Dumas, P. chr.)... mais à une condition : c'est qu'il n'y ait pas contradiction entre le qualificatif donné par les parties à la société qu'elles entendent créer, et les clauses par lesquelles elles définissent l'objet et le mode de fonctionnement de ladite société. Si les clauses d'une société dénommée en nom collectif, par exemple, démontrent qu'en réalité les parties ont entendu limiter, pour certains associés tout au moins, la responsabilité à l'apport, la réalité devra prévaloir sur l'apparence, et le juge devra, sans s'arrêter au qualificatif énoncé, considérer la société comme une société en commandite. — Bordeaux, 7 févr. 1832, précité. — Paris, 22 mai 1841 (Motifs), Hantz, [P. 41.2.45]

19. — Jugé, dans le même sens, que, lorsqu'un contrat de société qualifiée association en participation contient des clauses qui ne peuvent s'appliquer qu'à l'existence d'une société anonyme, et qui excluent l'existence d'une société en participation, les parties doivent être régies par les dispositions relatives aux sociétés anonymes, nonobstant la qualification par eux donnée à l'acte. En conséquence, aucun associé ne peut être tenu au delà de son action. — Toulouse, 16 juill. 1825, Lesmartres, [P. chr.] — V. sur le droit pour les tribunaux, en présence d'une qualification inexacte ou mensongère donnée à un acte par les parties contractantes, de rétablir le véritable caractère de l'acte : Paris, 13 oct. 1852, Vedel, [P. 53.1.57]; — 6 déc. 1852, Archambault et Rougeot, [P. 53.1.56]

20. — L'appréciation des juges du fond, à cet égard, est-elle souveraine, ou le pouvoir régulateur de la Cour suprême n'a-t-il pas ici l'occasion de s'exercer? La question s'est posée surtout à propos de l'association en participation (V. *infrà*, v° *Société en participation*). Mais dès maintenant signalons une tendance bien marquée de la jurisprudence à considérer comme une pure question de fait, échappant à la censure de la Cour suprême, la question de savoir si une association commerciale constitue ou non une participation. — Cass., 2 févr. 1808, Lebbert, [S. et P. chr.]; — 17 févr. 1830, Lespinois, [P. chr.]; — 7 déc. 1836, Lebrec, [S. 37.1.650, P. 37.1.504]; — 8 juill. 1879, Crotte, [S. 81.1.317, P. 81.1.768]; — 20 juin 1881, Allart-Rousseau et Cie, [S. 84.1.30, P. 84.1.47, D. 83.1.262]; — 31 juill. 1893, Loyer et Gœneutte, [S. et P. 96. 1.284, D. 94.1.261]

21. — Ce point de vue nous paraît difficilement acceptable dans sa généralité. Sans doute, il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement tous les éléments de fait permettant de classer une société dans telle ou telle catégorie; mais c'est à la Cour suprême qu'il appartient de rechercher s'il n'a pas été fait une fausse application de la loi aux faits de la cause, et si par exemple les juges du fond n'ont pas qualifié à tort de participation une société qui, par ses caractères spécifiques, devait être considérée comme une société en nom collectif. Quelques arrêts de la Cour suprême sont en ce sens. — V. notamment, Cass., 5 juill. 1825, Duréal, [S. et P. chr.]; — 4 déc. 1839, Bouis, [S. 39.1.897, P. 39.2.569]; — 8 janv. 1840, Morel, [S. 40.1.19, P. 40.1.168]; — 4 juin 1860, Desmarin, [S. 61.1.75, D. 60.1.267] — V. Delangle, n. 212; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1054; Pont, t. 2, n. 1337.

22. — En tout cas, la juridiction civile et la juridiction criminelle exerçant leur action d'une manière indépendante l'une de l'autre, un tribunal correctionnel, saisi d'une poursuite de banqueroute simple, peut, sans excès de pouvoir et sans violer les règles de sa compétence, reconnaître l'existence d'une société commerciale en nom collectif entre les prévenus, à l'effet d'apprécier, sous le point de vue pénal, leur qualité de commerçants faillis, alors même que la non-existence de cette société aurait été antérieurement déclarée par un jugement du tribunal de commerce. Peu importe, du reste, que le tribunal correctionnel ne qualifie pas nominalement de société en nom collectif celle qu'il reconnaît avoir existé entre les prévenus, si la spécification de

ce genre de société résulte suffisamment des faits relevés par son jugement. — Cass., 22 et 23 mai 1846, Gaudin, [P. 49.1.387]

CHAPITRE II.

FORMATION ET PREUVE DU CONTRAT.

23. — Les sociétés en nom collectif ou en commandite, dit l'art. 39, C. comm., doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325, C. civ. Sous l'empire du Code civil, les sociétés anonymes ne pouvaient, au contraire, être formées *que par acte public* (art. 40); mais cet article a été abrogé par l'art. 47 de la loi du 24 juill. 1867, et l'art. 21 de ladite loi a conféré expressément aux fondateurs d'une société par actions, même anonyme, la faculté de dresser les statuts par acte sous seing privé. Au point de vue de la forme de l'acte constitutif, toute différence a donc disparu entre les sociétés anonymes et les autres types de sociétés commerciales (Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 194; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 170); mais, ainsi que nous le verrons, la loi subordonne la validité de la constitution des sociétés par actions, anonymes ou en commandite, à tout un ensemble de conditions fort complexes, dont aucune n'est exigée pour les sociétés par intérêt.

24. — Seules les associations en participation font exception à la règle, et peuvent se constituer et se prouver par témoins ou par voie de simples présomptions, conformément au droit commun de l'art. 109, C. comm. — V. *infrà*, v° *Société en participation*.

25. — Nous sommes ici en présence d'une règle traditionnelle. L'analogie est évidente, en effet, entre l'art. 39, C. comm., et l'art. 1, tit. 4 de l'ordonnance de 1673 : « Toute société générale ou en commandite sera rédigée par écrit ou par devant notaire, ou sous signature privée; et ne sera requis aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu en l'acte de société, même sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agît d'une somme de valeur moindre de cent livres ». Plusieurs législations étrangères, notamment la loi belge de 1873, art. 4, les Codes de commerce italien (art. 87, § 1er), hollandais (art. 22), etc., se prononcent également en ce sens.

26. — Pourquoi cette exigence d'un écrit, contraire aux habitudes commerciales? Pourquoi, en d'autres termes, déroger ainsi au principe de l'art. 109, C. comm., d'après lequel les contrats commerciaux peuvent se prouver par témoins, quel que soit l'intérêt engagé? On en peut donner deux motifs : 1° Les sociétés commerciales doivent être publiées dans l'intérêt des tiers; or on ne peut pas publier une convention verbale. La publicité requise par la loi présuppose la rédaction des statuts par écrit. 2° Le contrat de société est un contrat beaucoup plus complexe que le contrat de vente ou de gage, par exemple; des difficultés nombreuses peuvent s'élever relativement au chiffre et à la consistance des apports, aux pouvoirs du gérant, à la contribution de chaque associé aux bénéfices et aux pertes, etc. Si aucun écrit n'était dressé, *ab initio*, pour constater sur ces différents points les accords intervenus, le rôle du juge serait particulièrement ardu, et la plupart des liquidations entraîneraient des contestations aussi longues que coûteuses.

§ 1. *Formes de l'écrit.*

27. — L'existence d'un écrit quelconque, constatant l'existence d'un contrat de société, ne satisferait point au vœu de la loi. L'art. 39 exige en effet un acte authentique (acte *public*) ou sous seing privé, d'où il suit que l'existence d'une société commerciale ne pourrait être établie, par exemple, à l'aide de la correspondance des parties, moyen de preuve usité fréquemment par le commerce et formellement autorisé, pour les contrats commerciaux en général, par l'art. 109, C. comm. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 175.

28. — Jugé que l'avis donné par un négociant que sa femme aura, ainsi que lui, la signature de la maison de commerce, encore bien que signé par les deux époux, ne suffit pas pour prouver l'existence d'une société entre eux, si les motifs exprimés dans la circulaire et la forme dans laquelle elle est conçue n'annoncent qu'une autorisation donnée par le mari à sa femme de l'obliger par sa signature. — Bruxelles, 2 frim. an XI, Vangavez, [S. chr.]

29. — ... Que l'existence d'une société en nom collectif, dans laquelle les créanciers d'un commerçant failli voudraient impliquer un tiers qui a eu avec celui-ci des relations suivies, ne saurait résulter ni de ce que ce tiers aurait cautionné, souscrit ou avalisé des effets au profit du failli, même avec solidarité, s'il n'a jamais donné à sa signature la forme et les apparences d'une signature sociale; ni de ce qu'il se serait fait rendre compte des affaires du commerçant, son débiteur, et en aurait personnellement surveillé la marche; ni même de ce qu'il se serait fait céder le fonds de celui-ci, si ç'a été à titre de simple garantie, ce dernier continuant à diriger seul les opérations. — Bordeaux, 17 mai 1864, Pérès, [S. 64.2.230]

30. — I. *Acte sous seing privé.* — Lorsque les associés rédigent un acte sous seing privé, il doit être dressé, si la société est en nom collectif ou en commandite simple, en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chacun de ces originaux doit mentionner le nombre de doubles qui a été dressé, conformément à l'art. 1325, C. civ.

31. — Mais s'ensuit-il que l'on doive dresser l'acte de société en autant d'exemplaires qu'il y a d'associés? On l'admet assez généralement pour la société en nom collectif, mais la négative a prévalu dans la pratique pour la commandite. Jugé à cet égard que l'acte constitutif d'une société en commandite en doit être fait par deux originaux, l'un pour les associés gérants, l'autre pour les commanditaires. Il n'y a en effet, dit-on, d'intérêts *distincts* que des gérants aux commanditaires : l'intérêt des gérants entre eux est un intérêt *commun* dans le sens de la loi; et il en est de même de l'intérêt des commanditaires entre eux. — Cass., 20 déc. 1830, Thévenin et Julien, [S. et P. chr.] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 8, § 756, p. 229. — Cette interprétation, toutefois, est assez contestable. Il est plus juridique, à notre avis, de considérer chaque associé comme ayant des intérêts, non pas opposés, mais distincts de ceux des autres, intérêts dont la défense peut le déterminer à exercer l'action *pro socio* contre ses coassociés ou certains d'entre eux pour les contraindre à s'acquitter de leurs obligations. Nous en conclurons logiquement à la nécesité d'un exemplaire séparé pour chaque associé, gérant ou commanditaire, peu importe. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 178.

32. — On a soutenu d'autre part que, depuis la loi du 24 juill. 1867, qui exige, par son art. 55, le dépôt de deux copies de l'acte constitutif aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix de leur siège social, un seul original déposé à ce siège social suffirait *pour tous les associés*. Telle est en effet la solution donnée par les art. 1, dern. al., et 21, § 2, de la loi de 1867 pour les sociétés anonymes et en commandite par actions, et il convient d'autant mieux, dit-on, de l'étendre aux autres sociétés que le dépôt au siège social assure bien la conservation de l'acte, le met à la disposition des associés et rend ainsi inutiles les prescriptions de notre article. — V. Pont, t. 2, n. 1122.

33. — Mais cette opinion doit être repoussée. Tout d'abord, en effet, si les art. 1 et 21 de la loi de 1867 suppriment la formalité des doubles pour les sociétés par actions, c'est pour des motifs spéciaux et en raison du nombre considérable d'associés qui se rencontrent dans ces sortes de sociétés. De plus, ces articles n'exigent le dépôt de l'acte constitutif au siège social que pour ces mêmes sociétés, de telle sorte qu'ils ne peuvent modifier notre article, qui ne parle que des sociétés en nom collectif ou en commandite simple. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 178; Houpin, t. 1, n. 69.

34. — Le dépôt aux greffes peut toutefois rendre les intéressés non recevables à se prévaloir de l'inobservation de la formalité des doubles. Il est de règle, en effet, que la nullité provenant de l'irrégularité d'un acte sous seing privé est couverte par l'exécution de cet acte. Or le dépôt aux greffes doit être considéré comme un *acte d'exécution*, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il est fait par tous les associés, ou par l'un d'eux agissant comme mandataire des autres. — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1325, n. 121 et s.

35. — Au surplus, l'inobservation de la formalité des doubles n'entraîne qu'une sanction très-restreinte dans l'opinion qui soutient que la preuve par témoins est recevable en matière commerciale, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. On admet, en effet, d'une manière générale que l'acte sous seing privé, irrégulier au point de vue de la formalité des dou-

bles, vaut au moins comme *commencement de preuve par écrit.* — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 180. — Sur le commencement de preuve par écrit, V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annot.*, sur l'art. 1325, n. 114 et s., et *suprà*, v° *Preuve par écrit* (*commencement de*).

36. — II. *Acte authentique.* — Lorsque les parties choisissent la forme authentique (autrement dit notariale), l'acte doit être rédigé en *minute*. La loi ne le dit pas expressément, mais elle le suppose. En effet, les notaires n'ont pas à délivrer d'*expédition* des actes simples dressés *en brevet*, conformément à l'art. 20, L. 25 vent. an XI. Or, la loi de 1867 (art. 55) exige le dépôt d'une expédition de l'acte, s'il est notarié; aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce de la société. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 177. — V. *suprà*, v° *Brevet* (*acte en*), n. 19.

37. — III. *Mentions de l'acte.* — Le Code de commerce, en prescrivant pour les contrats maritimes la rédaction d'un écrit, a en même temps spécifié les mentions qui doivent figurer dans l'acte (C. comm., art. 273, 311 et 332). Aucune énumération de ce genre ne figure dans l'art. 39, C. comm.; elle a paru sans doute superflue, les parties qui omettent de se prononcer sur le mode de répartition des bénéfices et des pertes, sur l'étendue des pouvoirs des gérants ou administrateurs, etc., étant censées se référer aux dispositions du Code civil ou du Code de commerce, interprétatives de la volonté des parties. Jugé, à cet égard, que lorsque les parties ont constaté, par un écrit sous seing privé, leurs accords sur la constitution d'une société entre eux pour un objet déterminé, sur son point de départ, sur la raison sociale et sur les apports que chacun d'eux devait y faire, cette société est dès lors conclue, sans qu'il soit besoin d'autres actes, la durée de l'association et le partage de bénéfices étant régis, dans le silence du contrat, par les art. 1853 et 1865, C. civ. — Paris, 8 mars 1884, Lanfer, [D. 85.2.24] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 830; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 181; Houpin, t. 1, n. 30; Thaller, n. 264. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 256 et s.

38. — C'est d'ailleurs aux juges du fond qu'il appartient de trancher, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, les difficultés que peut soulever le laconisme ou l'obscurité des statuts écrits. Ainsi, il appartient aux juges du fond de décider, par une interprétation souveraine des actes qui leur sont soumis, que, d'après la commune intention des parties, l'usage constant et la nature des choses, l'apport d'une carrière et de ses accessoires, fait par un associé, ne comprend pas les travaux de découverte du banc de pierre à exploiter. — Cass., 4 nov. 1885, Société des plâtrières du bassin de Paris, [S. 88.1.365, P. 88.1.901, D. 86.1.302]

39. — IV. *Cas exceptionnels où un acte authentique est nécessaire.* — Les parties ont-elles toujours l'option entre la forme authentique et la forme sous seing privé, ou n'existe-t-il pas certains cas exceptionnels dans lesquels la rédaction d'un acte notarié s'impose? D'une manière générale, la jurisprudence obligeait les parties, sous l'empire de la loi de 1867, à recourir à la forme notariée toutes les fois qu'elles se proposaient d'insérer dans le pacte social des clauses qui, envisagées isolément, ne seraient valables qu'à la condition d'être revêtues de la forme authentique. Aussi était-il généralement admis, avant la loi du 1er août 1893, modificative de la loi de 1867, que l'acte constitutif ou modificatif de la société ne pouvait conférer valablement aux administrateurs ou gérants le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux qu'à la condition d'être rédigé par acte authentique. — Cass., 15 nov. 1880, Trésor public, [S. 81.1.253, P. 81.1.613, D. 81.1.118]; — 23 déc. 1885, Caisse industrielle du Nord, [S. 86.1.145, P. 86.1.353, D. 86.1.97] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 183.

40. — Quelques auteurs s'élevaient, il est vrai, contre cette doctrine, en objectant que la loi, en permettant de constituer une société par acte sous seing privé, avait par cela même permis d'insérer valablement, dans les contrats de société passés sous cette forme, toutes les clauses d'usage. Pour déterminer la forme extrinsèque d'un acte, il faut en effet envisager son objet *principal*, abstraction faite des clauses accessoires qu'il peut contenir éventuellement : l'objet principal de l'acte social étant la constitution de la société, l'insertion dans ledit acte d'une clause autorisant le gérant à hypothéquer a le caractère d'une stipulation accessoire qui ne saurait influer sur la forme de l'acte principal. — Rataud, *Exam. doctrin.* (*Rev. crit.*, 1882, p. 211); Labbé, note sous Cass., 23 déc. 1885, [S. 86.1.145, P. 86.1.353] — Tel est bien, ajoutait-on, le point de vue légal; il suffit, pour s'en assurer, de consulter l'art. 1973, C. civ. (rente viagère, affranchie des formes des donations), ou la loi du 21 juin 1843, affranchissant les actes notariés de la nécessité de la présence effective du notaire en second, exigée pour les donations, le contrat de mariage, même lorsqu'il contient accessoirement des donations.

41. — C'est à cette dernière interprétation, la moins formaliste, que s'est formellement rallié le législateur de 1893. La loi du 1er août 1893 a, en effet, ajouté à la loi de 1867 un art. 69 ainsi conçu : « Il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation, même sous seing privé, ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique conformément à l'art. 2127, C. civ. ».

42. — Le nouvel art. 69, sur lequel nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir à propos des sociétés par actions et des pouvoirs des administrateurs, ne comporte pas de longs commentaires, la règle qu'il édicte étant des plus claires. Il en résulte que désormais on devra, dans toute société *commerciale*, considérer comme valable toute hypothèque constituée en conformité des statuts, alors même que les statuts conférant aux administrateurs le pouvoir d'hypothéquer, ou que dans le silence des statuts la délibération de l'assemblée générale leur conférant ce pouvoir ne seraient pas revêtus de la forme notariée. A plus forte raison, les procurations données par les associés aux tiers qui doivent les représenter à l'assemblée peuvent-elles être sous seing privé. Telle était du reste la règle admise même sous l'empire de la loi ancienne. — Cass., 23 déc. 1885, précité.

43. — Il était également admis en pratique sous l'empire de la loi ancienne, et en vertu de la théorie précédemment rappelée, que l'acte de société devait être rédigé par acte notarié lorsqu'un *brevet d'invention* faisait partie des apports (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 184). Effectivement l'art. 20 de la loi du 5 juill. 1844 subordonne à la rédaction d'un acte authentique la régularité des cessions de brevets (V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1110 et s.). La théorie de la jurisprudence ayant été condamnée par le législateur de 1893 pour la constitution d'hypothèque, il nous paraît très douteux qu'elle puisse encore être professée en ce qui concerne l'apport d'un brevet. — Sur l'utilité de la rédaction d'un acte notarié, en cas de société commerciale constituée entre parents au degré successible à l'effet d'écarter la présomption de libéralité résultant de l'art. 854, C. civ., V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 94. — Sur la constitution des sociétés commerciales envisagées au point de vue fiscal, V. *suprà*, v^is *Abonnement au timbre*, v° *Société* (*en général*), n. 578 et s.

§ 2. *Sanction.*

1° *Conséquences du défaut d'acte écrit entre les associés.*

44. — I. *Constitution de la société.* — Antérieurement aux Codes civil et de commerce, une société de commerce pouvait être prouvée autrement que par écrit, lorsqu'il s'agissait de contestations élevées entre les associés ou leurs représentants. L'art. 1er, tit. 4 de l'ord. de 1673, qui exigeait la preuve écrite, était tombé en désuétude. — Cass., 18 févr. 1818, Emerigon, [S. et P. chr.]

45. — Jugé, dans le même sens, que l'ordonnance de 1673, en prescrivant de rédiger par écrit les contrats de société, et en défendant de recevoir aucune preuve par témoins contre et outre le contenu à l'acte d'association, ne s'opposait pas, par cela seul, à ce qu'à défaut d'acte d'association, une société fût prouvée, soit par d'autres écrits émanés des associés eux-mes, soit par leurs aveux judiciaires, soit par toute autre voie non expressément prohibée; et notamment par la preuve testimoniale lorsqu'il existait un commencement de preuve par écrit. — Cass., 22 mess. an IX, Normand, [S. et P. chr.]; — 13 vend. an X, Lebret, [S. et P. chr.]; — 28 germ. an XII, Billaud, [S. et P. chr.]; — 16 avr. 1806, Tort de la Sonde, [S. et P. chr.]; — 28 juill. 1808, F..., [S. et P. chr.]; — 18 févr. 1818, précité. — V. aussi Paris, 17 avr. 1807, Dalvimart, [S. et P. chr.] — Bruxelles, 28 févr. 1810, Roberechts, [S. et P. chr.] — Toulouse, 5 mai 1821, Magnac, [S. et P. chr.]

46. — Convient-il, en présence de l'art. 39, C. comm., de maintenir la solution de l'ancien droit, ou faut-il considérer la disposition actuelle comme une innovation, comme une aggravation, dans le sens formaliste, de la règle traditionnelle? La question est vivement controversée. D'après un premier système

suivi par la majorité des auteurs, le Code de commerce n'aurait nullement innové. L'écrit ne serait exigé qu'au point de vue de la preuve et non pour la validité des sociétés commerciales, conformément au droit commun des contrats. En d'autres termes, la société commerciale non constituée par écrit n'en serait pas moins valable. Mais son existence ne pourrait être prouvée que par l'aveu ou le serment; la preuve testimoniale ne serait recevable que dans le cas exceptionnel où il y aurait un commencement de preuve par écrit. Cette solution, dit-on, est formellement consacrée pour les sociétés civiles par l'art. 1834, C. civ. (V. *supra*, v° *Société civile*, n. 65 et s.); or on ne concevrait pas que la loi commerciale, qui est en principe moins formaliste que la loi civile, eût fait du contrat de société un contrat solennel ou exigé un écrit pour sa validité. — *Sic*, Labbé, note sous Toulouse, 22 juin 1872, de Saint-Lary, [S. 73.2.169, P. 73.708]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 171; Massé, t. 4, n. 2550 et s.; Rousseau, t. 1, n. 165.

47. — Il est vrai, — et les partisans de l'écrit exigé seulement comme moyen de preuve sont obligés d'en convenir, — qu'une société verbale ne peut pas être rendue publique, faute d'écrit susceptible d'être publié dans les formes légales, et qu'elle est par conséquent nulle faute de publicité. Mais il n'est pas indifférent, ajoute-t-on, de rattacher la nullité de la société au défaut de publicité plutôt qu'à l'absence d'écrit. Une société nulle pour défaut de publicité, en effet, a une existence juridique, et la nullité dont elle est affectée n'empêche pas qu'entre les associés elle ne doive être liquidée sur les bases des statuts, comme une société simplement dissoute; une société nulle par l'absence d'écrit, au contraire, si l'écrit était réellement exigé *ad solemnitatem*, serait inexistante, et ne pourrait, même pour le passé, produire aucun effet. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 171, *in fine*.

48. — Jugé en ce sens : 1° Qu'une société commerciale non constatée par écrit peut être prouvée entre les parties par les pièces et documents émanés d'elles, ainsi que par les faits et circonstances de la cause. — Douai, 11 déc. 1845, Bridge, [P. 46.1.455]

49. — ... Et que par suite la nullité d'une pareille société prononcée depuis pour défaut de publication, conformément à l'art. 42, C. comm., ne peut rétroagir sur les faits accomplis. — Même arrêt.

50. — 2° Que la preuve testimoniale est admissible comme en toute autre matière, sauf la règle prohibitive de cette sorte de preuve pour les conventions sociales, même au-dessous de 150 fr. — Paris, 26 janv. 1883, sous Cass., 4 nov. 1885, Soc. des plâtrières du bassin de Paris, [S. 88.1.365, P. 88.1.901, D. 86.1.302]

51. — 3° Que l'art. 41, C. comm., qui proscrit la preuve par témoins contre et outre les actes de société, ne s'étend pas à la preuve par écrit. Et, s'il existe un commencement de preuve par écrit, les présomptions peuvent être admises pour établir entre associés, telles modifications que ce soit au pacte social, ou même pour y suppléer. — Même arrêt. — V. Vavasseur, t. 1, n. 264.

52. — 4° Que l'on doit tenir pour valable, entre les parties, la promesse de contracter une société, encore que cette promesse n'ait pas été constatée par écrit. Spécialement, l'engagement pris envers un tiers par le propriétaire d'un brevet de former avec lui une société pour l'exploitation de ce brevet, oblige l'auteur de cet engagement à l'exécuter, et son refus justifie contre lui une condamnation à des dommages-intérêts, encore qu'il n'y ait pas de preuve écrite de cet engagement. — Paris, 11 avr. 1861, [*Journ. des trib. de comm.*, 1861, p. 375]; — 1er mai 1862, *ibid.*, 1862, p. 314] — V. aussi, Liège, 22 avr. 1812, Hasson, [S. et P. chr.]

53. — A plus forte raison, lorsqu'une partie a signé un acte par lequel elle prend l'engagement de passer un contrat de société pour un objet déterminé, et avant une époque convenue, cette partie est passible de dommages-intérêts en cas de refus de sa part de passer l'acte définitif d'association, alors surtout que l'inexécution de son engagement a causé préjudice à ses coassociés. — Paris, 2 déc. 1887, Verbaugghe, [D. 88.5.332]

54. — D'après un *second système*, au contraire, consacré par un grand nombre d'arrêts, l'écrit serait exigé par notre article pour la validité même du contrat de société, de telle sorte que l'existence d'une société commerciale non constatée par écrit ne pourrait être établie (à la différence de ce qui a lieu pour les sociétés civiles; — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 83 et s.) ni par la preuve testimoniale même appuyée d'un commencement de preuve par écrit, ni par l'aveu ou le serment. — Paris, 29 janv. 1841, Lauray, [P. 41.1.294] — Colmar, 23 juin 1857, Gendis, Brunschwig, [S. 58.2.198, P. 58.1014, D. 58.2.44] — Paris, 24 févr. 1860, Gunn, [D. 60.2.84]; — 17 déc. 1863, X..., [D. 88.5.3 2, *ad notam*] — Toulouse, 22 juin 1872, de Saint-Lary, [S. 73.2.169, P. 73.708, D. 72.2.156] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Société*, sect. 3, § 2, art. 2, n. 2; Troplong, t. 1, n. 226; Monnier, *Man. du content. commerc.*, p. 20; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 194; Pont, t. 2, n. 1110; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 247; Houpin, t. 1, n. 69, p. 50, note 2.

55. — Jugé en ce sens qu'une société en nom collectif n'a d'existence légale qu'autant qu'elle a été constatée par écrit, et que, dès lors, la promesse de réaliser par acte une pareille société n'est obligatoire que si elle est constatée par un écrit renfermant tous les éléments qui sont de l'essence de la société. — Toulouse, 29 nov. 1811, Esquirol, [S. et P. chr.] — Paris, 24 févr. 1860 et 17 déc. 1863, précités. — Toulouse, 22 juin 1872, précité.

56. — Peu importe que l'association convenue ait reçu un commencement d'exécution. Une telle promesse verbalement faite, étant sans valeur, et ne pouvant d'ailleurs, être prouvée, ne peut donner lieu, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts. — Mêmes arrêts.

57. — Jugé même qu'une promesse de société dans laquelle tous les éléments essentiels du contrat ne sont pas réunis, n'est pas obligatoire pour les parties, notamment si elle ne s'explique pas sur la durée de la société. — Lyon, 24 juin 1870, Camus, [S. 71.2.70, P. 71.291, D. 72.2.198]

58. — ... Ou encore sur la quotité de la mise sociale et la répartition des bénéfices. — Paris, 7 nov. 1867, [*Journ. des trib. de comm.*, 1868, p. 454] — V. cependant les observations présentées plus haut sur la possibilité de suppléer à l'insuffisance des énonciations des statuts par les dispositions interprétatives du Code civil (art. 1844, 1853 et s. — V. *suprà*, v° *Sociétés civiles*, chap. 2.

59. — En tout cas, lorsque les parties n'ont pu s'entendre sur toutes les clauses et conditions non prévues au projet d'association passé entre elles, non plus que sur le caractère à donner à leur société, il y a lieu de décider que leurs conventions, d'ailleurs verbales, ne constituent qu'un projet d'association subordonnant l'existence de la société à des conditions qui ne se sont pas réalisées. — Paris, 19 janv. 1872, [*Journ. des trib. de comm.*, 1872, p. 121]

60. — Jugé de même : 1° Que l'on ne peut prouver par témoins, même en produisant un commencement de preuve par écrit, l'existence d'une société commerciale à l'effet de contraindre les associés prétendus à admettre le réclamant à participer à une certaine opération. — Paris, 29 janv. 1841, précité.

61. — ... 2° Que les créanciers d'un associé, exerçant les droits de celui-ci aux termes de l'art. 1166, C. civ., ont exactement les mêmes droits que lui, mais n'en ont pas davantage : lors donc qu'un négociant qui a contracté tous ses engagements, non sous une mise sociale, mais sous son nom individuel, tombe en faillite, ses créanciers personnels ne peuvent être admis à prouver l'existence d'une société entre le failli et des tiers, et à faire considérer ces derniers comme associés, en état de faillite solidairement avec le premier, surtout s'il n'est même pas allégué que les engagements aient tourné au profit de la prétendue société. — Metz, 22 déc. 1820, Emerique et Cahen, [S. et P. chr.]

62. — Au surplus, les partisans de l'opinion en vertu de laquelle l'écrit est exigé pour la validité des sociétés commerciales n'appliquent leur système qu'autant qu'il s'agit de constater l'existence actuelle du contrat et d'en établir la force obligatoire *pour l'avenir*. Mais, reculant devant les conséquences logiques de leur solution, ils admettent en même temps que la preuve de la société peut être faite par toute espèce de moyens quand il s'agit de liquider cette société et de procéder à la répartition des bénéfices et des pertes entre les associés. — Pont, t. 1, n. 1113; Delangle, n. 516; Pardessus, n. 1007. — Ce système transactionnel est expressément consacré par l'art. 4 de la loi belge du 18 mai 1873, lequel exige, pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, un écrit *à peine de nullité*, mais ajoute « qu'entre les associés, *la nullité n'opère qu'à dater de la demande tendant à la faire prononcer* ». — V. Namur, *Code de comm. belge révisé*, t. 2, n. 809; Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 124, note 2.

63. — Jugé, en ce sens, qu'un associé peut faire la preuve de l'existence d'une société dont il prétend avoir fait partie, notam-

ment au moyen d'un inventaire dressé entre les associés au sujet d'une liquidation amiable. — Paris, 27 janv. 1825, Gaudibert, [S. et P. chr.]; — 8 avr. 1825, Touaillon, [P. chr.]; — ou encore au moyen d'un compromis signé par son coassocié. — Paris, 27 janv. 1825, précité.

64. — ... Que lorsqu'il s'agit, après qu'une société de fait a existé, de contraindre un associé soit à la restitution de valeurs communes, soit au partage des bénéfices, l'associé peut être admis, avec un commencement de preuve par écrit, à prouver l'existence de la société. — Cass., 16 avr. 1806, Tort de la Sonde, [S. et P. chr.] — Toulouse, 23 août 1822, Bieussas, [S. et P. chr.] — Paris, 27 janv. 1825, Gaudibert, [S. et P. chr.] — Malepeyre et Jourdain, p. 107. — *Contrà*, Paris, 12 pluv. an XIII, Simons, [P. chr.]

65. — Il devrait même y être admis sans commencement de preuve par écrit. Les associés étant également en faute, se trouvent également placés dans une position défavorable. — Malepeyre et Jourdain, *loc. cit.* — *Contrà*, Rennes, 5 juill. 1814, Maronille, [S. et P. chr.]

66. — On a jugé que, bien qu'une société de commerce qui n'a point été constatée par écrit ne puisse être prouvée par témoins, même entre les prétendus associés, alors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit, s'il résulte des faits et circonstances que des rapports d'intérêts communs se sont établis entre les parties, et si cette communauté a produit des avantages pour l'une d'elles ou des pertes pour l'autre, cette dernière a droit à des dommages-intérêts qui en cas de difficulté doivent être réglés par les tribunaux. — Orléans, 3 janv. 1843, Dhomme, [S. 43.2.576, P. 43.1.139]

67. — De même encore, la preuve d'une société commerciale peut être faite par témoins, lorsqu'elle a pour objet, non pas de faire déclarer la validité de la société pour en tirer une action purement civile contre quelqu'un de ses membres, mais de constater l'existence de certains effets ou valeurs provenant de la société et d'en tirer une action en restitution dérivant d'un délit ou d'un quasi-délit, tel par exemple que la spoliation de la succession de celui des associés auquel auraient appartenu ces valeurs. — Cass., 18 déc. 1828, Lefranc, [S. et P. chr.]

68. — En tout cas, si la preuve de l'existence d'une société peut être faite entre les associés par les modes de preuve dont nous venons de parler pour en poursuivre la liquidation, tout au moins est-il nécessaire que les documents produits établissent effectivement qu'une société a existé entre les parties. — Rouen, 6 avr. 1811, N..., [S. et P. chr.]

69. — Ainsi, de ce qu'il serait établi qu'un négociant a admis un tiers (son neveu) à son commerce, et que quelques opérations ont été faites par eux en commun, il ne s'ensuit pas la preuve d'une association commerciale, si aucun écrit ne la constate, si aucun acte n'établit la mise respective des parties, ni la part que chacun devait avoir dans les profits et pertes, et que de plus ce tiers n'ait fait aucun apport en argent ni en industrie. — Même arrêt.

70. — Et, en un tel cas, l'avoir du négociant ne peut être partagé en deux masses, dont l'une serait attribuée à ses créanciers personnels, et l'autre aux créanciers de la prétendue société. — Même arrêt.

71. — D'autre part, on reconnaît également d'une manière unanime que tous les modes de preuve sont recevables pour établir l'existence d'une société, lorsqu'il s'agit de déjouer une *fraude*.

72. — Jugé en ce sens que, bien que les sociétés en nom collectif ne puissent être constituées que par un acte écrit, et que, par suite, l'existence d'une telle société ne puisse être établie entre les prétendus associés par la preuve testimoniale, il en est autrement à l'égard d'un héritier qui prétend qu'une société de cette nature a existé entre un ou plusieurs de ses cohéritiers et le défunt, et soutient que cette société est débitrice de la succession à raison des opérations sociales; en un tel cas l'héritier dont il s'agit peut être admis à établir l'existence de la société au moyen de la preuve testimoniale. — Colmar, 23 juin 1857, Brunschwig, [S. 58.2.198, P. 58.1014, D. 58.2.44]

73. — Il ne faut pas confondre avec le cas où il n'a pas été rédigé d'acte de société celui où cet acte a été perdu. Dans ce dernier cas la société était valable et la preuve testimoniale serait admise non seulement pour prouver l'existence de la société, mais encore pour établir la nature des clauses de l'acte social (C. civ., art. 1348-4°).

74. — Dans une espèce de ce genre, la Cour de cassation a décidé qu'un associé avait pu être admis à prouver à l'aide de simples présomptions, alors qu'il existait un commencement de preuve par écrit, l'existence et le contenu d'une clause d'un acte de société qui n'était point représenté. — Cass., 17 avr. 1834, Mallez, [S. 34.1.276, P. chr.]

75. — Dans le même ordre d'idées, il convient de remarquer qu'en matière de société commerciale, comme en toute autre matière, les contre-lettres ont leur effet entre les parties contractantes. — Cass., 20 déc. 1852, Duchatel, [S. 53.1.27, P. 53.1.65, D. 53.1.96]

76. — Spécialement, la reconnaissance par un associé, dans une lettre missive, qu'un des associés ne figure que nominalement dans la société, et que la société a en réalité été formée avec une autre personne, peut être considérée comme une contre-lettre opposable par cet associé nominal à celui de qui émane la reconnaissance. — Même arrêt.

77. — II. *Modifications aux statuts.* — La doctrine rigoureuse exposée *suprà*, n. 54 et s., comporte un autre tempérament important, en ce qui concerne la preuve, non plus de l'existence même du pacte social, mais des modifications apportées aux statuts primitifs d'une société dont l'existence n'est pas contestée. Ici s'applique, en effet, non point l'art. 39, C. comm., mais l'art. 41 ainsi conçu : « Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit dans l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 fr. »

78. — Cet art. 41 ne fait que reproduire la formule de l'art. 1341, C. civ., ce dernier texte s'occupant exclusivement d'une question de preuve, l'art. 41 qui s'y réfère doit être interprété dans le même esprit, et envisagé lui aussi comme énonçant une règle de preuve, non point une condition de fonds ou de validité de l'acte modificatif.

79. — D'où il suit que les modifications apportées à l'acte constitutif de société peuvent être prouvés par l'aveu et le serment ou même au moyen de la preuve testimoniale ou des présomptions, s'il existe un commencement de preuve par écrit. — Paris, 26 janv. 1883, sous Cass., 4 nov. 1885, Soc. des plâtrières du bassin de Paris, [S. 88.1.365, P. 88.1.901, D. 86.1.302] — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Société*, n. 277, et *Suppl.*, *eod. v°*, n. 117.

80. — Spécialement l'associé, auquel son coassocié réclame le complément de son apport, est recevable à prouver par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, qu'il est intervenu ultérieurement entre eux un acte transformant en prêt d'argent ses apports dans la société. — Angers, 24 févr. 1894, Brochard, [S. et P. 96.2.243, D. 94.2.497]

81. — De même, la preuve des modifications au pacte social, en ce qui touche l'apport d'un des associés, peut être puisée dans les écritures des livres sociaux. Ainsi ces livres peuvent servir à établir que l'évaluation de l'un des apports a été ultérieurement augmentée d'accord entre les associés; ce n'est pas là méconnaître le principe d'après lequel aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société. — Cass., 21 juin 1864, Boldorini, [S. 64.1.320, P. 64.814, D. 64.1.416] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 264; Rousseau, t. 1, n. 177; Ruben de Couder, v° *Soc.*, n. 277.

82. — Enfin, l'art. 41 ne s'oppose pas non plus à ce que les juges interprètent les clauses obscures ou ambiguës des actes de société à l'aide des circonstances de la cause ou même au moyen de la preuve testimoniale. — Cass., 25 nov. 1872, Bouquet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 73.1.127]; — 1er mars 1882, Pillon de Saint-Philibert, [S. 84.1.231, P. 84.1.550, D. 83.1.130]; — 4 nov. 1885, précité.

83. — En tout cas, les règles sur la prohibition de la preuve testimoniale fléchissant au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit imprévu et de force majeure (V. *suprà*, n. 73), un associé est recevable à prouver par témoins que l'acte modifiant le pacte social a été frauduleusement détourné et dissimulé par son coassocié. — Angers, 24 févr. 1894, précité.

84. — Jugé toutefois que la preuve de la prorogation du contrat de société est assujettie aux mêmes règles que l'existence même de ce contrat. Dès lors, les associés seront non recevables à réclamer des dommages-intérêts contre celui d'entre eux qui, après avoir donné un prétendu consentement à la prorogation

de la société, refuserait plus tard de réaliser ce consentement si ladite prorogation n'avait pas été constatée selon les formes légales. — Cass., 3 mars 1846, Tessier, [S. 46.1.633, P. 46.2.517]

2° Conséquences du défaut d'acte écrit vis-à-vis des tiers.

85. — Dans les rapports des associés avec les tiers, la question de savoir quelle est la valeur d'une société commerciale non constatée par écrit doit être résolue au moyen de la distinction suivante : d'une part, les associés ne peuvent prouver l'existence de cette société contre les tiers qui ont intérêt à ne pas la reconnaître. Mais à l'inverse, les tiers qui ont intérêt à se prévaloir de l'existence et du caractère de cette société peuvent en faire la preuve par toute espèce de moyens. — Bédarride, t. 2, n. 354; Dutruc, v° *Société*, n. 84; Laurin, n. 310; Malepeyre et Jourdain, p. 17; Merlin, *Rép.*, v° *Société*, n. 700; Pardessus, n. 1007; Pont, t. 2, n. 1117; Rousseau, t. 1, n. 171; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 251; Troplong, n. 229; Vavasseur, t. 1, n. 55; Boistel, n. 344; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 173; Houpin, t. 1, n. 70.

86. — ... Et notamment par la preuve testimoniale, les présomptions graves, la correspondance, un écrit quelconque, et généralement par tous les modes de preuve qu'autorise la loi commerciale. — Cass., 22 mess. an IX, Normand, [S. et P. chr.]; — 23 nov. 1812, Thury, [S. et P. chr.] — Toulouse, 5 mai 1821, Magnac, [S. et P. chr.] — Paris, 22 avr. 1825, Monnet, [P. chr.] — Lyon, 30 juin 1827, Rousset, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 14 déc. 1840, Sicher, [S. 42.2.13, P. 41.1.326] — Lyon, 6 août 1850, Montel, Amblard, [P. 52.2.214] — Nancy, 25 avr. 1853, Mazuin, [S. 55.2.535, P. 55.1.438, D. 55.2.349] — Besançon, 9 juin 1859, Munier, [P. 59.988, D. 59.2.168]

87. — Jugé en ce sens : 1° Que l'existence d'une société commerciale et la qualité de liquidateur d'une société précédente donnée à l'un des associés peuvent être établies autrement que par un acte de société régulier. — Toulouse, 5 mai 1821, précité. — V. cep. Toulouse, 29 nov. 1811, Esquirol, [S. chr.]

88. — Et ce, notamment à l'égard des tiers qui, ayant contracté avec le liquidateur comme membre de la société nouvelle, et comme liquidateur de l'ancienne, demandent la nullité de leur engagement en contestant l'existence de la société et la qualité du liquidateur.

89. — 2° Que les juges du fait peuvent, sans commettre aucune violation de la loi, considérer que l'existence, entre deux personnes déterminées, d'une société en nom collectif, est suffisamment prouvée, à l'égard d'un tiers, par la réunion des diverses circonstances suivantes, à savoir : ... que ces deux individus ont, conjointement et solidairement, acheté, installé et exploité une usine... qu'ils ont officiellement pris et employé, dans leur correspondance, comme dans leurs effets de commerce, une raison sociale contenant le nom de l'un d'eux joint aux mots « et compagnie », et apposée indifféremment par l'un ou l'autre d'entre eux... enfin, qu'ils ont, tous deux, constamment écrit et ouvertement agi comme membres d'une société en nom collectif. A cet égard, l'appréciation des juges sur ces faits est souveraine. — Cass., 12 juill. 1888, Basso, [S. 89.1.309, P. 89.1.755, D. 89.1.148]

90. — 3° Que l'existence de la société est suffisamment établie, au regard des tiers, par la représentation de la circulaire adressée à tous les négociants d'une ville dans laquelle les associés ont fait collectivement offre des services du nouvel établissement. — Bordeaux, 31 janv. 1832, de Matha Florida, [P. chr.]

91. — 4° Que la preuve de l'existence d'une société commerciale en nom collectif entre deux maisons situées en pays différents peut être faite par les tiers, soit par témoins, soit par des présomptions tirées notamment des circulaires de l'une de ces maisons. — Bordeaux, 14 déc. 1840, précité. — V. aussi Bordeaux, 23 févr. 1836, Mathieu, [P. chr.]

92. — 5° Que l'existence d'une société formée pour l'achat et la revente des chevaux peut, même en l'absence de tout commencement de preuve par écrit, être prouvée par témoins par les tiers qui se prétendent créanciers de cette société : les associés sont non recevables à opposer, pour faire écarter cette preuve, le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par le Code de commerce. — Rouen, 9 avr. 1842, Larcher, [P. 42.1.621]

93. — Jugé également que le marché passé avec l'un des membres d'une société non constituée par écrit, mais dont l'existence est notoire, alors d'ailleurs que le contrat porte la signature sociale et a été fait dans l'intérêt de la société, oblige personnellement chaque associé. — Cass., 21 mai 1878, Poirée, [S. 79.1.175, P. 79.420, D. 79.1.456]

94. — ... Alors surtout qu'elle a été acceptée tacitement par l'un d'eux en exécutant après le décès de son coassocié les marchés passés par ce dernier. — Même arrêt.

95. — De même, l'existence d'une société commerciale à l'égard des tiers peut résulter notamment de l'apport d'une mise par chacun des associés, de l'existence d'un siège ou d'une raison sociale et de la nomination d'un directeur qui contracte au nom des associés et sous cette raison sociale. — Nancy, 25 nov. 1853, Mazuin, [S. 55.2.535, P. 55.1.438, D. 55.2.349]

96. — De même encore, en cas de faillite d'une société en commandite par actions, le syndic de la faillite est recevable à prouver, à l'aide de présomptions appuyées d'un commencement de preuve par écrit, la qualité d'associés ou d'actionnaires déclinée par des individus dont on ne rapporte pas les actes de souscription. Le syndic représente les créanciers qui sont des tiers à l'égard de la société et des associés, et auxquels on ne peut, dès lors, opposer l'absence d'un acte public ou sous signature privée constatant l'adhésion des associés ou actionnaires. — Cass., 5 août 1844, de Villebresnes, [S. 44.1.580, P. 44.2.607]

97. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que les créanciers d'une société ont le droit de prouver qu'un individu dont le nom ne figure pas dans un acte de société, publié conformément à l'art. 42, C. comm., est réellement associé, et de le faire comprendre dans la faillite de la société. — Cass., 31 mars 1851, Lugard, [S. 51.1.276, P. 51.2.648, D. 51.1.136]

98. — Les créanciers sociaux, visés dans les arrêts précités, ne sont pas les seuls tiers admis à établir l'existence de la société par toutes les voies de droit. Il convient également de ranger dans cette catégorie : a) *L'administration de l'enregistrement* (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 174). Jugé, en ce sens, que l'administration de l'enregistrement poursuivant le recouvrement des droits ou amendes établis ou prononcés par la loi en matière de société, est réellement un tiers vis-à-vis de la société dont elle a à prouver l'existence..., sauf les conditions de preuve qui lui sont spéciales, mais qui n'impliquent en aucune façon pour elle l'obligation de prouver la société par la production de l'acte qui la constitue. — Cass., 23 févr. 1875, Lebastard et Robidon, [S. 76.1.473, P. 76.1190, D. 75.1.370]

99. — En conséquence, la Régie peut tirer la preuve de l'existence de la société, en dehors de l'acte constitutif de la société, de faits ou documents personnels ou opposables à celui qu'elle poursuit, tels que la publicité d'un programme rédigé par le gérant et répandu dans le public avec les projets des statuts de la société; le maintien, par l'assemblée générale des actionnaires, du conseil d'administration; la publication du journal faisant l'objet de la société avec la signature du gérant; l'émission de la plus grande partie des actions de la société, signées par le président du conseil d'administration. — Même arrêt.

100. — L'administration de l'enregistrement étant un tiers, il suit encore que, si elle n'a pas reconnu l'existence d'une société verbale, les associés ne sont, à son égard, que des indivisaires ayant droit à une copropriété dont la transmission par décès est soumise à l'impôt. — Cass., 29 janv. 1881, Leblond, [S. 82.1.275, P. 82.1.651, D. 81.1.265]

101. — Et la même solution doit être admise, lorsqu'il s'agit de prouver contre l'administration de l'enregistrement la prorogation d'une société non constatée par écrit. — Même arrêt.

102. — b) *Le ministère public.* — Le ministère public, lui aussi, est un tiers, et, par suite, il peut faire preuve, par tous les moyens possibles, de l'existence d'une société pour faire condamner un associé comme banqueroutier frauduleux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 174; Houpin, t. 1, n. 70.

103. — Ainsi un associé peut être déclaré membre d'une société commerciale, et par suite convaincu de banqueroute frauduleuse, quoique l'existence de cette société ne soit établie par aucun acte écrit, alors surtout que cet associé est déclaré personnellement convaincu d'avoir soustrait des marchandises pour tromper ses acheteurs. — Cass., 11 avr. 1806, Gauthier, [P. chr.]

104. — Si les tiers peuvent prouver, à l'encontre des associés, par toutes les voies de droit et notamment par la preuve testimoniale, l'existence d'une société contestée par leurs adversaires, à plus forte raison pourront-ils prouver par tous moyens les modifications apportées à l'acte primitif. — Lyon, 26 avr. 1863, Crochet, [S. 64.2.202, P. 64.951]

105. — Il n'en serait autrement, et toute autre preuve que la preuve écrite devrait être déclarée irrecevable, que s'ils prétendaient faire cette preuve *contre d'autres tiers*, et non contre les associés eux-mêmes. — Même arrêt.

CHAPITRE III.

DE LA PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

SECTION I.

Généralités. — Notions historiques. Utilité de la publicité.

106. — L'une des conditions requises pour la validité des sociétés commerciales est la publicité. En effet, lorsqu'on traite avec un individu, il est relativement facile de se renseigner sur sa capacité, sa solvabilité. Mais, quand il s'agit d'une société, personne morale, sa solvabilité et sa capacité sont plus difficiles à connaître. D'où la nécessité d'une publicité remplaçant les informations que l'on peut prendre sur les personnes physiques. C'est pourquoi, si l'idée d'un casier civil n'est apparue que dans ces derniers temps pour les individus, c'est, au contraire, à toutes les époques, dans toutes les législations que le législateur a organisé des mesures de publicité à l'égard des sociétés.

107. — Certaines législations étrangères ont même cette supériorité sur la nôtre qu'elles ont organisé pour les sociétés par intérêts une publicité permanente, à laquelle nous pourrions faire d'utiles emprunts. En Angleterre, les sociétés par actions (*joint-stocks companies*) reçoivent une publicité double, publicité au siège social d'abord, puis publicité officielle par l'intermédiaire d'un office général, *office of enrolment*, qui a son siège à Londres. En ce qui concerne la *partnership*, laquelle correspond à peu près à la société en nom collectif du droit français, il n'existe aucun mode de publicité initial ; mais, dans les relations de la société avec les tiers, les statuts sociaux ne deviennent opposables à ces derniers qu'à dater de leur publication (L. 14 août 1890, art. 36 ; *Ann. de législ. étrang.*, 1891, p. 74 et s.).

108. — La loi belge du 18 mai 1873, qui a fait des emprunts aux systèmes anglais et français, a apporté des améliorations notables aux deux législations. Une publication par extraits des statuts des sociétés par intérêts est faite au *Moniteur belge*. Ces extraits mentionnent la raison de commerce, les noms des associés, la raison sociale, l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit prendre fin. Ces extraits sont imprimés sur des feuilles annexes qui sont expédiées aux greffes des cours et tribunaux, où tout intéressé peut les consulter. Dans les quinze jours de la date de l'acte de constitution de société, un dépôt de l'extrait doit être effectué au greffe du tribunal de commerce et cet officier ministériel doit faire publier l'extrait au *Moniteur* dans les dix jours du dépôt, sous peine de dommages-intérêts. Le défaut de publication dans les délais légaux entraîne la perception d'un droit spécial d'enregistrement d'un pour mille du capital social, mais qui ne peut être ni inférieur à 10 fr. ni supérieur à 1,000 fr. La publication ne produit d'effet qu'à compter du cinquième jour de l'insertion au *Moniteur*, et elle n'a jamais d'effet rétroactif. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 244; Deloison, t. 1, p. 109.

109. — En Allemagne, l'institution du *Registre du commerce* permet également de centraliser tous les documents intéressant les tiers. Lors de sa constitution, toute société commerciale doit, comme les individus commerçants, faire enregistrer son nom commercial ou firme au greffe du tribunal de son domicile. Relativement aux sociétés en nom collectif, qui peuvent se former sans écrit, l'obligation du dépôt est remplacée par une déclaration orale émanée des associés. Tous les renseignements utiles aux tiers sont contenus dans cette déclaration, qui relate les nom, prénoms, état et domicile de chaque associé, la raison sociale, le siège social, l'époque à laquelle la société a commencé. Elle est insérée dans le registre de commerce du ressort, où un folio spécial est consacré à la société nouvelle. Aucun délai de rigueur n'est imposé à la société pour l'accomplissement des formalités prescrites ; les tribunaux ont seulement le droit de décider, si, en fait, la publicité peut ou non être considérée comme tardive ; mais le retard dans la publicité n'est pas sanctionné par la nullité.

110. — Les rédacteurs du projet de réforme de la législation française des sociétés se sont inspirés de ces diverses lois. Nous ferons connaître brièvement l'économie des réformes proposées, en vue d'instituer un système de publicité centralisé, à la fois plus simple et plus efficace que celui actuellement en vigueur. — V. *infrà*, n. 118 et s.

111. — La publication des sociétés est une formalité qui entraîne toujours des frais. Mais c'est là une règle de bon ordre général, à laquelle il n'est pas possible de renoncer. Trois catégories de personnes sont intéressées à cette publicité : 1° Les *associés* d'abord, qui, en faisant connaître aux tiers les conditions de fonctionnement de la société, lui assurent ainsi un crédit plus considérable.

112. — 2° Les *tiers* qui traitent avec la société, car le pacte social, en lui-même, est un acte occulte; les créanciers sociaux l'ignorent; la connaissance de fait qu'ils en auraient n'équivaudrait pas à la publicité légale (Thaller, n. 359); il faut la publicité pour le faire connaître aux tiers. Tant que les statuts n'ont pas été portés à la connaissance du public, on peut dire que les associés n'ont traité qu'entre eux seuls; c'est seulement après la publicité qu'ils se mettent en rapport avec le commerce du dehors. Les poursuites dont ils pourraient être l'objet de la part des créanciers sociaux, comme celles qu'ils auront à exercer contre les fournisseurs seront réglées par le pacte social; à ce point de vue encore la publication des statuts est donc nécessaire.

113. — 3° Enfin les créanciers personnels des associés sont, eux aussi, intéressés à la publicité. Les biens apportés en société par des associés deviennent en effet le gage exclusif des créanciers sociaux à partir de la constitution de la société. Il faut qu'on informe les créanciers personnels des associés qu'ils n'aient plus à compter sur des biens entrés dans un actif nouveau (V. Thaller, *loc. cit.*). La publicité se rattache donc à la notion de personnalité des sociétés de commerce. C'est par là que la société atteste son existence; c'est la publicité qui protège les droits des tiers et sert de base au crédit de la société. En admettant, avec la jurisprudence, que les sociétés civiles elles-mêmes jouissent de la personnalité morale (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 517 et s.), il est permis d'affirmer que la personnalité des sociétés commerciales est seule complète, parce que seule elle a pour support la publicité, dont les sociétés civiles sont exemptes.

114. — Mais, si la nécessité de la publicité s'est imposée à l'origine même des sociétés, des difficultés ont surgi quand il s'est agi de mettre en œuvre le principe de la publicité, et l'application qui en a été faite a varié avec les époques. L'Edit de Blois de 1579 avait déjà assujetti à la formalité de l'enregistrement et du dépôt les sociétés existant à cette époque et celles qui se constitueraient dans l'avenir. Cette disposition était dirigée surtout contre les étrangers, qui détenaient la majeure partie du commerce en France à cette époque, et elle avait pour objet de protéger les nationaux contre la clandestinité des sociétés formées entre les étrangers. Mais bientôt le commerce se développa en France, des sociétés se formèrent clandestinement entre nationaux, suivant l'usage qui était suivi par les étrangers. L'ordonnance de 1629 (Code Michaud), art. 414, vint réagir contre cet état de choses, et elle rendit obligatoires pour les Français l'enregistrement et le dépôt des actes de société. Mais cette disposition législative tomba bientôt en désuétude. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 189.

115. — Ces prescriptions furent renouvelées par l'ordonnance de 1673, qui les limita toutefois aux sociétés entre marchands, c'est-à dire aux sociétés en nom collectif; mais les sociétés entre marchands et non-marchands, c'est-à-dire les sociétés en commandite, n'y étaient pas soumises. Les préjugés nobiliaires exigeaient qu'il en fût ainsi, et que cette dernière forme de société restât occulte ; mais le nom du commanditaire et le montant de la commandite étant ignorés des tiers, il en résultait des inconvénients pour ces derniers. — V. Savary, *Parfait négociant*, t. 1, liv. 1, et *Des sociétés*, p. 24; Bédarride, n. 256; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 189 et s.; Rousseau, t. 1, n. 360. — Comme sanction des dispositions précitées, l'art. 2 de l'ordonnance édictait la nullité de la société non publiée, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des associés. Disposition excessive qui pouvait attein-

dre des personnes absolument étrangères à la faute ou à la fraude commise. — Bédarride, *loc. cit.*; Rousseau, *loc. cit.*

116. — Convaincus de la nécessité de la publication des actes de société, les rédacteurs du Code de commerce adoptèrent, en 1807, un système de publicité qu'ils avaient emprunté à l'ordonnance de 1673, et qu'ils prescrivirent pour toutes les sociétés commerciales à peine de nullité, mais en rendant inopposables aux tiers la nullité résultant du défaut de publicité ou d'une publicité irrégulière. A ce mode de publicité s'ajouta, en 1814, un autre considéré comme informant plus efficacement les tiers (la publication par la voie des journaux). Cette innovation était due à un décret de l'impératrice régente du 12 févr. 1814. Reconnu plus tard inconstitutionnel, il fut reproduit par une loi du 31 mars 1833. La publicité à laquelle les sociétés commerciales étaient soumises en vertu de ce régime consistait dans la confection d'un extrait de l'acte de société, qui était dressé, pour les actes publiés par les notaires et pour les actes sous seing privé, par tous les associés si la société était en nom collectif, et par les associés solidaires si la société était en commandite simple ou par actions (C. comm., art. 44). Cet extrait devait contenir les clauses du contrat que les tiers avaient le plus d'intérêt à connaître : les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires ou commanditaires, la raison de commerce de la société, la désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société, le montant des valeurs fournies ou à fournir soit en commandite, soit par actions, l'époque où la société devait commencer et celle où elle devait finir (C. comm., art. 43). Cet extrait devait être publié, à peine de nullité de la société, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif, d'abord par transcription sur un registre du greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement du siège social, et en outre de chacun des arrondissements où la société aurait des succursales. Cette transcription était accompagnée d'un affichage pendant trois mois dans la salle d'audience de ces mêmes tribunaux et d'une insertion dans un des journaux chargés des annonces légales dans ces mêmes arrondissements (Innovations de 1814 et de 1833). — V. Rousseau, n. 362; Thaller, n. 360.

117. — A l'occasion de la réforme des sociétés par actions, la loi du 24 juill. 1867 a, dans son titre IV, étendu le mode de publicité pour toutes les sociétés commerciales. Le législateur s'est proposé de rendre moins coûteux et plus uniforme le système de publicité en vigueur. La réforme a porté principalement sur deux points : tout en maintenant l'extrait destiné au journal d'annonces, on a renoncé à l'affichage au tribunal, qui paraissait inutile, et on a remplacé la formalité de la transcription d'un simple extrait au greffe par le dépôt à ce greffe d'un double ou d'une expédition de l'acte en son entier. — V. Beudant, *De la publicité des actes de société d'après la loi du 24 juill. 1867* (*Rev. prat. de dr. fr.*, 1868, t. 25, p. 305). — Ce sont là des améliorations incontestables. Mais elles ne paraissent pas répondre suffisamment aux besoins de la pratique, et, en 1889 et 1900, les deux congrès des sociétés par actions ont émis le vœu de la création d'un organe spécial destiné à la publication des actes de société (V. Compte rendu sténographique du congrès des sociétés par actions de 1900, p. 250 et s.).

118. — La commission extraparlementaire chargée de préparer le projet de réforme d'ensemble de notre législation des sociétés par actions s'est ralliée à ce point de vue. L'art. 17 du projet déposé en mai 1903 sur le bureau de la Chambre des députés apporte, en effet, aux art. 55 et s. de la loi de 1867 des modifications profondes tendant toutes à rendre plus efficace la publicité légale, par la centralisation, dans un *Bulletin annexe* du *Journal officiel*, de tous les renseignements que les tiers ont intérêt à connaître. Tout d'abord, l'art. 56 nouveau, *in fine*, indépendamment de la double formalité, conservée, du dépôt de l'acte constitutif au greffe du tribunal de commerce et de l'insertion d'un extrait dans un journal d'annonces légales, prescrit la publication intégrale de l'acte de société et de la liste des souscriptions dans le *Bulletin annexe* du *Journal officiel*; cette publication a lieu dans la huitaine du dépôt, à la diligence du greffier du tribunal de commerce, dans des conditions à déterminer par un règlement d'administration publique.

119. — Aux termes de l'art. 58 nouveau, « quand une société se constitue au moyen de souscriptions publiques, le projet d'acte de société doit être publié au *Bulletin annexe* du *Journal officiel* dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription. Dans le même cas, si un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, le gérant ou les fondateurs doivent rédiger et annexer au projet des statuts une notice détaillée sur la nature et la valeur des apports ou la cause des avantages particuliers stipulés ».

120. — Enfin, aux termes de l'art. 59 nouveau, « dix jours au moins avant l'ouverture de toute souscription publique à des obligations, les administrateurs ou gérants doivent publier, dans le *Bulletin annexe* du *Journal officiel*, un avis énonçant : 1° l'objet de la société ; 2° sa durée ; 3° la date de l'acte de société et celle de la publication de cet acte et de toute modification apportée aux statuts; 4° l'indication du capital non libéré ; 5° le montant des obligations déjà émises par la société, avec énumération des garanties attachées à ces obligations ; 6° le nombre et la valeur nominale des obligations à émettre, l'intérêt à payer pour chacune d'elles, l'époque et les conditions de remboursement ; 7° le dernier bilan ou la mention qu'il n'en a pas été dressé encore. L'adoption de cet ensemble de mesures serait de nature, en rendant la publicité plus sérieuse, à mettre un terme aux abus et aux fraudes qui trop souvent se produisent, soit à l'origine de la société, soit à chaque émission de titres.

Section II.

Des actes soumis à la publicité.

121. — I. *Acte constitutif.* — Le législateur s'est préoccupé de faciliter aux tiers les recherches qu'ils doivent effectuer en vue de connaître les clauses des actes de société qui les intéressent. Dans ce but, est assujetti d'abord et incontestablement à la publicité l'acte constitutif lui-même, dans la mesure que nous aurons à déterminer *infrà*, n. 186 et s.

122. — II. *Actes modificatifs postérieurs.* — A. *Modifications aux statuts sociaux.* — L'art. 61 de la loi de 1867 soumet aux formalités de publicité prescrites par les art. 55 et 56 tous les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts. L'acte de société devant être déposé en entier aux greffes déterminés par l'art. 55 de la loi de 1867, il y a lieu de déposer aux mêmes greffes tout acte apportant aux statuts sociaux une modification quelconque, alors même que cette modification concernerait exclusivement les rapports des associés entre eux, et ne serait pas de nature à intéresser les tiers. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 201 ; Rousseau, t. 1, n. 460. — *Contrà*, Houpin, t. 2, n. 1028.

123. — Mais il en est autrement, malgré les termes absolus de l'art. 61, en ce qui concerne la publication *par la voie des journaux*. La publication de l'acte de société dans les journaux n'ayant lieu que par extrait et ne devant comprendre que les clauses qui intéressent les tiers, il en résulte que les seules modifications au pacte social qui soient soumises à cette publication sont également celles qui intéressent les tiers, à l'exclusion de celles qui n'intéressent que les associés entre eux. L'insertion par extraits dans les journaux n'est donc indispensable pour les clauses nouvelles qu'autant que ces clauses sont de celles qui, insérées dans l'acte de société, auraient dû être publiées par extrait pour être valables. — Boistel, n. 352 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 606 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 202 ; Molinier, n. 270, Pont, t. 2, n. 1118 et s.; Thaller, n. 293 ; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 399, et *Suppl.*, n. 157 et s.; Vavasseur, t. 2, n. 1053 ; Rousseau, n. 461. — Sur les clauses de l'acte de société qui doivent être publiées par extrait dans les journaux, V. *infrà*, n. 201 et s.

124. — Ainsi il n'y a pas lieu de publier par extrait dans les journaux l'acte additionnel par lequel les membres d'une société commerciale changent le mode de partage des bénéfices et des pertes entre associés. — Cass., 21 févr. 1832, Bonnard, [S. 32.1.544, P. chr.]

125. — ... Ni la convention par laquelle deux associés en nom collectif ont stipulé que, au lieu de deux inventaires par an prescrits par l'acte de société, il n'en serait fait qu'un à la fin de l'année : cette convention est valable, bien qu'elle n'ait pas été publiée, et peut, dès lors, être opposée aux héritiers de l'associé prédécédé, dont les droits doivent, aux termes de l'acte de société, être réglés suivant le dernier inventaire. — Paris, 17 nov. 1859, Derognas, [P. 60.46]

126. — ... Ni l'acte additionnel qui ne touche nullement les intérêts des tiers, et qui a pour objet unique de régler les rapports des associés en assurant à l'un d'eux certains avantages,

le partage des bénéfices n'étant pas soumis à la publicité. — Cass., 15 juill. 1878, Bontourlinn-Pimpinelli, [S. 80.1.105, P. 80. 238, D. 79.1.361]

127. — ... Ni l'acte par lequel un associé en nom collectif cède sa part d'intérêt à une tierce personne sans le consentement de ses coassociés; cette cession n'intéresse que le cédant et le cessionnaire et ne produit aucun effet à l'égard des tiers, dont les droits contre le cédant restent intacts. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 202-*d*. — Sur les effets d'une cession ainsi consentie, V. Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, sur l'art. 1861. — V. aussi, *suprà*, vº *Cession de créances ou de droits incorporels*.

128. — De même, les actes d'assemblées générales ayant trait à des actes d'administration ou d'ordre intérieur (tels que l'autorisation donnée aux gérants de consentir toutes assurances contre l'incendie au profit du créancier ayant hypothèque sur les immeubles sociaux du chef d'une ancienne société, d'accepter des parts en paiement des avances faites à un associé, d'augmenter le traitement des gérants), ne comportent pas la nécessité de la publication. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.147]

129. — De même, la clause des statuts d'une société, aux termes de laquelle toute action jouira d'un intérêt de 5 p. 0/0, devant être interprétée, en règle générale, comme établissant un mode particulier de partager les bénéfices réalisés, et ne constituant pas, à moins de mention spéciale, l'obligation pour la société, même en l'absence de bénéfices, de payer des intérêts qui seraient prélevés sur le capital social, il en résulte que la délibération de l'assemblée générale qui a suspendu momentanément le service des intérêts des actions ne saurait être annulée, comme ayant apporté une modification aux statuts sans que les formalités de publicité prescrites par la loi de 1867 aient été observées. — Lyon, 28 janv. 1890, Julliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33] — Nous aurons l'occasion de revenir sur la validité d'allocation d'intérêts au profit des actionnaires en l'absence de bénéfices, V. *infrà*, n. 223, V. aussi tit. 3, chap. 3, sect. 3, et *suprà*, vº *Société civile*, n. 251 et s. — V. aussi, Cohendy, sur l'art. 26, n. 113 et s.

130. — Au contraire, doivent être publiés par extrait dans les journaux : la nomination d'un cogérant faite par les gérants d'une société commerciale, bien qu'elle ait été autorisée par l'acte de société, lequel a lui-même été publié. — Paris, 23 juill. 1857, Botta, [S. 59.2.95, P. 58.1065, D. 57.2.208]

131. — ... Les actes et délibérations révoquant des administrateurs ou en nommant de nouveaux dans les sociétés anonymes. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 776; Houpin, t. 2, n. 1039; Vavasseur, t. 2, n. 1014 et 1033; Goirand, *Traité des sociétés par actions*, n. 221; Pont, t. 2, n. 1217. — *Contrà*, Trib. comm. Marseille, qui a jugé, le 14 févr. 1902, qu'aucune disposition légale n'impose la publication, sous une forme quelconque, des démissions ou retraites d'administrateurs [*Journ. des soc.*, 1902, p. 513]

132. — ... La délibération par laquelle l'assemblée générale des actionnaires d'une société en commandite ratifie la convention faite avec le gérant au cours de la société, et qui donne aux actionnaires la faculté de révoquer ce dernier à leur volonté, ainsi que la délibération par laquelle l'assemblée générale prononce ensuite cette révocation : ces délibérations doivent, à peine de nullité, être publiées tant au lieu du siège social que dans les autres lieux où la société a des établissements principaux. — Paris, 5 juill. 1859, Say, [S. 59.2.553, P. 60.311]

133. — ... La délibération modifiant la défense faite par les statuts aux gérants de la société de contracter un emprunt hypothécaire ou de vendre les immeubles de la société, avant le remboursement de toutes les obligations à émettre. — Lyon, 26 nov. 1863, Crochet, [S. 64.2.202, P. 64.951, D. 64.2.233]

134. — ... La contre-lettre contenant des modifications à une société en commandite, et particulièrement celle par laquelle un des associés commanditaires transfère la majorité de ses actions à l'un des associés gérants, en lui vendant un immeuble qu'il avait apporté dans la société. — Cass., 26 août 1845 (motifs), Carié et Bretonnière, [S. 45.1.625, P. 46.1.188, D. 45.1.420]

135. — Mais la nullité dont une telle contre-lettre pourrait se trouver frappée, à défaut de publication, n'aurait pas pour effet d'affranchir ceux qui l'ont souscrite des obligations qu'ils se sont imposées, notamment l'associé gérant de payer à l'associé commanditaire ou à son cessionnaire le prix de l'immeuble qu'il en a acquis; et il en est ainsi, alors surtout qu'il y a eu, de la part de l'associé gérant, ratification de la contre-lettre par exécution et, sur la notification qui lui a été faite de la cession du prix de l'immeuble, acceptation du cessionnaire pour créancier. — Même arrêt.

136. — De même, lorsque les statuts d'une société en commandite, imposant aux héritiers des commanditaires l'obligation de continuer la personne de leurs auteurs dans la société, sont modifiés en ce sens que ces héritiers seront exclus de la société et seront remboursés de leur part commanditaire, sauf aux associés survivants à recompléter le capital social au moyen de fournissements égaux, l'acte qui opère cette modification est de ceux que l'art. 61, L. 24 juill. 1867, soumet à toutes les formalités de publicité prescrites, à peine de nullité, par les art. 55 et 56 de la même loi. — Amiens, 18 févr. 1878, Magnier, [S. 78.2.97, P. 78. 449, et la note de M. Bourguignat]

137. — De même encore, les délibérations prises à fin de réduction du capital social, à la suite de remboursement d'actions par la société, ont pour objet de modifier les dispositions statutaires qui, par la fixation du capital, forment l'assiette du crédit de la société. Elles sont donc sujettes à l'application de l'art. 61, qui prescrit la publication de toute délibération ayant pour objet la modification des statuts. — Cass., 1er août 1893, Soc. des mines de Pont-Péan, [S. et P. 94.1.22, D. 94.1.126]

138. — Mais les modifications apportées à un acte de société ne doivent être rendues publiques qu'autant qu'elles sont devenues définitives et non attaquées. Spécialement, il n'y a pas lieu à publication, lorsque l'acte qui a prononcé la révocation du gérant a été immédiatement attaqué par exploit d'ajournement et que les mesures prises par la société ne sont que provisoires et d'un intérêt de conservation. — Douai, 5 mai 1840, [D. *Rép.*, vº *cit.*, n. 844] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 473; Houpin, t. 2, n. 1027; Ruben de Couder, *loc. cit.*

139. — De même, il n'y a pas lieu de publier la convention intervenue entre le gérant d'une société en commandite et le conseil de surveillance, stipulant au profit des actionnaires le droit de révoquer le gérant, tant qu'elle n'a pas été approuvée par l'assemblée générale; jusque-là, elle ne demeure qu'à l'état de projet. — Cass., 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.278]

140. — Il en est de même des votes de l'assemblée générale portant sur les modifications dans la gérance, quand ces modifications ne sont qu'éventuelles et se trouvent soumises à des conditions qui ne se sont pas réalisées : la publication ne serait obligatoire qu'au moment de leur réalisation. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.147]

141. — Pareillement, reste à l'état de projet et peut être utilement rapportée, si elle n'a reçu aucune exécution et n'a pas été portée à la connaissance des tiers par la publicité, la délibération par laquelle les associés commanditaires ont, comme les statuts leur en donnaient la faculté, prononcé la dissolution de la société pour perte des trois quarts du capital social. — Besançon, 28 mai 1890, sous Cass., 9 juill. 1891, Hacquard, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173]

142. — Les actionnaires ne sauraient donc être déclarés responsables pour avoir, en revenant sur leur première délibération, maintenu l'existence de la société, alors d'ailleurs que les tiers qui s'en plaignent ne sont devenus créanciers de la société que postérieurement à la seconde délibération. — Même arrêt.

143. — B. *Prorogation de la société*. — La théorie de la publicité a sa répercussion sur les faits qui, au cours du fonctionnement de la société, modifient les conditions dans lesquelles elle avait été constituée. A chaque modification, les formalités prescrites à l'origine doivent être renouvelées, sinon les tiers seraient fondés à invoquer l'acte primitif comme faisant seul loi pour eux. Cette règle est d'ailleurs aussi large que possible et comprend, notamment, tous les actes qui ont pour objet la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée. — Thaller, n. 376; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 203; Rousseau, n. 477.

144. — Cette interprétation extensive découle implicitement de l'art. 61, lequel ne distingue pas suivant que la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée résulte d'une convention formelle, ou d'un simple état de fait survivant au terme de la société. Du moment donc que la société continue d'exister après le terme fixé par ses statuts, sa prorogation doit être nécessairement publiée. — Cass., 2 mars 1897, Bouchet, [S.

et P. 97.1.261, D. 98.1.57] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 203-*a*; Houpin, t. 2, n. 1031.

145. — En l'absence de cette formalité, la responsabilité des associés envers les tiers demeure, tant que la publicité donnée à la dissolution n'est pas venue la dégager. — Même arrêt.

146. — Il n'y a pas de distinction à faire à cet égard, entre les sociétés de fait et les sociétés régulières; les unes et les autres sont astreintes à la même publicité. — Rouen, 30 janv. 1895, sous Cass., 2 mars 1897, précité.

147. — D'ailleurs, le fait, par les associés, de s'être abstenus de publier l'acte originaire ne les dispenserait pas d'observer les formalités légales pour l'acte de prorogation. Même dans les rapports des associés, une prorogation verbale résultant d'une délibération non publiée est destinée à ne recevoir aucun effet. Chaque associé demeurait libre de rester en société, ou, au contraire, de plaider la nullité quand il le voudrait, sans tenir compte de la durée nouvelle assignée à la société prorogée. — Thaller, n. 376.

148. — C. *Dissolution de la société.* — Les actes et délibérations qui ont pour objet la dissolution de la société *avant le terme fixé par les statuts* doivent être publiés à peine de nullité (art. 61). — Rouen, 25 juill. 1887, [*J. des soc.*, 1888, p. 362]; — 9 janv. 1890, [*J. des soc.*, 1891, p. 134] — Mais aucune publicité n'est requise lorsque la société se dissout à l'échéance du terme fixé pour sa durée. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 432; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 354; Vavasseur, t. 2, n. 1040; Houpin, t. 2, n. 1033; Pont, t. 2, n. 1195.

149. — Jugé, en conséquence, que, si la retraite de l'un des associés, opérée pendant la durée de la société, n'a pas été rendue publique, la responsabilité de cet associé ne s'étend point aux opérations qui sont postérieures au terme fixé par l'acte constitutif pour la dissolution de la société. — Colmar, 2 août 1817, de Pédelys, [S. et P. chr.]

150. — Il en est ainsi tout au moins dans le cas où l'acte de société a été régulièrement publié, cette publication ayant d'avance renseigné les tiers sur l'époque de la dissolution de la société. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

151. — Il n'y a pas lieu non plus à publicité quand, au lieu de fixer un terme déterminé pour la dissolution, l'acte constitutif stipule que la société prendra fin lors de l'accomplissement d'un événement futur et incertain; la publicité ne serait requise dans cette hypothèse qu'autant que cet événement constituerait une condition résolutoire purement potestative de la part d'un des associés; il y aurait alors un acte volontaire de dissolution qui devrait être publié. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*; Pont, t. 2, n. 1196. — *Contrà*, Pardessus, t. 3, n. 1088.

152. — Pareillement, la publicité n'est pas exigée lorsque le fait de la dissolution arrive par la consommation de l'affaire en vue de laquelle la société avait été constituée : lorsqu'une société est constituée pour une opération unique, en effet, la réalisation de cette opération annonce d'avance l'époque de la dissolution. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, *in fine;* Pardessus, t. 3, n. 1088; Pont, t. 2, n. 1197; Wahl, note sous Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289]

153. — A l'inverse, il est également certain que toute dissolution avant le terme normal de la société doit être publiée, lorsqu'elle résulte d'une délibération prise par les associés : le texte de l'art. 61 est formel à cet égard. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 355.

154. — Et il en est ainsi même dans le cas où, la société ayant été constituée sans terme fixe, une délibération des associés en prononce la dissolution. Il est vrai que l'art. 61 ne parle que de la dissolution avant le terme fixé pour la durée de la société. Mais ces expressions ne sauraient être prises à la lettre : la nécessité de la publication de la délibération qui dissout la société se justifie également, qu'un terme ait été ou non assigné par avance à la durée de la société. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

155. — Jugé même que peut être déclarée irrégulière et nulle à l'égard des tiers la publication de la dissolution anticipée d'une société commerciale, effectuée par le dépôt aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix, d'un acte qui mentionne seulement que la société sera dissoute à partir du moment où les derniers travaux auront été parachevés, alors que l'acte postérieur et complémentaire qui fixe la date exacte de la dissolution de la société n'est pas déposé auxdits greffes. — Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289, et la note de M. Wahl, D. 93.1.41]

156. — Il importe peu qu'un extrait de l'acte déposé aux greffes soit publié dans le journal et fixe une date précise pour la dissolution de la société, alors, du moins, que cette date est inexacte (le 20 septembre au lieu du 27), et, qu'en outre, ledit extrait est lui-même irrégulier, en ce qu'il omet d'indiquer la date du dépôt aux greffes de l'acte de dissolution. — Même arrêt.

157. — Les juges du fait qui, en retenant toutes ces incorrections, ont déclaré une telle publication irrégulière au point d'être nulle au regard de tous tiers intéressés font une appréciation des faits et de leurs conséquences qui échappe à la révision. — Même arrêt.

158. — C'est, au contraire, une question vivement controversée que celle de savoir si la dissolution avant terme d'une société doit être publiée lorsqu'elle résulte, en dehors de toute convention expresse, de faits involontaires, tels que le décès, l'interdiction ou la faillite de l'un des associés, ou encore un jugement rendu dans les conditions de l'art. 1871, C. civ. — D'après un premier système, en dehors du cas où la dissolution s'opère naturellement par l'arrivée du terme fixé, la publication doit toujours avoir lieu, non seulement dans les hypothèses où la dissolution résulte d'une convention, mais encore dans celles où elle provient d'un événement de force majeure; on se fonde sur ce motif que, les causes de dissolution dont il s'agit n'ayant pu être énoncées d'avance dans l'extrait qui a été publié de l'acte de société, il est nécessaire, dans l'intérêt des tiers, qu'elles soient publiées au moment où elles se produisent. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 432; Pardessus, t. 3, n. 1088. — Sur les causes de dissolution des sociétés, v° *supra*, v° *Société civile*, n. 585 et s., et *infra*, n. 431 et s.

159. — Jugé, en ce sens, que le décès d'un associé n'entraîne pas la dissolution de la société à l'égard des tiers, lorsque cette dissolution n'est pas publiée et que, d'ailleurs, la société continue à fonctionner. — Cass., 26 juill. 1843, Robert, [S. 43.1.881, P. 44.1.84] — Grenoble, 27 juill. 1841, sous Cass., 10 juill. 1844, Martin, [S. 44.1.763, P. 44.2.113]

160. — Dans un second système, on décide que la publicité de la dissolution de la société n'est pas rigoureusement obligatoire en cas de décès, d'interdiction ou de faillite de l'un des associés, la dissolution ne devant en principe être publiée que si elle est le résultat de *faits volontaires* de la part des associés. Néanmoins, on concède que, à défaut de publicité, la société devrait être considérée comme existante à l'égard des tiers qui ont ignoré en fait ces événements, et qui ont traité *de bonne foi* avec le gérant de la société. — Alauzet, t. 2, n. 481 et s.; Pont, t. 2, n. 1194 et s., et *Revue de législ.*, t. 21, p. 518; Troplong, t. 2, n. 903.

161. — Enfin, un troisième système, consacré par la Cour suprême, et qui tend également à prévaloir en doctrine, admet que la publicité n'est requise que dans les cas où la dissolution provient d'un *fait volontaire* des associés. L'art. 61, en effet, ne parle que d'actes ou délibérations ayant pour objet la dissolution prématurée de la société; or ces expressions ne sauraient s'appliquer au décès, à la faillite ou à l'interdiction d'un associé. — Cass., 10 juill. 1844, précité; — 15 déc. 1880, Legendre, [S. 82.1.5, P. 82.1.5, et la note de M. Labbé, D. 82.1.393] — Lyon, 5 janv. 1849, Freydier, [S. 49.2.190, P. 49.1.597, D. 49.2.99] — Poitiers, 18 juill. 1894, Syndic Renault, [S. et P. 96.2.171, D. 96.2.26] — Rouen, 30 janv. 1895, sous Cass., 2 mars 1897, Bouchet, [S. et P. 97.1.261, D. 98.1.57] — Aix, 23 juin 1902, [*Journ. de just. marit. et comm. de Marseille*, 1902, p. 260; *Journ. des soc.*, 1903, p. 119] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 483 et s.; Boistel, n. 378; Delangle, t. 2, n. 580; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 356; Rivière, n. 387; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 425, et *Suppl.*, n. 135 et s.; Vavasseur, t. 2, n. 1038; Wahl, note sous Cass., 19 avr. 1893, précité; Guillouard, n. 308; Laurent, t. 26, n. 377; Houpin, t. 2, n. 1033.

162. — Spécialement, la dissolution de la société n'a pas besoin d'être publiée, lorsqu'elle provient du décès d'un associé. — Cass., 10 juill. 1844, précité; — 15 déc. 1880, précité. — Poitiers, 18 juill. 1894, précité. — Rouen, 30 janv. 1895, précité. — Aix, 23 juin 1902, précité.

163. — En conséquence, et à l'égard du défunt ou de ses représentants, la société ne peut être déclarée en faillite par suite d'une cessation de paiement ultérieure, bien que la société ait, malgré la dissolution, continué ses opérations sous son ancienne raison sociale. — Lyon, 5 janv. 1849, précité.

164. — Et le silence de l'un ou de plusieurs des associés,

non plus que leur adhésion au jugement qui déclare la société en faillite, ne peut nuire aux droits des autres associés et ne saurait être un obstacle à la rétractation de ce jugement sur leur demande. — Même arrêt.

165. — A la dissolution provenant du décès, de la faillite ou de l'interdiction d'un associé, la jurisprudence assimile celle qui est prononcée par un jugement rendu dans les conditions de l'art. 1871, C. civ., et elle décide, en conséquence, que cette dissolution n'est pas soumise à la publicité. — Bordeaux, 3 mars 1856, Courau, [S. 57.2.126, P. 57.777] — Paris, 18 juin 1867, Louis, [D. 67.5.406] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1033; Pont, t. 2, n. 1200; Ruben de Couder, *loc. cit.*

166. — La question cependant est controversée. Mais MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 356) notamment, et Boistel (n. 378, *in fine*), estiment au contraire qu'en pareil cas, la publicité s'impose. On est ici, en effet, en présence d'un *acte ou délibération*, dans le sens de l'art. 61, duquel résulte la dissolution.

167. — Enfin il n'y a pas lieu non plus à la publicité dans le cas où la dissolution de la société a pour cause la perte totale du fonds social. Aux termes de l'art. 1865-2°, C. civ., en effet, la dissolution se produit alors de plein droit (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 626 et s., et *infrà*, n. 441 et s.), en dehors de la volonté des associés, et, par suite, elle ne saurait être soumise à la publicité prescrite par l'art. 61. — Houpin, *loc. cit.;* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 356 *bis;* Pont, t. 2, n. 1198. — *Contrà*, Pardessus, t. 3, n. 1088.

168. — Mais il en serait autrement, aux termes de l'art. 37 de la loi de 1867 et de notre art. 61, dans le cas où la dissolution d'une société anonyme serait prononcée par l'assemblée générale des actionnaires pour perte des 3/4 du capital social : la résolution de l'assemblée doit alors être rendue publique.

169. — L'obligation de publier la dissolution de toute société en nom collectif ou en commandite, lorsque cette dissolution a lieu avant le terme fixé pour la durée de la société, est applicable alors même que la société n'a pas été publiée lors de sa formation; à défaut de publicité dans ce cas, comme dans celui où la société a été publiée, chacun des associés reste soumis à tous les engagements contractés sous la raison sociale, postérieurement à la dissolution de la société. — Cass., 9 juill. 1833, Gingène, [S. 33.1.538, P. chr.] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 421; Delangle, t. 2, n. 538; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 357; Rivière, n. 389; Rousseau, t. 1, n. 485; Vavasseur, t. 2, n. 1040. — *Contrà*, Bordeaux, 22 déc. 1828, Beylot, [S. et P. chr.] — Pardessus, t. 3, n. 1088.

170. — Un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 2 fév. 1888 [*J. des soc.*, 1888, p. 484], décide que la délibération des actionnaires qui autorise les administrateurs à passer un traité de cession de tout ou partie de l'actif social ne doit pas être publiée. Cette décision est généralement critiquée, et l'on objecte qu'une semblable délibération est de nature à intéresser les tiers. — Rousseau, t. 1, n. 486.

171. — Pour le même motif, au cas où une société par actions se trouverait dissoute par suite de la réunion de toutes les actions sur la tête d'un seul associé, il semble que cette dissolution devrait être portée à la connaissance des tiers. — Cass., 10 avr. 1867, de Kerveguen, [D. 67.1.397] — Rousseau, t. 1, n. 487.

172. — Il faut faire observer enfin, que si, malgré la publication régulière de la dissolution de la société, des contrats venaient à être passés postérieurement à cette dissolution dans des conditions pouvant faire croire aux tiers que la société n'était pas liquidée, ceux-ci seraient fondés à agir en dommages et intérêts à raison du préjudice qui leur aurait été occasionné. — Cass., 13 mai 1890, [*Rev. des soc.*, 90.361]

173. — D. *Mode de liquidation.* — L'art. 61 prescrit de publier le mode de liquidation de la société, mais il ne contient aucune prescription semblable relativement au nom du liquidateur. En conséquence, l'omission du nom du liquidateur dans la publication de la dissolution de la société ne saurait avoir pour effet de rendre nulle et non avenue la dissolution elle-même. — Paris, 31 mai 1883, [*Rev. des soc.*, 1884, p. 22] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 1040; Houpin, t. 2, n. 1036.

174. — E. *Changements ou retraites d'associés.* — Au nombre des actes assujettis expressément à la publicité, figurent les changements ou retraites d'associés. L'intérêt que les tiers ont à les connaître est évident, le crédit de la société dépendant uniquement du crédit personnel des associés en nom. Sur ce point, nous devons faire remarquer que l'art. 61 se réfère uniquement aux sociétés en commandite pour les commandités. En conséquence, les changements qui surviennent parmi les actionnaires ou les commanditaires, par suite de cession d'actions ou d'autres causes, ne sont soumis à aucune publicité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 776, p. 573, note 2; Houpin, t. 2, n. 1037; Mathieu et Bourguignat, n. 320; Pont, t. 2, n. 1210; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 437.

175. — D'autre part, il est généralement admis que l'art. 61 vise uniquement le cas où un associé se retire volontairement de la société, soit qu'il se substitue un nouvel associé, soit que la société continue entre les anciens associés. Mais il n'y a lieu à publicité : ni en cas d'*interdiction* ou de *faillite* d'un associé, à supposer, bien entendu, qu'il ait été stipulé dans les statuts sociaux que cette interdiction ou cette faillite n'entraînerait pas la dissolution de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 203-*e*.

176. — ... Ni en cas de *décès* d'un associé, alors même que la société continuerait de plein droit avec ses héritiers, conformément aux clauses de l'acte constitutif. — Aix, 23 juin 1902, [*J. des soc.*, 1903, p. 119; *Rev. des soc.*, 1903, p. 271] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Pont, t. 2, n. 1211; Houpin, t. 1, n. 1032. — *Contrà*, Vavasseur, t. 2, n. 1039.

177. — En conséquence, il n'est pas indispensable de publier l'événement, prévu au pacte social, d'une continuation après décès qui n'amène ni la constitution d'une société nouvelle, ni un changement arbitraire dans le personnel social, alors, d'ailleurs, qu'il est souverainement constaté par le juge du fait que la raison sociale n'a pas été altérée. — Cass., 2 mars 1885, Hérit. Choveaux, [S. 85.1.362, P. 85.1.891, D. 85.1.441] — Rouen, 28 janv. 1884, [*Rev. des soc.*, 84.575]

178. — C'est une question plus délicate que celle de savoir si les formalités de publicité doivent être observées, même au cas d'*adjonction d'un nouvel associé* aux anciens. La négative paraît préférable, attendu que, d'une part, l'art. 61 ne vise que les changements ou retraites d'associés; que d'autre part, si la publicité se comprend pour les modifications survenues dans le personnel des associés de nature à porter atteinte au gage des créanciers sociaux, elle n'aurait plus de raison d'être pour l'adjonction d'un associé qui ne fait que renforcer ce gage. — Cass. belg., 25 janv. 1889, [*Rev. des soc.*, 1889, p. 128] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 204. — *Contrà*, Houpin, t. 2, n. 1037.

179. — Mais il y aurait lieu, au contraire, de faire la publication si la continuation de la société n'avait pas été connue dans l'acte constitutif, — ou si le décès avait pour effet de transformer la nature de la société : par exemple, si les héritiers de l'associé décédé devenaient de simples commanditaires. — Lyon, 2 févr. 1882, [*Rev. soc.*, 83.315]

180. — L'art. 61 ne s'applique pas non plus aux sociétés *à capital variable;* l'art. 62 les dispense, en effet, des formalités de dépôt et de publication, pour les actes constatant les retraites d'associés autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1040; Houpin, t. 2, n. 1041; Pont, t. 2, n. 1214.

181. — F. *Changements à la raison sociale.* — En soumettant à la publicité les changements à la raison sociale, l'art. 61 ne vise dans ses termes que les sociétés en nom collectif et en commandite. Mais il paraît juridique d'étendre, par analogie de motifs, cette solution aux sociétés anonymes et de soumettre également à la publicité les changements qui seraient apportés à la dénomination de cette société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 776, p. 573, note 1; Houpin, t. 2, n. 1038.

182. — Conformément à ces principes, il a été jugé que la disposition d'un jugement qui ordonne le changement d'une raison sociale commerciale à peine de dommages-intérêts, n'est pleinement exécutée et ne met à l'abri de cette condamnation pécuniaire la société défenderesse que par l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par la loi. — Grenoble, 23 juin 1846, Fignet, [S. 47.2.367, P. 47.2.216]

183. — Enfin, le dernier alinéa de l'art. 61 soumet aux formalités de publicité les délibérations prises dans les cas prévus par les art. 19, 37, 46, 47 et 49, L. 24 juill. 1867, c'est-à-dire au cas : 1° de transformation en sociétés anonymes de sociétés en commandite par actions; 2° de perte des 3/4 du capital social d'une société anonyme; 3° de transformation d'une société anonyme autorisée en société anonyme régie par la loi de 1867; 4° de conversion en société anonyme d'une société à responsa-

bilité limitée; 5° d'augmentation, par délibération de l'assemblée générale, du capital des sociétés à capital variable.

184. — L'art. 62 de la loi de 1867 crée une exception relative aux sociétés à capital variable : « Ne sont pas assujetties, dit cet article, aux formalités de dépôt et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'art. 48, ou les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52 ».

185. — La loi organise en outre, mais seulement pour les sociétés par actions, en commandite ou anonymes, une *publicité permanente*, dont les formes, déterminées par les art. 63 et 64 de la loi de 1867, seront étudiées ultérieurement (V. t. 3, chap. 2, sect. 1, § 7).

Section III.

Des modes et du lieu de la publicité.

186. — Les formalités de publicité sont au nombre de deux : d'une part, aux termes de l'art. 55, un double de l'acte constitutif, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié, doit être déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu où est établie la société, comme aussi de tous les lieux où la société a des maisons de commerce (L. de 1867, art. 55 et 59). D'autre part, est obligatoire l'insertion dans un journal d'annonces de ces mêmes arrondissements d'un extrait de l'acte, contenant certaines clauses à mentionner ci-dessous.

187. — Avant d'étudier en détail chacune de ces deux formalités, constatons tout d'abord leur caractère obligatoire pour *toutes les sociétés commerciales*, et non pas seulement pour les sociétés par actions, alors que les autres prescriptions de la loi de 1867 ne concernent que ce second type de sociétés. Le principe ne reçoit exception qu'à l'égard des associations *en participation* qui, ne constituant pas des personnes morales, sont affranchies de toute publicité. — V. *infrà*, v° *Société en participation*. — Sur la question de savoir si les sociétés civiles à forme commerciale doivent être publiées, V. *infrà*, n. 5755.

1° *De la publicité par le dépôt de l'acte de société aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.*

188. — Ce dépôt est fait au greffe de la justice de paix et à celui du tribunal de commerce du lieu du siège social. Dans les sociétés anonymes, il n'y a plus également lieu qu'au dépôt de l'acte d'association, ces sociétés ayant cessé d'être soumises à l'autorisation du Gouvernement (L. de 1867, art. 21 et 55). En outre, lorsqu'il s'agit d'une société par actions, à l'acte déposé doivent être annexées certaines pièces constatant l'accomplissement des conditions relatives à la formation du capital social, et énumérées par l'art. 55. Le dépôt doit être reçu par le greffier sans examen préalable et sans qu'il puisse le refuser. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 192; Pont, t. 2, n. 1136; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 293; Houpin, t. 2, n. 995; Vavasseur, t. 2, n. 1023.

189. — Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans des arrondissements différents, le dépôt doit aussi être effectué au greffe de chacun des arrondissements où existent ces maisons de commerce (L. 24 juill. 1867, art. 59, § 1). L'art. 42, C. comm., consacrait déjà cette disposition; aussi la question s'est-elle élevée de savoir ce qu'il faut entendre ici par arrondissement. Il faut répondre que le mot « arrondissement » est pris ici dans son acception judiciaire et non administrative; ce terme désigne la circonscription du tribunal de commerce, qui n'a pas toujours une étendue correspondante à celle de la circonscription administrative ainsi dénommée, et celle de la justice de paix. Si donc une société a plusieurs maisons de commerce ressortissant à la fois de plusieurs tribunaux de commerce et de plusieurs justices de paix, le dépôt doit régulièrement être effectué aux greffes de chacune de ces juridictions. — Delangle, t. 1, n. 529; Houpin, t. 2, n. 1002; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 195 et 196; Pont, t. 2, n. 1140; Rousseau, t. 1, n. 368.

190. — D'autre part, si une société a plusieurs établissements qui, tout en étant situés dans la circonscription du même tribunal de commerce, ressortissent cependant de plusieurs justices de paix, le dépôt doit être fait aux greffes de chacune de ces justices de paix, sauf l'exception établie par le § 2 de l'art. 59 pour les villes divisées en arrondissements cantonaux comme Paris et Lyon; à l'égard des établissements situés dans divers arrondissements d'une même ville, le dépôt doit être fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement. — Mêmes auteurs.

191. — Lorsque la société possède des établissements tant en France qu'à l'étranger, dans quels lieux doit se faire la publicité? La solution de cette question dépend du point de savoir si la société a son siège social en France ou à l'étranger. Si la société peut être considérée comme n'ayant à l'étranger qu'une simple succursale, le siège social se trouvant en France cette société est française et il suffira, pour que l'acte constitutif soit opposable à tous, même aux étrangers en France, que les formalités légales aient été accomplies au siège social. — En ce sens, Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. 2, p. 31.

192. — Mais si la société ayant son siège social à l'étranger est de nationalité étrangère, la question de savoir si la publication des statuts est obligatoire en France soulève la plus vive controverse. A l'appui de la négative, on invoque la règle « *locus regit actum* »; et aussi le principe que les personnes morales étrangères doivent, comme les individus, être régies par leurs lois personnelles même en pays étranger; dès qu'elles ont été régulièrement constituées dans leur pays, dit-on, ces sociétés doivent être admises à fonctionner librement sur le territoire français. — Cass., 14 févr. 1872 (motifs), [Clunet, 74.79]; — 16 juin 1885 (motifs), Rogès, [S. 85.1.251, P. 85.1.627, D. 86.1.153] — Paris, 22 févr. 1866, [*Gaz. des Trib.*, 9 mars 1866]; — 4 août 1886, [*Ann. de dr. commerc.*, 86.2.62] — V. Weiss, *Traité élém. de dr. int. pr.*, 1890, 2e éd., p. 725; Fœlix, t. 2, n. 311; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1120; Vavasseur, t. 2, p. 184, et *Journ. de dr. int. pr.*, 1875, p. 350; Surville et Arthuys, *Cours de dr. int. privé*, 3e éd., n. 466; Lefèvre, *Des publications à faire par une société commerciale constituée en France, mais fonctionnant en France et à l'étranger* (*Journ. de dr. int. pr.*, t. 2, p. 31).

193. — Les rédacteurs du projet de loi français sur les sociétés, voté par le Sénat en 1884 (art. 19) se sont ralliés au système, tout opposé, de la jurisprudence belge, qui considère les formalités de publicité, auxquelles sont assujetties les sociétés fonctionnant en Belgique, comme des prescriptions d'ordre public international, applicables à toutes les sociétés étrangères qui se proposent de fonder une succursale en Belgique ou d'y poursuivre leurs opérations. — Cass. Belgique, 8 déc. 1887, [*Belg. jud.*, 18 mars 1888, p. 360]

194. — La commission extraparlementaire, dont les travaux concernant la réforme de la loi de 1867 ont été, ainsi qu'on l'a vu *suprà*, n. 118 et s., résumés en un projet de loi déposé récemment sur le bureau de la Chambre, a élaboré un projet spécial sur les sociétés étrangères, dont la Chancellerie s'est approprié les termes et qu'elle a déposé le 4 juill. 1903 sur le bureau de la Chambre. Or cet avant-projet, dans le but de protéger l'épargne française contre les lanceurs d'affaires internationaux, a repris le système du projet sénatorial de 1884 et soumis à une publicité spéciale en France toutes les sociétés étrangères prétendant à fonctionner sur le sol français, et spécialement toutes celles qui veulent y établir des succursales (V. t. 1, chap. 2, sect. 1).

195. — Quant à la maison de commerce, il faut entendre par là la maison sociale, c'est-à-dire les établissements permanents, s'annonçant au public par une enseigne, portant la raison sociale, ayant, en un mot, le caractère d'une succursale organisée en vue de remplacer la maison principale pour toutes les affaires de la région. — Cass., 25 juin 1878, [Garnier, *Rép. pér. de l'enreg.*, n. 5593] — Paris, 19 mars 1895, [*J. des soc.*, 95.266] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 357 *ter*; Rousseau, 2e éd., n. 366; Rivière, n. 377; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 293; Vavasseur, t. 2, n. 1021; Houpin, *loc. cit.* — Pour plus de développements sur les *agences commerciales*, V. *infrà*, n. 983 et s.

196. — Mais il ne suffirait pas, pour qu'il y eût maison de commerce, que la société fût en relations d'affaires dans telle localité avec des tiers. Ainsi une société d'entreprise de travaux ne saurait être considérée comme ayant des maisons de commerce distinctes dans toutes les localités où elle exécute des travaux. — V. Paris, 24 déc. 1842, [cité par M. Delangle, n. 529] — De même, une société d'assurances n'a pas besoin de remplir les formalités de publicité partout où elle a des agents, mais seulement là où elle a des succursales. — Boistel, n. 349; Pont, t. 2, n. 1140.

197. — D'autre part, les sociétés particulières fondées par une société centrale qui n'intervient dans la formation de ces sociétés particulières que comme actionnaire et comme assureur d'une partie des pertes, ne sont pas des dépendances ou des suc-

cursales de cette société centrale. Par suite, il n'est pas nécessaire que les actes constitutifs des sociétés particulières soient publiés au domicile de la société centrale. — Cass., 18 déc. 1850, Durand, [S. 51.1.167, P. 51.2.410, D. 51.5.496]

198. — Au cas où une société qui, à son origine, n'exploitait qu'une seule maison de commerce, viendrait, ultérieurement, à créer des établissements ou des succursales dans des arrondissements différents, il semble qu'il conviendrait de faire des publications spéciales aux greffes des divers lieux où sont établies les succursales, attendu que la création d'une maison de commerce ou d'une succursale constitue une modification qui intéresse les tiers au plus haut point et qui doit être portée à leur connaissance. Il y a donc lieu d'effectuer la publication à la fois au siège social, où les statuts ont déjà été publiés, et au lieu de la succursale. — Pont, n. 1177; Houpin, n. 1030; Rousseau, n. 367. — *Contrà*, Trib. Seine, 9 nov. 1898, [*J. des soc.*, 99.90] — Vavasseur, n. 1038.

199. — D'après l'art. 60, l'extrait des actes et pièces déposés est signé, pour les actes publics, par le notaire, et, pour les actes sous seing privé, par les associés en nom collectif, par les gérants des sociétés en commandite ou par les administrateurs des sociétés anonymes. Il y a lieu d'observer, à cet égard, que, lorsqu'un acte de société commerciale, fait sous seing privé, a été déposé chez un notaire par tous les intéressés, l'acte ayant acquis par ce dépôt le caractère d'acte authentique, il n'est pas nécessaire que l'extrait à déposer au greffe du tribunal de commerce soit en ce cas signé des associés; il suffit qu'il le soit par le notaire. — Bruxelles, 13 févr. 1830, Briard, [S. et P. chr.] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1000; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 197; Pont, t. 2, n. 1150; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 326.

200. — Sur la question de savoir si un acte sous seing privé, déposé par toutes les parties chez un notaire, devient authentique par le fait de ce dépôt, V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. 61.

2° Publication par extrait dans les journaux.

201. — A. *Journaux dans lesquels la publication doit être faite.* — Outre le dépôt dont nous venons de parler, un extrait de l'acte de société et des pièces annexées doit être publié dans un journal, désigné pour recevoir les annonces légales, des mêmes arrondissements. A Paris, on continue d'appliquer l'art. 23, Décr. 17 févr. 1852, et le préfet de la Seine désigne chaque année par un arrêté les journaux qui peuvent recevoir les annonces légales Dans les départements, on applique le décret rendu le 28 déc. 1870 par la délégation du Gouvernement de la Défense nationale, lequel laisse les parties maîtresses de choisir, parmi toutes les feuilles du département, celle qui leur paraît la plus propre à rendre publique leur insertion. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 194, p. 138, note 3; Thaller, n. 359; Houpin, t. 2, n. 997; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 300.

202. — Sur la question de savoir si le décret du 28 déc. 1870 a force de loi et dans quelle mesure il a abrogé le décret du 17 févr. 1852, V. *suprà*, v° *Annonces judiciaires et légales*, n. 14 et s.

203. — B. *Enonciations que doit contenir cet extrait.* — Aux termes des art. 57 et 58, l'extrait publié dans les journaux doit renfermer, non toutes les énonciations de l'acte de société, ni même les plus importantes, mais tout au moins les clauses que les tiers ont intérêt à connaître, c'est-à-dire : a) *les noms des associés autres que les commanditaires et les actionnaires;* tous les associés en nom doivent être indiqués; mais la loi de 1867 n'exige plus, comme le faisait l'art. 43 du Code de commerce, l'énonciation des prénoms, qualités et demeures de ces associés. — Bédarride, n. 373 *bis;* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 198-1°; Rivière, n. 372; Houpin, t. 2, n. 1005; Pont, t. 2, n. 1154. — V. Rousseau, 2e édit., t. 1, n. 447.

204. — La Cour de cassation a décidé, à cet égard, que, lorsque l'acte de société omet d'indiquer la demeure d'un certain nombre d'associés, cette omission n'est cependant pas une cause de nullité de la société, alors que les souscripteurs se connaissent les uns les autres, si bien qu'aucun doute ne pourrait s'élever sur leur identité. — Cass., 21 janv. 1895, [*Rev. des soc.*, 1895, p. 215]

205. — Mais la désignation mensongère de la qualité et de la demeure d'un des associés dans la publication de l'extrait de l'acte social doit être considérée comme une violation de la loi entraînant la nullité de la société. — Paris, 15 févr. 1851, Plançon, [P. 52.1.126, D. 51.2.78]

206. — b) *La raison sociale.* — S'il s'agit d'une société en nom collectif, ou en commandite, l'extrait doit contenir la raison sociale; s'il s'agit d'une société anonyme, il doit contenir la *dénomination* de la société. — Houpin, t. 2, n. 1006; Rousseau, t. 1, n. 447, 450 et 453.

207. — c) *Le siège social.* — C'est, en effet, devant le tribunal de ce siège que doivent être portées toutes les actions contre la société, et au siège que doivent être adressées les notifications, assignations, etc...

208. — d) *Les noms des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société.* — Il faut que les tiers sachent s'ils traitent avec un associé capable d'engager la société. S'il est intervenu des conventions spéciales pour l'administration de la société, ces dispositions doivent être publiées. Le nom du gérant doit être indiqué, même s'il est pris en dehors de la société. — Houpin, t. 2, n. 1008; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 198.

209. — e) *Le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires...*, avec indication, si la société est anonyme, du montant du capital social en numéraire et en autres objets, ainsi que de la quotité des prélèvements à effectuer sur les bénéfices pour constituer le fonds de réserve..., et si la société est à capital variable, de la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit. — Houpin, t. 2, n. 1009.

210. — Sous l'empire de l'art. 43, C. comm., on décidait, en général, que la mention du capital social dans l'extrait n'était exigée que dans les sociétés anonymes ou en commandite, mais que cette mention n'était pas nécessaire à l'égard des associés en nom collectif, lesquels sont tenus solidairement des dettes de la société sur l'universalité de leurs biens. — Cass., 28 juin 1865, Ballereau, [S. 66.1.15, P. 66.22, D. 65.1.360]; — 13 juin 1866, Paquin, [S. 67.1.354, P. 67.961, D. 68.1.37] — *Sic*, Vincens, *Lég. comm.*, liv. 4, chap. 2, n. 10. — V. aussi Bédarride, n. 381; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 186.

211. — On décide, au contraire, aujourd'hui, en présence des termes formels de l'art. 57, que la prescription relative à la mention du capital social est applicable aux sociétés en nom collectif, comme aux sociétés en commandite ou anonymes. En conséquence, l'extrait à publier de l'acte d'une société en nom collectif doit énoncer, à peine de nullité de la société, le montant du capital social, l'apport fourni par chaque associé, et les stipulations particulières de nature à modifier, à ce point de vue, les termes généraux de l'acte social. — Cass., 20 juin 1870, Bertrand, [S. 72.1.65, P. 72.139, D. 71.1.339] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 597; Houpin, t. 2, n. 1009; Boistel, n. 350; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 198-5°; Pont, t. 2, n. 1158; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 318; Rousseau, 2e éd., t. 1, n. 449; Vavasseur, t. 2, n. 1016. — *Contrà*, Alauzet, t. 2, n. 822; Bourguignat, note sous Cass., 20 juin 1870, [S. et P. *Ibid.*]; Mathieu et Bourguignat, n. 311; Rivière, n. 372.

212. — Mais, si l'extrait doit indiquer le montant du capital social, il n'est pas nécessaire dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite pour les commandités, qu'il énonce séparément le montant des apports faits par chaque associé en nom. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Houpin, *loc. cit.*

213. — ... f) *La durée de la société*, au moyen de l'indication de l'époque où elle commence et de celle où elle doit finir.

214. — g) *La date du dépôt*, fait au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce.

215. — h) *La nature de la société*, si la société est en nom collectif ou en commandite simple, ou en commandite par actions, anonyme, ou à capital variable.

216. — L'énumération des mentions que doit renfermer l'extrait du pacte social est-elle *limitative* ou simplement *énonciative?* La question est controversée. Une première opinion soutient que cette énumération doit être considérée comme limitative. On en a conclu qu'il n'était pas nécessaire de publier la clause, prévue dans le pacte social, relative à la prolongation de la société en nom collectif, après le décès d'un associé, entre ses héritiers et les associées survivants, du moment que l'événement dont il s'agit n'amène ni la constitution d'une société nouvelle, ni un changement arbitraire dans le personnel social, et que, d'ailleurs, il est souverainement constaté par le juge du fait que la raison sociale n'a pas été altérée. — Cass., 2 mars 1885, Hérit. Choveaux, [S. 85.1.362, P. 85.1.891, D. 85.1.441]

217. — Une seconde opinion, qui semble préférable, distingue entre les clauses des statuts sociaux qui intéressent les tiers et celles qui ne concernent que les rapports des associés entre eux.

Les premières doivent toujours être insérées dans l'extrait du pacte social, alors même qu'elles ne figurent pas dans l'énumération de nos articles; les autres au contraire n'ont pas besoin d'être publiées. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 199; Deloison, t. 1, n. 52; Rousseau, n. 458; Houpin, t. 2, n. 1014; Pont, t. 2, n. 1160. — V. Cass., 14 déc. 1886, Candelon, [S. 87.1.310, P. 87.1.756, D. 90.1.385] — Lyon, 2 févr. 1882, *J. des soc.*, 86, p. 66. — Dijon, 14 juill. 1882, [*Rev. des soc.*, 1883, p. 459]

218. — Par application de ce principe général, il a été jugé qu'il fallait considérer comme nécessaire la publication des stipulations particulières relatives au capital d'une société en nom collectif de nature à modifier l'actif social, notamment celles relatives au passif dont l'apport est grevé. — Cass., 20 juill. 1870, Bertrand et Ruch, [S. 72.1.65, P. 72.169, D. 71.1.339]; — 19 juill. 1893, Comp. des phosphates et engrais, [S. et P. 94.1.261, D. 94.1.158] — Paris, 19 févr. 1892, [*Rev. des soc.*, 1892, p. 248]

219. — Il en est de même de la clause portant que la société ne sera tenue que des engagements revêtus de la signature de tous les associés et passés expressément pour le compte de la société. — Douai, 21 nov. 1840, Thieuleux, [S. 40.2.497, P. 40.2.676]

220. — ... Ou de la stipulation qui confère la gestion de la société à un tiers, seul investi du droit d'user de la signature sociale. — Paris, 15 févr. 1851, Plançon, [P. 52.1.126, D. 51.2.78]

221. — Il en est de même encore de la clause obligeant le gérant à faire toutes les affaires au comptant. — Cass., 22 déc. 1874, Hanvier, [S. 75.1.104, P. 75.253, D. 75.1.264]

222. — ... Ou de la clause, très-usitée, portant qu'en cas de décès d'un des associés la société continuera avec ses héritiers. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 199-1° c; Houpin, t. 2, n. 1014, *in fine;* Vavasseur, t. 2, n. 1039; Rousseau, t. 1, n. 458, *in fine.* — *Contrà*, Cass., 2 mars 1885, précité.

223. — De même enfin, il y aurait lieu d'insérer dans l'extrait publié par les journaux toute clause ayant pour effet de restreindre ou de modifier le capital social, et spécialement la clause qui donnerait aux associés le droit de toucher l'intérêt de leurs mises à un certain taux, même en l'absence de bénéfices réalisés. — Rennes, 25 août 1863, de Savignac, [S. 64.2.63, P. 64.539] — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194] — Limoges, 26 juill. 1897, [*J. des soc.*, 1898, p. 408] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 199-1° *e*; Mathieu et Bourguignat, n. 92; Houpin, t. 1, n. 625; Pont, t. 2, n. 1100; Vavasseur, t. 1, n. 1017; Beudant, note sous Cass., 8 mai 1867, Carron, [D. 67.1.195]; Labbé, note sous Paris, 9 août 1877, Requillart, [S. 78.2.225, P. 78.966]; Rousseau, t. 1, n. 455. — *Contrà*, Cass., 8 mai 1867, Carron, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.195] — Paris, 9 août 1877, précité. — Douai, 9 avr. 1879, Synd. Bastenaire, [S. 79.2.320, P. 79.1261] — V. *suprà*, n. 129.

224. — Si le pacte social prévoit le cas de transformation de la société en nom collectif en commandite simple, il y a là également une stipulation intéressant les tiers, dont la publication est nécessaire. — Lyon, 2 févr. 1882, [*J. des soc.*, 1886, p. 66] — *Contrà*, *Rev. soc.*, 1883.315.

225. — Il a été décidé qu'il n'était pas indispensable de publier l'*objet* de la société. — Paris, 3 avr. 1884, [*J. des soc.*, 1885, p. 280] — M. Bouvier-Bangillon (*J. des soc.*, 1900, p. 481), se prononce dans le même sens. — Nous croyons, au contraire, que l'objet de la société intéresse au plus haut point les tiers et que la publication en est indispensable. — Rousseau, t. 1, n. 458; Lyon-Caen, note sous Cass., 11 juill. 1899, Liquid. de la Soc. Giraud et Cie, [S. et P. 1900.1.6]

226. — Mais, à l'inverse, il n'y a lieu de publier : ni la clause par laquelle un associé en nom collectif ne serait tenu des dettes sociales, dans ses rapports avec les associés, qu'à concurrence de son apport ou d'une somme déterminée; ni la clause en vertu de laquelle le gérant ne pourrait obliger la société pour ses opérations personnelles ou par des opérations faites à crédit, si cette clause ne doit produire ses effets qu'entre les associés; ni la clause disposant qu'il sera dressé plusieurs inventaires annuels au lieu de l'inventaire unique prescrit par l'art. 9, C. comm. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 199-2°.

227. — Est également affranchie de toute publicité immédiate la clause qui permet à l'un des associés de proroger la société pour un certain nombre d'années après l'expiration du terme prévu par les statuts. Il suffit, alors du moins que cette clause intervient *avant* l'arrivée du terme, que la publication en soit faite dans le mois de la prorogation; les intérêts des tiers sont ainsi suffisamment sauvegardés. — Bordeaux, 2 mars 1887, [*J. des soc.*, 1888, p. 192]

228. — De même, n'est pas soumise à une publicité spéciale, en dehors de la publicité légale donnée à l'acte de société conformément à la loi, la clause d'un acte de société en commandite par actions, portant que les frais à faire pour augmenter ou pour renouveler le matériel ne seront pas compris dans les frais généraux annuels, mais seront pris sur les fonds de réserve de la société. — Douai, 26 mai 1865, Mouton, [S. 66.2.157, P. 66.686]

229. — Il a même été jugé que la mention, dans l'extrait de l'acte social publié, qu'un magasin est apporté en société, sans que l'extrait reproduise la réserve d'un local matériellement distinct et séparé du magasin faisant seul l'objet de l'apport, satisfait à la loi, et qu'aucune nullité ne résulte de cette omission..., alors surtout qu'il est constaté que cette omission n'a pu faire naître aucune confusion, ni induire les tiers en erreur sur la consistance et l'étendue de l'apport. — Cass., 26 avr. 1880, Soc. d'assurances *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.1.5, et la note de M. Labbé, D. 80.1.268] — *Sic*, Beudant, *Rev. prat.*, 1868, t. 1, p. 341.

230. — Nous avons vu *suprà*, n. 199, qu'aux termes de l'art. 60, l'extrait des actes et pièces déposés est signé, pour les actes publics, par le notaire rédacteur, et, si l'acte de société est sous seing privé, par tous les associés, si la société est en nom collectif, par les gérants des sociétés en commandite ou par les administrateurs des sociétés anonymes. Il y a lieu de faire remarquer, à cet égard, que le notaire qui signe l'extrait n'est pas, pour cela, obligé, à défaut d'un mandat spécial, d'en faire opérer l'insertion dans les journaux : c'est aux associés ou aux gérants qu'incombe cette obligation. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Pont, t. 2, n. 1151.

231. — Mais le notaire qui, dans l'extrait d'un acte de société passé devant lui, et qu'il a délivré pour être publié conformément à la loi, a omis d'énoncer certaines clauses de l'acte (notamment une clause relative à la signature sociale) est responsable des suites de cette omission..., surtout lorsqu'il s'est officieusement chargé de remettre lui-même l'extrait au greffe du tribunal de commerce (et de la justice de paix). — Douai, 21 nov. 1840, Synd. Thieulleux, [S. 40.2.497, P. 40.2.676]

232. — Avant la loi de 1867, on décidait déjà que l'insertion ne devait être faite que dans l'un des journaux, et non dans tous les journaux désignés par le préfet pour recevoir les annonces légales. — Cass., 30 juill. 1868, Radigue-Lavallée, [S. 69.1.113, P. 69.268, D. 71.5.361] — *Contrà*, Lyon, 6 nov. 1861, X..., [S. 62.2.136, P. 62.25, D. 61.5.460] — Ce point ne saurait plus faire question aujourd'hui, en présence de l'art. 56, qui porte que l'extrait sera inséré dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. — Houpin, t. 2, n. 997.

233. — L'insertion est prouvée par la production d'un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur et légalisé par le maire. De plus, d'après l'art. 56, un exemplaire du journal contenant l'extrait de l'acte de société doit être enregistré dans les trois mois de sa date. Cet enregistrement n'a d'autre but que de donner date certaine à l'insertion de l'extrait. Dès lors, il peut être valablement requis par des personnes étrangères à la société; le fait seul de l'enregistrement dans le délai voulu satisfait aux exigences de la loi. — Cass., 30 juill. 1868, précité. — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 376, *in fine;* Houpin, t. 2, n. 1001 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 194; Rousseau, t. 1, n. 370. — C'est à la société à justifier de l'enregistrement dans le délai légal (*Rev. soc.*, 1892, p. 154).

234. — L'exemplaire du journal qui contient l'insertion est valablement signé par un employé de la maison de commerce de l'imprimerie au nom de l'imprimeur : cet employé doit être présumé avoir reçu pouvoir à cet effet de son patron. — Toulouse, 22 avr. 1837, Bimar, [S. 37.2.441, P. 37.2.536] — Sur le mandat tacite, et spécialement sur le mandat des commis, V. *suprà*, v° *Commis*, n. 83 et s.

235. — Il a été jugé que si l'insertion ne paraît pas dans tous les exemplaires du journal et a été omise dans un petit nombre, cela ne suffit pas pour vicier la publication. Il appartient au juge d'apprécier si la publicité a été ou non remplie. — Cass., 10 nov. 1879, Marcaillon-Lépine, [S. 81.1.412, P. 81.1.1057, D. 80.1.127]

236. — Les extraits déposés aux greffes ne sont pas mis librement à la disposition du public. En effet, l'art. 63, relatif au droit de communication, ne vise que les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes. Il faut en conclure logique-

ment que le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes, ou de s'en faire délivrer une copie, ne peut être réclamé, lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 193; Houpin, t. 2, n. 1047.

237. — D'autre part, les greffiers des tribunaux de commerce ne sont pas tenus de délivrer des certificats à l'effet d'établir qu'il n'a pas été déposé d'acte portant modification à des actes de société précédemment déposés. — Bordeaux, 16 août 1876, Rongié, [S. 77.2.334, P. 77.1.303]

Section IV.

Délai de la publication.

238. — A. *Relativement à l'acte constitutif.* — Les formalités de publicité prescrites par les art. 55 et 56 doivent être accomplies dans le délai d'un mois à partir de la constitution de la société; et il faut entendre ici par constitution de la société, soit l'accomplissement des formalités et conditions spéciales établies par la loi pour les sociétés par actions, soit la signature de l'acte de société pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple. — Boistel, n. 350; Houpin, t. 2, n. 998; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 192; Pont, t. 2, n. 1173; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 333; Vavasseur, t. 2, n. 1023. — Sur la question de savoir quel est l'effet de la publicité opérée après le délai légal, V. *infrà*, n. 252 et s.

239. — Il a été jugé, à cet égard, que, dans les sociétés en nom collectif, le délai court à partir de la signature de l'acte, alors même que les opérations de la société ne doivent commencer qu'à une époque ultérieure. — Lyon, 5 avr. 1881, Danjean, [S. 82.2.109, P. 82.1.581, D. 81.2.32]

240. — De même, lorsque les parties posent les bases d'une association commerciale, en s'obligeant de faire rédiger, d'après ces bases, un nouvel acte qui soit en harmonie avec la loi et qui fixe la raison sociale, l'acte renfermant ces conventions peut, sur la demande de l'un des intéressés, être annulé pour défaut de transcription et d'affiche, aux termes de l'art. 42, C. comm., en telle sorte qu'il n'ait effet ni comme acte de société, ni comme promesse de contracter société. — Bourges, 2 juin 1821, Boignes, [S. et P. chr.]

241. — Mais lorsqu'un acte de société a été signé par les associés à des dates différentes, la société ne doit être déclarée constituée que du jour de la dernière signature : en conséquence, c'est seulement à compter de ce jour que court le délai de publication. — Aix, 21 déc. 1841, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 816]

242. — Mais que décider si la société n'est formée que sous une condition suspensive? Quel est, dans ce cas, le point de départ du délai? On décide généralement que le délai légal ne commence à courir que du jour de la réalisation de la condition, attendu que la société n'est réellement constituée qu'à cette époque et que, jusqu'à cette date, l'acte est imparfait. — Cass., 4 août 1847 (motifs), Cormault, [S. 47.1.649, P. 47.2.567, D. 47.1.309] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 360; Goirand, n. 213; Houpin, t. 2, n. 998; Vavasseur, t. 2, n. 1023. — *Contrà*, Ruben de Couder, v° *Société*, n. 335; Pont, t. 2, n. 1174. Ces auteurs, appliquant le principe de la rétroactivité de la condition, estiment que le délai doit courir du jour de l'acte de société (V. Lyon, 2 févr. 1882, [*Rev. des soc.*, 1883.415]). En présence de cette controverse, il est prudent de publier la société : 1° dans le mois de sa date; 2° dans le mois de la date de la réalisation de la condition. — Rousseau, t. 1, n. 376. — V. dans ce sens, Rennes, 3 août 1893, [*J. des soc.*, 1895, p. 395]

243. — Spécialement, l'acte de société dans lequel un associé a stipulé pour les autres associés absents, en se portant fort pour eux et en promettant leur ratification, ne devient parfait et la société n'a d'existence légale qu'à partir de cette ratification. L'existence de la société n'est donc opposable aux tiers que lorsqu'elle a été régulièrement publiée depuis cette ratification : une publication antérieure à la ratification ne produirait aucun effet (C. civ., art. 1120, 1998). Par suite, l'hypothèque constituée en son nom personnel sur l'immeuble apporté en société par l'associé stipulant est opposable aux créanciers de la société, bien qu'elle ait été constituée après la ratification des autres associés, et par conséquent, après la publication qui avait précédé cette ratification. — Cass., 4 août 1847, précité. — *Contrà*, Rennes, 3 août 1894, [*Rev. des soc.*, 1895, p. 168]

244. — Si la société a plusieurs maisons de commerce dans les endroits différents, ces formalités doivent-elles être accomplies dans ce même délai d'un mois dans toutes les localités désignées par la loi? Il faut répondre affirmativement : la publicité doit être effectuée, pour les maisons de commerce situées dans les arrondissements différents, dans le délai d'un mois à partir de la constitution de la société; alors même que ces maisons de commerce seraient situées dans des arrondissements éloignés, ce délai ne saurait être étendu à raison de la distance qui les sépare du siège social; l'art. 1033, C. proc. civ., est ici sans application. D'ailleurs, surtout avec la facilité des communications qui existe aujourd'hui, le délai d'un mois est bien suffisant pour accomplir les formalités légales; et au surplus, l'art. 59 ne fait aucune distinction et n'accorde aucun délai supplémentaire à raison des distances. — Houpin, t. 2, n. 998; Pont, t. 2, n. 1171; Rivière, n. 358; Rousseau, t. 1, n. 380; Ruben de Couder, v° *cit.*, n. 357; Beudant, *Rev. prat.*, t. 25, p. 326. — *Contrà*, Vavasseur, t. 2, n. 1022.

245. — D'après la jurisprudence, l'omission du dépôt de l'acte de société et de publication d'un extrait de cet acte dans les journaux, au lieu dans lequel est établie une succursale, est une cause de nullité de la société, aussi bien que le défaut d'accomplissement de ces formalités au lieu du siège social. — Paris, 29 déc. 1885, sous Cass., 14 nov. 1887, Synd. de l'Union syndicale des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.367] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1019; Pont, t. 1, n. 1223; Rivière, n. 378; Vavasseur, t. 2, n. 1021. — *Contrà*, Deloison, t. 1, n. 51; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 212; Lyon-Caen, note sous Paris, 29 déc. 1885, précité; Beudant, *Revue pratique*, t. 25, p. 338 et s.

246. — Le mois se calcule de quantième à quantième, sans égard à l'inégalité du nombre des jours qui composent chaque mois de l'année. Le délai ne court pas d'ailleurs, du jour où doivent commencer les opérations sociales, mais du jour de la constitution de la société. — Cass., 1er févr. 1881, Cussey, [S. 83.1.415, P. 83.1.1048, D. 82.1.21] — Lyon, 5 avr. 1881, Danjean, [D. 82.2.32] — Ce délai d'un mois est-il fatal? Si la publication a été faite après l'expiration de ce délai, la société est-elle absolument nulle? — V. sur cette théorie des nullités, *infrà*, n. 252 et s.

247. — Les formalités de publicité prescrites par les art. 55 et 56 sont d'ordre public; ceci est admis par tout le monde. — Cass., 24 janv. 1872, Jarre, [S. 72.1.380, P. 72.1006, D. 72.1.300] — D'autre part, ce sont les seules qui doivent être observées pour la validité des sociétés. En conséquence, le défaut de transcription d'un acte de société contenant les apports en immeubles n'entraîne pas la nullité de la société. — Cass., 26 avr. 1880, Société d'assurances, *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.1.5, et la note de M. Labbé, D. 80.1.268] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1019, *in fine*. Le défaut de transcription autoriserait seulement les tiers déterminés par l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, à considérer comme non avenu à leur égard l'apport immobilier non transcrit. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 207.

248. — B. *Relativement aux modifications aux statuts sociaux.* — Bien que l'art. 61 de la loi de 1867 ne fixe expressément aucun délai pour la publication des actes et délibération modifiant les statuts sociaux, on est d'accord pour décider, à raison du renvoi fait aux art. 55 et 56, que ladite publication doit avoir lieu dans le délai d'un mois, comme la publicité originaire; et ce délai a pour point de départ la date même de l'acte modificatif du pacte social. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 206; Pont, t. 2, n. 1024; Houpin, t. 2, n. 1034.

249. — Il a été jugé, à cet égard, que, si les statuts d'une société en commandite, qui imposaient aux héritiers des commanditaires l'obligation de continuer la personne de leurs auteurs dans la société, sont modifiés en ce sens que ces héritiers seront exclus de la société et seront remboursés de leur part commanditaire, avec obligation pour les associés survivants de compléter le capital social au moyen de fournissements égaux, le délai d'un mois dans lequel cet acte modificatif des statuts sociaux doit être publié, court, non de la date de l'événement prévu dans l'acte, c'est-à-dire du décès du premier commanditaire qui disparaît, mais de la date même dudit acte. — Amiens, 18 févr. 1878, Magnier, [S. 78.2.97, P. 78.449, et la note de M. Bourguignat]

250. — La publicité accomplie dans le délai légal rétroagit, en général, au jour où l'acte modificatif des statuts sociaux a été passé. Cependant il paraît difficile d'admettre que cet effet rétroactif de la publicité soit applicable au cas de dissolution de la société. D'une part, en effet, la rétroactivité serait, dans cette

hypothèse, quelque peu contradictoire avec le but de la publicité, attendu que les tiers qui traiteraient avec la société aussitôt après sa dissolution et avant qu'elle ait été publiée, n'en seraient pas avertis. D'autre part, l'art. 64, C. comm., parait incompatible avec la rétroactivité. Cet article décide, en effet, que la prescription quinquennale des actions appartenant aux créanciers sociaux contre les associés ne court que du jour de la publication de la dissolution, sans qu'il y ait à distinguer suivant la date de cette publication; il semble logique d'appliquer la même règle à tous les autres effets de la dissolution. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 358; Houpin, t. 2, n. 1034. — *Contrà*, Pont, t. 2, n. 1204.

Section V.

Des conséquences de l'inobservation des formes de publicité.

§ 1. *Nullité de la société.*

251. — La sanction des formalités de publicité précédemment décrites est indiquée par l'art. 56 *in fine* de la loi de 1867, lequel dispose que les formalités prescrites par nos textes doivent être observées à peine de nullité de la société. Sur ce point, nous aurons à déterminer successivement : 1° les cas dans lesquels il y a nullité; 2° par qui et contre qui la nullité peut être demandée; 3° dans quelles formes et dans quels délais elle peut être invoquée; 4° les caractères et la durée de l'action en nullité.

1° *Cas dans lesquels il y a nullité.*

252. — Il y a nullité lorsque l'une des formalités prescrites par les art. 55 et s., a été omise. Ainsi il y aura nullité de la société lorsque l'acte de société n'aura été déposé ni au greffe du tribunal de commerce, ni à celui de la justice de paix, ou qu'il n'aura été déposé qu'à l'un des deux greffes, ou que l'insertion d'un extrait des statuts dans les journaux n'aura pas eu lieu (Rousseau, t. 1, n. 386). Il y aura également nullité, s'il n'est pas justifié de l'insertion par un exemplaire certifié par l'imprimeur (V. *suprà*, n. 233). — Agen, 10 mai 1858, Gary, [D. 58.2.116]

253. — De même, il a été jugé qu'une société peut être annulée pour défaut d'enregistrement dans les trois mois d'un exemplaire du journal qui contient l'insertion de l'extrait de l'acte de société (V. *suprà*, n. 233). — Cass., 30 janv. 1839, Ramel, [S. 39.1.393, P. 39.1.354] — Toulouse, 22 avr. 1837, Bimard, [S. 37.2.441, P. 38.2.536] — Bordeaux, 5 févr. 1841, Guérand, [S. 41.2.219] — Agen, 10 mars 1858, Gary, [S. 58.2.335, P. 59.82, D. 58.2.116] — Douai, 19 févr. 1892, [*Rev. des soc.*, 1892, p. 248] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 211; Houpin, t. 2, n. 1019-5°; Pont, t. 2, n. 1224.

254. — Cependant, cette nullité ne saurait être considérée comme absolue, en ce sens qu'elle devrait nécessairement être prononcée par cela seul qu'une omission quelconque aurait été relevée. Il y a lieu d'appliquer ici la théorie de la jurisprudence qui, au cas de mentions exigées cumulativement à peine de nullité dans un acte, ne prononce néanmoins la nullité qu'autant que les mentions observées ne paraissent pas suffire à remplir le but de la loi. — V. pour cette jurisprudence, Cass., 23 nov. 1836, Copier, [S. 36.1.903, P. chr.]; — 28 juin 1869, Labry, [S. 70.1.163, P. 70.383, D. 71.1.51]; — 24 mai 1879, Villain-Landaiserie, [S. 80.1.137, P. 80.291, D. 79.1.273] — V. aussi Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, *C. proc. civ. annoté*, art. 61.

255. — Il a été jugé, en ce sens, que la nullité édictée par l'art. 56 n'est pas absolue en ce qui concerne les indications que doit contenir la liste nominative des souscripteurs. Il appartient aux juges de rechercher si l'omission de quelqu'une de ces indications a pu induire le public en erreur sur la personnalité des souscripteurs primitifs. — Cass., 13 févr. 1894, De Fontaine, [S. et P. 94.1.121, D. 94.1.165]; — 21 janv. 1895, De Panisse, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1132; Vavasseur, t. 1, n. 400; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 213; Ruben de Couder, v° *Société, suppl.*, n. 126.

256. — A plus forte raison, la publication dans les journaux d'un extrait de l'acte de société et des pièces annexées n'est pas nécessairement nulle, par cela seul que l'insertion ne se retrouve pas absolument dans tous les exemplaires du journal. En pareil cas, il appartient aux tribunaux d'apprécier si la condition de publicité est, ou non, remplie. — Cass., 10 nov. 1879, Marcaillon-Lépine, [S. 81.1.412, P. 81.1.1057, D. 80.1.127] — *Sic*, Ruben de Couder, *loc. cit.*, n. 27.

257. — On s'est demandé s'il y avait également nullité lorsque la publicité n'a pas été faite dans un arrondissement où la société possède une succursale, alors d'ailleurs que les statuts ont été régulièrement publiés dans le ressort du siège social (V. *suprà*, n. 189 et s.). Un arrêt de la Cour de Paris du 20 déc. 1885, Synd. de l'Union syndicale des banquiers, [S. 86.2.41, P. 86.1.312], s'est prononcé pour l'affirmative. Cette solution paraît conforme à l'esprit de la loi, qui veut que les statuts sociaux soient portés à la connaissance des tiers qui peuvent avoir à traiter avec la société aussi bien au siège social que dans les succursales. — Pont, n. 1223; Rousseau, t. 1, n. 392.

258. — La majorité des auteurs se prononce cependant pour la négative, attendu qu'il ne peut pas y avoir de nullité sans texte. Or, à la différence de l'art. 41, C. comm., l'art. 59 de la loi de 1867 ne prononce pas expressément la nullité dans le cas qui nous occupe. On comprend, d'ailleurs, ajoute-t-on, cette différence de sanction entre le cas de clandestinité au siège social et le cas de clandestinité dans les succursales, par le motif que c'est surtout au siège social que se traitent les affaires importantes, et que le défaut de publication dans le ressort d'une succursale ne présente pas une gravité suffisante pour justifier l'annulation de la société (Beudant, dans la *Rev. prat.*, t. 25, p. 338 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 212). La seule sanction de la clandestinité dans les succursales serait une action en dommages et intérêts, fondée sur l'art. 1382, C. civ., si les tiers établissaient qu'ils ont subi un préjudice par suite de l'irrégularité commise.

259. — Une autre question également controversée est celle de savoir s'il y a nullité dans l'hypothèse où l'extrait inséré dans les journaux ne contient pas *toutes les mentions* exigées par la loi. La difficulté provient de ce que les art. 57 et 58 ne se sont pas expliqués, à la différence des deux textes précédents, sur la sanction qui doit être attachée à leurs prescriptions. Dans une première opinion, qui peut se réclamer de plusieurs arrêts de la Cour de cassation, on assimile, au point de vue de leur sanction, les deux formalités qui constituent la publicité des sociétés, et l'on décide, en conséquence, que la nullité de la société est encourue, par cela seul que l'extrait inséré dans les journaux ne contient pas toutes les mentions prescrites par la loi. — Cass., 20 juill. 1870, Bertrand, [S. 72.1.65, P. 72.139, D. 71.1.339] — V. Rivière, n. 375; Mathieu et Bourguignat, n. 317.

260. — Il a été spécialement jugé en ce sens que, en admettant que la clause relative au paiement des intérêts aux actionnaires, en cas d'absence de bénéfices, doive être comprise dans l'extrait publié en exécution des art. 57 et 58, L. 22 juill. 1867 (V. *suprà*, n. 223), le défaut de publicité de la clause ne pourrait, en tout cas, donner naissance à une simple demande en nullité de la stipulation, mais à une action en nullité de la société elle-même. — Cass., 8 mars 1881, Faré et Guérin, [S. 81.1.257, P. 81.1.619, D. 81.1.198] — Paris, 9 août 1877, Mêmes parties, [S. 78.2.225, P. 78.966] — C. sup. de just. de Luxembourg, 3 août 1882, Godchaux, [S. 83.4.30, P. 83.2.51]

261. — D'après une seconde opinion, il faut distinguer entre les clauses du pacte social dont la publicité est formellement prescrite par la loi, et celles qui doivent être publiées dans l'intérêt des tiers, bien qu'elles ne soient pas énumérées dans nos textes (V. *suprà*, n. 216 et s.). L'omission des premières entraîne la nullité de la société elle-même; ou, tout au moins les tribunaux auraient le pouvoir de prononcer cette nullité si l'omission était de nature à nuire aux tiers. Quant aux autres, leur omission entraînerait, non pas la nullité de la société, mais simplement la nullité de la clause non publiée, en ce sens qu'elle ne serait pas opposable aux tiers intéressés. — Vavasseur, t. 2, n. 1016 et 1017; Houpin, t. 2, n. 1020; Pont, t. 2, n. 1224 et s.

262. — Enfin, une troisième opinion décide que l'omission d'une des clauses prescrites dans l'extrait inséré dans les journaux ne saurait entraîner en aucun cas la nullité de la société; cette nullité n'étant pas édictée par nos art. 57 et 58, les tiers ont seulement le droit de demander la nullité de la clause non publiée. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 213; Beudant, *Rev. prat.*, t. 25, p. 341.

263. — Il a été jugé, en ce sens, que les engagements contractés sous la signature ou raison sociale par un des associés, dans son intérêt exclusivement personnel, obligent la société,

bien que l'acte social interdise aux associés, à peine de nullité, même vis-à-vis des tiers, de faire usage de la signature sociale dans leur propre intérêt, alors que cette clause n'a pas été publiée. Les tiers ont pu croire, en effet, que les associés avaient autorisé celui qui a contracté à se servir de la raison sociale. — Cass., 21 févr. 1860, Dubrut et Prévost, [S. 60.1.415, P. 60.1005, D. 60.1.121]

264. — De même, la convention par laquelle, lors de la formation d'une société en commandite simple, les associés ont reconnu les droits d'un créancier personnel de l'un d'eux et consenti à le payer avec les fonds sociaux, n'est opposable en cas de faillite de la société, à la masse des créanciers sociaux représentée par le syndic, qu'autant qu'elle a été portée à la connaissance du public, lors de la constitution de ladite société. — Cass., 14 déc. 1886, Candelon, [S. 87.1.310, P. 87.1.756, D. 87.1.103]

265. — Spécialement, si l'un des associés a déclaré apporter à la société le droit au bail des lieux dans lesquels doit s'exercer l'industrie sociale (dans l'espèce, l'exploitation d'un café), et, en outre, une certaine somme indiquée, représentée, dans les locaux loués, par les travaux décoratifs, le matériel et les marchandises, l'accord intervenu entre les associés, tendant à faire exécuter par la société une clause du bail apporté (le remboursement entre les mains du bailleur des sommes par lui avancées pour l'exécution des travaux décoratifs), n'est point opposable aux créanciers sociaux, lorsque cet accord ne leur a pas été révélé par le pacte social. — Même arrêt.

266. — En tout cas, dans une société anonyme ayant pour objet des dépôts, un tiers déposant ne peut arguer d'une inexactitude commise dans l'extrait de l'acte social publié pour constituer la société en faute, et, comme telle, responsable envers lui, que si cette inexactitude lui a été préjudiciable; et la solution de cette question de fait appartient souverainement aux juges du fond. — Cass., 5 mai 1880, Revercé, [S. 81.1.5, P. 81.1.5, et la note de M. Labbé, D. 80.1.269]

2° Par qui et contre qui la nullité peut être demandée.

267. — Dans la théorie générale du droit français, il y a deux catégories de nullités : les nullités absolues, fondées sur un intérêt d'ordre public; et les nullités relatives, fondées sur un intérêt privé. Ces deux sortes de nullités ont pour caractère commun de nécessiter l'intervention du tribunal : il faut que la nullité soit prononcée par le juge. Elles diffèrent à plusieurs points de vue : *a*) au point de vue des personnes qui peuvent les invoquer, les nullités absolues étant invocables pour toutes personnes, et les nullités relatives seulement par celles dont la loi a voulu protéger les intérêts; *b*) les nullités absolues ne peuvent se couvrir par aucune ratification ni aucun événement postérieurs; au contraire, les nullités relatives se couvrent; *c*) enfin l'action en nullité absolue ne se prescrit pas, tandis que la prescription est possible pour les nullités relatives, et même, pour ces dernières, l'expiration d'un délai fait présumer la confirmation (C. civ., art. 1304). — V. *suprà*, v° *Nullité*.

268. — En notre matière, en présence d'un cas de nullité, le tribunal devra certainement intervenir, et s'il y a omission absolue de publicité, il est obligé de prononcer la nullité. Mais, cette nullité est-elle absolue ou relative? Il semble bien que le fondement de cette nullité doive la faire envisager comme une nullité absolue. Si, en effet, l'on se reporte à l'art. 56, § 3, de la loi de 1867, on rencontre un premier caractère qui est celui des nullités absolues (tous les intéressés peuvent invoquer cette nullité), mais l'art. 56, *in fine*, apporte une exception à ce principe (cette nullité ne peut être invoquée à l'encontre des tiers par les associés). Nous sommes donc en présence d'une dérogation aux caractères ordinaires de la nullité absolue : c'est une nullité que certaines personnes, qui cependant y seraient intéressées, n'ont pas le droit d'invoquer vis-à-vis de certaines autres.

269. — Cette dérogation est facile à justifier. Il est indéniable que les associés qui devaient procéder aux formalités de publicité, ont commis une faute en ne les observant pas, et il serait injuste qu'ils se prévalent de cette faute contre les tiers qui y sont étrangers. Ainsi, contre les tiers, l'associé ne peut pas invoquer la nullité pour défaut de publicité; et, si les créanciers sociaux veulent demander la faillite de la société, les associés ne pourraient y échapper en excipant de l'absence de publication requise.

270. — D'après les termes mêmes de l'art. 56, § 3, la nullité de la société peut être invoquée par *tout intéressé*. Il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par personne intéressée à faire considérer la société comme non avenue. Il est bien certain, tout d'abord, qu'on doit avoir un intérêt pécuniaire pour être admis à exercer l'action en nullité; et, de plus, il faut avoir un intérêt juridique, c'est-à-dire un intérêt né de rapports juridiques avec la société ou les associés, un intérêt dépendant d'un acte fait entre l'ayant-droit et la société ou l'un de ses membres. — Rouen, 9 janv. 1890, sous Cass., 11 janv. 1893, Ménage, [S. et P. 97.1.443, D. 93.1.317] — *Sic*, Beslay et Lauras, t. 5, n. 580 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 224. — A ce titre, on doit donc considérer comme intéressés : 1° les créanciers sociaux; 2° les associés; 3° les créanciers personnels des associés; 4° les débiteurs sociaux; 5° les débiteurs personnels des associés.

271. — Au contraire, un concurrent de la société ne pourrait pas en demander la nullité pour se débarrasser d'une concurrence préjudiciable. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

272. — A. *Créanciers sociaux.* — Ils rentrent, sans difficulté, dans la définition donnée. Pour eux, la société qui est demeurée occulte par suite du défaut de publication est sans valeur. Par suite, le droit d'invoquer la nullité appartient au porteur de bons de dépôt se référant à des marchandises dont la société a pris charge. — Cour de la Réunion, 16 juin 1876, Soc. *la Créole*, [S. 77.2.1, P. 77.79, D. 78.2.201]

273. — Mais, en fait, ils n'auront pas d'intérêt, la plupart du temps, à invoquer la nullité, attendu qu'ils perdraient ainsi le droit de se faire payer par préférence sur le fonds social. La nullité ne leur profiterait que s'ils tenaient à mettre en jeu les responsabilités qui résultent de cette nullité, ou si elle avait pour conséquence de faire disparaître des clauses du pacte social de nature à leur nuire. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 226; Pont, t. 2, n. 1249; Thaller, n. 367.

274. — B. *Associés.* — Au regard des associés, et dans leurs rapports mutuels, la société existe, ils l'ont assurément connue, malgré l'absence de publicité. Mais cette omission est de nature à jeter le discrédit sur les débuts de la société; il y a une juste cause de dissolution judiciaire (Arg. C. civ., art. 1871). En conséquence, si les associés ne peuvent pas opposer à un tiers la nullité de la société pour défaut de publicité, ils peuvent du moins invoquer cette nullité entre eux et contre la société; ils ont, en effet, intérêt à sortir de la situation précaire qui leur est faite par suite de la nullité qui menace la société dont ils font partie. — Cass., 23 déc. 1844, Rives, [S. 46.1.558, P. 45.1.518]; — 31 déc. 1844, Grenouillet, [S. 45.1.10, P. 45.1.14]; — 22 nov. 1869, Bourgeois, [S. 70.1.55, P. 70.123, D. 70.1.23]; — 5 janv. 1886, Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593, et la note de M. Labbé, D. 86.1.122] — Lyon, 5 avr. 1881, Danjean, [S. 82.2.109, P. 81.1.581, D. 82.2.32] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 812; Boistel, n. 355 et 358; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 202 et s.; Delangle, n. 527; Deloison, t. 1, n. 69 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 225; Thaller, n. 370; Malepeyre et Jourdain, p. 114; Pont, t. 2, n. 1247; Rousseau, t. 1, n. 404 et s.; Vavasseur, t. 2, n. 1027.

275. — La nullité de la société pour défaut de publicité est une nullité d'*ordre public*. Par application de ce principe, il a été jugé que l'associé qui demande cette nullité ne fait qu'exercer un droit auquel il ne peut renoncer; d'où il suit qu'il ne peut être passible de dommages-intérêts ni à raison de la demande en nullité, ni à raison de son refus ou de son retard à exécuter les obligations résultant de l'acte déclaré nul. — Cass., 23 déc. 1844, précité; — 1er févr. 1881, Cuney, [S. 83.1.415, P. 83.1.1048, D. 82.1.21]; — 21 juill. 1885, Lanier, [S. 85.1.448, P. 85.1.1075, D. 87.1.212]; — 5 janv. 1886, Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593, D. 86.1.122] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1021; Rousseau, t. 1, n. 405; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 216; Pont, t. 2, n. 1236. — Sur le caractère d'ordre public de la nullité, V. *infrà*, n. 376 et s.

276. — Peu importe, au surplus, que les associés demandeurs en nullité aient exécuté l'acte de société si, au moment de la demande, l'action en nullité est encore entière. — Cass., 23 déc. 1844, précité.

277. — Et la nullité de la société entraîne la nullité de la clause pénale qui aurait été stipulée pour le cas où l'un des associés voudrait se retirer de la société avant le terme convenu. — Cass., 4 janv. 1853, Paturet, [S. 53.1.111, P. 56.2.121, D. 55.1.5] — Paris, 23 déc. 1831, Pallejois, [S. 32.2.57, P. chr.] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 242. — *Contrà*, Lyon, 27 févr. 1828, Roland, [S. et P. chr.]

278. — Spécialement, est nulle la clause pénale par laquelle

les associés s'étaient interdit, sous peine de dommages-intérêts déterminés, de faire partie d'aucune société de même nature que la société annulée; on ne peut donc, après l'annulation de la société, se prévaloir de cette clause pénale contre les associés qui y ont contrevenu. — Cass., 4 janv. 1853, précité.

279. — Toutefois, par application du principe d'après lequel aucune demande nouvelle ne peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation, l'associé qui a été condamné à des dommages-intérêts envers son coassocié pour avoir rompu sans motifs légitimes le pacte social, ne peut pour la première fois devant la Cour de cassation se prévaloir de ce que la société serait nulle faute d'avoir été légalement publiée, et par suite, de ce qu'il a eu juste motif de ne pas continuer l'association. — Cass., 21 mai 1862, Tamset, [S. 62.1.734, P. 62.1061, D. 62.1.211] — V. *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 1991 et s.

280. — C. *Créanciers personnels des associés.* — Il y a plus de difficulté en ce qui les concerne. Deux points sont hors de doute : *a*) les créanciers personnels des associés peuvent opposer la nullité aux associés eux-mêmes ; *b*) ils peuvent agir du chef de l'associé, leur débiteur, en vertu de l'art. 1166, C. civ., et demander contre les autres associés la nullité dans les mêmes conditions que celles où agirait leur débiteur lui-même. Mais ils n'y ont pas grand avantage, car ils devront s'effacer, tant que les créanciers sociaux n'auront pas été remboursés. — Thaller, n. 371.

281. — Aussi s'est-on demandé si les créanciers personnels n'avaient pas, en outre, un droit propre leur permettant d'opposer la nullité *de leur propre chef* aux créanciers de la société et, par suite, d'exercer leur gage sur les valeurs apportées par leur débiteur dans la société et de concourir sur le fonds social avec les créanciers sociaux. — Cette question a été résolue par la jurisprudence dans le sens de l'affirmative. — Cass., 22 mars 1843, Mélidor Moisson, [S. 44.1.759, P. 44.1.215] ; — 18 mars 1846, Tresca, [S. 46.1.683, P. 46.2.311, D. 46.1.241] ; — 7 mars 1849, Grall, [S. 49.1.397, P. 50.1.442, D. 49.1.77]; — 14 mars 1849, Devron, [S. 49.1.633, P. 49.2.358, D. 49.1.357]; — 13 févr. 1855, Poriquet, [S. 55.1.721, P. 56.1.157, D. 55.1.308] ; — 11 mai 1870, De Aldecoa, [S. 70.1.425, P. 70.1123, D. 70.1.405]; — 14 nov. 1887, Syndic de l'Union syndicale des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.367, D. 89.1.205]; — 25 mars 1890, Campa, [S. et P. 92.1.126, D. 90.1.475]; — 14 avr. 1893, Lecocq, [S. et P. 97.1.487, D. 94.1.91] ; — 7 août 1893, Tremlett et Detméring, [S. et P. 94.1.260, D. 94.1.102] — Rouen, 10 déc. 1839, Lasnier, [S. 40.2.118] — Caen, 8 mars 1842, Mélidor Moisson, [S. 42.2.337, P. 43.2.41] — Limoges, 2 juin 1843, Membret, [S. 44.2.5, P. 44.2.316] — 10 mars 1848, Pradeaux, [S. 48.2.353, P. 48.2.139, D. 48.2.163] — Bordeaux, 15 juin 1847, Viellemond, [S. 48.2.745, D. 49.2.36] — Lyon, 28 janv. 1873, Robert, [S. 74.2.107, P. 74.476, D. 73.2.38] — Rennes, 6 mars 1869, Thébaut, [S. 69.2.254, P. 69.1009, D. 70.2.224] — Angers, 2 août 1865, Mussand, [S. 67.2.75, P. 67.340, D. 66.2.189] — Grenoble, 11 juill. 1873, Lijonet et autres, [S. 73.2.202, P. 73.859, D. 74.2.167]; — 24 déc. 1889 sous Cass., 7 déc. 1891, Vallier, [D. 92.1.617] — Paris, 12 févr. 1885, Chevresson, [D. 86.2.191] — Beudant, *Rev. prat.*, 1868, t. 25, p. 335 ; Boistel, n. 260; Deloison, t. 1, n. 77; Houpin, t. 1, n. 553; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 228 ; Molinier, n. 289; Pont, t. 2, n. 1250; Thaller, n. 371 ; Vavasseur, t. 1, n. 200 et t. 2, n. 1031. — *Contrà*, Beslay et Lauras, t. 5, n. 606 et s. ; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 205.

282. — Il a été jugé, à cet égard, que l'action en nullité d'une société pour inobservation des formes prescrites par la loi appartient à tous les intéressés, notamment aux créanciers personnels d'un associé, lesquels peuvent se faire payer sur les sommes revenant à leur débiteur, sans être tenus d'attendre le résultat de la liquidation, ni de subir l'exercice d'un droit de préférence des créanciers sociaux. — Cass., 11 mai 1870, précité.

283. — Spécialement, le syndic de la faillite du gérant d'une société en commandite peut demander la nullité, pour défaut de publication, d'une société anonyme à laquelle le gérant de la société en commandite a apporté l'actif de cette société, pour faire rejeter l'action par laquelle le syndic de la société anonyme revendique l'actif de la société en commandite comme faisant partie de l'actif de la société anonyme. — Cass., 14 nov. 1887, précité. — V. Cass., 30 avr. 1900, Thalmann, [S. et P. 1902.1.9.

284. — La nullité peut aussi être demandée par le syndic de l'un des associés en faillite, qui a intérêt à faire prononcer cette nullité pour empêcher l'autre associé de se remplir, par des prélèvements, des avances qu'il a faites dans la conduite des affaires communes. — Cass., 18 mars 1846, précité.

285. — De même, l'existence d'une société non publiée, contractée par le mari, peut être opposée à la femme qui exerce, en qualité de créancière de son mari, des droits résultant de son contrat de mariage. — Cass., 18 mars 1846, Tresca, [S. 46.1.683, P. 46.2.311, D. 46.1.241] ; — 18 mars 1851, De Bragelongue, [S. 51.1.273, P. 51.1.516, D. 51.1.51] — Paris, 21 juin 1852, De Bragelongue, [S. 52.2.608, P. 52.2.702, D. 54.2.715] — Rouen, 15 avr. 1839, sous Cass., 18 mars 1851, précité.

286. — Mais le créancier personnel d'un associé ne peut se prévaloir de la nullité pour défaut de publicité qu'autant que sa créance a acquis date certaine antérieurement à la dissolution de la société. — Cass., 7 mars 1849, précité. — Lyon, 16 déc. 1823, Brodard, [S. et P. chr.] — Sur la *date certaine* en matière commerciale, V. *suprà*, v^is *Ayant-cause*, n. 23 et s., *Date certaine*, *Enregistrement*, n. 3422 et s., et Cohendy, *C. comm. annoté*, sur l'art. 109.

287. — Dans le cas où les créanciers personnels d'un associé demandent la nullité de la société pour défaut de publication, la preuve testimoniale de la publication offerte par les créanciers de la société, peut leur être refusée, alors qu'un délai leur est accordé pour y suppléer en rapportant un extrait du registre du receveur des domaines constatant l'enregistrement du numéro du journal dans lequel cette publication aurait été faite. — Cass., 18 mars 1846, précité.

288. — Il y a lieu de faire remarquer, à propos de ces deux catégories de personnes intéressées à demander la nullité d'une société commerciale pour défaut de publicité, que la demande dont il s'agit n'est pas recevable, tant de la part d'un associé que d'un créancier, lorsque la société a déjà été déclarée en état de liquidation judiciaire. — Bordeaux, 12 mai 1902, [*Rev. des soc.*, 1903, p. 270] — ... ou de faillite. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 143 et s.

289. — D. *Débiteurs sociaux.* — Ils rentrent aussi dans la définition; mais, normalement, ils n'auront pas, non plus, d'intérêt à invoquer la nullité. Ils n'en auront pas moins le droit d'agir en nullité de la société, lorsque leur intérêt apparaîtra. Ainsi un débiteur social, qui est lui-même créancier d'un associé, aura intérêt à faire annuler la société pour devenir ainsi débiteur de cet associé et pouvoir lui opposer la compensation. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 227. — *Contrà*, P. Pont, t. 2, n. 1248. — ... Ou en vue de se dégager d'un contrat onéreux conclu avec les représentants de la société. — Cass., 10 févr. 1879, Hauts-fourneaux de Michéville, [D. 79.1.265]

290. — E. *Débiteurs personnels des associés.* — Ces débiteurs auront intérêt à demander la nullité, s'ils ont une créance contre la société; si, en effet, la société est annulée, ils deviennent alors créanciers de chaque associé pour sa part, et peuvent, par suite, opposer la compensation à celui dont ils sont débiteurs. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 227 *bis*.

291. — F. *Administration de l'enregistrement.* — L'administration de l'enregistrement ayant, comme tout intéressé, le droit de contester la régularité des actes qu'on lui oppose, et qui portent préjudice à ses droits, il en résulte qu'elle peut invoquer la nullité d'une société commerciale formée sans que l'acte constitutif ait été déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce. Par suite, les membres de cette société ne sont, vis-à-vis de la Régie, que des communistes ayant droit à une copropriété dont la transmission par décès était passible de l'impôt sans déduction des charges avant la loi du 25 févr. 1901. — Trib. de Charleville, 17 mai 1872, [Garnier, *Rép. pér.*, n. 3613] — Trib. de Fontenay, 9 août 1872, [*Ibid.*] — Trib. Bernay, 11 déc. 1878, [*J. Enreg.*, n. 21443] — Trib. de Cholet, 6 févr. 1890, Boutilier de Saint-André, [S. et P. 92.2.60] — *Contrà*, Trib. de Valenciennes, 27 déc. 1872, [Garnier, *Rép. pér.*, *loc. cit.*] — V. *suprà*, n. 99 et s.

292. — Les personnes ci-dessus énumérées peuvent invoquer la nullité de la société pour défaut de publicité, alors même qu'en fait elles auraient eu connaissance de l'existence et des conditions de la société ; la loi, en prescrivant les formalités de publicité, a voulu, disent les arrêts, écarter les contestations qui auraient pu s'élever sur la bonne ou la mauvaise foi des tiers, et, dans ce dessein, elle a créé, selon qu'il y a eu observation ou inobservation des formalités, une présomption de connaissance

ou d'ignorance des actes, dont la nature exclut toute preuve contraire. — Cass., 18 mars 1851, précité; — 13 mars 1854, Armingaud, [S. 54.1.378, P. 55.1.232, D. 54.1.130] — Rennes, 6 mars 1869, Thébaut, [S. 69.2 254, P. 69.1009, D. 70.2.224] — Lyon, 23 janv. 1873, Robert, [S. 74.2.107, P. 74.476, D. 73.2.38] — Sic, Alauzet, t. 2, n. 813; Boistel, n. 360; Houpin, t. 2, n. 1023; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 230; Ruben de Couder, v° *Societé*, n. 290, et *Suppl.*, n. 151.

293. — Si les différentes personnes ci-dessus énumérées peuvent invoquer la nullité de la société pour défaut de publicité, encore faut-il qu'elles aient intérêt à cette nullité. D'où il résulte que, dans le cas où la société a été dissoute, les associés ne sont plus recevables, faute d'intérêt, à se prévaloir de la nullité : à leur égard, en effet, la nullité, n'opérant que pour l'avenir, équivaut à la dissolution de la société. — Cass., 24 janv. 1872, Jarre, [S. 72.1.380, P. 72.1006, D. 72.1.300]; — 16 juill. 1901 (implic.), Chaumeil, [S. et P. 1903.1.236] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 220; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 359.

294. — Il en est ainsi, alors même que les circonstances de la cause révèlent que, à raison de la commune intention des parties et de la longue exécution par elles donnée au pacte social, les effets de la nullité demandée ne devaient pas être autres que ceux de la dissolution déjà déclarée. — Cass., 7 juill. 1873, Jacomy, [S. 73.1.388, P. 73.957, D. 73.1.327]

295. — A l'égard des créanciers, au contraire, créanciers sociaux et créanciers personnels des associés, la dissolution de la société, non plus que sa mise en liquidation qui en est la suite, ne sauraient mettre obstacle, en principe, à l'exercice de l'action en nullité. Malgré la dissolution, en effet, les créanciers peuvent avoir intérêt à faire prononcer la nullité de la société, même liquidée. Les créanciers sociaux y auront intérêt, notamment, pour mettre en jeu la responsabilité des gérants ou administrateurs qui n'ont pas rempli les formalités de publicité. Quant aux créanciers personnels des associés, ils sont intéressés à la nullité, soit pour concourir sur l'actif de la société avec les créanciers sociaux, soit pour faire opérer la liquidation, conformément au droit commun et aux apports respectifs des associés, si ce mode de liquidation est plus avantageux pour l'associé, leur débiteur, que celui réglé par les statuts sociaux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 220.

296. — Aucun doute, à cet égard, ne peut s'élever d'abord si la dissolution n'a pas été publiée conformément à l'art. 61, attendu qu'une dissolution non publiée est inopérante vis-à-vis d'eux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 359; Pont, n. 1207. — Mais il faut décider que les tiers auraient le droit d'agir en nullité même si la dissolution avait été publiée ; ils peuvent, en effet, avoir intérêt à empêcher que la liquidation s'accomplisse conformément aux bases des statuts, et à exiger qu'elle s'effectue d'après les principes des sociétés de fait, c'est-à-dire proportionnellement aux apports des associés.

297. — Si l'action en nullité n'était intentée que postérieurement à la liquidation et au partage, faudrait-il la déclarer irrecevable, comme dénuée d'intérêt désormais? Une première opinion décide que la demande ne serait pas recevable : la liquidation de la société étant achevée, on n'aperçoit pas l'intérêt d'une demande en nullité. — Grenoble, 24 déc. 1889, sous Cass., 7 déc. 1891, Vallier, [D. 92.1.617]

298. — D'après la Cour de cassation, au contraire, l'achèvement de la liquidation ne constitue pas une fin de non recevoir absolue contre l'action en nullité formée par les tiers, et notamment par les créanciers personnels des associés, attendu que, l'acte de dissolution étant annulé, la liquidation et le partage qui en sont la conséquence tombent du même coup. Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'il importe peu que la liquidation ait été opérée sur les bases des statuts, car le pacte ne lie pas les tiers; ceux-ci ont toujours le droit d'opter, suivant leur intérêt, entre la liquidation conforme aux statuts et la liquidation d'après les apports, selon les règles qui régissent les sociétés de fait. D'après ces données, l'intérêt des tiers à agir en nullité, même une fois la liquidation terminée, apparaît manifestement, si cette opération s'est effectuée d'après les bases des statuts qui favorisaient dans le partage l'un des associés par rapport aux autres. Les créanciers de ces derniers sont intéressés à ce que tout soit recommencé, et que l'on procède désormais sans tenir compte du pacte social. — Cass., 7 déc. 1891, précité. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 220.

299. — En tout cas, l'action en nullité des créanciers personnels des associés ne serait pas recevable, faute d'intérêt, si les stipulations du pacte social relatives à la liquidation de la société aboutissaient en fait aux mêmes résultats que les règles du droit commun, les effets de la nullité n'étant autres, dans ce cas, que ceux de la dissolution déjà prononcée. — Même arrêt.

300. — En résumé, sur le premier caractère de la nullité absolue, il faut conclure que, en notre matière, la nullité pour défaut de publicité est bien absolue en ce sens que, en principe, tous les intéressés peuvent l'invoquer, mais qu'elle ne l'est pas en ce que les associés ne peuvent jamais s'en prévaloir à l'encontre des tiers. L'art. 56, comme nous l'avons vu, est formel à cet égard.

3° Formes et délais dans lesquels la nullité peut être invoquée.

301. — Bien que la nullité de la société pour défaut de publicité soit d'ordre public, elle n'opère cependant pas de plein droit. Il faut, pour qu'elle produise effet, qu'elle soit demandée en justice par les personnes qui y ont intérêt; il n'appartiendrait pas au juge de la prononcer d'office. — Alauzet, t. 2, n. 812; Houpin, t. 2, n. 1021; Lyon-Caen et Renault t. 2, n. 217; Mathieu et Bourguignat, n. 317; Vavasseur, t. 2, n. 1026. — Tant que la demande en nullité n'est pas formée, la société existe donc et ses représentants peuvent agir en son nom comme si elle était régulièrement constituée.

302. — C'est dire que les actes sociaux produisent leurs effets, malgré le défaut de publication des statuts, pour tous les faits accomplis antérieurement à la demande en nullité. En conséquence, le conservateur des hypothèques ne peut refuser d'opérer la radiation d'une inscription hypothécaire dont la mainlevée a été consentie par le directeur d'une société anonyme, sous le prétexte que les statuts de cette société n'ayant pas été publiés, elle ne se trouve pas légalement constituée. — Cass., 16 mai 1859, Cons. des hypothèques d'Alençon, [S. 60.1.889, P. 60.637, D. 60.1.338]

303. — De même, la reconnaissance gratuite, faite à un associé par un coassocié, de la propriété de son apport, est une donation déguisée valable, quoique la société commerciale n'ait pas été publiée, le défaut de publication n'opérant pas de plein droit la nullité du pacte social (laquelle doit être demandée), et n'enlevant pas d'ailleurs à l'acte, le caractère que les parties lui ont donné. — Cass., 5 janv. 1886, Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593, et la note de M. Labbé, D. 86.1.122]

304. — La nullité de la société pour défaut de publicité peut être invoquée soit par voie d'action, soit par voie d'exception. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 215; Houpin, t. 2, n. 1021. — Spécialement, le syndic de la faillite du gérant d'une société en commandite peut opposer la nullité, pour défaut de publicité, d'une société anonyme à laquelle le gérant de la société en commandite a apporté l'actif de cette société, pour faire rejeter l'action par laquelle le syndic de la société anonyme revendique l'actif de la société en commandite comme faisant partie de l'actif de la société anonyme. — Cass., 14 nov. 1887, Synd. de l'Union syndicale des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.267, D. 88.1.203] — V. aussi Paris, 14 déc. 1887, Soc. de la Banque parisienne, [S. 89.2.1, P. 89.1.79]

305. — Le moyen tiré de la nullité est d'ailleurs soumis à la règle d'après laquelle le juge de l'action est le juge de l'exception. Ainsi, lorsqu'un particulier assigné comme associé devant le tribunal du lieu de la société excipe de la nullité de cette société, l'exception doit être soumise au tribunal saisi de l'action principale; le défendeur n'est pas recevable à intenter, à cet égard, sa demande devant un autre tribunal. — Cass., 9 mai 1826, Salvador-Ayon, [S. et P. chr.] — Paris, 2 juill. 1827, Mabille, [S. et P. chr.]

306. — La demande en nullité d'une société commerciale, formée par un créancier personnel de l'un des associés, est indéterminée, et, dès lors, susceptible des deux degrés de juridiction, encore bien que la créance du demandeur soit inférieure à 1,500 fr. — Rennes, 6 mars 1869, Thébaut, [S. 69.2.254, P. 69.1009, D. 70.2.224] — Sur la recevabilité de l'appel en cas de demandes indéterminées, V. *suprà*, v° *Appel* (mat. civ.), n. 211 et s.

307. — Et une telle demande, encore bien qu'elle soit accompagnée d'une demande accessoire en rapport d'un jugement qui a déclaré la faillite de la société, ne saurait être considérée comme opposition à ce jugement dans les termes de l'art. 580, C.

comm.; dès lors, elle n'est pas soumise au délai fixé par cet article. — Même arrêt.

308. — Mais, si l'exception de nullité pour absence de publicité, ayant le caractère d'un moyen de défense tiré du fond du droit, peut être invoquée en tout état de cause, elle ne peut cependant être opposée devant la Cour de cassation. — Cass., 21 mai 1862, Tamiset, [S. 62.1.734, P. 62.1061, D. 62.1.212] — 24 janv. 1872, Jarre, [D. 72.1.300] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 215.

309. — Sur la compétence, V. *infrà*, n. 336 et 337.

4° Effets de la nullité de la société pour défaut de publicité.

310. — Cette nullité absolue, mais qui diffère sur un point des nullités absolues ordinaires, quels effets produit-elle? Nous aurons à examiner les effets de la nullité prononcée à la requête de chaque catégorie d'intéressés. — A. *Autorité du jugement statuant sur la nullité.* — Une question préliminaire se pose : celle de savoir quel va être, au point de vue de l'autorité de la chose jugée, l'effet du jugement qui prononce la nullité. A-t-il effet *ergâ omnes*, ou, au contraire, conformément au principe inscrit dans l'art. 1351, C. civ., ne produit-il qu'un effet relatif, entre les personnes ayant figuré à l'instance? La jurisprudence a résolu le problème par une distinction qui semble devoir être approuvée.

311. — S'appuyant sur le principe général de l'art. 1351, C. civ., elle admet que le jugement qui *repousse* une demande en nullité n'a d'autorité qu'entre les personnes qui ont été parties à l'instance. Spécialement jugé, en ce sens, que la décision qui repousse la demande en nullité d'une société anonyme formée par un actionnaire n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un autre actionnaire qui n'a pas été partie à l'instance, et qu'elle ne lui est pas opposable. — Cass., 25 janv. 1881, Richard, [S. 81.1.451, P. 81.1.1170, D. 81.1.252] — *Sic,* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 231.

312. — Mais il en est autrement dans les cas où le jugement *prononce* la nullité de la société; ce jugement doit produire ses effets *ergâ omnes*; on ne concevrait pas que la société fût annulée vis-à-vis de certaines personnes et restât valable vis-à-vis de certaines autres. Jugé, à cet égard, que, lorsqu'une société à responsabilité limitée est déclarée nulle à la requête de l'un des intéressés, en vertu de l'art. 24, L. 23 mai 1863, à défaut d'accomplissement des conditions prescrites par cette loi, les effets du jugement qui prononce la nullité ne sont pas limités à celui qui l'a obtenue, mais que la société est annulée à l'égard de tous les intéressés. Dès lors, une nouvelle demande en nullité est sans objet et irrecevable. — Cass., 2 juill. 1873, Rodocanachi, [S. 73.1.306, P. 73.765, D. 74.1.49] — Gand, 23 juill. 1887, Tant, [D. 89.2.89] — Trib. corr. Seine, 22 mars 1886, [*Rev. des soc.*, 86.1.272] — *Sic,* Pont, t. 2, n. 1242.

313. — MM. Lyon-Caen et Renault, se sont élevés contre cette dérogation au principe de l'art. 1351; ils estiment que, malgré les intérêts pratiques qu'elle présente, elle ne pourrait être admise qu'en vertu d'un texte spécial. D'après eux, le meilleur moyen de tout concilier serait de mettre en cause toutes les personnes que la nullité peut intéresser, et les tribunaux auraient la faculté de remédier aux inconvénients de la relativité de leurs décisions en ordonnant cette mise en cause. — Cass., 25 janv. 1881, précité. — Paris, 1er août 1868, Admin. du Crédit foncier, [D. 69.2.65] — Agen, 19 mars 1886, [*Rev. des soc*, 86.1.600] — *Sic,* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 231.

314. — Par application de la règle de l'effet absolu de la nullité, il a été décidé que les juges saisis de la question de responsabilité du conseil de surveillance n'ont pas à prononcer la nullité de la société à raison de la fausse déclaration du gérant relative au versement du quart de chacune des actions souscrites, si, dès avant l'action dirigée contre les membres du conseil de surveillance, la société a été annulée par jugement passé en force de chose jugée pour défaut des publications légales. — Cass., 12 avr. 1864, Claireau, [S. 64.1.169, P. 64.730, D. 64.1.377]

315. — Il a été jugé, cependant, que l'action en nullité de la société, formée par les créanciers de l'un des associés, ne peut être repoussée par une fin de non recevoir tirée de la chose jugée sur une action tendant aux mêmes fins, mais formée par les créanciers de la société elle-même. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher et autres, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

316. — De même, les créanciers d'une société commerciale ne sont pas représentés par les associés dans les instances engagées, non entre des tiers et la société sur des droits ou engagements relatifs au patrimoine de celle-ci, mais entre les associés eux-mêmes, et sur la question de l'existence ou de la nature de la société. — Cass., 7 déc. 1875, Senenee, [S. 76.1.306, P. 76.750, D. 76.1.173] — *Sic,* Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, p. 375, § 769; Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de procédure*, 2e éd., t. 3, § 466. — V. aussi *suprà*, vo *Chose jugée*, n. 529 et s.

317. — B. *Effets de la nullité entre les associés.* — En général, quand on parle de la nullité d'un acte juridique, on veut dire que cet acte n'est valable ni pour l'avenir, ni pour le passé. Tout est effacé. La question n'est pas aussi simple en notre matière. Et il y a lieu, à cet égard, d'établir une distinction capitale, et d'examiner les effets de la nullité d'abord dans les rapports des associés entre eux, puis dans les rapports des associés avec les tiers. Dans la deuxième hypothèse tout est effacé, mais il en est différemment dans la première. Dans les rapports des associés entre eux, lanullité de la société a pour effet unique de les dispenser, d'exécuter leurs obligations. Si donc la nullité est prononcée alors que la société n'a accompli aucune opération, aucune difficulté ne surgit, la nullité produit ses effets ordinaires, et la société est réputée n'avoir jamais existé, même dans le passé. En conséquence, les créanciers d'un associé responsable dans une société en commandite ne peuvent, pas plus que cet associé lui-même, contraindre les commanditaires au versement de leurs mises. — Grenoble, 29 janv. 1870, Gassaud, [S. 70.2.217, P. 70.900, D. 71.2.76] — *Sic,* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 236; Troplong, t. 2, n. 803.

318. — De même, l'associé contre lequel un coassocié se prévaut de l'acte de société, notamment pour le contraindre à effectuer son apport, est recevable à prouver par témoins que cet acte n'a pas été publié et n'a jamais été mis à exécution. — Angers, 24 févr. 1894, Brochard, [S. et P. 96.2.243, D. 94.2.497]

319. — Mais, si la société a vécu, si elle a déjà parcouru une période d'exploitation avec réalisation de bénéfices ou de pertes, cette existence de fait ne va-t-elle pas avoir une certaine répercussion sur les effets de la nullité? — Pour l'avenir, non. — Mais, pour le passé, la nullité, ici, produira des conséquences différentes de celles d'une nullité ordinaire. La tentative de création d'une personne morale a échoué, mais le pacte social ne doit pas, pour cela, être supprimé, et les associés ne peuvent revenir sur le consentement qu'ils ont donné. Le pacte social doit donc demeurer intact, et les résultats des opérations faites dans l'exploitation parcourue, le partage des bénéfices et des pertes, devront être réglés sur la base que les associés eux-mêmes avaient adoptée, en conformité du pacte social. En d'autres termes, la nullité n'a pas plus d'efficacité qu'un jugement de dissolution. Pour le passé, la nullité de la société laisse subsister entre les associés une communauté d'intérêts ou société de fait dont les opérations doivent être considérées comme régulières, et dont la liquidation doit se faire comme si la société avait été valablement constituée, sur la base des statuts sociaux conformément à l'intention présumée des associés.

320. — La seule différence qui sépare, à ce point de vue, une société non publiée d'une société publiée, c'est que la première, au lieu de pouvoir accomplir sa durée statutaire, est obligée de se dissoudre prématurément. — Cass., 13 juin 1832, Deboullay, [S. 32.1.520]; — 29 juin 1841, Delabrosse, [S. 41.1.586, P. 41.2.394]; — 31 déc. 1844, Grenouillet, [S. 45.1.10, P. 45.1.45, D. 45.1.75]; — 16 mai 1859, Conserv. des hypothèques d'Alençon, [S. 60.1.889, P. 60.637, D. 60.1.338]; — 19 mars 1862, Defrance, [S. 62.1.825, P. 62.1086, D. 62.1.407]; — 7 juill. 1873, Jacomy, [S. 73.1.388, P. 73.957, D. 73.1.327]; — 7 juill. 1879, Contadeur, [S. 80.1.206, P. 80.486, D. 80.1.123]; — 5 janv. 1886, Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593 et la note de M. Labbé, D. 86.1.122]; — 15 nov. 1892, Liquid. de la comp. d'assur. terrestres *la ville de Lyon*, [S. et P. 93.1.364, D. 93.1.13] — Paris, 14 déc. 1825, Delagrange, [S. et P. chr.]; — 26 janv. 1855, Comp. d'assur. *le Globe*, [S. 55.2.66, P. 55.1.12, D. 55.2.195] — Rennes, 26 août 1837, Mahen, [S. 38.2.519, P. 43.2.723] — Douai, 27 nov. 1839, Hazard, [S. 40.2.206] — Bordeaux, 5 févr. 1841, Guérand, [S. 41.2.219, P. 45.1.43] — Montpellier, 16 janv. 1841, Rigol, [S. 41.2.456, P. 41.2.705] — Angers, 17 févr. 1842, Delabrosse, [S. 42.2.479] — Pau, 19 nov. 1867, Montès, [S. 68.2.12, P. 68.97] — Nîmes, 14 mars 1868,

Bréant, [S. 68.2.274, P. 68.1014] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 231; Bédarride, t. 2, n. 363 et s.; Boistel, n. 355 et s.; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 193; Houpin, t. 1, n. 567 et s., et t. 2, n. 1023; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 236; Pont, t. 2, n. 1263 et s.; Rousseau, t. 1, n. 414 et s.; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 361 et s., et *Suppl.*, n. 199 et s.; Thaller, n. 370; Vavasseur, t. 1, n. 253.

321. — Les conséquences de cette idée sont les suivantes : bien qu'un acte de société ait été déclaré nul faute de publication, une communauté d'intérêt n'en ayant pas moins existé entre les associés, chacun d'eux peut réclamer sa part de tout ce qui est entré dans la communauté, son droit ne se borne pas seulement à la reprise de son apport et au partage des bénéfices. — Rennes, 26 août 1837, précité.

322. — C'est aux tribunaux à rechercher dans les circonstances de la cause quels ont été les apports réellement consentis, et de se demander si, dans la commune intention des parties, la pleine propriété ou seulement la jouissance d'un bien a constitué l'apport de l'un ou de l'autre des associés. — Paris, 9 mai 1900, [*J. des soc.*, 1901, p. 64]

323. — Jugé, par application du même principe, que dans le partage qui suit la dissolution de la société, les dettes de l'un des associés envers la communauté doivent entrer dans le lot de cet associé par compensation avec l'actif auquel il peut avoir droit, et pour la composition de cet actif. — Nîmes, 14 mars 1868, précité.

324. — ... Que les apports des associés et les acquisitions faites par eux forment un fonds commun qui doit être liquidé et partagé comme une propriété indivise entre les associés, aucun d'eux ne pouvant retirer son apport pour la valeur qu'il avait lors de sa mise en communauté. — Cass., 19 mars 1862, précité.

325. — ... Que la partie, contrairement aux prétentions de laquelle un arrêt décide, en annulant pour défaut de publication une société commerciale intervenue entre cette partie et un tiers, qu'un immeuble mis en société par ce dernier est la propriété indivise des parties et doit être licité d'après leurs droits respectifs tels qu'ils résultent du pacte social, n'acquiesce pas à cet arrêt, et ne se rend pas, dès lors, non recevable à l'attaquer par la voie du recours en cassation, en concourant à la vente sur licitation de l'immeuble dont il s'agit et à d'autres actes qui en ont été la suite, alors que cette vente a été poursuivie, non point à sa requête, mais à celle du liquidateur de la communauté de fait ayant existé entre les parties, et que le jugement, en ordonnant la licitation, lui a donné acte de la réserve de tous ses droits. — Même arrêt.

326. — ... Que les associés ne peuvent réclamer les apports qu'ils ont réalisés ni se dispenser de les effectuer, et que les bénéfices et les pertes doivent être répartis conformément aux statuts, s'il résulte de l'inexécution donnée au pacte social que les parties ont entendu, en fait, se considérer comme copropriétaires de leurs apports et prendre ainsi à leurs profit ou risque les éventualités d'amélioration et de dépréciation qui pourraient survenir durant leur communauté. — Cass., 19 mai 1862, précité. — Grenoble, 11 juill. 1873, Ligonet et autres, [S. 73.2.202, P. 73.859, D. 74.2.167]

327. — ... Que la clause portant que, dans le cas de décès d'un associé, la part revenant à ses héritiers sera réglée d'après le dernier inventaire, est obligatoire pour les associés, alors même que la société s'est continuée en fait au delà du terme fixé par la convention primitive. — Lyon, 27 juill. 1871, Nicolas, [D. 71.2.141]

328. — ... Qu'un des associés peut se fonder sur l'art. 1847, C. civ., et sur une clause des conventions sociales qui rappelait la disposition de cet article en interdisant aux membres de la société de se livrer avec des tiers à des opérations semblables à celles qui faisaient l'objet de l'association, pour former une demande en liquidation et règlement de comptes contre son coassocié à raison d'opérations de cette nature pratiquées clandestinement par ce dernier et lui ayant rapporté des bénéfices. — Cass., 7 juill. 1879, précité.

329. — ... Que lorsqu'un des associés est créancier, et l'autre débiteur, l'associé créancier a droit au prélèvement du montant de sa créance sur le fonds social, et l'associé débiteur doit tenir compte du montant de sa dette en moins prenant à la masse restant à partager après le prélèvement de l'associé créancier; qu'il importe peu d'ailleurs, que la société fût irrégulière, et ne constituât qu'une simple société de fait. — Orléans, 14 mars 1883, Synd. Méchin, [S. 83.2.159, P. 83.1.827, D. 85.2.25]

330. — ... Spécialement que les immeubles acquis au nom d'une société commerciale par le gérant ne sont pas la propriété exclusive de celui-ci, par cela seul que la société est nulle à défaut de publication régulière; mais que ces immeubles appartiennent aux associés dans la proportion de l'apport stipulé dans la société. — Grenoble, 11 juill. 1873, précité.

331. — ... Que par suite, les créanciers hypothécaires du gérant ne peuvent exercer leurs droits que sur sa part indivise ainsi déterminée, ou sur celle que lui assigne un acte de licitation ou de partage. — Même arrêt.

332. —... Et, que lorsque la part du gérant dans le prix de la licitation se trouve absorbée par la créance privilégiée du vendeur, que le gérant s'était engagé à éteindre aux termes de l'acte social, le surplus du prix appartient exclusivement aux associés, et est soustrait, à ce titre, à l'action des créanciers du gérant. — Même arrêt.

333. — A plus forte raison, les associés ne peuvent-ils demander le remboursement de leur mise sans attendre le résultat de la liquidation. — Pau, 19 nov. 1867, précité.

334. — Les juges appelés à décider s'il y a lieu de procéder à une distribution de deniers entre les coïntéressés dans la liquidation d'une société de fait, peuvent examiner l'état de cette liquidation et les éventualités de réclamation de la part des créanciers n'ayant point encore agi, conclure de ce double examen que la distribution des deniers proposée est opportune, l'ordonner et en fixer la mesure. — Les juges ne font ainsi qu'user de leur droit souverain de constater et d'apprécier les faits, sans excéder leurs pouvoirs, ni violer aucune loi. — En d'autres termes, si l'intention des parties, révélée par les actes d'exécution qui ont suivi la rédaction des statuts, paraît avoir été de déroger à certaines clauses de l'acte constitutif, le juge n'est pas rigoureusement lié par les statuts de la société déclarée nulle, et il peut tenir compte, pour le règlement des droits des parties, de l'intention manifestée par l'exécution. — Cass., 20 janv. 1875, Prevel, [S. 75.1.168, P. 75.144, D. 76.1.14]

335. — Et un arrêt peut, sans méconnaître le principe de l'autorité de la chose jugée, retrancher du solde débiteur du compte du liquidateur fixé par le précédent arrêt, soit une somme représentant des paiements effectués par le liquidateur depuis l'époque de cette fixation, soit une somme correspondant à des créances portées dans le compte comme valeur à recouvrer, mais qui n'ont pu être touchées malgré toutes les diligences du liquidateur. — Même arrêt.

336. — De ce que la liquidation de la société a lieu d'après les mêmes règles que si elle eût été valablement constituée, il résulte que la société en nom collectif, nulle pour défaut de publicité, sera liquidée comme société en nom collectif, et, par suite, que la compétence pour statuer sur la dissolution sera déterminée, en matière de société, par l'art. 59, C. proc. — V. Garsonnet et Cézar-Bru, *Tr. de proc.*, 2[e] éd., t. 2, § 469. — V. *suprà*, n. 309.

337. — Jugé que la nullité des sociétés de commerce, édictée, pour défaut de publicité, par l'art. 56, L. 24 juill. 1867, n'ayant d'effet, entre les associés, que pour l'avenir, ne fait pas échec à la compétence instituée par l'art. 59, C. proc., pour la demande formée par un associé contre les autres. — Cass., 16 juill. 1901, Chaumeil, [S. et P. 1903.1.136, D. 1902.1.464] — V. aussi Cass., 11 juin 1888, Synd. de la Société *le Crédit parisien*, [S. 90.1.516, P. 90.1.1249, D. 89.1.293] — Caen, 23 janv. 1844, Gibert, [S. 45.2.6, P. 45.1.158]

338. — C. *Effets de la nullité entre les associés et les tiers.* — Au regard des créanciers sociaux, la société, qui est demeurée occulte par suite du défaut de publication, est juridiquement sans valeur. Ils ont, par suite, le choix entre deux partis : ils peuvent à leur gré, et suivant leur intérêt, se prévaloir de la nullité ou tenir la société pour régulière. Dans le cas où les tiers invoqueront, comme ils en ont le droit, la nullité de la société pour défaut de publicité, la conséquence sera que la société doit être considérée comme n'ayant à leur égard aucune existence légale, *même dans le passé*; et, par suite, cette nullité a pour effet d'anéantir les conventions qui ont été conclues entre eux et la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 233; Houpin, t. 1, n. 569, et t. 2, n. 1023; Pont, t. 2, n. 1257; Thaller, n. 367.

339. — Lorsque les créanciers invoquent la nullité de la société pour défaut de publicité, leurs créances ne s'évanouissent

pas, comme on pourrait se l'imaginer; la nullité de la société est en effet inopposable aux tiers qui ont traité avec elle (art. 56, *in fine*). Il en résulte que l'annulation de la société laisse subsister pour l'avenir les conventions passées entre les tiers et les associés. Les associés qui ont personnellement contracté l'engagement deviennent, à la place de la société, conjointement (et comme nous sommes en matière de commerce, *solidairement*) tenus de cette obligation. Au lieu d'un passif social, les tiers se trouvent en présence de dettes contractées par plusieurs personnes ensemble. La conséquence en est que si les créanciers ont traité avec une société en nom collectif, ils peuvent, quel que soit le parti auquel ils s'arrêtent, poursuivre chacun des associés pour le tout. — Cass., 28 févr. 1859, Thurneyssen, [S. 59.1 509, P. 59.222, D. 59.1.232]; — 13 mars 1854, Armingaud, [S. 54.1.378, P. 55.1.232, D. 54.1.130] — Nancy, 25 avr. 1853, Maguin, [S. 55.2.535, P. 55.1.428, D. 55.2.349]

340. — On s'est demandé, à cet égard, si les associés commanditaires ou les actionnaires d'une société anonyme, en cas de nullité pour défaut de publicité, ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur mise. La question est controversée. Si l'on adopte la négative, il va en résulter notamment que le fait par les créanciers de demander la nullité les autorisera à poursuivre les commanditaires même sur leurs biens personnels en paiement des dettes sociales. Cette solution serait d'une rigueur excessive, car c'était aux commandités et non aux commanditaires qu'incombait l'obligation d'observer les règles relatives à la publicité. Les créanciers ont ignoré la situation de ces derniers et ils ne peuvent avoir d'action que contre les associés en nom avec lesquels ils ont été en rapports d'affaires. La jurisprudence a d'abord décidé que les commanditaires ne peuvent, dans cette hypothèse, se réclamer de leur qualité pour se soustraire à la solidarité des obligations sociales, et que chacun d'eux se trouve placé sous l'empire d'une société de fait qui, ayant pour but des opérations commerciales, a pour effet de rendre tous les associés au même titre solidairement responsables des dettes sociales. — Lyon, 7 août 1851, Lagorée, [D. 54.2.85]; — 21 oct. 1883, Pelletier, [D. 86.2.113] — Mais elle s'est ensuite départie de cette rigueur et s'est prononcée définitivement pour la solution la moins rigoureuse.

341. — Jugé, en ce dernier sens, que lorqu'il existe un acte écrit non publié, ou même lorsqu'en l'absence d'acte écrit, il est manifeste que les parties ont eu l'intention de constituer une société en commandite ou une société anonyme, les tiers peuvent, à leur choix, ou considérer la société comme nulle, en s'interdisant, par cela même, toute action contre les commanditaires qu'ils ne connaissent point, ou la société pour valable, en reconnaissant alors à ses membres la qualification juridique qu'ils tiennent du pacte social, et en considérant comme simplement engagés jusqu'à concurrence de leurs apports ceux qui, d'après l'acte, ne sont que des commanditaires. Mais les tiers ne peuvent, sous aucun prétexte, dénaturer la convention et faire considérer les commanditaires comme des associés en nom collectif. — Cass., 28 févr. 1859, précité. — Paris, 16 janv. 1858, Thurneyssen, [S. 58.2.268, P. 58.22, D. 59.2.166], — Riom, 14 janv. 1862, Boulangier, [D. 62.2.183] — Paris, 29 janv. 1863, Petit, [D. 63.2.38] — Trib. corr. Seine, 7 janv. 1887, [J. *La Loi*, 21 juill. 1887] — V. Bédarride, n. 368; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 226; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 527; Pont, t. 2, n. 1255.

342. — Tout au moins les tiers ne peuvent-ils actionner les commanditaires pour les faire considérer comme des associés responsables solidairement qu'à la condition de prouver qu'ils se sont présentés à eux comme des associés en nom collectif, ou que la société ne leur a été révélée que comme société de fait. En un mot, et par application du droit commun (C. civ., art. 1382, 1383), toutes les fois que les associés auront agi en vue d'induire les tiers en erreur sur les vrais caractères de la société, ceux-ci pourront faire prononcer la solidarité à titre de peine. C'est ce qu'a décidé l'arrêt précité du 28 févr. 1859 en s'inspirant des art. 25, 27 et 28, C. comm., qui imposent la solidarité aux commanditaires qui se sont immiscés dans l'administration de la société et dans les actes de gérance. — Bordeaux, 10 mai 1899, Junz, [S. et P. 1901.2.94, D. 1900.2.158] — V. aussi *infrà*, v° *Solidarité*.

343. — Il n'en serait autrement que si la société avait publiquement fonctionné comme société en nom collectif, de manière que les tiers aient pu être trompés par l'apparence d'une société de fait existant entre l'associé en nom collectif et les associés commanditaires. — Cass., 22 févr. 1859, précité. — La même solution devrait être donnée si des circonstances de fait, imputables au commanditaire, avaient occasionné cette erreur des tiers, comme si, par exemple, le commanditaire avait, par négligence, laissé insérer son nom dans la raison sociale. — Thaller, n. 367. — Sur l'immixtion des commanditaires et ses conséquences juridiques, V. *infrà*, n. 1540 et s.

344. — De même, un associé commanditaire ne saurait être compris dans la faillite de l'associé en nom, par cela seul que le déficit de l'actif social aurait sa cause principale dans des actes d'une société en nom collectif qui avait existé antérieurement entre les mêmes associés. — Paris, 16 janv. 1858, précité.

345. — Supposons, au contraire, que les tiers, en vertu de leur faculté d'option, n'invoquent pas la nullité de la société, et que cette nullité ne soit pas demandée contre eux par les créanciers personnels des associés. En ce cas, les choses se passeront comme si la société avait été régulièrement contractée, et chacun pourra faire valoir, tant contre la société qu'en sa faveur, tous les droits inhérents à sa qualité de créancier social d'une société commerciale valablement constituée. — Cass., 13 mars 1854, précité; — 28 févr. 1859, précité; — 12 nov. 1894, Rigot, [S. et P. 97.1.117, D. 95.1.38] — Limoges, 10 mars 1848, Pradeaux, [S. 48.2.353, P. 48.2.139, D. 48.2.163] — Nancy, 25 avr. 1853, précité. — Paris, 29 janv. 1863, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 222; Houpin, *loc. cit.*; Pont, t. 2, n. 1255.

346. — Il a été jugé spécialement que, dans le cas où l'existence d'une société commerciale non publiée s'est révélée postérieurement à sa dissolution et à sa liquidation, les anciens associés sont tenus envers les tiers des opérations faites ou commencées pendant la durée de la société, sans que les tiers soient tenus de prouver qu'ils connaissaient l'existence de la société. — Cass., 13 mars 1854, précité.

347. — De même, si l'un des associés n'avait point versé sa mise sociale, cette mise est due à la société, aux termes de l'art. 1845, C. civ., et, par conséquent, elle doit être confondue dans l'actif social, pour être distribuée indistinctement entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels : elle ne peut être considérée comme due aux autres associés personnellement, et par suite, être attribuée exclusivement à leurs créanciers personnels. — Limoges, 10 mars 1848, précité.

348. — D'autre part, de ce que les associés ne peuvent pas opposer aux tiers la nullité de la société, il résulte que, malgré cette nullité, les créanciers sociaux peuvent faire déclarer la société en faillite quand ils sont en présence des seuls associés. — Cass., 25 févr. 1879 (sol. impl.), Vautier, [S. 81.1.461, P. 81.1.1187, D. 80.1.20] — Bordeaux, 8 déc. 1870, Buisaud et Cornil, [D. 72.2.22] — Lyon, 21 déc. 1883, précité. — *Sic*, Boistel, n. 394; Deloison, n. 95; Houpin, t. 1, n. 509 et t. 2, n. 1023; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 239; Thaller, *Rev. crit.*, 1885, p. 298. — *Contrà*, Caen, 18 mai 1864, Beau, [S. 65.2.103, P. 65.476, D. 66.2.35] — Orléans, 9 août 1865, Chollet, [S. 66.2.57, P. 66.321] — Sur la faillite d'une société nulle, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 143 et s.

349. — Les créanciers d'une société déclarée en état de faillite peuvent même faire comprendre dans cette faillite un individu qui ne figure pas parmi les associés dénommés dans l'acte de société légalement publié, s'ils prouvent que cet individu était réellement associé. Et cet état de faillite peut être opposé aux créanciers personnels de cet individu, alors qu'en traitant avec lui ils savaient qu'il était associé et qu'il s'engageait avec eux en qualité d'associé. — Cass., 31 mars 1851, Lagard, [S. 51.1.276, P. 51.2.648, D. 51.1.136]

350. — Il a été jugé également que la qualification de commandite donnée à la convention intervenue entre un père et ses enfants, après le décès de la mère, et par laquelle les biens maternels et les biens de la communauté attachés à une exploitation industrielle ont été laissés en société sous la gérance du père, les risques de perte des enfants, simples commanditaires, étant limités à la valeur de leurs droits dans la succession de leur mère, ne rencontre aucun obstacle juridique dans le défaut de publicité de la société, lequel, d'après l'art. 56, n'est pas opposable aux tiers par les associés. — Cass., 28 mars 1892, Marie et Allègre, [S. et P. 93.1.461, D. 92.1.165]

351. — Si les tiers peuvent, à leur choix, invoquer la nullité de la société, ou repousser cette nullité et considérer la société comme valable à leur égard dans le passé, ils ne sauraient cependant être admis à invoquer le pacte social pour établir l'existence

de la société, et à le repousser quand il s'agit de qualifier cette société; ils doivent l'accepter ou le rejeter pour le tout. — Cass., 28 févr. 1859, Thurnessyen, [S. 60.1.157, P. 60.627, D. 59.1.408] — Paris, 16 janv. 1858, Thurneyssen, [S. 58.2.268, P. 58.22, D. 59.2.166]; — 24 janv. 1888, De Mandat-Grancey, [S. 90.2.147, P. 90.1.872, D. 89.2.141] — Rouen, 30 mars 1885, sous Cass., 16 nov. 1887, Stobo et autres, [S. 88.1.369, P. 88.1.908] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 527; Pont, t. 2, n. 1255.

352. — Il faut entendre par tiers, dans le sens de l'art. 56, non seulement les créanciers sociaux, mais d'une manière plus générale, tous ceux qui, n'étant point chargés des formalités de publicité prescrites par la loi, ne peuvent être rendus responsables de l'omission qui en a été faite. — Cass., 31 déc. 1889, Santet et Moreau-Dufié, [S. et P. 92.1.454, D. 90.1.253]

353. — Ainsi, la nullité résultant de ce que la dissolution d'une société n'aurait pas été publiée conformément à la loi ne saurait être opposée par les ayants-droit de cette société à l'encontre d'une société nouvelle à laquelle l'actif de l'ancienne société avait été apporté, alors que les deux sociétés ont conservé leur personnalité indépendante et leurs intérêts distincts, et même contraires; dans ces conditions, la nouvelle société n'étant point chargée de publier la dissolution de l'ancienne et ne pouvant ainsi être déclarée responsable de ce défaut de publication, est à bon droit considérée comme un tiers dans le sens de l'art. 56. — Même arrêt.

354. — Les associés eux-mêmes peuvent être considérés comme des tiers véritables lorsqu'ils ont contracté en leur nom personnel avec la société, et ils ont alors les mêmes droits que tout autre tiers contre la société. Ainsi, et spécialement, l'associé qui, par l'acte social, a consenti la location d'une maison à la société, peut exiger l'exécution du bail, nonobstant la nullité de cette société. Et les associés sont tenus solidairement de l'exécution du bail. — Cass., 28 févr. 1859, précité.

355. — D. *Effets de la nullité entre les associés et leurs créanciers personnels.* — Au regard des créanciers personnels des associés, l'absence de publicité produit aussi des effets importants. Un créancier personnel peut d'abord, du chef de l'associé son débiteur, et en vertu de l'art. 1166, C. civ., agir en nullité contre les autres associés. Mais ce procédé n'est pas très-avantageux pour lui, car, en supposant que la société ait été malheureuse dans ses opérations, il devra s'effacer, tant que les créanciers sociaux n'auront pas été remboursés. — Thaller, n. 371.

356. — Mais les créanciers personnels des associés doivent également être considérés comme des tiers dans le sens de notre art. 56; et, par suite, ils peuvent, à leur choix, dans leurs rapports avec les associés, tenir la société pour valable dans le passé, ou bien se prévaloir de sa nullité pour défaut de publicité, suivant leur intérêt (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 235). — Sur le droit pour les créanciers personnels des associés de demander de leur chef la nullité de la société, V. *suprà*, n. 280 et s.

357. — Si les créanciers personnels n'invoquent pas la nullité de la société, cette nullité produira entre eux et les associés les mêmes effets que ceux que nous venons de préciser relativement aux associés. D'une part, elle entraînera la dissolution de la société pour l'avenir. D'autre part, la liquidation et le partage devront s'effectuer conformément aux statuts sociaux : la part revenant à chacun des associés sera le gage de ses créanciers personnels. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

358. — Si, au contraire, les créanciers personnels des associés demandent la nullité pour défaut de publicité, la société doit être considérée, à leur égard et dans leurs rapports avec les associés, comme n'ayant point d'existence légale même dans le passé. Par suite, ces créanciers peuvent revendiquer, comme faisant partie de leur gage, l'actif appartenant à l'associé, leur débiteur, dans la société, et cela, soit qu'il s'agisse de biens existant au moment de la formation de la société, soit qu'il s'agisse de biens acquis depuis par ledit associé. — Cass., 14 mars 1849, Devron, [S. 49.1.633, P. 49.2.358, D. 49.1.457]

359. — Et si, après le prélèvement de ces apports, il reste encore, par suite des acquisitions faites par la société pendant son fonctionnement, un reliquat disponible, le partage doit en être effectué, non pas conformément aux dispositions des statuts sociaux, mais proportionnellement aux apports : du moment, en effet, que la société n'a pas d'existence légale, les associés doivent être traités comme de simples copropriétaires vis-à-vis de leurs créanciers. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 235; Rousseau, t. 1, n. 425.

360. — Il a été jugé, dans le même sens, que le créancier personnel d'un associé est fondé à pratiquer une saisie-arrêt sur les sommes dues par un tiers à l'associé son débiteur, et que ce dernier avait cédées à son coassocié lors de la dissolution de la société, pour le remploi de ce qu'il lui devait pour avances faites dans l'intérêt de la société. — Paris, 4 mars 1840, Girin, [S. 40.2.162, P. 40.1.385]

361. — La jurisprudence a reconnu, au surplus, aux créanciers personnels un droit qui leur est propre, et qui leur permet, en dehors par conséquent des conditions requises pour l'application de l'art. 1166, d'exercer leur mainmise sur les biens de leur débiteur, et spécialement de faire valoir leurs hypothèques sur les immeubles que celui-ci avait apportés à la société annulée. — Cass., 14 avr. 1893, Lecocq, [S. et P. 97.1.487, D. 94.1.91] — *Sic*, Thaller, n. 271. — V. aussi Cass., 20 nov. 1901, Codvelle, [S. et P. 1904.1.22]

362. — Lesdits immeubles doivent être réputés n'être jamais sortis du patrimoine de l'apporteur, du moment où la société qui les a reçus n'a jamais eu d'existence légale : c'est seulement, en effet, entre les contractants, et non pas à l'encontre de leurs créanciers respectifs, qu'une société, bien qu'annulée, conserve ses effets pour le passé, et reste sujette, pour sa liquidation anticipée, aux règles établies par les accords qui ont déterminé sa formation. — Même arrêt. — En conséquence, la cession faite par un associé à sa femme, au cours de la société, de « ses droits, parts et intérêts » dans cette société, ne saurait être opposable, en cas d'annulation de la société, au créancier personnel de cet associé, lorsque, l'apport de ce dernier consistant uniquement en immeubles grevés de l'hypothèque de ce créancier, la cession n'a pas fait l'objet des formalités prescrites par la loi du 23 mars 1855, sur la transmission de la propriété immobilière. — Même arrêt.

363. — Nous nous expliquons moins l'arrêt décidant que si des droits hypothécaires valables ont été conférés par la société, pendant sa durée, à des tiers sur les immeubles, chacune des inscriptions régulièrement prises doit produire effet, à son rang, selon le droit commun (Cass., 20 nov. 1901, précité). Cette solution d'une question, qui ne se présentait pas dans l'espèce, n'est pas motivée, et elle est d'ailleurs contestable. Elle repose sur l'idée que la société, nulle pour défaut de publication, peut conférer des droits valables sur l'immeuble hypothéqué. Or, la Cour de cassation reconnaît que, par suite de la rétroactivité de l'annulation, l'immeuble est censé n'être jamais sorti du patrimoine de l'associé apporteur. Mais, par là même, l'immeuble est censé n'être jamais entré dans le patrimoine de la société. Donc cet immeuble n'a pu être frappé d'hypothèque du chef de la société. On peut objecter qu'aux termes mêmes de l'art. 56, L. 24 juill. 1867, la nullité de la société pour défaut de publications ne peut être opposée par les associés aux tiers. Mais la nullité est opposable par les créanciers personnels des associés aux créanciers sociaux. — V. *suprà*, n. 281.

364. — D'autre part, de ce que la société est nulle, même dans le passé, à l'égard des créanciers personnels des associés, il résulte qu'un des associés n'a, vis-à-vis des créanciers de son associé, aucun droit de prélèvement à titre de propriété sur l'actif commun : il n'a qu'un droit de créance. — Cass., 13 févr. 1855, Poriquet, [S. 55.1.721, P. 56.1.157, D. 55.1.308]

365. — Spécialement, le commanditaire d'une société nulle pour défaut de publication n'a pas le droit, à la différence du commanditaire d'une société légalement formée, de prélever sur l'actif social, par préférence aux créanciers personnels du gérant, le montant des sommes qu'il a fournies pour sa commandite. Mais ayant suivi la foi du gérant en lui fournissant ses fonds, il est dans la même situation que les créanciers personnels du gérant, et il doit avoir les mêmes droits; en conséquence, il peut concourir avec eux au marc le franc. — Lyon, 24 janv. 1845, Garci, [S. 46.2.211, P. 46.2.315]; — 15 janv. 1856, [D. 56.2.223]

366. — Toujours en vertu du même principe, il a été jugé que lorsque le syndic de la faillite de l'un des associés a fait prononcer la nullité de la société pour défaut de publicité, la société ainsi déclarée nulle n'étant pas susceptible, faute de personnalité civile distincte, de retenir contre l'un des associés une créance donnant lieu, lors du partage, à des rapports au profit de l'autre, et, d'autre part, l'état de faillite de l'associé débiteur mettant obstacle à toute compensation, l'associé créancier ne peut recouvrer les sommes à lui dues par la société qu'en pro-

duisant avec les autres créanciers de son associé sur la moitié de l'actif commun revenant à la faillite. — Cass., 25 mars 1890, Compa, [S. et P. 92.1.126, D. 90.1.475] — Sur le droit pour le syndic de la faillite d'un associé de demander la nullité de la société, V. *supra*, n. 284.

367. — En résumé, dans les rapports des associés entre eux, et dans les rapports de ces derniers et de leurs créanciers personnels, la nullité opère comme une dissolution.

368. — E. *Effets de la nullité entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés.* — Les créanciers personnels des associés pouvant opposer la nullité de la société aux créanciers sociaux, il en résulte que la société commerciale déclarée nulle pour défaut de publicité n'a jamais eu d'existence légale à leur égard, qu'elle constitue une simple communauté d'intérêts, et qu'il n'y a pas de fonds social sur lequel les créanciers sociaux puissent exercer le droit de préférence qui leur est reconnu dans les sociétés régulièrement constituées. Les biens de la société doivent donc être considérés comme appartenant individuellement aux associés, de sorte que les créanciers sociaux ne peuvent, à l'encontre des créanciers personnels de chaque associé, invoquer l'action solidaire qui leur appartiendrait au cas où la société aurait été régulièrement constituée; et les deux catégories de créanciers viennent en concours sur les biens de la société. — Cass., 18 mars 1846, Tresca, [S. 46.1.683, P. 46.2.311, D. 46.1.241], — 7 mars 1849, Grall, [S. 49.1.397, D. 49.1.77]; — 13 févr. 1855, Poriquet, [S. 55.1.721, P. 56.1.157, D. 55.1.308] — Rouen, 10 déc. 1839, Lasnier, [S. 40.2.118] — Caen, 8 mars 1842, Moinon, [S. 43.2.337, P. 43.2.41] — Lyon, 24 janv. 1845, Garci, [S. 46.2.211, P. 46.2.345, D. 46.2.81]; — 28 janv. 1873, D^lle Robert, [D. 73.2.38] — Bordeaux, 15 juin 1847, Viellemand, [S. 48.2.743, P. 49.1.160, D. 49.2.36] — Limoges, 10 mars 1848, Pradeaux, [S. 48.2.353, P. 48.2.139, D. 48.2.163] — Angers, 2 août 1865, Missand, [S. 67.2.75, P. 67.340, D. 66.2.189] — Rennes, 6 mars 1869, Thebaut, [S. 69.2.254, P. 69.1009, D. 70.2.224] — Grenoble, 11 juill. 1873, Lyonet et autres, [S. 73.2.202, P. 73.859, D. 74.2.167] — Paris, 12 févr. 1885, Chevresson, [D. 86.2.191] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 818; Delangle, n. 547; Houpin, t. 1, n. 571, et t. 2, n. 1023; Pont, t. 2, n. 1271 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 237; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 392; Vavasseur, t. 2, n. 1031. — *Contrà*, Cass., 13 janv. 1821, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 883] — Paris, 8 juill. 1847, Malbaud, [S. 48.2.58, P. 47.2.203]

369. — Par suite, les créanciers de la société annulée ne pouvant invoquer contre les créanciers personnels des associés le droit de préférence qu'ils posséderaient si la société avait été régulièrement constituée, les créanciers personnels de chaque associé ont le droit de concourir dans la répartition de l'actif social avec les créanciers de la société, sans qu'il y ait à distinguer entre les apports sociaux, les biens acquis au cours du fonctionnement de la société et les bénéfices sociaux. — Cass., 13 févr. 1855, précité. — Ces créanciers personnels exerceront leurs droits sur la part revenant à leurs débiteurs dans l'actif social, soit par concurrence et au marc le franc avec les créanciers de la société, soit d'après le rang attaché aux droits hypothécaires ou privilégiés les uns des autres. — V. les arrêts précités.

370. — Par application de ce principe, les créanciers de la société, à raison de sommes déposées dans la caisse sociale à titre de cautionnement ou de mandat, n'ont aucun droit de préférence pour ces créances, vis-à-vis des créanciers personnels des associés. — Cass., 13 févr. 1855, précité.

371. — D'autre part, la nullité de la société produit cet effet dans les rapports des créanciers personnels des associés et des créanciers sociaux, que ceux-ci ne peuvent exercer, à l'égard des créanciers personnels, l'action solidaire que leur confère l'art. 22, C. comm., contre les associés en nom collectif. — Rennes, 6 mars 1869, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 238; Pont, t. 2, n. 1274. — Sur la solidarité des associés en nom collectif, V. *infrà*, n. 1210 et s.

372. — Toutefois, et par application de l'idée que les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés ne subiraient cependant plus la loi du concours s'il existait au profit de l'un d'eux une cause légitime de préférence, il a été décidé que la femme de l'un des associés peut exercer son hypothèque légale et primer les autres créanciers sur la part revenant à son mari dans les immeubles sociaux. — Même arrêt.

373. — Il est certain également que, si les créanciers sociaux ne peuvent exercer leur action solidaire à l'encontre des créanciers personnels des associés, du moins conservent-ils cette action contre ceux des associés sur les biens desquels ils ne sont pas en conflit avec des créanciers personnels; car autrement, on violerait la règle d'après laquelle les associés ne peuvent pas opposer la nullité aux créanciers sociaux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 238, *in fine*.

374. — De ce que la société déclarée nulle n'a point d'existence légale dans les rapports des créanciers personnels des associés et des créanciers sociaux, il résulte encore que les créanciers personnels ont la faculté de s'opposer à la déclaration de faillite de ladite société, en invoquant sa nullité, et de faire prononcer la faillite individuelle de chacun des associés. — Cass., 24 août 1863, Lombard, [S. 63.1.486, P. 64.95, D. 63.1.353]

375. — Et la faillite de chacun d'eux ne peut ni être confondue avec celle de leurs associés de fait, ni être portée de plein droit à la même date, ni produire les mêmes effets à l'égard de leurs créanciers personnels, alors surtout qu'il n'est pas établi que ces créanciers aient eu connaissance de la société. — Même arrêt. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 239.

5° Caractères et durée de l'action en nullité.

376. — Nous avons vu que le dernier caractère des nullités absolues, c'est de ne pouvoir se prescrire, tandis qu'au contraire, dans la nullité relative, la prescription est possible. Une société nulle pour défaut de publicité peut-elle, par la prescription, être transformée en société valable? On ne trouve aucune indication à cet égard dans la loi de 1867, d'où controverse. Certes, au point de vue pratique, la nécessité d'une prescription serait utile dans l'intérêt du crédit et de la sécurité commerciale. Il existe des inconvénients graves à ce qu'une société fonctionne ostensiblement pendant un laps de temps assez long, sous la menace continuelle d'une demande en nullité pour défaut de publicité. La perspective de la nullité des opérations commencées est un obstable au crédit social; et, en législation, l'existence de la société, prolongée pendant un certain temps, devrait être assimilée à une publicité régulière. Mais cette solution ne peut être enseignée dans l'état actuel de notre droit, et, bien qu'on ait proposé d'admettre soit la prescription de dix ans (C. civ., art. 1304), soit celle de trente ans (C. civ., art. 2262), la plupart des auteurs décident que la demande en nullité est imprescriptible.

377. — En effet, la nullité des sociétés pour défaut de publicité est une nullité absolue; elle a été établie, non dans un intérêt purement privé, mais dans un intérêt général, qui est précisément celui du crédit des sociétés. L'action en nullité présente ainsi un caractère d'ordre public, qu'elle a conservé avec toutes ses conséquences légales, même depuis la loi du 1er août 1893. L'opinion contraire, soutenue depuis cette dernière loi par certains auteurs, est inadmissible; en effet, les dispositions de l'art. 3 de la loi de 1893, qui ont été incorporées dans l'art. 8 de celle du 24 juill. 1867, et en vertu desquelles l'action en nullité peut être couverte, soit par la prescription de dix ans, soit par l'accomplissement tardif des conditions primitivement omises, ne visent que les nullités encourues pour irrégularité de constitution des sociétés par actions; et elles sont restées étrangères à la prescription de la nullité résultant du défaut de publicité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 216; Bouvier-Bangillon, *Loi du 1er août 1893*, p. 85 et s.; Houpin, t. 2, n. 1021; Rousseau, t. 1, n. 433; Ruben de Couder, v° *Société*, *Suppl.*, n. 155.

378. — Vainement certains auteurs se sont-ils prévalus, en faveur de l'extension, à la nullité pour défaut de publicité, des règles de l'art. 8 concernant la nullité pour vice de constitution, d'un passage du rapport de M. Clauzel de Coussergues à la Chambre des députés. Dans ce passage, le rapporteur semble bien, en effet, attribuer au législateur de 1893 l'intention d'étendre à toutes les causes de nullité la prescription spéciale édictée par l'art. 8 ainsi que la fin de non recevoir déduite de l'accomplissement même tardif des formalités légales. — Genevois, *Nouv. régime des sociétés*, n. 51; Faure, *Loi du 1er août 1893*, p. 82; Rousseau, t. 1, n. 439. — V. aussi Trib. Nantes, 11 déc. 1897, [*Journ. des soc.*, 98.130] — V. sous l'empire de l'ancienne loi, Beslay et Lauras, t. 5, n. 643; Vavasseur, n. 710 *ter*, favorables à la prescription de dix ans; Bédarride, t. 1, n. 159, en faveur de la prescription de trente ans.

379. — Mais tout équitable qu'elle soit, cette interprétation extensive de la loi de 1893 est inadmissible. Les travaux préparatoires ne sauraient, en effet, l'emporter sur le texte de la loi, alors surtout qu'il s'agit de déroger à un principe juridique certain, au principe de l'imprescriptibilité des nullités absolues et d'ordre public (V. auteurs cités *suprà*). — V. Arthuys, *De la constitution des sociétés par actions*, n. 190, et les auteurs cités *suprà*, n. 377.

380. — Il faut donc décider que l'action en nullité, étant d'ordre public, est imprescriptible, et qu'en l'absence d'un texte formel, on ne saurait admettre qu'une société illégalement constituée puisse devenir légale et valable par la seule expiration d'un laps de temps plus ou moins prolongé. — Alauzet, t. 2, n. 472; Boistel, n. 354; Dalloz, *Sociétés en commandite*, p. 353 et s.; Houpin, *loc. cit.;* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 218; Pont, t. 2, n. 1239; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 353, et *Suppl.*, n. 154.

381. — Etant d'ordre public, la nullité dont il s'agit ici ne peut se couvrir par une confirmation. La volonté des associés ne peut abolir le vice résultant du défaut de publicité; le vice ne saurait être couvert ni par l'exécution volontaire donnée par les associés au contrat, ni par une délibération des associés; les faits d'exécution n'établissent qu'une simple communauté d'intérêts commerciaux pour le passé. — Cass., 30 janv. 1839, Ramel, [S. 39.1.393, P. 39.1.354]; — 31 déc. 1844, Grenouillet, [S. 45.1.10, P. 45.1.45] — Nîmes, 9 déc. 1829, Mortardier, [S. et P. chr.] — Toulouse, 25 juill. 1834, Marc, [S. 35.2.73, P. 35.2.92]; — 22 avr. 1837, Bimar, [S. 37.2.441] — Bruxelles, 13 févr. 1830, Berard, [S. et P. chr.] — Rennes, 22 juin 1837, Maheu, [S. 37.2.441, P. 37.2.536] — Bordeaux, 5 févr. 1841, Guérard, [S. 41.2.219] — Paris, 8 juill. 1847, Malliard, [S. 48.2.58, P. 47.2.203] — *Sic*, Delangle, t. 2, n. 531 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 216; Molinier, t. 1, n. 280; Pardessus, t. 2, n. 1007; Vavasseur, t. 2, n. 1027. — *Contrà*, Cass., 12 juill. 1825, Fontenilliat, [S. et P. chr.]; — 6 juin 1831, Virnot, [S. 31.1.246, P. chr.] — Aix, 9 juill. 1828, Bonnard, [S. 32.1.544, P. chr.] — Bruxelles, 16 janv. 1830, Chell, [S. et P. chr.] — Paris, 18 janv. 1845, Conor, [S. 45.2.227, P. 45.1.141] — V. Trib. comm. Nice, 26 déc. 1900, [*Rev. des soc.*, 1901.251 ; *Journ. des soc.*, 1901.204]

382. — En tout cas, et en admettant que la nullité de la société soit couverte par l'exécution du pacte social vis-à-vis des associés, les créanciers personnels d'un associé ne pourraient pas non plus se prévaloir du défaut de publication : ces créanciers n'ayant pas plus de droits que leur débiteur, les exceptions opposables à celui-ci le sont également à eux-mêmes, sauf le cas où la dissolution aurait eu lieu en fraude de leurs droits. — Paris, 18 janv. 1845, précité.

383. — Mais si la ratification de l'acte de société entaché de nullité n'est pas possible, il faut cependant admettre que les tiers ont le droit de renoncer valablement, s'ils le veulent, à leur action en nullité. Les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir d'appréciation souverain pour décider si cette renonciation a été faite ou non. Pratiquement, cette faculté de renonciation reconnue aux tiers peut aboutir aux mêmes résultats qu'une confirmation véritable, si, ultérieurement, les formalités de publicité son remplies, avant que la société ait traité avec d'autres personnes. — Cass., 1er mars 1882, Pillon de Saint-Philibert, [S. 84.1.231, P. 84.1.550, D. 83.1.130] — Bordeaux, 16 déc. 1829, Lopez-Dias, [S. et P. chr.] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 216; Houpin, t. 2, n. 1022.

384. — En dehors de la volonté des associés ou des tiers, la confirmation ne pourrait-elle pas résulter d'un événement ultérieur? Et, par exemple, la publicité tardive ne suffit-elle pas à couvrir la nullité résultant du vice initial? Sur ce point, la jurisprudence a décidé que la nullité résultant du défaut de publication, dans le mois, des actes spécifiés dans les art. 55 et 56 de la loi de 1867, peut être couverte par la publication faite, *même après ce délai;* mais, pour que ce résultat soit acquis, il est nécessaire que la publication ait été faite avant qu'aucun droit, résultant du retard, ait été acquis aux tiers, et qu'aucune action en nullité fondée sur ce retard n'ait été formée. — Cass., 6 juin 1831, précité; — 20 déc. 1882, Synd. de la Soc. foncière calédonienne, [S. 83.1.198, P. 83.1.490, D. 83.1.301] — Amiens, 18 févr. 1878, Magnier, [S. 78.2.97, P. 78.449] — Douai, 30 déc. 1891, Comp. des tramways du département du Nord et autres, [S. et P. 92.2.317] — *Sic*, Bédarride, n. 625 ; Demangeat, sur Bravard, t. 1, p. 201, note 2; Houpin, t. 2, n. 1022; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 214; Pont, t. 2, n. 1228 et s.; Vavasseur, t. 2, n. 1026; Ruben de Couder, v° *cit.*, *Suppl.*, n 129.

385. — Il résulte de là que la publicité tardive, alors du moins qu'elle est effectuée à un moment où aucune demande en nullité n'a encore été formée, couvre la nullité à l'égard des tiers qui traitent avec la société postérieurement à cette publicité, ces tiers, en effet, n'ont aucun droit acquis à la nullité dont la société était entachée à l'origine; et, d'ailleurs, ils ne peuvent se plaindre, ayant été mis à même de connaître les statuts sociaux comme si la publicité avait été faite dans le délai légal. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

386. — Mais la publicité tardive ne peut enlever le droit de demander la nullité aux tiers qui ont traité antérieurement avec la société; alors même que, avant toute réclamation de leur part, les mesures légales auraient été prises tardivement, ils ont la faculté de plaider en nullité; ces tiers ont, en effet, un droit acquis à la nullité, droit qui résulte de ce qu'ils ont traité avec une société qui n'avait point d'existence légale; et ce droit acquis ne peut plus leur être enlevé par une publication subséquente. — Trib. comm. Marseille, 28 déc. 1900, [*Rev. soc.*, 1901.252] — Grenoble, 30 oct. 1901, [*Rev. soc.*, 1902.343] — Houpin, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Thaller, n. 369; Pont, t. 2, n. 1230. — *Contrà*, Alauzet, t. 2, n. 808; Vavasseur, t. 2, n. 1028.

387. — Spécialement, le tiers, qui a fait une proposition au gérant d'une société non publiée ou irrégulièrement publiée, reste libre de la retirer quand bon lui semble. Peu importe que, ultérieurement et après l'expiration du délai d'un mois depuis sa constitution, la société régularise les formalités de publication ; cette réparation ainsi faite après le délai légal, à la supposer valable, ne saurait avoir pour effet de donner la vie à une convention pour laquelle l'accord et la volonté des parties ne se sont jamais rencontrés. — Nancy, 16 mars 1878, Soc. des hauts-fourneaux de Micheville, [S. 78.2.153, P. 78.618] — Sur pourvoi, Cass., 10 févr. 1879, Même partie, [S. 81.1.210, P. 81.1.509, D. 79.1.265]

388. — En tout cas, la nullité d'une société commerciale pour défaut de publication légale de l'acte social ne saurait être couverte, à l'égard des tiers intéressés, ni par l'existence notoire de la société, ni par sa durée de fait. — Paris, 8 juill. 1847, Malhaud, [S. 48.2.58, P. 47.2.203]

389. — Dans cet ordre d'idées, on aurait pu penser, en effet, que les tiers seraient empêchés d'invoquer la nullité par un certain événement postérieur : par exemple, un tiers a connu, par une autre voie que la publicité, les statuts de la société. Est-ce une fin de non recevoir de nature à faire rejeter sa demande en nullité? Non. La majorité des auteurs et la jurisprudence enseignent que, même alors que les tiers auraient eu connaissance de l'acte de société non public, la nullité subsiste. La publicité officielle est seule opposable aux tiers, car le législateur a voulu éviter les discussions sur ce point. Il a établi ici une présomption légale que les tiers ont ignoré la société non publiée, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire, elle est *juris et de jure*. Les associés ne pourraient donc faire repousser la demande en nullité, même en établissant la mauvaise foi du tiers demandeur. — Cass., 2 mars 1897, Bouchet, [S. et P. 97.1.261, D. 98.1.57] — Bordeaux, 12 juin 1873, Synd. Montomoy, [D. 77.5.414] — Paris, 1er juin 1854, de Conasson, [S. 54.2.535, P. 55.2.223, D. 56.2.230]

390. — En ce qui concerne les associés, la question de savoir si la publicité tardive couvre la nullité à leur égard est plus douteuse. D'après un premier système, la nullité, étant d'ordre public, peut toujours être invoquée par les associés, alors même que la société aurait été ultérieurement publiée. — Paris, 11 juill. 1857, Parmentier, [S. 58.2.40, P. 57.1142] — Lyon, 4 juill. 1827, Vauché, [S et P. chr.] — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Société*, n. 341 ; Troplong, t. 1, n. 241 et s.

391. — Un deuxième système accorde aux associés le droit de demander la nullité lorsqu'il y a des créanciers antérieurs qui pourraient eux-mêmes s'en prévaloir, mais le leur refuse dans le cas contraire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 214.

392. — Mais l'opinion la plus générale décide, sans distinction, que la nullité est couverte entre associés par cela seul que les formalités de publicité ont été accomplies, même tardivement : il suffit qu'elles aient eu lieu avant qu'une action en nullité n'ait été introduite par l'un des associés. — Cass., 6 juin 1831, précité; — 20 déc. 1882, précité. — Grenoble, 21 juill. 1823, Milleret, [S. et P. chr.] — Aix, 9 juill. 1828, Bernard, [S. 32.1.

541, P. chr.] — Paris, 26 janv. 1855, Comp. d'assurances *le Globe*, [S. 55.2.66, P. 55.1.12, D. 55.2.196] — Amiens, 17 févr. 1878, précité. — Lyon, 5 avr. 1881, Danjean, [S. 82.2.109, P. 82.1.581, D. 82.2.32] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 808; Bédarride, t. 2, n. 361; Boistel, n. 353; Delangle, t. 2, n. 537 et s.; Deloison, t. 1, n. 48; Malepeyre et Jourdain, p. 115; Pardessus, t. 3, n. 1008; Pont, t. 2, n. 1228; Vavasseur, t. 2, n. 1026.

§ 2. *Publicité incomplète. — Sanction.*

393. — Les art. 57 et 58 ne s'étant pas expliqués, à la différence des art. 55 et 56, sur la sanction qui doit être attachée à leurs prescriptions, la question de savoir quelle est cette sanction est controversée. Une première opinion assimile, au point de vue de leur sanction, les deux formalités qui constituent la publicité des sociétés, et décide en conséquence que la nullité de la société est encourue par cela seul que l'extrait inséré dans les journaux ne contient pas toutes les mentions qui y sont prescrites. — Cass., 20 juill. 1870, Bertrand et Ruch, [S. 72.1.65, P. 72.139, D. 71.1.339] — *Sic*, Mathieu et Bourguignat, n. 317; Rivière, n. 375.

394. — Jugé spécialement en ce sens que, en admettant que la clause concernant le paiement des intérêts aux actionnaires, en cas d'absence de bénéfices, doive être comprise dans l'extrait publié en exécution des art. 57 et 58 de la loi de 1867, le défaut de publicité de la clause ne pourrait, en tout cas, donner naissance à une simple demande en nullité de la stipulation, mais à une action en nullité de la société elle-même. — Cass., 8 mars 1881, Faré et Guérin, [S. 81.1.257, P. 81.1.619, D. 81.1.198] — Paris, 9 août 1877, Requillart, [S. 78.2.225, P. 78.966, D. 79.2.193] — C. sup. de just. de Luxembourg, 3 août 1882, Godchaux, [S. 83.4.30, P. 83.2.51]

395. — Une seconde opinion distingue entre les clauses du pacte social dont la publicité est formellement prescrite par nos articles, et celles qui doivent être publiées dans l'intérêt des tiers, bien que nos articles ne les aient pas comprises dans leur énumération. Pour les premières, leur omission entraînerait la nullité de la société elle-même, ou tout au moins, les tribunaux auraient le pouvoir de prononcer cette nullité si l'omission était de nature à nuire aux tiers. Quant aux autres, leur omission entraînerait, non pas la nullité de la société, mais simplement la nullité de la clause non publiée, en ce sens qu'elle ne serait pas opposable aux tiers intéressés. — Pont, t. 2, n. 1224 et s.; Houpin, t. 2, n. 1020; Vavasseur, t. 2, n. 1016.

396. — Enfin une troisième opinion décide que l'omission d'une des clauses prescrites dans l'extrait inséré dans les journaux ne saurait entraîner, en aucun cas, la nullité de la société, cette nullité n'étant pas édictée par nos articles : les tiers ont seulement le droit de demander la nullité de la clause non publiée. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 213; Beudant, *Rev. prat.*, t. 25, p. 341.

397. — Jugé à cet égard que les engagements contractés sous la signature ou raison sociale par un des associés dans son intérêt exclusivement personnel, obligent la société, encore bien que l'acte social interdise aux associés, à peine de nullité même vis-à-vis des tiers, de faire usage de la signature sociale dans leur propre intérêt, alors que cette clause n'a pas été publiée. — Cass., 21 févr. 1860, Dubrut, [S. 60.1.415, P. 60.1005, D. 60.1.121]

398. — De même, la convention par laquelle, lors de la formation d'une société en commandite simple, les associés ont reconnu les droits d'un créancier personnel de l'un d'eux et consenti à le payer avec les fonds sociaux, n'est opposable, en cas de faillite de la société, à la masse des créanciers sociaux représentée par le syndic, qu'autant qu'elle a été portée à la connaissance du public, lors de la constitution de ladite société. — Cass., 14 déc. 1886, Candelon, [S. 87.1.310, P. 87.1.756, D. 87.1.103]

399. — Spécialement, lorsque l'un des associés ayant déclaré apporter à la société le droit au bail des lieux dans lesquels doit s'exercer l'industrie sociale (dans l'espèce l'exploitation d'un café) et, en outre, une certaine somme indiquée, représentée dans les locaux loués par les travaux décoratifs, le matériel et les marchandises, l'accord intervenu entre les associés, tendant à faire exécuter par la société une clause du bail apporté, relative au remboursement entre les mains du bailleur des sommes par lui avancées pour l'exécution des travaux décoratifs, n'est point opposable aux créanciers sociaux, lorsque cet accord ne leur a pas été révélé par le pacte social. — Même arrêt.

400. — En tout cas, dans une société anonyme ayant pour objet des dépôts, un tiers déposant ne peut arguer d'une inexactitude commise dans l'extrait de l'acte social public, pour constituer la société en faute et comme telle responsable envers lui, que si cette inexactitude lui a été préjudiciable; et la solution de cette question de fait appartient souverainement aux juges du fond. — Cass., 5 mai 1880, Reverré, [S. 81.1.5, P. 81.1.5, et la note de M. Labbé, D. 80.1.269]

§ 3. *Nullités partielles applicables aux actes modificatifs.*

401. — L'accomplissement des formalités de publicité prescrites par l'art. 61 dans le délai légal a pour effet de rendre valables et opposables *erga omnes* les modifications apportées à l'acte constitutif de la société. Ainsi il a été jugé que l'associé dont la retraite a été régulièrement publiée est affranchi de toute responsabilité pour les dettes postérieures à cette retraite. — Cass., 5 juill. 1837, Sillac-Lapierre, [S. 37.1.765, P. 37.2.370]

402. — De même, la démission de l'associé gérant d'une société en commandite et son remplacement acceptés par l'assemblée des actionnaires équivalent, quand ils ont été légalement publiés, ainsi que le changement apporté à la raison sociale, à la retraite de cet associé. Par suite, l'associé gérant ainsi démissionnaire n'est pas responsable des dettes sociales postérieures à sa démission, alors même qu'elle n'a pas été suivie de la dissolution et de la liquidation de la société dont il a fait partie. — Cass., 12 janv. 1852, de Setières, [S. 52.1.193, P. 52.2.239, et la note de M. Massé, D. 52.1.52] — *Contra*, Cass., 1er juill. 1841, Pistor, [S. 41.1.855, P. 43.2.742]

403. — Il faut, en effet, que les tiers soient avertis de tous les événements qui modifient leurs rapports avec les associés : s'ils ne le sont pas dans les conditions édictées par la loi, la responsabilité des associés demeure. Si la société modifie ses statuts sans en avertir légalement les tiers, elle ne peut prétendre vis-à-vis d'eux, à bénéficier d'une situation irrégulière, notamment à mettre à leur charge le fardeau d'une preuve qu'il pourrait, parfois, leur être difficile d'administrer. Admettre une pareille prétention, de la part des associés, ne serait ni plus ni moins qu'une prime donnée à l'inaccomplissement des prescriptions légales. Il faut que les tiers soient prévenus, par la publication, de tous les changements que subissent les statuts; sinon ils seront admis à tirer de l'état de choses, non détruit par la publicité des actes subséquents, le bénéfice qu'il comporte pour eux. — V. Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289, D. 93.1.417]

404. — Lorsqu'il s'agit de la modification des statuts primitifs, ce sont, bien entendu, les statuts modifiés, et non les procès-verbaux des délibérations des assemblées générales ayant voté ces modifications qu'il y a lieu de déposer aux greffes des justices de paix et du tribunal de commerce. — Orléans, 9 janv. 1901, [*Rev. soc.*, 1901.437]

405. — D'ailleurs, si les changements apportés à la société, notamment une augmentation de capital, doivent être déposés et publiés, la loi n'exige pas que cette publication doive contenir, à peine de nullité, l'intégralité des mentions édictées par l'art. 57 en cas de constitution de société. — Trib. comm. Nice, 26 déc. 1900, [*Rev. soc.*, 1901.251]

406. — Mais, si les modifications apportées aux statuts sociaux n'ont pas été publiées, elles sont frappées de nullité, et cette nullité peut être invoquée par tous les intéressés, sans pouvoir, d'ailleurs, être opposée aux tiers par les associés; l'art. 61 renvoie, à cet égard, aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 359; Vavasseur, t. 2, n. 1041; Houpin, t. 2, n. 1043.

407. — Spécialement, il a été jugé, par application de ce principe, que les associés peuvent se prévaloir de la nullité de l'acte de dissolution non publié, lorsqu'ils y ont intérêt dans leurs rapports entre eux : par exemple, lorsque, restés étrangers à cet acte, ils veulent faire tomber l'aliénation de l'actif social consentie par le liquidateur en vertu des pouvoirs qu'il en avait reçus. — Cass., 30 juill. 1856, Delille de Salles, [D. 56.1.308]

408. — Mais les associés peuvent renoncer expressément ou tacitement au droit de se prévaloir de la nullité. Jugé, à cet égard, que l'associé dont la retraite n'a pas été publiée ne peut

se fonder sur ce défaut de publication pour prétendre que sa retraite doit être considérée comme non avenue et qu'il n'a pas cessé de faire partie de la société, lorsque, à la suite de cette retraite, il a reçu sa part sociale et a, depuis, refusé de concourir aux opérations et aux travaux de la société. — Cass., 27 mai 1861, Cailleret, [S. 62.1.47, P. 62.859, D. 61.1.330]

409. — De même, la nullité encourue pour défaut d'accomplissement, dans le délai légal, des formalités dont il s'agit, spécialement de la publication, au journal des annonces légales, de l'extrait de l'acte modificatif, peut être couverte à l'égard des associés par cet accomplissement même tardif, si, au moment où il a lieu, cette nullité n'ayant pas encore été demandée judiciairement, aucun intéressé n'y a de droit acquis. — Même arrêt. — Sur le caractère de la nullité pour défaut de publicité et sur la question de savoir si la nullité peut être couverte, V. *suprà*, n. 381 et s.

410. — D'autre part, l'associé qui se retire est censé faire partie de la société, à l'égard des tiers, tant que sa retraite n'a pas été publiée; en conséquence, cet associé est tenu au paiement des billets souscrits, depuis sa retraite, par la société, sous la raison sociale. — Lyon, 14 mai 1832, Lablatinière, [S. 32.2.507, P. chr.]

411. — De même, lorsque la dissolution d'une société commerciale n'a pas été publiée conformément à la loi, elle ne peut, malgré la bonne foi des associés, être opposée aux tiers. En conséquence, les associés restent tenus solidairement des engagements pris envers les tiers. Peu importe, au surplus, que ces engagements aient été contractés par l'un des associés sous une raison différente de la raison sociale, si, en fait, ils ont tourné au profit des associés. — Cass., 29 janv. 1838, Serres, [S. 38.1.612, P. 38.1.499]

412. — Et un associé en nom collectif ne peut être admis, pour se soustraire à l'exécution solidaire des engagements contractés par un autre associé, à opposer aux tiers la dissolution anticipée de la société, qu'à la condition d'établir que l'acte de dissolution par lui invoqué a été déposé au greffe et publié, suivant les formes prescrites, à peine de nullité. — Cass., 26 mai 1886, Cazaux et Debotas, [S. 88.1.215, P. 88.1.518]

413. — Il a été décidé encore, à très-juste titre, que, si une société anonyme a été dissoute avant terme, sans que la dissolution ait été portée à la connaissance des tiers par l'accomplissement des formalités prescrites par la loi de 1867, la dissolution est sans effet à l'encontre des créanciers sociaux, au regard desquels la société doit être considérée comme ayant continué d'exister, et qui peuvent, dès lors, la faire déclarer en faillite. — Rouen, 25 juin 1887, Pérignon, [S. 90.2.53, P. 90.1.331]

414. — Et il importe peu que, s'agissant d'une compagnie de chemin de fer, qui s'est dissoute à la suite de la cession de ses lignes à une autre compagnie, avis de la cession ait été mentionné dans les journaux de la région, s'il n'est pas établi que les tiers aient eu une connaissance suffisante de ces faits. — Même arrêt.

415. — En d'autres termes, et d'une façon plus générale, la dissolution non publiée d'une société n'est pas opposable aux intéressés, lors même qu'ils auraient eu connaissance personnellement de la dissolution. Et, par intéressés, on doit entendre outre les associés, les tiers dont la loi a eu particulièrement la protection en vue, et toute personne ayant un mobile juridique à se prévaloir du défaut de publicité de la dissolution. — Rouen, 9 janv. 1890, sous Cass., 11 janv. 1893, Ménage, [S. et P. 97.1.443]

416. — Ainsi l'on doit considérer comme intéressés à se prévaloir du défaut de publicité de la dissolution d'une société les créanciers d'une seconde société à laquelle la première société a cédé des immeubles par l'intermédiaire d'un des associés. En conséquence, lesdits créanciers sont fondés à soutenir que l'hypothèque légale de la femme de cet associé n'a pu frapper les immeubles dont il s'agit, lesquels (à défaut de publication de la dissolution de la société) n'ont jamais passé dans le patrimoine privé du mari. — Cass., 11 janv. 1893, précité.

417. — Dans le cas où une modification soumise à la publicité n'a pas été publiée, les intéressés peuvent se prévaloir de sa nullité, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils ont eu ou non personnellement connaissance de la modification non publiée. Spécialement, les juges n'ont pas à rechercher si le tiers qui se prévaut de la nullité de la publication a eu, en fait, connaissance de la dissolution de la société : la loi, en prescrivant des formalités de publicité, a voulu écarter les contestations qui auraient pu s'élever sur la bonne ou la mauvaise foi des tiers, et, dans ce dessein, elle a créé, selon qu'il y a eu observation ou inobservation des formalités, une présomption de connaissance ou d'ignorance des actes, dont la nature *juris et de jure* exclut toute preuve contraire. — Cass., 26 mai 1886 (motifs), précité; — 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289, D. 93.1.317] — Rouen 9 janv. 1890, sous Cass., 11 janv. 1893, précité; — 30 janv. 1895, sous Cass., 2 mars 1897, Bouchet, [S. et P. 97.1.261, D. 98.1.57] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 837; Boistel, n. 359; Delangle, t. 2, n. 579; Houpin, t. 1, n. 618, *in fine;* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 359; Pont, t. 2, n. 1207; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 420. — *Contrà*, Dijon, 22 juill. 1835, sous Cass., 29 janv. 1838, Serres, [S. 38.1.602, P. 38.1.499] — Paris, 1er juin 1854, De Couasnon, [S. 54.2.535, P. 55.2.223, D. 56.2.230] — V. Malepeyre et Jourdain, p. 506; Troplong, t. 2, n. 909; Vavasseur, t. 2, n. 1041.

418. — Rappelons en terminant que le moyen tiré de l'omission de la publicité du changement apporté dans le personnel des associés d'une société commerciale, qui n'a été relevé ni en première instance, ni en appel, ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 10 janv. 1870, [S. 70.1.157, P. 70.373, D. 70.1.60] — V. sur le principe, *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 1991 et s.

419. — Et l'art. 61 de la loi du 24 juill. 1867, qui prescrit de rendre publique la dissolution quand elle a lieu avant terme, s'applique aux sociétés de fait non publiées aussi bien qu'aux sociétés régulièrement constituées. — Cass., 5 févr. 1902 (sol. implic.), Delattre, [S. et P. 1903.1.348] — Douai, 29 nov. 1900, sous cet arrêt.

420. — Lorsqu'une société commerciale a été constituée sans qu'aucun terme fixe fût assigné à sa durée, et que sa dissolution ne s'est opérée qu'en vertu de l'art. 1869, C. civ., par la seule volonté de l'un des associés, la rupture du lien social n'est pas opposable aux créanciers pour la période antérieure à la publication légale qui n'en a été faite que tardivement. — Cass., 5 févr. 1902, précité.

421. — En conséquence, les associés sont tenus solidairement des dettes contractées pendant cette période par la société. — Même arrêt.

422. — ... Même envers un créancier qui aurait connu la dissolution de la société, les tiers étant réputés ne connaître la dissolution que par la publication. — Cass., 5 févr. 1902 (sol. implic.), précité. — Douai, 29 nov. 1900, sous cet arrêt.

CHAPITRE IV.

DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

423. — Ce chapitre est spécialement consacré à l'étude des règles communes à tous les types de sociétés commerciales. De ces règles, les unes sont communes à toutes les sociétés civiles et commerciales, et sont exposées *suprà*, v° *Société civile*, n. 585 et s.; aussi n'y reviendrons-nous que brièvement, pour signaler les particularités de leur application aux sociétés commerciales, et encadrer les nombreuses décisions de jurisprudence qui, visant spécialement telle ou telle variété de société commerciale, n'ont pu prendre place dans le chapitre précité. Les autres, telles par exemple que l'art. 64, C. civ., sur la prescription des actions dirigées contre les associés non liquidateurs, ne concernent que les sociétés commerciales; elles seront étudiées avec le développement qu'elles comportent. Restent enfin certaines prescriptions spéciales à tel ou tel type de société commerciale, notamment aux sociétés par actions; elles seront étudiées ultérieurement, dans les chapitres consacrés aux types correspondants.

Section I.

Causes de dissolution et effets juridiques de la dissolution.

§ 1. *Notions générales sur la dissolution des sociétés commerciales.*

424. — La dissolution est la fin, le terme, normal ou anormal, prévu ou imprévu, de la vie sociale. Par la dissolution, la

société disparaît, en tant qu'être social, *du moins pour l'avenir*, pour faire place à une masse indivise, à une simple communauté de biens entre associés, sous réserve de ce qui sera dit sur la fiction de survie de l'être moral pour les besoins de la liquidation. — V. *infrà*, n. 605 et s.

425. — La dissolution, disons-nous, est le terme, normal ou anormal, de l'existence sociale. Parmi les causes normales de dissolution, prévues *ab initio*, nous citerons notamment la mort d'un associé, l'expiration du temps pour lequel la société avait été contractée, etc. Parmi les causes anormales et extraordinaires non prévues à l'origine de la société, ou du moins d'une réalisation incertaine, on peut citer le fait d'une délibération prise par les associés, un jugement de dissolution pour juste motif, etc.

426. — On peut aussi diviser les causes de dissolution en causes opérant de plein droit, et causes se réalisant par le fait de l'homme ou de la justice. Bien que cette deuxième classification concorde dans la plupart des cas avec la précédente, elle ne se confond cependant pas absolument avec elle; c'est ainsi que la faillite est un fait anormal, et qu'elle agit de plein droit (Thaller, n. 330). L'utilité de cette classification apparaît lorsqu'il s'agit de déterminer dans quels cas la dissolution d'une société commerciale est sujette à publicité. Ainsi que nous l'avons établi, *suprà*, n. 148 et s., les causes de dissolution opérant de plein droit sont exemptes de publicité, tandis que les autres causes ne sont opposables aux tiers qu'à la condition d'être publiées.

427. — Une autre classification oppose, aux causes de dissolution dérivant de l'*intuitus personæ*, et à ce titre spéciales aux sociétés en nom collectif ou en commandite (mort, interdiction, déconfiture, faillite, etc.), les causes communes à toutes les sociétés de commerce et à tous les types d'associés (extinction de la chose, consommation de la négociation, arrivée du terme, etc.). Il est intéressant de faire remarquer que, dans les sociétés par intérêt, les causes de dissolution basées sur l'*intuitus personæ* produisent leur effet, même lorsque le fait prévu (décès, faillite, etc.) concerne un associé à responsabilité limitée, telle qu'un commanditaire.

428. — Il convient aussi de remarquer que les causes communes, indépendantes du type social, ne sont pas exactement les mêmes pour les sociétés à durée limitée, déterminée par les statuts, et pour les sociétés contractées sans délai déterminé. La société *à durée limitée* prendra fin, soit par l'arrivée du terme statutaire (C. civ., art. 1865-1°), soit par le *mutuus dissensus*, c'est-à-dire par une convention, présupposant l'accord unanime des associés, tendant à dissoudre la société avant terme (C. civ., art. 1134), soit par la constatation judiciaire d'un juste motif de rupture (C. civ., art. 1871).

429. — En principe, les tiers n'ont aucun droit de s'opposer à la délibération par laquelle les associés, d'un commun accord, décident de dissoudre la société avant l'arrivée du terme. Toutefois, ainsi que nous le verrons *infrà*, n. 2477 et s., la jurisprudence reconnaît aux porteurs de *parts de fondateur* le droit de critiquer la délibération qui leur fait grief, et d'obtenir de ce chef des dommages-intérêts, s'il est établi en fait que la dissolution a été prononcée par l'assemblée générale, non pour de justes et légitimes motifs, tels que le mauvais état des affaires sociales, mais uniquement pour frustrer les porteurs de parts des bénéfices futurs, auquel cas la dissolution, généralement suivie d'une reconstitution entre les mêmes associés, constitue un abus du droit des actionnaires au regard des porteurs de parts de fondateur. — Cass., 29 févr. 1888, Fouzes et consorts, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036, et la note de M. Chavegrin, D. 88.1.424]; — 4 juill. 1893, Banque franco-égyptienne, [S. et P. 93.1.373, D. 93.1.565]

430. — Quant à la société constituée pour une *durée illimitée*, elle prend fin soit par le *mutuus dissensus* comme dans le cas précédent, soit même par la volonté unilatéral d'un seul des associés (art. 1865 et s.). Sur le sens des mots *durée illimitée*, et sur l'interprétation des art. 1865 et s., V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 949 et s. — Sur la question de savoir si une société constituée pour une durée limitée ne peut pas être dissoute judiciairement pour juste motif, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 899 et s., *ibid*.

§ 2. *Des diverses causes de dissolution.*

431. — Les causes que nous venons de classer par catégories sont indiquées dans les art. 1865 et s., C. civ. Nous allons les passer en revue successivement, en insistant uniquement sur les particularités intéressantes de leur application aux sociétés commerciales.

1° *Expiration du temps pour lequel la société a été contractée.*

432. — C'est la cause de dissolution normale, régulière, de toute société civile ou commerciale (art. 1865-1°). Elle opère de plein droit, sauf dans le cas où il serait prouvé que, nonobstant le terme fixé, les associés ont eu en vue bien plus l'achèvement des opérations sociales que l'arrivée du terme. — Rousseau, n. 617. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 545 et s. — Sur la possibilité d'une convention de prorogation intervenant *avant* l'arrivée du terme. — V. *infrà*, n. 436.

433. — La limitation de durée peut être fixée de deux façons différentes : dans un cas, les associés fixent une date précise, dans l'autre, ils assignent pour limitation à la durée de la société un événement futur et incertain. Dans ce dernier cas, c'est-à-dire lorsque l'événement qui doit amener la dissolution de la société est futur et incertain, la dissolution est conditionnelle mais à la différence de la résolution conditionnelle d'une société, elle ne produit d'effet que pour l'avenir et laisse subsister dans le passé les effets de la société.

434. — Si la société finit, dit l'art. 1865-1°, par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée, les associés, en vertu du principe de la liberté des contrats, peuvent néanmoins soit avancer, soit reculer le terme statutaire. Il leur est loisible, en d'autres termes, ou de convenir que la société sera dissoute avant l'époque fixée par l'acte de société, ou, au contraire, d'en proroger la durée (Arg., art. 1866).

435. — Tout d'abord les parties peuvent, par l'accord unanime de leurs volontés, avancer l'époque primitivement fixée pour la dissolution. Les statuts peuvent même conférer le pouvoir de dissolution à la majorité des associés. Il faut se conformer alors aux règles prescrites pour la modification des statuts. Dans les deux cas, la modification au pacte ne peut être constatée que par un écrit revêtu des mêmes formes que l'acte de société. Il y a lieu enfin de remplir les formalités de publicité prescrites par la loi de 1867. — V. *suprà*, n. 148.

436. — Les parties peuvent, en second lieu, *proroger*, par l'accord unanime de leurs volontés, la durée de la société. Cette prorogation peut même être décrétée, mais en vertu des dispositions formelles de l'acte statutaire, par la majorité des associés. — V. au surplus, sur les conditions requises pour les modifications aux statuts dans les sociétés par actions, *infrà*, n. 5247 et s.

437. — En principe, la prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société (C. civ., art. 1866, et C. comm., art. 41, cbn.). Tout le monde admet cependant que si l'acte de société est authentique, l'acte de prorogation peut être sous seing privé. Le Code veut donc simplement dire que la prorogation doit être constatée par écrit. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 302. — Sur les conséquences du défaut d'écrit (C. comm., art. 41), V. *suprà*, n. 77 et s.

438. — La prorogation d'une société doit être rendue publique (L. 24 juill. 1867, art. 61). Si les formalités de publicité n'ont pas été remplies, les intéressés peuvent faire considérer comme dissoute la société dont la prorogation n'a pas été publiée, mais les associés ne peuvent l'opposer aux tiers. — V. *suprà, n.* 143 et s.

439. — La jurisprudence et la doctrine admettent unanimement qu'une prorogation peut être *tacite* et résulter de ce que les associés ont continué d'un commun accord les opérations sociales après l'expiration du temps pour lequel la société avait été contractée. — Cass., 24 déc. 1877, Gion, [S. 78.1.321, P. 78.791, D. 79.5.386] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, n. 304; Rousseau, n. 620. — Mais cette prorogation tacite est irrégulière au même titre qu'un acte constitutif non constaté par écrit. Les tiers auront donc le choix, suivant leur intérêt, ou de tenir la société comme prorogée, ou de la considérer comme dissoute. — V. *suprà*, n. 85 et s.

440. — Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si une société prorogée, soit avant l'expiration du temps pour lequel elle avait été contractée, soit au moment de ce terme, constitue une société nouvelle. — Laurent, n. 371; Guillouard, n. 286; Baudry-Lacantinerie, n. 791; Rousseau, n. 621, admettent que la société prorogée constitue une société nouvelle. — *Contrà*,

Troplong, n. 915; Pont, n. 686. — Nous reviendrons sur cette question lorsque nous étudierons, à propos des sociétés par actions, la théorie délicate des changements et modifications au pacte social. Il nous suffira, pour l'instant, de faire remarquer que la question ainsi posée ne paraît pas susceptible d'une réponse absolue. Si la prorogation n'intervient que tardivement, après l'expiration du terme statutaire, la société est nouvelle, alors même que les statuts seraient conservés sans aucun changement; si elle intervient au contraire avant l'arrivée du terme, il est plus logique d'envisager la prorogation comme une simple modification non substantielle, laissant subsister la personnalité ancienne.

2° Extinction de la chose (art. 1865-2°).

441. — 1° *Cas d'extinction totale de la chose.* — La perte totale de la chose entraîne la dissolution de la société. Exemple : perte de l'établissement industriel ou commercial exploité en commun; perte du navire, objet exclusif de la société; nullité du brevet pour l'exploitation duquel la société avait été formée; retrait de la concession en vertu de laquelle la société exploite. — V. pour le cas de nullité d'un brevet d'invention dont un associé avait fait l'apport, Trib. Seine, 23 juin 1897, [J. *Le Droit*, 6-7 sept. 1897] — Rousseau, *loc. cit.*, n. 623; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 308; Houpin, t. 1, p. 154.

442. — 2° *Cas de perte partielle de la chose.* — Tandis que la perte totale ou extinction de la chose entraîne de plein droit la dissolution de la société, la perte partielle ne peut aboutir à ce résultat que si elle a une importance assez grande pour empêcher la société de fonctionner. Pour éviter les difficultés d'appréciation, les associés agissent prudemment quand ils déterminent dans les statuts l'importance que devra avoir la perte partielle pour amener la dissolution. — Paris, 13 nov. 1896, [*Journ. des soc.*, 1897, p. 115] — Malepeyre et Jourdain, p. 292; Troplong, n. 940; Pont, n. 694; Guillouard, n. 189; Lyon-Caen et Renault, n. 308; Rousseau, n. 624. — Pour plus de développements, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 625 et s.

443. — D'après la loi du 24 juill. 1867 (art. 37), *dans les sociétés anonymes*, en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de réunir l'assemblée générale de *tous* les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. — Pour le commentaire de cet article, V. *infrà*, n. 5584 et s.

444. — Sur les cas dans lesquels la perte, totale ou partielle, de l'apport d'un ou de plusieurs associés, peut être considérée comme équivalant à l'extinction de la chose, prévue par l'art. 1865-2°, et comme entraînant à ce titre dissolution de la société, et sur les distinctions à établir à cet égard, entre l'apport d'un corps certain et l'apport d'une chose désignée par son genre, entre l'apport en propriété, l'apport en usufruit et l'apport en jouissance (C. civ., art. 1867), V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 649 et s.

3° Consommation de la négociation (art. 1865-2°, in fine).

445. — Cette cause de dissolution est commune à toutes les sociétés (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 664 et s.). Cependant elle s'applique surtout aux participations qui, en général, n'ont pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 306. — V. *infrà*, v° *Société en participation*.

446. — Si deux ou plusieurs personnes se sont associées pour se livrer à une opération déterminée, le terme de la société, qui résulte alors de la nature même de cette dernière, n'a pas besoin d'être expressément stipulé. Il est évident que, dans cette hypothèse, l'expiration de la société est fixée à l'achèvement de l'opération. — Rousseau, n. 623. — C'est là une règle de bon sens, qu'il convient d'étendre même aux associations poursuivant un but lucratif et ne rentrant dans aucun des cadres fixés par le Code de commerce. Jugé, en ce sens, que la convention par laquelle plusieurs créanciers d'une même personne ont déclaré unir leurs intérêts en confiant à un tiers, moyennant un salaire déterminé, le soin d'opérer au nom de chacun d'eux le recouvrement de leurs créances, bien qu'elle ne constitue point une société en commandite, pas plus qu'aucun autre genre de société, n'en demeure pas moins obligatoire pour tous les créanciers qui l'ont souscrite, jusqu'à la réalisation complète de l'objet qu'elle avait eu en vue par le recouvrement de toutes les créances : à ce cas n'est pas applicable le principe de l'art. 815, C. civ., d'après lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision et toute convention contraire est obligatoire seulement pendant cinq ans. — Paris, 24 mai 1856, De Mazin, [S. 58.2.46, P. 57.755]

447. — Dans tous les cas, la demande en dissolution d'une semblable union d'intérêts ne pourrait être formée au bout de cinq ans, que contre tous les créanciers qui l'ont établie, et non point contre celui seul qui a été chargé des intérêts de tous. — Même arrêt.

4° Mort de l'un des associés.

448. — Aux termes de l'art. 1865-3°, C. civ., la société finit par la mort naturelle de l'un des associés. Il résulte de ce texte que la société ne continue pas, du moins en principe, entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé. Cette solution, qui constitue une exception à l'art. 1122, C. civ., est fondée sur ce que les sociétés sont formées entre personnes qui se choisissent à raison de leurs qualités, de leur situation personnelle et de la confiance qu'elles ont les unes dans les autres

449. — Il faut en conclure que la mort d'un associé n'entraîne la dissolution d'une société qu'autant qu'il s'agit d'une société de personnes : la mort d'un associé en nom collectif, dans une société en nom collectif, et la mort d'un commandité, ou la mort même d'un commanditaire, dans une commandite simple, dissoudra donc la société. La mort d'un actionnaire est au contraire indifférente à notre point de vue, le caractère propre des actions étant d'être négociables, et par conséquent transmissibles à cause de mort comme elles sont cessibles entre-vifs, à titre gratuit ou onéreux. — V. *infrà*, n. 5609 et 5610.

450. — Le décès de l'associé n'est pas non plus une cause de dissolution dans les sociétés à capital variable, quelle qu'en soit d'ailleurs la forme, par intérêt ou par actions (L. de 1867, art. 54). Que l'associé se retire comme l'y autorise l'art. 52, ou qu'il décède, la société continue de plein droit entre les autres associés.

451. — Sur la question de savoir si l'*absence* déclarée d'un associé doit être assimilée au décès, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 794. Sur la question de savoir si et dans quels cas la mort du gérant non associé met fin au pacte social, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 690 et 691.

452. — Comme la cause de dissolution fondée sur la mort rend incertaine et fragile la durée des sociétés de personnes, la loi permet aux associés de l'exclure par l'expression d'une volonté formelle. Ils peuvent convenir d'abord que, malgré la mort de l'un d'eux, la société ne sera pas dissoute; ils peuvent convenir également qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuera avec son héritier ou, à l'inverse, que, dans le même cas, elle continuera seulement entre les associés survivants (C. civ., art. 1868). — V. sur le principe, Cass., 10 nov. 1847, Tivollier, [S. 48.1.5, P. 48.2.16, D. 47.1.353]; — 2 mars 1885, Hérit. Choveaux, [S. 85.1.362, P. 85.1.891] — Examinons successivement ces trois cas.

453. — A. *Il a été simplement convenu que, malgré la mort de l'un des associés, la société ne serait pas dissoute.* — Dans ce cas, il y a lieu à interprétation de la volonté des parties, car il importe de savoir si la société continuera entre les survivants seulement ou, au contraire, entre les survivants et les héritiers de l'associé prédécédé. — Sur les pouvoirs d'interprétation des juges du fond, à cet égard, V. Guillouard, n. 297; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 312; Houpin, t. 1, n. 138.

454. — B. *Il a été convenu que, malgré le décès d'un associé, la société continuerait, mais qu'elle continuerait entre les survivants seulement.* — Dans ce cas, les héritiers de l'associé prédécédé deviennent pour l'avenir étrangers à la société, et n'ont droit, en principe, qu'à une somme représentative de la part du défunt, augmentée toutefois des bénéfices qui seraient la suite nécessaire des opérations antérieures au décès. — Sur le mode de règlement des droits des héritiers de l'associé prédécédé et sur les difficultés auxquelles ce règlement peut donner lieu, notamment au point de vue des attributions en nature ou en numéraire (C. civ., art. 1868), V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 769 et s.

455. — C. *Continuation de la société avec les héritiers du prédécédé, mais en changeant de caractère au regard de ces derniers.* — Quelquefois même, au lieu de se borner à stipuler que la société en nom collectif ou en commandite ne sera pas dissoute par la mort de l'un des associés, les contractants déclarent que la société continuera en changeant de caractère (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 314). On peut convenir, par exemple, que la société continuera avec les héritiers de l'associé en nom collectif ou du commandité, mais qu'elle sera en commandite à leur

égard. Cette combinaison a l'avantage d'écarter de la gestion les héritiers, inconnus des associés au moment de la conclusion du pacte, sans cependant les exclure de l'association, dont ils continuent à faire partie comme *commanditaires*, le chiffre de leur commandite étant précisément égal au montant de la part du *de cujus*, telle qu'elle est fixée par le dernier inventaire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 316; Houpin, t. 1, p. 154.

456. — D. On peut convenir aussi *que l'apport du défunt restera dans la société et que celle-ci ne sera pas dissoute, à la charge par elle de faire participer aux bénéfices les héritiers de l'associé décédé*. — Dans cette hypothèse, la société continue, mais se transforme en un *prêt* à l'égard des héritiers (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 315). Le fait d'un prêt à intérêt variable, proportionnel aux bénéfices, variant avec eux et sujet à disparaître lorsque l'exercice se solde en perte, pour être exceptionnel, n'a rien d'illégal, surtout depuis que la loi de 1886 a proclamé la liberté absolue du taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale (V. *suprà*, v° *Intérêts*, n. 123 et s.). — Sur les différences entre la société et le prêt, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 102 et s.

457. — E. On peut enfin convenir qu'en cas de mort de l'un des associés, non seulement *la société ne sera pas dissoute, mais qu'elle continuera, avec les mêmes caractères, entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé*. — En pareil cas, ces derniers prennent dans la société les lieu et place du *de cujus*; ils en ont tous les droits et en assument toutes les obligations. Les héritiers d'un associé en nom collectif seraient donc à considérer comme associés en nom collectif, avec cette particularité qu'ils n'auront à eux tous qu'une part sociale, et les héritiers d'un commandité seront eux-mêmes, sous la même réserve, des commandités.

458. — Toutefois, même en présence de la clause portant que, malgré le décès d'un associé, la société continuera entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé, il faut décider que, si l'associé décédé était gérant, les pouvoirs dont il était investi ne passent pas de plein droit à ses héritiers (Delangle, n. 649; Rousseau, n. 639; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 312). La qualité de gérant, en effet, est essentiellement personnelle et ne saurait se transmettre avec celle d'associé. Les héritiers seront à considérer comme des commanditaires non gérants, et il y aura lieu à désignation d'un nouveau gérant, dans les formes ordinaires.

459. — La clause de continuation avec l'héritier produit son effet, quel que soit le titre auquel il succède à l'associé. Il n'y a donc pas à distinguer entre l'héritier légitime, le légataire universel ou à titre universel. — Duvergier, n. 440; Troplong, n. 952; Delangle, n. 655; Rousseau, n. 655.

460. — Nous avons dit que le Code permet de stipuler que la société continuera, en cas de mort de l'un des associés, entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé (V. *suprà*, n. 452 et 453). Il y a lieu, de même, de considérer comme parfaitement valable la clause suivant laquelle la société continuera avec les héritiers de l'un des associés seulement ou de plusieurs d'entre eux. — Rousseau, *loc. cit.*, n. 635.

461. — Mais *quid* de la clause portant que la société continuera avec tel héritier désigné, par exemple avec le fils aîné de l'associé ou de tel associé prédécédé? En admettant qu'elle soit valable (sur les raisons de douter, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 759 et s.), du moins doit-on décider que la clause portant que l'un des associés sera, en cas de décès, remplacé de plein droit par l'un de ses enfants désigné au contrat, *n'est pas obligatoire* pour celui-ci, alors qu'il y est demeuré étranger, et quand bien même il aurait accepté purement et simplement la succession de son père. — Caen, 10 nov. 1857, Dubourg, [S. 59.2.31, P. 58.779, D. 59.2.50] — Sur la question de savoir si, dans les autres cas, la clause est obligatoire pour les héritiers, par le seul fait qu'ils acceptent la succession, et ce, comme constituant une charge de ladite succession, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 755 et s.

462. — La stipulation en vertu de laquelle la société continuera entre les survivants et les héritiers de l'associé prédécédé produit-elle de plein droit ses effets, même quand l'héritier est *en état de minorité*? La jurisprudence se prononce pour l'affirmative et décide que lorsqu'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec ses héritiers, la minorité de ceux-ci ne met pas obstacle à la continuation de la société. — Aix, 16 déc. 1868, Roura, [S. 70.2.240, P. 70.918, D. 71.2.70] — *Sic*, Duranton, t. 17, n. 473; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1894.2.241; Rousseau, n. 639. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 731 et s.

463. — De même, lorsqu'il a été convenu que, malgré la mort de l'un des associés, la société continuerait entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé, la jurisprudence décide que cette clause engage les héritiers mineurs comme les majeurs, sans que le tuteur des mineurs ait besoin d'être autorisé spécialement à adhérer à la continuation de la société. — Aix, 16 déc. 1868, précité.

464. — La question est au contraire vivement controversée en doctrine. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 721 et s.

5° Interdiction de l'un des associés.

465. — Il convient, à ce point de vue, d'assimiler l'interdiction légale, résultant d'une condamnation criminelle, à l'interdiction judiciaire pour cause d'imbécillité ou de démence. On admet aussi, assez généralement, bien que certains auteurs soient en sens contraire, que la dation de conseil judiciaire pour prodigalité ou faiblesse d'esprit, ou le placement d'un associé dans un établissement d'aliénés, doivent, par identité de motifs, être considérés comme des causes de dissolution. Les controverses qui se sont élevées sur ces différents points se posant dans les mêmes termes pour les sociétés civiles, nous n'y reviendrons pas. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 798 et s.

6° Déconfiture, faillite ou liquidation judiciaire de l'un des associés.

466. — La déconfiture, seule expressément mentionnée par l'art. 1865-4°, est théoriquement envisagée comme une cause de dissolution de plein droit. Pratiquement, la loi française n'ayant organisé aucune procédure collective analogue à la faillite, permettant d'assigner à la déconfiture des non-commerçants insolvables un point de départ judiciairement certain, il sera presque toujours nécessaire d'engager une instance à l'effet de constater le fait de l'insolvabilité alléguée, condition de la dissolution. — Rousseau, n. 661; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 322. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 812 et s.

467. — Bien que le Code civil n'ait mentionné que la déconfiture comme cause de dissolution, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à déclarer que la *faillite* de l'associé est également une cause de dissolution. Cela tient non seulement à ce qu'elle suppose presque toujours l'insolvabilité du failli, mais encore à ce qu'elle le frappe d'une sorte d'incapacité légale en le dessaisissant de l'administration de ses biens. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 821 et s.

468. — La liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889) produit, au point de vue de la dissolution de la société, le même effet que la faillite de l'un des associés. Cela tient à ce qu'elle suppose aussi la cessation des paiements, et implique, comme conséquence, que l'associé est hors d'état d'exécuter ses obligations envers ses coassociés. — Rousseau, n. 657. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 828.

469-476. — Sur le caractère de ces causes de dissolution, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 829 et s.

477. — Si la faillite ou la liquidation judiciaire de l'associé entraînent dissolution, convient-il, si la société est commerciale, d'attribuer le même effet dissolutif à la faillite ou à la liquidation judiciaire de la société elle-même? On l'a prétendu, en argumentant par analogie de l'art. 1865, et en invoquant aussi l'art. 2003, C. civ., aux termes duquel la faillite du mandant emporte révocation du mandat. — Amiens, 30 janv. 1867, Montagnac, [D. 69.1.98] — V. Deloison, t. 1, n. 89; Pardessus, n. 1060; Troplong, t. 2, n. 937; Duranton, t. 17, n. 474; Persil, p. 348.

478. — Mais l'opinion dominant, en doctrine et en jurisprudence, est que la faillite de la société n'entraîne pas *ipso jure* dissolution de celle-ci. — Cass., 9 mai 1854, Faillite canal Zola, [S. 54.1.673, P. 55.1.437, D. 54.1.204] — Lyon, 3 juill. 1862, Perral, [S. 63.2.139, P. 64.505, D. 63.2.95] — Paris, 12 juill. 1869, Faillite du Chemin de fer de Lyon à Sathonay, [S. 71.2.233, P. 71.791, et la note de M. Lyon-Caen, D. 70.2.7] — Bordeaux, 6 mars 1895, *J. des soc.*, 95.406 — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 325, et t. 8, n. 1168; Pont, n. 1907; Thaller, n. 342; Pic, *op. cit.*, p. 77 et s.

479. — Jugé, en ce sens, qu'aucun texte de loi ne déclare dissoutes de plein droit les sociétés en état de faillite; que si l'art. 1865, C. civ., porte que la société finit par la déconfiture de l'un des associés, cette disposition, qui a pour but d'empêcher que des associés solvables ne soient retenus en société avec des associés tombés en déconfiture ou en faillite, ne s'est point oc-

cupée du cas réglé par les dispositions générales de l'art. 1871, où la déconfiture ou faillite est l'état de la société tout entière; que si le même article dit que la société finit par l'extinction de la chose, cette extinction n'est pas une conséquence nécessaire de l'état de faillite qui n'est pas incompatible, par lui-même et de plein droit, avec la conservation d'un reliquat actif. — Cass., 9 mai 1854, Migeon, [S. 54.1.673, P. 55.1.437, D. 54.1.203]

480. — Cette seconde solution nous paraît seule conforme à l'esprit et au but de la procédure de faillite, qui est avant tout de relever le failli, de le replacer à la tête de ses affaires, et ce, même lorsque ce failli est une société : s'il en était autrement, la loi refuserait aux sociétés en faillite le droit de solliciter un concordat, or elle le leur accorde explicitement (C. comm., art. 531). Pour les sociétés en liquidation judiciaire, la question est encore moins douteuse : le but essentiel de cette procédure de faveur est de faire obtenir au débiteur un concordat. Il serait donc contradictoire de reconnaître aux sociétés le droit de solliciter le bénéfice de cette procédure (V. L. 4 mars 1889) et de les déclarer dissoutes par le fait même de l'ouverture de la liquidation, une société dissoute ne pouvant obtenir comme telle un concordat véritable, lequel présuppose la survie de l'être moral (V. *suprà*, v° *Liquidation judiciaire*, n. 518 et s.). Suivant la formule très-juste de Thaller (*op. cit.*), « la dissolution peut intervenir consécutivement à la faillite, mais elle n'en est pas la suite nécessaire. L'administration des biens par un syndic, agent des créanciers, ne rompt pas le pacte social. C'est un régime temporaire qui peut aboutir à un concordat. La société pourvue de son concordat reprendra sa marche conformément au contrat qui l'avait constituée. Si la faillite devait se terminer, au contraire, par la vente des biens, par l'union, ce serait pour la société un cas de dissolution, tenant à l'extinction de la chose ».

481. — Restent les objections déduites tant de l'art. 1965 que de l'art. 2003, C. civ. Aucune d'elles ne saurait nous arrêter. La première repose sur une analogie purement apparente. Il n'est nullement illogique d'attribuer un effet dissolutif à la faillite de l'associé, qui met celui-ci dans l'impossibilité d'accomplir ses engagements et rompt ainsi l'équilibre du pacte social, la loi d'égalité qui en est la règle, et de refuser ce même effet à la faillite ou liquidation judiciaire de la société, qui à l'inverse ne rompt nullement cette loi d'égalité, puisqu'elle met en présence deux groupes d'intéressés, les créanciers représentés par le syndic (ou le liquidateur judiciaire) de la société, et l'ensemble des associés, représentés par les gérants ou administrateurs, luttant ensemble pour le relèvement de l'être social.

482. — Quant à l'argument tiré de l'art. 2003, il repose sur une pure pétition de principe. Si réellement la faillite de la société avait pour résultat nécessaire et immédiat de révoquer le mandat des gérants ou administrateurs, on pourrait en déduire un argument en faveur de la dissolution; et encore cet argument ne serait-il nullement décisif, car on peut fort bien refuser à la faillite de la société tout effet dissolutif et considérer cependant le mandat des gérants ou administrateurs comme révoqué par la faillite sociale (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1192); mais il n'est nullement démontré que la faillite ait cet effet révocatoire; et nous établirons au contraire ultérieurement qu'en réalité la faillite laisse subsister, en présence du syndic agent des créanciers, le mandat des gérants ou administrateurs représentants des associés : ces derniers, malgré le dessaisissement qui limite leurs pouvoirs, ont encore un rôle important à jouer, puisqu'ils exercent au nom de la société, être moral, les droits qui dans la faillite appartiennent personnellement au failli.

483. — Virtuellement maintenu à la tête de la société, le gérant recouvre la plénitude de ses pouvoirs par l'effet de l'homologation du concordat accordé à la société. Jugé, en ce sens, que le gérant qui vient à être replacé dans l'administration de la société par un traité concordataire dûment homologué, a qualité pour poursuivre les débiteurs de la société et se substituer au syndic dans une instance pendante au moment où ce dernier a cessé ses fonctions. — Lyon, 3 juill. 1862, précité.

7° Mariage de deux personnes associées.

484. — Nous avons eu l'occasion d'exposer précédemment le principe, constant en jurisprudence, de la nullité des sociétés entre époux (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 307 et s.). Ce principe a pour corollaire logique la dissolution de plein droit, par l'effet de la célébration du mariage de deux personnes associées, de la société antérieurement constituée entre eux. Cette dissolution est généralement admise pour les sociétés civiles; mais les applications les plus fréquentes du principe se sont produites à l'occasion des sociétés de commerce, spécialement des sociétés en nom collectif.

485. — Jugé notamment, en ce sens, que l'antagonisme des principes de notre législation qui règlent le contrat de société et de ceux qui régissent l'association conjugale ne permet pas d'admettre qu'une société commerciale en nom collectif puisse se former entre époux ; que la même raison d'incompatibilité qui fait qu'une société ne peut se former entre époux pendant le mariage s'oppose également à la continuation, pendant le mariage, d'une société antérieurement formée; d'où il suit que le mariage, contracté entre ces deux associés, en opère de plein droit la dissolution à leur égard. — Dijon, 27 juill. 1870, Bo et Poulet, [S. 71.2.268, P. 71.850]

486. — Il a même été jugé, comme conséquence du principe précédent, que la dissolution est, en pareil cas, opposable aux tiers qui ont contracté avec l'un des associés après le mariage, sans que ces tiers soient admis à alléguer leur erreur, qui constitue une erreur de droit. — Même arrêt.

8° Volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de n'être plus en société.

487. — La société finit, dit l'art. 1865-5°, par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. Mais l'art. 1869 a soin d'ajouter que la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée.

488. — Est-ce qu'une société peut être contractée pour une durée illimitée? Duranton (t. 17, n. 392) est le seul auteur qui ait soutenu qu'aucune société ne pouvait être contractée pour une période de temps supérieure à cinq années, et qu'on devait appliquer aux sociétés l'art. 815, C. civ. Tous les auteurs admettent, au contraire, qu'une société peut être contractée pour une durée illimitée ou, ce qui pratiquement aboutit au même résultat, que les associés peuvent ne faire aucune convention sur la durée de la société.

489. — Il a été jugé cependant, contrairement à la doctrine générale, qu'en matière de société commerciale, la durée de la société est un élément essentiel du contrat ; qu'elle doit être fixée par la volonté des parties; que le législateur, en cette matière, n'a pas, comme il l'a fait en matière de société civile, par l'art. 1844, C. civ., fixé une durée légale à défaut de la convention, et que le juge, en cette matière, n'a pas reçu non plus de la loi le pouvoir de compléter un contrat que les parties ont volontairement laissé imparfait. — Lyon, 24 juin 1870, Camus, [S. 71.2.70, P. 71.291, D. 72.2.198] — Mais cet arrêt est demeuré isolé.

490. — Est-ce qu'une clause formelle des statuts d'une société à durée illimitée pourrait exclure pour les associés la faculté de dissoudre la société à volonté ? On admet généralement qu'une renonciation pure et simple serait inopérante, la faculté de révocation *ad nutum* étant généralement considérée comme un corollaire du principe que l'on ne peut s'engager qu'à temps (Arg., C. civ., art. 1780), et conséquemment comme d'ordre public. — Troplong, n. 971 ; Delangle, n. 667; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 4, § 720, note 21 ; Alauzet, n. 253; Pont, dissertation, sous Cass., 1er juin 1859, Granier, [S. 61.1.113, P. 61.305, D. 59.1.244]; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 384, n. 15. — V. aussi, sur le principe de l'art. 1780, Pic, *Tr. de législ. industr.*, n. 1158.

491. — Mais à ce principe la jurisprudence apporte un tempérament très-important. Elle admet en effet que la faculté de demander la dissolution cesse d'appartenir à chacun des membres d'une société, même à durée illimitée, lorsqu'ils ont consenti, dans les stipulations du pacte social, à substituer à ce moyen légal d'autres moyens de s'affranchir des liens de l'association, un tel équivalent n'étant d'ailleurs admissible qu'autant que la liberté de sortir de l'association se trouve pleinement assurée à tous. — Cass., 1er juin 1859, précité; — 13 juill. 1868, Allenon, [S. 68.1.449, P. 68.1194, D. 69.1.137]

492. — Il a été jugé dans le même sens, mais en des termes un peu différents, que la renonciation, par les associés, à la faculté de demander, à leur volonté, la dissolution d'une société à durée illimitée, est valable lorsque l'acte social dans lequel elle est stipulée donne à chacun d'eux un autre moyen de s'affranchir des liens de l'association : par exemple, en le laissant libre de céder sa part d'intérêts. — Cass., 6 déc. 1843, Bosc, [S. 44.1.22, P. 44.1.5] ; — 13 juill. 1868, précité;

— 29 avr. 1897, [S. et P. 99.1.481, et la note de M. Lyon-Caen] — Rennes, 4 janv. 1894, Dubois-Halbran, [D. 94.2.120] — Douai, 22 nov. 1895, [*J. des soc.*, 96.309] — Aubry et Rau, § 384-16°. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 328; Guillouard, n. 333; Houpin, t. 1, p. 113; Rousseau, n. 674.

493. — Il ressort de cette jurisprudence que la faculté pour un seul associé de faire dissoudre à volonté la société dont il fait partie n'existe en aucun cas dans les sociétés par actions, même quand elles sont créées pour une durée illimitée, ou, ce qui revient au même, pour la durée de la vie des associés ou pour un laps de temps supérieur à la moyenne de la vie humaine (C. civ., art. 1844). On admet en effet que, dans les sociétés par actions, les actionnaires ont tacitement écarté cette cause de dissolution; l'associé a d'ailleurs un moyen plus simple de sortir de la société : c'est de négocier son titre. — Mêmes arrêts et auteurs.

494. — Les mêmes principes sont applicables aux sociétés à capital variable, car les associés y ont un moyen fort simple pour se dégager de la société : ils n'ont qu'à reprendre leurs mises. — Mêmes auteurs.

495. — Comme conséquence de ce premier principe, il a été jugé au contraire que la renonciation était nulle et qu'elle devait rester sans effet comme faite en violation de l'art. 1869, quand les dispositions de l'acte de société ne fournissaient pas les moyens suffisants de satisfaire au vœu de cet article. Spécialement, il en est ainsi quand, après avoir divisé le fonds social en actions cessibles, l'acte de société paralyse dans son exercice le droit d'aliénation, en disposant que les actions ne seront aliénables qu'avec l'agrément du conseil d'administration, et sous la condition que la cession en sera préalablement proposée aux associés soit individuellement, soit collectivement. Cette clause de retrait virtuel est en effet exclusive de la négociabilité, au sens véritable du mot. — Cass., 1er juin 1859, précité.

495 *bis*. — Il serait inexact, au surplus, de considérer comme destructive de la liberté de négociation toute clause quelconque tendant non point à supprimer ou paralyser, mais simplement à circonscrire dans certaines limites, cette liberté, telle par exemple que la clause statutaire autorisant toutes négociations entre associés, mais stipulant que les cessions consenties à des étrangers devront être soumises à l'agrément du conseil d'administration ou de l'assemblée générale. — Cass., 27 mars 1878, Soc. *la Belle Jardinière*, [S. 78.1.277, P. 78.686] — V. cep. Lyon-Caen, note sous Cass., 29 avr. 1897, [S. et P. 99.1.181]

496. — Il en serait autrement de la clause réservant au gérant un droit de préférence en cas de cession à une catégorie de personnes. — Cass., 13 mars 1882, Desclées frères, [S. 83.1.327, P. 83.1.786, D. 83.1.83] — *Sic*, Houpin, t. 1, p. 114. — *Contra*, Lyon-Caen, *op. cit.* — Une telle clause n'enlèverait pas aux titres leur caractère d'actions, c'est-à-dire de titres circulants; et, par conséquent les actionnaires ne sauraient être admis à exciper de leur caractère restrictif pour prétendre user de la faculté de dissolution *ad nutum* inscrite dans les art. 1865-5° et 1869. — Mêmes arrêts. — V. au surplus, sur les caractères distinctifs de l'action, *infrà*, n. 1970 et s.

497. — Sur les formes extrinsèques de la renonciation (notification à tous les associés, art. 1869), et sur les conditions de recevabilité d'icelle (faite *de bonne foi* et *non à contre-temps*, art. 1869, *in fine*, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 868 et s. — Sur l'équipollence de la demande judiciaire en dissolution ou licitation et de la renonciation visée par l'art. 1869, V. Colmar, 14 juill. 1840, Baumann, [P. 40.2.464] — Nancy, 24 avr. 1845, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 748.

9° *Dissolution judiciaire motivée.*

498. — En matière de société, le Code admet, par dérogation au droit commun des conventions, qu'un associé peut, quand il a de *justes motifs*, former une demande en dissolution judiciaire (C. civ., art. 1871). L'existence d'un juste motif peut donc suffire d'après la loi, pour entraîner la rupture du pacte social; mais la dissolution doit être demandée à la justice, et elle résulte alors, non de la volonté du requérant, impuissante par elle-même, mais du jugement qui la prononce. — V. Thaller, n. 335; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332; Houpin, t. 1, n. 150.

499. — Le juste motif ou, comme dit encore la loi, le motif « dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitraire des juges » peut tenir, d'une part, à la faute d'un associé, d'autre part, à un fait qui ne soit pas imputable à un ou plusieurs associés. Reprenons successivement ces deux hypothèses.

500. — 1° *Le motif allégué tient à la faute d'un associé.* Dans cette hypothèse on peut dire, d'une façon générale que l'associé a manqué à ses engagements (C. civ., art. 1871). On est ici en présence d'une application pure et simple du principe général de l'art. 1184, C. civ. (pacte commissoire tacite, sous-entendu dans tous les contrats synallagmatiques, mais impliquant une appréciation souveraine de la part du juge, et par conséquent, n'opérant pas de plein droit). — Cass., 29 févr. 1888, Forges et consorts, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036 et la note de M. Chavegrin, D. 88.1.424] — Paris, 24 janv. 1895, [*J. des soc.*, 1895, p. 240] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 772; Guillouard, n. 335; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332; Houpin, t. 1, n. 150. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 947 et s.

501. — On ne saurait donner ici une énumération limitative des faits multiples susceptibles d'être envisagés, suivant les circonstances, comme des manquements assez graves aux obligations sociales pour motiver un jugement de dissolution. L'une des hypothèses les plus fréquentes est la non-réalisation de l'apport promis; on peut citer aussi l'incapacité technique de l'associé et son impuissance à fournir à ses coassociés le concours personnel et effectif promis par lui, alors surtout que la société s'était précisément ou principalement constituée en vue d'utiliser le talent ou les capacités professionnelles qu'on lui supposait; et qu'il ne possédait point. — V. Troplong, n. 987; Houpin, n. 150. — Une telle incapacité, dûment constatée, équivaut à la non-réalisation de l'apport en industrie promis au contrat. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 932 et s.

502. — Jugé, en ce sens, que la société formée entre un auteur et l'éditeur, pour la publication de son ouvrage, est dissoute lorsque l'éditeur se trouve dans l'impuissance avouée de continuer l'impression. — Bourges, 14 juin 1844, Simonin, [S. 45.2.632, P. 45.2.587]

503. — On peut citer également, même en présence d'une réalisation complète des apports stipulés, la négligence grave ou l'infidélité de l'associé, spécialement de l'associé gérant, son refus non motivé de coopérer aux délibérations ou de donner aux affaires sociales tous les soins et tout le concours auxquels il s'était engagé, etc.

504. — Lorsque la demande en dissolution repose sur une raison de cette nature, elle est, avons-nous dit, l'application du principe général de l'art. 1184, C. civ. Les autres associés ont donc une faculté d'option : ils peuvent obliger l'associé en défaut à s'exécuter, où, s'ils le préfèrent, faire prononcer la dissolution de la société; et, comme la situation est indivisible, le jugement de dissolution produira effet *ergà omnes*. — Thaller, n. 336.

505. — La justice pourrait d'ailleurs, en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 1184, concéder un délai de grâce à l'associé et lui laisser, de la sorte, le temps de s'exécuter. — Thaller, *loc. cit.*

506. — La légitimité et la gravité des griefs qui peuvent servir de base à la demande en dissolution d'une société avant le terme convenu sont d'ailleurs abandonnés à l'appréciation des tribunaux, et échappent dès lors au contrôle de la Cour de cassation. Cette solution découle tant du texte et de l'esprit de l'art. 1871, que de l'art. 1184, C. civ., tout au moins dans le cas où le juste motif allégué est un manquement aux obligations de tel ou tel associé. — Cass., 29 févr. 1888, précité; — 4 févr. 1895, Girard et Portalis, [S. et P. 95.1.120, D. 95.1.183] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 772; Laurent, t. 26, n. 406; Guillouard, n. 335; Aubry et Rau, t. 4, § 384, p. 571; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 334; Houpin, t. 1, p. 115. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 936 et s.

507. — Jugé, en ce sens, que si, aux termes de l'art. 1871, C. civ., la dissolution de la société peut être demandée par l'un des associés lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la gravité de ce manquement pour décider s'il constitue un juste motif de dissolution. — Cass., 29 févr. 1888, précité; — 4 févr. 1895 précité.

508. — ... Que la dissolution d'une société à terme peut être prononcée avant le terme convenu lorsque les juges constatent souverainement que l'un des associés, au mépris des stipulations de l'acte de société qui ne lui permettait de prélever par mois qu'une somme déterminée, s'est, en sus, approprié diverses sommes. — Cass., 29 févr. 1888, précité.

509. — ... Que la dissolution d'une société doit être prononcée lorsque l'un des associés, loin de surveiller le personnel des ateliers dont il avait la direction, a favorisé les habitudes immorales des ouvriers et ouvrières, et que l'autre a manifesté vis-à-vis de son coassocié une attitude hostile, notamment en l'inju-

riant en présence de témoins et en critiquant devant plusieurs ouvriers les actes par lui accomplis dans le cercle de ses attributions, en refusant de payer les ouvriers qu'il avait embauchés et en ne consentant à ne mettre les livres sociaux à sa disposition qu'en présence de tiers. — Rennes, 7 déc. 1893, Corlet, [D. 94.2.87]

510. — ... Que tout commanditaire ayant un droit de contrôle et de surveillance sur les opérations sociales, les obstacles mis par le gérant d'une société en commandite simple à l'exercice du droit de contrôle du commanditaire constitue une juste cause de dissolution de la société. — Lyon, 18 mai 1893, sous Cass., 4 févr. 1895, précité. — Sur la question de savoir si les droits résultant au profit du commanditaire de l'art. 28, C. comm., sont d'ordre public, V. *infrà*, n. 1761 et s.

511. — ... Que le transport, par le gérant, du siège de la société dans une ville autre que celle fixée par les statuts et l'impossibilité absolue pour la société d'exploiter, faute de fonds, l'objet pour lequel elle a été formée, constituent de justes causes de dissolution de la société. — Lyon, 18 mai 1893, précité.

512. — ... Que dans le cas où le fondateur d'une société, tenu de dégager l'immeuble, qui est le siège de l'industrie, de la dette hypothécaire dont il est grevé et de fournir les capitaux nécessaires aux besoins courants de l'entreprise, est hors d'état de remplir ses obligations, que les actionnaires se refusent à un appel de fonds, et que, par suite, la société se trouve menacée d'expropriation et dépourvue de capitaux et de crédit, ces circonstances constituent un événement de force majeure qui, soit qu'il rentre ou non dans les prévisions de l'acte social, entraîne la dissolution de la société. — Bordeaux, 16 avr. 1850, Vergez, [P. 52.1.237] — V. aussi Paris, 11 mai 1850, Boudon d'Escale et Cie, [P. 52.1.237]

513. — L'associé qui, en n'exécutant pas ses obligations, rend la dissolution nécessaire, peut de ce chef, conformément au principe général de l'art. 1184, être condamné envers ses coassociés à des dommages-intérêts. Tel serait le cas du fondateur qui, dans l'hypothèse qui vient d'être citée, aurait négligé de dégager l'immeuble, siège de l'industrie, des hypothèques qui les grèvent. L'indemnité due en ce cas aux actionnaires doit se mesurer non sur la valeur nominale des actions dont ils sont porteurs, mais sur celle qu'elles auraient eue si le fondateur de la société eût rempli ses obligations. — Bordeaux, 16 avr. 1850, précité.

514. — Lorsque le motif allégué tient à la faute d'un associé, celui-ci ne peut s'en prévaloir contre les autres, et ses coassociés seuls peuvent demander la dissolution. C'est une application de la règle : « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». — Rousseau, n. 679. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 967 et s.

515. — 2° Le motif allégué en justice *tient à un fait qui n'est pas imputable à un ou plusieurs associés*. Dans ce cas, la justice n'est plus en présence d'un manquement aux engagements du contrat, ou plus exactement, s'il y a encore inexécution des engagements, cette inexécution est involontaire. — Troplong, n. 991; Thaller, *loc. cit.*, n. 337.

516. — A ce sujet, l'art. 1871, C. civ., énonce, comme cause de dissolution, le cas où une infirmité habituelle rend l'un des associés incapables de s'occuper des affaires de la société (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 932 et s.). Mais cette hypothèse n'est ni la seule, ni même la plus fréquente.

517. — L'art. 1871 ajoute en effet qu'en dehors de l'infirmité habituelle qui rend un associé inhabile aux affaires de la société, la dissolution peut encore être demandée pour d'autres cas légitimes et graves. La dissolution pourrait donc être demandée à raison d'une crise économique (Thaller, *loc. cit.*, n. 337). ... Ou de la perte d'une partie du fonds social. — Lyon-Caen et Renault, t. 332; Guillouard, n. 334; Houpin, t. 1, n. 150. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 937 et s.

518. — ... Ou d'une mésintelligence grave entre associés, ou entre le gérant et les associés non gérants, mettant obstacle au fonctionnement normal de l'entreprise. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 949 et s.

519. — Il en serait de même de l'absence déclarée, ou de la démence notoire, même non constatée par un jugement d'interdiction, de l'un des associés. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 948.

520. — Lorsque le juste motif tient à un fait qui n'est pas imputable à un ou plusieurs associés, il peut être invoqué par l'un quelconque d'entre eux, y compris celui du chef duquel il s'est produit. C'est une première différence entre le cas que nous étudions et celui où ce motif allégué tient à la faute de l'un des associés. — Lyon-Caen et Renault, n. 332. — V. *suprà*, n. 514 et v° *Société civile*, n. 976.

521. — Il est à remarquer d'ailleurs que le cas de mésintelligence rentrera, à ce point de vue, tantôt dans le premier, tantôt dans le second groupe, suivant que l'on sera ou non en mesure d'établir l'existence d'une faute initiale, à la charge d'un associé, ayant servi de point de départ à la mésintelligence constatée. Dans ce dernier cas, c'est l'art. 1184 qu'il faut appliquer, et par conséquent celui des associés qui, par sa faute, y a donné lieu, ne peut pas demander à la justice la dissolution de la société. — Chambéry, 24 mars 1887, [*Rev. soc.*, 87.377] — C. d'app. Sénégal, 6 juill. 1894, [*J. La Loi*, 5 déc. 1894] — Paris, 27 mars 1895, [*J. des soc.*, 95.321] — Si l'on admettait le contraire, et c'est ce qui a été jugé par la cour de Lyon, le 18 mai 1823, Bail, [S. et P. chr.], un associé pourrait toujours, en provoquant intentionnellement un conflit, et par l'effet seul de sa volonté dissoudre une société à durée *limitée*. Il y aurait là une violation manifeste de l'art. 1869. — V. les critiques formulées contre l'arrêt de la cour de Lyon dans Delangle, n. 676; Troplong, n. 990.

522. — On peut citer comme seconde différence que les associés sont mal fondés à demander des dommages-intérêts quand il y a force majeure et qu'ils peuvent en réclamer au contraire, *suprà*, n. 515), lorsque la dissolution a pour juste motif la faute d'un associé. — Troplong, n. 988 et 991; Rousseau, n. 682; Pont, t. 1, n. 767; Houpin, t. 1, p. 116.

523. — Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence pour décider que les associés ne peuvent pas renoncer valablement, par avance, au droit de demander la dissolution en justice pour un juste motif.

524-527. — La loi n'a parlé de la dissolution pour justes motifs qu'à propos des sociétés *à terme*. Il lui a semblé sans doute que, puisque, dans les sociétés à durée illimitée, chaque associé avait le droit de provoquer la dissolution par sa seule volonté, il était inutile de se prévaloir d'un motif quelconque pour faire prononcer une dissolution en justice. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que, même dans les sociétés à durée illimitée, un associé peut toujours invoquer un juste motif de dissolution. En basant sa demande sur l'art. 1871, il échappe aux objections qui pourraient être tirées des art. 1869 et 1870. — Lyon-Caen et Renault, n. 333. — V. Cass., 4 févr. 1895, Girard et Portalis, [S. et P. 95.1.120, D. 95.1.183]

528. — Le droit d'agir en dissolution, soit à l'effet de faire constater judiciairement l'existence d'une cause de dissolution opérant de plein droit, mais contestée par certains intéressés, soit à l'effet de faire prononcer par le tribunal la dissolution dans l'un des cas prévus par l'art. 1871, est un *droit propre et individuel*, appartenant en principe à chaque associé (sous la seule réserve formulée, *suprà*, n. 514, relativement à l'associé qui, par sa *faute* aurait rendu la dissolution nécessaire), et, par conséquent non susceptible d'être paralysé par le *veto* des autres associés. — Bordeaux, 14 août 1889, [J. *La Loi*, 13 oct. 1889] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 335; Houpin, t. 1, p. 115.

529. — Mais les coassociés doivent être mis en cause, afin de pouvoir critiquer le bien-fondé de la cause de dissolution alléguée par le demandeur. Si donc la dissolution était prononcée pour juste motif, sans que tous les associés eussent été mis en cause, les associés omis auraient le droit de former *tierce opposition* au jugement de dissolution. — Trib. corr. Seine, 4 mars 1886, [J. *La Loi*, 17 mars 1886] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 335.

530. — Le droit de l'associé est indépendant de la forme de la société. Non seulement il appartient à tous les membres des sociétés par intérêt, notamment aux commanditaires. ... — Cass., 4 févr. 1895, précité. — ... mais aussi aux actionnaires des sociétés anonymes ou en commandite par actions.

531. — Jugé, en ce sens, en matière de société en commandite par actions, que l'art. 17, L. 24 juill. 1867, en permettant d'une manière générale aux simples actionnaires d'exercer, à leurs risques et périls, des actions contre le gérant, n'a pas exclu les actions en dissolution pour un juste motif, conformément à l'art. 1871, C. civ. — Lyon, 16 févr. 1881, Mathieu de Charrin, de Neuvesel et Flory, en sous-note sous Cass., 27 nov. 1888, Comp. d'ass. mut., *le Languedoc*, [S. 90.1.521, P. 90.1.1257, D. 82.2.108] — V. en sens divers, sur la question Rivière, *Comment. sur la loi du 24 juill. 1867*, n. 114; Alauzet, *Comment. des lois sur les soc.*, t. 2, n. 702; Bédarride, *Comment. sur la loi*

du 24 juill. 1867, t. 1, n. 242; P. Pont, *Comment.-Tr. des soc. civ. et comm.*, t. 2, n. 1924; Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, t. 1, n. 740, *in fine*; Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 285; Lyon-Caen et Renault, *idem*, t. 1, n. 446; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, t. 5, v° *Société en commandite*, n. 310. — V. aussi *infrà*, tit. 5, chap. 5 et 7.

532. — Jugé toutefois, en sens contraire, qu'en matière de sociétés anonymes un actionnaire ne peut, par son action individuelle, mettre en mouvement l'action sociale; qu'il y a dans ce cas nécessité de s'adresser au préalable à l'assemblée générale des actionnaires; et qu'on ne peut laisser compromettre par le porteur d'une action, qui peut être un spéculateur, les intérêts de la société et son existence même. — Toulouse, 18 janv. 1887, Duriau, en sous-note, sous Cass., 27 nov. 1888 précité. — Nous nous bornons à signaler ici la controverse, nous réservant de l'exposer avec les développements qu'elle comporte lorsque nous étudierons la théorie des actions individuelles et sociales, dans les sociétés par actions. — V. *infrà*, n. 5074, et s.

533. — Mais le droit d'agir en nullité n'appartient qu'aux associés véritables, et non pas aux prête-noms que ceux-ci auraient pu se substituer. Jugé en ce sens que, bien qu'un acte, dûment enregistré et publié, constate qu'une société a été formée entre deux individus, l'un des deux associés ne peut agir contre l'autre en liquidation de la société s'il résulte d'une contre-lettre que ce dernier n'était que le prête-nom d'un tiers avec lequel la société a été réellement contractée. — Cass., 20 déc. 1852, Duchatel, [S. 53.1.27, P. 53.1.65, D. 53.1.96]

534. — Quant aux créanciers des associés, ils n'ont, en droit français tout au moins, aucun droit propre à la dissolution. A ce point de vue, notre législation diffère des législations germaniques (C. comm. all., art. 126; C. hongrois, art. 101; C. suisse des oblig., art. 174), qui confèrent aux créanciers personnels des associés, en cas d'insuffisance du patrimoine propre de leurs débiteurs, le droit de provoquer sous certaines conditions la liquidation de la société. La seule faculté qui leur appartienne est celle d'exercer les droits et actions de leur débiteur, conformément au droit commun de l'art. 1166, C. civ. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 336.

535. — Le droit d'agir en dissolution n'est nullement exclusif de celui de faire valoir judiciairement les causes de nullité du pacte social. Jugé, en ce sens, que celui qui a formé une demande en dissolution d'une société, ne s'est pas, pour cela, rendu non recevable à en demander la nullité dans le cours de la même instance. On dirait vainement que la demande en dissolution est une reconnaissance implicite, non seulement de l'existence, mais encore de la validité de la société. — Colmar, 5 mai 1825, Karcher, [S. et P. chr.] — La dissolution et la nullité procèdent en effet de causes distinctes, indépendantes les unes des autres, et le fait d'exercer l'une des actions ne saurait élever une fin de non recevoir contre l'exercice de l'autre; pas plus que le débouté de l'une d'elles ne saurait élever, contre l'autre, une exception de chose jugée.

536. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que les conséquences juridiques de l'annulation d'une société étant autres que les conséquences de sa dissolution, la demande en nullité de la société ne saurait être déclarée non recevable comme dénuée d'intérêt, par cela seul que cette société était déjà dissoute au moment de la demande. — Cass., 3 juin 1862, Cambon, [S. 63.1.189, P. 62.1116, D. 63.1.24]

537. — Mais la transaction qui, après dissolution d'une société, intervient entre un associé et ses coassociés, sur la détermination du chiffre d'une créance réclamée par ceux-ci, en prenant pour point de départ le fait de la dissolution reconnu constant par les parties, s'oppose à ce que plus tard, et sans d'ailleurs demander la nullité de cette transaction, les créanciers de l'associé débiteur soient admis à soutenir que la dissolution de la société est nulle, soit pour vice de forme, soit comme simulée. — Cass., 21 juin 1864, Joannon, [S. 64.1.317, P. 64.1057, D. 64.1.389]

538. — En tous cas l'action en nullité, comme l'action en dissolution, doit être fondée sur un intérêt actuel. En conséquence, l'actionnaire qui a cessé de faire partie d'une société, parce que ses titres ont été revendus en Bourse, conformément aux statuts, faute par lui d'avoir répondu à un appel de fonds de ladite société, n'est pas recevable à demander la nullité de cette société. — Cass., 23 déc. 1885, Esmard, [S. 88.1.12, P. 88.1.17, D. 86.1.261]

539. — Et cet actionnaire ne saurait se faire un moyen de cassation de ce que la Cour d'appel n'aurait pas sursis à statuer sur la demande en nullité de la société, à raison d'une instance par lui introduite en nullité de l'appel de fonds, alors que, dans ses conclusions prises en appel, il ne s'est pas expliqué d'une manière nette et précise sur l'existence actuelle de cette instance, et n'a pas demandé expressément qu'il fût sursis à statuer. — Même arrêt.

540. — Comme le jugement de dissolution, le jugement d'annulation ne peut avoir d'effet utile que s'il opère *erga omnes*. D'où la nécessité de mettre en cause tous les intéressés (V. *suprà*, n. 529). Lors donc que le jugement qui déclare une société nulle intervient sur la demande formée par un associé contre quelques-uns seulement de ses coassociés, il se trouve ne pouvoir être opposé aux autres associés, et la société continue de subsister à l'égard de tous. — Douai, 12 févr. 1848, Devaux, [S. 49.2.670, D. 50.2.8]

541. — De la dissolution des sociétés, il convient de rapprocher la fusion de sociétés. Mais les fusions intervenant le plus souvent entre sociétés par actions, nous en renvoyons l'examen n. 5176 et s.

§ 3. *Effets de la dissolution.*

542. — La dissolution produit, soit entre les associés, soit entre ceux-ci et les tiers, des effets importants. Ces effets ne se réalisent que pour l'avenir; la dissolution ne peut donc être confondue, ni avec une résolution ordinaire, ni avec une annulation du pacte social. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 352; Thaller, n. 336.

543. — Lorsque la société est dissoute, il y a lieu de terminer les opérations commencées; mais de nouvelles opérations ne peuvent plus être faites. — Lyon-Caen et Renault, n. 352.

544. — Si de nouvelles opérations sont entamées par le gérant ou, s'il s'agit d'une société anonyme, par le conseil d'administration, elle ne lieront ni la société, ni les associés. Il y a lieu de tenir compte cependant des droits des tiers en cas de non-publicité de la dissolution. — V. *suprà*, n. 338 et s.

545. — La société commerciale formait une personne civile; cette personne civile cesse d'exister; la société fait place à un état de communauté, et les biens ayant composé l'actif social deviennent indivis entre les associés.

546. — La *raison sociale* cesse d'exister. Elle pourrait être reprise par une société nouvelle, mais il faut alors que celle-ci comprenne tous les anciens associés. — Lyon-Caen et Renault, n. 352. — V. au surplus, pour les règles générales relatives à la raison sociale, *infrà*, n. 1054 et s.

547. — Pendant la durée de la société, les actions que les créanciers sociaux peuvent avoir contre les associés sont soumises aux prescriptions ordinaires. Après la dissolution, elles se prescrivent par cinq ans, en vertu de l'art. 64, C. comm. — V. *infrà*, n. 899 et s.

548. — Les effets de la dissolution que nous avons énumérés jusqu'ici ne se produisent pas toujours d'une façon immédiate. Il est en effet constant en jurisprudence (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1031 et s., et *infrà*, n. 605 et s.), que dans le cas où une liquidation accompagne la dissolution, la société est censée subsister pour les besoins de sa liquidation. D'autre part, la dissolution des sociétés commerciales, tout au moins lorsqu'elle provient de certaines causes (V. *suprà*, n. 148 et s., 338 et s.), n'est opposable aux tiers qu'à la condition d'être publiée.

549. — Lors de la constitution des sociétés commerciales, la loi accorde un délai d'un mois à compter de l'acte qui consacre la constitution définitive pour remplir les formalités de publicité (V. *suprà*, n. 238 et s.). Nous avons vu à ce propos que, lorsque les formalités de publicité sont remplies dans le mois de la date de la constitution définitive, elles ont un effet rétroactif. Dans le cas où la dissolution est assujettie à la publicité (V. *suprà*, n. 148 et s.), la loi ne fixe, au contraire, aucun délai pour l'accomplissement des formalités. D'où la question de savoir si ce délai d'un mois est ici encore obligatoire.

550. — M. Pont estime (t. 2, n. 1204) que, dans les cas où la publicité est requise, cette publicité doit être remplie dans le mois à compter de la dissolution. Il invoque à l'appui de son argumentation le texte de l'art. 61 de la loi de 1867 qui renvoie, à propos de la dissolution, aux art. 55 et 56 qui établissent le délai d'un mois. Il semble d'ailleurs naturel de soumettre la publicité de la dissolution au même délai que la publicité de la cons-

titution. Cette assimilation est admise, en principe, pour toutes modifications aux statuts (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 206); pourquoi n'en serait-il pas de même de la dissolution?

551. — Une fraction importante de la doctrine décide cependant que le délai d'un mois ne peut pas être appliqué pour la publicité de la dissolution (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 358; Houpin, t. 2, n. 1034). En effet, dit-on, « il est exorbitant d'admettre l'effet rétroactif de formalités de publicité; la rétroactivité est même quelque peu contradictoire avec le but de la publicité. A défaut d'un texte formel, cette rétroactivité ne saurait donc être admise ». Or, non seulement il n'y a pas de texte consacrant la rétroactivité de la publicité, mais la rétroactivité paraît encore condamnée par l'art. 64, C. comm. Nous verrons, en effet, à propos de la prescription quinquennale applicable aux actions des créanciers sociaux contre les associés, que cette prescription court à partir du jour de la publicité et non du jour même de la dissolution. S'il en est ainsi de l'un des effets principaux de la dissolution, il est impossible de soutenir que les autres doivent rétroagir au cas où les formalités de publicité sont remplies dans le délai d'un mois.

552. — Si l'acte de dissolution ne fait l'objet que d'une publication irrégulière et, à plus raison, s'il ne fait l'objet d'aucune publication, il y a lieu d'appliquer l'art. 61, L. 24 juill. 1867, qui renvoie pour cette question au dernier alinéa de l'art. 56 de la même loi. Nous dirons donc, en argumentant par analogie de la solution admise pour le cas d'omission des formes de publicité requises lors de la constitution de la société, que les formalités de publicité doivent être observées à peine de nullité de la dissolution à l'égard des intéressés; mais que le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. — Pour le commentaire de cette formule, V. *suprà*, n. 274 et s., 317 et s., 538 et s.

553. — Les tiers peuvent donc, suivant leur intérêt, tenir la société pour dissoute, ou faire décider au contraire que la dissolution leur est inopposable, et que la société subsiste toujours. Dans cette seconde alternative, ils ont l'avantage, non seulement d'éviter la prescription quinquennale (C. comm., art. 64) pour leurs créances antérieures à cette dissolution, mais encore de pouvoir agir contre la société et contre les membres responsables du passif à raison d'actes faits par le gérant même après la dissolution. — Lyon-Caen et Renault, n. 359-2°; Pont, t. 2, n. 1207; Delangle, t. 2, n. 579; Houpin, t. 1, n. 618, *in fine*; Vavasseur, t. 2, n. 1041.

554. — Jugé, en ce sens, que la publication d'un acte de dissolution d'une société commerciale est à bon droit déclarée nulle et inefficace à l'égard des tiers, alors que l'acte déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce (L. 24 juill. 1867, art. 55) mentionne d'une manière vague l'époque de la dissolution; spécialement lorsqu'il se borne à mentionner que la société sera dissoute à partir du moment où les derniers travaux auront été parachevés. — Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289, D. 93.1.417] — V. sur le principe, Cass., 29 janv. 1838, Serres, [S. 38.1.612, P. 38.1.499]; — 26 mai 1886, Cajaux et Debitas, [S. 88.1.215, P. 88.1.518, D. 87.1.383] — Rouen, 25 juin 1887, Pérignon, [S. 90.2.53, P. 90.1.331]; — 9 janv. 1890, sous Cass., 11 janv. 1893, Ménage, [S. et P. 97.1.443]

555. — ... Que cette nullité n'est pas couverte par un acte complémentaire fixant à un jour précis la date exacte de la dissolution de la société, si cet acte n'a pas été déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce. — Cass., 19 avr. 1893, précité.

556. — ... Que cette nullité n'est pas même couverte par la mention d'une date précise dans l'extrait de l'acte publié dans les journaux, alors surtout qu'il est en même temps observé, d'une part, que cette date était elle-même inexacte, et que, de plus, ledit extrait lui-même était irrégulier en ce qu'il omettait d'indiquer la date du dépôt aux greffes de l'acte de dissolution. — Même arrêt.

557. — ... Qu'en retenant toutes ces incorrections, un arrêt a pu déclarer une telle publication irrégulière au point d'être nulle au regard de tous tiers intéressés et que c'est là une appréciation des faits et de leurs conséquences qui échappe à révision. — Même arrêt.

558. — ... Que les créanciers sociaux, non régulièrement avertis de la date de la dissolution, avant le terme statutaire, d'une société commerciale, sont en droit de repousser l'exception de prescription abrégée de l'art. 64, C. comm. — Même arrêt.

559. — Jugé enfin, d'une part, que le défaut de publicité n'est pas couvert par la connaissance personnelle que les tiers intéressés auraient pu avoir, en fait, de la dissolution de la société, et, d'autre part, que, dans le dessein d'écarter toutes contestations sur la bonne ou la mauvaise foi des tiers, le législateur a créé, selon qu'il y a eu observation ou inobservation de formalités, une présomption de connaissance ou d'ignorance des actes dont la nature exclut toute preuve contraire. — Même arrêt. — V. aussi Cass., 26 mai 1886 et Rouen, 9 janv. 1890, 30 janv. 1895, précités. — *Sic*, Boistel, n. 359; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 359; Pont, t. 2, n. 1207; Ruben de Couder, n. 420; Houpin, t. 1, n. 618. — *Contrà*, Dijon, 22 juill. 1835, sous Cass., 29 janv. 1838, Serres, [S. 38.1.602, P. 38.1.499] — Paris, 1er juin 1854, De Couasnon, [S. 54.2.535, P. 55.2.223, D. 56.2.230] — V. aussi Malepeyre et Jourdain, p. 506; Troplong, t. 2, n. 909.

560. — Nous avons vu précédemment que les créanciers sociaux avaient généralement intérêt à faire consacrer la survivance de la société en demandant aux tribunaux la nullité de la dissolution. Les créanciers personnels d'un associé ont un intérêt tout opposé. C'est, en effet, en se prévalant de la dissolution non publiée ou même irrégulièrement publiée, qu'ils parviendront, s'ils n'en sont empêchés par les créanciers sociaux, à se faire payer sur la part revenant à leur débiteur (V. Lyon-Caen et Renault, n. 273 et 359). Il convient d'ailleurs de remarquer qu'en cas de conflit entre les créanciers sociaux, intéressés à contester, et les créanciers personnels, intéressés à exciper de la dissolution, les premiers l'emporteront nécessairement, puisqu'ils excipent de l'inaccomplissement d'une formalité légale, imposée aux associés dans leur intérêt, et pour la sauvegarde de leurs droits.

561. — Lorsque la dissolution a lieu dans l'un des cas n'exigeant pas de publicité légale, elle produit de plein droit ses effets, soit entre les associés, soit à l'égard des tiers, et à partir du jour même où le cas s'est produit (expiration du temps pour lequel la société avait été contractée, mort de l'un des associés, faillite, etc.). Mais, en ce cas, et à la différence de l'hypothèse précédente, la *bonne foi* des tiers devra être prise en considération; d'où il suit que les opérations engagées avec eux par les gérants ou administrateurs, postérieurement à la dissolution, devront être réputés valables (C. civ., art. 2008 et 2009).

562. — S'il arrive, en fait, que, dans un des cas où les formalités de publicité ne sont pas exigées, on ait pris le soin de les remplir, la mauvaise foi des tiers s'ensuivra presque nécessairement. Toutefois, disent Lyon-Caen et Renault (n. 361), « par cela même qu'on se trouve en dehors des cas où les formalités sont prescrites par la loi, les juges ont un pouvoir illimité d'appréciation à cet égard : ils peuvent décider que les tiers n'ont point eu connaissance de la dissolution et que, par suite, elle ne leur est point opposable, bien qu'elle ait été entourée de formalités de publicité ». En fait, les juges n'useront que bien rarement de ce pouvoir, dont l'exercice pourrait avoir de graves inconvénients.

563. — En législation, il serait, d'après nous, préférable, d'une part, de prescrire la publicité de toute dissolution quelle qu'en soit la cause, et, d'autre part, d'attacher à la seule publication une présomption *juris et de jure* de connaissance de la dissolution. Si ce système était admis, il couperait court à toute difficulté. Effectivement, si les formalités avaient été remplies, tous les intéressés seraient présumés avoir connaissance de la dissolution; si les formalités avaient été omises, tous les intéressés seraient présumés l'avoir ignorée : telle est la solution consacrée par plusieurs codes étrangers, notamment par le Code de commerce allemand (art. 129) et par le Code suisse des obligations (art. 579).

Section II.

De la liquidation.

§ 1. *Notions générales.*

564. — Lorsqu'une société est dissoute, l'actif doit être partagé entre les associés. C'est en vue de ce partage, et pour déterminer la masse sur laquelle il portera, qu'on le fait précéder de diverses opérations désignées sous le nom collectif de *liqui-*

dation. — Sur la liquidation en général (définitions, caractères généraux), V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 989 et s.

565. — Le partage de la société n'est pas nécessairement précédé de la liquidation. Ainsi, à la dissolution d'une société en nom collectif, les associés peuvent, d'un commun accord, ne pas y procéder. Ils peuvent convenir, par exemple, ou bien que le partage de l'actif s'effectuera immédiatement, sans que les dettes soient acquittées au préalable, ou bien que l'actif sera attribué en totalité à l'un des associés, mais à la charge par celui-ci, d'une part, de remettre une somme déterminée à ses coassociés, et, d'autre part, d'acquitter le passif social. — Cass., 19 mai 1868, Lieutaud, [S. 68.1.442, P. 68.1182, D. 69.1.317]; — 3 mars 1873, Morel, [S. 73.1.437, P. 73.1128]; — 24 nov. 1885, Sion, [S. 88.1.66, P. 88.1.143] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 363; Deloison, n. 100; Houpin, t. 1, p. 156.

566. — Si la liquidation n'est pas une suite nécessaire de la dissolution, en revanche il peut y avoir lieu à liquidation après un événement autre que la dissolution; c'est ce qui arrivera notamment après l'annulation d'une société. — Lyon-Caen et Renault, n. 363; Thaller, n. 350.

567. — Il peut également y avoir lieu à liquidation en dehors de toute société; tel est le cas des liquidations de successions ou de communautés conjugales. Mais, et bien que les Codes civil et de commerce renvoient au titre *Des successions* pour les formalités du partage dont la liquidation est le préliminaire, la liquidation de société présente un caractère très-différent de la liquidation de succession. Dans cette dernière, le passif est le plus souvent assez faible, et les créanciers demeurent à l'arrière-plan; le liquidateur se borne le plus généralement à l'établissement des comptes entre les ayants-droit (tel est le sens technique du mot dans la langue notariale); puis il est procédé sans délai au partage de l'actif brut entre les cohéritiers, lesquels succèdent dans la même proportion au passif : les créanciers de la succession trouvent d'ailleurs, dans la séparation des patrimoines, une garantie suffisante à l'encontre des créanciers personnels des héritiers. — V. *suprà*, v° *Partage*, n. 501 et s.

568. — Tout autre est le caractère spécifique de la liquidation des sociétés, surtout des sociétés de commerce. « D'une part, en effet, ainsi que le fait remarquer justement Thaller (n. 353), la conversion de l'actif en argent sera de règle; car les immeubles, attirail et marchandises, n'ont pas de valeur de conservation pour les individus. D'un autre côté, les sociétés, même très-solvables, sont prises dans un réseau serré d'engagements qu'il faut liquider. Un partage de l'actif brut entrainerait le morcellement du gage et la nécessité pour les créanciers de se faire payer divisément par chaque associé. Ce serait manquer à la probité des affaires. D'où la grande extension donnée à la liquidation et aux opérations que ce terme embrasse dans l'ordre du commerce ». On comprendra donc dans la liquidation commerciale et la vente des biens, qui au civil est une opération de partage (C. civ., art. 826 et s.), et le paiement des dettes qui, en matière de succession ou de communauté, suit fréquemment ledit partage.

569. — La liquidation des sociétés n'est, en droit français, réglée par aucun texte. La jurisprudence a dû combler cette lacune en construisant une théorie d'après les principes généraux de la législation et les nécessités des transactions commerciales. C'est cette théorie qu'il nous faut exposer, en insistant seulement sur les particularités qu'elle présente dans son application aux sociétés commerciales. — Pour la liquidation des sociétés civiles, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 989 et s.

§ 2. *De la nomination et de la cessation des fonctions des liquidateurs.*

1° *Nomination des liquidateurs.*

570. — Le liquidateur est la personne chargée de procéder à la liquidation. Théoriquement, le droit de procéder à la liquidation appartient à tous les associés, quelle que soit d'ailleurs la forme de la société. Pratiquement, et afin d'éviter les complications que présenterait cette liquidation en commun, au moins dans les sociétés comprenant un certain nombre d'associés, les fonctions de liquidateur sont confiées à une ou plusieurs personnes, associées ou non (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1008 et s.). Cette pratique est assez générale dans les sociétés par intérêt, constante dans les sociétés par actions.

571. — Le liquidateur d'une société commerciale est généralement rétribué.

572. — Les liquidateurs peuvent être nommés dans l'acte même de société; ils peuvent être nommés, au contraire, postérieurement à la dissolution. Dans ce dernier cas, les statuts peuvent même contenir une clause déterminant le mode de nomination, la majorité requise, etc.

573. — Supposons que les statuts ne désignent point le liquidateur, ou que le liquidateur désigné soit décédé ou ne puisse pour une cause quelconque s'acquitter de son mandat. Comment le ou les liquidateurs seront-ils nommés? Si les statuts se sont prononcés sur le mode de nomination, s'ils ont décidé par exemple que le liquidateur serait nommé à la majorité par l'assemblée générale des actionnaires, ces prescriptions devront être observées.

574. — Mais *quid* en cas de silence des statuts sur le mode de nomination? Devra-t-il être désigné à l'unanimité? La question est controversée. Dans une première opinion on enseigne que cette nomination peut se faire à la majorité. — Bédarride, *Sociétés*, n. 491; P. Pont, t. 2, n. 1971. — Ces auteurs font remarquer que la désignation d'un liquidateur n'est pas un acte anormal, exceptionnel, mais une éventualité que les fondateurs de la société ont dû prévoir et qui, par conséquent, même en l'absence de clause expresse, rentre dans les attributions normales de l'assemblée générale, statuant à la majorité conformément au droit commun.

575. — Dans une deuxième opinion on enseigne, au contraire, que l'unanimité doit être exigée, car « il s'agit d'un contrat nouveau, d'un mandat à conférer ». — Thaller, *loc. cit.*, n. 350; Pont, t. 1, n. 1491; Lévi, *Liquidation des sociétés commerciales*, p. 29. — V. Cass., 17 juin 1823, Baradelle, [S. chr.] — C'est ce second système qui nous paraît le plus juridique. Sans doute, l'unanimité sera difficilement réalisable si les associés sont nombreux; mais les intérêts en présence n'en souffriront pas, puisqu'en pareil cas le liquidateur sera nommé par justice, à moins que les associés ne préfèrent procéder en commun à la liquidation. Dans ce dernier cas, tous seraient liquidateurs, comme tous peuvent être cogérants (C. civ., art. 1859). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1016.

576. — Lors du vote sur la nomination du liquidateur, les héritiers d'un associé en nom ne peuvent avoir qu'une voix. Le contraire serait absolument illogique, les ayants-cause ne pouvant avoir plus de droits que leur auteur. En pratique, ils choisiront un mandataire et lui donneront le pouvoir de les représenter. — Lyon-Caen et Renault, n. 367.

577. — Si parmi les intéressés il y a des incapables (par exemple, des héritiers mineurs, un associé interdit, etc.), le représentant de l'incapable participe à la nomination du liquidateur; c'est à ce représentant, en effet, que sont virtuellement délégués tous les droits appartenant à l'incapable comme associé. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1023.

578. — Si l'unanimité ne peut être obtenue, ni pour la nomination d'un liquidateur amiable, ni pour la liquidation en commun par les soins de tous les associés, il y a lieu de recourir à la justice et c'est le tribunal de commerce qui nomme un ou plusieurs liquidateurs. Dans la pratique, lorsque la liquidation est prononcée par justice, et spécialement dans les cas prévus par l'art. 1871, C. civ., un seul et même jugement prononce la dissolution et désigne les liquidateurs, sans même que sur ce dernier point des conclusions spéciales aient été prises par les intéressés. Ce même jugement fixe la durée des fonctions et l'étendue des pouvoirs des liquidateurs, il indique aussi leur mode de rétribution. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 370.

579. — Il n'existe pas en droit français de liquidateurs *de plein droit*, c'est-à-dire de personnes auxquelles la loi elle-même attribue cette qualité, à défaut d'une décision contraire et unanime des intéressés (*Contrà*, Code fédéral suisse, art. 580, conférant au gérant les fonctions de liquidateur, toutes les fois que les associés n'en ont pas décidé autrement). Aussi le tribunal a-t-il une entière liberté pour confier ces fonctions soit à un associé, gérant ou non, soit à un étranger. Dans la pratique, l'usage s'est introduit dans les grands tribunaux consulaires, et spécialement au tribunal de commerce de la Seine, de choisir de préférence des liquidateurs de profession, dits liquidateurs-administrateurs, désignés en assemblée générale du tribunal (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 370; Houpin, t. 1, n. 205). Ces agents forment auprès du tribunal de la Seine et sous son con-

trôle officieux, une sorte de corporation extra-légale ayant ses statuts, et possédant, à l'instar de la corporation officielle des agents de change, un fonds commun servant de garantie à leur gestion. Il y a ainsi une grande analogie entre le régime des liquidations et celui des faillites. — V. *suprà*, v° *Liquidation de société*. — Sur la corporation extra-légale des syndics de faillite, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 1631 et s.

580. — Remarquons du reste que, même après la nomination par justice, les associés peuvent toujours se mettre d'accord pour désigner un autre liquidateur à la place du liquidateur judiciaire (Lyon-Caen et Renault, n. 367). Il faut partir, en effet, de cette idée que le liquidateur est avant tout le représentant des associés : l'intervention de justice n'est que subsidiaire, à la différence du cas de faillite, où la désignation des syndics est toujours l'œuvre de la justice, la masse des créanciers étant simplement invitée à formuler un avis qui ne lie point le tribunal.

581. — Le liquidateur judiciaire nommé après dissolution ne doit pas être confondu avec l'agent du même nom, institué par la loi du 4 mars 1889. La liquidation, qui fait l'objet de notre étude, est le régime de la presque unanimité des sociétés dissoutes, aussi bien des sociétés parfaitement solvables qui conservent la disponibilité de leurs biens, que des sociétés dont le crédit est compromis. Le liquidateur judiciaire de la loi du 4 mars 1889 n'intervient que lorsque la société a cessé ses paiements et manqué à ses engagements. Ses biens sont alors mis sous le séquestre de ses créanciers, et son propre gérant ne les gère qu'assisté du liquidateur judiciaire. La société peut même encourir la faillite, soit *de plano*, soit en suite de conversion de la liquidation judiciaire en faillite : elle est alors dessaisie, et gérée par un syndic. — V. *suprà*, v° *Liquidation judiciaire*, n. 387 et s.

582. — Il arrive parfois qu'une même société est, tout à la fois, d'une part, *dissoute* et pourvue d'un liquidateur, d'autre part, *en faillite* ou *en liquidation judiciaire* pour cessation de paiements et pourvue d'un syndic ou d'un liquidateur judiciaire. — Thaller, n. 350; Pic, *Du concours dans une faillite de société d'un liquidateur et d'un syndic* (*Ann. de dr. commerc.*, 1892), et *Faill. des soc.*, p. 80; Houpin, t. 1, n. 206.

583. — Le concours de ces deux agents est très-facile à justifier, soit que la dissolution ait précédé la faillite (attendu qu'une société dissoute peut néanmoins être déclarée en faillite), soit qu'à l'inverse la faillite ait précédé la dissolution (la dissolution n'étant pas une suite nécessaire, mais une conséquence possible de la faillite, surtout en cas de rejet du concordat). Effectivement, le syndic, ou le liquidateur judiciaire *hoc sensu* de la loi de 1889, représente la masse créancière; le liquidateur nommé après dissolution représente la société et les associés à l'encontre de la masse créancière; c'est à lui qu'est dévolu le soin d'exercer les droits qui, dans la faillite ou la liquidation judiciaire d'un individu, appartiennent à celui-ci. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 138 et s.

584. — Jugé, en ce sens, que la nomination d'un liquidateur, chargé de remplacer le gérant et de représenter la personne collective de l'être moral en faillite, et plus spécialement les commanditaires, n'a rien d'incompatible avec l'état de faillite d'une société et l'existence du syndicat organisé par la loi. — Cass., 9 mars 1854, Synd. de la faillite du canal Zola, [D. 54.1.203]; — 21 janv. 1874, Jacob-Pétre, [S. 74.1.312, P. 74.792, D. 74.1.312] — Trib. comm. Seine, 12 mars 1879, [*Rev. de dr. comm.*, 79, n. 713 *bis*]

585. — Il en est ainsi surtout quand le jugement qui nomme ce liquidateur a pris des précautions suffisantes pour éviter toute confusion entre les opérations du liquidateur et l'administration légale des syndics de la faillite. — Cass., 9 mars 1854, précité.

586. — Le liquidateur étant, par définition même, l'agent des associés, les créanciers de la société ne participent pas à sa nomination. Ils ne peuvent pas même demander au tribunal de commerce la nomination d'un liquidateur. En intervenant à ce sujet, les créanciers feraient acte d'immixtion dans les affaires sociales; or cette faculté ne leur appartient pas plus après la dissolution de la société que pendant sa durée. — Lyon-Caen et Renault, n. 372.

587. — Si les créanciers estiment que la société a manqué à ses engagements envers eux, ils ne sont nullement désarmés, puisqu'il leur est loisible de demander la déclaration de faillite. Le tribunal de commerce désigne alors un syndic provisoire qui a mission de représenter spécialement les créanciers, et de procéder à la liquidation dans leur intérêt (Lyon-Caen et Renault, n. 372), ... sous réserve du droit de contrôle dévolu aux gérants ou administrateurs ès qualités si la société faillie n'est pas encore dissoute, ou aux liquidateurs qui ont pris la place des gérants s'il y a eu dissolution. Les droits opposés des deux groupes d'intéressés, créanciers d'une part, associés d'autre part, sont ainsi pleinement sauvegardés.

588. — *Publicité du mode de liquidation.* — Dans l'intérêt des tiers, l'art. 61, L. 24 juill. 1867, prescrit de publier les actes et délibérations ayant pour objet le mode de la liquidation. — V. *suprà*, n. 173.

2° De la cessation des fonctions des liquidateurs.

589. — Le liquidateur d'une société commerciale dissoute ne demeure pas nécessairement en fonctions jusqu'à l'achèvement de la liquidation. Son mandat, en effet, peut prendre fin, conformément à l'art. 2003, C. civ. : 1° par sa renonciation; 2° par son décès, son interdiction, sa déconfiture ou sa faillite; 3° par sa révocation. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1024 et s.

590. — Son mandat, au contraire, survit aux événements qui atteignent les associés (décès, interdiction, déconfiture, faillite ou liquidation judiciaire d'un associé). Sans doute, l'art. 2003 attribue le même effet révocatoire à ces événements, soit qu'ils frappent le mandant, soit qu'ils frappent le mandataire. Mais chaque associé, isolément envisagé, n'est qu'une fraction de mandant.

591. — Ne convient-il pas, tout au moins, de considérer le mandat du liquidateur comme révoqué *ipso facto* par la faillite, ou liquidation judiciaire de la société? Cette conclusion a pour elle les apparences de la logique, attendu, peut-on dire, que le véritable mandant, en l'espèce, est l'être moral société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 374.

592. — Telle n'est pas cependant l'opinion dominante, et la plupart des auteurs qui se refusent à considérer la faillite sociale comme une cause de dissolution (V. *suprà*, n. 477 et s.) décident, par voie de conséquence, que le liquidateur d'une société dissoute avant d'avoir été déclarée en faillite, demeure en fonctions pour représenter l'être moral société à l'encontre du syndic, agent des créanciers. Il faut, en effet, de toute nécessité, que la société, être de création légale, ait dans la faillite un représentant, appelé à exercer les droits légalement dévolus à tout failli : ce représentant ne peut plus être le gérant, puisque par hypothèse la société est dissoute, ce ne peut donc être le liquidateur qui a pris les lieu et place du gérant. — Houpin, t. 1, n. 206; Pic, *Faill. des soc.*, p. 77; Pont, n. 1907. — Quant à l'objection juridique déduite de l'art. 2003, on y peut répondre en faisant observer que le mandant se compose, en l'espèce, de tous les associés, dont la réunion forme une sorte de collectivité distincte de la personne morale société, seule en faillite. — Paris, 12 juill. 1869, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Sociétés*, n. 573] — V. aussi, Cass., 21 janv. 1874, précité. — Le raisonnement est peut-être subtil, mais la solution nous paraît s'imposer, pour des raisons d'ordre pratique. Lyon-Caen et Renault sont obligés de reconnaître qu'il faudra, aussitôt après la faillite, désigner un liquidateur nouveau pour représenter la société : n'est-il pas plus simple de laisser en fonction, celui précédemment nommé, et d'écarter ici l'application de l'art. 2003, écrit évidemment en vue des individus, et non des sociétés en faillite?

593. — Le liquidateur d'une société commerciale dissoute peut être révoqué. Il convient cependant de distinguer entre le cas où le liquidateur est nommé par les associés et le cas où le liquidateur est désigné par la justice. De plus, dans le premier cas, une sous-distinction doit être faite entre le liquidateur statutaire et celui nommé *ex post facto*.

594. — I. *Liquidateur désigné par les associés.* — A. *Liquidateur statutaire.* — Ce liquidateur peut être, soit un associé, soit un étranger : *a*) Si le liquidateur désigné par l'acte de société est lui-même associé, il ne peut être révoqué que dans le cas où tous les associés sont favorables à la révocation et qu'autant qu'il y consent lui-même. Dans ce cas, en effet, la nomination du liquidateur est une clause de l'acte de société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 374 *bis*; Houpin, t. 1, n. 206.

595. — Toutefois, si le liquidateur statutaire manquait à ses obligations, ses coassociés pourraient évidemment demander sa révocation à la justice, conformément à l'art. 1184, comme ils peuvent, avant la dissolution, demander celle du gérant. Jugé,

en ce sens, qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement la gravité des faits reprochés à un gérant liquidateur, et de décider s'il y a lieu de le maintenir dans les fonctions de liquidateur que lui attribuait l'acte de société, ou de nommer à sa place un liquidateur étranger. — Cass., 30 avr. 1873, Delcambre, [S. 74.1.123, P. 74.285, D. 75.1.32] — V. aussi Trib. comm. Seine, 3 févr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.327] — Paris, 6 juill. 1889, [*Ibid.*, 90.130] — Trib. comm. Marseille, 23 oct. 1899, [*Journ. des soc.*, 1900.234]

596. — ... Que les tribunaux peuvent décider que la liquidation d'une société commerciale mise en dissolution ne sera pas confiée à l'associé désigné pour cela dans le pacte social, si cet associé ne présente pas des garanties suffisantes. — Cass., 27 mars 1893, Rousselet, [S. et P. 94.1.174, D. 93.1.440]

597. — ... Que les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier s'il existe de justes causes pour refuser à l'associé désigné par le pacte social de procéder à la liquidation sociale. — Même arrêt.

598. — *b*) Si le liquidateur désigné par l'acte de société est un tiers non associé, il faut encore que tous les associés soient d'accord pour sa révocation, mais son consentement personnel n'est plus nécessaire (Arg., C. civ., art. 2003-1°). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 374 *bis*; Houpin, t. 1, n. 206.

599. — B. *Liquidateur non statutaire.* — Si le liquidateur est nommé par les associés, mais en dehors de l'acte de société, en ce cas la révocation *ad nutum* du liquidateur est possible, mais l'unanimité est nécessaire pour cette révocation, comme elle l'est pour la nomination. — Lyon-Caen et Renault, n. 374 *bis*; Thaller, *loc. cit.*, n. 351; Pont, n. 1945; Houpin, t. 1, n. 161. — Il s'agit ici de l'unanimité des mandants; en d'autres termes le consentement du liquidateur même associé n'est plus exigé, car sa nomination n'est plus une clause du pacte social, mais un simple mandat collectif. — Mêmes auteurs.

600. — Ici encore, la justice peut intervenir, en cas de désaccord des associés, pour révoquer le liquidateur, s'il y a justes motifs. Le pouvoir d'appréciation des juges du fond est ici aussi complet que lorsqu'il s'agit pour le tribunal de se prononcer pour ou contre la dissolution, conformément à l'art. 1871. — Amiens, 29 juin 1895, [*Rev. des soc.*, 96.212] — V. *supra*, v° *Société civile*, n. 1027 et s.

601. — Jugé, dans cet ordre d'idées, que les tribunaux peuvent décider que la liquidation d'une société mise en dissolution ne sera pas confiée à un associé, si cet associé ne présente pas les garanties suffisantes; et que, pour sauvegarder les droits des tiers, même des associés commanditaires, ils peuvent confier cette mission à une personne possédant leur confiance. — Lyon, 18 mai 1893, sous Cass., 4 févr. 1895, Girard et Portalis, [D. 95.1.183]

602. — II. *Liquidateur désigné par justice.* — La justice l'ayant nommé, a seule le pouvoir de le révoquer, soit d'office si elle considère que le maintien de son mandat serait dangereux pour les intérêts qui lui sont confiés, soit à la requête des associés. — Lyon, 18 mai 1893, précité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 374 *bis*; Thaller, n. 351; Houpin, t. 1, n. 206.

603. — Toutefois les associés, s'ils sont unanimes, peuvent indirectement révoquer le liquidateur nommé par justice en désignant eux-mêmes un liquidateur qui prendra les lieu et place du premier. La justice n'intervient ici, en effet, qu'à raison du désaccord des intéressés; ce désaccord venant à cesser, c'est leur volonté unanime qui doit faire loi. — Mêmes auteurs.

604. — Le nom du liquidateur nommé en remplacement du liquidateur primitif doit être légalement publié. La loi ne s'explique pas formellement sur ce point, mais il serait contradictoire d'exiger la publication du nom du premier liquidateur et de laisser occulte le nom du liquidateur qui vient à le remplacer. Les tiers ont un égal intérêt à connaître l'un et l'autre pour être mis à l'abri de toutes surprises. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n. 376.

§ 3. *De la personnalité des sociétés commerciales en liquidation.*

605. — A partir de la dissolution de la société, il ne devrait plus y avoir logiquement qu'une communauté d'intérêts entre les ex-associés, devenus des copropriétaires. On devrait dire, par suite, que la personne morale n'existe plus et qu'il n'y a plus de patrimoine social distinct des biens propres aux associés. Mais, cette solution rigoureuse pourrait porter atteinte à des droits acquis, le crédit de la société pourrait en être compromis, et les opérations de la liquidation en souffrir.

606. — C'est ainsi, en particulier, que si l'on admettait la disparition immédiate de la personnalité de la société par l'effet de la dissolution, les créanciers sociaux ne seraient pas admis, à partir du jour de la dissolution, à se faire payer exclusivement sur les biens sociaux et par préférence aux créanciers personnels des associés; ils subiraient sur ces biens le concours de ces derniers.

607. — De même encore, ce point de départ étant admis, chaque associé pourrait exiger des débiteurs sociaux le montant de sa part dans les créances sociales, et les créanciers de l'ancienne société devraient actionner chacun des associés pour sa part dans les dettes, et cela malgré la présence du liquidateur, dont la mission est de concentrer entre ses mains les opérations de la liquidation sociale.

608. — C'est pour remédier à ces inconvénients, et concilier dans la mesure du possible tous les intérêts en présence, que la jurisprudence a substitué à la réalité une fiction, et fait prévaloir ce principe que *les sociétés subsistent, pendant toute la durée de la liquidation, dans la mesure où il est nécessaire qu'il en soit ainsi pour la facilité de cette même liquidation. Dans cette mesure, la société, quoique dissoute, conserve jusqu'à l'achèvement de la liquidation sa personnalité morale.* En d'autres termes, et suivant la formule de la Cour suprême, si, par l'effet de la dissolution, la société cesse d'exister pour l'avenir et pour les opérations en vue desquelles elle avait été constituée, si elle ne peut plus vendre, acheter, faire le commerce, elle continue néanmoins d'exister pour régler ses affaires accomplies, c'est-à-dire pour se liquider; ou, suivant la formule employée dans le langage commercial, elle ne subsiste plus que pour sa liquidation.

609. — La jurisprudence a admis cette fiction, même pour les sociétés civiles (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1031 et s.); mais c'est surtout relativement aux sociétés commerciales que la fiction légale a produit d'importantes conséquences pratiques, que nous allons passer en revue. — Sur le principe, V. notamment : Cass., 27 juill. 1863, Lerestif des Tertres, [S. 63.1.457, P. 64.171, D. 63.1.460]; — 17 mai 1877, Boutmet Lesaffre, [S. 77.1.356, P. 77.196]; — 16 août 1880, Sicre, [S. 82.1.176, P. 82.1.404, D. 82.1.80]; — 18 déc. 1883, Lemaire, [S. 86.1.27, P. 86.1.42, D. 84.1.402]; — 11 mars 1884, Cail, [S. 85.1.447, P. 85.1.1073, D. 84.1.199]; — 2 déc. 1885, Hué, [S. 88.1.331, P. 88.1.792, D. 86.1.307]; — 13 janv. 1892, Henry, [S. et P. 92.1.104, D. 92.1.587]; — 24 mai 1892 (sol. impl.), Gillet, [S. et P. 92.1.469, D. 93.1.95] — Nancy, 19 févr. 1881, Ory, [S. 82.2.161, P. 82.1.828] — Bordeaux, 30 mars 1886, Rousseau, [S. 88.2.181, P. 88.1.973, D. 86.2.284] — Orléans, 9 mars 1894, Bertrand, [S. et P. 95.2.310, D. 95.2.265] — *Sic*, Boistel, n. 379; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 563, et *Tr. de dr. commerc.*, t. 2, n. 366; Massé, note sous Cass., 18 août 1840, [S. 40.1.836]; Troplong, t. 2, n. 1040 et s.; Frémery, *Etudes de dr. commerc.*, p. 69, note 5; Vavasseur, t. 1, n. 249; Rousseau, t. 1, n. 628 et s.; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Sociétés en nom collectif*, n. 536 et s.; Deloison, *Soc. commerc. franç. et étrang.*, t. 1, n. 112; Pic, *Faill. des soc.*, p. 32; Houpin, t. 1, n. 203 et s.; Bourguet, *Du caractère juridique de la liquidation d'une société commerciale.*

610. — De cette fiction légale de survie de la personnalité morale de la société commerciale dissoute, jusqu'à l'achèvement de la liquidation, découlent de nombreuses conséquences, dont nous énumérons ci-après les principales.

611. — 1° Le liquidateur est l'agent, le représentant de la société réputée survivante, plus encore que l'agent des associés; il s'interpose, le cas échéant, entre l'être moral et ceux des coassociés qui voudraient se comporter comme de simples communistes. Ainsi, lorsqu'une société de commerce s'est mise en liquidation avec constitution d'un mandataire pour opérer cette liquidation, les anciens associés ne peuvent, même proportionnellement à la part qu'ils ont dans la société, toucher le montant des créances sociales et en donner une quittance libératoire : ce droit n'appartient qu'au liquidateur seul, tant que dure l'opération qui lui a été confiée. — Cass., 27 juill. 1863, précité. — *Sic*, Lyon-Caen, *Traité*, t. 2, n. 366, 384, qui cite Bruxelles, 3 févr. 1859, [*Jurispr. du Port d'Anvers*, 59.2.41]

612. — De même, lorsqu'une société a été mise en liquidation, c'est au liquidateur seul, et non aux associés personnelle-

ment, qu'appartient l'exercice des actions à intenter dans l'intérêt de la société contre celui des associés qui, à un titre quelconque, se trouverait débiteur envers la caisse sociale, et spécialement de l'action en réparation du dommage causé par les malversations du gérant. — Cass., 16 janv. 1867, Février, [S. 67.1.173, P. 67.400]

613. — Jugé également que la société est valablement représentée en justice par son liquidateur; et que, dès lors, l'intervention en appel des créanciers sociaux chirographaires, dans une instance où ils viennent reproduire les conclusions prises au nom de la société par le liquidateur, n'est pas recevable. — Nancy, 19 févr. 1881, précité.

614. — 2° La dissolution d'une société commerciale ne suffit pas pour attribuer aux associés un droit de propriété privatif sur les biens sociaux : ce droit ne suppose pas seulement la liquidation terminée, mais le partage accompli. — Cass., 18 mai 1829, Rousseau-Létang, [S. et P. chr.] — Nancy, 19 févr. 1881, précité. — Bordeaux, 30 mars 1886, précité. — V. aussi Colmar, 2 août 1817, Predelys, [S. et P. chr.]

615. — « Si l'art. 529, C. civ., écrit en ce sens M. Thaller (n. 355), ne reconnaît comme meuble la part sociale que « pendant toute la durée de la société », cela signifie seulement que le bien mis dans le lot de l'associé, par le fait du partage, recouvre alors la nature mobilière ou immobilière déterminée par son objet. En réalité, dans la terminologie de ce texte, la société dure encore pendant tout le temps qu'exige la liquidation. — V. Boistel, n. 379; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 153. — V. *infrà*, n. 675.

616. — La propriété des immeubles sociaux continuant, jusqu'à l'achèvement de la liquidation, à appartenir exclusivement à la société, envisagée comme personne juridique distincte des associés, lesdits immeubles ne sauraient être atteints, ni par l'hypothèque légale de la femme de chacun des associés, ni par celle du mineur ou de l'interdit dont ils ont la tutelle, ni par l'hypothèque judiciaire résultant des jugements de condamnation rendus personnellement contre les associés. — Aux auteurs précités, *adde :* Pont, *Privil. et hypoth.*, n. 512; Laurent, t. 30, n. 365.

617. — Jugé en ce sens, que tant qu'une société en nom collectif existe, et même, tant qu'elle n'a pas été définitivement liquidée, les associés qui la composent n'ont sur les immeubles sociaux qu'un intérêt constituant un droit de nature purement mobilière et nullement un droit indivis et privatif de copropriété. — Cass., 29 mai 1865, Bigot-Duval, [S. 65.1.325, P. 65.785, D. 65.1.380] — Nancy, 19 févr. 1881, précité. — V. aussi Cass., 13 janv. 1892, Henry, [S. et P. 92.1.100]; — 24 mai 1892, Gillet, [S. et P. 92.1.469]

618. — Jugé, en conséquence, que tant que la liquidation n'est pas clôturée, l'acquéreur des immeubles de la société en liquidation ne peut frapper de tierce opposition le jugement qui, à la diligence du liquidateur, a ordonné la radiation de l'inscription légale prise par la femme de l'un des associés sur les immeubles sociaux sous prétexte que les créanciers de la femme viendraient à critiquer cette radiation comme frauduleuse, l'inscription ainsi radiée ne pouvant, à raison de la nullité radicale qui en a fait prononcer légalement la radiation, devenir pour lui, acquéreur de l'immeuble, une cause de trouble et de préjudice. — Cass., 29 mai 1865, précité. V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1038.

619. — Jugé toutefois que, bien que l'immeuble dépendant d'une société en nom collectif n'existe pas, même au cours de la liquidation, dans le patrimoine des associés et ne puisse être, de leur chef, grevé d'hypothèque, le conservateur des hypothèques, requis de délivrer sur un tel immeuble un état d'inscription du chef d'un des associés, doit comprendre dans cet état l'inscription d'hypothèque légale de la femme mariée. — Trib. civ. Seine, 26 janv. 1903, [*Mon. jud.*, 25 juill. 1903]

620. — Au fond, cette dernière solution n'est pas en contradiction avec les précédentes : il faut n'y voir qu'une application du principe que le conservateur des hypothèques n'est pas juge de la validité des inscriptions hypothécaires, et que les états délivrés par lui doivent comprendre toutes les inscriptions prises, même celles dont la nullité ne ferait pas de doute pour lui. — V. *suprà*, v° *Conservateur des hypothèques*.

621. — Du principe que la dissolution d'une société commerciale est impuissante à faire acquérir aux associés un droit de propriété privatif sur les biens sociaux, et spécialement sur les immeubles, découlent encore les applications suivantes : *a*) L'acquéreur d'un immeuble social, pour faire disparaître les hypothèques qui le grèvent, n'a qu'à purger sur la société, sans être obligé d'accomplir les formalités de la purge légale à l'encontre de chacun des associés. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366.

622. — *b*) Les associés, tant que la liquidation de la société dissoute n'est pas terminée, n'ont pas qualité pour provoquer la licitation des immeubles sociaux. — Bordeaux, 30 mars 1886, précité.

623. — *c*) Dans le cas où il s'agit de la liquidation d'une société dissoute, cette société étant par hypothèse revêtue de la personnalité civile, la survivance de l'être moral pendant la durée de la liquidation fait que, si parmi les associés se trouvent des mineurs, le liquidateur n'a pas à observer les formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineur. Jugé que lorsque des immeubles appartiennent à une société en nom collectif, et que cette société continuée, après le décès d'un associé, avec ses héritiers mineurs (en vertu d'une clause de l'acte social), et sans être encore arrivée à son terme, ni être dissoute, et, à plus forte raison liquidée, s'est transformée en une société en commandite, en apportant à cette société tout son actif, y compris les immeubles, ces immeubles n'ont pas cessé de dépendre de la première société et d'être des propriétés sociales avant de passer à la seconde société, et que le droit des associés mineurs et autres est resté purement mobilier. — Cass., 15 nov. 1887, Guignier, [S. 88.1.410, P. 88.1.1025, et le rapport de M. le conseiller George-Lemaire, D. 88.1.293] — *Sic*, sur le principe Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366; P. Pont, t. 2, n. 1930 et 1931; Vavasseur, t. 1, n. 240.

624. — En conséquence, le tuteur des associés mineurs dans la société en nom collectif a pu, avant la loi du 27 févr. 1880, disposer de leur droit purement mobilier en les faisant entrer dans la société en commandite. — Même arrêt.

625. — Et les mineurs ne peuvent se prétendre copropriétaires des immeubles, à l'effet d'en demander la licitation contre la nouvelle société. — Même arrêt.

626. — Mais la fiction légale de survie de la personnalité ne se conçoit qu'au regard d'une société ayant pu se manifester au regard des tiers comme personne morale. En conséquence, le liquidateur d'une société commerciale dissoute sans avoir été définitivement constituée ne peut aliéner les biens meubles et immeubles de la société qu'en vertu d'un mandat émané de tous les communistes; il ne lui suffirait pas d'un mandat à lui conféré dans une assemblée générale à laquelle quelques-uns des associés n'auraient été ni présents, ni représentés. La vente faite en vertu d'un pareil mandat est donc nulle comme vente de la chose d'autrui. — Cass., 13 mars 1866, Mercier, [S. 67.1.333, P. 67. 882, D. 67.1.222]

627. — En cas de dissolution d'une société commerciale non définitivement constituée, la vente des immeubles qui en dépendent ne peut, lorsque parmi les communistes se trouvent des mineurs, être valablement faite qu'avec l'observation des formalités prescrites par la loi pour la vente des immeubles appartenant à des mineurs. — Même arrêt.

628. — *d*) Jusqu'à l'achèvement de la liquidation, les anciens associés n'ont individuellement aucun droit de mainmorte sur l'actif, qui conserve son caractère social. — Cass., 28 juill. 1896, Pascal, [S. et P. 1900.1.391, D. 97.1.147]

629. — Par suite, si les valeurs composant cet actif subissent une dépréciation, les risques n'en doivent incomber à chacun des anciens associés que dans la proportion déterminée par les statuts pour sa contribution aux pertes subies par la société (et non en proportion de la part d'actif social revenant à chaque associé). — Même arrêt.

630. — De même, la clause de l'acte de société, suivant laquelle les commanditaires doivent toucher l'intérêt à 5 p. 0/0 du montant de leur mise au compte des frais généraux de la société, doit produire son effet même après la dissolution de ladite société, pendant la durée de la liquidation de celle-ci. Du moins, l'arrêt qui le décide ainsi, d'après l'intention commune des contractants, ne fait qu'interpréter la convention par une appréciation souveraine, non sujette au contrôle de la Cour de cassation. — Même arrêt.

631. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que l'action des créanciers d'une société en commandite ou d'une société anonyme contre les commanditaires ou actionnaires n'a d'autre limite que l'importance des mises sociales ou de l'intérêt de ceux-ci; — qu'à la vérité le commanditaire ou l'actionnaire engage

seulement le capital dont il promet le versement ou qui doit lui revenir pour sa part à la dissolution de la société; mais que ce capital, comme tout ce qui constitue l'actif social, est, à ce titre, le gage des créanciers de la société; — que, lorsque la société est mise en liquidation, *aucune fraction de ce gage ne peut être distraite de sa destination*; qu'ainsi les commanditaires ou actionnaires qui se seraient réparti l'actif social avant le paiement intégral du passif, sont obligés ou de rétablir dans la caisse sociale ce qu'ils en ont prématurément retiré, ou de subir chacun pour le tout, jusqu'à concurrence de la somme qu'il a indûment retirée, l'action des créanciers. — Cass., 9 févr. 1864, Dupenchy, [S. 64.1.137, P. 64.443, D. 64.1.72]

632. — Jugé également que la décision suivant laquelle les actionnaires d'une société anonyme mise en liquidation sont responsables envers les créanciers sociaux non payés jusqu'à concurrence des sommes qu'ils ont retirées de l'actif social à partir de la liquidation de la société, ne comporte aucune distinction entre le capital social formé par la souscription des actions, le fonds de réserve, ou les autres valeurs appartenant à la société en liquidation, qui, toutes, constituent le gage commun des créanciers de la société et qui n'auraient pu être distribuées aux actionnaires qu'après l'entière libération des créanciers. — Cass., 14 avr. 1869, Dupenchy, [S. 70.1.216, P. 70.156, D. 69.1.407]

633. — ... Qu'en conséquence, un jugement postérieur à cette décision ne peut limiter la responsabilité des actionnaires au montant originaire de leurs actions sans violer l'autorité de la chose jugée (C. civ., art. 1350). — Même arrêt.

634. — ... Que l'associé qui, dans l'intérêt social, a, de ses deniers, fait à une usine, exploitée par la société, des améliorations et des augmentations considérables, doit, lorsqu'il s'agit pour lui, par suite de la saisie et de la vente qui ont eu lieu de cet immeuble à la requête d'un créancier personnel d'un autre associé, de se faire rembourser de ses impenses, être considéré comme tiers détenteur évincé et non comme constructeur. — Cass., 28 nov. 1838, Houyeau, [S. 38.1.951, P. 38.2.655]

635. — 3° Par une autre conséquence tirée de la survivance de la société pendant la durée de la liquidation, il faut admettre que tant qu'une société dissoute n'a pas été liquidée, le tribunal du lieu où elle était établie est seul compétent pour statuer sur des demandes formées contre elle; mais il en est différemment dès que la société a été liquidée; alors les demandes dirigées contre les associés doivent être portées devant le tribunal de leur domicile. — Cass., 18 août 1840, Barbet, [S. 40.1.836, et la note de M. Massé, P. 40.2.293]; — 18 déc. 1883, Lemaire, [S. 86.1.27, P. 86.1.42, D. 84.1.402] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Guillouard, n. 351; Thomine-Desmazures, *Procéd. civ.*, t. 1, n. 82; Nouguier, *Trib. de comm.*, t. 2, p. 383; Cadrès, *Code de proc. commerc.*, p. 28; Pardessus, t. 4, n. 1357; Despréaux, *Compét. des trib. de comm.*, n. 574. — V. encore Cass., 16 nov. 1815, Lavergne, [S. et P. chr.] — Douai, 18 juill. 1833, Dagneau, [S. 33.2.565, P. chr.] — Aix, 13 nov. 1837, De Pinto, [S. 38.2.130, P. 38.1.102] — Paris, 10 févr. 1845, Vaton, [S. 45.2.461, P. 45.1.297] — Pau, 2 févr. 1870, Roy, [S. 70.2.139, P. 70.579] V. aussi *suprà*, v° *Compétence civile et commerciale*, n. 851 et s.

636. — Dire que le tribunal du siège social est seul compétent pour statuer sur les instances engagées contre la société dissoute, mais non encore liquidée, équivaut à dire que ladite société doit être assignée *en son siège social*, sans qu'il y ait à tenir compte des domiciles personnels de chacun des associés : c'est audit siège que devra être remis l'exploit introductif d'instance. — Cass., 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.311, P. 82.1.758, D. 81.1.457]; — 11 juin 1888, Synd. de la Société *le Crédit parisien*, [S. 90.1.516, P. 90.1.1249, D. 89.1.293] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366; Houpin, t. 1, n. 157; Nouguier, *Trib. de comm.*, t. 2, p. 383.

637. — Et la société qui, établie dans une ville, a transféré dans une autre ville le siège de sa liquidation, doit être assignée, si l'action est intentée avant ce transfert, devant le tribunal de la première ville par ses créanciers, vis-à-vis desquels, bien que dissoute, elle est toujours réputée exister pour les besoins de sa liquidation. — Cass., 3 janv. 1900, Comp. des chem. de fer du Rhône, [S. et P. 1900.1.391, D. 1900.1.95]

638. — La société dissoute étant représentée par son liquidateur ès qualités, la signification du jugement obtenu contre ladite société est valablement faite à ce dernier, et une telle signification fait courir les délais d'appel. — Cass., 8 avr. 1828, Larmaud, [S. et P. chr.] — Paris, 12 déc. 1810, Leluc, [S. et P. chr.]

639. — Jugé, également, que les liquidateurs d'une société dissoute représentant les anciens associés ou leurs héritiers, l'héritier unique des divers associés, bien qu'il n'ait pas été partie dans un arrêt contre lequel les liquidateurs s'étaient pourvus, peut valablement signifier l'arrêt d'admission obtenu par les liquidateurs, et suivre lui-même sur le pourvoi. — Cass., 25 août 1879, Leblond-Barrette, [S. 81.1.447, P. 81.1.1163, D. 79.1.465]

640. — Il est plus exact, au surplus, de voir dans le liquidateur un représentant de la société elle-même, ayant pris la place des gérants ou administrateurs dessaisis par le fait de la dissolution, qu'un simple mandataire des associés. — Paris, 6 févr. 1891, Wormser, [D. 92.2.385] — Aussi n'est-il nullement indispensable qu'il soit nominativement visé dans les actes de procédure. Ceux-ci sont réguliers, même s'ils ne mentionnent que la société désignée par son ancienne raison sociale.

641. — Ainsi, est régulière l'assignation donnée à une société dissoute par le décès d'un des associés, en son siège social, lors même qu'elle n'aurait pas été donnée nominativement à la personne du liquidateur. — Cass., 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.311, P. 82.1.758, D. 81.1.457] — Paris, 15 nov. 1886, [J. *La Loi*, 29-30 nov. 1886]

642. — En d'autres termes, les tiers sont ici investis d'une faculté d'option. Ils peuvent signifier, à leur choix, l'exploit introductif d'instance, ou bien à la société elle-même, prise en sa raison sociale et en son siège social, ou bien au domicile personnel du liquidateur. Jugé, en ce sens, d'une part, et en principe, que toute société dissoute continue d'exister pour les besoins de sa liquidation, d'autre part, et comme application d'espèce, qu'un pourvoi en cassation peut être formé, au nom d'une société commerciale, par ceux qui l'ont représentée dans l'instance d'appel et à qui a été faite la signification de l'arrêt attaqué, alors même qu'il serait prétendu que cette société est en liquidation et ne peut agir dès lors sous une raison sociale. — Cass., 7 avr. 1852, Lamotte, [S. 52.1.407, P. 52.1.509]

643. — ... Que la signification de l'arrêt d'admission d'un pourvoi en cassation, faite sous la raison sociale à une société commerciale dissoute, est régulière, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer la personne et la qualité de son liquidateur. — Cass., 7 nov. 1898, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 99.1.269, D. 1903.2.233 et la note de M. Pic]

644. — ... Que le liquidateur soutiendrait vainement que cette signification aurait dû lui être faite à son domicile personnel, si, dans toute la procédure, il n'a jamais indiqué un domicile autre que celui de la société en commandite dont il était le gérant. — Même arrêt.

645. — Du mandat *ad litem* virtuellement dévolu aux liquidateurs, il résulte également que ceux qui intentent une action contre une société en liquidation peuvent actionner seulement le liquidateur en la maison sociale; ils ne sont pas tenus de mettre tous les associés en cause. — Lyon, 28 févr. 1894, [J. *La Loi*, 19 janv. 1895] — Lyon-Caen et Renault, n. 366.

646. — Il y aurait lieu cependant de mettre tous les associés en cause s'il s'agissait d'associés tenus indéfiniment des dettes sociales, que les créanciers voudraient poursuivre sur leurs biens personnels. Mais, dans ce cas, l'action viserait bien moins la société dissoute que les associés considérés séparément.

647. — 4° Les droits des créanciers sociaux sur l'actif social continuent à être préférables à ceux des créanciers personnels des associés. Jugé, à cet égard, que du moins jusqu'à la clôture de la liquidation, les partages qui peuvent intervenir entre les associés ne sont que des actes anticipés ne produisant que des droits éventuels et ne peuvent porter atteinte au gage des créanciers sociaux, ni à leur droit de préférence sur l'actif social, à l'encontre des créanciers personnels des associés. — Cass., 2 déc. 1885, Hue, [S. 88.1.331, P. 88.1.792, D. 86.1.357] — *Sic*, P. Pont, t. 2, n. 1990; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 537; Boistel, n. 379; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366.

648. — En conséquence, une saisie-arrêt pratiquée par les créanciers personnels des associés, ès mains d'une société nouvelle, à laquelle les associés, leurs débiteurs, ont fait l'apport de l'actif de la société dissoute, ne peut frapper que l'émolument éventuel à revenir aux associés après la liquidation terminée, et la saisie est à bon droit déclarée nulle et sans effet, quand il est constant que cet apport a été absorbé, et au delà, par les

besoins de la liquidation de l'ancienne société, dont le passif n'a même pas été acquitté intégralement. — Même arrêt.

649. — V. aussi sur la nullité des saisies pratiquées, au cours de la liquidation, par les créanciers personnels des associés sur les biens sociaux au préjudice des créanciers sociaux. — Paris, 16 déc. 1809, Lasne, [S. et P. chr.] ; — 19 déc. 1814, Philibert, [S. et P. chr.] — Rennes, 9 juin 1815, Bonnefoi, [S. et P. chr.]

650. — 5° La mise en liquidation d'une société laisse subsister intactes toutes les garanties spéciales attachées aux diverses créances sociales; ici ne sauraient s'appliquer les restrictions apportées notamment aux droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires par le fait de la faillite (V. *suprà*, v° *Faillite*). Ainsi, et spécialement, la mise en liquidation d'une société par actions, prononcée en justice, ne fait pas perdre aux porteurs d'*obligations* le droit d'exercer les privilèges et hypothèques attachés à ces titres, alors surtout que les porteurs n'étaient point en cause dans le jugement de liquidation. — Aix, 8 avr. 1878, Comp. immobilière, [S. 79.2.313, P. 79.1248]

651. — La liquidation laisse également subsister la garantie résultant, pour les créanciers sociaux, de la dette solidaire des associés en nom, et ce, même si le liquidateur a cru devoir contracter certains engagements personnels relatifs au paiement du passif. Jugé en ce sens que, lorsque l'un des associés liquidateur d'une société commerciale tombée en faillite s'est obligé personnellement en cette qualité à payer aux créanciers de la société une partie de leurs créances, il ne s'opère pas une novation ayant pour résultat de libérer de la dette sociale les autres associés, qui continuent à en être tenus par l'effet de la solidarité. — Rennes, 23 août 1847, Maury, [P. 48.2.690]

652. — Décidé, cependant, que si une société en liquidation est tenue de remplir ses engagements envers les tiers, dans les termes mêmes où ils ont été contractés, il ne saurait en être ainsi lorsque cette exécution implique nécessairement le fonctionnement régulier de la société dissoute, et, par suite, est inconciliable avec le fait de la liquidation, dont l'objet est d'opérer le plus promptement possible la réalisation de l'actif et l'extinction du passif. — Cass., 2 févr. 1887, Briau et Delaunay, Liquid. Comp. chemins de fer nantais, [S. 88.1.57, P. 88.1.126, D. 87.1.97]; — 10 mai 1887, Mêmes parties, [S. et P. *Ibid.*, D. 87.1.334]

653. — Ainsi, lorsqu'une compagnie de chemin de fer s'est mise en liquidation, comme d'ailleurs elle y était autorisée par ses statuts, après avoir obtenu le rachat de sa concession, elle ne saurait être contrainte à rembourser ses obligataires au moyen de tirages annuels, conformément au tableau d'amortissement inséré au verso des titres des obligations. — Mêmes arrêts.

654. — Dans ce cas, les obligataires ont seulement le droit de demander, suivant les circonstances... soit la déchéance du terme, soit la résolution du contrat, avec dommages-intérêts. — Mêmes arrêts.

655. — D'ailleurs, la mise en liquidation de la compagnie ne peut autoriser les porteurs d'obligations, qui réclament l'exécution du contrat intervenu entre eux et la compagnie, à demander que la compagnie soit tenue de faire emploi, en valeurs déterminées, d'une somme suffisante pour assurer le service des coupons et le remboursement des obligations. — Cass., 6 janv. 1885, Liquid. Comp. chemins de fer nantais, [S. 88.1.57, P. 88.1.126, D. 85.1.55] — *Contrà*, Demolombe, consultation reproduite avec Caen, 16 août 1882, Chemins de fer nantais, [S. 83.2.115, P. 83.1.681]

656. — Il importe peu que la compagnie ait, depuis un certain temps, cessé de procéder aux tirages périodiques pour le remboursement des obligations : il y a là seulement un fait d'inexécution du contrat, qui peut donner lieu à la résolution avec dommages-intérêts, mais non à son exécution dans des conditions différentes de celles qui avaient été stipulées. — Même arrêt.

657. — Il importe peu, également, que la stipulation de remboursement des obligations, avec primes et par voie de tirage au sort, ait introduit dans le contrat un élément aléatoire : cette circonstance est insuffisante pour permettre d'appliquer les dispositions de l'art. 1978, C. civ., aux termes duquel le crédirentier, en cas de non-paiement des arrérages d'une rente viagère, peut poursuivre la vente des biens de son débiteur, et faire ordonner que, sur le produit de la vente, il sera fait emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. — Même arrêt.

658. — Jugé, cependant, qu'au cas de dissolution et de mise en liquidation d'une compagnie de chemins de fer, l'obligataire est en droit de demander l'emploi de fonds suffisants pour assurer le paiement des intérêts et le remboursement des obligations. — Caen, 16 août 1882, Comp. des chemins de fer nantais, [S. 83.2.115, P. 83.1.681, D. 84.2.30] — *Sic*, Demolombe, *loc. cit.* — V. au surplus, pour l'étude des difficultés que soulève le règlement des droits des obligataires, en cas de faillite ou de liquidation survenant au cours de la période d'amortissement, *infrà*, n. 2816 et s.

659. — 6° Non seulement la liquidation laisse subsister en principe, sans modification, les engagements sociaux antérieurs, mais la société et les associés sont également tenus des obligations contractées par le liquidateur pour les besoins de la liquidation, comme si elles avaient été contractées par les gérants ou administrateurs avant la dissolution. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 366-*i*.

660. — 7° La société dissoute et en liquidation peut, à raison de la survivance de sa personnalité juridique, être déclarée en faillite ou en liquidation judiciaire, si par ailleurs les conditions de la faillite ou de la liquidation (cessation de paiement) se sont trouvées réunies en fait antérieurement à la dissolution. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 138 et s.

661. — L'énumération, d'ailleurs incomplète, de ces conditions, démontre combien il est important de savoir à quel moment cesse la liquidation. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la clôture de la procédure de liquidation et des comptes du liquidateur. Il nous suffira pour l'instant de constater, avec la cour de Nancy, que la liquidation d'une société se prolonge tant que les opérations qu'elle comporte ne sont point complètement achevées, et, spécialement, aussi longtemps qu'il reste des créances sociales à recouvrer et des comptes à apurer. Jusqu'à ce moment, la personnalité morale subsiste, et la société est valablement représentée par le liquidateur. — Nancy, 31 déc. 1896, [*Gaz. Pal.*, 97.1.338]

662. — Nous avons établi ci-dessus (n. 608) que la fiction en vertu de laquelle la société est réputée durer encore pendant la liquidation n'est établie que pour les besoins de la liquidation. La société cesse donc d'exister pour l'avenir; elle cesse même en théorie au moment précis de sa dissolution; et si la jurisprudence décide que la société dissoute subsiste encore, du moins ne subsiste-t-elle que dans la mesure même des nécessités de cette liquidation. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1039 et s.

663. — Il en résulte qu'en principe aucune nouvelle opération ne peut être faite. Par suite, les opérations nouvelles postérieures à la dissolution n'obligeraient que ceux qui les ont faites, sans engager la société elle-même, si elles ne tendaient pas directement à la liquidation. — V. ce qui est dit *infrà*, n. 681 et s., sur les pouvoirs du liquidateur.

664. — Jugé, dans le même ordre d'idée : *a*) que l'intérêt qu'une société a dans une autre société s'éteint nécessairement lorsqu'elle vient à être dissoute, et à compter du jour même de cette dissolution. — Rennes, 4 févr. 1819, Sanchon, [S. et P. chr.]

665. — *b*) Que lorsqu'une société a été formée à titre de transaction, et que les apports des associés ont consisté dans des objets dont la propriété était contestée entre eux, la résolution de cette société pour inexécution par l'un des associés des engagements qu'il a contractés, a pour effet de remettre les parties au même état que celui où elles étaient avant leur association, et de replacer la propriété des objets par elles mis en commun, sous le coup de leurs anciennes prétentions respectives (C. civ., art. 1184, 1871 et 1872). — Bourges, 14 juin 1844, Simonin, [S. 45.2.632, P. 45.2.587, D. 46.2.41]

666-673. — *c*) Que la faillite de l'un des associés emportant par elle-même la dissolution de la société, l'effet de commerce expédié à la société, dans l'ignorance où était l'expéditeur de la dissolution de cette société, n'a pu être transmis à celle-ci, et est resté la propriété de l'expéditeur. — Cass., 4 août 1880, Mallet, [S. 81.1.56, P. 81.1.125, D. 81.1.464]

674. — *a*) Que la cession de part dans une société dissoute, mais dont la liquidation n'est pas terminée, est, au regard de la loi fiscale, assimilée à la cession de part dans une société encore existante, et sujette au tarif réduit de 0,50 0/0, établi par la loi du 21 frim. an VII (art. 69, § 2, n. 6) sur les « cessions d'actions ». — V. Cass., 21 déc. 1887, Monnier et Bisman, [S. 89.1.129, P. 89.1.295, D. 88.1.389]; — 13 janv. 1892, Henry, [S. et P. 92.1.100, D. 92.1.587]

675. — Toutefois, cette solution n'est acceptable qu'en présence d'une société dissoute en liquidation. Que si la dissolution n'est suivie d'aucune liquidation (V. *suprà*, n. 565), l'idée de survie de la personnalité de l'être moral ne peut plus être mise en avant, et la dissolution produit, *ergà omnes*, un effet immédiat. Jugé en ce sens que, si les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie sont meubles par la détermination de la loi à l'égard de chaque associé il n'en est ainsi que tant que dure la société; en présence d'une société dissoute (*et non en liquidation*) le droit de l'associé, s'appliquant alors directement aux objets qui formaient l'actif social, devient meuble ou immeuble, suivant qu'il a pour objet des meubles ou des immeubles. — Cass., 24 mai 1892, Gillet, [S. et P. 92.1.469, et la note de M. Wahl, D. 93.1.95]; — 3 janv. 1900, Bouche, [S. et P. 1900.1.291, D. 1900.1.586] — V. *suprà*, n. 615.

676. — Ainsi, lorsqu'une société commerciale en nom collectif ayant pris fin par l'expiration du temps pour lequel elle avait été contractée, sans avoir été prorogée ni mise en liquidation, un des anciens associés cède ultérieurement à ses coassociés, moyennant un prix déterminé, toute sa part sociale, la transmission porte, non pas sur une part d'intérêt, mais sur la quote-part du cédant dans les meubles et immeubles qui composent la société. — Cass., 24 mai 1892, précité.

677. — Une telle cession constitue une vente de la part indivise du vendeur dans les différents objets composant le fonds social, et est passible des droits divers applicables à la vente de ces divers objets, suivant leur nature. — Cass., 21 déc. 1887, précité.

678. — Et on ne peut, pour soutenir que la société se trouvait en liquidation au moment de la cession, se fonder sur une clause de l'acte de société portant qu' « à l'expiration de la société ou à sa dissolution, quelles qu'en soient les causes, la liquidation en sera faite en commun; la suite du commerce, le matériel industriel, les meubles et ustensiles, la clientèle, l'achalandage et la subrogation aux baux sera licitée entre les trois associés ». — Cass., 24 mai 1892, précité.

679. — En pareil cas, il est impossible d'admettre que, dès le début de la société, les associés avaient entendu en rendre la liquidation obligatoire à l'époque de l'expiration de sa durée, quelles que fussent d'ailleurs les circonstances ultérieures; la disposition précitée doit être entendue en ce sens que, si une liquidation devenait plus tard nécessaire, elle devrait être faite par tous les associés, désignés à l'avance comme liquidateurs statutaires. — Même arrêt.

680. — Toute idée de liquidation doit même être exclue, si la cession a été consentie à forfait, aux risques et périls des acquéreurs, et s'il a été expressément convenu que les créances mauvaises ou douteuses y seraient comprises; une telle cession démontre bien que les parties n'ont pas voulu recourir à la liquidation, dont le but essentiel est de terminer les affaires commencées, de libérer la société vis-à-vis de ses créanciers, de recouvrer ses créances. — Même arrêt.

§ 4. *Opérations de la liquidation. — Pouvoirs du liquidateur.*

1° *Mandat du liquidateur. Notions générales.*

681. — Les pouvoirs des liquidateurs, en matière de sociétés commerciales comme en matière de sociétés civiles, découlent du but même de la liquidation, et de la nature du mandat qui leur est dévolu. C'est ce but qu'il faut envisager pour en déterminer l'étendue, lorsque les statuts, les associés, dans la clause statutaire, la délibération ou le jugement qui les nomme, n'ont pas expressément délimité ces pouvoirs.

682. — L'idée qui domine la matière, et que nous avons déjà mise en relief à propos des sociétés civiles (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1060 et s.), c'est que le liquidateur, comme le gérant dont il prend les lieu et place, est le représentant de la société et des associés, mais nullement celui des créanciers. C'est dans l'intérêt et pour le compte des associés qu'il procède à la réalisation de l'actif, à l'acquittement du passif exigible, et qu'il prépare ainsi le partage entre les ayants-droit.

683. — Sans doute la liquidation, comportant l'acquittement du passif, profite indirectement aux créanciers, et des mesures peuvent, ainsi qu'on le verra bientôt, être prises par justice pour qu'il ne soit pas procédé par les liquidateurs à des répartitions arbitraires. Mais ce n'est là qu'une sorte de choc en retour ne pouvant équivaloir à un mandat et conférer au liquidateur le droit d'exercer des actions propres en la personne des créanciers.

684. — Une seconde idée à mettre en relief, c'est que les liquidateurs sont nommés, non pas pour continuer l'exploitation commerciale, mais uniquement, — et à ce point de vue le liquidateur se différencie nettement des gérants ou administrateurs, — pour mener à bien les opérations déjà entamées, réaliser l'actif social et fixer l'importance du passif dont le paiement incombe à la société. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1028 et s.

685. — De la première idée, il résulte que les liquidateurs d'une société commerciale, n'étant que les représentants de la société, n'ont pas qualité pour représenter les tiers, dont ils n'ont reçu aucun mandat, et spécialement pour exercer les actions que la loi leur confère en propre. — Cass., 14 mars 1882, Ville de Marseille, [D. 82.1.241] — Douai, 23 mars 1878, Leclerc, [S. 78.2.305, P. 78.1255, D. 79.2.109] — Paris, 13 juin 1888, Liquid. de la société *la Réparation*, [S. 90.2.210, P. 90.1.1124]; — 28 déc. 1888, [*Rev. des soc.*, 89.189] — Grenoble, 14 nov. 1890, [*Rev. des soc.*, 91.266]

686. — Spécialement, la responsabilité solidaire des fondateurs et administrateurs d'une société anonyme, en cas de nullité de cette société, pour infraction aux dispositions des art. 22, 23, 24 et 25, L. 24 juill. 1867, n'étant édictée par l'art. 42 de la même loi que dans l'intérêt des tiers, les liquidateurs ne sont pas recevables à intenter contre les fondateurs et administrateurs de la société une action en responsabilité fondée sur cet article. — Paris, 13 juin 1888, précité.

687. — N'étant pas représentés par le liquidateur, les créanciers sociaux conservent, au regard de la société dissoute et en liquidation, les mêmes droits qu'au regard de la société *integri status*. Ils ne peuvent ni critiquer la gestion du liquidateur, ni, à plus forte raison, provoquer sa révocation, pas plus qu'ils ne pourraient demander la révocation du gérant d'une société non dissoute. Mais leurs intérêts sont sauvegardés par la faculté qui leur est reconnu unanimement de demander la faillite de la société, nonobstant sa dissolution. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 138 et s. — V. aussi Douai, 26 juill. 1897, Cordier, [D. 98.2.123]

688. — Les créanciers pourraient d'ailleurs donner mandat au liquidateur de les représenter. Ce mandat résulterait soit du concours des créanciers ou de la majorité d'entre eux à la nomination du liquidateur, soit de l'adhésion donnée par eux après coup à cette liquidation. — Cass., 7 janv. 1868, Thoury, [S. 68.1.172, P. 68.398] — Rennes, 7 juin 1865, Thoury, [S. 65.2.330, P. 65.1240] — Rouen, 1er avr. 1881, Crédit industriel, [S. 82.2.153, P. 82.1.815, D. 82.2.92]; — 2 août 1881, [*Rec. de jurispr. comm. du Havre*, 84.2.105] — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1073.

689. — Une fraction de la jurisprudence tend à voir dans le mandat donné en commun au liquidateur par les créanciers d'une société une sorte de *mandat collectif* analogue au mandat dont, en cas de faillite, le syndic de faillite est investi. La cour de Rouen en a notamment déduit cette conséquence que les liquidateurs judiciaires peuvent, du chef de la masse des créanciers, demander la nullité de la société, dans le cas où, par suite de leur adhésion à la liquidation, ils se trouveraient être également les mandataires de ces derniers. — Rouen, 1er avr. 1881, précité.

690. — A plus forte raison les liquidateurs ont-ils, dans le même cas, le droit de faire nommer un administrateur provisoire, pour gérer des établissements situés à l'étranger et dépendants de la société, comme aussi pour procéder à la réalisation de leur actif. — Même arrêt.

691-695. — Mais il nous paraît plus juridique de ne considérer les liquidateurs que comme les mandataires *individuels* de ceux des créanciers qui ont concouru directement ou indirectement à leur désignation. Comme le font justement remarquer MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 379), « le consentement des créanciers ne peut les faire considérer comme constituant une *masse*, c'est-à-dire une sorte de personne civile; c'est seulement en cas de faillite qu'il en est ainsi ». Or, lorsqu'il y a tout à la fois dissolution et faillite, l'agent de la masse n'est et ne peut être que le syndic, investi d'attributions nettement délimitées par la loi, qu'il n'est pas au pouvoir de la justice de restreindre ou d'étendre, car elles se rattachent à l'ordre public. En face du syndic, nous trouvons le liquidateur chargé spécialement de représenter l'être moral et occasionnellement investi d'un mandat individuel et bien délimité de certains créanciers, mais jamais

d'un mandat collectif. — Sur une application de ce principe, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1028 et s.

696. — Nombreuses encore sont les différences qui séparent le mandat du liquidateur de celui du syndic, en dehors de celles qui viennent d'être indiquées. Mais toutes procèdent de cette double idée, que le liquidateur est le mandataire contractuel des associés, tandis que le syndic est l'agent judiciaire de la masse, et que la faillite est une procédure d'ordre public aux contours nettement délimités, aux formes rigides, tandis que la liquidation, précisément parce qu'elle repose avant tout sur un mandat volontaire, affecte des formes assez flottantes, les pouvoirs du liquidateur, non déterminés par la loi, pouvant être étendus ou restreints au gré des intéressés. Voici les principales :

697. — *a*) Le syndic est toujours nommé par le tribunal de commerce. Le liquidateur est, en principe, choisi par les associés, et la justice n'intervient que subsidiairement. — V. *suprà*, n. 570 et s., et v° *Société civile*, n. 1008 et s.

698. — *b*) La faillite comporte suspension du droit de poursuites individuelles pour les créanciers, et déchéance du terme pour le débiteur failli (V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 899 et s.). La liquidation judiciaire, au contraire, ne porte aucune atteinte aux droits individuels des créanciers, et ne rend point exigibles les dettes de la société. — V. *suprà*, n. 647 et s.

699. — *c*) Le Code de commerce assujettit à des formalités minutieuses, sous le contrôle du tribunal de commerce, les actes les plus importants du syndic (transaction, aliénation d'immeubles, etc.). Il est muet, au contraire, à la différence de plusieurs lois étrangères (C. comm. ital., art. 200), sur les formalités imposées au liquidateur; et ce silence même, ainsi que nous le verrons, ne laisse pas que de faire naître de graves controverses.

700. — *d*) Le Code de commerce oblige le syndic à respecter scrupuleusement la loi d'égalité dans les répartitions. Aucune disposition de ce genre ne figure dans la loi française relativement aux répartitions effectuées par les soins du liquidateur; et nous aurons à ce sujet à apprécier la légalité des prescriptions formulées à cet égard par la pratique des tribunaux consulaires.

701. — *e*) Les créanciers sociaux ont la faculté d'attaquer, par la voie de l'action paulienne, les actes de liquidation effectués en fraude de leurs droits, comme ils pourraient attaquer les actes du gérant. Le même droit ne leur appartient pas à l'encontre des actes du syndic. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 411; Houpin, t. 1, n. 210.

702. — Ces notions générales étant dégagées, nous aurons à examiner successivement : *a*) la procédure initiale; *b*) les opérations proprement dites de la liquidation, et l'étendue des pouvoirs du liquidateur. — Sur ces deux points, V. aussi *suprà*, v° *Société civile*, n. 1042 et s.

2° *Procédure initiale.*

703. — Le liquidateur est un mandataire, responsable à ce titre de sa gestion envers ses mandants. Il doit donc, aussitôt nommé, établir avec précision la consistance de l'actif à réaliser.

704. — Dans ce but, le liquidateur requerra tout d'abord la levée des *scellés*, s'il en a été apposé à la requête des créanciers. — Sur le droit pour les créanciers de requérir, après dissolution, l'apposition des scellés sur l'actif social, et ce, nonobstant toute clause contraire inscrite dans les statuts, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1043 et s.

705. — Aussitôt après, il procédera à l'*inventaire* de l'actif social, concurremment avec les associés. Il s'agit ici non d'un inventaire notarié, mais d'un inventaire amiable dressé, conformément aux usages du commerce par le liquidateur lui-même, lequel procède à l'estimation des divers éléments de l'actif, comme eût pu le faire le gérant, sans intervention de commissaires-priseurs ni d'experts. — Trib. comm. Seine, 11 nov. 1887, [*Rev. soc.*, 88.165] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 380; Houpin, t. 1, n. 207. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1048 et s.

706. — Aucun texte ne détermine *dans quel délai* cet inventaire commercial doit être achevé. C'est aux tribunaux à apprécier, dans chaque espèce, si l'inventaire a été fait en temps utile, ou s'il est trop tardif pour être digne de foi. — Mêmes auteurs.

707. — En tout cas, l'absence d'inventaire exposerait le liquidateur à une action en dommages-intérêts de la part des intéressés, qui pourraient établir par tous les moyens légaux la consistance des biens sociaux (Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*). — Sur la question de savoir, si parmi ces moyens, l'on peut ranger la preuve par *commune renommée*, V. notamment, Bonnier, *Traité des preuves* (édit. Larnaude), n. 241 et s.; Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, § 761, note 17.

708. — Une telle action doit d'ailleurs être intentée avant que l'achèvement de la liquidation ne vienne apporter un obstacle de fait insurmontable à la détermination des éléments dont se composait l'actif au lendemain de la liquidation. Lors donc qu'au jour de la dissolution d'une société commerciale aucun inventaire n'a été dressé, un ancien associé devrait être déclaré non recevable dans son action tendant à son établissement rétrospectif, alors que, les résultats de la liquidation étant définitivement acquis, une telle mesure d'instruction serait fatalement inopérante et impraticable. — Amiens, 23 déc. 1899, [*Rec. d'Amiens*, 99.259]

709. — Le liquidateur doit également, dès le début de la procédure : *a*) Exiger un compte de gestion de l'ex-gérant, et plus généralement des associés, même non-gérants, qui auraient en fait, avant la dissolution, pris une part active à l'administration de la société. — Pont, n. 1950; Houpin, t. 1, n. 207.

710. — *b*) S'assurer, si la cause de dissolution est une de celles dont la loi exige la publication (V. *suprà*, n. 148 et s.), que les formalités légales ont été effectivement accomplies. — Houpin, *op. cit.*

711. — *c*) Se procurer les *livres* imposés aux commerçants soit par la loi (C. comm., art. 8 et s.), soit par les usages du commerce. — Paris, 30 juin 1897, [*J. des soc.*, 98.507] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 380; Houpin, *op. cit.*

712. — Aucun texte n'imposant au liquidateur l'obligation de fournir caution comme garantie de sa gestion, il ne saurait en principe être astreint à en fournir que si les associés, ou le tribunal, en le nommant, lui imposaient cette obligation. — Pont, n. 1951 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 381; Houpin, t. 1, n. 207, *in fine*.

713. — Remarquons toutefois que l'organisation des liquidateurs en corporations, soumises au contrôle officieux du tribunal de commerce, à Paris et dans quelques grands centres, offre aux intéressés une garantie sérieuse, les statuts de ces compagnies comportant l'établissement d'une *bourse commune* ou *fonds commun*, affecté à la garantie des condamnations prononcées contre leurs membres. — V. *suprà*, n. 579.

3° *Pouvoirs des liquidateurs.*

714. — La liquidation, avons-nous dit, a pour but de réaliser l'actif nécessaire à l'extinction du passif, de solder ce passif, et de faire ressortir ainsi l'actif net à partager entre les ayants-droit sur les bases des statuts. C'est ce but qui permet de délimiter les pouvoirs dévolus aux liquidateurs. Mais il importe de faire remarquer au préalable que les règles que nous allons poser à cet égard ne reçoivent leur application qu'autant que, ni les associés, ni le tribunal si le liquidateur a été désigné par la justice, n'ont jugé opportun de délimiter expressément ces pouvoirs, soit pour les restreindre, soit pour les étendre. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1054 et s.

715. — En cas de doute sur l'étendue des pouvoirs du liquidateur d'une société commerciale, doute provenant soit de l'ambiguïté d'une clause de l'acte de nomination, soit de l'absence de toute disposition expresse s'y référant, c'est au tribunal seul qu'il appartient de se prononcer par voie d'interprétation. — Trib. Niort, 23 déc. 1896, [*J. des soc.*, 97.225]

716. — Le président du tribunal civil, statuant en référés, serait incompétent pour connaître d'une question touchant à la liquidation d'une société commerciale, même s'il s'agissait de mesures provisoires et d'urgence. — Paris, 9 mars 1883, Roblin et autres, [S. 84.2.102, P. 84.1.197, D. 84.2.66] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 211. — V. *suprà*, v° *Référés*, n. 556 et s.

717. — En admettant que l'acte ou le jugement de nomination du liquidateur soit muet sur l'étendue de ses pouvoirs, il convient de lui reconnaître le pouvoir de faire, en cette qualité, les actes ci-dessous énumérés : 1° *Tous actes conservatoires* du patrimoine social. Cette expression, prise dans son acception la plus large, comprend notamment : les inscriptions et renouvellements d'inscriptions hypothécaires garantissant les créances so-

ciales. — Cass., 21 nov. 1893, Argand, [S. et P. 96.1.13, D. 94.1.269]

718. — ... Les actes interruptifs de prescription, la mainlevée des hypothèques garantissant des créances éteintes, les mesures tendant à assurer la conservation et l'entretien des divers éléments de l'actif (réparations, assurances, etc.).

719. — ... Le recouvrement, par toutes les voies de droit, des créances sociales. Il importe de faire remarquer, à cet égard, que, par suite de la règle susénoncée de la survie de la personnalité morale de la société, le liquidateur a même seul qualité pour recevoir le paiement des créances sociales, et que le paiement effectué au nom d'un associé non liquidateur, même pour sa part, ne serait pas libératoire. — Cass., 27 juill. 1863, Lerestif, [S. 63.1.457, P. 64.171, D. 63.1.460] — V. Houpin, t. 1, p. 163; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 384.

720. — D'une manière générale, c'est au liquidateur ès qualités qu'appartient, après la dissolution, l'exercice des actions sociales, ou plus exactement le droit d'ester en justice, tant en demandant qu'en défendant, au nom de l'être moral, dont la personnalité, nous l'avons dit, subsiste jusqu'à l'achèvement de la liquidation (V. *suprà*, n. 605 et s., et v° *Société civile*, n. 1106). Jugé, en ce sens, que c'est au liquidateur d'une société commerciale ou aux personnes qu'il s'est substituées qu'il appartient exclusivement de faire et de poursuivre le recouvrement de l'actif social; qu'en conséquence, en cas de dissolution d'une compagnie d'assurance mutuelle, le directeur de cette compagnie ne saurait se prévaloir des pouvoirs dont il avait été originairement investi pour continuer les poursuites par lui commencées antérieurement à la dissolution pour le recouvrement des cotisations annuelles dues par les sociétaires ou assurés. — Cass., 19 nov. 1849, Nicolas, [S. 50.1.31, P. 50.1.662, D. 50.1.28] — V. aussi Aix, 5 avr. 1832, Larmichon, [P. chr.]

721. — ... Que, lorsqu'une société a été mise en liquidation, c'est au liquidateur seul, et non aux associés personnellement, qu'appartient l'exercice des actions à intenter dans l'intérêt de la société contre celui des associés qui, à un titre quelconque, se trouverait débiteur envers la caisse sociale, et spécialement de l'action en réparation du dommage causé par les malversations du gérant. — Cass., 16 janv. 1867, Février, [S. 67.1.173, P. 67.400]

722. — Inversement, c'est au liquidateur qu'il appartient de défendre aux instances dirigées contre la société. Les jugements rendus contre lui sont donc opposables aux associés, qui ne peuvent les attaquer par voie de tierce opposition. — Rouen, 12 avr. et 26 août 1845, Gosselin, Lemaître, [S. 46.2.566, P. 48.1.651, D. 50.2.2 et 3]

723. — A plus forte raison, le pouvoir accordé à des liquidateurs de liquider l'actif et le passif de la société avec droit de compromettre et de transiger *sur toute contestation*, emporte-t-il accessoirement celui de défendre aux demandes formées par des tiers contre la société. — Douai, 17 sept. 1842, Arnoult, [P. 43.2.641]

724. — Il ne faudrait pas croire cependant que les tiers soient toujours obligés d'agir contre le liquidateur. Cela dépendra de la nature de la société. Si elle est anonyme, les créanciers ne pourront agir que contre les liquidateurs; mais si elle est en nom collectif, la dissolution et la liquidation ne peuvent diminuer en rien les droits des créanciers.

725. — Ainsi, lorsqu'une société en nom collectif a été dissoute, et que l'un des associés a été nommé liquidateur, le créancier d'une dette sociale n'est pas nécessairement tenu de diriger son action contre le liquidateur seul; et il a le droit de poursuivre directement celui des associés qu'il lui plait, encore que cet associé ne soit pas souscripteur de l'effet qui forme le titre de sa créance. — Toulouse, 7 août 1834, Saint-Geniès, [S. 36.2.183, P. chr.]

726. — Le droit d'ester en justice implique évidemment la faculté d'acquiescement ou de désistement. Mais comporte-t-il également à moins de clause prohibitive le droit de *compromettre* ou de *transiger?* La question est vivement controversée. Au lendemain de la promulgation du Code de commerce, la jurisprudence se prononçait pour la négative. Jugé, en ce sens, que le liquidateur n'est, aux termes de droit commun, qu'un simple mandataire, encore que ce liquidateur ait été associé gérant de la société (en commandite), et que, comme mandataire il ne peut engager la société par un compromis. — Cass., 15 janv. 1812, Chaingnerlot, [S. et P. chr.], cassant l'arrêt de Paris, 10 août 1809, même partie, [S. et P. chr.] — Rennes, 22 mai 1821, Gaudaud, [S. et P. chr.] — *Sic*, Troplong, t. 2, n. 1023; Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, n. 3251 *ter*; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 433; Bédarride, n. 601 et s.; Malepeyre et Jourdain, p. 332; Delangle, n. 688; Ruben de Couder, n. 568.

727. — Mais la majorité des auteurs et des arrêts se prononce aujourd'hui pour la validité des transactions et compromis conclus par le liquidateur d'une société commerciale. — Paris, 6 janv. 1854, Frémont, [D. 54.5.713] — Douai, 9 juin 1887, [*Rev. des soc.*, 88.303] — Bordeaux, 27 juill. 1898, [*J. des soc.*, 99.308] — V. Alauzet, n. 287; Pont, t. 1, n. 1969; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 392; Houpin, t. 1, p. 164.

728. — On fait remarquer en ce sens que l'assimilation proposée, dans le système adverse, entre le liquidateur et un administrateur de la fortune d'autrui, tuteur par exemple, est inacceptable; attendu que le but de la liquidation n'est pas d'administrer, mais de liquider, c'est-à-dire de transformer en argent l'actif réalisable dans la mesure nécessaire à l'acquittement du passif; or cette transformation peut être facilitée soit par une transaction, soit par un compromis, permettant de mettre fin rapidement et à peu de frais à un litige compliqué, qui, par sa prolongation mettait obstacle à l'achèvement des opérations en cours.

729. — Quelques auteurs soutiennent une opinion intermédiaire. La transaction ne serait obligatoire si son objet excédait 300 fr., qu'après avoir été homologuée par le tribunal de commerce pour les transactions relatives à des droits mobiliers, et par le tribunal civil pour celles concernant des droits immobiliers (Thaller, n. 356). On argumente en ce sens, par analogie de l'art. 487, C. comm., sur les pouvoirs du syndic de faillite; mais cette assimilation est contestable, car le liquidateur est le représentant élu des associés, tandis que le syndic est l'agent judiciaire des créanciers.

730. — Pour nous, le liquidateur n'a pas, en principe, le pouvoir de transiger ni de compromettre, à moins que ce pouvoir ne soit explicitement ou implicitement contenu dans le mandat qui lui a été confié. — V. *suprà*, v[is] *Arbitrage*, n. 158 et s., *Société civile*, n. 1108 et 1109.

731. — 2° Le liquidateur est investi d'un *libre pouvoir d'administration*, à l'effet de réunir entre ses mains tous les éléments de l'actif, et spécialement de recouvrer toutes les sommes dues à la société, quelle que soit d'ailleurs la personnalité du débiteur (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1105). Lui seul peut délivrer à l'exclusion des associés individuellement envisagés, une quittance libératoire. — Cass., 27 juill. 1863, précité. — ... Et si la dette est hypothécaire, donner mainlevée des inscriptions en garantissant le paiement.

732. — Parmi les débiteurs sociaux figurent les associés, en tant que débiteurs d'une fraction de leurs apports, et spécialement, dans les sociétés par actions, du non-versé sur les actions qu'ils ont souscrites, ou acquises avant libération intégrale. L'apport est dû sans condition; le gérant eût pu le réclamer à la date qu'il lui plairait de choisir, le liquidateur doit avoir le même droit. Il lui est donc loisible d'actionner chacun des associés en complément de celui-ci, sans avoir à justifier de l'insuffisance des fonds en caisse pour solder le passif. — Paris, 31 déc. 1884, liquid. du Crédit maritime de France, [S. 87.2.51, P. 87.1.118] — « La nécessité de la preuve qu'on imposerait au liquidateur, écrivent à ce sujet MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 384), serait une cause de lenteurs qui pourraient être très-préjudiciables; pendant le temps où des justifications seraient demandées au liquidateur, des associés deviendraient parfois insolvables. C'est au liquidateur à apprécier librement les sommes qui lui sont utiles, sauf à répartir entre les associés les excédents restant entre ses mains ».

733. — Par contre, le liquidateur devrait justifier de l'insuffisance de l'actif disponible pour contraindre les associés en nom, associés en nom collectif ou commandités, qui ont parfait leur apport, à verser une somme complémentaire, prélevée sur leur fortune personnelle, en vue de solder le passif. Les associés en nom ne sont en effet tenus du passif de la société sur leur fortune personnelle qu'en cas d'insuffisance de l'actif social; le liquidateur doit donc en apporter la preuve, conformément au principe, *actori incumbit probatio* (C. civ., art. 1315). — Mêmes auteurs.

734. — Mais, si le liquidateur d'une société n'a pas, en cette qualité, le droit de réclamer des associés leur part contributive dans les dettes sociales, en dehors du versement de leur apport,

[illegible] dispense de toute justification, peut [illegible] être valablement conféré par délibération spéciale de l'assemblée générale des associés. — Cass., 2 juill. 1884, Beaucourt, [S. 86.1.169, P. 86.1.394, D. 85.1.148]

735. — Ayant qualité pour contraindre chaque associé à s'acquitter de ce qu'il doit envers la société, le liquidateur peut sans excéder ses pouvoirs établir les comptes respectifs de chacun dans ses rapports avec la société. Ces comptes peuvent comprendre, non seulement ce dont les associés sont tenus de par leurs contrats, mais aussi le montant de leurs obligations *ex delicto* (dommages-intérêts dus par le gérant pour fautes de gestion ou malversations, par exemple). — Cass., 16 janv. 1867, Février, [S. 67.1.173, P. 67.400] — S'il s'agit simplement d'un règlement entre associés, d'une répartition des bénéfices et des pertes par exemple, l'opération n'est plus qu'un incident de partage, et le liquidateur n'a pas à intervenir. — V. *infrà*, n. 832 et s.

736. — 3° Le liquidateur a le droit et le devoir *d'achever les opérations en cours*, voire même de *continuer provisoirement l'exploitation* en vue de maintenir le fonds et de conserver l'achalandage, jusqu'au jour de la vente prochaine. — Les opérations qu'il achève ainsi et les obligations qu'il contracte de ce chef obligent la société sans l'obliger lui-même. — Lyon, 29 juill. 1852, Chirat, [P. 53.2.595, D. 54.2.101] — Dijon, 17 mars 1862, Avril, [S. 62.2.329, P. 63.73, D. 62.2.94] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 384 *ter;* Houpin, t. 1, n. 268, p. 163.

737. — C'est ainsi qu'on ne saurait laisser à la charge de l'associé liquidateur d'une société commerciale les créances impayées dues par les négociants avec lesquels il a continué des affaires longtemps après l'ouverture de la liquidation, lorsqu'il est établi que ce liquidateur a continué ces rapports commerciaux, moins dans son intérêt personnel que dans celui de la liquidation, et qu'on ne peut nullement imputer à sa négligence le défaut de paiement desdites créances. — Lyon, 29 juill. 1852, précité.

738. — Mais il est, en principe, interdit au liquidateur d'engager des opérations commerciales entièrement nouvelles, dont le résultat serait de prolonger indéfiniment la liquidation, contrairement au caractère essentiel de cette procédure (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1081). Ainsi, en admettant qu'une société puisse être obligée pour des faits postérieurs à sa dissolution, dans l'hypothèse d'une entreprise commencée et continuée depuis, on ne saurait assimiler à une affaire de cette nature un mandat ayant pour objet des actes successifs et distincts, tels que la perception semestrielle des arrérages d'une rente. En conséquence, si, postérieurement à la publicité donnée à la dissolution de la société et à la nomination du liquidateur, un tiers qui avait confié à la société un titre de rente pour en percevoir les arrérages laisse ce titre entre les mains du liquidateur, il n'a d'action pour la restitution de ce titre et des arrérages que contre ce liquidateur et non contre les associés. — Cass., 8 août 1849, Colpetts-Granger, [S. 49.1.679, P. 50.1.60, D. 49.1.309]

739. — 4° Pour mener à bien les opérations engagées, ou pour solder les dettes exigibles, le liquidateur peut, en cas d'insuffisance des ressources disponibles, être obligé d'effectuer des emprunts. Le peut-il en sa seule qualité, ou a-t-il besoin d'être spécialement autorisé à cet effet? La question est controversée. Il a été jugé que le liquidateur ne pouvait emprunter sans autorisation spéciale. — Cass., 3 avr. 1819, Delarue, [S. et P. chr.] — Trib. comm. Boulogne-sur-Mer, 28 mai 1886, [*Journ. des soc.*, 87.452] — *Sic*, Delangle, n. 688; Troplong, n. 612; Bédarride, n. 490; Houpin, t. 1, p. 165.

740. — Mais il paraît préférable de tenir pour valable et obligatoire l'emprunt effectué pour les besoins de la liquidation. La réalisation de l'actif peut être longue, difficile ou coûteuse, les créanciers peuvent être pressants; dans ces différents cas, le liquidateur pourra faire, en empruntant, acte de prudence et de sagesse. — Trib. comm. Seine, 13 juill. 1883, [*Rev. des soc.*, 83.753] — Pont, t. 1, n. 1958, 1690; Deloison, n. 120; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 387. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1083.

741. — Si le liquidateur peut emprunter en vue des opérations qu'il est appelé à diriger, à plus forte raison lui est-il loisible de souscrire des effets de commerce, lettre de change ou billets à ordre, ou de négocier ceux qu'il peut avoir en portefeuille. La souscription ou la négociation d'effets sont un mode de règlement habituel au commerce, et le liquidateur qui se verrait contester cette faculté serait presque fatalement paralysé dans l'exercice de son mandat. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1100.

742. — 5° Il appartient au liquidateur de *réaliser l'actif social* en vue de faire face au passif exigible (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1083 et s.). Il convient d'ailleurs de remarquer qu'à la différence du cas de faillite, les créanciers à terme sont obligés d'attendre l'échéance; ici ne s'applique pas l'art. 444, C. comm. — Cass., 24 nov. 1864, Balay, [S. 70.1.168, P. 70.392] — Trib. comm. Seine, 25 juin 1883, [*J. des soc.*, 83.724] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 409; Thaller, n. 359; Houpin, t. 1, n. 209. — Certaines législations font au liquidateur l'obligation de payer toutes les dettes, même non exigibles, ces dernières sous la déduction de l'escompte (Loi belge, art. 117). La loi française ne contenant aucune prescription de ce genre, le liquidateur ne saurait, en thèse générale, être obligé de comprendre les créances à terme dans les répartitions; mais, ainsi qu'on le verra, il peut être mis en demeure de prendre les mesures propres à en assurer le paiement à l'échéance.

743. — Les droits du liquidateur sont-ils les mêmes au regard du mobilier et au regard des immeubles? En ce qui concerne *l'actif mobilier*, ses droits sont aussi larges que possible, et l'on s'accorde à lui reconnaître la faculté de transformer en argent tous les éléments de l'actif mobilier, corporel ou incorporel. C'est ainsi en particulier qu'il peut vendre, soit aux enchères, soit même à l'amiable, les marchandises et le matériel. — Pont, n. 1954; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 384 *ter;* Houpin, t. 1, n. 208. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1087 et s.

744. — Ce droit appartient, en principe, à tout liquidateur. Ainsi, l'individu qui est à la fois liquidateur d'une ancienne maison sociale et associé collectif d'une nouvelle, peut, nonobstant la réunion de ces deux qualités, vendre à la société nouvelle les marchandises appartenant à la société liquidée. — Toulouse, 5 févr. 1834, Bousquet, [P. chr.]

745. — Il peut également, à moins que les statuts ou l'acte de nomination n'aient à ce point de vue limité son pouvoir et subordonné la validité de la vente à l'agrément des intéressés, vendre le fonds de commerce exploité par la société, aux conditions qui lui paraîtront le plus favorables, aux enchères ou à l'amiable, et ce, alors même qu'il existerait parmi les intéressés des mineurs ou autres incapables. — Trib. comm. Marseille, 31 mars 1886, [*Rec. Marseille*, 86.149] — Trib. Seine, 31 juill. 1885, [*Rev. des soc.*, 86.39] — Houpin, *op. cit.*

746. — Le plus souvent, et afin de faciliter la cession, le liquidateur insère dans le cahier des charges de la vente une clause portant qu'aucun des anciens associés n'aura le droit de se rétablir, pour l'exercice d'un commerce similaire, *dans un rayon déterminé*. Une telle clause est licite, les renonciations concomitantes de la cession d'un fonds de commerce n'ayant rien de contraire au principe de la liberté de commerce et de l'industrie, lorsqu'elles sont limitées *quant au temps ou quant au lieu*. — Angers, 16 mai 1894, Pasquet, [S. et P. 94.2.180] — Paris, 31 mars 1894, [*Rev. des soc.*, 94.454] — Trib. comm. Seine, 25 juin 1895, [*J. des soc.*, 96.135] — V. Houpin, t. 1, p. 165; Pic, *Tr. de lég. industr.*, n. 276. — V. aussi Nantet, *Des fonds de commerce*, 1899; Nichet, *Des restrictions conventionnelles à la liberté du commerce et de l'industrie*, 1900. — V. aussi *suprà*, v^is^ *Fonds de commerce*, n. 179 et s.; *Liberté du commerce et de l'industrie*, n. 60 et s., ainsi que les développements donnés *infrà* sur les clauses statutaires visant la licitation du fonds de commerce, ou l'attribution dudit fonds, par l'acte de partage, à l'un des associés.

747. — Dans le cas où le cahier des charges ne contiendrait aucune clause de ce genre, la faculté pour les associés de se rétablir ne saurait leur être *a priori* refusée; mais les juges auraient à examiner en fait si, en se rétablissant à proximité de l'établissement cédé par le liquidateur à un tiers, l'associé n'a pas manqué à l'obligation de garantie qui pèse virtuellement sur tous les anciens membres de la société dissoute, et fait acte de concurrence déloyale. — Cass., 5 févr. 1855 (motifs), Cartier, [S. 56.1.417, P. 56.2.438, D. 55.1.440]; — 2 mai 1860, Péry, [S. 60.1.308, P. 60.1006, D. 60.1.218] — V. *suprà*, v^is^ *Concurrence déloyale*, n. 334 et s., 736.

748. — Capable de vendre, le liquidateur a également et par identité de motifs le pouvoir de mettre en gage, de donner en *nantissement* les marchandises et autres valeurs mobilières faisant partie de l'actif social (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1091 et s.). — Pont, n. 1954; Houpin, t. 1, p. 164. — ... Sauf, à se conformer, pour la mise en gage du fonds social, aux formalités

spéciales imposées par la loi du 1er mars 1898. Dans bien des cas, cette mise en gage sera plus favorable que la vente. Elle facilitera le paiement des dettes exigibles, et permettra de mettre en réserve, pour un partage en nature ou une licitation ultérieure, les principaux éléments de l'actif, et spécialement le fonds de commerce, qu'il peut être avantageux pour tous d'attribuer à l'un des associés, par exemple à un ancien gérant.

749. — **Beaucoup plus délicate est la question de savoir si** le liquidateur peut, sans autorisation spéciale, procéder à la *vente des immeubles?* La plupart des législations étrangères n'autorisent que la vente aux enchères, et subordonnent la validité de la vente amiable, soit à l'agrément de tous les associés (C. allem., art. 137; C. hongr., art. 112; C. suiss., art. 582; C. ital., art. 203, etc.), soit à l'assentiment d'une majorité déterminée (la moitié en nombre, les trois quarts en sommes, d'après la loi belge de 1873, art. 115).

750. — La loi française ne contenant à cet égard aucune **disposition, faut-il appliquer ici par analogie les prescriptions** des art. 571 et s., C. comm., en matière de faillite, et n'autoriser **que la vente judiciaire? Quelques auteurs l'ont soutenu, et tiennent pour nulle toute vente amiable, non approuvée expressément** par les associés. — Trib. Niort, 23 déc. 1896, [*J. des soc.*, 97.225] — Bédarride, n. 609; Vavasseur, n. 247.

751. — Une fraction importante de la doctrine se prononce au contraire pour la validité des ventes immobilières, même **amiables, consenties par le liquidateur d'une société commerciale. On fait remarquer en ce sens qu'il ne peut tout d'abord** être question de transporter en notre matière les prescriptions spéciales du titre *Des faillites* : « Sans doute, dit-on, les enchères **présentent pour les intéressés une garantie. Mais la nécessité** des enchères ne peut être imposée sans arbitraire en dehors des cas déterminés par la loi. » — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 385; Malepeyre et Jourdain, p. 329; Ruben de Couder, n. 372; Pont, n. 1957; Lion, *Liquid. des soc. comm.*, p. 48.

752. — En l'absence de texte spécial, c'est aux principes du **mandat qu'il convient de se référer. Ici, surgit une objection très-spécieuse : le liquidateur, dit-on, est un mandataire général, or, aux termes de l'art. 1988 le mandat général ne vaut que pour les actes d'administration ; pour aliéner ou hypothéquer, le mandataire a besoin d'une autorisation spéciale (Pardessus, n. 1074;** Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 434; Boistel, n. 302). Mais cette assimilation du liquidateur à un mandataire général **n'est pas exacte. Un liquidateur n'est pas, comme un gérant, in**vesti d'un mandat général d'administrer ; il a un mandat *spécial*, celui de liquider, et par conséquent d'accomplir tous les actes **propres à faciliter cette liquidation, y compris la vente des im**meubles, si cette vente est nécessaire à l'acquittement du passif.

753. — **En fait, il n'est pas toujours facile de discerner si la vente des immeubles était indispensable pour mener à bien la liquidation, ou si elle pouvait être évitée. Aussi la jurisprudence** s'est-elle arrêtée à une solution transactionnelle destinée à concilier **tous les intérêts en présence. — V. à cet égard,** *suprà*, **v° *Société civile*, n. 1093 et s.**

754. — **Quelques auteurs proposent une distinction. C'est ainsi que M. Houpin considère la vente, même amiable, des immeubles par le liquidateur comme régulière lorsqu'elle est nécessaire pour l'acquittement du passif, et qu'il n'a pas été convenu « dans l'acte de société, ou lors de la nomination du liquidateur, que le passif, ou ce qui en resterait dû après la réalisation de l'actif mobilier, serait acquitté par les associés personnellement » ; mais le même auteur la tient pour nulle, même lorsqu'elle est faite judiciairement, dans tous les cas où la vente des immeubles ne serait pas indispensable à l'acquittement du passif. — Houpin, t. 1, p. 166.**

755. — **Ce système a le grave inconvénient de laisser planer une incertitude fort gênante sur la régularité des actes du liquidateur, attendu qu'il est difficile de savoir *a priori*, d'une façon certaine, si l'acquittement du passif rend ou non la vente des immeubles indispensable. Aussi, équivaut-il pratiquement à imposer au liquidateur l'obligation de se pourvoir en tout cas** d'une autorisation expresse des associés, seul moyen sûr de se **prémunir contre cette voie de nullité.**

756. — Au surplus, la multiplicité même des systèmes nés **au silence de la loi commerciale fait en quelque sorte un devoir aux liquidateurs prudents de se faire délivrer, au moment de leur nomination ou après coup, un mandat exprès d'aliéner les immeubles. Ce mandat peut d'ailleurs être modifié ou révoqué au cours de la procédure. C'est ainsi, notamment, que le pouvoir de vendre les immeubles sociaux à l'amiable, conféré par le ju**gement de nomination du liquidateur, cesse lorsqu'à la requête de l'un des associés une [illegible] peut être ordonnée. — Cass., 13 janv. 1897, [*Pand. fr.*, 97.1.417]

757. — En présence de cette seconde décision, le liquidateur ne peut plus, sans engager gravement sa responsabilité, vendre les immeubles à l'amiable qu'à la condition de s'être fait autoriser par l'unanimité des associés, et d'avoir, au préalable, exécuté toutes les clauses auxquelles les associés avaient subordonné leur consentement, telles que l'abandon par les créanciers des poursuites dirigées contre les associés en nom collectif. — **Même arrêt.**

758. — En conséquence, si cette décharge n'a été consentie par un créancier qu'en échange d'une prestation déterminée, qui n'a pas été faite, et que le créancier recouvrant sa liberté **d'action ait contraint judiciairement l'un des associés** à le désin**téresser jusqu'à concurrence de sa part dans l'actif social, l'as**socié condamné a le droit de se retourner à son tour contre le **liquidateur et de l'actionner en dommages-intérêts pour** le préjudice qu'il lui a causé en n'accomplissant pas les prestations **auxquelles il s'était volontairement astreint lorsqu'il a sollicité** l'autorisation de vendre les immeubles à l'amiable. — Même arrêt.

759. — Si le liquidateur ne peut aliéner librement les immeubles sociaux, ne peut-il pas du moins les *hypothéquer*, pour se **procurer les fonds dont ils ont besoin pour faire face au passif? — Plusieurs auteurs l'admettent, mais seulement parmi ceux qui tiennent pour valable la vente à l'amiable par le liquidateur. On fait remarquer en ce sens que les raisons qui font reconnaître la validité de la constitution de gage sur l'actif mobilier militent avec la même force en faveur de la validité d'une constitution hypothécaire. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1099.**

760. — **La jurisprudence, cependant, se prononce en sens** contraire et décide que le liquidateur ne peut, sans un pouvoir exprès, hypothéquer les immeubles sociaux pour les dettes de la société. — Cass., 2 juin 1836, Bornet, [S. 36.1.673, P. chr.] — **V. Pardessus, t. 3, n. 1074; Troplong, t. 2, n. 1022; Delangle, t. 2, n. 688; Alauzet, n. 621; Bédarride, n. 497; Lion, p. 49; Houpin, t. 1, p. 165.**

761. — **Si le liquidateur ne peut librement, d'après l'opinion dominante, ni aliéner ni hypothéquer les immeubles, à plus forte raison lui est-il interdit de *céder en bloc*, pour un prix fixé à forfait, *l'ensemble de l'actif social*. Cette cession de l'actif brut,** tant mobilier qu'immobilier, pour un prix unique, soit à un individu, soit à une société nouvelle, née soit de la transformation **de la société ancienne, soit de la *fusion* de celle-ci avec une autre société qui l'absorbe, est un acte de disposition au premier chef, qui présuppose pour sa validité l'accord des associés. Cet accord, dans les sociétés par actions, résultera du vote de l'assemblée générale, délibérant aux conditions de majorité qui seront ultérieurement déterminées (V. aussi ce qui sera dit *infrà*, n. 5376 et s. sur la fusion des sociétés et les conditions de vali**dité de cette opération, conditions variables suivant la teneur des statuts). — Trib. Seine, 17 mars 1897, [*Rev. des soc.*, 97.481] **— V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 384 *bis;* Lion, p. 46; Houpin, t. 1, p. 167.**

762. — Jugé, en ce sens, que l'on doit tenir pour valable et **obligatoire pour les actionnaires de la première société, la convention aux termes de laquelle les liquidateurs d'une société,** agissant en vertu des pouvoirs qu'ils tiennent de l'assemblée gé**nérale des actionnaires, consentiraient l'abandon de l'actif à une société nouvelle, dont les titres devront être échangés contre ceux de la société en formation dans la proportion d'une action nouvelle contre dix anciennes. — Même jugement.**

763. — **L'échange doit être opéré en principe dans le délai imparti à cet effet par la convention. Bien que ce délai ne soit pas absolument rigoureux, cependant doit-il avoir une limite, et l'actionnaire qui se présenterait pour l'échange plusieurs années après l'expiration du délai devrait être déclaré forclos, alors surtout que le cas de forclusion a été formellement prévu dans la convention conclue entre les liquidateurs de l'ancienne société et les fondateurs de la nouvelle. — Même jugement.**

764. — Quelques arrêts considèrent comme équivalant à une **autorisation en règle la clause des statuts conférant au liquida**teur les pouvoirs les plus étendus à l'effet de réaliser les valeurs **sociales.** — Paris, 12 mai 1885, [*Rev. des soc.*, 85.680] — Liège,

1er mars 1899, [*J. des soc.*, 99.438] — Mais cette équivalence est contestable, et nous estimons qu'en pareil cas, le liquidateur devrait se pourvoir au préalable à l'effet d'obtenir une autorisation expresse.

765. — A plus forte raison conviendrait-il de tenir pour nulle la cession forfaitaire sous laquelle se dissimulerait une libéralité, un administrateur de la fortune d'autrui ne pouvant, sous aucun prétexte, disposer à titre gratuit de l'actif qui lui est confié. Jugé en ce sens que, les créanciers sociaux ne pouvant jamais prétendre qu'au montant de leur créance, on doit tenir pour nulle et de nul effet la cession forfaitaire du solde de l'actif social consentie à un créancier par le liquidateur, si ce solde excède le montant de la créance. Par un tel acte, le liquidateur dispose, en effet, de la fortune d'autrui, l'actif net de la société, après acquittement du passif, étant la copropriété indivise des associés et devant leur être attribué à l'exclusion de tous autres. — Rouen, 11 juill. 1900, [*Rec. de Rouen*, 1900.1.260]

766. — *Mode de règlement du passif.* — C'est à ce point de vue que la liquidation se différencie le plus nettement de la faillite. Un syndic de faillite doit respecter scrupuleusement le principe de l'égalité entre créanciers, sous réserve du droit de préférence acquis à certains d'entre eux : la répartition de l'actif doit donc se faire au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de la créance de chacun, préalablement vérifiée et affirmée (C. comm , art. 565), et la part des créanciers résidant hors de France qui n'ont pu produire en temps utile doit être mise en réserve (art. 567). Ces répartitions ont lieu sous le contrôle direct du juge-commissaire et du tribunal. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 3131 et s.

767. — Tout autre est la situation du liquidateur. La liquidation n'ayant pas pour effet de suspendre le droit de poursuites individuelles des créanciers, il doit en principe payer les créanciers dont le droit est exigible (et liquide) *au fur et à mesure qu'ils se présentent,* sauf en cas d'opposition de l'un ou de plusieurs d'entre eux. En un mot, il convient de transporter ici, *mutatis mutandis,* le principe posé par l'art. 808, C. civ., pour l'héritier bénéficiaire : « S'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge. S'il n'y a pas de créanciers opposants, il paie les créanciers (et les légataires) *à mesure qu'ils se présentent* ». — Trib. Seine, 26 déc. 1895, [*J. des soc.*, 96.370] — V. Houpin, t. 1, n. 209. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1084 et s.

768. — De deux choses l'une, par conséquent : ou bien aucune opposition ne se produit, et, en ce cas, le liquidateur paiera les créances exigibles au fur et à mesure qu'elles se feront connaître à lui; ou bien une ou plusieurs oppositions lui seront notifiées par des créanciers, et, en ce cas, le titre de l'opposant ou des opposants une fois vérifié, le liquidateur doit, sous peine d'engager sa responsabilité, procéder à une répartition proportionnelle entre les ayants-droit. Conviendra-t-il d'observer toutes les règles de la procédure de distribution par contribution (C. proc. civ., art. 990)? On l'a soutenu. — V. Demolombe, t. 15, n. 294; Aubry et Rau, 4e éd., t. 6, § 618, p. 457. — Mais il paraît difficile, tout au moins en matière de société commerciale, d'étendre ainsi par analogie une forme de procéder d'une espèce à une autre. — Thaller, *op. cit.*

769. — Au fond, d'ailleurs, le liquidateur devra, en présence d'une opposition, se comporter comme le ferait un juge civil dans une contribution sur saisie. Il dressera un état des créances exigibles, invitera les ayants-droit à se présenter dans un délai déterminé, et procédera ensuite à une répartition proportionnelle.

770. — Il est intéressant de faire remarquer que, dans la pratique, les grands tribunaux de commerce font une obligation aux liquidateurs de procéder, même en l'absence d'opposition dûment notifiée, à une répartition proportionnelle entre les ayants-droit. Cet usage est constant au tribunal de commerce de la Seine. Sans doute, un tribunal de commerce ne pourrait, sans violer la loi, déclarer suspendues, comme en cas de faillite, les poursuites individuelles. Chaque créancier conserve donc le droit d'exercer des poursuites contre les liquidateurs ès qualités, et de prendre jugement contre lui; mais du moins le tribunal peut-il accorder au liquidateur un délai de grâce, lui permettant de surseoir à l'exécution du jugement jusqu'à ce que soient intervenues des oppositions, rendant nécessaire et légitime une répartition proportionnelle.

771. — Par quels moyens, les droits des créanciers à terme seront-ils sauvegardés? La liquidation, nous l'avons vu, n'emporte pas par elle-même déchéance du terme : cette déchéance n'aurait lieu que si, en fait, les sûretés attachées à la garantie de la créance venaient à être diminuées par le fait du liquidateur (C. civ., art. 1188).

772. — Mais, si les créanciers à terme n'ont pas le droit d'exiger un remboursement immédiat, du moins peuvent-ils, par voie d'opposition notifiée au liquidateur, mettre celui-ci en demeure de prendre les mesures propres à assurer leur paiement à échéance. Si une répartition a lieu, la somme qui leur reviendrait si leur créance était exigible, doit être mise en réserve pour leur être soldée à l'échéance. — Houpin, t. 1, n. 209; Thaller, n. 359; Buchère, *Situation des créanciers d'une société commerciale en liquidation* (*J. des soc.*, 1896, p. 241). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1085. — V. aussi Trib. Seine, 26 déc. 1895, [*J. des soc.*, 96.371]

773. — Il est cependant une hypothèse où, par la force des choses, la liquidation ne permet pas de remplir les engagements contractés par la société envers les créanciers à terme : c'est le cas d'une société par actions ayant émis des obligations remboursables à long terme. La dissolution, survenant au cours de la période d'amortissement, ne permet plus d'assurer le paiement intégral des obligations aux échéances stipulées, le remboursement de celles-ci au taux nominal présupposant un prélèvement sur les bénéfices annuels, prélèvement devenu désormais impossible par le fait de la liquidation. Quel sera, en pareille occurrence, le droit des obligataires? Nous posons simplement la question, nous réservant d'en donner la solution ultérieurement. — V. *infrà*, n. 2816 et s.

774. — *Obligations contractées par le liquidateur pour les besoins de la liquidation.* — Le liquidateur, comme tout mandataire, oblige le mandant par ses actes, sans s'obliger lui-même, si ce n'est à raison des fautes qu'il peut commettre. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1111 et s.

775. — Sur la mesure de la responsabilité du liquidateur, V. *infrà*, n. 788 et s.

776. — Jugé cependant que le liquidateur d'une société commerciale chargé en outre de gérer et administrer l'établissement social sous sa responsabilité personnelle est tenu personnellement (et par corps) des engagements par lui souscrits. — Paris, 28 avr. 1841, Hermans-Delon, [S. 41.2.544, P. 41.1.619]

777. — Et s'il y a plusieurs liquidateurs, ils sont personnellement et solidairement tenus des engagements par eux contractés. Néanmoins, cette responsabilité personnelle n'existe qu'à partir de l'époque à laquelle leur gérance a commencé. — Paris, 26 mars 1840, Delépine et Durcier, [S. 40.2.357, P. 40.1.669]

778. — On a même déclaré les liquidateurs d'une société commerciale personnellement et solidairement tenus, envers l'avoué qu'ils ont chargé d'occuper dans une instance intéressant la liquidation, des frais qui lui sont dus. — Bordeaux, 14 déc. 1840, Dupré, [S. 42.2.13, P. 41.1.336]

779. — Mais cette jurisprudence n'a pas prévalu, et l'on s'accorde à admettre aujourd'hui qu'hormis le cas d'une faute engageant sa responsabilité, ou d'une obligation volontairement contractée par lui, le liquidateur ne répond point personnellement des engagements qu'il contracte, en cette qualité, envers les tiers. — Sur la question de savoir s'il est investi d'un privilège pour le recouvrement de ses avances, débours et honoraires, V. *infrà*, n. 818 et s.

780. — Les tiers envers lesquels le liquidateur s'oblige pour les besoins de la liquidation sont à considérer comme des créanciers sociaux; ils n'ont donc pas à redouter le concours, sur l'actif social, des créanciers personnels des associés. — Cass., 19 nov. 1835, Larrando, [S. 36.1.132, P. chr.] — Mais ne convient-il pas d'aller plus loin, et de leur attribuer, comme aux tiers ayant contracté avec le syndic qui, en leur qualité *de créanciers de la masse*, priment cette masse elle-même, c'est-à-dire l'ensemble des créanciers ayant contracté avec le failli avant la faillite, un droit de préférence à l'encontre des créanciers sociaux proprement dits, c'est-à-dire des créanciers dont le titre est antérieur à la dissolution? L'affirmative paraît difficilement soutenable, attendu que, d'une part, les créanciers sociaux ne forment une *masse* qu'en cas de faillite et nullement en cas de dissolution, et que, d'autre part, le liquidateur représente la société, et non point les créanciers. Ceux qui traitent avec lui sont des

créanciers sociaux ordinaires. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 402. — V. *infrà*, n. 785.

781. — Toutefois, dans la pratique, les créanciers de la liquidation auront le plus souvent une cause de préférence à faire valoir qui leur permettra de primer les créanciers devenus tels avant la dissolution. Tels seraient par exemple les créanciers pouvant invoquer le privilège du conservateur de la chose. — Lyon, 11 juill. 1873, Liquid. de la société B. Jouvin et Cie, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209] — ... Ou le privilège pour frais de justice (frais faits pour la réalisation du gage, vente du mobilier, des immeubles, etc.). — Cass., 25 août 1879, Leblond Barrette, [S. 81.1.447, P. 81.1.1163, D. 79.1.465]; — 1er avr. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.291] — *Sic*, Houpin, t. 1, p. 169; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 402 ; Ruben de Couder, n. 628 et s.

782. — Ainsi, et spécialement, ceux qui ont fait au liquidateur d'une société commerciale les fournitures nécessaires pour maintenir en activité une usine exploitée par la société, ont droit d'être payés sur l'actif social, par préférence aux créanciers de la société, du montant de ces fournitures, qui rentrent dans la catégorie des frais faits pour la conservation de la chose. — Dijon, 17 mars 1862, Avril, [S. 62.2.329, P. 63.73, D. 62.2.94]

783. — Et il en est ainsi même pour les fournitures que le gérant de la société avait commandées avant la dissolution de celle-ci, mais qui ont été reçues après cette dissolution par le liquidateur. — Même arrêt.

784. — Le paiement effectué par le liquidateur d'une société commerciale du prix des fournitures faites à celle-ci avant sa dissolution ne saurait, même en cas de faillite de cette société, être imputé sur le montant d'autres fournitures faites plus tard au liquidateur lui-même. — Même arrêt.

785. — Certains arrêts semblent même admettre comme privilégiés tous les créanciers de la liquidation, à l'instar des créanciers de la masse dans la faillite. Ainsi jugé que la dissolution d'une société entraînant la clôture des comptes courants qui existent entre elle et les tiers, si de nouvelles remises sont faites après la dissolution par des tiers aux liquidateurs, ou réciproquement, il y a là un compte distinct, pour le solde duquel le tiers est créancier de la liquidation, et ne subit pas le concours des créanciers de la société. — Cass., 25 août 1879, précité. — V. *suprà*, n. 780.

786. — Nous avons jusqu'ici supposé, pour la simplicité de l'exposition, que les fonctions de liquidateur étaient exercées par une seule personne. Dans le cas où deux ou plusieurs liquidateurs auraient été nommés, il conviendrait d'appliquer ici, sans aucune modification, les règles posées par nous relativement à la liquidation des sociétés civiles; nous y renvoyons purement et simplement. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 989 et s.

787. — Nous avons également supposé que la société qu'il s'agissait de liquider était une société régulière; mais il convient de remarquer qu'il peut aussi être nécessaire de liquider des sociétés annulées, ayant fonctionné comme société de fait. Effectivement, lorsqu'une société est annulée, non pour son caractère illicite, mais pour une cause extrinsèque, défaut de publicité, par exemple, ou à raison de la survenance d'un événement mettant obstacle au maintien du pacte (par exemple, le mariage de deux associés) la nullité opère en principe comme une cause de dissolution (V. *suprà*, n. 484 et s.). Une telle société de fait, qui a fonctionné avec les apparences d'une société en nom collectif, doit être liquidée comme si elle eût été régulière. — Cass., 3 avr. 1895, Fontbonne, [S. et P. 97.1.118, D. 95.1.443]

§ 5. *Responsabilité et comptes des liquidateurs. — Clôture de la liquidation.*

1° *Responsabilité des liquidateurs.*

788. — La responsabilité des liquidateurs doit s'apprécier d'après les principes généraux du mandat. Il convient donc de leur appliquer l'art. 1992, C. civ. : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ».

789. — Nous examinerons les conséquences du principe, d'abord dans les rapports du liquidateur et de la société ou des associés, puis dans ses rapports avec les tiers, et spécialement avec les créanciers. En effet, si théoriquement le liquidateur ne répond de ses actes qu'envers la société et les associés, ses mandants, pratiquement sa responsabilité peut, même en l'absence d'un mandat exprès à lui conféré par les créanciers ou par quelques-uns d'entre eux, être fréquemment engagée au regard de ces derniers, à raison même de l'objet du mandat qui lui est dévolu.

790. — Au regard des associés, le liquidateur peut être déclaré responsable de toute négligence grave ou faute lourde par lui commise (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1116 et s.), tels que des expédients ruineux employés par lui en vue de retarder une déclaration de faillite qui, intervenue en temps utile, aurait sauvegardé le gage des créanciers en facilitant un arrangement concordataire. — Paris, 17 mai 1888, [*Rev. des soc.*, 89.125]

791. — Il répond également de tout manquement grave aux obligations que lui imposent la loi ou les usages de commerce, de sa négligence, lorsqu'elle présente un certain caractère de gravité, ou de son impéritie. Ainsi, le liquidateur d'une société de commerce peut être déclaré responsable des détournements commis au préjudice de la société par un de ses voyageurs, alors surtout qu'ayant eu connaissance des actes d'improbité de cet agent il l'avait néanmoins laissé en fonctions. — Rouen, 27 nov. 1897, [*Rec. Rouen*. 98.1.135]

792. — Mais il importe de faire remarquer que certaines abstentions, qui de la part du gérant seraient à considérer comme des fautes de gestion, peuvent être au contraire justifiées par le but même de la liquidation et ne sauraient par conséquent être imputée à faute au liquidateur. C'est ainsi que le gérant doit, en principe, procéder à des répartitions périodiques de bénéfices, convoquer des assemblées annuelles, procéder au moins tous les ans à un inventaire, etc. Le liquidateur, au contraire, même lorsque la liquidation se prolonge pendant plusieurs années, n'est tenu, ni d'effectuer des répartitions de bénéfices indépendamment du capital lui-même, lequel d'ailleurs ne doit être réparti en principe qu'après acquittement du passif.

793. — ... Ni de convoquer des assemblées d'actionnaires aux époques déterminées par les statuts, ni de renouveler l'inventaire à chaque période annuelle. — Thaller, n. 356, *in fine*.

794-799. — Quant aux créanciers, le liquidateur peut d'abord être poursuivi par eux en responsabilité par la voie de l'action oblique de l'art. 1166 (Lyon-Caen et Renault, t. 2. n. 395). Mais il serait tout à fait inexact, comme le font certains auteurs, de contester aux créanciers le droit d'agir en responsabilité, de leur propre chef, contre le liquidateur qui par son fait aurait porté atteinte à leurs droits et diminué leur gage. Il n'est même pas nécessaire, pour justifier l'existence d'une telle action, d'exciper d'un mandat exprès des créanciers ou d'actions d'entre eux; il suffit de faire observer que, conformément à l'adage « *bona non sunt nisi deducto œre alieno* » le liquidateur, ne peut disposer à son profit, comme associé, ni au profit de ses coparticipants, que des fonds restants libres après l'extinction des dettes et charges qui grèvent la société. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1117 et s.

800. — En résumé, et par la force même des choses, les liquidateurs sont tenus au regard des créanciers d'une responsabilité presque aussi rigoureuse qu'au regard des associés. C'est ce qu'expriment certaines lois étrangères, notamment la loi belge de 1873, dans laquelle nous relevons l'art. 119 ainsi conçu : « *Les liquidateurs sont responsables, tant envers les tiers qu'envers les associés*, de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion ».

801. — Aux termes de l'art. 1995, C. civ., « quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autaut qu'elle est exprimée » : de l'application de cet article à la liquidation, il résulte que les coliquidateurs d'une société commerciale ne sont, en principe, solidairement responsables de leurs actes qu'en vertu d'une convention expresse. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 396; Houpin, t. 1, p. 173. — V. Jug. arbit. du 31 mars 1860, [*Jurisp. port d'Anvers*, 60.1.103] — Bordeaux, 31 janv. 1895, [*Rev. des soc.*, 95, p. 622]

802. — Toutefois, si les liquidateurs s'étaient rendus responsables d'une faute commune, il y aurait entre eux obligation *in solidum*, conformément aux principes généraux de la responsabilité. Il convient même de faire remarquer qu'en matière commerciale les tribunaux admettent facilement l'existence d'une obligation solidaire par analogie des règles admises en matière d'effets de commerce, de sociétés en nom collectif, etc.

803. — Si chaque liquidateur ne répond pas nécessairement

de ses coliquidateurs, à plus forte raison ne saurait-il être rendu responsable des actes de ses prédécesseurs, pourvu qu'il ait eu soin de se faire rendre des comptes par celui qu'il remplace, en cas de décès, démission ou révocation, et d'établir ainsi la consistance des valeurs sociales au début de sa gestion.

804. — Et à l'inverse, le liquidateur qui se retire ne peut sauf les cas de collusion, être déclaré responsable de la gestion du liquidateur qui le remplace. — Cass., 8 août 1849, Pankim, [S. 49.1.679, D. 49.1.309]

805. — Mais il répond, au contraire, des actes de son fondé de pouvoir, et plus généralement de l'agent qu'il s'est substitué de sa propre autorité. En pareil cas, en effet, la qualité du liquidateur ne cesse pas de résider sur sa tête, avec tous les droits, mais aussi toutes les charges qu'elle implique. — Pont, n. 1972 ; Houpin, t. 1, n. 213.

2° Reddition de comptes. — Privilège.

806. — Comme tout mandataire, le liquidateur doit rendre compte de sa gestion à son mandant, c'est-à-dire aux associés (C. civ., art. 1993) (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1123 et s.). La loi n'a posé aucune règle spéciale pour cette reddition de comptes, qui s'effectuera dans les formes usitées au commerce, notamment pour la reddition des comptes des gérants.

807. — Le compte du liquidateur n'est dû aux associés qu'à la fin des opérations dont celle-ci se compose, et ce, alors même que la procédure se prolongerait pendant plusieurs années. Le liquidateur ne jouit pas cependant, pendant cette période souvent fort longue, d'une liberté illimitée. Sans parler du contrôle officieux, mentionné *suprà*, n. 713, auquel sont soumis les liquidateurs dans les grands centres, notamment auprès des tribunaux de commerce de la Seine, de Lyon, de Marseille, etc., chaque associé est personnellement investi d'un certain pouvoir de contrôle.

808. — Ce pouvoir, sans doute, ne va pas jusqu'à permettre à chaque associé individuellement d'entraver la procédure par une demande intempestive de reddition de compte. Ainsi, les liquidateurs d'une société anonyme, investis d'un mandat de l'assemblée générale des actionnaires, ne sont point tenus, au cours de leur gestion, de rendre des comptes à un groupe d'actionnaires, lequel d'ailleurs n'est en mesure de justifier d'aucun préjudice personnel. — Trib. Laon, 24 févr. 1898, [*Gaz. Pal.*, 98.1.525]

809. — Mais les associés non liquidateurs ont le droit d'exiger de l'associé liquidateur communication, non seulement de la comptabilité spéciale à la période de liquidation, mais aussi de toute la comptabilité sociale. — Trib. comm. Marseille, 11 oct. 1899, [*Rec. Marseille*, 1900.1.16]

810. — Jugé de même que le liquidateur d'une société est obligé de communiquer aux actionnaires, sur leur demande, les registres et documents divers relatifs à la liquidation, qu'ils peuvent avoir intérêt à consulter. — Paris, 30 juin 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.2]

811. — Mais cette communication doit avoir lieu en principe sans déplacement, au siège même de la liquidation, afin de ne pas entraver la procédure, ces pièces étant de celles dont le liquidateur ne se dessaisit qu'après la clôture des opérations et contre une décharge régulière. — Même arrêt. — Trib. comm. Marseille, 12 janv. 1897, [*Rev. des soc.*, 97.512]

812. — ... Sauf la faculté pour le tribunal de décider, eu égard à l'hostilité existant entre les parties, que cette communication sera faite au greffe du tribunal de commerce, dans un délai déterminé, en présence des parties assistées de leurs conseils, ou de leurs fondés de pouvoirs, et à leurs risques communs. — Paris, 30 juin 1897, précité.

813. — Le compte que le liquidateur est tenu de produire à la fin de sa gestion est un compte détaillé, présentant en regard, sur deux colonnes : d'une part, toutes les sommes dont il est comptable à un titre quelconque, fonds encaissés, bénéfices réalisés, intérêts des sommes placées. — V. Amiens, 9 mai 1826, Cartier, [S. chr.] — Paris, 17 août 1880, [*J. des soc.*, 80.569] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 212. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1125.

814. — ... D'autre part, tout ce qui lui est dû, à un titre quelconque : frais et débours, sommes avancées en vue de faciliter le règlement de dettes exigibles, intérêts desdites sommes à compter des avances constatées (C. civ., art. 2001), honoraires stipulés, ou honoraires d'usage fixés par le tribunal, réparation des dommages éprouvés du fait de l'exécution du mandat, etc.

815. — Que si le compte ainsi dressé laisse un solde débiteur à la charge du liquidateur, chacun des associés peut, si celui-ci néglige d'en acquitter le montant, ou si des difficultés s'élèvent sur le chiffre, exercer contre lui l'action *mandati*. Au cours de l'instance, le tribunal pourrait prescrire (c'est du reste une faculté dont il est investi au cours de la procédure) le dépôt de la somme ou d'une fraction de celle-ci, à la Caisse des dépôts et consignations, jusqu'à l'issue du litige. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 381.

816. — Supposons au contraire que le compte fasse ressortir un solde créditeur. Deux questions se posent alors : *a*) *Contre qui le liquidateur pourra-t-il agir pour réclamer son paiement?* Il a, conformément au principe de l'art. 2002, C. civ., tous ses comandants, c'est-à-dire tous les associés pour codébiteurs solidaires, et peut, par conséquent, à son choix, diviser ses recours entre eux, ou poursuivre pour le tout l'un d'entre eux : et ce, même s'il est personnellement associé. — Cass., 17 juin 1833, Baradelle, [P. chr.] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 399; Delangle, t. 1, n. 265; Bédarride, t. 1, n. 266; Houpin, t. 1, n. 212. — *Contrà*, Pont, n. 2976.

817. — Toutefois, et par exception à ce principe, l'associé liquidateur qui aurait acquitté une dette sociale, non point en sa qualité de liquidateur, mais sur des poursuites exercées contre lui en sa qualité de codébiteur solidaire (associé en nom collectif ou commandité), serait obligé de diviser son recours entre ses coassociés, conformément à l'art. 1214, C. civ. — Cass., 8 janv. 1862, Boitard, [S. 62.1.478, P. 62.905, D. 63.1.75] — V. Pont, n. 2976; Houpin, t. 1, n. 212.

818. — *b*) *La créance du liquidateur est-elle ordinaire ou privilégiée?* On peut dire, en faveur du privilège, que le liquidateur est créancier de la masse, et qu'il faut lui appliquer par analogie ce principe constant en matière de faillite que les créanciers ayant traité avec le syndic ont la masse pour débiteur et doivent par conséquent être préférés aux créanciers dont la masse se compose (V. *suprà*, n. 780). Jugé, en ce sens, que le liquidateur d'une société commerciale nommé à ces fonctions par une sentence arbitrale, rendue seulement entre les associés, à la charge de gérer et administrer jusqu'à l'issue de la liquidation sous sa responsabilité personnelle, doit être réputé avoir représenté les créanciers de la société aussi bien que les associés eux-mêmes; qu'en conséquence, il a un privilège vis-à-vis desdits créanciers pour tous les engagements par lui contractés en sa dite qualité de liquidateur. — Paris, 16 déc. 1841, Verdier, [P. 42.1.247] — V. aussi Dijon, 17 mars 1862, Avril, [S. 63.2.100, P. 63.73, D. 62.2.94] — Lyon, 11 juill. 1873, Liquid. de la soc. Jouvin et Cie, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209]

819. — Cette assimilation entre la liquidation et la faillite a été repoussée. Mandataire légal de la masse des créanciers, le syndic a qualité pour obliger ceux-ci ; il en est différemment, a-t-on dit, du liquidateur, mandataire des associés et non des créanciers, qui d'ailleurs ne forment une *masse*, sorte d'entité juridique, qu'en cas de faillite, ou de liquidation judiciaire. Les créanciers du liquidateur ne sont donc pas des créanciers *de la masse*, mais des créanciers de la société, au même titre que les créanciers sociaux dont le titre est antérieur à la liquidation. — Lyon, 27 mai 1859, Fouleux, [S. 60.2.16, P. 60.856]; — 24 déc. 1860, Pittalugo, [S. 61.2.557, P. 62.1154] — Aix, 31 mai 1871, Liquid. Maurin, [S. 72.2.47, P. 72.228] — *Sic*, Pont, n. 1976 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 398; Houpin, t. 1, n. 212 ; Valette, *Privil. et hypoth.*, p. 23.

820. — Est-ce à dire que le liquidateur devra dans tous les cas subir le concours des autres créanciers sociaux? Nullement, car s'il n'a pas de privilège spécial, en sa seule qualité de liquidateur, du moins peut-il évidemment se prévaloir des privilèges de droit commun, lorsqu'il est dans l'un des cas prévus par les art. 2101 et s., C. civ. Or, en fait, il est aisé de constater que la plupart des créances du liquidateur contre les associés rentrent dans l'une des deux classes suivantes.

821. — Ou ce sont en effet des *frais de justice, lato sensu*, c'est-à-dire des frais tendant à la réalisation du gage (frais de vente des divers éléments de l'actif, honoraires, etc...), et ce, alors même que le liquidateur aurait été désigné par les associés, et non par jugement du tribunal. Et alors ils jouissent du privilège de l'art. 2101-1°. Il est, en effet, constant en jurisprudence et en doctrine que le terme *frais de justice*, employé dans cette disposition, qui colloque lesdits frais par privilège avant tous autres, ne désigne pas seulement les frais d'instance judiciaire ou ceux

s'y rattachent par ces liens de connexité, mais tous les frais nécessités par les opérations extrajudiciaires tendant à la transformation en argent du gage des créanciers. — Aubry et Rau, t. 4, § 260; Valette, p. 23; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 398. — V. aussi, *supra*, v° *Privilèges*, n. 28.

822. — ... Ou ce sont des frais exposés pour la conservation de la chose, pour l'entretien des immeubles par exemple, et dont ils sont également privilégiés par application de l'art. 2102-3°, C. civ. — Cass., 8 janv. 1862, précité — Paris, 4 févr. 1880, [*J. des soc.*, 82.581] — Trib. corr. Seine, 17 oct. 1888, [*J. La Loi*, 23 nov. 1888] — Mêmes auteurs.

823. — Quoiqu'il en soit de ces controverses, nous rappelons que la Cour de cassation, dans ses derniers arrêts, accorde le privilège des frais de justice aux liquidateurs de sociétés pour le recouvrement de leurs frais et déboursés. — V. *suprà*, v° *Privilège*, n. 132 et s.

3° *Clôture de la liquidation.*

824. — Aussitôt après la reddition des comptes, amiable ou judiciaire en cas de contestation, la liquidation est close. Par une lacune très-fâcheuse de notre droit, aucune publicité n'est donnée à cette clôture, bien qu'elle marque une date capitale, puisqu'elle met fin définitivement à la vie de l'être social prolongée en vertu d'une sorte de fiction légale pour les besoins de la procédure. Plusieurs législations étrangères, notamment la loi belge de 1873 (art. 101-2°), ordonnent au contraire cette publicité.

825. — C'est aux juges du fond qu'il appartient, en cas de contestation, de fixer souverainement l'époque de la clôture de la liquidation. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1129 et s.

826. — Jugé que la liquidation judiciaire d'une société en commandite n'ayant plus d'objet lorsque toutes les dettes révélées ont été soldées par les commanditaires, les juges d'appel prononcent à bon droit en présence de cette situation de fait, non pas l'annulation du jugement qui avait ordonné la liquidation judiciaire et d'ailleurs reçu son plein effet, mais la clôture des opérations de liquidation. — Cass., 4 févr. 1896, Courrégès et Cie, [D. 97.1.217]

827. — Il échet, en pareil cas, de donner effet aux clauses statutaires qui autorisent les commanditaires, alors que les pertes excèdent un certain chiffre, à provoquer la dissolution de la société, à s'en constituer liquidateur et à conserver le fonds social en remboursant le montant de son crédit à chaque ayant-droit. — Même arrêt.

828. — On admet généralement que, malgré la clôture de la liquidation, le droit de préférence des créanciers sociaux sur l'actif social se prolonge jusqu'après la répartition entre les associés; sinon, ce droit risquerait de disparaître précisément à l'instant où il serait le plus nécessaire aux créanciers sociaux pour la sauvegarde de leurs droits. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 403.

829. — Mais, cette répartition une fois effectuée, il ne peut plus être question de créances sociales, la disparition de la société étant désormais absolue et irrévocable. En conséquence lorsqu'à la suite de la liquidation le bénéfice des redevances dues par un tiers à la société a été réparti dans une proportion déterminée entre les anciens associés, les créances nées au profit de chacun d'eux contre le tiers débiteur ne sauraient être qualifiées de créances sociales : ce sont des créances individuelles, qu'il appartient à chaque ayant-droit de faire valoir, sans aucune intervention du liquidateur, dont la mission est terminée. — Cass., 22 mars 1898, [*J. Le Droit*, 9 oct. 1898]

830. — Il est à remarquer d'ailleurs que la répartition elle-même est en dehors de la liquidation. La mission normale du liquidateur est de préparer le partage, mais non de l'effectuer; et il n'aurait qualité pour y procéder qu'en vertu d'un mandat formel. — *Contrà*, Code allemand, art. 142 ; code italien, art. 208.

831. — Au surplus, et en admettant même qu'un mandat de ce genre ait été donné au liquidateur, liquidation et partage n'en constitueraient pas moins deux opérations distinctes et successives, soumises chacunes à des règles propres.

SECTION III.

Du partage.

832. — Une fois la liquidation clôturée, ou aussitôt après la dissolution dans le cas exceptionnel où aucune liquidation n'a lieu, il doit être procédé au partage de l'actif social, lequel désormais forme une masse, appartenant indivisément à tous les associés. Cette masse comprend tous les éléments de l'actif, mobilier ou immobilier, appréciables en argent, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les objets corporels ou les valeurs immatérielles, telles que les procédés de fabrication, brevets d'invention, droit au bail, etc. — V. Duvergier, n. 471; Guillouard, n. 345 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 413 ; Houpin, t. 1, n. 214. — V. *supra*, v° *Société civile*, n. 1134 et s.

833. — C'est ainsi qu'en cas d'apport dans une société commerciale, par un breveté, du droit exclusif d'exploitation de son brevet, si cette société est mise en liquidation avant le terme fixé pour sa dissolution, le droit d'exploitation doit être compris dans la vente de l'actif social, alors même que, dans l'acte de société, le breveté se serait réservé la propriété de son brevet « quoi qu'il pût arriver ». — Aix, 7 avr. 1865, Charavel, [S. 66.2.357, P. 66.1274]

834. — Et le breveté ne pourrait empêcher cette vente qu'en consentant à rétablir l'égalité entre les apports sociaux par le versement d'une somme égale à celle fournie par ses coassociés. — Même arrêt. — Sur la nécessité de comprendre également dans la masse partageable le fonds de commerce, alors du moins que ce fonds représente une valeur susceptible de survivre à la société, le nom ou le titre de la société, etc., V. *infrà*, n. 867 et s.

835. — Mais au cas où des associés ont fait une opération particulière, en dehors des opérations sociales, cette opération peut être l'objet d'une liquidation distincte, dont le résultat définitif ne dépend pas de la liquidation des affaires générales de la société. — Cass., 1er mars 1853, Krafft, [S. 53.1.298, P. 53.1.365, D. 53.1.65]

836. — Aux termes de l'art. 1872, C. civ., « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre cohéritiers *s'appliquent au partage entre associés.* » Cette disposition est aussi générale que possible, et doit être appliquée indistinctement aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales. L'avant déjà commentée *suprà*, v° *Société civile*, n. 1135 et s., et v° *Partage*, nous n'y reviendrons ici que pour signaler les quelques particularités du partage des sociétés de commerce.

837. — D'une manière générale, il convient d'étendre aux sociétés commerciales les règles du partage successoral concernant : *a*) Le droit pour chaque associé de demander le partage, nonobstant toutes clauses contraires, sauf les conventions de prorogation autorisées par l'art. 815, C. civ.

838. — *b*) La compétence du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouvait le siège social de la société pour statuer sur les actions en partage et contestations connexes (C. civ., art. 822, arg. d'analogie).

839. — *c*) Les formes du partage, lequel doit être judiciaire s'il y a des incapables, mineurs, interdits, parmi les ayants-droit, ou en cas de désaccord entre les associés, et peut être amiable dans les autres cas (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1137 et s., et v° *Partage*, n. 356 et s.). Mais il importe de remarquer que, d'après la jurisprudence, si la présence d'incapables parmi les coassociés oblige à recourir aux formes du partage judiciaire, cette exigence légale ne concerne que le partage proprement dit, mais non les opérations préliminaires, telles que l'inventaire.

840-852. — Sur la question de savoir si ces formes doivent être observées lorsque la société, au lieu d'être dissoute, se continue entre les héritiers, même mineurs, de l'associé prédécédé, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 727 et s.

853. — *d*) Doivent également être étendus, du partage des successions au partage de l'actif social, le principe du partage en nature, et les exceptions ou tempéraments qu'il comporte (C. civ., art. 826). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1174 et s.

854. — Jugé qu'il n'y a lieu à *licitation* que pour les éléments de l'actif non commodément partageables, auxquels doivent être appliqués par analogie les règles des art. 827 et 839, C. civ. (par exemple, les brevets d'invention; pour le *fonds de commerce*, V. les développements donnés *infrà*, n. 867 et s.). — Paris, 11 fruct. an XIII, Delaunoy, [P. chr.] — Trib. comm. Nantes, 25 avr. 1900, [*Rec. Nantes*, 1900.1.379]

855. — ... Que le principe de l'art. 826, qui autorise chaque cohéritier à réclamer sa part en nature des divers éléments, meubles et immeubles, de la succession, met obstacle à ce que deux ou plusieurs successions, et conséquemment à ce que deux

ou plusieurs sociétés puissent être confondues dans une même opération de partage. — Cass., 29 déc. 1896, Grandperret, [S. et P. 1900.1.519, D. 97.1.897]

856. — Les juges peuvent d'ailleurs, sans méconnaître l'art. 826, décider qu'il sera seulement procédé à l'établissement des comptes entre associés par une liquidation unique, l'indivision des immeubles et du portefeuille commun étant expressément réservée. — Même arrêt.

857. — Quelques auteurs ont cependant contesté l'applicabilité de l'art. 826 au partage du fonds dépendant d'une société commerciale dissoute, par le motif que le but de la liquidation d'une société de ce genre est avant tout de transformer en argent tous les éléments de l'actif en vue de faire face au passif, et que les associés n'ont aucun intérêt d'affection qui justifie leur préférence pour un partage en nature (Bravard-Veyrières, et Demangeat, t. 1, p. 172; Lion, p. 46 et s.). On peut citer en ce sens quelques décisions judiciaires. Ainsi, jugé qu'en matière de société commerciale, lorsque l'acte de société ne détermine pas la manière dont se feront la liquidation et le partage, il convient de suivre, à cet égard, l'usage du commerce, plutôt que les règles prescrites pour faire cesser l'indivision d'une chose commune. — Bruxelles, 22 juin 1808, Ban de Bael, [S. et P. chr.]

858. — .. Que la dissolution d'une société industrielle n'entraîne pas toujours une liquidation rigoureuse; qu'ainsi, la totalité du fonds social peut être attribuée selon les circonstances, à un seul des associés, alors que l'autre, en manquant à ses engagements, a gravement compromis l'entreprise : sauf toutefois dédommagement convenable. — Angers, 27 déc. 1843, Leroux, [P. 44.1.82]

859. — Mais il paraît plus juridique, et telle est d'ailleurs la thèse qui prévaut aujourd'hui, de se conformer à la règle de l'art. 826. On pourrait hésiter à appliquer cet article, s'il n'avait d'autre justification que la valeur d'affection que présentent fréquemment pour les héritiers les biens successoraux. Mais il s'explique par une autre considération, qui s'applique avec la même force aux cohéritiers et aux coassociés : si les uns et les autres peuvent réclamer leur part en nature, toutes les fois que le partage en nature est possible, c'est qu'ils sont des copropriétaires, et que leur *jus in re* ne saurait être converti, sans leur consentement, en un simple droit de créance sur la valeur estimative de leur part. — Pont, t. 1, n. 788; Pardessus, t. 3, n. 1082; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 423; Houpin, t. 1, n. 214.

860. — *e*) Le principe du partage *déclaratif* s'applique au partage entre associés comme au partage entre co-successibles (C. civ., art. 883). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1187 et s. — Sur la question controversée de savoir si l'effet rétroactif du partage ne remonte qu'au jour de la dissolution, ou à la date de l'entrée du bien dans l'actif social, V. *suprà*, v° *Société civile*, chap. 4, n. 1192 et s.

861. — Remarquons toutefois que le principe de l'art. 883 est inapplicable aux bâtiments de mer, grevés d'hypothèque, dépendant de l'actif social. L'hypothèque maritime, constituée par l'un des communistes sur un navire indivis, subsiste en effet pour la part du constituant, quels que soient les résultats du partage (L. 10 juill. 1885, art. 17). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 427. — V. *suprà*, v° *Hypothèque maritime*, n. 137 et s.

862. — *f*) Les dispositions légales concernant la *garantie* du partage (art. 884-5°), les voies de recours contre le partage, spécialement l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart (art. 887), le privilège du copartageant (C. civ., art. 2103-2°) sont également applicables en notre matière. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1199 et s. — Sur la question, généralement résolue par la négative, de savoir si les créanciers en fraude des droits desquels le partage est intervenu peuvent ou non se voir opposer la fin de non recevoir de l'art. 882, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1209 et s.

863. — *g*) Il en est de même des règles relatives aux comptes respectifs entre associés, reprises d'objets leur appartenant en propre, prélèvements effectués par les copartageants créanciers sur la part revenant aux communistes débiteurs, conformément au principe du rapport *en moins prenant*, par les cohéritiers, des sommes dont ils peuvent être comptables envers la succession (C. civ., art. 829). — Cass., 29 mars 1836, Pelletreau, [S. 36.1.492, P. chr.]; — 8 févr. 1882, Soc. Cerf, et Cie, [S. 82.1.224, P. 82.1.533] — Rennes, 31 janv. 1826, Jeanneau, [P. chr.] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 418 *bis*; Houpin, t. 1, p. 174.

864. — A propos des comptes entre associés, une vive controverse, déjà signalée au sujet des sociétés civiles, s'est élevée sur le point de savoir s'il convient d'appliquer, aux *intérêts* des sommes dues par les associés à la société, la disposition de l'art. 856, C. civ., faisant courir les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport du jour de l'ouverture de la succession (lisez de la dissolution de la société), ou si l'on doit écarter cet article et décider que l'associé débiteur n'est tenu des intérêts que du jour de la sommation de payer conformément au droit commun (C. civ., art. 1153, modifié par la loi du 7 avr. 1900). Nous n'avons pas à revenir sur cette controverse, déjà exposée, *suprà*, v° *Société civile*, n. 1204 et s.

865. — Jugé qu'est valable la clause des statuts stipulant que les apports seront productifs d'intérêts à un taux déterminé d'un commun accord, et qu'en cas de dissolution les associés auront le droit de demander que, dans la détermination de leurs droits, le capital qui leur revient soit augmenté des intérêts courus depuis la dissolution jusqu'au jour de la liquidation définitive. — Paris, 4 déc. 1899, Boggia et Yanès, [D. 1900.2.271]

866. — Par contre, ainsi qu'on l'a fait observer déjà, il ne saurait être question d'étendre au partage de l'actif social après liquidation, ni les règles des successions concernant le *retrait successoral* (C. civ., art. 841), ni les prescriptions de l'art. 792 sur les conséquences du divertissement ou recel, par l'un des copartageants, d'une valeur sociale (C. civ., art. 792). — V. Cass., 28 août 1865, Domaine, [S. 65.1.453, P. 65.1185, D. 65.1.352]

867. — Ces principes généraux étant dégagés, il ne nous reste plus qu'à examiner certains points spéciaux à la liquidation des sociétés commerciales. — a) *De l'application au fonds de commerce des règles du partage.* — Comment et sous quelle forme, va-t-on partager le fonds de commerce exploité par la société dissoute? La question ainsi posée n'est pas susceptible d'une réponse absolue. Tout dépend et de la consistance du fonds, et de l'intention des parties. Celles-ci ont pu, tout d'abord, régler par une convention expresse (clause statutaire ou convention postérieure) le sort du fonds de commerce, et décider par exemple, soit que ce fonds sera licité avec tous ses accessoires pour le produit de la vente être réparti entre les associés au prorata de leurs droits...

868. — ... Soit qu'il sera attribué à l'un des anciens associés nommément désigné, lequel pourra continuer le commerce sous son nom personnel en prenant le titre de *successeur* de la société dissoute, à charge par lui d'indemniser ses coassociés sur une base arrêtée à l'avance ou d'après les résultats d'une expertise, auquel cas ceux-ci s'interdisent d'exercer le même commerce dans un certain rayon. — Cass., 21 juill. 1891, John Arthur, [S. 91.1.377, P. 91.1.942, D. 93.1.123] — Angers, 16 mai 1894, Pasquet, [S. et P. 94.2.180] — ... Ou avec faculté au contraire pour ceux-ci de s'adonner au même commerce, à la condition de ne pas se présenter comme successeurs, mais simplement comme *anciens membres* de la société ayant existé entre eux. — Lyon, 24 juin 1896, [*Mon. jud. Lyon*, 12 déc. 1896]

869. — ... Soit que, le fonds devant disparaître avec la société qui l'exploitait, chaque associé recouvrera sa liberté d'action par le fait de la dissolution, et avec la faculté d'ouvrir pour son compte et à ses risques une entreprise similaire « en ressaisissant la clientèle que la société a laissé perdre ». — Thaller, n. 369, *in fine*.

870. — Ces différentes conventions sont licites. — V. notamment Cass., 3 mars 1868, Pinet, [S. 68.1.196, P. 68.487, D. 68.1.155] — Angers, 16 mai 1894, précité. — Paris, 29 juin 1895, [*Rev. prat. de dr. industr.*, 1895, p. 319] — *Sic*, Pic, *Législ. industr.*, n. 276; Allart, *Traité théor. et prat. de la concurrence déloyale*, p. 299. — V. *suprà*, v^is *Concurrence déloyale*, n. 325 et s., *Liberté du commerce et de l'industrie*, n. 104 et s.

871. — De même, lorsqu'un associé, en cédant à son coassocié ses droits dans le fonds de commerce par eux exploité en commun, s'est interdit d'exercer un commerce similaire dans un rayon déterminé, en se réservant seulement de se placer comme voyageur dans une maison quelconque, pourvu que cette maison ne fût pas en son nom, le fait par l'ancien associé, qui a fondé, en dehors du rayon fixé par la convention, comme il en avait le droit, un commerce similaire, de se rendre à plusieurs reprises dans le lieu où est établie la maison de commerce cédée, et de s'adresser aux clients de cette maison pour provoquer leurs commandes, constitue une infraction à l'engagement par lui pris, et est de nature à entraîner contre lui une condamna-

tion à des dommages-intérêts. — Angers, 16 mai 1894, précité.

872. — Il en est ainsi surtout, alors qu'il résulte des circonstances de la cause que la clientèle de la maison de commerce par lui cédée à ses coassociés avait été presque exclusivement formée par l'associé vendeur. — Même arrêt.

873. — Jugé également que la convention par laquelle un négociant, en s'adjoignant un associé, a stipulé que la clientèle de la maison de commerce demeurerait sa propriété personnelle, est licite et oblige l'associé à ne faire, après la dissolution de la société, aucunes démarches pour détourner la clientèle à son profit, sous peine de dommages-intérêts. — Grenoble, 7 févr. 1835, Badier, [S. 35.2.287, P. chr.]

874. — Cette convention peut être suggérée, ou même, dans une certaine mesure dictée par le tribunal. Ainsi, dans le cas où les juges du fond ont prononcé contre l'un des associés la dissolution de la société pour défaut de concours aux opérations sociales et manquement à ses obligations, ledit associé peut être condamné envers l'autre à des dommages-intérêts avec faculté, conformément au consentement donné par le bénéficiaire, de se libérer de la condamnation en prenant l'engagement de ne pas exercer, dans l'endroit où fonctionnait la société, un commerce de même nature. Une pareille disposition, consacrant une simple faculté sans aucune sanction pénale, n'a rien de contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. — Cass., 15 nov. 1876, Bernel, [S. 78.1.251, P. 78.642, D. 77.1.70]

875. — Supposons que les parties n'aient rien spécifié, au sujet de l'attribution à l'un des coassociés, de la vente après dissolution, ou de la disparition du fonds de commerce. Supposons d'autre part que le liquidateur n'ait pas été obligé, pour faire face au passif exigible, de vendre le fonds. Quels seront donc les pouvoirs du juge? Théoriquement, nous avons établi *suprà*, n. 853, que le principe du partage en nature devra recevoir son application, et de fait ce principe est parfois appliqué par la jurisprudence. Jugé en ce sens que lorsque la société créée en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce se dissout par l'échéance du terme statutaire, il y a lieu, à défaut d'entente entre les coassociés sur le mode de liquidation et partage, de partager en nature tout ce qui est partageable, chacun des associés conservant le droit de rétablir pour son propre compte un commerce similaire et de visiter l'ancienne clientèle de la société disparue. — Trib. comm. Nantes, 12 déc. 1896, [*Gaz. Pal.*, 97.1.287]

876. — Mais la jurisprudence, obéissant ici à des considérations pratiques impérieuses, et préoccupée avant tout d'empêcher la destruction d'une valeur qui souvent constituera l'élément principal de l'actif, procédant d'autre part de cette idée, juridiquement très-soutenable, que l'on peut dans la plupart des cas envisager le fonds de commerce ou certains des éléments dudit fonds comme des valeurs impartageables échappant à la règle du partage en nature, attribue aux tribunaux en cette matière les pouvoirs les plus larges. — V. *suprà*, v° *Liberté du commerce*, n. 120 et 121. — V. également, Trib. civ. Seine, 23 mai 1898, [*J. Le Droit*, 27 mai 1898]

877. — Jugé, que si, en principe, le fonds social doit être partagé en nature après dissolution, il échet cependant d'en ordonner la licitation, lorsque ce fonds comprend certaines valeurs impartageables en nature (et par exemple un brevet d'invention, une marque, un secret de fabrique, etc.); qu'en pareil cas, la licitation doit englober le fonds dans son ensemble, y compris les valeurs susceptibles d'être partagées en nature. — Trib. comm. Nantes, 25 avr. 1900, [*Rec. Nantes*, 1900.1.379]

878. — Et, que le tribunal n'excède nullement son droit en interdisant aux colicitants la faculté de s'établir, pour l'exercice d'un commerce similaire, dans un certain rayon, et pendant un délai déterminé. — Même jugement.

879. — Supposons qu'à l'inverse, le tribunal, en ordonnant la licitation, ait omis d'insérer dans le cahier des charges aucune clause de ce genre, ou bien que, l'actif social comprenant en dehors du fonds de commerce des valeurs diverses, l'un des associés se soit vu dans le partage attribuer le fonds et que les valeurs aient été réparties entre ses coassociés. Quelles seraient, en ce cas, les obligations des associés au regard du tiers acquéreur sur licitation, ou à l'égard de leur coassocié adjudicataire? Au regard du tiers acquéreur, on doit en principe considérer la promesse de ne pas se rétablir, dans un autre rayon tout au moins, comme sous-entendue. Les associés sont en effet à considérer, au regard de l'acquéreur étranger, comme des vendeurs, tenus en cette qualité de la garantie d'éviction : or cette garantie implique « l'obligation de lui transmettre la clientèle, et, par conséquent, la promesse de ne pas se rétablir ». — Thaller, n. 369.

880. — Le doute n'existera guère, faute de clause expresse dans le cahier des charges, que sur l'étendue de cette obligation de garantie. Les tribunaux apprécieront dans chaque espèce, eu égard à la nature du commerce ou de l'industrie, à l'importance de la clientèle, à sa répartition dans la localité où la société avait son siège, quel doit être le rayon interdit à l'activité des associés.

881. — L'obligation des associés, au regard de leur coassocié attributaire du fonds social, est de même nature; néanmoins, la jurisprudence tend à la considérer comme moins stricte, et à autoriser les premiers à se rétablir pour leur compte, à la seule condition de s'abstenir de tous agissements propres à faire naître la confusion entre l'établissement antérieurement exploité par la société et l'établissement similaire créé sous leur nom, à la condition, en d'autres termes, de ne commettre aucun acte pouvant être qualifié d'acte de *concurrence déloyale*. — V. *suprà*, v° *Concurrence déloyale*, n. 325 et s.

882. — Jugé en ce sens que, lorsque, dans le partage d'une société ayant pour objet l'exploitation d'une industrie, le fonds de commerce et l'achalandage ont été attribués à l'un des associés, et des valeurs en argent à l'autre, celui-ci a le droit, à moins de clause contraire, d'exploiter ultérieurement sous son nom un fonds de commerce pareil à celui qu'exploite son ancien associé, à la charge toutefois de ne rien faire de contraire à la bonne foi commerciale. — Paris, 30 juin 1854, Pettmann, [S. 54.2.655, P. 55.2.541]

883. — ... Que, l'associé qui, pour arriver à la liquidation de la société, abandonne à forfait à son coassocié le fonds de commerce exploité par la société, n'est pas réputé par cela seul et en l'absence de toutes conventions contraires, renoncer au droit de fonder et d'exploiter un autre établissement semblable. — Cass., 5 févr. 1855, Cartier, [S. 56.1.417, P. 56.2.438]; — 2 mai 1860, Péry, [S. 60.1.308, P. 60.1006, D. 60.1.218] — V. aussi Trib. Seine, 20 juin 1898, [*J. des soc.*, 99.54] — Houpin, t. 1, p. 165. — V. aussi *suprà*, v° *Fonds de commerce*, n. 175 et s.

884. — Par suite, l'exercice de ce droit ne le rend pas passible de dommages-intérêts envers ses anciens associés, à raison de la concurrence que le nouvel établissement fait à l'ancien, alors du moins que cette concurrence a lieu naturellement et sans l'emploi de manœuvres déloyales. — Cass., 5 févr. 1855, précité.

885. — Le droit du cédant, en pareil cas, n'est limité que par la condition de ne se livrer à aucune concurrence déloyale, et notamment de ne pas créer une maison dont la désignation ou l'enseigne et la proximité seraient de nature à nuire à l'établissement cédé. — Cass., 2 mai 1860, précité.

886. — Le tribunal n'intervient pas seulement dans le cas où les parties ont négligé de régler d'un commun accord la transmission du fonds pour le cas de dissolution, mais aussi dans l'hypothèse où, pour une cause quelconque, la convention intervenue n'a pu recevoir son exécution. C'est ainsi, par exemple, qu'en présence d'une clause statutaire portant qu'à l'expiration de la société l'un des associés aura la faculté de reprendre à son compte personnel l'usine et ses dépendances, d'après la situation effectuée par deux experts choisis par les parties, si les experts ne peuvent se mettre d'accord et que cette éventualité n'ait pas été prévue par les statuts, les juges ne sauraient être admis à désigner un tiers expert; ils devront en pareil cas ordonner la vente publique de l'usine et des immeubles en dépendant. — Trib. comm. Niort, 23 déc. 1896, [*J. des soc.*, 97.225]

887. — Vainement l'associé au profit duquel les statuts avaient réservé ce droit de préemption voudrait-il s'opposer à une telle vente, comme contraire aux prescriptions du pacte social. Il ne saurait en effet s'imputer qu'à lui-même la situation qui lui est faite, puisqu'il n'a pas eu soin de faire inscrire dans les statuts les clauses susceptibles d'en faire valoir les prescriptions à tout événement. — Même jugement.

888. — Ce n'est pas seulement le fonds de commerce qui fait partie de la masse partageable, mais aussi le *nom* ou le *titre* de la société. Ce nom ou titre fait partie de l'actif social, et s'il n'est vendu avec le fonds comme une dépendance dudit, ou si

le fonds ne survit point à la disparition de l'être social, ledit nom ou titre doit être compris dans les objets à partager entre les associés. Il ne saurait donc être permis à une partie des sociétaires, formant un nouvel établissement, de s'approprier, sans indemnité, un titre au préjudice de ceux qui demeurent étrangers à ce nouvel établissement. — Rouen, 15 mars 1827, S..., [S. et P. chr.] — *Sic*, Guillouard, n. 345. — V. *suprà*, v^is^ *Concurrence déloyale*, n. 86 et s.; *Nom commercial*.

889. — Mais cette solution n'est qu'une des nombreuses applications de la théorie de la concurrence déloyale. En conséquence, le nom adopté par une compagnie ou société industrielle ne constitue pas en sa faveur une propriété tellement exclusive qu'il ne puisse être pris par une autre compagnie industrielle ayant pour objet une industrie *tout à fait différente* de la première. — Lyon, 9 déc. 1840, *l'Urbaine*, S. 41.2.151] — V. *suprà*, v° *Nom commercial*.

890. — Le fonds de commerce exploité par la société comprend presque toujours une certaine quantité de marchandises en magasin. Ces marchandises, celles du moins non aliénées par le liquidateur pour faire face aux dettes exigibles, peuvent être considérées comme un accessoire du fonds ; il en est ainsi, à plus forte raison, de tout le matériel d'exploitation, garnissant l'établissement commercial ou industriel. Lors donc que les parties ou le tribunal décident de liciter le fonds, le principe du partage en nature cesse de pouvoir s'appliquer aux marchandises ou au matériel qui en dépendent : ces différents objets seront licités concurremment avec le fonds, dont ils sont l'accessoire. — Trib. comm. Seine, 29 déc. 1881, [J. *La Loi*, 22 janv. 1882] — Trib. comm. Nantes, 25 avr. 1900, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 423, *in fine*. — V. en ce qui concerne l'attribution du matériel à l'associé inventeur, attributaire du fonds constitué pour l'exploitation de ses inventions (secret de fabrique en l'espèce) : Cass., 23 déc. 1844, Rives, [S. 46.1.558, P. 45.1.518]

891. — Les livres, papiers, registres, pièces comptables de toute nature sont également un accessoire du fonds, et doivent, sous réserve des mesures à prendre pour sauvegarder les intérêts des associés et empêcher la divulgation, réputée inutile à la continuation de l'entreprise, de certaines opérations d'ores et déjà terminées et liquidées, être remis à l'acquéreur du fonds, surtout si cet acquéreur est un coassocié. Dans le cas où le fonds disparaît avec la société, il convient alors de faire application, *mutatis mutandis*, de l'art. 842, *in fine* : « Les titres communs à toute l'hérédité (lisez à tous les associés) seront remis à celui que les héritiers (associés) ont choisi pour en être le dépositaire à la charge d'en aider les copartageants, à toute réquisition. S'il y a difficulté sur ce choix, il est réglé par le juge ». — Bruxelles, 9 mai 1897, [*J. des soc.*, 98.507] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 406; Houpin, t. 1, n. 212.

892. — b) *Comment et sur quelles bases s'effectue, entre les coassociés, la répartition de l'actif net?* — Il ne suffit pas de déterminer dans quels cas l'actif social ou du moins la partie de l'actif non réalisée par les soins du liquidateur doit être partagée en nature, dans quels cas, au contraire, les biens existants doivent être licités et convertis en argent. Cette question étant réglée, une autre question surgit : comment se règleront, sur l'actif net, quelle qu'en soit la nature, les droits respectifs des coassociés? Dans quelles proportions concourront-ils? Faut-il suivre, pour la répartition de l'actif après liquidation, la même proportion que pour la répartition des bénéfices et des pertes au cours de la vie sociale, proportion réglée soit par les statuts, soit par la loi (C. civ., art. 1853)? — Sur la répartition des bénéfices, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 360 et s., et *infrà*, n. 4427 et s.

893. — L'opinion dominante est qu'à défaut de clause contraire dans les statuts, ou de convention dérogatoire préalable au partage, les coassociés doivent se répartir l'actif au prorata de leurs mises, conformément au principe d'équité posé par l'art. 1853, et ce, alors même que les bénéfices et les pertes auraient été distribués, au cours de la vie sociale, suivant une proportion différente. Chacun d'eux reprendra donc la valeur de son apport (Thaller, n. 368). Dans le cas où l'actif net ne suffirait pas à remplir chaque copartageant de son apport, une réduction proportionnelle leur sera imposée.

894. — L'application de ce principe à l'apporteur en industrie conduit logiquement à décider que ledit apporteur, reprenant la libre disposition de son industrie, n'a rien à prélever sur le capital, jusqu'à ce que ses coassociés, apporteurs en nature, aient récupéré leur mise. Sur le surplus, il viendra en concours avec eux dans la proportion déterminée par les statuts pour le partage des bénéfices, ou par l'art. 1853-2° à défaut de convention expresse (la part de l'apporteur en nature équivaut à la part du moins prenant). — V. Thaller, n. 368.

895. — Jugé, conformément à ce principe, que l'on ne doit pas, dans une liquidation, confondre passif et déficit. Le passif doit être éteint avant toute répartition. En d'autres termes, on doit, préalablement au partage, porter au crédit de la masse partageable tout l'actif réalisé ou réalisable, en déduire les dettes non encore soldées, même celles contractées envers les associés, qui à ce point de vue doivent être traités comme des tiers. L'actif net ainsi dégagé se répartit entre les ayants-droit proportionnellement à leurs apports respectifs : cette répartition, suivant les cas, fait ressortir un déficit (insuffisance de l'actif net pour restituer à chacun l'intégralité de son apport primitif), ou un excédent de bénéfice. — Trib. civ. Lyon, 27 mars 1900, [*Mon. jud. Lyon*, 16 mai 1900]

896. — Jugé dans le même ordre d'idée que lorsqu'en conformité des statuts, deux associés en nom collectif ont versé dans la caisse sociale, à titre de compte courant, des sommes étrangères à leurs apports, l'un des associés ne peut, après la dissolution de la société et le paiement des dettes sociales, prélever sur les valeurs de la société une somme égale à l'excédent de ses comptes sur celui de son associé : cet associé n'a droit, si les valeurs sociales sont inférieures au montant des deux comptes courants, qu'à une part de l'actif proportionnelle à sa créance. — Cass., 21 juill. 1879, Francheteau, [S. 82.1.349, P. 82.1.853, D. 82.1.77]

897. — La jurisprudence admet cependant que les juges du fond peuvent, dans certains cas, et pour tenir compte de l'intention présumée des parties, adopter une autre base de répartition de l'actif net. Jugé en ce sens que lorsque les statuts sociaux prescrivent le partage égal des bénéfices et des pertes, alors que les apports sont inégaux, il appartient au juge du fond, lors de la liquidation, de rechercher la commune intention des parties, et de prescrire, suivant les cas, le partage égal de l'actif, ou sa répartition au prorata des apports. — Limoges, 20 nov. 1896, [*Rec. de Riom*, 1896-97, p. 401]

898. — Avant d'être admis à reprendre ainsi la valeur de ses apports chaque associé doit justifier de la réalité et de l'intégralité dudit apport. Jugé à cet égard que lorsque des associés gérants ne justifient pas de leur mise sociale, ou refusent même de produire leurs livres, le coassocié non gérant peut, à la dissolution de la société, être autorisé à prélever sa masse, légalement constatée, sur le prix de vente du fonds social à l'exclusion des autres associés. — Cass., 17 fév. 1830, Boudin, [S. et P. chr.]

Section IV.

De la prescription.

899. — Aux termes de l'art. 64, C. comm., « toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants-cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux art. 42, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune prescription judiciaire ». Cette disposition fait partie en quelque sorte du droit commun européen; on la retrouve avec des variantes dans la plupart des législations (C. allem., art. 146; C. hongr., art. 121; C. suisse, art. 585; C. ital., art. 919, loi belge de 1873, etc.). Certaines de ces lois donnent même à la prescription une portée plus large qu'en droit français; c'est ainsi que l'art. 127 de la loi belge pose le principe de la prescription quinquennale, même pour les actions dirigées contre les associés liquidateurs. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 445.

§ 1. *Conditions nécessaires à l'application de la prescription quinquennale.*

900. — La prescription de cinq ans, édictée par l'art. 64, est tout à fait spéciale au commerce. Edictée pour les sociétés commerciales seules, elle ne saurait même pas être étendue aux sociétés civiles à forme commerciale (sous l'empire de la loi du 24 juill. 1867, et sous réserve de la commercialisation possible desdites sociétés dans les termes de la loi de 1893). — Cass.,

28 janv. 1884, De Marc et Donnat, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147, D. 84.1.145] — *Sic*, Lyon-Caen, note sous Cass., 28 janv. 1884, précité; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1088; Houpin, t. 1, n. 215, et t. 2, n. 962. — *Contrà*, Pont, t. 2, n. 2003. — Sur les sociétés civiles à forme commerciale, V. *infrà*, n. 5728 et s.

1° Sociétés dans lesquelles s'applique cette prescription.

901. — Mais notre article s'applique-t-il à toutes les sociétés commerciales? La question est vivement controversée. Dans un premier système, on décide que la prescription établie par l'art. 64 ne peut être invoquée que dans les sociétés en nom collectif, et dans les sociétés en commandite par les commandités, mais qu'elle est étrangère aux sociétés anonymes, et aux sociétés en commandite pour les commanditaires, de telle sorte que commanditaires ou actionnaires ne pourraient invoquer que la prescription du droit commun, c'est-à-dire la prescription de trente ans. — Trib. comm. Seine, 14 mars 1890, en note sous Cass., 24 janv. 1894, Synd. Bersat, [S. et P. 95.1.497 et note de M. Wahl, D. 94.1.519] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 429 et 545; Laurin, n. 272; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 455; Dolez, *Etude sur la société en commandite*, p. 265 et s. — Ce système invoque avant tout l'esprit de la loi. Il résulterait, dit-on, des travaux préparatoires que, dans l'esprit du législateur de 1807, l'art. 64 avait uniquement pour but d'atténuer les rigueurs de la solidarité, et que, par conséquent, il ne pouvait être invoqué que par les associés solidairement tenus, associés en nom collectif ou commandités.

902. — Mais la majorité de la doctrine et la jurisprudence décident au contraire, à juste titre selon nous, que l'art. 64 s'applique à toutes les sociétés commerciales. — Cass., 21 juill. 1835, Duval et Sagner, [S. 36.1.121]; — 24 janv. 1894, précité. — Poitiers, 18 févr. 1894, Synd. Renault, [S. et P. 96.2.171] — Trib. comm. Seine, 24 mai 1889, [*Rev. des soc.*, 99.464] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 629; Bédarride, t. 3, n. 659; Laurin, p. 269; Boistel, n. 390; Delangle, t. 2, n. 725; Dutruc, *Dict. du cont. comm.*, v° *Soc.*, n. 655; Pont, t. 2, n. 2007; Vavasseur, t. 1, n. 255; Ledru, *Journ. des soc.*, 80.462; Houpin, t. 1, n. 765, et t. 2, n. 962; Thaller, n. 364, et *Ann. de dr. comm.*, 91.194; Wahl, note sous Cass., 24 janv. 1894, précité.

903. — Cette solution résulte tout d'abord du texte même de l'article et de ses termes généraux qui ne permettent aucune distinction entre les diverses espèces de sociétés de commerce. Mais elle résulte également de l'esprit de la loi. Sans doute, l'art. 64 a eu, notamment, pour objet de pallier les inconvénients de la solidarité; mais tel n'a pas été son objectif exclusif. Les travaux préparatoires démontrent au contraire qu'il a eu aussi, et même principalement pour but de favoriser, par une prescription de faveur, le crédit commercial et le développement des sociétés.

904. — Lors de la discussion du Code de commerce, les partisans de la courte prescription ont en effet insisté sur cette idée « qu'on fuirait les sociétés de commerce, si ceux qui s'engagent ne pouvaient espérer de se voir libérés qu'après trente ans, et, par suite, se trouvaient jusque-là dans l'impossibilité de former un établissement ». Ils ajoutaient cette observation d'ordre très-général : « Il n'est pas présumable que, pendant cinq années entières, des créanciers demeurent tranquilles, qu'ils ne demandent pas leur paiement, qu'ils ne poursuivent pas, s'il leur est refusé, ce qui suffit pour leur éviter l'application de l'article. Il ne faut donc pas sacrifier un avantage général à un inconvénient rare et particulier » (Locré, *Législ. civ. comm. et crim.*, t. 17, p. 270 et s.). Ces observations démontrent clairement que le but de l'art. 64 est à rapprocher de celui des nombreuses dispositions qui se proposent de hâter la conclusion des affaires commerciales, en supprimant des difficultés de preuve; l'art. 64, de même, hâte la liquidation de certaines affaires commerciales, en dégageant rapidement les associés des obligations dont l'exécution ne leur est pas demandée au bout d'un temps assez bref.

905. — Ainsi que le fait observer M. Wahl (note précitée), ce qui paraît donner à cette conception une vraisemblance plus grande, c'est qu'elle fait concorder l'art. 64 avec un certain nombre d'autres dispositions qui, dans des hypothèses nombreuses, remplacent, en matière commerciale, la prescription trentenaire du droit commun par la prescription quinquennale. L'art. 189, C. comm., soumet à cette prescription les actions dérivant des lettres de change ainsi que des billets à ordre souscrits par des négociants ou pour faits de commerce; l'art. 432 y soumet les actions dérivant d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance; l'art. 10, L. 24 juill. 1867 (art. 4), l'action en répétition des dividendes fictifs. L'art. 52 de cette dernière loi fournit, en particulier, à notre opinion un puissant argument, car il dispose en ce qui concerne les sociétés à capital variable : « L'associé qui cessera de faire partie de la société restera tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de la retraite ».

906. — Au surplus, l'opinion adverse conduit à des conclusions inacceptables. C'est ainsi que le commanditaire qui s'immisce dans les affaires sociales « est obligé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut même être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société » (C. comm., art. 28). Pourra-t-il invoquer l'abréviation de prescription dont on refuse aux autres commanditaires le droit de se prévaloir? L'affirmative ne peut être rejetée par nos adversaires sans un manque évident de logique. Il est cependant singulier que le commanditaire trouve dans l'inaccomplissement de ses devoirs un si grand avantage, et fasse tourner à son profit la déchéance prononcée contre lui par la loi. En second lieu, il peut y avoir, dans la société en commandite, un ou plusieurs commandités (C. comm., art. 23); s'il y en a plusieurs, ils sont solidaires; mais, s'il n'y en a qu'un, il ne peut être évidemment question de solidarité. Faudra-t-il refuser à cet associé le droit d'invoquer l'art. 64, parce qu'il n'existe pas d'autres associés solidaires avec lui? Cela serait aussi logique qu'absurde.

907. — Ajoutons en terminant que les codes étrangers, qui abrègent également en faveur des membres d'une société dissoute la durée ordinaire de la prescription, rejettent toute distinction entre les différentes espèces de sociétés et les différentes catégories d'associés (Loi belge du 18 mai 1873, art. 127; C. comm. allemand et autrichien, art. 172; C. comm. argentin, art. 848; C. comm. espagnol, art. 947; C. comm. hongrois, art. 143; C. comm. italien, art. 919; C. comm. portugais, art. 150; C. comm. roumain, art. 941).

908. — Jugé, conformément à la doctrine dont nous venons de présenter la justification, que les créanciers qui, dans les cinq ans à partir de la dissolution de la société, n'ont pas demandé à un associé commanditaire la restitution du montant de sa commandite par lui retirée au moment de la dissolution de la société, sont déchus du droit d'exercer aucune répétition contre cet associé. — Cass., 21 juill. 1835, Duval, [S. 36.1.121, P. chr.] — *Sic*, Delangle, n. 725.

909. — Il importe peu que le résultat de la liquidation, qui a établi l'insuffisance des biens demeurés entre les mains du liquidateur, ait été connu plus de cinq ans après la dissolution, alors d'ailleurs que l'acte de dissolution a été publié et affiché dans les formes légales. — Même arrêt.

910. — Pareillement, la prescription peut être opposée par un associé commanditaire à l'action dirigée contre lui, en vue d'obtenir le versement de la commandite, au nom des créanciers sociaux, par le syndic de la faillite de la société en commandite simple, si cette faillite est postérieure de plus de cinq ans à la dissolution et à la mise en liquidation. — Cass., 24 janv. 1894, précité.

911. — Jugé même que la prescription quinquennale s'applique aux sociétés de fait aussi bien qu'à celles qui ont été établies suivant toutes les prescriptions légales, et spécialement à une société commerciale dont la nullité a eu pour résultat de la faire dégénérer en une simple société de fait. — Poitiers, 18 juill. 1894, précité.

912. — Dans le sens de l'arrêt, on peut tirer argument de la jurisprudence d'après laquelle la nullité prononcée d'une société commerciale n'a pas, le plus souvent du moins, d'effet rétroactif absolu, et n'empêche pas qu'il ait existé entre les parties une société de fait, qui doit être liquidée comme en cas de dissolution. — V. Cass., 15 nov. 1892, Liquid. de la Comp. d'assur. terrestres *la Ville de Lyon*, [S. et P. 93.1.364] — S'il en est ainsi, et si l'existence de la société n'est pas rétroactivement effacée par la nullité prononcée, n'en doit-on pas conclure que les actions des tiers contre les associés sont soumises à la prescription quinquennale de l'art. 64, C. comm.? Telle est la doctrine enseignée par MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 430) : « A la dissolution (qui est le point de départ de la prescription de l'art.

64, C. comm.), disent ces auteurs, il faut assimiler la nullité de la société. Pour l'avenir, la nullité produit les mêmes effets que la dissolution. Ne serait-il pas, du reste, contraire au but et à l'esprit de la loi de ne soumettre qu'à la prescription de trente ans,en cas de nullité, les actions contre les associés » ? — *Contrà*, Paris, 14 avr. 1893, De Marc, Falitzin et autres, rapp. en sous-note, sous Poitiers, 18 juill. 1894,[S. et P. 96.2.171, D. 84. 2.122]

2° Cas dans lesquels la prescription quinquennale peut être invoquée.

913. — La prescription quinquennale suppose essentiellement la dissolution de la société; c'est, en effet, cette dissolution qui lui sert de point de départ, aux termes mêmes de l'art. 64, et, dès lors, la prescription de droit commun est seul applicable pendant la durée de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 428 et 430; Vavasseur, t. 1, n. 254; Houpin, t. 1, n. 215. — Sur le point de départ de la prescription quinquennale, V. *infrà*, n. 964 et s.

914. — Peu importe, d'ailleurs, qu'il y ait une dissolution complète de la société ou simplement l'espèce de dissolution partielle qui résulte de la *retraite* ou de l'exclusion d'un associé. La société n'existe plus à l'égard de l'associé qui se retire ou qui est exclu; il est rationnel que cet associé puisse invoquer la prescription de l'art. 64. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 349; Delangle, n. 724; Houpin, t. 1, p. 178.

915. — En d'autres termes, la retraite d'un associé, publiée dans la forme légale, équivaut, à son égard, à une dissolution de la société, de telle sorte que toutes actions à raison des obligations sociales sont prescrites en sa faveur par cinq ans à partir de l'accomplissement des formalités de publication de sa retraite et non pas seulement à partir de la liquidation générale de la société arrivée depuis. — Cass., 7 juin 1830, Perret, [S. et P. chr.]

916. — Peu importe également que cette dissolution n'ait pas été suivie d'une liquidation : notre article s'applique même dans les cas exceptionnels où la dissolution de la société a donné lieu à un partage immédiat de l'actif social. — Alauzet, t. 1, n. 624 et s.; Dutruc, n. 647; Malepeyre et Jourdain, p. 343 et s.; Pont, t. 2, n. 2010; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom coll.*, n. 665; Boistel, n. 394; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 449 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 363 et 431; Houpin, t. 1, n. 215; Dolez, p. 173 et s. — *Contrà*, Troplong, t. 2, n. 1051; Vincens, t. 1, p. 372; Bédarride, t. 3, n. 676; Pardessus, t. 3, n. 1090.

917. — Jugé, en ce sens, que la prescription quinquennale peut être invoquée, au cas où il n'y a pas eu de liquidation, par les héritiers de l'associé dont la mort a provoqué la dissolution, lorsque, depuis cette dissolution, ils n'ont eu en mains, ni l'actif social, ni la gestion de cet actif. — Cass., 15 déc. 1880, Legendre, [S. et P. 82.1. 5, et la note de M. Labbé, D. 82.1.393]

918. — Mais la simple prescription quinquennale ne pourrait être opposée dans le cas de simple transformation d'une société. — Rennes, 31 déc. 1867, Syndic Dupuy-Fromy, [D. 70.2.14] — Aussi est-il très-important en cas de fusion de sociétés, de rechercher si les deux sociétés se sont dissoutes pour faire place à une société nouvelle issue de leur réunion, ou si l'une d'elles seulement s'est dissoute et a été absorbée par l'autre. Dans ce dernier cas, la prescription quinquennale concernera la société dissoute, et sera sans application à la société annexante, simplement transformée. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 430. — Sur les fusions de sociétés, V. *infrà*, n. 5376 et s.

919. — Jugé, conformément au principe posé précédemment, que lorsqu'à la suite de modifications profondes, une société en commandite a été *transformée* en une société nouvelle, les actionnaires, contre la volonté desquels cette transformation a eu lieu, sont tenus de contribuer dans le passif à la portion de dettes mises à la charge de la société nouvelle par la société ancienne, bien que plus de cinq ans se soient écoulés depuis que la seconde a repris et continué les opérations de la première, si les statuts nouveaux ne contiennent pas une mention expresse de la dissolution de l'ancienne société. — Cass., 14 déc. 1869, Caisse d'escompte de Dinan, [S. 70.1.165, P. 70.387, D. 70.1. 179]

920. — De même, l'art. 64 ne serait pas applicable par le seul fait que la société aurait été déclarée en faillite, la faillite d'une société, d'après l'opinion générale, n'entraînant pas sa dissolution (V. *suprà*, n. 477 et s.). — Cass., 23 mai 1853, de Courson de la Ville-Hélio, en sous-note sous Cass., 24 janv. 1894, [S. et P. 95.1.499, D. 54.5.714] — Paris, 30 janv. 1889, *Rev. des soc.*, 89.248] — Trib. comm. Seine, 21 avr. 1886, [*Ibid.*, 86. 399]; — 14 mars 1890, [*Ibid.*, 90.390] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 629; Bédarride, t. 3, n. 667; Delangle, t. 2, n. 724; Pardessus, t. 3, n. 1090; Pont, t. 2, n. 2004; Troplong, t. 2, n. 1052; Vavasseur, t. 1, n. 254; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 430; Pic, *Faill. des soc.*, p. 77; Houpin, t. 1, n. 215; Rousseau, t. 1, n. 762.

921. — A plus forte raison l'art. 64 serait-il inapplicable dans le cas où la société, ayant cessé ses paiements, obtiendrait le bénéfice de la liquidation judiciaire. La liquidation *sui generis* de la loi du 4 mars 1889, succédant de la faillite, ayant pour objet principal de faciliter l'obtention d'un concordat par le débiteur, il serait contradictoire de la considérer comme entraînant dissolution, puisque la dissolution mettrait précisément obstacle au relèvement de l'entreprise sociale par un concordat. — Lyon-Caen et Renault, Houpin, Rousseau, Pic, *op. cit.*; Pic, *Faillite et liquidation judiciaire des sociétés en droit international privé*.

922. — Au surplus, bien loin de pouvoir servir de point de départ au délai de prescription de l'art. 64, la faillite ou la liquidation judiciaire doivent être considérées comme des causes d'interruption de la prescription commencée, dans le cas où elles s'appliquent à une société antérieurement dissoute. Si des poursuites individuelles sont interruptives en effet *a fortiori* ce résultat doit-il être reconnu à la faillite, poursuite collective de la masse créancière. — V. *infrà*, n. 979.

3° Qui peut invoquer la prescription quinquennale.

923. — En principe, et d'après les termes généraux de l'art. 64, C. comm., la prescription quinquennale peut être invoquée par tout associé non liquidateur. Peu importe d'ailleurs que la liquidation ait été confiée à l'un des associés ou à une personne étrangère à la société. Dans ce dernier cas, cependant, on a soutenu que la prescription de cinq ans devait être écartée, en se fondant sur ce que, le liquidateur étranger n'étant que le mandataire des associés, ceux-ci doivent être considérés comme les véritables liquidateurs qui ne peuvent dès lors invoquer que la prescription de trente ans. — Rouen, 24 mars 1849, Baudin, [S. 49.2.691, P. 49.1.416, D. 51.2.151] — Paris, 27 mai 1856, Langlois, [P. 58.813]; — 26 avr. 1877, De Damigny, [S. 80.2. 331, P. 80.1236, D. 79.2.81] — *Sic*, Bédarride, t. 3, n. 665 et s.; Rousseau, t. 1, n. 756; Vavasseur, t. 1, n. 254.

924. — Mais cette opinion paraît difficilement admissible en présence de la formule générale de l'art. 64. Il est d'ailleurs inexact de représenter le liquidateur comme le mandataire des associés; il est seulement le mandataire de la société dont la personnalité morale subsiste pour les besoins et jusqu'à la fin de la liquidation (V. *suprà*, n. 605 et s.). Au surplus, si cette opinion était adoptée, il faudrait l'appliquer également au cas où la liquidation est confiée à l'un des associés, ce qui enlève toute portée à la prescription établie par notre article. — Cass., 27 janv. 1880, Prempain, [S. 80.1.165, P. 80.370, D. 80.1.104] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 624 et 627; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 461; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 435; Pont, t. 2, n. 2005; Houpin, t. 1, n. 215.

925. — Jugé, dans le même sens, que l'art. 64, C. comm., d'après lequel toutes actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans à partir de la fin ou de la dissolution de la société, est général, et s'applique, non seulement à ceux des associés qui ne sont pas chargés de la liquidation, lorsqu'elle a été confiée à l'un de leurs coassociés, mais aussi à tous les associés indistinctement, lorsque la liquidation a été confiée à un tiers étranger à la société, les uns et les autres étant, dans ce cas, des associés non liquidateurs. — Alger, 14 mars 1895, sous, Cass., 16 mars 1897, Soldini, [S. et P. 1901. 1.22, D. 97.1.320]

926. — En tout cas, le moyen tiré de ce que la prescription quinquennale de notre article ne serait pas applicable à raison de la nomination d'un liquidateur étranger à la société, ne saurait, dès lors qu'il est mélangé de fait et de droit, être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 1er févr. 1886, Lucas, [S. 86.1.54, P. 86.1 121, D. 86.1.70]

927. — Lorsque la liquidation a été confiée à l'un des associés, il est certain que les autres associés jouissent du bénéfice

de la prescription de cinq ans; l'art. 64 est formel à cet égard. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 436; Houpin, t. 1, n. 215.

928. — Toutefois, et par exception, l'associé qui a participé à la liquidation par divers actes de concours ne peut invoquer la prescription de cinq ans dont profitent les associés non liquidateurs à l'égard des tiers. — Cass., 28 mai 1872, Sigaudy, [S. 73.1.148, P. 73.359, D. 72.1.246] — Il y a lieu d'appliquer ici, par analogie, les prescriptions de l'art. 28, C. comm., lequel autorise le juge, suivant l'importance ou la gravité des actes d'immixtion du commanditaire dans la gestion, à déclarer ce dernier responsable solidairement, soit de l'ensemble des actes de gestion, soit de certaines obligations seulement contractées par le gérant : de même, en notre espèce, le juge appréciera, suivant les circonstances, si les actes de concours de l'associé à la liquidation sont assez fréquents et assez importants pour le faire considérer comme un coliquidateur, auquel cas il ne pourra, pas plus que le véritable liquidateur, invoquer la prescription quinquennale. — V. Vavasseur, t. 1, n. 255.

929. — L'associé *liquidateur*, en effet, ne peut invoquer que la prescription de trente ans. Il est, à ce point de vue, dans la même situation légale que la société elle-même qu'il représente; de plus, comme il a la libre disposition des capitaux et des valeurs sociales, il y aurait eu un réel danger à le faire bénéficier d'une courte prescription, qui aurait pu lui permettre d'échapper aux responsabilités encourues.

930. — Mais la disposition qui interdit à l'associé liquidateur d'invoquer la prescription quinquennale a-t-elle une portée absolue? La question est vivement controversée. Un premier système, partant de cette idée que ce liquidateur est en même temps un associé, décide qu'il y a lieu de distinguer entre les actions qui seraient exercées contre lui en tant qu'administrateur devant rendre compte de l'actif social, et les actions dont il pourrait être tenu comme associé en paiement des dettes sociales : les premières seraient soumises à la prescription de trente ans; les autres bénéficieraient de la prescription quinquennale. — Alauzet, t. 2, n. 624 et s.; Boistel, n. 394; Malepeyre et Jourdain, p. 343; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 464; Deloison, t. 1, n. 146; Dutruc, *Soc.*, n. 647; Dolez, p. 173 et s.; Labbé, note sous Cass., 27 janv. 1873, Serre, [S. 73.1.433, P. 73.1121]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 436; Houpin, t. 1, n. 215; Pont, t. 2, n. 2010; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom coll.* n. 665; Thaller, n. 365.

931. — Jugé en ce sens que, si la prescription de cinq ans établie par l'art. 64, C. comm., n'est pas applicable aux associés liquidateurs de la société, ce n'est qu'autant qu'il s'agit de la liquidation dont ils ont été chargés et dont ils n'ont pas encore rendu compte. Il en est autrement à l'égard des obligations dont ils peuvent être tenus en leur seule qualité d'associés. — Dijon, 21 janv. 1850, sous Cass., 12 mars 1851, Petiot, [P. 51.2.388]

932. — Ce système, qui distingue en la personne de l'associé liquidateur deux qualités, celle de représentant de l'être social et celle d'associé, et répartit distributivement les actions susceptibles d'être intentées contre lui en deux catégories correspondantes, peut se réclamer de considérations pratiques très-sérieuses. En effet, dit-on, si l'associé, par cela seul qu'il a accepté les fonctions de liquidateur, se voit enlever la faculté d'opposer la prescription quinquennale même aux actions dirigées contre lui en sa seule qualité d'associé, « ce n'est pas le liquidateur seul qui va se trouver frappé; un contre-coup se produira sur les autres associés; car le liquidateur, par l'action *pro socio*, les fera contribuer à ses déboursés. Avec une semblable thèse nul associé ne consentira à assumer le rôle de liquidateur vraiment trop périlleux. Nul associé ne sera disposé non plus à confier ce rôle à un confrère. C'est la liquidation fatalement attribuée à un étranger ». — Thaller, *op. cit.* — V. aussi les auteurs précités.

933. — La jurisprudence cependant, favorable d'ailleurs à la liquidation confiée à des liquidateurs étrangers formant une sorte de corporation (V. *suprà*, n. 579 et v° *Liquidateur de société*), ne s'est pas laissée impressionner par ces objections. S'appuyant sur les termes généraux de l'article, elle décide presqu'unanimement que l'associé liquidateur ne peut jamais, alors même qu'il est poursuivi comme associé, invoquer la prescription de cinq ans. Il est vrai qu'avec ce système, les associés non liquidateurs ne seront pas libérés au bout de cinq ans, puisqu'ils seront exposés au recours en garantie du liquidateur poursuivi après ce délai, ce qui paraît contraire au but de l'art. 64. Mais on répond que ce recours en garantie diffère profondément de l'action directe des créanciers; il ne peut être exercé contre les associés non liquidateurs *que pour leur part et portion dans les dettes*, de telle sorte qu'en fin de compte les associés, dans les sociétés de personnes tout au moins, sont toujours déchargés de la solidarité au bout de cinq ans. — Cass., 28 mai 1872 (motifs), Sigaudy, [S. 73.1.148, P. 73.359, D. 72.1.247] — Nîmes, 27 juill. 1870, et sur pourvoi Cass., 27 juill. 1873 (motifs), [S. 73.1.433, P. 73.1121, D. 73.1.371] — *Sic*, Troplong, t. 2, n. 1051; Vincens, t. 1, p. 372; Pardessus, t. 3, n. 1090; Rousseau, t. 1, n. 750.

934. — On argumente également en ce sens du caractère exceptionnel de la prescription de faveur édictée par l'art. 64. La prescription de trente ans forme le droit commun; c'est donc cette prescription qui doit prévaloir toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par un texte formel. La dérogation ne concernant *in terminis* que les associés *non liquidateurs*, les associés liquidateurs ne doivent en aucun cas être admis à opposer la prescription quinquennale. — Cass., 27 janv. 1873 (motifs), précité. — Rouen, 24 mars 1847, Baudre, [D. 51.2.151] — V. Bédarride, t. 3, n. 656 et 691; Merlin, *Quest.* v° *Soc.*, § 11, n. 2.

935. — En tout cas, la prescription de cinq ans peut être invoquée par l'associé qui, après avoir accepté temporairement le mandat de liquidateur, a été régulièrement remplacé par un liquidateur nouveau auquel il a rendu ses comptes et remis toutes les valeurs sociales. Dans ce cas, la prescription court à partir du jour où la retraite et le remplacement du liquidateur ont été rendus publics selon les formes voulues par la loi (V. *suprà*, n. 604). — Cass., 8 août 1849, Ferrère, [S. 49.1.679, P. 50.1.60, D. 49.1.309] — Paris, 20 avr. 1847, Ferrère, [S. 47.2.299, P. 47.1.491, D. 47.2.118] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 436 *bis*; Pont, t. 2, n. 2011; Houpin, t. 2, n. 215; Pardessus, t. 4, n. 1090.

936. — Dans la même hypothèse, le liquidateur qui s'est retiré peut, sauf le cas de collusion, être déclaré responsable de la gestion du liquidateur qui le remplace. — Cass., 8 août 1849, précité.

937. — Lorsque l'associé liquidateur a été obligé de payer les créanciers de la société au delà de l'actif social, et parce qu'il s'était prématurément dessaisi d'une partie de cet actif au profit de ses coassociés, il a alors recours contre ces derniers à concurrence des sommes qu'ils ont indûment reçues. — Alauzet, t. 1, n. 438; Bédarride, t. 3, n. 649, 660, 679; Delangle, t. 2, n. 725; Labbé, note sous Cass., 27 janv. 1873, précité; Rivière, *Loi de 1867*, p. 144.

938. — Et les créanciers sociaux qui, même après l'accomplissement de la prescription quinquennale, ont pour obligé l'associé liquidateur, peuvent, du chef de celui-ci et en vertu de l'art. 1166, C. civ., exercer cette action récursoire contre les associés non liquidateurs. — Labbé, note précitée.

939. — Il peut se faire que tous les associés soient liquidateurs : il en est ainsi fréquemment dans les sociétés en nom collectif ne comptant qu'un petit nombre de membres. En ce cas, les auteurs qui se refusent à accorder le bénéfice de la prescription de cinq ans aux associés liquidateurs, même agissant en leur seule qualité d'associés, n'admettent cette prescription au profit d'aucun des associés. Les partisans de l'opinion opposée décident au contraire que chacun des associés pourra opposer cette prescription aux actions dirigées contre lui en cette qualité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 437; Houpin, t. 1, n. 215.

940. — Par application de l'art. 1315, C. civ., et de la règle *reus excipiendo fit actor*, l'associé qui oppose la prescription à la demande dirigée contre lui est tenu de prouver que la prescription de cinq ans était accomplie à son profit au moment où la demande a été introduite. — Cass., 16 mars 1897, Soldini, [S. et P. 1901.1.22, D. 97.1.320]

4° Actions auxquelles la prescription de cinq ans est applicable.

941. — De la généralité des termes employés par l'art. 64, il résulte que la prescription de cinq ans s'applique à toutes les actions qui peuvent être dirigées par les créanciers sociaux contre les associés non liquidateurs. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 433; Alauzet, t. 2, n. 629; Vavasseur, t. 1, n. 255; Houpin, t. 1, n. 215.

942. — Jugé à cet égard qu'aucune distinction ne doit être faite, en ce qui concerne la prescription de cinq ans, entre les actions ayant pour but de contraindre l'associé non liquidateur

à l'exécution des obligations personnelles qu'il aurait prises comme associé et celles tendant à la restitution par lui des sommes qu'il aurait indûment reçues sur l'actif social. — Cass., 27 janv. 1873, Serre, [S. 73.1.433, P. 73.1121 et la note de M. Labbé, D. 73.1.371]

943. — ... Sauf l'action qui pourrait, suivant les cas, appartenir au liquidateur contre l'associé qui aurait touché ce qu'il n'avait pas le droit de recevoir. — Même arrêt.

944. — On s'est demandé si l'art. 64 devait s'appliquer même aux créances ayant pour cause des *jugements* rendus contre la société? La raison de douter réside dans le principe d'après lequel le droit d'exécuter un jugement est soumis à la prescription trentenaire, quelle que soit la cause de la créance sur le fondement de laquelle la prescription a été obtenue, et alors même que cette créance serait passible d'une courte prescription. — Sur ce principe traditionnel, déjà consacré par les lois romaines, V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1081; Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, p. 401, § 764, texte et note 116. — D'ailleurs, pourrait-on ajouter en ce sens, le mot *actions* dans l'art. 64 désigne le droit d'agir en justice, et non celui de mettre à exécution le jugement obtenu.

945. — Ces considérations n'ont pas paru décisives, et la Cour suprême s'est prononcée formellement en faveur de l'application de la prescription quinquennale même aux actions s'appuyant sur un titre judiciaire. — Cass., 1er févr. 1886, Lucas, [S. 86.1.54, P. 86.1.121, D. 86.1.70, et le rapport de M. le conseiller Rivière] — Cette solution peut d'abord se prévaloir de la généralité du texte, lequel ne distingue pas suivant la cause de l'action, pourvu qu'elle soit dirigée par un créancier contre un associé non liquidateur. — Elle peut également se réclamer de considérations pratiques très-sérieuses. Si l'on exclut les prescriptions quinquennales lorsqu'il y a jugement, il faudra aussi logiquement les exclure en présence d'un titre exécutoire tenant lieu de jugement; la prescription de la loi se restreindrait donc aux dettes sociales constatées par des actes sous seing privé. Un tel résultat, manifestement contraire à l'esprit de la loi, suffit à condamner le système. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 433.

946. — Mais la prescription quinquennale, ayant été introduite dans l'intérêt du commerce et pour que le commerçant qui a fait partie d'une société ne fût pas exposé pendant trente ans à des poursuites inattendues de la part des créanciers sociaux, ne protège les anciens associés *que contre les tiers*; et, dès lors, elle ne s'applique pas aux actions que les associés peuvent avoir à exercer les uns contre les autres. — Rennes, 20 juill. 1812, Moulin, [S. et P. chr.] — Rouen, 8 mars 1871, Delafaye, [S. 71.2.269, P. 71.852, D. 72.5.418]; — Paris, 26 avr. 1877, De Damigny, [S. 80.2.331, P. 80.1236, D. 79.2.81] — Rouen, 27 juin 1892, Chevreux, [D. 96.1.382]

947. — La doctrine est également en ce sens. On ne comprendrait pas, dans l'opinion contraire, pourquoi l'art. 64 fait courir la prescription du jour où la dissolution de la société est publiée; car la publication d'un acte n'est faite que pour rendre cet acte opposable aux tiers; entre les parties, elle n'a aucune utilité. Les travaux préparatoires, d'ailleurs, sont formels. « Il importe beaucoup aux associés, a dit Regnault de Saint-Jean-d'Angély au Conseil d'Etat, que leurs actions se prolongent, parce que les recouvrements et les comptes peuvent entraîner un laps de temps considérable. Il faut quelquefois trente ans pour opérer les recouvrements; dès lors, la prescription entre associés ne peut être d'une moindre durée » (Locré, *op. cit.*, t. 17, p. 273 et 274). Cette observation restreint la portée de la faveur que l'art. 64, C. comm., accorde aux associés en réduisant à leur profit et contre les créanciers la durée de la prescription. — Alauzet, t. 1, n. 604; Bédarride, t. 2, n. 680; Boistel, n. 393; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 445; Delangle, t. 2, n. 725; Dutruc, v° *Société*, n. 659; Laurin, n. 271; Merlin, *Quest.*, v° *Soc.*, § 11, n. 68; Pardessus, t. 3, n. 1090; Pont, t. 2, n. 2012; Troplong, t. 2, n. 1051 *in fine*; Vavasseur, t. 1, n. 754; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 432 *bis*; Houpin, t. 1, n. 215; Wahl, note sous Cass., 24 janv. 1894, Synd. Bersat, [S. et P. 95.1.497] — *Contrà*, Massé, t. 4, n. 3016, p. 677.

948. — Spécialement, la prescription de cinq ans ne peut être invoquée contre l'action du liquidateur par un associé poursuivi en versement du complément de sa mise. — Paris, 26 avr. 1877, précité. — Rouen, 27 juin 1892, précité.

949. — Il en est de même pour l'action exercée par un associé contre son coassocié en révision d'un compte pour erreur, omissions, faux ou doubles emplois. — Rouen, 8 mars 1871, précité. — V. Merlin, *Quest.*, v° *Société*, § 11, n. 5; Pardessus, n. 1090; Troplong, t. 2, n. 1051, *in fine*; Delangle, t. 2, n. 725.

950. — Les mêmes distinctions doivent être appliquées au syndic de la faillite d'une société, qui agit à la fois comme représentant de la société et comme mandataire légal des créanciers sociaux, dans les actions qu'il exerce contre les associés, notamment quand il poursuit les commanditaires dans le but de les obliger au versement de leur commandite. — Csss., 24 janv. 1894, Synd. Bersat, [S. et P. 95.1.497, et la note de M. Wahl, D. 94.1.591]

951. — Et s'il agit au nom de la société, la prescription quinquennale de l'art. 64 ne lui est pas opposable; mais, dans ce cas, les associés sont fondés à lui opposer le *quitus* résultant d'une convention passée entre tous les associés comme base du règlement de leurs intérêts, dont ils étaient maîtres à l'époque où cet accord est intervenu. — Même arrêt.

952. — D'autre part, la prescription quinquennale de l'art. 64 est également inapplicable aux actions des tiers contre la société ... ou aux actions de la société contre les tiers. — Cass., 7 juill. 1873, Bellot, [D. 74.1.470] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 432 *bis*; Houpin, t. 1, n. 215.

953. — Il en est de même des actions des associés contre les liquidateurs ou contre les anciens gérants de la société. Il convient même de faire observer, à cet égard, que les droits et intérêts d'un actionnaire dans une société industrielle ou commerciale ne sont pas susceptibles de s'éteindre ou de se prescrire par suite d'un simple non-usage pendant trente ans: il faudrait en outre, pour justifier l'admission d'une prescription trentenaire, que la société eût fait, à l'encontre de l'actionnaire, des actes bien évidents de possession exclusive. — Douai, 29 mai 1852, Dronsart-Mellez, [S. 53.2.111, P. 53.2.586, D. 55.2.264]

954. — D'autre part, la prescription de cinq ans, édictée par l'art. 64, C. comm., ne protège les anciens associés que contre les actions auxquelles ils seraient exposés à raison d'engagements sociaux dont ils sont tenus contractuellement; mais le bénéfice de cette faveur ne doit pas être étendu aux administrateurs d'une société anonyme, poursuivis comme responsables de leur quasi-délit, que la faute par eux commise ait ou non pour sanction la nullité de la société. — Cass., 6 mars 1893, Otlet, [S. et P. 95.1.483, D. 94.1.89]

955. — Telles sont les actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs qui, par des prospectus mensongers, des bilans inexacts, des distributions de dividendes fictifs, en un mot par une fraude quelconque, ont lésé les droits des obligataires et autres créanciers sociaux. Ces actions et d'une manière générale toutes actions fondées sur un délit ou un quasi-délit sont, par leur nature même, soumises à la prescription trentenaire; elles échappent à l'art. 64, C. comm., qui, en visant les actions « contre les associés », suppose que les associés sont pris en leur qualité, à raison des obligations conventionnelles qui naissent du contrat de société. — V. en ce sens, Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 846; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 806 et 833; Wahl, note sous Cass., 24 janv. 1894, précité.

956. — Enfin la prescription quinquennale doit être écartée lorsqu'il s'agit, non plus d'une action découlant de la qualité d'associé, mais d'une action relative à une obligation personnelle et volontaire, telle qu'une constitution d'hypothèque, consentie par l'associé sur ses biens propres. — Trib. Bordeaux, 24 févr. 1872, Moitessier et Cie, [D. 73.3.36]

957. — Il en est ainsi surtout dans le cas où il a été convenu avec le créancier que les associés resteraient solidairement responsables du paiement de la créance, quelles que soient les transformations de la société mise en liquidation. — Même jugement.

958. — Si la prescription quinquennale de l'art. 64 n'est pas applicable dans les rapports des coassociés entre eux, elle ne l'est pas non plus dans le cas où les créanciers d'un associé décédé, agissant en vertu de l'art. 1166, C. civ., demanderaient contre les associés survivants la liquidation de la société dont faisait partie le débiteur et qui se dissout par sa mort. — Dijon, 29 mars 1897, Schlumpf, [S. et P. 1900.2.305, D. 98.2.353]

959. — Et en admettant même que les associés puissent dans cette hypothèse se prévaloir de la prescription quinquennale, cette prescription ne courrait qu'à partir du jour où, en fait, la société a cessé d'exister, bien que les statuts sociaux aient fixé

a une époque antérieure à sa dissolution. — Trib. comm. Mâcon, 11 juin 1896, sous Dijon, 29 mars 1897, précité.

960. — Cette série de restrictions va-t-elle aboutir à enlever tout intérêt pratique à la prescription quinquennale? Nullement. En effet, dans l'hypothèse où l'action des créanciers est dirigée contre des associés en nom (associés en nom collectif ou commandités), la prescription quinquennale produira contre ces créanciers un effet important; réduits à exercer l'action de la société, ils perdront le bénéfice de la solidarité. Au contraire, agissant au nom de la société contre les actionnaires et les commanditaires, lesquels ne sont pas tenus solidairement, même envers les tiers, les créanciers auront les mêmes droits que s'ils agissaient en leur propre nom.

961. — Est-ce à dire que nous revenions ainsi, par un détour, à l'opinion que nous avons combattue plus haut, et que la prescription quinquennale n'ait d'intérêt, en fait, qu'au profit des associés solidairement tenus? Nullement, et il est facile d'établir que les autres associés peuvent avoir, eux aussi, un réel intérêt à invoquer la prescription de faveur de l'art. 64. Tout d'abord, le créancier agissant au nom de son débiteur est soumis aux mêmes exceptions que ce dernier; si donc la société a fait remise à l'associé de sa dette, il ne restera plus au créancier que la ressource d'agir en son nom personnel (et c'est ce que reconnaît l'arrêt du 29 mars 1897, précité), de sorte que l'application de la prescription quinquennale lui enlèvera tout recours.

962. — Ensuite, la dissolution d'une société commerciale, surtout d'une société en commandite ou anonyme, est toujours, en fait, suivie d'une liquidation, à moins que la société ne soit déclarée en faillite; et, s'il n'y a ni liquidation, ni faillite, l'art. 64 est hors de cause, parce qu'il suppose que des liquidateurs ont été désignés (V. les motifs de Cass., 23 mai 1853, De Courson de la Ville-Hélio, rapporté en sous-note sous Cass., 24 juin 1894, [S. et P. 95.1.499, D. 54.5.714]). Dans le premier cas, il sera rare qu'au moment où la prescription quinquennale se sera produite, les créanciers soient encore en situation d'agir au nom de la société. En effet, presque toujours, cinq ans après sa dissolution, la société sera entièrement liquidée; si les créanciers n'ont plus la faculté d'agir de leur chef, toute action de leur part sera irrecevable.

963. — Dans le second cas, c'est-à-dire si la société est déclarée en faillite, il en sera encore de même : les opérations de la faillite seront, en général, entièrement terminées avant que la prescription quinquennale puisse être opposée aux créanciers, agissant en leur nom personnel; et, par conséquent, ils ne pourront plus agir pour le compte de la société quand ils ne pourront plus agir pour leur propre compte. Du reste, tout le monde admet que la prescription quinquennale est interrompue par la faillite (V. *infrà*, n. 979). Par suite, la faillite, en augmentant la durée de l'action que peut intenter le créancier en son nom propre, augmente par là même les chances de voir son action directe survivre à son action indirecte, et, en même temps, l'intérêt de l'associé assigné à opposer la prescription quinquennale, commencée après la clôture des opérations de la faillite, sans avoir à craindre qu'une action intentée au nom de la société lui enlève le fruit de cette prescription. — Wahl, note précitée.

§ 2. *Point de départ et interruption de la prescription quinquennale.*

964. — I. *Point de départ de la prescription.* — La prescription court du jour de la dissolution de la société, si la société est dissoute par une de ces causes, telles que l'expiration du terme convenu, ou le décès d'un associé en nom, qui ne donnent pas lieu à la publicité légale. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 440; Houpin, t. 1er, n. 215; Wahl, note précitée.

965. — Si au contraire, la dissolution doit être publiée, par exemple, si elle a lieu avant le terme fixé par les statuts, la prescription ne court qu'à partir du moment où les formalités de publicité ont été remplies. — Cass., 21 nov. 1845, Soulens, [S. 46.1.133, P. 45.2.673]; — 8 août 1849 (Motifs), Parkins, [S. 49.1.679, P. 50.1.60, D. 49.1.309] — Sur les causes de dissolution qui doivent être publiées, V. *suprà*, n. 148 et s.

966. — Le système consacré par la Cour de cassation avait été, en 1845, fort énergiquement combattu par M. l'avocat général Delangle. Ce magistrat s'appuyait sur la rédaction grammaticale de l'art. 64 pour soutenir que la prescription a nécessairement pour point de départ la dissolution même de la société, lorsque d'ailleurs cette dissolution a été rendue publique dans les formes et dans les délais légaux, et non pas seulement l'époque de l'accomplissement de ces formalités. Il semble, en effet, résulter de cette rédaction que la publicité donnée à la dissolution n'est qu'une simple condition dont l'accomplissement a un effet rétroactif au jour de la dissolution elle-même. Mais la Cour, après une assez longue délibération, estima que la disposition de l'article devait être combinée avec le principe général qui veut que la prescription ne coure pas contre celui qui n'a pas pu agir, et que l'ambiguïté du texte devait fléchir devant l'esprit présumé de la loi. C'est ce système qui a définitivement prévalu en jurisprudence comme en doctrine. — V. Cass., 16 mars 1897, Soldini, [S. et P. 1901.1.22, D. 97.1.320] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 2014; Pardessus, t. 4, n. 1090; Troplong, n. 1049; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 440; Houpin, t. 1, n. 215.

967. — Il faut d'ailleurs que la publicité soit régulière; et il importerait peu à cet égard que les tiers aient eu personnellement connaissance de la dissolution. — Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289, D. 93.1.417]

968. — Mais, malgré l'irrégularité de la dissolution anticipée de la société, la prescription peut être invoquée par les anciens associés s'il s'est écoulé plus de cinq ans depuis l'époque fixée par l'acte constitutif de la société comme devant être le terme normal de la durée de cette société, alors d'ailleurs que cet acte constitutif avait été publié conformément à la loi. — Trib. comm. Châtillon-sur-Seine, 13 déc. 1880, Truchot, [D. 81.3.47]

969. — Les mêmes règles sont applicables dans le cas où un associé se retire ou est exclu de la société; la prescription quinquennale ne court à son profit qu'à partir du moment où les formalités de publicité ont été remplies. — Cass., 7 juin 1830, Perret, [S. et P. chr.]

970. — Si l'on applique l'art. 64, C. comm., dans l'hypothèse où l'action a son fondement dans un fait postérieur à la dissolution de la société, n'y a-t-il pas lieu de ne faire courir la prescription que du jour où ce fait a été accompli? — V. pour l'affirmative, la note de M. Ch. Lyon-Caen, sous Cass., 28 janv. 1884, De Marc et Donat, liquid. de la société des charbonnages du Nord, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147] — V. aussi, Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 588; Ruben de Couder, t. 6, vº *Société en nom collectif*, n. 657 et s.

971. — II. *Suspension de la prescription.* — La prescription quinquennale de l'art. 64 n'est suspendue que par les causes concernant les courtes prescriptions : elle court donc contre les mineurs, les interdits et les absents. — Trib. corr. le Havre, 20 juill. 1886, [D. *Rép., Suppl.*, n. 657] — *Sic*, Bédarride, t. 3, n. 673; Delangle, t. 2, n. 727; Pardessus, t. 3, n. 1090; Boistel, n. 395; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 444; Houpin, t. 2, n. 215, *in fine*.

972. — III. *Interruption de la prescription.* — D'après le texte même de l'article, la prescription de cinq ans peut être interrompue par des poursuites judiciaires. Mais cette disposition est-elle limitative, ou convient-il également d'admettre les autres causes d'interruption de droit commun? La question était naguère controversée en doctrine.

973. — Troplong (n. 1050) et Bédarride (n. 684) étaient d'avis que l'art. 64, à la différence de l'art. 2249, C. civ., qui porte que l'interpellation faite au débiteur solidaire interrompt la prescription contre tous les autres codébiteurs et même contre leurs héritiers, ne reconnaît comme interruption que la poursuite directement exercée contre chaque associé pour ce qui le concerne. L'art. 64 ne suppose pas d'ailleurs que le créancier ait voulu abandonner son droit complètement, mais seulement qu'il a voulu le restreindre aux associés liquidateurs. — V. au surplus, les observations de Bédarride (n. 685 et 686) sur les arrêts de Cass., 21 juill. 1835, Dunal, [S. 36.1.121, P. chr.] — Paris, 10 nov. 1836, André et Cottier, [P. chr.] — V. Trib. de Chartres, 11 nov. 1891, Baudet, [S. 91.2.249, P. 91.1.1369]

974. — Mais ce système est aujourd'hui abandonné, et la jurisprudence et la doctrine s'accordent, depuis longtemps, à admettre ici toutes les causes d'interruption prévues par le Code civil (art. 2242, 2250). Jugé, en ce sens, que bien que l'art. 64, C. comm., n'indique comme moyen d'interrompre la prescription de cinq ans qu'il établit en faveur des associés non liquidateurs, que les poursuites judiciaires intentées contre eux postérieurement à la publication de la dissolution de la société, le même effet interruptif doit être attribué à la reconnaissance de la dette de la part du débiteur, par combinaison de cet article avec la

disposition générale de l'art. 2248, C. civ., qui régit toutes les matières. — Cass., 19 janv. 1859, Chovo, [S. 60.1.565, P. 59.351, D. 59.1.72] — Bordeaux, 1er mars 1889, Simon, [S. et P. 92.2.76, D. 90.2.89] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 630; Boistel, n. 395; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 459 et s.; Dutruc, n. 662; Houpin, t. 1, n. 215; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 443 *bis;* Pont, t. 2, n. 2019; Rivière, p. 171; Rousseau, t. 1, n. 765; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom coll.*, n. 671; Vavasseur, t. 1, n. 254. — Sur les causes d'interruption de la prescription, V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 467 et s., et Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur les art. 2242 et s.

975. — En conséquence, cette prescription est interrompue par les paiements à compte faits par le débiteur, de tels paiements étant, de sa part, une reconnaissance formelle du droit du créancier contre lequel il était en voie de prescrire. — Cass., 19 janv. 1859, précité.

976. — Les associés ne sauraient au surplus être soumis au serment sur la question de savoir si la dette subsiste encore. — Pardessus, n. 1090; Delangle, n. 727.

977. — L'art. 64, C. comm., ayant innové, n'a pu produire d'effet rétroactif. Aussi a-t-on décidé à bon droit qu'une société de régisseurs établie et dissoute sous l'empire de l'ordonnance de 1673 ne pouvait opposer aux tiers réclamants la prescription de cinq ans créée depuis par le Code de commerce. — Paris, 22 avr. 1825, Momet, [P. chr.]

978. — Il est à remarquer, en ce qui concerne la cause d'interruption spécialement visée par l'art. 64, que la prescription quinquennale en faveur des associés non liquidateurs est interrompue par une action judiciaire, formée contre les agents ou liquidateurs de la société, dans les cinq années de sa dissolution, bien qu'ils n'aient été eux-mêmes personnellement l'objet d'aucune poursuite. — Paris, 10 nov. 1836, précité.

979. — Si les poursuites individuelles d'un créancier suffisent à interrompre la prescription, à plus forte raison doit-on attribuer cet effet interruptif à la procédure de faillite ou de liquidation judiciaire, dont le trait caractéristique est d'être une procédure collective, destinée à sauvegarder concurremment les droits de tous les intéressés dont se compose la masse créancière. Tant que dure la faillite ou la liquidation judiciaire, il ne saurait être question pour les associés de prescrire à l'effet de se libérer de leurs obligations, et ce, alors même que la faillite aurait été déclarée postérieurement à la dissolution de la société. — Cass., 23 mai 1853, De Courson de la Ville-Hélio, en sous-note, sous Cass., 24 janv. 1894, [S. et P. 95.1.497, D. 54.5.714] — Paris, 30 janv. 1889, [*Rev. des soc.*, 89.249] — Trib. comm. Seine, 21 avr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.399]; — 14 mars 1890, [*Ann. de dr. comm.*, 90.154] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 431; Pont, t. 2, n. 2004; Houpin, t. 1, n. 200.

980. — IV. *Renonciation à prescription.* — Aux termes de l'art. 2224, C. civ., la prescription peut être opposée pour la première fois devant la cour d'appel, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé. Et la règle de cet article s'applique, en principe, à toutes les prescriptions (V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 283 et s., et Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 2224, n. 1). D'autre part, d'après les art. 2221 et s., on peut renoncer à la prescription acquise, et la renonciation peut être expresse ou tacite, la renonciation tacite résultant d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis (V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 308 et s.). Or, des défenses au fond n'impliquent pas renonciation à la prescription (V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 2224, n. 4). — D'ailleurs, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation relativement aux faits et circonstances d'où peut résulter la renonciation tacite au bénéfice d'une prescription acquise. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 351.

981. — Il a été jugé en ce sens que, à supposer d'ailleurs la prescription acquise, il appartient à la cour d'appel, devant laquelle elle est invoquée pour la première fois, de déclarer, d'après les faits et circonstances de la cause, que l'associé doit être présumé y avoir renoncé. — Cass., 16 mars 1897, Soldini, [S. et P. 1901.1.22, D. 97.1.320]

982. — Et cette appréciation, alors qu'elle n'est pas uniquement fondée sur ce qu'il aurait défendu au fond, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Même arrêt.

CHAPITRE V.

DES AGENCES COMMERCIALES.

SECTION I.

Notions générales. — Obligations de la société vis-à-vis des tiers et des tiers vis-à-vis de la société.

983. — On désigne sous le nom d'*agences commerciales*, les succursales que les maisons de commerce, et spécialement les sociétés commerciales, industrielles ou de finances (ces dernières surtout) établissent en différentes villes, en leur donnant pour mission de traiter, en leur nom et pour leur compte avec les tiers, les affaires intéressant la société.

984. — Nous avons cru devoir grouper sous cette rubrique un certain nombre de règles, admises par la pratique, au sujet des *agences :* règles généralement exposées par les auteurs, soit à propos du mandat, soit en appendice à l'étude des fonds de commerce, soit à propos de la compétence des tribunaux de commerce, soit enfin à l'occasion de tel ou tel type de société, des sociétés par actions le plus souvent. Ces règles nous ont paru devoir être groupées ici, attendu que d'une part toutes les agences importantes, surtout en matière financière, sont créées par des sociétés et non par des individus, et que d'autre part ces règles, corollaire des principes généraux du mandat commercial, n'ont rien de spécial à tel ou tel type de société. Elles sont, en principe, les mêmes (sauf certains tempéraments que nous signalerons chemin faisant) pour les sociétés de personnes et pour les sociétés de capitaux. — Nantet, *Des fonds de commerce*, 1899; Catalan, *De la condition juridique des fonds de commerce*, 1899; Valéry, *Maisons de commerce et fonds de commerce*, 1903. — Sur les succursales établies par des sociétés françaises en pays étranger ou par des sociétés étrangères en France, V. *infrà*, n. 6537 et s. — Sur les agences des sociétés d'assurances, V. *infrà*, v° *Société d'assurance*, tit. 6, chap. 2, sect. 2.

985. — Les agences peuvent être fondées dans le même arrondissement que celui où fonctionne le siège social. Leur établissement n'est soumis en ce cas à aucune formalité légale. Dans le cas contraire, elles doivent observer les formalités de publicité tracées par les art. 55 à 60, L. 24 juill. 1867 : dépôt de l'acte constitutif aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie l'agence; publications dans un des journaux de cet arrondissement (L. de 1867, art. 59). — V. *suprà*, n. 186 et s.

986. — Toutes modifications au pacte social, dissolution anticipée, conversion ou transformation de la société, etc., sont soumises aux mêmes exigences (même loi, art. 61). — Ruben de Couder, n. 445. — V. *suprà*, n. 121 et s.

987. — Ces publications doivent être faites dans le délai d'un mois à dater de la constitution de la société (V. *suprà*, n. 238 et s.). Lorsque la fondation de la succursale coïncide avec la constitution de la société, les publications relatives à la succursale doivent être faites dans le même délai, sans avoir égard à la distance. — Rivière, n. 358; Beudant, *Rev. prat.*, t. 25, p. 326 et 327; Pont, n. 1191; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 336; Rousseau, t. 1, n. 196; Houpin, t. 2, n. 998. — *Contrà*, Bravard-Veyrières et Demangeat, p. 194; Vavasseur, t. 2, n. 1022.

988. — Lorsque la succursale a été créée postérieurement à la constitution de la société, le délai de publication part du jour de l'ouverture de l'établissement nouveau. — Pont, n. 1177; Ruben de Couder, n. 337. — Sur les conséquences du défaut de publicité, V. *suprà*, n. 251 et s.

989. — L'agence doit être distinguée du simple mandataire. Ainsi une société ne constitue pas une succursale distincte du siège de l'établissement où elle est domiciliée, par le seul fait qu'elle a un représentant, agent ou commis appointé, dans une ville, chargé d'y surveiller ses intérêts, de la renseigner, de lui procurer des affaires et de les suivre, avec promesse de fournir à cet agent un traitement fixe et de le couvrir des dépenses que lui occasionneraient ses courses et démarches, et aussi de lui allouer des commissions suivant l'importance des affaires. — Paris, 23 août 1881, Pavin de Lafarge [*J. des soc.*, 1882, p. 116]

990. — C'est là une question de fait qu'il appartient aux

tribunaux de trancher souverainement. — Même arrêt. — V. Bédarride, t. 2, n. 357 *ter*; Pont, t. 2, n. 1140; Boistel, n. 349; Rivière, n. 377; Rousseau, n. 187; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 293.

991. — L'intérêt de la distinction réside dans cette circonstance que l'étendue des pouvoirs du simple mandataire est essentiellement circonscrite par les termes mêmes de la procuration spéciale qui lui a été donnée, tandis que le directeur d'une agence peut, ainsi que nous le verrons, être investi de pouvoirs qui n'ont d'autres limites que les termes mêmes des statuts de la société dont il est le représentant.

992. — Deux questions se posent en cette matière. Quelles sont les obligations de la société vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec l'une des agences? Quelles sont, d'autre part, les obligations des tiers vis-à-vis de la société?

993. — I. *Obligations de la société à l'égard des tiers.* — L'étendue du mandat conféré au directeur de l'agence doit être réglementée par les statuts; dans le cas contraire, la responsabilité de la société et celle de ses agents sont réglées conformément aux principes généraux du mandat. — V. *suprà*, v° *Mandat*.

994. — Tantôt le chef de l'agence est comme une personnification de la société, ayant aux yeux des tiers qualité et pouvoir pour traiter au nom de cette société. — Trib. Seine, 27 mai 1872, Comptoir d'Escompte, [J. *Le Droit*, 3 août 1873] — Dans ce cas, il n'y a qu'à consulter les statuts, tels qu'ils ont dû être publiés, pour savoir si l'opération faite par le directeur de l'agence rentre ou non dans les termes de son mandat.

995. — Tantôt, au contraire, le chef de l'agence a reçu des pouvoirs précis et déterminés. Dans cette hypothèse, les tiers ne peuvent opposer à la société que les actes accomplis par son représentant dans les limites de son mandat, tel qu'il résulte soit de délibérations du conseil d'administration, soit de procurations régulières. — Paris, 21 juill. 1873, Comptoir d'Escompte, agence de Hong-Kong, [J. *Le Droit*, 3 août 1873]

996. — Les tiers doivent, avant de contracter, s'entourer des renseignements et exiger les justifications nécessaires pour savoir si le chef de l'agence a telle ou telle des deux qualités dont nous venons de parler.

997. — Généralement les sociétés fixent un chiffre d'achat, de vente, de découvert, d'escompte que l'agent ne peut dépasser sans engager sa responsabilité personnelle : c'est aux tiers à se renseigner.

998. — Les clients de l'agence commettent une grave imprudence en n'exigeant pas du directeur de l'agence la justification des pouvoirs en vertu desquels il agit. Par suite, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes si, par suite de la violation du mandat donné à ce directeur, la responsabilité de la société dont il dépend leur échappe. — Paris, 21 juill. 1873, précité.

999. — Mais, d'autre part, ils conservent la faculté de se retourner contre le directeur de l'agence, qui reste personnellement responsable des opérations engagées, alors surtout qu'il ne prouve pas avoir donné aux tiers intéressés une connaissance suffisante de ses pouvoirs. — Même arrêt.

1000. — Le *remisier* d'une entreprise financière est un mandataire salarié. Par suite, il est solidairement responsable des fautes commises par l'agence qu'il emploie dans les affaires qu'il traite, et doit être condamné, solidairement avec l'agence, à réparer le préjudice causé. — Rennes, 17 mai 1880, Vallin et Rivet, [*J. des soc.*, 82.302]

1001. — Il a été jugé que la maison qui établit une succursale à l'étranger sous une raison sociale particulière ne peut être tenue du paiement d'une traite acceptée, au nom de cette succursale, par un commis, alors que l'acceptation, pour être obligatoire, devait être donnée par le chef de la succursale. — Paris, 4 févr. 1863, [*J. des trib. de comm.*, t. 12, p. 439]

1002. — ... Mais que la société étrangère qui a une succursale en France est tenue d'acquitter tous les billets souscrits par ses agents qui dirigent cette succursale, bien qu'ils aient été créés par fraude, et que défense leur soit faite par les statuts de souscrire des billets, si cette clause n'a pas été publiée en France. — Paris, 25 nov. 1867, [*J. des trib. de comm.*, t. 17, p. 457]

1003. — Ainsi formulée cette décision nous paraît contraire au principe que nous avons posé tel qu'il résulte de l'arrêt de la cour de Paris de 1873, et qui nous semble seul admissible.

1004. — Les juges peuvent déclarer une société responsable des engagements contractés par une maison de commerce, s'ils constatent que la société se confond avec cette maison et ne fait que la continuer. — Cass., 9 juill. 1900, Vinh Thanh, [S. et P. 1903.1.223]

1005. — Et les créanciers, qui n'ont pu se procurer une preuve écrite de cet état de choses, sont recevables à l'établir par témoins ou par présomptions. — Même arrêt.

1006. — ... Alors, au surplus, que les défendeurs ont reconnu la recevabilité de ce mode de preuve en concourant aux enquête et contre-enquête ordonnées. — Même arrêt.

1007. — Les juges du fond sont d'ailleurs souverains pour tirer de la déposition des témoins des inductions qui, d'après l'appréciation qu'il leur appartient d'en faire, contribuent, avec les présomptions résultant d'autres documents et des divers éléments de la cause, à établir le bien-fondé de la réclamation des créanciers. — Même arrêt.

1008. — II. *Obligations des tiers vis-à-vis de la société.* — Les tiers qui ont contracté avec les agences sont censés avoir traité avec l'établissement lui-même, conformément à ce principe de droit commun, que le mandataire représente le mandant. — V. *supra*, v° *Mandat*.

1009. — Les statuts de la société étant présumés connus par la publication qui en a été faite, les tiers doivent s'y conformer. Ces statuts leur sont opposables de plein droit par cela même qu'ils ont traité avec l'agence. Ils sont donc responsables vis-à-vis de la société, dans les termes du droit commun, des opérations qu'ils ont engagées avec elle par l'intermédiaire de son agence. — En ce qui concerne spécialement les agents des compagnies d'assurance, V. *suprà*, v° *Assurance (en général)*, n. 1016 et s., et *infrà*, v° *Société d'assurance*.

SECTION II.

Compétence.

1010. — Le principe est qu'une société de commerce a autant de domiciles distincts, attributifs de juridiction, qu'elle a d'établissements principaux ou de succursales jouissant d'une certaine autonomie, à apprécier en chaque espèce. Elle peut donc être assignée devant le tribunal du lieu de ces établissements. — V. *supra*, v° *Chemin de fer*, n. 5627 et s., *Compétence civile et commerciale*, n. 336 et s.

1011. — Jugé, par suite, qu'une société anonyme est valablement assignée devant le tribunal du lieu où elle a établi une succursale, et en la personne du mandataire qui la représente dans ce lieu. — Cass., 2 déc. 1857, Comp. de la Grand'Combe, [S. 58.1.291, P. 58.80, D. 58.1.300]

1012. — La règle d'après laquelle une société de commerce qui a des succursales en divers lieux peut être valablement assignée par exploit signifié à l'une de ces succursales, est applicable lorsque c'est avec la succursale où l'exploit est signifié qu'ont été traitées les affaires qui donnent lieu au procès. — Cass., 30 juin 1858, Chem. de fer de l'Est, [S. 58.1.651, P. 59.161, D. 58.1.424] — Colmar, 21 déc. 1856, Blot, [S. 57.2.763, P. 58.427]

1013. — Mais si l'établissement d'une agence en France crée pour elle une sorte de domicile spécial attributif de juridiction aux tribunaux du lieu où elle se trouve, cette compétence exceptionnelle n'existe que pour les contestations qui naissent de l'agence elle-même. — Aix, 16 janv. 1883, Banque impériale ottomane, [S. 84.2.180, P. 84.1.911, D. 83.1.131]

1014. — Jugé sur ce point : 1° Qu'une société houillère, ayant son siège à Paris et son exploitation dans l'arrondissement de Chalon-sur-Saône, peut être assignée devant ce tribunal pour toutes les contestations nées dans cet arrondissement. — Dijon, 20 nov. 1865, Houillères de Blanzy, [D. 65.2.229]

1015. — 2° Que le tribunal de commerce du lieu où la compagnie a une succursale est compétent pour connaître des contestations élevées contre la compagnie au sujet d'un contrat passé en ce lieu. — Paris, 11 févr. 1854, [*J. des trib. de comm.*, t. 3, p. 132] — Besançon, 4 févr. 1854, [*J. des trib. de comm.*, t. 4, p. 88] — Paris, 21 déc. 1854, [*J. des trib. de comm.*, t. 4, p. 158]; — 3 juill. 1855, [*J. des trib. de comm.*, t. 4, p. 318]; — 10 nov. 1857, [*J. des trib. de comm.*, t. 7, p. 80]; — 22 janv. 1858, [*J. des trib. de comm.*, t. 7, p. 116]

1016. — 3° Qu'est même seul compétent comme formant

à cet égard le véritable siège social. — Cass., 18 avr. 1854, Leconte, [S. 54.1.304, P. 55.1.65, D. 54.1.149]

1017. — 4° Qu'une société anonyme est valablement assignée devant le tribunal du lieu où elle a établi une succursale, à raison des faits passés sous sa juridiction. — Dijon, 20 nov. 1865, précité. — V. aussi Cass., 17 avr. 1866, Ch. Orléans et Mines de Blanzy, [S. 66.1.491, P. 66.508, D. 66.1.279] — Agen, 23 mai 1868, [*J. des trib. de comm.*, t. 18, p. 104]

1018. — Mais si une société ayant des succursales avec des représentants peut être assignée devant le juge du lieu d'une succursale, cette compétence doit être limitée aux actions intentées par les tiers, mais ne saurait être étendue à l'action formée contre la société par le directeur même de la succursale; le directeur doit assigner la société à son siège social. — Cass., 28 mai 1877, [S. 79.1.452, P. 79.1186]

1019. — Le directeur ne saurait davantage invoquer l'art. 420, C. proc. civ., pour motiver la compétence du juge du lieu de la succursale : la nature du mandat reçu par le directeur fait du siège social le centre de ses rapports personnels avec la société. — Même arrêt.

1020. — Entre elle et lui, il ne s'agit pas de marché, achat, vente, livraison ou paiement de marchandises, mais de l'exécution d'un mandat salarié. — Paris, 23 août 1881, précité.

1021. — Il en résulte que l'agent d'une société de commerce ne peut assigner la société pour l'exécution du contrat formé entre eux que devant le tribunal du lieu où cette société a son principal établissement, le droit de citer la société devant les tribunaux des lieux où elle a des représentants n'appartenant qu'aux tiers. — Cass., 3 janv. 1870, Comp. des Lits militaires, [S. 73.1.60, P. 73.132, D. 72.1.251]

1022. — Spécialement, il en est ainsi, lors même qu'il s'agit pour l'agent d'appeler la société en garantie dans un procès à lui intenté par un tiers, si, d'ailleurs, l'action principale n'est pas sérieuse et ne paraît introduite que pour distraire la société de ses juges naturels. — Même arrêt.

1023. — Décidé aussi que le tribunal du siège social est seul compétent pour régler le compte de la société avec les commis d'une succursale — Trib. comm. Seine, 18 janv. 1856, [*J. des trib. de comm.*, t. 5, p. 199]; — 25 févr. 1862, [*J. des trib. de comm.*, 1.40]

1024. — Toutefois, si, d'une façon générale, le tribunal du siège social est seul compétent pour statuer sur les contestations qui s'élèvent entre les employés de l'agence et la société, il en est différemment des employés de l'agence qui ont traité, non avec la société, mais avec le directeur de l'agence. Ces employés doivent assigner la société devant le tribunal de l'agence. — Rouen, 12 janv. 1853, [*J. des trib. de comm.*, t. 4, p. 68] — Paris, mars 1861, [*Ibid.*, t. 10, p. 349]; — 10 févr. 1864, [*Ibid.*, t. 13, p. 448] — Agen, 23 mai 1868, [*Ibid.*, t. 18, p. 104]

1025. — Lorsqu'il s'agit d'une société étrangère, un autre élément de décision, relativement à la compétence, apparaît : l'art. 14, C. civ., aux termes duquel « l'étranger même non résidant en France pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ».

1026. — Les tribunaux français sont donc compétents pour connaître d'une demande formée, concernant une compagnie étrangère qui a une succursale en France, non seulement en vertu des principes que nous venons d'exposer, mais encore par application de l'art. 14, lorsque le demandeur est français. — Trib. comm. Seine, 20 août 1873, Martin, [*J. des trib. de comm.*, t. 23, p. 18]

1027. — Jugé spécialement que le directeur d'une entreprise de transports maritimes ayant son siège social à l'étranger avec un établissement et un représentant en France, est valablement assigné en France devant le tribunal du lieu de l'établissement, par exploit laissé à la personne ou au domicile du représentant, alors qu'il s'agit de l'exécution d'un contrat passé dans l'arrondissement du tribunal. — Cass., 10 août 1875 (deux arrêts), Duché et fils, [S. 76.1.121, P. 76.288]

1028. — Mais conformément au principe posé *suprà*, n. 1013, le fait de la part d'une société étrangère d'avoir établi une succursale en France n'est pas attributif de juridiction, en ce sens qu'elle puisse être considérée comme ayant son domicile en France partout où elle a établi une succursale; dès lors l'action dirigée contre elle pour toute autre affaire que celles engagées par l'agence elle-même, doit être portée devant le tribunal du domicile du demandeur en vertu de l'art. 14, C. civ., non devant le tribunal de l'agence. — Aix, 16 janv. 1883, [*J. des soc.*, 1883, p. 650]

1129. — Par application du même art. 14, le tribunal français du lieu où se trouve une succursale d'une société étrangère est compétent non plus seulement pour statuer sur les actions des tiers, mais encore pour connaître des demandes formées par les employés de la succursale contre la société. — Paris, 7 déc. 1860, Brunswich et Cie, [*J. des trib. de comm.*, t. 10, p. 111] — Pour plus de développements en ce qui concerne les sociétés étrangères en France, V. *suprà*, v° *Etranger*, n. 934 et s., et *infrà*, n. 6542 et s.

1030. — A l'inverse, les tribunaux français sont compétents pour statuer sur une contestation relative à une société établie en France, bien qu'elle ait une agence à l'étranger. — Trib. comm. Seine, 28 janv. 1858, [*J. des trib. de comm.*, t. 7, p. 99] — Pour plus de développement sur la condition des sociétés françaises à l'étranger, V. *infrà*, n. 6570 et s.

1031. — Le tribunal du lieu où est établi le siège de la société est seul compétent, bien qu'il existe de nombreuses succursales, pour connaître d'une action qui intéresse l'existence même de la société. — Chambéry, 1er déc. 1866, Ch. Victor-Emmanuel, [S. 67.2.182, P. 67.702, D. 66.2.246]

1032. — Sur la question de savoir si la société qui possède plusieurs établissements distincts en France peut être déclarée en faillite au siège de chacun des établissements, ou si l'unité de faillite est une règle absolue en droit interne, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 432 et s. — V. aussi *infrà*, n. 5875 et s.

1033. — Sur la possibilité de déclarer en France la faillite d'une société étrangère, par application de l'art. 14 et du principe de la territorialité de la faillite, V. *suprà*, vis *Faillite*, n. 187 et s., *Liquidation judiciaire*, n. 158 et s., et *infrà*, n. 6548.

1034. — En ce qui concerne la question de savoir si les Compagnies de chemins de fer peuvent être assignées partout où elles ont établi un centre d'exploitation, notamment une agence commerciale, ou même si elles peuvent l'être partout où elles ont établi une gare, V. *suprà*, v° *Chemins de fer*, n. 6366 et s.

TITRE II.

DES SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊT.

1035. — Nous ne reviendrons pas sur la définition donnée *suprà*, n. 11 et s., des sociétés *par intérêt*. Il nous suffira de rappeler que ces sociétés se subdivisent en deux groupes : les sociétés en nom collectif, et les sociétés en commandite simple, que nous allons étudier successivement.

CHAPITRE I.

DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

1036. — La société en nom collectif est la moins commerciale des sociétés de commerce; c'est, en d'autres termes, celle qui se rapproche le plus de la société du droit civil, étudiée précédemment. Aussi, sur beaucoup de points, aurons-nous à procéder par voie de simples renvois aux mots précédents. Les conditions de fond, ou conditions de validité des sociétés en général (objet, consentement, capacité), sont étudiées *suprà*, v° *Sociétés en général*, n. 139 et s.; la plupart des difficultés relatives aux apports, à la participation des associés aux bénéfices et aux pertes, sont étudiées à propos des sociétés civiles (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 108 et s.); enfin tout ce qui concerne la forme extrinsèque de l'acte (nécessité d'un écrit), sa publicité, ainsi que les causes de dissolution, les formes de la liquidation et du partage, est examiné *suprà*, n. 23 et s. D'autre part, de nombreux emprunts pourront être faits, en ce qui concerne la nomination, le remplacement et les pouvoirs des gérants, à la matière des sociétés civiles. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 415 et s.

1037. — Ces différents points étant éliminés, il nous reste à traiter, sous quatre sections distinctes : 1° des caractères distinctifs de la société en nom collectif; 2° de la raison sociale;

3° de la constitution interne de la société ; 4° des rapports de la société et des associés avec les tiers.

Section I.

Définition et caractères propres de la société en nom collectif

1038. — L'art. 20, C. comm., définit la société en nom collectif : « celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale ». Cette définition est défectueuse à un double point de vue : 1° D'une part, la *raison sociale* ne constitue pas le caractère spécifique de la société en nom collectif, puisqu'elle existe également dans les sociétés en commandite. — Sur la détermination des éléments dont se compose une raison sociale, V. *infrà*, n. 1054 et s.

1039. — 2° D'autre part, si la raison sociale distingue en général la société en nom collectif de l'association en participation, elle n'est cependant pas de son essence, mais simplement de sa nature. Malgré l'absence de raison sociale, les tiers peuvent prouver que la société avec laquelle ils ont traité est réellement une société en nom collectif et non une simple participation. En d'autres termes, la soi-disant participation qui, au lieu de conserver un caractère occulte, se manifeste au public comme une société impliquant engagement illimité et solidaire de tous ses membres au regard des créanciers, est en réalité une société en nom collectif, même si les associés ont omis de choisir une raison sociale. — Cass., 10 août 1859, Guibert, [S. 60.1.29, P. 60.425, D. 59.1.360] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 149 et 164; Pont, t. 2, n. 1339 et 1340; Thaller, n. 248; Houpin, t. 1, n. 174. — V. aussi *infrà*, v° *Société en participation*, chap. 1er. — V. cep. Agen, 23 nov. 1853, Ardennes, [S. 54.2.23, P. 55.2.488, D. 55.5.420]

1040. — Peu importe d'ailleurs que les associés aient faussement qualifié de participation la société qu'ils créent; ce n'est pas à cette qualification inexacte ou mensongère, mais à la réalité, aux conditions de fond que les juges doivent s'attacher pour déterminer le caractère de la société. — Même arrêt. — Bordeaux, 17 nov. 1897, [*Rec. de Bordeaux*, 98.1.103] — Auteurs précités.

1041. — A plus forte raison la société doit-elle être considérée comme une société en nom collectif si les parties, tout en la qualifiant de participation, lui ont assigné un siège social, un capital statutaire ou une raison sociale. — Bordeaux, 17 nov. 1897, précité. — Lyon, 3 nov. 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 3 nov. 1898]

1042. — La solidarité étant la règle en matière commerciale, il en résulte que la société en nom collectif doit être considérée comme la société commerciale du droit commun. En conséquence, pour qu'une société soit en nom collectif, il n'est pas nécessaire que la solidarité soit expressément stipulée par les statuts sociaux : il suffit que les statuts ne limitent pas l'obligation des associés ou de quelques-uns d'entre eux. — Lyon, 21 déc. 1883, Pelletier, [D. 86.2.113]

1043. — La société en nom collectif étant à envisager comme la société commerciale de droit commun, il importe peu que ses fondateurs aient omis, dans les statuts, de la qualifier; par cela seul qu'ils ont entendu rendre tous les associés responsables personnellement et solidairement du passif, ils ont créé *ipso facto* une société du type que nous étudions. — Paris, 17 mai 1890, [*Rev. soc.* 91.81]; — 22 juin 1891, [*Rev. soc.*, 91.481] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 150; Houpin, t. 1, n. 171.

1044. — Spécialement, les juges du fait peuvent, sans commettre aucune violation de la loi, considérer que l'existence, entre deux personnes déterminées, d'une société en nom collectif, est suffisamment prouvée, à l'égard des tiers, par la réunion des diverses circonstances suivantes, à savoir : que ces deux individus ont, conjointement et *solidairement*, acheté, installé et exploité une usine ; qu'ils ont officiellement pris et employé, dans leur correspondance, comme dans leurs effets de commerce, une raison sociale contenant le nom de l'un d'eux joint aux mots « et compagnie », et apposée indifféremment par l'un ou l'autre d'entre eux, enfin, qu'ils ont, tous deux, constamment écrit et ouvertement agi comme membres d'une société en nom collectif. A cet égard, l'appréciation des juges sur ces faits est souveraine. — Même arrêt.

1045. — Les tiers, intéressés à prouver l'existence et les caractères d'une société commerciale, sont autorisés à faire cette preuve par toutes les voies de droit, par témoins et par présomptions. — Cass. 12 juill. 1888, B[illegible], [S. 89.1.409, P. 89.1.[illegible], D. 89.1.148] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 354; Vavasseur, t. 1, n. 55; P. Pont, t. 2, n. [illegible]; Rousseau, t. 1, n. 171; Ruben de Couder, v° *Sociétés*, n. 251; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 173; Boistel, n. 344. — V. au surplus, sur la nécessité d'un écrit *inter partes*, *suprà*, n. 23 et s.

1046. — Des observations précédentes il résulte que, si l'existence d'une raison sociale n'est pas rigoureusement indispensable, la *responsabilité personnelle illimitée* de tous les membres dont elle se compose, et la *solidarité de tous envers et au regard* des créanciers sociaux constituent, au contraire, les caractères vraiment spécifiques de la société en nom collectif, ceux qui la différencient de tous les autres types de sociétés de commerce. Nous pourrons donc définir la société en nom collectif : « Une société qui se manifeste en général par une raison sociale, et dont tous les associés sont personnellement et solidairement responsables du passif social au regard des tiers ».

1047. — C'est à dessein que nous éliminons de cette définition le but commercial, indiqué dans l'art. 20, C. comm., attendu qu'en soi la forme *en nom collectif* peut fort bien être adaptée à une entreprise poursuivant un but non commercial. Sur les sociétés à objet civil et à forme commerciale, et sur les conséquences juridiques de l'adoption de telle ou telle forme, V. *infrà*, n. 5728 et s.

1048. — Restent par conséquent comme vraiment distinctifs les deux caractères suivants : 1° L'obligation personnelle et illimitée de *tous* les membres de la société, même de ceux dont le nom ne figure pas dans la raison sociale au passif social (V. *infrà*, n. 1211 et s.). Si ce caractère fait défaut, si certains des associés ne sont responsables vis-à-vis des tiers que jusqu'à concurrence de leur apport, on n'est plus en présence d'une société en nom collectif, mais d'une société en commandite improprement qualifiée.

1049. — De ce premier caractère découle toute une série de conséquences, qui toutes se rattachent à cette idée que la responsabilité personnelle dont il est tenu fait de chaque associé un *commerçant*. En sa qualité de *commerçant*, l'associé en nom peut être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire concurremment avec la société (C. civ., art. 438-2°, 458-2°). — Sur la question de savoir si la faillite sociale entraîne *ipso facto* la faillite de tous les associés en nom, V. *suprà*, v^is *Faillite*, n. 158 et s.; *Liquidation judiciaire*, n. 100 et s. — V. Bédarride, n. 480; Pont, t. 2, n. 1930; Troplong, n. 1004; Houpin, t. 1, n. 199; Pic, *Faill. des soc.*, p. 20; Duvivier, *Faill. des soc.*, p. 15.

1050. — Toujours à raison de cette qualité de commerçant, l'associé en nom est tenu de faire *publier* son contrat de mariage dans les formes déterminées par le Code de commerce (art. 67 et s.). — V. *suprà*, v° *Contrat de mariage*, n. 580 et s.

1051. — Il est assujetti personnellement à la *patente*, tout au moins pour le droit fixe, indépendamment de la patente (droit proportionnel et droit fixe sous le nom de principal associé), à laquelle est imposée la société (L. 15 juill. 1880, art. 20). — V. *suprà*, v° *Patente*, n. 643 et s. — V. Thaller, n. 241.

1052. — 2° La *solidarité* entre tous les associés. Non seulement tous les associés sont débiteurs personnels du passif, c'est-à-dire qu'ils sont tenus de l'acquitter sur leur fortune personnelle, en cas d'insuffisance du fonds social, alors que les commanditaires ou actionnaires ne sont jamais tenus que jusqu'à concurrence de leur apport; mais ils sont débiteurs *solidaires*, c'est-à-dire que les créanciers peuvent indifféremment poursuivre l'un quelconque des associés pour la *totalité* de la somme due, sauf à celui qui a payé ainsi pour l'autre le droit de recourir contre eux dans la proportion déterminée par les statuts. Cette solidarité existe à la charge de tous les associés, même de ceux dont les noms ne figurent pas dans la raison sociale et qui sont simplement désignés en bloc sous la rubrique vague « *et compagnie* », pour tous les engagements sociaux (Sur le sens de l'expression *engagements sociaux*, V. *infrà*, n. 1278 et s.). L'existence d'un lien de solidarité entre *tous* les associés est de l'essence de la société en nom collectif. Toute clause contraire serait, ainsi que nous l'établirons bientôt, à considérer comme nulle et non avenue.

1053. — La société en nom collectif constitue, comme toutes les autres sociétés commerciales, un être moral distinct de la

personne des associés (V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 466 et s.). En ce qui concerne spécialement ce type de société, il a été jugé qu'un acte, par lequel une société en nom collectif porte à 4 millions son capital, originairement fixé à 200,000 fr., et autorise les associés à céder tout ou partie de leurs parts sociales à des personnes désignées et à se faire remplacer ou représenter dans la société par elles ou par l'une d'elles, opère la transformation complète du capital et du personnel, et, par suite, crée un être moral nouveau. — Cass., 25 nov. 1901, Lefebvre et Prouvost, [S. et P. 1903.1.241, et la note de M. Alb. Wahl]

Section II.

De la raison sociale.

1054. — On entend par *raison sociale* une formule composite qui comprend, soit les noms de tous les associés, soit les noms de plusieurs ou d'un seul, avec ou sans adjonction du mot *et compagnie*, formule qui sert à personnifier la société comme être moral distinct des associés. La mention *et compagnie*, généralement usitée lorsque la raison ne comprend pas les noms de tous les associés, s'impose lorsqu'elle ne comporte qu'un seul nom; elle seule permet en effet de savoir, lorsque l'associé de ce nom fait une opération quelconque, s'il a entendu traiter en son nom propre ou pour le compte de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 152; Thaller, n. 246.

1055. — L'expression de raison sociale, également usitée en pays étranger (*razione sociale* italienne, *razon social* espagnole), se rattache étymologiquement aux anciens *livres de raison* ou de compte des commerçants. Les livres tenus par les sociétés portaient, en tête, l'indication des noms des associés. On trouve aussi dans les anciens auteurs l'expression « nom social » (Savary, *Parfait négociant*), aujourd'hui à peu près abandonnée. Par contre, la raison sociale ne se confond point avec la *firma* du droit allemand, car cette expression désigne le nom sous lequel un commerce est exercé par une personne juridique quelconque, individu ou société.

1056. — L'omission d'un ou de plusieurs noms d'associés dans la raison sociale n'exerce, en droit français, aucune influence sur la condition juridique des associés omis. Tous n'en sont pas moins solidairement tenus des engagements sociaux, ainsi que nous l'établirons. Il n'est donc pas absolument exact de dire, avec Thaller (n. 246, *in fine*), que la raison « forme l'image réduite des garanties personnelles sur lesquelles ils sont en droit de compter ». Tous ceux qu'elle mentionne, il est vrai, sont garants solidaires du passif social; mais il peut y avoir des garants dont elle tait les noms, et qui ne seront connus des tiers que par les mentions du pacte social.

1057. — C'est sous la raison sociale que le gérant signe, lorsqu'il entend agir pour le compte de la société et obliger celle-ci en même temps que les associés. — V. cependant ce qui sera dit, *infrà*, n. 1315 et s., sur le caractère des engagements contractés par le gérant sous son propre seing, dans l'intérêt de la société.

1058. — C'est sous la raison sociale que la société doit agir, et qu'on doit agir contre elle. — Cass., 21 nov. 1808, Régie, [P. chr.] — Ainsi, des associés en nom collectif peuvent être assignés, par une seule copie et sans désignation du nom d'aucun d'eux, au domicile de la société. — Pau, 19 janv. 1811, Pouyet, [P. chr.] — V. sur le principe, *suprà*, v° *Action (en justice)*, n. 212 et s.

1059. — Toutefois, les associés qui, en première instance, n'auraient été assignés que sous la raison sociale, ne sauraient se plaindre de ce qu'en appel ils l'ont été chacun sous son nom personnel. Ce dernier mode d'assignation ne saurait en effet leur causer aucun préjudice appréciable; or pas d'intérêt, pas d'action. — Cass., 27 germ. an XI, Lenoble, [P. chr.]

1060. — D'autre part, c'est sous la raison sociale que les inscriptions hypothécaires doivent être prises contre la société ou en sa faveur. — Cass., 1er mars 1810, Daunoot, [P. chr.] — *Sic*, Pardessus, t. 4, n. 977; Delangle, n. 216.

1061. — Il ne faut pas confondre la raison sociale avec la *dénomination* de la société. Cette dernière, tantôt tirée de l'objet de la société (Au Tailleur pauvre), ou de l'emplacement de l'établissement principal (Grands Magasins du Louvre), ou de la provenance vraie ou supposée de la marchandise (*Old England*) tantôt purement fantaisiste ou arbitraire (Printemps, Petit Saint-Thomas, Bon Marché, Au Camélia, Au Gland d'Or, etc.), n'est à vrai dire qu'une *enseigne* sous laquelle l'établissement est connu du public, et a acquis une notoriété plus ou moins grande.

1062. — Aussi raison sociale et dénomination ou enseigne obéissent-elles à des règles juridiques absolument différentes, même quand, à un moment donné, elles sont accolées l'une à l'autre (Au Bon Marché, maison A. Boucicault et Cie). Ces différences procèdent toutes de cette idée essentielle que la raison sociale est un *nom collectif*, formé de la réunion des noms véritables des associés actuels, et sujet par conséquent à se transformer avec le personnel des associés obligés, tandis que la dénomination est une enseigne, un accessoire du fonds auquel elle s'incorpore, abstraction faite de la personnalité des associés. — Alauzet, t. 2, n. 516; Delangle, n. 217; Deloison, t. 1, n. 203; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 156; Thaller, n. 247; Vavasseur, t. 1, n. 271; Houpin, t. 1, n. 274.

1063. — D'où il suit : 1° Que la raison sociale, élément de crédit *personnel*, ne se conçoit que dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, tandis que la dénomination ou enseigne se retrouve dans tous les types de société, et qu'elle est même indispensable dans les sociétés anonymes qui, n'ayant pas d'associés personnellement obligés, ne peuvent être désignées que par le titre que leur ont donné leurs fondateurs (Crédit foncier de France, Compagnie des chemins de fer de l'Ouest, etc.).

1064. — 2° Que la raison sociale, à raison de sa connexité étroite avec le personnel de la société, évolue avec ce personnel et disparaît avec la société elle-même (V. *infrà*, n. 1077), tandis que la dénomination ou enseigne, faisant corps avec l'établissement commercial, peut subsister identique à elle-même, tant que l'établissement subsiste, quelles que soient les modifications subies par le personnel, et peut être cédée avec l'établissement lui-même, que l'acquéreur soit une société nouvelle ou un particulier. — Mêmes auteurs. — V. *suprà*, v° *Enseigne*, n. 67 et s.

1065. — La raison sociale étant introduite plutôt dans l'intérêt des associés, dont elle tend à renforcer le crédit, que dans l'intérêt des tiers, on s'accorde à admettre : 1° Qu'elle n'est pas de l'essence de la société en nom collectif, et que les parties peuvent s'abstenir d'en choisir une (V. *suprà*, n. 1039). « Une société par intérêt sans raison sociale, écrit à ce sujet Thaller (n. 248), ne serait point nulle. Le gérant traiterait et signerait par procuration de tous ses coassociés *dont il déclarerait les noms*, il n'y aurait dans les effets des engagements aucune différence ».

1066. — 2° Que les associés peuvent toujours, s'ils en constatent après coup la nécessité ou l'utilité, adopter une raison sociale, qu'ils porteront à la connaissance des tiers dans les formes déterminées par la loi pour les modifications aux statuts. Que si les associés, en pareille occurrence, ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le libellé de la raison sociale, c'est aux juges qu'il appartiendra de trancher le différend. C'est ainsi qu'il a été décidé que lorsqu'un débat s'élève entre associés en nom collectif sur le point de savoir dans quel ordre les noms de ces associés doivent figurer dans la raison sociale, il y a lieu pour les juges, appelés à trancher le différend, de rechercher, en tenant compte des services rendus à la société par chacun des associés et de l'ancienneté de ces services, quelle est la raison sociale la plus favorable à l'intérêt de la société. — Lyon, 16 juill. 1896, Gangloff et Wenger, [S. et P. 97.2.15, D. 98.2.256]

1067. — 3° Que les associés sont libres, lors de la fondation de la société, de faire figurer leurs noms dans la raison sociale suivant l'ordre qui leur convient, sous réserve des restrictions imposées par la nécessité de prévenir les actes de concurrence déloyale que pourrait faciliter l'adoption d'une raison sociale trop peu différente de celle antérieurement mise en usage par une maison concurrente. Les tribunaux peuvent, en ce dernier cas, prescrire toutes les mesures susceptibles de faire disparaître la confusion, et notamment intervertir l'ordre des noms, ou ordonner l'adjonction au nom choisi du nom d'un associé omis ne présentant aucune similitude avec ceux figurant déjà dans la raison de la société concurrente. — Paris, 6 févr. 1865, Rœderer, [S. 65.2.89, P. 65.452, D. 65.2.87] — Trib. Seine, 1er juin 1896, [*J. des soc.*, 97.90] — V. Houpin, t. 1, n. 174. — V. *suprà*, v° *Concurrence déloyale*, n. 105, 148 et s.

1068. — Lorsqu'une femme mariée figure au nombre des associés, le mari peut subordonner son autorisation à telles modifications qu'il jugera opportunes dans le libellé de la raison sociale; il pourrait, notamment, s'opposer à ce que son nom patronymique figurât dans la raison. Mais le mari qui a autorisé

sa femme à former une société sous une raison sociale, est mal fondé à critiquer les actes émanés des associés, sous prétexte que la société aurait fonctionné sous une dénomination différente, alors qu'il est constant qu'il a, ainsi que sa femme, ratifié cette modification de raison sociale et généralement les actes de la société, tant pendant son cours qu'en en provoquant plus tard la dissolution et en concourant à la liquidation dressée par les soins du liquidateur. — Cass., 16 août 1875, Levillager et Dessaux, [S. 75.1.455, P. 75.1160, D. 76.1.422]

1069. — Aux termes de l'art. 21, « les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale ». Mais quelle sera la sanction de cette disposition prohibitive? Il a été jugé qu'en l'absence de toute disposition pénale accompagnant la prohibition établie par ledit article de faire figurer dans la raison de commerce d'une société d'autres noms que ceux des associés, les conséquences qui doivent résulter de l'infraction à cette prohibition sont abandonnées à l'examen et à l'appréciation des tribunaux. — Aix, 16 janv. 1840, Samat, [S. 40.2.465, P. 40.1.463]

1070. — Mais il paraît plus juridique de décider, avec la majorité des auteurs, que les associés qui s'aviseraient de faire figurer dans la raison sociale des noms de personnes étrangères à la société commettraient le délit d'escroquerie, alors même que ces noms seraient purement imaginaires, et qu'ils se rendraient même coupables du crime de faux s'ils signaient de cette raison sociale ainsi frauduleusement constituée des effets de commerce ou tous autres écrits. — Bédarride, n. 135; Alauzet, t. 1, n. 519; Malepeyre et Jourdain, p. 27; Massé, n. 1950; Molinier, n. 259; Pont, t. 2, n. 842; Delangle, n. 223; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 153; Houpin, t. 1, n. 162; Rousseau, t. 1, n. 775.

1071. — Toutefois, pour que ces pénalités soient encourues, il est nécessaire que les associés aient agi dans une intention frauduleuse : si donc la fraude a été commise à l'insu d'un des associés, celui-ci n'en est pas pénalement responsable. — Mêmes auteurs.

1072. — Quant au tiers dont le nom a été frauduleusement inséré dans la raison sociale, il faut distinguer, suivant qu'il est demeuré étranger à la fraude, ou qu'il l'a autorisée ou tout au moins connue et encouragée implicitement par son silence. Dans le premier cas, sa responsabilité ne saurait être engagée à aucun titre. Pour la dégager pleinement et faire disparaître tout soupçon de collusion, il peut d'ailleurs actionner les associés à l'effet de les contraindre à faire disparaître immédiatement son nom de la raison, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu. — Bordeaux, 17 nov. 1873, Leperche, [S. 74.2.145, P. 74.615, D. 75.2.82] — Besançon, 12 mai 1899, Méquillet, [S. et P. 1903.2.199] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 153, *in fine;* Houpin, t. 1, n. 174.

1073. — En cas de doute, la bonne foi du tiers et sa non-participation à la fraude doivent être présumées. On ne saurait en effet, à moins de preuve directe du contraire, supposer que le tiers (et le même raisonnement devrait être reproduit pour un ancien associé, lequel n'est plus qu'un tiers) s'est prêté consciemment à une manœuvre dont il ne pouvait ignorer le caractère délictueux. — Besançon, 12 mai 1899, précité.

1074. — Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire si sa participation à la fraude est prouvée, le tiers peut être considéré comme complice de l'escroquerie commise par les associés, et de plus il peut être condamné au paiement des dettes sociales. A ce dernier point de vue sa responsabilité dérive, non pas de la qualité d'associé qui ne lui appartient pas, mais de l'art. 1382, C. civ., et des principes généraux en matière de délits civils, la seule condamnation adéquate au préjudice causé consistant dans son assimilation, au point de vue passif, à un associé véritable. Les tiers qui avaient fait crédit à la société sur le vu de son nom l'auront donc effectivement pour leur débiteur. — Bordeaux, 17 nov. 1873, précité.

1075. — Mais n'étant point associé, nonobstant sa condamnation au passif, il n'est pas tenu commercialement des dettes sociales, et ne saurait être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire à raison de ces dettes. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 153, *in fine;* Rivière, p. 75.

1076. — La règle établie par l'art. 21 produit encore des conséquences importantes, soit en cas de dissolution ou de transformation de la société, soit en cas de décès ou de retraite de l'un des associés.

1077. — En cas de dissolution ou de transformation de la société, la raison sociale qui la personnifiait disparaît avec elle, sous peine de porter atteinte au crédit public et à la bonne foi commerciale : elle ne passe pas à ceux qui succèdent à l'établissement commercial. — Paris, 16 janv. 1868, Goulet, [S. 68.2.83, P. 68.445] — Alauzet, t. 2, n. 518; Delangle, n. 220; Dutruc, v° *Soc.*, n. 216; Troplong, n. 372; Vavasseur, t. 1, n. 274; Pardessus, n. 978; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 154; Houpin, t. 1, n. 174; Thaller, n. 246.

1078. — Jugé à cet égard que l'associé qui est devenu propriétaire du fonds de commerce n'a pas le droit de conserver l'ancienne raison sociale. — Dijon, 13 avr. 1865, Bonnet, [S. 66.2.355, P. 66.1.271]

1079. — Vainement l'associé se prévaudrait-il des stipulations par lesquelles son coassocié, en lui cédant les marchandises, la clientèle, les recouvrements, et tout ce qui constituait le commerce de la société, l'a autorisé à continuer les affaires sous l'ancienne raison sociale. — Même arrêt.

1080. — A plus forte raison, si les parties n'ont rien dit, l'associé qui abandonne tous ses droits à son coassocié, à titre onéreux, ne peut-il être présumé avoir vendu en même temps à ceux-ci la faculté d'user de la raison sociale sans y retrancher son nom, bien qu'il soit désormais étranger à la société; on ne saurait en effet présumer, chez les parties, l'intention de violer la loi, sauvegarde du crédit public dans la matière qui nous occupe. — Besançon, 12 mai 1899, [*Rev. des soc.*, 99.452; *J. des soc.*, 99.435]

1081. — Mais il peut prendre la qualité de *successeur* de l'ancienne maison de commerce. Il n'y a là qu'une constatation transmissible, comme la clientèle, avec la réputation qui s'attache au nom du fondateur, et, par conséquent, l'exercice légitime d'un droit. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 154; Houpin, t. 1, n. 174. — V. *suprà*, v° *Nom commercial*, n. 34 et s.

1082. — Jugé, de même, qu'en cas de dissolution d'une société industrielle qui, pendant son existence, avait pour raison sociale le nom de son fondateur, l'un des associés ne peut, alors surtout qu'il porte un autre nom, en l'absence de toute réserve faite à ce sujet dans l'acte de liquidation, continuer contre le gré des héritiers du fondateur à se servir, pour l'exercice de la même industrie, de la raison sociale. — Colmar, 1er mai 1867, Weiss, [S. 68.2.83, P. 68.443, D. 67.1.169]

1083. — ... Que, lorsqu'une société formée de trois frères et connue sous le nom de X... frères, s'est dissoute, chacun déclarant reprendre sa liberté d'action pour continuer le même commerce, deux des frères ne peuvent former, sous le même nom X... frères, une société nouvelle. — Paris, 16 janv. 1868, Goulet, [S. 68.2.84, P. 68.445]

1084. — ... Que, le nom du mari, employé comme raison sociale d'une maison de commerce exploitée par le mari et la femme, ne peut, après la mort du mari et le convol de la femme survivante, être pris par les nouveaux époux pour raison sociale de l'association formée entre eux pour la continuation du même établissement commercial. — Cass., 28 mai 1838, Streisguth, [S. 38.1.304, P. 38.1.399]

1085. — Il faudrait donner la même solution dans le cas où l'établissement appartenant à une société en nom collectif est cédé à une autre société composée de personnes différentes : la société cessionnaire ne peut pas fonctionner sous la raison sociale de l'ancienne société. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 154; Houpin, t. 1, n. 162.

1086. — A ce point de vue, le contraste est complet entre la législation française et la législation germanique. Le Code de commerce allemand (art. 22 et s.) autorise, en effet, expressément, la société cessionnaire à conserver la raison sociale de la société cédante : cette confusion voulue de la raison sociale et de l'enseigne, l'une et l'autre envisagées comme des dépendances du fonds, présente de réels avantages pour la transmission de la clientèle au nouvel exploitant, mais a l'inconvénient de prêter à certaines confusions fâcheuses, et d'enlever en certains cas, aux associés de la société disparue, le légitime usage de leur nom patronymique en vue d'une exploitation nouvelle.

1087. — La raison sociale doit également subir une modification lorsque la société en nom collectif vient à se transformer en société en commandite et que l'un des associés, dont le nom figurait dans la raison, prend désormais le titre et la qualité de commanditaire. Son nom doit immédiatement disparaître de la raison sociale, celle-ci ne pouvant comprendre que des noms d'associés personnellement et solidairement obligés au passif social. — Mêmes auteurs.

1088. — Enfin, lorsqu'un associé se retire ou vient à décéder

et que la société continue à fonctionner entre les autres associés en vertu d'une clause des statuts sociaux, le nom de l'associé qui ne fait plus partie de la société ne peut plus figurer dans la raison sociale. — Cass., 17 août 1864, Dubois, [S. 65.1.121, P. 65.268, D. 65.1.305] — Bordeaux, 17 nov. 1873, Leperche, [S. 74.2.145, P. 74.615, D. 75.2.82] — Paris, 18 nov. 1893, [Annales de dr. commerc., 94.81] — Trib. Marseille, 24 nov. 1897, [J. des soc., 98.383]

1089. — Dans le cas où un associé s'est retiré ou est décédé, si aucun changement n'est apporté à la raison sociale, cet associé ou ses héritiers sont dans la même situation que les tiers dont le nom figure indûment dans une raison sociale. — Alauzet, t. 2, n. 519; Bédarride, n. 136; Pardessus, n. 978; Pont, t. 2, n. 846; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom collectif*, n. 182; Rousseau, t. 1, n. 776; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 154, *in fine;* Houpin, t. 1, n. 174. — V. *suprà*, n. 1069 et s.

1090. — Jugé, cependant, en sens contraire, que, même au cas où l'ancien associé ou ses héritiers auraient eu connaissance de l'infraction aux règles précédemment posées, leur responsabilité n'est pas nécessairement engagée, et qu'il y a lieu, pour les tribunaux, d'apprécier l'influence que la simulation de la raison sociale a pu exercer sur les tiers. — Aix, 11 mai 1840, Jubelin, [P. 40.2.703] — V. *suprà*, n. 1069.

1091. — Spécialement, l'associé retiré ne saurait être poursuivi, lorsque sa retraite a reçu la plus grande publicité, que, depuis sa retraite, il n'a pris aucune part directe ou indirecte aux opérations sociales, qu'enfin il n'est justifié contre lui d'aucun fait de dol ou de fraude. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 1072 et s.

1092. — Jugé, aussi, qu'une société peut agir valablement en justice sous une raison sociale où figure le nom d'un associé décédé, lorsqu'elle n'est que la continuation d'une précédente société dissoute par la mort de cet associé, qu'il a été stipulé qu'elle conserverait la même raison sociale, qu'enfin, l'action qu'elle intente repose sur des faits remontant à l'époque de l'association primitive. — Cass., 7 juill. 1852, Chemin de fer de Strasbourg à Bâle, [S. 52.1.713, P. 54.2.520, D. 52.1.204]

1093. — En tout cas, l'associé retiré ou ses héritiers ont le droit absolu de requérir la suppression de leur nom dans la raison sociale. — Bordeaux, 17 nov. 1873, précité. — V. *suprà*, n. 1082.

1094. — Mais il conviendrait, d'après la jurisprudence, de ne pas confondre avec les hypothèses qui viennent d'être énumérées le cas où l'associé qui décède est remplacé dans la société, conformément aux statuts sociaux, par ses héritiers, tout au moins lorsque ces héritiers (les fils, par exemple) portent le nom de leur auteur. Si la société n'est pas dissoute, ni même transformée, elle se continue entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé, de sorte que cette société ainsi continuée peut conserver la raison sociale qui n'a pas cessé d'en être l'expression, et, par conséquent, contracter et agir sous cette raison. — Cass., 10 janv. 1870, Anduz-Faris, [S. 70.1.157, P. 70.373, D. 70.1.60] — V. Alauzet, t. 1, n. 243; Delangle, t. 2, n. 58; Troplong, n. 959.

1095. — Cette formule nous paraît trop abolue. La raison sociale, devant exactement renseigner les tiers sur le personnel *actuel* de la société, doit leur faire connaître non seulement le nom, mais aussi la qualité de ceux dont les noms sont incorporés à la raison : une mention spéciale et explicite doit donc aviser les intéressés qu'au fondateur de la maison ont succédé, soit sa veuve, soit ses fils. Sans doute, le nom du fondateur peut être maintenu, en quelque sorte à titre d'enseigne; mais à la condition que les associés actuels se présentent au public, sous une raison sociale *nouvelle*, comme ses *successeurs*, afin d'éviter toute confusion. Soit une maison Dupont, Laurent et Cie; Dupont étant décédé et remplacé dans la société par sa veuve ou par ses fils, la raison sociale devra être ainsi libellée : Ve Dupont, Laurent et Cie, ou Dupont fils, Laurent et Cie, sauf aux parties à ajouter, pour bien faire ressortir l'ancienneté de la maison : Ancienne maison Dupont-Laurent », ou successeurs de Dupont-Laurent. — Paris, 21 mars 1887, Herdsieck, [D. 88.2.165] — Par ce moyen, seront aisément conciliés les intérêts des nouveaux chefs de la maison et ceux du public.

1096. — Jugé dans le même ordre d'idées que la société contractée sous la raison veuve un tel et fils, entre la veuve et les enfants d'un négociant, lesquels ont continué sans interruption, sans inventaire, sans liquidation préalable, le commerce que ce négociant faisait sous la raison un tel et Cie, et qui, en outre, ont payé des dettes par lui contractées sous cette raison, ne peut par cela seul être réputée une continuation de la société primitive, et rester passible des mêmes actions. Ces actions ne peuvent être intentées que comme les actions ordinaires contre les héritiers détenteurs de la succession. — Agen, 4 août 1807, Boscq, [S. et P. chr.]

1097. — Les modifications nécessitées dans la raison sociale par les changements survenus dans le personnel doivent être complétées par les mesures de publicité précédemment analysées (V. *suprà*, n. 181 et s.). Ce principe était admis déjà sous l'empire de la loi ancienne. Ainsi jugé que l'arrêt qui ordonne un changement de raison sociale n'est pleinement exécuté qu'autant que les parties condamnées à opérer ce changement se sont conformées aux art. 42, 43, 44 et 46, C. comm. Les modifications que ces parties prétendent avoir faites à leurs étiquettes, les lettres qu'elles disent avoir adressées à leurs correspondants pour leur annoncer le changement de leur raison de société ne peuvent suppléer aux formalités de publications prescrites par les articles précités. — Grenoble, 23 juin 1846, Tignet et Cade, [S. 47.2.367, P. 47.2.216] — Cette solution n'a pas cessé d'être vraie. La publicité de fait, résultant des étiquettes, marques, en-tête de lettre, avis par la voie de la presse ou par lettres-circulaires, réclames, etc., ne saurait en aucun cas remplacer la publicité légale à laquelle la loi de 1867 (art. 55 et s.) soumet toute les modifications aux statuts.

1098. — Mais cette publicité légale ne suffit-elle pas en toute occurrence, ou doit-elle parfois être complétée par une publicité de fait, du genre de celle dont nous venons de parler? Ainsi posée, la question n'est pas susceptible d'une réponse absolue. En principe, la publicité légale suffit; toutefois, les principes généraux de la concurrence déloyale rendront souvent nécessaires certaines mesures complémentaires destinées à prévenir toute confusion dans l'esprit du public, notamment certains changements dans la marque à laquelle aurait été incorporé le nom d'un associé, retiré depuis lors de la société. — V. *suprà*, v° *Concurrence déloyale*, n. 118 et s., 325 et s.

1099. — Ainsi, en l'état d'une clause des statuts d'une société, portant que la raison sociale sera X... et Cie, tant que X... conservera le titre de gérant responsable, et que, dans le cas où X... donnera sa démission, la société conservera son ancienne dénomination, mais ne pourra plus employer la raison sociale, qui est la propriété de l'associé en nom, — il appartient aux juges du fait de décider, par une interprétation souveraine des statuts, que le gérant qui a donné sa démission a le droit absolu d'interdire à son successeur de conserver dans les marques de la société les mots X... et Cie; les termes nets et précis desdites stipulations ne permettent pas de distinguer entre la raison sociale et la marque de fabrique. — Cass., 19 mars 1902, Soc. des propriétaires vinicoles de Cognac, [S. et P. 1902.1.351, D. 1902.1.494]

Section III.

Constitution interne de la société.

1100. — La loi de 1867 subordonne la constitution des sociétés par actions, en commandite ou anonymes, à l'accomplissement de tout un ensemble de formalités compliquées : tant que ces formalités ne sont pas terminées, la société ne peut légalement fonctionner. La société en nom collectif échappe à toutes ces exigences. Pourvu que les fondateurs se soient conformés aux prescriptions de l'art. 41, C. comm. (nécessité d'un écrit, V. *suprà*, n. 3 et s.), et que les conditions de fond requises pour la validité des sociétés en général (V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 139 et s.) soient réunies, la loi est satisfaite, et les parties peuvent fixer à leur gré la date à laquelle la société commencera à fonctionner. A défaut d'indication contraire, cette date se confond avec celle des statuts eux-mêmes. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 245.

§ 1. *De la gérance.*

1101. — La gérance des sociétés en nom collectif est régie par les mêmes principes que celle des sociétés civiles sous certaines modifications, toutefois, se rattachant les unes à la nécessité, spéciale aux sociétés commerciales, de publier toutes les modifications aux statuts (V. *suprà*, n. 122 et s.), les autres aux exigences et aux usages de commerce, dont l'effet est de conférer aux gérants des sociétés de commerce des pouvoirs plus éten-

dus, à certains égards, que ceux dont jouissent communément les gérants de sociétés civiles. Nous n'insisterons que sur ces particularités, renvoyant pour l'étude des règles communes à nos développements, sur les sociétés civiles. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 415 et s., 518 et s.

1102. — Comme les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif peuvent être administrées concurremment par tous les associés (C. civ., art. 1859), ou seulement par un ou plusieurs gérants, nommés par les statuts ou par délibération spéciale postérieure, et dont la nomination est rendue publique dans les formes précédemment étudiées.

1103. — A défaut de nomination de gérants, chaque associé est censé avoir été autorisé par les autres à administrer pour le compte commun, auquel cas les actes de gestion émanés d'un seul sont obligatoires pour tous les autres, ceux-ci ayant seulement un droit de *veto* avant la conclusion de l'acte (C. civ., art. 1859-1°). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 416 et s.

1104. — Que si des gérants ont été désignés, soit par les statuts, soit par acte postérieur, eux seuls ont qualité pour engager la société; mais l'acte qui les investit n'est opposable aux tiers, alors surtout qu'il tend à restreindre leurs pouvoirs dans des limites plus étroites que celles admises de droit commun, qu'à la condition d'avoir été publié dans les formes légales. A ce dernier point de vue, la société en nom collectif, soumise au régime de publicité institué par les art. 55 et s. de la loi de 1867, se différencie nettement des sociétés civiles, pour lesquelles aucune publicité légale n'a été prévue. — Cass., 22 déc. 1874, Ranvier, [S. 75.1.104, P. 75.253, D. 75.1.255] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 287; Pont, n. 1363; Houpin, t. 1, n. 186.

1105. — Le plus souvent, le gérant d'une société en nom collectif est un associé; toutefois ce pourrait aussi être un étranger. A cet égard, les sociétés en nom collectif sont soumises au même régime que les sociétés civiles, et se différencient au contraire des sociétés anonymes, dont les administrateurs doivent être actionnaires. La société peut avoir un ou plusieurs gérants; le nombre n'en est pas limité légalement.

1° Nomination du ou des gérants.

1106. — Le Code de commerce étant muet sur ce point, il convient d'appliquer sans modification les règles exposées *suprà*, v° *Société civile*, n. 440 et s., à propos des sociétés civiles. Il nous suffira de rappeler que, tandis que le gérant *statutaire* tient nécessairement ses pouvoirs de la volonté concurrente de tous les associés originaires, le gérant désigné *ex post facto* peut n'être l'élu que de la majorité. Il en serait ainsi dans le cas où les statuts, sans désigner eux-mêmes le gérant, auraient expressément prévu cette désignation. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 252; Pont, n. 499; Houpin, t. 1, n. 96 et 184.

1107. — La loi commerciale ne contient aucune disposition restrictive concernant la durée des fonctions des gérants. Il en résulte que tandis que les administrateurs de sociétés anonymes ne sont nommés que pour une période restreinte (L. 24 juill. 1867, art. 25), les gérants de sociétés en nom collectif peuvent être nommés pour toute la durée de la société. Toutefois, rien n'empêcherait les fondateurs de limiter par une clause statutaire la durée des fonctions du ou des gérants. Les statuts pourraient établir un roulement entre les associés, ou prescrire simplement la nécessité du remplacement des gérants au bout d'un certain laps de temps. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 255.

1108. — Il n'est pas interdit, en droit français, de gérer concurremment deux ou plusieurs sociétés commerciales. La liberté d'action des gérants n'est limitée à ce point de vue que par les statuts des sociétés qu'ils administrent, lesquels peuvent valablement interdire ce cumul, et par la nécessité de prévenir toutes les formes de concurrence déloyale. C'est ainsi qu'en thèse générale un gérant commet un acte répréhensible, engageant gravement sa responsabilité, en acceptant les fonctions de gérant d'une société nouvelle, constituée manifestement en vue d'exploiter la même branche d'industrie que l'ancienne et de lui faire concurrence sur son propre terrain.

1109. — Jugé, sous le bénéfice de cette réserve nécessaire, qu'aucune loi n'interdisant à la même personne de faire partie de plusieurs sociétés et d'être gérant de deux sociétés différentes, il en résulte que le gérant de deux sociétés peut arrêter, en cette qualité, les comptes d'une de ces sociétés avec l'autre. — Cass., 4 déc. 1854, Legrinier, [S. 56.1.592, P. 56.2.174, D. 55.1.22]

1110. — *Rémunération.* — [illegible] le mandat des gérants est [illegible] des [illegible] sont toujours rémunérés [illegible] à défaut de dispositions statutaires indiquant le m[illegible], et, le plus souvent, tant pour [illegible] de l'entreprise, ainsi que le [illegible] de commerce pourrait à la requête des gérants en fixer le taux, en s'inspirant des usages de la place [illegible] et de l'importance de la société. — Rennes, 21 juin 1841, [illegible], P. chr. — V. Pont, n. 1348; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. [illegible]; Thaller, n. 303; Houpin, t. 1, n. 188.

1111. — Que si les statuts accordent à l'associé gérant, pour ses peines et soins, une commission dont le règlement est [illegible] conforme à l'usage suivi sur telles places de commerce, c'est aux tribunaux qu'il appartient, en cas de contestation, de faire application de ces usages. Dans le cas où des divergences existeraient sur le taux de la commission, entre les usages des différentes places désignées, le juge (l'arrêt parle d'arbitres, mais depuis 1856, les arbitres forcés ont fait place aux juges consulaires) n'excéderait pas ses pouvoirs en prenant un moyen terme entre les divers taux usités. — Même arrêt.

1112. — Quant à l'associé non gérant, investi par la confiance de ses coassociés d'un mandat temporaire et limité, son mandat, même conféré par les statuts, est gratuit s'il n'en a été autrement spécifié. Tel serait le mandat donné par un acte de société en nom collectif à l'un des associés d'effectuer l'armement de trois navires : l'associé, après s'en être acquitté par lui-même ou par fondé de pouvoir, ne saurait donc être admis à se plaindre de la modicité de l'indemnité, purement gracieuse, qui lui aurait été allouée de ce chef.

1113. — Que si le gérant est un étranger, le fait de la participation aux bénéfices à lui conférée, en sus de son traitement fixe ne saurait lui imprimer la qualité d'associé (Sur la différence entre un associé et un commis intéressé, V. *suprà*, v° *Commis*, n. 34 et s.). Jugé en conséquence que ce gérant étranger ne peut critiquer la vente que le propriétaire du fonds de commerce en aurait faite à un tiers, ni refuser de rendre à l'acquéreur le compte de gestion dont il était tenu envers le vendeur. — Bordeaux, 13 mai 1846, Bolber, [S. 47.2.43, P. 47.1.255] — V. aussi Lyon, 30 mai 1838, P..., [S. 38.2.426, P. 45.2.390]; — 21 févr. 1844, Suie, [S. 45.2.422, P. 45.2.390, D. 45.2.146]

2° Cessation des fonctions de gérant.

1114. — Les règles exposées, *suprà*, v° *Société civile*, n. 443 et s., sur la révocabilité *ad nutum* des gérants ordinaires, et sur l'irrévocabilité des gérants statutaires, sauf le droit pour le tribunal de relever ceux-ci de leurs fonctions pour justes motifs, s'appliquent sans aucun changement aux sociétés en nom collectif.

1115. — Il en est de même de la différence à établir, au point de vue du droit de démission, entre le gérant ordinaire, qui peut démissionner librement (sauf dommages-intérêts si cette démission est donnée à contre-temps), et le gérant statutaire, qui ne jouit pas de cette faculté, et n'a d'autre ressource, s'il ne croit pas pouvoir conserver ses fonctions, que de se faire autoriser par jugement motivé à les résigner.

1116. — Si le gérant statutaire d'une société en nom collectif ne peut démissionner, à plus forte raison ne peut-il céder la gérance à un tiers, les fonctions qu'il exerce étant essentiellement personnelles et intransmissibles, aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. — Lyon, 5 févr. 1846, Larose, [S. 47.2.76, P. 46.1.36, D. 47.4.5]; — Trib. comm. Marseille, 17 janv. 1879, [*Rec. jur. Mar.*, 79.1.79] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 257; Houpin, t. 1, n. 185; Thaller, n. 305.

1117. — Mais le gérant peut s'adjoindre des auxiliaires, voire même déléguer tout ou partie de ses attributions à un tiers, dit *fondé de pouvoir*, dont la désignation doit, dans la règle, être portée à la connaissance des tiers, tout au moins des correspondants habituels de la société. Cette substitution n'a pas besoin d'être autorisée par le motif que le gérant [illegible] fondé de pouvoir et répond de tous ses actes, à moins de disposition contraire dans les statuts.

1118. — Le fondé de pouvoir ne doit pas être confondu avec les commis principaux, investis de la direction d'un service (caisse, achats et ventes, etc.). Le gérant répond de tous les actes de son fondé de pouvoir, dont la personnalité n'est qu'un

reflet de la sienne propre, tandis qu'il ne saurait être rendu personnellement responsable des fautes ou malversations d'un caissier, par exemple, qu'autant que l'on relèverait à sa charge des faits de négligence (défaut de contrôle, absence prolongée, etc.), susceptibles d'engager sa responsabilité dans les termes du droit commun. — Thaller, p. 195, note 1.

3° *Pouvoirs du gérant.*

1119. — Le gérant d'une société en nom collectif est un mandataire général, ayant qualité par conséquent pour accomplir sans autorisation spéciale tous actes d'administration, sauf ceux qu'une clause expresse des statuts, d'ailleurs soumise à publicité pour être opposable aux tiers, lui interdirait. — Cass., 31 oct. 1887, Moujo, [S. 90.1.218, P. 90.1.524, D. 88.1.472]

1120. — En d'autres termes, et à défaut de limitation précise dans l'acte de société, le pouvoir des gérants consiste à faire tout ce qui est nécessaire pour l'administration de la société. Dans ces limites, ils engagent leurs coassociés envers les tiers, personnellement et solidairement (V. *infrà*, n. 1219 et s.), sauf le droit des coassociés de les rendre responsables de leur mauvaise gestion. — Pardessus, n. 1013; Malepeyre et Jourdain, p. 120; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 259; Houpin, t. 1, n. 185.

1121. — Faut-il donc dire que les pouvoirs du gérant d'une société en nom collectif sont identiquement les mêmes que ceux d'un gérant de société civile, et nous suffit-il de procéder ici encore par voie de référence à nos explications précédentes, concernant les sociétés civiles? Cette conclusion serait erronée, l'expression même d'actes d'administration étant des plus élastiques, et comportant par la force des choses, en matière commerciale, une interprétation sensiblement plus large qu'en matière civile. — Mêmes auteurs.

1122. — En réalité, les pouvoirs d'un gérant de société en nom collectif comportent l'accomplissement d'une double série d'actes juridiques : *a*) Les actes conservatoires du patrimoine social, *lato sensu* : interruption de prescription, prise d'inscriptions hypothécaires, réception des sommes dues et décharges, poursuites contre les débiteurs de la société, exercice des actions en justice tant en demandant, etc. Ainsi, les gérants d'une société commerciale qui, aux termes de l'acte de société, ont la signature sociale, ont pouvoir de donner, en suite du paiement, mainlevée des inscriptions hypothécaires garantissant les créances sociales. — Caen, 15 juill. 1850, sous Cass., 7 janv. 1852, Paysant, [P. 52.1.271] — Trib. Seine, 9 juill. 1898, [*J. des soc.*, 99.38] — A tous ces points de vue, les pouvoirs du gérant de société en nom collectif ne sont pas autres que ceux d'un gérant de société civile. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 464 et s.

1123. — C'est à eux qu'il appartient de représenter la société devant toutes les juridictions. L'assignation donnée au gérant mentionne simplement la raison sociale, sans qu'il soit besoin d'y faire figurer ni les noms et domicile précis des gérants, ni à plus forte raison ceux des associés non gérants (C. proc. civ., art. 59). — Cass., 29 janv. 1839, Rabel, [S. 39.1.90, P. 39.1.99] — V. Pont, n. 1367; Troplong, n. 691; Houpin, t. 1, n. 185; Lyon-Caen et Renault, t. 7, n. 259.

1124. — *b*) Tous les actes se rattachant à l'exercice du commerce, nécessités par le fonctionnement normal de l'entreprise. A ce second point de vue, la conception un peu étroite du mandat civil doit être écartée. Comme le fait justement remarquer Pardessus (t. 4, n. 1022), il faut se garder de donner au mot *administration*, lorsqu'il s'agit de société commerciale, le sens restreint qu'on lui prête en droit civil, lorsqu'il s'agit d'un tuteur, d'un curateur, ou de tout autre administrateur nommé par justice. L'administration s'entend ici de l'ensemble des actes nécessaires pour atteindre le but que les associés se sont proposé dans l'acte social.

1125. — En d'autres termes, le gérant d'une société en nom collectif est, par procuration ou délégation de l'être social, un véritable commerçant. Il a donc pouvoir d'accomplir tous les actes rentrant dans l'exercice normal de la profession commerciale, et, plus spécialement, tous ceux que nécessite la nature particulière du commerce en vue duquel la société s'est constituée. Tels sont, notamment : tous achats ou ventes de marchandises, matières premières ou produits fabriqués, au comptant ou à terme; tous contrats relatifs aux locaux dans lesquels s'exercent le commerce ou l'industrie, prise à bail desdits locaux, travaux d'aménagement et toutes réparations utiles aux immeubles et au matériel; tous contrats intéressant le personnel (embauchage d'ouvriers, commis et auxiliaires, conventions avec commissionnaires ou représentants de commerce, etc.).

1126. — ... Toutes opérations de crédit rentrant dans les usages ordinaires du commerce, et nécessaires à la marche régulière de l'entreprise, telles qu'émission, négociation, acceptation ou endossement d'effets de commerce, endossement de récépissés, warrants, lettres de voiture ou connaissements, renouvellement d'effets ; tous règlements de comptes et factures, même avec déduction de l'escompte, pourvu que ces règlements ne déguisent point de libéralités, qu'un gérant de société ne saurait faire sans excès de pouvoirs (V. *infrà*, n. 1150), etc. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 259 ; Houpin, t. 1, n. 185; Thaller, n. 316.

1127. — Un gérant de société peut même, à moins que les statuts ne restreignent sa liberté de ce chef, non seulement faire des actes de gestion courante, mais passer avec les correspondants de la société des marchés durables, liant la société pour un certain temps, tels que des marchés de fournitures.

1128. — ... Voire même, sauf controverse, former avec un tiers sous la raison sociale, comme tout négociant, une *association en participation*. Mais cette association évidemment ne serait qu'un acte de commerce ordinaire ; et quoiqu'un gérant ne puisse pas consentir seul à la retraite d'un de ses coassociés, il pourrait seul, d'accord avec le participant, dissoudre la participation. — Cass., 18 juill. 1832, Cor, [S. 33.1.476, P. chr.] — V. cependant en sens contraire, Cass., 31 oct. 1887, précité. — Il est vrai que dans l'espèce de ce dernier arrêt, les statuts interdisaient expressément à chaque associé, y compris l'associé gérant, de céder ou transporter ses droits dans la société, et que la conclusion d'une participation avec un tiers, en vue d'effectuer les mêmes opérations que la société et de partager le bénéfice, pouvait être considérée comme une violation du pacte. — Sur la question de savoir si le gérant pourrait, de sa propre autorité, faire entrer la société qu'il dirige dans une société plus vaste, dont la première deviendrait intégrante, question généralement résolue par la négative, V. *infrà*, n. 1160.

1129. — Le droit reconnu au gérant de conclure des marchés pour le compte de la société est si général qu'il ne comporte même pas d'exception pour le cas où il aurait dans l'opération un intérêt personnel. Aucun texte, en effet, n'interdit au gérant, en droit français, de conclure des marchés entre la société qu'il dirige et l'établissement distinct qu'il peut posséder : établissement que nous supposons non concurrent, le gérant ne pouvant sans manquer gravement à ses obligations essentielles faire concurrence à la société (V. *suprà*, n. 1108). « Banquier, il pourrait escompter le papier de la société; propriétaire d'une mine, lui faire des marchés de fournitures de charbon ». — Thaller, n. 316 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 263 ; Houpin, t. 1, n. 185.

1130. — Est-ce à dire que le gérant ait toute liberté pour jouer ainsi, dans une même opération juridique, les deux rôles opposés, celui de banquier escompteur, par exemple, en son nom personnel, et celui de client en qualité de gérant? Certains auteurs semblent l'admettre ; aucun texte, écrit M. Thaller (*op. cit.*), n'interdit à un administrateur de conclure ès-qualités, au nom d'autrui, une opération avec soi-même (*selbst contrahiren*) du droit allemand). Pourvu qu'il agisse *ostensiblement*, qu'il ne se dissimule pas derrière un homme de paille, auquel cas il devrait être manifestement soupçonné de s'être réservé une marge de bénéfices illimités aux dépens de l'actif social, l'opération est régulière (*Ibid.*, n. 317).

1131. — Ce point de vue nous semble un peu absolu. Il est parfaitement exact qu'en l'absence de toute prohibition formelle, les contrats ainsi conclus par le gérant, dans son intérêt personnel, sont juridiquement valables, et qu'il peut de ce chef, dans la faillite ou liquidation judiciaire de la société, produire comme créancier, sans qu'on puisse lui opposer une fin de non recevoir déduite de sa qualité de gérant. Il est certain également que l'on ne saurait étendre aux sociétés par intérêt les dispositions restrictives de la loi de 1867 (art. 40), entourant de certaines garanties les marchés passés par les administrateurs de sociétés anonymes, en leur nom propre, avec la société qu'ils représentent.

1132. — Mais il convient de ne pas perdre de vue que le gérant engage sa responsabilité par ses actes, et qu'il peut être condamné à des dommages-intérêts envers la société à raison des fautes de gestion dont il peut s'être rendu coupable. Or il est impossible de ne pas considérer comme une faute le fait, de

la part d'un gérant, de passer un tel marché sans prendre les mesures nécessaires pour faire disparaître toutes causes de suspicion ; la mesure la plus simple, la seule pratique, consistera, de la part du gérant intéressé, à traiter avec ses cogérants, pris en la circonstance comme représentant la société, ou, s'il est seul gérant, avec le ou les associés désignés spécialement à cet effet. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

1133. — Si le gérant d'une société en nom collectif jouit d'une latitude absolue pour tous les actes d'administration ou d'exploitation commerciale, par contre, on ne saurait lui reconnaître, à moins de pouvoirs spéciaux à lui conférés par les statuts, le droit de faire des actes de disposition. Seul en principe le propriétaire peut accomplir librement des actes de cette nature ; or le gérant n'est qu'un administrateur de la fortune d'autrui.

1134. — Mais si le principe est certain, les applications en sont souvent délicates, et rien n'est plus difficile parfois que de tracer une ligne de démarcation précise entre les actes d'administration et ceux de disposition. C'est ainsi en particulier qu'un acte d'aliénation sera, tantôt un simple acte de gestion, tantôt un acte de disposition au premier chef. Ici, le critérium de la distinction résidera ordinairement, et sauf exception résultant de l'objet de la société, dans le caractère mobilier ou immobilier de l'objet.

1135. — En thèse générale, les aliénations de mobilier, sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard entre le mobilier corporel (marchandises, matériel) et le mobilier incorporel (titres, créances, effets de commerce), sous réserve de ce qui sera dit plus tard, sur le *fonds de commerce*, sont à considérer comme de simples actes d'administration, permis au gérant ès-qualités. Ce principe ne recevrait même pas exception au regard des valeurs sociales composant le *fonds de réserve*, la constitution d'un tel fonds, obligatoire dans les sociétés anonymes (V. *infrà*, n. 4429 et s.), étant absolument facultative dans les autres types de sociétés commerciales.

1136. — Jugé, en ce sens, que lorsqu'un acte de société a prescrit le prélèvement d'une somme, pour servir de gage, avec le mobilier de la société, à tous les bailleurs de fonds, sans déterminer l'emploi de cette somme, les gérants ont pu, sans sortir des attributions de leur administration intérieure, affecter cette somme au paiement du mobilier acheté dans l'intérêt de la société. — Cass., 26 avr. 1836, Divac, [P. chr.]

1137. — Lorsqu'un associé a stipulé qu'il resterait étranger à tous appels de fonds pour le paiement du mobilier, les gérants n'en sont pas moins en droit d'user de la signature sociale pour faire face aux engagements de cette nature ; sauf le recours de l'associé contre eux en cas de poursuite. — Même arrêt.

1138. — Par contre, les aliénations immobilières ont incontestablement le caractère d'actes de dispositions qui, de droit commun, excèdent les pouvoirs du gérant. En conséquence, le gérant ne peut, sans pouvoir spéciaux à cet effet résultant soit des statuts, soit d'actes postérieurs, ni aliéner tout ou partie des immeubles dépendant de l'actif social, usine, fonds bâtis ou non bâtis, concessions minières ou redevances tréfoncières... — Cass., 27 janv. 1868 (motifs), Poupillier, [S. 68.1.53, P. 68.120, D. 69.1.410] — Nancy, 20 mars 1879, [*J. des soc.*, 80.328] — *Sic*, Delangle, t. 1, n. 146 ; Pardessus, t. 3, n. 1014 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 260 ; Troplong, n. 682 ; Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 216 ; Houpin, t. 1, n. 185.

1139. — ... Ni les hypothéquer. — Mêmes arrêts. — V. aussi Cass., 23 déc. 1885, Caisse industr. du Nord, [S. 86.1.145, P. 86.1.353, D. 86.1.261] ; — 3 déc. 1889 (motifs), Soc. métall. de Tarn-et-Garonne [S. 91.1.525, P. 91.1.1280, D. 90.1.105] — Mêmes auteurs. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1837 et s., et v° *Société civile*, n. 480.

1140. — Mais le mandat exprès déclaré nécessaire par l'art. 1988, C. civ., pour la validité de la concession d'hypothèque, peut, à défaut par la loi d'avoir déterminé aucune forme sacramentelle, s'induire des termes et de l'objet de l'acte d'où l'on prétend le faire résulter, et, à cet égard, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation. Ainsi, la clause d'un acte de société commerciale, qui donne au gérant tous les pouvoirs « pour faire exécuter les travaux nécessaires à la construction d'une usine », et pour « traiter de tout ce qui est nécessaire à la marche des affaires et à l'établissement de la société », peut être interprété par les juges du fond comme contenant autorisation pour ce gérant d'hypothéquer les immeubles sociaux à la sûreté des emprunts faits dans l'intérêt de la société. — Cass., 8 nov. 1869, Jouart, [S. 70.1.23, P. 70.35, D. 72.1.195]

1141. — Du reste, lorsque les statuts autorisent l'hypothèque sur les immeubles sociaux, il importe peu que le gérant qui la consent soit un autre que celui qui avait la gérance lors de la constitution de la société. Le pouvoir d'hypothéquer est en effet conféré à la gérance, et non à tel ou tel gérant. — Cass., 23 déc. 1885, précité.

1142. — Il est bien évident d'ailleurs, que si, dans le silence de l'acte social, le gérant d'une société commerciale ne peut hypothéquer un immeuble dépendant de la société, rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque soit valablement consentie par la société elle-même représentée par tous les associés. — Cass., 27 janv. 1868.

1143. — Peu importe que l'affectation hypothécaire ait eu lieu pour garantir la dette personnelle de l'un des associés alors d'ailleurs qu'il est reconnu que l'extinction de la dette de cet associé importait à la société elle-même, que l'affectation hypothécaire a été consentie antérieurement aux engagements sociaux, et que les créanciers sociaux en ont eu ou pu avoir connaissance, qu'enfin tout s'est passé avec une entière bonne foi. — Même arrêt.

1144. — Toutefois, quand la société s'est formée dans le but spécial d'acheter et de revendre des immeubles, un seul des associés peut, en agissant au nom de la société, et en signant de la raison sociale, vendre des immeubles appartenant à la société. — Cass., 10 mars 1818, Bobet, [S. et P. chr.] — ... Ou les hypothéquer. — V. auteurs précités. — Peu importe d'ailleurs, à cet égard, que la société en nom collectif soit, à raison de son objet immobilier, envisagée comme une société civile à forme commerciale ou comme une société commerciale.

1145. — Toutefois, la cour de Rennes a jugé en sens contraire que, lorsqu'une société commerciale a pour objet l'achat et la revente de biens-fonds, la vente d'un immeuble faite par l'un des associés seul n'engage pas la société, et que le créancier inscrit d'un autre associé peut exercer ses droits hypothécaires sur l'immeuble comme s'il n'avait pas été vendu. — Rennes, 22 avr. 1813, N..., [P. chr.] — Mais l'arrêt précédent nous semble plus conforme aux principes.

1146. — Si les gérants ne peuvent, sans mandat exprès, aliéner ou hypothéquer les immeubles sociaux, à plus forte raison ce droit ne saurait-il appartenir aux associés non gérants, lesquels n'ont pas qualité pour disposer d'un élément quelconque de l'actif, même mobilier. Ainsi, il y a excès de pouvoir de la part de l'associé qui, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, aliène, sans le concours de ses coassociés, le fonds social par une transaction faite avec l'Administration. En conséquence, l'associé peut, en ce cas, être condamné, à titre de dommages-intérêts, à tenir compte à la société de la différeuce entre le prix qu'il a reçu et celui que les sociétaires avaient fixé comme devant être réclamé. On ne saurait voir une ratification, de la part du coassocié, de l'aliénation faite sans son concours dans ce fait que, après le versement de l'indemnité dans la caisse sociale, il a reçu, sans faire de réserves, une partie de la somme qu'il était, dans tous les cas, appelé à toucher. — Douai, 25 févr. 1845, Marin et Bigant, [P. 45.1.595]

1147. — Est-ce à dire que chaque associé ne pourrait tout au moins après la dissolution, disposer pour sa part des immeubles sociaux? Il est incontestable que, nonobstant la survie de la personnalité de la société dissoute pour les besoins de la liquidation, les associés peuvent disposer de leurs droits indivis dans l'actif social, mais ils ne le peuvent que sous réserve des nécessités de la liquidation, ainsi que de l'effet résolutoire du partage (art. 883). Ainsi jugé que la vente d'un immeuble indivis entre deux associés, faite par l'un d'eux après la dissolution de la société, est valable pour la part de cet associé, mais à la charge du partage ou de la licitation. — Cass., 8 août 1819, Delarier, [P. chr.]

1148. — On devrait également considérer comme valable, mais aussi à la charge du partage ou de la licitation, l'hypothèque consentie par un des associés après la dissolution, sur sa part indivise. — Même arrêt (Motifs).

1149. — Il est une série d'autres actes qui, d'une manière plus ou moins absolue, seraient à considérer comme des actes de disposition, interdits au gérant. Nous citerons en premier lieu : l'aliénation du fonds de commerce, qui équivaudrait à l'anéantissement de la société, dont la durée est fixée par les

statuts, et ne saurait dépendre de la volonté du gérant. — Houpin, *op. cit.*

1150. — Sont également interdits au gérant tous actes de disposition à titre gratuit, à l'exception des gratifications d'usage au personnel. C'est ainsi, en particulier, qu'il lui est interdit, en principe, de faire remise d'une dette sociale, quel qu'en puisse être le chiffre.

1151. — Ce principe reçoit exception, cependant, d'après l'opinion générale, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire d'un débiteur de la société. La remise concordataire ayant plutôt le caractère d'un arrangement commercial, favorable (ou réputé tel) aux intérêts de toutes les parties en cause, que d'une libéralité, le gérant de la société créancière a des pouvoirs suffisants pour voter au concordat. — Pont, n. 1358; Houpin, t. 1, n. 185. — V. cep. Pardessus, t. 3, n. 1014.

1152. — En ce qui concerne la *transaction* ou le *compromis*, on propose parfois une distinction. Le gérant pourrait transiger ou compromettre sur les choses dont il a la disposition, par exemple sur des contestations relatives à des marchés, à des règlements d'effets, etc.; mais il ne le pourrait pas sur des difficultés concernant des immeubles. — Bédarride, n. 202; Pont, n. 1360; Troplong, n. 690; Ruben de Couder, v° *Société en commandite*, n. 205; Houpin, t. 1, n. 185. — Cependant, quelques auteurs lui reconnaissent, d'une manière générale, le pouvoir de transiger ou compromettre sur les litiges intéressant la société (Duvergier, n. 320; Pardessus, n. 1014; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 259, *in fine*); mais cette solution paraît difficilement conciliable avec le principe que le gérant ne peut valablement aliéner les immeubles. La faculté de transiger lui permettrait trop aisément, à l'aide d'un litige simulé, de dissimuler une aliénation. — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 150 et s.

1153. — La question de savoir si le gérant d'une société en nom collectif peut ou non *emprunter* pour les besoins du commerce qu'il dirige est également assez délicate. D'une part, en effet, il est bien difficile de dénier d'une façon absolue au gérant le droit de recourir au crédit, par exemple d'emprunter sur titres, ou sur marchandises pour la négociation d'un warrant, les sommes qui peuvent lui être indispensables à la veille d'une échéance. D'autre part, il est des emprunts considérables qui peuvent alourdir gravement la marche des affaires sociales, en paralyser le développement, et il serait excessif, semble-t-il, d'autoriser le gérant à les contracter sans autorisation spéciale. Comment résoudre cette antinomie ?

1154. — La jurisprudence a tourné la difficulté en évitant de se prononcer, et en se bornant à déclarer obligatoires pour la société les emprunts négociés par le gérant, sans mandat spécial, qui auraient tourné à son profit. — Cass., 24 mars 1852, La Ligérienne Tourangelle, [S. 52.1.436, P. 52.1.405, D. 52.1.109]; — 7 juill. 1868, Rostand, [S. 68.1.357, P. 68.926, D. 69.1.319]

1155. — Il a été jugé cependant, d'une manière générale, que les emprunts faits par le gérant d'une société en nom collectif *sous la signature sociale* obligent la société, quoique l'acte social n'ait pas conféré nommément au gérant le pouvoir d'emprunter. — Cass., 4 déc. 1854, Legrigner, [S. 56.1.592, P. 56.2.174, D. 55.1.22] — Mais au fond cet arrêt se rattache à la même doctrine que les précédents, car il s'agissait en l'espèce d'un emprunt contracté réellement dans l'intérêt de la société et ayant tourné à son profit.

1156. — *Quid*, si l'*in rem versum* a disparu en tout ou partie au moment de l'échéance? Il semble bien qu'en ce cas la société ne soit plus tenue envers le prêteur. Ainsi jugé que la société en nom collectif n'est pas obligée, en vertu de l'action *de in rem verso*, au paiement de l'emprunt contracté par l'un des associés, si celui-ci, après avoir versé les fonds dans la caisse sociale, les en a extraits par la suite au moyen de prélèvements successifs qui, en fin de compte, l'ont constitué débiteur de la société. — Amiens, 16 févr. 1901, [J. *La Loi*, 13 juin 1901]

1157. — Quant aux auteurs, ils distinguent ordinairement, suivant l'importance de l'emprunt eu égard au chiffre des opérations sociales. Un emprunt considérable excéderait les pouvoirs du gérant; mais celui-ci pourrait souscrire sans autorisation spéciale, un emprunt modique (emprunt sur titres, warrantage de marchandises déposées dans les magasins généraux), cette dernière opération pouvant être envisagée comme un simple acte d'administration. — Troplong, n. 684; Vavasseur, n. 163; Houpin, t. 1, n. 185.

1158. — Jugé, dans cet ordre d'idées, que l'associé d'une société en nom collectif, qui contracte un emprunt en spécifiant qu'il a pour but de donner de l'extension aux opérations sociales, ne saurait engager la société. Cette indication même, en effet, démontre qu'il ne s'agit pas ici d'une entreprise modique se rattachant au fonctionnement normal de l'entreprise, mais d'un emprunt important, destiné au contraire à modifier les conditions d'existence de la société. — Amiens, 16 févr. 1901, précité.

1159. — Par identité de motifs, il faudrait considérer comme excédant les pouvoirs du gérant un engagement contracté par lui en vue de faire disparaître une concurrence gênante, mais imposant à la société des obligations hors de proportion avec ses ressources. Tel serait le cas de la location d'un établissement rival de celui exploité par la société, alors que le prix de la location s'élève à un chiffre considérable : les coassociés du gérant seraient fondés à lui laisser cette opération pour compte. — Aix, 24 avr. 1899, [*Rec. Marseille*, 1900.1.62]

1160. — A plus forte raison doit-on tenir pour irrégulière et inopposable aux associés : 1° La fusion, consentie par le seul gérant de la société avec une société tierce, acte de disposition au premier chef, puisque la fusion anéantit les sociétés cocontractantes pour leur substituer un être social nouveau (V. *suprà*, n. 1053), ou apporte tout au moins au fonctionnement de celle des sociétés qui absorbe les autres sans disparaître elle-même des modifications profondes; d'où nécessité, en principe, d'une adhésion unanime des membres de chacune des sociétés. — Sur la théorie des fusions et transformations de sociétés, V. *infrà*, n. 5376 et s.

1161. — 2° La conclusion, avec les maisons concurrentes, « de syndicats, cartels, trusts ou autres combinaisons (Comptoirs de vente, etc.) », tendant à régulariser la production, et dans une certaine mesure à supprimer la concurrence. Les combinaisons de ce genre, même lorsqu'elles n'impliquent pas fusion réelle des sociétés syndiquées, n'en apportent pas moins au fonctionnement normal de chaque société des modifications profondes, qu'il ne saurait être au pouvoir du gérant d'apporter de sa propre autorité, sans consulter ses coassociés. — V. *suprà*, v° *Accaparement*, et *infrà*, v° *Syndicat professionnel.*

1162. — Jugé également que le gérant excéderait ses pouvoirs en accordant à l'un de ses employés une participation dans les bénéfices si importante qu'elle ferait à cet employé une situation équivalente à celle d'un associé et modifierait ainsi l'équilibre du pacte social. — Amiens, 5 août 1899, [*Rec. Amiens*, 99.254]

1163. — Et, à l'inverse, le gérant ne saurait, sans pouvoirs spéciaux, exclure un associé de la société. Mais, les pouvoirs des gérants étant déterminés par l'acte social, on a pu déclarer valable à l'égard de chacun des associés, pris individuellement, la décision par laquelle les administrateurs de la société, autorisés à cet effet, conformément aux statuts sociaux, par délibération de l'assemblée générale, prononcent l'élimination de quelques-uns des associés. Cette élimination libère les associés qui en sont l'objet de toute obligation solidaire vis-à-vis de leurs coassociés. — Cass., 5 juill. 1837, Sillac-Lapierre, [S. 37.1.765, P. 37.2.370]

1164. — Comment les pouvoirs spéciaux qui font défaut au gérant pour accomplir certains actes pourront-ils lui être conférés? Certains auteurs proposent la distinction suivante : s'agit-il d'actes excédant les limites des pouvoirs, communément reconnus au gérant, mais d'ailleurs conciliables avec les statuts et l'objet de la société, l'autorisation de les passer pourra être accordée au gérant par la *majorité* de ses coassociés. Cette majorité, dans le silence des statuts, doit se calculer par tête. Ce mode de computation, implicitement consacré par la loi de 1867 pour les sociétés de capitaux, doit à plus forte raison être admis dans les sociétés en nom collectif, où prévaut l'*intuitus personæ*. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 182. — V. aussi Deloison, t. 1, n. 188.

1165. — L'acte qu'il s'agit d'accomplir est-il au contraire antistatutaire, la majorité ne suffit plus. L'autorisation ici équivaut à une modification aux statuts; or, ainsi que nous le verrons (chap. 6, sect. 1), les modifications aux statuts ne peuvent être décidées qu'à l'unanimité, à moins qu'une clause expresse des statuts ne confère à l'assemblée des associés, statuant à la majorité, le droit de statuer : clause fréquente dans les sociétés par actions, mais fort rare dans les sociétés en nom collectif, dont les membres sont peu nombreux, et peuvent par conséquent se mettre d'accord aisément. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 268. — V. Rouen, 16 juill. 1880, [*Rec. du Havre*, 80.2.36]

1166. — Cette distinction conduit logiquement à décider que, lorsque les statuts restreignent par une clause expresse les pouvoirs ordinaires des gérants, interdisent par exemple les opérations à crédit, ou subordonnent la validité des émissions de billets à la signature de tous les associés ou de la majorité d'entre eux (V. Cass., 22 déc. 1874, Ranvier, S. 75.1.104, P. 75.253, D. 75.1.255) et que, au surplus ces clauses statutaires ont été portées à la connaissance des tiers par les modes légaux de publicité, il ne saurait dépendre de la majorité des associés de relever le gérant de cette interdiction statutaire. Cette autorisation serait une modification aux statuts déguisée; or toute modification suppose, si le contraire n'est exprimé dans les statuts primitifs, l'unanimité. — Bruxelles, 9 mai 1808, Drion, [P. chr.] — Sur la question de savoir dans quel cas le gérant oblige la société par les actes accomplis sous la signature sociale, mais en dehors de ses pouvoirs, V. *infrà*, n. 1327 et s.

1167. — Mais une fraction importante de la doctrine et, semble-t-il, la Cour suprême repoussent la distinction précédente, et décident que le gérant ne peut régulièrement accomplir un acte excédant ses pouvoirs, tels qu'ils résultent soit de la loi ou de la coutume commerciale, soit des statuts, qu'à la condition d'y avoir été autorisé par l'unanimité des associés. Il n'y aurait donc pas lieu de rechercher si l'acte est, ou non, antistatutaire. — Thaller, note sous D. 93.1.107; Houpin, t. 1, n. 190.

1168. — Sur la question de savoir si et dans quelle mesure le gérant peut obliger la société par ses délits, V. *infrà*, n. 1339 et s.

1169. — En cas de pluralité de gérants les art. 1857 et s., C. civ., s'appliquent sans modification. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 488 et s.

§ 2. *Rapports juridiques des associés non gérants entre eux et avec les tiers.*

1° *Participation aux bénéfices et aux pertes.*

1170. — Les fondateurs règlent, à leur gré, dans les statuts, le mode de répartition des bénéfices et des pertes entre les associés, à la seule condition de se conformer à l'art. 1855, lequel prohibe toute convention tendant à attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices ou à affranchir l'un d'entre eux de toute contribution aux pertes. A défaut de règlement statutaire, il convient d'appliquer les prescriptions des art. 1853 à 1855, C. civ. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 256 et s.

1171. — Nous relèverons, toutefois, entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, une différence concernant le mode de constatation des bénéfices. Pratiquement, on conçoit difficilement qu'une société civile puisse s'abstenir de tout inventaire périodique; mais théoriquement, elle n'y est pas tenue; tandis que les sociétés commerciales sont rigoureusement astreintes à la tenue des livres et à la confection d'un inventaire annuel, dans les conditions déterminées par les art. 8 et s., C. comm. — Houpin, t. 1, n. 193. — V. aussi, Léautey, *Traité des inventaires et bilans*.

1172. — Les statuts peuvent valablement déterminer un délai passé lequel les résultats de l'inventaire seront irrévocables, s'ils ne sont critiqués dans ledit délai. Après cette date, la rectification des erreurs matérielles serait seule permise. — Lyon, 31 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.216]

1173. — Mais, dans le silence des statuts, les pouvoirs de révision des tribunaux sont beaucoup plus larges. Jugé, en ce sens, que les inventaires d'une société commerciale (même se rapportant à des exercices définitivement réglés) peuvent, comme les autres écritures imposées aux commerçants, être rectifiés par les tribunaux en cas d'erreurs ou d'omissions de nature à porter atteinte aux conventions stipulées dans l'acte de société pour le règlement des droits entre les associés. — Cass., 21 juill. 1884, Collette, [S. 86.1.291, P. 86.1.708, D. 85.1.471]

1174. — Les clauses limitant la contribution aux pertes de certains associés sont licites, même dans la société en nom collectif. Mais de telles clauses ne sauraient avoir d'effet que dans les rapports des associés entre eux, la solidarité étant, au regard des tiers, la loi stricte des sociétés de ce type. — V. *infrà*, n. 1210 et s.

1175. — En général, dans les sociétés commerciales, les bénéfices nets sont annuellement répartis, sous déduction des sommes reportées au fonds de réserve, s'il y a lieu. Signalons ici, en passant, le caractère facultatif du fonds de réserve dans toutes sociétés commerciales autres que la société anonyme (V. *suprà*, n. 1155). Mais les associés pourraient-ils stipuler le paiement d'un *intérêt fixe*, à tout événement, *même en l'absence des bénéfices*, des apports par eux effectués? N'y aurait-il pas dans une clause de ce genre une violation du principe de la fixité du capital, corollaire de la publicité légale, une sorte de distribution irrégulière de dividendes fictifs? La jurisprudence se prononce pour la validité de cette clause, et considère que cette allocation d'un intérêt fixe à tout événement doit s'imputer sur les frais généraux. — Lyon, 31 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.216] — La question n'en est pas moins très-délicate; nous l'étudierons ultérieurement, à propos des sociétés en commandite et des sociétés anonymes, où elle présente une importance pratique considérable, précisément à raison de la limitation de la participation aux pertes des commanditaires ou actionnaires au montant de leurs apports. — V. *infrà*, n. 4620 et s.

1176. — Une question connexe de la précédente, également controversée, est celle de savoir si l'on doit tenir pour réguliers et non sujets à rapport les prélèvements périodiques stipulés par les associés? Dans un premier système, on décide que les prélèvements que l'acte social autorise les associés à faire mensuellement, pour leurs besoins particuliers, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, doivent être considérés, non comme définitivement acquis, mais comme des avances faites à chacun des associés sur ce qui lui reviendra lors du partage des bénéfices, et dont, par suite, il est dû compte à la société. — Bordeaux, 1er août 1865, Glady, [S. 66.2.182, P. 66.715]

1177. — Jugé toutefois, en sens contraire, que les traitements et frais de ménage alloués aux associés par l'acte de société doivent être considérés, en principe, comme frais généraux quand le chiffre n'en est pas exagéré. — Aix, 1er mai 1869, Pouget, [S. 70.2.150, P. 70.599] — Par suite, le commis intéressé de la société ne peut réclamer sa quote-part de bénéfices que prélèvement fait de ces dépenses. — Même arrêt.

2° *De la concurrence faite par l'associé à la société.*

1178. — Ici s'applique l'art. 1847, C. civ., obligeant les apporteurs en industrie à tenir compte à la société de tous les gains par eux réalisés dans la même branche d'industrie que celle exploitée par la société. Pour les autres, le seul texte applicable est l'art. 1382, C. civ., lequel permet de réprimer tous les actes caractérisés de concurrence déloyale.

1179. — ... A moins toutefois qu'une clause formelle des statuts n'interdise à tous associés de se livrer à un commerce concurrent ou n'en subordonne l'exercice à certaines conditions restrictives, dont il appartient aux tribunaux de déterminer la portée et de surveiller l'observation. Jugé, en vertu de ce pouvoir d'interprétation, que la convention par laquelle deux individus se sont interdit de prendre des actions dans une compagnie rivale n'empêche point ceux auxquels ces sociétés ont affermé l'exploitation de leur industrie de se lier d'intérêt avec ladite compagnie. Cependant si, le bail étant suspendu dans un cas prévu, ces fermiers ne devaient plus être considérés que comme agents salariés ou simples préposés, leur fait deviendrait alors celui de la société qu'ils représentent. En conséquence, si dans cette nouvelle position, ils prenaient un intérêt dans la compagnie contre la rivalité de laquelle les deux sociétés contractantes ont voulu se prémunir, la société dont ils sont les agents se trouverait, par leur fait, en contravention, et passible de la peine convenue : alors surtout que le gérant n'a pris aucune mesure, ni dirigé aucun acte d'opposition contre le fait de ces préposés. — Bordeaux, 18 août 1841, Comp. gén. des bateaux à vapeur du haut de la Garonne, [P. 42.1.55]

3° *Droit de contrôle des associés sur les actes du gérant. Responsabilité de celui-ci.*

1180. — Bien que la loi n'interdise pas expressément aux associés en nom collectif, non gérants, de s'immiscer dans la gestion, comme elle le fait pour les commanditaires (V. *infrà*, n. 1540 et s.), il est certain que ces associés ne sauraient être admis à paralyser la liberté d'action du gérant par une intrusion habituelle dans son administration. Liberté et responsabilité vont de pair; mais le gérant a le droit d'exciper de cette responsabi-

lité même pour se refuser à tenir compte des injonctions ou prohibitions des associés. — Trib. comm. Seine, 12 janv. 1897, [*J. des trib. de comm.*, 98.272]

1181. — Toutefois on s'accorde généralement à établir, à ce point de vue, une distinction essentielle entre le gérant statutaire et le gérant nommé par délibération postérieure. Le premier, de par les statuts, jouit d'une liberté pleine et entière, tempérée uniquement par sa responsabilité; le second ne peut sans doute recevoir d'injonction formelle, mais ses actes peuvent être arrêtés par un *veto* formel des associés. Et si, parmi les associés, les uns sont opposés, les autres favorables à l'acte que le gérant prétend accomplir, la majorité décide. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 268; Houpin, t. 1, n. 190.

1182. — Mais, si les associés ne peuvent se substituer aux gérants, du moins sont-ils investis d'un pouvoir général de contrôle. Ils peuvent notamment, même en l'absence de contestation, réclamer la communication des livres (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 253; Pardessus, n. 1018; Houpin, *op. cit.* — V. Trib. Nantes, 25 nov. 1896, *J. des soc.*, 97.364), ou faire vérifier la comptabilité par un expert (Paris, 30 oct. 1888, *Rev. des soc.*, 99. 127), pourvu toutefois que cet expert se limite dans le mandat précis qui lui est dévolu.

1183. — Les associés ne sauraient renoncer à l'avance à ce pouvoir de contrôle, qui est leur seule garantie contre l'arbitraire de gérant. Aussi la Cour suprême a-t-elle pu décider à bon droit que, lorsqu'il a été jugé entre un associé et des gérants qu'en vertu d'une transaction passée entre eux, ces derniers avaient été dispensés de recommencer des inventaires, à partir de l'origine de la société, il n'en résulte pas pour eux, la dispense de tenir des livres réguliers, surtout si l'associé s'est réservé par la transaction le droit de procéder à l'examen des comptes annuels qui lui seraient présentés par les gérants. — Cass., 26 avr. 1836, Divac, [P. chr.]

1184. — Toutefois, en admettant sans réclamation, dans l'inventaire, des dettes passives qui ne se trouvent point portées sur les livres sociaux, les associés sont censés renoncer à se prévaloir contre le gérant de cette irrégularité dans la tenue des livres; ils sont non recevables à dire qu'ils ont été trompés et qu'ils doivent être déchargés du paiement des dettes dont il s'agit. — Cass., 6 déc. 1832, Polengat, [P. chr.]

1185. — Le droit de contrôle reconnu aux associés pourrait être dévolu à un conseil de surveillance ou à un associé délégué; la liberté des associés à cet égard est complète, la loi n'ayant organisé le mode de surveillance que dans les sociétés par actions. — V. *infrà*, n. 4679 et s.

1186. — Chaque associé individuellement pourrait accomplir des actes conservatoires du patrimoine social. C'est ainsi que, d'après le tribunal d'Alger (6 déc. 1899, *Rev. Algér. et Tunis.*, 1900.215), chaque associé pourrait agir au nom de la société et la représenter en justice, ou interjeter appel d'une décision faisant grief à la société et dont le gérant aurait négligé de relever appel. — Sur l'exercice individuel des actions sociales, et les difficultés que cet exercice soulève, V. *infrà*, n. 5074 et s.

1187. — La *responsabilité* du gérant d'une société en nom collectif s'apprécie, comme celle du gérant d'une société civile, d'après les principes généraux du mandat (C. civ., art. 1982). L'action en responsabilité peut être exercée également par chacun des associés, agissant dans son intérêt propre. La question de savoir si l'on pourrait transporter ici les règles admises en matière de société par actions sur l'exercice de l'action sociale en responsabilité par une assemblée générale, dans laquelle la majorité ferait la loi à la minorité, est controversée. Il semble qu'elle devrait plutôt être, en l'absence de texte, résolue par la négative (Thaller, n. 302), tout au moins lorsque le gérant est l'un des associés. Nous inclinerions pour la solution contraire dans l'hypothèse d'un gérant étranger.

1188. — Le gérant reconnu responsable des suites d'un acte de gestion accompli dans des conditions qui le constituent en faute peut, s'il est étranger, être condamné à des dommages-intérêts envers la société. S'il est associé, il sera déclaré irrecevable à réclamer à ses coassociés leur quote-part dans la perte éprouvée; l'opération lui sera laissée pour compte, et si les associés, en leur qualité de débiteurs solidaires, sont obligés de payer sur la poursuite des créanciers, ils auront le droit d'exiger du gérant fautif le remboursement intégral de leurs débours. Jugé, en ce sens, que l'associé gérant qui, sans mandat formel de ses coassociés, passe un bail dont la durée excède évidemment les besoins de la société doit, en cas de dissolution, être tenu, seul et personnellement, de l'exécution du bail, à partir de cette époque, au moins à l'égard de ses coassociés. — Cass., 7 mars 1837, Lachelin, [S. 37.1.740, P. 37.2.11] — V. Malepeyre et Jourdain, p. 61; Pardessus, n. 1021.

1189. — Il n'y a pas nécessairement solidarité entre les cogérants (C. civ., art. 1995). Néanmoins, en cas de faute commune, les principes généraux de la responsabilité pourront conduire à admettre l'existence d'une obligation *in solidum*. Ainsi, lorsque, dans une société en nom collectif, la gérance a été attribuée conjointement à deux associés, si l'un d'eux vient à prélever des valeurs de la société pour les appliquer à ses affaires personnelles, l'autre, même en l'absence de fraude et d'infidélité de sa part, doit être, en raison de sa négligence, constitué débiteur solidaire envers les autres associés, avec son cogérant, des sommes ainsi indûment prélevées par celui-ci. — Paris, 21 janv. 1852, Charonnat, [P. 52.1.673, D. 52.2.279]

1190. — Cette action en responsabilité des associés non gérants, contre les gérants, comme aussi l'action intentée par les liquidateurs d'une société commerciale dissoute contre les anciens gérants, en réparation du dommage résultant de l'abus des pouvoirs qu'ils tenaient de l'acte social, a un caractère essentiellement commercial. Elle entraînait donc de plein droit, avant la loi du 22 juill. 1867, abolitive de cette voie d'exécution sur la personne, la *contrainte par corps*, sans qu'il fût nécessaire pour les juges d'en motiver l'emploi et d'en déterminer la durée, fixée par la loi elle-même. — Cass., 28 déc. 1853, Guillaume, [S. 54. 1.433, P. 55.1.205, D. 54.1.143] — Paris, 21 janv. 1852, précité. — V. cependant, Colmar, 17 mars 1810, Benne, [P. chr.]

4° *Incessibilité des parts d'associés. — Du croupier.*

1191. — Les sociétés en nom collectif se formant *intuitu personæ*, la part d'intérêt ou d'associé est, de sa nature, incessible, ou du moins la cession, totale ou partielle, que l'associé pourrait consentir, serait à considérer comme inopposable aux associés du cédant. Le cessionnaire de la part, participant ou *croupier*, a une action contre son cédant, mais il n'a, de son chef, aucun droit à prétendre dans la société (C. civ., art. 1861).

1192. — En d'autres termes, cette sous-association est et demeure indépendante de la société sur laquelle elle se greffe, en quelque sorte; or le cessionnaire ou croupier est un étranger, qui n'a pas plus de droit dans la société que n'en auraient tous les autres créanciers de l'associé cédant. Un associé peut même céder ainsi toute sa part dans la société; il n'en restera pas moins associé dans ses rapports avec les associés et avec les tiers, et figurera dans toutes les opérations; mais il ne sera, à l'égard de son cessionnaire, qu'un mandataire tenu des obligations de tout mandataire salarié. — Pardessus, t. 4, n. 974; Troplong, n. 755 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 271; Houpin, t. 1, n. 194. — V. aussi *suprà*, v° *Société civile*, n. 375 et s.

1193. — La cession est, au contraire, opposable aux créanciers personnels du cédant; mais à quelles conditions? Dans un premier système, il suffirait qu'elle eût acquis date certaine, avant leurs saisies ou oppositions sur la part sociale de leur débiteur. — Troplong, n. 264; Duranton, t. 17, n. 445; Duvergier, t. 20, n. 378.

1194. — D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que la cession ne peut être opposée par le croupier aux créanciers du cédant qu'autant qu'elle a été signifiée aux autres associés conformément à l'art. 1690, C. civ. — Delangle, n. 203.

1195. — D'autres, enfin, proposent une distinction. Ainsi, Bédarride, tout en proclamant l'inutilité de la signification de l'acte de cession pour le droit aux objets corporels, meubles meublants ou titres au porteur, enseigne la nécessité de cette formalité relativement aux titres des créances ordinaires qui, dans le partage de la société, pourraient revenir au cédant et auraient pu être vendus par lui à son croupier. — Bédarride, n. 44. — V. pour plus de développements, *suprà*, v° *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 166 et s.

1196. — Quoi qu'il en soit de la controverse précédente, il est indéniable que le cessionnaire de la part d'intérêt d'un associé ne pourrait, en signifiant son contrat d'acquisition à la société, entraver en quelque sorte la marche de la société. Celle-ci ne connaît que ses membres, et a le droit de tenir pour non ave-

nue toute cession intervenue en dehors des conditions admises par les statuts. La réciproque, d'ailleurs, est exacte; et les associés n'ont absolument aucun droit à l'égard du participant; ils ne pourraient donc agir contre lui qu'en exerçant les droits de l'associé dont il est le cessionnaire. — Pardessus, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*; Troplong, *loc. cit.*

1197. — Dans les rapports du cédant et du cessionnaire, il y a vente, impliquant obligation pour le premier d'abandonner au second tout son émolument, et pour le second d'indemniser le premier des dettes sociales qu'il a dû acquitter sur le recours de ses coassociés. — Mêmes auteurs. — Pour ce règlement, le croupier a le droit d'exiger du cédant un compte détaillé des opérations sociales, lui permettant de connaître avec exactitude le chiffre des affaires réalisées. — Paris, 3 juin 1825, Divat, [P. chr.]

1198. — L'interdiction pour les associés de consentir une cession de leur part opposable à la société et aux autres associés est absolue, lorsqu'il n'y est pas dérogé par les statuts. La majorité même serait impuissante à contraindre la minorité à admettre dans la société de nouveaux membres; le croupier ne pourrait prétendre à exercer le droit d'un associé véritable que s'il était agréé par l'unanimité des membres de la société. — Pardessus, t. 4, n. 973; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 270; Houpin, t. 1, n. 194 — V. aussi Lyon, 21 juill. 1892, [*Rev. des soc.*, 93.133] — On serait alors en présence d'une véritable modification aux statuts qui, pour être opposable aux tiers (aux créanciers postérieurs à la cession), devrait être rendue publique. — V. *suprà*, n. 122 et s.

1199. — Il convient d'ailleurs de faire remarquer que c'est pendant la durée de la société seulement qu'il est interdit à un associé de se substituer un tiers dans la société, et qu'après la dissolution de la société on rentre dans le droit commun. Par conséquent, le cessionnaire de tous les droits d'un associé dans la liquidation de la société a qualité pour intervenir dans toutes les contestations relatives à cette liquidation et pour procéder à la nomination des arbitres. — Paris, 4 avr. 1835, Debuire, [P. chr.]

1200. — Jugé de même que l'associé qui se retire et se substitue un étranger contrairement au pacte social, demeure responsable envers les tiers, s'il n'a donné à ce changement (agréé, par hypothèse, des coassociés) aucune publicité légale. Mais cette responsabilité ne doit pas être étendue aux opérations postérieures au terme fixé pour la durée de la société par l'acte qui l'établit, encore que l'association ait été continuée au delà de ce terme. — Colmar, 2 août 1817, Predelys, [S. et P. chr.]

1201. — Les statuts pourraient d'ailleurs déroger au principe de l'incessibilité des parts d'intérêts, et autoriser, sous certaines conditions, les associés à céder leurs parts. En général, les coassociés ont un droit de préférence; parfois aussi les statuts leur concèdent une faculté de retrait, c'est-à-dire le droit de racheter d'autorité la part cédée en remboursant au cessionnaire son prix d'achat. — Cass., 24 nov. 1856, Mallez, [S. 57.1.516, P. 58.68, D. 56.1.429] — V. Pont, n. 783; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en nom collectif*, n. 13; Houpin, t. 1, n. 194. — V. *infrà*, n. 1205 et 1206.

1202. — L'acte de société pourrait également permettre aux gérants d'admettre de nouveaux associés sans être obligés d'obtenir l'agrément des anciens. — Pardessus, t. 4, n. 973.

1203. — A moins de restriction, le cessionnaire est mis à la place de son cédant, et il succède à ses obligations comme à ses droits. Le cessionnaire ne pourrait même, quelles que fussent les clauses de son contrat d'acquisition, se dispenser de supporter les charges qui étaient imposées à son cédant. On l'a ainsi jugé pour une société formée sous l'empire des lois romaines, mais la décision serait encore suivie aujourd'hui. — Cass., 23 vent. an VIII, Bellevue, [P. chr.]

1204. — Au surplus, le cessionnaire est obligé de plein droit par les statuts, quand même ils lui donneraient dans l'administration de la société, et dans la faculté de vérifier les comptes et les opérations des gérants, moins de droit que n'en avaient les associés primitifs. — Cass., 1er vent. an X, Sérilly, [S. et P. chr.] — V. Pardessus, t. 4, n. 973.

1205. — C'est aux tribunaux qu'il appartient d'appliquer et d'interpréter les clauses statutaires déterminant les conditions de la cession de la part d'intérêt. Jugé en ce sens : 1° Que la clause d'un acte de société portant que les associés qui vendraient leur intérêt seraient tenus d'en avertir les membres du comité un jour de séance, pour que la société exerce, s'il y a lieu, dans un certain délai, le droit de retrait qu'elle s'est réservé, peut être réputée n'avoir point été remplie par des significations faites soit au receveur de la société, soit aux sociétaires individuellement. — Cass., 17 avr. 1834, Mallez, [S. 34.1.276, P. chr.]

1206. — 2° Que lorsque l'une des clauses de l'acte social établit un droit de retrait au profit de l'administration, à la charge par elle d'user de ce droit dans un délai prescrit, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait mise en demeure, que le cédant dénonce la vente par exploit d'huissier; en pareil cas il suffit d'une lettre par lui écrite à l'agent général de la société, par laquelle il le prie de faire connaître aux directeurs la cession qu'il a consentie. — Douai, 10 janv. 1839, Bleuart, [S. 39.2.495, P. 39.3.250]

1207. — 3° Que lorsqu'un acte de société porte qu'aucun associé ne pourra céder ses droits dans la société sans les avoir préalablement offerts à ses coassociés, l'acte par lequel un associé donne sa part en nantissement à son créancier personnel et le subroge dans ses droits et actions n'autorise point ledit créancier à s'immiscer dans les comptes de la société et, par conséquent, à actionner directement le gérant en reddition de comptes; il ne lui donne que le droit de toucher les dividendes et les reliquats des comptes à débattre entre son cédant et le gérant. — Rouen, 2 janv. 1847, Restout, [S. 48.2.660, P. 49.2.222, D. 51.2.232]

1208. — Sur la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'envisager comme une société anonyme mal qualifiée, soumise aux prescriptions de la loi de 1867, la société dont les statuts autoriseraient tous les associés à céder leurs parts, sans aucune restriction, V. tit. 3, chap. 1, sect. 3.

1209. — Même autorisée par les statuts, la cession de part d'intérêt est à considérer comme une modification au pacte social. Elle n'est donc opposable aux créanciers postérieurs qu'à la condition d'être rendue publique dans les formes déterminées par la loi de 1867, art. 61 (V. *suprà*, n. 122 et s.). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 270; Houpin, t. 1, n. 194. — Pour les obligations antérieures, l'associé cédant en demeure tenu au regard des tiers; ici ne sauraient s'appliquer les dispositions exceptionnelles qui libèrent, deux ans après la cession, les anciens actionnaires des versements non encore appelés (L. de 1867, art. 3, *in fine*).

SECTION IV.

Rapports de la société et des associés avec les tiers. Théorie des engagements sociaux.

1210. — Aux termes de l'art. 22, C. comm. : « Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale ». Cette formule soulève deux questions, que nous devons successivement étudier : 1° quelle est l'étendue de la dette solidaire des associés? 2° que faut-il entendre par engagements sociaux?

§ 1. *De l'obligation solidaire des associés envers les tiers à raison des engagements sociaux.*

1° Quels sont les associés solidairement obligés?

1211. — De la formule générale employée par l'art. 22, il ressort que *tous* les associés sont tenus solidairement des dettes sociales, sans qu'il y ait de distinction à établir entre ceux dont le nom figure dans la raison sociale et ceux qui n'y figurent point, ou n'y figurent que sous la dénomination globale *et compagnie*.

1212. — L'article ne parle que des associés « indiqués dans l'acte de société ». Faut-il donc en conclure que la solidarité doive être écartée pour les associés dont les noms ne figurent pas dans l'acte de société, soit parce qu'ils y auraient été omis, soit parce que cet acte n'aurait été ni rédigé, ni publié? L'affirmative, basée sur la lettre du texte, a parfois été admise. Ainsi jugé que les tribunaux doivent s'assurer que la condition imposée par l'art. 22, à savoir que le nom des associés impliqués dans les poursuites figure dans l'acte social, est réellement remplie, et se faire représenter à cet effet le pacte social. Il ne suffirait donc pas, pour justifier une condamnation solidaire, d'établir la

qualité du défendeur à l'aide des énonciations d'un effet de commerce (acceptation de lettre de change ou souscription de billet à ordre), si d'ailleurs le nom de cet associé apparent ne figure point dans l'acte social. — Paris, 1er avr. 1897, [*Rev. des soc.*, 97.579]

1213. — Mais cette interprétation littérale est unanimement repoussée par la doctrine; décider que l'associé apparent, dont la qualité n'est pas contestable, aura le droit, pour échapper à une condamnation solidaire, d'exciper de l'omission de son nom sur l'acte social, reviendrait à permettre aux associés d'opposer le défaut de publicité aux tiers, ce qu'interdit formellement l'art. 56, § 3, L. 24 juill. 1867. — Alauzet, t. 2, n. 286; Bédarride, t. 2, n. 354; Boistel, n. 341; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 223; Molinier, t. 1, n. 353; Pont, t. 2, n. 1375; Rousseau, n. 822; Vavasseur, t. 1, n. 55; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 276; Houpin, t. 1, n. 198. — V. aussi *suprà*, n. 274.

1214. — D'autre part, les associés nouveaux qui entrent dans une société en nom collectif pendant sa durée sont également tenus solidairement, même des engagements contractés par la société avant leur entrée. Il est vrai que les créanciers antérieurs n'ont pu compter sur leur engagement. Mais ces associés n'en font pas moins partie de l'être moral qui constitue la société et, comme tels, ils sont tenus de toutes ses dettes, à moins qu'une convention formelle ne limite leur responsabilité aux dettes postérieures à leur entrée dans la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 277; Houpin, t. 1, n. 184; Deloison, t. 1, n. 182.

1215. — Quant à l'associé qui se retire de la société dans les conditions requises par l'art. 1861, C. civ., il demeure tenu solidairement avec les autres associés des dettes antérieures à la publicité de sa retraite; mais il n'est pas tenu des dettes postérieures. — Cass., 8 prair. an XIII, Donnelleau, [S. et P. chr.]; — 5 juill. 1837, Sillac, [S. 37.1.765, P. 37.2.370]; — 8 avr. 1872, Debrousse, [S. 72.1.212, P. 72.515, D. 72.1.107] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 347; Houpin, t. 1, n. 198. — Sur les conditions nécessaires pour qu'un associé en nom puisse se retirer ou céder sa part dans la société, V. *suprà*, n. 1198 et s. — Sur la publicité de la retraite d'un associé en nom, V. *suprà*, n. 174 et s.

1216. — Mais l'associé *gérant* qui, usant du droit qu'il s'est réservé par l'acte de société, se démet de ses fonctions de gérant en faveur d'un tiers, n'est pas par cela seul réputé se retirer de la société; en conséquence, cet associé reste responsable vis-à-vis des tiers des dettes sociales postérieures à sa démission, encore bien que l'acte qui la constate ainsi que la nomination du nouveau gérant aient été légalement publiés. — Cass., 1er juill. 1841, Pistor, [S. 41.1.855, P. 43.2.742] — *Contrà*, Cass., 12 janv. 1852, De Sédières, [S. 52.1.193, P. 52.2.239, D. 52.1.53] — V. aussi observations de M. Massé, en note sous ce dernier arrêt, [S. 52.1.193]

1217. — Il en doit être de l'associé exclu comme de l'associé retraité, dans les cas exceptionnels où les statuts autorisent l'exclusion d'un associé, soit par décision de ses coassociés, soit par décision de la gérance. — Cass., 5 juill. 1837, précité. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 278 et 351.

1218. — Si tous les associés, gérants ou non, sont solidairement responsables envers les tiers, par contre cette responsabilité n'existe qu'à la charge des associés. Le gérant étranger, conformément aux principes généraux du mandat, oblige la société par ses actes sans s'obliger lui-même. Ce principe ne recevrait exception et les tiers ne pourraient le poursuivre personnellement que dans le cas où, les statuts ou la nomination du gérant n'ayant pas reçu de publicité légale, les créanciers seraient fondés à le considérer comme un véritable associé. — Paris, 3 mars 1831, Guibal, [S. 31.2.93, P. chr.] — Trib. Nantes, 7 juin 1899, [*J. des soc.*, 1900.164] — *Sic*, Pont, n. 1351; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 286; Houpin, *op. cit.*

2° *Caractères de la solidarité.*

1219. — La solidarité entre les associés est de l'essence des sociétés en nom collectif, si bien que les associés ne pourraient pas insérer dans le pacte social une clause portant que chacun d'eux ne sera poursuivi que pour sa part et portion dans les dettes de la société. Une pareille stipulation dénaturerait le caractère de la société en nom collectif qu'ils ont voulu constituer, en ce qu'elle enlèverait aux tiers la garantie sur laquelle ils devaient légitimement compter, et, par suite, elle n'est pas opposable à ces tiers, alors même qu'elle aurait été régulièrement publiée. — Paris, 12 août 1848, Mahussier, [P. 48.2.516, D. 51.1.42, sous Cass., 3 déc. 1850] — V. pour la période antérieure à la promulgation du Code de commerce. Cass., 23 vent. an VIII, Simon, [S. et P. chr.] — Bruxelles, 14 germ. an IX, Simon, [S. et P. chr.] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 321; Delangle, n. 228; Malepeyre et Jourdain, p. 128; Molinier, n. 603; Persil, p. 81; Pont, t. 2, n. 1378; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 222; Pardessus, t. 3, n. 1004; Massé, t. 3, n. 1964; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 159; Raben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, n. 266; Vavasseur, t. 1, n. 282; Houpin, *op. cit.* — V. cependant Bordeaux, 31 août 1831, Comp. des rives de la Garonne, [S. 32.2.19, P. chr.]

1220. — Jugé, par application de ce principe : 1° Que les dispositions de l'art. 22 étant d'ordre public, il ne peut y être dérogé par des conventions particulières, et notamment par cette clause que tous les marchés devant être faits au comptant, les engagements contractés à crédit par l'associé porteur de la raison sociale ne lieront point les autres associés. — Paris, 12 août 1848, précité.

1221. — 2° Que la clause par laquelle un associé stipule qu'il restera étranger à tous appels de fonds pour telle nature de dépenses, spécialement celles concernant le mobilier, ne saurait avoir pour effet de paralyser le droit du gérant, de souscrire des effets pour l'acquit des obligations contractées pour le paiement du mobilier acheté dans l'intérêt de la société; qu'une telle clause a seulement pour effet de permettre au coassocié, poursuivi comme tenu solidairement des engagements souscrits pour le paiement du mobilier, d'exercer un recours contre le gérant. — Cass., 26 avr. 1836, Divac, [P. chr.] — Paris, 15 mars 1866, Schenet, [S. 66.2.235, P. 66.919]

1222. — A plus forte raison, les associés ne pourraient pas opposer aux tiers la convention, postérieure à la dissolution de la société, qui affranchirait tel ou tel d'entre eux de ses obligations sociales; une telle convention confère simplement à l'associé exonéré le droit de recourir, après la liquidation, contre ses coassociés jusqu'à concurrence des sommes par lui payées en l'acquit de la société. — Alger, 28 févr. 1891, [*Rev. algér.*, 91.286]

1223. — D'autre part, cette solidarité est attachée de plein droit aux engagements sociaux. Peu importe donc que le jugement ne s'explique pas sur la solidarité. — Cass., 2 août 1843, Troplong, [P. 43.2.620

1224. — De même encore, la solidarité résultant de l'application pure et simple de la loi, peut être prononcée sans qu'il en soit donné de motif spécial. — Cass., 28 févr. 1859, Lebouvier, [S. 59.1.509, P. 59.225, D. 59.1.232]

1225. — ... Alors surtout qu'il ne s'est pas élevé de contestation à cet égard. — Même arrêt.

1226. — Jugé, dans le même sens, que, dans une société en nom collectif, la condamnation prononcée contre la raison sociale l'est nécessairement contre tous les associés qui y sont compris, soit par l'indication expresse de leur nom, soit seulement sous la formule abrégée « et Cie », et est exécutoire de plein droit contre tous sans distinction. — Cass., 12 juill. 1888, Basso, [S. 89.1.308, P. 89.1.755, D. 89.1.148] — Trib. civ. Rouen, 11 août 1897, [*Gaz. des Trib.*, 28 oct. 1897]

1227. — La décision précédente est une application parfaitement juridique de ce principe de droit commun, que le mandataire général représente le mandant dans les instances judiciaires. Mandataire de la société, être moral, et de tous les associés, le gérant est censé ester en justice au nom de tous: la chose jugée contre lui est donc jugée, par là même, contre tous les associés. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 283; Pont, t. 2, n. 1407; Houpin, t. 1, n. 198. — D'où les conséquences suivantes :

1228. — *a*) Le titre exécutoire obtenu contre une société en nom collectif est exécutoire *ipso facto* contre l'un quelconque des associés sur ses biens personnels, et cela alors même qu'aucune condamnation n'aurait été prononcée nommément contre lui. — Cass., 12 juill. 1888, précité. — Alger, 19 nov. 1895, [*Rev. Algér.*, 96.468]

1229. — *b*) La condamnation prononcée contre la société, représentée par son gérant, emporte hypothèque judiciaire, non pas seulement sur les immeubles sociaux, mais sur tous les immeubles personnels de chacun des associés. — Cass., 12 juill.

1888 (motifs), précité; — 28 mars 1898, Moyse et Lhullier, [S. et P. 98.1.185, D. 99.1.50] — Mêmes auteurs.

1230. — *c*) Les associés, virtuellement représentés dans l'instance par le gérant, ne sauraient être admis à attaquer la décision intervenue par la voie de la tierce opposition (C. proc. civ., art. 474); leur seul droit consiste dans la faculté d'intervenir en cours d'instance. — Mêmes auteurs.

1231. — Jugé également que lorsqu'une femme, assignée avec d'autres associés comme seule héritière d'un des associés prédécédé, en paiement d'une dette de la société, a comparu dans l'instance avec l'autorisation et le concours de son mari, et qu'un arrêt par défaut a condamné tous les défendeurs conjointement et solidairement au paiement de la somme demandée, l'arrêt contradictoire qui, sur l'opposition, se borne dans son dispositif à condamner cette femme aux dépens, mais en condamnant au principal tous les autres défendeurs et même son mari « au nom qu'il agissait », n'en doit pas moins être réputé commun à la femme dans toutes ses parties, même en ce qui concerne la condamnation aux frais de l'instance. Il en est ainsi surtout si cette femme a interprété elle-même en ce sens le dispositif de l'arrêt en consentant, notamment par voie d'acquiescement, à son exécution. — Cass., 2 août 1843, Troplong, [P. 43.2.620]

1232. — Et la condamnation prononcée par un pareil arrêt doit être réputée commune à la femme, même en ce qui concerne la solidarité; toute condamnation contre une société en nom collectif étant nécessairement solidaire chacun des associés, alors même que la solidarité n'aurait pas été prononcée. — Même arrêt.

1233. — Mais si, en principe, les associés sont tenus solidairement envers les tiers pour les engagements contractés dans l'intérêt de la société, néanmoins rien n'empêche que par une convention expresse et spéciale, ils stipulent qu'ils ne pourront être poursuivis chacun que pour sa part. — Bordeaux, 31 août 1831, Comp. des rives de la Garonne, [S. 31.2.19, P. chr.] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 159.

1234. — De leur côté, les créanciers peuvent renoncer au bénéfice de la solidarité établie en leur faveur et diviser leur créance en demandant à chacun sa part. Jugé, à cet égard, que l'associé poursuivi après la dissolution de la société, pour la part dont il est tenu personnellement dans les dettes sociales, ne peut provoquer la déclaration de faillite de la société au préjudice de celui de ses coassociés qui a payé sa part personnelle, et qui moyennant le paiement a été déchargé de la solidarité par le créancier. — Cass., 8 août 1820, Thomé Saint-Cyr, [S. et P. chr.]

1235. — En ce cas, la dette pour laquelle l'associé est poursuivi n'est plus une dette de la société, mais bien une dette à lui personnelle. — Même arrêt.

1236. — La renonciation du créancier pourrait même être tacite et s'induire des circonstances; mais la renonciation à un droit ne se présumant pas, le créancier ne doit être réputé avoir renoncé à la solidarité qu'autant qu'il est établi que telle a été son intention. Spécialement, le fournisseur d'une société en nom collectif, qui accepte, en paiement des fournitures par lui faites, des billets souscrits par l'un des associés, ne saurait être présumé par cela même avoir consenti novation et déchargé les autres associés, alors qu'il n'est pas établi qu'il ait entendu se soumettre aux stipulations particulières existant entre les associés, mettant pendant un certain temps les dettes sociales à la charge de celui qui souscrit les billets. — Trib. comm. Seine, 3 juin 1840, [D. *Rép.*, v° *cit.*, n. 907]

1237. — La solidarité qui existe entre les associés en nom collectif, bien que résultant de la loi, est une *solidarité parfaite* : ici, en effet, la loi ne fait que consacrer la volonté tacite des associés qui se sont chargés de se représenter réciproquement dans leurs rapports avec les créanciers sociaux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 279; Houpin, t. 1, n. 198. — Sur la distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite, V. *infrà*, v° *Solidarité*, et Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1200, n. 15 et s.

1238. — Il résulte de là notamment : *a*) que la prescription interrompue contre l'un l'est aussi contre les autres (C. civ., art. 2249). — Mêmes auteurs.

1239. — *b*) Que la demande d'intérêts moratoires formée contre un des associés fait courir les intérêts contre tous (C. civ., art. 1206 et 1207).

1240. — *c*) Que l'appel interjeté par l'un des associés en nom collectif profite aux autres. — Limoges, 12 mai 1880, [*J. des soc.*, 80.289]

[illegible]

1241. — Les créanciers d'une société en nom collectif n'ont pas seulement comme débiteurs les associés : la société avec laquelle ils ont traité est aussi leur débitrice directe, et le fonds social constitue leur gage, concurremment avec le patrimoine personnel des associés.

1242. — Est-ce à dire que les créanciers puissent poursuivre à leur choix la société ou les associés? Incontestablement, ils peuvent agir contre la société avant de poursuivre les associés. Ils y auront intérêt dans certains cas. Effectivement sur le patrimoine des associés, ils viendraient en concours avec les créanciers personnels de ces associés. Sur le fonds social au contraire, ils se feront payer à l'exclusion de tous autres créanciers : c'est là une conséquence nécessaire de la personnalité civile des sociétés commerciales. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 473 et s.

1243. — Mais les créanciers sociaux peuvent-ils s'adresser directement et personnellement aux associés en nom, sans avoir préalablement poursuivi la société, et même discuté le fonds social? Cette faculté peut certainement leur être conférée par une clause expresse des statuts, et les juges du fond excéderaient leurs pouvoirs en se refusant à tenir compte de la volonté des parties ainsi clairement exprimée. — Cass., 21 déc. 1891 (motifs), Delpierre, [S. et P. 92.1.486] — Mais que faut-il décider, dans le cas où les statuts sont muets sur ce point? La question est une des plus vivement controversées de la matière des sociétés, aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine : elle n'a pas donné lieu à moins de cinq systèmes.

1244. — D'après un *premier système*, les créanciers sociaux pourraient agir directement contre les associés sans aucune condition préalable. — Paris, 4 févr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.211] — Trib. comm. Seine, 6 févr. 1895, [*J. des soc.*, 96.81] — *Sic*, Bravard-Veyrières, t. 1, p. 221. — V. aussi Thaller, n. 323. — On fait observer dans ce système, que l'art. 22 place sur le même plan la société et les associés, et que les interprètes n'ont pas le droit de distinguer là où la loi ne distingue pas. Ce premier système paraît difficilement acceptable. Il est indéniable en effet, que le principal obligé, c'est la personne morale, l'être social; n'est-il pas logique et équitable, dès lors, que la société soit poursuivie d'abord? L'art. 22 n'est pas contraire à cette interprétation, car il établit un lien de solidarité non point entre les associés et la société, mais entre les associés seulement.

1245. — D'après un *deuxième système*, contrepied du précédent, l'obligation des associés serait *purement subsidiaire* par rapport à celle de la société. Ils jouiraient donc du *bénéfice de discussion*, soit dans les termes de l'art. 2021, C. civ... — Amiens, 3 avr. 1886, [*Rec. d'Amiens*, 87.243] — Trib. comm. Le Havre, 7 déc. 1881, [*Rec. du Havre*, 81.1.21] — Trib. comm. Seine, 1er févr. 1898, [*J. des soc.*, 98.327], — ...soit même d'une manière absolue et au delà des termes des art. 2121 et s., C. civ.; ils ne pourraient, dans cette dernière variante du système, être poursuivis par les créanciers sociaux qu'après l'épuisement total des biens de la société, en quelque lieu qu'ils soient situés. — Alauzet, t. 2, n. 322; Delamarre et Lepoitvin, t. 3, n. 26; Deloison, t. 1, n. 207; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, t. 1, p. 221, note 2; Vavasseur, t. 1, n. 199, 277 et 291 *bis*; Rousseau, n. 284. — Ce système a les apparences d'une logique rigoureuse, mais il se heurte à une objection du texte très-grave. Si les associés sont des cautions de la société, ce sont des cautions *solidaires*, or les cautions solidaires ne jouissent pas du bénéfice de discussion.

1246. — D'après un *troisième système*, les créanciers sociaux pourraient poursuivre les associés après une simple mise en demeure, commandement, protêt, etc., adressée à la société. — Rouen, 18 nov. 1881, [*Rec. jur. du Havre*, 81.2.256] — *Sic*, Molinier, n. 354; Lyon-Caen et Renault, n. 281. — Dans ce système, on a cherché à concilier deux points de vue antinomiques : à savoir que l'associé n'est pas une simple caution, mais un codébiteur, et que, d'autre part, il est équitable de ne pas contraindre ce codébiteur à payer la dette sociale avant que la société n'ait été préalablement mise en demeure de l'acquitter.

1247. — Une quatrième opinion, plus généralement suivie, décide que les créanciers sociaux ne peuvent poursuivre les associés qu'autant qu'ils ont fait constater au préalable, par juge-

ment ou de toute autre manière, mais contradictoirement avec les représentants de la société, que leur créance est bien une créance sociale. Ce point établi, la solidarité édictée par notre article « pour tous les engagements de la société » entre alors en jeu, et comme cet article ne distingue pas, elle doit produire ses effets dans les rapports des associés avec la société comme dans leurs rapports entre eux. — Cass., 14 août 1858, Lent, [S. 59.1.332, P. 59.166, D. 59.1.179]; — 10 avr. 1877, Chirat, D. 77.1.347]; — 12 juill. 1888, Basso, [S. 89.1.309, P. 89.1.755, D. 89.1.148]; — 14 mai 1890, Lemonnier, [S. et P. 92.1.484, D. 91.1.241, et la note de M. Boistel] — Trib. comm. Nantes, 17 juill. 1895, [*J. des soc.*, 96.280] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 165; Boistel, n. 189; Delangle, t. 1, n. 263; Malepeyre et Jourdain, p. 131; Pardessus, t. 3, n. 1026; Pont, t. 2, n. 1406; Rodière, *Solidarité et indivisibilité*, n. 257; Ruben de Couder, n. 302 et s.

1248. — Enfin, dans un cinquième et dernier système, consacré par la jurisprudence la plus récente, on décide que, pour justifier leur action contre les représentants d'une société en nom collectif pris en leur nom personnel, les créanciers de cette société doivent établir, d'une part, contradictoirement avec les représentants de la société, que les engagements dont ils poursuivent l'exécution contre les associés constituent des engagements sociaux, et, d'autre part, que la société elle-même a été invitée à payer par un acte équivalent à une mise en demeure. — Cass., 28 mars 1898, Moyse et Lhullier, [S. et P. 98.1.185, D. 99.1.50] — Ce système peut se résumer dans la formule suivante : point de jugement de condamnation contre la société, mais constatation d'un protêt dressé contre elle à l'échéance des effets souscrits, protêt suivi d'une assignation en paiement; caractère de dette sociale et détermination du chiffre de cette dette établis par un débat contradictoire avec les représentants de la société. Dans ces conditions, l'action directement exercée contre les associés et suivie sur leurs biens personnels est légale et doit produire tous ses effets.

1249. — Ce dernier système présente des avantages pratiques incontestables. Il évite aux créanciers les lenteurs et les frais de la procédure de discussion, et met cependant les associés à l'abri des poursuites hâtives, et en somme inutiles, eu égard à la situation active de la société.

1250. — Jugé, par application de ce système : 1° Que, lorsqu'à l'échéance de billets souscrits au nom de la société, un protêt a été dressé à la requête du porteur, que le protêt a été suivi d'une assignation en paiement de la société et des associés, que les associés n'ont élevé aucune contestation sur le chiffre de la dette et que la société s'est reconnue débitrice, les associés sont à bon droit condamnés personnellement au paiement des billets. — Cass., 28 mars 1898, précité.

1251. — 2° Qu'à la suite d'une condamnation personnelle ainsi régulièrement intervenue contre les associés en nom collectif, une hypothèque judiciaire a pu être valablement prise, sur les immeubles possédés par ces associés, par les créanciers qui ont obtenu la condamnation, et dont la créance est ainsi devenue hypothécaire. — Même arrêt.

1252. — Et le concordat ultérieurement consenti à la société ne peut pas être opposé à ces créanciers, qui n'y ont pas pris part; ce concordat, survenu après le jugement de condamnation des associés et après l'inscription de l'hypothèque, n'a pu avoir pour effet de changer la nature de leur créance, et de la rendre simplement chirographaire d'hypothécaire qu'elle était devenue. — Même arrêt. — Sur le principe que le concordat est inopposable aux créanciers hypothécaires, lesquels échappent à la loi du concours, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 2295 et s.

1253. — L'associé peut d'ailleurs exiger une condamnation préalable de la société, même après sa dissolution et aussi longtemps qu'elle n'est pas liquidée; il est de principe, en effet, qu'une société dissoute subsiste comme personne civile pour les besoins de sa liquidation. — Cass., 10 avr. 1877, précité. — Sur ce dernier principe, V. *suprà*, n. 605 et s.

1254. — Si, au contraire, la société était complètement liquidée et n'avait plus de représentant légal, les associés pourraient alors être directement poursuivis par les créanciers — Même arrêt (motifs). — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 130; Boistel, n. 189; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 191 ; Delamarre et Le Poittevin, t. 3, n. 26.

1255. — Mais on ne saurait assimiler à la situation précédente l'hypothèse où la société serait déclarée en faillite. La faillite sociale, en effet, nous l'avons vu (*suprà*, n. 477 et s., n'est point une cause de dissolution de la société, et même dans le cas où la dissolution est prononcée *ex post facto*, l'être moral n'en continue pas moins à être représenté, en face du syndic, par le liquidateur. Aussi est-ce, au contraire, le plus souvent en cas de faillite de la société, suivie de la faillite personnelle des associés, que se posera la question de priorité de poursuites à exercer contre la société, sous forme de conflit entre les créanciers des différentes masses, représentées par leurs syndics respectifs.

1256. — Quelle que soit la solution à laquelle on se rattache sur la controverse précédente, il semble certain en tout cas qu'à l'instar d'une caution, l'associé qui, sur l'action solidaire exercée contre lui, a payé au delà de sa part contributoire est subrogé de plein droit dans toutes les sûretés attachées à la créance (art. 1251-3°), et qu'il peut opposer à l'action l'exception de l'art. 2037 si le créancier a, par son fait, rendu cette subrogation illusoire en laissant dépérir les sûretés attachées à sa créance. — Thaller, n. 323.

1257. — Mais, étant donné que les associés sont tenus solidairement des dettes sociales, il est difficile de comprendre comment un arrêt a pu juger que, en cas de surenchère formée par une société en nom collectif, l'un des associés a pu valablement se présenter en qualité de caution de la société. L'utilité de ce cautionnement n'apparaît guère qu'en admettant le système d'après lequel les associés jouiraient d'une manière absolue du droit de discussion, et encore cette utilité se réduit-elle à peu de chose : poursuivi comme associé, le débiteur pourrait exiger la discussion de *tous* les biens sociaux ; poursuivi comme caution, il ne pourra exiger la discussion que dans les termes de l'art. 2021 C. civ., et pour les biens sociaux situés dans l'arrondissement et non litigieux. — Toulouse, 30 mai 1873, Hérail, [S. 73.2.301, P. 73.1241, D. 74.2. 187]

4° *Rapports des associés entre eux.*

1258. — La règle posée par l'art. 22 n'a trait qu'à l'obligation aux dettes vis-à-vis des créanciers sociaux, mais non à la contribution aux dettes dans les rapports respectifs des associés. Par suite, lorsqu'un associé a payé l'intégralité d'une dette sociale, il ne peut pas recourir pour le tout contre l'un de ses associés; il doit diviser son recours contre eux conformément aux principes généraux établis en matière de solidarité par l'art. 1214, C. civ. — Cass., 15 nov. 1831, Zurlinden, [P. chr.]; — 8 janv. 1862, Synd. Boilard, [S. 62.1.477, P. 62.905, D. 63.1.75]; — 16 févr. 1874, Larcher, [S. 74.1.301, P. 74.773, D. 74.1.194]; — 8 juill. 1887, Dreyfus, et Cie, [S. 89.1.252, P. 89.1.628] — Toulouse, 22 janv. 1835, Saint-Clair, [P. chr.] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 162; Boistel, n. 189; Houpin, t. 1, n. 200. — V. *infrà*, v° *Solidarité*.

1259. — Jugé à cet égard qu'il appartient aux juges de déclarer que l'engagement, pris par des bailleurs de fonds de fournir les fonds nécessaires à l'exécution des opérations sociales, ne peut être, ni par sa nature, ni à raison du rapport sous lequel il a été envisagé par les parties, considéré comme indivisible, si rien dans la cause ne vient contredire une pareille appréciation. — Cass., 8 juill. 1887, précité.

1260. — D'autre part, s'il n'est pas permis aux associés de stipuler qu'ils ne seront tenus, à l'égard des tiers, des dettes sociales, que sur leurs apports, un associé en nom collectif peut, au contraire, valablement stipuler vis-à-vis des coassociés, qu'il sera affranchi de toute contribution aux dettes sur les biens qu'il possède en dehors de sa mise. — Paris, 15 mars 1866, Schmitz, [S. 66.2.235, P. 66.919] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 107; Pardessus, n. 997; Malepeyre et Jourdain, p. 85 ; Delangle, t. 1, n. 118 ; Bravard-Veyrières, p. 54; Molinier, n. 388; Bédarride, t. 1, n. 37 ; Duranton, t. 17, n. 419 ; Troplong, t. 2, n. 654; Duvergier, n. 257 ; Aubry et Rau, t. 4, § 377, p. 545 ; Dutruc, n. 277 ; Vavasseur, t. 1, n. 282; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 162.

1261. — Et s'il est poursuivi pour le tout, dans ces conditions, il aura recours contre ses coassociés pour tout ce qui excède sa part contributive d'après les conventions intervenues entre eux. — Même arrêt.

1262. — Une telle stipulation, spécialement, résulte suffisamment de la clause portant qu'il ne pourra jamais être fait à cet associé de demande de fonds. — Même arrêt.

1263. — Pareillement, l'associé qui n'apporte que son in-

dustrie peut valablement stipuler qu'il sera affranchi de toute contribution aux pertes. Cette clause d'exonération ne tomberait point sous le coup de la prohibition de l'art. 1855, attendu qu'en fait cet associé participe encore indirectement aux pertes en ce qu'il n'obtient aucune rémunération de son industrie. — Auteurs précités. — Sur la clause d'exonération des pertes, V. *suprà*, v° *Société civile en général*, n. 100 et s., et v° *Société civile*, n. 326 et s.

1264. — Les observations précédentes ne concernent que l'associé, pris en cette seule qualité. Mais, si l'associé a passé un marché avec la société, ou acquis une créance contre celle-ci, il doit être envisagé comme un tiers, et doit être admis à agir solidairement contre ses coassociés, sans même être tenu de déduire sa part. — Cass., 28 févr. 1859, Lebouvier, [S. 59.1.509, P. 59.215, D. 59.1.223] — *Sic*, Delangle, t. 1, n. 364; Massé, t. 3, n. 57; Pont, t. 2, n. 1413; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 224; Bédarride, t. 1, n. 167; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 163; Houpin, t. 1, n. 200.

1265. — ... Et ce, alors même que la convention qui le constitue créancier serait intervenue dans l'acte social même. — Même arrêt.

1266. — Spécialement, l'associé qui par l'acte social a consenti la location d'une maison à la société peut exiger l'exécution du bail nonobstant la nullité de cette société, et les associés sont tenus solidairement de cette exécution. — Même arrêt.

1267. — D'une manière plus générale, l'associé qui a, comme tiers, contracté avec la société a, pour réclamer l'exécution des engagements dont il s'agit, les mêmes droits et les mêmes actions qui appartiennent aux créanciers sociaux. — Alauzet, t. 1, n. 286; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 224; Massé, t. 3, n. 1960; Pont, t. 2, n. 1413; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 163.

1268. — Ainsi jugé que la contestation qui s'élève sur l'acte par lequel un associé a traité pour des fournitures à la société, ne saurait être considérée comme une contestation entre associés et pour raison de la société; qu'en conséquence, avant la loi du 17 juill. 1856, la connaissance de cette contestation appartenait aux tribunaux et non aux arbitres forcés. — Cass., 4 août 1840, Bunars, [S. 40.1.919]

1269. — ... Que lorsqu'une société en nom collectif est tombée en faillite, et que l'un des associés est en même temps créancier de cette société, en dehors de son apport social, cet associé a une action contre la société à raison de sa créance, et doit être admis au passif de la faillite sociale pour le montant de sa créance, au même titre que tout autre créancier. — Cass., 11 avr. 1883, Synd. Dhommé-Chanteau et Dégaigné, [S. 83.1.269, P. 83.1.642, D. 83.1.318]

1270. — ... Que, par suite, s'il est lui-même personnellement en faillite, ses créanciers peuvent, en vertu de l'art. 1166, C. civ., exercer ses droits vis-à-vis de la faillite sociale, sans être exclus par les créanciers sociaux, sauf à répartir le dividende, afférent à sa créance personnelle, au marc le franc entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels de l'associé. — Même arrêt.

1271. — ... Que l'associé prêteur de fonds a une action solidaire contre ses coassociés, et que sa créance n'est point susceptible de compensation avec des créances sociales résultant de paiements faits pour la conservation de la chose commune. — Bruxelles, 7 déc. 1808, N..., [S. chr.]

1272. — Jugé toutefois que l'associé qui a contracté comme tiers, avec la société, ne peut agir solidairement contre ses coassociés que sous la déduction de sa part contributive dans la dette commune. — Bruxelles, 18 frim. an X, Bastin, [S. chr.]

1273. — ... Que l'associé qui, en qualité de banquier de la société, a fait des avances pour le compte social ne peut, en l'absence de toute stipulation expresse, exercer contre chacun de ses coassociés l'action solidaire qui appartiendrait à un tiers; obligé lui-même au paiement de la dette commune qu'il a éteinte par ses avances, il ne peut réclamer contre ses coassociés que les parts et portions de chacun d'eux. — Paris, 28 févr. 1850, De Montesquiou, [S. 50.1.649, P. 50.1.624, D. 51.2.29]

1274. — La décision précédente paraît en opposition manifeste avec le principe posé plus haut, à savoir que l'associé devient un tiers lorsqu'il traite avec la société. En réalité, il ne s'agit que d'un tempérament au principe, basé sur une interprétation de volonté très-rationnelle. Lorsqu'un associé a fait des avances à la société ou a payé des dettes pour le compte de la société, ce n'est plus comme tiers, mais plutôt en qualité d'associé et en vue du crédit de la société qu'il a agi : et, dès lors, il n'a d'action contre ses associés, d'après la jurisprudence, que pour la part afférente à chacun d'eux dans la dette. — Cass., [illegible] nov. 1831, Zaliesky, [P. [illegible]] — 8 janv. 1862, Synd. Bonard, [S. 62.1.477, P. 62.905, D. 63.1.75]. — 16 févr. 1874, Larthe, [S. 74.1.301, P. 74.773, D. 74.1.194] — V. [illegible] 22 janv. 1835, Saint-Clair, [P. chr.] — Paris, 28 févr. 1850, précité. — *Sic*, Alauzet, *loc. cit.*; Bédarride, *loc. cit.*; Massé, *loc. cit.*; Molinier, *op. et loc. cit.*

[illegible]

1275. — Les créanciers personnels des associés, primés sur le fonds social par les créanciers sociaux, [illegible] pendant le cours de la société aucune mesure [illegible] susceptible d'en entraver la marche. Ils ne peuvent [illegible] de leur débiteur, exercer dans la société tous les droits de celui-ci, mais seulement ceux de ces droits qui ne sauraient gêner la marche des affaires sociales : c'est ainsi qu'ils pourraient pratiquer une saisie-arrêt sur les dividendes dus par la société.

1276. — Mais ils ne pourraient ni prendre part à une délibération du chef de leur débiteur (V. notamment en ce qui concerne les croupiers, *suprà*, n. 1191 et s.), ni demander communication des livres et pièces comptables. — Trib. comm. Seine, 28 févr. 1887, J. *La Loi*, 10 mars 1887. — ni à plus forte raison, exercer les pouvoirs dévolus à leur débiteur en sa qualité de gérant

1277. — Il leur est interdit, d'autre part, de pratiquer une saisie sur la part de leur débiteur dans la société tant que cette société dure, et de faire vendre cette part aux enchères. Une telle procédure, qui d'ailleurs conduirait à des complications inextricables, serait la négation même du principe qui domine les sociétés par intérêt, à savoir que ces sociétés sont contractées *intuitu personæ*. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 273. — Sur les droits des créanciers personnels après la dissolution et au cours des opérations de la liquidation et du partage, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1209 et s.

§ 2. *Qu'entend-on par engagements sociaux?*

1278. — Plusieurs situations doivent être distinguées. En d'autres termes, pour savoir quels sont les engagements sociaux dont les bénéficiaires peuvent agir solidairement contre la société et les associés, il convient d'envisager successivement : 1° les actes accomplis par le gérant *sous la signature sociale* et dans la limite de ses pouvoirs; 2° les actes accomplis par le gérant dans la limite de ses pouvoirs, mais *sans* la signature sociale; 3° les actes accomplis par lui sans la signature sociale, mais en dehors de ses pouvoirs; 4° les actes délictueux du gérant; 5° les actes accomplis par un associé non gérant.

1° *Actes accomplis par le gérant sous la signature sociale et dans la limite de ses pouvoirs.*

1279. — A. *Principe.* — Il est de principe que ces actes engagent la société (et les associés) envers les tiers, et cela, alors même qu'en fait le gérant les aurait uniquement accomplis dans son intérêt personnel. En signant de la raison sociale, en effet, le gérant est présumé contracter pour la société et dans son intérêt. S'il y a de sa part un abus de cette raison sociale, la conséquence ne doit pas en retomber sur les tiers qui ont traité avec lui sur la foi de la signature sociale, mais bien sur les associés qui sont en faute d'avoir choisi un mandataire infidèle. — Pont, t. 2, n. 1385 et s.; Thaller, n. 320; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 292; Percerou, *Des abus de la raison sociale* (*Annal. de dr. commerc.*, 1898, p. 132 et s.).

1280. — Il n'est même pas indispensable que la signature sociale soit donnée sous une forme sacramentelle, elle peut être suppléée par des équivalents. Spécialement, l'associé qui signe comme « chef de la maison sociale » est censé signer sous la raison sociale elle-même, et oblige ainsi la société en conformité de l'art. 21, C. comm. — Cass., 23 avr. 1816, Hoppey, [S. et P. chr.] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 515; Malepeyre et Jourdain, p. 63; Massé, t. 3, n. 1958; Pont, t. 2, n. 1400; Bédarride, t. 1, n. 148; Delangle, t. 1, n. 237; Ruben de Couder, *op. cit.*, n. 286; Thaller, n. 315. — V. cep. Cass., 10 janv. 1816, D. *Rép.*, v° *Société*, n. 932.

1281. — A plus forte raison est-il inutile que l'acte du gé-

rant, pour être obligatoire, soit contresigné ou approuvé des associés non gérants. — Cass., 30 août 1826, Leduc, [P. chr.]

1282. — Jugé, de même, que l'associé qui a le droit d'apposer la signature sociale n'est pas tenu de justifier de la procuration de ses coassociés dans les actes qu'il fait pour la société, lorsque l'existence de cette société est notoire pour les tiers qui auraient intérêt à attaquer les actes souscrits sans la signature sociale. — Cass., 29 janv. 1839, Rabel, [P. 39.1.98]

1283. — B. *Exceptions au principe.* — Le principe qui vient d'être formulé cesse de recevoir son application, et la société n'est plus obligée lorsque les tiers qui ont traité avec le gérant agissant dans son intérêt personnel ont été *de mauvaise foi.* Mais que faut-il entendre ici par *mauvaise foi?* Dans un premier système, il suffirait, pour qu'il y eût mauvaise foi, que les tiers qui ont traité avec le gérant agissant dans son intérêt personnel eussent connu le véritable caractère de l'engagement : par exemple, qu'ils eussent su que la dette contractée ou payée par le gérant était une dette à lui personnelle et non une dette de la société. — Lyon, 26 juin 1851, Raffin, [S. 52.2.341, P. 53.2.169, D. 52.2.284] — Paris, 12 août 1852, Bruat, [S. 52.2.495, P. 52.2.451, D. 53.2.84] — *Sic,* Pothier, *Soc.*, n. 101; Alauzet, t. 1, n. 246 et s.; Bédarride, t. 1, n. 159; Malepeyre et Jourdain, t. 1, p. 95; Merlin, *Rép.*, vº *Faux*, sect. 1, § 5; Massé, t. 3, n. 1957; Delangle, t. 1, n. 131; Dutruc, *vº cit.*, n. 784; Ruben de Couder, *vº cit.*, n. 295; Vavasseur, t. 1, n. 196 et s.

1284. — D'après un second système, qui prévaut en jurisprudence, les tiers qui ont traité avec le gérant ne sauraient être considérés comme étant de mauvaise foi, par cela seul qu'ils ont connu le caractère personnel de l'engagement dudit gérant, s'ils ont pu croire que cet engagement intéressait directement ou indirectement la société, et constituait ainsi un engagement social. Pour qu'il y ait mauvaise foi de la part des tiers, il faut de plus qu'ils aient *su* que la société n'avait aucun intérêt dans l'engagement du gérant et que ce dernier employait la signature sociale dans son intérêt exclusif; c'est seulement dans ce cas que la société n'est plus obligée. — Pont, t. 2, n. 1396; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 215; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 292; Lyon-Caen, note sous Cass., 11 juill. 1899, [S. et P. 1900.1.5]; Houpin, t. 1, n. 183.

1285. — Jugé, en ce sens, que les engagements contractés par un associé sous la signature sociale obligent la société, alors même que le créancier a su qu'ils avaient pour seule cause une dette personnelle à cet associé, si les coassociés, soit pour couvrir le crédit de l'un d'eux étroitement lié à celui de la société, soit pour faciliter la réalisation d'une mise sociale profitable à tous, soit pour toute autre cause laissée à l'appréciation des juges, peuvent avoir intérêt à venir en aide à l'un des associés. L'emploi de la signature sociale fait présumer cet intérêt et le consentement des associés vis-à-vis des tiers, sauf recours contre l'associé qui, par abus, aurait tiré profit du fonds commun. — Cass., 11 mai 1836, Monnet, [S. 36.1.711, P. chr.]; — 22 avr. 1851, Boitard, [S. 45.1.341, P. 47.2.318, D. 45.1.260]; — 7 mai 1845, Esnault-Peltrie, [S. 51.1.321, P. 52.1.115, D. 51.1.254 — Bordeaux, 20 avr. 1844, Meyer, [S. 44.2.496, P. 44.2.552]

1286. — Il en est ainsi surtout, et le créancier doit être considéré comme étant de bonne foi, lorsqu'il a pu croire, en raison des circonstances, que l'associé qui agissait pour une affaire à lui personnelle ne faisait usage de la raison sociale que du consentement de ses coassociés et dans l'intérêt concerté de la société. — Cass., 21 févr. 1860, Dubrut, [S. 60.1.415, P. 60.1005, D. 60.1.121. — V. aussi Paris, 12 juill. 1849, Dubois, [S. 49.2.485, D. 49.2.199]

1287. — Peu importe d'ailleurs que l'acte social ait interdit aux associés, à peine de nullité, même à l'égard des tiers, de faire usage de la signature sociale dans leur propre intérêt, alors du moins que cette clause n'a pas été publiée. — Cass., 21 févr. 1860, précité. — Sur la validité et l'effet de cette clause, V. *infra.*

1288. — Spécialement, les acceptations de lettres de change tirées sur la société par un tiers créancier personnel de l'un des associés en acquit de la dette de ce dernier, obligent la société si elles ont été souscrites sous la raison sociale par l'associé débiteur, alors que le tiers a pu croire à l'adhésion tacite des autres associés à cet emploi de la signature sociale. Par suite, la société qui a payé ces traites à l'échéance n'a aucune action contre le tiers créancier soit en répétition de la somme qu'il a reçue, soit pour le contraindre à faire provision. — Cass., 7 mai 1851, précité. — Trib. comm. Seine, 25 août 1887, Martin, [D. *Rép. Suppl.*, *vº cit.*, n. 519-3º]

1289. — De même, il a été jugé que le paiement d'une dette à lui personnelle fait avec le fonds de la société par le gérant d'une société en nom collectif est valable et ne saurait être répété contre le créancier par les autres associés ou par le syndic de la société tombée en faillite, alors même que le créancier savait qu'il était payé avec les deniers de la société. — Rouen, 23 févr. 1847, Tronel, [S. 48.2.730, P. 49.1.223, D. 49.2.198]

1290. — ... Que, lorsque, dans un acte de société en nom collectif, il a été convenu que chacun des associés pourrait seul faire tous les actes de gestion et se servir dans ce but de la signature sociale, la société est solidairement tenue au paiement de tous les effets négociables portant cette signature, alors même qu'ils auraient été créés dans l'intérêt exclusif de l'un des associés. Peu importe que l'acte de société, admettant une exception *pour le cas d'emprunt*, ait exigé alors la signature individuelle de chacun des associés, si les tiers auxquels les effets ont été fournis n'ont dû voir dans les opérations qui y ont donné lieu que des actes ordinaires de gestion formellement autorisés soit par le droit commun, soit par les clauses générales de l'acte de société. — Douai, 4 août 1848, Dupont, [P. 50.1.307, D. 50.2.163]

1291. — ... Que lorsqu'une société a été formée pour l'exploitation d'un fonds de commerce acquis par un des associés qui en a fait l'apport, et que le vendeur (non payé) de ce fonds a été inscrit comme créancier sur les livres sociaux et reconnu pour tel dans tous les actes se rattachant à la société, cette créance peut être considérée comme constituant, non une dette personnelle de l'associé acquéreur, mais une dette sociale. — Cass., 13 juin 1866, Paquin, [S. 67.1.354, P. 67.961, D. 68.1.37]

1292. — ... Alors surtout qu'il a été entendu entre les parties lors de la formation de la société que celle-ci serait substituée à tous les droits comme à toutes les obligations qui pouvaient résulter de la cession consentie par le vendeur. — Même arrêt.

1293. — ... Et cela, non seulement dans les rapports des associés entre eux, mais aussi vis-à-vis des autres créanciers sociaux, bien que mention de cette dette n'ait pas été insérée dans les publications de l'acte de société faites en vertu des art. 42 et 43, C. comm. (lesquels n'exigent pas une telle mention), si d'ailleurs les énonciations de l'acte de société les mettaient à même de connaître l'importance des apports et des charges qui les grevaient. — Même arrêt.

1294. — En tout cas, sont obligatoires pour la société les engagements contractés par un associé sous la signature sociale sans dol ni fraude, dans l'intérêt, soit de la société elle-même, soit de cet associé, pour assurer le paiement de marchandises fournies audit associé, alors qu'il n'est point établi que ces marchandises fissent partie de l'apport de l'associé, et qu'ainsi les engagements contractés par lui aient eu pour résultat de réduire arbitrairement ses apports, de l'affranchir de son obligation, et de la mettre à la charge de la société contrairement aux clauses et conditions de l'acte social légalement publié. — Cass., 28 mai 1889, Chavaux, [S. et P. 92.1.397, D. 90.1.385]

1295. — D'autre part, lorsqu'en mettant en société une maison de commerce, il a été stipulé que l'apport social du possesseur de cette maison consisterait en une somme égale à l'excédent de son actif sur son passif commercial, la société devient, par l'effet de cette clause, débitrice des créanciers de la maison de commerce ainsi mise en société. Dès lors, au cas de faillite de la société, ces créanciers doivent être admis au passif de cette société. — Cass., 28 juin 1865, Ballereau, [S. 66.1.15, P. 66.22, D. 65.1.360]

1296. — Et la femme de l'associé, mariée sous le régime de la communauté, a droit de réclamer éventuellement son admission à la faillite, à raison de ses reprises matrimoniales, pour le cas d'insuffisance des biens de la communauté. — Même arrêt.

1297. — Il importe peu que dans l'inventaire qui devait, d'après l'acte social, être dressé pour déterminer l'excédent d'actif dont il s'agit, certaines créances aient été omises : cette omission n'a pu nuire aux créanciers omis. — Même arrêt.

1298. — A l'inverse, un créancier doit être considéré comme étant *de mauvaise foi*, et n'ayant, par suite, aucune action contre la société, dans le cas où le billet à ordre souscrit à son profit par un associé sous la signature sociale porte en lui-même

la preuve qu'il est souscrit non dans l'intérêt de la société, mais dans l'intérêt personnel et exclusif dudit associé : par exemple dans le but de contracter une assurance sur la vie au profit de cet associé. — Bordeaux, 12 août 1868, Piot, [S. 69.2.108, P. 69.654]

1299. — Il en est de même lorsque le créancier a su que la signature avait été retirée à l'associé qui contractait envers lui un engagement personnel sous la raison sociale. — Paris, 12 juill. 1849, Dubois, [S. 49.2.485, D. 49.2.199]

1300. — ... Ou lorsqu'il a connaissance que l'associé souscripteur avait abandonné le siège social et déserté la société au moment de son engagement. — Montpellier, 2 juin 1876, Crest., [S. 76.2.320, P. 76.1239]

1301. — ... Ou encore lorsqu'il a su que l'engagement pris envers lui était souscrit dans le but de l'avantager au préjudice de la société. — Cass., 24 janv. 1853, Decaux, [S. 53.1.241, P. 53.1.250, D. 53.1.12] — V. aussi Lyon, 20 mars 1895, [*Rev. des soc.*, 95.626] — Paris, 1er déc. 1898, [*J. des soc.*, 99.402]

1302. — Jugé également que le banquier, qui avait pleine connaissance des opérations de jeu faites par un de ses clients, gérant d'une société en nom collectif, avec l'argent avancé par lui, et qui savait qu'un virement du compte personnel du client au compte de la société dont ce client était gérant, ne pouvait avoir d'autre effet, pour cette société, que de lui créer un passif étranger à son exploitation commerciale, ne peut prétendre la société obligée envers lui à raison de ce virement; qu'il doit, par suite, subir le retranchement de la production par lui faite à la faillite de ladite société du montant du débit du compte personnel de cet associé gérant, viré au débit de la société. — Cass., 11 juill. 1899, Liquid. de la Soc. Girard et Cie, [S. et P. 1900.1.5, et la note de M. Lyon-Caen]

1303. — ... Qu'il en est ainsi, alors même que le coassocié du gérant a consenti au virement; qu'un tel engagement est nul comme contraire à l'objet et aux statuts de la société, et non opposable aux créanciers sociaux. — Paris, 25 janv. 1897, sous Cass., 11 juill. 1899, précité.

1304. — L'arrêt précité soulevait une grave difficulté, que l'on peut formuler ainsi : le syndic de la faillite sociale a-t-il le droit, malgré l'autorisation des associés, de faire considérer comme n'étant pas une dette sociale, et d'écarter, par conséquent, de la faillite de la société, la dette contractée par le gérant pour ses affaires personnelles, sous la raison sociale, avec l'autorisation des associés? Dans l'espèce, d'après les constatations du jugement, il y avait à la fois connaissance de la part du banquier, créancier, de l'absence de tout rapport entre la dette et l'objet social, et consentement des associés à ce que la dette personnelle au gérant devînt une dette sociale, grâce au virement opéré. Cette dernière circonstance, malgré la mauvaise foi du créancier, suffisait pour que, dans les rapports entre la société et le créancier, celle-ci fût tenue de la dette. Mais cette circonstance ne devait pas permettre au créancier de se présenter dans la masse, malgré les protestations du syndic qui la représentait.

1305. — Les statuts d'une société, en effet, en indiquent l'objet, et l'extrait qui en est publié dans les journaux doit le mentionner (V. *suprà*, n. 225). L'objet est caractéristique d'une société; il est de son essence (Paris, 29 déc. 1897, Collin, S. et P. 99.2.111, D. 98.2.445), et contribue à l'individualiser. Les personnes qui contractent avec une société doivent donc s'attendre à ce que celle-ci ne fera que des opérations se rattachant à cet objet, à ce qu'elle n'aura d'autres créanciers, que des personnes ayant fait avec elle des opérations de cette sorte. Le syndic de la société débitrice, agissant au nom des créanciers sociaux qui forment la masse, a par suite le droit de contester, la production de créanciers qui ne se présentent dans la faillite que parce que les associés ont consenti à ce qu'une dette personnelle à l'un d'eux fût traitée comme dette sociale. Il y a là une application d'une idée générale qui semble exacte dans une très-large mesure. Les statuts d'une société forment la loi des associés (Arg., C. civ., art. 1134). Il ne dépend pas d'eux de les méconnaître en contractant avec d'autres personnes, car les statuts lient les associés et la société elle-même envers les tiers. — Lyon-Caen, note sous Cass., 11 juill. 1899, précité. — V. aussi Percerou, *Des abus de la raison sociale* (*Ann. du dr. comm.*, 1898, p. 118 et s.).

1306. — Il a été fait application des mêmes principes à l'égard d'une convention verbale. Ainsi il a été jugé que l'associé en nom collectif, qui se fait prêter verbalement par un employé de la société une somme d'argent, n'oblige que lui seul et non la société, alors que l'emprunt, contracté en son nom propre, n'avait pas d'autre but que de lui permettre d'alléger d'autant son débit personnel envers la société; que, tout en versant les fonds prêtés dans la caisse sociale, il a dissimulé à son coassocié la provenance et les conditions de son emprunt; que cette dissimulation a été observée dans la tenue des livres, et que le prêteur en sa qualité d'employé, [illegible]. — Cass., 26 janv. 1903, Junet, [S. et P. 1903.1.[illegible]]

1307. — Il résulte de ces circonstances, souverainement appréciées par les juges du fait, la preuve que le prêteur n'a jamais considéré son créancier comme ayant eu le pouvoir d'obliger la société au remboursement de son emprunt, qu'il n'avait point compté qu'elle en fût tenue, et que sa fraude le rend irrecevable dans sa demande de collocation dans la faillite de la société. — Même arrêt.

1308. — C. *Preuve de la mauvaise foi.* — Les engagements contractés par le gérant sous la signature sociale étant [illegible] dans l'intérêt de la société, il en résulte que c'est à la société à faire la preuve de la mauvaise foi du créancier. Mais cette preuve peut être administrée par tous les moyens reconnus par la loi, notamment à l'aide de présomptions dont l'appréciation est abandonnée aux lumières du juge. — Paris, 12 août 1852, Arnat, [S. 52.2.495, P. 52.2.624]; — 14 août 1852, Gelé-Delpire, [S. 52.2.495, P. 52.2.451, D. 53.2.84]

1309. — La mauvaise foi du tiers qui a traité avec le gérant ne serait pas prouvée par cela seul que les statuts sociaux contiendraient une clause stipulant que tout engagement étranger aux affaires de la société, souscrit par l'un des associés, n'engagerait pas la société. Une pareille clause n'affecte que les relations des associés entre ceux qui se doivent compte réciproquement de l'usage qu'ils auront fait de la signature sociale; elle reste sans effet à l'égard des tiers, alors même qu'elle aurait été publiée. — Paris, 10 août 1880, sous Cass., 22 juin 1881, Trottry-Latouche, [S. 83.1.153, P. 83.1.375, D. 82.1.183]

1310. — D'après une fraction importante de la jurisprudence, ce principe serait absolu, et la clause précitée ne devrait, en aucun cas, recevoir effet vis-à-vis des tiers. Autrement, dit-on, cette clause fût devenue de style, et les tiers contractant avec des sociétés en nom collectif n'auraient plus eu aucune sécurité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 293; Houpin, t. 1, n. 197.

1311. — La jurisprudence est moins intransigeante, et tient cette clause pour opposable aux tiers de bonne foi, toutes les fois qu'elle est conçue en termes exempts d'équivoque. C'est aux juges à apprécier dans chaque espèce le caractère de la clause, et son *opposabilité*, si l'on peut s'exprimer ainsi. Si rien dans le libellé des statuts n'indique expressément que les parties ont entendu qu'elle produisît effet au regard des tiers, les juges du fond en restreindront l'application *inter partes*, et décideront que la société n'en demeure pas moins obligée vis-à-vis des tiers, sauf son recours contre celui des associés qui a souscrit l'engagement. — Cass., 22 juin 1881, précité. — V. aussi Colmar, 10 déc. 1822, Dournay, [P. chr.]

1312. — Spécialement, lorsque les statuts de la société, dûment publiés, disposent expressément que la signature sociale ne pourra engager la société que lorsqu'elle aura pour objet des affaires intéressant la société et inscrites sur ses livres, et que, en conséquence, tous billets, lettres de change et tous engagements devront, pour obliger la société, exprimer la cause pour laquelle ils ont été consentis, l'acceptation, par un des associés, de lettres de change en paiement d'opérations étrangères aux affaires de la société ne saurait engager la société au regard des tiers porteurs de ces lettres de change, si les mentions qui y sont apposées ne font pas, comme le prescrivent les statuts, connaître la cause pour laquelle elles ont été souscrites. — Douai, 7 mars 1899, Liquid. de la Soc. Vandenbroucke, [S. et P. 1901.2.[illegible], D. 1902.1.6, sous Cass., 5 nov. 1900]

1313. — Jugé, dans le même sens, et sur pourvoi contre l'arrêt précité, qu'en présence d'une clause, dûment publiée, des statuts d'une société en nom collectif, clause portant que la signature sociale devant appartenir aux deux associés « ne pouvait engager la société qu'autant qu'elle aurait pour objet des affaires intéressant la société elle-même et inscrites sur ses livres », et qu'en conséquence, « tous les billets, lettres de change, et généralement tous engagements devront, pour être valables et obliger la société, exprimer la cause pour laquelle ils ont été

consentis », — il appartient aux juges du fait de déclarer que l'intention des associés a été d'écarter du passif de la société toute obligation ou dette que pourrait créer l'un des associés pour des causes étrangères à la société, même en faisant usage de la signature sociale. — Cass., 5 nov. 1900, Lefebvre et autres, [S. et P. 1901.1.127, D. 1902.1.6]

1314. — ... Et que si, d'autre part, il est constaté que la société n'a jamais fait d'affaires avec un tiers, tireur de lettres de change acceptées par l'un des associés et sur lesquelles celui-ci a apposé la signature sociale, les juges peuvent décider que les mentions « valeurs en marchandises », « valeurs en compte », « valeurs en règlement de compte et pour solde », ne permettaient pas de distinguer si les lettres de change litigieuses avaient été créées pour des affaires intéressant la société, et de refuser, en conséquence, à les admettre soit au passif de la société, soit à celui des associés; qu'une telle décision fait de la clause précitée du pacte social une appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Même arrêt.

2° Actes accomplis par le gérant dans la limite de ses pouvoirs, mais sans la signature sociale.

1315. — Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, la société n'était pas tenue des engagements souscrits par un associé en dehors de la signature sociale. L'art. 7 du tit. 4 de l'ordonnance était en effet ainsi conçu : « Tous les associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, *au cas qu'il ait signé pour la compagnie et non autrement* ». Toutefois on pouvait prouver en ce cas, d'après les circonstances du fait, que l'associé avait contracté *pour la société*, et poursuivre dès lors l'exécution de l'engagement contre la société elle-même et contre chacun des associés solidairement. — Cass., 13 fruct. an IX, Crahai, [S. et P. chr.]; — 11 niv. an X, Barou, [S. et P. chr.]; — 23 frim. an XIII, Paulée, [S. et P. chr.]; — 30 juill. 1810, Goupy, [S. et P. chr.]; — 21 août 1811, Pouvet, [S. et P. chr.]; — 28 août 1828, Ouvré, [S. et P. chr.]; — 12 mars 1850, Roques, [S. 50.1.357, P. 52.1.166, D. 50.1.86] — V. Bordeaux, 1er sept. 1826, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 930-4°]

1316. — Jugé en ce sens que, sous l'empire de l'ordonnance de 1673, les engagements souscrits par l'un des associés sans emploi de la signature sociale pouvaient néanmoins obliger la société, si les tiers avec lesquels cet associé avait contracté prouvaient à l'aide de faits équivalant à l'emploi de la signature sociale, qu'ils avaient traité avec la société et pour le compte de celle-ci. Spécialement, que la société était obligée à raison de fournitures de marchandises faites à celui des associés qui était chargé des achats sociaux, alors qu'il était constant que ces fournitures avaient eu lieu en vue d'alimenter le magasin social. — Cass., 12 mars 1850, précité.

1317. — ... Qu'il importait peu que la signature sociale eût été réservée par l'acte de société à un autre associé, si cet acte, non soumis à la publicité par l'ordonnance de 1673, sous l'empire de laquelle il avait été formé, n'avait point été porté à la connaissance des tiers, qui alors ont pu considérer les associés comme ayant des droits égaux. — Martinique, 30 août 1847, sous Cass., 12 mars 1850, précité.

1318. — De même, sous l'empire du Code de commerce, il est admis par la doctrine et la jurisprudence que les engagements souscrits par le gérant obligent la société, bien qu'ils ne soient pas signés de la signature sociale, si d'ailleurs il est établi que ces engagements ont été contractés dans l'intérêt et pour le compte de la société. — Cass., 19 août 1846, Périer, [S. 47.1.28, P. 47.1.84, D. 46.1.360]; — 13 juin 1866, Paquin, [S. 67.1.354, P. 67.961, D. 68.1.37] — Bordeaux, 30 mai 1834, Baratchard, [S. 34.2.469, P. chr., sous Cass., 19 nov. 1835] — Rennes, 17 févr. 1849, Brousset, [S. 49.2.603, P. 49.2.47, D. 50.2.5] — Riom, 20 mars 1879, Gravier, [S. 80.2.195, P. 80.1.94, D. 80.2.4] — Douai, 24 avr. 1890, Comp. d'assurances *le Nord*, [D. 91.2.244] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 526; Bédarride, n. 148 et s.; Boistel, n. 193; Bravard-Veyrières et Demangeat, p. 214; Delangle, n. 140; Pont, t. 2, n. 1400; Massé, t. 3, n. 1958; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *cit.*, n. 286; Vavasseur, n. 194; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 290; Houpin, t. 1, n. 183.

1319. — Au surplus, la raison sociale n'étant pas, en droit français, de l'essence de la société en nom collectif, il serait absolument illogique, même dans les sociétés possédant une raison sociale, de ne considérer comme engagements sociaux que les obligations souscrites sous cette raison. — Mêmes auteurs.

1320. — Spécialement, l'acquisition d'une maison par un associé gérant peut, d'après les circonstances de la cause, être réputée faite pour le compte de la société, et non pour le compte personnel de l'associé gérant, bien qu'il n'ait contracté qu'en son nom personnel et non sous la raison sociale, lorsque mention du prix en est faite sur les livres de la société et que l'associé acheteur affecte cette maison, après l'y avoir appropriée à l'aide de travaux, à l'industrie qui fait l'objet de la société. — Cass., 19 août 1846, précité.

1321. — Par suite, cette maison n'est pas grevée de l'hypothèque légale de la femme de l'associé et peut au contraire être affectée aux dettes de la société, et notamment être saisie par un créancier de la société à qui a été consentie une hypothèque sur cet immeuble. — Même arrêt.

1322. — De même, doit être considéré comme dette sociale le prix de l'acquisition d'un fonds de commerce fait par l'un des associés en son nom personnel, alors qu'il est établi non seulement que le fonds vendu à l'un des associés devait être la matière de l'exploitation commerciale des associés, mais que de plus c'est sur leurs ressources communes que s'est effectué le paiement partiel du prix de cette vente. — Riom, 20 mars 1879, précité.

1323. — En tout cas, que le vendeur de fonds de commerce soit créancier de la société ou seulement créancier personnel de l'associé, il a privilège, soit contre l'associé acquéreur, soit contre les créanciers de la société qui en avait la possession. — Même arrêt.

1324. — Jugé encore que les engagements sociaux de l'associé liquidateur d'une société en nom collectif, bien qu'ils ne soient pas signés de la raison sociale, obligent la société si d'ailleurs il est établi qu'ils ont été contractés dans l'intérêt et pour le compte de la société. — Cass., 19 nov. 1835, Larrando, [S. 36.1.132, P. chr.]

1325. — ... Que l'associé gérant d'une société, qui est en même temps mandataire d'un de ses coassociés, à raison d'opérations faites par celui-ci en dehors de la société, et qui, en sa qualité de mandataire, reçoit des fonds prêtés à son mandant, puis les verse dans la caisse sociale, oblige la société vis-à-vis des bailleurs de fonds, et non pas seulement vis-à-vis de son mandant, lorsque, dans les registres sociaux, au lieu de créditer ce dernier desdits versements, il en a crédité directement les bailleurs de fonds eux-mêmes. — Bordeaux, 27 juin 1842, de Flageat, [P. 42.2.695]

1326. — Mais une société commerciale est déclarée à bon droit n'avoir pas profité d'une somme empruntée par son gérant personnellement, et n'être pas dès lors tenue au remboursement de cette somme, bien que les juges reconnaissent que le versement en a été fait dans la caisse sociale, s'ils constatent en même temps que ce versement a eu lieu pour acquitter les dettes du gérant envers la société, et notamment pour réaliser une partie de la mise de fonds à laquelle il était tenu comme associé. — Cass., 8 juin 1869, Baseri, [S. 69.1.428, P. 69.1100, D. 72.1.135]

3° Actes accomplis par le gérant sous la signature sociale, mais en dehors de ses pouvoirs.

1327. — En principe, ces actes n'obligent pas plus la société que les autres associés. Et il importe peu à cet égard que le gérant ait dépassé les pouvoirs qui sont déterminés par le droit commun (V. *suprà*, n. 1119), ou que ses pouvoirs aient été limités par une clause des statuts sociaux : cette clause est opposable aux tiers, alors qu'elle a été régulièrement publiée. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 287; Houpin, t. 1, n. 182, *in fine*. — A ce point de vue, le droit français se différencie nettement des législations germaniques. C'est ainsi que, d'après l'art. 116, C. comm. allemand, les stipulations statutaires, restrictives des pouvoirs normaux des gérants, sont inopposables aux tiers.

1328. — Si, au contraire, cette clause n'avait pas été publiée, elle serait inopposable aux tiers, et la société serait obligée même par les actes passés par le gérant en dehors de la limite qu'elle a assignée à ses pouvoirs. — Cass., 16 août 1875, Levillage, [S. 75.1.455, P. 75.1160, D. 76.1.422]

1329. — Il en serait autrement cependant, même en l'absence de toute publicité, si le tiers qui a traité avec le gérant

avait connu en fait les restrictions apportées à ses pouvoirs par les statuts sociaux. — Pont, t. 2, n. 1396; Pardessus, t. 3, n. 1023.

1330. — Jugé, en ce sens que, si, en principe, l'acte accompli par le gérant d'une société en nom collectif en dehors de ses attributions, mais avec la signature sociale, oblige la société au regard des tiers, il en est différemment si le tiers a agi de mauvaise foi, ou s'il n'a pas pu croire sérieusement et de bonne foi au consentement des autres associés à l'engagement par lui pris. — Douai, 7 mars 1899, Liquid. de la Soc. Vandenbroucke, [S. et P. 1901.2.7, D. 1902.1.6, sous Cass., 5 nov. 1900]

1331. — Par suite, la société ne saurait être obligée vis-à-vis des tiers par des engagements contractés par le gérant en dehors de ses attributions, si le cocontractant du gérant a connu ou dû connaître que le gérant n'avait pas qualité pour engager la société, et que ce n'est que par un abus de ses pouvoirs qu'il a usé de la signature sociale — Même arrêt.

1332. — Jugé également que, malgré le défaut de publication des articles des statuts d'une société en nom collectif, portant que le gérant ne pourra souscrire des effets de commerce pour aucune valeur excédant 5,000 fr., et interdisant à chaque associé de céder ou transporter ses droits dans la société, en tout ou en partie, sans le consentement de ses coassociés, est nulle la convention par laquelle le gérant : 1° contracte, avec un tiers, une société en participation, ayant pour but les mêmes opérations que la société en nom collectif et devant partager, par moitié, les bénéfices et les pertes avec cette dernière; 2° se fait ouvrir un crédit de 30,000 fr., par ce tiers associé, si celui-ci connaissait la double restriction apportée aux pouvoirs du gérant, dont l'abus ne lui a pas échappé. — Cass., 31 oct. 1887, Moujo, [S. 90.1.218, P. 90.1.524, D. 88.1.472]

1333. — Il y a toutefois, entre cette simple connaissance de fait et la publicité légale une différence importante qui concerne les tiers ayants-cause de celui qui a contracté directement avec le gérant, par exemple les tiers auxquels a été endossé un billet souscrit par le gérant en dehors des pouvoirs déterminés par une clause des statuts sociaux. Si cette clause a été publiée, elle produit son effet *ergà omnes*, vis-à-vis des porteurs successifs du billet. Si, au contraire, cette clause n'a pas été publiée, la connaissance de fait que peut en avoir le bénéficiaire du billet ne produit effet qu'à son égard et non plus à l'égard de ses ayants-cause qui sont de bonne foi. — Percerou, *Des abus de la raison sociale* (*Ann. de dr. comm.*, 1898, p. 129, note 2).

1334. — Le principe en vertu duquel toute restriction apportée par les statuts sociaux aux pouvoirs des gérants devient opposable aux tiers dès qu'elle est publiée, s'applique même dans le cas où les statuts sociaux auraient interdit au gérant de faire seul aucune opération à crédit. Une pareille clause en effet n'a rien de contraire à l'essence de la société en nom collectif : elle règlemente, sans la supprimer, la responsabilité personnelle des associés, ce qui n'est pas illicite. — Cass., 3 déc. 1850, Mahussier, [D. 51.1.42] — Orléans, 11 janv. 1853, Comp. du Gaz, [P. 53.1.417, D. 53.2.160] — Douai, 19 déc. 1877, Crédit du Nord, [S. 78.2.292, P. 78 1147, D. 79.2.32] — Douai, 7 mars 1899, précité. — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 528; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, t. 1, p. 212; Malepeyre et Jourdain, p. 123; Massé, t. 3, n. 1952; Pont, t. 2, n. 1363; Ruben de Couder, *v° cit.*, n. 267; Vavasseur, t. 1, n. 276; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 287 *bis;* Houpin, t. 1, n. 182. — *Contrà*, Paris, 12 août 1848, sous Cass., 3 déc. 1850, précité. — V. Bravard-Veyrières, t. 1, p. 211.

1335. — Spécialement, les billets souscrits par un associé sous la signature sociale, surtout à raison d'une dette qui lui est personnelle, n'obligent pas la société, alors que l'acte social interdit aux associés, à peine de nullité, même à l'égard des tiers, de créer des billets et traites pouvant engager la société, et que cette clause a été publiée. — Cass., 22 déc. 1874, Ranvier, [S. 75.1.104, P. 75.253, D. 75.1.255]

1336. — De même est opposable aux tiers, dès lors qu'elle a été publiée, la clause d'un acte de société qui interdit aux associés de souscrire des billets autrement que pour achats de marchandises. — Cass., 16 août 1875, précité.

1337. — Les actes accomplis par le gérant en dehors de ses pouvoirs peuvent cependant obliger la société si elle en a profité, et dans la mesure de son enrichissement : le tiers qui a traité avec le gérant a alors contre la société, et à concurrence de ce dont elle s'est enrichie, l'action directe *de in rem verso*. — Cass., 7 juill. 1868, Synd. Rostand, [S. 68.1.357, P. 68.926, D. 69.1.319] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 287]

1338. — D'autre part, la nullité des actes passés abusivement par le gérant est couverte lorsque la société a ratifié ces actes... Spécialement, cette nullité ne peut être invoquée par l'associé qui a laissé sans protestation comprendre un billet irrégulièrement souscrit dans l'inventaire dressé par les soins du liquidateur de la société. — Cass., 16 août 1875, précité.

4° Actes délictueux du gérant.

1339. — Les actes illicites, délits ou quasi-délits, accomplis par le gérant en dehors de sa gérance, n'obligent que lui; la société et les associés ne sauraient en être responsables en vertu de l'art. 1384, C. civ.; le gérant est un mandataire, non un préposé. — Cass., 2 août 1832, Deleutre, P. chr. — Rouen, 27 juill. 1892, sous Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [D. 96.1.382] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 296; Houpin, t. 1, n. 183. — V. cependant Thaller, n. 319.

1340. — Mais il en serait autrement dans le cas où ces actes illicites auraient été autorisés ou approuvés après coup par les associés, ou s'ils se rattachaient aux opérations sociales. Dans ce cas, la société est directement et personnellement responsable de ces actes, et elle est tenue envers les tiers à l'entière réparation du préjudice causé, conformément à l'art. 1382, C. civ. — Grenoble, 4 févr. 1874, Bernard, [S. 74.2.168, P. 74.729] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 296.

1341. — En d'autres termes, si le gérant pratique des manœuvres frauduleuses et s'il commet un dol dans les actes de sa gérance, non seulement la société n'en doit pas profiter, mais elle doit, au contraire, réparer en entier le préjudice qui en résulte pour les tiers, quelle que soit d'ailleurs la bonne foi personnelle des actionnaires de la société. — Cass., 15 janv. 1872, Bernard, [S. 72.1.9, P. 72.11, D. 72.1.102] — Il en serait ainsi, en particulier, si le gérant se rendait coupable, au regard d'une maison concurrente, d'actes de *concurrence déloyale*. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 296; Houpin, t. 1, n. 197.

1342. — Il en est de même dans le cas où le gérant, en dehors de toute fraude, a commis des actes ou des omissions révélant le caractère d'une faute et causant préjudice à autrui : la société que représente le gérant est tenue de réparer ce préjudice. — Dijon, 24 juill. 1874, Chagot et Cie, [S. 75.2.73, P. 75.343]

1343. — Que si les actes délictueux imputés au gérant ont le caractère d'infractions pénales (abus de confiance, contrefaçon de brevets ou de marques, infractions aux lois sur la police des chemins de fer, etc.), le gérant seul encourt, en principe, une condamnation pénale, attendu qu'en droit français tout au moins, les peines, même pécuniaires, n'atteignent que les êtres réels, et non les personnes morales. Notre droit pénal n'admet point le *délit corporatif*. — Cass., 10 mars 1877, Garrigue, Lalande et Cie, [S. 77.1.336, P. 77.832, D. 84.1.429, *ad notam*]; — 8 mars 1883, Comp. parisienne de vidange, [S. 85.1.470, P. 85.1.1132, D. 84.1.428] — Orléans, 8 nov. 1887, De l'Ombre, [S. 89.2.172, P. 89.1.978, D. 88 2.97] — Pouillet, *Brev. d'invent.*, n. 858; Darras, *Contrefaçon*, n. 213 et s.; Planiol, note sous Lyon, 2 mars 1894, [D. 94.2.305]; Garraud, *Traité de dr. pénal*, t. 1, p. 314; Pic, *Traité de lég. industr.*, n. 414. — *Contrà*, Séon, *Etude sur la responsabilité pénale et civile des syndicats professionnels*, 1900.

1344. — Ce principe ne comporte exception que pour les contraventions fiscales, dans laquelle l'amende joue le rôle de dommages-intérêts au bénéfice du Trésor (Thaller, n. 319). Pour toutes autres infractions tombant sous le coup de la loi pénale, la société ne pourra être condamnée que comme civilement responsable. — Cass., 25 mai 1895 (Motifs).

5° Actes accomplis par un associé non gérant.

1345. — Si un associé non gérant agit au nom de la société et sous la raison sociale, il est dans la même situation que le gérant qui dépasse ses pouvoirs : dès lors, la société n'est pas obligée, à moins qu'elle n'en ait profité et dans les limites de ce profit. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 294.

1346. — ... Ou à moins que tous les associés n'aient coopéré, ou donné après coup leur assentiment à l'acte contracté par l'un d'eux. Jugé en ce sens que, lorsque tous les associés en nom

collectif ont figuré dans un contrat et l'ont signé, les obligations qui en résultent peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme frappant non sur chacun des signataires individuellement, mais sur la société en masse, quoique la stipulation n'ait pas eu lieu sous la raison sociale; qu'en d'autres termes, l'emploi de la raison sociale n'est absolument indispensable pour obliger la société qu'autant que le contrat est signé par un seul des associés. — Colmar, 11 déc. 1841, Witz-Koenig, [P. 42.1.541] — V. Rennes, 29 janv. 1839, Souet, [P. 41.1.401]

1347. — ... Que les associés qui ont renouvelé, en y apposant leur signature, des billets souscrits par un de leurs coassociés avant la formation de la société, et garantis par une affectation hypothécaire qui s'attache aux billets nouveaux comme elle était attachée à ceux remplacés, se rendent ainsi débiteurs solidaires de la dette, et renoncent, par suite, nécessairement, à se prévaloir d'aucune antériorité d'hypothèque personnelle pouvant devenir un obstacle au paiement de cette dette. — Nîmes, 28 janv. 1856, Trintignan, [P. 56.1.120, D. 56.2.98]

1348. — Si l'associé non gérant agit en son nom propre sans le concours de ses coassociés, dans l'intérêt de la société, celle-ci peut alors être obligée envers lui à concurrence de l'enrichissement qu'il lui a procuré, et les tiers avec qui il a traité ont incontestablement le droit de le poursuivre de son chef, en vertu de l'art. 1166, C. civ., sauf à la société à leur opposer toutes les exceptions qu'elle pourrait opposer à l'associé lui-même. — Alauzet, t. 2, n. 526; Boistel, n. 193; Massé, t. 3, n. 1959; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 250; Delangle, n. 233; Ruben de Couder, n. 285; Vavasseur, t. 1, n. 195; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 294; Houpin, t. 1, n. 196.

1349. — Ainsi, dans le cas d'une société commerciale non publiée, lorsque l'un des associés souscrit des billets en son nom individuel, et sans aucune mention indiquant que l'engagement a lieu pour compte de la société, ces billets n'obligent pas solidairement les autres associés. — Il en doit être ainsi lors même que l'associé qui a signalé les billets ne fait pas d'autre commerce que celui de la société. Mais il en serait autrement si le porteur des billets prouvait que les deniers prêtés ont tourné au profit de la société. — Cass., 17 mars 1834, Coste [S. 34.1.237, P. chr.]; — 14 mai 1834, Chambion, [S. 34. 1.838. P. chr.]

1350. — Mais, dans l'action de *in rem verso*, la preuve incombe au demandeur. Cette preuve, du profit retiré par la société de l'opération engagée isolément par un associé, peut d'ailleurs être faite par tous les moyens autorisés au commerce. Il importe peu que cette opération ait été inscrite sur les livres au compte particulier de l'associé signataire si d'ailleurs l'existence de l'*in rem versum* est établie d'une autre façon. — Cass., 28 août 1828, Ouvré, [S. et P. chr.]; — 13 mai 1835, Delalande, [S. 35. 1.854, P. chr.] — Bordeaux, 31 janv. 1832, De Matha-Florida, [P. chr.]

1351. — Mais quelle est la nature de l'action accordée aux tiers qui, ayant traité avec un associé non gérant, sont en mesure d'établir que la société s'est enrichie par le fait de l'opération? Certains auteurs accordent à ces tiers une action directe, qui leur permet d'échapper au concours des autres créanciers de l'associé, ainsi qu'aux exceptions dont celui-ci serait passible. — Duranton, p. 17, n. 449; Duvergier, n. 404.

1352. — Cette opinion toutefois n'a pas prévalu, et la doctrine et la jurisprudence s'accordent aujourd'hui à n'attribuer aux tiers, en pareille occurrence, que l'action oblique de l'art. 1166. Il est de règle en effet qu'un prêteur ne peut agir que contre ses emprunteurs et non contre ceux qui ont profité de la somme prêtée; en tout cas ce prêteur ne peut se plaindre, puisqu'il ignorait que l'acte intéressât la société. — Cass., 17 mars 1834, précité; — 14 mai 1834, précité; — 12 mars 1850, Roques, [S. 50.1.257, P. 52.1.166, D. 50.1.86] — Besançon, 6 févr. 1865, Ve Jourdain, [D. 65.2.51] — Lyon, 22 févr. 1882, Puthod, [D. 83. 2.43] — *Sic*, Pothier, n. 101; Delangle, t. 1, n. 232; Pont, t. 2, n. 1393; Troplong, t. 2, n. 232; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 219; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 294. — V. cependant : Cass., 8 févr. 1816, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 936]

1353. — Et cette solution est applicable encore qu'il s'agisse de billets, et que le signataire ne fasse pas d'autre commerce que celui de la société; la règle qui répute faits pour son commerce les billets souscrits par un commerçant, lorsqu'une autre cause n'en est pas énoncée, est exclusivement relative au règlement de la compétence. — Cass., 14 mai 1834, précité.

CHAPITRE II.

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE.

1354. — La société en commandite est une société composée essentiellement de deux catégories d'associés : les *commandités*, responsables personnellement et solidairement du montant des dettes sociales, et les *commanditaires*, responsables seulement jusqu'à concurrence de leur mise sociale (C. comm., art. 23). Il existe deux formes de commandite : la commandite simple et la commandite par actions. Nous étudierons successivement : 1° les règles communes à toutes les sociétés en commandite, ou *la commandite en général*; 2° les règles spéciales à la commandite simple. En ce qui concerne la commandite par actions, V. *infrà*, n. 1949 et s., 3521 et s., 3894 et s., 4395 et s., 4448 et s., 4679 et s., 5559 et s., 5675 et s. — Sur l'histoire et les origines de la commandite, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 322 et s.

Section I.

De la commandite en général.

§ 1. *Caractères distinctifs de la société en commandite.*

1355. — Lorsque des doutes s'élèvent sur le caractère de la société, ce n'est point à la qualification peut-être mensongère ou erronée, adoptée par les parties, que les juges doivent s'attacher, mais bien à la nature intrinsèque de la convention, ramenée à ses caractères spécifiques. — Alger, 23 nov. 1853, Ardennes, [S. 54.2.23, P. 55.2.488, D. 55.5.420] — Paris, 17 mai 1890, [*Rev. des soc.*, 91.81]; — 4 févr. 1898, [*Journ. des trib. de comm.*, 98.544] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 186; Delangle, n. 269; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 457; Pont, t. 2, n. 1421; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en commandite*, n. 25; Rousseau, t. 1, n. 837; Houpin, t. 1, n. 216.

1356. — Or, le caractère essentiel de la société en commandite, simple ou par actions, peu importe, réside, avons-nous dit, dans la coexistence de deux catégories d'associés, les uns tenus *in infinitum* comme des associés en nom collectif, les autres tenus seulement du passif social jusqu'à concurrence de leur mise et exclus de la gestion à raison de cette limitation statutaire de leur responsabilité à l'égard des tiers. Toutes les fois qu'une société, quelle qu'en soit la dénomination, présente ce caractère, cette opposition entre deux groupes d'intéressés, les uns chargés de la gérance avec une responsabilité illimitée, les autres simples bailleurs de fonds, étrangers à l'administration sociale, et responsables seulement *jusqu'à concurrence d'une certaine somme*, que de plus cette société se présente au public sous une raison sociale, on peut affirmer l'existence d'une société en commandite.

1357. — Que si, au contraire, ce caractère fait défaut, ou seulement s'il y a doute sur son existence, ce sont les règles de la société en nom collectif qui constituent le droit commun des sociétés commerciales, et non pas celles de la commandite, qui devront recevoir leur application. — Alauzet, t. 2, n. 534; Dutruc, v° *Soc.*, n. 769; Massé, t. 3, n. 1965; Pont, t. 2, n. 1420 et s.; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *cit.*, n. 25; Boistel, n. 196; Deloison, t. 1, n. 216; Rousseau, t. 1, n. 385; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 457; Houpin, t. 1. n. 216.

1358. — Jugé, en ce sens, que, dans le cas où les actionnaires d'une société en commandite, réunis en assemblée générale, ont remplacé l'unique commandité, gérant responsable, par un gérant non associé et ne devant participer ni aux bénéfices, ni aux pertes de la société, la commandite, ne comprenant plus qu'une seule catégorie d'associés, ne présentant pas d'autre part les caractères de la société anonyme (V. *infrà*, n. 1928 et s.), se trouve transformée en une société de fait qui sera soumise aux règles de la société en nom collectif. Les actionnaires sont donc tenus solidairement du paiement des dettes sociales, alors surtout qu'ils se sont engagés à faire leur affaire personnelle des obligations de la société. — Amiens, 2 juill. 1892, Bosquette, [D. 93. 2.505]

1359. — Inversement, d'ailleurs, la société, en nom collectif à l'origine, peut se transformer en société en commandite par la limitation de la contribution aux pertes de l'un des associés,

limitation résultant de l'application d'une clause statutaire (par exemple, clause décidant que la société, au décès de l'un des associés, se continuera avec les héritiers comme simples commanditaires, V. *suprà*, n. 155 et s., ou d'une délibération dûment publiée, tendant à modifier les statuts et à juxtaposer, aux associés personnellement tenus, des associés à responsabilité limitée. — V. Houpin, *loc. cit.*

1360. — Il nous faut maintenant insister sur ce caractère distinctif de la commandite. Nous traiterons ensuite de la raison sociale, qui est de la nature, sinon de l'essence de ce type de société ; puis nous rechercherons quelle influence peut exercer sur le caractère de la société au regard des tiers, l'inaccomplissement des formes de publicité requises par la loi.

1° *Coexistence de deux catégories d'associés.*

1361. — Il n'y a pas de commandite sans commanditaire. Mais qu'est exactement un commanditaire? Suffirait-il d'une limitation quelconque de responsabilité, ou ne doit-on pas exiger quelque chose de plus, la *fixation d'un chiffre*, au delà duquel l'associé cesse d'être obligé au passif? Cette seconde opinion, la plus rigoureuse, tend à prévaloir, et l'on admet le plus généralement qu'il est nécessaire, pour que la société soit en commandite et que les associés qualifiés de commanditaires échappent à l'obligation indéfinie qui pèse légalement sur les associés en nom collectif, que la mise de fonds desdits associés soit *fixée par un chiffre dûment publié*. — Grenoble, 24 mars 1874, Gratteau, [D. 77.5.44] — Paris, 1er mai 1890, [*Rev. des soc.*, 90.370 ; — 22 juin 1891, [*Rev. des soc.*, 91.481] — Sic, Vavasseur, t. 1, n. 285 ; Rousseau, t. 1, n. 385 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 457 ; Houpin, t. 1, n. 222, *in fine*.

1362. — Ainsi, doit être considéré comme associé en nom collectif, et non comme commanditaire, l'associé qui a promis d'apporter, au fur et à mesure des besoins, les fonds nécessaires au commerce social, lors même que sa part dans les bénéfices et les pertes serait fixés à une quotité déterminée. — Grenoble, 24 mars 1874, précité.

1363. — A plus forte raison, n'est pas une commandite, mais une société ordinaire, malgré sa qualification, la société qui, loin d'affecter une partie du capital social à une ou plusieurs commandites, a divisé le capital social entre plusieurs associés, sans fixer une limitation à la participation de chaque associé au passif. — Paris, 22 nov. 1890, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Société*, n. 493]

1364. — Il importerait peu d'ailleurs que les associés se soient réservé la faculté de céder leurs parts et qu'ils en aient déterminé le mode de transmission. — Même arrêt.

1365. — Jugé toutefois que l'associé qui figure expressément dans l'acte social en qualité de commanditaire, ne peut être déclaré occuper une position incompatible avec les principes de la commandite, et être réputé en conséquence associé en nom collectif, par cela seul que l'acte social lui attribue une part déterminée dans les bénéfices et les pertes, s'il est établi que, dans la pensée des contractants, la mise sociale était avec le fonds social dans les mêmes conditions que la quote-part assignée dans les pertes ou dans les bénéfices. — Cass., 17 janv. 1855, Proharam, [S. 55.1.90, P. 55.2.372, D. 55.1.259]

1366. — En le décidant ainsi, du moins, les juges du fond ne font qu'user du droit d'interprétation exprimé dans l'art. 1161, C. civ. — Même arrêt.

1367. — En principe, le chiffre de la participation éventuelle du commanditaire aux pertes se confond avec le chiffre même de son apport. Mais sa contribution aux pertes, qui ne saurait être moindre aux regard des tiers, ne pourrait-elle pas être supérieure (pourvu qu'elle comporte une limitation) sans lui faire perdre la qualité de commanditaire? La question est controversée : dans un premier système, cette stipulation serait licite, attendu qu'elle est en définitive favorable aux tiers, et qu'elle n'est point inconciliable avec l'art. 26, lequel statue *de eo quod plerumque fit* et doit d'ailleurs être combiné avec l'art. 1855, C. civ. Or ce dernier article interdit les clauses tendant à faire descendre la responsabilité de l'associé au-dessous du chiffre de sa mise, et autorise implicitement les stipulations inverses, qui tendent à le rapprocher du droit commun, c'est-à-dire de la responsabilité *in infinitum*. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 538 *bis*. — V. aussi Namur, t. 2, n. 903.

1368. — Dans un second système, la stipulation serait nulle; la société serait à considérer comme en nom collectif, et l'associé ne pourrait exciper de la limitation à une quote-part du passif inscrite à son profit dans les statuts. Jugé en ce sens que, s'il a été stipulé dans l'acte social que l'associé qui n'est pas gérant, qui n'a pas la signature et dont le nom ne figure pas dans la raison sociale profiterait des bénéfices et supporterait les pertes jusqu'à concurrence d'une quote-part déterminée (le quart par exemple), en sorte qu'il se soumet, le cas échéant, à des pertes plus ou moins considérables suivant les circonstances, outre et au delà de sa mise, il est par là même associé en nom collectif. — Lyon, 7 févr. 1827, sous Cass., 28 août 1828, Ouvré, [P. chr.] — Sic, Bédarride, t. 1, n. 247 ; Delangle, t. 1, n. 274.

1369. — La commandite est également caractérisée par ce fait que les associés à responsabilité limitée sont exclus de la gestion. En conséquence, n'est pas une commandite, mais une société ordinaire (c'est-à-dire une société en nom collectif), la société faussement dénommée commandite, dans laquelle les prétendus commanditaires se sont réservé l'administration intérieure de la société et la surveillance de l'entreprise avec voix délibérative. — Cass., 16 germ. an XI, Bruley et Cie, [S. et P. chr.] — Paris, 16 mai 1808, Labouglie, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 7 févr. 1832 Deluze et Dremas, [P. chr.]

1370. — Pareillement, n'est pas une commandite, mais une société en nom collectif, l'association entre deux commerçants : qui a une raison sociale composée du nom d'un associé, puis du mot « et Cie », où la gestion appartient à l'un, mais avec faculté pour l'autre, quand il le jugera à propos et par une nouvelle convention, de joindre sa signature à celle du premier, où ledit associé pourrait céder sa part à un tiers, lequel à son tour aurait le droit de participer à la gestion, où enfin les dettes seraient supportées proportionnellement à la mise de chacun. — Cass., 28 mai 1806, Eubert, [S. et P. chr.]

1371. — Par contre, n'est pas inconciliable avec le caractère de la commandite la faculté réservée à un commanditaire, dont la mise sociale est fixée en numéraire, de prêter son concours aux affaires de la société, lorsque cette clause n'a pas eu pour but de conférer la gestion au commanditaire, mais simplement de lui reconnaître un droit de contrôle et de conseil. — Cass., 23 mars 1846, Breton et Danto, [S. 46.1.770, P. 46.2.482, D. 46.1.308]

1372. — Il n'importe que le même acte ait divisé par moitié les bénéfices et les pertes, cette clause ne concernant que les associés entre eux et ne pouvant avoir d'autre but que de fixer leur part respective dans la société relativement à la mise sociale, le partage par moitié des bénéfices et des pertes indiquant seulement que la mise du gérant qui consiste dans son industrie est équivalente à celle du commanditaire, laquelle consiste en une somme d'argent déterminée. — Même arrêt. — V. aussi Bordeaux, 20 août 1839, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 1095-2°]

1373. — De même, une société qualifiée de commandite ne prend pas le caractère de société en nom collectif par cela seul que les statuts sociaux défendent au gérant de compromettre, partager et placer des capitaux sans l'avis préalable du conseil de surveillance, et d'affermer ou d'hypothéquer les immeubles de la société, faire des emprunts extraordinaires ou des acquisitions d'immeubles sans l'autorisation de l'assemblée des actionnaires. — Lyon, 15 avr. 1859, Sous-comptoir des métaux, [S. 59.2.435, P. 59.959]

1374. — Inversement, la convention non dénommée, par laquelle un industriel, après la mort de sa femme, convient avec ses enfants de laisser en commun les biens maternels ainsi que les valeurs de communauté, pour ces biens et valeurs être affectés à l'exploitation qu'il dirige sous une raison sociale, et décide que les bénéfices de l'exploitation seront partagés entre les intéressés, les pertes devant être limitées pour chaque enfant au montant de sa part héréditaire, ne constitue pas une simple indivision, mais une société en commandite, société dans laquelle il a le rôle du gérant, les enfants étant des commanditaires. — Cass., 28 mars 1892, Morel et Allègre, [S. et P. 93.1.451, D. 92.1.265] — V. Vavasseur, t. 1, n. 285.

1375. — Jugé, d'autre part, qu'une société qualifiée en ses statuts de commandite, et comprenant des associés qui y sont qualifiés de commanditaires, ne revêt pas le caractère de société en nom collectif, de telle sorte que ces associés soient tenus indéfiniment envers les créanciers des dettes sociales, par cela seul que, dans la clause desdits statuts portant partage des profits et des pertes, après chaque inventaire annuel, selon des parts déterminées, il est dit que, si les parts consistent en per-

tes, elles seront versées dans la caisse de la société au prorata des apports respectifs, cette stipulation devant s'entendre, à moins que l'intention contraire des parties ne soit prouvée, des versements nouveaux à faire par les commanditaires à raison de la portion non encore acquittée de leurs apports. — Rouen, 9 juin 1875, Cousté, [S. 77.2.46, P. 77.230, D. 75.2.205] — Alauzet, t. 1, n. 300 et s.; Massé, t. 3, n. 1965; Delangle, t. 1, n. 271 et s.; Troplong, n. 414 et s.; Bédarride, t. 1, n. 186 et s.; Dutruc, sur Devilleneuve et Massé, *Dictionn. du content. comm.*, v° *Sociétés*, n. 770 et s.

1376. — ... Ni par cela que les statuts interdisent au gérant de faire un emprunt quelconque, de disposer, même temporairement, des valeurs sociales pour un objet étranger à la société, de vendre à crédit au delà d'un chiffre déterminé, le tout sans l'autorisation préalable et par écrit des commanditaires : l'intervention ainsi prévue de ceux-ci consistant, en pareil cas, en des actes de contrôle et de surveillance autorisés par les règles de la commandite. — Même arrêt. — Sur les actes de contrôle autorisés, V. *infrà*, n. 1564 et s.

1377. — Quoi qu'il en soit, c'est au juge du fond, en cas de contestation, à rechercher si, dans l'intention des parties telle qu'elle ressort de l'ensemble des actes et circonstances de la cause, il s'agissait réellement entre elles de la formation d'une société en commandite. — Cass., 8 janv. 1872, Synd. Gassaud, [S. 72.1.36, P. 72.56, D. 73.1.194]

1378. — Mais la Cour de cassation examine si, en admettant comme constants les faits énoncés dans la décision du juge, la qualification donnée à la société est juridiquement exacte. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 457

2° *Raison sociale.*

1379. — La raison sociale (V. *suprà*, n. 1054 et s.), a pour but essentiel d'affirmer le crédit de la société, par une large publicité, permanente, donnée au nom des associés personnellement obligés, ou de certains d'entre eux. La raison sociale d'une société en commandite ne doit donc comprendre que le ou les noms des commandités. L'insertion dans la raison sociale du nom d'un commanditaire, ayant pour conséquence nécessaire de tromper les tiers sur l'étendue du gage sur lequel ils peuvent compter, entraînerait les mêmes conséquences que l'insertion du nom d'un étranger dans la raison sociale d'une société en nom collectif (V. *suprà*, n. 1069 et s.). En d'autres termes, cette insertion ignorée du commanditaire pourrait servir de base à des poursuites en escroquerie ou même en faux contre les gérants; connue et implicitement approuvée dudit commanditaire, elle rendrait celui-ci responsable solidairement du passif social à l'instar d'un commandité.

1380. — Jugé, en ce sens, que l'introduction dans la raison sociale du nom d'un commanditaire avec l'assentiment de ce dernier aurait pour effet de rendre ce dernier responsable solidairement des dettes sociales, et aurait même pour conséquence, le cas échéant, de transformer la société en commandite en société en nom collectif. — Lyon, 29 nov. 1893, *Monit. jud. Lyon*, 10 mai 1894] — Paris, 13 janv. 1877, [*Journ. trib. comm.*, 22 janv. p. 156] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 542; Boistel, n. 197; Houpin, t. 1, n. 221; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 462; Thaller, n. 248; Ruben de Couder, v° *Société en commandite*, n. 22.

1381. — Toutefois, le commanditaire étant un associé, on admettrait plus aisément la preuve de son adhésion tacite à l'insertion de son nom dans la raison, que celle de l'autorisation donnée par un tiers, complètement étranger à la société, d'emprunter son nom pour renforcer frauduleusement le crédit d'une société en nom collectif.

1382. — Il n'est pas nécessaire que les noms de *tous* les commandités figurent dans la raison sociale. Mais le nom d'un commandité, solidairement responsable, ne saurait être effacé de la raison sociale, lorsque son nom y figurait d'après les statuts sociaux, sans l'assentiment des commanditaires, lesquels ne peuvent se voir enlever par surprise les garanties qu'ils avaient cru trouver dans la raison sociale, telle qu'elle était libellée. — Cass., 29 déc. 1897, Armant et Tessier, [S. et P. 98.1.73, D. 98.1.339

1383. — Toutefois la raison sociale est de la nature, mais non pas de l'essence de la société en commandite Une société en commandite serait parfaitement valable, alors qu'elle n'aurait qu'une dénomination, même de pure fantaisie, et pas de raison sociale. — V. *suprà*, n. 1061 et s.

3° *Clandestinité de la société.*

1384. — Le défaut de publication d'une société en commandite ne saurait autoriser les créanciers de cette société à demander qu'elle soit considérée comme société en nom collectif, de manière à faire comprendre l'associé commanditaire dans la faillite de l'associé en nom, et à le faire déclarer, comme ce dernier, responsable indéfiniment et sur tous ses biens des dettes de la société : le défaut de publication d'une société ne peut être invoqué par les tiers que comme moyen de faire prononcer la nullité d'une manière absolue quand ils y ont intérêt. — Cass., 28 févr. 1859, Synd. Thurneyssen, [S. 60.1.157, P. 60.627, D. 59.1.232] — Paris, 16 janv. 1858, Synd. Thurneyssen, [S. 58.2.268, P. 58.22, D. 59.2.166] — En d'autres termes, les tiers n'ont l'option qu'entre deux partis : ou faire prononcer la nullité de la société, ou la tenir pour valable, et en accepter en ce cas toutes les clauses, y compris celle qui limite à l'apport la responsabilité d'un groupe d'associés. Mais ils ne sauraient, sous aucun prétexte, être admis à en dénaturer le caractère. — V. *suprà*, n. 251 et s.

1385. — Il n'en serait autrement que si la société avait fonctionné publiquement dans ses rapports avec les étrangers comme une société en nom collectif, de telle façon que les tiers aient pu croire à l'existence d'une société de fait entre les commandités et les commanditaires. — Cass., 28 févr. 1859, précité.

§ 2. *Distinction de la commandite d'avec certains contrats analogues.*

1386. — Il y a des sociétés que les parties peuvent qualifier de commandites, qui de fait ressemblent à ce type de société, mais qui cependant ne sauraient être confondues avec les sociétés en commandite véritables dont nous exposons les règles. Il y a d'autres contrats qui sans constituer des sociétés véritables, ont une certaine ressemblance avec les commandites, mais qu'il importe de distinguer soigneusement.

1° *Des sociétés improprement appelées sociétés en commandite.*

1387. — 1° L'arrêté du 2 prairial an XI (art. 1) déclare que les sociétés contractées pour faire la *course* seront présumées société en commandite. Ces sociétés seront rares aujourd'hui depuis la suppression de la course (V. *suprà*, v° *Course maritime*, n. 13 et s.), mais elles pourraient cependant exister soit en cas de guerre entre deux Etats dont l'un au moins n'a pas adhéré à la convention précitée, soit même en cas de guerre entre deux Etats signataires, dont l'un, au mépris de ses engagements, aurait en fait cru devoir délivrer des lettres de marque.

1388. — Ces sociétés ne sont point, à proprement parler, des commandites. En effet, les règles essentielles de la commandite ne s'y appliquent point. Ainsi le gérant n'est, comme le commanditaire, tenu que jusqu'à concurrence de sa mise sociale. D'autre part, le commanditaire a la faculté de s'immiscer dans l'administration de ladite société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 298.

1389. — 2° L'art. 75, C. comm., modifié par la loi du 2 juill. 1862, autorise les *agents de change* a former des sociétés en commandite pour l'exploitation de leur charge. Bien que les sociétés constituées pour les exploitations des offices d'agents de change se rapprochent à certains égards des commandites, notamment en ce sens qu'on y trouve un associé tenu *in infinitum*, le titulaire de l'office, puis des bailleurs de fonds tenus seulement à concurrence de leurs mises, elles doivent être cependant considérées, non pas comme des sociétés en commandite, mais comme des sociétés *sui generis*. Elles diffèrent en effet, très-nettement de la commandite du droit commun : 1° en ce qu'elles n'ont pas de mise sociale; le titulaire, agréé par le chef de l'Etat, est seul en nom dans toutes les opérations de bourse; 2° lui seul est tenu solidairement des dettes sociales; 3° la proportion entre l'apport du gérant et celui des bailleurs de fonds n'est pas entièrement abandonnée à l'appréciation des intéressés. La loi de 1862 fixe en effet la part *minima* du titulaire de l'office au « quart de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement ».

1390. — De ce que la société entre agent de change et bailleur de fonds n'est pas une véritable commandite, mais une société *sui generis*, il résulte, d'après l'opinion générale tout au moins, qu'il n'y a pas lieu de lui appliquer les dispositions des art. 27 et 28, C. comm. En conséquence, les bailleurs de fonds peuvent être nommés commis principaux et faire des opérations pour le compte des agents de change, sans qu'il en résulte pour eux l'obligation indéfinie au passif social, qui est édictée par lesdits articles contre les commanditaires qui s'immiscent dans la gestion de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 4 n. 877; Thaller, n. 855, et *Faill. des agents de change*, n. 84; Ruben de Couder, v° *Agent de change*, n. 75 et s. — *Contra*, Alauzet, t. 2, n. 673 et s.

1391. — Mais si l'association formée entre un agent de change et ses bailleurs de fonds intéressés est en dehors des cadres ordinaires tracés par le Code de commerce, elle n'en est pas moins une véritable société, ayant son actif et son passif particuliers, et pouvant ainsi avoir des créanciers distincts des créanciers personnels de l'agent de change; ces derniers ne sauraient donc, lorsqu'ils ne figurent pas sur les livres sociaux, être admis au passif de la liquidation d'une telle société. — V. *suprà*, v° *Agent de change*, n. 118 et s., et v° *Office ministériel*, n. 161.

2° Autres contrats analogues à la commandite.

1392. — La société en commandite doit réunir les conditions constitutives de toute société: apports effectués par chaque associé, participation dans les bénéfices et dans les pertes, et enfin *affectio societatis*. Si l'une de ces conditions fait défaut, il pourra bien y avoir un contrat valable ; mais ce contrat ne sera pas une commandite, ni même une société. — Sur les conditions constitutives des sociétés, V. *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 2 et s.

1393. — I. *Mandat*. — C'est ainsi que la convention par laquelle des créanciers s'unissent en constituant un tiers gérant salarié pour le recouvrement de leurs créances, et sans autres apports que ces créances, ne saurait, nonobstant la qualification qui lui est donnée, constituer une société en commandite. Il en résulte, en ce qui concerne le gérant, un simple mandat dont la durée, fixée jusqu'à l'accomplissement des recouvrements, n'est pas réductible à cinq ans. — Paris, 24 mai 1856, de Mazin, [S. 58.2.46, P. 57.755]

1394. — La nullité d'une telle convention, en la supposant fondée, ne pourrait, en tout cas, être poursuivie que contre les parties entre lesquelles s'est formé le contrat, et non contre le gérant nommé. — Même arrêt.

1395. — II. *Prêt*. — Il faut soigneusement distinguer également la commandite d'un contrat qui a beaucoup de ressemblance avec elle : *le prêt*, mais qui s'en différencie par la non-contribution du prêteur aux pertes sociales. Ainsi constitue un contrat de prêt, mais n'est pas une société en commandite la convention par laquelle une personne met une certaine mise dans un commerce avec stipulation que les intérêts de cette somme lui seront payés chaque année et qu'elle participera aux bénéfices, mais qu'elle sera affranchie de toute perte.

1396. — C'est cette participation du bailleur de fonds aux pertes et aux gains qui est le seul critérium permettant de restituer à l'opération intervenue sa véritable qualification. — V. pour la doctrine et la jurisprudence, *suprà*, v° *Société*, n. 101 et s.

1397-1402. — Ainsi jugé que le versement dans une charge d'agent de change, d'un capital en compte courant forcé, et remboursable à délai fixe, mais avec condition d'être employé dans la charge, et stipulation d'une part proportionnelle des bénéfices en dehors de l'intérêt légal, doit être considéré comme un simple prêt avec participation aux bénéfices, par un commis intéressé, et non comme l'apport d'un associé devant supporter proportionnellement les pertes. — Lyon, 18 juin 1868, Charlet, [S. 69.2.20, P. 69.196]

1403. — ...Alors surtout qu'aucun inventaire ni état de situation n'a été communiqué au prêteur, et qu'aucune perte n'a été inscrite à son nom. — Même arrêt.

1404. — N'est pas davantage un associé le bailleur de fonds qui stipule un tant pour cent sur le montant brut des ventes réelles opérées par la société, indépendamment de l'intérêt légal. — Trib. comm. Seine, 18 janv. 1843, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 1099]

1405. — Jugé, d'autre part, que la clause d'un acte de société qui porte qu'un bailleur de fonds ne participera pas aux pertes et aux bénéfices de la société et recevra seulement l'intérêt légal des fonds qui constituent son apport, n'empêche pas nécessairement qu'il ne puisse être considéré comme un associé commanditaire, si cela résulte des stipulations de l'acte de société. Il en est ainsi spécialement si le bailleur de fonds a pris dans le pacte social le titre de commanditaire et s'est réservé le droit de vérifier les registres, écritures, journaux et correspondance de la société ; si l'acte de société porte que le décès de l'un des associés ne sera pas une cause de dissolution de la société qui continuera avec les veuve, héritiers ou ayants-cause du décédé ; si enfin le bailleur de fonds est intervenu dans une délibération fixant l'époque de la résolution de la société. — Caen, 27 déc. 1864, Pain, [D. 66.2.46]

1406. — Serait également une commandite, l'obligation contractée par l'employé intéressé d'apporter un capital égal à celui du patron, et de participer aux pertes et aux bénéfices suivant une proportion déterminée. Il ne saurait être considéré comme un simple employé intéressé, mais comme un véritable commanditaire, devant participer aux pertes et bénéfices *réels* réalisés tant dans la maison principale que dans la succursale, et non pas seulement aux pertes et bénéfices sur le papier, en suite d'un inventaire d'écriture, et subordonnés à la réalisation d'un actif inventorié. — Lyon, 23 janv. 1891, sous Cass., 17 avr. 1893, Chaise, [S. et P. 93.1.299, D. 92.2.401]

1407. — L'arrêt qui le décide d'après les termes de la correspondance et l'intention des parties contient une appréciation souveraine des faits, échappant à la censure de la Cour suprême. — Même arrêt. — Pour plus de développements sur le critérium permettant de distinguer l'associé du commis intéressé, et sur l'étendue du droit de contrôle de ce dernier, V. *suprà*, v° *Commis*, n. 34 et s. — V. aussi Pic, *Lég. industr.*, n. 1367.

1408. — L'un des signes qui permet au juge, en cas de doute, de reconnaître si l'on se trouve en présence d'une société ou d'un prêt, réside dans le droit de contrôle plus ou moins étendu reconnu ou refusé au commanditaire. Si celui-ci, d'après les statuts, a le droit de surveillance directe sur l'administration de la société, notamment en se faisant communiquer les livres et les inventaires de la société, il pourra être considéré comme un associé, bien qu'il ait expressément stipulé la reprise de son capital, son apport pouvant être considéré comme ayant été fait simplement *en jouissance*. La qualité même de commanditaire, à lui attribuée dans l'acte social, pourra être prise aussi en considération. — Cass., 11 avr. 1849, Louchard, [P. 50.2.604, D. 54.5.719] — Caen, 27 déc. 1864, précité. — V. *suprà*, v° *Commis*, n. 58 et s.

1409. — Il ne suffirait cependant pas que les créanciers assignent les associés commanditaires de la société en cette qualité, pour rendre la commandite incontestable. Il n'en résulte pas un *contrat judiciaire*, alors surtout que les associés n'ont pas demandé acte de leur qualité, et que le jugement ne la leur a pas reconnue. — Cass., 9 juill. 1845, Synd. Staub, [S. 45.1.729, P. 45.2.171, D. 45.1.354]

1410. — III. *Assurance*. — Un acte, bien que qualifié de société en commandite, peut, en réalité, ne constituer qu'un contrat d'assurance, par lequel une personne garantit, moyennant une prime déterminée par ce contrat, les associés contre les risques qu'ils peuvent courir.

1411. — Ainsi un acte, bien que qualifié de société en commandite, doit être réputé ne pas constituer une société, lorsque les prétendus commanditaires, au lieu de verser une mise sociale, s'engagent seulement comme cautions, à supporter les pertes de la société jusqu'à concurrence d'une certaine somme. — Cass., 6 avr. 1853, Hédouin, [S. 53.1.618, P. 54.2.588, D. 53.1.193] — Caen, 17 juin 1852, Hédouin, [S. 53.2.138, P. 54.2.588]

§ 3. *Obligations positives des commanditaires.*

1412. — Le trait caractéristique de la commandite, nous l'avons établi, est la situation légale du commanditaire, associé sans doute, mais associé *sui generis*, ayant limité contractuellement son obligation, par dérogation au principe du droit commun formulé en l'art. 2092, C. civ., et résumé dans l'adage traditionnel « qui s'oblige oblige le sien ». Il nous paraît donc logique d'étudier d'abord, avec tous les développements qu'elle comporte, cette condition juridique spéciale du commanditaire, tant au point de vue passif qu'au point de vue actif. Nous examine-

rons ensuite sommairement, avec de nombreuses références à la société en nom collectif, la condition légale des commandités et le fonctionnement de la gérance. Nous n'aurons pas à revenir sur la dissolution et la liquidation, étudiées *suprà*, n. 423 et s.

1413. — Le commanditaire est tenu de deux obligations *positives* : 1° réaliser l'apport promis; 2° participer au passif jusqu'à concurrence de son apport. A ces obligations, vient s'ajouter une obligation *négative*, à savoir la défense de s'immiscer dans la gestion. — V. *infrà*, n. 1540 et s.

1. Obligation de r[illegible]

1414. — I. *Versement de l'apport.* — a. *Consistance de l'apport.* — L'apport est de l'essence du contrat de société. Comme tout associé, le commanditaire doit donc faire un apport à la société. Conformément au droit commun, et bien que l'art. 26 ne parle que de *mise de fonds*, cet apport peut être en numéraire ou en nature. L'apport en nature peut porter soit sur des immeubles, soit sur des meubles, meubles corporels (marchandises, outillages, etc.) ou meubles incorporels (créances, titres divers, brevets d'invention, secret de fabrique, etc.). — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 16 et s., et v° *Société civile*, n. 110 et s.

1415. — L'évaluation des apports en nature n'est d'ailleurs soumise à aucune formalité spéciale dans les commandites simples; elle est au contraire minutieusement réglementée dans les commandites par actions, assimilées à ce point de vue aux sociétés anonymes. — Sur cette réglementation édictée par la loi du 24 juill. 1867, V. *infrà*, n. 3312 et s.

1416. — Mais, et à cet égard la commandite se différencie nettement de la société en nom collectif ou de la société civile, un commanditaire ne pourrait pas faire un apport *en industrie*. Effectivement, pour réaliser cet apport, c'est-à-dire pour faire profiter la société de ses connaissances techniques personnelles, de son expérience acquise, il devrait nécessairement s'immiscer dans la gestion de la société; or une telle immixtion lui est interdite (V. *infrà*, n. 1540 et s.). — Boistel, n. 198; Ruben de Couder, v° *cit.*, n. 64; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 531; Houpin, t. 1, n. 222; Thaller, n. 235.

1417. — Les commandités, qui, eux, peuvent au contraire ne faire qu'un apport en industrie, ou un apport mixte (en numéraire ou industrie, en nature et industrie) sont, comme les commanditaires, tenus de réaliser l'apport promis. Mais la question de la réalisation de l'apport est beaucoup plus importante pour les commanditaires, d'abord parce que ceux-ci fournissent en général la plus grande partie des fonds nécessaires à l'entreprise, ensuite parce qu'ils ne sont tenus qu'à ce versement, tandis qu'un commandité, que son apport ait été réalisé ou non, répond du passif social sur tous ses biens présents et futurs.

1418. — Le commanditaire doit verser sa mise à l'époque convenue : faute de quoi il est tenu de payer les *intérêts* de celle-ci, *de plein droit*, sans qu'il soit besoin d'aucune sommation, conformément à l'art. 1845, C. civ.; il peut même être condamné en outre à des dommages-intérêts (C. civ., art. 1846). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 135, 147 et s.

1419. — Les intérêts devront être calculés sur le taux du commerce; l'engagement de verser une commandite étant, d'après la jurisprudence, une obligation commerciale (V. *infrà*, n. 1447 et s.). — Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, et la note de M. Wahl, D. 1900.1.369]

1420. — Mais la convention sociale pourrait-elle limiter ces intérêts à un taux inférieur à celui du commerce? On l'a soutenu (Wahl, note précitée). Toutefois, la jurisprudence est en sens contraire et décide qu'une telle convention, tendant en définitive à exonérer partiellement le commanditaire de ses obligations (puisque l'intérêt légal n'est que l'équivalent, fixé à forfait, de la privation de jouissance), doit être considérée, même dûment publiée, comme inopposable aux créanciers sociaux. — Même arrêt.

1421. — D'après la jurisprudence, la faillite de la société en commandite rendrait exigible le versement de la mise sociale, quels que soient les délais accordés par les statuts sociaux. — Paris, 23 juin 1859, Chenet, [S. 60.2.128, P. 59.1039] — Pour la critique de cette jurisprudence, qui étend aux commanditaires, non faillis, le principe de la déchéance du terme, édicté *in terminis* par l'art. 444, C. comm. à l'encontre du failli seulement, c'est-à-dire, en l'espèce, de la société en faillite, et pour l'exposé des considérations pratiques qui militent en faveur de cette solution, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 1103.

1422. — Le commanditaire doit verser *tout* ce qu'il a promis. Ainsi, le commanditaire qui, pour opérer le versement de sa mise dans la société, a souscrit au profit d'un tiers des billets à ordre que le gérant a revêtus d'un aval de garantie, est tenu, dans le cas où ce dernier a été obligé d'en payer le montant au porteur, de rembourser à la société ce qui a été payé à sa décharge. — Cass., 14 août 1862, Samuel Alexandre, [S. 63.1.197, P. 63.718, D. 62.1.458]

1423. — Et il en est ainsi, alors que depuis le paiement, la société aurait été déclarée nulle comme contraire à l'ordre public, cette nullité ne pouvant atteindre des billets dont la souscription était indépendante des conventions sociales. — Même arrêt.

1424. — De même encore, l'associé commanditaire qui après la dissolution de la société a apporté dans une seconde société, à titre de mise, sa part dans l'actif de la première, évaluée à forfait à une somme égale à celle de la mise par lui due, n'en est pas moins tenu en cas de dissolution ou de faillite de l'ancienne société de parfaire sa mise si, tout compte fait, sa part réelle dans l'actif de la première n'était pas égale à la mise qu'il devait apporter à la seconde. — Cass., 25 juin 1846, Seillière-Bussy, [S. 46.1.777, P. 46.2.488, D. 46.1.314] — V. Delangle, n. 303 et s.

1425. — Jugé également que, si le versement de la commandite est payable par fractions, et qu'il soit stipulé dans l'acte social qu'en cas de retard, l'associé perdrait sa part dans la société et ses versements, l'associé ne pourrait point cependant se dispenser de payer le solde de sa souscription en abandonnant sa mise. Les créanciers de la société auraient le droit de le poursuivre. — Lyon, 31 janv. 1840, Vielle, [S. 50.2.346, P. 50.2.19] — Paris, 20 nov. 1852, [*J. des trib. de commerce*, 53. p. [illegible]]

1426. — Si l'associé apporte des objets mobiliers ou immobiliers, il est tenu à la *garantie* en matière d'éviction, à l'instar d'un vendeur. — Cass., 3 janv. 1900 (sol. impl.), Comp. d'assurances *la Nation*, [S. et P. 1901.1.321, et la note de M. Wahl, D. 1900.1.289] — *Sic*, Pont, n. 266 et s.; Guillouard, n. 180; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 17 et s.; Houpin, t. 1, n. 38 et s.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, n. 183 et s.; Thaller, n. 233. — V. aussi *suprà*, v° *Société civile*, n. 136 et s.

1427. — Mais l'associé ne répondrait pas de l'éviction qui ne proviendrait pas de sa faute, mais de celle de la société. Ainsi, l'associé qui s'est engagé à apporter à la société un immeuble franc et quitte est déchargé, lorsque cet immeuble ayant été acheté directement du propriétaire par la société, il a versé entre les mains du gérant le prix d'acquisition, et que, faute par le gérant d'avoir désintéressé le vendeur, celui-ci vient à exercer son privilège. — Cass., 9 déc. 1863, Synd. des mines de Saint-Pierre-d'Allevard, [S. 64.1.405, P. 64.1114, D. 64.1.460]

1428. — On ne pourrait pas objecter que ce jugement est une modification aux statuts sociaux qui aurait dû être publiée. L'associé a promis un immeuble; en remettant au gérant qui s'est interposé entre le vendeur et lui, la somme qui doit servir à solder ledit immeuble, il ne fait qu'accomplir son obligation; on ne saurait donc prétendre qu'il y a en l'espèce substitution d'un apport en numéraire à l'apport en nature prévu aux statuts. — Même arrêt (motifs).

1429. — Le commanditaire pourrait déclarer que sa mise devra être prise exclusivement *sur des biens déterminés*, tels que des valeurs dépendant de la liquidation d'une autre société : le principe que la mise du commanditaire doit être entièrement engagée à l'égard des tiers ne s'oppose pas à cette limitation. — Cass., 4 janv. 1887, Synd. Lucchetti et C[ie], [S. 90.1.387, P. 90.1.944, D. 87.1.124]

1430. — Mais cet engagement n'en est pas moins obligatoire sur tous les biens de l'associé, si ce dernier ne fait point les versements promis, ou s'il détourne ou fait détourner les valeurs qui étaient affectées à cette obligation, sa responsabilité étant alors engagée par une faute personnelle. — Même arrêt.

1431. — Par contre, le commanditaire qui, en présence d'un inventaire constatant que sa mise est intacte, s'oblige dans l'acte de prorogation de la société à la porter à un chiffre supérieur, n'est tenu vis-à-vis des tiers dans le cas où l'inventaire est reconnu frauduleux quant à l'intégrité de sa commandite, qu'à verser le supplément par lui promis, s'il a été de bonne foi. —

Lyon, 7 avr. 1865, Grizard et Arlès-Dufour, [S. 65.2.259, P. 65. 1015, D. 65.2.178] — *Sic*, Delangle, t. 1, n. 307.

1432. — C'est d'ailleurs au commanditaire qu'incombe, en cas de contestation, l'obligation de prouver le versement intégral de sa commandite. — Cass., 4 janv. 1887, précité.

1433. — Si l'apport consiste en créances, il faudra appliquer les règles ordinaires en matière de créances (signification au débiteur cédé, ou acceptation dans un acte authentique, art. 1690, C. civ.). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 21 ; Houpin, t. 1, n. 46 ; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. 11, n. 36, et *Traité de la cession et transmission de créances*, t. 1, n. 282 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 175. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 120 et s.

1434. — La doctrine admet qu'il faut transporter ici, par identité de motifs, les principes admis en matière de cession de créance, au sujet de la garantie : l'apporteur, ne devant être tenu que de l'existence de la créance, ne répondrait pas de la solvabilité du débiteur cédé. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 46; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n. 186 *bis*; Wahl, note sous Cass., 7 nov. 1899, [S. et P. 1901.1.513] — V. *suprà*, v° *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 377 et s.

1435. — Mais la jurisprudence décide de préférence que l'apporteur répond de la solvabilité du débiteur cédé. Elle se fonde principalement sur ce principe que l'associé est tenu de verser l'*intégralité* de sa mise sociale. Mais c'est là un caractère commun à toute obligation, le vendeur, le bailleur étant tenus, eux aussi, de livrer la chose commune. D'autre part, elle fait remarquer que le capital social, formé des apports sociaux, doit être maintenu dans son intégralité, que le capital, tel que les statuts l'ont défini et délimité, est un gage sur lequel les créanciers sociaux ont le choix de compter. Ils sont donc fondés à exiger que ce capital social soit intact, et intégralement versé; or toute atténuation à la garantie réduit, de fait, ce capital. La doctrine, à son tour, répond qu'une clause pourrait réduire le capital social et que cette clause serait opposable aux créanciers, pourvu qu'elle fût publiée conformément à l'art. 55, L. 24 juill. 1867. L'argument n'est donc pas décisif.

1436. — Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est formelle. D'après la Cour suprême, la garantie de la solvabilité est due, même pour le cas où l'apport consiste dans une créance qui n'a pas été recouvrée : et alors même que cette créance aurait été acceptée par la société et que les gérants auraient délivré quittance de leurs apports aux commanditaires. Cette quittance et cette acceptation ne peuvent pas porter atteinte aux stipulations du pacte social et dégager les commanditaires de leur obligation de verser réellement l'intégralité de leur mise, qui forme la garantie des tiers et ne peut de ce chef subir aucune réduction. — Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, D. 1900.1.369]

1437. — Lorsqu'un associé commanditaire est débiteur de sa commandite, et que, d'un autre côté, il a contre la société une créance liquide et exigible, la compensation s'opère entre les deux créances, alors du moins qu'au moment où les conditions exigées pour la compensation se trouvent réunies, la société est encore *in bonis;* et la compensation ainsi opérée est opposable aux créanciers. — Sur les conditions de la compensation, V. *suprà*, v° *Compensation*, n. 18 et s., 62 et s. — Sur l'interdiction de compenser en cas de faillite, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 1028 et s., 1290 et s.

1438. — Il faut notamment que les créances et les dettes soient réciproques : qu'il s'agisse en d'autres termes d'une créance du commanditaire contre la société, à compenser avec sa dette d'apport. La compensation ne pourrait donc s'effectuer entre une dette d'apport et une créance contre le gérant de la société : la compensation n'étant pas possible entre une personne et un mandataire de son débiteur ou de son créancier, il n'y a point alors réciprocité de créances (C. civ., art. 1289). — *Contrà*, Aix, 30 nov. 1840, Synd. Loubon, [P. 41.1.254]

1439. — Spécialement, la compensation s'opère de plein droit entre le prix d'un immeuble vendu à une société en commandite formée pour l'exploitation de cet immeuble et le montant de la commandite encore due par le vendeur de cet immeuble, si les deux dettes sont respectivement liquides et exigibles; par suite, la survenance de la faillite reste sans effet sur la compensation ainsi antérieurement opérée. — Cass., 4 mars 1867, Synd. Sabathier, [S. 67.1.254, P. 67.644, D. 67.1.425] — Il en serait de même de tout autre événement faisant obstacle à la compensation : acceptation bénéficiaire, saisie-arrêt, etc.

1440. — Vainement les créanciers sociaux, pour écarter la compensation, argumenteraient-ils en ce cas de l'action directe et personnelle qui leur appartient contre les commanditaires qui n'ont pas versé leur mise, cette action ne s'étant ouverte que par le fait de la faillite et, conséquemment, à une époque où la dette du commanditaire se trouvait déjà éteinte. — Même arrêt. — Sur la controverse relative à cette action directe des créanciers, V. *infrà*, n. 1494 et s.

1441. — Spécialement encore, l'associé commanditaire qui, antérieurement à la faillite de la société, a fait des avances à cette société et qui, ayant fourni le montant de sa commandite en valeurs négociables, se trouve débiteur envers la société d'une certaine somme pour frais de négociation et intérêts relatifs auxdits effets, est recevable à opposer la compensation entre sa créance et sa dette. — Cass., 8 juill. 1862, Decomble, [S. 63.1.196, P. 62.1112, D. 62.1.511]

1442. — ... Alors surtout qu'il ne lui a été délivré qu'un seul compte sur les livres de la société. — Même arrêt.

1443. — De même encore, lorsqu'un compte courant a été établi entre un associé commanditaire et la société, l'associé est fondé à opposer la compensation, si ce compte courant a été clos et arrêté lorsque la société est encore *in bonis,* alors surtout que le reliquat en a été imputé sur la commandite. — Cass., 8 avr. 1845 (motifs), Coulon, [S. 45.1.589, P. 45.2.643, D. 45.1.248]

1444. — D'ailleurs la compensation, quoique contestée, ne s'en est pas moins accomplie par la seule force de la loi antérieurement à la contestation, si les deux dettes étaient alors liquides et exigibles : le jugement qui intervient sur la contestation et la juge mal fondée est simplement déclaratif de la liquidation et de l'exigibilité à l'époque qu'il détermine, comme étant celle où la compensation s'est opérée. — Rouen, 26 juill. 1858, sous Cass., 4 mars 1867, précité.

1445. — Mais, pour que la faillite ne s'oppose pas à la compensation, il est nécessaire que les créances et les dettes soient compensables avant la déclaration de faillite. D'où il suit que, si le compte courant n'était clos et arrêté qu'après la faillite, la compensation ne serait pas possible. — Cass., 28 févr. 1844, Mouret, [S. 44.1.692, P. 44.2.644]; — 28 févr. 1844, Beaulieu, [*Ibid.*] — Aix, 15 juin 1855, Brenner, [S. 57.2.94, P. 57.553] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, § 327, p. 236; Desjardins, n. 111; Laurent, t. 18, n. 451.

1446. — Jugé même qu'une déclaration de faillite n'est pas nécessaire : il suffit, pour que la compensation ne puisse s'opérer, que la société soit simplement en état de cessation de paiements. — Cass., 8 avr. 1845, précité. — Sur la théorie jurisprudentielle des faillites non déclarées, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 4360 et s.

1447. — II. *Nature, civile ou commerciale, de l'obligation du commanditaire.* — C'est une question débattue depuis près d'un siècle que celle de savoir si la souscription à une commandite est, ou non, un acte de commerce. L'un des intérêts de la question a disparu depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière commerciale; mais il n'en est pas moins important de prendre parti, sur le caractère civil ou commercial de la souscription, à divers points de vue : détermination du tribunal compétent; capacité requise pour souscrire, pouvoir des administrateurs de la fortune d'autrui (tuteur du mineur ou de l'interdit, etc.), taux des intérêts moratoires, etc.

1448. — Dans un *premier système*, la souscription d'une part de commandite (intérêt ou action) serait un acte purement civil, de même que l'achat d'une part dans une société préexistante. Il suffirait donc pour souscrire d'avoir la capacité d'administrer, et la capacité de faire le commerce ne serait jamais requise. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1297 et 1298. — V. Buchère, *Val. mob.*, n. 373; Thaller, n. 242.

1449. — Jugé, en conséquence : 1° Que les difficultés relatives à l'exécution de la souscription sont de la compétence des tribunaux civils à l'exclusion de celle des tribunaux de commerce. — Dijon, 20 mars 1851, *Unité*, [S. 51.2.764, P. 52.2.329]

1450. — 2° Que la souscription à une commandite n'est pas un acte de commerce, et ne suffit pas pour imprimer au souscripteur la qualité de commerçant. — Bourges, 17 déc. 1850, Fravaton, [P. 50.2.701, D. 51.2.90]

1451. — Remarquons du reste, à ce sujet, que pour dénier

au commanditaire la qualité de commerçant, il n'était nullement nécessaire d'affirmer le caractère civil de la souscription. La qualité de commerçant suppose la *profession*, c'est-à-dire l'exercice *habituel* d'actes de commerce; or la souscription à une commandite, en la supposant commerciale, n'est qu'un acte isolé. Aussi les partisans de la commercialité s'accordent-ils à considérer le commanditaire comme un non-commerçant, pour cette raison d'abord, et aussi à raison du caractère limité de ses engagements : on ne conçoit pas en effet un commerçant dont la fortune entière ne servirait point de gage à ses créanciers. Il y a antithèse à ce point de vue entre les commanditaires et les commandités. La loi fiscale, d'ailleurs, souligne cette antithèse en affranchissant les premiers de la *patente* (L. 15 juill. 1880, art. 17-4°). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 471, encore que certaines professions non commerciales sont patentables.

1452. — Les partisans du premier système fondent principalement leur argumentation sur l'art. 632, C. comm. L'art. 632, C. comm., dit-on, donne une énumération limitative des actes de commerce ; or la souscription à une société en commandite n'y figure point. D'autre part, l'art. 632, C. comm., parle bien de *l'achat pour revendre;* or il s'agit de l'achat des marchandises ou denrées, c'est-à-dire de choses *corporelles*. Il n'y aurait pas, au contraire, acte de commerce en cas d'achat de valeurs incorporelles pour les revendre, or une part de commandite est un meuble incorporel.

1453. — Un autre argument, plus sérieux à notre sens, se déduit de l'interdiction pour le commanditaire de s'immiscer dans la gestion. Qui dit acte de commerce dit acte public; or « le commanditaire reste caché au public », lequel ne connaît que les commandités. — Thaller, n. 242.

1454. — Un *second système* décide au contraire que la souscription d'une part en commandite est toujours un acte de commerce. C'est en ce sens que se prononcent la Cour de cassation, la majorité des cours d'appel et une fraction importante de la doctrine. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1299 et s. — *Adde*, Cass., 25 oct. 1899, Liquid. de la Banque centrale, [S. et P. 1900.1.65, D. 99.1.560] — *Sic*, Coin-Delisle, *Rev. critique*, t. 10, n. 289; Houpin, t. 1, n. 316; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 470; Vavasseur, t. 1, n. 288 et 356 *bis*.

1455. — On justifie cette théorie de la façon suivante : l'art. 632, C. comm., n'est pas un article limitatif; il y a des actes dont la commercialité n'est pas douteuse, et qu'il n'énumère point; il n'existe du reste aucune bonne raison de distinguer entre l'achat de marchandises et l'achat de valeurs incorporelles pour les revendre.

1456. — D'autre part, serait-il limitatif, que cet article cite les opérations de banque : or la souscription, sinon le simple achat en bourse d'une part de commandite, est bien une opération de banque. D'autre part, le même art. 632 cite parmi les actes de commerce les entreprises de manufactures, de transport de fournitures : ne sont-ce pas là les objets principaux des sociétés commerciales? Or celui qui souscrit à une commandite contribue à la création de cette société, et participe à son administration par les administrateurs ou gérants qu'il nomme, et dont il contrôle la gestion. L'associé, enfin, fait un apport ; cet apport est dominé par une idée de spéculation, puisque cet apport participe aux gains comme aux pertes commerciales; l'obligation du souscripteur emprunte en outre le même caractère aux opérations de la société, en vertu de la théorie de l'accessoire.

1457. — Un *troisième système*, moins radical, n'admet pas que la souscription à une commandite soit toujours un acte de commerce ou un acte civil. La nature de cette opération dépendra des circonstances. Le souscripteur, l'acheteur ont-ils voulu faire un placement, ils ont fait acte civil; ont-ils acheté pour revendre, pour bénéficier de la différence, pour spéculer, ils ont fait opération commerciale. On fait donc dépendre la commercialité de l'acte, de l'intention et du motif, qui a dicté la résolution du commanditaire. — Douai, 5 mai 1869, Dilliès, [S. 70.2.49, P. 70. 229, D. 69.2.155] — Amiens, 11 janv. 1884, [*Rev. des soc.*, 84. 438] — *Sic*, Rousseau, t. 2, n. 1933 et s.; Ruben de Couder, v° *Acte de commerce*, n. 96. — Pratiquement, il est bien difficile d'établir ainsi, d'après l'intention des parties souvent malaisée à dégager, deux classes de souscripteurs, les souscripteurs civils et les souscripteurs commerciaux. Mais cette distinction, au contraire, tend à prévaloir pour le simple achat. — V. *infrà*, n. 1465.

1458. — La jurisprudence, avons-nous dit, a consacré le second système. Du système jurisprudentiel découlent notamment les conséquences suivantes : 1° C'est le tribunal de commerce qui devra connaître de l'action en versement de la commandite et des difficultés qu'elle soulève. — Cass., 13 août 1856, Crémieu, [S. 56.1.769, P. 57.55, D. 56.1.343]; — 15 juill. 1863, de Monteynard, [S. 63.1.485, P. 64.91] — Paris, 27 févr. 1847, N..., [S. 47.2.133, P. 47.1.436, D. 47.2.51]; — 20 nov. 1847, De Moulirault, [S. 49.2.220, P. 48.1.352]; — 3 oct. 1850, Leprovost, [S. 50.2.607, P. 52.2.408]; — 3 juin 1856, Duhamel, [S. 56.2. 641, P. 57.54] — Grenoble, 25 févr. 1857, Marcet, [S. 58.2.693, P. 58.658] — Lyon, 21 juill. 1858, Vaney, [S. 60.2.247, P. 60. 65] — Rouen, 25 juin 1859, Chrétien, [S. 60.2.247, P. 60.917] — Paris, 16 nov. 1859, [*J. trib. de comm.*, 60.100]; — 5 avr. 1860, [*Ibid.*, 60.341]; — 4 janv. 1869, [*Ibid.*, 70.37]; — 13 janv. 1864, [*Ibid.*, 64.421]; — 23 nov. 1876, [*Ibid.*, 77.272]; — 21 mai 1884, [S. 85.2.97, P. 85.1.562, et la note de M. Lyon-Caen] ; — 2 déc. 1893, Liquid. du Crédit foncier luxembourgeois, [D. 95.2.43] — Trib. comm. Seine, 22 avr. 1872, [*J. trib. de comm.*, 73.524]; — 26 août 1882, [*Ibid.*, 83.72]

1459. — 2° Avant la loi du 22 juill. 1867, supprimant la contrainte par corps en matière civile et commerciale, la contrainte par corps était encourue par le souscripteur qui n'exécutait pas son obligation de verser le montant de sa mise. — Paris, 20 nov. 1847, Soc. du Dragon, [S. 49.2.219, P. 48.1.352, D. 47.4.450]; — 31 déc. 1847, Divet, [S. 49.2.219, P. 48.1.351, D. 47.4.450]

1460. — 3° La souscription étant un acte commercial, pourra être établie à l'aide de tous moyen de preuve. L'art. 1341, C. civ., est inapplicable en l'espèce, et les parties pourront même prouver outre et contre le contenu d'une souscription *écrite*, pour le cas où cette précaution aurait été prise. Ces deux règles sont indissolublement rattachées l'une à l'autre, et l'exclusion de l'une emporte exclusion de l'autre. — Cass., 5 mars 1894, Fabre, [S. et P. 94.1.413, D. 94.1.168]; — 19 oct. 1897, Martin, [S. et P. 98.1.168, D. 97.1.572]; — 25 oct. 1899, Liquidateur de la Banque centrale, [S. et P. 1900.1.65, D. 99.1.560] — Bordeaux, 5 avr. 1894, Videau, [S. et P. 95.2.15, D. 94.2.476]

1461. — Vainement arguerait-on contre cette solution de l'art. 41, C. comm. En effet, l'écrit nécessaire pour l'acte de société est indépendant de la souscription qui est antérieure à l'existence de la société, et reste par conséquent soumise au droit commun de l'art. 109, C. comm. — Mêmes arrêts (motifs). — V. cep. Thaller, n. 243.

1462. — 4° L'engagement du commanditaire étant commercial, les intérêts de sa commandite, non versés à l'échéance, sont dus par lui au taux commercial. — Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, D. 1900.1.371]

1463. — 5° On devrait, semble-t-il, déduire de la commercialité de la souscription la nécessité d'appliquer *in terminis* les art. 2 et 3, C. comm. En d'autres termes, un mineur ne pourrait souscrire une part de commandite qu'à la condition de se conformer aux prescriptions de ces articles, prescriptions applicables même à l'acte de commerce isolé; il devrait donc être âgé de dix-huit ans, émancipé, et dûment autorisé. Pour le mineur non émancipé ou l'interdit, toute souscription de ce genre, signée du tuteur, serait inopérante, le commerce ne pouvant être exercé au nom d'autrui, même occasionnellement. Certains auteurs admettent effectivement ces conséquences, rigoureusement logiques, de la commercialité, malgré les inconvénients pratiques qu'elles offrent pour les mineurs, qu'elles mettent dans l'impossibilité de remployer leurs revenus en valeurs de premier ordre parfois, de quelques garanties que puisse en être entourée l'émission. — Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 222, et t. 2, n. 470.

1464. — Ces auteurs, il est vrai, proposent une distinction entre la souscription de la commandite à l'émission, et l'achat par l'incapable ou ses représentants de parts d'intérêt ou d'actions d'une société antérieurement constituée. Si l'émission pour eux, est toujours un acte de commerce, ils estiment au contraire que l'achat n'est commercial que s'il est empreint de spéculation, c'est-à-dire si l'acheteur se propose de revendre avec bénéfice les parts sociales par lui acquises. Dans ce dernier cas, l'achat est commercial, comme la souscription originaire; dans le cas au contraire où l'intention de spéculer fait défaut, l'achat d'une part de commandite, intérêts ou actions, par les représentants de l'incapable (tuteur du mineur ou de l'interdit) a le caractère d'un placement, d'un simple acte d'administration, et doit être considéré comme valable, à l'instar d'un acte de gestion quelconque, pourvu toutefois qu'il s'agisse de titres *libérés*. L'achat d'un titre non libéré équivaudrait en tout cas à une sou-

scription (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 472). Cette distinction atténue, mais sans les faire disparaître, les inconvénients signalés. N'est-il pas fâcheux, en effet, d'obliger le tuteur à acheter en Bourse, à un taux majoré, des titres qu'il eût pu aisément se procurer à l'émission?

1465. — Ces considérations d'ordre pratique ont déterminé la jurisprudence à proposer un système intermédiaire qui a l'avantage de sauvegarder efficacement les intérêts de l'incapable sans cependant mettre les représentants de celui-ci dans l'impossibilité de profiter des placements favorables qui peuvent s'offrir à eux. Ce système est basé sur une interprétation extensive de la loi du 27 févr. 1880 sur l'aliénation de valeurs mobilières appartenant aux mineurs. Cette loi subordonne la validité de l'aliénation à la nécessité d'une autorisation du conseil de famille, jointe à l'homologation du tribunal au-dessus de 1,500 fr. Ces formalités seraient également exigées pour l'*achat* de valeurs mobilières (Arg., art. 6 de ladite loi). — Paris, 21 mai 1884, De Brantes, [S. 85.2.97, P. 85.1.562, et note de M. Lyon-Caen, D. 85.2.177]; — 13 janv. 1885, Legru, [S. 85.2.101, P. 85.1.570, D. 85.2.177] — Trib. comm. Seine, 23 janv. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.262] — V. aussi Buchère, *Ann. de dr. commerc.*, 88.157. — Mais l'opération serait régulière, quel que soit l'âge du mineur, alors que d'après l'art. 2, C. comm., seuls les mineurs de dix-huit ans peuvent faire des actes de commerce.

1466. — III. *Conventions tendant à exonérer, en tout ou en partie, le commanditaire du versement de sa mise.* — Les conventions passées avec le gérant qui auraient pour objet de dispenser le commanditaire de verser sa mise ou de l'en exonérer partiellement, sont nulles comme contraires aux principes de la commandite, ou plus généralement à l'essence même du contrat de société, lequel ne se conçoit pas sans les apports exposés aux pertes (C. civ., art. 1855). Pour le commentaire complet de l'art. 1855, et la portée de la prohibition des sociétés *léonines* (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 300 et s.). Toutefois, ici une distinction doit être faite entre la contre-lettre, par laquelle les associés reconnaissent que l'un d'entre eux n'est qu'un associé apparent, et les conventions tendant à exonérer du passif, directement ou indirectement, un associé véritable. La première, inopposable aux tiers, vaudra *inter partes*, conformément au droit commun. Les secondes, tout au moins si elles impliquent exonération totale, seront nulles même *inter partes*, comme contraire à l'essence du contrat de société; sauf à examiner toutefois si l'on n'est pas en présence d'un contrat improprement dénommé société, d'un prêt par exemple, ou d'un mandat.

1467. — A. *Contre-lettre.* — Supposons une contre-lettre signée par le gérant et constatant que malgré l'apposition de la signature de telle personne sur l'acte social, cette personne n'a jamais en réalité, été associée. Que vaudra cette convention? Il faut ici appliquer le principe de l'art. 1321, C. civ. En conséquence, la contre-lettre sera inopposable aux tiers, aux créanciers sociaux : mais elle produira son plein effet *inter partes*, dans les rapports du gérant et de l'associé prétendu. — V. *suprà*, v° *Contre-lettre*, n. 23 et s.

1468-1469. — Si une contre-lettre est obligatoire entre les associés, elle l'est également pour leurs créanciers personnels qui ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, et, dès lors, ces créanciers personnels ne seraient pas recevables, en exerçant les droits de leur débiteur, à prétendre que les modifications apportées au pacte social par cette contre-lettre ne peuvent leur être opposées. — V. *suprà*, v° *Contre-lettre*, n. 71 et s.

1470. — B. *Clauses d'exonération.* — Par contre, la convention intervenue entre le gérant et un commanditaire et par laquelle ce commanditaire serait dispensé, directement ou indirectement, d'effectuer le versement de sa mise, serait nulle comme contraire à la nature même du contrat de société en général et de la commandite en particulier, et cette nullité pourrait être invoquée soit par les tiers, soit par la société elle-même. — V. Cass., 14 déc. 1869, Synd. de la Caisse d'escompte de Dinan, [S. 70.1.165, P. 70.387, D. 70.1.179] — Paris, 22 mai 1841, Hanz, [P. 41.2.45] — Bédarride, t. 1, n. 221; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 477; Thaller, n. 296.

1471. — Spécialement la convention intervenue entre le gérant d'une société en commandite par actions et un actionnaire, ayant pour résultat direct ou indirect de rembourser à celui-ci la mise par lui versée ou de l'affranchir des versements restant encore à effectuer, est nulle et de nul effet, comme contraire à la prohibition de la loi et à l'essence même de la société en commandite. — Cass., 6 nov. 1865, Louvrier, [S. 66.1.109, P. 66.275, D. 65.1.480]; — 18 févr. 1868, Métairie, [S. 68.1.241, P. 68.609, D. 68.1.503]

1472. — De même, est nulle la convention par laquelle le gérant d'une société en commandite par actions se rend cessionnaire d'actions de cette société, soit sous forme de vente, soit sous forme de transferts, préparés au nom de prétendus acquéreurs, et non acceptés par eux, une telle convention ayant pour effet d'amoindrir le gage des créanciers de la société et d'accroître les charges des actionnaires qui ont conservé leurs titres. — Riom, 22 févr. 1870, Métairie, [S. 70.2.210, P. 70.889, D. 71.2.66]

1473. — Il en est ainsi surtout si les actions ainsi cédées n'étaient pas entièrement libérées. — Même arrêt. — Sur les difficultés relatives à la créance du non-versé sur les actions, V. *infrà*, n. 2913 et s. — Sur la portée de la prohibition pour les sociétés en commandite ou anonymes de racheter leurs propres titres, en tant du moins que ce rachat peut avoir pour résultat de réduire le capital social, V. *infrà*, n. 4637 et s.

1474. — Il n'importe que la cession ou le transfert aient été ratifiés par le conseil de surveillance de la société. — Même arrêt.

1475. — ... Ou bien que le remboursement fait à l'actionnaire ait été ratifié par le conseil de surveillance ou par l'assemblée générale des actionnaires. — Cass., 18 févr. 1868, précité. — Bourges, 26 déc. 1870, Métairie, [S. 70.2.318, P. 70.1176, D. 72.2.222] — Sur les pouvoirs, soit du conseil de surveillance, soit de l'assemblée générale dans la commandite par actions, V. *infrà*, n. 4706 et s., 5023 et s.

1476. — En conséquence, ces conventions ne sauraient mettre un obstacle à l'exercice de l'action qui appartient au gérant ou au liquidateur de la société à l'effet de contraindre l'actionnaire à verser dans la caisse sociale les sommes dont il est resté redevable. — Cass., 18 févr. 1868, précité. — Riom, 22 févr. 1870, précité.

1477. — Le liquidateur d'une société en commandite a, en effet, action contre les commanditaires pour les contraindre au versement de leur mise sociale. — Lyon, 2 févr. 1864, Grizard, [S. 65.2.259, P. 65.1015] — Sur les pouvoirs du liquidateur dans les sociétés commerciales, V. *suprà*, n. 714 et s.

1478. — Et le commanditaire vendeur, condamné à reprendre ses actions, doit, non seulement restituer à la société le prix qu'il en a reçu, mais en outre verser le solde de la libération si lesdites actions n'étaient pas entièrement libérées. — Bourges, 26 déc. 1870, précité.

1479. — L'arrêt qui constate, d'après les documents produits et les faits de la cause, que ces conventions avaient réellement pour objet le remboursement ou l'exonération desdites sommes et non une simple cession d'actions par les souscripteurs au gérant, apprécie souverainement les circonstances du procès et ne peut donner ouverture à cassation. — Cass., 6 nov. 1865, précité.

1480. — Et le rapport immédiat des fonds indûment remboursés par le gérant aux actionnaires n'est pas subordonné à la remise préalable des titres de leurs actions, sauf réserve de tous leurs droits pour le cas où ces titres seraient ultérieurement découverts. — Même arrêt.

1481. — Mais les souscripteurs, tenus à cette restitution à l'égard des créanciers de la société dans laquelle ils sont entrés par le fait de leur souscription, ne la doivent pas à l'égard des créanciers d'une société qui a succédé à la première en vertu d'une délibération prise par un certain nombre d'actionnaires, s'ils n'ont pas concouru à cette délibération et s'ils ont constamment voulu rester étrangers à la nouvelle société. — Même arrêt. — Sur les fusions de sociétés, substitution de société nouvelle à une société ancienne dissoute, etc., V. *infrà*, n. 5376 et s.

1482. — L'associé commanditaire est encore tenu de rapporter les sommes qui lui ont été versées à titre de remboursement d'une partie de ses actions, quand le remboursement, au lieu de s'effectuer sur l'excédent du capital réduit à un taux déterminé par de nouveaux statuts, s'est, en réalité, effectué sur ce capital lui-même. — Cass., 3 août 1875, Cassagne, [S. 75.1.425, P. 75.1062, D. 76.1.116]

1483. — Jugé toutefois que si, en principe, les actionnaires d'une société en commandite ne peuvent, même avec le consentement du gérant, retirer les sommes par eux versées sur le

montant de leurs actions, néanmoins, le remboursement de ces sommes par le gérant peut être validé lorsqu'il n'a causé aucune diminution du capital social : par exemple, lorsque le déficit produit momentanément par ce remboursement a été ultérieurement couvert au moyen des sommes versées dans la caisse sociale par la négociation au pair des mêmes actions à d'autres actionnaires; sauf, dans le cas où toutes les actions remboursées n'auraient pas été négociées, à faire restituer la différence par les anciens actionnaires. — Cass., 11 déc. 1866, Tastevin, [S. 68.1.119, P. 68.279, D. 67.1.499] — Sur la validité du rachat d'actions effectué dans des conditions telles que le capital social demeure intact, V. *infrà*, n. 4629 et s.

1484. — Il faut également considérer comme nulle et non avenue, par application des mêmes principes, l'annulation consentie par le gérant de la souscription d'un commanditaire. — Paris, 13 nov. 1880, Bomsel, [S. 82.2.175, P. 82.1.906, D. 82.2. 143]

1485. — ... Ou encore les conventions particulières intervenues entre le gérant et quelques-uns des commanditaires, d'après lesquelles le paiement de leurs actions se trouvait subordonné à une condition résolutoire qui s'est ultérieurement réalisée : le syndic de la société tombée en faillite n'en a pas moins le droit de réclamer aux commanditaires le versement de leurs actions, alors surtout que l'acte social ne donnait pas au gérant le pouvoir de faire de pareilles conventions. — Cass., 11 mai 1853, Synd. Poussin et Cie, [S. 54.1.22, P. 55.2.331, D. 53. 1.297]; — 6 nov. 1865, Louvrier, [S. 66.1.109, P. 66.275, D. 65. 1.480]; — 18 févr. 1868, Métairie, [S. 68.1.241, P. 68.609, D. 68.1.503] — Riom, 22 févr. 1870, Métairie, [S. 70.2.210, P. 70. 889, D. 71.2.66]

1486. — Jugé de même que la convention par laquelle, lors de la formation d'une société en commandite simple, les associés ont reconnu le droit d'un créancier personnel de l'un d'eux et consenti à le payer avec les fonds sociaux, n'est opposable, en cas de faillite de la société, à la masse des créanciers sociaux représentés par le syndic, qu'autant qu'elle a été portée à la connaissance du public, lors de la constitution de ladite société. — Cass., 14 déc. 1886, Candelon, [S. 87.1.310, P. 87.1.756, D. 90.1.385]

1487. — Spécialement, lorsque l'un des associés ayant déclaré apporter à la société le droit au bail des lieux dans lesquels doit s'exercer l'industrie sociale (dans l'espèce l'exploitation d'un café), et, en outre, pour certaine somme indiquée, représentée dans les locaux loués pour les travaux décoratifs, le matériel et les marchandises, l'accord intervenu entre les associés, tendant à faire exécuter par la société une clause du bail apporté, relative au remboursement entre les mains du bailleur des sommes par lui avancées pour l'exécution des travaux décoratifs, n'est point opposable aux créanciers sociaux, lorsque cet accord ne leur a pas été révélé par le pacte social. — Même arrêt.

1488. — Les mêmes motifs qui font considérer comme nulles les conventions ayant pour objet de dispenser le commanditaire du versement de sa mise conduisent également à la nullité des conventions ayant pour objet de l'autoriser à se libérer au moyen d'une dation en paiement. Il en est ainsi notamment de la convention par laquelle le gérant aurait autorisé un commanditaire, débiteur d'un apport en numéraire, à se libérer au moyen de valeurs autres que du numéraire, telles que des marchandises ou encore un immeuble. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 482. — V. Cass., 7 nov. 1899 (motifs), [S. et P. 1901.1. 513]

1489. — Il en serait différemment si les statuts sociaux autorisaient le gérant à accepter la libération du commanditaire en valeurs ou en billets. Mais si le commanditaire remettait en paiement des actions dépréciées de la société, le syndic de la faillite pourrait réclamer la différence entre le taux d'émission et la valeur réelle des actions au jour de la dation en paiement. — Rennes, 31 déc. 1867, Synd. Dupuy-Fromy, [D. 70.2.14]

1490. — A la dation en paiement il conviendrait d'assimiler, par identité de motifs, la novation par changement d'objet. Le commanditaire qui se serait engagé à effectuer un apport en numéraire ne pourrait nover cette obligation en une obligation nouvelle ayant pour objet l'apport de valeurs mobilières ou immobilières dans la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 483.

1491. — On reconnaît cependant que, dans les rapports des associés entre eux, on doit tenir pour valables les conventions se référant simplement au mode de libération du commanditaire. Celui-ci, par exemple, peut valablement stipuler que la commandite ne pourra être prise que sur les biens d'une société dissoute, restant à liquider, et que la société ne pourra pas le poursuivre sur ses autres biens. Il ne serait responsable sur tout son patrimoine, qu'autant qu'il aurait commis une faute personnelle au détriment des biens de la société dissoute. — Cass., 4 janv. 1887, Synd. Lucchetti et Cie, [S. 90.1.387, P. 90.1.944, D. 87.1.124]

1492. — Mais l'extrait de l'acte constitutif, qui doit être inséré dans les journaux, fixe la position du commanditaire vis-à-vis des créanciers de la société, quelles que soient les énonciations de l'acte de société, qu'ils ne sont pas tenus de consulter. Il importe peu dès lors que, dans cet acte, le commanditaire se soit réservé le droit d'effectuer le versement de sa commandite par la liquidation d'une précédente société, si l'extrait publié se borne à mentionner l'obligation de fournir la mise sans aucune réserve quant au mode de versement. — Lyon, 7 avr. 1865, Grizard et Arlès-Dufour, [S. 65.2.259, P. 65.1015, D. 65.2.178] — *Sic*, Dutruc, v° *Société*, n. 800.

1493. — Enfin, est également nulle, à l'égard des tiers, toute stipulation du pacte social qui, par dérogation à notre article, affranchirait dans une certaine proportion la mise du commanditaire de toute contribution aux dettes. — Cass., 9 mai 1865, Lelong, [S. 65.1.348, P. 65.884, D. 65.1.277] — Sur l'obligation pour chaque commanditaire de participer aux pertes, V. *infrà*, n. 1514 et s.

1494. — IV. *De l'action en versement de l'apport.* — Le commanditaire qui néglige de verser sa mise aux échéances statutaires, peut d'abord être assigné en paiement par le gérant, représentant de la société. Il pourrait également être poursuivi par les créanciers sociaux agissant au nom et du chef de la société, en vertu de l'art. 1166, C. civ.

1495. — Mais le commanditaire peut-il être poursuivi directement par les créanciers sociaux agissant de leur chef en vertu d'un droit propre? Trois systèmes ont été soutenus à cet égard.

1496. — D'après un premier système, admis dans l'ancien droit, les créanciers n'auraient pas d'action directe contre les commanditaires. Ils n'ont pas traité avec eux, mais avec la société, et ne sont en rapport qu'avec cette dernière. D'ailleurs, ajoute-t-on, cette thèse est confirmée par le caractère occulte de la société en commandite dans l'ancien droit, caractère maintenu en partie par le Code de commerce, d'après lequel les étrangers ne connaissant pas les commanditaires, défense étant faite à ces derniers de s'immiscer dans les affaires sociales. — Paris, 24 août 1833, Perrégaux, [S. 33.2.510, P. chr.] — Douai, 11 juill. 1846, Morel-Fatio, [S. 46.2.453, P. 46.2.490, D. 46. 2.170] — *Sic*, Delangle, t. 1, n. 276; Deloison, t. 1, n. 231; Mornard, *Soc. en commandite*, p. 153 et s.; Delvincourt, p. 27, note 1.

1497. — Dans un deuxième système, les créanciers sociaux auraient une action directe contre les commanditaires, mais seulement après la dissolution de la société. — Lyon, 2 févr. 1864, Grizard et Arlès-Dufour, [S. 65.2.259, P. 65.1015, D. 65.2.479] Alauzet, t. 2, n. 547-548; Dutruc, v° *Société*, n. 805 et 806; Troplong, n. 829

1498. — Jugé, en ce sens, que les créanciers d'une société en commandite, qui ne pouvaient agir que contre le gérant pendant la durée de la société, ont, après sa dissolution, une action individuelle et directe contre les commanditaires pour les obliger au versement de leurs mises, ou pour les contraindre à la restitution des sommes qu'ils auraient retirées sur leurs mises. — Poitiers, 30 janv. 1867, Huet et Pignon, [S. 67.2.350, P. 67.1261, D. 67.2.142]

1499. — En conséquence, c'est à tort que le tribunal, saisi de cette action individuelle, renvoie les créanciers à se pourvoir en nomination d'un liquidateur chargé de poursuivre, dans un intérêt collectif, les répétitions dont les actionnaires peuvent être tenus, ce mode de procédure étant, non point obligatoire, mais seulement facultatif pour les créanciers, libres dès lors de donner la préférence à l'action individuelle. — Même arrêt.

1500. — Enfin, un troisième système, admis par la jurisprudence, reconnaît aux créanciers, dans tous les cas, et non pas seulement au cas de dissolution, une *action directe* contre les commanditaires, sans qu'il soit nécessaire de leur accorder ce

droit par une stipulation spéciale du pacte social. La commandite, en effet, n'est plus occulte, comme elle l'était autrefois; le chiffre en est rendu public, les tiers ont donc pu compter sur le chiffre qu'elle représente, et ils sont en droit de demander directement le versement intégral du capital social. Les créanciers, au surplus, pourraient agir contre les commandités : il serait illogique de leur dénier le droit de poursuivre les commanditaires, dont l'obligation est de même nature que celle des commandités, et ne s'en différencie que par son étendue. — Cass., 28 févr. 1844, Mouret, [S. 44.1.692, P. 44.2.644]; — 25 juin 1846, Seillière-Bossy, [S. 46.1.777, P. 46.2.488, D. 46.1.308]; — 30 juill. 1851, Oppenheim, [S. 51.1.696, P. 52.1.389, D. 52.1.2[illegible]]; — 6 nov. 1865, Louvrier, [S. 66.1.109, P. 66.275, D. 66.1.479]; — 4 mars 1867, Synd. Sabathier, [S. 67.1.254, P. 67.644, D. 67.1.425]; — 10 févr. 1868, Obitz, [S. 68.1.149, P. 68.359, D. 68.1.378]; — 4 janv. 1887, Synd. Lucchetti et Cie, [S. 90.1.387, P. 90.1.944, D. 87.1.124] — Aix, 10 mars 1820, Chapel, [S. et P. chr.] — Paris, 23 févr. 1833, Nahette et Cie, [S. 33.2.303, P. chr.] — Rouen, 21 déc. 1841, Aroux, [S. 42.2.160, P. 42.1.601] — Paris, 6 déc. 1850, Mouan et Duval-Vaucluse, [S. 50.2.638, P. 51.1.280, D. 51.2.20] — Grenoble, 19 janv. 1854, Quinquandon, [D. 55.2.291] — Aix, 13 août 1860, Lhuillier, [S. 61.2.147, P. 61.746, D. 60.2.223] — Lyon, 2 févr. 1864, précité; — 26 avr. 1877, De Damigny, [D. 79.2.80]; — 9 mai 1877, Barthélemy, [Ibid.] — Sic, Boistel, n. 210; Bravard-Veyrières et Demangeat, p. 253; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 473 et s.; Malepeyre et Jourdain, p. 156; Massé, t. 2, n. 1034; Paul Pont, t. 2, n. 1450; Rivière, p. 82 et s.; Ruben de Couder, v° *Société en comm.*, n. 430.

1501. — Cette action directe et individuelle subsiste au profit des créanciers sociaux tant que la faillite ou la liquidation judiciaire n'est pas prononcée; alors seulement, les actions individuelles, suspendues par l'effet de la déclaration de faillite, passent sur la tête du syndic ou du liquidateur. — Cass., 25 juin 1846, Synd. Chevret, [S. 46.1.773, P. 46.2.484, D. 46.1.314]; — 20 oct. 1886, Synd. du Comptoir financier et industriel, [S. 87.1.49, P. 87.1.113, D. 87.1.117]; — 4 janv. 1887, précité. — Poitiers, 30 janv. 1867, précité. — Sic, Houpin, t. 1, n. 235; Lyon-Caen et Renault, n. 474.

1502. — Si donc la société, au lieu d'être en faillite, s'était dissoute sans qu'un liquidateur fût nommé, les créanciers pourraient encore poursuivre individuellement les commanditaires en versement de leur souscription, sans qu'on puisse les obliger à se pourvoir en nomination d'un liquidateur. Mais si un liquidateur était désigné dans l'intervalle du jugement de première instance et de l'arrêt d'appel, cet agent pourrait intervenir devant la cour, pour faire dire que la mise du commanditaire sera affectée, non pas au paiement exclusif des créanciers poursuivants, mais à la liquidation générale. — Lyon, 7 avr. 1865, Grizard, [S. 65.2.259, P. 65.1015, D. 65.2.177] — Poitiers, 30 janv. 1867, précité.

1503. — La faillite de la société n'a même pas nécessairement pour effet de faire disparaître définitivement le droit d'action directe des créanciers sociaux. Ceux-ci, en effet, conservent leur action directe contre les commanditaires après avoir consenti à la société un concordat par abandon d'actif, alors surtout qu'ils se la sont expressément réservée par une clause de ce concordat. — Cass., 30 juill. 1851, précité. — Paris, 6 déc. 1850, précité.

1504. — Mais l'action, pour directe qu'elle soit, n'est pas intentée individuellement en pareil cas par chaque intéressé, mais *collectivement*, au nom des créanciers, par les commissaires nommés pour l'exécution du concordat. — Mêmes arrêts.

1505. — De ce que l'action, même après la faillite, conserve le caractère d'action directe, il résulte que ces commanditaires, qui dans l'espèce seraient fondés à demander la nullité de leur souscription à l'égard du gérant à raison des manœuvres dolosives que celui-ci avait employées pour les déterminer à faire partie de la société, n'ont pas le même droit à l'égard des syndics de la société tombée en faillite. Ceux-ci sont, en effet, non comme exerçant les droits des gérants, mais au nom des créanciers sociaux envers lesquels la société qui a existé en fait s'est obligée. — Cass., 10 févr. 1868, précité.

1506. — Mais le commanditaire actionné par les créanciers ne saurait opposer le bénéfice de discussion, et réclamer la réalisation préalable de l'actif social ou de la fortune propre des commandités. L'apport des commanditaires fait, comme celui des commandités, partie intégrante de l'actif social; il est donc dû à titre principal et non subsidiairement. Peu importe, à ce point de vue, que les créanciers agissent en vertu d'une action directe ou oblique. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 474.

1507. — V. *Retrait de sa mise par le commanditaire.* — Une fois versée dans la caisse sociale, la commandite devient la propriété de la société et le gage des créanciers sociaux : dès lors, elle ne peut être retirée en tout ou en partie avant la liquidation de la société, qui seule peut révéler si la société était ou n'était pas en perte au moment [illegible] créanciers sociaux sont ou non désintéressés. Il convient, en d'autres termes, de donner exactement, et par identité [illegible] cas de remboursement anticipé de la mise sociale, les solutions indiquées *suprà*, n. 1460 et s., pour le cas de [illegible] intervenue entre le gérant et le commanditaire. — Alauzet, t. 1, n. 480; Bédarride, t. 1, n. [illegible]; Beslay, t. 1, n. [illegible]; Mathieu et Bourguignat, *Loi de 1867*, n. [illegible]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 477.

1508. — Serait donc nulle comme contraire à l'essence même de la société en commandite, soit à l'égard des créanciers sociaux, soit à l'égard de la société, la convention passée entre la gérance et l'un des commanditaires et qui aurait pour résultat, même indirect, de rembourser, sous une forme quelconque avec les fonds sociaux, la mise du commanditaire. — Cass., 12 [illegible] 1842, Germain et Lefebvre, [S. 42.1.417, P. 42.1.545]; — 6 nov. 1865, Louvrier, [S. 66.1.109, P. 66.27, D. 66.1.479]; — 18 févr. 1868, Métairie, [S. 68.1.241, P. 68.[illegible], D. 68.1.303]; — 14 déc. 1869, Synd. de la Caisse d'escompte de Dinan, [S. 70.1.[illegible], P. 70.387, D. 70.1.479] — Paris, 22 mai 1841, Hantz, [P. 41.2.45] — Douai, 14 déc. 1843, Lagrue, [S. 44.2.314, P. 44.1.21] — Paris, 3 juin 1856, Dumatel, [S. 56.2.641, P. 57.54] — Rouen, 22 févr. 1870, Métairie, [S. 70.2.210, P. 70.889, D. 71.2.66] — Bourges, 26 déc. 1870, Métairie, [S. 70.2.318, P. 70.1176, D. 72.2.222] — Grenoble, 26 janv. 1881, Synd. Fortier et Cie, [S. 82.2.175, P. 82.1.906, D. 82.2.143] — Orléans, [illegible] 1882, Conseil de surveillance de la Caisse d'escompte d'Orléans, [S. 84.2.57, P. 84.1.332, D. 84.2.31]

1509. — Et la nullité serait encourue, alors même que la souscription d'actions aurait eu lieu simplement à titre de cautionnement par l'un des employés de la société. — Paris, 9 juill. 1856, Aubin, [S. 56.2.641, P. 57.54]

1510. — Jugé également que, dans le cas où une société en commandite n'a, en dehors des associés en nom, qu'un seul commanditaire, les sommes remboursées à celui-ci sur le montant de sa commandite par tous les associés en nom sont rapportables à la société après sa mise en liquidation, bien que tous les associés aient concouru à la convention de remboursement, sauf recours du commanditaire contre ses associés : la société est en effet demeurée créancière de la commandite ainsi indûment remboursée, en sa qualité d'être moral distinct de la personne des associés. — Cass., 16 mai 1877, Liquid. de la Société Nandin et autres, [D. 78.1.81]

1511. — Cette solution doit être admise, même si les créanciers ne prennent pas l'initiative de la poursuite, mais se sont bornés à réserver, en provoquant la nomination d'un liquidateur, leur droit de poursuivre le rapport de la commandite remboursée, si l'actif était insuffisant pour solder le passif. — Même arrêt. — V. cependant dans le sens de la nécessité d'une poursuite des créanciers : Angers, 18 févr. 1843, Foucault, [S. 43.2.390, P. 43.2.166]

1512. — En tout cas, l'action en rapport serait sans intérêt et partant irrecevable s'il était d'ores et déjà établi que l'actif, même déduction faite de la part de commandite remboursée, suffit et au delà pour faire face au passif. Jugé, dans cet ordre d'idées, que les intérêts de l'associé commanditaire (la femme du gérant, en l'espèce) ne peuvent être lésés par suite de la confusion établie par l'associé gérant entre les affaires de la société et les siennes propres. Dans ce cas, il y a lieu d'ordonner une liquidation préalable des affaires de la société, à l'effet de constater si la société est ou non en perte. — Douai, 14 déc. 184[illegible], précité.

1513. — Le commanditaire doit les intérêts [illegible] commercial, du montant des sommes prélevées par [illegible] commandite, dans le cours de l'exercice social. — Cass., 7 [illegible] 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, D. 1900.1.369]

Obligation des commanditaires au paiement des dettes sociales, jusqu'à concurrence de leur mise.

1514. — Il est certain que, même entre associés, on ne saurait donner effet à la clause portant que les commanditaires ne supporteront aucune perte, ou pourront s'attribuer tous les bénéfices : cette clause, dite *léonine*, est interdite aussi bien dans la commandite que dans tout autre type de société (C. civ., art. 1855). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 302 et s.). — V. Cass., 11 juill. 1894, Cottu, [S. et P. 94.1.452, D. 94.1.531] — Douai, 26 avr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.425] — Trib. comm. Seine, 22 juin 1887, [*J. des trib. de comm.*, 8999]

1515. — Mais il en serait autrement d'une clause qui aurait pour effet d'affranchir le commanditaire d'une partie des dettes sociales. Sans doute, cette clause serait inopposable aux tiers, qui ont compté sur le gage annoncé par les statuts sociaux, mais elle devrait s'exécuter dans sa teneur dans les rapports des associés entre eux. — Cass., 9 mai 1865 (sol. impl.), Lelong, [S. 65.1.348, P. 65.884, D. 65.1.277]; — 11 juill. 1892, Plantier, [S. et P. 96.1.79, D. 92.1.485] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 42; Houpin, t. 1, n. 220; Cohendy et Darras, *C. comm., ann.*, sur l'art. 26, n. 62 et s.

1516. — Jugé, en ce sens, que si l'art. 26, C. comm., veut que le capital d'une commandite soit entièrement engagé à l'égard des tiers, il ne s'oppose pas à ce que la contribution de l'associé commanditaire dans les pertes soit, dans ses rapports avec ses coassociés, réglée par une stipulation du pacte social. — Cass., 11 juill. 1892, précité; — 25 juin 1902, Goldschmidt, [S. et P. 1904.1.188] — Par suite, si, après la liquidation du passif de la société, les fonds de la commandite totalement perdus excèdent au détriment du commanditaire la part contributive convenue entre lui et ses coassociés, il a nécessairement contre eux une action en répétition pour faire réduire sa perte d'après leur convention particulière. — Même arrêt.

1517. — Si donc, entre l'associé en nom collectif et le commanditaire, il est intervenu une convention, aux termes de laquelle le commanditaire ne devait participer dans les bénéfices et les pertes qu'à raison de tant pour cent, et si le compte de liquidation de société dissoute, établi en appliquant cette convention, se solde entre les deux associés par une certaine somme au débit de l'associé en nom collectif, ce dernier, qui ne conteste pas d'ailleurs l'exactitude du compte, n'est pas fondé à critiquer la manière dont la liquidation impute à chaque associé sa part des pertes sociales, chacun d'eux devant, suivant lui, supporter la perte de son apport. — Cass., 25 juin 1902, précité. — Et l'associé en nom collectif est à bon droit condamné à payer au commanditaire la somme dont il s'agit, sans qu'il y ait là dénaturation de la convention intervenue entre les parties. — Mêmes arrêts.

1518. — Au regard des tiers, au contraire, nous l'avons établi, toute stipulation du pacte social qui, par dérogation à l'art. 26, C. comm., affranchirait dans une proportion quelconque, si minime soit-elle, la mise du commanditaire de la contribution aux dettes sociales, serait à considérer comme de nul effet. — Cass., 9 févr. 1864, Duparchy, [S. 64.1.137, P. 64.443, D. 64.1.73]; — 9 mai 1865, précité.

1519. — En conséquence, si le gérant ne peut rembourser leur mise aux commanditaires (V. *suprà*, n. 1507 et s.), ceux-ci ne peuvent pas non plus se répartir l'actif social avant le paiement intégral du passif; s'ils avaient ainsi procédé prématurément à cette répartition, ils seraient obligés ou de rétablir dans la caisse sociale ce qu'ils en auraient retiré, ou de subir chacun pour le tout, à concurrence du moins de la somme qu'il aurait indûment retirée, l'action des créanciers. — Cass., 9 févr. 1864, précité.

1520. — Jugé, en d'autres termes, que les actionnaires d'une société en commandite entre lesquels l'actif social a été réparti par suite d'une liquidation, sont tenus du passif, non pas seulement à concurrence du capital originaire de leurs actions, mais bien à concurrence de toutes les sommes qu'ils ont retirées de la liquidation, sans distinction entre le capital formé par la souscription des actions, le fonds de réserve et les autres valeurs appartenant à la société. — Cass., 9 févr. 1864, précité; — 14 avr. 1869, Duparchy, [S. 70.1.75, P. 70.156, D. 69.1.407]

1521. — ... Que, la faillite de la société absorbant la mise du commanditaire, celui-ci ne peut plus, dès lors, en réclamer le remboursement bien qu'il n'ait pas signé le concordat consenti par les créanciers. — Cass., 13 août 1816 [D. *Rép.*, v° *Soc.*, n. 1342-1°]

1522. — Il convient d'ailleurs de remarquer que l'obligation éventuelle de restitution, qui pèse sur les commanditaires remboursés au détriment des tiers, n'est pas une obligation solidaire résultant d'un contrat qui lui serait commun, mais une simple obligation *in solidum* résultant pour chacun d'eux du quasi-contrat de paiement de l'indu qui lui a été fait, et qui les obligent à restituer tout ce qu'ils ont reçu au préjudice des créanciers. — Cass., 9 févr. 1864, précité.

1523. — Jugé également que le commanditaire n'a pas le droit de poursuivre, en concours et par contribution avec les créanciers de la société, sur les biens personnels des associés en nom, le recouvrement de la portion de son apport qui, d'après l'acte social, était entre les associés exempté de toute perte et qui a été absorbée avec le capital social par le passif de la société : toute action en répétition contre les associés en nom collectif est non recevable de sa part tant que les créanciers sociaux n'ont pas été désintéressés. — Cass., 9 mai 1865, précité.

1524. — Et lorsqu'un arrêt passé en force de chose jugée a ainsi déclaré le commanditaire non recevable à exercer son action avant que les créanciers sociaux aient été désintéressés, la condition à laquelle se trouve subordonné le recours du commanditaire n'est point remplie par le seul fait du concordat obtenu par le gérant de la société, et ayant réduit à un simple dividende payable par fractions les droits des créanciers de la société. Encore faut-il que ce concordat ait reçu pleine et entière exécution; l'action du commanditaire reste donc non recevable tant que les dividendes échus et à échoir n'ont pas été intégralement payés. — Même arrêt.

1525. — Et, dans ces conditions, l'associé gérant est fondé à exciper des droits des créanciers sociaux malgré l'absence de leur intervention. — Même arrêt.

1526. — Mais ne viole pas, d'après la jurisprudence, la disposition de l'art. 1855 déclarant nulle la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société, la clause d'un acte de société en commandite contenant engagement par un commandité, à l'effet de garantir le commanditaire contre toute perte, de souscrire une police d'assurance sur la vie dont les primes seront payées personnellement par le commandité et dont le capital, payable au décès de ce dernier, servira à rembourser le commanditaire de son apport, le surplus devant à la liquidation faire retour aux représentants de l'assuré. — Cass., 9 juin 1890, Hérit. Botta, [S. 90.1.305, P. 90.1.748, et la note de M. Crépon, D. 90.1.409] — V. aussi Aix, 4 nov. 1886, Gallet, [S. 88.2.73, P. 88.1.434, et la note de M. Lyon-Caen] — En effet, dit-on, la somme apportée par le commanditaire n'en est pas moins conservée par le liquidateur de la société avec affectation au paiement des dettes sociales, et quant au capital de l'assurance, réputé acquis au commanditaire du jour de la police, il n'a jamais appartenu au commandité et doit être versé au commanditaire, non par le commandité ou la société, mais par un tiers, à savoir la compagnie d'assurance.

1527. — Il convient toutefois de faire remarquer, qu'une fraction importante de la doctrine conteste le bien-fondé de cette solution. Sans doute, le commanditaire peut se faire assurer le remboursement de sa mise *par un tiers;* mais en l'espèce est-ce bien par un tiers que le remboursement sera effectué? En apparence, oui, puisque le capital sera versé par la compagnie d'assurance; en fait, non, les primes étant versées par un associé, le commandité. La fiction de la jurisprudence, en vertu de laquelle le droit au capital assuré naît en la personne du bénéficiaire, sans jamais reposer sur la tête de l'assuré (V. *suprà*, v° *Assurance sur la vie*, n. 622 et s.), ne saurait, semble-t-il, prévaloir contre ce fait matériel de l'acquittement des primes par le coassocié. — Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 92.2.297; Planiol, note sous Cass., 9 juin 1890, [D. 90.1.409] — V. aussi Lyon-Caen et Renault, t 2, p. 34, note 2.

1528. — Mais les commanditaires ne sont tenus au paiement des dettes sociales que dans les limites de leur commandite, sans qu'il y ait à cet égard aucune solidarité entre eux. — Lyon, 21 juill. 1859, Coolen, [D. 60.2.112]

1529. — Cette règle s'applique même aux engagements qui naîtraient de *quasi-délits* commis par le gérant de la société. Ces engagements ne peuvent obliger la société ou les commandi-

taires que conformément au droit commun. C'est ainsi que, lorsqu'un accident a eu lieu dans une usine exploitée par une société en commandite, la victime de cet accident ne peut agir en dommages-intérêts contre les commanditaires qui ont opéré leurs versements et qui, d'ailleurs, ne se sont point immiscés dans la gestion des affaires sociales. — Grenoble, 24 mars 1874, Gr[illegible]teau, [D. 77.5.411] — Bordeaux, 14 mars 1890, Chamborand, [D. 91.2.63]

1530. — Et il importerait peu que la société eût été mise en liquidation, les engagements antérieurs devant être réglés conformément au pacte social. — Bordeaux, 14 mars 1890, précité.

1531. — Mais dans les limites de leurs mises et en raison de l'égalité qui doit régner entre les associés dans les pertes et les bénéfices, les commanditaires doivent supporter, comme les associés en nom collectif et proportionnellement à leur part, les pertes qui proviendraient de l'insolvabilité de l'un d'entre eux ils ne peuvent rejeter les conséquences de cette insolvabilité sur les associés en nom, tant du moins que les pertes ne dépassent pas les limites de leurs apports. — Cass., 2 juill. 1884, Bourée, [S. 85.1.246, P. 85.1.618, D. 85.1.148] — Lyon, 21 juill. 1859, précité.

1532. — D'autre part, les associés commanditaires d'une société, qui en transportent l'actif dans une société nouvelle s'obligent au paiement intégral des dettes de l'ancienne société, et cette obligation présente un caractère d'indivisibilité qui doit entraîner contre les associés une condamnation solidaire. — Paris, 10 mai 1843, Delasseaux, [P. 43.1.720]

1533. — Les parties pourraient-elles valablement convenir, par une clause des statuts, que les commanditaires seront passibles des pertes jusqu'à concurrence d'un maximum *déterminé*, supérieur à la mise? Quelques auteurs le contestent, et décident qu'en pareil cas la société doit nécessairement être considérée comme une société en nom collectif la clause limitative étant réputée non écrite, les soi-disant commanditaires étant tenus au passif *in infinitum* (Bédarride, n. 147; Delangle, n. 274). On argumente en ce sens de l'art. 26, C. comm., lequel dispose que le commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de sa mise.

1534. — Mais cette interprétation n'a pas prévalu, et l'on admet généralement en doctrine et en jurisprudence qu'une telle clause est licite, et n'empêche pas la société d'être considérée comme une véritable commandite. Ce qui caractérise en effet cette forme de société, c'est la limitation de l'obligation des commanditaires; or par hypothèse cette limitation existe, mais la mesure de la responsabilité admise est supérieure au taux normal, c'est-à-dire au montant de la mise. Pour effacer cette limitation, et dénaturer la convention, en imprimant d'office le caractère d'associés en nom collectif à des associés qui ont formellement manifesté l'intention de limiter leur obligation au passif, il faudrait un texte impératif; or tel n'est point le caractère de l'art. 26, lequel statue simplement *de eo quod plerumque fit*, et indique plutôt un *minimum* d'obligation qu'un maximum légal. La solution que nous combattons serait d'ailleurs, au fond, contraire à l'intérêt des tiers, puisque, si elle prévalait dans la pratique, les bailleurs de fonds s'abstiendraient avec soin, dans la crainte d'être traités comme des associés en nom, d'adopter une clause qui, en définitive, a pour les tiers l'avantage d'accroître leur gage. — Rouen, 9 juin 1875 (motifs), Cousté, [S. 77.2.46, P. 77.230, D. 75.2.205] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 538 *bis*; Namur, t. 2, n. 903; Houpin, t. 1, n. 236.

1535. — Si la clause précitée est valable, du moins est-elle dérogatoire au droit commun, et ne doit-elle pas être présumée. Il est indispensable, ou qu'elle soit formellement exprimée, ou qu'elle s'induise clairement des énonciations du pacte social. Ainsi, on ne devrait pas considérer comme impliquant pour les commanditaires obligation de supporter le passif social au delà de leur mise, la stipulation des statuts portant que, en cas de perte, les commanditaires devront verser dans la caisse de la société, un mois après la clôture de l'inventaire annuel, la somme représentant leur part dans la perte. — Même arrêt.

1536. — La disposition de l'art. 26 ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que tout l'actif social soit attribué à un créancier de la société, dès lors que les actionnaires ne doivent subir aucune autre perte que celle du montant de leur souscription. — Cass., 16 déc. 1885, Dronion, [S. 88.1.23, P. 88.1.36]

1537. — Les obligations précédemment étudiées sont les seules obligations *positives* pesant sur le commanditaire. C'est ainsi, en particulier, que le simple commanditaire n'est tenu, ni d'effectuer la publication de l'extrait de l'acte de société, ni de surveiller cette publication. — Cass., 16 nov. 1887, Stobo et autres, [S. 88.1.369, P. 88.1.908, et la note de M. Lacointa, D. 88.1.124] — V. Pont, t. 2, n. 1288; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 225. — *Contra* Delangle, t. 2, n. [illegible] *bis*.

1538. — En conséquence, lorsque la publication de l'extrait de l'acte de société a été incomplète ou inexacte (notamment, quant à la clause relative à l'apport du commanditaire), celui-ci n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis des tiers, s'il est constaté qu'aucune connivence ou participation à ce fait ne lui est imputable. — Même arrêt.

1539. — D'ailleurs, les créanciers, en tant que tiers, ont seulement l'alternative de demander la nullité de la société irrégulièrement publiée, ou d'accepter l'acte social dans son entier, abstraction faite des énonciations contraires de l'extrait. — Rouen, 30 mars 1885, sous Cass., 16 nov. 1887, précité.

§ 4. *Obligations négatives des commanditaires.*
Défense de s'immiscer dans la gestion.

1540. — La gestion de la société en commandite peut appartenir à un commandité, elle peut être confiée à un étranger, mais jamais à un commanditaire. Cette prohibition, édictée par l'art. 27, C. comm., est absolue; mais il n'en est pas moins très-difficile d'établir une ligne de démarcation précise entre les actes interdits au commanditaire, comme constituant des faits d'*immixtion* dans la gérance, et les actes autorisés (contrôle ou surveillance, etc.) (V. *infrà*, n. 1761 et s.). La réponse à cette question dépend du parti que l'on prend sur le fondement juridique de la prohibition légale.

1541. — Dans un premier système, la prohibition de l'art. 27 serait édictée aussi bien dans l'intérêt des tiers, qui risqueraient d'être trompés par la participation active du commanditaire à la gestion et de croire à sa responsabilité illimitée, que dans l'intérêt de la société elle-même, Si le commanditaire pouvait administrer, tout en conservant le bénéfice de sa responsabilité limitée, il serait trop tenté d'engager la société dans des entreprises aventureuses, sûr d'en récolter le bénéfice si elles réussissaient, certain de ne point encourir de responsabilité trop lourde, si elles échouaient, sa responsabilité restant à tout événement limitée au montant de sa mise. D'où l'on a conclu logiquement qu'il faut considérer comme des actes d'immixtion interdits aux commanditaires deux séries d'actes: d'une part, les actes de nature à induire les tiers en erreur sur la véritable qualité de ces derniers; d'autre part, les actes susceptibles de conférer aux commanditaires, sur la marche des affaires sociales, une influence décisive et prépondérante. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 487 et 496. — V. aussi Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 251.

1542. — Un second système, qui a prévalu en jurisprudence, décide au contraire que cette prohibition a été établie, non pas dans l'intérêt des associés, mais dans l'intérêt des tiers. En effet, ceux-ci peuvent seuls être trompés et croire que le commanditaire gérant est responsable solidairement des dettes sociales : les associés en nom au contraire ne peuvent ignorer qu'ils ont le droit d'interdire au commanditaire de gérer, et qu'ils ont intérêt à le faire, précisément parce que ce dernier n'est responsable que partiellement. Ils sont donc imprudents de lui laisser la direction de la société, et, s'ils le font, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes. Cette interprétation a été consacrée par un avis du Conseil d'Etat du 20 avr. 1809, approuvé le 17 mai, qui déclare que les art. 27 et 28, C. comm., ne sont applicables « qu'aux actes que les associés commanditaires font en représentant comme gérants la maison commanditée, même par procuration ». La prohibition ne s'appliquerait donc, ni aux transactions commerciales que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement que le commanditaire peut faire avec la maison commanditée comme avec toute autre maison de commerce. — V. *infrà*, n. 1631.

1543. — ... Ni aux actes qui, se référant au fonctionnement interne de la société, peuvent être envisagés comme des actes *de gouvernement intérieur*. La prohibition légale, en d'autres termes, se limite aux actes de *gestion extérieure*, c'est-à-dire à ceux qui mettent le commanditaire en rapport avec les tiers, et par lesquels il se présente publiquement comme le représentant de la société. — Cass., 21 déc. 1863, Dupuis, [S. 64.1.229,

P. 64.772, D. 64.1.156] — Dijon, 14 juill. 1882, [Rev. des soc., 83.459] — Limoges, 28 janv. 1898, Cosnac, [D. 99.2.353] — Bordeaux, 10 mai 1899, [J. des soc., 99.431] — Sic, Alauzet, t. 1, n. 464; Bédarride, t. 1, n. 251; Fouriex, n. 127; Pont, t. 2, n. 1461; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en comm.*, n. 439; Houpin, t. 1, n. 239.

1544. — En tout cas, il faut que cette immixtion soit directe et personnelle. — Rouen, 9 juin 1875, précité. — V. Houpin, t. 1, n. 240.

1545. — L'interdiction ne s'applique donc au commanditaire qu'autant qu'il agit pour et au nom de la société. Ainsi, ne serait pas responsable l'associé qui aurait accompli certains actes d'immixtion non pas en son nom personnel, et en sa qualité d'associé, mais au nom d'une société tierce dont il est le gérant. — Paris, 15 juill. 1862, sous Cass., 21 déc. 1863, précité.

1546. — De même l'immixtion d'une maison de commerce dans la direction d'une société en commandite dont elle n'est point actionnaire ne saurait la faire déclarer responsable à l'égard des tiers, quoique son gérant ait personnellement souscrit des actions. — Même arrêt.

1547. — Toutefois, il importerait peu, au point de vue de l'application de l'art. 27, que le commanditaire, agissant comme représentant de la société, accomplisse ces actes de gestion par lui-même, ou bien par mandataire. — Douai, 21 févr. 1861, Synd. Varnier-Roger, [S. 61.2.289, P. 61.1032] — V. Dutruc, v° *Société*, n. 878.

1548. — Effectivement, le mandataire représentant le mandant, l'acte accompli par le fondé de pouvoirs du mandant doit être réputé l'œuvre *personnelle* de ce dernier. — Même arrêt (motifs).

1549. — Ces notions générales étant posées, et partant du point de vue adopté par la jurisprudence, nous allons passer en revue les principaux actes interdits aux commanditaires, et mettre en regard les actes considérés en pratique comme licites.

1° *Actes interdits aux commanditaires.*

1550. — Doivent être considérés, avons-nous dit, comme actes d'immixtion prohibée, tous actes de gestion extérieure, non équivoques, par lesquels le commanditaire se met en relation avec les tiers, comme représentant de la société. — Bordeaux, 10 mai 1899, [J. des soc., 99.431]

1551. — Seraient, en d'autres termes, des actes d'immixtion prohibées, tous actes extérieurs qui, émanant du commanditaire, risqueraient d'abuser les créanciers sur sa véritable qualité, et tendraient à procurer ainsi à la société un crédit trompeur, que ne justifient pas les énonciations du pacte social. — Même arrêt.

1552. — ... Ou, plus spécialement, tous actes qui, par leur nature, doivent être considérés comme exclusivement réservés au gérant, alors surtout que ceux qui les accomplissent se présentent et agissent comme de véritables associés en nom collectif. — Paris, 1er mars 1845, Lefebvre d'Aumale, [P. 45.1.451, D. 45.2.187]; — 14 août 1854, [J. des trib. comm., 55.13] — Douai, 19 août 1881, *Ibid.*, 82.323 — Limoges, 28 janv. 1898, Cosnac, [D. 99.2.353]

1553. — Ainsi, serait un acte d'immixtion la convention passée entre le commanditaire et les commandités et qui aurait pour but de confier la gérance au commanditaire. — Paris, 14 août 1854, précité.

1554. — Il y aurait également immixtion si le commanditaire, au lieu de se borner à donner de simples conseils aux gérants, fait licite (V. *infrà*, n. 1572), usait de toute son influence sur eux pour diriger les opérations de la société, et multipliait des démarches et des actes susceptibles de tromper les tiers sur sa qualité, de lui donner l'apparence d'un cogérant et d'engendrer leur foi. — Caen, 16 août 1864, Synd. Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194]

1555. — ... Et qu'il fût établi surtout, d'après toutes les circonstances de la cause, que le gérant n'était que la créature du commanditaire auquel il devait sa situation. — Même arrêt.

1556. — Constituent encore des actes de gestion prohibée, tous les actes de correspondance faits avec les tiers, par lesquels les commanditaires laissent croire qu'ils dirigent personnellement l'entreprise, notamment lorsque conjointement avec le gérant ils poursuivent un constructeur de machine commandée par la société pour retard dans l'installation. — Bordeaux, 21 mars 1865, [J. Bordeaux, 65.125]

1557. — Il y a aussi immixtion dans la gestion de la société dans le fait du commanditaire qui, en vertu de la procuration du gérant, a représenté la société dans un contrat ayant pour objet d'ouvrir à un tiers un crédit sur la société. — Caen, 16 août 1864, précité.

1558. — Serait encore responsable le commanditaire qui se présenterait à l'égard des tiers comme gérant, porteur de la procuration de celui-ci, s'interposant auprès des banquiers pour faire obtenir des ouvertures de crédit à la société. Toutefois il ne serait pas responsable de la perte subie par les actionnaires sur leur commandite. — Lyon, 8 juin 1864, [J. des trib. comm., 65.526]

1559. — Engage aussi sa responsabilité, le commanditaire d'une société fondée pour l'exploitation d'un journal et qui, dirigeant l'administration, s'occupe du service des employés, donne des ordres aux ouvriers pour la distribution et l'arrangement des bureaux, passe des marchés avec le papetier et traite avec l'imprimeur pour les besoins matériels de la société. — Paris, 1er mars 1845, précité.

1560. — D'une manière générale, et pour nous résumer, s'il n'est pas interdit à un commanditaire de s'adjoindre au gérant pour l'aider dans les détails secondaires de l'administration (V. *infrà*, n. 1620,), cette occupation en sous-ordre n'étant pas susceptible de tromper les tiers, on ne saurait admettre en aucun cas et sous aucun prétexte qu'un commanditaire puisse se substituer au gérant dans la direction des affaires sociales sans engager sa responsabilité. Jugé à cet égard que doit être réputé s'être immiscé dans la gestion le commanditaire qui, dans une contre-lettre, s'est réservé la haute main sur la direction des affaires sociales, qui, à cet effet, a imposé au gérant l'obligation de lui communiquer tous les ordres d'achat et de subir la révision de ces ordres, lui permettant de mettre à sa disposition les frais de premier établissement, et qui s'est révélé au dehors par ses agissements comme le véritable destinataire des fournitures faites audit gérant. — Cass., 9 janv. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.265]

1561. — En fait, il peut être difficile d'établir des limites précises entre les actes que peuvent justifier les droits de contrôle et de surveillance reconnus aux commanditaires (V. *infrà*, n. 1602, 1761 et s.), et ceux qui font en réalité du commanditaire un *cogérant*. La question est des plus délicates lorsque les commanditaires sont des entrepreneurs apportant à titre de commandite tout ce qui touche à l'industrie personnelle de chacun d'eux et qu'en particulier l'apport de l'un d'eux consiste, d'après l'acte social, à donner tous ses soins pour la direction des travaux et la vérification des mémoires.

1562. — Dans ce cas (et toute réserve étant faite sur la régularité d'un tel apport, l'apport en industrie ne paraissant pas permis aux commanditaires, V. *suprà*, n. 1416), le commanditaire ne peut que se borner à la direction technique des travaux et à la vérification des travaux exécutés et des comptes produits. Mais il ne peut, sans faire acte d'immixtion, diriger les opérations de la société, et constituer ainsi une gérance parallèle à celle du gérant titulaire. Il y aurait immixtion, notamment s'il accomplissait une série d'actes de gestion qui le représentaient aux yeux des tiers comme membre actif de la société, et s'il devenait ainsi l'âme de l'entreprise, assistant partout le directeur, une telle conduite ne pouvant se justifier par sa seule qualité d'architecte. — Paris, 13 mai 1895, [*Rev. des soc.*, 95.416]

1563. — Au contraire, le commanditaire qui, bien que se trouvant en rapport avec les tiers par suite même de sa qualité d'architecte ou d'entrepreneur, ne gère point, n'encourrait aucune responsabilité. — Même arrêt.

2° *Actes permis aux commanditaires.*

1564. — Le commanditaire, avons-nous dit, peut sans commettre d'immixtion, participer aux actes d'administration intérieure de la société, de tels actes ne pouvant avoir pour résultat d'induire les tiers en erreur sur leur qualité (V. *suprà*, n. 1543). Faisons l'application de ce critérium aux principaux actes rentrant dans cette catégorie : 1° Actes d'administration intérieure proprement dite; 2° actes de contrôle et de surveillance; 3° conventions conclues avec la société. Puis nous dirons quelques mots des actes de gestion conclus par les commanditaires après la dissolution.

1565. — I. *Intervention dans l'administration intérieure de*

la société. — *Avis et conseils.* — D'une manière générale, cette intervention doit se limiter à des actes de gestion *intérieure*, qui ne mettent point le commanditaire *en rapport avec les tiers* et ne puissent faire croire à sa responsabilité illimitée. — Cass., 29 juin 1858, Rocher et autres, [S. 59.1.483, P. 59.1.203, D. 58.1.242]; — 24 mai 1859, Hébert et autres, [S. 59.1.918, P. 60.169, D. 59.1.455]; — 28 févr. 1888, Liquid. de la Société Lussigny et Cie, [S. 91.1.298, P. 91.1.737, D. 88.1.427]

1566. — Il importe de remarquer, toutefois, que la théorie de l'immixtion n'est pas toujours facile à concilier, dans la commandite par actions, avec les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale des actionnaires. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement (V. *infrà*, n. 5023 et s.); nous nous bornerons pour l'instant à formuler les règles communes aux divers types de commandite, en nous plaçant d'ailleurs plus spécialement au point de vue de la commandite simple.

1567. — Envisageons successivement à ce point de vue : 1° la participation de commanditaires à la nomination ou à la révocation du gérant ; 2° les avis et conseils ; 3° les actes d'adhésion aux actes de la gérance ou d'approbation des actes excédant les pouvoirs de la gérance ; 4° la coopération financière donnée par un commanditaire aux actes de gestion ; 5° les actes de gestion isolés ; 6° les règles particulières à l'immixtion d'un bailleur de fonds dans l'exploitation d'un office d'agent de change.

1568. — a) *Participation des commanditaires à la nomination ou à la révocation des gérants.* — Il est incontestable que les commanditaires peuvent participer aux délibérations tendant à la nomination d'un nouveau gérant, alors même que cette nomination va conférer à l'élu le pouvoir d'administrer. On ne doit voir là qu'une affaire et qu'un acte de gouvernement intérieur qui ne peut en rien tromper les tiers, et auquel tous les associés doivent pouvoir participer. — Limoges, 28 janv. 1898, Cosnac, [D. 99.2.353] — V. en ce qui concerne le remplacement du gérant démissionnaire : Lyon, 5 août 1843, Associés de la Cie du Sirius, [S. 44.2.311, P. 44.2.444]

1569. — Par identité de motifs, serait un acte d'administration interne et ne pourrait pas être considéré comme un acte d'immixtion interdit, l'acte par lequel les commanditaires, membres du conseil de surveillance, délégueraient, après suspension ou révocation du gérant, l'un d'entre eux pour en remplir la fonction. Si ce nouveau gérant devient responsable solidairement des dettes sociales, les commanditaires ne le sont pas en effet, et la délégation qu'ils ont donnée rentre par suite essentiellement dans leurs attributions. — Cass., 6 mai 1835, Faillite Jouffroy-Berthier, [S. 36.1.40, P. chr.]; — 30 avr. 1862, Berthier, [S. 63.1.195, P. 63.967, D. 62.1.527] — *Contra*, Turin, 12 juill. 1892, Massa, [S. et P. 93.4.13]

1570. — A plus forte raison, le remplacement du gérant d'une société en commandite effectué par une partie seulement des associés commanditaires ne constitue-t-il pas un acte de gestion, bien que ce changement n'ait pas eu lieu en assemblée générale en conformité des statuts, et n'ait pas été rendu public dans la forme prescrite par l'acte de société. — Cass., 6 mai 1835, précité. — *Contrà*, Turin, 12 juill. 1892, précité.

1571. — Les commanditaires pourraient également intervenir dans une saisie immobilière contre la société et intéressant son gérant, lorsqu'ils contestent sa qualité. — Pau, 4 août 1857, Montmorency, [D. 57.2.178]

1572. — b) *Avis et conseils.* — Aux termes de l'art. 28, § 2, les *avis et conseils* ne constituent pas des actes de gestion, et n'engagent pas l'associé commanditaire. Mais quels actes peuvent rentrer sous cette rubrique « avis et conseils » ? La réponse à cette question est plutôt une affaire d'espèces et de circonstances; mais d'une manière générale, le commanditaire peut, sans sortir de son rôle, faire profiter le gérant de son expérience des affaires, lui suggérer ou lui indiquer certaines opérations, lui conseiller telle ou telle méthode d'exploitation, à la condition de ne rien *imposer*, et de ne jamais, pour la décision à prendre, se substituer au gérant, seul représentant responsable de la société.

1573. — Ainsi, il n'y a pas immixtion lorsque le commanditaire, sans intervenir dans les marchés passés avec les tiers, se borne à étudier les affaires faites par le gérant, lui donne des conseils ou indications sur certaines opérations en cours ou projetées, le met en relations avec des personnes qu'il connaît, le recommande à celles-ci, demande des notes sur les prix courants et des renseignements sur les bénéfices probables, alors que le gérant [illegible] seul dans les achats et ventes et [illegible] les tiers. — Rouen, 9 juin 18[illegible], Cousté, [S. 77.2.47, P. [illegible], D. [illegible]]

1574. — La forme [illegible] n'est pas indifférente. Même quand ils ne dissimulent aucune injonction, aucune ingérence abusive, ils ne doivent être donnés, qu'*en dehors de l'intervention des tiers*, [illegible] puissent croire à la responsabilité du commanditaire. — Cass., 21 déc. 1863, Dupuis, [S. 64.1.229, P. 64.[illegible], D. 64.1.[illegible]]

1575. — Mais la méconnaissance [illegible] engage-t-elle la responsabilité du gérant à l'égard [illegible] ? Les uns l'admettent d'une façon absolue. — Delangle, n. 401; Troplong, n. 437.

1576. — D'autres, au contraire, estiment que ces avis ne l'engagent jamais, puisqu'ils ne sont pas obligatoires; et qu'en ne les observant pas, il ne fait qu'user d'un pouvoir de direction qui lui est dévolu sans partage. Il n'est [illegible] de ce chef; il n'a qu'à s'inspirer des intérêts de la société [illegible] à répondre de ses fautes dans les termes du droit commun. — Bédarride, n. 250; Houpin, t. 1, n. 241; Pont, t. 2, n. 1[illegible].

1577. — Enfin, dans un système intermédiaire, le plus juridique, à notre avis, ces avis sans doute ne sont pas obligatoires pour le gérant, car s'il est responsable, il doit avoir la liberté d'administrer sans se soumettre aveuglément aux avis des commanditaires; mais il ne s'ensuit pas que ces avis, qu'un texte précis confère aux commanditaires la faculté de donner, soient dénués de toute valeur. Les tribunaux apprécieront, dans chaque espèce, s'il n'a pas engagé sa reponsabilité en écartant de parti pris, ou frauduleusement, un conseil sage qui lui était donné. — Ruben de Couder, *op. cit.*, v° *Soc. en command.*, n. 172.

1578. — c) *Adhésion, approbation, ou autorisation préalable des commanditaires.* — Une adhésion ou une approbation donnée par les commanditaires aux actes du gérant ne saurait non plus être considérée comme un acte d'immixtion, du moment que ces commanditaires ne se mettent pas par eux-mêmes en rapport avec les tiers; donnée avant l'accomplissement de l'acte, l'adhésion n'a que la valeur d'un simple avis (alors du moins qu'il s'agit d'actes rentrant dans les pouvoirs légaux ou statutaires du gérant); donnée après coup, elle peut valoir, le cas échéant, comme renonciation au droit d'agir en responsabilité pour faute de gestion du chef de l'acte dont l'utilité a été ainsi formellement reconnue, mais elle demeure extérieure à l'acte lui-même, et ne saurait à aucun titre être envisagée comme un acte de gestion.

1579. — C'est ainsi que l'on ne saurait considérer comme des actes d'immixtion... ni l'approbation donnée par les commanditaires à la construction d'un objet (bateau à vapeur) devant servir à l'exploitation de l'entreprise sociale... — Lyon, 5 août 1843, Associés de la Cie du Sirius, [S. 44.2.311, P. 44.2.444]

1580. — ... Ni le fait de la part de commanditaires de prendre part, comme membres du conseil de surveillance, à une délibération par laquelle le conseil fixe le budget des dépenses, sauf au directeur à justifier des nécessités qui pourraient exiger des [illegible] extraordinaires. — Cass., 13 nov. 1844, Morizot, [S. 44.1.847, P. 44.2.563]

1581. — D'autre part, les statuts peuvent circonscrire dans certaines limites les pouvoirs des gérants et imposer à ceux-ci, notamment, l'obligation de se munir de certaines autorisations, avant de pouvoir accomplir tels ou tels actes déterminés. Par ce fait que les commanditaires auraient subordonné à certaines restrictions dans les pouvoirs du gérant leur entrée dans la société, et fait incorporer ces clauses restrictives dans les statuts, on ne saurait évidemment les déclarer coupables d'immixtion lorsqu'ils font usage en fait du droit d'autorisation qu'ils se sont réservé, pas plus qu'ils ne le seraient, en cas de silence des statuts, d'avoir autorisé le gérant à accomplir certains actes excédant les pouvoirs normaux d'un administrateur général. Autre chose, en effet, est conférer par une autorisation expresse, au gérant de la société, les pouvoirs qui lui font défaut, autre [illegible] est de se substituer à lui, de lui intimer l'ordre d'accomplir tel ou tel acte. L'assimilation de ces deux formes d'ingérence conduirait d'ailleurs à cette conséquence inadmissible, de mettre pratiquement le gérant de commandite dans l'impossibilité d'accomplir certains actes nécessaires, actes excédant manifestement ses pouvoirs, et qu'il ne pourrait se faire autoriser à accomplir

par les commanditaires, soucieux d'échapper à la responsabilité de l'art. 28.

1582. — Jugé en ce sens : 1° Que les statuts d'une société en commandite peuvent interdire aux gérants certains engagements en dehors de l'approbation des commanditaires, sans que ceux-ci soient engagés vis-à-vis des tiers. — Cass., 24 mai 1859, Hébert, [S. 59.1.918, P. 60.169, D. 59.1.242] — *Contrà*, Paris, 26 mars 1840, Hennin, [S. 40.2.250, P. 40.1.704]

1583. — 2° Que les statuts pourraient subordonner toute dépense d'une certaine importance à l'autorisation des commanditaires réunis en assemblée générale. Pour se conformer à cette clause, l'assemblée peut déléguer à deux de ses membres le soin de recueillir les renseignements à l'effet de l'éclairer sur l'utilité de certaines opérations, pour lesquelles le gérant ne peut obliger la société sans une autorisation préalable; et ces commanditaires, qui se mettent en rapport avec les tiers pour les opérations à accomplir, ne peuvent être déclarés coupables d'immixtion, alors que les tiers ont connu leur qualité et ont entendu traiter avec la société, sans garantie personnelle des commanditaires. — Cass., 24 mai 1859, précité.

1584. — 3° Que, lorsque les statuts interdisent aux gérants de faire aucune dépense en dehors des dépenses d'entretien, même dans l'intérêt de la société, sans avoir préalablement consulté le conseil d'administration (il serait plus exact de dire conseil de surveillance), à l'avis duquel ils étaient tenus d'obtempérer, et que les mêmes statuts disposent que les fonds appartenant à la société devaient être versés entre les mains d'un banquier de ladite société qui ne pourrait s'en dessaisir, lorsqu'il ne s'agirait pas de menues dépenses d'entretien, que sur un mandat délivré par l'un des directeurs et approuvé par le conseil d'administration, les créanciers ne sont pas fondés à faire déclarer les membres dudit conseil coupables d'immixtion dans la gestion. — Cass., 29 juin 1858, Rocher, [S. 59.1.483, P. 59.1203, D. 58.1.455

1585. — De même encore, les statuts sociaux pourraient interdire aux gérants d'emprunter, d'aliéner, d'hypothéquer sans l'autorisation écrite des commanditaires, quelque minime que soit le chiffre de l'emprunt, de disposer des valeurs sociales même temporairement dans un but étranger à la société, de vendre à crédit au delà d'un certain chiffre. Il importe peu, d'ailleurs, que dans le silence de l'acte social, les commanditaires interviennent pour autoriser les gérants à faire ces actes prérappelés qui dépassent les pouvoirs d'administration. D'une part, les tiers sont avertis par le pacte social et ne peuvent compter sur la responsabilité des commanditaires, et de l'autre ce sont les gérants qui traitent eux-mêmes, qui ont l'initiative de l'acte, et les commanditaires ne font que donner leur adhésion; c'est un acte d'administration interne. — Cass., 22 déc. 1845, Despéchers, [P. 46.1.305, D. 46.1.30]; — 23 mars 1846, Breton, [S. 46.1.770, P. 46.2.482, D. 46.1.308]; — 29 juin 1858, précité; — 5 janv. 1859, Michelet, [S. 60.1.444, P. 59.222, D. 59.1.174]; — 24 mai 1859, précité; — 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.279]; — 30 avr. 1862, Berthier, [S. 63.1.195, P. 63.967, D. 62.1.527]; — 25 nov. 1872, Bouquet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 75.1.479] — Rouen, 9 juin 1875, Cousté, [S. 77.2.46, P. 77.230, D. 75.2.205] — Nancy, 29 janv. 1887, sous Cass., 9 janv. 1888, Soc. des forges et fonderies d'Aubrives, [S. 90.1.121, P. 90.1.281] — *Sic*, Alauzet, n. 318; Bédarride, n. 245; Delangle, n. 589; Houpin, t. 1, n. 241; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 496; Pont, t. 2, n. 1461; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 451 et s.; Troplong, n. 424; Vavasseur, n. 302. — *Contrà*, Paris, 26 mars 1840, précité.

1586. — Ainsi jugé que les commanditaires peuvent librement décider que le gérant ne fera aucune acquisition importante sans le consentement préalable du conseil de surveillance. — Besançon, 28 mai 1890, sous Cass., 9 juill. 1891, Hacquard, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173] — *Contrà*, Turin, 12 juill. 1892, Massa, [S. et P. 93.4.13]

1587. — De même n'est pas incompatible avec la qualité de commanditaire la clause des statuts qui interdit au gérant, sans autorisation préalable et par écrit des commanditaires, d'emprunter, quel que soit le chiffre de l'emprunt, de disposer même temporairement des valeurs sociales pour un objet étranger à la société, de vendre à crédit au delà d'un chiffre déterminé. — Rouen, 9 juin 1875, précité.

1588. — ... Ni celle qui prohibe d'acheter lorsque l'opportunité de l'achat aura été contestée par écrit par l'un des commanditaires, à moins que l'autre n'ait approuvé ledit achat également par écrit : cette clause n'excède pas non plus les limites de la surveillance assidue que la loi impose au commanditaire attentif. — Même arrêt.

1589. — Et par le fait que les commanditaires n'auraient point opposé une interdiction préalable et par écrit aux marchés passés par le gérant et les auraient ainsi approuvés tacitement, on ne saurait les considérer comme s'étant engagés personnellement envers les créanciers. — Même arrêt.

1590. — Jugé dans le même ordre d'idées : 1° que les commanditaires peuvent prendre part aux délibérations des assemblées générales, ayant pour objet d'examiner les propositions émanées du gérant sur les modifications aux statuts. — Cass., 13 déc. 1841, Derosne et Cail, [S. 42.1.141, P. 42.1.125] — V. Paris, 23 juill. 1828, Gradis, [S. et P. chr.] — Leur refuser ce droit, sous peine d'être déclarés coupables d'immixtion, équivaudrait à rendre à peu près impossibles toutes modifications aux statuts, même celles dont l'urgence serait reconnue; solution évidemment inacceptable.

1591. — 2° Qu'ils peuvent, en assemblée générale, décréter diverses mesures modificatives, telles que la translation du siège social dans une autre ville, l'augmentation du capital par voie d'un nouvel appel de fonds, etc. — Lyon, 5 août 1843, Associés de la Compagnie du Sirius, [S. 44.2.311, P. 44.2.444]

1592. — 3° Que les commanditaires peuvent approuver la cession faite par le gérant d'une partie de l'actif social, autoriser un emprunt ou une transaction, et généralement tous actes qui dépasseraient les pouvoirs ordinaires du gérant. — Lyon, 5 août 1843, précité. — Paris, 7 janv. 1887, [*J. des trib. de comm.*, 1887, p. 151]

1593. — Les commanditaires, membres du conseil de surveillance, peuvent également, sans engager leur responsabilité, sanctionner l'achat d'un immeuble, fait à l'origine par le gérant pour son compte personnel avec les fonds sociaux, dans lequel le siège social a été transporté; ils peuvent aussi autoriser la continuation des travaux faits sur cet immeuble, consentir à l'emprunt ou à une émission d'actions nécessitées pour l'achèvement desdits travaux. — Paris, 4 janv. 1844, Synd. Combalot, [S. 44.2.71, P. 44.1.133]

1594. — L'approbation de la signature d'un gérant ne constitue pas davantage un acte d'immixtion. — Trib. comm. Seine, 7 janv. 1887, [*J. des trib. de comm.*, 88.151]

1595. — Jugé, même (mais cette solution ne saurait être acceptée sans réserves), que le commanditaire qui a fait partie du conseil d'administration ou de gérance de la société ne doit pas, par cela seul, être déclaré responsable envers les tiers, si, d'ailleurs, il n'a fait en cette qualité aucun acte présentant le caractère d'un acte de gestion véritable. — Cass., 13 déc. 1841, précité; — 13 nov. 1844, Morizot, [S. 44.1.847, P. 44.2.563]

1596. — d) *Concours financier prêté à la gérance.* — Plus délicate est la question de savoir si la coopération financière apportée par le commanditaire au gérant ne constitue point un acte d'immixtion. Il y a là plus qu'un conseil, plus même qu'une autorisation. Et cependant, même en ce cas, la jurisprudence tend à écarter l'idée d'immixtion. Ainsi, n'est pas coupable d'immixtion le commanditaire qui paie certains créanciers de la société pour soutenir son crédit, alors qu'il a entendu faire seulement des avances à la société, et se comporter vis-à-vis d'elle en simple prêteur. — Paris, 13 mars 1895, [*Pand. fr.*, 96.2.244] — Sur les marchés passés par les commanditaires avec la société, V. *infrà*, n. 1631 et s.

1597. — De même encore, le commanditaire pourrait garantir certains créanciers pour les encourager à faire des avances à la société, pourvu qu'il soit constaté qu'il a agi, non pas à titre d'associé, mais comme un tiers qui se rendrait caution de la société. — Bordeaux, 10 mai 1899, Junz, [S. et P. 1901.2.94, D. 1900.2.158]

1598. — ... Ou déposer des titres dans une banque pour soutenir le crédit de la société, ou même garantir personnellement un crédit déterminé ouvert à la société par une maison de banque. — Cass., 9 juill. 1891, Hacquard, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173] — Aix, 5 nov. 1897, [*Rev. des soc.*, 98.64]

1599. — e) *Actes de gestion isolés.* — Même dans les cas où le commanditaire a participé à quelques actes de gestion extérieure, le mettant en relation avec les tiers, la jurisprudence reconnait aux juges du fond le pouvoir d'écarter l'inculpation d'immixtion, à raison du caractère accidentel de cette intervention.

Jugé, en ce sens, que, pour constituer des faits d'immixtion, les actes d'administration passés par le commanditaire avec les tiers doivent être suffisamment caractérisés et répétés. Il ne suffirait donc pas d'actes isolés, tels que l'achat de certaines marchandises par la société, l'escompte de diverses valeurs, ou la détention du fonds social au cours d'une guerre. — Paris, 28 mars 1874, [*J. des trib. de comm.*, 74.508]

1600. — Jugé, également, que le commanditaire qui s'engage dans l'acte de société à favoriser les ventes sociales, et à prêter son entremise pour les affaires qui rentrent dans l'exercice de son commerce, ne fait pas des actes d'immixtion interdits, alors qu'il n'a entendu s'obliger qu'à titre de commanditaire, et faire profiter la société dans laquelle il est intéressé de ses connaissances personnelles, si d'ailleurs son intervention ne s'est manifestée généralement que sous forme d'avis officieux, n'a revêtu qu'*une seule fois* un caractère plus accentué, sans qu'elle ait eu d'ailleurs, même en cette occurrence unique, une influence déterminante sur la conclusion du marché. — Cass., 17 janv. 1855, Proharam, [S. 55.1.90, P. 55.2.372, D. 55.1.259] — V. Dutruc, n. 871.

1601. — f) *Associé d'agent de change.* — Le commanditaire d'un agent de change est soumis à des règles exceptionnelles. Même s'il s'immisce dans la gestion sociale, il n'est tenu des dettes sociales que jusqu'à concurrence de sa mise de fonds, les art. 27 et 28 lui étant inapplicables. — Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Agent de change*, n. 75; Thaller, n. 855, et *Faill. des agents de change*, n. 84; Lyon-Caen et Renault, t. 4, n. 877. — V. aussi *suprà*, v° *Agent de change*, n. 119 et s. — Il pourrait donc avoir un bureau dans le cabinet de l'agent de change et se mettre en rapports directs avec le client. — Mêmes auteurs. — V. *suprà*, n. 1390.

1602. — II. *Contrôle et surveillance.* — Si le commanditaire peut, sinon participer directement à la gérance, du moins intervenir à certains égards dans l'administration interne de la société, *a fortiori* peut-il la contrôler, les tiers ne pouvant plus croire alors à sa responsabilité personnelle et à sa qualité de commandité. Ce principe, d'ailleurs, ne saurait plus faire de doute en présence de la disposition finale ajoutée à l'art. 28 par la loi du 6 mai 1863 : « Les avis et conseils, *les actes de contrôle et de surveillance* n'engagent point l'associé commanditaire ». Cette addition a eu pour but, suivant l'expression du rapporteur de la loi de 1863, « de rassurer les capitaux effrayés » et de déterminer les personnes qui désirent s'intéresser aux affaires sans risquer tout leur avoir à y entrer comme commanditaires, avec la possibilité de surveiller efficacement l'emploi de leurs fonds, examiner les livres, le portefeuille ou la caisse, donner leur avis même sur la marche générale de l'entreprise, sans encourir aucune responsabilité personnelle. — V. sur l'esprit de la loi de 1863, Paris, 4 févr. 1897, [*J. des soc.*, 98.183] — Pont, t. 2, n. 1475, Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, n. 472; Dutruc, n. 858; Houpin, t. 1, n. 232.

1603. — Il convient d'ailleurs de noter que l'interprétation consacrée par l'art. 28 nouveau était déjà très-généralement admise sous l'empire de la législation ancienne, le droit de contrôler les opérations de la gérance découlant pour les commanditaires de leur seule qualité d'associés, intéressés à prévenir les fraudes ou les fautes lourdes des gérants. — Cass., 23 mars 1846, Breton et Danto, [S. 46.1.770, P. 46.2.482, D. 46.1.308]; — 25 juin 1846, Synd. Chevret, [*Ibid.*] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 490; Houpin, t. 1, n. 241-4°.

1604. — La loi ne donne des actes de contrôle aucune liste limitative. Aussi le commanditaire peut-il exercer tous les actes tendant à contrôler les opérations de la gérance, pourvu que cette surveillance, si active et permanente qu'on la suppose, ne se traduise point par des actes d'administration externe, pouvant faire croire à sa qualité de commandité. — Cass., 23 mars 1846, précité; — 25 juin 1846, précité; — 21 déc. 1863, Dupuis, [S. 64.1.229, P. 64.772, D. 64.1.156]; — 24 janv. 1899, Bencker, [S. et P. 1900.1.10, D. 99.1.260] — Bordeaux, 16 avr. 1832, Deluze et Dumas, [S. 33.2.133, P. chr.]

1605. — Il peut notamment veiller au bon emploi des fonds sociaux, à la bonne fabrication des marchandises, prévenir la mauvaise administration de la société à l'aide de conseils prudents, à la condition toujours que cette vigilance ne se traduise pas par des actes extérieurs, susceptibles d'induire les créanciers en erreur sur sa véritable qualité. — Bordeaux, 29 août 1838, Brouillet et Petit-Girard, [S. 39.2.43, P. 39.1.215]

1606. — Le commanditaire, pour exercer utilement ce contrôle et suivre la trace des opérations sociales, peut se faire communiquer les livres, les comptes, les écritures de la société, consulter l'inventaire. — Poitiers, 22 mars 1854, Babut, [S. 55.2.532, P. 55.1.547, D. 55.2.1[illegible]] — Paris, 25 avr. 1895, [*J. des soc.*, 96.74]

1607. — ... Voire même déléguer à un mandataire le soin de vérifier l'exactitude de l'inventaire dressé par le gérant. — Poitiers, 22 mars 1854, précité.

1608. — Jugé, dans le même sens, que le commanditaire peut demander l'expertise des inventaires dressés par le gérant de la commandite, sans faire par là un acte de gestion, la loi lui ayant donné un droit de contrôle et de surveillance sur l'administration du gérant. — Cass., 24 janv. 1899, précité.

1609. — Toutefois la communication des livres ne doit pas entraver le libre développement de la société; et si elle gênait l'administration sociale, elle pourrait être refusée. — Houpin, t. 1, n. 262, p. 190; Lyon-Caen et Renault, n. 53[illegible].

1610. — L'apposition de la signature du commanditaire au bas d'un inventaire ne le rend pas irrecevable à prendre communication des livres. Le commanditaire est, en effet, investi d'un droit de contrôle permanent; la fin de non recevoir édictée par l'art. 541, C. proc. civ., à l'encontre du tiers qui a approuvé un compte, ne saurait être opposée à un commanditaire; ce serait porter atteinte au droit de surveillance, qu'il puise dans sa qualité même d'associé. — Paris, 25 avr. 1895, précité.

1611. — Ce pouvoir de contrôle pourrait même être étendu par une clause expresse de l'acte social; ainsi, il a été jugé que le commanditaire pourrait être autorisé par le contrat de société à prendre part aux délibérations, à inspecter les livres, les ateliers et mettre un commis de son choix dans les magasins, sans qu'on puisse le considérer comme un associé solidaire. — Colmar, 4 févr. 1819, Synd. Vetter, [S. et P. chr.]

1612. — La formule du précédent arrêt nous paraît d'une latitude excessive. Mais nous admettons sans hésiter, avec la cour de Rouen, qu'il n'y a pas immixtion dans la gestion de la société, entraînant responsabilité à l'égard des tiers, de la part d'un commanditaire qui, sans intervenir directement dans les marchés avec ceux-ci, et sans traiter avec eux, se borne à étudier les affaires à entreprendre par le gérant, le met en relation avec les personnes qu'il connaît, le recommande à elles, exige des notes sur les prix courants, et veut connaître les bénéfices probables dans des cas déterminés, de tels agissements rentrant dans le contrôle permanent et les rapports nécessaires qui lient les commanditaires avec le gérant. — Rouen, 9 juin 1875, Cousté, [S. 77.2.46, P. 77.230, D. 75.2.205]

1613. — L'assemblée générale des commanditaires pourrait également recevoir le compte des anciens gérants, sans commettre ainsi un acte d'immixtion; et ce, alors même que ce droit aurait été délégué au nouveau gérant dans son acte de nomination, une telle nomination ne constituant qu'un mandat révocable tant qu'il n'a pas été exécuté. — Cass., 5 janv. 1859, Michelet, [S. 60.1.444, P. 59.222, D. 59.1.174]

1614. — C'est une question assez délicate que celle de savoir si les commanditaires pourraient déléguer à un tiers, étranger à la société, le droit d'exercer pour leur compte le pouvoir de contrôle et de surveillance que la loi leur confère. Une délégation limitée à un point spécial, vérification d'un compte, d'un inventaire, d'un travail matériel exécuté sur les immeubles sociaux, semble devoir être considérée en tout cas comme régulière, certaines expertises ne pouvant être confiées utilement qu'à des hommes de l'art (Poitiers, 22 maas 1854, précité). Mais, que penser d'une délégation générale, par laquelle les commanditaires se déchargeraient entièrement sur un étranger du pouvoir de contrôle que la loi leur confère? La question est très-délicate.

1615. — Un premier système considère cette délégation comme irrégulière. Elle l'est manifestement dans les sociétés en commandite par actions, puisqu'aux termes de l'art. 5, § 1, L. 24 juill. 1867, les membres du conseil de surveillance ne peuvent être choisis que parmi les actionnaires. A plus forte raison, dit-on, doit-il en être de même dans les commandites simples, où la personne des commanditaires joue un plus grand rôle, et où, par suite, on ne saurait permettre à un étranger de s'immiscer à un titre quelconque dans la gestion des affaires sociales. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 533, p. 340, note 2. — V. aussi Douai, 16 déc. 1897, [*J. des soc.*, 99.351]

1616. — Mais ce système n'a pas prévalu en jurisprudence,

et celle-ci reconnaît au contraire aux commanditaires, tout au moins dans les sociétés en commandite simple, le droit de recourir à des délégations de ce genre, à moins que les statuts ne s'y opposent. En effet, les prohibitions sont de droit étroit; or la loi de 1867 n'interdit l'immixtion de tiers dans la surveillance que pour la commandite par actions. N'est-il pas logique, dès lors, d'admettre ici l'application des principes généraux du mandat, et de reconnaître au mandataire tous les droits du mandant? Cette intrusion d'un tiers dans l'examen des opérations sociales n'a pas du reste tous les inconvénients que l'on prétend, étant donné que le mandant répond du mandataire, et que, par suite, les commanditaires pourraient être déclarés responsables envers la société du tort que causerait à celle-ci une indiscrétion de leur délégué. — Poitiers, 22 mars 1854, précité. — Trib. comm. Seine, 6 déc. 1889, [*J. des trib. de comm.*, 91.63]; — 25 févr. 1890, [*J. des trib. de comm.*, 90.548] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1475; Vavasseur, n. 305; Houpin, t. 1, n. 232.

1617. — Toutefois le mandat confié à un tiers d'examiner les comptes, de les approuver, s'il y a lieu, n'emporte pas le droit d'approuver l'application faite par le gérant des bénéfices de la société, au redressement du prix de marchandises majorées dans l'acte social, et par suite la suppression de tout dividende. Les mandataires ont, en procédant ainsi, excédé leur mandat; les commanditaires ne sont donc pas liés par cette approbation. — Cass., 24 janv. 1899, Bencker, [S. et P. 1900.1.10, D. 99.1.260]

1618. — Nous avons jusqu'ici envisagé exclusivement le droit de contrôle individuel reconnu par la loi à chacun des commanditaires. Ceux-ci peuvent, d'ailleurs, se concerter pour une surveillance collective; mais il est à remarquer que l'institution, d'ailleurs facultative dans la commandite simple (V. *infrà*, n. 1766), d'un conseil de surveillance ne paralyserait nullement le droit de contrôle reconnu à chacun des commanditaires par l'art. 28, C. comm.

1619. — Le droit de contrôle et de surveillance reconnu aux commanditaires doit être considéré comme d'ordre public. Le gérant ne peut donc pas entraver ce droit de contrôle, et les obstacles apportés à l'exercice de ce droit pourraient être considérés comme une juste cause de dissolution. — Lyon, 18 mai 1893, sous Cass., 4 févr. 1895, Girard et Portalis, [D. 95.1.183]

1620. — III. *Conventions passées par les commanditaires avec la société.* — a *Conventions impliquant un lien de subordination : du commanditaire employé de la société.* — Avant la loi du 6 mai 1863, et sous l'empire de l'ancien art. 27, qui interdisait aux commanditaires d'être *employés pour les affaires de la société*, il y avait controverse sur le point de savoir si un commanditaire pouvait être *employé de la société* à un titre quelconque, sans pour autant faire acte d'immixtion. Ainsi comprise, la prohibition légale aurait eu de réels inconvénients; car les employés les plus zélés, les plus actifs, sont précisément ceux qui ont intérêt dans la société. Elle eût été d'ailleurs contraire à tous les usages commerciaux : non seulement il n'est pas d'habitude d'interdire aux employés l'acquisition de parts d'intérêt dans l'entreprise, mais fréquemment la nomination de l'employé est au contraire subordonnée, au moins pour certains postes de confiance, à l'acquisition par lui d'une ou de plusieurs parts.

1621. — Aussi la jurisprudence et la doctrine s'accordaient-elles à repousser cette interprétation d'une clause d'ailleurs équivoque, et, considérant cette expression comme ayant uniquement pour but d'interdire au commanditaire de s'employer à la direction des affaires sociales, lui reconnaissaient-elles le droit d'entrer dans la société comme employé. — Cass., 15 mars 1847, Lehagre et Henneau, [S. 47.1.353, P. 47.1.674, D. 47.1.155 ; — 17 janv. 1855, Proharam, [S. 55.1.90, P. 55.2.372, D. 55.1.259] — Paris, 26 mars 1840, Delepine et Darcier, [S. 40.2.357, P. 40.1.669] ; — 25 avr. 1854, [*J. des trib. de comm.*, 54.208] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 556; Bédarride, n. 254; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 249; Troplong, t. 1, n. 435. — C'est cette thèse libérale que le législateur de 1863 a entendu consacrer en supprimant, dans le nouvel art. 27, le membre de phrase précité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 492.

1622. — Le commanditaire peut donc occuper un emploi quelconque dans la société, être par exemple caissier, teneur de livres, garçon de recettes ou de bureau, employé aux écritures, commis-vendeur ou commis-voyageur, etc., à la seule condition de ne point user de la signature sociale, et de ne pas se présenter aux tiers comme gérant. — Paris, 25 avr. 1854, précité; — 16 avr. 1866, [*J. des trib. de comm.*, 67.101] — Trib. comm. Seine, 5 juill. 1853, [*Ibid.*, 53.312]; — 2 sept. 1876, [*Ibid.*, 77.31] — *Sic*, Boistel, n. 204; Duvergier, *Rev. étr. et fr. de législ.*, t. 9, p. 425; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, n. 443; Houpin, t. 1, n. 241; Cobendy et Darras, *C. comm. ann.*, art. 27-28, n. 41 et s.

1623. — Il peut également agir en qualité de commissionnaire de la société, et faire des opérations en son nom propre pour le compte de ladite société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 494.

1624. — De même, il n'y a point immixtion de la part du commanditaire qui accomplit des actes de gestion, non de son chef, ni comme gérant, mais uniquement en qualité de commis de la société. Tel est le cas du commanditaire qui, engagé comme employé par le gérant, surveille, sur l'ordre de ce dernier, la marche des travaux faits en exécution d'un marché dans lequel est intervenu le gérant, tire des traites sur un tiers en faisant précéder sa signature de la mention que l'émission a lieu pour le compte et par ordre du gérant, et fait quelques paiements aux ouvriers chargés des travaux, alors surtout que sa qualité de commis était notoire, et manifestement connue de ceux qui traitaient avec lui. — Cass., 15 mars 1847, Lehagre et Henneau, [S. 47.1.353, P. 47.1.674, D. 47.1.155] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 42 *bis*.

1625. — De même encore, un commanditaire pourrait s'occuper de la comptabilité, de la direction intérieure de l'usine, pourvu qu'il ne se soit pas présenté aux tiers comme gérant; lorsque notamment il se refuse à signer personnellement des billets, ou bien à conclure un arrangement définitif. — Trib. comm. Nantes, 2 avr. 1898, [*Rev. des soc.*, 99.255]

1626. — Un commanditaire pourrait également dans une société d'assurance servir de correspondant pour étendre parmi ses relations personnelles la clientèle de la société, pourvu qu'il ne se soit pas présenté comme gérant, et que les tiers ne l'aient jamais considéré comme tel, et n'aient vu en lui qu'un simple agent ou intermédiaire. — Cass., 9 févr. 1864, Synd. Balmefrézols, [S. 64.1.89, P. 64.237, D. 64.1.138] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 44.

1627. — Vainement objecterait-on que le commanditaire a accepté des traites fournies par le gérant, engagé d'autres correspondants à prescrire de pareilles acceptations, résilié quelques polices d'assurances, voire même garanti comme caution l'exécution des actes qu'il faisait souscrire, ces actes ne rentrant pas dans la gestion proprement dite de la société. — Même arrêt.

1628. — Mais un commanditaire pourrait-il être *adjoint à la gérance* sans encourir *ipso facto* les sanctions de l'art. 28, C. comm.? Cette question, très-délicate, semble devoir être résolue par une distinction essentielle, basée sur l'examen des circonstances de la cause. Si le gérant adjoint a reçu de l'acte de nomination, ou s'il s'attribue en fait des pouvoirs égaux à ceux du gérant principal, il devient en réalité un co-gérant, quelle que soit la dénomination prise par lui, perd sa qualité et ses prérogatives de commanditaire, et doit être considéré comme solidairement tenu du passif social à l'instar du commandité. — Cass., 29 mars 1843, Duval, [S. 43.1.593, P. 43.2.221] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 46 et s.

1629. — Au contraire, rien n'empêche de placer à côté du gérant un commanditaire pour l'aider dans les *détails secondaires* ou intérieurs de la gestion. Ainsi, la qualification d'adjoint à la gérance donnée à un commanditaire par l'acte social, avec attribution d'une part dans les bénéfices pour le travail et les services rendus, ne suffirait point à le convaincre d'immixtion, d'actes de gestion à son égard et à le faire déclarer solidairement responsable, alors qu'aucun acte de gestion véritable n'est relevé à sa charge, et qu'il n'a fait en somme qu'aider le gérant de ses conseils et surveiller son administration. — Même arrêt. — V. sur l'attribution d'une part dans les bénéfices au commanditaire, à titre de rémunération, et en dehors de la quote-part lui revenant comme associé, Cass., 17 janv. 1855, Proharam, [S. 55.1.90, P. 55.2.372, D. 55.1.259] — Paris, 23 juill. 1828, Girauds, [S. et P. chr.]

1630. — Jugé également que l'associé commanditaire qui s'oblige à faire certains actes de gestion, non de manière à s'obliger personnellement, mais de façon à n'engager que la société, et seulement à titre officieux, ne peut être considéré

comme ayant renoncé par là à sa qualité de commanditaire, alors surtout que son entremise n'a été employée qu'une seule fois. — Cass., 17 janv. 1855, précité. — V. cep. Demangeat, sur Bravard-Veyrières, t. 1, p. 250, note 1.

1631. — b) *Traités passés par le commanditaire avec la société, mais n'impliquant aucun lien de subordination.* — Depuis l'avis du Conseil d'État du 29 avr. 1809, rendu en interprétation des art. 27 et 28, C. comm. (V. *suprà*, n. 1542), la faculté pour le commanditaire de faire des opérations avec la société ne peut plus être contestée. « Les art. 27 et 28, C. comm., lisons-nous dans cet avis du Conseil, ne s'appliquent pas aux transactions commerciales que la société commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement, le commanditaire avec la maison commanditée comme avec toute autre maison de commerce ». — V. Colmar, 4 févr. 1819, Synd. Vetter, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 16 avr. 1832, Deluze et Dumas, [S. 33.2.133, P. chr.]; — 29 août 1838, Brouillet et Petit-Girard, [S. 39.2.43, P. 39.1.215] — Lyon, 5 juill. 1845, N..., [S. 46.2.317, P. 46.2.468, D. 46.2.228] — Paris, 15 juill. 1862, sous Cass., 21 déc. 1863, Dupuis, [S. 64.1.229, P. 64.772, D. 64.1.156] — Douai, 19 août 1881, [*J. des trib. de comm.*, 82.323] — *Sic*, Bédarride, n. 254; Boistel, n. 204; Malepeyre et Jourdain, p. 250; Delangle, t. 1, n. 382; Dutruc, n. 379; Pardessus, n. 1030; Pont, t. 2, n. 1468; Namur, t. 2, n. 917; Ruben de Couder, n. 442; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1468; Houpin, t. 1, n. 241; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 49 et s.

1632. — Spécialement, le commanditaire peut acheter à la société des produits de son exploitation. — Cass., 13 déc. 1841, Derosne et Cail, [S. 42.1.141, P. 42.1.125] — Bordeaux, 16 avr. 1832, précité; — 29 août 1838, précité.

1633. — Et, réciproquement, il peut faire à la société des fournitures, lui vendre des marchandises. — Bordeaux, 1er juill. 1864, [*J. arr. Bordeaux*, 64.435] — V. Houpin, t. 1, n. 241.

1634. — Ne fait pas non plus un acte d'immixtion le commanditaire qui passe un bail avec la société, ou qui avance les fonds nécessaires au paiement des dettes sociales, ou qui garantit un compte ouvert à la société dans une maison de banque. — Douai, 19 août 1881, précité. — V. *suprà*, n. 1596 et s.

1635. — Par identité de motifs, le commanditaire peut faire un prêt à la société, devenir ainsi créancier de celle-ci, et en stipuler à son profit des garanties, qui seront opposables soit à la société, soit aux tiers. — Lyon, 5 juill. 1845, N..., [S. 46.2.317, P. 46.2.268, D. 46.2.228]

1636. — Il pourrait, notamment, stipuler une hypothèque pour garantie de son prêt. Jugé, en conséquence, que dans le cas où le gérant d'une société en commandite simple, dont l'acte de constitution contenant l'apport à la société par le gérant d'un immeuble lui appartenant, n'a pas été transcrit, a consenti à un commanditaire, tant en son nom personnel qu'au nom de la société, en garantie d'un prêt fait par le commanditaire à la société, une hypothèque sur l'immeuble apporté à la société par le gérant, un créancier postérieurement inscrit ne peut invoquer en même temps l'inexistence de l'aliénation au profit de la société de l'immeuble hypothéqué, pour défaut de transcription de l'acte social, à l'effet d'empêcher le commanditaire de faire valoir son hypothèque comme valablement consentie par la société, et l'existence de cette même aliénation, à l'effet d'empêcher ce commanditaire, comme associé, de faire valoir cette même hypothèque comme valablement consentie par le gérant en son nom personnel. — Cass., 3 juill. 1899, Flornoy, [S. et P. 99.1.361, D. 99.1.502]

1637. — D'ailleurs, lorsque le commanditaire a figuré à l'acte de société à ce titre, et non comme vendeur ou acheteur, et que l'aliénation de l'immeuble apporté n'a pas eu lieu à son profit, mais au profit de la société en création, la qualité de commanditaire ne l'empêche pas, dès l'instant où, en dehors de son apport, il devient prêteur, d'exercer les droits appartenant aux tiers bailleurs de fonds pour le maintien des garanties stipulées en leur faveur, et de se prévaloir, en l'absence de transcription de l'acte de société, de ce que l'hypothèque lui a été consentie par le gérant en son nom personnel. — Même arrêt.

1638. — Il pourrait également apporter son entremise à la conclusion d'un emprunt par la société auprès d'une maison de banque ou de tout autre bailleur de fonds, se constituer garant du remboursement à l'échéance, et stipuler à son profit un droit de commission ou courtage. — Colmar, 4 févr. 1819, précité.

1639. — Le commanditaire pourrait aussi ouvrir personnellement un crédit à la société, stipuler certains bénéfices de la gérance, comme condition du prêt, et, en vue d'assurer la conservation du capital social, gage de sa créance, interdire au gérant de conclure aucun achat important sans son avis. De telles stipulations ne mettent pas le commanditaire en contact avec les tiers, et ne font pas croire à sa responsabilité personnelle. — Paris, 15 juill. 1862, sous Cass., 21 déc. 1863, Dupuis, [S. 64.1.229, P. 64.772, D. 64.1.156]

1640. — Au surplus, l'associé, qui serait condamné comme solidairement responsable pour immixtion indue, n'en resterait pas moins créancier de la société pour les avances personnelles qu'il a faites avec elle, et pourrait à ce titre produire à la faillite sociale. — Cass., 25 juin 1862, Méven, [S. 62.1.955, P. 63.100, D. 62.1.417]

1641. — IV. *Actes postérieurs à la dissolution de la société.* — La prohibition légale édictée par les art. 27 et s. ne vise que les sociétés actuellement existantes, et non les sociétés dissoutes. Conséquemment, les commanditaires qui, après la dissolution de la société, sont chargés de la liquidation, et en même temps de la continuation, jusqu'à la fin de la liquidation, des opérations sociales, ne peuvent être considérés comme ayant fait en cela acte d'administration qui les rende solidairement et indéfiniment responsables, alors surtout que ceux avec lesquels ils ont traité connaissaient leur qualité de liquidateurs. — Cass., 17 avr. 1843, Comp. des houillères d'Epinac, [S. 43.1.595, P. 43.2.253] — V. Paris, 23 févr. 1829, Mazer, [S. et P. chr.] — V. aussi Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 499.

1642. — Ainsi le commanditaire liquidateur pourrait, sans engager sa responsabilité, céder l'actif de la société à une autre société à l'effet de liquider la première. — Limoges, 28 janv. 1898, Cosnac, [D. 99.2.353]

1643. — Jugé de même que les commanditaires pourraient participer aux actes ayant pour objet la dissolution de la société et la reconstitution d'une nouvelle entreprise, alors surtout que lesdits actes, faits de bonne foi dans un intérêt général, ne seraient pas de nature à porter un préjudice quelconque aux créanciers. — Cass., 26 déc. 1842, Coste, [S. 43.1.404, P. 43.1.628] — Nous avons fait observer déjà, à cet égard, que la solution inverse conduirait à ce résultat inacceptable d'interdire virtuellement aux sociétés en commandite toute modification à leurs statuts primitifs.

1644. — De même encore, le commanditaire, après avoir consenti à la transformation de la société en commandite en société anonyme, pourrait donner mandat à la société nouvelle de liquider l'ancienne, et accepter des actions libérées de la nouvelle entreprise. L'acte dit de gestion ne se conçoit que du vivant de la société et non après sa dissolution. — Nancy, 29 janv. 1887, sous Cass., 9 janv. 1888, Soc. des forges et fonderies d'Aubrives, [S. 90.1.121, P. 90.1.281, D. 89.1.201] — V. au surplus, sur les conditions de validité de la transformation d'une société en commandite par intérêt en une société en commandite par actions, ou d'une commandite simple ou par actions, en société anonyme, *infrà*, n. 5669 et s., 5697 et s.

3° Preuve de l'immixtion.

1645. — Les faits d'immixtion peuvent être prouvés, à l'encontre des commanditaires, par tous les moyens de droit, par témoins, voire même par simples présomptions, aussi bien que par écrit. D'une part, en effet, il s'agit ici de faits dont on n'a pu se procurer une preuve écrite; d'autre part, on est en matière commerciale, et les intéressés doivent pouvoir recourir à tous les modes de preuve énumérés en l'art. 109, C. civ. — Cass., 6 févr. 1843, Imbault, [S. 43.1.346, P. 43.1.669] — *Sic*, Bédarride, n. 257; Delangle, n. 401; Delvincourt, t. 2, p. 50; Dutruc, n. 877; Malepeyre et Jourdain, p. 164; Pardessus, t. 3, n. 1037; Persil, sur l'art. 27, n. 2; Pont, t. 2, n. 1463; Molinier, n. 210; Vavasseur, t. 1, n. 304; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, n. 477; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 498; Houpin, t. 1, n. 240; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, art. 27-28, n. 57.

1646. — Les juges du fond ont d'ailleurs un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si les faits articulés contre les commanditaires constituent ou non des actes d'immixtion. — Cass., 6 mai 1835, Faill. Jouffroy, [S. 36.1.40, P. chr.]; — 26 déc. 1842, précité; — 6 févr. 1843, précité; — 17 janv. 1855, Probaram, [S. 55.1.90, P. 55.2.372, D. 55.1.259]; — 24 mai 1859, Hébert, [S. 59.1.918, P. 60.169, D. 59.1.242]; — 9 janv. 1888, Soc. des forges et fonderies d'Aubrives, [S. 90.1.121, P.

90.1.281, D. 89.1.201]; — 28 févr. 1888, Liquid. de la Soc. Lussigny, [S. 91.1.298, P. 91.1.737, D. 88.1.427]; — 9 juill. 1893, Hacquard, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 318; Dutruc, n. 376; Pont, t. 2, n. 1463; Vavasseur, t. 1, n. 304; Houpin, t. 1, n. 240; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 58.

1647. — Ainsi, peuvent n'être point réputés actes de gestion, conformément au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond : 1° l'autorisation donnée par des commanditaires au gérant de négocier de nouvelles actions en le déchargeant de toute responsabilité, pourvu que le placement ait lieu à un certain taux; 2° la procuration donnée à l'un d'eux de s'adjoindre au gérant pour surveiller la négociation des actions. — Cass., 6 mai 1835, précité.

1648. — De même, il appartient aux juges du fond de décider, par une appréciation souveraine des actes des commanditaires d'une société et des termes du mandat par eux donné pour en opérer la liquidation, que ces commanditaires ne se sont nullement immiscés dans la gestion, et que c'est exclusivement en leur qualité de commanditaires et dans la limite de leurs droits qu'ils ont constitué leur mandataire. — Cass., 9 janv. 1888, précité.

1649. — Ainsi, et spécialement, lorsque des commanditaires ont transformé leur commandite en société anonyme, il appartient aux juges du fait de décider que le mandat donné à la société de liquider l'ancienne ne constitue pas un acte d'immixtion. — Même arrêt.

1650. — Et c'est à bon droit que, dans ces circonstances, les juges du fond décident que les commanditaires n'ont encouru aucune responsabilité personnelle. — Même arrêt.

1651. — De même, le refus, par un jugement ou arrêt, de prononcer une condamnation solidaire contre le gérant d'une société en commandite poursuivi avec des commanditaires à raison d'une prétendue immixtion de ceux-ci, est suffisamment justifié par le motif que cette condamnation est sans utilité, parce que ledit gérant est, aux termes de l'art. 23, C. comm., tenu pour le tout des dettes sociales, et qu'en fait tous les autres défendeurs, avec lesquels la solidarité du gérant pouvait être prononcée, sont exonérés de toute responsabilité. — Cass., 9 juill. 1893, précité.

1652. — De même encore, il appartient au juge du fait de déclarer que, dans les conditions où elles se sont produites, l'assistance des commanditaires à des réunions d'actionnaires associés en nom collectif et la signature des délibérations sociales, ne constituent pas des actes de gestion suffisants pour établir à la charge de ces commanditaires des faits d'immixtion les rendant associés en nom collectif. — Cass., 28 févr. 1888, précité.

1653. — Les tribunaux pourraient même décider qu'une lettre missive adressée par un commanditaire à un créancier de la société, relatant des actes de gestion de celui-ci, ne peut pas avoir la force probante d'un aveu extrajudiciaire alors que cette lettre n'était pas destinée à servir de preuve. Les juges peuvent toujours faire échec à cet aveu par des présomptions contraires. C'est en effet un principe que la valeur probante de l'aveu extrajudiciaire, à la différence de l'aveu judiciaire, est laissée à l'appréciation des juges. Il n'y a pas, relativement au premier, de disposition impérative, comme l'art. 1356, C. civ. pour l'aveu judiciaire. — Cass., 10 juill. 1900, George, [S. et P. 1901.1.173, D. 1901.1.436] — V. *suprà*, v° *Aveu*, n. 90, 362 et 380.

1654. — Ainsi, les juges du fond peuvent reconnaître, d'après des circonstances souverainement appréciées par eux, que, si le destinataire de la lettre, dans laquelle le commanditaire s'est reconnu incidemment l'auteur d'actes de gestion, s'est fait le banquier de la société, ce n'est point parce qu'il croyait avoir à compter éventuellement sur la garantie du commanditaire. — Même arrêt.

1655. — ... Et qu'en cet état, la responsabilité de celui-ci ne résultant pas nécessairement de l'art. 28, C. comm., il y avait lieu de le relaxer des poursuites. — Même arrêt,

1656. — Les juges du fond apprécient aussi souverainement l'existence ou la non-existence de la fraude; à eux de décider si le commanditaire s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses, à l'effet de dissimuler les faits d'immixtion. — Cass., 20 avr. 1896, Primot, [S. et P. 96.1.325, D. 97.1.108]; — 25 oct. 1898, Engelhorn, [S. et P. 1900.1.410, D. 98.1.565]

1657. — Les juges du fait peuvent également déclarer que les faits d'immixtion reprochés aux commanditaires sont trop peu importants pour engager sa responsabilité, et pour l'obliger à payer la totalité du passif social. — Cass., 10 juill. 1900, précité.

1658. — Inversement une cour d'appel décide souverainement que le commanditaire qui s'est réservé par une contre-lettre la gestion de la société, qui a eu dans l'administration une part prépondérante, doit être déclaré responsable envers les tiers, et condamné à payer le montant de fournitures faites à la société. — Cass., 9 janv. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.265]

4° Sanction de l'immixtion des commanditaires.

1659. — Sous l'empire de l'ancien art. 28, C. comm., le commanditaire qui s'était immiscé dans la gestion était tenu personnellement et solidairement de toutes les dettes sociales, sans distinction entre celles résultant des actes auxquels il avait participé, et les autres dettes antérieures ou postérieures à ces actes; un seul acte d'immixtion suffisait pour transformer le commanditaire en commandité. Cette solution uniforme, pour des fautes ou imprudences de gravité très-inégale, était manifestement injuste. Les tribunaux, malgré le caractère impératif du texte, hésitaient à prononcer une sanction aussi rigoureuse contre un commanditaire auquel on ne pouvait imputer qu'un acte de gestion isolé, ou même quelques actes de cette nature, mais espacés et sans corrélation entre eux. Il est d'ailleurs souvent difficile, les nombreux exemples précités le démontrent, de distinguer l'acte de contrôle ou d'administration licite de l'acte d'immixtion interdit; il y a entre ces deux catégories d'actes une zone intermédiaire et flottante, et la sévérité excessive de la loi ne pouvait qu'induire les juges du fond à dénaturer les faits et à se refuser à qualifier tels de véritables actes d'immixtion, au risque de fausser le caractère propre de la commandite.

1660. — Ces considérations ont déterminé le législateur du 6 mai 1863 à graduer l'étendue de la responsabilité sur la gravité de l'infraction. D'après l'art. 28, al. 1 nouveau, le commanditaire qui s'immisce dans la gestion n'est, en principe, obligé personnellement que pour les actes qu'il a passés; ce n'est qu'autant que ces actes sont nombreux et importants qu'il peut être déclaré solidairement responsable, soit de tous les engagements de la société, — auquel cas il est pleinement assimilé à un associé en nom collectif, — soit de quelques-uns seulement. — Houpin, t. 1, n. 242; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 503; Pont, t. 2, n. 1764 et s.; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 481; Thaller, n. 312; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, art. 27-28, n. 62 et s.

1661. — Les tribunaux apprécient souverainement, en fait, si les actes de gestion sont assez répétés et assez graves pour entraîner la responsabilité solidaire des commanditaires, totale ou partielle. — Cass., 25 oct. 1898, précité. — Mêmes auteurs.

1662. — Toutefois, la responsabilité du commanditaire n'est plus laissée à l'appréciation des tribunaux quand il s'agit de dettes sociales dérivant d'actes de gestion faits par ce commanditaire lui-même. — Cass., 10 juill. 1900, précité.

1663. — Le commanditaire, aux termes de l'art. 28 nouveau, est nécessairement responsable des engagements sociaux dérivant de ces actes, sans que les juges du fond puissent l'en affranchir. — Même arrêt.

1664. — D'ailleurs, la gestion du commanditaire le soumet à la responsabilité solidaire (sous les distinctions précédemment proposées pour la période postérieure à 1863), aussi bien lorsqu'il agit personnellement que lorsqu'il agit par mandataire. — Douai, 21 févr. 1861, Synd. Varnier-Roger, [S. 61.2.289, P. 61.1032]

1665. — Envers qui les commanditaires sont-ils personnellement responsables? Il n'est pas douteux qu'ils soient responsables à l'égard des créanciers sociaux, puisque c'est pour eux principalement ou exclusivement, suivant les systèmes, que cette sanction a été faite. — Cass., 16 févr. 1864, Thoureau, [S. 64.1.65, P. 64.547, D. 64.1.89] — Paris, 26 mars 1840, Delépine et Durcier, [S. 40.2.357, P. 40.1.669] — Orléans, 23 janv. 1861, Lecerf, [D. 61.2.160]

1666. — Ce principe comporterait toutefois un tempérament, résultant de l'application des règles de la communauté. Ainsi, la veuve de l'associé commanditaire qui s'est immiscé, qui accepte la communauté et ne fait aucun acte d'immixtion personnelle, ne peut être tenue au delà du *bénéfice d'émolument*. — Paris, 14 août 1854, [*J. des trib. de comm.*, 55.13]

1667. — Mais la responsabilité du commanditaire n'existe-t-elle qu'au regard des créanciers sociaux? La réponse à cette

question dépend du système que l'on adopte sur le fondement rationnel de la prohibition légale (V. *supra*, n. 1541 et s.). Les auteurs qui estiment que cette prohibition est édictée à la fois dans l'intérêt de la société et dans l'intérêt des tiers, sont logiquement conduits à décider que le commanditaire est personnellement responsable, non seulement vis-à-vis des tiers, mais encore vis-à-vis des associés, même de l'associé gérant. Cette solution, ajoute-t-on, est très-équitable; car s'il en était autrement, le commanditaire déclaré responsable du passif envers les tiers pourrait se retourner contre ses coassociés et se faire rembourser par eux tout ce qu'il aurait été obligé de payer au delà de son apport : solution injuste pour les autres associés, qui n'ont rien à se reprocher, et au détriment desquels on dénature le caractère de la société. — Bédarride, t. 1, n. 259; Delangle, n. 412; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, t. 1, p. 261, note 1; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 204; Pont, t. 2, n. 1472. — V. Paris, 9 janv. 1836, Damrémont, [S. 36.2.133, P. chr.]

1668. — Mais d'après une autre opinion, depuis longtemps consacrée par la jurisprudence (V. *suprà*, n. 1542), la prohibition des art. 27 et 28 n'aurait eu exclusivement en vue que l'intérêt des tiers, créanciers de la société. En conséquence, ces tiers ont seuls qualité, à l'exclusion des associés, pour faire déclarer le commanditaire, qui s'est immiscé dans la gestion, déchu de cette qualité et responsable à leur égard des dettes sociales. — Cass., 25 oct. 1898, Engelhorn, [S. et P. 1900.1.410, D. 98.1.565] — Lyon, 27 mai 1859, Fouleux et Cie, [S. 60.2.16, P. 60.856] — Bordeaux, 4 déc. 1860, Monteynard, [S. 61.2.190, P. 61.706, D. 61.5.463] — Caen, 16 août 1864, Synd. Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194] — Paris, 6 juill. 1865, Mercier, [S. 66.2.219, P. 66.835, D. 66.5.443] — Rennes, 20 févr. 1877, [*J. des trib. de comm.*, 77.420] — Dijon, 14 juill. 1882, [*Rev. des soc.*, 83.459] — *Sic*, Boistel, n. 216; Troplong, n. 440; Pardessus, t. 3, n. 1038; Persil, sur l'art. 28; Bédarride, n. 259; Malepeyre et Jourdain, p. 167; Molinier, n. 505; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, n. 487; Massé, t. 3, n. 1974; Vavasseur, t. 1, n. 308; Houpin, t. 1, n. 242. — V. Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 64 et s.

1669. — En effet, dit-on, si les tiers peuvent croire, en traitant, qu'ils ont affaire à un associé solidaire, il n'en est pas de même des associés qui connaissent pertinemment sa qualité, et qui ne peuvent invoquer leur bonne foi. Il n'en est pas de même surtout du gérant, qui a toléré ou peut-être même sollicité la coopération du commanditaire. — Mêmes arrêts et auteurs.

1670. — Spécialement, les actionnaires d'une société en commandite ne sauraient s'autoriser des art. 27 et 28, C. comm., pour se faire indemniser par le commanditaire, condamné envers les tiers pour fait d'ingérence, de la perte qu'ils auraient éprouvée sur leurs titres. — Caen, 16 août 1864, précité.

1671. — A plus forte raison, l'immixtion d'un commanditaire dans la gestion ne saurait-elle être invoquée par les commandités, à l'effet de faire déclarer un commanditaire déchu de sa qualité, et tenu, comme associé en nom collectif, de contribuer conjointement avec eux au paiement de toutes les dettes sociales. — Paris, 6 juill. 1865, précité.

1672. — ... Tandis qu'à l'inverse les commanditaires qui, condamnés pour faits d'ingérence à la requête des créanciers, ont dû payer une quote-part du passif social supérieur à leur apport, conservent le droit de recourir pour l'excédent contre les commandités, en tant que légalement subrogés aux droits et actions des créanciers qu'ils ont désintéressés. — Même arrêt.

1673. — Par identité de motifs, le droit de faire condamner le commanditaire comme coupable d'immixtion ne saurait appartenir au gérant de la commandite, ni en son nom personnel, ni en sa qualité de représentant de la société. — Rennes, 20 févr. 1877, précité. — Trib. comm. Seine, 21 févr. 1888, [*J. trib. comm.*, 89.246]

1674. — ... Ni au liquidateur de la société dissoute. Ainsi, jugé que le liquidateur, qui représente les associés, et non les tiers (V. *suprà*, n. 682), n'est pas recevable à faire déclarer le commanditaire solidairement responsable des dettes de la société pour cause d'immixtion, et à le faire condamner, en conséquence, au paiement de la somme nécessaire à l'acquittement des dettes sociales. — Lyon, 27 mai 1859, précité.

1675. — Les représentants de la société, gérants ou liquidateurs, ne pourraient faire état des actes de gestion imputés au commanditaire que pour leur demander compte des fautes qu'il aurait pu commettre dans la gestion indûment assumée par lui. A cet égard, sa responsabilité devrait être appréciée conformément au droit commun, c'est-à-dire d'après les règles du mandat ou même de la gestion d'affaires. — Cass., 25 oct. 1898, Engelhorn, [S. et P. 1900.1.410, D. 98.1.565]

1676. — Mais si la société était déclarée en faillite, le syndic de la faillite, qui, lui, représente les créanciers, pourrait agir en responsabilité contre le commanditaire, et le faire déclarer solidairement responsable, avec les commandités, de tout ou partie du passif. — Cass., 16 févr. 1864, Synd. Thoureau, [S. 64.1.65, P. 64.547, D. 64.1.89] — Paris, 26 mars 1840, Hennon, [S. 40.2.250, P. 40.1.204] — Lyon, 22 févr. 1866, Synd. Thoureau, [S. 67.2.22, P. 67.108] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 70.

1677. — Le syndic pourrait donc valablement transiger sur cette action au nom de la masse : et cette transaction serait opposable même aux créanciers qui auraient exercé une action individuelle contre les commanditaires. — Cass., 16 févr. 1864, précité.

1678. — La condamnation du commanditaire envers la masse, pour faits d'immixtion, ne saurait l'empêcher d'ailleurs de faire valoir les créances qu'il aurait acquises contre la société par suite d'opérations personnelles faites avec celle-ci. Il pourrait donc demander son admission au passif de la faillite pour le montant de ses créances personnelles. — Cass., 25 juin 1862, Synd. Méven, [S. 62.1.955, P. 63.100, D. 62.1.417] — *Contrà*, Douai, 21 févr. 1861, Synd. Varnier-Roger, [S. 61.2.289, P. 61.1032]

1679. — Mais, par suite de la condamnation qui frappe le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion, les créanciers de la société se trouvent alors en présence de deux masses distinctes et séparées : l'actif social sur lequel ils ont un droit exclusif, et le patrimoine particulier de l'associé sur lequel ils concourent à droit égal avec les créanciers personnels de celui-ci. — Cass., 25 juin 1862, précité.

1680. — Donc, sur le dividende obtenu par le commanditaire à raison de ses créances personnelles contre la société, pour avances à elle faites, tous les créanciers indistinctement, y compris ceux de la société, doivent concourir. — Même arrêt.

1681. — Si le commanditaire peut être condamné vis-à-vis des tiers au paiement des dettes sociales comme le serait un commandité, et encore sous le bénéfice des distinctions équitables formulées en l'art. 28, modifié par la loi de 1863, du moins ne peut-il, en aucun cas, être tenu plus rigoureusement et avoir une situation pire que les commandités. Par suite, le concordat obtenu par une société en commandite tombée en faillite doit profiter, à moins de réserves contraires, aux associés commanditaires qui par immixtion dans la gestion sociale auraient encouru la responsabilité solidaire du passif social aussi bien qu'aux associés en nom collectif. — Cass., 5 déc. 1864, Synd. Lecampion et Théroulde, [S. 65.1.29, P. 65.45, D. 65.1.15] — V. Alauzet, t. 2, n. 562; Dutruc, n. 887.

1682. — Peu importe même que les commanditaires n'aient pas concouru aux sacrifices faits par la société pour obtenir le concordat qui l'a libérée. L'ignorance où se seraient trouvés les créanciers, lors des négociations en vue du pacte concordataire, de l'immixtion des commanditaires ne serait pas de nature à faire obstacle aux offres du concordat, lequel ne peut être rescindé que pour cause de dol et seulement dans le cas où le dol a été découvert depuis l'homologation du concordat. — Même arrêt.

1683. — Le commanditaire qui s'immisce dans la gestion devient-il commerçant? S'il n'accomplit que des actes de gestion peu fréquents et peu importants, il n'est pas réputé commerçant. Cette solution ne saurait faire doute en présence de l'art. 28, C. comm., qui laisse aux tribunaux le soin de graduer la responsabilité du commanditaire et de ne l'assimiler à un commandité que partiellement et relativement à certaines opérations seulement.

1684. — Mais que décider dans le cas où le commanditaire aurait accompli des actes de gestion assez nombreux pour entraîner sa responsabilité solidaire pour toutes les dettes sociales? La question est controversée. Dans un premier système, on soutient que ce commanditaire étant en réalité un associé en nom, devient, par cela même, commerçant, et par suite, entre autres conséquences, passible de la faillite. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 261; Bédarride, t. 1, n. 262; Delangle, n. 404,

et *Rev. [illegible] et franç. de législ.*, t. 10, p. 89; Molinier, n. 504; Pont, t. 2, n. 1473; Boistel, n. 215; Malepeyre et Jourdain, p. 164; Rousseau, t. 1, n. 970; Vavasseur, t. 1, n. 308; Houpin, t. 1, n. 243.

1685. — Dans un second système, qui prévaut en jurisprudence, la responsabilité illimitée d'un commanditaire pour toutes les dettes sociales ne suffirait point à elle seule pour lui attribuer nécessairement la qualité de commerçant. Il faudrait en outre rechercher si les actes de gestion accomplis par ce commanditaire sont assez réitérés pour constituer de sa part une profession habituelle : ce n'est que dans ce cas et à cette condition que ce commanditaire peut être réputé commerçant. Cette solution paraît la plus juridique ; elle s'appuie, en effet, et sur la définition même du commerçant telle qu'elle est donnée par l'art. 1, C. comm., et sur le caractère tout spécial, en quelque sorte pénal, de la responsabilité illimitée édictée par l'art. 27 à l'encontre des commanditaires coupables d'immixtion. — Cass., 13 mai 1882, Le Sens de Morsan, [D. 82.1.487] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 561; Dutruc, n. 886; Pardessus, t. 3, n. 1037; Ruben de Couder, n. 492; Troplong, t. 1, n. 438; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 506. — V. Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 78 et s. — Sur les éléments constitutifs de la qualité de commerçant, V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 318 et s.

1686. — Jugé à cet égard que l'arrêt qui constate que le commanditaire s'est fréquemment immiscé dans les affaires sociales, qu'il s'est livré pour son compte à des achats et ventes réitérés constituant de véritables opérations commerciales, indique suffisamment qu'il faisait du commerce sa profession habituelle et qu'on a pu le considérer comme commerçant. — Même arrêt.

1687. — Les art. 27 et 28 n'ont trait qu'aux effets des actes d'immixtion à l'égard des commanditaires qui les ont accomplis : mais ils ne se prononcent pas sur le point de savoir si et dans quelle mesure ces actes obligent la société envers les tiers. En conséquence, il y a lieu d'appliquer ici les mêmes règles qu'au cas où des opérations ont été faites pour la société, sans mandat de celle-ci, par un associé en nom non gérant (V. *suprà*, n. 1345 et s.) ; la société n'en serait donc tenue que *de in rem verso*. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 248 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 507 ; Houpin, t. 1, n. 242.

§ 5. *Droits des commanditaires.*

1° *Participation aux bénéfices. — Dividendes fictifs. — [illegible]*

1688. — I. *Base de répartition des bénéfices.* — Les commanditaires ont le droit de participer aux bénéfices, comme tous les associés : c'est même ce qui les distingue essentiellement des simples prêteurs. A ce point de vue, il faut se référer au pacte social qui fixe habituellement les conditions et le mode de répartition. A défaut de toute clause statutaire, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1853, C. civ., c'est-à-dire de répartir les bénéfices au prorata de l'apport de chacun. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 256 et s.

1689. — Mais les commanditaires ne peuvent prétendre à des dividendes qu'autant qu'il y a des bénéfices. — Demangeat, t. 1, p. 371, note 1; Houpin, t. 1, n. 276; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 452.

1690. — II. *Dividendes réels et dividendes fictifs.* — Pour savoir si une société est en bénéfices, il faudrait logiquement attendre la dissolution de la société. En fait, il n'en est pas ainsi, et la jurisprudence reconnaît unanimement qu'une société peut répartir annuellement ses bénéfices. Les réserves en effet ont été créées pour parer aux années mauvaises.

1691. — Chaque année, un inventaire est dressé, conformément à la loi (C. comm., art. 9). Cet inventaire fait connaître le produit brut de l'exercice écoulé. Il faut en déduire le passif et les charges diverses de la société, pour obtenir le produit net, ou les bénéfices. Les bénéfices consisteront donc dans l'excédent d'un actif certain et réalisable sur l'ensemble du passif et du capital social. — Limoges, 2 juill. 1897, sous Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, D. 1900.1.371]

1692. — Il faut, en d'autres termes, pour savoir s'il y a des bénéfices, se reporter aux époques de distributions annuelles et rechercher si, à cette époque, les éléments de l'actif social, estimés d'après leur valeur réelle, eu égard, s'il s'agit de créances ou d'effets négociables, aux garanties de paiement qui peuvent y être attachées, ainsi qu'au degré de fortune ou de crédit du débiteur, représentaient, jointes au fonds de réserve, et déduction faite du passif, le capital social, ou si au contraire la somme des insolvabilités dès lors appréciables constituait la société en déficit. — Même arrêt.

1693. — A défaut d'inventaire permettant de constater les bénéfices de la société, les sommes touchées par le commanditaire doivent être rapportées lorsqu'il est établi qu'au moment de la distribution la société était en perte. — Cass., 25 nov. 1861, Demenjod, [S. 62.1.189, P. 62.1169, D. 62.1.166]

1694. — Mais l'existence d'un bénéfice net et liquide, révélée par l'inventaire, après clôture de l'exercice annuel, est une condition suffisante de la régularité des distributions, et ces bénéfices ne seraient pas sujets à répétition alors même que les exercices ultérieurs ou la liquidation définitive feraient ressortir des pertes à la charge de la société. — Cass., 14 févr. 1810, Cardon, [S. et P. chr.] — Paris, 11 févr. 1811, Cardon, [S. et P. chr.] — Limoges, 2 juill. 1897, précité; — 28 janv. 1898, Cosnac, [D. 99.2.353] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 226 et s., et t. 2, n. 300; Bravard-Véyrières et Demangeat, t. 1, p. 370 et 371, note 1 ; Delangle, t. 1, n. 345; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 896; Molinier, n. 465 et 565; Pont, t. 2, n. 1481; Troplong, t. 2, n. 846.

1695. — De même, s'il est stipulé que le gérant prendra, en supplément de sa part de bénéfices, un cinquième sur les bénéfices nets à titre de rémunération de ses services, on doit ainsi entendre les bénéfices nets de l'année; peu importe que les opérations des années antérieures aient produit un déficit, pourvu que les opérations de l'année courante, abstraction faite des résultats antérieurs, aient produit des bénéfices. — Riom, 29 déc. 1898, [*Rev. des soc.*, 99.509]

1696. — Si l'associé commanditaire ne réclame pas son dividende, il doit en être crédité et être considéré comme créancier de la société : si, par la suite, celle-ci tombe en faillite, il peut concourir avec les créanciers sociaux. — Demangeat, t. 1, n. 371, note 1 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 896. — *Contrà*, Bédarride, t. 1, n. 233 à 235.

1697. — Il a été cependant décidé que le commanditaire qui pourrait annuellement retirer le montant de ses dividendes, et qui les laisse dans la caisse sociale, alors surtout que ces bénéfices n'ont pas fait l'objet d'un compte spécial sur les recettes de la société, peut être considéré comme ayant renoncé à son prélèvement, et laissé confondre ces bénéfices non prélevés avec la mise sociale. Si plus tard la société était en perte, il ne pourrait donc pas réclamer les dividendes ainsi accumulés à l'encontre des créanciers sociaux, ni même de l'associé en nom. — Douai, 27 janv. 1873, sous Cass., 5 août 1873, Defrenne, [D. 74.1.126]

1698. — Et l'arrêt qui interprète ainsi les conventions des parties échappe à la censure de la Cour de cassation, son appréciation étant de pur fait. — Cass., 5 août 1873, précité.

1699. — D'ailleurs, ne violerait aucune loi l'arrêt qui limiterait aux intérêts de la commandite l'importance des sommes que le commanditaire est autorisé à retenir comme les ayant touchées à bon droit sur les dividendes par lui reçus avant la faillite de la société, et le condamnerait au rapport du surplus à lui versé sans inventaire ni constatation de l'état de la société établissant que la société était en bénéfices à ce moment. — Limoges, 28 janv. 1898, précité.

1700. — En tout cas, on ne peut comprendre dans les bénéfices de l'année que ceux qui sont *réellement* acquis, c'est-à-dire actuels, et non point ceux qui ont un caractère éventuel et hasardeux. — Limoges, 2 juill. 1897, précité; — 28 janv. 1898, précité.

1701. — Il faudrait donc écarter de l'actif les éléments aléatoires (effets impayés ou litigieux, etc.) et les créances d'un recouvrement douteux. — Limoges, 28 janv. 1898, précité.

1702. — Jugé, en ce sens, que les dividendes basés sur des bénéfices provenant de créances mauvaises, qui devraient figurer au compte profits et pertes, sont fictifs, et doivent être rapportés par le commanditaire ou déduits de son compte. — Trib. comm. Le Havre, 17 avr. 1866, [*Rec. jurispr. Le Havre*, 66.1.134]

1703. — ... Que ne peuvent être considérés comme des bénéfices, et seraient des dividendes fictifs, les bénéfices établis en inscrivant à l'actif, pour leur montant intégral, des avances considérables faites à l'un des gérants par la société, sans autre garantie que la prospérité hasardeuse des affaires sociales, une telle créance sociale ayant un caractère manifestement aléatoire. — Limoges, 2 juill. 1897, précité.

1704. — Il en serait de même si les engagements de certains clients de la société s'élevaient à une somme exagérée, si ces clients ne se soutenaient que par le crédit de la société, et eussent été dans l'impossibilité de la couvrir de ses avances, et si leur papier n'était retiré qu'au moyen de fonds qu'ils se procuraient à la société elle-même, par de nouvelles négociations dont le chiffre allait toujours croissant, et qui l'ont définitivement laissée à découvert de sommes considérables. — Même arrêt.

1705. — Au nombre des dépenses qui doivent figurer au passif et être déduites des bénéfices bruts, il faut comprendre la patente à laquelle les commanditaires contribuent jusqu'à concurrence de leur commandite. — Cass., 25 nov. 1896, [*J. des trib. de comm.*, 97.542]

1706. — Les statuts sociaux pourraient stipuler que les frais faits pour l'augmentation ou le renouvellement du matériel seront imputés sur la réserve et ne seront pas compris dans les frais généraux annuels. Il importerait peu que cette réserve fût trop faible pour subvenir à cette dépense; mais si cette clause est valable, il faudrait néanmoins imputer ces frais sur l'actif social pour savoir si la société était en bénéfice lors des distributions d'intérêts ou de dividendes dont le rapport est demandé par les créanciers. — Douai, 26 mai 1865, Mouton, [S. 66.2.157, P. 66.686]

1707. — Les tribunaux sont, d'ailleurs, souverains appréciateurs pour examiner les résultats des inventaires annuels. — Limoges, 28 janv. 1898, précité.

1708. — III. *Obligation de restituer les dividendes fictifs; portée de cette obligation.* — Lorsque les dividendes distribués ne correspondent pas à des bénéfices réels, lorsqu'il y a des dividendes fictifs, dans le sens indiqué *suprà*, n. 1692, ceux qui les ont reçus doivent-ils en tout cas les restituer? Si les commanditaires étaient *de mauvaise foi*, c'est-à-dire s'ils ont su que les sommes encaissées ne correspondaient pas à des bénéfices réels, tous les auteurs reconnaissent qu'il y a lieu à restitution en cas de faillite de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 539; Boistel, n. 213; Houpin, t. 1, n. 237.

1709. — Mais *quid* si les commanditaires qui ont reçu des dividendes fictifs étaient *de bonne foi?* Un premier système soutient qu'aucune restitution ne serait due en pareil cas, que les dividendes distribués leur sont définitivement acquis et qu'ils ne peuvent plus être inquiétés à ce sujet. En effet, dit-on, les dividendes sont des fruits civils, que la loi attribue expressément au possesseur de bonne foi (Arg., C. civ., art. 549 et 550). Cette solution, d'ailleurs, est formellement admise par la loi du 24 juill. 1867 (art. 10, al. 3), pour les commandites par actions; il est à la fois logique et équitable de l'étendre à la commandite simple. — V. en ce sens, Aix, 22 juill. 1862, Hollander et Lalouette, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 62.2.148] — Alger, 24 mars 1867, Synd. Martin et Cie, [S. 67.2.287, P. 67.1008, D. 67.2.230] sous Cass., 3 mars 1863, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 539, *in fine;* Ruben de Couder, n. 305.

1710. — Ce premier système n'a pas prévalu. La jurisprudence et la plupart des auteurs reconnaissent que les dividendes fictifs doivent être restitués dans tous les cas par le commanditaire, que celui-ci soit de bonne ou de mauvaise foi. Les dividendes fictifs ne sont pas des fruits, puisqu'il n'a été réalisé aucun bénéfice; ce sont des valeurs prélevées indûment sur le capital social, or on ne peut pas restituer aux commanditaires leur mise sociale avant la dissolution de la société (V. *suprà*, n. 1507 et s.). Les commanditaires ont touché l'indû, ils doivent le restituer.

1711. — Quant à l'art. 10, L. 24 juill. 1867, il a été écrit exclusivement pour les sociétés par actions : il est donc abusif de l'étendre à la commandite simple. Son silence à l'égard de celle-ci prouve au contraire qu'il n'y a pas lieu d'envisager la bonne foi du commanditaire en dehors de l'hypothèse spéciale qu'il prévoit. — Cass., 25 nov. 1861, Domenjod, [S. 62.1.189, P. 62.1169, D. 62.1.166]; — 3 mars 1863, Hollander et Lalouette, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 63.1.125]; — 15 nov. 1869, Jullien, [S. 70.1.216, P. 70.532, D. 71.1.311]; — 3 août 1875, Cassagne, [S. 75.1.425, P. 75.1062, D. 76.1.116]; — 22 juin 1880, Fontaine, [S. 82.1.425, P. 82.1.1047, D. 81.1.18]; — 21 juill. 1884, Collette, [S. 86.1.291, P. 86.1.708, D. 86.1.443]; — 1er juill. 1896, Leyvastre, [S. et P. 96.1.452, D. 98.1.335] — Caen, 16 août 1864, Synd. Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.192] — Angers, 18 janv. 1865, Tessier, [S. 65.2.211, P. 65.857, D. 65.2.67] — Pau, 18 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.2.178, P. 66.708] — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.841, D. 73.2.34] — Sic, Alauzet, t. 1, n. 490; Boistel, n. 213; Bédarride, t. 1, n. 226; Deloison, n. 227; Vavasseur, n. 629; Houpin, t. 1, n. 237; Pailler, n. 299.

1712. — Et il en est ainsi, alors même qu'il aurait été stipulé dans les statuts sociaux que les actionnaires ne pourraient jamais être soumis au rapport des dividendes qu'ils auraient reçus, une semblable clause ne pouvant s'entendre que de dividendes légitimement distribués. — Rouen, 21 nov. 1861, sous Cass., 3 mars 1863, précité. — Bourges, 21 août 1871, précité.

1713. — ... Ou encore, alors même que les dividendes attribués n'auraient pas été effectivement reçus, et auraient servi, par voie de compensation, à libérer de nouvelles actions souscrites. — Cass., 15 nov. 1869, précité.

1714. — De même, si les bénéfices provenant de la prime prélevée sur une émission d'actions sociales appartiennent à la société et peuvent dès lors valablement être distribués entre les associés, il en est autrement toutefois lorsque le capital social n'est plus entier, cas auquel ces bénéfices doivent être rapportés par ceux qui les ont touchés. — Douai, 26 mai 1865, Mouton, [S. 66.2.157, P. 66.686]

1715. — Lorsque la société vient à tomber en faillite, les actionnaires doivent restituer immédiatement les dividendes prélevés sur le fonds social, sans qu'il y ait lieu d'attendre le résultat de la liquidation définitive de cette faillite pour savoir si la société est en perte; il pourrait y avoir lieu toutefois à un règlement ultérieur. — Caen, 16 août 1864, précité. — Bourges, 21 août 1871, précité.

1716. — Les actionnaires sont tenus de restituer l'intégralité des dividendes fictifs; ce rapport pourrait excéder leur mise sociale sans qu'ils puissent invoquer leur responsabilité limitée (V. *suprà*, n. 1514 et s.); il ne s'agit pas là d'obligations sociales, mais d'une dette personnelle de restitution de sommes indûment perçues. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 539 *bis*.

1717. — Certains arrêts ont cru cependant devoir, à tort selon nous, limiter la dette de restitution pesant sur les commanditaires au montant de leur apport. Ainsi, jugé que, quelle que soit la portée de la clause interdisant aux gérants d'obliger la société par des emprunts hypothécaires ou autres, lorsque le gérant de la société a fait des avances qui, en grande partie, ont été employées en dividendes distribués aux actionnaires, et que, dans la situation précaire de la société, les actionnaires ont su que ces prétendus dividendes ne provenaient pas de bénéfices realisés, mais bien d'un emprunt fait à la caisse du gérant (et, à cet égard, les appréciations des juges du fait sont souveraines), et lorsque, ainsi, les avances faites par le gérant ont été tacitement approuvées et ratifiées en parfaite connaissance de cause par les commanditaires, ceux-ci sont tenus à concurrence de leur mise des avances faites par le gérant. — Cass., 16 déc. 1885, Dronion, [S. 88.1.23, P. 88.1.36]

1718. — C'est au tribunal qu'il appartient, par l'examen des faits, de déterminer le montant des dividendes indûment perçus. Jugé à cet égard que, à défaut d'écritures et d'inventaires constatant la situation prospère de la société, les sommes touchées par l'associé à titre de dividendes sont sujettes à rapport, s'il vient à être établi qu'au moment où elles ont été touchées l'état de la société ne présentait pas de bénéfices. — Cass., 25 nov. 1861, précité.

1719. — En conséquence, ne viole aucune loi l'arrêt qui limite aux intérêts de la commandite l'importance des sommes que le commanditaire est autorisé à retenir, comme les ayant touchées à bon droit sur les dividendes reçus avant la faillite de la société, et le condamne au rapport du surplus à lui versé sans inventaire, ni constatation de l'état de la société établissant qu'il y avait bénéfice. — Même arrêt.

1720. — Mais les commanditaires, s'ils sont de bonne foi, ne doivent les intérêts des dividendes fictifs qu'à compter du jour de la demande en justice (ou de la sommation depuis la loi du 7 avr. 1900) : on ne saurait considérer ces dividendes comme des avances faites aux associés, auxquelles serait applicable l'art. 1846, C. civ. — Pau, 18 août 1865, précité. — Bourges, 21 août 1871, précité. — Sic, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 539. — *Contrà*, Cass., 21 juill. 1884, précité.

1721. — Les intérêts du capital social n'étant, en l'absence de bénéfices, qu'une restitution totale ou partielle du capital social, l'obligation de restituer qui naît, à la charge des associés, de l'indue perception, se lie étroitement à l'engagement origi-

naire par eux pris d'effectuer leurs mises, et participe du caractère commercial de cette obligation de versement. Le taux des intérêts de ces restitutions sera donc le taux de l'intérêt commercial. — Limoges, 2 juill. 1897, sous Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513, D. 1900.1.371] — V. aussi Caen, 16 août 1864, précité.

1722. — Toutefois il a été décidé que si les statuts fixaient, pour le cas de retard dans le versement de l'apport, un chiffre d'intérêts inférieur au taux légal, il faudrait appliquer cette clause à la restitution des dividendes fictifs. — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34]

1723. — Il en serait de même si les statuts fixaient au taux civil les intérêts à payer par la société aux actionnaires sur les sommes versées. — Même arrêt. — V. cependant Wahl, note sous Cass., 7 nov. 1899, [S. et P. 1901.1.513]

1724. — IV. *De l'action en répétition des dividendes fictifs.* — L'action en répétition des dividendes fictifs est une action pécuniaire, qui peut être exercée non seulement par les créanciers de la société, mais encore par la société elle-même. — Bourges, 21 août 1871, précité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 894.

1725. — Elle peut être exercée par le créancier, alors même qu'il aurait participé comme membre du conseil de surveillance aux délibérations qui ont autorisé la distribution des dividendes fictifs. — Même arrêt.

1726. — Elle peut l'être aussi par le liquidateur, alors même qu'il serait actionnaire et aurait été gérant de la société. — Même arrêt.

1727. — ... Ou par l'ancien gérant lorsqu'il a dû payer de ses deniers les dettes sociales, et qu'il se trouve ainsi subrogé aux droits des créanciers. — Même arrêt.

1728. — Dans le cas où l'action en répétition des dividendes fictifs est recevable, cette action n'est soumise, ni à la prescription quinquennale de l'art. 10, L. 24 juill. 1867, ni à la prescription quinquennale de l'art. 2277, C. civ., mais à la prescription de droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans. En effet, d'une part, l'art. 10 de la loi de 1867 est spécial à la commandite par actions, et ne saurait, à raison de son caractère exceptionnel, être étendu à la commandite simple, bien qu'il n'existe aucune bonne raison de distinguer. D'autre part, si la disposition de l'art. 2277, C. civ., qui soumet à la prescription quinquennale « les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts », s'applique *in terminis* à l'action en paiement des dividendes échus, elle ne saurait être étendue à l'action en restitution de dividendes fictifs indûment perçus, de telles perceptions n'ayant aucune périodicité. — Douai, 24 mai 1879, sous Cass., 22 juin 1880, Fontaine, [S. 82.1.425, P. 82.1.1047, D. 81.1.18] — *Sic*, Ruben de Couder, n. 399; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 540; Houpin, t. 1, n. 237.

1729. — Le délai de trente ans court à dater du jour où chaque commanditaire a touché les dividendes fictifs dont il doit la restitution. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 540.

1730. — V. *Allocation d'intérêts fixes aux commanditaires.* — En principe, les commanditaires, comme tous autres associés, ne peuvent prétendre qu'à une quote-part des bénéfices, essentiellement variable suivant les résultats de l'exercice. Pour qu'ils puissent réclamer, en dehors des dividendes correspondant aux bénéfices réalisés, une allocation d'intérêts fixes, à échéance déterminée, intérêts calculés sur le montant des sommes versées par eux à titre de commandite, il est donc indispensable que les statuts s'en soient expliqués formellement. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 371, note 1; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 552; Houpin, t. 1, n. 726.

1731. — La convention qui accorde des intérêts aux commanditaires peut présenter deux formes : — *a*) Il peut être simplement stipulé que les commanditaires percevront les intérêts annuels de leur mise sociale sur les produits ou bénéfices de la société. Les intérêts ne sont alors que des dividendes payés par provision, sous condition qu'il y ait des bénéfices. Ils doivent être restitués, s'il est constaté qu'il n'y a pas eu de bénéfices. — Cass., 15 janv. 1862, Synd. Massu, [S. 62.1.133, P. 62.413, D. 62.1.128] — Orléans, 20 déc. 1860, Synd. Massu, [S. 61.2.289, P. 61.1032, D. 62.2.1] — Rennes, 25 août 1863, De Savignac, [S. 64.2.63, P. 64.539] — Douai, 26 mai 1865, Mouton et Cie, [S. 66.2.157, P. 66.688] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 552.

1732. — Et il en est ainsi, alors même que les intérêts perçus n'auraient pas été effectivement reçus et auraient été employés par voie de compensation à de nouvelles souscriptions d'actions. — Cass., 15 nov. 1869, Jullien, [S. 70.1.216, P. 70.532, D. 71.1.311]

1733. — En tout cas, la clause d'un acte de société qui alloue des intérêts aux commanditaires pourrait être entendue comme établissant simplement un mode particulier du partage des bénéfices de la société. Il en pourrait être ainsi décidé par interprétation de la nature de la convention. — Cass., 7 mai 1878, Chem. de fer du Médoc, [S. 80.1.107, P. 80.243, D. 79.1.134] — Lyon, 22 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33]

1734. — En conséquence, la délibération de l'assemblée générale qui a suspendu temporairement le paiement des intérêts ne peut être annulée, sous le prétexte qu'elle aurait modifié les statuts sociaux sans que le changement eût été publié conformément à la loi du 24 juill. 1867. — Lyon, 22 janv. 1890, précité.

1735. — Jugé également que la clause stipulant que les intérêts et dividendes reçus par les actionnaires leur seront irrévocablement acquis, et que le rapport n'en pourra être exigé, quelles que soient les pertes ultérieures de la société, n'empêche la répétition que des dividendes correspondant aux bénéfices nets, mais ne s'oppose nullement au rapport des dividendes distribués au moment où la société était en déficit, de tels paiements constituant un remboursement anticipé de la mise sociale. — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34]

1736. — *b*) Il peut être stipulé, dans les statuts, que les commanditaires auront droit aux intérêts de leur mise, à tout événement, et même dans le cas où la société n'aurait pas réalisé de bénéfices au cours de l'exercice. Une telle stipulation est-elle valable? La question est vivement controversée, surtout en doctrine.

1737. — Un premier système déclare cette clause illicite, et rend les gérants responsables de toute allocation d'intérêts non prélevés sur les bénéfices. On a fait valoir en ce sens plusieurs arguments. On fait remarquer tout d'abord que cette attribution d'intérêts en l'absence de bénéfices dénature le contrat, puisqu'elle assimile, de fait, les actionnaires à des prêteurs, alors qu'ils sont seulement des associés. On ajoute qu'en leur attribuant des intérêts en l'absence de dividendes, on aboutit à effectuer ainsi, clandestinement, une réduction du capital social, par le remboursement partiel de leurs mises aux commanditaires, opération rigoureusement interdite (V. *suprà*, n. 1507 et s.). On fait observer enfin que la pratique au Conseil d'Etat était en ce sens avant la loi du 24 juill. 1867; depuis plus de vingt ans, le Conseil d'Etat n'autorisait pas l'insertion de clause de cette nature dans les statuts des sociétés anonymes soumis à son examen : il ne faisait exception que pour les compagnies de chemins de fer : car pour les actionnaires, la période d'attente eût été trop longue, les délais de construction et d'exploitation non lucrative risquant de se prolonger pendant de longues années. — Orléans, 20 déc. 1860, Synd. Massu, [S. 61.2.289, P. 61.1032, D. 61.2.1] — Paris, 14 août 1868, Synd. Champs, Tesson et Cie, [S. 68.2.248, P. 68.980, D. 68.5.376] — Trib. comm. Seine, 27 oct. 1858, Baudrier, [D. 59.3.24] — Trib. comm. Marseille, 30 mai 1859, Moirenc, [D. 59.3.68] — Alauzet, t. 2, n. 685 et s.; Bédarride, n. 233; Boistel, n. 249; Pardessus, t. 3, n. 1035; Delangle, n. 361 et s.; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 216, note 1; Beudant, note sous Cass., 8 mai 1867, [D. 67.1.193]; De Courcy, *Soc. anon.*, p. 156; Dolez, *Soc. en comm.*, p. 213 et s.; Lescœur, *Sociétés*, n. 219; Demangeat, note sous Cass., 8 mars 1881, [S. 81.1.257, P. 81.1.619]; Lombard, *Engagements de sociétés civiles et commerciales*, p. 115; Rivière, *Loi de 1867*, n. 104; Thaller, n. 293, p. 189; Rousseau, n. 913.

1738. — Décidé, en ce sens, que le droit stipulé au profit du commanditaire de recevoir des intérêts n'existe qu'à l'égard des associés : il ne peut être exercé à l'encontre des créanciers et au préjudice de leurs créances. Il ne saurait donc être réclamé à l'encontre de ceux-ci en cas de faillite de la société, sauf le droit du commanditaire contre ses coassociés, après l'entier acquittement du passif social. — Paris, 14 août 1868, précité.

1739. — Mais la jurisprudence et une fraction importante de la doctrine professent une opinion contraire. Le capital social, dit-on, n'est pas destiné à rester immuable; il est susceptible de réduction, et toute charge sociale (or la clause d'intérêts est une charge sociale) peut avoir pour conséquence une diminution du capital. Tout ce que l'on peut exiger, c'est que cette possibilité de réduction, prévue dès l'origine, soit connue des tiers qui contractent avec la société, c'est-à-dire qu'elle soit insérée dans

les statuts sociaux et que ceux-ci soient publiés. Les tiers qui traitent avec la société ne seront point lésés; ils connaîtront les statuts, pourront demander des renseignements sur le point de savoir si le capital social est réduit depuis la fondation de la société, et s'ils estiment le capital social insuffisant, ils ne traiteront pas avec ses représentants. Enfin cette solution est plus favorable aux intérêts de la société et des actionnaires. La société trouvera plus aisément des souscripteurs pour sa part de commandite, ou ses actions, si elle leur offre une rémunération immédiate; elle les obtiendra même à un taux plus avantageux que si elle était obligée, pendant la période d'attente, de faire appel à des capitalistes prêteurs, étrangers à la société, qui lui imposeraient vraisemblablement des conditions beaucoup plus onéreuses. Grevée dès l'origine d'un lourd passif, la société aurait beaucoup moins de chances de conserver un capital disponible suffisant pour fonctionner qu'en se constituant exclusivement avec un capital-actions, rémunéré dès le premier exercice, même en l'absence de bénéfices. — V. dans le sens de la validité de la clause (la question de la publicité requise au regard des tiers étant provisoirement réservée; V. *infrà*, n. 1755 et s.) : Cass., 14 févr. 1810, Cardon, [S. et P. chr.]; — 19 mai 1847, Pellouin [S. 47.1.585, P. 47.2.199, D. 47.1.199]; — 8 mai 1867, Synd. Carron et Cie, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.193]; — 6 mai 1868, Paumard, [S. 68.1.243, P. 68.612, D. 69.1.232]; — 7 mai 1878, Ch. de fer du Médoc, [S. 80.1.107, P. 80.243, D. 79.1.134]; — 8 mars 1881, Faré et Guérin, [S. 81.1.257, P. 81.1.619, D. 81.1.198]; — 8 mars 1881, Damiens-Muguet, [*Ibid.*]; — 28 juill. 1896, Pascal, [S. et P. 1900.1.391, D. 97.1.147]; — 5 déc. 1898, [*J. des soc.*, 99.303]; — 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513 et la note de M. Wahl, D. 1900.1.371] — Rouen, 26 janv. 1841, Rastier, [P. 41.1.473]; — 30 mars 1841, Varquin, [*Ibid.*] — Paris, 2 août 1855, Malen et autres, [S. 55.2.633, P. 56.1.109, D. 56.2.31] — Rennes, 25 août 1863, De Savignac, [S. 64.2.63, P. 64.539] — Lyon, 8 juin 1864, Synd. Vouillemond, [S. 65.2.38, P. 65.226, D. 65.2.197] — Caen, 16 août 1864, Synd. Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.192] — Angers, 18 janv. 1865, Tessier, [S. 65.2.211, P. 65.857, D. 65.2.67] — Douai, 26 mai 1865, N. Mouton et Cie, [S. 66.2.157, P. 66.686] — Angers, 11 janv. 1867, Ackermann, [D. 67.2.19] — Paris, 14 août 1868, Synd. Champs, Tesson et Cie, [S. 68.2.248, P. 68.980, D. 68.5.376] — Douai, 27 janv. 1873, sous Cass., 5 août 1873, Ve Defrenne, [D. 74.1.126] — Paris, 1er juin 1876, Requillart, [S. 78.2.225, P. 78.966, D. 79.2.193]; — 9 août 1877, Mêmes parties, [*Ibid.*] — Douai, 9 avr. 1879, Bastenaire, [S. 79.2.320, P. 79.1261]; — Rouen, 15 juin 1882, Damiens, [S. 83.2.92, P. 83.1.562, D. 84.2.61] — Paris, 5 déc. 1882, Boulte, [S. 83.2.92, P. 83.1.562, D. 84.2.78] — C. supr. de just. de Luxembourg, 3 août 1882, Godchaux, [S. 83.4.30, P. 83.2.51] — *Sic*, Ameline, *Rev. prat.*, t. 24, p. 442; Rataud, *Rev. crit.*, t. 26, p. 3; Labbé, note sous Paris, 1er juin 1876, [S. 78.2.225, P. 78.966]; Malepeyre et Jourdain, n. 115; Mathieu et Bourguignat, n. 92]; Molinier, n. 376; Pannier, *Rev. prat.*, 1880, t. 47, p. 474; Pont, t. 2, n. 1456; Ruben de Couder, n. 402; Vavasseur, t. 1, n. 659; Deloison, t. 1, n. 223; Laurin, n. 401; Rivière, n. 104; Troplong, n. 191; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 456; Houpin, t. 1, n. 726; Normand, *Soc. en command. par actions*, p. 185.

1740. — Nous ne citons que pour mémoire un troisième système qui n'a jamais été adopté en jurisprudence, et n'a pas eu beaucoup plus de succès en doctrine, d'après lequel cette clause d'intérêt ne serait valable que pendant la période préparatoire, au cours de laquelle l'entreprise n'est pas fructueuse (Boistel, n. 233, p. 168, et n. 295, p. 207; Dolez, p. 213 et s.). Malgré ses apparences d'équité et de logique, ce système a été repoussé, car il est dangereux. Il pourrait retarder, en cas de perte, l'arrêt de l'exploitation sociale, mais la chute, pour être différée, n'en serait que plus désastreuse. D'autre part, il serait bien difficile de déterminer la limite de cette période de mise en train et de préparation. Cette incertitude serait nuisible aux intérêts de tous.

1741. — Il a été jugé, conformément au second système : 1° Que, lorsqu'il est stipulé que les mises sociales seront productives d'intérêts à 5 p. 0/0, lesdits intérêts devant se régler à l'époque de l'inventaire, et que dans un autre article il est déclaré que les bénéfices nets, déduction faite des frais généraux ordinaires, seront répartis dans une proportion déterminée tant au capital, tant à la gérance, les intérêts doivent être considérés, par interprétation de la volonté des parties, comme une charge sociale rentrant dans les frais généraux. — Trib. comm. Lyon, 26 mars 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 7 avr. 1898]

1742. — Il en est surtout ainsi lorsque l'induction tirée de l'acte de société est corroborée par la façon dont les écritures ont été établies pendant la durée de la société. — Même jugement.

1743. — 2° ... Que la stipulation d'intérêts doit produire effet même après la dissolution de la société et pendant sa liquidation, la société étant censée subsister pendant sa liquidation et pour les besoins de celle-ci (V. *suprà*, n. 608). — Cass., 28 juill. 1896, Pascal, [S. et P. 1900.1.391, D. 97.1.147]

1744. — L'arrêt qui le décide ainsi, par interprétation de la clause sociale, mettant les intérêts au compte des frais généraux de la société, contient une appréciation souveraine, qui échappe à la censure de la Cour de cassation. — Même arrêt.

1745. — 3° ... Que cette stipulation peut produire effet tant que la société, malgré ses pertes, est maintenue par l'assemblée générale dans le plein exercice de ses opérations commerciales. — Rouen, 15 juin 1882, précité. — Paris, 5 déc. 1882, précité.

1746. — ... Ou qu'elle n'est pas déclarée en état de faillite ou d'insolvabilité. — Cass., 8 mars 1881, précité.

1747. — ... Mais que la faillite déclarée ne saurait réagir sur la demande formée par l'actionnaire au moment où la société était encore *in bonis*. — Paris, 2 août 1855, précité.

1748. — Ces intérêts doivent donc être déduits des sommes dues à la société, représentée en l'espèce par le syndic de la faillite, par les commanditaires à titre de supplément d'apports. — Cass., 8 mai 1878, précité. — Paris, 5 déc. 1882, précité.

1749. — Il importerait peu que la suspension du paiement des intérêts fût autorisée par une assemblée générale d'actionnaires; la clause d'intérêts étant souvent une condition déterminante de la souscription des actions, la délibération qui en suspend l'effet ne saurait être opposée aux associés que si les règles relatives aux modifications des statuts sociaux ont été observées. — Paris, 10 févr. 1877, sous Cass., 7 mai 1878, précité.

1750. — Jugé aussi qu'en cas de faillite, les commanditaires ne sont pas tenus de rapporter à la masse les intérêts annuels de leur mise, alors qu'ils étaient considérés, par interprétation des statuts, comme une charge sociale. — Cass., 19 mai 1847, précité; — 8 mai 1867, précité. — Caen, 16 août 1864, précité. — Angers, 18 janv. 1865, précité.

1751. — Toutefois, il est nécessaire que l'associé ait été de bonne foi au moment du paiement des intérêts, c'est-à-dire qu'il ait ignoré l'état désespéré de la société et l'insolvabilité du gérant. — Cass., 6 mai 1868, précité. — V. Alauzet, t. 1, n. 493; Mathieu et Bourguignat, n. 91; Vavasseur, n. 179.

1752. — D'autre part, et malgré la validité de la clause des prélèvements d'intérêts à titre de frais généraux, les associés auraient le droit de demander la dissolution de la société dans le cas où le capital social serait réduit au-dessous des proportions fixées par les statuts. — Paris, 1er juin 1876, précité; — 9 août 1877, précité.

1753. — Mais cette demande doit intervenir dans les conditions précises déterminées par les statuts. — Ainsi, lorsqu'une clause des statuts porte que « les associés qui ne se soumettront pas à la résolution générale, refusant de prononcer la dissolution à raison de la perte partielle du capital social, pourront réclamer le remboursement de leurs droits, tels qu'ils sont fixés par le dernier inventaire, mais à la condition de faire connaître leur intention dans le délai d'un mois à peine de déchéance », l'assignation signifiée aux gérants par les associés dissidents à l'effet de voir statuer sur des griefs par eux élevés contre l'inventaire, et réserver à leur profit le droit de quitter la société, peut être considérée comme n'équivalant pas à la déclaration prescrite par les statuts, et ne mettant pas lesdits associés à l'abri de la déchéance. — Cass., 8 mars 1881, Damiens, Muguet et autres, [S. 81.1.257, P. 81.1.619, D. 81.1.198]

1754. — A cet égard, l'interprétation de la clause par les juges du fond est souveraine. — Même arrêt.

1755. — Nous avons jusqu'ici étudié la clause de stipulation des intérêts dans les rapports des associés et de la gérance. Mais, sa validité étant admise *inter partes*, à quelles conditions sera-t-elle *opposable aux tiers?* Est-il nécessaire qu'elle soit publiée dans les formes déterminées par les art. 55 et s. de la loi de 1867? La question est assez délicate, et la Cour suprême a

passé sur ce point par plusieurs phases. La plupart des auteurs, et la Cour suprême, dans ses plus récentes décisions, se prononcent pour l'affirmative, c'est-à-dire pour la nécessité d'une publication : dès l'instant en effet que le paiement des intérêts, en l'absence de bénéfices, a pour résultat nécessaire de réduire le capital nominal, il est indispensable que les tiers soient avertis, par l'extrait publié, de l'éventualité de cette réduction, qui menace directement leur gage. Sinon, la publicité donnée aux statuts serait mensongère, puisqu'elle laisserait les tiers dans l'ignorance de charges susceptibles de réduire, parfois dans des proportions sérieuses, le montant du capital. — Cass., 8 mars 1881, Faré et Guérin, [S. 81.1.257, P. 81.1.619, D. 81.1.198]; — 28 juill. 1896, Pascal, [S. et P. 1900.1.391, D. 97.1.147]; — 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [S. et P. 1901.1.513 et la note de M. Wahl, D. 1900.1.371] — Rennes, 25 août 1863, De Savignac, [S. 64.2.63, P. 64.539] — Caen, 16 août 1864, Synd. Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.192] — C. supér. de just. de Luxembourg, 3 août 1882, Godchaux, [S. 83.4.30, P. 83.2.51] — Trib. Avesnes, 14 mai 1891, [*J. des soc.*, 92.27] — Trib. comm. Lyon, 26 mars 1898, [*J. des soc.*, 98.36] — *Sic*, Mathieu et Bourguignat, n. 192; Labbé, note sous Paris, 9 août 1877, [S. 78.2.225, P. 78.966]; Pont, t. 2, n. 1100; Ruben de Couder, n. 407; Vavasseur, t. 1, n. 1017; Dutruc, n. 1125; Rousseau, n. 915; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 557; Houpin, t. 1, n. 726; Arthuys, *Exam. doctr.* (*Rev. crit.*, 1901, p. 324).

1756. — Et la nullité de la clause relative au paiement des intérêts, encourue pour défaut de publicité, doit logiquement entraîner la nullité de la société elle-même. — Cette clause peut en effet être considérée comme ayant déterminé un certain nombre de souscriptions : la clause disparaissant, les souscripteurs primitifs ne peuvent plus être liés. — Cass., 8 mars 1881, précité. — C. supér. de just. de Luxembourg, 3 août 1882, précité.

1757. — Cette règle rigoureuse comporte toutefois un tempérament. Conformément au principe « pas d'intérêt, pas d'action », les tiers ne sauraient être admis à demander la nullité de la clause, laquelle entraînerait par répercussion celle de la société elle-même, qu'autant qu'en fait le capital social aurait été réduit par des distributions d'intérêts prélevés sur le fonds social. Tant que le capital social demeure intact, l'action reste irrecevable. — Limoges, 2 juill. 1897, sous Cass., 7 nov. 1899, précité.

1758. — Dans un autre système, consacré par un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation et par plusieurs arrêts d'appel, la clause dont il s'agit ne serait pas sujette à publicité, dès l'instant que les juges du fond, par interprétation du pacte social, l'envisagent comme une charge sociale. — Cass., 8 mai 1867, Synd. Carron et Cie, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 65.2.194] — Angers, 18 janv. 1865, Tessier, [S. 65.2.211, P. 65.857, D. 65.2.67] — Paris, 9 août 1877, Réquillart, [S. 78.2.225, P. 78.966] — V. Thaller, n. 385, et *De la clause de répartition d'intérêts à défaut de bénéfices* (*Journ. des soc.*, 1884, p. 473).

1759. — On a cherché, par une argumentation très-spécieuse, à concilier l'arrêt de cassation de 1867 avec les arrêts postérieurs de la Cour suprême, et spécialement avec son plus récent arrêt du 7 nov. 1899. Dans l'arrêt de 1867, dit-on, il s'agissait de donner effet à une clause de prélèvement d'intérêts, envisagée par les juges du fond, souverains interprètes des statuts, comme une charge sociale assimilable aux frais généraux, et par conséquent exempte de publicité comme ces frais eux-mêmes. Dans les arrêts postérieurs, au contraire, la stipulation dont il s'agit avait été envisagée, par les juges du fond, comme impliquant une réduction éventuelle du capital, et la Cour suprême avait dû logiquement en conclure à la nécessité de publier une telle clause pour la rendre opposable aux tiers. — Wahl, note précitée.

1760. — Cette conciliation nous semble difficilement acceptable. Il ne nous paraît pas possible d'admettre, en effet, qu'il puisse dépendre des juges du fond, par une qualification arbitraire de la clause d'intérêts, de la soumettre à leur gré à la publicité légale ou de l'en affranchir. Que cette clause soit envisagée comme rentrant dans les frais généraux et comme impliquant réduction du capital, il n'en est pas moins vrai que, dans l'un et l'autre cas, si les intérêts sont déclarés payables en l'absence de bénéfices, sa mise en vigueur emporte réduction du fonds social : cette réduction diminue le gage des créanciers, elle doit donc être publiée pour leur être opposable, et ce, quelle que soit la qualification donnée à l'opération par les juges du fait. Seul le premier système nous semble donc acceptable, au point de vue du droit.

2° Droit de contrôle et de surveillance des commanditaires.

1761. — Les commanditaires, s'ils ne peuvent pas s'immiscer dans les affaires sociales, peuvent néanmoins, nous l'avons établi, exercer un droit de contrôle et de surveillance sur la gestion des commandités (V. *suprà*, n. 1602 et s.). Ce sont, en effet, des associés qui ont le droit de surveiller les intérêts sociaux. Ce droit leur est implicitement reconnu par l'art. 28, § 2, C. comm. Mais comment s'exerce-t-il, dans la pratique? quelles en seront les modalités? La réponse à cette question ne laisse pas que de présenter quelques difficultés, la loi n'ayant pas organisé, en matière de commandite simple (V. *infrà*, n. 1897 et s.), le fonctionnement de ce droit de contrôle, comme elle l'a fait pour la commandite par actions. — V. *infrà*, n. 4679 et s.

1762-1766. — Nous en avons déjà déterminé l'étendue et la portée à propos de la théorie de l'immixtion (V. *suprà*, n. 1602 et s.). Il nous suffira de dire qu'en ce qui concerne notamment le mode de fonctionnement de ce droit de contrôle, la plus grande liberté est laissée aux fondateurs dans la commandite simple. Ils peuvent donc, soit désigner l'un d'entre eux comme contrôleur ou commissaire, soit nommer un conseil de surveillance, soit même laisser à chacun d'eux la faculté de procéder aux mesures de surveillance qu'il jugera opportunes. — Cass., 27 janv. 1880, Synd. Regnault et Potémont, [S. 80.1.121, P. 80.265, D. 80.1.274] — Sur la question controversée de savoir si le droit de surveillance pourrait être délégué à un tiers, V. *suprà*, n. 1604 et s.

1767. — Les associés sont également libres de déterminer comme ils l'entendent les pouvoirs des commanditaires chargés de la surveillance. — Même arrêt.

1768. — Mais leur droit de surveillance ne saurait, ni les autoriser à provoquer la déclaration de faillite de la société, ni les rendre recevables à intervenir dans l'instance en déclaration. Ce droit ne saurait appartenir, en effet, qu'aux représentants de la société, admis à déposer son bilan en cas de cessation des paiements, et cette qualité ne peut être reconnue qu'aux gérants..., ou aux créanciers sociaux; or, un commanditaire est un associé, non un créancier. — Rouen, 26 mai 1884, Liquid. Soc. industrielle de Normandie, [S. 85.2.143, P. 85.1.717]

§ 6. *Obligations des commandités.*

1769. — La société peut posséder un ou plusieurs commandités. Lorsqu'il n'existe qu'un seul commandité, il est tenu personnellement de tout le passif social. Lorsqu'il y a plusieurs commandités, la société, dit l'art. 24, est une société en nom collectif à leur égard : cette formule signifie qu'ils sont tous solidairement responsables des dettes sociales, de la même manière que les associés dans les sociétés en nom collectif (V. *suprà*, n. 120 et s.).

1770. — Jugé à cet égard qu'en vertu des dispositions des art. 22, 23 et 24, C. comm., les associés commandités sont, au même titre que les associés en nom collectif, solidaires pour tous les engagements de la société; et cette solidarité, inhérente à leur qualité d'associés, existe indépendamment de tout engagement ou de toute garantie personnelle. — Cass., 8 avr. 1903, Pœckès, [S. et P. 1903.1.352]

1771. — En conséquence, l'endossataire d'une traite, qui a assigné en remboursement de cette traite, protestée à l'échéance faute de paiement, en même temps que la société, tireur de la traite, l'un des commandités de la société, ne peut être débouté de sa demande à l'égard de l'associé commandité, par le motif qu'il n'est pas justifié que cet associé ait pris vis-à-vis du demandeur aucun engagement, ou qu'il lui ait été donné, en cette qualité, une garantie pouvant l'autoriser à le retenir personnellement aux débats. — Même arrêt.

1772. — La question de savoir si les créanciers sociaux peuvent poursuivre indifféremment la société et les commandités ou s'ils doivent, tout d'abord, poursuivre la société, se pose dans les mêmes termes pour la commandite que pour la société en nom collectif. Il nous suffit donc, pour l'étude de cette question délicate et des controverses auxquelles elle a donné lieu, de ren-

voyer aux développements donnés suprà, n. 1243 et s.

1773. — Nous nous bornerons à rappeler que, d'après l'opinion généralement admise dans la pratique, les commandités, sans être considérés comme de simples débiteurs subsidiaires, ne sont cependant pas placés sur le même plan que la société au point de vue du droit de poursuite. En d'autres termes les créanciers sociaux ne peuvent poursuivre les associés qu'autant qu'ils ont fait constater au préalable, par jugement, ou de toute autre manière, mais contradictoirement avec les représentants de la société, que leur créance est bien une créance sociale. — V. *suprà*, n. 1247.

1774. — Jugé en ce sens que, les associés en nom indiqués dans l'acte constitutif d'une société en commandite étant solidaires pour tous les engagements sociaux, il s'ensuit que, si l'un d'eux est poursuivi faute de paiement par la société d'une dette sociale, l'associé poursuivi ne peut opposer à l'action des créanciers sociaux l'exception du bénéfice de discussion, pourvu d'ailleurs que lesdits créanciers aient prouvé, contradictoirement avec les représentants de la société, qu'il s'agit réellement de dettes sociales. — Cass., 14 mai 1890, Lemonnier, [S. et P. 92.1.484, D. 91.1.241, et la note de M. Boistel] — V. aussi Rennes, 1er mars 1888, [*Rev. des soc.*, 89.398] — Trib. civ. Nantes, 7 juin 1899, [*Rev. des soc.*, 1900.24]

1775. — Jugé, d'autre part, que les associés en nom collectif, dans une société en commandite, ne peuvent être poursuivis individuellement par les créanciers de la société à raison d'une obligation contractée par celle-ci qu'après que la société a été condamnée, dans la personne de son gérant, si cette société existe encore, ou de son liquidateur, si elle est dissoute, à exécuter l'obligation dont il s'agit. — Cass., 14 août 1858, Lent, [S. 59.1.332, P. 59.166, D. 59.1.179]

1776. — En tout cas, le gérant d'une société en commandite par actions, qui, en se faisant consentir par un banquier une ouverture de crédit, a déclaré agir tant en son nom personnel que comme gérant de la société par lui représentée, et a en outre, par le même acte, affecté hypothécairement un de ses immeubles propres au remboursement de toutes sommes qui lui seraient remises en exécution de ladite ouverture de crédit, soit sur sa signature personnelle, soit sur la signature sociale, a contracté un engagement dont les termes sont clairs et précis, et il doit être considéré comme s'étant obligé à deux titres, personnellement d'abord, comme gérant de la société ensuite, mais dans les deux cas à titre principal, et non pas seulement comme caution. — Cass., 21 déc. 1891, Delpierre, [S. et P. 92.1.486]

1777. — En conséquence, et quel qu'ait pu être l'emploi par lui fait des deniers empruntés, il ne saurait appartenir aux juges du fait de déclarer que le gérant est intervenu comme caution de la société, et d'ordonner, par suite, que le prêteur prendrait part à la distribution par contribution de l'actif de la société avant d'agir contre le gérant personnellement; c'est là, de la part des juges du fait, dénaturer la convention des parties. — Même arrêt.

1778. — Mais l'ancien gérant d'une société en commandite ne saurait être tenu de la dette sociale que celle-ci a contractée par suite d'une émission d'obligations, encore bien que ces obligations portent la signature de cet ancien gérant, si cette émission n'a eu lieu que postérieurement à la retraite légalement publiée de ce dernier et était connue du porteur des obligations. — Cass., 8 avr. 1872, Debrousse, [S. 72.1.212, P. 72.515, D. 72.1.107]

1779. — Dans les rapports des commandités entre eux et avec les commanditaires, les dettes se répartissent proportionnellement aux bénéfices attribués à chacun d'eux, à moins d'une convention contraire dans les statuts sociaux. Il y a cependant cette différence entre commandités et commanditaires, que les premiers sont tenus de leur part contributive personnellement et sur tous leurs biens, tandis que les autres n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise.

1780. — Jugé à cet égard que le gérant ne pourrait pas, sous le prétexte qu'il reçoit un traitement fixe en dehors de sa part dans les bénéfices, prétendre qu'il n'est qu'un mandataire vis-à-vis des commanditaires et qu'à ce titre, il n'est pas tenu envers eux des dettes sociales. — Lyon, 13 janv. 1877, Girard-Delaroue, [D. 79.2.195]

1781. — .... Et qu'il ne peut non plus, sous prétexte qu'il est possesseur d'un certain nombre d'actions, limiter sa part dans les pertes à celle qui a été subie par ses actions. — Même arrêt.

1782. — La responsabilité solidaire des commandités n'existe que relativement aux engagements sociaux. Nous avons dit, *suprà*, n. 1278 et s., ce qu'il faut entendre par engagement social. Rappelons simplement à ce sujet que, d'après l'opinion dominante, les engagements contractés par les associés gérants sous la signature sociale obligent la société, alors même que le créancier a su qu'ils avaient pour cause une dette personnelle de l'un des associés, si, d'ailleurs, ledit créancier a pu croire de bonne foi que la société avait intérêt à l'acquittement de la dette personnelle.

1783-1785. — Il semble cependant qu'en matière de commandite tout au moins, la jurisprudence ne se contente pas toujours d'un intérêt même éventuel de la société dans l'acquittement de la dette personnelle de l'associé, pour qualifier de social l'engagement contracté par le gérant, sous la signature sociale, en vue de son extinction. Certains arrêts exigent de plus que l'accord intervenu entre le gérant, les commanditaires et les créanciers personnels de l'un de ces derniers, à l'effet de faire servir les fonds sociaux à l'acquittement d'une dette personnelle de l'un des associés, ait été porté à la connaissance des tiers. — V. *suprà*, n. 398 et 399.

§ 7. *Droits des commandités. — De la gérance dans les sociétés en commandite.*

1° *Droits des commandités. — Nomination et révocation des gérants.*

1786. — A la différence des commanditaires, les commandités ont la gestion des affaires sociales : c'est le corollaire logique de l'obligation personnelle et solidaire au passif social que la loi fait peser sur eux.

1787. — Il n'est cependant pas indispensable que tous les commandités soient cogérants, ni même que la gérance soit confiée à l'un ou à plusieurs d'entre eux; de même que, dans la société en nom collectif, la gestion peut être soit exercée concurremment par tous les associés, soit confiée à l'un ou à plusieurs d'entre eux, soit même remise à un étranger (V. *suprà*, n. 1102), de même dans la commandite, la gérance peut être confiée, soit à l'un ou à plusieurs des commandités, soit à un étranger. La liberté absolue dont jouissent à cet égard les rédacteurs des statuts ne comporte qu'une limitation : il est interdit de prendre le ou les gérants parmi les commanditaires. (V. *suprà*, n. 1540 et s.). — Paris, 7 mai 1856, [*J. des trib. de comm.*, 56.428] — V. Pont, t. 2, n. 1430; Houpin, t. 1, n. 225.

1788. — Pour la nomination des gérants, leur révocation et leurs pouvoirs, les règles sont identiques à celles qui ont été exposées à l'occasion des sociétés en nom collectif (V. *suprà*, n. 1506 et s., et v° *Société civile*, n. 440 et s.). Il nous suffira donc de signaler ici, brièvement, quelques décisions de jurisprudence spéciales à la commandite.

1789. — Le gérant peut être nommé, soit par les statuts, soit par un acte postérieur, dûment publié. Dans la commandite comme dans la société en nom collectif, le gérant statutaire ne peut être révoqué; ou du moins, la résignation de ses fonctions n'est régulière que si tous les associés votent en ce sens et que lui-même y acquiesce, plus ou moins volontairement, sous réserve du droit pour le tribunal, en cas de motifs graves, de prononcer sa révocation. — Cass., 28 avr. 1863, Bœuf, [S. 63.1.383, P. 64.48, D. 63.1.408] — V. Pont, t. 2, n. 1436; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 508 *bis;* Houpin, t. 1, n. 226.

1790. — Chaque associé peut d'ailleurs former individuellement, sans être obligé de se concerter avec ses coassociés et d'obtenir leur assentiment, une demande en révocation pour motifs légitimes; ce droit, corollaire du pouvoir de contrôle précédemment analysé, appartient même aux simples commanditaires. — Paris, 23 déc. 1848, Cavelan, [S. 49.2.34, P. 49.2.205, D. 49.2.242]; — 28 févr. 1850, Cavelan, [S. 50.2.447, P. 50.1.364, D. 50.2.204]

1791. — Les causes légitimes de révocation sont, comme en matière de société en nom collectif : l'incapacité, l'infidélité, les fautes lourdes, la mauvaise gestion, etc. Elles sont appréciées souverainement par les tribunaux. — Cass., 9 mai 1859, Sailly, [S. 60.1.442, P. 60.870, D. 59.1.497]; — 28 avr. 1863, précité; — 25 nov. 1872, Bouquet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 75.1.479]; — 8 mars 1892, Verstraet, [S. et P. 96.1.509, D. 92.

1.236] — Paris, 28 févr. 1850, précité. — Houpin, t. 1, p. 186; Lyon-Caen et Renault, n. 508 *bis*.

1792. — Il peut d'ailleurs être dérogé par des conventions particulières, même dans les sociétés en commandite, à la règle d'après laquelle le gérant nommé par l'acte même de société ne peut être révoqué sans cause légitime tant que cette société dure. — Mornard, *Société en commandite*, p. 105. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 448.

1793. — Il convient donc de donner effet à la clause des statuts portant que le gérant statutaire de la commandite pourra être révoqué par l'assemblée générale, sans intervention de justice, pour certaines causes spécifiées, ou même qu'il sera révocable *ad nutum*, comme un gérant ordinaire. — Cass., 9 mai 1859, précité; — 28 avr. 1863, précité; — 25 nov. 1872, précité; — 8 mars 1892, précité. — Paris, 11 nov. 1848, Soc. des Batignollaises, [S. 48.2.687, P. 49.2.198, D. 49.2.82]; — 28 févr. 1850, précité.

1794. — Pas plus que dans la société en nom collectif, le gérant statutaire d'une commandite, à la différence de celui désigné au cours de la société, ne peut démissionner (V. *suprà*, n. 1115); ou du moins il ne le peut qu'en faisant valoir un motif sérieux, agréé par justice. — Houpin, t. 1, n. 226; Malepeyre et Jourdain, p. 123; Rousseau, *Répertoire en matière de sociétés*, v° *Gérant*, n. 40; Vavasseur, t. 1, n. 149.

1795. — Si le gérant nommé par le contrat de société ne peut donner sa démission sans cause sérieuse, il peut le faire lorsqu'il a de bonnes raisons de résigner ses fonctions. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 446.

1796. — Et il appartient aux juges du fait d'apprécier la valeur de ces raisons. — Cass., 8 déc. 1890, Moitessier, [S. 91.1.68, P. 91.1.145, D. 91.1.458]

2° Pouvoirs et responsabilité des gérants. — Comptes de gestion.

1797. — Les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts sociaux. En cas de silence des statuts, il convient d'appliquer à la commandite les règles formulées *suprà*, n. 1119 et s., pour la société en nom collectif. Ainsi en est-il du moins dans la commandite simple. Le principe comporte certains tempéraments dans la commandite par actions, à raison de la coopération nécessaire de l'assemblée générale au fonctionnement de l'entreprise. — Sur les pouvoirs de l'assemblée générale dans la commandite par actions, V. *infrà*, n. 5023 et s.

1798. — Il faut tout d'abord, disons-nous, consulter les statuts sociaux, dont les prescriptions, même lorsqu'elles limitent étroitement les pouvoirs du gérant, doivent être observées, à la double condition toutefois qu'elles ne violent pas le principe de non-immixtion des commanditaires dans la gestion (V. *suprà*, n. 1540 et s.), et qu'elles soient portées à la connaissance des tiers par les publications légales. Ainsi, la stipulation d'un acte de société en commandite, portant que les achats et ventes faits autrement qu'au comptant seront nuls au regard de la société, est licite et opposable aux tiers, si cette clause a été régulièrement publiée. — Douai, 19 déc. 1877, Crédit du Nord, [S. 78.2.292, P. 78.1147, D. 79.2.32]

1799. — De même, est valable et obligatoire pour les tiers, lorsqu'elle a été légalement portée à leur connaissance, la clause de l'acte de société qui interdit au gérant de faire aucun marché autrement qu'au comptant, et qui porte qu'en cas d'infraction à cette prohibition, les marchés seront nuls à l'égard tant de la société que des tiers. — Orléans, 11 janv. 1853, Comp. Orléanaise du gaz, [P. 53.1.417, D. 53.2.160] — *Contrà*, Malepeyre et Jourdain, p. 59.

1800. — Si les statuts sont muets, le gérant a les mêmes pouvoirs qu'un gérant de société en nom collectif. Il doit donc faire tout ce qui est nécessaire à la bonne administration de la société; mais il ne peut faire que des actes d'administration. — V. *suprà*, n. 1120.

1801. — C'est ainsi qu'il doit faire dresser chaque année un inventaire de l'actif mobilier et immobilier, ainsi que des dettes actives et passives de la société. — Orléans, 19 juin 1886, [*Rev. des soc.*, 86.498]

1802. — ... Des bilans ou états de recettes et dépenses constatant chaque année la situation active et passive de la société ne suffiraient pas. — Même arrêt.

1803. — Le gérant doit tenir des écritures régulières, qui faciliteront la surveillance des commandités et permettront de contrôler les inventaires; cette comptabilité sera tenue au jour le jour.

1804. — Le gérant de commandite peut représenter en justice la société, en tant que l'action rentre dans le but de la société et tend au maintien et à la conservation du fonds social. Mais il ne peut être personnellement condamné aux dépens. — Lyon, 7 févr. 1894, [*Mon. Lyon*, 14 juin 1894] — V. au surplus, sur l'exercice actif et passif des actions sociales par le gérant, les développements donnés *suprà*, n. 1127 et s., relativement à la société en nom collectif.

1805. — Par contre, on admet communément que le gérant ne peut pas emprunter, sauf à déclarer l'engagement valable si l'emprunt a tourné au profit de la société : ce n'est point là un acte d'administration. — Houpin, t. 1, n. 225, p. 184; Malepeyre et Jourdain, p. 55; Guillouard, n. 126. — *Contrà*, Alauzet, t. 1, n. 198. — V. *suprà*, n. 1153 et s.

1806. — Il ne peut pas, à moins d'autorisation spéciale, hypothéquer les immeubles de la société. — Cass., 21 avr. 1841, Joire, [S. 41.1.395, P. 41.2.381]; — 15 nov. 1880, Trésor public, [S. 81.1.253, P. 81.1.613, D. 81.1.118]; — 23 déc. 1885, Caisse industrielle du Nord, [S. 86.1.145, P. 86.1.353, et la note de M. Labbé, D. 86.1.97] — Nancy, 26 mars 1879, Huel-Demange, [S. 80.2.47, P. 80.217] — V. *suprà*, n. 1139.

1807. — Rappelons du reste que, depuis la loi du 1er août 1893, le mandat d'hypothéquer pourrait être donné par acte sous seing privé (art. 69 nouveau). Il importerait donc peu que les statuts contenant ce pouvoir n'eussent pas été rédigés par acte notarié.

1808. — Toutefois, si le gérant ne peut, en principe, effectuer des emprunts sans autorisation spéciale, il peut faire des opérations de crédit, couramment usités dans le commerce, en vue de se procurer les fonds nécessaires à la marche de l'entreprise. — Cass., 18 juin 1872, Synd. Rostaud, [S. 73.1.19, P. 73.28, D. 72.1.268]

1809. — Mais l'aliénation du fonds de commerce exploité par la société serait, au premier chef, un acte de disposition excédant les pouvoirs du gérant. Jugé, dans cet ordre d'idées, que la convention par laquelle le gérant d'une société en commandite concède à un tiers la faculté d'acquérir toutes les parts d'intérêts qui lui appartiendraient au jour de son décès, ne confère pas au tiers le droit d'acquérir l'établissement social lui-même, dans le cas où le gérant en est devenu, de son vivant, le propriétaire exclusif par la réunion, en ses mains, de toutes les actions. — Paris, 20 mai 1874, et Trib. comm. Seine, 14 juill. 1873, sous Cass., 11 août 1875, Christofle, [S. 75.1.401, P. 75.1022, D. 75.1.470]

1810. — Du moins, les juges du fond qui le décident ainsi, par interprétation de la convention et de l'intention des parties, se livrent à une appréciation souveraine. — Cass., 11 août 1875, précité.

1811. — Mais une délibération de l'assemblée générale suffit pour autoriser, de la part du gérant, des actes qui, bien qu'en dehors de ses pouvoirs ordinaires, ne sont pas contraires aux statuts sociaux, tels par exemple que des emprunts hypothécaires contractés par le gérant dans l'intérêt de la société. — Cass., 14 févr. 1853, Fréret, [P. 54.1.459, et la note de M. Cabantous, D. 53.1.44]; — 3 mai 1853, Barrié, [S. 53.1.617, P. 54.1.459, D. 53.1.186] — Orléans, 20 juill. 1853, Unité de Langres, [S. 53.2.485, P. 54.1.459, D. 54.2.30] — Dijon, 28 févr. 1853, Unité de Langres, [S. 53.2.483, P. 54.1.459]; — 16 mai 1853, Brevelet, [S. 53.2.483, P. 54.1.459] — Sur la nécessité d'une approbation des associés, commanditaires ou commandités, pour les actes qui excéderaient les pouvoirs normaux des gérants, V. *suprà*, n. 1164 et s. — V. aussi Cass., 27 déc. 1853, Gardier, [S. 54.1.433, P. 55.1.205, D. 54.1.142]; — 28 déc. 1853, Guillaume, [*Ibid.*]

1812. — Le gérant est le mandataire de la société; à ce titre il est responsable à son égard des fautes qu'il a commises dans sa gestion. Cette responsabilité doit être appréciée d'autant plus sévèrement, qu'il reçoit une rémunération. — Rennes, 2 août 1886, sous Cass., 28 mai 1889, Lemonnier, Chevillotte, Kéros et autres, [S. 90.1.91, P. 90.1.11, D. 90.1.414] — V. Houpin, t. 1, n. 225.

1813. — C'est aux tribunaux à apprécier souverainement si les actes reprochés au commanditaire gérant constituent une faute. — Cass., 23 nov. 1875, Pereire et autres, [S. 76.1.21, P. 76.32]

1814. — Ainsi, les juges du fond peuvent déclarer le gérant

non responsable des pertes résultant d'avances faites par lui à des correspondants insolvables, bien qu'il n'ait pas apporté à ces opérations toute l'attention voulue, si c'est un commerce nouveau pour lui, et si ces imprudences ne constituent pas, dans les circonstances de fait où elles ont été commises, une faute caractérisée. — Cass., 24 août 1875, Maldant, [S. 76.1.171, P. 76.396, D. 76.1.13]

1815. — De même, le gérant ne répond pas d'une façon absolue des fautes des employés qu'il a choisis : mais il est responsable des vols et détournements commis à l'encontre de la société, si ces vols sont le résultat de sa faute et de son imprudence propre. — Lyon, 3 déc. 1857, Figuier, [S. 58.2.471, P. 59.306, D. 57.2.171] — Aix, 23 juin 1874, sous Cass., 23 nov. 1875, précité.

1816. — ... Ou bien s'ils résultent d'un défaut de surveillance de sa part. — Lyon, 5 févr. 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 12 mai 1898]

1817. — S'il y a plusieurs gérants, ils ne sont tous responsables *in solidum* qu'autant que la faute est imputable à chacun d'eux simultanément. Il en serait ainsi dans le cas où l'un des gérants abandonnerait la caisse à son cogérant, sans examen ni contrôle, pour s'occuper uniquement du classement des marchandises : le premier pourrait être déclaré responsable des malversations du second. — Paris, 21 janv. 1852, Charonnat, [P. 52.1.673, D. 52.2.278]

1818. — D'autre part, un gérant ne saurait se prévaloir, pour s'affranchir de toute responsabilité, de l'approbation des écritures faites par les actionnaires, alors qu'en fait cette approbation n'a pas été suffisamment réfléchie. Tel serait le cas du gérant qui n'aurait jamais déclaré aux actionnaires qu'il se créditait des excédents de caisse. — Lyon, 5 févr. 1898, précité.

1819. — En principe, les gérants sont responsables au regard de la société. Mais on peut imaginer tels actes, desquels résulterait une responsabilité particulière des gérants au regard de tels ou tels associés. C'est ainsi que le gérant ne pourrait, de sa propre autorité, modifier la situation résultant pour les commanditaires tant de leur qualité que des conventions licites conclues par eux. Spécialement, lorsque, dans un traité, des personnes ont figuré tant en leur nom personnel comme représentant une ancienne société en liquidation, que comme commanditaires d'une société nouvelle substituée à la première, ce traité ne peut pas être modifié à leur détriment, sans leur consentement, par la seule volonté des gérants de la société dont elles sont commanditaires. — Cass., 14 déc. 1874, Parent, Shacker et C[ie], [S. 76.1.209, P. 76.507, D. 75.1.337]

1820. — Tout gérant doit, à l'expiration de ses pouvoirs, des comptes à ses mandants. Il appartient aux juges du fait de décider, par une interprétation souveraine des dispositions combinées des statuts d'une société en commandite, que le gérant de cette commandite a le droit de prendre part comme associé à la discussion et à l'approbation des comptes de la gérance. — Cass., 27 juill. 1881, Cintrac, Leclerc et Lucas, [S. 83.1.337, P. 83.1.833, et la note de M. Labbé, D. 83.1.25]

1821. — Et la convention, ainsi interprétée, n'a rien de contraire à l'ordre public, l'approbation de l'assemblée générale ne faisant pas, d'ailleurs, obstacle à ce que les associés s'adressent aux tribunaux, en cas de fraude ou de dol de la part du gérant. — Même arrêt.

3° *A quelles conditions la société est obligée par les actes du gérant.*

1822. — I. *Actes contractuels.* — La question de savoir dans quels cas les actes des gérants ou des associés obligent la société et constituent ainsi des *engagements sociaux* doit être résolue, suivant les mêmes règles ou les mêmes distinctions que pour les sociétés en nom collectif. — V. *suprà*, n. 1278 et s. — D'où les conséquences suivantes :

1823. — *a*) Le gérant oblige, en principe, la société, lorsqu'il agit au nom de celle-ci, sous la raison sociale et dans la limite de ses pouvoirs, tels qu'ils résultent soit de la loi, soit des clauses statutaires. — V. *suprà*, n. 1279 et s.

1824. — Remarquons d'ailleurs que, s'il y a plusieurs gérants, chacun d'eux peut faire usage de la signature sociale sans l'assentiment de ses cogérants, à moins que les statuts sociaux ne lui enlèvent ce droit ou ne subordonnent l'usage de la raison sociale au consentement des autres gérants (Arg., C. civ., art. 1859). — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 488 et s.

1825. — *b*) La société est obligée, lorsque le gérant agit sous la raison sociale, alors même que ce dernier aurait agi *dans son intérêt personnel*, à moins que les tiers ne soient de mauvaise foi, c'est-à-dire sachent que ces engagements étaient souscrits dans l'intérêt personnel de l'associé au détriment de la société. — Cass., 24 janv. 1853, L..., [S. 53.1.241, P. 53.1.250, D. 53.1.12] — Sur les abus de la raison sociale, sur la signification précise de cette formule « *mauvaise foi des tiers* », et sur les controverses qui se sont élevées à ce sujet, V. *suprà*, n. 1283 et s.

1826. — Ainsi jugé que la société est obligée, lorsque le gérant emploie la raison sociale à souscrire des effets de commerce, alors même qu'il en garde le montant pour lui, pourvu toutefois que le tiers soit de bonne foi. — Toulouse, 5 févr. 1886, [*Gaz. Pal. du Midi*, 4 avr. 1886]

1827. — *c*) Il en est de même des actes qui sont passés par le gérant sans la signature sociale et sous son nom propre, mais dans les limites de son pouvoir et pour le compte de la société. Dès l'instant où il est établi que le gérant a agi en fait dans l'intérêt de la société, c'est celle-ci qui doit être réputée avoir contracté, et qui, par conséquent, est obligée envers les tiers. — Grenoble, 4 févr. 1874, [D. *Rép., Suppl.*, v° *Société*, n. 694] — V. *suprà*, n. 1315 et s.

1828. — Mais lorsque le gérant agit en son nom personnel sans user de la raison sociale, ou bien avec la raison sociale, mais en dehors de ses pouvoirs, la société n'est tenue que dans la mesure de son enrichissement, comme si l'acte était accompli par un associé non gérant. — Cass., 7 juill. 1868, Rostand, [S. 68.1.357, P. 68.926, D. 69.1.319] — Rennes, 17 févr. 1849, Brousset, [S. 49.2.603, P. 49.2.47, D. 50.2.5] — Grenoble, 19 janv. 1854, Quinquandon, [D. 55.2.291]

1829. — D'autre part la société est réputée n'avoir pas profité d'une somme empruntée par le gérant, bien que celle-ci ait été encaissée par la société, si ce versement a eu lieu pour acquitter les dettes du gérant envers la société, et notamment pour réaliser une mise de fonds dont il était tenu comme associé. — Cass., 8 juin 1869, Baseri, [S. 69.1.428, P. 69.1100, D. 72.1.135]

1830. — Décidé cependant que si l'acte fait par le gérant en dehors de ses pouvoirs a été ratifié par l'assemblée générale, il n'est plus possible à l'actionnaire qui a pris part à l'assemblée générale de l'attaquer. — C. sup. just. de Luxembourg, 26 juin 1885, [*Rev. des soc.*, 86.28]

1831-1834. — II. *Délits ou quasi-délits du gérant.* — Le gérant est le représentant légal de la société; lorsqu'il contracte au nom de celle-ci dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui est réputée avoir contracté. — Cass., 15 janv. 1872, Bernard, [S. 72.1.9, P. 72.11]

1835. — Mais le mandant n'étant pas tenu de ce qui a pu être fait par son mandataire en dehors et au delà de ses pouvoirs, les actes illicites commis par le gérant d'une société en commandite n'obligent pas cette société. — Et ces actes n'étant pas susceptibles de ratification, la nullité peut en être poursuivie par le liquidateur ou par les associés, alors même qu'ils auraient été approuvés par la société. — Rouen, 27 juill. 1892, sous Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [D. 96.1.382] — Sur la distinction entre les actes illicites commis par le gérant en dehors de sa gérance, et ceux qui se rattachent aux opérations sociales, V. *suprà*, n. 1339 et s.

4° *Succession ou cumul de gérances.*

1836. — Lorsqu'un gérant succède à un autre, dans quelle mesure le gérant nouveau répond-il des obligations contractées par l'ancien ? Il semblerait équitable de l'affranchir de toute responsabilité puisqu'il est étranger à l'ancienne gestion, qu'il n'a pas participé à ces opérations. Cependant on admet en général que les nouveaux gérants sont responsables. En effet, la société a été engagée par les actes de ses mandataires; le nouveau gérant, son seul représentant légal, doit être actuellement tenu des dettes. Les créanciers n'ont pour sauvegarde que l'obligation personnelle des gérants, et ils seraient frustrés dans leurs droits si l'on pouvait modifier et réduire leurs garanties par un simple changement de gérant. — Cass., 23 nov. 1897, Normand et C[ie], [S. et P. 99.1.261, D. 98.1.321] — Paris, 22 août 1849, Moriceau, [S. 49.2.570, P. 50.1.255, D. 49.2.235]; — 18 août 1860, Salmon, [D. 61.2.123] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1525; Mornard, p. 115; Houpin, t. 1, n. 590.

1837. — Le nouveau gérant serait même tenu de toutes les

dettes antérieurement contractées, bien que la délibération qui le nomme l'eût affranchi de cette responsabilité. Une pareille convention n'a point d'effet à l'égard des créanciers, mais seulement à l'égard des commanditaires. — Paris, 7 mai 1856, [*J. des trib. de comm.*, 56.428]

1838. — ... Alors surtout que la clause n'a pas été publiée. — Amiens, 18 mai 1895 et Trib. Doullens, 30 mai 1894, sous Cass., 23 nov. 1897, Normand et Cie, [S. et P. 99.1.261, D. 98.1.321]

1839. — ... Qu'il n'a point été dressé d'inventaire, que la confusion s'est effectuée entre l'ancien et le nouvel actif social, et qu'il n'a été procédé à aucune liquidation permettant d'alléguer la substitution d'une seconde société à la première. — Mêmes arrêt et jugement.

1840. — Cette responsabilité du nouveau gérant a même été admise dans des cas où celui-ci avait pris la précaution de faire dresser un inventaire lors de son entrée en fonctions. — Paris, 22 août 1849, précité. — Dijon, 28 févr. 1853, Unité de Langres, [S. 53.2.483, P. 54.1.459]; — 16 mai 1853, Brevelet, [S. 53.2.483, P. 54.1.459]

1841. — Pour être déchargé des dettes antérieures, le gérant devrait faire une convention avec tous les créanciers, contenant décharge expresse des engagements contractés par l'ancien gérant. — Cass., 23 nov. 1897, précité.

1842. — Il en serait de même si l'ancienne société était entièrement liquidée, et si une nouvelle société s'était constituée. — Amiens, 18 mai 1895, précité.

1843. — C'est une question de fait échappant à la censure de la Cour suprême, que celle de savoir de quels actes résulte l'exonération du passif antérieur, à la condition toutefois que le juge du fond ne dénature point les caractères juridiques de la convention. — Cass., 6 mars 1895, Chemins de fer de l'Est, [S. et P. 97.1.123]

1844. — Jugé, en vertu de ce pouvoir souverain d'appréciation, que l'exonération de l'ancien passif ne saurait résulter pour le nouveau gérant d'un acte resté caduc, faute de l'adhésion de tous les créanciers imposée pour sa validité, ni d'une convention postérieure d'atermoiement, qui accorde au nouveau gérant le droit de se faire rembourser ses avances, par préférence aux créanciers, sur les premiers bénéfices sociaux, mais qui ne renferme pas la clause d'exonération contenue dans l'acte antérieur. — Amiens, 18 mai 1895, précité. — Trib. Doullens, 30 mai 1894, précité.

1845. — Le juge du fond se livre de même à une interprétation souveraine échappant au contrôle de la Cour de cassation, lorsque, pour condamner ledit gérant et la société au paiement des intérêts d'une dette, il se fonde sur ce que la convention des parties, sans distinguer la nature et l'origine des créances, a stipulé d'une manière générale que les créances seraient augmentées des intérêts à partir du jour de la signature de ladite convention, en ajoutant, au surplus, que c'est à cette stipulation que le débiteur a dû de n'être pas poursuivi pendant douze ans. — Cass., 23 nov. 1897, précité.

1846. — Envisageant la situation inverse, il nous faut maintenant rechercher si l'obligation du gérant cesse avec sa retraite de la société. Il est admis que l'ancien gérant n'est pas responsable des actes accomplis après le jour où la cessation de ses fonctions a été rendue publique. — Cass., 12 janv. 1852, De Sédières, [S. 52.1.193, P. 52.2.239, D. 52.1.52] — Paris, 3 mai 1860, [*J. des trib. de comm.*, 60.366]; — 21 mars 1863, [*J. des trib. de comm.*, 63.474]

1847. — Ainsi l'ancien gérant n'est pas tenu de la dette sociale, contractée à l'occasion d'une émission d'obligations, alors que ces obligations portent la signature de l'ancien gérant, si cette émission n'a eu lieu qu'après la retraite légalement publiée et était connue du porteur d'obligations. — Cass., 8 avr. 1872, Debrousse, [S. 72.1.212, P. 72.515, D. 72.1.107]

1848. — Quant aux actes antérieurs à la retraite, l'ancien gérant en est certainement tenu. Mais il peut intervenir, à la cessation de ses fonctions, une convention qui l'exonère des dettes contractées pendant la durée de son administration. Cette convention, d'ailleurs, n'est valable qu'à l'égard des associés, elle ne serait pas opposable aux créanciers sociaux. — Trib. comm. Seine, 7 juin 1899, [*Gaz. Pal.*, 99.2.389]

1849. — Deux sociétés en commandite ont le même gérant (V. *suprà*, n. 1108); peuvent-elles contracter l'une avec l'autre? Certains auteurs ont soutenu que cette combinaison était possible. — Dutruc, v° *Société*, n. 292; Vavasseur, *J. des soc.*, n. 1750. — V. aussi *suprà*, n. 1109.

1850. — Il a été jugé, d'autre part, que les deux sociétés ne peuvent pas contracter l'une avec l'autre par l'entremise de leur gérant commun. On ne conçoit pas, en effet, une personne unique jouant le rôle de deux cocontractants, un seul mandataire représentant, dans un acte juridique quelconque, les intérêts contraires de deux mandants. — Paris, 9 août 1873, sous Cass., 14 déc. 1874, Parent, Shaken et Cie, [S. 76.1.209, P. 76.507, D. 75.1.337] — Pour l'étude des transformations ou fusions de sociétés, V. *infrà*, n. 5376 et s.

Section II.

Règles spéciales aux sociétés en commandite simple.

1851. — Les règles spéciales aux sociétés en commandite simple sont peu nombreuses. Elles procèdent toutes de cette idée que la commandite simple, à la différence de la commandite par actions, est une société de personnes, faite *intuitu personæ*, dans les rapports des commanditaires et des commandités. Si, en effet, les commandités ont cru devoir s'adjoindre un commanditaire, ce n'est pas seulement à raison des capitaux qu'il apporte, mais aussi à raison du crédit dont il peut disposer, ou des conseils qu'il est en mesure de donner à la gérance, par suite de ses connaissances techniques ou de son expérience des affaires. A l'égard des tiers, au contraire, la commandite se comporte comme une société de capitaux.

§ 1. *Incessibilité de la part d'intérêt.*

1852. — De nombreux systèmes ont été proposés, pour déterminer le critérium permettant de différencier l'intérêt de l'action. Nous y reviendrons, lorsque nous chercherons à déterminer le caractère spécifique de l'action (V. *infrà*, n. 1970 et s.). Notre intention est simplement de mentionner ici très-brièvement certaines décisions judiciaires dans lesquelles sont nettement mis en relief les caractères apparents qui permettent avec le plus de certitude, de différencier les deux types de commandite.

1853. — L'idée essentielle à dégager c'est que, dans une commandite simple, les commanditaires ne peuvent en principe céder leur part d'intérêt et mettre en leurs lieu et place un étranger, du moins sans le consentement de leurs coassociés; leur situation à cet égard n'est pas différente de celle des commandités, lesquels sont eux-mêmes assimilés à des associés en nom collectif. — Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 536; Houpin, t. 1, n. 227. — Tel est le principe qui domine notre matière, et qui va nous permettre de relier les unes aux autres un certain nombre de décisions judiciaires, parties en apparence de points de vue différents.

1854. — Sans doute, un commanditaire, dans les commandites simples, pourrait s'adjoindre un croupier, dans les mêmes conditions qu'un associé en nom collectif. — Paris, 25 févr. 1893, [*J. des trib. de comm.*, 94.273] — *Sic*, Thaller, p. 159, n. 238. — V. *suprà*, n. 1191 et s.

1855. — Mais il ne pourrait céder à un tiers sa part dans les bénéfices et le capital, qu'à la condition de conserver lui-même sa qualité de commanditaire et de rester tenu comme tel de ses obligations. — Bordeaux, 10 mars 1892, Synd. Pouget, [S. et P. 92.2.319, D. 92.2.351] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 20; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 270; Vavasseur, t. 1, n. 206.

1856. — Le commanditaire pourrait également céder sa part dans les bénéfices et dans le capital à provenir de la liquidation, sans l'assentiment des autres associés, une telle cession n'étant appelée à produire ses effets qu'après la disparition du pacte social. — Trib. Seine, 13 nov. 1894, [*J. Le Droit*, 11 janv. 1895] — V. *suprà*, n. 1199.

1857. — On reconnaît toutefois que le commanditaire pourrait, au cours même de la société, céder sa part au gérant : les associés n'ont pas à se plaindre alors de l'introduction d'une personne nouvelle dans la société. — Trib. comm. Marseille, 24 janv. 1889, [*J. jurispr. de Marseille*, 89.1.141]

1858. — Que si la société ne se compose que d'un gérant et d'un commanditaire, la société prend naturellement fin par la cession consentie par le commanditaire au commandité, ce dernier se trouvant être désormais seul maître de l'entreprise. Point n'est même besoin d'un liquidateur, si les droits respectifs des

deux parties ont été déterminés lors de la cession. — Trib. comm. Seine, 18 nov. 1890, *Rev. des soc.*, 91.109]

1859. — L'incessibilité des parts d'intérêt, dont nous venons de déterminer les conséquences ordinaires, est-elle de l'essence de la commandite simple? Non certainement : la faculté pour les associés de céder leurs parts, étant admise en vertu d'une clause statutaire expresse dans les sociétés en nom collectif (V. *suprà*, n. 1201), doit également être admise ici sous les mêmes conditions. En d'autres termes, les statuts peuvent réserver aux commanditaires, la faculté de cession : mais celle-ci doit être entourée de garanties suffisantes pour empêcher l'intrusion d'étrangers, et faire respecter le principe de l'*intuitus personæ*. La faculté pour les commanditaires de céder leurs parts, dans le cas où les statuts l'autorisent, s'induit d'ailleurs très-nettement des art. 57 et 61 de la loi de 1867, lesquels soumettent à la publicité les *changements* d'associés : cette formule concerne évidemment les cessions de part d'intérêt, attendu que les noms des actionnaires ne figurent point dans les statuts publiés par les journaux d'annonces légales. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 520.

1860. — Partant de l'idée que la commandite par actions est, au regard des commanditaires, une pure société de capitaux, tandis que la commandite par intérêts est formée *intuitu personæ*, on s'accorde à considérer comme une société par intérêts celle où les parts d'associés ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. — Cass., 10 août 1887, Vion, [S. 89.1.33, P. 89.1.52, D. 87.1.440] — V. Houpin, t. 1, n. 276; Thaller, n. 486. — V. *suprà*, n. 1198.

1861. — Est encore une commandite simple celle où l'élément personnel domine, lorsque tous les associés sont parents, lorsque les titres ne sont pas négociables à volonté, mais qu'au contraire des restrictions rigoureuses sont apportées par les statuts à la cession. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.148]

1862. — Mais quelles seront ces restrictions? Faut-il nécessairement que la cession soit autorisée des coassociés, ou suffit-il de certaines restrictions résultant du mode de négociation? La question est controversée. La seconde opinion, d'après laquelle le mode de négociation servirait de critérium, compte des partisans autorisés. Il a été jugé, en ce sens, que l'on doit tenir pour commandite simple, quelle que soit la dénomination adoptée par les parties, la société dans laquelle les parts, biens que cessibles sans le consentement des associés, ne seraient susceptibles que d'une transmission civile (signification au débiteur cédé conformément à l'art. 1690, C. civ. — Paris, 22 nov. 1890, [*Rev. des soc.*, 91.86] — Douai, 4 avr. 1898, [*J. des soc.*, 99.114] — *Sic*, Vavasseur, *Du caractère distinctif de l'action et de l'intérêt* (*Rev. des soc.*, 1889, p. 608).

1863. — Mais la Cour de cassation a décidé, en sens inverse, que la possibilité pour les mandataires de céder librement leurs titres imprimait en principe à la société le caractère de commandite par actions, alors même que d'après les statuts la cession ne pourrait avoir lieu que dans les termes prévus par l'art. 1690, C. civ. — Cass., 2 août 1886, Soc. Desclée frères et Cie, [S. 87.1.329, P. 87.1.787]; — 5 nov. 1888, Vuafflard et Cie, [S. 89.1.437, P. 89.1.1071, D. 89.1.453]; — 31 janv. 1893, Soc. Geneste, Herscher et Cie, [S. et P. 93.1.327, D. 93.1.356]

1864. — A plus forte raison, d'ailleurs, la société doit-elle être qualifiée de société par actions si la cession peut avoir lieu, d'après les statuts, en la forme commerciale (transfert pour les titres nominatifs, tradition manuelle pour les titres au porteur). — Cass., 29 mars 1878, Soc. *la Belle-Jardinière*, [S. 78.1.277, P. 78.686, D. 78.1.308]; — 13 mars 1882, Soc. Desclée frères et Cie, [S. 83.1.377, P. 83.1.786, D. 83.1.83]; — 2 août 1886, précité; — 9 févr. 1887, Soc. civile interocéanique de l'isthme de Panama, [S. 88.1.177, P. 88.1.407, D. 87.1.439]; — 31 janv. 1893, précité.

1865. — Lequel des deux systèmes doit prévaloir? L'un et l'autre, à notre avis, sont trop absolus. D'une part, en effet, il n'est pas exact de dire que la négociabilité d'une part d'associé suivant les formes commerciales soit l'indice absolu de l'action. On peut, en effet, citer certaines dispositions de loi desquelles ressort la possibilité d'étendre aux parts d'intérêts les formes commerciales de transmission (transfert, clause à ordre ou tradition au porteur), ou inversement la possibilité d'exclure la négociabilité par certains types d'actions. — V. art. 91, § 3, C. comm., (L. 29 mai 1863), lequel prévoit la constitution en gage de « *parts d'intérêts transmissibles par voie de transfert* », et art. 25, L. 5 juin 1850, soumettant les actions au timbre, déclarant les prescriptions édictées par cette loi inapplicables « aux actions dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'art. 1690, C. civ. ».

1866. — D'autre part, si la négociabilité n'est pas un indice absolu, elle est du moins l'un des signes les plus ordinaires, les plus caractéristiques de l'action; il serait donc manifestement abusif, et contraire à l'intention des parties ainsi qu'aux principes les plus certains de la matière, de traiter comme des commandites par actions, au risque d'en dénaturer le caractère, toutes les commandites dans lesquelles les statuts autoriseraient les commanditaires à céder leurs parts, par les voies civiles, sans l'autorisation de leurs coassociés.

1867. — En réalité, et c'est bien à cette opinion transactionnelle que se rattachent aujourd'hui la majorité des arrêts et des auteurs, le critérium de l'action est complexe. Nous nous efforcerons ultérieurement d'en dégager tous les éléments; il nous suffira pour l'instant d'indiquer, d'un mot, parmi les signes dont la *coexistence* permet d'assigner à une commandite son véritable caractère : *a*) La négociabilité du titre, ou tout au moins sa cessibilité sans aucune restriction dépendant de la volonté des coassociés.

1868. — *b*) La représentation des parts d'associé par des titres individuels, délivrés à chaque associé, indépendamment de l'acte social. — Cass., 10 août 1887, Vion et Cie, [S. 89.1.33, P. 89.1.52, D. 87.1.440]; — 5 nov. 1888, précité; — 22 févr. 1892, précité; — 31 janv. 1893, précité.

1869. — *c*) *L'égalité des coupures*, destinée à faciliter la négociation des titres et leur classement sur le marché des valeurs (Arg., C. comm., art. 34). — Cass., 22 févr. 1892 précité; — 31 janv. 1893, précité.

1870. — *d*) Le mode de répartition des titres entre les souscripteurs originaires, et les précautions prises en vue d'empêcher la cession des parts à d'autres qu'aux sociétaires. — Douai, 31 mai 1889, sous Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [D. 94.1.147] — Ce dernier caractère, procédant d'une idée d'*intuitus personæ*, est, à l'inverse des précédentes, caractéristique de la commandite simple, et peut déterminer les juges du fond à écarter le qualificatif de commandite par actions, qui, sans cette circonstance, aurait semblé découler de la division du capital en titres individuels et de valeur égale. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 520; Beudant, *Rev. crit. de législ.*, t. 34, p. 135 et 402; Batbie, *Rev. crit.*, t. 34, p. 328 et 413; Pont, t. 1, p. 599. — Pour l'exposé complet de la théorie actuellement prédominante sur le critérium de l'action, et des systèmes divergents, V. *infrà*, n. 1970 et s.

1871. — Une autre conséquence de l'*intuitus personæ* qui caractérise la commandite simple, c'est que ce type de société crée, entre la société, les commanditaires et les tiers, un lien de droit beaucoup moins fragile que la commandite par actions. Lorsqu'un actionnaire cède un titre non libéré, il est affranchi de l'obligation de payer le non-versé au bout d'un laps de temps assez bref (V. *infrà*, n. 2342 et s.); cette faveur n'existe point dans la commandite simple. Lorsqu'il a cédé ses droits, le commanditaire non actionnaire n'en reste pas moins tenu du complément de son apport pour le cas où son cessionnaire ne paierait pas. — Paris, 12 févr. 1885, Chevresson, [D. 86.2.191] — Houpin, t. 1, n. 227.

§ 2. *Causes de dissolution admises dans la commandite simple.*

1872. — Contrairement aux règles admises en matière de commandite par actions (tout au moins au regard des actionnaires), la dissolution et la liquidation de la société en commandite simple sont régies par les principes de la société en nom collectif. Les règles qui président à la dissolution des sociétés commerciales ayant été déjà exposées, *suprà*, n. 423 et s., nous nous bornerons à les rappeler brièvement dans leur application spéciale à la commandite par intérêt.

1873. — En thèse générale, tout événement qui fait disparaître la personnalité du commanditaire (faillite, décès, déconfiture, interdiction) détermine la dissolution de la société. En effet, les tiers ont eu confiance dans la société à raison souvent de la surveillance exercée par certains commanditaires. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 413; Delangle, n. 644; Houpin, t. 1, n. 229; Pont, t. 2, n. 1895, p. 755. — V. *suprà*, n. 448 et s.

1874. — ... A moins que les statuts sociaux ne stipulent que la société continuera, soit entre les survivants, à charge de rembourser la part du défunt aux héritiers, soit entre les survivants et les héritiers du prédécédé. — Amiens, 18 févr. 1878, Magnier, [S. 78.2.90, P. 78.449] — V. *suprà*, n. 452 et s.

1875. — Si le commanditaire était une société et que cette dernière vînt à se dissoudre, sa disparition équivaudrait au décès d'un associé, et entraînerait dissolution de la commandite. — Rennes, 13 févr. 1878, [*J. des trib. de comm.*, 78.167]

1876. — S'il a été stipulé que le décès d'un associé n'entraînera pas dissolution de la société, quelle sera l'influence du décès d'un gérant? Si le gérant n'est pas statutaire, son décès n'entraîne pas dissolution. — Cass., 8 mars 1892, Verstraët, [S. et P. 96.1.509, D. 92.1.236] — Pascaud, *Rev. des soc.*, 1899, p. 163]

1877. — Si au contraire le gérant est statutaire, son décès mettra fin à la société, à moins que tous les associés ne soient d'accord pour remplacer le gérant, les associés devant être réputés n'avoir adhéré au pacte qu'en considération de la personne du gérant. — Cass., 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.279] — Paris, 28 févr. 1850, Cavelan, [S. 50.2.447, P. 50.1.364, D. 50.2.204] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 229; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 508.

1878. — La société peut être dissoute pour inexécution des obligations des gérants ou des commanditaires. Ici encore, on doit assimiler la commandite simple à la société en nom collectif. — V. *suprà*, n. 500 et s.

1879. — Le refus de communiquer les livres de la société à un commanditaire ne serait pas une cause suffisante pour entraîner dissolution de la société, alors que le refus intervient au cours d'un procès pendant entre le gérant et le commanditaire. — Cass., 15 mars 1881, De Fleurieu, [S. 81.1.221, P. 81.1.529, D. 82.1.421] — Mais en dehors de cette hypothèse spéciale, le refus de communiquer des livres pourrait être une juste cause de dissolution. — V. *suprà*, n. 1606, 1619.

1880. — Un associé, simple commanditaire, peut aussi demander la dissolution de la société pour justes motifs. — Cass., 24 janv. 1899, Bencker, [S. et P. 1900.1.10, D. 99.1.260] — V. *suprà*, n. 498 et s.

1881. — Dans une société en commandite simple, les commanditaires, qui demandent pour de justes motifs, conformément à l'art. 1871, C. civ., la dissolution de la société, peuvent se borner à assigner les associés en nom collectif gérants, dont ils incriminent l'administration, et ne sont pas obligés de mettre en cause tous les autres commanditaires, qui ont refusé de se joindre à leur action. — Cass., 9 juill. 1883, Beautemps, [S. 85.1.116, P. 85.1.257, D. 84.1.203] — V. d'ailleurs, sur le droit pour les juges du fond d'ordonner d'office la mise en cause des associés non appelés dans l'instance, *suprà*, v° *Mise en cause*, n. 1.

1882. — La dissolution pourrait être demandée par suite de mésintelligence entre le commanditaire et le gérant. C'est d'ailleurs une question de fait. La demande en dissolution pourrait être rejetée parce que le commanditaire n'a pas une influence essentielle sur la marche des affaires. — Trib. du Havre, 2 avr. 1867, [*Rec. Le Havre*, 67.1.114]

1883. — La cessation des fonctions du gérant, pour une cause autre que son décès (révocation, démission), n'entraîne pas dissolution de la société, d'après la jurisprudence. — Cass., 8 mars 1892, Verstraët, [S. et P. 96.1.509, D. 92.1.236] — *Sic*, Pascaud, *Rev. des soc.*, 1899, p. 163.

1884. — La majorité de la doctrine admet cependant que la révocation du gérant *statutaire* tout au moins, entraîne la dissolution de la société. La nomination d'un gérant dans lequel les associés ont pleine confiance a été souvent une condition de leur adhésion au contrat, c'est-à-dire une des conditions de la convention, que l'on ne peut arbitrairement supprimer. — Boistel, n. 208; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 243; Devilleneuve et Dutruc, n. 848; Dolez, *La société en commandite*, p. 68 et 69; Houpin, t. 1, n. 213; Lyon-Caen, t. 2, n. 508 *bis;* Rousseau, n. 626; Vavasseur, t. 1, n. 150.

1885. — Mais la jurisprudence décide que la révocation ellemême n'entraîne pas dissolution de plein droit de la société, la loi ne l'énumérant pas parmi les causes de dissolution. — Cass., 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.274] — Paris, 28 févr. 1850, Cavelan, [S. 50.2.447, P. 50.1.364, D. 50.2.204] — La supériorité pratique de cette solution est indéniable. Elle permet aux commanditaires d'obtenir la révocation judiciaire d'un gérant statutaire, infidèle ou incapable, sans pour autant se voir obligés de subir la dissolution, peut-être en un moment défavorable du pacte social.

1886. — En tout cas, et sur ce point la doctrine et la jurisprudence sont d'accord, les statuts peuvent toujours stipuler que la révocation du gérant n'entraînera pas dissolution de la société. — Cass., 8 mars 1892, précité. — Sur les autres causes de dissolution, V. *suprà*, n. 431 et s.

1887. — Les effets de la dissolution sont identiques à ceux produits par la dissolution des sociétés en nom collectif (V. *suprà*, n. 542 et s.). Certains de ces effets, tels que la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, sont du reste communs à toutes les sociétés commerciales. — V. *suprà*, n. 605 et s.

1888. — Le liquidateur, s'il n'est désigné par les statuts, sera nommé après entente entre tous les associés, ou, à défaut, par la justice. Le commanditaire peut être nommé liquidateur, sans encourir la sanction pour immixtion illicite. — Houpin, t. 1, n. 230. — V. *suprà*, n. 1641 et s.

1889. — Les tribunaux peuvent d'ailleurs enlever la liquidation confiée au gérant par les statuts sociaux, s'il a commis des irrégularités dans sa gestion. — Cass., 30 avr. 1873, Deheaulme, [S. 74.1.123, P. 74.285, D. 75.1.32]

1890. — Les pouvoirs du liquidateur sont dans la commandite simple, identiques à ceux d'un liquidateur d'une société en nom collectif. — V. *suprà*, n. 714 et s.

1891. — Le but de la liquidation étant d'établir la situation des associés entre eux et vis-à-vis des tiers, le liquidateur, dès son entrée en fonction, dresse un inventaire fidèle et exact de l'actif et du passif social. — Douai, 14 déc. 1843, Liagre, [S. 44.2.313, P. 44.1.212] — Trib. comm. Seine, 11 nov. 1887, [*Rev. des soc.*, 88.165]

1892. — Il peut faire tous les actes nécessaires pour les besoins de la liquidation. Ces actes obligent la société. Quant aux commanditaires, ils sont également obligés par les actes faits sans fraude par le liquidateur dans la limite de ses pouvoirs; mais ils n'en répondent que jusqu'à concurrence de leur mise. Ils appliquent dans leur intérêt, le principe de la survie de la personnalité morale de la société dissoute. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 544; Houpin, t. 1, n. 230.

1893. — Mais la société ne saurait être obligée par les actes frauduleux du liquidateur. Ainsi, les juges du fond apprécient souverainement qu'il faut annuler une transaction passée entre un liquidateur et un ancien commanditaire parce qu'elle a été obtenue à l'aide de manœuvres frauduleuses. — Cass., 25 oct. 1898, Engelhorn, [S. et P. 1900.1.400, D. 98.1.565]

1894. — On admet, en général, que le liquidateur est plutôt le mandataire des associés que celui des créanciers, et qu'il ne peut, au nom de ces derniers, poursuivre les commandités en paiement des dettes sociales sur leur fortune personnelle. — V. au surplus, sur le principe que le liquidateur, à l'inverse du syndic de faillite, représente les associés et non les créanciers, *suprà*, n. 682 et s.

1895. — Mais les créanciers peuvent le constituer mandataire à cet effet (V. *suprà*, n. 688). Ce mandat lui conférerait le droit de poursuivre les commandités comme solidairement responsables. — Cass., 16 févr. 1874, Tilliez, [S. 74.1.216, P. 74.536, D. 74.1.414]; — 14 mai 1890, Lemonnier, [S. et P. 92.1.484, D. 91.1.241]

1896. — Quant aux créanciers, que la société vienne à se dissoudre ou qu'elle soit déclarée nulle, ils ont une action directe contre les commanditaires pour les contraindre au versement de leur mise. — Cass., 24 juin 1861, Lhuillier, [S. 62.1.185, P. 62.775, D. 61.1.435] — Lyon, 2 févr. 1864, Grizard, [S. 65.2.259, P. 65.1015] — Sur l'action directe des créanciers contre les commanditaires, V. *suprà*, n. 1495 et s. — Sur la répartition des pertes entre les commandités et les commanditaires, V. *suprà*, n. 1514 et s.

§ 3. *Inapplicabilité à la commandite simple des règles édictées par la loi du 24 juill. 1867.*

1897. — La loi de 1867 assujettit la constitution des sociétés en commandite par actions à tout un ensemble de formalités, requises à peine de nullité, qui ne sauraient être étendues à la commandite simple. La doctrine et la jurisprudence sont una-

nimes à cet égard. Jugé en ce sens : 1° Que les parts du capital social peuvent être inégales et arbitrairement fixées. L'obligation de diviser le capital social en parts égales, dont la loi fixe le taux minimum d'après le chiffre même du capital, est une règle exceptionnelle qui ne saurait être étendue en dehors de la commandite par actions. — Trib. comm. Seine, 29 mai 1886, [J. des soc., 87.797]

1898. — 2° Que la validité de la commandite simple n'est pas soumise, comme celle des commandites par actions, à la souscription intégrale du capital social. — *J. des trib. de comm.*, 83.139.

1899. — 3° Que les formalités prescrites par l'art. 4, L. 24 juill. 1867, pour la vérification des apports ne s'appliquent pas aux commandites simples. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.147]

1900-1901. — 4° Que les dispositions de la loi du 24 juill. 1867 (art. 5, 9, 10), relatives au conseil de surveillance, ne s'appliquent pas aux commandites simples. — Cass., 27 janv. 1880, Synd. Regnault et Potémont, [S. 80.1.121, P. 80.265, D. 80.1.247] — Paris, 20 mai 1879, Même affaire, [S. 79.2.209, P. 79.852, D. 80.2.42] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 668 et s.; Boistel, n. 280; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 533; Vavasseur, t. 1, n. 662 et s.

1902. — Les associés pourraient sans doute créer un conseil de surveillance ; mais ce ne serait qu'en vertu de l'art. 28, C. comm., qui leur confère un droit de contrôle, tout en les déclarant affranchis de toute responsabilité de ce chef au regard des tiers. Ce conseil de surveillance ne serait pas responsable de sa négligence ou de son incurie envers les tiers; il ne le serait qu'à l'égard des associés dans les mêmes conditions qu'un mandataire à l'égard du son mandant. — Même arrêt.

1903. — A ce point de vue, le conseil de surveillance facultativement constitué dans la commandite simple se distingue donc nettement du conseil obligatoire dans la commandite par actions, et dont les membres sont, en vertu d'une disposition formelle et impérative de la loi de 1867, tenus d'une double responsabilité, l'une envers les associés, l'autre envers les tiers, les créanciers sociaux (V. *infrà*, n. 4739 et s.). — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 534; Boistel, n. 289; Vavasseur, t. 1, n. 662 et s.

1904. — Cette règle s'applique notamment lorsque les statuts déclarent que les commanditaires seront représentés auprès des gérants par un conseil, mais que les fonctions de ses membres seront gratuites, et qu'ils n'encourront de ce chef aucune responsabilité. — Cass., 27 janv. 1880, précité.

1905. — ... Alors surtout que l'extrait de l'acte social publié dans les journaux ne contient aucune mention concernant l'établissement dudit conseil de surveillance. — Même arrêt.

1906. — Si l'institution d'un conseil de surveillance dans la commandite simple est purement facultative, à plus forte raison sa composition et son mode de fonctionnement sont-ils abandonnés à l'appréciation des intéressés. La liberté des rédacteurs des statuts ne comporte à cet égard d'autre restriction que celle résultant de l'interdiction pour les commanditaires de s'immiscer dans la gestion. — Même arrêt. — Bordeaux, 3 juill. 1895, [*J. des soc.*, 96.228] — V. Houpin, t. 1, n. 232. — Sur le critérium de la distinction à établir entre les actes d'immixtion, interdits, et les actes de contrôle, permis aux commanditaires, V. *suprà*, n. 1550 et s., 1564 et s.

1907. — Vainement objecterait-on, pour faire condamner les membres du conseil de surveillance comme responsables de leur négligence envers les tiers, qu'à défaut des énonciations de l'extrait, les tiers ont pu prendre connaissance de l'acte lui-même aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce, alors que cet acte même, en déclarant que les fonctions de commissaire n'entraîneront aucune responsabilité, contient la preuve évidente qu'il n'a pas été dans l'intention des parties de transformer les commissaires en mandataires des créanciers. — Paris, 20 mai 1879, précité.

1908. — Cette dérogation au droit commun n'aurait du reste rien d'illicite. Si donc les membres du conseil de surveillance s'étaient obligés à exercer leurs pouvoirs dans l'intérêt des créanciers sociaux, il est certain que ceux-ci pourraient, en cas de faute, invoquer leur responsabilité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 534, *in fine*.

1909. — A défaut d'une clause de ce genre, les membres du conseil de surveillance pourraient cependant voir leur responsabilité engagée au regard des tiers, si ceux-ci établissaient à leur charge, non de simples fautes ou négligences, mais des faits de dol ou de collusion. — Cass., 27 janv. 1880, précité. — Bordeaux, 3 juill. 1895, précité.

1910. — D'autre part, si les créanciers n'ont pas, hormis le cas de dol, d'action de leur chef, du moins sont-ils fondés, en vertu de l'art. 1166, C. civ., à intenter l'action de la société contre les membres du conseil de surveillance, sauf à se voir opposer par les membres de ce conseil l'exception dont ceux-ci pourraient se prévaloir s'ils étaient poursuivis par la société. — Cass., 27 janv. 1880, précité.

1911. — En matière de commandite par actions, depuis la loi du 24 juill. 1867, les dividendes touchés de bonne foi par les commanditaires, après inventaires réguliers et sincères, leur demeurent acquis. — Sur les actionnaires tenus à la restitution des dividendes, V. *infra*, n. 4480 et s. — En est-il ainsi en matière de commandite simple ? Ne doit-on pas appliquer actuellement à la commandite simple la jurisprudence de la Cour de cassation, relative aux commandites par actions antérieures à la loi de 1867, et, d'après laquelle il n'y a de dividendes définitivement acquis que ceux représentant des bénéfices effectivement réalisés, les autres devant être rapportés à la faillite de la société? — V. Cass., 8 mai 1867, Synd. Carron et Cie, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.193] — N'y a-t-il pas lieu, au contraire, d'appliquer à la commandite simple ou par intérêts l'art. 10, L. 24 juill. 1867, relatif aux sociétés en commandite par actions, aux termes duquel aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite *en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire?*

1912-1913. — Nous avons vu que, d'après la jurisprudence, cette disposition doit être considérée comme exceptionnelle, strictement restreinte au cas pour lequel elle a été écrite, c'est-à-dire à la société en commandite par actions, la commandite simple demeurant sous l'empire de cette règle qu'il n'y a de bénéfices définitivement acquis que ceux effectivement réalisés, et que si, par la liquidation de la société, il est établi que des bénéfices portés aux inventaires étaient fictifs, ils doivent être restitués par les commanditaires auxquels ils ont été distribués. — V. Pont, *Tr. des soc. civ. et comm.*, n. 1484, 1485; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 539. — V. *suprà*, n. 1708 et s.

TITRE III.

DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

CHAPITRE I.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS. DES TITRES QU'ELLES ÉMETTENT.

SECTION I.

Caractères généraux des sociétés par actions. Particularités de chaque type.

§ 1. *Caractères généraux des sociétés par actions. But de la réglementation légale.*

1914. — Nous avons déjà brièvement étudié les divers types de sociétés commerciales (V. *suprà*, n. 5 et s.), et insisté sur leur division en deux grandes classes : les *sociétés de personnes*, ou *sociétés par intérêt*, et les *sociétés de capitaux*, ou *sociétés par actions*.

1915. — Les sociétés de personnes (société en nom collectif, commandite simple) sont celles où domine l'*intuitus personæ*; les associés s'y choisissent à raison de leurs qualités personnelles. Il s'ensuit que la mort, l'interdiction, la faillite d'un des membres entraîne la dissolution de la société (C. civ., art. 1865-3° et 4°); qu'un associé ne peut sans le consentement de ses coassociés se substituer une autre personne dans la société (C. civ., art. 1861). Aussi, la société de personnes est-elle exposée à une dissolution brusque; c'est là un premier inconvénient. En outre, second inconvénient, les capitalistes hésitent à entrer dans les sociétés

de personnes, même en limitant leur responsabilité au montant de leur apport; car une fois leurs fonds engagés dans l'entreprise, il leur est difficile de les retirer, puisqu'ils ne peuvent se substituer d'autres personnes sans le consentement de leurs coassociés. Par la force même des choses, ces sociétés ne conviennent qu'aux entreprises de rayonnement restreint, et doivent être considérées comme impropres aux grandes entreprises, lesquelles exigent des capitaux considérables, et une longue durée.

1916. — Aussi a-t-on vu se développer rapidement, en tous pays, au cours du XIXe siècle, les *sociétés de capitaux*, ou *sociétés par actions*. Dans ces sociétés, on ne tient compte que du capital versé par chaque associé, sans s'occuper des qualités personnelles des associés Ordinairement, ceux qui ont projeté de former une société par actions, les fondateurs, en établissent les bases, se répartissent entre eux une part du capital social, et pour constituer le surplus du capital, font appel au crédit. Tout individu est alors admis comme associé, pourvu qu'il apporte la mise déterminée. Ce qu'on considère dans les associés, ce n'est pas leur personne, c'est le capital qu'ils apportent, et le plus souvent, la société se forme entre des personnes qui ne se connaissent pas.

1917. — Par leur mode de formation et leur fonctionnement, ces sociétés échappent au double inconvénient que présentent les sociétés de personnes. La mort, la faillite d'un associé n'entraînent pas la cessation de la société. Tout associé peut se substituer librement une autre personne dans ses droits et obligations, en sorte qu'il peut reprendre sa mise en cédant sa part à quiconque veut bien prendre sa place dans la société. Cette part porte le nom d'*action*; elle est cessible et même négociable (V. *infrà*, n. 2090 et s.). Le nom d'*actions* est aussi donné aux *titres* qui constatent les droits et obligations de l'associé ou actionnaire, titres qui revêtent ordinairement la forme nominative ou la forme au porteur (V. *infrà*, n. 2068 et s.). De là vient le terme générique de *sociétés par actions*, qui désigne l'ensemble des sociétés dont nous nous occupons, aussi bien la société-type (société anonyme) que la société en commandite par actions. — Sur la détermination du critérium permettant de différencier l'action de l'intérêt, V. *infrà*, n. 1973 et s. — Sur les diverses variétés d'actions, V. *infrà*, n. 2039 et s.

1918. — Toutes les sociétés du second groupe présentent ce caractère commun, qu'elles recourent au crédit public pour se procurer le fonds social. Elles peuvent ainsi se procurer un grand nombre de souscripteurs, et arriver à constituer un capital social considérable. C'est là le grand avantage des sociétés par actions. Cette forme, essentiellement moderne, ne s'est véritablement développée qu'au XIXe siècle (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 324 et s.). Elle seule a pu permettre la réalisation des grands travaux par lesquels s'est constitué l'outillage économique des principales nations civilisées; elle est l'instrument indispensable de la grande industrie, du grand commerce et de la haute banque.

1919. — Mais les sociétés par actions, à côté de leurs avantages, présentent aussi de graves inconvénients. Ce sont celles qui se prêtent le plus facilement à la fraude, par la manière dont elles se constituent et fonctionnent.

1920. — Aussi est-il du devoir du législateur de réprimer, et, si possible, de prévenir les fraudes qui vicient à leur naissance un trop grand nombre d'entreprises montées par actions sans pour cela nuire aux grandes entreprises. En somme, nous trouvons en présence deux intérêts également respectables, mais antagonistes : l'intérêt de ceux qui conçoivent de grandes entreprises, pour lesquelles ils doivent demander des capitaux au public; l'intérêt des associés ou actionnaires et des créanciers sociaux, à qui il faut épargner le préjudice que leur causent les fraudes, et même l'intérêt du crédit public, qui se trouve atteint par la multiplicité et l'importance des déconfitures.

1921. — Ainsi se trouve posé le problème de la réglementation des sociétés par actions, réglementation qui doit viser leur constitution et leur fonctionnement. Ce problème était tellement urgent qu'il n'est peut-être pas de matière sur laquelle, dans ces dernières années, on ait plus légiféré dans les grands pays de l'Europe, que celle des sociétés par actions. Ce qu'il faut prévoir surtout, c'est la constitution de ces sociétés; la prospérité de l'entreprise dépend, bien souvent, de la loyauté de sa constitution. A cet égard, il y a deux conceptions possibles : 1° le régime de l'autorisation préalable ; 2° la liberté, moyennant l'accomplissement de formalités protectrices des droits des associés et des créanciers sociaux.

1922. — *a*) Le régime de l'autorisation préalable consiste à ne permettre la formation et le fonctionnement d'une société par actions qu'avec l'autorisation préalable du Gouvernement. Le Gouvernement n'accorde l'autorisation qu'après l'examen des conditions dans lesquelles la société est appelée à vivre. Ce régime est celui de l'Autriche, de la Hollande, de la Russie. Il a été celui de la France, pour les sociétés anonymes, de 1807 à 1867 (C. comm., art. 37). Les sociétés anonymes ne pouvaient se constituer qu'en vertu d'un décret du chef de l'Etat rendu dans les formes des règlements d'administration publique. Ce principe ne recevait échec que pour les sociétés dites *à responsabilité limitée*, organisées par la loi du 23 mai 1863, qui, s'inspirant de la loi du 17 juill. 1856 relative aux sociétés en commandite par actions, avait substitué au régime de l'autorisation gouvernementale préalable celui de la réglementation législative.

1923. — Mais l'ingérence directe de l'Etat dans la constitution des sociétés anonymes offre un double danger; elle est tout d'abord illusoire, en ce sens que les bureaux chargés d'examiner les statuts n'ont, généralement, ni les moyens d'investigation, ni l'activité nécessaire pour contrôler la réalité des assertions des fondateurs. Elle est, de plus, *trompeuse* pour les tiers, qui ne sont que trop portés à faire crédit à une société autorisée, revêtue de l'estampille officielle. Les fraudes des lanceurs d'affaires véreuses ou mal étudiées ont ainsi l'Etat pour complice inconscient. Un autre inconvénient du régime de l'autorisation résultait, en France, de la dualité du régime légal applicable aux sociétés par actions. En effet, les commandites par actions pouvant se fonder sans autorisation préalable, des sociétés, qui étaient au fond de véritables sociétés anonymes, se constituaient sous la forme et sous la qualification de sociétés en commandite par actions, et échappaient ainsi à la tutelle administrative. Aussi le législateur français a-t-il, en 1867, supprimé le régime de l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes. La loi du 24 juill. 1867 dit, dans son art. 21, al. 1 : « A l'avenir, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du Gouvernement ». Désormais, les sociétés anonymes, comme les sociétés en commandite par actions, peuvent se fonder sans autorisation préalable. La nécessité de cette autorisation n'a été maintenue que pour certaines sociétés qui paraissent présenter des dangers spéciaux, à cause de leur caractère aléatoire et de la durée de leurs opérations. Ce sont les sociétés anonymes de la nature des tontines, et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, qui demeurent soumises à l'autorisation préalable et à la surveillance du Gouvernement (L. 24 juill. 1867, art. 66). Autorisation et réglementation sont ici combinées, en vue d'assurer aux porteurs de titres, ainsi qu'aux assurés, le maximum de garanties. Pour plus de développements sur l'histoire de la législation actuelle (L. 24 juill. 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893, et complétée par les lois des 9 juill. 1902 et 16 nov. 1903 sur les actions de priorité et les actions d'apports), V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 328 et s. — Sur les dispositions transitoires, V. *infrà*, n. 5643 et s. — Sur les sociétés d'assurances, V. le mot.

1924. — *b*) Sous le régime de la liberté avec réglementation, les sociétés par actions peuvent se constituer librement, moyennant l'accomplissement de certaines formalités prescrites dans l'intérêt des tiers souscripteurs et des créanciers sociaux, de manière à protéger l'épargne sans gêner le commerce, ni faire obstacle à la formation d'entreprises honnêtes et sérieuses. En Angleterre, ces formalités sont réduites au minimum, il suffit de faire enregistrer les statuts. En France, nous le verrons, on exige des formalités plus compliquées.

1925. — Théoriquement, le régime de la réglementation est supérieur et au régime de l'autorisation préalable et au régime de la liberté absolue. Il est supérieur au premier, en ce qu'il dégage la responsabilité de l'Etat; il est supérieur au second, en ce qu'il rend plus difficiles les manœuvres frauduleuses dont pourraient être victimes les souscripteurs ou cessionnaires d'actions. Si les souscripteurs examinent attentivement les statuts, s'ils ont la prudence de surveiller l'accomplissement des formalités légales, ils ont, non point sans doute la certitude d'effectuer un bon placement, mais les plus grandes chances de décourager les fondateurs peu scrupuleux qui voudraient abuser de leur naïveté ou de leur inexpérience.

1926. — Pratiquement, rien n'est plus malaisé que d'édicter une réglementation assez rigoureuse pour décourager la fraude, assez souple pour ne paralyser aucune initiative. Ainsi s'expli-

quent ces tâtonnements, ces revirements d'opinion qui se traduisent par des remaniements incessants, plus ou moins heureux, de la législation en vigueur.

§ 2. *Particularités de chaque type.*

1927. — La société par actions type est la *société anonyme*. La *société en commandite par actions* est une combinaison hybride, qui, bien que son caractère dominant soit d'être une société de capitaux, se rapproche à certains égards des sociétés de personnes. Enfin, on peut concevoir la création d'actions dans des sociétés n'appartenant à aucun des deux types principaux.

1° *Société anonyme.*

1928. — La *société anonyme* est une pure association de capitaux. Elle est caractérisée par les traits suivants : 1° Elle est composée uniquement d'associés, ou actionnaires, qui n'encourent qu'une responsabilité limitée au montant de leurs apports (C. comm., art. 33). Donc, aucun des associés n'est engagé personnellement, puisque tous ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises.

1929. — 2° L'*intuitus personæ* ne joue aucun rôle dans la formation de la société; car les parts sociales sont représentées par des certificats négociables. Chacun peut, à son gré, céder sa part sociale à une personne qui vient prendre sa place complètement dans la société. Aussi, ni la mort, ni la faillite, ni la liquidation judiciaire de l'un des associés ne peut-elle exercer d'influence sur la durée de la société.

1930. — 3° La propriété du capital social appartient aux actionnaires, ainsi que le gouvernement de la société. Ce sont les associés eux-mêmes qui exploitent l'entreprise, par l'intermédiaire de leurs mandataires, temporaires et révocables, qui forment le conseil d'administration, dont les membres sont nommés et renouvelés périodiquement par les actionnaires.

1931. — 4° La personne des associés ne jouant aucun rôle dans la formation de la société, il s'ensuit que la société anonyme n'a pas de raison sociale. Le Code de commerce, art. 29, dit : « La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun associé ». « Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise » (C. comm., art. 30).

1932. — Tels sont les caractères distinctifs de la société anonyme. Mais sont-ils de son essence, ou seulement de sa nature? En d'autres termes, une société à laquelle l'un de ces caractères ferait défaut pourrait-elle, néanmoins, être qualifiée d'anonyme, et serait-elle soumise à la loi de 1867? Deux de ces caractères au moins sont essentiels; pour les deux autres, il y a controverse.

1933. — *a*) Dans toute société anonyme, l'administration doit appartenir à des associés. Tandis que les gérants de société en nom collectif ou de commandite peuvent être des étrangers, la loi de 1867 (art. 26) exige que les administrateurs soient propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. Cette règle, sur laquelle nous reviendrons, est impérative, et ne comporte pas d'exception.

1934. — *b*) L'absence de raison sociale est également de l'essence de la société anonyme. Le législateur a considéré que l'adoption d'une raison sociale, composée des noms des principaux associés, était de nature à induire le public en erreur et à lui faire croire à l'existence d'associés personnellement et solidairement obligés; la dénomination même de société anonyme est d'ailleurs exclusive de toute publicité extérieure donnée au nom de tel ou tel membre de la société en vue de renforcer le crédit de l'entreprise. Au surplus, la formule des art. 29 et 30, C. comm., est manifestement impérative.

1935. — *Quid* si, en fait, une société qualifiée de société anonyme par ses fondateurs se manifestait sous une raison sociale? Cette société serait à considérer, suivant les circonstances, malgré sa dénomination inexacte, soit comme une société en nom collectif, soit comme une société en commandite, les actionnaires dont le nom figurerait dans la raison ayant la qualité de commandités, personnellement et solidairement responsables au regard des tiers. — Houpin, t. 1, n. 768; Floucaud-Pénardille, *Les sociétés par actions*, t. 2, n. 651.

1936. — Si la société anonyme n'a pas de raison sociale, elle a nécessairement un nom, une dénomination, permettant de la différencier des entreprises similaires, et en tout cas de l'individualiser. L'art. 30 dispose qu' « elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise » (Banque de France, Crédit foncier de France, Compagnie de chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée, Crédit Lyonnais, Forges et hauts-fourneaux de..., Compagnie des mines de..., Compagnie générale des omnibus de Paris, Messageries maritimes, etc.). Mais tous les auteurs s'accordent à reconnaître que cette règle n'a rien d'impératif, et qu'une société anonyme peut prendre une dénomination *de fantaisie*. L'adoption d'un nom de fantaisie s'impose d'ailleurs pour permettre aux différentes sociétés concurrentes, exerçant une même branche de commerce ou d'industrie, de se différencier les unes des autres, Compagnies d'assurances *Phénix*, *Union*, *Nationale*, *France*, etc.). La plupart du temps, d'ailleurs, la société adjoint au nom de fantaisie qui lui sert en quelque sorte d'enseigne l'indication de son objet (Compagnie d'assurance *Le Phénix*, Grands magasins de nouveautés *Au Petit Saint-Thomas*, etc.), mais cette adjonction n'est nullement indispensable. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 679; Houpin, t. 2, n. 768; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 651.

1937. — Certaines grandes sociétés anonymes prennent le titre de *Compagnies* (Compagnies de chemins de fer, Compagnies d'assurances, Compagnies d'eaux, de gaz, de tramways, etc.). Ce qualificatif spécial, pris de préférence par des sociétés fonctionnant en vertu d'une concession administrative, n'a aucune influence sur la réglementation légale, qui est identique pour toutes les sociétés anonymes, sociétés d'assurances et sociétés étrangères mises à part.

1938. — Conformément aux principes généraux de la propriété industrielle, le nom choisi par une société est une propriété, qu'elle a le droit de défendre contre toute usurpation par une société concurrente. — Trib. comm. Seine, 23 déc. 1879, [*J. des soc.*, 80.329]; — 20 juin 1900. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit*; Houpin, *loc. cit.*; Floucaud-Pénardille, *op. cit.* — V. *suprà*, v° *Nom commercial*.

1939. — Le fait de la part d'une société nouvelle d'adopter un nom analogue à celui d'une société existante, et susceptible de faire naître une confusion dans l'esprit du public, constituerait un acte de *concurrence déloyale* autorisant la société lésée à réclamer des dommages-intérêts et le changement de la dénomination adoptée par la société nouvelle. — Mêmes auteurs. — V. aussi Pouillet, *Tr. des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, n. 463, et *suprà*, v° *Concurrence déloyale*, n. 86 et s. — Le droit anglais a pris des mesures pour empêcher de telles manœuvres. Effectivement le *registrar* préposé à l'enregistrement des sociétés *limited* (L. de 1862) a pour obligation de refuser l'enregistrement, non seulement dans le cas où le nom adopté par la société nouvelle serait identique à celui d'une société déjà enregistrée, mais encore dans le cas où le nom, quoique plus ou moins modifié, lui paraîtrait susceptible de faire naître une confusion. — En France le recours aux tribunaux est la seule sanction.

1940. — *c*) *La division du capital social en actions* est-elle également de l'essence de la société anonyme? La question est controversée. Un certain nombre d'auteurs se prononcent pour la négative, et décident que l'on devrait tenir pour valable une société anonyme dont le capital social serait divisé en parts d'intérêt. On se prévaut en ce sens : 1° du silence de la loi (l'art. 34, C. civ., statuerait simplement *de eo quod plerumque fit*); 2° du peu de netteté des travaux préparatoires (la question a été discutée au Corps législatif en 1867, mais non résolue : Tripier, *Comment. de la loi de 1867*, t. 2, p. 86); 3° du principe de la liberté des conventions, lequel doit prévaloir en l'absence de texte précis. Au surplus, ajoute-t-on, quel inconvénient pourrait présenter une société anonyme, divisée en parts non négociables, dans laquelle chaque porteur de part ne serait tenu que jusqu'à concurrence de sa mise? Les intérêts des tiers seraient au moins aussi bien sauvegardés que dans la société anonyme de droit commun : or ne sont-ce pas ces intérêts qui, avant tout, légitiment l'intervention du législateur? — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 679 *bis*; Boistel, p. 208; Valette, *Mélanges de droit*, t. 1, p. 633; Vavasseur, t. 2, n. 776; Alauzet, n. 529; Rivière, n. 180; Lacour, *Rev. crit.*, 1885, p. 465.

1941. — La thèse contraire nous paraît plus juridique. Pour le législateur, selon nous, l'idée de société anonyme est indissolublement liée à la division du capital en actions. Nous en trouverons la preuve : 1° dans l'art. 34, lequel dispose impérativement que « le capital de la société anonyme *se divise en actions* »;

2° dans l'art. 38, qui, pour la commandite, indique au contraire la division en actions comme une simple *faculté;* 3° dans l'esprit même de la loi qui, en affranchissant la société anonyme de l'autorisation préalable, a entendu faciliter la diffusion et la circulation des valeurs mobilières, circulation impossible sans la négociabilité du titre. Sans doute, les statuts pourraient, ainsi qu'on le verra, entourer la négociation des actions elles-mêmes de certaines restrictions : mais ces restrictions ne doivent pas être telles qu'elles aient pour résultat d'immobiliser les parts d'associés dans les mêmes mains. — V. Troplong, n. 447; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 348, 545; Houpin, t. 2, n. 770; Bédarride, n. 330; Pont, n. 1585; Bouvier-Bangillon, *Comment. de la loi du 1er août 1893*, p. 4; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 653.

1942. — Remarquons du reste que la question posée a plutôt un intérêt spéculatif qu'un réel intérêt pratique, surtout si l'on admet avec les partisans de la validité des sociétés anonymes par intérêt, que les sociétés de ce type anormal n'en demeurent pas moins soumises aux prescriptions de la loi du 24 juill. 1867. Aussi bien, en fait, la jurisprudence ne fournit-elle, à notre connaissance, aucun spécimen de cette nature.

1943. — *d*) La *limitation de la responsabilité des actionnaires au montant de leur mise n'est-elle pas également de l'essence de la société anonyme?* Cette question, contre-partie de la précédente, est beaucoup plus délicate. Certaines législations étrangères reconnaissant formellement la validité des sociétés par actions, n'impliquent pas limitation de responsabilité au montant de la mise de chaque associé; le droit anglais, notamment, en fait une catégorie à part, sous la dénomination de *company unlimited with shares*. Plusieurs auteurs estiment que le droit français ne s'oppose nullement à une combinaison de ce genre. « Rien n'empêche, disent MM. Lyon-Caen et Renault, des associés tenus personnellement des dettes sociales de convenir par avance d'accepter comme coassociés des personnes que chacun d'eux pourra se substituer par voie de cession » (Arg., C. civ., art. 1861). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 679 *ter*. — Ces sociétés, d'ailleurs, n'en seraient pas moins soumises aux prescriptions de la loi de 1867, ces prescriptions ayant pour but, non seulement de parer aux inconvénients résultant pour les tiers de la limitation de responsabilité, mais aussi de prévenir les abus de spéculation facilités par la forme du titre.

1944. — L'opinion contraire semble cependant préférable. L'art. 33, C. comm., en spécifiant formellement que « les associés, dans la société anonyme, ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt », et l'art. 32, en disposant que les administrateurs « ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société », solution inverse de celle admise à l'égard des associés gérants de sociétés en nom collectif ou en commandite, semblent bien avoir entendu exclure la possibilité de créer une société anonyme dans laquelle les actionnaires seraient tenus du passif social au delà de leur apport. — Houpin, t. 1, n. 279, et t. 2, n. 769; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 654.

1945. — Jugé, en ce sens, antérieurement à la loi de 1867, que l'association formée entre des bateliers, sans aucun but de lucre, ni de spéculation, mais seulement pour établir entre eux la répartition des pertes individuelles résultant des risques de la navigation au moyen d'un premier versement et de cotisations destinées à former une mise de fonds, qui, si elle devient insuffisante, doit être augmentée par des versements extraordinaires, et dans laquelle, par conséquent, les associés sont tenus personnellement et au delà du capital social, *ne constitue pas une société anonyme*, qui ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, mais une société ordinaire qui peut être représentée et agir en justice par ses administrateurs ou directeurs constitués mandataires des associés. — Cass., 8 déc. 1862, Gilliot, [S. 63.1.193, P. 63.878, D. 63.1.34]

1946. — Il convient toutefois de remarquer que la jurisprudence, antérieurement à la loi de 1893, tenait pour valables les sociétés anonymes à objet civil, et en même temps se refusait à admettre, pour les actionnaires de ces sociétés, la limitation de responsabilité édictée par l'art. 33 pour les sociétés commerciales anonymes (V. *infrà*, n. 5775 et s.). Cette solution ne laisse pas que d'être difficilement conciliable avec la précédente.

1947. — On peut former une société anonyme pour toute espèce d'opérations, à moins qu'une disposition expresse de la loi ne l'ait défendu. En fait, il n'existe aujourd'hui aucune prohibition de ce genre. L'art. 14, tit. 11, L. 25 mai 1791, défendait de former une société anonyme pour l'exploitation d'un brevet d'invention. Mais cette interdiction a été levée par le décret du 25 nov. 1806.

1948. — Toute société anonyme constituant une personne morale, a un siège social, attributif de compétence, et même, sauf controverse, de nationalité. Le siège social se confond-il toujours avec le *principal établissement, ou domicile social*, dans le sens des art. 102, C. civ., et 59, C. proc. civ.? Ne convient-il pas, dans certains cas, d'attribuer compétence au tribunal du *centre d'exploitation*, de préférence à celui du siège statutaire? — V. sur ce point *infrà*, n. 5865 et s., 6479 et s.

2° Commandite par actions.

1949. — La *commandite par actions* est une société mixte, qui réunit en elle les caractères des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux, se présentant comme une société de personnes au regard des commandités, et comme une société de capitaux au regard des commanditaires. Néanmoins, comme le caractère prédominant de ces sociétés est qu'elles réunissent leur capital social au moyen d'actions, on a coutume de les ranger plutôt dans les sociétés de capitaux que dans les sociétés de personnes. D'après le législateur lui-même (lois de 1867 et 1893), la rubrique générique de sociétés *par actions* englobe les *sociétés anonymes* et les *sociétés en commandite par actions*. Nous verrons, du reste, qu'elles sont soumises à des règles analogues.

1950. — La *société en commandite par actions* est caractérisée par deux traits : 1° elle comprend deux catégories d'associés ; 2° elle a une raison sociale. 1° Elle comprend deux catégories d'associés : les *commandités* et les *commanditaires*. Les commandités sont ceux dont la part sociale continue à être un intérêt, est intransmissible. L'*intuitus personæ* joue ici son rôle, de telle sorte que la société peut finir par la mort d'un des commandités. Les commandités ont seuls le droit de gérer les affaires de la société, et ils sont tenus personnellement et solidairement du paiement des dettes sociales. A leur égard, la commandite est une véritable société en nom collectif. Il pourrait, d'ailleurs, n'y avoir qu'un commandité.

1951. — Les commanditaires ne sont tenus du paiement des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports ; c'est là une dérogation au principe que tous les associés ont les mêmes droits et supportent les mêmes obligations. Tandis que dans la commandite simple, la part dont chaque commanditaire est porteur forme une part d'intérêt, dans la commandite par actions, la part de chaque commanditaire forme une action; par conséquent, elle est négociable, et la société continue de plein droit entre les héritiers du commanditatre. Les commanditaires portent alors le nom d'*actionnaires*, et, à leur égard, la société est une véritable société par actions. Il est interdit aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion de la société; mais, étant associés, ils ont un droit de contrôle et de surveillance. — V. *suprà*, n. 1540 et s., 1602 et s., 1761 et s., et *infrà*, n. 4421 et s.

1952. — 2° La société en commandite par actions a une raison sociale, laquelle ne peut comprendre que des noms de commandités. On n'y saurait insérer le nom d'un commanditaire. Si un commanditaire l'y laissait insérer, il s'exposerait à être tenu personnellement et solidairement des dettes sociales, comme s'il était commandité. En résumé, la société en commandite par actions est une société composée d'un ou plusieurs associés en nom, commandités, tenus personnellement et solidairement des dettes sociales, et de commanditaires, ou actionnaires, tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs apports, commanditaires dont les parts sont cessibles à volonté. Cette société réalise l'alliance du capital et du travail ; car elle associe, ceux qui apportent leurs capitaux avec l'espoir de les faire fructifier, en mesurant leurs risques à la somme qu'ils consentent à exposer, et celui, ou ceux, qui, dépourvus de capitaux, possèdent néanmoins de grandes aptitudes industrielles et peuvent en tirer profit au moyen des sommes que leur apportent leurs coassociés. Cette forme de société ne peut avoir un domaine aussi étendu que la société anonyme; mais elle convient parfaitement à une entreprise qui repose sur les aptitudes de celui qui l'a conçue, et qui ne peut être conduite à bonne fin qu'au moyen d'un cer-

tain capital dont il manque. La commandite permet, par exemple, à un inventeur, d'exploiter son invention, sans recourir à un emprunt, et sans abdiquer la direction de l'entreprise.

3° Autres variétés de sociétés par actions.

1953. — Les parts d'associés peuvent-elles revêtir le caractère d'actions dans des sociétés autres que la société anonyme ou la commandite par actions? Et, tout d'abord, une société ayant un objet civil peut-elle se constituer sous les formes civiles, et diviser son capital en actions négociables, sans se soumettre aux prescriptions des lois des 24 juill. 1867 et 1er août 1893? Quelques auteurs anciens ont enseigné que les sociétés purement civiles ne peuvent créer des actions. — V. Vincent, *Législ. comm.*, t. 1, p. 353; Delangle, *Des soc. comm.*, t. 1, n. 36, p. 40. — V. aussi Labbé, note (§ 2, *in fine*), sous Cass., 21 févr. 1883, [S. 84.1.361, P. 84.1.929] — Mais la solution contraire paraît aujourd'hui définitivement admise par la doctrine — V. Troplong, *Du contr. des soc.*, t. 1, n. 143, et t. 2, n. 1074; Duvergier (contin. de Toullier), *Des sociétés*, n. 485 (qui cite une consultation en ce sens de MM. Hennequin, Crémieux, Horson, Scribe et Dupin); Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, 4e éd., n. 98; Floucaud-Pénardille, *Tr. des soc. par actions*, t. 1, n. 5; Houpin, *Tr. gén. des soc. civ. et comm.*, 3e éd., t. 1, n. 277, et *Journ. des soc.*, 1891, p. 512; Wahl, *Des soc. civ. par actions constituées sans l'observation des formes prescrites par la loi commerciale, et de la situation des actionnaires dans ces sociétés* (*Journ. des soc.*, 1901, p. 241 et s.). — V. égal. Dijon, 19 mars 1868, Soc. de Bonnevie, [S. 68.2.333, P. 68.1231] — Trib. Béthune, 12 juill. 1900, [*Journ. des soc.*, 1901, p. 308] — V. encore Cass., 31 janv. 1887, [S. 90.1.527, P. 90.1.1268]; — 28 mars 1887, [S. 88.2.231, P. 88.1.1227]

1954. — Du reste, la loi du 21 avr. 1810 (art. 10), en disposant que les *actions* dans une société pour l'exploitation des mines sont réputées meubles, conformément à l'art. 529, C. civ., admet qu'il peut être créé des actions dans les sociétés civiles. — V. sur le caractère civil des sociétés minières, Trib. Saint-Etienne, 24 déc. 1883, sous Cass., 26 oct. 1892, [S. et P. 93.1.32] — Il en est de même de la loi du 5 juin 1850 (art. 14), qui assujettit au timbre proportionnel les titres ou certificats d'*actions* dans une société quelconque, commerciale ou *civile*. Il n'existe, en effet, aucun texte qui interdise aux sociétés civiles de créer des actions (nominatives ou au porteur).

1955. — On s'est demandé également si le capital d'une société *en nom collectif* pouvait être divisé en actions? Nous avons par avance résolu cette question par la négative, en nous prononçant contre la validité d'une société prétendue anonyme dont les actions n'impliqueraient pas limitation de responsabilité, et laisseraient subsister l'obligation personnelle et indéfinie des associés au passif (V. *suprà*, n. 19). Au fond, une telle société, même qualifiée d'anonyme, ne serait autre chose qu'une société en nom collectif dont les parts seraient négociables. Un telle négociabilité nous paraît, tout d'abord, difficilement conciliable avec l'idée d'*intuitus personæ*, qui est à la base de la société en nom collectif; de plus, elle serait en opposition certaine avec les dispositions législatives concernant la publicité des sociétés commerciales. L'extrait des statuts d'une société en nom collectif doit contenir les noms des associés (Code de 1867, art. 57), tous les changements ou retraites d'associés doivent également être publiés (art. 61) : comment se soumettre à ces prescriptions impératives si les parts d'associés sont au porteur? — Wahl, *Traité des titres au porteur*, n. 514; De Folleville, *Traité de la possess. des meubles et des titres au porteur*, n. 926; Houpin, t. 1, n. 279. — V. cependant Vavasseur, n. 354; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 270 et 679 *ter*.

1956. — Une controverse de même nature s'est élevée relativement aux *associations en participation*. Une fraction importante de la doctrine tient pour valable, au nom du principe de la liberté des conventions, la création d'actions nominatives ou au porteur par les participants. — Poulle, *Traité des assoc. en particip.*, n. 313; Wahl, *op. cit.*, n. 516; Vavasseur, n. 355. — V. aussi Rennes, 28 nov. 1856, Mazurier, [S. 57.2.10, P. 56.2.423, D. 56.2.182]

1957. — Mais la Cour de cassation, par un arrêt déjà ancien il est vrai, rendu en matière fiscale, a dénié aux associations de ce genre la faculté d'émettre des actions. — Cass., 12 janv. 1842, Enregistrement, [S. 42.1.595] — V. Paris, 8 janv. 1900, [*J. des soc.*, 1900] — Cette solution nous paraît plus conforme au caractère propre de l'association en participation. Une société, par cela seul qu'elle émet des titres, se présente au public comme une personne morale, ayant un fonds social, distinct du patrimoine des associés; or, par définition même, une participation est une association occulte, dépourvue de toute personnalité morale. — V. *infrà*, v° *Sociétés en participation*.

4° Législation applicable à chaque type d'actions.

1958. — Laissant de côté les types exceptionnels que nous venons de signaler brièvement, nous consacrerons le présent titre à l'étude des lois qui, actuellement, régissent la société anonyme et la société en commandite par actions : loi du 24 juill. 1867, amendée par la loi du 1er août 1893, et la loi du 9 juill. 1902 sur les actions de priorité et les actions d'apport, modifiée elle-même par la loi du 16 nov. 1903. Chemin faisant, nous signalerons les innovations proposées dans le projet gouvernemental actuellement soumis à l'examen du Parlement.

1959. — Le titre 1 de la loi du 24 juill. 1867 (art. 1 à 20) est consacré aux sociétés en commandite par actions, et le titre 2 (art. 21-47) aux sociétés anonymes. Mais, en ce qui concerne ces dernières, la loi fait de nombreux renvois au titre 1. Les règles applicables aux deux types de sociétés concordent donc sur les points essentiels. Rationnellement, il ne devrait même y avoir entre elles d'autres différences que celles découlant de la présence dans la commandite par actions, d'un élément personnel absent, par définition, de la société anonyme. Cette conclusion, pour logique qu'elle soit, serait erronée; et le législateur de 1893, lui-même a laissé subsister, entre la réglementation de l'une et de l'autre société, plusieurs différences dont il est difficile de proposer une explication satisfaisante au point de vue logique.

1960. — Quoiqu'il en soit, les grandes lignes de la réglementation sont les mêmes pour les deux formes de sociétés. Aussi les exposerons-nous concurremment, sauf à signaler, au fur et à mesure, les particularités de chacune. Mais auparavant, il convient d'étudier en eux-mêmes, et abstraction faite de la formation de la société, les titres divers émis par les sociétés par actions.

Section II.

Des diverses espèces de titres pouvant exister dans les sociétés par actions. — Vue d'ensemble.

1961. — L'*action* est le titre par excellence des sociétés que nous étudions. C'est, par définition, une part d'associé, représentée par un titre négociable. Dans la majorité des sociétés, on ne crée que des actions : cependant, il est aussi de nombreuses sociétés qui soit dès le début de leur fonctionnement, soit plutôt au cours de leur fonctionnement, font appel au crédit et empruntent sous forme d'émission d'*obligations* les capitaux qui leur sont nécessaires. L'*obligation*, titre négociable comme l'action, s'en différencie essentiellement en ce qu'au lieu d'être un titre d'associé, conférant un droit sur les bénéfices annuels et sur le capital même du fonds social, elle est un titre de créance : titre plus avantageux en ce sens que l'obligataire, en cas de faillite ou de liquidation, doit toujours être payé avant les associés, lesquels ne peuvent se partager que l'actif net; moins avantageux au contraire en ce sens que l'obligataire ne peut prétendre qu'à un intérêt fixe, tandis que l'actionnaire a droit à un dividende, variant suivant le chiffre des bénéfices réalisés. — V. pour plus de développements sur les caractères spécifiques de l'action et de l'obligation, *infrà*, n. 1970 et s., 2548 et s.

1962. — On trouve également, dans un certain nombre de sociétés, des titres *sui generis*, qui d'après l'opinion générale ne sauraient être confondus ni avec les actions, ni avec les obligations : ce sont les *parts de fondateurs ou parts bénéficiaires*, titres négociables, créés au profit des fondateurs pour les rémunérer des soins qu'ils ont apportés à la fondation de la société, donnant droit à une quote-part des bénéfices, mais ne conférant ni pouvoir d'entrée aux assemblées générales, ni droit au capital social. — V. *infrà*, n. 2434 et s.

1963. — D'autre part, à côté de l'action ordinaire, ou *action de numéraire*, correspondant à un versement en espèces, la pratique a introduit, la jurisprudence ou la loi ont légitimé et régularisé la création de types variés d'actions. On trouve d'abord, par opposition aux *actions de numéraire*, les *actions*

d'apport, représentation des apports en nature effectués par les fondateurs, actions soumises par la loi à des règles spéciales, soit en ce qui concerne leur libération ou leur négociabilité, différée en principe pendant deux années pour prévenir l'agiotage (V. *infrà*, n. 2133 et s.), soit en ce qui concerne l'approbation des apports même dont elles sont la manifestation extérieure (L. de 1867, art. 4). — V. *infrà*, n. 3312 et s.

1964. — Des *actions d'apport* il convient de rapprocher, soit les *actions industrielles*, délivrées en représentation d'un apport en industrie, qui, à la différence des actions d'apport ordinaires, et à l'instar des parts de fondateurs dont il vient d'être parlé, ne confèrent en principe aucun droit sur le capital social.

1965. — ... Soit les *actions de prime*, attribuées à des tiers en représentation du concours prêté par eux à la fondation de la société, actions dont la légalité est très-contestable, puisqu'elles ne correspondent à aucun apport réel. — V. *infrà*, n. 2043 et s.

1966. — On oppose d'autre part aux actions dites *de capital*, les *actions de jouissance*, titres créés en représentation d'actions dont le capital nominal a été amorti, c'est-à-dire remboursé aux titulaires : actions ne conférant, soit sur les dividendes, soit sur le fonds social, que des droits diminués de la portion correspondant à la somme remboursée. — V. *infrà*, n. 2048 et s.

1967. — Signalons enfin les actions *privilégiées* ou *de priorité*, qui attribuent aux titulaires certains avantages, tels que le droit de prendre une certaine part dans les bénéfices avant les porteurs d'actions ordinaires, ou celui de se faire rembourser sur les premiers bénéfices avant les autres actions : actions tenues pour licites dans la pratique, et réglementées par les lois des 9 juill. 1902 et 16 nov. 1903. — V. *infrà*, n. 2050 et s.

1968. — Au point de vue de leur forme extrinsèque, les titres créés par les sociétés par actions peuvent se diviser en trois catégories : 1° les titres *nominatifs*, établis au nom du titulaire, et transmissibles par voie de transfert sur les registres de la société ; 2° les titres *au porteur*, dans lesquels le nom du titulaire est représenté pour un simple numéro d'ordre, et dont la transmission s'effectue, comme pour les meubles corporels, par la simple tradition manuelle ; 3° les titres à ordre, négociables par voie d'endossement, à l'instar des effets de commerce. Cette troisième espèce est très-rarement employée.

1969. — On distingue aussi les titres *mixtes*, mais ces titres sont, au fond, de simples titres nominatifs, munis de coupons payables au porteur.

Section III.

De l'action.

§ 1. *Caractères spécifiques et nature juridique de l'action.*

1° *Caractères spécifiques de l'action. Des droits et obligations qu'elle implique.*

1970. — I. *Intérêts de la question.* — Les caractères spécifiques de l'*action* ont déjà été indiqués sommairement, à propos de la commandite simple ; mais il est nécessaire de revenir ici, avec tous les développements qu'elle comporte, sur cette question, complexe entre toutes, qui domine à vrai dire toute notre matière, à raison des intérêts pratiques considérables qu'elle présente. Tout d'abord, la détermination exacte des caractères spécifiques de l'action est indispensable pour préciser le champ d'application de la réglementation légale édictée par la loi de 1867. Cette loi, en effet, est exclusivement applicable aux sociétés par actions ; les sociétés par intérêt, même faussement qualifiées de sociétés par actions, échappent à ses prescriptions.

1971. — La question présente aussi un intérêt fiscal considérable, les parts d'intérêt et les actions étant soumises, au point de vue de l'impôt sur le revenu, à un régime très-différent. — V. *suprà*, v° *Revenu (impôt sur le)*, n. 19 et s.

1972. — ... De même qu'au point de vue des droits de mutation afférents aux cessions d'actions ou de parts d'intérêts. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 946 et s.

1973. — II. *Critérium de la distinction de l'action et de la part d'intérêt.* — Entre l'action-type, part d'associé représentée par un titre individuel, de valeur définie, et négociable sans aucune restriction, et la part d'intérêt type, incessible, et ne se matérialisant dans aucun titre individuel et circulant, la ligne de démarcation est des plus nettes, les dissemblances s'accusent avec un relief saisissant, et aucune difficulté ne peut s'élever pour la détermination du régime applicable aux sociétés présentant l'un ou l'autre de ces deux types tranchés.

1974. — Mais, dans la pratique on rencontre nombre de variétés intermédiaires, hybrides, de parts d'associés empruntant à l'action certains de ses caractères, et à la part d'intérêt certains autres : part d'intérêt cessible ou négociable, action non négociable, mais simplement cessible par les voies civiles, ou dont la négociation est entourée par les statuts de certaines restrictions. C'est alors qu'apparaît la nécessité d'un critérium précis, permettant d'assigner à la société son véritable caractère et de la classer d'autorité dans telle ou telle catégorie. La difficulté de la question provient de l'absence de toute définition légale de l'action et de l'intérêt : silence voulu, semble-t-il, le législateur ayant craint, s'il proposait une définition précise « que les fondateurs des sociétés n'arrivassent à imaginer des combinaisons qui ne rentreraient pas dans les termes de la définition, et par suite à éluder les prescriptions de la loi » (*Rép. de M. Bozérian*, rapp., à M. Batbie lors de la discussion au Sénat, du projet de loi de 1884, destiné à remplacer la loi de 1867). Les systèmes les plus divergents ont été soutenus ; on en peut distinguer jusqu'à six. Le sixième, toutefois, tend de plus en plus à prévaloir dans la pratique.

1975. — *a*) Dans un *premier système*, aujourd'hui abandonné, les parts d'associés constitueraient des intérêts ou des actions, suivant que ces associés sont tenus des dettes sociales sur leurs biens personnels ou seulement jusqu'à concurrence de leur mise de fonds. — Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, p. 23 ; Delangle, t. 2, n. 436 ; Demolombe, *Code civil*, t. 9, n. 411.

1976. — Ce premier système doit être repoussé par un motif péremptoire : c'est que, dans les commandites simples, les parts des commanditaires sont des intérêts, et cependant ces commanditaires ne sont, par définition même, tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur apport. — V. *suprà*, n. 1514 et s.

1977. — *b*) Dans un *second système*, il conviendrait de s'en tenir à la *déclaration des parties*. Il suffirait qu'il eût été déclaré dans un acte de société en commandite, soit que les associés entendent former une commandite par intérêts, soit qu'ils entendent former une commandite par actions, pour que la société dût être qualifiée, conformément à la volonté expresse des parties, ou de commandite simple, ou de commandite par actions. Quelques rares décisions judiciaires semblent avoir consacré ce système. Nous citerons notamment un arrêt de la Cour de cassation du 8 juill. 1868, Domingo, [D. 68.1.481], rejetant le pourvoi formé contre un arrêt qui avait déclaré la loi du 17 juill. 1856 inapplicable à une société en commandite, dont les statuts portaient que les fondateurs avaient *voulu* fonder une commandite simple.

1978. — Jugé, également que l'on doit envisager comme une société en commandite simple ou comme une société *sui generis* à parts d'intérêts, *à raison de l'intention présumée des parties*, la société dans laquelle le gérant a été investi des pouvoirs les plus larges et affranchi de tout contrôle collectif en l'absence de toute assemblée générale et de tout conseil de surveillance, et cela, alors même que les parts sociales seraient représentées par des titres individuels numérotés et transmissibles par les voies civiles. — Trib. civ. Seine, 11 août 1893, Soc. Alph. Millaud et Cie, [D. 94.5.623]

1979. — Mais si l'on examine de près ces décisions, on constate qu'aucune d'elles n'a consacré sans restriction la thèse d'après laquelle le juge serait lié par les déclarations des parties. D'une part, en effet, dans l'arrêt du 8 juill. 1868, précité, la Cour suprême a pris soin de faire état d'une clause des statuts, portant que les parts d'associés ne seraient transmissibles qu'à des personnes agréées par les autres associés, clause imprimant à la société le caractère d'une société formée *intuitu personæ* ; d'autre part, dans son jugement du 11 août 1893, précité, le tribunal civil de la Seine a relevé cette double circonstance, d'une part que les titres de la société étaient cessibles par les voies civiles, et non négociables, d'autre part que l'on avait entendu créer une société comportant pour le gérant les pouvoirs les plus étendus, par suite de l'absence de tout contrôle organisé et de toute assemblée générale.

1980. — Malgré les apparences, ces décisions reconnaissent

implicitement, comme l'exigent les principes les plus certains de l'interprétation juridique, que les parts d'associés sont des parts d'intérêt ou des actions *d'après leurs caractères intrinsèques*, et non d'après la dénomination *arbitraire* qu'il a plu aux fondateurs de leur donner. Sans doute, l'intention des parties doit être prise en considération, et il appartient aux juges du fond de la rechercher (ainsi procède le sixième système, exposé *infrà*, n. 1996, système conforme à la jurisprudence dominante); mais cette intention est inopérante si elle se traduit par une simple déclaration platonique, et si cette déclaration, si explicite qu'on la suppose, se trouve être en contradiction flagrante avec les faits, spécialement avec les clauses statutaires déterminant les droits des parties, la forme des titres, les modalités de leur transmission. Ce sont ces clauses qu'il faut avant tout envisager; les déclarations des parties ne valent qu'à la condition de se matérialiser dans les faits.

1981. — Aussi repousserons-nous, sans hésiter, le critérium purement externe résultant, soit de la représentation de la part d'intérêt par un titre distinct, le titre étant d'ailleurs incessible (V. cependant décl. de M. Bozérian au Sénat, séance du 29 nov. 1884), soit de l'adoption par les parties de certaines règles empruntées à la loi de 1867, telles que le fonctionnement du conseil de surveillance (Douai, 13 mai 1887, *J. Le Droit*, 17 nov. 1887). Ce qu'il faut considérer avant tout, c'est le titre lui-même, envisagé dans sa forme, dans son mode de transmission et dans les prérogatives qu'il confère.

1982. — c) Un *troisième système* prend pour critérium la valeur respective des parts d'associés, les parts d'intérêt pouvant être d'une quotité différente, et le taux en étant fixé arbitrairement par les parties, les actions étant nécessairement d'égale valeur conformément à l'art. 34, C. comm. — Troplong, t. 1, n. 128; Malepeyre et Jourdain, p. 199; Colmet de Santerre, t. 2, p. 421.

1983. — Ce critérium échappe au reproche formulé contre le second système, puisqu'il s'attache à un caractère intrinsèque de l'action. Mais il est inacceptable néanmoins, car il transforme en un caractère essentiel et prédominant un caractère secondaire, susceptible de disparaître devant une manifestation de volonté contraire, et qui, par conséquent, ne saurait servir à différencier l'action de l'intérêt. Sans doute, les actions sont en général de valeur égale, tandis que le taux des parts d'intérêt est arbitrairement fixé lors de la constitution de la société. Mais cette égalité de la valeur nominale des actions ou coupures des actions n'est pas de l'essence de l'action. L'art. 34, C. comm., en disposant que « le capital de la société anonyme (il n'est rien spécifié quant à la commandite par actions) se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale » a simplement statué *de eo quod plerumque fit*. Mais cette formule n'a rien d'impératif, et on ne voit pas ce qui s'oppose à ce qu'une société divise son capital en actions de valeur inégale, et notamment à ce qu'elle émette des actions *de quotité*.

1984. — L'égalité des coupures présente ce double avantage de faciliter la circulation des titres, leur classement sur le marché financier, et de simplifier la répartition des dividendes. Aussi est-elle très-généralement pratiquée; mais elle n'est pas obligatoire, et, en fait, le système des actions de quotité, correspondant à une fraction du capital, fraction différente suivant les titulaires (1/100, 1/50, etc.), est depuis longtemps pratiqué dans certains charbonnages du Nord, notamment dans les mines d'Anzin. — Rivière, n. 180; Boistel, p. 208; Alauzet, n. 529; Vavasseur, n. 473; Thaller, n. 476, et note sous Cass., 30 mai 1892, D. 93.1.110] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 519. — V. aussi Paris, 4 avr. 1884, [*J. des soc.*, 86.366]

1985. — Les travaux préparatoires de la loi de 1867 sont en ce sens. A la séance du Corps législatif du 9 juin 1867, M. Rouher s'en est expliqué en ces termes : « Parmi les prescriptions légales se trouve l'art. 34, qui dit que le capital sera divisé en actions de valeur égale ; c'est la formule simple, à l'aide de laquelle le capital est formé et divisé. Cette disposition de l'article est-elle impérative? Est-elle obligatoire? Est-ce une règle dont la violation entraînerait l'annulation de l'acte social? On doit dire qu'en l'état actuel des choses, en dehors même des questions de sociétés coopératives, rien dans la législation, rien dans la doctrine, rien dans la jurisprudence ne donne à cette prescription de l'art. 34 l'importance d'un texte impératif » (V. aussi déclaration de M. Forcade de la Roquette, séance du 4 juin). Cette déclaration est formelle, mais il y a mieux : l'art. 14, L. 5 juin 1850, reconnaît expressément la validité des actions de quotité.

1986. — Admettons même que la prescription de l'art. 34, C. comm., soit impérative. L'égalité des actions ne serait cependant pas le critérium cherché, par cette raison décisive que rien évidemment n'empêche les fondateurs d'une société en commandite simple d'en diviser le capital en un certain nombre de parts d'intérêt d'une égale valeur.

1987. — d) D'après un *quatrième système*, le caractère distinctif de l'action et de l'intérêt résiderait dans le mode de cessibilité du titre : tout titre susceptible d'être négocié par les modes abrégés du droit commercial, tradition, endossement, transfert sur un registre, serait une action; et à l'inverse tout titre incessible ou cessible simplement suivant les modes du droit civil représenterait une part d'intérêt. — Cass., 27 mars 1878, Soc. de *la Belle Jardinière*, [S. 78.1.277, P. 78.686, D. 78.1.308 ; — 13 mars 1882, Desclée, [S. 83.1.327, P. 83.1.786, D. 83.1.83] — Paris, 22 nov. 1890, [*Rev. des soc.*, 91.86 ; — 30 déc. 1890, *Ann. de dr. comm.*, 91.53] — Douai, 4 avr. 1898, [*J. des soc.*, 99.114] — *Sic*, Deloison, n. 258; Lacour, *Rev. crit.*, 1885, p. 456; Vavasseur, t. 1, n. 432, et *Rev. des soc.*, 1889, p. 608 et s. — Sur les applications de ce système au point de vue fiscal (V. *suprà*, v° *Revenu (impôt sur le)*, n. 24 et s.

1988. — Jugé en ce sens qu'il y a lieu de considérer comme une commandite par actions, la société dont le capital est divisé en parts égales, représentées par une série de titres ayant chacun une individualité distincte, et transmissibles *au moyen d'un transfert* sur les registres de la société, tant aux associés qu'aux tiers, sauf l'agrément de la société. — Cass., 27 mars 1878, précité.

1989. — Vainement argumenterait-on de la disposition des statuts subordonnant à l'approbation de l'assemblée générale toute transmission de parts faite à des étrangers, cette restriction à la libre disposition des parts dans un cas déterminé ne faisant pas obstacle à la circulation des titres, et ne suffisant pas pour leur enlever le caractère d'actions. — Même arrêt.

1990. — Ce système, qui paraît plus acceptable que les précédents, se heurte cependant à plusieurs dispositions légales qui lui sont contraires. C'est ainsi que l'art. 91, § 3, C. comm., parle, à propos de la constitution du gage, de « parts d'intérêts transmissibles, par voie de transfert ». Et à l'inverse, la loi du 5 juin 1850, à propos du droit de *timbre* sur les actions, déclare, dans son art. 25, que ses dispositions ne s'appliquent pas « aux actions dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'art. 1690, C. civ. ». C'est donc que le mode de négociabilité des parts d'associé ne saurait suffire à lui seul à distinguer l'action de l'intérêt.

1991. — Aussi bien les arrêts qui s'inspirent principalement de ce critérium ont-ils soin de relever concurremment d'autres indices, tels que la division du capital en parts égales et la représentation de chaque part par un titre individuel. — V. Cass., 27 mars 1878, précité.

1992. — e) Un *cinquième système* prend pour critérium de la distinction de l'action et de l'intérêt la cessibilité. La cessibilité, par les voies civiles ou commerciales, peu importe, serait le propre de l'action, l'intérêt étant au contraire incessible en principe, sans l'assentiment unanime des coassociés du cédant. — Batbie, *Rev. crit. de législ.*, t. 34, p. 328 et 413; Thaller, n. 487, *in fine*.

1993. — On cite communément, comme se rattachant à ce système, toute une série d'arrêts de la Cour suprême : — Cass., 2 août 1886, Soc. Desclée frères et Cie, [S. 87.1.329, P. 87.1.788, D. 87.1.167]; — 16 févr. 1892, [*Rev. des soc.*, 92.175]; — 31 janv. 1893, Soc. Geneste, Herscher et Cie, [S. et P. 93.1.327, D. 93.1.356] — Mais en réalité, aucun de ces arrêts n'a la portée absolue et exclusive qu'on cherche à lui attribuer. De ces arrêts il résulte simplement qu'une part d'associé, même non négociable, mais simplement cessible par les voies civiles, peut cependant être qualifiée d'action, si d'autres indices extérieurs, révélateurs de l'intention des parties de créer une société de capitaux plutôt qu'une société de personnes, viennent corroborer cette présomption résultant de la cessibilité du titre. Au fond, ces arrêts doivent donc plutôt se rattacher au sixième système. — V. *infrà*, n. 1996.

1994. — Le critérium, tiré exclusivement de la cessibilité du titre sans l'assentiment unanime des associés, n'est, en effet, pas plus acceptable que les précédents. Sans doute, les actions

sont *ordinairement cessibles*, sinon négociables, sans qu'il soit nécessaire de se munir de l'adhésion des coassociés du cédant ; et à l'inverse les parts d'intérêt sont *ordinairement incessibles*, ou du moins ne peuvent être cédées que du consentement unanime des associés (C. civ., art. 1861). Mais aucune de ces deux propositions n'est absolue. D'une part, en effet, on s'accorde à reconnaître en pratique la possibilité pour les fondateurs d'une société par actions, sinon de déclarer celles-ci incessibles, du moins d'entourer la faculté de cession de certaines restrictions, destinées principalement à prévenir l'agiotage sur les titres.

1995. — D'autre part, nous l'avons démontré (V. *suprà*, n. 1859), l'incessibilité n'est pas de l'essence de la société par intérêt. Les statuts peuvent, par une clause expresse, autoriser la cession des parts, sans l'adhésion unanime des coassociés, avec le seul concours du gérant, par exemple. Cette faculté est implicitement consacrée par les art. 57 et 61 de la loi de 1867 (C. comm., art. 42 et 47), aux termes desquels tous changements ou retraites d'associé doivent être publiés; il ne peut s'agir ici que d'une part d'intérêt, puisque les noms des actionnaires ne figurent point dans l'extrait remis à la presse, et l'exigence même d'une publicité spéciale prouve que le cessionnaire dont il s'agit, à la différence d'un croupier, doit, dans la pensée des parties, être substitué entièrement au cédant et prendre ses lieu et place dans la société.

1996. — *f*) Ainsi se trouve justifié, par éliminations successives, un *sixième* (et dernier) *système*, qui prévaut aujourd'hui en jurisprudence et en doctrine, d'après lequel le critérium de la distinction et de l'intérêt doit être cherché, non dans un signe extérieur unique et exclusif, qui en toute occurence imprimerait à la société sa véritable qualification, mais dans la réunion de plusieurs caractères, qui pris isolément peuvent être considérés comme insuffisants, et qui au contraire, groupés et rapprochés, impriment à la société sa physionomie propre, et mettent en lumière l'intention véritable des parties contractantes. En d'autres termes, la question posée serait plutôt une *question de fait*, qu'une question de droit : les juges du fond devant, dans chaque cas douteux, puiser les éléments de leur décision dans le rapprochement d'un ensemble de faits extérieurs, révélateurs de l'intention des parties. — Bédarride, t. 1, n. 318; Bravard et Demangeat, t. 1, p. 270; Beudant, *Rev. crit.*, 1869, p. 135. — Cass. 29 déc. 1868, [D. 69.1.73] — Boistel, n. 219; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 520; Molinier, n. 512; Pont, t. 1, n. 597; Pardessus, n. 973; Houpin, t. 1, n. 276; Ruben de Couder, v° *Soc. en nom comm.*, n. 73; Rousseau, t. 1, n. 990; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 4.

1997. — Ces signes extérieurs de l'action, signes qui d'ailleurs peuvent n'être pas tous réunis en fait, sont notamment : 1° la cessibilité, plus ou moins complète, du titre. Si le titre est négociable par les modes commerciaux, la présomption sera plutôt en faveur du qualificatif « action », même si les statuts entourent l'aliénation du titre de certaines restrictions. S'il est simplement cessible par les voies civiles, son caractère est douteux, et c'est alors surtout qu'il sera nécessaire de faire appel aux autres indices ci-après énumérés.

1998. — 2° Le fractionnement du capital social en un grand nombre de parts égales. Ce fractionnement est un indice assez sûr de l'intention des parties de créer des titres d'une circulation facile ; les parts d'intérêt sont généralement peu nombreuses, de valeur inégale et d'un chiffre élevé.

1999. — 3° L'émission publique de tout ou partie des titres. Une société de personnes se cantonne nécessairement dans un milieu assez restreint, ne fait appel qu'à des personnes unies entre elles par des relations de parenté, d'amitié ou d'affaires. L'appel au public ne se conçoit guère que dans une société par actions.

2000. — 4° La représentation de chaque part par un titre individuel, délivré au titulaire. Cette individualisation des parts, dont l'objectif principal est de faciliter leur transmjssion de main en main, leur circulation, est un des signes les plus sûrs de l'intention des fondateurs de créer une société par actions. Aussi est-ce un des signes que les arrêts relèvent le plus ordinairement, concurremment avec la négociabilité ou la cessibilité.

2001-2008. — Au système que nous venons d'exposer se rattache toute une série de décisions judiciaires. Nous en avons cité un certain nombre *suprà*, v° *Revenu (impôt sur le)*, n. 24 et s. Il a été jugé, dans le même sens, et par application des mêmes principes, que bien que les titres des sociétés anonymes soient essentiellement cessibles, il est permis à une société de cette nature, quand ses actions sont nominatives, d'en restreindre le commerce par une clause de ses statuts assurant pour leur acquisition un droit de préférence aux associés ou aux personnes agréées par les administrateurs, dans des conditions de prix déterminées à l'avance. — Cass., 14 mai 1895, Guihal, [S. et P. 99.1.397, D. 95.1.467] — V. aussi Cass., 19 févr. 1878, Caisse générale des assurances agricoles, [S. 80.1.77, P. 80.160, D. 79.1.392]; — 4 janv. 1888, Chevreau, [S. 88.1.254, P. 88.1.615, D. 88.1.37]; — 20 févr. 1894, Synd. du Crédit viager, [S. et P. 94.1.185, D. 94.1.289] — *Sic*, Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm*, v° *Soc. anon.*, n. 94; Vavasseur, n. 207, 481; Houpin, t. 1, n. 343.

2009. — Et, alors même qu'une pareille clause n'a pas été insérée dans les statuts, elle peut y être ajoutée par une assemblée générale extraordinaire, conformément à l'art. 31, L. 24 juill. 1867, si cette assemblée a reçu des statuts le pouvoir de les modifier suivant les besoins de la société, l'introduction de cette clause n'étant point une modification qui change l'objet ou la nature de la société, ou qui porte atteinte à l'égalité de traitement entre les actionnaires. — Cass., 14 mai 1895, précité.

2010. — De même, les juges du fond peuvent, par interprétation de l'ensemble des statuts d'une société, et sur des constatations relevant notamment le caractère des souscripteurs, le chiffre des parts d'intérêt, la nature des titres, les précautions prises pour empêcher la cession des parts à d'autres qu'aux sociétaires, déclarer que la société est, non une commandite par actions, soumise aux prescriptions de la loi du 24 juill. 1867, mais une association de famille, simplement régie par les conventions intervenues entre les associés. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.147]

2011. — Tel serait le cas d'une société en commandite, dont les fondateurs, auraient réuni les fonds sans faire appel au public, dont les parts nominativement attribuées à chaque sociétaire ne seraient pas représentées par des titres figuratifs extraits d'un registre à souche, signés par les gérants et constituant par eux-mêmes un droit négociable à volonté, mais par un extrait succinct de l'acte de société délivré par le notaire dépositaire des statuts. — Même arrêt. — Sur l'importance du fait que le public n'a pas été appelé à concourir à l'émission, V. Paris, 22 nov. 1890, [*Rev. des soc.*, 91.1.86]

2012. — Et la délibération qui, longtemps après la constitution de la société, a autorisé exceptionnellement l'un des associés à céder librement ses parts, ne saurait modifier le caractère originaire de la société. — Même arrêt.

2013. — Par suite, sont valables l'approbation des apports par tous les souscripteurs en numéraire et celle des avantages conférés aux gérants, ainsi que celle donnée aux comptes de ces derniers, par les simples commanditaires, si elles ont eu lieu conformément aux statuts et dans des conditions répondant à la volonté de toutes les parties pour la constitution de la société. — Même arrêt.

2014. — Jugé également que les parts d'associés sont des intérêts, non des actions, lorsque les statuts n'autorisent la cession que suivant les modes du droit civil, qu'il y est stipulé en outre que les cessions seront subordonnées à l'approbation du directeur gérant, et, enfin, que les circonstances démontrent que la société a été constituée *intuitu personæ*, à raison notamment des opinions politiques de ses membres. — Paris, 30 déc. 1890, [*Ann. de dr. commerc.*, 91.1.53]

2° Nature juridique de l'action. — Droits que l'action ordinaire confère à son titulaire.

2015. — Avant de répondre à la question posée « quelle est la nature juridique de l'action ? » nous devons examiner brièvement les droits que la loi elle-même confère aux actionnaires. La détermination de ces droits ou facultés légales, droits certains, basés sur des textes formels, nous permettra d'éclairer les points obscurs du problème, et de dégager la nature intrinsèque du droit de l'actionnaire, envisagé *in abstracto*.

2016. — I. *Droits de l'actionnaire.* — 1° Les actionnaires ont d'abord le droit qui appartient à tout associé de réclamer dans les bénéfices nets réalisés par la société une part proportionnelle au nombre de leurs actions : cette part est désignée sous le nom de *dividende*. — Sur la distribution des *dividendes fictifs*, V. *infrà*, n. 4477 et s. — Sur la question de savoir si les

associés peuvent recevoir les intérêts de leurs mises lorsque la société n'a réalisé aucun bénéfice, V. *infrà*, n. 4620 et s.

2017. — 2° Les actionnaires ont le droit de partager entre eux, proportionnellement au nombre de leurs actions, l'actif social net, après la dissolution de la société. Souvent même, la société procède au remboursement ou amortissement des actions pendant sa durée, soit en rachetant elle-même ses actions qui sont alors annulées, soit en opérant par voie de tirage au sort, auquel cas les actions sorties au tirage se transforment en actions amorties ou actions *de jouissance*, V. *infrà*, n. 2048 et 2049.

2018. — 3° Les actionnaires ont le droit de prendre part aux diverses assemblées qui se réunissent, soit lors de la constitution, soit pendant le fonctionnement de la société, V. *infrà*, n. 4866 et s.

2019. — 4° Enfin les actionnaires peuvent, sauf les réserves insérées dans les statuts, céder librement leurs actions sans le consentement des autres associés, — V. *infrà*, n. 2090 et s.

2020. — II. *Nature juridique du droit de l'actionnaire.* — Les droits ou prérogatives attachés au titre étant ainsi déterminés, nous pouvons passer à l'étude de la question posée : quelle est la *nature juridique du droit* de l'actionnaire envisagée *in se?* Un point certain, tout d'abord, c'est que ce droit est *mobilier*. L'art. 529, C. civ., s'en explique formellement : « Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, *les actions* ou intérêts *dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies.* Ces actions ou intérêts sont réputés *meubles* à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

2021. — Le principe est certain. Il ne comporte d'exceptions, fort rares d'ailleurs, qu'à l'égard de certaines sociétés privilégiées, autorisées à *immobiliser* leurs titres. C'est ce qui a été fait pour les actions de la Banque de France par le décret réglementaire du 16 janv. 1806. Les actions ainsi immobilisées sont susceptibles de privilèges et d'hypothèques, et soumises aux mêmes conditions que les immeubles. — Troplong, n. 140; Persil, *Soc.*, p. 135. — V. *suprà*, v° *Banque d'émission*, n. 142 et s., *Hypothèque*, n. 209.

2022. — Du caractère mobilier de l'action découlent toutes les conséquences ordinaires de la distinction des meubles et des immeubles, qu'il suffira de rappeler en quelques mots : *a*) Les actions, même dans les sociétés immobilières, sont insusceptibles d'hypothèque; *b*) Les actions possédées par les époux se mariant sans contrat tombent dans la communauté par le fait du mariage; *c*) Le légataire des meubles peut prétendre à toutes les actions possédées par le *de cujus* au jour du décès, etc. — V. pour plus de développements sur l'art. 529, et sur les conséquences pratiques découlant de la nature mobilière de l'action, Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 529, n. 33 et s. — V. aussi, *suprà*, v° *Biens*, n. 419 et s.; *Communauté conjugale*, n. 89 et s.; *Legs*, n. 1463 et s.; *Propriété*, n. 63 et s.

2023. — Rappelons du reste que ce caractère *mobilier* de l'action survit à la dissolution de la société et se perpétue, avec toutes les conséquences qui viennent d'être énumérées, jusqu'à l'achèvement de la liquidation. — V. *suprà*, v° *Biens*, n. 419 et s.

2024. — Mais si tout le monde est obligé de reconnaître, en présence de l'art. 529, C. civ., le caractère *mobilier* de la part d'associé, et spécialement de l'*action*, il y a doute au contraire sur le point de savoir si ce droit mobilier doit être considéré comme un droit *réel* ou un droit personnel? Un premier système, qui a perdu beaucoup de crédit en doctrine, mais qui peut encore se réclamer de quelques décisions judiciaires récentes, soutient que le droit des associés est un droit de *copropriété* destiné à se transformer en propriété individuelle et spéciale à chaque associé après la dissolution de la société. — Cass., 1er vent. an X, Sérilly, [S. et P. chr.] — Paris, 11 janv. 1895, Soc. des immeubles de France, [S. et P. 97.2.241 et la note de M. Tissier, D. 96.2.187] — *Sic*, Beslay et Lauras, t. 5, n. 31; Pardessus, t. 3, n. 992; Troplong, t. 1, n. 70; Pataille, *Rev. de législ. et de jurispr.*, 1846, t. 1, p. 212; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 56.

2025. — C'est, dit-on en ce sens, exagérer la fiction de personnalité morale que de refuser à l'actionnaire la qualité de copropriétaire de l'actif social; on peut très-bien concilier l'idée de la société propriétaire avec celle des associés copropriétaires; la société n'est considérée comme personne morale qu'en tant que cela est nécessaire pour son fonctionnement; mais sa personnalité n'implique pas la négation des droits de propriété des associés. L'art. 34, C. comm., ne dispose-t-il pas que le capital d'une société anonyme se divise en actions, c'est-à-dire que l'action n'est autre chose qu'une part du capital social? N'est-ce pas comme copropriétaire que l'actionnaire vient réclamer des dividendes, qu'il prend part aux assemblées, qu'il donne aux gérants des pouvoirs plus ou moins étendus? Le capital social, propriété commune au moment où la société va être constituée, propriété commune après la dissolution et la liquidation, cesse-t-il donc d'être commun et change-t-il donc de nature pendant que la société fonctionne? « La société possède tout, a écrit Pataille dans un rapport fait en 1846 à la Chambre des requêtes, parce qu'elle est l'universalité des associés ou des propriétaires, de telle sorte que son droit se forme par l'addition de tous les droits individuels : ce principe n'est-il pas la reconnaissance de ces droits individuels plutôt que leur négation? Le droit partiel de l'associé ne peut jamais lutter contre le droit universel de l'être moral; mais il n'y a point de motifs pour dénier à l'actionnaire la qualité de propriétaire, et par suite la jouissance des droits inhérents à cette qualité, alors que leur exercice ne peut et ne doit porter aucune atteinte aux droits de la société ou de ceux qui ont traité avec elle ». — Pataille, *op. cit.*

2026. — Dans un second système, qui d'ailleurs pratiquement conduit à peu près aux mêmes conséquences que le premier, l'action ne serait à proprement parler, ni un droit de propriété, ni un droit de créance; ce serait un droit *sui generis*, participant à la fin de l'un et l'autre. — Beudant, *Rev. crit. de législ.*, 1869, t. 34, p. 135; Houpin, t. 1, n. 348.

2027. — Mais, d'après l'opinion la plus générale, et selon nous la plus juridique, le droit de l'associé doit être considéré, tant du moins que dure la société, *comme un simple droit de créance* ayant pour objet les dividendes à provenir des bénéfices réalisés annuellement par la société. « Sans doute l'associé n'est pas un créancier ordinaire; son droit est bien différent de celui de l'obligataire ou de celui de tout autre créancier de la société; il est un associé; mais sa part dans la société ne constitue qu'une créance contre la société, personne distincte des associés, seule propriétaire du fonds social. La loi considère comme mobilier le droit de l'associé tant que dure la société (C. civ., art. 529), même s'il y a des immeubles dans la société; c'est bien qu'elle ne lui reconnaît pas la copropriété des immeubles sociaux. — Tissier, note sous Paris, 11 janv. 1895, précité. — V. Aubry et Rau, t. 1, p. 605, § 432, et p. 709, § 433; Pont, t. 2, n. 1115; Boistel, n. 165; Lyon-Caen et Renault, note sous Paris, 18 août 1881, De Blémont, [S. 82.2.25, P. 82.1.197]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 141 et s. — V. au surplus, sur les différences qui séparent les actionnaires, créanciers de dividendes et associés tout à la fois, de l'obligataire pur créancier, *infrà*, n. 2555 et s.

2028. — C'est cette solution que la jurisprudence paraît avoir admise. « Le fonds social, a dit la Cour de cassation, appartient exclusivement à la collection des associés, qui forme un être moral, lequel, en sa qualité de propriétaire du fonds social, est créancier ou débiteur, soit envers les tiers, soit même envers chaque associé ». — Cass., 3 mars 1829, Enregistrement, [S. et P. chr.] — V. aussi Cass., 23 janv. 1860, Docks Napoléon, [S. 60.1.543, P. 60.1122, D. 60.1.123] — « Les immeubles, dit un arrêt récent, ne sont pas la copropriété indivise des associés, mais la propriété exclusive de la société ». — Cass., 23 févr. 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes, [S. et P. 92.1.73, et la note de M. Meynial, D. 91.1.337] — Et la Cour de Paris a dit elle-même très-nettement, à propos du gage établi sur la part d'un associé : « Le transfert en garantie n'avait point pour objet un droit réel, mais bien un droit éventuel de créance contre la société et chacun des coassociés du codébiteur gagiste ». — Paris, 18 août 1881, [S. 82.2.25, P. 82.1.197]

2029. — Du caractère personnel reconnu au droit de l'actionnaire, découle notamment cette conséquence, que la cession du droit ou sa constitution en gage devra pour être opposable aux tiers, être rendue publique dans les formes déterminées par les art. 1690 et 2075, C. civ., toutes les fois du moins que, par dérogation au droit commun, l'action n'est point négociable par les modes commerciaux (transfert, tradition ou endos), mais seulement par les modes civils. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 142, *in fine*.

2030. — Jugé, dans le même sens, antérieurement à la loi du 23 mai 1863 (qui a, modifiant les art. 91 et s., étendu au gage commercial les formes commerciales de la cession), que l'art. 2075, C. civ., aux termes duquel le gage ne s'établit sur les meubles incorporels que par acte public ou sous seing privé, enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage, était applicable au gage commercial ayant pour objet des actions nominatives ou au porteur. — Cass., 23 janv. 1860, précité; — 30 nov. 1864, Helfrich, [S. 64.1.503, P. 64.1263, D. 65.1.55] — V. aussi Montpellier, 4 nov. 1853, Magné, [S. 53.2.266, P. 53.2.532, D. 54.2.171]

2031. — Jugé, également, qu'une part d'associé constitue un droit de créance, et que, par suite, la constitution en gage par un associé de son intérêt dans la société doit être signifiée aux autres associés à peine de nullité à l'égard des tiers. — Paris, 18 août 1881, précité.

2032. — ... Qu'une société civile aussi bien qu'une société commerciale constitue une personne morale, distincte des associés, et qu'elle est, à l'exclusion de ceux-ci, seule propriétaire du fonds social. En conséquence, est nulle l'hypothèque consentie par un associé pour sa part indivise dans les immeubles de la société. — Cass., 23 févr. 1891, précité. — Sur les sociétés civiles par actions, V. *suprà*, 1953, et *infrà*, n. 5728 et s. — Sur la personnalité morale des sociétés civiles, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 517 et s., v° *Biens*, n. 434 et s.

2033. — Que décider en ce qui concerne la *saisie* des actions par les créanciers de l'actionnaire? La solution donnée à la question posée (*suprà*, n. 2024), a-t-elle une influence quelconque sur les formes et conditions de recevabilité de la saisie? La Cour de Paris, dans un arrêt récent, favorable à la *realité* du droit de l'associé, a paru l'admettre. Jugé, en effet, que les actions ne conférant pas à l'associé un droit de créance même éventuel contre la société, mais étant purement et simplement la constatation du droit de l'associé à la propriété collective de tous les associés, propriété qui ne pourra devenir individuelle et spéciale à chaque actionnaire qu'après la dissolution de la société, une saisie-arrêt ne peut utilement frapper entre les mains de la société les actions nominatives dont elle a remis les titres à l'associé. — V. Paris, 11 janv. 1895, précité. — V. aussi *suprà*, v° *Saisie-arrêt*, n. 287 et s.

2034. — Nous avons combattu cette doctrine *suprà*, n. 2927, et nous avons vu que la jurisprudence semble la repousser. Nous pensons donc, malgré cet arrêt, que l'on peut procéder par voie de saisie-arrêt à l'égard, du moins, des actions nominatives. Opposition sera faite aux mains de la société, à laquelle on fera défense de payer les intérêts et dividendes et de rembourser, le cas échéant, le capital. Puis on demandera au tribunal, en même temps qu'il statuera sur la validité de cette saisie-arrêt, d'ordonner la vente du titre à la Bourse, s'il y est coté, et, dans le cas contraire par un agent de change. — V. Tissier, note précitée. — Sur la saisie-arrêt des *titres au porteur*, V. De Folleville, *Traité des titres au porteur*, n. 360; Dodo, *Tr. de la saisie-arrêt*, n. 82, qui nient la possibilité de saisir-arrêter ces titres, et, en sens contraire, Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. 2, n. 1164.

2035. — Admettons un instant, pour les besoins de la discussion, que la saisie-arrêt ne puisse frapper l'action elle-même; tout au moins cette procédure devrait-elle, sans aucun doute, être déclarée recevable au regard de la créance de dividendes. En effet, si l'action n'est pas en elle-même une créance, elle donne naissance à des créances qui peuvent être saisies : elles le sont par la saisie-arrêt pratiquée sur les actions. La société est bien débitrice de dividendes. L'arrêt de la Cour de Paris, du 11 janv. 1895 précité, objecte qu'elle n'en est pas débitrice, mais qu'elle a seulement le devoir de les payer; ce devoir s'appelle en droit une obligation, une dette. Et peu importe qu'il n'y ait pas de dividendes mis en distribution au moment de la saisie; celle-ci produit effet pour ceux qui pourront être dus ultérieurement. — V. Cass., 27 nov. 1894, Vito Traverio, [S. et P. 96.1.489, D. 95.1.278] — *Sic*, Molinier, *op. cit.*, n. 426; Tissier, note précitée. — V. aussi Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 56, *in fine*.

2036. — III. *Indivisibilité de l'action.* — L'action est *indivisible* de sa nature. En d'autres termes, les actions (ou coupons d'actions, s'il en a été prévu aux statuts), sont des divisions de capital irréductibles, non susceptibles d'être subdivisées. D'où les conséquences suivantes : *a*) Lorsqu'une action devient, soit par suite d'achat en commun, soit par l'effet d'une transmission héréditaire, la propriété indivise de deux ou plusieurs personnes, cohéritiers ou coacquéreurs, chacun des communistes ne saurait prétendre à se faire délivrer par la société un titre distinct. Ils devront donc s'entendre, si mieux ils n'aiment liciter, pour désigner l'un d'entre eux à l'effet de détenir le titre, de toucher les dividendes, de figurer aux assemblées générales. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 596; Vavasseur, n. 104; Houpin, t. 1, n. 349; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 58.

2037. — *b*) L'indivisibilité du titre a pour conséquence une indivisibilité *solutione* quand au paiement du non versé sur les titres. La société peut refuser tout paiement partiel, et exiger que les copropriétaires de l'action s'entendent pour solder en une seule fois le montant intégral de la somme encore due sur le titre. — Mêmes auteurs.

3° *Obligations légales de l'actionnaire.*

2038. — Comme tous autres associés, les actionnaires sont tenus de réaliser leurs apports. Lorsque ces apports consistent en numéraire, les intérêts des versements à faire courent de plein droit et sans demande, conformément à l'art. 1846, C. civ., à partir du jour où lesdits versements auraient dû être opérés, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu. — Pour plus de développements sur l'action tendant à obtenir de l'actionnaire le paiement du non versé, V. *infrà*, n. 2212 et s. — Sur le taux minimum des actions, et sur les versements qui doivent être effectués au moment de la constitution de la société (L. de 1867, art. 1), V. *infrà*, n. 3015 et s. — Sur la question de savoir à qui les versements peuvent être réclamés dans le cas où l'action non libérée a été l'objet de cessions successives, V. *infrà*, n. 3225 et s.

§ 2. *Des types exceptionnels d'actions.*

2039. — Si les actions peuvent n'être pas toujours d'égale valeur, elles peuvent aussi être de nature différente et ne pas conférer toutes des droits identiques aux actionnaires. Nous avons distingué à ce point de vue (V. *suprà*, n. 1961 et s.) les *actions de capital* ou *de numeraire*, les *actions d'apport*, les *actions industrielles*, les *actions de primes*, les *actions de jouissance* et les *actions privilégiées* ou *de priorité*. L'action *de capital* ou *de numéraire* est l'action-type, celle dont le montant intégral est versé ou doit être versé en numéraire; nous n'avons pas à revenir sur les droits qu'elle confère. — V. *suprà*, n. 2016 et s.

2040. — Quant aux types anormaux d'actions, les uns, comme l'action d'apport, confèrent au titulaire des droits identiques à ceux résultant de l'action ordinaire, mais s'en différencient au point de vue de la négociabilité. Les autres, comme les actions industrielles ou les actions de jouissance, donnent des droits moins étendus. D'autres enfin, à l'inverse, comme leur nom l'indique, assurent à leur titulaire une position privilégiée. Reprenons successivement ces diverses variétés d'actions.

1° *Actions d'apport.*

2041. — Les *actions d'apport* sont celles attribuées aux actionnaires qui ont fait des apports en nature. On les appelle aussi *actions de fondation*, parce que les apports en nature sont souvent effectués par les fondateurs de la société. Même en ce cas, il importe de ne pas les confondre avec le titre dénommé *part de fondateur* (V. *infrà*, n. 2434 et s.), attendu que ce dernier titre ne confère de droit que sur les dividendes, tandis que l'action d'apport confère des droits aussi étendus que l'action du capital, c'est-à-dire un droit sur les dividendes, d'une part, un droit sur l'actif social, d'autre part.

2042. — L'action d'apport n'est distinguée de l'action ordinaire qu'à deux points de vue : 1° Elle nécessite, pour sa régularité, la réunion d'une double assemblée générale constitutive (Sur l'approbation des apports en nature, V. *infrà*, n. 3312 et s.); 2° Depuis la loi de 1893, et sauf une exception récemment introduite par la loi de juillet 1902, les actions d'apport ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société. — V. *infrà*, n. 2133 et s.

2° *Actions industrielles et actions de prime.*

2043. — Les *actions industrielles* sont celles qui sont attribuées aux associés qui ont fait un apport en industrie. Elles

constituent ainsi une variété des actions d'apport. Mais, comme les apporteurs en industrie, à la différence des apporteurs en nature, n'ont pas contribué à la formation du capital social, on décide en général qu'ils n'ont droit qu'à une part dans les dividendes, mais non à une fraction dudit capital, à moins d'une clause contraire dans les statuts sociaux. A ce point de vue, l'action industrielle se rapproche de la part de fondateur (V. *infrà*, n. 2434 et s.). Elle s'en distingue toutefois en ce qu'elle confère aux porteurs le droit d'assister aux assemblées. — Deloison, t. 1, n. 262; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560; Houpin, t. 1, n. 284; Percerou, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, p. 141. — *Contrà*, Lecouturier, *De la part de fondateur* (*Rev. crit.*, 1897, p. 152).

2044. — Avec les actions industrielles ou d'apport, ne doivent point être confondues les actions *de prime*. On désigne sous ce vocable les actions libérées qui sont parfois attribuées à des tiers en rémunération des soins qu'ils ont donnés à la constitution de la société, sans qu'ils aient d'ailleurs effectué aucune espèce d'apport. La légalité de ces actions de prime est des plus contestables.

2045. — Un certain nombre d'auteurs établissent, à ce point de vue, une distinction, suivant que les actions de prime constituent une division du capital social, ou qu'elles sont délivrées en dehors de ce capital : dans le premier cas, elle seraient interdites, dans le second, au contraire, elles seraient valables. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *ter* et 690; Percerou, *op. cit.*, p. 161; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 105; De Muralt, *Fondation des sociétés anonymes*, §§ 52 à 105; Goirand, *Soc. par actions*, n. 50.

2046. — Mais il nous paraît plus juridique de condamner absolument, comme illégal en toute occurrence, bien qu'il soit très-usité, ce procédé qui consiste à rémunérer des services, vrais ou prétendus, rendus à la société par certaines personnes, banquiers, courtiers, publicistes, syndicataires et autres, au moyen de la remise *gratuite* d'actions libérées. Cette remise est illégale à un double titre : d'abord, parce qu'elle est une violation flagrante du principe posé par l'art. 1832, C. civ., pour toute espèce de société, aux termes duquel *tout* associé doit faire un apport, exposé aux risques de l'entreprise (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 16 et s.); en second lieu, parce qu'elle est inconciliable avec l'art. 1, L. 24 juill. 1867, qui exige la souscription *intégrale* du capital social pour la constitution des sociétés par actions (V. *infrà*, n. 2913 et s.). Comment concevoir d'ailleurs que « pour sauvegarder le principe de la souscription intégrale du capital, l'on admette des actions de capital *en dehors du capital?* » — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 13. — V. Alauzet, t. 1, n. 639; Houpin, t. 1, n. 285; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 116; Pont, t. 2, n. 888; Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 150; Vavasseur, n. 529.

2047. — En réalité, les services de cette catégorie, ne correspondant à aucun apport en nature, ne peuvent être légitimement rémunérés, sous réserve de l'accomplissement des formalités d'approbation prescrites par l'art. 4 de la loi de 1867, que de deux façons : en espèces, ou par la remise de parts de fondateur, ne conférant aucun droit sur le fonds social, et échappant dès lors aux critiques formulées contre la remise d'actions libérées.

3° *Actions de jouissance.*

2048. — On désigne sous ce nom les actions amorties à la suite d'un tirage au sort. L'actionnaire dont les actions sont ainsi amorties reste associé, et peut, comme auparavant, prendre part aux assemblées générales. Mais comme son apport lui a été remboursé, il ne peut prétendre annuellement qu'à un dividende diminué de la quote-part correspondant à l'intérêt de la somme qui lui a été versée; de même qu'à la dissolution il ne prendra part au partage de l'actif social qu'après que leurs mises auront été remboursées aux actionnaires moins favorisés. Dans certaines sociétés, les porteurs d'actions amorties échangent leurs anciens titres, munis d'un double coupon, intérêts et dividendes, contre de nouveaux, dits action de jouissance, ne comportant qu'une part de dividende.

2049. — Un parallèle sera établi ultérieurement entre l'amortissement des actions et celui des obligations. Il nous suffira de faire remarquer que le premier est l'exception, et le second la règle; que l'amortissement des obligations est une charge sociale rentrant dans les frais généraux, tandis que, par suite du principe de la fixité du capital, l'amortissement des actions n'est régulier qu'à la condition de s'opérer au moyen d'un prélèvement sur les bénéfices nets; enfin que l'obligation amortie est anéantie, tandis que l'action amortie est simplement transformée en un titre conférant des droits moindres que l'ancien. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560; Houpin, t. 1, n. 286; Le Duc, *Actions de jouissance* (*Rev. crit.*, 1898, p. 4[illegible]); Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 19 et 19 *bis*. — V. *infrà*, n. 2788 et s.

4° *Actions privilégiées ou de priorité.*

2050. — Les actions *privilégiées* ou de *priorité* sont des actions qui attribuent aux actionnaires qui les ont souscrites certains avantages, tels que : le droit de prélever une quote-part des bénéfices annuels avant les actions ordinaires; le droit de percevoir un intérêt fixe avant toute répartition de dividendes, les actions ordinaires ne recevant aucun intérêt, mais seulement un dividende; le droit, en cas de dissolution, d'être remboursés sur l'actif social avant les porteurs d'actions ordinaires; ou encore le droit, au cours même de l'existence de la société, de se faire rembourser sur les premiers bénéfices, par voie d'amortissement avant les autres actionnaires.

2051. — L'utilité de ces combinaisons multiples n'est pas contestable. La création, *ab initio*, par les statuts primitifs, de deux groupes d'actionnaires, permet aux fondateurs de la société d'obtenir plus aisément le concours de capitalistes, qui subordonnent leur souscription à la certitude de toucher immédiatement des intérêts ou de bénéficier d'une combinaison avantageuse d'amortissement. Mais c'est surtout au cours de l'existence sociale que l'émission d'actions nouvelles privilégiées peut offrir des avantages inappréciables : soit qu'il s'agisse d'une société prospère désireuse d'étendre le champ de ses opérations, soit que (hypothèse plus fréquente) la société traverse une crise passagère, et qu'elle ait besoin pour en triompher de l'apport immédiat d'un capital nouveau, capital qui ne s'offrira que si l'entreprise lui offre une rémunération immédiate.

2052. — Sans doute, la société aurait la ressource d'émettre des obligations, mais les actions de priorité présentent, sur les obligations, de sérieux avantages, nettement mis en relief dans le rapport de M. Chastenet à la Chambre des députés (19 déc. 1901, *J. off.*, 11 avr. 1902, annexe n. 2847, p. 576) : « D'une part, la société n'est pas asservie à la charge d'un intérêt fixe dont les échéances inexorables pourraient être redoutées; d'autre part, les actionnaires privilégiés ne sont pas exclus de la gestion sociale; ils participent aux assemblées, ils peuvent être administrateurs, et même, après l'attribution qui leur est faite par préférence, ils conservent un intérêt aux bénéfices éventuels ».

2053. — Donc, les actions de priorité sont utiles; mais sont-elles ou plutôt étaient-elles légales en France, antérieurement à la loi des 9-11 juill. 1902, qui, s'inspirant de la plupart des lois étrangères récentes (C. comm. allemand, modifié par la loi du 28 juin 1884, art. 175, 180, 209; L. anglaise, 15 août 1879, art. 4; C. comm. italien, art. 104-*b*; C. féd. suisse des obligations, art. 526 et s., etc.), en a formellement reconnu la validité?

2054. — Après quelques hésitations, la doctrine et la jurisprudence en avaient reconnu la parfaite légalité. En effet, nous l'avons dit, le principe de l'égalité des actions posé par l'art. 34, C. comm., n'a rien d'absolu; et spécialement, la loi n'exige pas que tous les associés soient traités également au point de vue de la répartition des bénéfices, pas plus qu'elle ne prohibe les avantages qui pourraient être faits à telle ou telle catégorie d'actionnaires. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 558; Percerou, *op. cit.*, p. 142; Pont, t. 2, n. 1585; Vavasseur, t. 1, n. 137; Wahl, *Augmentation du capital social*, n. 34; Mornard, n. 37; Houpin, t. 1, n. 283; Floucaud-Pénardille, t. 1, p. 16.

2055. — Peu importe même que les premiers bénéfices soient exclusivement affectés au paiement des intérêts et au remboursement du capital des souscriptions consenties par les actionnaires privilégiés, s'il est stipulé qu'à partir du moment où ce résultat aura été atteint, lesdits actionnaires n'auront plus aucun droit aux bénéfices ultérieurs et à la répartition du capital social. On ne saurait appliquer ici l'art. 1855, C. civ., et soutenir que la totalité des bénéfices est attribuée à certains actionnaires : les autres actionnaires ont droit, en effet, d'une façon tout au moins éventuelle, à la répartition des bénéfices, et cette attribution éventuelle suffit pour que la disposition prohibitive de l'art. 1855 ne puisse plus recevoir son application. — Paris,

15 mars 1866, Schmitz, [S. 66.2.235, P. 66.919]; — 10 janv. 1867, Duchadoz, [D. 69.2.239]; — 27 juill. 1869, Sax, [S. 70.2.47, P. 70.226]; — 19 avr. 1875, Oudin, [D. 75.2.161]; — 28 mai 1884, Soc. anonyme des fonderies et laminoirs de Rumilly, [D. 86.2.177, et la note de M. Levillain] — Lyon, 4 mars 1891, [Rev. des soc., 91.394] — Bruxelles, 15 févr. 1897, [J. des soc., 97.285] — V. aussi Cass., 20 déc. 1882, Synd. de la soc. foncière calédonienne, [S. 83.1.198, P. 83.1.490, D. 83.1.301]

2056. — Mais la création d'actions de priorité au cours de l'existence sociale n'en était pas moins impossible en fait, dans la plupart des cas, à moins que les statuts n'eussent prévu formellement cette éventualité, ou ne l'eussent implicitement autorisée en conférant à l'assemblée générale extraordinaire la faculté de modifier la répartition des bénéfices. Il est en effet constant, en doctrine et en jurisprudence, que les stipulations des statuts relatives au partage des bénéfices doivent être considérées comme *essentielles*, attendu que c'est en vue de bénéfices, tels qu'ils devaient être répartis d'après les statuts, que les associés ont donné leur consentement; il faut donc, dans le silence des statuts, l'adhésion *unanime* des actionnaires pour légitimer une dérogation quelconque aux bases de la répartition. Or, dans une société nombreuse, cette unanimité est pratiquement impossible à obtenir. — Auteurs précités. — V. aussi Deloison, n. 437; Ruben de Couder, *Soc. anon.*, n. 173. — Sur les conditions de validité des modifications aux statuts, V. *infrà*, n. 5247 et s.

2057. — Cet état de choses ayant soulevé de vives réclamations dans le milieu des affaires, M. Millerand saisit, à la date du 12 juin 1899, la Chambre des députés d'une proposition tendant à reconnaître formellement la légalité des actions de priorité, et à en autoriser la création par simple délibération de l'assemblée générale extraordinaire statuant aux conditions de majorité déterminées par l'art. 31 de la loi de 1867, à moins de clauses contraires dans les statuts. Le Congrès des sociétés par actions, de 1900, s'étant de son côté prononcé en faveur d'une législation aussi libérale que possible sur les actions de priorité (Compte rendu du Congrès, p. 222 et s. — V. rapp. au Congrès de MM. Buchère, p. 505, et Gaulet, p. 515), le Parlement crut devoir modifier, presque sans discussion, sur les rapports de M. Chastenet à la Chambre (V. *suprà*, n. 2052), et de M. Girard au Sénat (12 juin 1902, Sénat, annexe, n. 266), le texte de l'art. 34, C. comm.

2058. — Ce fut l'objet de la loi des 9-11 juill. 1902, qui complète l'art. 34, C. comm., de la façon suivante : « Le capital social de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale. Sauf les dispositions contraires des statuts, la société peut créer des actions de priorité, investies du droit de participer avant les autres actions à la répartition des bénéfices ou au partage de l'actif social. Sauf dispositions contraires des statuts, les actions de priorité et les autres actions ont, dans les assemblées, un droit de vote égal. Dans le cas où la décision de l'assemblée générale comporterait une modification dans les droits respectifs des actions des différentes catégories, il faut, en dehors de l'assemblée générale, convoquer une assemblée spéciale des actionnaires dont les droits ont été modifiés. Cette assemblée spéciale doit délibérer, eu égard au capital représenté par les actions dont il s'agit, dans les conditions de l'art. 31, L. 24 juill. 1867 en tant que les statuts ne contiendraient pas d'autres prescriptions ».

2059. — Dès le lendemain de la promulgation de la loi des 9-11 juill. 1902, l'imperfection et l'obscurité de sa rédaction suscitèrent les plus vives critiques. D'une part, en effet, cette loi ne visait *in terminis* que les sociétés anonymes, d'où la question de savoir s'il était possible de l'étendre à la commandite par actions; d'autre part, la rédaction contournée du § 2, empruntée presque textuellement à la loi allemande, laissait difficilement percer la pensée du législateur. — Wahl, *Journ. des soc.*, 1902, p. 97 et 378; 1903, p. 5; Decugis, *Les actions d'apport négociables en cas de fusion et les actions de priorité;* Thaller, *Ann. de dr. commerc.*, 1902, p. 202 et 258; Genevois, *Les actions de priorité;* Maréchal, *La loi du 9 juill. 1902 sur les actions de priorité;* R. Rousseau, *Examen de la loi du 9 juill. 1902* (*Liberté*, 20 oct. et 17 nov. 1902).

2060. — Mais la plus grave controverse concernait la rétroactivité ou la non-rétroactivité de la loi nouvelle. D'une part, il semblait difficile, en l'absence de disposition formelle de la loi, d'attribuer un effet rétroactif à une loi qui, semblait-il, allait à l'encontre de droits acquis (R. Rousseau, *op. cit.;* Wahl, *op. cit.;* A. Dreyfus, *Cote de la Bourse*, 3 déc. 1902). D'autre part, n'était-ce pas restreindre singulièrement la portée pratique de la loi, et aller à l'encontre du but poursuivi, que de la déclarer inapplicable aux sociétés existant au moment de sa promulgation, alors surtout que son caractère de loi interprétative, conséquemment rétroactive, avait été nettement affirmé dans les travaux préparatoires? (V. rapp. Girard au Sénat). — Thaller, *op. cit.*

2061. — Ce fut dans le sens restrictif, c'est-à-dire de la non-rétroactivité, que se prononça la jurisprudence. S'il est vrai, disait le tribunal de commerce de la Seine, que les rédacteurs de la loi aient entendu que la loi du 9 juill. 1902 fût rétroactive, les travaux et discussions préparatoires utiles à consulter lorsqu'il s'agit du sens exact d'un article obscur et controversé, ne sauraient avoir le pouvoir de rendre rétroactive une loi qui n'affirme pas ce caractère. En plus, ajoutait le tribunal, si un tempérament est admis à la règle absolue de la non-rétroactivité des lois en ce qui concerne les lois interprétatives, c'est à la condition qu'elles ne portent aucune atteinte aux droits acquis au moment de leur promulgation. Or, quand les statuts n'ont pas prévu la création d'actions de priorité, chacun des actionnaires a un droit acquis intangible (sous l'empire de la loi ancienne) à ce que la répartition des bénéfices soit et demeure telle que l'a prévu l'acte de société. Est nulle en conséquence et non avenue la délibération de l'assemblée générale d'une société ancienne (Comp. des Messageries maritimes), autorisant l'émission d'actions de priorité dans les termes de la loi nouvelle. — Trib. comm. Seine, 10 déc. 1902, Cie des Messageries maritimes, [*Mon. jud. de Lyon*, 17 janv. 1903]

2062. — Cette décision provoqua une réelle émotion dans le monde des affaires. Les promoteurs de la loi, estimant que par cette jurisprudence leur pensée était dénaturée, élaborèrent un nouveau texte assimilant la commandite par actions à la société anonyme, précisant les formalités à accomplir pour rendre la délibération opposable aux anciens actionnaires lésés par la création des actions de priorité et affirmant expressément la rétroactivité de la loi.

2063. — Ce texte est devenu la loi du 16 nov. 1903 aux termes de laquelle l'art. 34, C. comm., est ainsi complété : « Le capital social des sociétés par actions se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur nominale égale. *Toute société par actions* peut, par délibération de l'assemblée générale constituée dans les conditions prévues par l'art. 31, L. 24 juill. 1867, créer des *actions de priorité* jouissant de certains avantages sur les autres actions ou conférant des droits d'antériorité, soit sur les bénéfices, soit sur l'actif social, soit sur les deux si les statuts n'interdisent point par une *prohibition directe ou expresse*, la création d'actions de cette nature. Sauf dispositions contraires des statuts, les actions de priorité et les autres actions ont, dans les assemblées, un droit de vote égal. Dans le cas où une décision de l'assemblée générale comporterait une modification dans les droits attachés à une catégorie d'actions, cette décision ne sera définitive qu'après avoir été ratifiée par une assemblée générale des actionnaires de la catégorie visée. Cette assemblée *spéciale*, pour délibérer valablement doit réunir au moins la moitié du capital représenté par les actions dont il s'agit, à moins que les statuts ne prescrivent un minimum plus élevé » (art. 1). La présente loi est *applicable aux sociétés fondées antérieurement à la présente loi* » (art. 2).

2064. — La loi de 1903 a précisément été appliquée pour la première fois dans l'affaire qui avait motivé ses dispositions. Sur appel, le jugement précité du tribunal de commerce de la Seine, en date du 10 déc. 1902, a été infirmé par la cour de Paris, décidant que « depuis la loi du 16 nov. 1903, les sociétés par actions fondées antérieurement ou postérieurement à cette loi, peuvent créer des actions de priorité, si les statuts n'interdisent pas, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de cette nature. — Paris, 16 déc. 1903, Comp. des Messageries maritimes, [*Gaz. des Trib.*, 28 janv. 1904]

2065. — En conséquence et en l'absence de toute interdiction de ce genre, sont régulières et valables les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires d'une société anonyme qui autorisent la création d'actions de priorité, bien que ladite société ait été constituée avant la loi du 9 juill. 1902, et sans qu'il y ait lieu d'examiner si cette loi avait ou non un effet rétroactif. — Même arrêt.

§ 3. *Des formes extrinsèques de l'action. — Influence de la forme adoptée sur les modes de transmission.*

1° *Des formes extrinsèques de l'action. — Faculté d'option entre les diverses formes.*

2066. — Le droit de l'actionnaire (comme d'ailleurs celui de l'obligataire, V. *infrà*, n. 2630 et s.) se matérialise ordinairement dans un titre. La délivrance d'un titre à l'associé s'impose par la force même des choses, soit pour les actions *au porteur*, caractérisées par l'incorporation matérielle du droit abstrait dans le titre concret qui le représente (Thaller, n. 720), soit pour les actions *à ordre*, dont la transmission présuppose l'apposition, sur un titre individualisé, de la formule de l'endossement. — V. *suprà*, n. 1968.

2067. — La délivrance d'un titre à l'associé n'est pas, au contraire, rigoureusement indispensable, *in se*, lorsque l'action est *nominative*, les formalités du transfert pouvant s'accomplir dans les bureaux de la Compagnie indépendamment de cette individualisation (Houpin, t. 1, n. 293). Mais la création de titres nominatifs n'en est pas moins la règle, même lorsqu'elle n'est pas imposée expressément par les statuts.

2068. — I. *Description des diverses formes de titres, consacrées par l'usage.* — A. *Titres nominatifs.* — L'action est nominative lorsque le nom du titulaire est à la fois désigné sur le titre et relevé au siège social sur le registre des transferts. Matériellement, le titre est une feuille de dimension variable, extraite d'un registre à souche, comportant les mentions suivantes : 1° nom, prénoms, profession et domicile du titulaire (ainsi que ses qualités, mineur, interdit, femme mariée, afin de renseigner la société sur la mesure de sa capacité); 2° nombre et numéro des actions appartenant au titulaire; 3° nature de la société, montant du capital, siège social; 4° en bas ou au dos, une partie blanche, quadrillée, sur laquelle sont constatés par l'apposition d'un timbre les paiements de dividendes. Parfois, un extrait des statuts est imprimé sur ce titre. — Pour plus de développements sur toutes les questions de pratique se rattachant à la délivrance des titres : V. Minard, *Du titre nominatif, nature et fonctionnement*; Houpin, t. 1, n. 293 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Agent de change*, n. 341 et s., et *infrà*, v° *Valeurs mobilières*.

2069. — L'authenticité de chaque titre est attestée par le timbre de la société, accompagné de la signature de deux administrateurs, si la société est anonyme, du gérant et d'un membre du conseil de surveillance, pour la société en commandite. Un *fac-similé* des signatures, susceptible d'être frauduleusement reproduit, serait irrégulier. — Cass., 20 janv. 1897, Soc. des boulonneries de Bogny-Breuil, [S. et P. 97.1.513, D. 97.1.128] — Houpin, t. 1, n. 293 *bis*. — La pratique en offre cependant des exemples, surtout dans les grandes sociétés, émettant un très-grand nombre de titres. — Houpin, *op. cit.*; Ménard, n. 117; Wahl, *Traité des titres au porteur*, n. 393.

2070. — B. *Titres au porteur.* — Le titre est au porteur lorsque le nom du titulaire n'est ni inscrit sur le titre, ni enregistré au siège social. Il est ainsi dénommé parce que le *porteur*, c'est-à-dire le détenteur actuel exerce en règle générale (sous les réserves qui seront signalées), tous les droits attachés à la qualité d'associé, conformément au principe traditionnel « en fait de meubles, possession vaut titre »; principe étendu des meubles corporels aux actions au porteur, matérialisées dans un titre circulant.

2071. — Le titre au porteur présente le même aspect extérieur que le titre nominatif, sauf que la partie supérieure, au lieu d'un nom, porte la mention *action au porteur*, avec un *numéro d'ordre*, qui seul permet d'individualiser le titre, et que la partie inférieure est munie de coupons, correspondant à chaque échéance des dividendes, et payables au porteur, sans qu'il soit nécessaire, pour en obtenir le paiement, de produire le titre lui-même.

2072. — C. *Titres mixtes.* — Cette dernière différence peut ne pas exister entre les titres nominatifs et les titres au porteur. Un titre nominatif peut en effet être muni de coupons à détacher. On désigne dans la pratique sous le nom de titres *mixtes* les titres de cette nature. Mais en réalité ce sont de véritables titres nominatifs au point de vue des formes du transfert; le régime des titres au porteur ne leur est appliqué qu'en ce qui concerne les coupons. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 602; Houpin, t. 1, n. 297.

2073. — D. *Titres à ordre.* — Ces titres, assez rares dans la pratique, sont libellés à l'ordre d'une personne déterminée, à l'instar des effets de commerce. La validité en est universellement reconnue. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 597; Ruben de Couder, *Soc. anon.*, n. 114; Houpin, t. 1, n. 299; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 55; Boistel, n. 746; Minard, n. 142.

2074. — II. *Des échanges de titres.* — Les sociétés sont assez fréquemment obligées de procéder à un échange général des titres anciens contre des titres nouveaux. Cet échange est nécessaire, notamment : après libération intégrale du capital, pour la remise de titres définitifs en échange des certificats provisoires (nominatifs) délivrés aux souscripteurs; pour le renouvellement des coupons; en cas de modifications statutaires, etc. Lorsqu'il est procédé à l'échange de titres au porteur, anciens, contre des titres nouveaux, la Compagnie n'est nullement tenue de remettre des titres portant les mêmes numéros. Toutes les actions étant de même valeur, l'actionnaire n'a aucun intérêt à conserver les mêmes numéros, et à imposer à la Compagnie un travail de répartition d'une complication extrême. — Houpin, t. 1, n. 296; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 46 *bis*.

2075. — III. *De la faculté d'option entre les diverses formes.* — La forme *nominative* est la forme normale des actions. Non seulement il est interdit de convertir les actions nominatives en titres au porteur avant libération intégrale (V. *infrà*, n. 3038 et s.), d'où il suit qu'à l'origine, les certificats remis aux souscripteurs, débiteurs du non versé, doivent toujours être nominatifs; mais la création de titres au porteur, même après libération intégrale, n'est possible que dans les sociétés dont les statuts prévoient et autorisent cette création. — Houpin, t. 1, n. 301; Bouvier-Bangillon, p. 55.

2076. — Certains auteurs estiment cependant qu'une autorisation expresse des statuts est inutile : il suffit, pour que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur puisse être demandée par les porteurs de titres libérés, que les statuts ne s'y opposent point. — Wahl, *J. des soc.* 1897, p. 193; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 109.

2077. — Mais dans cette dernière opinion, il subsiste tout au moins entre la forme nominative et la forme au porteur cette différence que la société peut, par une clause statutaire expresse, *imposer* la forme nominative, en vue de prévenir l'agio sur les titres (ainsi en est il des actions de la Banque de France); tandis que, d'après l'opinion générale, la forme *au porteur* ne saurait être imposée, et les propriétaires de titres au porteur conservent, nonobstant toute clause contraire, le droit d'exiger la délivrance de titres nominatifs. Le caractère nominatif du titre s'impose, du reste et pour les titres des administrateurs de sociétés anonymes (L. de 1867, art. 26) et pour les titres des incapables (L. 27 févr. 1880, art. 5).

2078. — Sous ces seules réserves, la faculté pour chaque actionnaire de demander à son gré la conversion de ses titres nominatifs en titres au porteur ou *vice versâ* peut être considérée comme entière. Les textes de l'époque intermédiaire prohibitifs de la forme au porteur ont disparu (Décr. 26 germ. an II, abrogé par le décr. du 30 brum. an IV), et la jurisprudence, bien avant la loi de 1867, avait formellement affirmé la légalité de la création des titres au porteur dans la société en commandite comme dans la société anonyme. — Paris, 7 févr. 1832, Alary, [S. 32.2.257, P. chr.]; — 14 févr. 1832, Dorville, [P. chr.] — V. Mollot, *Des bourses de commerce*, p. 200; Frémery, p. 59; Delangle, n. 502; Troplong, n. 147. — Le droit individuel d'option ou de conversion reconnu à chaque actionnaire est d'ailleurs implicitement consacré, non seulement par l'art. 3 de la loi de 1867, amendée en 1893, qui suspend, pour l'avenir, jusqu'à la libération intégrale, l'exercice de cette faculté d'option, mais aussi par les lois fiscales (V. L. 23 juin 1857, art. 8).

2079. — L'actionnaire optera pour la forme nominative ou la forme au porteur suivant l'usage qu'il entend faire des titres. Recherche-t-il un placement durable, un placement de père de famille, il donnera la préférence à la forme nominative. Cette forme, en effet, même depuis la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur perdus ou volés, présente plus de sécurité en cas de perte ou de vol; d'autre part le revenu des titres nominatifs est supérieur, les titres au porteur acquittant outre l'impôt de 4 p. 0/0 sur le revenu, une taxe annuelle de 0 fr. 20 p. 0/0 représentative du droit de transmission.

2080. — L'actionnaire se propose-t-il au contraire une spéculation, la forme au porteur présentera pour lui plus d'avantages.

Il échappera en effet au paiement de la taxe de transmission due à chaque mutation d'un titre nominatif, encaissera plus aisément les coupons, pourra plus facilement se procurer du crédit par la mise en gage, et poursuivre, au moyen de reports, les opérations à terme engagées par lui sur les titres. — Pour l'étude des taxes et impôts divers auxquels sont soumis les titres, nominatifs ou au porteur, français ou étrangers. — V. *infrà*, v° *Valeurs mobilières*.

2° *Influence de la forme adoptée sur les modes de transmission des titres.*

2081. — Nous reviendrons ultérieurement (*infrà*, n. 2090 et s.), sur les conditions auxquelles la loi subordonne la validité de la négociation des titres. Il s'agit ici uniquement des formes extrinsèques, extérieures, de la négociation, abstraction faite du point de savoir quelles en sont les conditions *extrinsèques* de validité. D'une manière générale, l'on désigne sous le nom de *négociation* l'ensemble des formes usitées au commerce pour la transmission des titres : formes plus rapides, plus simples et moins coûteuses que les formes de la cession civile des droits incorporels. Ces formes sont au nombre de trois, comme les formes des titres auxquels elles correspondent : le *transfert* pour les titres nominatifs, la *tradition* pour les titres au porteur, l'*endossement* pour les titres à ordre. — Pour le transfert, V. *infrà*, v° *Transfert*. — Pour la tradition des titres au porteur, V. *infrà*, v° *Valeurs mobilières*.

3° *De l'endossement des actions à ordre.*

2082. — Les actions (et les obligations) peuvent être à ordre (V. *suprà*, n. 2073, et v° *Endossement*, n. 31) : elles sont alors transmissibles par voie d'endossement, formalité qui est plus simple que le transfert pour un titre nominatif, et qui offre plus de sécurité que la tradition pour un titre au porteur, puisqu'un faux est nécessaire pour qu'un tiers puisse s'attribuer indûment la propriété de l'action. — Boistel, n. 238; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 277; Houpin, t. 1, n. 340; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 597; Pont, t. 2, n. 911 et 1588; Rivière, n. 41; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 123; Troplong, n. 146; Floucaud-Pardille, t. 1, n. 55.

2083. — Les statuts sociaux stipulent parfois que l'endossement devra être inscrit ou mentionné sur les registres de la société. Dans ce cas, la question de savoir à quel moment s'opère la transmission de la propriété à l'égard de la société et des tiers doit être résolue par la distinction suivante : si les statuts considèrent l'inscription sur les registres de la société comme une formalité essentielle et comme un élément indispensable de l'acquisition des titres, l'endossement ne suffit pas et la transmission de propriété n'opère qu'à partir de ladite inscription; si au contraire cette inscription ne peut être considérée que comme une mesure d'ordre purement intérieur et qui n'est destinée qu'à faire connaître à la société les nouveaux titulaires des actions déjà cédées en vertu d'un endossement, cet endossement suffit alors à la transmission de la propriété des actions. — Houpin, *op. cit.*

2084. — Jugé en ce sens que, lorsque des actions nominatives sont déclarées transmissibles par acte authentique ou par endossement, cet acte ou cet endossement ne peuvent assurer la transmission de ces titres *ergà omnes*, s'il est stipulé dans les statuts sociaux que les mutations d'actions n'auront d'effet à l'égard de la société que par la notification et la délivrance qui lui seront faites par actes extrajudiciaires des actes authentiques, que mention de ces mutations sera opérée sur les registres de la société, et que ces mentions seront soumises au même contrôle et aux mêmes formalités que les transferts. — Cass., 26 janv. 1869, Soc. houillère de Liévin, [S. 69.1.322, P. 69.792, D. 69.1.354]

2085. — Et le transfert opéré dans ces conditions ne saurait être considéré comme une mesure d'ordre purement intérieur, alors surtout que la société s'est réservé un droit de préemption à chaque mutation de propriété des actions; l'endossement pouvant être rendu inefficace par le droit de préemption exercé par la société, c'est le transfert seul qui consolide d'une manière définitive à l'égard des tiers et de la société le droit incomplet acquis par l'endossement. — Cass., 5 mars 1867, Muller, [S. 67.1.136, P. 67.306, D. 67.1.113]; — 5 mars 1867, Japy, [*Ibid.*]

2086. — En conséquence, les actions dont il s'agit sont soumises au droit de 0,20 par 100 fr. de leur valeur à chaque mutation, et non pas à la taxe annuelle de 0,12 par 100 fr. — Mêmes arrêts.

2087. — Jugé, dans le même sens, que l'endossement suffit pour la transmission de la propriété des actions à ordre; qu'en conséquence, ces actions sont soumises à la taxe annuelle de 12 cent. par 100 fr., lorsque les statuts stipulent que l'endossement transférera la propriété des titres à l'acheteur, sauf à ce dernier à n'exercer ses droits qu'après le visa de l'endossement par la société et la transcription sur un registre. — Cass., 4 avr. 1860, Comp. des houillères de l'Aveyron, [S. 60.1.811, P. 60.468, D. 60.1.260]

2088. — ... Qu'il en est de même, lorsqu'il est stipulé dans les statuts que les actions nominatives seront transférées par la voie de l'endossement et par une déclaration de transfert faite dans le mois sur un registre et signée par le cédant et le cessionnaire, mais avec mention que le concours de la société au transfert a pour but unique de lui faire connaître le nouveau titulaire de l'action. — Cass., 27 févr. 1866, Comptoir d'escompte des Pyrénées-Orientales, [S. 66.1.174, P. 66.431, D. 66.1.121]

2089. — ... Qu'il en est encore ainsi, lorque les transferts ou mentions qui doivent être opérés sur les registres sociaux n'ont pas eu lieu en conformité de l'art. 36, C. comm., mais consistent uniquement en des mentions sommaires de la cession, signées par les gérants seuls sur le registre à souche au dos du talon de l'action et sur les répertoires, sans signature du cédant ou du cessionnaire, et contenant simplement l'indication des noms et domiciles des parties, de la date de la cession, du nombre des numéros et de la valeur moyenne des actions cédées. — Cass., 8 et 15 déc. 1869, Comptoir de commerce de Caen et Soc. des mines de Graissessac, [S. 70.1.177, P. 70.407, D. 70.1.109]

§ 4. *Négociation des actions.*

2090. — En principe, les actions des sociétés sont négociables, c'est-à-dire transmissibles par les modes commerciaux (transfert, tradition ou endossement suivant la forme du titre), à compter de la constitution de la société, sous réserve des restrictions licites apportées par les statuts à la liberté de négociation. Toutefois, ce principe reçoit échec, d'une part, en ce qui concerne les actions des administrateurs de sociétés anonymes, inaliénables pendant toute la durée des fonctions de ceux-ci (art. 26, loi de 1867), d'autre part, relativement aux actions d'apport, lesquelles ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (art. 3, § 3, L. de 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893). Nous reviendrons ultérieurement sur l'inaliénabilité des actions des administrateurs. Nous n'étudierons ici que le principe (négociabilité des actions de numéraire, à dater de la constitution définitive de la société) et l'exception qu'il comporte en ce qui concerne les actions d'apport.

1° *Actions de numéraire.*

2091. — Sous l'empire du Code de commerce, aucune restriction n'était apportée par la loi à la liberté de négociation des actions au cours de la période constitutive, les fondateurs demeurant libres, d'ailleurs, d'insérer dans les statuts telle clause restrictive qu'ils jugeaient opportune.

2092. — C'est la loi du 15 juill. 1845 qui, la première, a réglementé la négociation pour une catégorie particulière de sociétés, les compagnies de chemins de fer. Puis est venue la loi du 17 juill. 1856, qui a subordonné au versement des 2/5es la négociabilité des actions des sociétés en commandite. La loi de 1867 a maintenu le principe de la non-négociabilité des actions au cours de la période constitutive par son art. 2, ainsi conçu : « Les actions ou coupons d'actions sont négociables après le versement du quart ». Nous verrons du reste que, depuis la loi de 1893, cette formule a cessé d'être exacte pour les actions inférieures à 100 fr. Trois questions sont à examiner sur cet art. 2 : 1° à quel moment précis l'action devient-elle négociable ; 2° à quels modes de transmission s'applique la prohibition légale; 3° quelles en sont les sanctions.

2093. — I. *A quel moment précis l'action devient-elle négociable ?* — Pris à la lettre, l'art. 2 de la loi de 1867 semble subor-

donner exclusivement la négociabilité de l'action au versement du quart. Mais il résulte de l'esprit de la loi, et des travaux préparatoires, qu'en réalité le législateur a entendu prohiber toute négociation, toute circulation commerciale de titres *avant la constitution définitive* de la société. Lors de la discussion au corps législatif, un député, M. Millet, avait proposé un amendement portant que « la négociation des actions ou des coupons d'actions est interdite avant la constitution définitive de la société ». L'amendement fut rejeté, comme superflu, le rapporteur, M. Mathieu, ayant fait observer que « l'économie de la loi dans son ensemble indique cette idée ». — Pont, t. 2, n. 904; Vavasseur, t. 1, n. 477; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 720; Thaller, n. 491; Houpin, t. 1, n. 321; Floucaud-Pénardille, n. 60.

2094. — Il faut donc compléter ou amender le texte de l'art. 2, et décider que la négociabilité de l'action est subordonnée à deux conditions cumulatives : 1° au versement légal, lequel est ordinairement du quart, mais peut être d'une quotité supérieure; 2° à l'accomplissement des autres formalités requises pour la constitution définitive de la société. Reprenons successivement ces deux conditions.

2095. — A. *Versement légal.* — L'art. 2 n'exige que le versement *du quart* comme condition de la négociation des actions. Mais on s'accorde à admettre qu'il doit, bien que non modifié *in terminis*, être mis en harmonie avec l'art. 1, modifié par la loi du 1er août 1893. Or, aux termes de cet article, il y a lieu de distinguer les actions de 100 fr. et plus, pour lesquelles le versement du quart suffit, les actions de 25 fr., qui doivent être intégralement libérées, et les actions intermédiaires entre 25 et 100 fr. qui, d'après l'opinion générale, devront être libérées au moins de 25 fr. C'est donc dans ces proportions variables que les actions doivent être libérées pour pouvoir se négocier valablement. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 11; Bouvier-Bangillon, *Loi de 1893*, p. 133; Houpin, t. 1, n. 321; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 76.

2096. — Par la même raison, les versements doivent être effectués dans les conditions exigées dans l'art. 1. Il ne suffirait donc point d'un versement du quart effectué sur les actions que l'on prétend négocier; il est indispensable que le versement minimum prescrit ait été fait sur toutes les actions de la société. Ce versement, d'autre part, doit avoir été fait *en espèces.* — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 729; Pont, t. 2, n. 906; Vavasseur, t. 1, n. 478. — Sur les modalités du versement prescrit par l'art. 1, V. *infrà*, n. 3170 et s.

2097. — La même règle s'applique aux actions qui sont émises en vue de *l'augmentation du capital social.* Cette augmentation étant soumise aux mêmes conditions que celles exigées lors de la constitution de la société, il en résulte logiquement que les actions nouvelles doivent être libérées de la même manière que les autres pour être négociables. — Paris, 1er juill. 1886, De Doncker, [S. 88.2.182, P. 88.1.991]; — 23 mai 1887, Maillard, Synd. de la Comp. *la Provinciale*, [D. 88.2.73] — Sur l'augmentation du capital social, V. *infrà*, n. 5436 et s.

2098. — Spécialement, l'actionnaire d'une société anonyme, qui, après avoir souscrit des actions nouvelles, créées en représentation de l'augmentation du capital voté par la société, a vendu ces actions en la forme commerciale, livrables et payables à l'émission, au cours même de la souscription, avant que la société nouvelle ait été constituée, n'est pas recevable à réclamer le prix des actions, la négociation étant frappée de nullité. — Paris, 1er juill. 1886, précité.

2099. — B. *Accomplissement des autres formalités constitutives.* — Bien que l'art. 2 de la loi de 1867 n'exige expressément que le versement légal pour que les actions deviennent négociables, on est cependant d'accord pour décider que ce versement ne suffit pas, et qu'il faut en outre que toutes les formalités constitutives prescrites par la loi (déclaration notariée, vérification et approbation des apports en nature ou avantages particuliers, nomination, et acceptation des premiers administrateurs ou commissaires (V. *infrà*, n. 3264, et s.) avaient été accomplies. En d'autres termes, il est indispensable, pour que les actions puissent circuler en Bourse, que la société soit définitivement constituée. — Lyon, 7 janv. 1881, Gaudin-Crozier, [S. 81.2.25, P. 81.1.193, D. 81.2.153] — Paris, 2 mars 1883, [*J. des soc.*, 83.225]; — 18 août 1884, *Ibid.*, 85.652]; — Lyon, 8 mai 1884, Dailly, Cocheux et Chanal, [S. 84.2.107, P. 84.1.602, D. 84.2.219] — Paris, 1er juill. 1886, précité; — 23 mai 1887, précité. — *Sic*, Boistel, n. 260; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 729; Pont, t. 2, n. 907; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 118; Vavasseur, t. 1, n. 477; Mathieu et Bourguignat, n. 28; Houpin, t. 1, n. 321; Floucaud-Pénardille, n: 60.

2100. — II. *A quels modes de transmission s'applique la prohibition légale.* — En prohibant la négociation d'actions avant une certaine époque, l'art. 2, L. de 1867, a eu pour objet de prévenir les spéculations d'agiotage sur les titres des sociétés en voie de formation et non encore constituées : spéculations aussi périlleuses pour l'avenir même de l'entreprise que pour le public. Aussi cet article ne frappe-t-il pas d'une indisponibilité absolue les actions ou coupures d'actions non libérées du quart; mais il interdit seulement les négociations qui peuvent se prêter à l'agiotage, c'est-à-dire les cessions faites dans les formes usitées à la Bourse et dans le commerce par voie de transfert, de traditions ou d'endossements, les seules d'ailleurs auxquelles s'applique le qualificatif de *négociation.* — V. pour les actions des Comp. de chemins de fer : Cass., 12 août 1851, Caillet, [S. 51.1.66, P. 51.2.433, D. 51.1.235] — Paris, 31 juill. 1852, Taylor, [S. 52.2.690, P. 53.1.370, D. 55.5.67], et pour les actions des sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1867. — Paris, 1er juill. 1886, précité; — 23 mai 1887, précité. — Orléans, 24 juill. 1890, Labat, [S. 91.2.154, P. 91.1.883, D. 91.2.337] — *Sic*, Boistel, n. 260; Alauzet, t. 2, n. 644; Deloison, t. 1, n. 269; Lyon-Caen, note sous Lyon, 23 janv. 1884, Picard, [S. 84.2.49, P. 84.1.316] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 728; Mathieu et Bourguignat, n. 26; Pont, t. 2, n. 902; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 121; Rousseau, t. 1, n. 1097; Vavasseur, t. 1, n. 475; Houpin, t. 1, n. 321; Thaller, n. 492; Floucaud-Pénardille, n. 62.

2101. — La prohibition s'applique au surplus, par identité de motifs, aux négociations en banque sur le marché libre, par l'entremise de coulissiers ou de banquiers, comme aux négociations en Bourse, sur le marché officiel, par l'entremise d'agents de change, la question de savoir sous quelles conditions une négociation en coulisse peut être considérée, en elle-même, comme régulière, étant d'ailleurs réservée. — Paris, 2 mars 1883, [*J. des soc.*, 83.225]; — 23 mai 1887, précité. — Trib. Seine, 4 mars 1884. [*Rev. des soc.*, 84.305] — V. Houpin, t. 1, n. 321.

2102. — Sur la forme des négociations en Bourse, par l'entremise des agents de change; sur l'admission à la cote des valeurs et l'étendue du monopole des agents relativement à la négociation des « valeurs cotées ou susceptibles de l'être »; sur la nullité des négociations portant sur les valeurs de cette catégorie, et conclues par l'entremise d'intermédiaires sans qualité (marché libre ou en banque, coulisse). — V. *suprà*, v^is *Agent de change*, n. 142 et s., *Marché à terme*, n. 31 et s.

2103. — De la distinction essentielle établie par nous, conformément au texte et à l'esprit de l'art. 2, entre la négociation commerciale, prohibée jusqu'à la constitution définitive de la société, et la transmission des certificats provisoires ou promesses d'action par les modes du droit commun, découlent les conséquences suivantes : *a*) Les actions ou plus exactement les certificats provisoires ou promesses d'actions remis aux souscripteurs peuvent, même avant que les conditions prescrites par la loi pour la constitution de la société aient été remplies, être transmises entre-vifs et à titre onéreux, par une cession constatée par acte notarié ou sous seing privé, et signifiée à l'établissement débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique, conformément à l'art. 1690, C. civ., ce mode de transmission, coûteux et compliqué, ne prêtant point à l'agiotage. La promesse d'action est d'ailleurs un bien dans le commerce, et l'on ne saurait, sans un texte formel et nettement prohibitif, lequel fait défaut, en interdire la vente par les modes du droit commun. — Paris, 31 juill. 1852, précité; — 1er juill. 1886, précité; — 23 mai 1887, précité. — Orléans, 24 juill. 1890, précité.

2104. — *b*) Même non libérées du quart, les actions peuvent, comme tout autre bien, faire l'objet d'une transmission à titre gratuit par succession, donation ou testament. — Mêmes arrêts.

2105. — ... Ou encore être l'objet d'une aliénation forcée, par exemple en cas de saisie, de succession bénéficiaire ou de faillite. — V. Trib. civ. Seine, 2 juill. 1898, [J. *Le Droit*, 28 oct. 1898] — Auteurs précités.

2106. — *c*) Les prohibitions étant de droit étroit, doit être considérée comme valable la négociation des actions d'une société régulièrement constituée, alors même que le passif de la société excéderait notamment son actif. L'acquéreur ne doit

s'en prendre qu'à lui-même de ne pas s'être renseigné sur la valeur exacte des titres, et le vendeur, sauf le cas de dol, ne saurait en être garant. — Lyon, 7 févr. 1850, Desgaultière, [S. 50.2.369, P. 52.1.185, D. 50.2.135] — Trib. Nice, 11 juill. 1888, [*Gaz. des trib.*, 23 août 1888] — Trib. civ. Arcis-sur-Aube, 12 juill. 1888, [J. *La Loi*, 28 sept. 1888] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 321.

2107. — Serait également valable la cession, par les voies civiles, des actions d'une société dissoute; mais ces actions cesseraient d'être négociables, la dissolution ayant pour effet de transformer le droit mobilier de l'actionnaire en un droit de copropriété indivis sur le fonds social. — Buchère, n. 807. — *Contrà*, Wahl, t. 2, n. 954 et s.

2108. — Jugé également que l'appel de fonds notifié aux actionnaires débiteurs du non versé n'a pas pour effet de rendre les titres indisponibles entre leurs mains et d'en interdire la négociation, si cet appel collectif n'a pas été suivi d'une action en justice personnellement dirigée contre les porteurs retardataires, ou si les statuts eux-mêmes ne contiennent pas une clause les frappant d'inaliénabilité, les titres non revêtus de l'estampille constatant le versement des sommes appelées et exigibles. — Lyon, 25 avr. et 2 mai 1858, [*Mon. jud. Lyon*, 21 juin] — Sur l'appel du non versé, V. *infrà*, § 5.

2109. — La jurisprudence admet toutefois que l'on pourrait annuler, pour cause d'erreur sur la substance, la vente d'actions d'une société n'ayant qu'une apparence de réalité, l'objet en vue duquel elle a été constituée (mine à exploiter, etc.) n'existant que dans l'imagination des fondateurs, et sur les prospectus des lanceurs de l'affaire. — Trib. Seine, 8 janv. 1897, [*Rev. soc.*, 97. 299] — La vente, en pareil cas, devait être annulée, sauf aux acquéreurs de bonne foi lésés à recourir contre les fondateurs, et sans préjudice des poursuites en escroquerie dont ces derniers pourraient être passibles.

2110. — *d*) *Ventes à l'émission* — Les ventes d'actions à émettre par une société avant ou pendant sa constitution sont également valables, si elles ne se réalisent pas sous forme d'une négociation proprement dite, en Bourse ou en banque, et qu'elles soient faites entre les parties elles-mêmes, soit personnellement, soit par mandataire, traitant directement entre eux. — Paris, 23 mai 1887, Maillard, Synd. de la comp. *la Provinciale*, [D. 88. 2.73]

2111. — Ces ventes à l'émission doivent être considérées en principe comme des ventes *conditionnelles;* elles sont subordonnées à la condition suspensive que les titres d'actions seront émis par la société, de telle sorte que, si l'émission n'a pas lieu par la suite, la condition à laquelle la formation de la vente était subordonnée ne s'est pas réalisée, et l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 730; Houpin, t. 1, n. 323; Thaller, n. 493; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 77.

2112. — Lors donc que, par suite de l'annulation de l'émission, le vendeur a été mis dans l'impossibilité de livrer les titres à l'agent de change chargé de la vente, il ne peut exiger le prix de celui-ci sous prétexte qu'il aurait seulement vendu le droit aux actions. — Cass., 24 nov. 1886, Soc. gén., [S. 87.1.72, P. 87.1.152, D. 87.1.228]; — 6 juill. 1887, Humbert et Cie, [S. 87. 1.294, P. 87.1.729, D. 87.1.452]

2113. — Pareillement, la vente d'actions nouvelles à émettre par une société, en vue de l'augmentation de son capital social, est à bon droit déclarée caduque et sans objet, et le vendeur doit être condamné à restituer le prix desdites actions, comme indûment reçu par lui, lorsqu'il est constaté : 1° que la vente était subordonnée à la condition que la société ferait l'émission de ces actions, projetée lors de la vente; 2° que, par émission, les parties ont entendu, non pas la constitution de la société transformée, mais la délivrance aux actionnaires de titres négociables dans la forme déterminée par les statuts, titres que le vendeur aurait à fournir à son acheteur; 3° que la condition de la vente, ainsi comprise, n'a pas été réalisée et ne peut plus l'être. A cet égard, les appréciations des juges du fait sont souveraines. — Cass., 22 déc. 1885, Reggio, [S. 87.1.163, P. 87.1. 384, D. 86.1.260]

2114. — Même solution dans le cas où l'émission d'actions en vue de l'augmentation du capital social, qui avait été autorisée par l'assemblée générale des actionnaires, a été annulée par une nouvelle assemblée générale : la condition ne s'étant pas réalisée, la vente des actions à émettre ne s'est pas formée. — Paris, 1er juill. 1886, Crédit provincial, [S. 88.2.182, P. 88.1. 981]

2115. — Et la novation ne se présumant pas, un règlement intervenu à la suite d'une vente d'actions à émettre peut être considéré comme étant soumis, au même titre que la vente, à la condition d'émission des actions, alors même que, dans le règlement dont il s'agit, la condition n'a pas été expressément réservée. — Cass., 22 déc. 1885, précité.

2116. — Mais l'objet de la vente pourrait consister *dans la chance même* de la naissance de la chose vendue, ce qui constituerait un pacte aléatoire dans lequel le prix aurait cette chance, et non la chose elle-même, pour contre-valeur. Ce pacte n'a rien en soi d'illicite : mais il ne se présume pas, et comme le doute en matière de vente, s'interprète en faveur de l'acheteur, la vente doit être tenue pour un vente conditionnelle ayant pour objet la chose elle-même. — Aix, 18 nov. 1884, sous Cass., 22 déc. 1885, précité. — V. Houpin, t. 1, n. 323.

2117. — Cette solution doit d'autant mieux être admise que, lorsqu'il s'agit de ventes et d'achats à l'émission, il est d'usage, même au regard des intermédiaires, de subordonner la validité de ces opérations à la réalisation de l'émission. — Lyon, 12 juill. 1882, [*J. des soc.*, 84.423] — V. aussi Cass., 22 déc. 1885, précité.

2118. — L'achat en Bourse, et au comptant, d'actions non libérées et nominatives d'une société financière, en vue de participer à la souscription d'actions nouvelles, et la vente à l'émission d'actions nouvelles libérées et au porteur de la même société, en vue de profiter de la différence entre le prix d'achat et le prix de revente, constituent, bien que l'ordre d'achat et l'ordre de vente aient été donnés simultanément au même agent de change, deux opérations distinctes, qui ne sauraient être assimilées à un report, à raison de la nature différente des titres achetés et vendus, et qui, d'ailleurs, ne sont pas davantage indivisibles à raison de leur cause. — Cass., 29 juin 1887, Bonnet, [S. 90.1.371, P. 90.1.917, D. 89.1.137]; — 29 juin 1887, Galland, [*Ibid.*] — Lyon, 10 févr. 1886, Bonnet, [S. 87.2.179, P. 87.1.976]

2119. — En pareil cas, l'achat d'actions anciennes, en vue d'obtenir des actions nouvelles, n'a conféré à l'acheteur, sur ces dernières actions, qu'un droit purement éventuel et subordonné à la possibilité d'une émission, et cette condition, connue de l'acheteur, n'a point eu le caractère d'un vice caché de la chose vendue, susceptible d'entraîner la résolution de la vente, avec restitution du prix d'achat par l'agent de change. — Cass., 29 juin 1887, précité.

2120. — En admettant que la vente des actions nouvelles à l'émission ait constitué une infraction aux dispositions des art. 2 et 14, L. 24 juill. 1867, il n'appartient pas au donneur d'ordre de se prévaloir de cette irrégularité, pour réclamer des dommages-intérêts contre l'agent de change chargé d'opérer cette vente, alors que l'inexécution de ladite vente a tenu uniquement à ce que l'émission, qui était la condition de la vente, est devenue irréalisable par suite de circonstances entièrement étrangères à l'agent de change. — Cass., 29 juill. 1887 (2 arrêts), précités.

2121. — III. *Sanction des règles concernant la négociabilité des actions.* — A. *Pénalités.* — La négociation des actions avant la constitution définitive de la société comporte d'abord une sanction *pénale* établie par l'art, 14, L. 24 juill. 1867, et consistant en une amende de 500 à 10,000 fr. — Pour le commentaire de cet article, V. *infrà*, n. 4082 et s.

2122. — B. *Nullité.* — Ces négociations sont-elles frappées de nullité? La question est controversée. Plusieurs auteurs se prononcent pour la validité des négociations, en se fondant, d'une part, sur le silence de l'art. 14 qui ne prononce pas la nullité; d'autre part, sur les conséquences fâcheuses que cette nullité pourrait entraîner dans les rapports des parties entre elles : « La loi de 1867 ne prononce pas la nullité des négociations faites avant la constitution de la société, font observer Aubry et Rau (t. 2, n. 731), celle-ci ne saurait se déduire de ce que les négociations dont il s'agit sont des délits. Il y a dans nos lois des cas assez nombreux où la sanction de la nullité ne vient pas se joindre à la sanction pénale qui frappe certains actes (V. art. 87, C. comm.). — V. Lyon-Caen, note sous Lyon, 23 janv. 1884, Picard, [S. 84.2.49, P. 84.1.316]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 731.

2123. — La jurisprudence et la majorité de la doctrine se prononcent au contraire pour la nullité des négociations dont il s'agit; on ne saurait admettre, en effet, qu'un acte soit valable,

alors que la loi le considère comme un délit. — Paris, 1er juill. 1886, précité ; — 23 mai 1887, Maillard, synd. de la Cie *la Provinciale*, [D. 88.2.73] — Trib. Lyon, 5 janv. 1884, en sous-note sous Lyon, 23 janv. 1884, précité. — *Sic*, Thaller, *Rev. crit. de lég.*, 1883, p. 321 ; Pélagot, *Journ. des valeurs mobil.*, 1883, p. 419 ; Vavasseur, t. 1, n. 477 ; Houpin, t. 1, p. 268.

2124. — En conséquence, le vendeur desdites actions ou promesses d'actions avant la constitution de la société ne peut en réclamer le prix à l'acheteur. — Mêmes arrêts.

2125. — Spécialement, l'actionnaire d'une société anonyme, qui, après avoir souscrit des actions nouvelles, créées en représentation de l'augmentation de capital votée par la société, a vendu ses actions en la forme commerciale, livrables et payables à l'émission, au cours même de la souscription, avant que la société nouvelle ait été constituée, n'est pas recevable à réclamer le prix des actions, la négociation étant frappée de nullité. — Paris, 1er juill. 1886, précité.

2126. — A supposer que la négociation des actions n'eût eu lieu qu'après la constitution régulière de la société nouvelle, modifiée par suite de l'augmentation de capital, cette négociation doit également rester sans effet, si, avant l'émission des actions, c'est-à-dire avant la mise à la disposition des souscripteurs de titres commercialement négociables, une délibération de l'assemblée générale a annulé l'augmentation de capital précédemment votée, la condition à laquelle était subordonnée la vente, à savoir la livraison des titres à l'émission, étant devenue d'une réalisation impossible. — Même arrêt.

2127. — De même, le cessionnaire peut opposer la nullité dont il s'agit à la société, spécialement au syndic de sa faillite, et échapper ainsi aux poursuites exercées contre lui à fin de libération intégrale des actions qu'il aura ainsi acquises. — Paris, 23 mai 1887, précité.

2128. — Cette nullité s'étend également aux conventions accessoires ayant pour objet la garantie de la négociation irrégulière : le sort du contrat accessoire ne saurait être séparé de celui de l'obligation principale et doit tomber avec elle. — Paris, 14 mars 1849, Salvalette, [S. 50.2.316, P. 51.1.140, D. 50.2.170]

2129. — Et dans le cas même où, par une convention postérieure à la négociation irrégulière des promesses d'actions, l'acheteur a autorisé le vendeur à disposer des objets donnés en garantie et à en appliquer le produit à la liquidation de leur marché, cet acheteur n'en est pas moins en droit de réclamer à son vendeur la restitution desdits objets : il n'y a pas dans ce cas paiement d'une dette naturelle contre lequel le débiteur ne puisse être restitué. — Même arrêt.

2130. — Jugé, dans le même sens, que la nullité de la négociation des actions ou promesse d'actions d'une société non encore constituée entraîne également la nullité du nantissement en autres valeurs intervenu à son occasion : on ne saurait dès lors considérer le dépôt de ces valeurs en mains tierces à titre de garantie comme un paiement anticipé du prix des actions ou promesses d'actions, objet du marché, ni appliquer à une telle opération formellement interdite par la loi le principe d'après lequel en matière de jeu ou de pari, les sommes qui ont été volontairement payées ne sont pas sujettes à répétition. — Cass., 21 févr. 1853, Battarel, [S. 54.1.305, P. 53.2.346, D. 53.1.58] ; — 17 juill. 1854, Battarel, [S. 54.1.561, P. 54.2.261, D. 54.1.304]

2131. — Toutefois la nullité de la négociation irrégulière des actions ou promesses d'actions pourrait être couverte après la constitution de la société, soit par une ratification expresse, soit par une ratification tacite résultant par exemple de ce que l'acheteur aurait fait acte d'associé. — Paris, 5 déc. 1849, Vaneck, [S. 50.2.661, P. 50.1.217, D. 52.2.94] ; — 23 mai 1887, précité.

2132. — Si les négociations irrégulières sont frappées de nullité, la société n'en reste pas moins valable : on ne comprendrait pas en effet que l'acte accompli par un ou même plusieurs actionnaires pût exercer une influence quelconque sur la validité de la société. Il en serait autrement cependant, et la société elle-même serait entachée de nullité, si les statuts sociaux avaient autorisé la négociation des actions avant la constitution de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 731 ; Floucaud-Pénardille, n. 71. — Sur les effets de la nullité de la société pour vice de constitution, V. *infrà*, n. 3841 et s.

2° Actions d'apport.

2133. — Aux termes des §§ 3 et 4, art. 3, de la loi de 1867, modifiée par la loi de 1893, les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. Pendant ce temps, elles doivent, à la diligence des administrateurs dans les sociétés anonymes et des gérants dans les sociétés en commandite par actions, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de la constitution de la société.

2134. — Cette prohibition, qui ne figurait point dans le projet, fut introduite dans la loi de 1893 par un amendement de M. Poirrier, sénateur, lequel d'ailleurs ne fit que reprendre une disposition votée par le Sénat en 1884, au rapport de M. Bozérian[?]. Ses motifs en sont clairement indiqués dans le passage suivant dudit rapport : « La vérification par une assemblée n'empêchera pas certaines fraudes de se produire; elle n'empêchera pas que les apporteurs en nature, qui sont les grands artisans de ces fraudes, n'induisent en erreur les souscripteurs sérieux, ceux qui apportent leurs capitaux et versent réellement en espèces. En conséquence, la commission a pensé qu'une dernière précaution était à prendre : c'était de lier pendant un certain temps, un délai de deux ans, les apports en nature et de leur dire : « Malgré la vérification faite par l'assemblée nous n'avons pas en vous une pleine confiance, et nous exigeons que vos actions restent, non pas précisément indisponibles, mais non négociables pendant ces deux ans, parce que pendant ce temps-là, si vous n'avez pas fait un apport sérieux, si ce que vous avez apporté ne vaut rien, si vous avez trompé les actionnaires qui versent des espèces, la fraude sera découverte et alors vous serez soumis à une responsabilité véritablement effective; de plus vous ne pourrez profiter vous-mêmes de la fraude que vous aurez organisée ».

2135. — La valeur de cette innovation est cependant très-discutée. Ses adversaires ont fait remarquer (V. notamment le rapp. Thévenet, au Sénat) que l'inaliénabilité des actions d'apport au début de la société était de nature à entraver les transactions les plus honnêtes, et à rendre plus difficile le classement des titres; qu'au surplus l'échéance du délai de deux ans, au bout duquel les actions d'apport allaient devenir négociables serait presque fatalement le signal d'une crise financière plus ou moins grave provoquée par l'afflux en Bourse d'une couche nouvelle de valeurs, venant alourdir le marché (Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 21). Ces considérations n'ont pas prévalu; le mal le plus grand consistant dans l'agiotage, on a voulu par des mesures rigoureuses en circonscrire le domaine.

2136. — Mais comme toutes les prohibitions, la disposition que nous étudions doit être interprétée restrictivement. Ainsi, la loi n'exigeant pas, comme pour les actions qui doivent être déposées par les administrateurs en garantie de leur gestion, que les actions d'apport soient nominatives, il ne paraît pas contestable que ces actions peuvent être indifféremment représentées par des titres nominatifs ou des titres au porteur. — Houpin, t. 1, n. 337.

2137. — La prohibition établie par la loi de 1893 s'applique en principe à toutes les actions d'apport. Peu importe à cet égard que le capital social se compose exclusivement d'apports en nature : cette circonstance ne présente d'intérêt qu'au point de vue de la vérification des apports en nature, mais non à celui de la libération des actions d'apport. — Sur la vérification des apports en nature, V. *infrà*, n. 3312 et s.

2138. — Peu importe également que ces actions d'apport soient de pures actions d'apport ou des actions *mixtes*, correspondant en partie aux apports en nature et en partie à un versement en numéraire. — Bouvier-Bangillon, p. 140; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 23 ; Percerou, *Parts de fondat.*, p. 138 ; Genevois, p. 77; Houpin, t. 1, n. 328.

2139. — Le principe posé par la loi de 1893 a cependant paru trop absolu, et le législateur de 1902 a cru devoir en écarter l'application dans une espèce particulière où, l'agiotage que l'on redoute n'étant pas à craindre, l'immobilisation des titres aurait plus d'inconvénients que d'avantages. L'art. 2 de la loi du 9 juill. 1902, qui consacre cette exception, est ainsi conçu : « Le § 3 de l'art. 3 L. 24 juill. 1867, modifié par la loi du 1er août 1893, est ainsi complété : « Ces prescriptions et ces prohibitions (prohibition de négocier) ne sont pas applicables au cas de *fusion* de sociétés anonymes ayant plus de deux ans d'existence,

soit par absorption de ces sociétés par l'une d'entre elles, soit par la création d'une société anonyme nouvelle englobant les sociétés préexistantes ».

2140. — Voici en quels termes le rapporteur de la loi de 1902 à la Chambre des députés, M. Chastenet, justifia cette exception apportée au principe de la non-négociabilité temporaire des actions d'apport : « ... Lorsque les titres de l'une et de l'autre des deux sociétés que l'on veut fusionner ont également subi les épreuves légales et qu'ils se négocient isolément, le fait qu'ils se juxtaposent et qu'ils s'unifient ne suffit pas à justifier une nouvelle immobilisation. Un tel résultat, qui heurte un peu la raison et l'équité, va en outre à l'encontre des fusions de sociétés, opérations si profitables par les économies que procure et la force que donne une union bien comprise » (Rapp. Chastenet, Chambre des députés, du 19 déc. 1901, ann., n. 2847, *J. off.*, p. 576). En d'autres termes, sont immédiatement négociables, dans les termes du droit commun, les titres des deux sociétés fusionnées (titres anciens ou titres nouveaux créés en suite de la fusion), lorsqu'en fait, chacune desdites sociétés étant constituée depuis plus de deux ans, les actions d'apport originairement créées par chacune d'elles ont déjà passé (tout au moins s'il s'agit d'une société non antérieure à la loi de 1893) par la phase de la non-négociabilité. — Sur la fusion des sociétés, V. *infrà*, n. 5376 et s.

2141. — Mais la loi de 1902 à son tour a été modifiée par une loi du 16 nov. 1903, dont l'art. 2 est ainsi conçu : Le § 3 de l'art. 3, L. 24 juill. 1867, modifié par la loi du 1er août 1893 est ainsi complété : « En cas de fusion des sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant plusieurs sociétés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence ».

2142. — La négociation des actions d'apport, sous la seule réserve formulée dans les lois de 1902 et 1903, est interdite pendant deux années. Cette expression « *négociation* » a ici le même sens que dans l'art. 2 (V. *suprà*, n. 2081); elle comprend uniquement la cession des actions par les voies commerciales du transfert, de la tradition et de l'endossement. Mais la cession par les voies civiles est permise conformément au droit commun (C. civ., art. 1690). — Trib. comm. Seine, 5 nov. 1894, Soc. de l'*Appareil contrôleur,* [S. et P. 95.2.85, D. 95.2.297]; — et, sur appel, Paris, 14 janv. 1895, Smèth, [S. et P. 95.2.180] — Trib. comm. Lyon, 10 juin 1897, [*Mon. jud. Lyon*, 28 juin 1897] — Trib. comm. Seine, 29 juill. 1899, [*J. des trib. de comm.*, 1901, p. 175] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 21 *bis*; Bouvier-Bangillon, p. 140; Genevois, *L. de 1893*, p. 78; Houpin, t. 1, n. 331; Floucaud-Pénardille, t. 1, p. 50; Poirrier, disc. au Sénat, 3 juill. 1893, (S. et P. *L. ann.*, de 1893, p. 573, 2e col., *in fine*).

2143. — Jugé, dans le même sens, que, la loi de 1893 n'ayant pas entendu frapper les actions d'apport d'inaliénabilité, mais simplement prohiber l'agiotage provoqué par les négociations en banque et en Bourse, lesdites actions ne sauraient échapper à l'action des créanciers. Lors donc qu'elles ont été frappées de saisie-arrêt entre les mains des représentants de la société, le tribunal peut en ordonner la vente par l'entremise d'un notaire, avec les obligations et charges y afférentes. — Trib. civ. Seine, 2 juill. 1898, [*Gaz. Pal.*, 98.2.467]

2144. — D'autre part, les actions d'apport peuvent également être constituées *en gage*. Il est vrai que, ces actions restant à la souche, la mise en possession du créancier gagiste paraît impossible à réaliser. Mais on sait que ce créancier peut être mis en possession, soit par lui-même, soit par un tiers : or rien n'empêche que ce tiers soit la société elle-même. — Trib. comm. Nantes, 23 avr. 1898, [*Pand. fr.*, 99.2.209] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 332; Bouvier-Bangillon, p. 141; Favre, p. 64; Genevois, p. 84. — *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 22; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 86.

2145. — On ne saurait exciper, à l'encontre de la validité des ventes civiles ou des constitutions de gage consenties par le titulaire des actions d'apport, avant l'expiration du délai légal, de l'existence d'un droit de gage *sui generis* conféré par la loi aux porteurs d'actions du capital ou à la société elle-même, à l'effet de garantir celle-ci contre les dommages que peuvent lui causer, soit la majoration des apports, soit l'éviction des biens apportés. Même lorsqu'elles sont encore attachées à la souche, la société victime d'une éviction ou menacée d'une éviction imminente des biens apportés, ne saurait exercer sur les actions d'apport un droit de rétention. — Trib. comm. Seine, 15 et 19 juill. 1899, [*J. des trib. comm.*, 1901.122]

2146. — La négociation des actions d'apport avant l'expiration du délai de deux ans ne tombe pas sous le coup de l'art. 14 de la loi de 1867. En effet, les pénalités sont de droit étroit; l'art. 14, ne visant que les négociations antérieures à la constitution de la société ne saurait, dans le silence de la loi de 1893, être étendu à l'hypothèse d'une négociation prohibée sans doute, mais postérieure à la constitution de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 26, *in fine*; Genevois, p. 119; Bouvier-Bangillon, p. 147.

2147. — Mais ces négociations sont nulles au même titre que les négociations d'actions de capital qui seraient effectuées avant la constitution de la société, à moins cependant que le timbre n'ait pas été apposé sur lesdites actions d'apport et qu'ainsi l'irrégularité ne soit pas connue des intéressés. — Bouvier-Bangillon, *loc. cit.;* Genevois, p. 122. — *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Houpin, t. 1, n. 338.

2148. — En tout cas, la négociation irrégulière des actions d'apport n'entraînerait la nullité de la société qu'autant qu'elle aurait été autorisée par les statuts sociaux. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

§ 5. *Libération des titres. — Conversion des actions nominatives en actions au porteur.*

2149. — « Les actions, dit l'art. 3 de la loi de 1867 (modifié par la loi de 1893), sont nominatives *jusqu'à leur entière libération*... Les titulaires, les cessionnaires intermédiaires et les souscripteurs sont tenus solidairement du montant de l'action. Tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé ses titres cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés ». Toutes les prescriptions de cet article tendent à un même but, répondent à une même préoccupation, qui est d'assurer aux tiers un gage effectif, réalisable dans son intégrité. Or, pour arriver à ce but, il ne suffit point de déclarer personnellement responsables du non versé les souscripteurs primitifs, les cessionnaires intermédiaires et les détenteurs actuels; encore faut-il être en mesure d'atteindre ces divers débiteurs; or il est de toute évidence qu'une conversion antérieure à la libération intégrale des titres permettrait à la plupart de ces associés ou coassociés d'échapper à toutes poursuites, une fois l'action mise au porteur.

2150. — Les souscripteurs seuls pourront être atteints sans difficulté; quant aux détenteurs actuels, et à toute la filière des cessionnaires successifs postérieurs à la conversion, il sera très-malaisé de les dénommer précisément au moment où la société aurait le plus besoin de réaliser son capital, c'est-à-dire en temps de crise. Il restera, il est vrai, aux administrateurs, liquidateurs ou syndics une dernière ressource, celle de s'en prendre au titre lui-même et de procéder à son exécution en Bourse, sur duplicata (V. *infrà*, n. 2253 et s.); mais cette ressource est illusoire dans le cas où les titres ont subi une dépréciation considérable.

2151. — Telles sont les raisons qui, suivant les époques, ont déterminé le législateur, soit à interdire absolument toute conversion de titres nominatifs en titres au porteur avant libération intégrale (c'est le système de la loi de 1893), soit à ne l'autoriser qu'après libération d'une quote-part importante (système de la loi de 1867). Nous étudierons tout d'abord cette évolution législative en ce qui concerne les conditions de validité de la conversion; puis nous étudierons successivement l'action en paiement du non versé, dans son fonctionnement et ses effets, ainsi que les textes déterminant les débiteurs du non versé.

1° *Conversion des actions nominatives en actions au porteur.*

2152. — Notre législation a successivement consacré, à cet égard, plusieurs systèmes qu'il est indispensable de connaître. Tous en effet s'appliquent aujourd'hui concurremment, les sociétés étant soumises, au point de vue de la conversion de leurs actions, non point nécessairement à la loi actuellement en vigueur, mais à la loi sous l'empire de laquelle les actions à convertir ont été émises. — V. *infrà*, n. 5643 et s.

2153. — I. *Sociétés constituées avant la loi du 24 juill. 1867.* — Sous l'empire du Code de commerce, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions pouvaient librement émettre leurs actions sous la forme de titres nominatifs ou

de titres au porteur (C. comm., art. 35); et, dans le cas où les actions étaient émises sous la forme nominative, les statuts réglaient librement leur conversion en titres au porteur. Le Gouvernement, dont l'autorisation était nécessaire à la constitution des sociétés anonymes, pouvait d'ailleurs exiger, en ce qui concerne la forme des actions, l'insertion dans les statuts de telle clause qu'il jugeait utile. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 741; Floucaud-Pénardille, p. 62; Thaller, n. 496.

2154. — Cette liberté absolue avait déterminé de très-graves abus, et provoqué la création de sociétés véreuses dont les fondateurs n'avaient qu'un but, revendre dans les hauts cours des actions non libérées n'ayant qu'une valeur réelle très-faible ou nulle précisément à raison de la difficulté de réaliser le capital nominal. Aussi la loi du 17 juill. 1856 sur les sociétés en commandite par actions décida-t-elle que, dans ces sociétés, les actions devraient être émises sous la forme nominative et qu'elles ne pourraient être converties au porteur qu'après leur libération intégrale. Déjà auparavant, une loi spéciale aux compagnies de chemins de fer, la loi du 15 juill. 1845, avait subordonné la validité de la conversion à la libération de moitié ou des deux cinquièmes sur l'ensemble des titres émis.

2155. — Pour les sociétés anonymes, l'autorisation du Gouvernement paraissait suffisante pour prévenir les abus. Cependant, la loi du 23 mai 1863 ayant supprimé cette autorisation pour les sociétés à responsabilité limitée, étendit à ces sociétés la disposition ci-dessus de la loi du 17 juill. 1856.

2156. — II. *Sociétés constituées sous l'empire de la loi du 24 juill. 1867.* — La rigueur de la loi de 1856 avait suscité des protestations assez vives. Sans doute, disait-on, le capital social doit être une réalité, et l'on ne saurait admettre qu'une société dont une fraction minime du capital est seulement versée, puisse convertir ses actions en titres au porteur qui circuleront de main en main sans laisser de traces des transmissions successives, et dont les détenteurs se dissimuleront aisément au premier appel de fonds. Mais, d'autre part, n'est-il pas excessif de priver une société dont le capital est libéré en grande partie, qui peut-être n'aura jamais besoin d'appeler le complément, des avantages d'une circulation parfois très-utile pour soutenir et fortifier son crédit, et lui permettre d'étendre très-légitimement son champ d'affaires? Il y avait là deux points de vue antinomiques dont le législateur de 1867 a cherché la conciliation dans un système transactionnel, offrant (croyait-on, du moins) toute sécurité aux tiers.

2157. — Le système de la loi de 1867, applicable aux sociétés anonymes comme aux sociétés en commandite par actions, peut se résumer dans les règles suivantes : 1° les actions doivent toujours être émises sous la forme nominative; 2° elles ne peuvent être converties au porteur avant leur libération intégrale que sous les conditions suivantes : *a*) réserve expresse dans les statuts du droit pour l'assemblée générale d'autoriser la conversion; *b*) libération de moitié de toutes les actions; *c*) et enfin délibération spéciale de l'assemblée générale autorisant la conversion.

2158. — A. *Les actions doivent toujours être émises sous la forme nominative.* — Ce principe, controversé en doctrine, mais constant en jurisprudence, paraît bien découler et du texte et de l'esprit de la loi. Du texte d'abord : dire que les actions nominatives peuvent être, sous certaines conditions déterminées avec précision, *converties* en actions au porteur, que, même après le vote de conversion, les actions pourront *rester* nominatives s'il plaît aux titulaires de ne pas faire usage de la faculté de conversion, équivaut à décider que les actions doivent être créées sous la forme *nominative*, et qu'il n'est permis de les transformer en titres au porteur qu'ultérieurement et après l'accomplissement de certaines formalités spécifiées au texte. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 953; Vavasseur, t. 1, n. 508; Pont, t. 2, n. 922; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 108; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. anon.*, n. 116.

2159. — L'esprit de la loi, ajoute-t-on, est dans le même sens. Le législateur veut que toute action soit originairement *immatriculée au nom d'un ayant-droit déterminé.* — Paris, 22 avr. 1891, Soc. du crédit industriel, [D. 93.2.65] — ... Et ce, même s'il s'agit d'une action libérée de plus de moitié, même si l'action est entièrement libérée (action d'apport, par exemple); et ce qui le prouve, c'est que le texte ne se contente pas du fait matériel de la libération de moitié pour autoriser la conversion au gré des intéressés : il exige, en outre, une délibération *spéciale* de l'assemblée générale, afin d'attirer l'attention de la société sur les risques que peut lui faire courir cette faculté nouvelle donnée à la spéculation et à l'agiotage. Jusqu'à ce que cette délibération ait eu lieu, la forme nominative s'impose même pour les actions libérées. — V. cep. ce qui sera dit *infra*, sur les actions d'apport intégralement libérées *ab initio*.

2160. — Jugé, en ce sens, que l'on doit tenir pour nulle la délibération d'une assemblée générale extraordinaire, convoquée en vue d'autoriser une émission d'actions nouvelles, et portant que lesdites actions, remplissant dès leur émission la condition de conversion (libération de moitié) prescrite par la loi de 1867, seront immédiatement mises au porteur. — Paris, 12 août 1885, [*Rev. des soc.*, 85.697]; — 26 juill. 1887, Pinet, [D. 88.2.144]; — 22 avr. 1891, précité.

2161. — Cette thèse n'est cependant pas admise par tous les auteurs. Une fraction importante de la doctrine estime au contraire qu'en parlant de *conversion* des titres nominatifs en titres au porteur, la loi a entendu statuer *de eo quod plerumque fit*. Elle a envisagé l'hypothèse ordinaire d'une société se bornant à n'appeler tout d'abord qu'un quart de son capital, auquel cas la forme nominative initiale s'impose; mais si la société croit préférable de supprimer l'étape initiale, si elle appelle immédiatement la moitié de son capital, les tiers disposent immédiatement du gage minimum que la loi leur réserve avant toute conversion; il n'existe donc plus de bonne raison pour interdire aux fondateurs de créer *immédiatement* des titres au porteur, ainsi que le leur permet l'art. 35, C. comm. — Boistel, note sous Paris, 22 avr. 1891, précité. — Houpin, t. 1, n. 303. — Cette argumentation n'a pas paru décisive pour les actions de capital; mais, ainsi que nous le verrons, la jurisprudence s'y est ralliée pour les actions d'apport intégralement libérées.

2162. — B. *Conditions de validité de la conversion.* — Ces conditions sont au nombre de trois : a) *Réserve expresse dans les statuts constitutifs de la faculté de conversion.* — Il ressort des termes mêmes de l'art. 3 que cette réserve doit être stipulée, et ne peut être stipulée valablement que dans les statuts mêmes qui ont été rédigés *lors de la constitution de la société*. L'assemblée générale ne pourrait pas l'introduire après coup, et par voie de modification aux statuts constitutifs, *alors même que les actionnaires seraient unanimes à cet égard*. Cette solution est facile à justifier. Les tiers, dont le capital social constitue le gage, ont le droit de compter sur ce gage, tel qu'il se comportait au moment où la société s'est constituée; or un gage n'est sérieux qu'à la condition d'être aisément réalisable. La conversion, par cela même qu'elle rend l'action en paiement du non versé plus aléatoire dans ses résultats, altère le gage et en compromet la solidité : elle ne saurait donc être opposée aux tiers, si elle n'a pas été prévue dans les statuts constitutifs et connue de ceux-ci par la publicité qu'ils ont dû recevoir.

2163. — ... La délibération de l'assemblée générale extraordinaire, autorisant la conversion que les statuts primitifs ne prévoyaient point, serait même inopérante au regard des créanciers *postérieurs*, pour deux raisons : d'abord parce qu'il est pratiquement impossible de valider la conversion au regard des créanciers nouveaux, et de l'annuler par rapport aux créanciers antérieurs : ensuite parce que les créanciers nouveaux eux-mêmes, pour connaître l'étendue de leur gage, se seront reportés de préférence aux statuts constitutifs, malgré la publicité donnée à la délibération modificative. — Alauzet, t. 2, n. 646; Bédarride, n. 79; Beslay et Lauras, t. 5, n. 333; Beudant, *Rev. crit.*, t. 33, p. 29; Boistel, n. 264; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 746 *ter*; Mathieu et Bourguignat, n. 30; Pont, t. 2, n. 918 et 944; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 151; Vavasseur, t. 1, n. 487; Houpin, t. 1, n. 305; Wahl, t. 1, n. 503; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 111. — *Contrà*, Rivière, *La loi de 1867*, p. 97.

2164. — Jugé, en ce sens, qu'en disposant que les actions d'une société anonyme ou en commandite pourront, après avoir été libérées de moitié, être converties en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale, les art. 3 et 24 de la loi du 24 juill. 1867 ont apporté une exception au droit commun, d'après lequel, suivant l'art. 1845, C. civ., l'actionnaire est tenu d'acquitter le montant intégral des actions qui forment son apport; mais que cette exception doit être rigoureusement restreinte dans les termes qui l'établissent, à savoir, notamment, que la faculté de conversion aura été stipulée, d'une manière expresse, dans les statuts constitutifs de la société. — Cass., 30 nov. 1892, Defœr, [S. et P. 93.1.469, D. 93.1.481]

2165. — Si donc, loin d'avoir reproduit cette stipulation exceptionnelle, les statuts constitutifs portaient, au contraire, que les actions resteraient nominatives jusqu'à leur entière libération, et que, malgré cette clause, l'assemblée générale eût, par une première délibération, décidé que les actions nouvelles, par elle créées en augmentation du capital social, seraient convertissables après libération de moitié seulement, et par une décision ultérieure eût mis toutes les actions au porteur, bien qu'elles ne fussent pas entièrement libérées, cette modification des statuts constitutifs étant formellement prohibée par les art. 3 et 24, L. 24 juill. 1867, et c'est à bon droit que, sur ce point, serait déclaré nulle et de nul effet la première délibération, et, par voie de conséquence, celle qui l'a suivie. — Même arrêt.

2166. — Vainement on objecterait que, si la faculté de conversion doit être expressément réservée par les statuts constitutifs, c'est exclusivement dans l'intérêt des tiers, et que par suite cette règle peut recevoir exception lorsqu'en vertu de la délibération de l'assemblée générale, le capital social a été sextuplé, de telle sorte que les tiers ont ainsi, même après la mise au porteur des actions nouvelles seulement libérées de moitié, un gage trois fois supérieur à leur gage primitif. La loi ne distinguant pas, toute conversion antistatutaire doit être annulée. Au surplus, l'augmentation du capital n'est souvent qu'un trompe-l'œil, qu'un expédient destiné à masquer un défaut, à combler dans la caisse sociale les vides résultant d'une mauvaise gestion antérieure, ou de pertes fortuites que l'on désire amortir; une telle augmentation n'ajoute rien, en réalité, à la solidarité du gage des créanciers, et l'on s'explique aisément que la loi n'ait pas cru, même pour l'hypothèse d'augmentation, devoir déroger au principe absolu de l'inscription, dans les statuts constitutifs, de la clause de conversion. — Boistel, note sous Cass., 30 nov. 1892, [D. 93.1.481] — Floucaud-Pénardille, n. 112.

2167. — Il ne suffit pas d'ailleurs que les statuts réservent à l'assemblée générale le droit d'autoriser la conversion : il faut aussi qu'ils respectent à cet égard les autres conditions déterminées par la loi. Les statuts ne pourront pas notamment permettre la conversion après libération des actions à concurrence du quart. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 747; Wahl, t. 1, n. 502.

2168. — Les statuts pourraient au contraire ajouter aux conditions de l'art. 3, et décider, par exemple, que les actions ne seront convertissables qu'après libération des trois quarts ou même libération intégrale. — Mêmes auteurs.

2169. — Si la faculté de conversion doit être réservée dans les statuts constitutifs, il n'est pas nécessaire qu'elle figure dans d'autres actes. — Ainsi, lorsque le capital réuni par une société est simplement destiné à subvenir aux frais nécessités par les études préalables d'une société projetée, et s'il a été convenu que la société ne serait définitivement constituée qu'au cas où ces études seraient favorables, ce sont les statuts rédigés à l'époque où a été décidée la constitution définitive de la société, et la suite des études entreprises, qui doivent être considérés comme les statuts constitutifs : il suffit donc que ces statuts autorisent la conversion au porteur pour qu'elle soit possible, alors même que cette clause n'existe pas dans l'acte primitif. — Cass., 20 janv. 1885, Banque de Calédonie, [S. 86.1.52, P. 86.1.119, D. 85.1.453]

2170. — Toutefois, cette formule paraît trop absolue, et il semble plus juridique de résoudre la question posée par une distinction. La seconde société n'est-elle que l'extension de la première, d'ailleurs régulièrement constituée, il semble bien difficile, en droit, de justifier le recul de la constitution de la société au jour de la mise en vigueur du second pacte; les statuts de la société d'étude sont à considérer comme constitutifs, et la clause de conversion doit y figurer. Que si au contraire on se trouve en présence de deux sociétés distinctes et indépendantes en droit, quoique connexes en fait, une société d'études et une société d'exploitation, la première se dissolvant pour faire place à la seconde au moment où les études préparatoires sont achevées, les statuts de la seconde seront à considérer comme réellement *constitutifs*, au sens légal du mot, et la clause de conversion pourra valablement y prendre place. — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 111, *in fine*. — V. Wahl, t. 1, n. 503.

2171. — b) *Libération de moitié des actions.* — Il résulte de l'art. 3 que *toutes* les actions formant le capital social doivent être libérées de moitié, *avant que* l'assemblée générale des actionnaires puisse autoriser la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. — Bédarride, n. 69; Beslay et Lauras, t. 5, n. 298; Beudant, note sous Cass., 21 juill. 1879, Vacheron et Pasquier, [D. 79.1.321] — Labbé, notes sous Paris, 17 août 1878, Copin, [S. 79.2.33, P. 79.1.198, sous Cass., 21 juill. 1881], et 8 août 1882, Audousset, [S. 83.1.49, P. 83.1.113]; Lyon-Caen, note sous Paris, 18 févr. 1881, Paz, Soc. des mines de Collo, [S. 81.2.97, P. 81.1.561], et *Rev. crit.*, 1881, p. 270; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 749; Pont, t. 2, n. 906; Rousseau, t. 1, n. 1905; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, n. 149; Thaller, *Rev. crit.*, 1883, p. 334; Wahl, t. 1, n. 501.

2172. — D'où cette double conséquence : 1° que, même dans le cas où, par suite de versements inégaux sur les titres, la société aurait en caisse la moitié de son capital nominal, la conversion serait irrégulière si la moitié n'avait pas été versée *sur chaque titre.* — Cass., 21 juill. 1877, Vacheron, [S. 80.1.5, P. 80.5, et la note de M. Labbé] — Paris, 18 févr. 1881, précité; — 8 juill. 1881, sous Cass., 8 août 1882, précité. — Vainement objecterait-on que l'intérêt des tiers est sauvegardé dès l'instant que la société est en possession de la moitié de son capital. Tout d'abord, en fait, lorsqu'une fraction des titres n'est pas encore libérée de moitié, rien n'est plus difficile pour les tiers que de s'assurer si réellement la société a touché, *in globo*, la moitié de ce qui lui est dû. D'autre part, il y a un parallélisme évident entre les art. 1 et 3 : dès l'instant qu'aux termes de l'art. 1, le versement du quart, requis pour la validité de la société *ab initio*, s'entend d'un versement minimum effectué *sur chaque titre*, on doit aussi exiger, pour légitimer ultérieurement la conversion, un nouveau versement d'un quart au moins sur chaque titre.

2173. — 2° Que l'on ne peut, à l'avance, et en prévision de l'époque où les actions seront libérées de moitié, comme la loi l'exige, autoriser la conversion. Le texte et l'esprit de l'art. 3 commandent cette solution. « La délibération de l'assemblée générale, lisons-nous dans le deuxième rapport supplémentaire de M. Mathieu au corps législatif, *attestera* deux choses : la première, que la moitié du capital a été *réellement versée*; la seconde, que la société est dans une situation prospère; car sans cela, comment viendrait-elle dégager les souscripteurs primitifs ou leurs cessionnaires après un délai de deux ans ». Or il est bien évident que l'on ne peut attester qu'une chose d'ores et déjà réalisée. — V. *infrà*, n. 2180 et s.

2174. — Jugé, en ce sens, que l'assemblée générale des actionnaires ne peut autoriser d'*avance* la conversion des actions en titres au porteur au fur et à mesure qu'elles seront libérées de moitié, ni décider qu'à l'époque où toutes les actions seront libérées de moitié, leur conversion pourra être opérée sans qu'il y ait lieu de réunir à nouveau l'assemblée générale pour délibérer à cet effet. — Cass., 21 juill. 1879, Vacheron et Pasquier, [S. 80.1.5, P. 80.5, D. 79.1.321] — Paris, 17 août 1878, Copin, [S. 79.2.33, P. 79.138, D. 79.1.321, sous Cass., 21 juill. 1879]; — 18 févr. 1881, précité.

2175. — ... Que la mise au porteur des actions doit être considérée comme ayant été indûment opérée, s'il est constaté par le juge du fait qu'à l'époque où elle a été votée, toutes les actions de la société n'étaient libérées que d'un quart, et que, si l'assemblée générale les a, par anticipation, considérées comme libérées de moitié, c'est simplement en vue et à l'aide d'une réduction qu'elle imaginait de faire subir au capital social, bien qu'il existât, à cette même date, des créanciers de la société, dont le gage commun ne pouvait légalement être ainsi diminué. — Cass., 30 nov. 1892, Defœr, [S. et P. 93.1.469, D. 93.1.481] — V. aussi Cass., 30 mai 1892, Soc. gén. des fournitures militaires, [S. et P. 92.1.561, et la note de M. Lyon-Caen] — Douai, 30 déc. 1891, Comp. des tramways du département du Nord, [S. et P. 92.2.317, D. 93.2.495]

2176. — Par suite, c'est à bon droit qu'une décision judiciaire condamne au versement du second quart l'acquéreur d'actions nominatives postérieur à la date où l'assemblée générale a décidé que les actions seraient convertissables après libération de moitié seulement. — Cass., 30 nov. 1892, précité.

2177. — Jugé de même, que le souscripteur d'un titre irrégulièrement converti en titre au porteur reste actionnaire nominatif, et qu'il est tenu d'effectuer les versements complémentaires, sans pouvoir opposer la prescription de deux ans. — Paris, 8 juill. 1881, précité.

2178. — La loi de 1867 n'ayant pas déterminé de quelle manière le versement du deuxième quart doit être opéré, il n'est

pas nécessaire, en vertu de cette loi, que ce versement, pas plus que le versement du premier quart, ait lieu en numéraire. Il suffit que ce versement soit réel et sincère, comme le versement du premier quart : par suite, il peut valablement être opéré soit en espèces, soit en valeurs d'une réalisation immédiate et certaine, soit au moyen de la compensation. — Cass., 20 janv. 1885, Synd. de la Soc. *la Banque de la Nouvelle-Calédonie*, [S. 86.1.52, P. 86.1.119, D. 85.1.453] — *Sic*, Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 86-87.1.168; Wahl, t. 1, n. 490. — Sur les modalités des versements exigés lors de la constitution de la société, V. *infrà*, n. 3170 et s.

2179. — Et cette solution doit être admise, alors même que le versement du deuxième quart serait effectué depuis la loi du 1er août 1893. D'une part, en effet, l'art. 72, ajouté par cette loi à la loi de 1867, porte qu'il n'est pas dérogé aux règles de la loi de 1867 sur la conversion des actions en titres au porteur avant leur libération intégrale. D'autre part, la loi de 1893 elle-même n'exige la libération en espèces que pour les versements nécessaires à la constitution de la société, et non pour les versements ultérieurs.

2180. — c) *Délibération d'une assemblée générale autorisant la conversion.* — Cette délibération est indispensable. Alors même que les actions seraient libérées de moitié avant la constitution de la société et au moment même de leur souscription, les statuts ne pourraient stipuler qu'elles seront immédiatement délivrées au porteur sans qu'il y ait lieu de provoquer une délibération d'une assemblée générale d'actionnaires (V. *suprà*, n. 2173 et s.). Les titres devant être créés sous la forme nominative (V. *suprà*, n. 2160), la conversion, même pour des titres libérés de moitié, présuppose dans le système légal une délibération préalable sur son opportunité. L'assemblée générale est investie à cet égard d'un véritable pouvoir discrétionnaire; et l'on ne saurait sans méconnaître l'esprit de la loi, soit réduire cette assemblée au rôle d'une simple assemblée d'enregistrement, chargée de vérifier si les actions sont toutes libérées de moitié, comme la loi l'exige, soit à plus forte raison supprimer cette intervention de la collectivité des actionnaires. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 753; Pont, t. 2, n. 922; Vavasseur, t. 1, n. 508; Houpin, t. 1, n. 305; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 108.

2181. — Spécialement, l'apporteur en nature qui, en échange de ses apports, a reçu des actions libérées de moitié (sous l'empire de la loi de 1867) ne peut, lors de l'appel de fonds par les syndics, opposer la prescription biennale de l'art. 3, en l'absence d'une délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion : peu importe que la conversion immédiate des actions libérées de moitié ait été permise par une clause des statuts sociaux. — Paris, 12 août 1885, [*Rev. des soc.*, 85.697]; — 27 nov. 1885, [*Ibid.*, 86.93]; — 26 juill. 1887, Pinet, [D. 88.2.144] — Sur la question de savoir si cette assemblée est encore nécessaire quand les actions sont intégralement libérées, V. *infrà*, n. 2189 et s.

2182. — Mais du moins, lorsque toutes les actions sont libérées de moitié au moment de la constitution de la société, leur conversion ne peut-elle pas être votée valablement par l'assemblée constitutive de la société, ou est-il indispensable que, postérieurement à la constitution de celle-ci, une assemblée distincte soit *spécialement* convoquée à l'effet de se prononcer sur la conversion? Quelques auteurs estiment qu'une assemblée distincte de l'assemblée constitutive est légalement indispensable. En effet, dit-on, la mission de l'assemblée constitutive est nettement circonscrite, son mandat est de fonder la société sur des bases légales, elle n'a point à s'en écarter. D'autre part, la réunion d'une assemblée spéciale pour statuer sur la conversion est une garantie d'indépendance; si l'assemblée constitutive pouvait se prononcer sur la question, elle la trancherait sous l'influence, voire même la pression indirecte des fondateurs. — Vavasseur, t. 1, n. 508; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 126.

2183. — La majorité des auteurs, cependant, reconnaît à l'assemblée constitutive la faculté de se prononcer sur la conversion. En effet, dit-on, qu'exige la loi? Que l'assemblée générale des actionnaires soit appelée à se prononcer sur l'opportunité de la conversion, lorsque par ailleurs les conditions prescrites par la loi sont réunies, c'est-à-dire que les statuts l'autorisent, et que tous les titres sont libérés de moitié. Elle n'exige rien de plus; ne serait-ce pas dès lors renchérir sur les sévérités légales, et imposer aux intéressés une complication inutile, que d'exiger, au lendemain de la constitution, une nouvelle convocation des actionnaires? — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 753; Pont, t. 2, n. 922; Wahl, t. 1, p. 343. — V. aussi, Lyon, 11 nov. 1887, [*J. des soc.*, 90.74] — Paris, 3 févr. 1891, [*Rev. des soc.*, 91.208]

2184. — Quel est le caractère de l'assemblée appelée à statuer sur la conversion, en dehors du cas exceptionnel où cette assemblée se confondrait avec l'assemblée constitutive? La question est controversée. Un certain nombre d'auteurs estiment que la question est trop grave pour pouvoir être tranchée par une assemblée *ordinaire*. Aussi les uns proposent-ils de l'assimiler aux assemblées constitutives réunies, conformément à l'art. 4 de la loi de 1867, pour vérifier les apports (Pont, t. 2, n. 920); les autres l'assimilent à l'assemblée générale extraordinaire, réunie en conformité de l'art. 31 de la loi de 1867, à l'effet de modifier les statuts. — Houpin, t. 1, n. 305, et *J. des soc.*, 90.521 ; Ruben de Couder, n. 154.

2185. — Il nous semble plus juridique d'écarter toutes ces assimilations un peu forcées et d'envisager l'assemblée dont il s'agit comme une assemblée *ordinaire* délibérant aux conditions ordinaires de majorité (L. de 1867, art. 28 et 29). En effet, d'une part, l'art. 3 ne soumet cette assemblée à aucune condition particulière; et, d'autre part, cette assemblée n'a pas pour objet de modifier les statuts, mais au contraire de mettre à exécution une clause qui y est contenue. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 751; Vavasseur, t. 1, n. 488; Wahl, t. 1, n. 499; Chauvelon, *De l'action non libérée dans les sociétés anonymes*, p. 182; Deloison, n. 274.

2186. — Dans tous les cas, la conversion doit être portée à l'ordre du jour de l'assemblée, sans qu'il soit nécessaire pour cela d'employer les expressions sacramentelles, non plus que de réunir une assemblée exclusivement en vue de cette conversion. Jugé, en ce sens, que l'ordre du jour joint à la convocation adressée aux actionnaires pour une assemblée générale, en mentionnant la vérification à faire du versement des deux premiers quarts sur le montant des actions et les modifications qui pourront être apportées aux statuts, appelle suffisamment leur attention sur la mesure de la conversion des titres qui doit être soumise à l'assemblée. — Cass., 20 janv. 1885, précité.

2187. — Constitue d'ailleurs un moyen compliqué de fait et de droit le moyen tiré de ce que la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion des actions nominatives en titres au porteur, dans les termes de l'art. 3, L. 24 juill. 1867, est entachée d'une nullité radicale et d'ordre public comme ayant été prise avant le versement du montant de moitié de toutes les actions. Par suite, ce moyen ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 21 juill. 1879, Copin, [S. 80.1.5, P. 80.5, D. 79.1.321]

2188. — La délibération de l'assemblée autorisant la conversion doit-elle être publiée? Oui, si l'on envisage ce vote comme équivalant à une modification aux statuts; non, selon nous, dans le cas contraire. Les tiers sont suffisamment prévenus par la publication des statuts constitutifs, de l'imminence d'une conversion; celle-ci ne peut donc être une surprise pour eux. — Paris, 26 juill. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.582] — V. Wahl, n. 500; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 124.

2189. — L'accomplissement des formalités précédemment décrite est-elle nécessaire au regard des actions *entièrement libérées? A priori* cette exigence semble excessive. Dès l'instant, en effet, que ces actions ont acquitté *tout* ce qu'elles doivent à la société, l'intérêt des tiers n'est plus en jeu, et, rationnellement rien ne s'oppose à ce que les porteurs de titres convertissent à leur gré leurs actions nominatives en actions au porteur, conformément à la faculté d'option que leur confère l'art. 35, C. comm., et que la loi de 1867 n'a écartée, semble-t-il, qu'en vue d'assurer le recouvrement du non versé. Cette solution est généralement admise dans le cas où *toutes* les actions sont intégralement libérées lors de la constitution de la société : chaque intéressé pourra, à son gré, demander la conversion de ses titres nominatifs en titres au porteur, sous la seule condition que la conversion soit autorisée par les statuts sociaux, et sans qu'il soit nécessaire de convoquer au préalable une assemblée générale pour autoriser la conversion. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 750; Houpin, t. 1, n. 303; Rousseau, *Quest. nouv. sur les soc.*, p. 162; Wahl, t. 1, n. 492. — *Contrà*, Ruben de Couder, n. 116 et 131.

2190. — La plupart des auteurs décident même, par iden-

tité de motifs, que dans le cas où la libération de toutes les actions n'aurait pas encore eu lieu, celles qui sont intégralement libérées peuvent toujours être mises au porteur dans les mêmes conditions, à moins qu'il n'ait été stipulé dans les statuts sociaux que les actions resteraient nominatives même après leur entière libération : les tiers n'ayant aucun intérêt à ce qu'elles restent nominatives, les exigences de l'art. 3 ne se justifieraient plus. — Lyon-Caen, note sous Paris, 30 janv. 1882, [S. 83.2.41, P. 83.1.225]; Houpin, t. 1, n. 304; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 750; Pont, t. 2, n. 924; Chavegrin, note sous Cass., 16 févr. 1887 et 29 févr. 1888, [S. 89.1.418, P. 89.1.1036] — Wahl, t. 1, n. 492; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 109. — *Contrà*, Buchère, *J. des val. mobil.*, 81, p. 385; Rivière, *L. de 1867*, n. 32, et *Répét. écr. sur le Code de comm.*, p. 99; Rousseau, t. 1, n. 1108; Worms, *J. des soc.*, 83, p. 333.

2191. — En conséquence, quand des actions correspondant à des apports en nature sont entièrement libérées, aux termes de l'acte constitutif de société, leur conversion en titres au porteur peut avoir lieu, même avant que l'assemblée générale des actionnaires ait constaté la libération de moitié de toutes les actions, et autorisé la conversion. — Paris, 30 janv. 1882, Voynant, [S. 83.2.41, P. 83.1.255, D. 86.2.85]

2192. — Jugé, dans le même sens, que si, par application de la loi du 24 juill. 1867, art. 3, les actions souscrites en numéraire doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération, au contraire cet article cesse d'être applicable au cas où il s'agit d'actions attribuées à certains actionnaires, en représentation d'apports en nature dont la valeur a été vérifiée et approuvée conformément à la loi de 1867 : ces actions doivent, en effet, être considérées comme ayant été entièrement libérées dès l'origine. — Trib. comm. Lyon, 13 juill. 1882, X..., en note sous Paris, 30 janv. 1882, précité.

2193. — III. *Sociétés constituées depuis la loi du 1er août 1893.* — Aux termes de l'art. 3, § 1, modifié par la loi de 1893, les actions *restent nominatives jusqu'à leur entière libération.* La raison d'être de cette innovation, ou plutôt de ce retour à la règle rigoureuse de la loi de 1856, est nettement indiquée dans les travaux préparatoires (Rapp. Thévenet au Sénat et Clausel de Coussergues à la Chambre), ainsi que dans l'exposé des motifs du projet de réforme des sociétés déposé en 1883 par le Gouvernement, projet dont le législateur de 1893 s'est approprié les dispositions concernant la conversion. Nous relevons dans cet exposé, sous la signature de M. Martin-Feuillée, garde des Sceaux, le passage suivant : « La loi de 1867 avait cru pouvoir permettre à l'assemblée générale d'autoriser la conversion au porteur, si les statuts le prévoyaient, dès que les actions seraient libérées de moitié. L'expérience n'a pas été favorable. Si la société prospère, les versements s'effectuent sans difficulté; si elle décline, si ses actions sont dépréciées, ce qui peut arriver aux sociétés les plus viables dans la période du premier établissement, c'est-à-dire si elle a plus que jamais besoin de ses versements, les obstacles surgissent, les porteurs sont insaisissables, et la société n'a d'autre ressource que d'exécuter l'action elle-même, qui peut ne plus valoir la moitié de son capital nominal; d'où il résulte que les créanciers finissent par n'avoir pas le gage promis ».

2194. — Cette prescription est rigoureusement impérative et l'on n'y saurait déroger sous aucun prétexte. Ce caractère impératif découle d'abord du texte lui-même : « les actions *sont* nominatives »; formule nettement impérative et non permissive, surtout si on la rapproche de l'art. 40 de la loi de 1867, lequel déclare nulle toute société constituée contrairement aux prescriptions de l'art. 3. Il ressort ensuite de l'esprit de la loi, qui a voulu supprimer radicalement les abus résultant de la conversion de titres non libérés; qu'autoriser une dérogation statutaire, si minime soit-elle, au principe de la libération intégrale serait rendre illusoire la réforme réalisée. Il n'est pas plus permis aux fondateurs des sociétés nouvelles d'insérer dans les statuts de celle-ci la faculté de conversion des titres avant libération intégrale, qu'il n'était loisible, sous l'empire de la loi de 1867, de déclarer les actions convertibles avant la libération de moitié. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 16; Houpin, t. 1, n. 306; Bouvier-Bangillon, p. 54; Genevois, p. 75; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 100.

2195. — L'art. 1er nouveau n'ayant pas déterminé le mode de libération des actions, il n'est pas nécessaire que les versements, sauf cependant les versements originaires, aient lieu en espèces. Ils peuvent aussi être effectués en valeurs de réalisation rapide et certaine, ou encore au moyen de la compensation. — Sur les modes de versements originaires, V. *infrà*, n. 3170 et s.

2196. — Mais sous quelles conditions les actions intégralement libérées peuvent-elles être converties en titres au porteur? Le projet de 1884 répondait en ces termes à la question ainsi posée : « Toute action libérée peut être convertie en actions au porteur, si les statuts autorisent la conversion, et en se conformant aux conditions qu'ils établissent. » De ce texte il résultait : 1° qu'il n'était plus nécessaire, comme sous l'empire de la loi de 1867, d'une délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion; qu'il suffisait de l'insertion dans les statuts d'une clause spéciale; 2° que toute action intégralement libérée pouvait, en présence de cette clause statutaire, être individuellement convertie en actions au porteur sur la demande de son titulaire sans qu'il fût nécessaire d'attendre la libération intégrale de toutes les actions.

2197. — Le législateur de 1893 ayant négligé de s'approprier cette partie du projet de 1884, la question s'est posée de savoir quelles sont exactement sous l'empire de la loi nouvelle les conditions exigées préalablement à toute conversion. Quelques auteurs, tout d'abord, ont cru devoir exiger un vote préalable de l'assemblée générale : « Evidemment, — a écrit à cet égard M. Bouvier-Bangillon (p. 55), — aujourd'hui, depuis la loi de 1893, le rôle de l'assemblée générale va se trouver diminué; la conversion ne pouvant avoir lieu qu'après libération totale, l'état des affaires sociales ne présentera plus d'intérêt à ce sujet, mais il y aura toujours à procéder à certaines vérifications, à voir non plus si les actions sont libérées de moitié, mais si elles sont intégralement libérées ».

2198. — Cette opinion n'a pas prévalu. Effectivement l'intervention de l'assemblée générale, préalablement à la conversion autorisée par les statuts, n'avait d'autre but que de peser, d'apprécier les avantages et les inconvénients que pouvait présenter pour la société la conversion de titres non encore libérés : cette faculté de conversion avant libération intégrale étant supprimée par la loi de 1893 pour les sociétés nouvelles, on cherche vainement quel pourrait être l'objet de la délibération de l'assemblée générale. Il est d'ailleurs en ce sens une considération décisive : ainsi que nous l'avons fait observer *suprà*, n. 2183, la jurisprudence admet, sous l'empire de la loi de 1867, que les actions intégralement libérées peuvent être converties, en vertu d'une clause statutaire, sans qu'il soit nécessaire de provoquer une délibération préalable de l'assemblée; il serait contradictoire de sa part d'exiger, pour les sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1893, dont les actions convertissables sont *nécessairement* libérées, une intervention de l'assemblée jugée inutile jusqu'alors, et dont aucun texte de la loi nouvelle ne prescrit d'ailleurs la convocation. — Houpin, t. 1, n. 306.

2199. — Par identité de motifs, nous déciderons, conformément au texte du projet de 1884 et à la jurisprudence rappelée *suprà*, n. 2190, que tout titulaire d'une action intégralement libérée peut, sous l'empire de la loi de 1893, demander individuellement la conversion de ses titres en titres au porteur, alors même qu'un certain nombre d'actions de la société ne seraient pas encore libérées et par conséquent susceptibles de conversion.

2200. — Mais on s'accorde à décider que la conversion doit, sous l'empire de la loi de 1893 comme sous le régime précédent, être autorisée par les statuts (V. *suprà*, n. 2162 et s.). Il est vrai qu'à cet égard les tiers n'ont aucun intérêt à connaître cette clause des statuts, parce que les actions ne peuvent être converties au porteur qu'après leur entière libération. Mais la société peut avoir intérêt à ce que ses titres restent nominatifs, en vue de prévenir l'agiotage, et cet intérêt suffit pour qu'on considère son autorisation comme nécessaire à la conversion. — Bouvier-Bangillon, *op. cit.*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 16; Houpin, t. 1, n. 306.

2201. — Toutefois, il n'est pas indispensable que cette clause soit contenue dans les statuts constitutifs de la société. Comme l'intérêt des tiers est ici hors de cause, la volonté de la société peut se manifester par voie de modification aux statuts sociaux, et au moyen d'une délibération prise par une assemblée générale extraordinaire. — Bouvier-Bangillon, *loc. cit.* — Sur la majorité requise par l'art. 31 de la loi de 1867, V. *infrà*, n. 5545 et s.

2202. — Ainsi que nous l'établirons, *infrà*, n. 5705 et s., la loi de 1893 est inapplicable aux sociétés constituées antérieurement à sa promulgation, en ce sens que celles de ces sociétés

dont les titres seraient libérés de moitié, fût-ce depuis la mise en vigueur, du régime nouveau, conservent la faculté de convertir leurs actions, dans les conditions déterminées par la loi de 1867. Cette solution, d'ailleurs commandée par le principe de la non-rétroactivité des lois et du respect dû aux droits acquis, est expressément formulée dans l'art. 7 de la loi (dispositions transitoires).

2203. — La seule question que nous nous bornons à poser ici, et dont la solution sera indiquée *infrà* (*eod. loc.*), est de savoir si la loi de 1893 doit être considérée comme applicable aux actions nouvelles émises, depuis la promulgation de cette loi, par une société constituée à une époque antérieure.

2204. — La conversion des actions nominatives en actions au porteur, à raison des facilités nouvelles qu'elle offre pour l'aliénation des titres, désormais transmissibles manuellement, est généralement assimilée par le législateur, notamment au point de vue de la capacité requise en la personne du titulaire ou de ses représentants légaux, à une véritable aliénation. C'est ainsi notamment qu'aux termes de l'art. 10 de la loi du 27 févr. 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, « la conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres ». En d'autres termes, le tuteur doit, pour procéder à une telle opération, obtenir l'autorisation préalable du conseil de famille, et, si la valeur des titres dépasse 1,500 fr., l'homologation du tribunal. — V. *infrà*, v° *Tutelle*.

2205. — On s'accorde généralement à voir dans cette disposition l'application d'un principe plus général, d'après lequel la conversion de titres nominatifs en titres au porteur excéderait les pouvoirs d'un administrateur général de la fortune d'autrui, tel que le mari, administrateur des biens de sa femme, ainsi que que la simple capacité d'administrer (individu pourvu d'un conseil judiciaire, usufruitier, etc.). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 608; Wahl, t. 1, n. 576; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 135.

2206. — Il a été jugé notamment, par application de cette idée, que les gérants administrateurs, ou directeurs d'une société doivent, pour convertir les titres nominatifs appartenant à la société, se conformer purement et simplement aux conditions prescrites par les statuts pour leur aliénation. Lors donc que les statuts d'une société anonyme portent que les titres nominatifs faisant partie du portefeuille de la société pourront être aliénés par le directeur *assisté d'un administrateur*, cette même assistance sera nécessaire et suffisante pour en effectuer régulièrement la conversion. — Paris, 4 juill. 1878, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Soc.*, n. 1065]

2207. — La conversion des titres au porteur en titres nominatifs, opération inverse de la précédente, est au contraire un acte de pure administration, ou, mieux encore, un acte conservatoire, puisqu'elle met le propriétaire des titres à l'abri des risques auxquels sont exposés les détenteurs de titres au porteur, et rend l'aliénation des actions plus difficile. Aussi cette opération peut-elle être régulièrement effectuée à la requête d'une personne n'ayant que la capacité d'administrer (individu pourvu d'un conseil judiciaire, mineur émancipé), ou d'un simple administrateur de la fortune d'autrui. Ces derniers sont même, en certains cas, tenus légalement de procéder à la conversion en titres nominatifs des valeurs au porteur appartenant à l'incapable. C'est ainsi qu'en principe le tuteur du mineur ou de l'interdit doit procéder à cette conversion, sauf autorisation du conseil de famille, dans les trois mois de son entrée en gestion, et pour les titres advenus à l'incapable au cours de la tutelle, dans le même délai de trois mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs (L. 27 févr. 1880, art. 5). — V. *infrà*, v° *Tutelle*.

2208. — Aucune pénalité ne sanctionne, directement au moins, la violation des prescriptions de l'art. 3 concernant la conversion. Mais l'art. 14 de la loi de 1867 frappant d'une peine correctionnelle la négociation d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des art. 1 à 3 de la loi, toute action irrégulièrement convertie peut, au moment où on la négocie, servir de base à des poursuites correctionnelles contre le cédant, le cessionnaire et les intermédiaires. — Pour l'interprétation de l'art. 14, V. *infrà*, n. 4082 et s.

2209. — Mais l'art. 3 est sanctionné civilement, par la nullité de la conversion, voire même par la nullité de la société elle-même, toutes les fois que l'irrégularité commise est concomitante de la fondation de la société et imputable à ses fondateurs. Il est certain tout d'abord que toute conversion effectuée dans des conditions contraires à la loi, doit être considérée comme nulle et non avenue. Les actions converties indûment se verront restituer par l'effet de l'annulation leur caractère primitif d'actions nominatives, et conséquemment les actionnaires perdront le droit d'invoquer, s'ils sont poursuivis en paiement du non versé, les causes de libération résultant d'une conversion régulière. — Paris, 1er août 1885, [*Gaz. Pal.*, 85.2.438]. — 11 juin 1891, [*Gaz. Pal.*, 91.2.292] — Trib. comm. Seine, 11 août 1882, Jacquinot et autres, [D. 83.2.121] — *Sic*, Vavasseur, n. 442; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 137.

2210. — Quant à la société elle-même, une distinction s'impose. Si l'irrégularité commise est postérieure à sa constitution, si par exemple l'assemblée générale des actionnaires a, sous l'empire de la loi de 1867, autorisé une conversion non prévue par les statuts constitutifs, ou autorisé après libération du quart une conversion qui, d'après les statuts eux-mêmes, conforme à la loi sur ce point, n'était passible qu'après libération de moitié, la société ne se trouvant entachée originairement d'aucun vice ne saurait être annulée. Il en serait de même, sous l'empire de la loi de 1893, du cas où l'assemblée générale s'aviserait de décréter la conversion de titres non libérés, contrairement au principe légal et impératif de la libération intégrale. — Floucaud-Pénardille, *loc. cit.*

2211. — Que si, au contraire, l'irrégularité commise affecte les statuts eux-mêmes, la société est à considérer comme nulle par application de l'art. 7 de la loi de 1867, aux termes duquel « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, toute société en commandite par actions (ou anonyme) constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi ». Il en serait ainsi, par exemple, du cas où, sous l'empire de la loi ancienne, les statuts autoriseraient la conversion après libération d'un quart seulement, ou du cas où, sous l'empire de la loi de 1893, les statuts autoriseraient la conversion après libération de moitié.

2° Actions en paiement du non versé sur les titres.

2212. — Nous aurons à rechercher successivement : 1° quelle est l'époque des versements : 2° qui peut les réclamer ; 3° comment ils peuvent être effectués ; 4° quelles sont les voies d'exécution ouvertes contre les débiteurs retardataires ; 5° quelles exceptions peuvent être utilement opposées à l'action en paiement.

2213. — I. *Epoque des versements.* — La loi de 1867 fixe impérativement : 1° le taux minimum des actions, taux variable suivant le chiffre du capital social (V. *infrà*, n. 3015 et s.) ; 2° la quote-part minima du versement exigé lors de la constitution de la société (V. *infrà*, n. 3135 et s.). Mais les rédacteurs des statuts peuvent fixer eux-mêmes les époques des versements à effectuer, soit à l'échéance d'un terme unique, soit à des échéances échelonnées. Les statuts peuvent aussi laisser aux représentants de la société, administrateurs ou assemblée générale suivant les cas, la faculté de faire des appels de fonds au fur et à mesure des besoins sociaux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 734.

2214. — Le terme doit être ici considéré comme étant stipulé, non pas dans l'intérêt du débiteur seulement, mais dans l'intérêt commun des deux parties : dans l'intérêt de l'actionnaire, qui désire naturellement participer aux avantages de l'entreprise en immobilisant le moins de capitaux possible ; et dans l'intérêt de la société, qui pourrait être gênée par un afflux de capitaux supérieurs à ses besoins actuels, et qui doit pouvoir proportionner ses appels de fonds aux exigences mêmes de l'entreprise. D'où il suit que, conformément au principe implicitement posé par l'art. 1187, C. civ., les actionnaires ne peuvent pas effectuer leur versement avant l'époque fixée pour leur exigibilité, à moins de convention contraire avec la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 736; Vavasseur, t. 1, n. 490 ; Houpin, t. 1, n. 309; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 146. — V. *infrà*, v° *Terme*.

2215. — Ne pouvant obliger la société à accepter un versement anticipé en numéraire, l'actionnaire ne pourrait pas davantage se libérer avant l'échéance en monnaie de compensation. Il serait donc irrecevable à demander acte d'une prétendue compensation opérée à son profit, jusqu'à due concurrence, entre sa dette à terme du non versé et une créance *ex alia causa* ac-

quise par lui contre la société; et réciproquement, la société actionnée par lui en paiement de cette créance, exigible par hypothèse, ne saurait être admise à lui opposer en compensation sa dette, non encore échue, des versements à effectuer sur les titres qu'il détient. — Trib. comm. Seine, 19 oct. 1889, [*Ann. de dr. comm.*, 90.1.99] — V. Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 146.

2216. — Mais un versement anticipé sur les titres non libérés serait toujours possible en vertu d'un accord entre la société et l'actionnaire. Si l'on suppose un versement ainsi effectué par anticipation, quels droits conférera-t-il et quelles obligations imposera-t-il au *solvens?* Il est certain, selon nous, que ce versement ne saurait, à moins de convention contraire inscrite dans les statuts, autoriser le *solvens* à réclamer une part supérieure à celle de ses coassociés dans les dividendes; il convient plutôt, en effet, de l'envisager comme un simple dépôt, lequel se transformera en apport social le jour de l'échéance commune à tous les titres. — V. Houpin, t. 1, n. 309.

2217. — Ce caractère reconnu par nous au versement anticipé nous fournit la solution d'une question controversée dans la pratique, la question de savoir si la somme ainsi versée doit être considérée comme participant aux risques de l'entreprise. Quelques décisions judiciaires se sont prononcées pour l'affirmative. — Bruxelles, 28 juill. 1887, [*Pasicr. belge*, 87.3.157]; — 27 oct. 1887, [*J. des soc.*, 90.357] — V. aussi Goirand, n. 358. — Mais cette solution nous semble juridiquement inacceptable. Dès l'instant que ce versement ne confère aucun droit sur les dividendes, il ne saurait être exposé au risque de perte : *ubi est onus ubi emolumentum*. Le principe de l'égalité entre les actionnaires conduit d'ailleurs à décider que la condition de tous doit être identique, aussi bien au point de vue des bénéfices que de la répartition des pertes. Concluons donc que l'avance effectuée par l'actionnaire sur les versements non exigibles est un simple dépôt, qui, au cas de dissolution de la société, le constitue créancier et lui permet de concourir de ce chef avec les créanciers sociaux ordinaires. — Liège, 6 et 12 juin 1889 et 25 janv. 1890, [*J. des soc.*, 90.359 et 360]

2218. — Réciproquement, la société ne peut, en principe, réclamer aucun versement aux actionnaires avant que le terme ne soit échu. Tous les actionnaires seront simultanément avisés de l'échéance par un appel de fonds, effectué dans les formes déterminées par les statuts ou par l'usage, appel impliquant à l'encontre des retardataires l'emploi des sanctions coercitives énumérées ci-après.

2219. — Ce principe comporte toutefois une exception nécessaire dans le cas où il se produirait en la personne de l'un des actionnaires un de ces événements, tels que la faillite ou la déconfiture, qui entraînent la déchéance du terme (C. civ., art. 1188). En pareil cas la société est fondée, comme tout autre créancier, à produire à la faillite ou à la liquidation de l'actionnaire pour le montant intégral des sommes dues par les titres dont la libération lui incombe, sans être tenue d'attendre l'échéance du terme. — Mesnil, *J. des soc.*, 1898, p. 148; Wahl, *op. cit.*, 1900, p. 296; Houpin, t. 1, n. 303. — V. aussi sur le principe, Cass., 30 mars 1892, Détaple, [S. et P. 92.1.481 et la note de M. Labbé, D. 92.1.281 et la note de M. Planiol]

2220. — La société, d'ailleurs dans l'exercice de ses droits à l'encontre de la faillite de l'actionnaire, suivra la loi commune, et pourra notamment se voir opposer le concordat obtenu par celui-ci. Elle devra, en ce cas, se contenter du dividende concordataire, sans pouvoir, au moyen d'une exécution en Bourse des titres, se créer une situation privilégiée, que la loi n'a point prévue. Il n'y a pas, en effet, de privilèges sans texte; les actions non libérées détenues par le failli sont, d'autre part, une valeur de la faillite et le syndic de celle-ci a le droit de s'opposer à ce que, par un procédé d'exécution quelconque, cette valeur soit distraite de la masse et affectée par préférence à la garantie d'une créance isolée, cette créance fût-elle née *propter rem* comme la créance de la société en paiement du non versé. — Cass., 16 déc. 1896, [*J. des soc.*, 97.107]; Paris, 25 mars 1896, [*Ibid.*, 66.448] — V. aussi Mesnil, *J. des soc.*, 1898, p. 145; Houpin, t. 1, n. 313.

2221. — Mais que faudrait-il décider au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société? Une jurisprudence constante (*suprà*, v° *Faillite*, n. 1095 et s.) décide que la faillite (ou la liquidation judiciaire) de la société a pour effet de rendre exigibles les versements restant dus par les actionnaires, quels que soient les délais qui leur soient accordés par les statuts sociaux pour effectuer ces versements. — Paris, 1er août 1850, Marmoyet, [S. 50.2.374, P. 51.1.131, D. 50.2.147]; — 14 août 1850, Armenault, [S. 50.2.374, P. 51.1.131, D. 51.5.255]; — 23 juin 1859, Chenet, [S. 60.2.128, P. 59.1039, D. 60.5.367] — Bordeaux, 3 mars 1884, Perraud, [D. 86.2.68] — La Réunion, 8 juin 1900, [J. *Le Droit*, 15 août 1900] — Trib. comm. Le Havre, 9 janv. 1884, [*J. des soc.*, 84.725] — Trib. comm. Seine, 15 janv. 1884, *J. des faill.*, 84.158]; — 13 janv. 1885, [*Ibid.*, 85.463] — *Sic*, Alauzet, t. 7, n. 2489; Houpin, t. 1, n. 313; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 422; Vavasseur, t. 1, n. 523.

2222. — La majorité de la doctrine s'est refusée à suivre la jurisprudence sur ce terrain, et décide que cette extension, aux actionnaires débiteurs du non versé, de la déchéance édictée par l'art. 444, C. civ. à l'encontre du failli débiteur seulement, et non point à l'encontre des tiers débiteurs du failli, ne se justifie, ni au point de vue du droit, ni au point de vue des intérêts pratiques engagés. Elle est, tout d'abord, injustifiable en droit. En effet, l'art. 444 déclare le failli déchu du bénéfice du terme au regard de ses créanciers, mais il est de toute évidence, — et sur ce point aucune controverse n'est possible, — que cette disposition ne porte aucune atteinte aux droits *des débiteurs à terme* de la *faillite*, dont la solvabilité ne saurait être affectée en rien par la faillite de leur créancier. Le syndic serait donc irrecevable à exercer contre eux des poursuites avant l'échéance du terme stipulé en leur faveur. Or, les actionnaires, débiteurs du non versé, sont purement et simplement des débiteurs de la faillite, et la circonstance qu'ils sont aussi des associés ne saurait justifier la différence de traitement que prétend leur imposer la jurisprudence. La déchéance qu'on prétend leur imposer se justifierait si la faillite sociale entraînait leur propre faillite, mais il n'en serait ainsi (sauf controverse) que pour les associés en nom, associés en nom collectif ou commandités : la faillite sociale, au contraire, ne saurait entraîner la faillite individuelle des associés à responsabilité limitée, commanditaires ou actionnaires. — Labbé, note sous Cass., 20 oct. 1886, Synd. du comptoir financier et industriel, [S. 87.1.49, P. 87.1.113, D. 78.1.117] Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 736; Duvivier, *Faill. des soc.*, p. 125; Floucaud-Pénardille, n. 145. — V. *suprà*, v° *Faillites*, n. 1103.

2223. — La théorie de la jurisprudence ne se justifie même pas au point de vue pratique. En effet, la déchéance du terme prononcée contre le débiteur failli s'explique par deux motifs : le créancier ne lui a fait crédit qu'en raison de sa solvabilité, et a, par suite, implicitement entendu que, si cette solvabilité venait à disparaître, le terme concédé disparaîtrait aussi; en outre, si l'on avait respecté le délai accordé au failli, la liquidation n'aurait pu s'opérer qu'après l'échéance de la créance soumise au terme le plus éloigné, car c'est alors seulement qu'on aurait pu mettre en présence tous les créanciers qui auraient eu droit à une portion de l'actif. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 7, n. 257; Valabrègue, *Nouveau cours de dr. comm.*, n. 338; Laurin, n. 843. — Or, d'une part, en ajournant jusqu'à l'arrivée du terme le paiement des créances du failli, on ne retarde pas la liquidation de l'actif immédiatement réalisable, et il n'y aura lieu qu'à des compléments de répartition après chaque échéance. D'autre part, la faillite de la société ne diminue évidemment pas la solvabilité du créancier. Il n'en est pas, à ces deux points de vue, autrement des actionnaires que des autres débiteurs; ce n'est pas, notamment, la faillite de la société, dans laquelle ils se trouvaient engagés pour une somme déterminée, montant de leur commandite ou de leur souscription, qui diminue leur solvabilité générale.

2224. — Au surplus, et quel que soit le système adopté sur la controverse résumée ci-dessus, il est incontestable que, si les statuts sociaux, sans fixer aucun délai de versement, avaient laissé aux administrateurs ou à l'assemblée générale la faculté de faire des appels de fonds au fur et à mesure des besoins de la société, les syndics de la faillite de la société auraient alors les mêmes droits que les administrateurs (V. *infrà*, n. 2227), et pourraient réclamer immédiatement aux actionnaires la libération de leurs actions. — Mêmes auteurs. — V. *suprà*, v° *Faillites*, n. 1096 et s.

2225. — Il est une autre hypothèse où, même en présence d'un terme statutaire précis, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à autoriser le syndic à agir immédiatement en paiement du non versé, c'est le cas où le terme fixé consisterait en un événement incertain dont la faillite rend précisément la réalisa-

tion impossible, tel que la délivrance de titres libérés et définitifs. La survenance de la faillite rendant impossible cette délivrance, et l'actionnaire ne pouvant d'autre part se soustraire indéfiniment à l'acquittement de sa dette, le droit de poursuite immédiate en découle nécessairement. — Cass., 18 avr. 1877, Comptoir d'escompte, [S. 79.1.69, P. 79.146, D. 78.1.87]

2226. — II. *Qui peut réclamer les versements.* — Tant que la société est *in bonis*, les versements sont réclamés par les administrateurs, et les actionnaires ne peuvent se soustraire à ces versements, sous prétexte que les besoins de la société seraient inférieurs aux sommes réclamées. — Lyon Caen et Renault, t. 2, n. 738.

2227. — Lorsque la société est en faillite et que le syndic de la faillite sociale réclame aux actionnaires le paiement du non versé, il agit en tant que représentant de la société, aux lieu et place des administrateurs dessaisis; il semble donc que ses droits sont identiques, et qu'on ne puisse exiger de lui des justifications que les actionnaires poursuivis pourraient réclamer du conseil d'administration.

2228. — Quelques arrêts ont décidé le contraire (V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 1097). Mais cette thèse repose sur une véritable confusion. Il est bien évident que le syndic de la faillite ne saurait être admis à réputer l'actif réalisé entre les créanciers que jusqu'à concurrence du montant des créances, et que si l'actif excède le passif, le syndic est comptable de l'excédent envers les actionnaires, représentés par un ou plusieurs mandataires communs, gérants, administrateurs ou liquidateurs, suivant que la faillite aura ou non été suivie de la liquidation de la société. — Sur le principe de cette reddition de compte, V. notamment, Trib. comm. Seine, 17 juin 1897, [*J. des trib. de comm.*, 99.68]

2229. — Mais il ne s'ensuit nullement que les actionnaires poursuivis puissent opposer à l'action en paiement du syndic une exception dilatoire déduite de la non-justification de l'insuffisance de l'actif d'ores et déjà réalisé, au risque de paralyser la liberté d'action du syndic et d'introduire dans la procédure des complications inextricables. Ainsi qu'on l'a fait observer justement, « astreindre le syndic à réclamer à chacun des actionnaires le dividende *strictement* nécessaire au paiement des dettes sociales, c'est l'obliger à refaire les comptes à chaque instant, c'est multiplier des poursuites que l'insolvabilité d'un ou de plusieurs associés viendra compliquer, c'est rendre plus longue et plus onéreuse l'administration du syndic ». — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 153.

2230. — A ces considérations pratiques, vient s'ajouter un argument de droit décisif, tiré des principes du dessaisissement. Ces principes ne permettent pas d'accorder aux actionnaires « un pareil moyen dilatoire; le syndic, pour tout ce qui concerne le recouvrement de l'actif et la liquidation, est *ipso jure* subrogé aux droits du conseil d'administration et de l'assemblée générale; il doit donc pouvoir appeler le non versé (sous réserve des observations présentées, *suprà*, n. 2221 et s. en ce qui concerne les dates d'exigibilité) sans aucune autorisation (du juge-commissaire), ni justification préalable ». — Pic, p. 116. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 738; Pont, t. 2, n. 1966; Choppard, *Rev. des soc.*, 1887, p. 41 et s.

2231. — La jurisprudence tend à se fixer en ce sens. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 1099. — V. aussi Paris, 11 déc. 1895, [*J. des soc.*, 97.204]

2232. — ... Sauf le droit, pour l'associé actionné, de réclamer contre la gestion du syndic devant le juge-commissaire, et, sur recours, devant le tribunal de commerce. — Même arrêt. — V. Pic, p. 116, *in fine*.

2233. — Jugé également que le syndic, représentant de la masse, a mandat de recouvrer et au besoin de reconstituer l'actif (C. comm., art. 471 et 485), et qu'il est à cet effet investi de l'action sociale dans sa plénitude. Il lui est loisible, notamment, pour des motifs approuvés du juge-commissaire, son contrôleur légal, de réclamer à certains actionnaires une quote-part plus forte qu'aux autres, sans être lié par la loi d'égalité proclamée par l'art. 1853, C. civ., cette loi d'égalité ne régissant que les rapports respectifs des associés entre eux et nullement ceux des associés avec la masse créancière. — Rouen, 30 mai 1900, [*Gaz. Pal.*, 1900.2.319]

2234. — Ainsi, et spécialement, le syndic qui a préalablement poursuivi un actionnaire en restitution des sommes indûment remboursées sur les titres, et a effectivement obtenu du défendeur cette restitution, n'excède nullement son droit en offrant aux autres actionnaires, remboursés indûment dans les mêmes circonstances, une transaction pour une somme inférieure à celle acquittée par le premier, sans que celui-ci puisse prétendre à l'encontre de la faillite au bénéfice de la transaction, qui est et demeure à son égard *res inter alios acta*. — Même arrêt.

2235. — Le seul droit de l'actionnaire, ainsi obligé de contribuer à l'acquittement du passif social pour une quote-part supérieure à celle de ses coassociés, est d'exiger que l'égalité soit rétablie dans le compte final de liquidation, soit au moyen d'un prélèvement sur l'actif net, s'il y en a, soit par l'effet d'un rapport imposé aux autres actionnaires avantagés. — Même arrêt.

2236. — Jugé, encore, que lorsqu'un arrêt, sur la demande du syndic de la faillite d'une société anonyme, a déclaré nulles, tant à l'égard de la société qu'à l'égard de la masse des créanciers, non seulement la délibération de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de ladite société portant réduction du capital social, mais encore, et par voie de conséquence, toutes les opérations qui avaient été l'exécution de cette délibération, cet arrêt a ainsi reconnu au syndic qualité pour réclamer aux actionnaires le versement des sommes dont la délibération annulée tendait à libérer ces derniers. — Cass., 18 juin 1902 (2 arrêts), Comte et Dumont, [S. et P. 1903.1.385, et la note de M. Albert Wahl] — Les actionnaires ne sauraient objecter qu'ils n'ont pas été parties à cette décision, et qu'elle ne leur est pas opposable, si l'arrêt a été rendu contradictoirement avec les membres du conseil d'administration de la société, et si, dans l'instance terminée par ledit arrêt, les membres de ce conseil, pris en cette qualité et défendant comme tels à l'action, représentaient légalement, la dissolution n'ayant eu lieu et un liquidateur n'ayant été nommé qu'ultérieurement, la société en ce qui touchait les rapports des associés entre eux. — Mêmes arrêts.

2237. — Lorsqu'une décision de justice annule, tant à l'égard de la société elle-même qu'à l'égard de ses créanciers, avec toutes les opérations qui en constituaient l'exécution, la délibération de l'assemblée générale portant réduction du capital par l'échange des actions libérées de moitié contre des actions du même taux entièrement libérées et en nombre inférieur de moitié, l'échange des actions libérées de moitié contre les actions entièrement libérées est lui-même nul et légalement inexistant. — Mêmes arrêts. — Par suite, les actionnaires sont tenus de verser le complément dû sur leurs actions. — Mêmes arrêts.

2238. — Et ce complément peut être réclamé même aux actionnaires qui ont cédé leurs actions nouvelles postérieurement à la délibération de l'assemblée générale et avant l'appel de fonds effectué par le syndic; en effet, par suite de l'annulation de l'échange, la dette du non versé est demeurée attachée aux actions non libérées, dont, par le fait même de cette annulation, le cédant n'a pas cessé d'être propriétaire et dont il est ainsi resté le dernier porteur à la date de la réclamation du syndic. — Mêmes arrêts. — Mais ce complément ne peut être réclamé aux acquéreurs des actions nouvelles. — Mêmes arrêts (Sol impl.).

2239. — Il appartient aux juges du fait de décider, par appréciation des actes et documents de la cause, que les actions achetées par une personne, postérieurement à la délibération qui a prescrit la réduction du capital, étaient des actions anciennes libérées de moitié, pour lesquelles l'acquéreur était tenu aux versements complémentaires, et non des actions nouvelles entièrement libérées, si le bordereau constatant l'achat porte déduction des versements restant à effectuer, si l'échange de ces actions contre des actions entièrement libérées n'a eu lieu qu'ensuite, au nom de l'acquéreur et pour son compte, et si, préalablement à cet échange, l'acquéreur avait encaissé le dividende afférent aux actions anciennes. — Cass., 18 juin 1902 (1er arrêt), précité.

2240. — Si maintenant nous supposons une société par actions, dissoute et pourvue d'un liquidateur, amiable ou judiciaire, quels seront les droits du liquidateur à l'encontre des actionnaires débiteurs du non versé? Peut-on exiger de lui des justifications préalables auxquelles le syndic n'est pas astreint? Est-il tenu de respecter le principe d'égalité? La jurisprudence, à défaut de textes précis, résout généralement le problème posé par une distinction; elle décide que le liquidateur, représentant de la société, ne saurait avoir, à l'encontre des actionnaires, de droits plus étendus que les administrateurs en exercice, qu'il doit par suite respecter la loi d'égalité proclamée par l'art. 1853, C. civ., et qu'il lui est interdit en conséquence, sous aucun pré-

texte, de réclamer d'un actionnaire une contribution supérieure à celle qu'il exige des autres. Les appels de fonds doivent, autant que possible être rigoureusement proportionnels. — Paris, 9 mai 1884, Babier, [S. 87.1.49, P. 87.1.113, en sous-note, sous Cass., 20 oct. 1886, D. 86.2.116]; — 19 déc. 1884, De Chantemesle, [D. 86.2.116]

2241. — Par contre, l'opinion dominante est que, sous cette seule réserve, le liquidateur peut à son gré poursuivre les actionnaires en paiement du non versé, sans être tenu d'aucune justification préalable. Il y a sans doute quelques dissidences, et la cour de Paris a cru devoir décider que le liquidateur amiable d'une société en commandite par actions, investi de ces fonctions par l'assemblée générale, n'est recevable à poursuivre les actionnaires en paiement du non versé qu'à la condition de justifier de la nécessité de cet appel de fonds par la production du compte des sommes recouvrées, du passif acquitté ou restant à acquitter, et d'un état déterminant, eu égard aux documents produits, la part afférente à chaque actionnaire dans la contribution au passif exigible. — Paris, 2 août 1901, [J. *Le Droit*, 16 nov. 1901] — V. Valéry, note sous Paris, 19 déc. 1894, Mathieu, [D. 96.2.81] — Mais cet arrêt est en opposition manifeste avec la jurisprudence à peu près constante de la Cour suprême et des cours d'appel. La doctrine qu'il exprime se heurte en effet à des objections très-graves, de droit et de fait. En droit le liquidateur, représentant la société dissoute jusqu'à l'achèvement des opérations, doit être logiquement investi de tous les pouvoirs dévolus antérieurement aux gérants ou administrateurs. En fait, l'obligation pour lui d'établir au préalable la quote-part précise incombant à chaque actionnaire dans le passif aboutirait à des complications inextricables, le liquidateur ne pouvant *ab initio* ni prévoir exactement quels seront les résultats des poursuites engagées contre les actionnaires, dont un certain nombre peuvent être insolvables ou parviendront à échapper à toutes poursuites grâce à la forme au porteur de leurs actions, ni connaître tous les éléments d'un passif, dont la consistance exacte ne pourrait être établie qu'après de longues recherches. Il est donc indispensable qu'il soit admis à réclamer l'intégralité du non versé sur les actions, sauf à répartir ultérieurement entre les associés l'excédent disponible après apurement du passif. A ce point de vue, sa situation ne saurait être comparée à celle du liquidateur d'une société par intérêt, qui, se trouvant en présence d'un petit nombre d'associés, responsables *in infinitum*, doit naturellement justifier de l'insuffisance de l'actif social avant de poursuivre les associés en nom sur leur fortune personnelle. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 738; Pont, n. 1966; Houpin, t. 1, n. 48; Boistel, note sous Paris, 4 mai 1888, Pellotier, [D. 89.2.1]; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 157.

2242. — Le principe d'égalité précédemment rappelé commande du reste la solution indiquée au texte dans le cas où une partie des actions serait intégralement libérée. Si les actionnaires dont les titres ne sont que partiellement libérés pouvaient opposer à l'action du liquidateur une exception dilatoire tirée de la non-justification de l'insuffisance de l'actif disponible pour faire face au passif, on aboutirait à ce résultat, absolument inacceptable, de faire supporter à ceux dont les titres sont libérés l'acquittement du passif, alors que la loi exige une contribution proportionnelle de tous les associés. — Paris, 9 mai 1884, précité; — 9 déc. 1884 (motifs), précité. — Boistel, note précitée.

2243. — Jugé en conséquence que les liquidateurs d'une société anonyme, nommés par justice, trouvent dans les pouvoirs qui leur ont été conférés pour arriver à la liquidation la mission de réaliser *toutes les valeurs* formant le gage des créanciers sociaux, et qu'ils peuvent dès lors poursuivre, contre les souscripteurs originaires des actions de la société, la libération de leurs actions. — Paris, 14 déc. 1887, Soc. *la Banque parisienne*, [S. 89.2.1, P. 89.1.79, et la note de M. Labbé] — Rouen, 27 juill. 1892, sous Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [S. et P. 96.1.441, D. 96.1.382] — Il en est ainsi, spécialement, lorsque le jugement porte que les pouvoirs les plus étendus, d'après les lois et usages du commerce, sont conférés aux liquidateurs pour la constatation et la réalisation des biens mobiliers et immobiliers de la société, l'acquittement du passif et le règlement des tiers et intéressés. — Paris, 31 déc. 1884, en sous-note sous Cass., 20 oct. 1886, précité.

2244. — Le liquidateur d'une société anonyme, investi d'un mandat général d'administration, a même le droit de demander aux actionnaires les versements complémentaires non encore effectués sur leurs actions, en vue de l'extinction du passif, sans que les actionnaires puissent exiger du liquidateur un compte préalable de l'emploi des fonds à provenir de ces versements. — Cass., 26 mai 1886, Bodereau, [S. 86.1.349, P. 86.1.870, D. 87.1.383] — Paris, 9 mai 1884, précité; — 19 déc. 1884, précité; — 3 févr. 1887, Burel, [S. 87.2.36, P. 87.1.219]; — 4 mai 1888, Pellotier, [D. 89.2.1 et la note de M. Boistel]; — 6 févr. 1891, Wormser, [D. 92.2.385]; — 19 déc. 1894, Mathieu, [D. 96.2.81 et la note de M. Valéry] — Aix, 14 nov. 1860, Lhuillier, [S. 61.2.296, P. 61.1037] — Lyon, 25 avr. 1885, Halgrain, [D. 86.2.116] — Ainsi, lorsque la mise en liquidation de la société a été décidée par l'assemblée générale des actionnaires, qui a, en même temps, nommé un liquidateur, avec mission «... de faire rentrer toutes les sommes représentatives de l'actif et d'opérer ensuite une répartition entre les actionnaires... », celui-ci est tenu d'agir dans les termes du mandat dont il a été investi. — Paris, 9 mai 1884.

2244 *bis*. — C'est vainement qu'un actionnaire invité à libérer ses actions prétendrait exiger du liquidateur la justification du passif à éteindre, alors surtout que plusieurs actionnaires ont déjà répondu aux appels de fonds du liquidateur. — Même arrêt.

2245. — III. *Comment les versements doivent être effectués.* — Le versement en espèces n'étant requis par l'art. 1 de la loi de 1867, modifiée par la loi de 1893, que lors de la constitution de la société (V. *infrà*, n. 3170 et s.), les versements complémentaires peuvent être faits, soit en valeurs équivalentes d'une réalisation facile et certaine... — Paris, 7 févr. 1885, [*J. des soc.*, 86.686] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 737; Pont, t. 2, n. 897; Houpin, t. 1, n. 310; Vavasseur, t. 1, n. 397 *bis*; Wahl, t. 1, n. 490; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 177.

2246. — ... Soit au moyen de la compensation. Ainsi, le liquidateur peut accepter d'un actionnaire un règlement par voie de virement avec le compte d'une autre société, dont la société en liquidation serait débitrice et l'actionnaire créancier. — Douai, 8 mars 1888, [*Rev. des soc.*, 88.305] — L'actionnaire pourrait également opposer en compensation le prix de travaux exécutés par lui pour le compte de la société, si d'ailleurs sa créance n'est pas contestée, et exigible. — Cass., 4 mars 1867, Sabathier, [S. 67.1.254, P. 67.644, D. 67.1.425] — Paris, 17 nov. 1898, [*J. des soc.*, 99.489] — Mêmes auteurs.

2247. — La compensation opérerait même de plein droit, conformément au droit commun, si les deux créances étaient respectivement liquides et exigibles. — Cass., 27 janv. 1873, Synd. Copin, [S. 73.1.163, P. 73.383, D. 73.1.371] — Paris, 7 févr. 1885, [*J. des soc.*, 86.686]

2248. — Mais les versements doivent être réels et sérieux. Jugé qu'un actionnaire ne peut être libéré de ses engagements qu'autant que le paiement a eu lieu d'une façon effective et réelle, soit par lui-même, soit par son cessionnaire, et sans qu'aucune convention contraire puisse prévaloir en pareille matière. — Cass., 30 juin 1891, Le Sueur, [S. et P. 93.1.414, D. 92.1.153]

2249. — Spécialement, l'actionnaire n'est pas libéré par le prétendu paiement fait par son cessionnaire en un chèque qui n'avait pas provision chez le banquier sur lequel il a été tiré, et qui n'a pas été réellement payé, bien que ce chèque ait été accepté par la société, et qu'il figure comme encaissé sur les livres de la société par suite d'une passation d'écritures en faisant figurer la valeur nominale au débit du titre. — Même arrêt.

2250. — De même, de ce que, dans un acte de société par actions, spécialement d'une société à responsabilité limitée, il est énoncé que le capital social a été constitué par les commanditaires et les créanciers d'une précédente association dissoute et mise en faillite, uniquement au moyen de valeurs provenant de cette faillite, il ne s'ensuit pas que les nouveaux associés soient affranchis de l'obligation de verser le montant total du capital annoncé au public, alors surtout que les valeurs apportées à la société n'ont pas été appréciées et approuvées en assemblée générale. Par suite, les créanciers de la société nouvelle sont fondés à réclamer la vérification par justice de la valeur réelle des apports, en vue de faire, au cas d'insuffisance, compléter le versement du capital. — Cass., 10 mai 1869, Hénon, [S. 70.1.391, P. 70.1016, D. 69.1.523]

2251. — De même encore, serait nulle la libération des actions en obligations de la même société, non encore remboursables, et rétrocédées pour un prix supérieur au cours de la Bourse.

— Paris, 16 juin 1893, [*J. des soc.*, 94.274] — V. Houpin, t. 1, n. 310; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 178.

2252. — En ce qui concerne la constatation des versements, l'usage est de remettre, lors du premier versement, un récépissé, lequel est échangé après la constitution définitive de la société contre un titre d'actions provisoires sur lequel tous les versements ultérieurs sont mentionnés. Cette action est généralement échangée après libération intégrale contre un titre nouveau.

2253. — IV. *Actions en paiement du non versé : exécution en Bourse.* — a) *Action en paiement.* — Lorsqu'un actionnaire est en retard pour effectuer ses versements, la société peut d'abord, en vertu du droit commun, agir *personnellement* en paiement du non versé contre lui, et même, sous certaines conditions (exposées *infrà*), contre les propriétaires antérieurs du titre.

2254. — L'actionnaire en retard doit les intérêts légaux, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu, à partir du jour où il aurait dû effectuer ses versements, conformément à l'art. 1846, C. civ. Ces intérêts se calculent au taux commercial, c'est-à-dire à raison de 5 p. 0/0, le taux ayant été abaissé de 6 à 5 p. 0/0 par la loi du 7 avr. 1900.

2255. — Si donc la société est *in bonis*, les intérêts courront de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure, soit à partir de l'échéance fixée par les statuts pour les versements, soit, dans le cas où les statuts seraient muets, à partir du jour fixé pour le paiement par l'appel de fonds, émané des représentants de la société, et effectué dans les formes déterminées par les statuts ou par l'usage. — Cass., 6 août 1862, Lhuillier, [S. 62.1.783, P. 62.1083, D. 62.1.427]; — 14 nov. 1899, Adam-Drieux, [S. et P. 99.1.505, D. 1900.1.100] — Aix, 14 nov. 1860, Lhuillier, [S. 61.2.296, P. 61.103]; — 1er nov. 1869, Padova di Serra, [S. 70.2.73, P. 70.342, D. 70.2.219] — Paris, 15 juill. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.482]; — 18 févr. 1888, [*Ibid.*, 88.397]; — 14 juin 1888, [*Ibid.*, 88.467] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 734; Pont, t. 1, n. 898 et s.; Houpin, t. 1, n. 312; Vavasseur, t. 1, n. 378; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 148. — V. aussi *suprà*, v° *Intérêts*, n. 552 et s.

2256. — Il a été jugé, en ce qui concerne le paiement des intérêts, qu'il ne peut appartenir au gérant ou liquidateur d'une société en commandite par actions, directement ou indirectement, par des conventions particulières avec un ou plusieurs des associés, de modifier, à leur égard, les conditions statutaires, en les dispensant de verser tout ou partie de ce qu'ils doivent à la société. — Cass., 14 nov. 1899, sur renvoi Adam-Drieux, [S. et P. 99.1.505], et Rouen, 11 juill. 1900, [*Rec. Rouen*, 11 juillet]

2257. — Ainsi, le liquidateur de la société ne peut, en cas de paiement non intégral de leurs actions par des actionnaires, au lieu d'imputer d'abord les sommes versées sur les intérêts dus, les imputer sur le capital, de manière à permettre au débiteur de se prétendre libéré, au bout de cinq ans, et du capital qui a été versé et des intérêts qui seraient prescrits. — Mêmes arrêts.

2258. — Si donc le législateur a cru pouvoir autoriser une telle imputation et autoriser un souscripteur à invoquer la prescription libératoire des sommes dues pour intérêts, les créanciers sociaux auront le droit d'exiger une rectification des comptes et une imputation préalable, sur les intérêts, des sommes versées sur les titres non libérés. — Rouen, 11 juill. 1900, précité.

2259. — Il est facile de justifier ces solutions au point de vue des principes. En effet, d'après l'art. 1254, C. civ., le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou aux intérêts. L'un des motifs de cette disposition, c'est que les conditions de conservation du capital et des intérêts ne sont pas les mêmes ; alors que les intérêts se prescrivent par cinq ans (C. civ., art. 2277), et cette prescription est applicable aux intérêts des sommes dues à la société par un associé pour son apport (V. Cass., 17 févr. 1869, Pommard, [S. 69.1.256, P. 69.635] — Aubry et Rau, t. 4, p. 554, § 380, texte et note 1; Guillouard, *Tr. des soc.*, n. 193), — le capital ne peut être atteint par la prescription qu'au bout de trente années (Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 17, p. 591, n. 604); si bien qu'il importe essentiellement au créancier d'échapper à la prescription la plus courte pour n'avoir plus devant lui que la prescription la plus longue. — V. *supra*, v° *Paiement*, n. 268 et s.

2260. — Sans doute, cette disposition n'est pas tellement impérative qu'en vertu du principe de la liberté des conventions elle ne puisse être modifiée par l'accord des parties, comme le dit la loi, avec le consentement du créancier (V. Demolombe, *Tr. des contr. et oblig.*, t. 5, n. 16). Mais, pour que cette modification soit légale et produise effet, il faut que le débiteur trouve en face de lui un créancier maître absolu de la créance, pouvant en disposer, en faire remise, y renoncer, si bon lui semble, changer les modes de paiement, soit conventionnels, soit légaux; ce qui se rencontre quand, derrière le propriétaire de la créance, on n'aperçoit personne qui puisse prétendre à exercer sur elle aucun droit, se dire intéressé à sa conservation. Or, tel n'est point le cas en matière de société. La société, créancière des sommes dues par les actionnaires et pouvant en poursuivre le remboursement, n'en peut disposer, en ce sens qu'elle ne peut remettre aux actionnaires tout ou partie de leur dette parce qu'en agissant ainsi, elle porterait atteinte au capital social, au gage des créanciers sociaux, capital et gage dont elle n'a que l'administration, mais qu'il n'est pas en son pouvoir de réduire.

2261. — Que faudrait-il décider en cas de faillite de la société? Quelques auteurs estiment que, si l'on fait déchoir, avec la jurisprudence, les actionnaires et commanditaires du bénéfice du terme (V. *suprà*, n. 2221), les intérêts sont dus dès le jour du jugement déclaratif de faillite. C'est ce qu'on admet sans difficulté en ce qui concerne les dettes du failli, contre lesquelles l'art. 444 prononce la déchéance du terme. Le jugement déclaratif équivaut à une demande en justice, et fait courir les intérêts pour le cas où les créanciers reprendront ultérieurement leurs actions individuelles et cesseront ainsi d'être soumis à l'art. 445, qui arrête, à l'égard de la masse, le cours des intérêts, parce que, dit la Cour de cassation, ce jugement met un obstacle aux poursuites individuelles des créanciers. — V. Cass., 8 juill. 1891, Liquid. du comptoir de Versailles, [S. et P. 95.1.485]

2262. — N'en est-il pas de même en ce qui concerne la dette des actionnaires et des commanditaires? C'est d'une manière absolue que les créanciers du failli sont privés du droit de poursuite individuelle, et sont, à cet égard, remplacés par le syndic. D'autre part, c'est, en somme sur une extension de l'art. 444 que la jurisprudence fait reposer la déchéance du terme qu'elle prononce contre les actionnaires et commanditaires; l'art. 444 doit donc leur être appliqué en son entier. — Wahl, note sous Cass., 25 oct. 1897, [S. et P. 98. 1.177] — V. Bordeaux, 3 mars 1884, [*J. des trib. de comm.*, 84.455]

2263. — Mais la jurisprudence est fixée en sens contraire; elle décide que, bien que la faillite rende exigibles (sauf controverse, V. *suprà*, n. 2221 et 2222) les versements restant à faire sur les titres et confère aux syndics la faculté de les leur réclamer, le jugement déclaratif de faillite ne constitue pas *ipso facto* une mise en demeure pour l'actionnaire d'effectuer ces versements, avant qu'ils lui aient été réclamés. — Cass., 25 oct. 1897, précité.

2264. — On ne saurait opposer en sens contraire l'art. 1846, C. civ., aux termes duquel l'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a pas fait, devient de plein droit, et sans demande, débiteur des intérêts à partir du jour où cette somme devait être payée; cet article n'a en vue que le cas où l'associé, interpellé et mis en demeure par l'échéance du terme fixé par le pacte social pour les versements de son apport, ne les a pas effectués à cette échéance. — Même arrêt.

2265. — En conséquence, les intérêts ne courront qu'à partir de la demande en justice (ou la sommation, L. 7 avr. 1900) formée par le syndic, ou à partir du jour fixé pour l'appel de fonds par un jugement du tribunal qui a déclaré la faillite à la requête du syndic. — Paris, 11 déc. 1895, sous Cass., 25 oct. 1897, précité. — V. Paris, 23 juin 1859, Chenet, [S. 60.2.168, P. 59.1039, D. 60.5.367] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 323, p. 226, note 2 ; Vavasseur, t. 1, n. 523; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 39; Houpin, t. 1, n. 312.

2266. — Mais si l'appel de fonds régulier, dûment approuvé par le tribunal, adressé aux actionnaires par le syndic, constitue une mise en demeure régulière, susceptible de faire courir les intérêts, il n'en saurait être de même d'une simple circulaire avisant les actionnaires d'un prochain appel de fonds.

2267. — Jugé, en ce sens, qu'une circulaire, par laquelle le syndic demande aux actionnaires le versement de ce qu'ils restent devoir sur le second quart, antérieurement réclamé par un appel de fonds régulier du conseil d'administration, et des deux derniers quarts, n'est pas, en ce qui concerne ceux-ci, un appel

de fonds régulier pouvant servir de point de départ aux intérêts, si la circulaire n'a pas été adressée aux actionnaires par lettre chargée, si la plupart des exemplaires n'en étaient pas datés, et si, par suite, la quinzaine dans laquelle les actionnaires étaient invités à faire les versements n'a pas de point de départ certain, si la circulaire garde le silence sur les intérêts des deux derniers quarts, tout en portant que les intérêts sont dus pour le second quart à partir du jour fixé par l'appel de fonds, et si, enfin, elle n'est qu'un simple avertissement avec menace de poursuite pour le cas où les versements ne seraient pas effectués, et cela, d'après l'interprétation même donnée par le syndic. — Paris, 11 déc. 1895, sous Cass., 25 oct. 1897, précité.

2268. — En tout cas, l'appréciation des juges du fond sur ce point ne dénature pas les termes et ne méconnaît pas le caractère légal de cette circulaire. — Cass., 25 oct. 1897, précité.

2269. — Par suite, à défaut d'appel de fonds régulier, les intérêts ne courent que de la demande en justice (ou la sommation) formée par le syndic. — Même arrêt.

2270. — Toutefois, si la société reconnaissait fondé le refus de versement de la part de certains actionnaires, et offrait de leur délivrer de nouvelles actions après avoir vendu leurs titres en Bourse, elle ne serait pas recevable à exiger d'eux des intérêts pour versements arriérés. — Cass., 10 mai 1857, Chem. de fer de l'Ouest, [S. 59.1.924, P. 59.673, D. 59.1.368]

2271. — Mais l'actionnaire, tant qu'il n'est poursuivi que personnellement en paiement du non versé, n'en reste pas moins associé. Jugé, à cet égard, que lorsque, d'après les statuts d'une société, les souscripteurs d'actions en retard de faire leurs versements sont passibles de l'intérêt des sommes non versées, la société qui n'a pas usé de la faculté à elle appartenant de faire vendre les actions non libérées aux risques et périls des actionnaires, ne peut qu'exiger l'intérêt du retard, mais non retenir les coupons et dividendes afférents à leurs actions, lesquels continuent de leur appartenir. Par suite, les actionnaires sont fondés à compenser ces coupons et dividendes avec les versements non opérés, déduction faite des intérêts de retard. — Paris, 8 nov. 1865, Chem. de fer autrichiens, [S. 66.2.177, P. 66.473, D. 67.2.23]

2272. — Rappelons toutefois que, aux termes de l'art. 1846, C. civ., l'associé en retard de verser sa mise (et cette disposition s'applique sans aucun doute à l'actionnaire) peut, outre les intérêts moratoires, être condamné à des dommages-intérêts supplémentaires, à raison du préjudice éprouvé par la société du fait du retard.

2273. — Jugé, en ce sens, que, si dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation fixée par l'art. 1153, C. civ. (avant la loi du 7 avr. 1900), il n'en est plus de même en ce qui concerne les obligations souscrites au profit d'une société anonyme (ou en commandite par actions). Ici les dommages-intérêts ont pour objet, non pas seulement de réparer le préjudice qui résulte d'un retard dans l'exécution, mais aussi de couvrir la société du tort plus ou moins considérable qu'elle a pu éprouver, suivant les résultats de la vente en Bourse, à raison et par suite de la résolution du contrat. — Cass., 11 juill. 1895, Pellorce, [S. et P. 95.1.329, D. 97.1.50]

2274. — b) *Exécution en Bourse.* — L'action personnelle contre les débiteurs du non versé n'est pas la seule voie ouverte à la société. La société peut en effet stipuler, dans ses statuts, qu'en cas de retard dans la libération des titres, elle aura le droit, indépendamment de l'action personnelle, ou concurremment avec elle, de faire vendre en Bourse, sur duplicata, les titres des actionnaires défaillants. Cette stipulation est généralement conçue sur le modèle suivant : « A défaut de paiement aux époques déterminées, l'intérêt est dû, pour chaque jour de retard, à raison de 5 p. 0/0 l'an. La société peut exercer l'action personnelle contre les retardataires; elle peut aussi, soit distinctement de la poursuite, soit concurremment avec elle, faire vendre les actions des retardataires, sans autre formalité qu'une mise en demeure adressée par lettre chargée, au domicile élu, huit jours à l'avance et restée sans effet. Ces actions sont vendues simultanément ou successivement à la Bourse de Paris par le ministère d'un agent de change pour le compte et aux frais, risques et périls des retardataires. Les nouveaux titres délivrés aux acquéreurs porteront les mêmes numéros que les titres primitifs qui sont annulés et cessent d'avoir aucune valeur entre les mains des propriétaires dépossédés. Sur le produit de la vente, on impute d'abord les intérêts et les frais, puis les anciens versements en retard; le déficit reste à la charge de l'actionnaire dépossédé et de ses coobligés, et la société en poursuit le recouvrement par toutes les voies de droit; l'excédent, s'il y en a, appartient à l'actionnaire » (art. 21 des statuts de la Métropole).

2275. — On pourrait également, pour les valeurs non cotées à la Bourse officielle, stipuler que la vente pourra avoir lieu en banque ou en coulisse, ou aux enchères publiques par l'entremise d'un notaire. — Houpin, t. 1, n. 314.

2276. — On s'accorde aujourd'hui en jurisprudence et en doctrine à tenir cette clause pour licite. — Cass., 10 mai 1857, précité; — 10 mai 1859, Chem. de fer de l'Ouest, [S. 59.1.924, P. 59.673, D. 59.1.368]; — 14 févr. 1872, Remy, [S. 72.1.321, P. 72.846, D. 72.1.244]; — 23 déc. 1885 (sol. impl.), Esmard, [S. 88.1.12, P. 88.1.17, D. 86.1.261]; — 31 oct. 1887, Comp. d'assur. terr. *la Métropole*, [S. 90.1.524, P. 90.1.126, D. 88.1.476]; — 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009, D. 89.1.361]; — 4 déc. 1888, Comp. d'assur. terr. *la Métropole*, [S. 90.1.524, P. 90.1.1262, D. 88.5.453]; — 8 déc. 1891, Mame et Quehan, [S. et P. 92.1.61, D. 92.1.539] — Paris, 15 avr. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888, précité; — 26 nov. 1887, Comp. d'assur. terr. *la Métropole*, [S. 89.2.210, P. 89.1.1115, D. 88.2.307]; — 30 juin 1892, sous Cass., 11 juill. 1895, Pellorce, [S. et P. 95.1.329, D. 92.2.476] — *Sic*, Boistel, n. 227; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 739; Mathieu et Bourguignat, p. 32; Pont, t. 2, n. 949; Houpin, t. 1, n. 314; Rousseau, t. 1, n. 306; Vavasseur, t. 1, n. 306; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 168, et *Suppl.*, n. 52; Thaller, n. 507; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 163.

2277. — On a cependant formulé (V. le pourvoi contre l'arrêt de Paris du 26 nov. 1887, précité) contre la validité de la clause d'exécution en Bourse diverses objections, qu'il convient d'examiner ici sommairement. On a dit d'abord que l'égalité entre les actionnaires était rompue, par ce fait que les acquéreurs des actions exécutés par masse à la Bourse auront, pour quelques francs, les mêmes droits et privilèges que ceux qui les auront payées au prix d'émission. Mais ce raisonnement ne conduirait à rien moins qu'à établir des catégories d'actionnaires suivant le prix qu'ils auraient payé leurs actions, et à n'accorder la plénitude des droits et privilèges attachés au titre qu'à ceux qui auraient acquitté tout le prix d'émission. On ne tiendrait pas compte ainsi des fluctuations de la valeur; c'est-à-dire qu'on se mettrait si complètement en dehors de toutes les règles et de tous les principes qui régissent les actions des sociétés anonymes qu'il ne paraît pas y avoir lieu de discuter, autrement qu'en indiquant cette conséquence, l'objection tirée de l'inégalité établie entre les actionnaires par la différence du prix des actions.

2278. — On a prétendu également que, par l'exécution des actions en Bourse la société contreviendrait à la règle qui lui interdit, en vendant ses propres actions, de diminuer le capital social. Sans doute, une société ne peut vendre ses propres, actions et diminuer ainsi le capital social. — V. sur ce principe Paris, 15 mars 1890, Perdrix, [S. 91.2.105, P. 91.1.581, D. 93.2.105] — Mais tel n'est pas le cas d'une société qui vend, non ses actions, mais les actions des souscripteurs en retard de verser les fractions de capital appelées, et qui ne fait cette vente qu'à ce autorisée par une clause de ses statuts. Non seulement, en procédant ainsi, elle ne porte pas atteinte à l'intégrité du capital social, mais elle fait le possible pour le maintenir intact. Le capital social d'une société anonyme se compose essentiellement de l'ensemble des sommes qu'a pu ou que pourra produire le prix de la totalité des actions émises calculé au taux d'émission. Tous les efforts des administrateurs de la société doivent tendre à ce que les fractions de ce capital, si les besoins l'exigent, soient exactement versées; vis-à-vis des actionnaires récalcitrants, ils doivent se servir de tous les pouvoirs dont ils sont armés par les statuts, exercice de l'action personnelle et de l'action réelle concurremment suivies, si cela est nécessaire.

2279. — Donc l'exécution en Bourse est licite. La seule difficulté est de savoir à quels principes généraux il convient de la rattacher, quelle est la véritable qualification juridique de cette voie d'exécution. Quelques auteurs ou arrêts ont cru pouvoir la qualifier d'expropriation ou de saisie. Le titre serait *saisi* sur son titulaire, vendu aux enchères et adjugé au plus offrant, comme dans toute autre voie d'exécution sur les biens. — Paris, 15 avr. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888 (motifs), précité. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 300; Thomereau, *Messager de Paris*, 31 juill. 1893.

2280. — Cette analyse de l'opération se heurte à de graves objections. En effet, toute saisie suppose un titre exécutoire (C. proc. civ., art. 545), or ce titre fait défaut en l'espèce, et il ne semble pas que l'ordonnance du président du tribunal apposée au bas de la requête du syndic puisse être considérée comme équivalente au titre requis par la loi. Au surplus la saisie, pour être régulière, doit être précédée d'un commandement (V. *suprà*, v° *Saisie-exécution*, n. 155 et s.), accompagné de la notification du titre (C. proc. civ., art. 583); or cette formalité est chose inconnue dans la pratique de la Bourse.

2281. — Aussi nous paraît-il plus juridique de rattacher l'exécution en Bourse au principe général de l'art. 1184, C. civ., d'y voir en d'autres termes une application de la règle d'après laquelle, dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution par l'une des parties peut donner lieu, à la requête de l'autre partie, à la résiliation du contrat, les parties pouvant d'ailleurs, par un pacte commissoire exprès, écarter toute intervention de justice, et décider par exemple que le seul fait de l'inexécution, dûment constaté, pourra emporter résiliation, sur une simple mise en demeure, ou même sans mise en demeure. — V. *suprà*, v° *Conditions*, n. 746 et s., et Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1184, C. civ. — V. en faveur de cette interprétation, les arrêts précités de la Cour suprême, et spécialement les arrêts des 4 déc. 1888 et 8 déc. 1891. — V. Boistel, Lyon-Caen et Renault, Floucaud-Pénardille, *op. cit.*

2282. — En tout cas, la jurisprudence, avons-nous dit, admet sans difficulté la légalité de l'exécution en Bourse. Jugé, en conséquence, que lorsque les statuts d'une société anonyme lui confèrent le droit de faire vendre en Bourse par duplicata, pour le compte et aux risques de l'actionnaire, toute action pour laquelle les versements n'auraient pas été effectués à l'échéance du délai imparti, sauf à la société à poursuivre, contre l'actionnaire, après imputation, sur le prix des versements en retard et des intérêts, le remboursement du déficit restant à charge de celui-ci, la vente effectuée en Bourse, par ministère d'agent de change, d'une action sur laquelle un versement appelé n'a pas été effectué, est régulière, et que la société est en droit de réclamer à l'actionnaire en retard le reliquat dont il reste débiteur envers elle. — Paris, 26 nov. 1887, précité. — V. aussi, Paris, 15 nov. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888, précité.

2283. — Vainement, pour résister à la demande de la société, l'actionnaire alléguerait-il que, les actions ayant été mises en vente comme libérées de moitié, alors qu'elles étaient seulement libérées d'un quart et que le versement en retard avait précisément pour objet de les libérer de moitié, la société aurait ainsi modifié la nature du gage dont elle poursuivait la réalisation; la vente en Bourse, par duplicata, en exécution du contrat librement consenti entre l'actionnaire et la société, d'une action dont la société n'a même pas la possession, ne peut être assimilée à la réalisation d'un gage. — Mêmes arrêts. — L'action demeure entre les mains de l'actionnaire, et par suite, manque le premier élément du gage, à savoir la détention par le créancier-gagiste, ou le dépôt entre les mains d'un tiers convenu entre le créancier et le débiteur. On ne saurait sérieusement assimiler à un gage le droit donné à la société de vendre l'action de l'actionnaire en retard sur duplicata; c'est là une faculté créée par les statuts, qui dérive entièrement des statuts, mais qui ne ressemble en rien à la constitution d'un gage au profit de la société. Les arrêts précités ont donc raison de dire que la clause qui autorise la vente ne comporte pas l'accomplissement des prescriptions de l'art. 93, C. comm.

2284. — En d'autres termes, une société anonyme peut avoir à exercer, contre l'actionnaire en retard de faire ses versements, une double action : celle résultant des statuts sociaux, qui l'autorisent à faire vendre les actions souscrites au cas de retard dans la libération des titres (action réelle *sui generis*), et celle résultant du droit commun (action personnelle), qui l'autorise à poursuivre le paiement de la part appelée sur le montant non versé du prix d'émission. — Cass., 31 oct. 1887, précité; — 4 déc. 1888, précité.

2285. — Et cette dernière action ne saurait être déclarée non recevable, par le seul motif que, les actions, dont le produit devait venir en déduction de la somme due par l'actionnaire, ayant été vendues en Bourse par la société comme libérées de moitié, tandis qu'elles ne l'étaient que du quart, il en est résulté une irrégularité dans l'opération, qui ne permettrait pas d'admettre la société dans sa demande en règlement de compte de réalisation des titres. — Mêmes arrêts.

2286. — Il en est ainsi, alors qu'il n'est pas constaté, d'ailleurs, que l'irrégularité prétendue ait causé, ou pu causer, un préjudice à l'actionnaire. — Mêmes arrêts.

2287. — En d'autres termes, il appartient aux juges du fond de déclarer qu'au cas où la société jugerait utile de recourir, contre les souscripteurs retardataires, à l'exécution en Bourse autorisée par un article des statuts, cet article, combiné avec d'autres dispositions de ces mêmes statuts, confère à la société le droit de vendre les actions en Bourse libérées seulement du quart, comme si elles avaient été effectivement libérées de moitié, et que, d'ailleurs, le souscripteur retardataire n'a souffert aucun préjudice du mode de vente qui a été suivi et qui était conforme aux usages de la Bourse. Au regard d'une clause sujette à interprétation, de pareilles appréciations rentrent dans les pouvoirs souverains des juges du fond. — Cass., 8 déc. 1891 (1er et 2e arrêts), précités.

2288. — Ajoutons que l'interprétation donnée à la clause par la cour de Paris semble raisonnable. Il est difficile d'admettre qu'étant donnés les usages de la Bourse, d'après lesquels les actions ne sont vendues que libérées de moitié, lorsqu'un second quart a été appelé, on se soit volontairement placé dans l'impossibilité d'user de la faculté d'exécuter en Bourse les retardataires, et cela précisément parce qu'ils n'auraient pas effectué le versement dont l'omission a été la seule cause qui puisse autoriser la vente. — V. en ce sens, Cass., 31 oct. 1887, Comp. d'assur. terr. *la Métropole*, [S. 90.1.524, P. 90.1.1262, D. 88.1.476]; — 4 déc. 1888, Mêmes parties, [S. 90.1.524, P. 90.1.1262, D. 88.5.453] — Paris, 26 nov. 1887, Comp. d'ass. terr. *la Métropole*, [S. 89.2.210, P. 89.1.1115, D. 88.2.307]

2289. — Les statuts règlent librement les conditions dans lesquelles la vente aura lieu. Ainsi, il peut être stipulé que la société pourra faire vendre les actions des retardataires, sans autre formalité qu'une seule mise en demeure adressée par lettre chargée au domicile des actionnaires et demeurée sans réponse pendant huit jours. — Cass., 8 déc. 1891, Marne et Quehan, [S. et P. 92.1.61, D. 92.1.539]

2290. — ... Ou même que la vente pourra avoir lieu, sans mise en demeure ni autre formalité, par le seul fait que les numéros des titres dont les versements sont en retard auront été publiés dans un journal désigné pour recevoir les annonces légales, et quinze jours après cette publication. — Cass., 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009, et la note de M. Labbé, D. 89.1.361]

2291. — Si l'exécution en Bourse est possible dans les conditions déterminées par les statuts, encore faut-il que les statuts l'aient prévue et autorisée. A défaut de stipulation expresse, la résolution du contrat fondée sur le retard des actionnaires n'opérerait plus de plein droit, et la société ne pourrait faire vendre les titres en Bourse qu'en vertu d'un jugement prononçant ladite résolution (résolution judiciaire, Arg., Art. 1184, C. civ.). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 739.

2292. — Jugé (en ce qui concerne les obligations), que la clause dite d'exécution en Bourse, pour le cas de refus des versements complémentaires à leur échéance, est obligatoire pour le souscripteur, si, étant formulée en termes précis, elle est imprimée sur les certificats provisoires en caractères typographiques suffisants, alors surtout que ce souscripteur était un financier expérimenté qui n'a pu l'ignorer et l'a certainement acceptée. — Cass., 11 juill. 1895, Pellorce, [S. et P. 95.1.329, D. 97.1.50]

2293. — Lorsque des actions ont été ainsi vendues en Bourse après l'accomplissement des formalités prescrites par les statuts ou par la loi, les acquéreurs sont bien et légalement devenus actionnaires de la société aux lieu et place des anciens actionnaires (expropriés ou dépossédés par l'effet de la résiliation de leurs titres), et comme tels, ils ont le droit de prendre part aux assemblées générales. — Paris, 15 nov. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888, précité.

2294. — D'ailleurs, ces acquéreurs, en versant leur prix d'acquisition, reçoivent des titres libérés entièrement à leur égard de tous les versements exigibles, tous droits réservés à la société pour le solde contre les actionnaires exécutés. — Même arrêt.

2295. — Cette solution ne découle pas seulement des usages de la Bourse, d'après lesquels les titres vendus après un appel de fonds sont toujours vendus libérés de la somme appelée, mais

de ce fait que l'acquéreur du duplicata n'est point l'ayant-cause de l'ancien actionnaire, mais doit être assimilé à un souscripteur nouveau achetant au cours du jour un titre de la société, libéré, conformément à l'usage, des versements effectués ou exigibles. Il serait d'autant plus étrange de rendre l'acquéreur responsable du reliquat dû sur le titre, qu'il l'a acheté au cours du jour pour le même prix que s'il s'agissait d'une action ayant acquitté tous les versements exigibles, et qu'il n'a même pas pu connaître, à raison du mécanisme des opérations de Bourse et du secret qui dissimule la personnalité du vendeur, lorsque la cession a lieu par l'entremise d'un agent de change, la nature véritable des titres qui lui étaient délivrés.

2296. — En tout cas, les juges du fait, qui, par une interprétation souveraine des statuts, décident que des titres ont été vendus en Bourse, comme titres libérés, rendent une décision échappant au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 20 févr. 1888, précité.

2297. — Quant à l'actionnaire dont les titres ont été vendus à la Bourse, il cesse de faire partie de la société, par suite de la résolution qui s'est opérée, et dès lors, il ne serait pas recevable à exercer une action en nullité contre la société à l'effet d'agir ensuite en dommages-intérêts contre les fondateurs et premiers administrateurs. — Cass., 23 déc. 1885, Esmard, [S. 88.1.12, P. 88.1.17, D. 86.1.261]

2298. — Mais cet actionnaire ne peut répéter les versements qu'il aurait antérieurement opérés. Il les doit à la société à titre de dommages-intérêts pour le préjudice que son retard lui a causé, alors surtout qu'il a été stipulé dans les statuts sociaux qu'il serait déchu de ses droits sans pouvoir répéter les sommes déjà versées. — Cass., 14 févr. 1872, Remy, [S. 72.1.321, P. 72.846, D. 72.1.244] — V. Lyon, 31 janv. 1840, Vielle, [P. 40.2.18] — Cette solution s'impose, sous peine de rendre la clause d'exécution en Bourse illusoire : effectivement, et pour peu que les titres aient subi une dépréciation sérieuse, la faculté pour l'actionnaires de réclamer la restitution des versements déjà effectués par lui sur les titres lui permettrait de s'approprier le produit de l'exécution en Bourse dirigée contre lui et motivée par son retard : solution absurde, et manifestement insoutenable.

2299. — V. *Des exceptions ou fins de non recevoir contre l'action en paiement du non versé.* — La question de savoir quelles sont les exceptions ou fins de non recevoir susceptibles d'être opposées par l'actionnaire à l'action en paiement du non versé varie suivant que l'action émane des représentants de la société, gérants, administrateurs ou liquidateurs, ou du syndic, agent des créanciers. Si l'action émane des représentants de la société, la question doit être résolue par une distinction. S'il est établi en fait, que la société elle-même s'est, par l'entremise de ceux qui ont qualité pour l'obliger valablement, rendue coupable d'un dol, notamment qu'elle a extorqué des souscriptions par des moyens frauduleux, l'actionnaire poursuivi pourra exciper du dol dont il a été victime pour se refuser à parfaire les versements. — Cass., 8 déc. 1891, Mame et Quéhan, [S. et P. 92.1.61, D. 92.1.539] — Dijon, 10 avr. 1867, Soc. *l'Abeille*, [S. 68.2.342, P. 68.1246]

2300. — Mais les combinaisons dolosives attribuées seulement à quelques-uns des administrateurs à propos de l'exécution en Bourse de titres non libérés, ne peuvent faire obstacle à l'action exercée par la société contre les actionnaires qui n'ont pas rempli leurs engagements. — Cass., 8 déc. 1891 (1er arr.), précité. — La société, en tant que personne morale, ne saurait en ce cas être rendue responsable d'agissements auxquels elle est demeurée étrangère.

2301. — Jugé également que le cessionnaire d'actions dans une société anonyme, poursuivi par les liquidateurs de la société en versement du complément de ses actions, ne peut, pour s'y soustraire, exciper de ce qu'il y aurait eu dol ou fraude dans la cession qui lui a été faite, la société ne pouvant être rendue responsable d'un fait qui lui est complètement étranger. — Dijon, 10 avr. 1867, précité.

2302. — Il en est ainsi alors même que la cession aurait eu lieu par l'entremise d'un agent du directeur-gérant ou même du conseil d'administration, si, d'après les statuts, la société ne pouvait être engagée par le gérant ou le conseil d'administration au delà des actes d'une simple gestion et contrairement aux bases constitutives de son existence même. — Même arrêt.

2303. — Mais la transaction par laquelle le liquidateur d'une société a accepté d'un ancien actionnaire une somme à forfait, pour solde de tout ce qu'il pourrait devoir sur 500 actions libérées de 250 fr. dont il avait été porteur intermédiaire, peut être considérée comme ayant définitivement déchargé ce dernier, bien que ces 500 titres au porteur fussent la représentation de 1,000 titres nominatifs libérés de 125 fr. seulement, en échange desquels ils avaient été émis en suite d'une réduction du capital, et que, postérieurement à la transaction, une décision judiciaire ait annulé, au regard d'autres intéressés, les opérations de conversion et de réduction de capital et ait ordonné le dédoublement des titres. — Cass., 9 avr. 1900, Liquid. de la Banque générale des assurances, [S. et P. 1902.1.263, D. 1902.1.417]

2304. — Du moins, en décidant que faute d'avoir fait, dans la transaction, la réserve de l'éventualité de ce dédoublement, le liquidateur est réputé avoir donné à la partie quittance entière de tout engagement envers la société, les juges du fond n'ont fait qu'user du pouvoir souverain dont ils étaient investis pour déterminer l'objet et la portée de la transaction, par une interprétation à laquelle ne mettait obstacle aucune énonciation précise du contrat. — Même arrêt. — Sur le pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter, à condition de ne pas les dénaturer, les conventions, V. *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 3314 et s. — V. aussi Cass., 25 mai 1898, Solan, [S. et P. 98.1.408, et spécialement en ce qui concerne les transactions : — Cass., 25 oct. 1892, Paraskériadis, [S. et P. 93.1.505, D. 93.1.17]; — 23 mars 1897, Admin. des contrib. indirectes, [S. et P. 97.1.308, D. 97.1.256]; — 3 juill. 1900, de Pages de Chaulme, [S. et P. 1900.1.441, D. 1902.1.417], et *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 4289 et s.

2305. — Que si l'action émane du syndic, le principe d'après lequel la nullité de la société est inopposable aux tiers (L. 24 juill. 1867, art. 7 et 41), et cet autre principe que les créanciers, représentés par le syndic de la faillite, ont, à l'effet de reconstituer le capital social, une action directe contre les associés, non solidaires de l'action sociale, doivent conduire à décider que les actionnaires poursuivis en paiement du non versé ne peuvent exciper... ni de la nullité de la société pour vice de constitution. ... — Cass., 3 janv. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.64]; — 25 mai 1897, [*J. des soc.*, 97.501] — Paris, 5 févr. 1872, Latruffe et Munil, [S. 73.2.75, P. 73.338, D. 74.2.235]

2306. — ... Ni du dol dont les souscripteurs auraient été les victimes, et ce, alors même que les manœuvres destinées à extorquer les souscriptions seraient l'œuvre de tout le conseil d'administration. — Cass., 10 févr. 1868, Obitz, [S. 68.1.149, P. 68.459, D. 68.1.379]; — 25 mai 1886, Dallin, [S. 87.1.268, P. 87.1.640, D. 87.1.379] — *Sic*, Boistel, n. 226; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 688; Houpin, t. 1, n. 450; Vavasseur, t. 1, n. 365; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 180. — V. aussi Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1116, n. 10; Bédarride, *Traité du dol ou de la fraude*, t. 3, n. 1062. — Pour plus de développements, tant sur les conséquences de la nullité de la société au regard des tiers et des vices du consentement qui peuvent affecter les souscriptions, que sur les actions en responsabilité auxquelles les gérants ou administrateurs peuvent être exposés sur ces divers chefs : V. *infrà*, n. 3732 et s., 3891 et s., 4249 et s.

3° Débiteurs du non versé. — Détenteurs actuels, souscripteurs et cessionnaires intermédiaires.

2307. — Aux termes de l'art. 3, *in fine*, de la loi de 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893, « les titulaires, les cessionnaires intermédiaires et les souscripteurs sont tenus solidairement du montant de l'action. Tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés ». Ces dispositions régissent les sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1893; mais, ainsi que nous établirons, *infrà*, n. 2308 et s., elles sont, à l'exception toutefois de la clause concernant la prescription biennale, inapplicables aux sociétés anciennes. Les règles applicables à la détermination des débiteurs du non versé et à l'étendue de leurs obligations varient donc suivant qu'il s'agit de sociétés constituées avant la loi du 24 juill. 1867, sous l'empire de la loi de 1867, ou depuis la promulgation de la loi de 1893.

2308. — I. *Sociétés constituées avant la loi du 24 juill. 1867.* — Les sociétés de ce premier type se subdivisent elles-mêmes en sociétés constituées sous l'empire du Code de commerce de 1807, et sociétés régies par les lois de 1856 ou de 1863. — A. *Sociétés régies par le Code de commerce de 1807.* — Le Code

de commerce n'ayant pas statué expressément sur la question, une controverse s'était élevée sur la détermination des personnes obligées de compléter les versements dus sur les titres. Quelques arrêts et auteurs, partant du principe qu'un débiteur ne peut sans l'assentiment formel de son créancier se décharger du fardeau de ses obligations, décidaient que les souscripteurs demeuraient, même après l'aliénation du titre, personnellement obligés à l'acquittement du non versé. — Paris, 16 janv. 1862, Lesne-Avenet, [D. 62.2.184] — Trib. comm. Seine, 25 juin 1891, J. *Le Droit*, 15-16 juill. 1891] — *Sic*, Troplong, t. 1, n. 170; Delangle, t. 2, n. 450.

2309. — D'autres arrêts plus récents ont proposé une distinction basée sur la forme du titre. Le souscripteur serait demeuré tenu en cas de mise au porteur du titre; il aurait été libéré, au contraire, en vertu d'une sorte de novation, par l'effet du transfert, si le titre était nominatif. — Cass., 19 févr. 1878, Caisse générale des assurances agricoles, [S. 80.1.17, P. 80.160, D. 79.1.332] — Paris, 5 juin 1889, Crédit-viager, [S. 90.2.69, P. 90.1.346, D. 94.1.289] — Cette solution, qui avait le tort de ne prendre son point d'appui sur aucun texte, était très séduisante au point de vue pratique, attendu qu'elle faisait peser en toute occurrence, sur un débiteur déterminé, souscripteur ou cessionnaire par transfert, l'obligation au non versé.

2310. — Mais, d'après l'opinion dominante, consacrée par plusieurs arrêts de la Cour suprême, le détenteur de l'action au moment de l'appel de fonds était seul tenu en principe des versements, sous l'empire du Code de 1807. Quant aux souscripteurs et aux cessionnaires intermédiaires, les statuts décidaient librement si et dans quelle mesure ils y étaient obligés. — Cass., 4 janv. 1888, Chevreau, liquid. de la Caisse générale des réassurances, [S. 88.1.254, P. 88.1.615, D. 88.1.37, et le rapport de M. le conseiller Cotelle] — V. Bravard-Veyrières, t. 1, p. 294; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 741.

2311. — Jugé en ce sens que, pour les sociétés anonymes antérieures à la loi du 24 juill. 1867, les statuts, dûment approuvés et publiés conformément à la législation de l'époque, ont pu autoriser les titulaires d'actions non libérées à se décharger de l'obligation de répondre aux appels ultérieurs de fonds en cédant leurs titres, et déterminer les conditions moyennant lesquelles le transfert desdites actions, opérant novation par changement de débiteur, délierait le cédant de ses engagements envers la société. — Cass., 20 févr. 1894, De la Corzana, [S. et P. 94.1.185, D. 94.1.288]

2312. — Bien plus, il n'est pas nécessaire que la novation ait été expressément stipulée. Ainsi, la clause des statuts portant que le transfert desdites actions s'opère sur un registre spécial, et n'est valable, au regard de la société, que s'il a été accepté par le conseil d'administration, doit s'entendre en ce sens qu'il y a novation par changement de débiteur et décharge entière des cédants, quant aux versements complémentaires, du moment où un transfert a été opéré et agréé dans les conditions indiquées. — Cass., 4 janv. 1888, précité. — Paris, 5 juin 1889, précité.

2313. — Et l'on doit tenir pour souveraine l'appréciation des juges du fond, déclarant, par interprétation des statuts, qu'indépendamment du transfert, l'acceptation, par le conseil d'administration, du cessionnaire d'actions nominatives d'une société anonyme antérieure à la loi de 1867, a pour effet, par la substitution du cessionnaire, d'entraîner l'entière libération du cédant. — Cass., 20 févr. 1894, précité.

2314. — Effectivement, l'art. 1273, C. civ., ne dit pas que la novation doit être *expresse*. Il dit seulement que la novation ne se présume point et qu'il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. Or, en cette matière, comme en toute autre, et sous réserve du droit de la Cour de cassation de s'assurer si les faits constatés réunissent les caractères légaux de la novation, le juge du fond a le droit de rechercher, dans l'interprétation des conventions, lorsqu'elles comportent interprétation, la volonté d'opérer ou non-novation. Quand il lui a paru que la volonté de nover résultait clairement des termes dont on s'était servi dans le contrat, la déclaration de cette volonté est souveraine. — V. *suprà*, v° *Novation*, n. 259 et s. — Cette règle s'applique manifestement aux statuts des sociétés, qui ne sont que la constatation des conventions intervenues entre les divers intéressés. — V. not. Cass., 17 juill. 1889, Gaudy, [S. 91.1.394, P. 91.1.972]; — 8 déc. 1891, Mame et Quehan, [S. et P. 92.1.61]

2315. — La libération résultant de l'aliénation du titre produit effet *erga omnes*. Ainsi, bien que les créanciers d'une société en faillite et le syndic aient, indépendamment de l'action sociale, une action directe pour contraindre les associés au versement de leurs apports, ils ne peuvent, pour une société antérieure à la loi de 1867, tenir comme [illegible] des débiteurs de ces apports, accomplie dans les conditions prévues par les statuts. — Cass., 20 févr. 1894, précité.

2316. — B. *Lois de 1856 et 1863.* — Cette faculté, pour les fondateurs d'une société par actions, d'attacher au simple fait de l'aliénation du titre un caractère libératoire, avait donné lieu aux plus graves abus. A la veille d'une faillite, les [illegible] s'empressaient de convertir leurs titres nominatifs en titres au porteur, et le syndic de la faillite, privé du droit de poursuivre les souscripteurs, placé le plus souvent dans l'impossibilité de fait d'atteindre les porteurs actuels, en était réduit à la ressource à peu près illusoire vu la dépréciation des titres, d'une exécution en Bourse. C'est pour remédier à ces abus que la loi du 17 juill. 1856, sur les sociétés en commandite par actions, décida, dans son art. 3, que, dans ces sociétés, les souscripteurs resteraient, *malgré toute stipulation contraire*, responsables du montant total des actions par eux souscrites, et la loi du 23 mai 1863 étendit cette disposition aux sociétés anonymes libres, dites à responsabilité limitée.

2317. — Est nulle, en conséquence, et entraine la nullité de la société, la convention qui, insérée dans un pacte relatif à la formation, sous la loi du 17 juill. 1856, d'une société en commandite par actions, a pour objet et pour résultat d'affranchir un des souscripteurs de l'obligation que leur impose l'art. 3 de cette loi, de verser le montant intégral de ses actions. — Cass., 22 nov. 1869, Bourgeois, [S. 70.1.55, P. 70.123, D. 70.1.23]

2318. — Telle est la clause qui, en permettant la diminution de l'actif social, autorise la transformation de l'apport de l'un des souscripteurs en une créance hypothécaire à son profit. — Même arrêt.

2319. — Peu importe que le pacte social, renfermant une telle convention, ait été publié. La publicité donnée à une clause nulle, d'une nullité d'ordre public, ne saurait en effet faire disparaitre le vice dont elle est affectée. — Même arrêt.

2320. — Quant aux cessionnaires intermédiaires, l'art. 3 de la loi de 1856 ne leur était pas applicable. Ils cessaient d'être tenus dès qu'ils avaient cédé leurs actions. — Cass., 19 août 1863, Jonquier, [S. 63.1.461, P. 64.308, D. 63.1.357] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 742.

2321. — II. *Sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1867.* — Lors de la discussion de la loi sur les sociétés par actions, de vives critiques s'élevèrent contre le régime draconien inauguré en 1856. On faisait remarquer que, pour sauvegarder le gage des créanciers sociaux et assurer à ceux-ci, à tout événement, le recouvrement intégral du non versé sur les titres, on en était venu à paralyser l'essor des sociétés les plus sérieuses, par cette menace de poursuites indéfinies sur les souscripteurs. D'où la recherche d'un système transactionnel, réalisé par l'art. 3 de la loi de 1867, ainsi conçu : « Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié restent tenus au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans, à partir de la délibération de l'assemblée générale ».

2322. — Le système assez complexe institué par l'article précité, qui régit encore aujourd'hui toutes les sociétés constituées depuis la mise en vigueur de la loi de 1867 et avant la promulgation de celle de 1893, c'est-à-dire de la majorité des sociétés fonctionnant actuellement en France, peut se résumer dans les propositions suivantes : 1° depuis la loi de 1867, comme sous l'empire de la loi de 1856, les souscripteurs restent personnellement obligés, en principe, au paiement du non versé, même après avoir cédé leurs actions; 2° cette obligation pèse également sur les cessionnaires intermédiaires, qui, au contraire, sous l'empire de la loi de 1856, étaient considérés comme déchargés de toute obligation par la cession du titre. A ce point de vue, le régime nouveau est plus rigoureux que le régime ancien; 3° afin d'assurer à cette action personnelle de la société

ou des créanciers en paiement du non versé son maximum d'efficacité, la loi interdit la conversion de titres nominatifs en titres au porteur avant leur entière libération.

2323. — 4° Par dérogation aux règles précédentes, les statuts peuvent, sous certaines conditions étudiées *suprà*, n. 2162 et s. (versement de moitié au moins, délibération spéciale de l'assemblée) autoriser la conversion des actions nominatives en titres au porteur avant libération intégrale ; 5° le vote de conversion (en le supposant régulier, V. *infrà*, n. 2335) opère une sorte de novation dans l'obligation au non versé qui pesait auparavant sur les souscripteurs et les cessionnaires successifs du titre. Les *souscripteurs primitifs* et les *cessionnaires intermédiaires* antérieurs au vote de conversion cessent d'être tenus pour une durée indéfinie : la loi limite en effet à *deux années*, à compter de la date de l'assemblée de conversion, la durée de l'obligation imposée à ces deux catégories d'anciens porteurs. Quant aux cessionnaires intermédiaires *postérieurs* à l'assemblée de conversion, ils sont, par le seul fait de l'aliénation du titre, libérés de toute obligation personnelle. Seuls, les *détenteurs actuels* sont personnellement obligés (sauf controverse) à l'acquittement du non versé. Reprenons successivement ces différentes propositions.

2324. — A. *Première hypothèse : aucun vote de conversion n'est intervenu.* — Lorsque les actions ne sont pas susceptibles d'être converties au porteur, soit parce que cette conversion n'est pas prévue par les statuts, soit parce qu'elle n'a pas été autorisée par l'assemblée générale des actionnaires, les versements complementaires peuvent être réclamés, non seulement aux détenteurs actuels de ces actions, mais encore aux souscripteurs primitifs et aux cessionnaires intermédiaires ; l'art. 3 de la loi de 1867 ne restreint en effet la responsabilité de ces anciens titulaires que dans le cas où les conditions de la conversion ont été remplies. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 755 ; Boistel, n. 263 ; Mathieu et Bourguignat, n. 29 ; Pont, t. 2, n. 922 ; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 156 ; Vavasseur, t. 1, n. 508. — Sur la solidarité des débiteurs du non versé (C. civ., art. 1216), et sur les recours qu'ils peuvent exercer entre eux, V. *infrà*, n. 2392 et s.

2325. — Jugé, en ce sens, qu'en dehors de la conversion des actions en titres au porteur, dans les conditions prescrites par l'art. 3, L. 24 juill. 1867, la responsabilité du souscripteur reste pleine et entière, et, que quelles que soient les conditions dans lesquelles il a aliéné les actions qu'il a souscrites, il ne saurait, au regard des créanciers sociaux, se soustraire à l'obligation de les libérer intégralement. — Cass., 27 juin 1887, Lantier, [S. 88.1.49, P. 88.1.113, et la note de J.-E. Labbé, D. 87.1.489]

2326. — ... Que la clause des statuts d'une société anonyme, qui donne pour effet au transfert des actions nominatives de la société, libérées seulement d'un quart, d'opérer décharge du souscripteur cédant si le transfert a été admis par une délibération du conseil d'administration, est nulle comme contraire aux prescriptions de l'art. 3 de ladite loi. — Paris, 14 déc. 1887, Soc. *la Banque Parisienne*, [S. 89.2.1, P. 89.1.79 et la note de M. Labbé

2327. — La prescription de l'art. 3, L. 24 juill. 1867, ayant le caractère d'une disposition d'ordre public, dont la violation entraîne, aux termes de l'art. 7 de la même loi, la nullité de la société, et les actionnaires étant compris au nombre des intéressés qui peuvent se prévaloir de la nullité de la société, la nullité de la clause précitée peut être opposée par le liquidateur de la société au souscripteur qui invoque le transfert de ses actions, admis par la délibération du conseil d'administration, pour échapper à un appel de fonds. — Même arrêt.

2328. — Il en est de même des cessionnaires, lorsqu'il s'agit d'actions qui n'avaient pu être transformées en titres au porteur. Ces cessionnaires, par le fait de l'achat des actions, sont tenus des mêmes obligations que les souscripteurs primitifs. — Cass., 12 avr. 1881, Gautreau, [S. 81.1.241, P. 81.1.593, et la note de M. Labbé, D. 81.1.433 ; — 27 juin 1887, Lantud, S. 88.1.49, P. 88.1.113, et la note de M. Labbé, D. 87.1.489]

2329. — Dès lors, le souscripteur ou le cessionnaire doivent être condamnés envers les représentants de la masse des créanciers, apres la faillite de la société, sans qu'il y ait à rechercher à qui et comment les actions vendues à la Bourse ont été acquises (et alors même qu'il est prouvé que les actions ont été, à l'insu du vendeur, achetées par la société elle même. — Même arrêt.

2330. — Et l'obligation d'acquitter le montant intégral des actions qui constituent l'apport existe, spécialement, pour un cessionnaire intermédiaire qui n'est plus titulaire de l'action. — Cass., 12 avr. 1881, précité.

2331. — Jugé, dans le même sens, que tout actionnaire d'une société anonyme ou en commandite, tenu d'acquitter le montant des actions qu'il a souscrites ou acquises, ne peut, à moins de se trouver protégé par l'exception consacrée par l'art. 3, L. 24 juill. 1867, être affranchi de cette obligation, en invoquant la novation résultant de la substitution d'un cessionnaire à ses lieu et place. — Cass., 30 juin 1891, Le Sueur, [S. et P. 93.1.414, D. 92.1.153]

2332. — Il ne peut être libéré de ses engagements qu'autant que le paiement a eu lieu d'une façon effective et réelle, soit par lui-même, soit par son cessionnaire, et sans qu'aucune convention contraire puisse prévaloir en pareille matière. — Même arrêt.

2333. — Spécialement, il n'est pas libéré par le prétendu paiement fait par son cessionnaire en un chèque qui n'avait pas provision chez le banquier sur lequel il a été tiré, et qui n'a pas été réellement payé, bien que ce chèque ait été accepté par la société, et qu'il figure comme encaissé sur les livres de la société par suite d'une passation d'écritures en faisant figurer l'importance au débit du tiré. — Même arrêt.

2334. — Sous l'empire de la loi de 1867, la prescription de l'action en paiement du non versé était de trente ans pendant la durée de la société conformément à l'art. 2262, C. civ., et de cinq ans après sa dissolution, conformément à l'art. 64, C. comm. Ces délais étaient d'une longueur excessive. Aussi le législateur de 1893, dérogeant sur ce point au principe de non-rétroactivité, a-t-il décidé que le bénéfice de la prescription serait acquis, pour les souscripteurs primitifs ou les cessionnaires intermédiaires des actions émises par une société ancienne, à l'expiration d'un délai de deux ans, ayant pour point de départ la promulgation de la loi nouvelle (Loi de 1867 amendée par la loi de 1893, art. 72, dispositions transitoires). Pour l'interprétation de ces dispositions, et l'étude des difficultés multiples qu'elles soulèvent, V. *infrà*, n. 5706 et s.

2335. — B. *Deuxième hypothèse : la conversion a été régulièrement autorisée par l'assemblée générale.* — La situation des détenteurs successifs des actions n'est plus la même, au point de vue de la dette du non-versé, lorsque la conversion des titres nominatifs en titres au porteur a été régulièrement autorisée par l'assemblée générale des actionnaires. Dans ce cas, il y a lieu de distinguer : 1° les souscripteurs primitifs et les cessionnaires antérieurs à l'assemblée générale des actionnaires ; 2° les cessionnaires postérieurs à cette assemblée ; 3° les détenteurs actuels des actions.

2336. — a) *Souscripteurs primitifs et cessionnaires antérieurs à l'assemblée de conversion.* — Aux termes du deuxième alinéa de l'art. 3 de la loi de 1867, les souscripteurs primitifs ne sont tenus de la dette du non versé que pendant deux ans à partir de l'assemblée de conversion. L'art. 3 paraît exiger que ces souscripteurs aient aliéné leurs actions lors de cette assemblée ; mais on s'accorde à reconnaître que l'article est mal rédigé à cet égard, et qu'il suffit, pour que les souscripteurs primitifs puissent invoquer la prescription de deux ans, qu'ils ne soient plus détenteurs de leurs actions au moment des appels de fonds. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 758-1° ; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 18 et s.

2337. — Il en est de même pour les cessionnaires intermédiaires qui ont acquis leurs titres antérieurement à l'assemblée de conversion : ces cessionnaires ne sont tenus que pendant deux ans, comme les souscripteurs primitifs, sans qu'il y ait non plus à distinguer suivant qu'ils ont aliéné leurs actions avant ou après l'assemblée de conversion. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 758-2° ; Boistel, n. 267 ; Bouvier-Bangillon, p. 158 ; Mathieu et Bourguignat, n. 34 ; Pont, t. 2, n. 49 et s. ; Vavasseur, t. 1, n. 517.

2338. — Peu importe, d'ailleurs, que les souscripteurs ou les cessionnaires ultérieurs aient ou non fait usage de l'autorisation de conversion donnée par l'assemblée générale ; la libération de ces souscripteurs et cessionnaires est indépendante de la forme que peuvent revêtir les actions. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 757, p. 551, note 2.

2339. — Aux termes de l'article 3, la prescription a pour point de départ la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion, et le principe s'applique même aux actions d'apport qui auraient été libérées de moitié (sous l'empire de la loi

de 1867) au moment de leur délivrance. — Paris, 27 nov. 1885, [*Rev. des soc.*, 88.93]

2340. — La prescription peut d'ailleurs être interrompue. On admet généralement que cette interruption découle de l'appel de fonds adressé aux actionnaires, par la société, avant l'expiration du délai de deux ans. — Vavasseur, t. 1, n. 96; Pont, t. 2, n. 898; Wahl, t. 1, n. 709; Buchère, n. 365.

2341. — Jugé à cet égard que la disposition de l'art. 3, L. 24 juill. 1867, aux termes de laquelle les souscripteurs primitifs, qui ont aliéné leurs actions restent tenus au paiement du montant intégral de leurs actions, pendant un délai de deux ans à partir de l'assemblée générale ayant autorisé la conversion, en actions au porteur, des actions libérées de moitié, doit être entendue en ce sens que le souscripteur primitif reste tenu de son engagement si l'appel de fonds se produit moins de deux ans après le vote autorisant la conversion. En conséquence, lorsque moins de deux ans se sont écoulés entre le vote autorisant la conversion et l'appel de fonds, le souscripteur primitif demeure tenu de son engagement, encore bien qu'il n'ait été cité en justice que plus de deux ans après le vote autorisant la conversion. — Paris, 6 nov. 1886, de Saint-Ours, [S. 88.2.179, P. 88.1.977]

2342. — b) *Cessionnaires postérieurs à l'assemblée de conversion.* — Quelques auteurs ont cru pouvoir soutenir que les cessionnaires demeuraient obligés pendant deux ans à partir de ladite assemblée, qu'ils se trouvaient par conséquent dans les mêmes conditions juridiques que les cessionnaires antérieurs. — Alauzet, t. 1, n. 456; Rivière, n. 85.

2343. — On a même soutenu qu'en l'absence de toute disposition spéciale les concernant, ces cessionnaires postérieurs ne pouvaient invoquer que la prescription trentenaire, en d'autres termes qu'ils étaient tenus pendant trente ans à partir de l'appel de fonds. — Wahl, t. 1, n. 703.

2344. — Mais l'opinion générale interprète l'article 3 en ce sens que les cessionnaires postérieurs à l'assemblée de conversion ne sont pas compris parmi les personnes restant tenues du non versé après ladite assemblée; ces cessionnaires cessent d'être obligés envers la société aussitôt qu'ils ont aliéné leurs actions. — Cass., 21 juill. 1879, Crédit rural de France, [S. 80.1.5, P. 80.1.5, et la note de M. Labbé, D. 79.1.321]; — 29 juin 1885 (2 arrêts), Soc. anon. *l'Omnium marseillais*, et Desgeorges, [S. 86.1.17, P. 86.1.25, et la note de M. Lyon-Caen, D. 85.1.385]; — 16 févr. 1892 (2 arrêts), Soc. Crédit de Paris et Soc. des mines de cuivre, [S. et P. 92.1.121, et la note de MM. X... et Lyon-Caen, D. 93.1.137] — Paris, 26 juill. 1887, Pinet, [D. 88.2.145] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 83; Beudant, *Rev. crit.*, 1868, p. 33; Boistel, n. 265; Houpin, t. 1, n. 318; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 759; Pont, t. 2, n. 930; Rousseau, t. 1, n. 1113; Thaller, *Rev. crit.*, 1886, p. 254; Ruben de Couder, n. 179. — V. aussi Floucaud-Pénardille, n. 194.

2345. — En d'autres termes, la conversion régulièrement opérée des titres nominatifs d'une société par actions en titres au porteur a pour effet de permettre aux détenteurs, en aliénant les titres qu'ils ont entre leurs mains, de se dégager immédiatement de l'obligation des versements complémentaires sur les titres non entièrement libérés; il n'y a d'exception que pour les souscripteurs primitifs et leurs cessionnaires antérieurs au vote de l'assemblée générale sur la conversion, lesquels restent tenus pendant deux ans, à compter de cette délibération, malgré la cession qu'ils ont pu faire de leurs titres avant l'expiration de ce délai. — Cass., 16 févr. 1892 (1er arrêt), précité.

2346. — Sous cette seule réserve, à partir de la conversion, l'obligation d'effectuer les versements complémentaires est liée à la détention du titre au porteur, et l'obligation n'incombe qu'à celui qui détient le titre débiteur au moment où la société réclame ces versements. — Même arrêt.

2347. — On peut, à l'appui de cette interprétation, faire valoir divers arguments. Le premier peut s'induire de l'esprit de la loi de 1867. En spécifiant que les souscripteurs primitifs et les cessionnaires antérieurs au vote de conversion resteraient, nonobstant l'aliénation de leurs titres, obligés encore pendant deux ans, le législateur de 1867 a clairement laissé entendre que les autres parties, c'est-à-dire les cessionnaires postérieurs au vote de conversion étaient, au contraire, immédiatement libérés par le fait de l'aliénation. On ne saurait donc, sans aller à l'encontre du but poursuivi, soit maintenir les cessionnaires postérieurs dans le lien d'une obligation personnelle pendant deux ans, soit à plus forte raison les traiter plus rigoureusement que des souscripteurs et les soumettre à la prescription trentenaire.

2348. — L'interprétation de la jurisprudence, au surplus, peut également s'appuyer sur la nature du titre au porteur et sur sa destination. S'il en était autrement, le titre n'aurait que les apparences d'un titre au porteur; il serait, en réalité, un titre nominatif, puisqu'il aurait tous les effets d'un titre nominatif, en perdant ceux qui sont le propre du titre au porteur.

2349. — c) *Détenteurs actuels.* — Dans un *premier système*, la détention des titres convertissables au porteur n'emporterait par elle-même aucune obligation au paiement du non versé. Lors donc qu'au moment de l'appel de fonds les titres sont détenus par les souscripteurs primitifs, ou par des cessionnaires antérieurs à l'assemblée de conversion, ces souscripteurs ou cessionnaires resteront sans doute obligés pendant deux années, comme l'exige l'art. 3; mais à l'expiration de ce délai, ils seront immédiatement libérés au regard de la société, alors même qu'ils n'auraient point aliéné les titres. — Paris, 16 mai 1878, Chem. de fer de Seine-et-Marne, [S. 79.2.33, P. 79.198, D. 79.2.208] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 760; Bédarride, t. 1, n. 80; Beslay et Lauras, t. 5, p. 261; Beudant, *Rev. crit.*, 1868, p. 28; Boistel, n. 265; Pont, t. 2, n. 936, et *J. des soc.*, 1881, p. 131; 1882, p. 24, 270 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1113.

2350. — Que si les titres se trouvent aux mains de détenteurs autres que lesdits souscripteurs ou cessionnaires, ces détenteurs ne sauraient davantage être obligés au paiement du non versé; ils sont, comme les cessionnaires antérieurs, affranchis de toute obligation de ce chef. En d'autres termes, il n'y a ici ni dette personnelle, ni personne débitrice : *seul le titre est débiteur;* la société n'a donc action que sur le titre, sous forme d'exécution en Bourse. — Mêmes auteurs. — Ce système s'appuie principalement sur le principe d'égalité entre les actionnaires. Si le vote de conversion n'avait pas pour effet de libérer indistinctement tous les actionnaires (exception faite seulement pendant deux ans, pour les souscripteurs et cessionnaires antérieurs au vote de conversion), ceux des actionnaires qui auraient usé de la faculté de conversion échapperaient aisément à l'appel de fonds, tandis que ceux dont les titres seraient restés nominatifs n'auraient aucun moyen de se soustraire aux poursuites. Or il semble bien que l'objectif de l'art. 3 ait été de faire à tous les actionnaires, à la suite du vote de conversion, une situation identique.

2351. — Il est vrai que l'art. 3 vise *in terminis* les souscripteurs *qui ont aliéné leurs actions*. Mais cette formule, dit-on, signifie non pas que les souscripteurs ou cessionnaires, pour échapper à l'obligation personnelle qui pèse sur eux, doivent avoir aliéné leurs titres, mais que l'aliénation ne suffit point à les libérer si deux ans ne se sont pas écoulés depuis le vote de conversion. Il est donc conjectural de conclure de ce texte à l'obligation personnelle de tout actionnaire qui n'aurait pas cédé son titre. — Auteurs précités. — V. spécialement, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 760, *in fine*.

2352. — La jurisprudence admet au contraire, presque unanimement, que les détenteurs actuels des actions, souscripteurs primitifs ou cessionnaires, antérieurs ou postérieurs au vote de conversion peu importe, sont toujours obligés *personnellement* au paiement du non versé. — Cass., 21 juill. 1879, précité; — 24 nov. 1880, Comp. des chem. de fer de Seine-et-Marne, [S. 81.1.215, P. 81.1.518, D. 81.1.70]; — 3 nov. 1883, Prince de Béarn-Viana, [S. 85.1.199, P. 85.1.491, D. 84.1.101]; — 16 févr. 1892, précité. — Paris, 16 mai 1878 précité; — 24 mars 1888, Clasquin, [S. 90.2.181, P. 90.1.1038] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 647; Labbé, note sous Cass., 21 juill. 1879, précité, et sous Paris, 17 mai 1878, précité; Naquet, note sous Aix, 3 déc. 1888, Lacroix-Roissard et Cie, [S. 89.2.25, P. 89.1.194]; Vavasseur, t. 1, n. 497.

2353. — Trois arguments principaux peuvent être invoqués à l'appui de cette jurisprudence : un argument de texte, un argument de principe, un argument d'utilité pratique. Les textes, d'abord, semblent bien commander l'interprétation proposée. « Chaque associé, dit l'art. 1845, C. civ., est *débiteur* envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter » : *débiteur*, c'est-à-dire, suivant le langage du droit, personnellement tenu, sur tous ses biens, de réaliser l'apport promis. Sans doute, l'art. 3 déroge à ce principe, en ce sens qu'il affranchit de toute obligation personnelle, soit immédiatement, soit à l'expiration d'un certain délai, les *anciens* actionnaires; mais son silence à l'égard des détenteurs actuels est significatif, et implique le maintien de

leur obligation personnelle, d'autant plus que les dispositions dérogatoires au droit commun doivent s'interpréter restrictivement.

2354. — Les principes, abstraction faite des textes, sont dans le même sens. Il n'y a pas, en effet, entre la dette d'apport d'un associé en nom et celle d'un associé à responsabilité limitée, de différence de nature, mais uniquement une différence de degré. En d'autres termes, les uns et les autres sont, tout d'abord, débiteurs de l'apport promis dans les termes du droit commun, et peuvent par conséquent être actionnés, sur tous leurs biens, jusqu'à réalisation complète dudit apport; seulement, l'associé en nom peut, en outre, être poursuivi sur sa fortune personnelle en cas d'insuffisance du fonds social pour faire face au passif, tandis que l'actionnaire est déchargé de toute obligation lorsqu'il a soldé le montant de son titre. Mais, dans les deux cas, la dette d'apport se fixe sur une personne déterminée, et tant que cette dette existe, il est indispensable que la société ait, en face d'elle, une personne responsable, *personnellement*, du non versé.

2355. — Enfin, cette solution, au point de vue pratique, présente des avantages certains. Si la société en était réduite, lorsque deux ans se sont écoulés depuis le vote de conversion, à une action réelle sur les titres, sans avoir le droit de s'en prendre à la personne des détenteurs actuels des titres non libérés, les créanciers sociaux se verraient dans l'impossibilité de réaliser leur gage, toutes les fois que, par suite de la dépréciation des titres, l'exécution en Bourse ne serait pas susceptible de couvrir le montant du non versé. Le principe de la fixité du capital en recevrait, de ce fait, une grave atteinte, et le crédit des sociétés par actions, étroitement lié à la prospérité économique du pays, en serait ébranlé. A ces divers points de vue, la solution adoptée par la jurisprudence semble préférable à la doctrine adverse. — V. spécialement en ce sens, Labbé et Naquet, notes précitées; Pic, note sous Paris, 8 janv. 1891, Synd. de la Banque nationale, [D. 93.2.153]

2356. — A quel moment faut-il se placer pour savoir quels sont les débiteurs du non versé, c'est-à-dire les personnes auxquelles convient le qualificatif de *détenteurs actuels?* Lorsque les statuts ont fixé d'avance les dates des versements à effectuer, les détenteurs actuels sont ceux qui détiennent les actions aux échéances ainsi déterminées. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 760 *bis*, *in fine*.

2357. — Mais *quid* si les statuts ont laissé aux administrateurs ou à l'assemblée générale la faculté de réclamer les versements au fur et à mesure des besoins de la société? La question est vivement controversée. D'après un *premier système*, on doit considérer comme détenteur actuel celui qui détient les actions au moment du vote de l'assemblée générale, ou de la décision du conseil d'administration, prescrivant l'appel de fonds. A partir de ce moment, en effet, la dette des actionnaires est devenue pure et simple, et on ne saurait leur permettre de se soustraire à l'acquittement de cette dette par une cession tardive de leurs actions. — Aix, 25 févr. 1889, Synd. Soc. franç. des mines de cuivre, [S. 90.2.180, P. 90.1.1036, D. 93.2.153] — Paris, 8 janv. 1891 (sol. impl.), Corcuff, [S. 91.2.92, P. 91.1.549, D. 93.2.153] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 760 *bis;* Lyon-Caen, note sous Paris, 23 juill. 1889, Synd. du Crédit de France, [S. 90.2.177, P. 90.1.1021], et sous Cass., 16 févr. 1892, Synd. de la Soc. du Crédit de Paris, [S. et P. 92.1.121]; Pic, note sous Cass., 25 févr. 1889, [D. 93.2.153]; Rousseau, *Rép. alph. en mat. de soc.*, v° *Libération d'actions*, n. 11; Thaller-Pérardeile, t. 1, n. 195.

2358. — Ce système, dit-on, a pour lui le double avantage de la simplicité et de la logique. Il est simple : en effet, si le vote de l'assemblée prescrivant l'appel de fonds a pour effet immédiat de fixer sur la tête des actionnaires qui, à ce moment précis, détiennent les titres, la dette du non versé, jusqu'alors flottante au gré des cessions successives, les représentants de la société établiront aisément la liste des personnes responsables, et pourront, aussitôt après l'expiration des délais impartis pour le paiement, procéder à des poursuites qui se heurteraient à des difficultés inextricables si des cessions opposables à l'action sociale pouvaient intervenir utilement jusqu'aux poursuites. Sans doute, les titulaires d'actions nominatives seraient toujours facilement atteints, grâce au registre des transferts, même si la société devait tenir compte des transferts tardifs; mais les négociations d'actions au porteur, intervenant après l'appel de fonds, rendraient les poursuites des plus difficiles, si les assignations individuelles pouvaient seules, comme le prétend le système adverse, fixer la dette du non versé sur la tête de tels ou tels porteurs.

2359. — Ce système, en outre, est logique : à quoi bon, en effet, proclamer, comme le fait la jurisprudence, le principe qu'à toute action non libérée correspond une dette personnelle, si cette dette personnelle est si fuyante, si insaisissable même, grâce à la facilité des mutations de titres au porteur, que la plupart des débiteurs peuvent s'y soustraire, et que, dans la majorité des cas, du moins pour les titres convertis, la société se voit réduite au procédé souvent illusoire de l'exécution en Bourse?

2360. — D'après un *second système*, qui n'est qu'une variante du précédent, le détenteur actuel serait celui qui détient les titres au moment où l'appel de fonds prescrit par délibération du conseil d'administration est *devenu exigible*. — Paris, 24 mars 1888, Clasquin, [S. 90.2.181, P. 90.1.1038] — Lyon, 2 mai 1888, Synd. de la Soc. française des mines de cuivre, [S. et P. *ibid.*, D. 93.2.153] — *Sic*, Pic, note précitée.

2361. — Et il en est ainsi, encore bien que les actions n'aient été par lui acquises qu'après la délibération du conseil d'administration prescrivant l'appel de fonds. — Paris, 24 mars 1888, précité.

2362. — Ce système intermédiaire ressemble au précédent en ce qu'il implique fixation de l'obligation personnelle d'effectuer les versements, sur la tête de tous les détenteurs, à une date uniforme; il s'en distingue en ce qu'il laisse aux actionnaires la faculté de céder utilement leurs titres, dans l'intervalle qui s'écoule entre la délibération du conseil prescrivant un appel de fonds, et le jour fixé pour l'exigibilité. A tout prendre, cette solution est rationnelle; effectivement, en reculant l'exigibilité jusqu'à une époque déterminée, le conseil laisse implicitement toute liberté aux porteurs de négocier leurs actions dans l'intervalle; or cette liberté de négociation serait illusoire si la négociation effectuée au cours de cette période, généralement fort courte, n'était pas libératoire. — Pic, *op. cit.*

2363. — Mais la jurisprudence de la Cour suprême a fait prévaloir un système tout différent d'après lequel on doit, en cas d'appel de fonds, considérer comme détenteur actuel d'action au porteur, non pas celui qui détient l'action au moment de l'appel de fonds, ou à la date fixée pour le paiement par la délibération prescrivant cet appel, mais celui qui les détient au moment où il est *mis en demeure individuellement*, par une sommation régulière ou une assignation, d'avoir à libérer ses actions. — Cass., 16 févr. 1892, Crédit de Paris, [S. et P. 92.1.121, D. 93.1.137]; — 13 mai 1895, Hainon, [S. et P. 95.1.281, D. 95.1.478] — Paris, 18 juin 1887, Synd. de la Banque nationale, [S. 89.2.63, P. 89.1.439]; — 30 mars 1889, Synd. de la Soc. du Crédit de Paris, [D. 93.1.137]; — 23 juill. 1889, Synd. du Crédit de France, [S. 90.2.177, P. 90.1.1021, D. 93.2.153] — Amiens, 7 mai 1896, Pellisson, [S. et P. 97.2.16] — *Sic*, Laurent, t. 1, n. 512 *bis*; Crépon, *Négoc. des effets publics*, p. 265; Vavasseur, n. 512 *bis*. — V. Wahl, t. 1, n. 700.

2364. — En d'autres termes, la réclamation ne se produit légalement et n'attache la dette du non versé à la personne du porteur de l'action que le jour où il est l'objet d'une mise en demeure effectuée conformément à l'art. 1139, C. civ. — Cass., 16 févr. 1892 (1er arrêt), précité.

2365. — Ainsi, l'actionnaire qui était détenteur du titre au moment de l'appel de fonds par l'assemblée générale, mais qui l'a aliéné depuis, et cela avant d'avoir été mis en demeure, n'est pas tenu de faire le versement de la somme appelée. — Même arrêt.

2366. — On dit en faveur de ce système : « En dehors de la sommation proprement dite ou de l'assignation donnée au détenteur du titre, lesquelles rentrent manifestement dans les termes de l'art. 1139, on a soutenu que pouvaient valoir mise en demeure : soit l'appel des versements complémentaires avec publicité suffisante, soit, tout au moins la date d'exigibilité fixée pour effectuer ces versements. Pour apprécier la valeur de cette prétention, il est nécessaire de se rendre compte du sens et de la portée de l'art. 1139, qui fixe les conditions dans lesquelles devra être effectuée la mise en demeure. L'acte-type, si l'on peut ainsi parler, duquel doit résulter mise en demeure, c'est la sommation. Or, la sommation est essentiellement un acte qui atteint directement, personnellement celui auquel il est adressé. Et c'est bien là, en effet, le caractère que doit revêtir la mise en demeure, d'être un acte remis par huissier à une personne dénommée, d'être dirigé contre une partie sur l'individualité de laquelle on ne saurait se

méprendre. Un autre acte équivalent à la sommation autorisé par l'art. 1139, pour produire également mise en demeure, doit manifestement participer du caractère essentiel de l'acte auquel il équivaut, c'est-à-dire, lui aussi, être adressé directement, personnellement à une individualité déterminée.

2367. — Si l'appel de fonds fait par les administrateurs ou les syndics, malgré toute la publicité qui lui aura été donnée, ni l'expiration de la période fixée pour effectuer les versements ne satisfont à ses exigences. Ils ne s'adressent point à des personnes déterminées, mais à des collectivités, ce qui est très-différent. Comment, en effet, soutenir qu'un avis publié dans les journaux a nécessairement atteint tous les détenteurs de titres au porteur, à l'égal et aussi sûrement que la sommation remise par l'huissier parlant à la personne du porteur ou déposée à son domicile? La conséquence, c'est qu'après comme avant l'appel de versements, après comme avant l'expiration du terme pour verser, le titre au porteur pourra circuler librement, se négocier dans les mêmes conditions que précédemment, c'est-à-dire, avec la conséquence de l'entière libération du vendeur; cet état de choses ne viendra à cesser que par une sommation faite personnellement au porteur, ou par son assignation en paiement des versements appelés. — Note sous Cass., 16 févr. 1892, précité.

2368. — Il y aurait bien des objections à formuler à l'encontre du système de la Cour suprême. Nous avons déjà signalé plus haut les difficultés pratiques, les complications presque inextricables qu'il entraîne. Il nous suffira d'indiquer ici, avec M. Lyon-Caen, le point faible de l'argumentation juridique de la Cour, étayée principalement sur l'art. 1139, C. civ. Cet article, invoqué par les arrêts précités, est au fond absolument étranger à notre question. Cette disposition détermine comment s'opère la mise en demeure qui est nécessaire, dans les dettes n'ayant pas pour objet une somme d'argent, pour que les dommages-intérêts soient dus (V. Aubry et Rau, t. 4, p. 97, § 308). La règle de l'art. 1139, C. civ., s'applique aussi quand il s'agit de savoir, pour les mêmes dettes, si, par suite de la mise en demeure du débiteur, les risques de la chose due sont transportés de la tête du créancier sur sa tête. Mais quel principe de droit autorise à s'attacher à la même disposition pour déterminer à partir de quel moment des actionnaires ne peuvent plus se libérer de l'obligation personnelle de compléter le versement?

2369. — Il faut ajouter que, si l'on admet qu'en matière commerciale, la mise en demeure peut se faire par tous les moyens (V. Rouen, 25 mai 1881, Collet et Cie, [S. 82.2.217, P. 82.1.1095] — Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1139, n. 23 et s.; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 3, n. 32), l'art. 1139, C. civ. ne doit pas être appliqué à l'obligation pour les actionnaires d'une société commerciale de faire des versements, puisqu'il est généralement reconnu, ainsi que nous le verrons, que l'obligation des actionnaires est commerciale.

2370. — Quoi qu'il en soit de cette controverse, l'arrêt qui décide que la dette du non versé n'est fixée que sur la personne du détenteur du titre qui en est propriétaire au moment de la sommation ou assignation, justifie implicitement, mais suffisamment, le rejet de conclusions subsidiaires du syndic de la société en faillite demandant qu'il soit reconnu qu'à partir, sinon de l'appel de fonds, tout au moins de l'échéance du terme fixé pour le versement des fonds appelés par l'assemblée générale ou le conseil d'administration, la libération par voie de cession n'était plus possible. — Cass., 16 févr. 1892 (1er arrêt), précité.

2371. — Les statuts pourraient-ils valablement contenir une clause portant que, dans le cas où la portion du capital non versé viendrait à être appelée, l'échéance du terme fixé pour son acquittement vaudrait mise en demeure pour les porteurs du titre? Cette question n'a pas été résolue par la cour; mais il nous semble que, dans le système de la jurisprudence, elle devrait être résolue affirmativement. Effectivement, d'après l'art. 1139, dont, à tort ou à raison, se prévalent les arrêts précités, la mise en demeure peut ne pas résulter seulement d'une sommation donnée au débiteur, ou d'un autre acte équivalent; elle peut encore être l'effet d'une convention par le commissaire exprès lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'action, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

2372. — d) *Preuve de la détention actuelle.* — Lorsqu'une personne est poursuivie, comme détenteur actuel, en paiement du non versé sur des actions non libérées, l'action n'est recevable qu'autant qu'il est établi, d'une part, que cette personne a souscrit ou acquis lesdites actions, et, d'autre part, qu'elle les a encore en sa possession au moment de l'appel de fonds. Il s'élève alors une question des plus graves, qui est celle de savoir à qui incombe le fardeau de cette double preuve.

2373. — Sur le premier point, on s'accorde généralement à reconnaître que au cas où le défendeur soutient n'avoir jamais été actionnaire, c'est à la société, agissant comme demandeur, qu'il incombe d'établir que le défendeur a réellement souscrit ou acquis des actions. Il n'y a là en effet qu'une application pure et simple du principe de droit commun : *actori incumbit probatio.* — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 761; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 202.

2374. — Il importe d'ailleurs, quant à l'étendue de cette preuve, d'établir une distinction essentielle entre le souscripteur primitif et l'acquéreur subséquent. Si la société poursuit le souscripteur primitif, demeuré détenteur des actions par lui souscrites, il lui suffit de prouver le fait de la souscription, sans être tenu de spécifier, si ce n'est par leur nombre, les titres qui lui ont été attribués. Lorsque la société, au contraire, agit contre un acquéreur subséquent, elle doit établir le fait de l'achat de tels ou tels titres déterminés. Effectivement, cet acquéreur se rattache à la société, non par l'obligation qu'il aurait contractée en souscrivant, mais par une obligation dérivant exclusivement de l'acquisition des titres, inhérente aux titres même. — Paris, 19 févr. 1885, Crédit de France, [P. 85.2.181] — Auteurs précités.

2375. — Mais comment ce fait de l'achat des titres spécifiés pourra-t-il être prouvé? On ne peut donner une liste limitative des circonstances de fait susceptibles d'être invoquées; nous citerons simplement parmi les plus usuelles : la mention apposée sur les livres sociaux, constatant qu'à telle date le défendeur a effectué des versements sur tels titres dénommés. — Trib. Seine, 4 févr. 1886, [*J. La Loi*, 10 févr. 1886] — ... le fait qu'à telle date il a déposé des titres, portant tels numéros, dans la caisse sociale en vue d'être admis à participer à une assemblée générale. — Trib. comm. Seine, 20 sept. 1887, [*Gaz. des Trib.*, 8 oct. 1887] — ... le mandat détaillé donné à un tiers de le représenter dans une assemblée générale. — Paris, 17 mars 1888, [*Droit financ.*, 88, p. 124] — Trib. comm. Seine, 16 mars 1896, [*Gaz. Pal.*, 96.2.50] — *Sic*, Wahl, t. 1, n. 722; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 202, *in fine*.

2376. — Ce premier point (fait de la souscription ou de l'acquisition des actions) une fois établi, est-ce aussi à la société qu'il incombe de prouver que le souscripteur ou l'acquéreur est encore détenteur des actions au moment de l'appel de fonds (ou de la mise en demeure individuelle), ou bien au contraire est-ce à l'actionnaire poursuivi à justifier qu'il a cessé d'être détenteur des actions, par suite d'une aliénation sérieuse et régulière, effectuée en temps utile? La question est vivement controversée. Cette controverse se rattache directement à celle exposée précédemment, sur la question de savoir si la qualité de détenteur actuel s'apprécie au moment de l'appel de fonds, ou seulement, et à l'égard de chaque défendeur individuellement, au moment de la mise en demeure à lui notifiée.

2377. — D'après une première opinion, liée au système d'après lequel l'appel de fonds vaut mise en demeure collective, la preuve de l'aliénation des titres incomberait au défendeur. Ici, en effet, le défendeur oppose à la demande dirigée contre lui une cause de libération résultant de ladite aliénation. Il doit donc la prouver, conformément à la règle « *reus excipiendo fit actor* ». En d'autres termes, le détenteur d'actions, assigné en libération de ses actions, ne peut se décharger de l'obligation qui lui incombe par la seule allégation qu'il avait aliéné ses actions au moment de l'appel de fonds; c'est à lui qu'il appartient d'établir l'aliénation qu'il prétend avoir faite de son action. — Cass., 3 avr. 1883, De Béarn-Viana, [S. 85.1.199, P. 85.1.491, D. 84.1.101] — Paris, 18 juin 1887, Soc. Banque nationale, [S. 89.1.63, P. 89.1.139]; — 23 juill. 1889, Synd. du Crédit de France, [S. 90.2.177, P. 90.1.1021, D. 93.2.153]; — 8 janv. 1891, Synd. de la Banque nationale, [S. 91.2.92, P. 91.1.569, D. 93.2.153]; — 7 déc. 1893, Hamon, [S. et P. 95.1.281, D. sous Cass., 13 mai 1895, 95.2.43]; — 11 mai 1894, [D. 95.2.267]; — 9 nov. 1894, Liquid. du Crédit luxembourgeois, [S. et P. 95.2.144] — *Sic*, Lyon-Caen, note sous Cass., 29 juin 1885, Société *l'Omnium marseillais*, [S. 86.1.17, P. 86.1.57], sous Paris, 23 juill. 1889, précité, et sous Cass., 16 févr. 1892, [S. et P. 92.1.921] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 761; Naquet, note sous

Aix, 3 déc. 1888, Lacroix, Roissard et Cie, [S. 89.2.25, P. 89.1.194. — Pic, note sous Paris, 23 juill. 1889, Synd. du Crédit de France. [D. 93.2.153]; Vavasseur, t. 1, n. 512 *ter;* Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 203.

2378. — Les tribunaux peuvent seulement tenir compte des circonstances favorables dans lesquelles se trouve le défendeur, et, notamment, du long temps écoulé depuis la date à laquelle il est prouvé qu'il était actionnaire. — Paris, 23 juill. 1889, précité.

2379. — Jugé, dans le même sens, que celui qui s'est révélé porteur d'actions, faute de justifier de la cession qu'il en a faite, doit être réputé en avoir conservé la propriété, et, par suite, la responsabilité, encore bien qu'il n'ait été ni souscripteur, ni cessionnaire desdites actions avant la délibération de l'assemblée des actionnaires qui a voté leur mise au porteur. — Trib. comm. Seine, 12 nov. 1885, Gillet, Liquid. de la Banque de prêts à l'industrie, en sous-note, sous Cass., 29 juin 1885, [S. 86.1.17, P. 86.1.25]

2380. — ... Que, si le détenteur d'actions au porteur d'une société anonyme est, par le fait de la souscription ou de la possession d'actions, obligé à verser ce qui peut être dû sur ces actions, et ne peut être libéré de son obligation que par le paiement, ou par la transmission à un tiers de ses actions, régulièrement opérée avant l'appel de fonds, dès lors qu'il est établi qu'il avait, avant l'appel de fonds, souscrit ou acheté des actions, c'est à lui qu'incombe l'obligation de prouver sa libération, en justifiant, soit du paiement, soit de l'aliénation par lui faite de ces actions. — Paris, 9 nov. 1894, précité.

2381. — Dans un autre système, consacré par la chambre civile, qui sur ce point s'est mise en opposition très-nette avec la chambre des requêtes, l'obligation d'effectuer les versements complémentaires sur les titres au porteur non entièrement libérés d'une société par actions, qui a régulièrement converti ses actions nominatives en actions au porteur, étant intimement liée à la détention de ces titres, et en dépendant de telle sorte que le fardeau de la dette n'incombe qu'à celui qui est porteur au moment où a lieu la mise en demeure, effectuée conformément aux règles écrites dans l'art. 1139, C. civ. (V. *suprà*, n. 2363 et s.), c'est à la société ou à ses représentants qu'il appartient de prouver que celui à qui elle réclame le non versé est détenteur des titres sur lesquels il est demandé. — Cass., 13 févr. 1892, Soc. des mines de cuivre, [S. et P. 92.1.121, D. 93.1.137]; — 31 mai 1895, Hamon, [S. et P. 95.1.281, D. 95.1.478] — Aix, 3 déc. 1888, Lacroix, Roissard et Cie, [S. 89.2.25, P. 89.1.194, D. 93.2.153]; — 25 févr. 1899, Soc. fr. des mines de cuivre, [S. 90.2.180, P. 90.1.1036, D. 93.2.153]; — 17 mars 1893, [*J. des soc.*, 93.522] — Paris, 20 déc. 1893, [*Ibid.*, 94.97] — Amiens, 7 mai 1896, Pelisson, [S. et P. 97.2.16] — Trib. comm. Seine, 21 juill. 1892, [*J. des soc.*, 92.492] — Trib. civ. Lyon, 10 août 1892, [*Ibid.*, 93.51] — *Sic*, Buchère, n. 815; Crépon, *Nég. des eff. publ.*, p. 265; Wahl, t. 1, n. 726 et 727.

2382. — Mais si le souscripteur, sans d'ailleurs se prévaloir de la présomption attachée à la déclaration qu'il a aliéné ses titres, produit, dans le but d'établir la réalité de cette aliénation, des documents desquels il résulte que l'aliénation prétendue a un caractère fictif, les juges peuvent puiser dans ces documents la preuve qu'il est resté détenteur des titres et le condamner à en effectuer les versements complémentaires. — Aix, 3 déc. 1888, précité.

2383. — Auquel de ces deux systèmes, entre lesquels hésitent la doctrine et la jurisprudence, convient-il de se rallier? Dans le sens du second système, on invoque les principes généraux en matière de preuve. Au demandeur, dit-on, le fardeau de la preuve : à lui d'établir le bien-fondé de son action; or, quel est nécessairement l'objet de la demande? De faire condamner le défendeur au paiement des versements complémentaires appelés, parce qu'il est le détenteur actuel du titre, parce qu'à l'instant où l'assignation lui était donnée, ce titre était entre ses mains; il faut donc prouver cette détention actuelle, à ce moment fixe de l'introduction de la demande. Que si le demandeur établit la détention à une époque antérieure, il n'a pas établi ce qui doit être le fondement de sa demande, puisque, antérieurement à la sommation ou à l'assignation, le porteur avait toute liberté pour se défaire du titre en se libérant complètement des obligations et charges qui pouvaient y être attachées. — V. note sous Cass., 13 févr. 1892, précité.

2384. — A cette argumentation les partisans du premier système répondent que le raisonnement précédent dénature complètement la portée véritable de l'art. 1315, C. civ. La détention d'une action oblige l'actionnaire personnellement, d'après la doctrine consacrée par les arrêts de la chambre civile du 21 juill. 1879, et la cession est, d'après les termes de ces arrêts, un moyen pour l'actionnaire de s'affranchir de l'obligation qui lui incomberait, d'après le droit commun, de verser ultérieurement le complément des actions qu'il a cédées. D'après l'art. 1315, 2e alin., C. civ., c'est à celui qui prétend être libéré à prouver la cause de sa libération. Il paraît résulter logiquement de là que l'actionnaire poursuivi, dès l'instant où sa qualité d'actionnaire à une époque quelconque est établie, ne peut échapper à la condamnation qu'en prouvant qu'il a cessé d'être actionnaire.

2385. — On impose, du reste, à la société, une preuve presque impossible dans la plupart des cas, en l'obligeant à prouver que celui qu'elle poursuit est actionnaire au moment même où il est mis en demeure d'avoir à libérer ses actions. Si l'actionnaire allègue qu'il les a cédées antérieurement, comment la société peut-elle parvenir à établir qu'il n'y a pas eu de cession? Des circonstances exceptionnelles dues le plus souvent au hasard peuvent seules rendre possible cette preuve négative. Ainsi on peut supposer qu'un actionnaire a déposé ses actions au porteur dans les bureaux de la société pour pouvoir participer à une assemblée générale, et qu'elles s'y trouvent encore à l'époque où cet actionnaire est mis en demeure d'avoir à compléter ses versements (au moment de l'appel de fonds, d'après une autre opinion). — Lyon-Caen et Renault, note sous Cass., 13 févr. 1892, précité.

2386. — Mais à cet argument d'utilité pratique, les défenseurs de la thèse de la chambre civile répliquent par un argument du même ordre. Il est parfaitement exact, disent-ils, que cette thèse a l'inconvénient grave d'imposer parfois au liquidateur une preuve impossible. Mais il ne faut point oublier qu'on se trouve placé, quelle que soit la solution adoptée, devant des conséquences regrettables et qu'on ne pouvait éviter. En face des difficultés de la preuve pour les liquidateurs qui réclament aux actionnaires le montant du non versé, il est permis de mettre l'innombrable quantité de recours en garantie résultant nécessairement de la solution contraire à celle consacrée par la Cour suprême, et conduisant à de telles complications dans l'achat et la vente des titres que la négociation elle-même s'en trouverait entravée et compromise. Dans ces conditions, la Cour de cassation a préféré adopter un système juridique qui peut se formuler ainsi : en matière de preuve, le principe élémentaire et fondamental, c'est que le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur; les liquidateurs sont demandeurs en paiement des versements complémentaires; ces versements ne peuvent être réclamés qu'à ceux qui sont détenteurs des titres; donc les liquidateurs doivent prouver la détention. Ils ne la prouvent pas s'ils se bornent à établir qu'à un jour donné, celui qu'ils ont assigné a acheté des titres. Prétendre, grâce à la preuve de l'achat antérieur, obliger l'acheteur à démontrer sa libération, c'est déplacer le fardeau de la preuve. — V. note sous Cass., 13 mai 1895, précité.

2387. — Ainsi présentée, la thèse de la Cour civile paraît solidement déduite. Il faut bien reconnaître cependant, avec MM. Lyon-Caen, qu'il y a dans cet édifice juridique un vice de construction assez apparent. En effet, nous l'avons vu (*suprà*, n. 2352), la jurisprudence, à tort ou à raison, (à tort suivant M. Lyon-Caen et plusieurs autres auteurs; V. *suprà*, n. 2349 et s.) part de l'idée que les détenteurs actuels sont débiteurs *personnels* du non versé. Or cette obligation personnelle n'est sérieuse que si l'on admet : 1° que les actionnaires *actuels* sont ceux qui ont des actions lors de l'appel de fonds ; 2° que c'est à celui qui a été actionnaire à un moment donné à prouver, pour échapper à la responsabilité personnelle, qu'il a cédé ses actions.

2388. — Mais avec les deux solutions consacrées par la chambre civile, la responsabilité personnelle devient un vain mot. Il dépend des personnes qui sont actionnaires lors de l'appel de fonds, d'y échapper dès qu'elles en ont connaissance, en cédant leurs actions. La société et les créanciers sont mis, en outre, dans l'impossibilité presque complète de poursuivre efficacement les actionnaires, par la preuve qu'on impose aux demandeurs.

2389. — On peut se demander si la chambre civile ne se repent pas de la solution des arrêts du 21 juill. 1879, et ne cher-

che pas, sans revenir expressément sur cette affirmation, à l'atténuer dans la pratique en la réduisant à une solution théorique. De plus en plus, nous voyons la Cour de cassation arriver, sans le dire expressément, à reconnaître que *le titre seul est débiteur* quand la conversion a été autorisée dans les termes de l'art. 3 de la loi de 1867.

2390. — Quoi qu'il en soit, et quel que soit le système adopté sur la question posée, dès qu'il est établi qu'une personne est détenteur des actions au moment de l'époque des versements, elle est tenue à un versement, *quelle que soit la cause de sa détention*. Ainsi, le contrat de *report* ayant pour effet de transférer au reporteur la propriété des titres mis en report, il en résulte que si des versements complémentaires sont appelés au cours de l'opération du report, c'est au reporteur en qualité de détenteur qu'incombe l'obligation de les effectuer. — Paris, 14 mars 1891, de Terbeck, [S. 91.2.220, P. 91.1.1211]

2391. — Jugé aussi que les souscripteurs d'actions indûment rachetées par la société, et redevenus, par suite de l'annulation du rachat, propriétaires des titres, sont tenus de libérer ces actions, à moins qu'ils ne prouvent que la libération a été effectuée par d'autres, et sans pouvoir se prévaloir vis-à-vis des créanciers sociaux de ce qu'ils ont été mis, par le fait de la société, dans l'impossibilité de faire la preuve qui leur incombe; les fautes de la société ne peuvent être opposées aux créanciers sociaux, représentés par le syndic au cas de faillite de la société, ou agissant personnellement. — Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [S. et P. 96.1.441, D. 96.2.382]

2392. — e) *Solidarité et actions récursoires entre débiteurs du non versé.* — Les divers débiteurs du non versé, souscripteurs, cessionnaires intermédiaires ou détenteurs actuels, sont à considérer, au regard de la société comme des débiteurs *solidaires*. En conséquence, les représentants de la société, administrateurs-gérants ou liquidateurs, et après la faillite les syndics peuvent réclamer les versements complémentaires à chacun d'eux ou à tous ensemble, sans que le souscripteur ou le cessionnaire poursuivi ait le droit d'invoquer le bénéfice de discussion et d'obliger la société à poursuivre au préalable le détenteur actuel (C. civ., art. 1200, 1203) — Cass., 3 juill. 1900, Banque générale des Assurances, [S. et P. 1900.1.441, D. 1902.1.417, et la note de M. Levillain] — Paris, 2 juin 1876, Reverdin et autres, [S. 79.2.33, P. 79.198, D. 78.2.134] — *Sic*, Beudant, *Rev. crit. de législ.*, t. 33, p. 18; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 763, et *append.*, n. 15; Pont, t. 2, n. 946; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 170 et s., et *Suppl.*, n. 23; Vavasseur, t. 1, n. 497; Wahl, t. 1, n. 704. — V. cep. Labbé, note sous Paris, 2 juin 1876, précité, d'après lequel les cessionnaires intermédiaires sont des débiteurs accessoires qui peuvent, en remplissant les conditions prévues par l'art. 2023, C. civ., exiger la discussion préalable du détenteur actuel.

2393. — Les souscripteurs et cessionnaires successifs d'une action non libérée étant tenus au paiement du prix de l'action, de manière que chacun puisse y être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier, on est ici en présence d'un cas de solidarité parfaite entre débiteurs, dans le sens de l'art. 1200, C. civ., justifiant par conséquent l'application de toutes les règles de la solidarité proprement dite. — Cass., 3 juill. 1900, De Fages de Chaulnes, [S. et P. 1900.1.441]

2394. — Ainsi, et spécialement l'on doit faire application aux codébiteurs du non versé de l'art. 1285, C. civ., d'après lequel la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. — Même arrêt.

2395. — Et il en est ainsi, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'hypothèse d'une remise pure et simple, et le cas où la décharge serait l'effet d'une transaction. — Même arrêt.

2396. — En conséquence, le liquidateur qui aurait, à titre transactionnel, consenti à faire remise à un souscripteur, moyennant le paiement immédiat d'une certaine somme, de la différence entre ladite somme et le montant des versements dus sur les titres souscrits, devrait être déclaré irrecevable à poursuivre ultérieurement le cessionnaire, détenteur actuel, en paiement de cette différence, alors du moins qu'il n'a pas pris soin, dans l'acte de décharge du souscripteur, de réserver ses droits à l'encontre des cessionnaires. — Même arrêt.

2397. — Au surplus, une telle réserve n'aurait d'efficacité qu'à la condition d'être expressément formulée dans l'acte de transaction (Arg., art. 1285). — On ne saurait considérer comme tenant lieu d'une réserve de ce genre certaines inductions, déduites de certaines circonstances de la cause, soi-disant révélatrice de l'intention qu'aurait eue le liquidateur de ne décharger que le souscripteur : une telle conjecture serait contraire au texte et à l'esprit de l'art. 1285, lequel exige impérativement une réserve expresse. — Même arrêt.

2398. — Au reste si chaque débiteur du non versé peut être poursuivi pour le tout, il ne s'ensuit nullement que celui qui a payé sur la poursuite de la société doive supporter définitivement la charge de ce paiement. Chaque cessionnaire, en effet, y compris le détenteur actuel, a, en acquérant les titres, contracté implicitement l'obligation d'opérer les versements complémentaires y afférents, et en même temps de garantir son cédant contre toute poursuite exercée contre lui par la société. — Mathieu et Bourguignat, n. 35; Genevois, p. 76; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 764; Houpin, t. 1, n. 320.

2399. — Une distinction éventuelle s'impose donc, au point de vue du droit de recours, entre le détenteur actuel et les précédents porteurs, souscripteurs ou cessionnaires intermédiaires. Que si le détenteur actuel a payé sur la poursuite de la société, il a payé une dette dont la charge lui incombait, et par suite, il ne saurait prétendre à aucun recours. — Mêmes auteurs.

2400. — Que si, au contraire, le paiement a été effectué par un souscripteur ou un cessionnaire intermédiaire, ce souscripteur ou ce cessionnaire se trouve avoir acquitté une dette dont il était tenu pour d'autres; il doit donc être, à l'instar d'une caution solidaire ou d'un codébiteur solidaire, pour tout ce qu'il a payé au delà de sa part contributoire, subrogé légalement à tous les droits et actions de la société à l'encontre des cessionnaires subséquents ou du détenteur actuel. — Auteurs précités. — Sur les conditions et les effets de la subrogation légale des coobligés, V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1251, n. 90 et s., et *infrà*, v° *Subrogation*. — V. cep., Pont, t. 2, n. 952, d'après lequel le cédant qui a payé n'aurait de recours que contre le détenteur actuel ou contre son cessionnaire immédiat.

2401. — Au sujet de cette subrogation, il a été jugé que le cessionnaire intermédiaire qui, sur la poursuite des représentants de la compagnie, a payé le montant des versements dus sur les titres, peut, en vertu de ses actions subrogatoires, se faire restituer non seulement le capital de ses avances, mais aussi les intérêts. Toutefois, la demande d'intérêts ne peut porter que sur cinq années, conformément à l'art. 2277, C. civ., lequel s'applique aussi bien aux intérêts d'une mise sociale qu'à ceux produits par tous autres capitaux. — Trib. comm. Lyon, 10 juin 1897, [*Mon. jud. Lyon*, 29 juin 1897]

2402. — D'autre part, la subrogation ne saurait conférer au souscripteur ou au cessionnaire qui a payé, plus de droits que n'en avait la société elle-même. Si donc la conversion de titres nominatifs en titres au porteur a été autorisée par l'assemblée générale dans les conditions que la loi détermine, lesdits souscripteurs ou cessionnaires peuvent agir pendant deux ans contre les cessionnaires antérieurs à l'assemblée générale, et ils peuvent aussi poursuivre le détenteur actuel. Mais ils ne peuvent agir du chef de la société contre les cessionnaires postérieurs à l'assemblée générale qui ont cédé leurs titres et qui, par suite de cette cession, sont libérés de toute obligation vis-à-vis de la société (V. *suprà*, n. 2344). — Lyon-Caen, note sous Lyon, 3 juill. 1883, Soc. *l'Omnium marseillais*, [S. 83.2.193, P. 83.1.983]; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

2403. — Par identité de motifs, le souscripteur ou le cessionnaire qui a payé ne pourrait pas non plus agir de son propre chef contre les cessionnaires dont il s'agit. Vainement objecterait-on que ces cessionnaires sont tenus de l'obligation de garantie envers leurs cédants. La forme au porteur qui a été donnée ou qui peut être donnée aux actions (car la conversion des titres nominatifs en titres au porteur n'est jamais obligatoire) en vertu de la délibération de l'assemblée générale, implique qu'il y a eu renonciation à cette obligation de garantie : à partir de ce moment, la transmission du titre n'établit aucun lien entre les parties, de telle sorte que le cessionnaire ne peut plus être poursuivi, ni par la société, ni par son cédant. Au surplus, le but de la loi serait manqué si le cessionnaire qui a cédé son titre, et qui est ainsi libéré envers la société et les créanciers sociaux était exposé à des recours de la part du souscripteur ou des cessionnaires antérieurs. — Cass., 29 juin 1885, Soc.

l'Omnium marseillais, S. 86.1.17, P. 86.1.25, D. 85.1.385]; — 29 juin 1885, Desgeorges, [Ibid.] — Lyon, 3 juill. 1883, précité. — Sic, Lyon-Caen et Reault, t. 2, n. 764; Buchère, *J. des soc.*, 1885, p. 481; Villard, *Des cessionnaires intermédiaires d'actions au porteur, Mon. jud. Lyon*, 1er mai 1884; Foucaud-Pénardille, n. 211. — V. cependant, Lyon-Caen, note sous Lyon, 3 juill. 1883, précité.

2404. — En d'autres termes, les actions au porteur négociées après la délibération de l'assemblée générale autorisant la négociation des actions sous cette forme n'établissent aucun lien de droit entre les porteurs successifs. La transmission a seulement pour effet de rendre le nouveau porteur membre de la société, et de l'obliger envers elle; mais, s'il cède l'action, il ne peut plus être recherché, ni par le cédant, ni par la société, pour la libération du titre. En conséquence, le cédant, dans le cas où il est tenu de libérer les actions par lui cédées, ne peut recourir que contre leur détenteur actuel, sur qui porte, en droit, la charge définitive du paiement. — Mêmes arrêts. — La jurisprudence déduit cette solution de la nature juridique et de la destination du titre au porteur : « Il est de l'essence du titre au porteur, lisons-nous dans les considérants de l'arrêt de cassation du 29 juin 1885, de n'établir aucun lien entre les porteurs successifs; la transmission qui en est faite a seulement pour effet de rendre le nouveau porteur membre de la société anonyme et de l'obliger envers elle, les droits que lui confère sa qualité d'associé étant inséparables des obligations qu'elle impose; mais, du moment où, par une cession nouvelle, il a lui-même transporté à autrui cette qualité d'associé, il ne saurait pas plus être recherché par le cédant que par la société elle-même, à raison d'obligations qui ont pris fin avec la détention des titres ».

2405. — Le recours du cédant contre le détenteur actuel des titres étant fondé, dans l'hypothèse précédente, non sur la cession, qui par elle-même n'implique aucune obligation de garantie, mais sur la subrogation du cédant aux droits de la société, le cédant, pas plus que la société, n'a d'action contre l'agent de change, pour le contraindre à révéler les noms des cessionnaires intermédiaires. — Cass., 29 juin 1885, précité.

2406. — De même, et par voie de conséquence, le cessionnaire de titres au porteur, affranchi par l'aliénation de ses actions de toute action en versement d'apport social, soit de la part de la société, soit de la part de son cédant, ne saurait être obligé, par le cédant, à lui faire connaître le nom de son acheteur; cette obligation serait en contradiction avec la nature des titres au porteur, dont la transmission n'implique aucunement que le cédant connaisse son cessionnaire, et soit en état de le désigner. — Même arrêt.

2407. — Mais une fraction importante de la doctrine s'élève contre cette double déduction. D'une part, en effet, n'est-il pas contradictoire de proclamer, comme le fait la jurisprudence, le principe de l'obligation personnelle du détenteur actuel, et d'enlever au souscripteur ou cessionnaire poursuivi le seul moyen de reconstituer la filière des cessions successives, qui lui permettront de découvrir ce détenteur actuel, seul débiteur véritable des versements appelés?

2408. — D'autre part, le principe du secret professionnel imposé aux agents de change comporte certains tempéraments. C'est ainsi que l'obligation au secret n'existe pas pour l'agent, « lorsque la nature de l'opération exige que les parties soient nommées » (Décr. réglem. 7 oct. 1890, art. 40). Or, dit-on, l'hypothèse des actions récursoires nées du paiement du non versé effectué par un souscripteur ou cessionnaire de titres non libérés qui a aliéné les titres rentre au premier chef dans le cas d'exception prévu par l'art. 40; l'exercice de ces actions récursoires, implicitement consacré par la loi elle-même, serait en effet rendu illusoire si le demandeur n'avait la faculté de se renseigner, auprès des agents qui ont coopéré à la négociation, sur l'identité des acquéreurs. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 765 et 766; Lyon-Caen, note sous Lyon, 3 juill. 1883, précité; Foucaud-Pénardille, t. 1, n. 213.

2409. — *Conséquences d'une conversion irrégulière.* — La conversion des titres nominatifs en titres au porteur, autorisée par l'assemblée générale en dehors des conditions impératives prescrites par l'art. 3, est irrégulière, et doit, à ce titre, être annulée. D'où il suit que le souscripteur d'un titre ainsi irrégulièrement converti demeure actionnaire nominatif, et reste tenu d'effeetuer les versements complémentaires, sans être admis à invoquer la prescription de deux ans. — Cass., 27 juin 1887, Lantier, [S. 88.1.49, P. 88.1.113, et la note de M. Labbé, D. 87.1.489] — Paris, 8 juill. 1881, sous Cass., 8 août 1882, Audoussol, [S. 83.1.49, P. 83.1.113, et la note de M. Labbé, D. 83.1.241]

2410. — Il en est de même pour les cessionnaires intermédiaires qui ont acquis leurs titres antérieurement au vote de l'assemblée générale prescrivant la conversion; ces cessionnaires, par le fait de l'achat des actions, sont tenus des mêmes obligations que les souscripteurs primitifs. — Cass., 12 avr. 1881, Gautreau, [S. 81.1.241, P. 81.1.593, et la note de M. Labbé, D. 81.1.431]; — 27 juin 1887, précité. — Paris, 26 juill. 1887, Pinet, [D. 88.2.145] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 767.

2411. — Jugé, dans le même ordre d'idées que, sous le régime de la loi de 1867, l'annulation de la délibération de l'assemblée générale autorisant la mise au porteur des actions libérées de moitié a pour effet de replacer les anciens actionnaires, qui ont échangé leurs titres nominatifs contre des titres au porteur, et ultérieurement aliéné ces derniers, dans les liens d'une obligation personnelle, comme si la conversion n'avait jamais été votée. — Trib. comm. Seine, 23 août 1899, [*Gaz. Pal.*, 99.2.457]

2412. — Mais cette solution rigoureuse ne saurait être admise au regard des cessionnaires postérieurs à l'assemblée générale qui a irrégulièrement autorisé la conversion. Ils n'ont pas participé à cette assemblée illégale, l'irrégularité qui a été commise en dehors d'eux ne saurait par suite leur être imputée. Ils doivent donc, s'ils ont aliéné les titres, être considérés comme libérés de l'obligation de répondre aux appels de fonds, comme si toutes les conditions de validité de la conversion eussent été réunies. — Paris, 26 juill. 1887, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*

2413. — Jugé de même que l'acquéreur de bonne foi de titres qui avaient l'apparence de titres au porteur réguliers ne peut être tenu que des obligations imposées par la loi au détenteur actuel des titres; d'où obligation pour le syndic d'établir qu'il en était réellement détenteur au moment où il a été touché par une mise en demeure individuelle. — Paris, 28 janv. 1898, [*Rev. des soc.*, 98.300]

2414. — Il en est ainsi, même dans le cas où la conversion aurait été déclarée nulle par le motif que les titres n'auraient pas été créés sous la forme nominative, comme la loi l'exige (V. *suprà*, n. 2158 et s.), ou du moins que ces titres, créés pour la forme, n'auraient jamais été matériellement délivrés aux souscripteurs. Une telle irrégularité affecte, en effet, le caractère d'un vice caché, que les cessionnaires postérieurs au vote de conversion n'ont pu connaître, et qui par conséquent ne saurait justifier leur assimilation à des titulaires de titres nominatifs. — Même arrêt.

2415. — Il en serait différemment si le vice de la conversion était apparent; tel serait le cas d'une conversion des actions effectuée sans autorisation préalable de l'assemblée générale, ou encore d'une délibération prescrivant la conversion des actions au fur et à mesure de leur libération de moitié, alors que d'après la loi la conversion n'est légale qu'après libération de moitié de *tous* les titres (V. *suprà*, n. 2171 et s.). En ce cas, les actions doivent être considérées comme étant restées nominatives à l'égard de toutes les personnes entre les mains desquelles elles ont passé, soit antérieurement, soit postérieurement à l'assemblée générale des actionnaires. — Cass., 8 août 1882, précité.

2416. — Dans cette dernière hypothèse, le vendeur qui a été obligé de parfaire les versements non encore effectués sur les titres vendus est bien fondé à exiger de l'agent de change qui a été chargé de la vente le nom de l'acquéreur pour recourir contre lui. — Même arrêt. — Cette solution admise par certains auteurs pour le cas de conversion régulière, à l'effet de permettre la reconstitution de la filière des porteurs successifs (V. *suprà*, n. 2408), s'impose à plus forte raison dans le cas où l'irrégularité de la conversion commande impérieusement la recherche de toutes les responsabilités. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 767 *bis*.

2417. — Le même droit appartiendra à l'ex-actionnaire poursuivi, en cas de vente effectuée en banque, par l'entremise d'une maison de coulisse ou de banque. — Trib. comm. Seine, 23 août 1899, précité.

2418. — L'intermédiaire poursuivi, agent de change, banquier ou coulissier, a le choix ou de donner le nom de l'acheteur des titres, auquel cas sa responsabilité est dégagée, ou, s'il se refuse à le faire connaître, d'indemniser le vendeur de toutes les

condamnations par lui encourues. — Cass., 8 août 1882, précité. — Trib. comm. Seine 23 août 1899, précité.

2419. — III. *Sociétés constituées depuis la loi du 1er août 1893.* — A la situation complexe, exposée précédemment, comportant une série de distinctions entre les souscripteurs primitifs ou cessionnaires antérieurs à l'assemblée de conversion, obligés pendant trente ans tant qu'un vote de conversion n'est point intervenu, et pendant deux ans à compter de la délibération de l'assemblée autorisant cette conversion, les cessionnaires postérieurs, libérés *ipso facto* par l'aliénation du titre, et les détenteurs actuels personnellement obligés en tant que nantis du titre, la loi de 1893 a substitué, pour les sociétés constituées depuis sa promulgation, un régime très-simple caractérisé par les règles suivantes : 1° tant que les actions ne sont point entièrement libérées, la conversion des titres nominatifs en titres au porteur est interdite, et aucune disposition statutaire ne peut déroger à cette prohibition d'ordre public. — V. *suprà*, n. 2193 et s.

2420. — 2° Tous ceux qui ont détenu les titres à un moment quelconque, souscripteurs, cessionnaires intermédiaires ou détenteurs actuels, sont débiteurs solidaires du non versé. Ils peuvent être, ou poursuivis isolément pour le tout, le paiement intégral effectué par l'un d'eux libérant les autres, ou englobés tous dans une poursuite unique et condamnés solidairement à la somme due sur les titres non libérés. La circulation des titres a ainsi pour effet d'accroître progressivement la valeur de la créance du siège social. Suivant la formule de M. Thaller, « plus l'action circule, et plus elle procure au siège social de débiteurs garants du complément. Le livre de la société, à mesure qu'il se charge de transferts, prend quelque analogie avec une lettre de change qui se recouvre de nouveaux endossements ». — Thaller, n. 501.

2421. — La solidarité entre tous les titulaires successifs du titre non libéré a, comme la prohibition de conversion avant libération totale (V. *suprà*, n. 2194), le caractère d'une règle d'ordre public, à laquelle aucune clause statutaire ne saurait déroger. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, append., n. 15; Thaller, n. 623; Houpin, t. 1, n. 319.

2422. — Cette prescription de deux ans a pour point de départ, non point le jour de l'appel de fonds ou de l'assignation, mais le jour de la cession, constatée (puisque les titres non libérés sont nécessairement nominatifs) par le transfert effectué sur les registres de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, append., n. 19; Houpin, t. 1, n. 319; Faure, p. 51; Bouvier-Bangillon, p. 167; Perrin, *Loi de 1893*, p. 14; Genevois, n. 12. — Sur les formes de la cession des titres nominatifs, V. *suprà*, n. 2100 et s.

2423. — Il convient d'appliquer à la prescription de deux ans édictée par la loi de 1893, les règles ordinaires des courtes prescriptions. Cette prescription courra donc même contre les mineurs ou les interdits (art. 2278); en d'autres termes, la présence parmi les créanciers sociaux de mineurs ou d'interdits ne saurait avoir pour conséquence de prolonger la durée de l'action en paiement du non versé contre les souscripteurs ou cessionnaires qui ont aliéné leurs titres. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 18; Houpin, t. 1, n. 319.

2424. — 3° Le détenteur actuel est personnellement obligé au paiement du non versé, et ne peut, de ce chef, invoquer aucune prescription; de cette obligation, il ne peut s'affranchir qu'en cédant le titre. Remarquons à ce sujet que la controverse née sous l'empire de la loi de 1867, sur le point de savoir si le détenteur actuel est personnellement, et sur tous ses biens, tenu de la libération des titres, ou si le titre seul est débiteur, ne peut plus se poser pour les sociétés soumises au régime nouveau. En spécifiant que « tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements », le législateur de 1893 donne clairement à entendre que le titulaire de l'action est personnellement obligé au paiement du non versé, bien qu'obligé *propter rem*, c'est-à-dire à raison de sa situation de possesseur actuel du titre.

2425. — La cession seule peut le dégager des liens de son obligation. Aucune prescription, même trentenaire, ne saurait, tant que la société dure, l'en affranchir. Peu importe que plus de trente ans se soient écoulés depuis l'émission du titre; l'actionnaire n'en demeure pas moins obligé, car la dette du non versé ne devient exigible que par l'appel de fonds, or toute prescription de créance à terme est suspendue jusqu'à l'échéance du terme (C. civ., art. 2257). — Thaller, n. 503; Houpin, t. 1, n. 319.

2426. — L'action sociale en paiement du non versé, à l'encontre de tous autres que les détenteurs actuels, est ramenée à une durée uniforme, à savoir deux ans à compter de la cession du titre. M. Bozérian, dans son rapport de 1884 au Sénat, justifie ainsi la concession, à tous les anciens titulaires de l'action, souscripteurs ou cessionnaires successifs, du bénéfice de cette courte prescription de deux années : « En droit strict, il est certain que le souscripteur, qui s'est obligé directement envers la société et le cessionnaire qui par suite de la cession est soumis à la même obligation que son cédant, devraient être tenus du paiement jusqu'à la libération complète de l'action : mais de graves considérations s'opposent à cette application rigoureuse du droit. D'une part, dans bien des circonstances, notamment lorsque le capital social a le caractère d'un capital de garantie, ce qui a lieu dans un grand nombre de sociétés d'assurances, les appels de fonds sont rares et il arrive souvent que les actions ne sont jamais libérées entièrement; conviendrait-il, dans ce cas, de soumettre indéfiniment à la responsabilité éventuelle du versement les souscripteurs, les cessionnaires, leurs héritiers ou successeurs? D'autre part, lorsqu'une personne consent à devenir actionnaire d'une société anonyme, son consentement a pu être déterminé par la confiance que lui inspirait en ce moment la composition du conseil d'administration. Or, dans les sociétés anonymes, les administrateurs sont toujours révocables; ils sont à la merci de l'assemblée générale; lorsque, par un coup de majorité, le conseil se trouve brusquement modifié, serait-il juste de retenir dans des liens aussi étroits celui qui, ayant perdu confiance, désire se dégager de ses liens? »

2427. — Mais à quel moment faut-il avoir cédé le titre pour échapper à cette obligation personnelle? Autrement dit, faut-il considérer comme *détenteur actuel* quiconque n'a pas aliéné le titre avant l'appel de fonds, ou doit-on considérer comme détenteur actuel, non pas celui qui détient les actions au moment de l'appel de fonds, mais celui qui les a en sa possession au moment où il est individuellement touché par une mise en demeure de la société (sommation régulière ou assignation)? Les travaux préparatoires de la loi de 1893 ne fournissent à cet égard aucun éclaircissement. De quoi se sont, en effet, préoccupés les rédacteurs du nouvel art. 3? Uniquement de mettre fin à certains abus, nés de la législation antérieure, nullement de trancher les controverses qu'elle avait soulevées : « Aux termes de l'art. 3 de la loi de 1867, lisons-nous dans le rapport de M. Clausel de Coussergues à la Chambre des députés, les actions des sociétés peuvent, sous certaines conditions, être mises au porteur, après versement de la première moitié du capital. *Quelles qu'aient été les solutions données pour son interprétation* (V. *suprà*, n. 2357 et s.), l'expérience a prouvé que, en tout cas, le recouvrement de la partie restant due sur des actions mises au porteur était d'une extrême difficulté. En définitive, il n'en rentrait qu'une faible partie, et le public était trompé par l'énonciation d'un capital qui ne se réalisait pas. Il n'y avait, au fond, qu'une raison pour permettre la mise au porteur des actions après libération de moitié, c'était d'en rendre la circulation plus facile, à raison de leur valeur moins élevée. En réalité, on faisait, ou à bien peu de choses près, des actions de 250 fr. au lieu d'actions de 500, taux nominal exigé par la loi. Du moment que nous abaissons le taux minimum jusqu'au chiffre de 25 fr., il n'y a plus de motif pour réclamer la mise au porteur des actions avant leur libération intégrale. » — V. Rapport Thévenet au Sénat, (S. et P. *Lois ann.*, 1893, p. 573).

2428. — La controverse exposée précédemment subsiste donc entière; et rien ne permet de croire que la Chambre civile doive, pour les sociétés nouvelles, renoncer à son interprétation, d'après laquelle la qualité de détenteur actuel ne se fixe que par une mise en demeure individuelle : d'où possibilité pour l'actionnaire de se soustraire, même après l'appel de fonds, par un transfert de titres, à l'obligation de payer le non versé, pourvu qu'il n'ait point encore été touché par une sommation ou assignation. — V. *suprà*, n. 2363.

2429. — Il est toutefois une controverse, connexe de la précédente, à laquelle la loi de 1893 paraît bien avoir mis fin pour les sociétés constituées sous le régime nouveau : c'est la controverse relative au fardeau de la preuve. C'est uniquement à propos de titres *au porteur* non libérés, et en vue de ne pas entraver leur libre circulation, que la jurisprudence a été amenée à

décider, sous l'empire de la loi de 1867, que le fardeau de la preuve incombait à la société, et que c'était à elle à prouver que le défendeur était encore détenteur des titres. Or, sous l'empire de la loi nouvelle, les titres non libérés ne peuvent être que des titres nominatifs; cela étant, le fardeau de la preuve semble devoir incomber à l'actionnaire poursuivi qui, s'il veut échapper à l'obligation d'acquitter le non versé, devra justifier, soit d'un transfert régulier, soit d'une cession civile dûment notifiée au siège social avant l'assignation dirigée contre lui. — V. Bouvier-Bangillon, n. 167.

2430. — Les recours auxquels peut donner lieu le paiement du non versé par un souscripteur ou un cessionnaire intermédiaire s'exercent sous l'empire de la loi de 1893 comme sous le régime antérieur, avec cette différence toutefois que l'exercice de ces actions récursoires est singulièrement facilité par la forme nominative des titres qui permet de reconstituer aisément toute la filière des transmissions. *Le solvens*, légalement subrogé dans les droits et actions de la société, pourra donc à son gré poursuivre directement le détenteur actuel ou actionner en garantie son cessionnaire immédiat, ou tel cessionnaire intermédiaire qu'il lui plaira de choisir, ou englober tous les cessionnaires successifs dans une action unique. — Goirand, n. 349; Houpin, t. 1, n. 320.

2431. — Signalons à ce sujet, à titre documentaire, une disposition du projet sénatorial de 1884, dont l'objet était de remédier aux lenteurs et aux frais frustratoires pouvant résulter de ce circuit d'actions : « Les titulaires, les cessionnaires intermédiaires et les souscripteurs sont responsables chacun pour le tout du montant de l'action. Le souscripteur et le cessionnaire ne peuvent être appelés isolément ou concurremment *que dans l'instance engagée contre le titulaire*, en paiement des versements non effectués... ». Il est permis de regretter que le législateur de 1893 n'ait pas jugé à propos de conserver cette disposition.

2432. — L'art. 3, *in fine*, ne comportant aucune distinction, la prescription de deux ans doit être considérée comme opposable, non seulement à l'action en versement exercée par la société, mais encore au recours en garantie exercé par le souscripteur ou par un cessionnaire antérieur qui aurait versé contre un cessionnaire subséquent. — Lyon-Caen et Renault, *Append.*, n. 20; Houpin, t. 1, n. 320; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 222.

2433. — Ainsi que nous l'avons fait observer déjà, les prescriptions de la loi de 1893 ne s'appliquent point, en principe, aux sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1867. Il en est différemment, toutefois, de la prescription biennale (art. 7; Dispositions transitoires de la loi de 1893). — V. *infrà*, n. 5705 et s.

Section IV.

De la part de fondateur ou part bénéficiaire.

§ 1. *Nature juridique et légalité de la part de fondateur.*

1° *Définition. — Attributaires des parts de fondateur.*

2434. — Aucune allusion n'est faite, dans la loi de 1867, aux parts de fondateur, que l'usage a progressivement introduites dans la pratique. On peut définir les *parts de fondateur :* des certificats généralement négociables, créés par les statuts au profit des fondateurs pour les rémunérer de leur coopération à la constitution de la société, et donnant droit à une quote-part des bénéfices annuels, sans pouvoir d'entrée aux assemblées générales, et sans droit au capital social. Des parts de même nature soit aussi créées parfois au profit de personnes autres que les fondateurs, par exemple au profit de certaines catégories de souscripteurs : on les appelle alors de préférence *parts bénéficiaires.* — V. notamment, Percerou, *Des fondateurs de sociétés anonymes;* Godin, *Des titres attribués aux fondateurs dans les sociétés anonymes*; Lecouturier, *Etude juridique de la part de fondateur* (*Rev. crit.*, 1897, p. 117 et s.), et *Traité des parts de fondateur*; Wahl, *Etude sur les parts de fondateur*; Neymarck, *Les parts de fondateur* (*Rev. des soc.*, 1887, p. 163); Avon, *La part de fondateur,* 1899. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis* et s,; Houpin, t. 1, n. 359 et s.; Thaller, n. 517 et s.; Rousseau, *Man. des soc. par actions*, n. 103; Floucaud-Pénardille, n. 20 et s.

2435. — Le plus souvent, ces parts sont accordées aux fondateurs, ou à certains d'entre eux, pour les rémunérer de leurs travaux, démarches ou impenses ; en un mot de tous les soins par eux consacrés à la constitution de la société. Cette rémunération aurait pu consister en une somme d'argent; mais il est souvent difficile d'évaluer un tel concours en argent, et le plus sûr moyen de proportionner la rémunération à l'importance du service rendu est de la faire consister en une quote-part des bénéfices nets, que pourra produire l'entreprise. — Paris, 18 mars 1882, [*Rev. des soc.*, 83.498] — Trib. comm. Seine, 5 nov. 1894, Smith, [S. et P. 95.2.85, D. 95.2.297] — *Sic*, Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 118; Houpin, t. 1, n. 362; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis*; Thaller, n. 517; Neymarck, *Rev. des soc.*, 1887, p. 63; Vavasseur, t. 1, n. 534.

2436. — Le fondateur qui a confiance en l'avenir de l'entreprise peut du reste préférer, à un remboursement en numéraire des avances par lui faites, une délégation sur les bénéfices. Tel serait le cas des parts créées pour la libération d'une dette contractée, par l'établissement financier qui a lancé l'affaire en vue de la formation de la société. — Paris, 18 mars 1882, précité.

2437. — Mais les parts de fondateur peuvent aussi être attribuées en échange d'un apport en nature, effectué soit par un des fondateurs de l'entreprise, soit par toute autre personne (apport d'un brevet ou d'une marque, d'un fonds de commerce, voire même d'un immeuble d'un établissement industriel). Sans doute, en pareil cas, on créera de préférence des actions d'apport, représentatives de la valeur attribuée aux valeurs apportées dans la société; mais aucun texte n'interdit de procéder autrement. Il peut être difficile en fait de donner à l'apport une évaluation précise, sa valeur véritable dépendant du développement que pourra prendre l'entreprise; et en ce cas on conçoit que l'apporteur se contente d'une délégation sur les bénéfices futurs, représentés par des titres d'une valeur essentiellement variable, ne faisant point partie du capital social. Cette combinaison, pour n'être pas prévue par la loi, est d'autant plus licite qu'elle ne porte aux tiers aucun préjudice, puisque, si l'apport effectué n'est représenté, dans le capital-actions, par aucun titre, ledit apport n'en fait pas moins partie intégrante du fonds social, et accroît d'autant le gage des créanciers sociaux. — Godin, p. 131; Lecouturier, p. 169; Houpin, t. 1, n. 363.

2438. — Ainsi jugé que les parts peuvent servir à rémunérer des droits antérieurs abandonnés à la société et dont elle a profité, alors que ces droits, en raison de leur nature, ne sont pas susceptibles d'être considérés comme des apports, ni d'être évalués en argent. — Trib. comm. Seine, 5 nov. 1894 (motifs), précité.

2439. — Certains auteurs estiment même que des parts de fondateur pourraient être créées contre espèces, par exemple, en exécution d'une clause des statuts autorisant le conseil d'administration à créer, au cours du fonctionnement de la société et moyennant finance, des parts conférant un certain droit sur les bénéfices. On fait remarquer en ce sens, que si les parts de fondateur peuvent se substituer aux actions d'apport, elles peuvent aussi bien prendre la place des actions de capital. — Houpin, t. 1, n. 367. — La question, toutefois, est controversée. Plusieurs auteurs contestent la légitimité d'une telle création, d'abord parce qu'elle favoriserait la fraude, en permettant à la société de déprécier ses actions par une émission exagérée de parts (Percerou, p. 168), ensuite parce qu'il serait difficile de différencier des parts de fondateur ainsi créées contre espèces des actions véritables. — Wahl, p. 148.

2440. — On admet également que des parts de fondateur peuvent être créées au profit des souscripteurs d'un nombre déterminé d'actions : les parts prennent ainsi le caractère d'une sorte de prime destinée à encourager les capitalistes à couvrir le plus rapidement possible l'émission des titres. — Cass., 19 oct. 1886, Brouillat, [S. 86.1.472, P. 86.1.1170, D. 87.1.344]; — 21 juill. 1890, Garisson, [S. et P. 92.1.501, D. 91.1.270] — Paris, 19 avr. 1886, [*J. des soc.*, 87.17]; — 4 juin 1887, [*Ibid.*, 87.193] — *Sic*, Godin, p. 131; Goirand, n. 48; Houpin, t. 1, n. 365; Valery, note sous Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, Goudchaux et Cie, [D. 95.2.297]

2441. — ... Ou attribuées aux premiers souscripteurs sans distinction de chiffre, dans le but d'encourager les souscriptions. — Trib. Seine, 12 août 1891, [*J. des soc.*, 92.175] — Wahl, n. 146 ; Lecouturier, n. 167; Genevois, n. 160.

2442. — Il peut aussi en être créé, soit au profit d'anciens actionnaires en remplacement d'actions annulées par voie d'amortissement ou de réduction du fonds social. — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894 (motifs), Goudchaux et Cie, [S. et P. 95.2.22, D. 95.2.297]

2443. — ... Soit, en cas d'augmentation du capital social, au profit des actionnaires de la première série qui ont couru les risques du début de l'entreprise, et qui demandent à être mieux traités que les souscripteurs de la nouvelle émission, et notamment à être indemnisés sous cette forme de leur adhésion à une émission qui, dans le présent, va réduire leur quote-part de bénéfices jusqu'à ce que l'accroissement des affaires amène une augmentation de dividendes, et qui dans l'avenir, au moment de la liquidation, les obligera à subir, dans le partage des réserves, le concours des nouveaux actionnaires. — Trib. comm. Seine, 28 juill. 1884, [*J. des soc.*, 85.363] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 365; Goirand, n. 48; Wahl, p. 160; Lecouturier, p. 167.

2444. — La pratique fournit même quelques exemples d'une combinaison singulière qui consiste à attribuer à tous les souscripteurs une ou plusieurs parts de fondateur par action souscrite. On aperçoit malaisément l'avantage d'un procédé qui, suivant l'expression vulgaire, revient à tirer deux moutures d'un même sac : il est clair, en effet, que l'attribution aux parts bénéficiaires d'une quote-part des bénéfices diminue d'autant la valeur des actions, et que, logiquement, le cours de celle-ci devra subir une dépréciation égale à la cote moyenne, en Bourse, des parts créées simultanément. Ce système a, en outre, un inconvénient, c'est de donner un aliment de plus à l'agiotage et d'encourager des spéculations fâcheuses pour la réputation de l'entreprise et le classement de ses titres (Percerou, p. 167). Il ne semble pas cependant que l'on doive considérer comme nulles les parts ainsi créées, dès l'instant qu'elles ne confèrent aucun droit sur le capital social. — Houpin, t. 1, n. 365; Percerou, *loc. cit.*; Lecouturier, *loc. cit.*; Wahl, p. 159; Godin, p. 131. — V. cep. Thaller, *Traité*, n. 643 et note sous [D. 99.3.263]

2° Légalité des parts de fondateur.

2445. — La légalité des parts de fondateur n'est pas douteuse. D'une part, en effet, la société a incontestablement le droit de rétribuer les services qui lui sont rendus : elle pourrait le faire en espèces; à plus forte raison le peut-elle, au moyen de parts de fondateur qui ont tout au moins l'avantage de ne pas amoindrir son capital social. D'autre part, ces titres ont reçu à plusieurs reprises une consécration officielle et légale : c'est ainsi que la chambre syndicale des agents de change de Paris en fait figurer un certain nombre dans son bulletin officiel. L'administration de l'Enregistrement s'en occupe également au point de vue des impôts. Enfin la loi du 9 juill. 1892, qui déclare d'utilité publique une distribution d'énergie électrique produite par une chute d'eau dérivée du Rhône, autorise dans son art. 6, al. 3, les concessionnaires ou fondateurs de la société à « se réserver une part dans les bénéfices nets de la société ». — — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, précité. — *Sic*, Chavegrin, note sous Cass., 16 févr. 1887, Lefebvre, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036]; Bousquet, *J. des soc.*, 1885, p. 748 et s,; Deloison, t. 1, n. 266; Genevois, *Régime des soc.*, p. 91 et s.; Houpin, t. 1, n. 372; Lecouturier, *Traité*, n. 60, et *Rev. crit.*, p. 165 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis*; Pont, t. 2, n. 866; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 92 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 534; Wahl, *Étude sur les parts de fond.*, p. 12, et note sous Paris, 9 juin 1901, Comp. du Bi-métal, S. et P. 1903.2.25, D. 1902.2.2]

2446. — La cour de Paris semble, il est vrai, avoir émis quelques doutes sur la validité de ces titres, qu'elle qualifie de « création un peu arbitraire destinée à rémunérer certains concours »... Mais cet arrêt, dont la plupart des déductions soulèvent de sérieuses critiques (V. *infrà*, n. 2453 et s.), paraît devoir rester isolé. La Cour, d'ailleurs, n'a pas déduit les conséquences logique de ses prémisses, et annulé les parts créées par la société précitée; il ne s'agissait donc là que d'une appréciation discutable, sans aucune portée pratique.

2447. — Mais la création de parts de fondateur, portant une grave atteinte au droit des actionnaires sur les bénéfices, n'est possible que dans les statuts constitutifs. Ceux-ci peuvent, d'ailleurs, soit décréter la création immédiate d'un nombre déterminé de parts, soit autoriser par avance l'assemblée générale à émettre, quand elle le jugera opportun, un certain nombre de parts pour rémunérer les services qui pourraient lui être rendus après sa constitution. Cette seconde combinaison soulève toutefois une objection grave. Si l'on admet que l'attribution de parts de fondateur constitue un avantage particulier sujet à vérification, sous peine de rendre illusoires les garanties de la procédure instituée par l'art. 4 de la loi de 1867 (V. *infrà*, n. 2472 et s.), n'est-il pas indispensable que les parts soient *immédiatement* attribuées, et que les services qu'elles représentent puissent être appréciés par l'assemblée de vérification? L'objection semble irréfutable; et nous estimons avec M. Houpin (t. 1, n. 366) que la mise en réserve de parts à créer, par décision de l'assemblée générale extraordinaire, n'est régulière que si les statuts n'autorisent cette création ultérieure que concurremment à une augmentation de capital rendant possible la réunion d'une nouvelle assemblée de vérification. Il est certain d'ailleurs que les fondateurs, attributaires immédiats des parts créées et vérifiées, pourront, au lieu de mettre en circulation les titres, les conserver par-devers eux afin de rémunérer par la suite les services qui pourraient être rendus par des tiers à la société. Celle-ci y trouverait tout avantage.

2448. — Que si, au contraire, les statuts constitutifs sont muets, la création ultérieure de parts de fondateur, ayant pour conséquence de modifier la répartition des bénéfices, aurait le caractère d'un changement essentiel aux statuts, changement qu'il n'appartient pas à l'assemblée générale extraordinaire, statuant dans les conditions spéciales de majorité prévues en l'art. 31, d'apporter au pacte social. Un tel changement ne serait possible que du consentement *unanime* des actionnaires. — Angers, 26 avr. 1866, Comptoir de l'industrie linière, [S. 67.2.103, P. 67.457, D. 66.2.198] — Trib. comm. Seine, 10 juill. 1901, [*Gaz. Pal.*, 1902.2.417] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 387, et *J. des soc.*, 1901, p. 506; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Wahl, *J. des soc.*, 1900, p. 289; Genevois, p. 170.

2449. — Par identité de motifs, si des parts de fondateur ont été créées par les statuts, il n'appartiendrait pas à l'assemblée générale extraordinaire, à moins d'y avoir été autorisée à l'avance par une clause expresse, de convertir les parts en actions entièrement libérées conférant aux nouveaux actionnaires, qui cependant n'ont pas contribué à la formation de l'actif social, un droit égal sur les bénéfices et sur le fonds social à celui dont étaient investis *ab initio* les actionnaires primitifs. Un tel changement, modifiant à la fois la répartition des bénéfices et le capital social, serait évidemment un changement substantiel impliquant l'adhésion *unanime* des actionnaires. Il en serait de même à l'inverse, et par identité de motifs, du vote tendant à transformer certaines actions en parts de fondateur. — Trib. comm. Seine, 10 juill. 1901, précité. — *Sic*, Auteurs précités. — Sur la théorie des changements et modifications aux statuts, V. *infrà*, n. 5246 et s.

2450. — Les associations qui, ne jouissant pas de la personnalité morale, ne peuvent créer d'actions, — cette création impliquant tout un ensemble de formalités et mesures de publicité qui présupposent la personnalité, — ne peuvent pas davantage créer des parts de fondateur. L'émission de ces titres ne saurait en effet fournir aux lanceurs d'affaires habiles un moyen commode de tourner la loi, et d'éluder les prescriptions gênantes de la loi de 1867 sur les sociétés par actions.

2451. — Jugé, en ce sens, qu'une association en participation ayant pour caractère essentiel d'être occulte et sans intérêt pour les tiers, avec lesquels le gérant traite en son nom personnel, ne peut à défaut de personnalité juridique créer des parts bénéficiaires, donnant à leurs titulaires le droit de réclamer une part dans les bénéfices sociaux et en cas de décès du gérant, celui de pourvoir à son remplacement. La création et la vente de ces titres sont radicalement nulles et l'acheteur est fondé à en refuser le prix. — Paris, 8 janv. 1900, Pinet, [D. 1902.2.105] — Sur l'association en participation et ses caractères distinctifs, V. *infrà*, v° *Société en participation*.

3° Caractère juridique des parts de fondateur.

2452. — Si les auteurs s'accordent à admettre la légalité des parts de fondateur, ils se divisent au contraire lorsqu'il s'agit d'assigner à ce titre son véritable caractère juridique. Il ne faudrait pas cependant s'exagérer la portée de ces controverses, nées du silence de la loi. Quelle que soit le caractère juridique

relativement à ces parts, on s'accorde assez aisément sur la détermination des droits qu'elles confèrent (V. *infrà*, n. 2477 et s.); et les divergences que nous allons signaler n'ont guère d'intérêt pratique que pour l'application des règles prescrites par la loi de 1867, et au point de vue fiscal.

2453. — D'après un *premier système,* les parts de fondateur devraient être considérées comme des *actions,* attendu qu'elles confèrent les droits qui caractérisent l'action : les porteurs de parts participent aux bénéfices, ils peuvent à leur gré céder leur droit. Au surplus, on ne peut considérer comme étrangers à la société ceux qui ont contribué à sa création. Il y a donc lieu d'appliquer à l'émission et à la négociation des parts de fondateur, les règles établies par les lois de 1867 et de 1893 sur l'émission et la négociation des actions. — Paris, 19 juin 1885, (motifs), sous Cass., 16 févr. 1887, Lefebvre, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036, et la note de M. Chavegrin] — Thaller, *Rev. crit.*, 1881, p. 534, 1887, p. 220, et *Traité*, n. 520, 521, et note sous Paris, 16 juill. 1896, [D. 99.2.361] et sous Cass., 13 juin 1898, [D. 99.1.553]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis;* Vavasseur, n. 532 et 534, et *Rev. des soc.*, 1895, p. 127; Valéry, note sous Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, Goudchaux et Cie, [D. 95.2.302]; Durandy, *Des assembl. d'act. dans les soc. an.*, p. 33; Bousquet, *J. des soc.*, 1885, p. 748.

2454. — Jugé en ce sens que les parts de fondateur constituent des parts sociales ou actions, dont la négociation, avant la constitution régulière de la société, serait non seulement nulle, mais délictueuse. — Paris, 19 juin 1885, précité.

2455. — Cette première opinion se heurte à des objections graves : « Le propre de l'action est que l'actionnaire fait, en nature ou en argent, un versement, et que le total des versements opérés sur les actions constitue le capital de la société. L'art. 1, L. 24 juill. 1867, porte que « les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions de moins de... », et qu' « elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social, et le versement, par chaque actionnaire, de... » Or, il est très-rare que la part de fondateur soit attribuée en échange d'un versement; elle est créée pour ceux qui ont rendu des services à la société lors de son organisation, pour ceux qui ont souscrit les premières actions, et auxquels on accorde, outre les titres représentant leurs versements, et qui sont les actions, des parts de fondateur dont ils pourront tirer un profit, quelquefois même pour tous ceux qui ont souscrit les actions émises, mais toujours en outre des titres destinés à représenter leurs versements ». — Note de M. Wahl, sous Paris, 16 juill. 1896, [S. et P. 98.2.89]

2456. — « D'autre part, à supposer même qu'il dût être tenu compte de ce versement, ce versement ne porte pas sur le capital; soutenir le contraire, comme on l'a fait (Genevois, *loc. cit.*), c'est commettre une confusion contre laquelle les principes les plus certains nous mettent en garde; c'est confondre le capital de la société avec les fonds qui lui sont versés; l'obligataire, lui aussi, verse une somme d'argent, mais cette somme n'entre pas dans le capital de la société; le capital comprend exclusivement les actions; il est divisé entre ces actions ». — Wahl, *loc. cit.* Enfin l'action représente une partie du capital social; elle permet de prendre part à l'administration de la société et aux assemblées générales. Ces deux caractères faisant défaut aux parts de fondateur, elles ne sont pas des actions. — Paris, 14 janv. 1895, [*J. des soc.*, 95.77] — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, [*J. des soc.*, 95.38] — Houpin, *loc. cit.*, n. 369, et *J. des soc.*, 1894, p. 184 et s.; Wahl, *loc. cit.*, et *J. des soc.*, 1897, p. 152 et 155; Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 148; Genevois, *Rev. trim. du nouv. rég. des soc.*, 1897, p. 14; Percerou, n. 180; Godin, n. 150.

2457. — D'après un *second système*, qui fait antithèse au précédent, les parts de fondateur constitueraient des *créances* contre la société. En effet, dit-on, ces parts ne sont point des actions puisqu'elles ne sont point une quote-part du capital social; ce ne sont point des parts d'associé, puisque dans la société par actions il n'y a, par définition même, d'autres associés que les actionnaires (et le gérant, s'il s'agit non d'une société anonyme, mais d'une société en commandite par actions). Les porteurs de parts sont donc en dehors de la société; or, en dehors des associés, il ne peut y avoir que des créanciers. Entre les associés, lesquels participent à la propriété de l'actif social, ont un *jus in re*, et les créanciers, sans droit sur l'actif social, et investis d'un simple droit personnel contre la société, la loi ne connaît pas de situation intermédiaire. — Lyon, 12 nov. 1900, Mermet, [S. et P. 1902.2.6] — *Sic*, Arthuys, *Rev. crit.*, 1897, p. 273; Bouvier Bangillon, *Loi de 1893*, p. 150; Lecouturier, *Rev. crit.*, p. 164; Rousseau, *Quest. nouv. sur les sociétés*, p. 160, *Man. des soc. par actions*, n. 103, et *Traité*, t. 1, n. 1193; Wahl, *Tr. des tit. au port.*, t. 1, n. 292, *Etude sur les parts de fond.*, n. 4, et note sous Paris, 16 juill. 1896, précité; Deloison, n. 325, et *J. des soc.*, 1880, p. 600; Godin, p. 153.

2458. — Sans doute, ces créances diffèrent des créances ordinaires, en ce sens que les porteurs de parts ne concourent pas avec les autres créanciers et qu'ils n'ont même droit aux bénéfices qu'après prélèvement d'un intérêt servi aux actionnaires et pour une quote-part déterminée du surplus. Mais, si ces différences rendent le droit des porteurs de parts plus aléatoire, elles ne sauraient suffire à en modifier le caractère juridique; elles n'empêchent pas que ce droit ne soit une créance d'une part telle quelle de bénéfices contre la société. La situation des porteurs de parts, ajoute-t-on, est en somme la même que celle des employés intéressés d'une maison de commerce; or la jurisprudence et la doctrine envisagent ces employés comme des créanciers, en vertu d'un contrat de louage de services *sui generis*, et non pas comme des associés du patron. — Même arrêt. — *Sic*, Auteurs précités. — V. *suprà*, v° *Commis*, n. 37. — Sur le caractère juridique du droit de l'employé intéressé, V. aussi Pic, *Traité élém. de législ. industr.*, 2e éd., n. 1367.

2459. — On argumente enfin, en ce sens, des principes généraux du contrat de société, lesquels, dit-on, condamneraient absolument l'assimilation du porteur de parts à un associé. « Il est, dit-on, de l'essence des sociétés que tout associé contribue, non seulement aux bénéfices, mais encore aux pertes (C. civ., art. 1855). Or, le porteur de parts ne contribue pas aux pertes; tout ce qu'il risque, c'est de ne toucher aucune portion de bénéfices. D'autre part, il résulte des art. 4 et 24, L. 24 juill. 1867, que l'apport dans une société par actions doit être réel et que sa réalité doit être établie; comme les parts de fondateur sont généralement attribuées en dehors de tout apport, on ne peut les considérer comme des parts sociales ou des actions sans être conduit à nier leur validité. On ajoute que les parts sociales autres que les actions ne paraissent pas compatibles avec les règles des sociétés par actions. — V. sur ce point la note précitée de M. Chavegrin (§ 1). — Les lois du 24 juill. 1867 et du 1er août 1893 ne mentionnent qu'une seule catégorie d'associés, les actionnaires; toutes leurs dispositions supposent que le fonds social appartient tout entier aux actionnaires. On ne peut donc admettre à côté d'eux une autre classe d'associés, qui n'auront fait aucun apport, n'auront pas contribué à la formation du capital servant de gage aux créanciers, ne seront pas tenus du versement immédiat imposé par la loi aux actionnaires dans l'intérêt des créanciers, et échapperont en un mot à toutes les charges des actionnaires. — Wahl, *loc. cit.*

2460. — Toute spécieuse qu'elle paraisse, cette argumentation soulève des objections graves déduites des droits universellement reconnus aux fondateurs, droits très-différents de ceux d'un créancier. Un créancier, par définition même, doit être payé de sa créance, et, si le capital n'en est pas échu, des intérêts de celle-ci, avant que l'associé puisse prétendre à une distribution des bénéfices : les porteurs de parts viennent au contraire, sur les bénéfices de chaque exercice, en concours avec les actionnaires, et, sur le capital distribué après liquidation, ils sont primés par les actionnaires, si bien qu'à cet égard, leur situation est exactement l'inverse de celle d'un créancier. Tous les créanciers d'autre part ont le droit, en cas de faillite ou de liquidation, de concourir sur l'actif social, de venir au marc le franc : les porteurs de parts ne le peuvent évidemment pas, puisqu'ils sont primés par les actionnaires, lesquels sont à leur tour, en tant qu'associés, primés par les créanciers. L'assimilation que l'on prétend établir entre le porteur d'une part de fondateur et le commis intéressé est donc inacceptable; et au surplus, il est des commis intéressés qui, eu égard aux circonstances, doivent être considérés comme des associés. — Lyon, 23 janv. 1891, sous Cass., 17 août 1893, Chaise, [S. et P. 93.1.290, D. 92.2.401] — Pic, *op. cit.* — V. aussi *suprà*, v° *Commis*, n. 34 et s., et les autorités citées.

2461. — Au surplus, la situation du porteur de part dans la société est aussi éloignée que possible de celle d'un tiers créancier. Comme on l'a fait observer justement, « celui qui, ayant contribué par des démarches, par des avances, et même sous sa responsabilité, à la création de l'être social, stipule une part

des bénéfices, *n'est pas étranger à l'établissement qu'il a fait naître*, et dont il recueille dans une certaine mesure les profits. Ce n'est pas un tiers quelconque investi d'une créance contre la société avec laquelle il n'aurait que des rapports d'obligation. Si quelqu'un semble être *dans l'association*, c'est lui ». — Houpin, t. 1, n. 371, et *J. des soc.*, 1894, p. 184. — V. aussi Chavegrin, note sous Cass., 16 févr. 1887, Lefebvre, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036]

2462. — Concluons donc avec la jurisprudence que les parts de fondateur ne peuvent être considérées, ni comme des actions, attendu qu'elles ne correspondent à aucune fraction du capital social et ne confèrent aucun droit d'ingérence dans la société (V. *infrà*, n. 2477 et s.), ni comme des créances, puisqu'elles ne représentent que des droits éventuels, ne pouvant être exercés qu'après ceux des associés, et qu'elles ne permettent pas à leurs détenteurs de venir à contribution sur l'actif social en concurrence avec les créanciers. — V. notamment Paris, 14 janv. 1895 (motifs), Soc. de l'Appareil contrôleur, [S. et P. 95.2.180] — Mais, si les parts de fondateur ne sont, *ni des actions, ni des créances*, que sont-elles donc? Ici, nous trouvons encore des explications divergentes.

2463. — Quelques auteurs y ont vu une variété de *participation*. L'institution d'un certain nombre de parts de fondateurs établirait une association en participation entre la société et les porteurs de parts, la société étant le gérant de la participation et les porteurs étant les associés participants. — Genevois, *Le nouveau rég. des soc.*, p. 161, et *Rev. trim. du nouveau rég. des soc.*, 1897, p. 17. — L'explication est ingénieuse, mais, selon nous, juridiquement inacceptable. Rien dans la loi ne paraît autoriser cette combinaison d'une participation se greffant sur une société par actions; l'une, la participation, est occulte de sa nature, l'autre, la société par actions, est publique; ces deux formes ne sauraient donc coexister dans une même entreprise. Nous avons précédemment condamné, pour ce motif, la création, par une association en participation, de parts de fondateurs négociables; les mêmes raisons doivent nous conduire à rejeter toute idée d'une participation annexée à une société par actions régulière.

2464. — D'autres considèrent le porteur de parts comme un associé *sui generis*. « C'est un associé, écrit M. Houpin (t. 1, n. 371), mais un associé *sui generis*, n'ayant droit qu'à une participation dans les bénéfices de la société, et ne contribuant ni à la formation du capital social, ni à la gestion de la société. Cette solution juridique nous paraît seule en harmonie avec la nature des droits attachés à la part de fondateur, sans être contraire aux dispositions de la loi de 1867 qui n'a réglementé que les actions ». — V. aussi Houpin, *J. des soc.*, 1894, p. 184, 1895, p. 39, et 1900, p. 144; Percerou. p. 179; Chavegrin, note sous Cass., 16 févr. 1887, précité. — V. Paris, 13 janv. 1882, Synd. de la Soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, et la note de M. Lyon-Caen, D. 83.2.73]

2465. — Vainement objecte-t-on que tout associé, par définition, contribue aux pertes, et que le porteur de parts ne participe qu'aux bénéfices. Cette objection repose sur une analyse superficielle de l'opération intervenue. Ne voit-on pas en effet que la situation dudit porteur est tout à fait analogue à celle d'un apporteur en industrie dans une société quelconque, civile ou commerciale : or un apporteur de ce genre ne contribue aux pertes qu'en ce sens que son apport immatériel ne lui rapportera aucun bénéfice si la société est en perte. Les études, impenses, démarches de toutes sortes du fondateur vont rester sans rémunération, s'il n'y a pas de bénéfices à distribuer : n'est-ce pas, en un certain sens, une participation aux pertes? A plus forte raison doit-on considérer comme exposé aux risques de l'entreprise l'apporteur en nature qui, au lieu de se faire remettre en échange de ses apports des actions d'apport, accepte des parts de fondateur. — Auteurs précités.

2466. — Quant à la jurisprudence, elle incline à envisager le droit inhérent à la part de fondateur comme un droit *sui generis*, ne constituant ni un véritable droit d'associé, ni une créance. Ces titres sont des parts d'intérêts; leurs détenteurs sont simplement des intéressés, investis d'un droit purement aléatoire, celui de venir à contribution sur les bénéfices annuels après les prélèvements statutaires, et de concourir au partage de l'actif social après le paiement du passif et le remboursement intégral des actions à leur valeur nominale. — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, Goudchaux, [S. et P. 95.2.299, D. 95.2.297, *ad notam*]; — [illegible] 1894, Smith, [S. et P. 95.2.85, D. 95.2.297, et la note de M. [illegible]] et [illegible]. Paris, 14 janv. 1895, Smith, [S. et P. 95.2.180] — Trib. civ. Seine, 29 avr. 1897, Bons de délégation de [illegible], [*Rev.* [illegible] 187] — *Sic*, Genevois, *Rev. trim. cit.*, p. 13.

2467. — En fait, il n'y a [illegible] au point de vue pratique, qu'entre le premier système [illegible] assimilée à une action, et tous les autres. [illegible] qu'on admet que les parts de fondateur ne sont pas des actions, les conclusions seront identiques sur tous les points [illegible], soit qu'on envisage la part de fondateur comme une créance, soit qu'on se la représente comme une participation, comme une part d'associé, ou comme un titre *sui generis*.

2468. — 1° Les dispositions de l'art. 1, L. 24 juill. 1867, modifié par la loi du 1er août 1893, sur le taux minimum des actions et sur la libération immédiate, sont étrangères aux parts de fondateur. — Alauzet, n. 68; Amelin, *Rev. prat.*, t. 24, p. 343; Bédarride, *Loi du 24 juill. 1867*, sur l'art. 1, n. 7; Beslay et Lauras, n. 89; Bousquet, *loc. cit.*; Houpin, t. 1, n. 371; Lecouturier. *loc. cit.*, p. 179; Pont, t. 2, n. 866; Rivière, *Loi du 24 juill. 1867*, n. 13; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 47. — *Contrà*, Mathieu et Bourguignat, n. 9 et 182, note 2.

2469. — 2° L'art. 2 de la loi de 1867, d'après lequel les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après le versement prescrit par la loi et la constitution définitive de la société, n'est pas non plus applicable aux parts de fondateur. — Houpin, t. 1, n. 376; Lecouturier, *loc. cit.*, p. 175. — *Contrà*, Paris, 19 juin 1885, Soc. d'exploitation des tramways, [S. 86.2.61, P. 86.1.445, D. 86.2.18; note de M. Chavegrin, sous Cass., 16 févr. 1887, précité; — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis*, *in fine*. — Sans doute, il ne saurait être question, en présence d'une part de fondateur, de libération *partielle*, puisque ces parts, n'ayant pas de valeur déterminée, ne correspondant même qu'exceptionnellement à un apport en retard, sont nécessairement *libérées*, c'est-à-dire remises au bénéficiaire sans que celui-ci puisse être tenu par la suite d'effectuer aucun versement. Mais il subsiste toujours entre l'action et la part de fondateur, cette différence importante que l'action, même libérée du quart, n'est pas négociable tant que les formalités constitutives n'ont pas été accomplies, tandis qu'aussitôt émise la part de fondateur peut être négociée.

2470. — 3° La disposition de l'art. 3, L. 24 juill. 1867, modifié par l'art. 2, L. 1er août 1893, d'après laquelle les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société, ne s'applique pas aux parts de fondateur, attribuées au fondateur de la société en représentation d'une partie de ses apports. — Trib. comm. Seine, 3 nov. 1894, et Paris, 14 janv. 1895, précités. — Trib. comm. Seine, 21 avr. 1900, [*Gaz. Pal.*, 1900.1.765] — Bouvier Bangillon, *La législat. nouv. des soc.*, p. 150; Faure, p. 65; Houpin, t. 1, n. 376; Lecouturier, *Rev. crit.*, p. 173; Genevois, p. 92.

2471. — Est-ce à dire que l'on doive tenir pour valables les négociations portant sur les parts de fondateur d'une société projetée, qui finalement ne parvient pas à se constituer? Non en principe, de telles négociations doivent être considérées comme subordonnées à la condition suspensive de la constitution effective de la société. Cependant, on pourrait aussi, suivant les circonstances, envisager l'opération comme une vente aléatoire, valable à tout événement; il en serait ainsi, surtout, si l'on pouvait considérer les parts comme se rattachant à une société d'études, constituée en vue de préparer et de mener à bien la constitution de la société projetée. En pareil cas, le cessionnaire ne pourrait être admis à réclamer la restitution intégrale du prix payé, mais seulement ce prix diminué de la valeur estimative de la part, envisagée comme part d'associé dans cette société préparatoire, qui, elle, a rempli son objet, quelle que soit l'issue des démarches entreprises. — Cass., 16 févr. 1887, précité. — V. Percerou, p. 188; Houpin, t. 1, n 376.

2472. — 4° Les parts de fondateur, tout au moins quand elles ne sont pas attribuées à des associés, ne sont pas soumises à la procédure de vérification des apports en nature et des avantages particuliers réglementée par les art. 4 et 24, L. 24 juill. 1867. Il en serait autrement, toutefois, et ces articles devraient recevoir leur application, quel que soit le système que l'on adopte sur la nature juridique des parts de fondateur, si ces parts étaient attribuées à des associés ; elles constitueraient alors des avan-

tages particuliers stipulés au profit de certains associés, et tomberaient sous le coup des articles précités. — Trib. comm. Seine, 5 nov. 1894, précité. — *Sic*, Faure, p. 149; Houpin, t. 1, n. 486; Lecouturier, *loc. cit.*, p. 176 et s.; Rousseau, *Quest. nouv. sur les soc.*, p. 159; Vavasseur, t. 1, n. 534.

2473. — En tout cas, aucune vérification ne serait plus nécessaire si les parts de fondateur étaient attribuées à tous les actionnaires d'origine indistinctement; ici en effet on ne se trouve plus en présence d'un avantage fait à certains associés. — Paris, 4 avr. 1884, [*J. des soc.*, 84.361] — Trib. comm. Seine, 28 juill. 1884, [*Ibid.*, 85.363] — *Sic*, Lecouturier, *loc. cit.*, p. 177. — Sur les avantages particuliers et leur vérification, V. *infrà*, n. 3312 et s.

2474. — Au surplus, quel que soit le caractère que l'on attribue aux parts de fondateur, il faut décider que les titres qui constatent ces parts peuvent être délivrés indifféremment sous forme de titres nominatifs ou de titres au porteur : ces titres n'étant soumis à aucun versement, on ne saurait leur appliquer l'art. 2 de la loi de 1867 (modifié par la loi de 1893) aux termes duquel les actions ne peuvent être mises au porteur qu'après avoir été intégralement libérées. — Chavegrin, *loc. cit.*; Houpin, t. 1, n. 374; Lecouturier, *loc. cit.*, p. 178; Wahl, *Tr. des tit. au port.*, t. 1, n. 512. — V. Lyon-Caen, note sous Paris, 30 janv. 1882, Voynant, [S. 83.2.41, P. 83.1.225]; Thaller, *Rev. crit. de législ.*, 1881, p. 527.

2475. — Jugé cependant, mais par un arrêt qui part de l'idée, inexacte selon nous, que les parts de fondateur seraient des créances (V. *suprà*, n. 2457 et s.), qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une cession valable au regard des tiers que si les parties ont recours aux formalités imposées par l'art. 1690, C. civ., pour les transports de créance, à savoir la signification au débiteur cédé ou l'acceptation de transport par le débiteur dans un acte authentique. — Lyon, 12 nov. 1900, Mermet, [S. et P. 1902.2.6] — Cet arrêt appelle une observation. Il est bien évident que des parts de fondateur pourront être créées sous une forme non négociable. Mais, si les parties ont entendu créer des titres négociables, et ont adopté à cet effet la forme nominative ou au porteur, aucun principe de droit ne saurait s'opposer à ce que leur volonté soit respectée.

2476. — Au surplus, l'arrêt lui-même reconnaît que les parts de fondateur *au porteur* peuvent, comme tous les autres titres de cette nature, être négociables, c'est-à-dire transmissibles à l'égard de tous par la voie commerciale, mais seulement après qu'elles ont été matériellement créées sous la forme au porteur, de telle sorte que la tradition en puisse être opérée. — Même arrêt. — Or, si les parts des fondateur peuvent être créées sous la forme *au porteur*, la plus commerciale de toutes, la plus éloignée des formes civiles, il est bien évident qu'elles doivent pouvoir l'être aussi, au gré des parties, sous la forme nominative.

§ 2. *Droits des porteurs de parts de fondateur.*

2477. — Que l'on envisage les parts de fondateur comme des actions, des parts d'associés, des titres *sui generis* ou des créances, elles ne donnent jamais droit qu'à une quote-part des bénéfices annuels réalisés par les sociétés. En général, et suivant les statuts des sociétés qui émettent des parts de fondateur, on commence par prélever sur les bénéfices une somme suffisante pour servir un intérêt fixe de 4, 5 ou 6 p. 0/0 aux actionnaires, et le surplus se répartit entre les actionnaires et les porteurs de parts dans la proportion déterminée par les statuts. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis*; Houpin, t. 1, n. 380.

2478. — Les rédacteurs des statuts jouissent d'ailleurs, au point de vue de cette répartition, d'une entière liberté. Ils peuvent ordonner qu'avant toute répartition, et une fois la réserve légale pourvue, il devra être mis en réserve une somme déterminée, ou une quote-part des bénéfices nets pour l'amortissement; ils pourraient même décider que tous les bénéfices devront être employés à l'amortissement des actions de capital, lesquelles seront remplacées au fur et à mesure par des actions de jouissance, et qu'il n'y aura lieu à répartition des bénéfices entre les actionnaires et les fondateurs qu'une fois cet amortissement effectué. — Houpin, t. 1, n. 379.

2479. — Quel que soit le mode de répartition adopté, il est indéniable que, dans toute société possédant des parts de fondateur, il y a conflit latent entre les deux groupes de participants aux bénéfices : les porteurs de parts de fondateur, et les actionnaires. Ces porteurs de parts prélèvent une fraction des bénéfices, et le jour où les actionnaires pourront se débarrasser de ce prélèvement, ils augmenteront d'autant leur dividende. Ainsi dans toute société où les actions de capital ont à subir le concours des autres parties prenantes, actions d'apport ou parts de fondateur, la rémunération du capital-argent risque de rester fort longtemps insuffisante, les bénéfices de l'entreprise n'étant que pour partie attribués à ceux qui ont fourni un capital.

2480. — Le seul moyen, non pas de faire disparaître ce conflit virtuel, mais d'en atténuer la gravité, consiste à attribuer aux actionnaires un intérêt fixe, payable avant toute répartition de dividendes. Mais, si les statuts sont muets sur une attribution de ce genre, les actionnaires peuvent-ils néanmoins réclamer l'intérêt de leur argent avant tout partage des bénéfices avec les fondateurs? On l'a soutenu, par ce double motif que l'allocation des intérêts aux actionnaires est conforme à l'équité et à l'usage, et qu'elle n'est que la conséquence d'une sorte de dette sociale contractée par la société envers tous ceux dont les apports ont contribué à former son capital : dette non contestable, ajoute-t-on, puisque le capital statutaire figure dans tous les bilans comme élément du passif. — Wahl, *J. des soc.*, 1897, p. 20).

2481. — Ce raisonnement ne nous semble nullement convaincant, et nous estimons qu'en l'absence de toute clause statutaire les actionnaires ne sauraient prétendre à prélever l'intérêt de leur argent, avant toute répartition des bénéfices entre eux et les fondateurs. L'actionnaire, en effet, n'est nullement un créancier de la société; les actionnaires ne peuvent prétendre entre eux, et à l'encontre des créanciers, au paiement d'un intérêt fixe que si les statuts les y autorisent expressément, et encore cet intérêt n'est-il, en principe tout au moins, qu'un *premier dividende fixe*, dont le paiement ne peut être exigé que sur les bénéfices. Lors donc que les statuts n'ont pas prévu cette allocation préalable d'un intérêt, les actionnaires n'y sauraient prétendre sans dénaturer la convention intervenue, et diminuer arbitrairement la quote-part revenant aux porteurs de parts. — Houpin, t. 1, n. 380. — V. aussi Genevois, *Rev. trim.*, 1899, p. 40 (cet auteur admet même que les statuts pourraient conférer aux porteurs de parts le droit de prélever sur les bénéfices une certaine somme, avant toute distribution aux actionnaires).

2482. — Les porteurs de parts peuvent aussi exercer leurs droits, lors de la dissolution de la société, s'il reste un excédent d'actif après le remboursement de leurs titres, au taux nominal, aux actionnaires : cet excédent n'étant autre chose que le produit capitalisé des bénéfices sociaux, doit être réparti entre les actionnaires et les porteurs de parts dans la même proportion que les bénéfices annuels. — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, Goudchaux, [S. et P. 95.2.22, D. 95.2.297, *ad notam*] — *Sic*, Genevois, p. 52 et s.; Houpin, t. 1, n. 381; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 560 *bis*.

2483. — ... A moins toutefois que les statuts n'indiquent une autre proportion pour cette répartition, ou même qu'ils n'en excluent formellement les porteurs de parts. Rien n'empêcherait par exemple de décider que les actionnaires seuls pourront, à la dissolution, se partager la réserve légale ou la réserve extraordinaire constituée au cours de la société. — Mêmes arrêts.

2484. — La détermination des droits des porteurs de parts ne laisse pas que de soulever certaines difficultés en cas de modification aux statuts, notamment en cas de prorogation de la durée de l'entreprise, d'augmentation ou de réduction du capital. Dans le premier cas (prorogation), on s'est demandé si les porteurs de parts pourraient prétendre, après l'expiration du terme primitivement assigné à la société, à la même quote-part de bénéfices, ou si leur droit ne se limitait pas rigoureusement, quant à sa durée, au laps de temps déterminé par les statuts primitifs? Cette dernière solution nous paraît plus juridique; la délégation des porteurs de parts sur les bénéfices est essentiellement temporaire, et, comme elle déroge au droit commun, toute interprétation extensive doit être écartée. — Paris, 8 juill. 1886, [*J. des soc.*, 87.269] — *Sic*, Chavegrin, note sous Cass., 16 févr. 1887 et 29 févr. 1888, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036]; Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 262.

2485. — Pour d'autres auteurs, il n'y aurait là qu'une question de fait et d'interprétation des conventions. Mais dans le silence des statuts, ces auteurs inclinent à reconnaître aux porteurs de parts, après la prorogation, le même droit qu'auparavant, par ce motif que l'avantage résultant pour eux de cette prolongation de leurs droits est la contre-partie du risque qu'ils pourraient

éprouver par le fait d'une dissolution avant terme non frauduleuse. — Godin, p. 182; Wahl, *J. des soc.*, 1897, p. 254; Houpin, t. 1, n. 381.

2486. — La solution sur la question de prorogation préjuge celle qui doit être donnée pour le cas d'augmentation du capital. De ce que les rédacteurs des statuts d'une société, constituée au capital primitif d'un million, ont admis un prélèvement de 20 p. 0/0 sur les bénéfices au profit des porteurs de parts de fondateur, il est absolument abusif et arbitraire de conclure qu'ils ont entendu, lorsque le capital social serait doublé, et que ce doublement permettait d'étendre le champ des opérations sociales, et d'augmenter la marge des bénéfices espérés, consentir encore à un prélèvement de 20 p. 0/0 au profit de fondateurs, qui n'ont en rien coopéré à l'extension des affaires sociales. L'équité et la logique exigent qu'en pareil cas, une réduction proportionnelle soit imposée aux porteurs de parts; le capital social étant doublé, par exemple, leur prélèvement sera réduit pour l'avenir de 20 à 10 p. 0/0. — Wahl, p. 254; Godin, p. 182; Lecouturier, p. 250.

2487. — La question, cependant, est controversée, et plusieurs auteurs décident au contraire que « la fraction de bénéfices attribuée aux fondateurs par les statuts primitifs ne saurait être diminuée arbitrairement, par suite de l'augmentation du capital social, si cette augmentation a été prévue et autorisée par les statuts »; une telle réduction proportionnelle ne serait possible qu'en exécution d'une clause expresse des statuts. — Houpin, t. 1, n. 382; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 31.

2488. — Dans le cas, au contraire, où le capital serait réduit, on s'accorde à admettre que cette réduction doit rester sans influence sur le droit des porteurs de parts. Il est à supposer, en effet, que la réduction est un acte de précédente administration, destiné soit à ramener le capital social à son chiffre réel à la suite de pertes subies, soit à alléger l'entreprise d'un capital reconnu trop élevé pour son chiffre d'affaires; dans ces deux cas le porteur de parts n'a qu'à se louer de la combinaison, qui a pour but de donner à la société un nouvel essor. Il ne saurait être admis à se plaindre, et à réclamer des dommages-intérêts, que si la réduction se rattachait à une combinaison destinée à restreindre le champ d'action, et par conséquent la marge probable des bénéfices sociaux. — Godin, p. 178; Wahl, p. 201; Houpin, t. 1, n. 383. — Sur les combinaisons complexes tendant, d'une part, à réduire le capital primitif, et d'autre part à l'augmenter dans une proportion variable par une émission d'actions nouvelles, V. *infrà*, n. 5436 et s.

2489. — Au point de vue de la répartition des bénéfices, les porteurs de parts ressemblent, en somme, à des actionnaires. Mais les parts de fondateur ne correspondant à aucun apport en numéraire ou en nature, ne sauraient donner droit au partage de l'actif social en concours avec les actionnaires. En d'autres termes, les porteurs de parts ne peuvent prétendre à cet actif qu'autant que leurs mises de fonds ont été au préalable remboursées aux associés. Une clause contraire insérée dans les statuts sociaux devrait être considérée comme nulle et non avenue. — Lecouturier, *loc. cit.*, p. 155 et 156; Houpin, t. 1, n. 386.

2490. — Jugé, cependant, qu'à défaut de réglementation dans la loi, le nombre, la valeur des titres créés par une société sous le nom de parts de fondateur, parts d'intérêts, parts de bénéfices ou de dividendes, titres de jouissance et les droits qui y sont attachés, sont exclusivement régis par les statuts de la société. — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, précité. — Cette formule semble bien indiquer que, dans l'esprit du tribunal de la Seine, il conviendrait de donner effet même à une clause autorisant expressément les porteurs de parts à prendre part, lors de la dissolution, au partage de l'actif. Une fraction de la doctrine est également en ce sens. « Si, écrit M. Wahl (*J. des soc.*, 1897, p. 203), les actionnaires peuvent renoncer à prélever, dans le cours de la société, avant de partager les bénéfices avec les porteurs de parts, les intérêts de leur capital, il n'y a pas plus de raison pour annuler la clause des statuts portant renonciation au droit de prélever, après la dissolution, le capital lui-même. D'ailleurs, les actionnaires ne pensent qu'à eux-mêmes; ils ne causent aucun préjudice aux créanciers sociaux... » — V. Godin, p. 163; Percerou, p. 205.

2491. — Cette argumentation nous paraît inacceptable. Autre chose est, de la part des actionnaires, renoncer à l'intérêt du capital versé, autre chose est autoriser les porteurs de parts, qui n'ont rien versé, à venir avec eux en concours sur ce capital lui-même, qu'eux seuls ont contribué à former. Au surplus, accorder aux porteurs de parts le droit de concourir avec les actionnaires sur le capital social équivaut à leur conférer tous les droits d'un actionnaire véritable, alors cependant que ces parts sont, par définition, nous l'avons démontré, affranchies de l'observation des formalités légales imposées par les lois de 1867 et de 1893 aux actions de capital ou aux actions d'apport. La création de titres semblables fournirait un moyen trop simple d'éluder l'observation des prescriptions essentielles de nos lois sur la constitution même des sociétés par actions et sur la négociation des titres. — Houpin, t. 1, n. 386; Lecouturier, *Ann. dr. comm.*, 1897, p. 155; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 23.

2492. — En tout cas, les parts de fondateur ne constituent, ni pour les fondateurs, ni pour les concessionnaires de ces parts, quelqu'élevé que soit le prix auquel ils ont acquis ces parts, un droit de créance leur permettant de venir en concours avec les créanciers sociaux sur l'actif social, et, à plus forte raison, par privilège avant ces créanciers. — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, précité. — V. nos observations précédentes sur l'impossibilité d'assimiler une part de fondateur à une créance sociale. — V. *suprà*, n. 2455 et s.

2493. — D'un autre côté, on admet très généralement que le porteur de parts ne peut assister aux assemblées d'actionnaires. Difficile à justifier dans la doctrine qui assimile la part de fondateur à une action, cette solution s'impose dans toutes les autres. C'est la seule qui soit acceptable, et cela explique qu'on ne rencontre, ni en doctrine, ni en jurisprudence, à peu près aucune dissidence. D'un côté, la majeure partie des assemblées d'actionnaires doivent réunir une fraction déterminée du capital social, et la part de fondateur n'entrant pas dans le capital social n'ayant pas de valeur nominale, il serait impossible, dans toutes les sociétés où il existe des parts de fondateur, de calculer cette majorité; il serait de même impossible de calculer la majorité nécessaire à la validité des délibérations. En dehors de ces considérations pratiques, il faut remarquer qu'il serait dangereux de donner aux porteurs de parts une place dans les assemblées générales. Ils ont intérêt à obtenir, lors des répartitions annuelles, la plus grande part possible des bénéfices, et, par suite, à enfler les sommes à répartir, au détriment des réserves et au préjudice de la bonne administration; car, lors de la dissolution de la société, les actionnaires, avant tout partage avec les porteurs de parts, prélèvent le capital de leurs actions, et ce prélèvement est lui-même précédé par le remboursement des créances des obligataires. — V. Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, précité. — Houpin, t. 1, n. 388; Wahl, *Etude sur les parts de fond.*, n. 16 et s., et note sous Paris, 16 juill. 1896, Comp. française des mines du Laurium, [S. et P. 98.2.91]; Bousquet, *J. des soc.*, p. 746 et s.; Houpin, t. 1, n. 388; Rousseau, *Quest. nouv.*, p. 159; Thaller, *Rev. crit.*, 1887, p. 219; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 27.

2494. — On ne pourrait même pas stipuler valablement dans les statuts sociaux que les porteurs de parts auraient le droit d'assister aux assemblées générales avec voix délibérative : les dispositions de la loi de 1867 impliquent, en effet, que ces assemblées se composent exclusivement d'actionnaires et qu'elles sont complètes dès que les actionnaires y ont été convoqués. Il est vrai que les porteurs de parts sont intéressés dans les délibérations de ces assemblées : mais on pourrait en dire autant des obligataires et autres créanciers sociaux : or ces obligataires et autres créanciers sociaux ne sauraient être admis avec voix délibérative dans lesdites assemblées. — Houpin, t. 1, n. 389; Lecouturier, p. 156; Percerou, p. 209; Genevois, p. 102; Wahl, *Les parts de fond.*, n. 16.

2495. — Quelques auteurs estiment cependant que les porteurs de parts pourraient, par une clause expresse des statuts, stipuler le droit d'entrée aux assemblées avec voix délibérative; ces auteurs, d'ailleurs, raisonnent dans le système, repoussé par la jurisprudence, d'après lequel les parts de fondateurs seraient de véritables actions (V. *suprà*, n. 2453 et s.). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 844; Rousseau, *Man. des soc.*, n. 14.

2496. — Mais cette opinion n'a même pas rallié tous les partisans du système précité. C'est ainsi que M. Thaller, qui cependant envisage les parts de fondateur comme des actions, estime qu'il y a, pour les porteurs de parts, une impossibilité juridique de même nature que pour les porteurs d'actions de jouissance. Ni les uns ni les autres ne peuvent concourir aux assemblées générales, attendu que « même si les statuts leur

donnaient le droit d'y participer, on ne voit pas d'après quel calcul ils feraient nombre. Les assemblées générales obéissent, d'après la loi, à des conditions de *quorum* et de majorité. Ces *quorum* et majorité sont fixés suivant une proportion, la moitié, le quart, du *capital social*. Or, les actions de jouissance (ou les parts de fondateur) sont *en dehors du capital* ». — Thaller, *Traité*, n. 473.

2497. — Bien que n'assistant pas aux assemblées d'actionnaires, il n'en est pas moins vrai que les porteurs de parts pourraient faire annuler une délibération nulle en la forme, prise par exemple en dehors des pouvoirs de l'assemblée, ou par une assemblée ne réunissant pas la majorité du capital, fixée par les statuts ou la loi; car, d'après les art. 41 et 42, L. 24 juill. 1867, la nullité des délibérations entachées d'un vice de forme peut être invoquée par tous les intéressés. — V. Cass., 3 avr. 1892, Soc. anon. du cercle d'Aix les-Bains, [S. et P. 93.1.33, et la note de M. Meynial] — V. Wahl, note précitée.

2498. — Ainsi serait inopposable aux porteurs de parts, comme excédant les pouvoirs de l'assemblée, toute délibération de celle-ci tendant à réduire la quote-part desdites parts dans les bénéfices sociaux, soit par l'adoption d'une quote-part inférieure (10 p. 0/0 par exemple au lieu de 20 p. 0/0), soit par la création de nouvelles parts (Wahl, note sous Riom, 2 févr. 1901, [S. et P. 1903.2.57], § 9). Ces dernières ne seraient pas annulées, mais leur quote-part dans les bénéfices devrait s'imputer uniquement sur la part des bénéfices attribués aux actionnaires par les statuts primitifs. — Paris, 16 févr. 1885, [*J. des soc.*, 86.555] — *Sic*, Godin, p. 176; Wahl, *J. des soc.*, 1897, p. 253, et 1900, p. 290; Houpin, t. 1, n. 391, et t. 2, n. 918, p. 123.

2499. — Mais les porteurs de parts ne peuvent pas attaquer les délibérations de l'assemblée générale en se fondant *uniquement* sur le préjudice qu'elles peuvent leur causer : cette assemblée, en effet, est souveraine dans les limites de ses attributions, et ses délibérations régulièrement prises s'imposent à tous les actionnaires et, à plus forte raison, aux porteurs de parts de fondateur. — Paris, 16 juill. 1896, Comp. des mines du Laurium, [S. et P. 98.2.89] — Trib. comm. Seine, 14 juin 1886, [*Rev. des soc.*, 86.603] — Trib. civ. Seine, 16 janv. 1890, [*Ibid.*, 90.261] — V. aussi Riom, 2 févr. 1901, précité.

2500. — Les porteurs de parts de fondateur ne sauraient donc, en principe, critiquer les délibérations des assemblées générales, si ces délibérations sont régulières, sans s'immiscer illégalement dans l'administration de la société. — Paris, 16 juill. 1896, précité; — 18 juill. 1901, [*Gaz. des Trib.*, 1902.2.194] — Trib. comm. Seine, 14 juin 1886, [*Rev. des soc.*, 86.603] — Trib. civ. Seine, 16 janv. 1890, [*Ibid.*, 90.261]

2501. — Jugé, dans le même sens, qu'il appartient à l'assemblée générale de prendre, en conformité des statuts, toutes les mesures nécessitées par l'intérêt général de la société, telles que la constitution d'une réserve spéciale ou d'un fonds d'amortissement, alors même que le résultat immédiat et transitoire de ces mesures serait de diminuer l'allocation afférente aux parts de fondateur, si le prélèvement apparaît comme dicté exclusivement par le souci des intérêts de la société. — Trib. comm. Seine, 21 nov. 1892, et 14 janv. 1893, [D. *Rép. Suppl.*, v° *Société*, n. 868] — Trib. civ. Seine, 25 avr. 1897, Bons de délégation du canal de Suez, [*J. des soc.*, 97.444] — Paris, 16 juill. 1896, précité. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 393 et 932; Percerou, p. 213; Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 254 et 257.

2502. — Jugé également que lorsque, suivant les statuts, le porteur de parts n'a aucun droit à la propriété de l'actif social, qu'il lui est conféré un droit à la répartition, pendant le cours de la société, des bénéfices dans une proportion déterminée par les statuts, que les statuts lui interdisent l'accès des assemblées générales et toute immixtion dans les opérations sociales, le porteur de parts n'a pas le droit de contrôler la gestion et de critiquer les délibérations d'actionnaires, rendues indispensables par la situation de la société, en contestant la régularité des comptes sociaux, l'utilité de certains amortissements, l'extinction de dettes sociales, l'opportunité d'une dissolution anticipée : que l'exercice de son droit par l'assemblée, quoique inscrit dans les statuts, pourrait simplement donner ouverture à une action en dommages-intérêts, si d'impérieuses circonstances ne justifiaient pas la mesure ordonnée. — Paris, 8 juin 1901, Comp. du Bi-Métal, [S. et P. 1903.2.25, et la note de Wahl, D. 1902.2.7]

2503. — Les formules des arrêts précédents sont cependant trop générales. Elles sont très-exactes en ce qui concerne les frais d'amortissement au sens propre du mot. Il est incontestable qu'une société peut se constituer un fonds d'amortissement du matériel, même au détriment des parts de fondateur. Car, le matériel s'usant peu à peu, un soi-disant bénéfice qui est distribué, alors que rien n'est mis en réserve pour la reconstitution du matériel, n'est pas un bénéfice véritable. — V. en ce sens, la note de M. Chavegrin (§ 2, *in fine*), sous Cass., 16 févr. 1887, Lefebvre, et 29 févr. 1888, Fougès et consorts, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036]; la note de M. Wahl (§ 2, n. 13), sous Paris, 16 juill. 1896, précité. — V. Wahl, *Parts de fond.*, n. 30, p. 37; Lecouturier, n. 212 et s. — V. aussi Paris, 16 juill. 1896, précité. — Mais, si la somme mise en réserve pour l'amortissement est exagérée, le prétendu fonds d'amortissement est un fonds de réserve, et, en ce cas, des distinctions s'imposent, et l'on ne saurait affirmer d'une manière absolue que les porteurs de parts doivent accepter sans protester cette création.

2504. — Tout d'abord, en présence d'une délibération qui leur fait grief, les porteurs de parts peuvent en certains cas, pour la faire annuler exciper des clauses des statuts, et s'appliquer à établir que l'assemblée a pris une délibération antistatutaire. — Paris, 16 juill. 1896, précité; — 8 juin 1901, précité.

2505. — La difficulté est alors de faire dans chaque espèce le départ des clauses permises et de celles interdites, expressément ou implicitement, par les statuts. Jugé, à cet égard, que n'est pas antistatuaire, et ne peut, en conséquence, être critiquée par les porteurs de parts de fondateur, la délibération de l'assemblée générale des actionnaires, qui, sous le titre de fonds d'amortissement extraordinaire, constitue un fonds de réserve spécial, quoique les sommes prélevées soient supérieures tant au minimum fixé par les statuts pour le fonds de réserve, qu'aux exigences sociales. — Paris, 16 juill. 1896, précité.

2506. — ... Ni la délibération qui constitue un fonds d'amortissement pour des mines et concessions appartenant à la société, si les statuts prévoient la constitution d'un fonds d'amortissement pour les immeubles, dans lesquels les mines se trouvent comprises, étant donné d'ailleurs que les mines, plus que les autres immeubles, sont sujettes, par le seul fait de leur exploitation, par la concurrence ou les progrès de la science, à un dépérissement total ou partiel. — Même arrêt.

2507. — La délibération qui fixe le montant de l'amortissement ne peut pas être davantage attaquée par les porteurs de parts de fondateur (qui n'invoquent aucune violation des statuts) sous prétexte d'exagération, aucune appréciation étrangère, fût-ce celle de la justice, ne pouvant, lorsque la fraude n'est pas alléguée, se substituer à la volonté souveraine des actionnaires, et les porteurs de parts ne pouvant s'immiscer dans l'administration de la société. — Même arrêt.

2508. — Même en l'absence d'une clause de l'acte de société autorisant des réserves spéciales, on admet généralement que si le prélèvement fait pour constituer une réserve apparaît comme dicté exclusivement par le souci des intérêts de la société, il s'impose aux porteurs de parts, comme il s'imposerait d'ailleurs à des actionnaires. — Houpin, n. 393 et 932; Percerou, p. 213; Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 254 et 257; Rousseau, *Des soc. comm.*, t. 1, n. 1281.

2509. — Mais si, au lieu de s'inspirer de l'intérêt commun de tous les associés, il apparaît que le prélèvement extraordinaire sur les bénéfices ordonné par l'assemblée générale n'a eu pour but que de faire fraude, au profit des actionnaires, aux droits des porteurs de parts, ceux-ci peuvent demander la distribution immédiate des bénéfices indûment retenus. — Paris, 8 juin 1901, Comp. française du Bi-Métal, [S. et P. 1903.2.25, et la note de M. Wahl, D. 1902.2.7, et la note de M. Percerou] — Trib. civ. Seine, 20 déc. 1894, *J. des soc.*, 95.130] — Lecouturier, n. 214; Vavasseur, t. 1, n. 636; Houpin, *loc. cit.*, n. 393 *in fine*; Percerou, p. 214; Rousseau, t. 1, n. 1282.

2510. — En d'autres termes, les porteurs de parts sont recevables à critiquer les délibérations de l'assemblée générale et à réclamer des dommages-intérêts équivalents au préjudice qui leur est causé, lorsque ces délibérations suppriment ou diminuent leurs avantages et qu'elles ne sont pas justifiées par l'intérêt de la société. Il y a alors de la part de l'assemblée générale abus de son droit : or, il est de principe que l'abus d'un droit est une source de dommages-intérêts lorsqu'il cause préjudice à autrui. — Lecouturier, n. 214; Houpin, t. 1, n. 396; Wahl, *Tr. des parts de fond.*, n. 24; Vavasseur, t. 1, n. 636; Rousseau, t. 1, n. 1283. — V. aussi notes précitées de MM. Chavegrin et Wahl.

— V. Cass., 12 févr. 1895, Demessund, [S. et P. 97.1.258, D. 95. 1.208] — Trib. Luxembourg, 28 oct. 1896, Heding, [S. et P. 98. 4.16] — Sur l'abus du droit en général, V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1382, n. 83 et s.

2511. — Ainsi jugé que, encore que les statuts disposent que les bilans régulièrement approuvés par l'assemblée générale s'imposeront aux porteurs de parts et que ceux-ci ne pourront élever aucune réclamation au cas où aucun bénéfice ne leur serait distribué, les porteurs de parts n'en ont pas moins le droit de poursuivre devant la justice le redressement des bilans qu'ils prétendent avoir été dressés en violation de leurs droits : qu'ils peuvent soutenir notamment que le passif résultant d'acquisition d'usine ou d'amélioration du matériel ne saurait être acquitté par les sommes portées au bilan sous la rubrique amortissement. — Trib. comm. Seine, 16 janv. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.261] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 399.

2512. — Jugé, même, que l'assemblée générale, après avoir prélevé sur les bénéfices une somme suffisante pour la réserve légale et le paiement des intérêts au capital versé, ne peut décider, au mépris des droits des porteurs de parts, que l'excédent des bénéfices sera intégralement reporté à l'exercice suivant. — Trib. comm. Seine, 21 nov. 1892, [*Rev. des soc.*, 93, p. 96] — V. Lecouturier, *Rev. crit.*, p. 258; Houpin, t. 1, n. 398.

2513. — ... Ni décider la formation d'une seconde réserve non prévue par les statuts, à l'aide d'une portion des bénéfices, à moins que ces prélèvements ne soient justifiés par des circonstances particulières, telles que la nécessité de compenser les diminutions momentanées du fonds social, ou encore par des amortissements nécessaires à la marche de la société, comme le renouvellement du matériel. — Trib. comm. Seine, 14 janv. 1893, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Soc.*, n. 368]

2514. — ... Que le porteur de parts peut réclamer l'intégralité de la part des bénéfices nets et distribuables, fixée par les statuts, que lui assure le bilan annuel, et poursuivre à cet effet la nullité d'une délibération de l'assemblée générale prescrivant de porter une partie des bénéfices nets et distribuables, qui aurait dû revenir aux porteurs de parts de fondateur, à une réserve spéciale, en vue du rachat des parts de fondateur, une pareille mesure ayant pour but d'améliorer le sort du capital social, sur lequel les porteurs de parts n'ont aucun droit à faire valoir, et conséquemment d'empirer la situation des porteurs de parts. — Paris, 8 juin 1901, précité.

2515. — D'autre part, si les immobilisations résultant de la lenteur de certains recouvrements, la lourde charge que créent les comptes courants, la hausse considérable des matières premières, et le stock important de marchandises en magasin, démontrent l'utilité pour la société d'une augmentation de capital devant servir de fonds de roulement, il ne saurait appartenir à l'assemblée générale, en constituant une réserve spéciale destinée au rachat des parts de fondateur, de méconnaître la disposition des statuts qui attribue aux porteurs de parts de fondateur, comme aux actionnaires, un droit de préférence sur toute nouvelle émission d'actions. — Même arrêt.

2516. — Il importe peu que les établissements de crédit aient subordonné leur concours financier pour la nouvelle émission à la suppression du prélèvement sur les bénéfices attribué par les statuts aux parts de fondateur, cette exigence ne pouvant autoriser l'assemblée générale à violer les statuts. — Même arrêt.

2517. — Il importe peu également qu'aux termes des statuts, l'assemblée générale ait le droit, sur la proposition du conseil d'administration, de fixer, sans limitation aucune, après la septième année de fonctionnement de la société, le quantum des réserves spéciales ; cette stipulation ne peut recevoir application qu'autant que les réserves sont destinées à l'utilité de l'exploitation sociale, et non quand elles ont pour objet l'amélioration du capital social, qui est uniquement constitué par la réunion des actions, et dans lequel n'entrent pas les parts de fondateur. — Même arrêt.

2518. — En pareil cas, l'accumulation de bénéfices, résultant de la constitution de réserves spéciales, a le caractère d'une augmentation d'actif, obtenue par la retenue d'une partie des bénéfices distribuables revenant aux parts de fondateurs en vertu des statuts : ces bénéfices ne sauraient, par suite, être employés, par voie de rachat, à l'extinction des parts de fondateur. — Même arrêt.

2519. — Mais il en serait autrement si les réserves spéciales étaient constituées uniquement avec les parts des bénéfices réservés aux actionnaires, ceux-ci étant libres d'affecter les bénéfices qui leur reviennent, soit à la répartition de dividendes, soit à l'augmentation de l'actif social qui leur appartient exclusivement. — V. *infra*, n. 4629 et s., [illegible] et s. — Et, lorsque des réserves spéciales ont été ainsi constituées avec la part de bénéfices réservée aux actionnaires, la société peut les employer au rachat des parts de fondateur. — Même arrêt.

2520. — Ainsi que l'a fait observer M. Wahl, en note sous cet arrêt, cette formule est beaucoup trop générale. Sans doute, les porteurs de parts n'ont pas le droit de critiquer la délibération créant une réserve dans ce but, si le rachat doit s'opérer à la Bourse, ou à la suite de négociations amiables avec les porteurs de parts ; en effet, le rachat, en pareil cas, dérive de leur propre consentement, qu'ils peuvent refuser. Mais ce raisonnement ne s'appliquerait plus si le rachat devait être forcé, si l'assemblée générale ou l'unanimité des actionnaires autorisaient la société à exproprier les porteurs de parts, quelles que dussent être, d'ailleurs, les conditions de l'expropriation, à moins que les statuts ne l'eussent formellement prévu. — Sur la validité de la clause statutaire autorisant le rachat forcé, V. Houpin, t. 1, n. 387 ; Lecouturier, n. 138 ; Rousseau, t. 1, n. 1303 ; Wahl, note précitée.

2521. — En effet, les porteurs de parts sont, ou des actionnaires, ou des associés, ou des créanciers. Si ce sont des actionnaires ou des associés, ils sont, comme tout associé, liés à la société pour sa durée entière, et ne peuvent être forcés de la quitter. De même que l'assemblée générale ne peut, au détriment des actionnaires qui n'ont pas voté en ce sens, amortir les actions plus rapidement que ne le prescrivent les statuts, ou créer un amortissement que les statuts n'ont pas prévu (V. Trib. comm. Bruxelles, 15 févr. 1897, [*J. des soc.*, 97.285] — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 2, n. 902; Rousseau, *op. cit.*, t. 1, n. 2441; Wahl, *op. cit.*, n. 63 et s., et *J. des soc.*, 1900, p. 299 et s. — V. cep. Trib. comm. Seine, 18 mars 1896, [*J. des soc.*, 96.287]), de même, et à plus forte raison, l'assemblée générale ni l'unanimité des actionnaires ne peuvent imposer le rachat aux porteurs de parts. Nous disons : à plus forte raison. En effet, le rachat des parts supprime complètement les parts, tandis que l'amortissement des actions laisse au porteur remboursé une action de jouissance, et consiste simplement à remplacer pour l'action remboursée le droit à l'intérêt statutaire par le versement d'une somme susceptible de produire des intérêts équivalents.

2522. — Si les porteurs de parts de fondateur sont des créanciers, le rachat constitue le remboursement anticipé de leur créance. Or, les créanciers d'une société commerciale ne peuvent se voir imposer un remboursement anticipé. — V. en ce qui concerne les obligataires, Bruxelles, 26 avr. 1893, Chem. de fer d'Entre-Sambre-et-Meuse, [S. et P. 96.4.14] — Trib. fédér. suisse, 13 nov. 1895, Confédération suisse, [S. et P. 96.4.15] — V. aussi, *infrà*, n. 2771 et s.

2523. — En tout cas, lorsque des réserves spéciales ont été constituées par des prélèvements sur l'ensemble des bénéfices sans distinction, la société ne peut, pour démontrer leur régularité au regard des porteurs de parts de fondateur, se prévaloir de ce qu'une augmentation du capital social votée par l'assemblée générale, ainsi que l'augmentation, par suite du rachat d'une partie des parts de fondateur, du montant du dividende afférent aux parts non rachetées, dédommagerait les porteurs de parts non rachetées du sacrifice qui leur est imposé. — Paris, 8 juin 1901, Comp. française du Bi-Métal, [S. et P. 1903.2 25, et la note de M. Wahl, D. 1902.2.7, et la note de M. Percerou]

2524. — D'une part, en effet, si, en principe, l'augmentation du capital procure, dans les circonstances normales, un accroissement de bénéfices, le point de départ de cet accroissement, pour les parts de fondateur, se trouve reculé, puisqu'il ne se réalise qu'après prélèvement de l'intérêt statutaire attribué aux actions, lequel se calcule désormais sur un chiffre plus important. — Même arrêt.

2525. — Et, d'autre part, l'éventualité d'une participation des porteurs de parts, avec les actionnaires, à la répartition proportionnelle des dividendes afférents aux parts de fondateur rachetées, constitue une compensation aléatoire et presque illusoire, au regard d'une privation antistatutaire et immédiate d'une somme importante. — Même arrêt.

2526. — Une dernière observation s'impose sur l'arrêt précité, l'un des plus importants qui aient été rendus sur la ques-

tion, mais aussi l'un des plus discutables au point de vue de la rectitude des principes. Cette observation vise la qualification à donner à l'action dont les porteurs de parts lésés seraient investis. Est-ce une action *en nullité*, est-ce une action en *dommages-intérêts?* L'intérêt de la question est, on le conçoit, considérable. Si c'est une action en nullité, la délibération tombera vis-à-vis des actionnaires eux-mêmes, une fois la nullité prononcée. Si c'est une action en dommages-intérêts, elle liera les actionnaires.

2527. — La cour de Paris admet l'action en nullité, mais sans dire pourquoi. Elle a raison, si elle interprète la délibération comme imposant le rachat aux porteurs de parts; mais elle a tort, si le rachat ne peut être effectué sans le consentement des porteurs de parts. On ne peut obliger, avons-nous dit, les porteurs de parts à accepter leur remboursement, et, par conséquent, toute délibération les y obligeant est nulle. Mais, si on ne les y oblige pas, la délibération ne leur porte préjudice qu'en tant qu'elle les prive de la portion de bénéfices destinée à former le fonds de réserve. C'est ce bénéfice qu'ils ont le droit de réclamer, par une action en dommages-intérêts dirigée contre la société. Il est permis de regretter que la cour de Paris n'ait pas indiqué le sens de la clause, et, par là même, ait paru implicitement décider que, quelle que soit cette signification, la clause est nulle.

2528. — L'application, à la *dissolution anticipée*, du critérium précédemment dégagé, conduit logiquement à la distinction suivante, admise par la Cour suprême. La délibération de l'assemblée générale qui prononce la dissolution anticipée de la société laisse les porteurs de parts désarmés si la dissolution a une cause légitime, notamment en raison de l'incertitude de son avenir; il en est autrement dans le cas contraire, c'est-à-dire si la dissolution n'est pas nécessitée par les affaires de la société. — V. Cass., 29 févr. 1888, Fouzès et consorts, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036, D. 88.1.424, et la note de M. Chavegrin]; — 4 juill. 1893, Banque franco-égyptienne, [S. et P. 93.1.373, D. 93.1.565] — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, Goudchaux et Cie, [S. et P. 95.2.22, D. 95.2.297] — V. dans le même sens, Rousseau, *Droit financier*, 1895, p. 512, et *Man. des sociétés par act.*, n. 114 et s.; Thaller, *Rev. crit.*, 1887, p. 219, et *Ann. de dr. comm.*, 1889, *doctr.*, p. 225; Bousquet, *Journ. des soc.*, 1885, p. 755; Houpin, *Le nouveau rég. des soc.*, *op. cit.*, t. 1, p. 395 et *Journ. des soc.*, 1895, p. 39; Lecouturier, *op. cit.*, p. 53; Wahl, *Les parts de fondateur*, n. 25.

2529. — Jugé en conséquence : 1° Que lorsque les statuts d'une société fondée pour un laps de temps déterminé créent des parts de fondateurs, donnant droit à une part des bénéfices annuels après les prélèvements statutaires et le paiement d'un intérêt de 5 p. 0/0 aux actions, et, au cas de dissolution anticipée, à une part de l'actif après acquittement du passif et remboursement des actions, et que ces mêmes statuts énumèrent limitativement les causes de dissolution anticipée de la société, le fait par l'assemblée générale d'avoir prononcé la dissolution de la société en dehors des cas prévus par les statuts et sans que l'état de la société nécessitât cette mesure, constitue, au regard des porteurs de parts, privés pour l'avenir des avantages qu'ils devaient tirer de leurs titres, une faute dont ils sont en droit de demander la réparation à la société. — Trib. comm. Seine, 24 sept. 1894, précité.

2530. — 2° Que, lorsqu'il est constaté que la nécessité de la dissolution d'une société financière ne résultait ni des événements politiques, ni des vicissitudes subies par le chiffre des affaires laissant encore, au moment où la dissolution avait été prononcée, une situation prospère, et que la transformation de la société, dans les circonstances où elle avait été décidée, constituait un abus du droit des actionnaires au regard des porteurs de parts de fondateur, le préjudice ainsi causé aux porteurs de parts doit être réparé par l'allocation de dommages-intérêts. — Cass., 4 juill. 1893, précité.

2531. — Jugé également que les statuts d'une société anonyme instituant des parts de fondateur, auxquelles est attribuée, après certains prélèvements, la moitié des bénéfices, établissent entre les porteurs de ces parts et les actionnaires un lien contractuel; et que, à raison de ce lien, l'assemblée générale des actionnaires, tout en étant maîtresse de voter une dissolution anticipée, ne peut le faire sans engager la responsabilité de la société envers les porteurs de parts de fondateur, à moins que cette résolution ne lui soit imposée par des circonstances dont il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement le caractère et la gravité. — Cass., 13 juin 1898, Liquid. de la Soc. des téléphones de Madrid, [S. et P. 99.1.67, D. 99.1.553 et note de M. Thaller]

2532. — Si donc il résulte des constatations des juges du fait que les difficultés traversées par la société n'étaient pas de nature à nécessiter une dissolution anticipée, par suite de laquelle les droits des porteurs de parts de fondateur se trouvent avoir été sacrifiés à de simples convenances des actionnaires, l'action en dommages-intérêts des porteurs de parts de fondateur contre la société est à bon droit accueillie. — Même arrêt.

2533. — Mais si, le cas échéant, les porteurs de parts peuvent être fondés à introduire une action en dommages-intérêts, lorsqu'une mesure préjudiciable à leurs intérêts a été prise par une assemblée générale des actionnaires, ils ne peuvent en aucune manière être fondés à demander la nullité d'une décision prise par les actionnaires dans la plénitude de leurs droits. Est donc non recevable une demande formée par un porteur de parts bénéficiaires à fin de nullité de la décision prise par l'assemblée générale des actionnaires et prononçant la dissolution anticipée de la société; et la demande subsidiaire formée par le même porteur de parts bénéficiaires à fin de dommages-intérêts n'est pas fondée, lorsqu'il est reconnu que la dissolution était devenue nécessaire, l'art. 37, L. 24 juill. 1867, n'étant impératif qu'en ce qui concerne la convocation à faire des actionnaires au cas de perte des 3/4 du capital social et toute autre cause de dissolution anticipée pouvant être d'ailleurs prévue par les statuts. — Paris, 18 juill. 1901, [*Gaz. des Trib.*, 9 janv. 1902]

2534. — En tout cas, les porteurs de parts, agissant en reddition de comptes, peuvent exiger la communication des documents sociaux, qu'on accorde assez généralement même à l'employé intéressé, envisagé comme un simple créancier. — Houpin, t. 1, n. 400; Percerou, p. 208; Genevois, p. 172; Rousseau, t. 1, n. 1260; Wahl, *J. des soc.*, 1897, p. 253. — Sur le droit pour le commis intéressé d'obtenir communication des livres et sur les limitations que ce droit comporte, V. Pic, *Législ. industr.*, p. 1009, note 2; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, t. 2, p. 179. — V. aussi *suprà*, v° *Commis*, n. 34 et s.

2535. — Une application intéressante de ces principes a été faite aux bons de délégation émis par la Compagnie du canal de Suez. Le tribunal civil de la Seine, après avoir posé en thèse que ces bons, véritables parts de fondateur, ne constituaient ni des actions, ni des créances, ni des parts d'associés, mais des titres *sui generis*, a décidé que les porteurs de bons, quoiqu'exclus des assemblées générales, étaient en principe fondés à contrôler et à critiquer les délibérations prises par celle-ci tendant à approuver les inventaires, comme faisant grief à leur droit sur les bénéfices. — Trib. civ. Seine, 29 avr. 1897, [*Rev. des soc.*, 97.487]

2536. — On admet généralement que, pour la défense de leurs intérêts communs, les porteurs de parts peuvent, à l'instar des obligataires, former entre eux un syndicat de défense ou une société civile. — Houpin, t. 1, n. 378; Rousseau, t. 1, n. 1309; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 33. — Sur le fonctionnement de ces syndicats ou sociétés, V. *infrà*, n. 2742 et s.

2537. — *Projet de loi sur les obligations et parts de fondateur.* — Ce projet, élaboré par la commission extraparlementaire des sociétés, et déposé sur le bureau de la Chambre, le 4 juill. 1903, par le ministre de la Justice, concurremment avec le projet sur les sociétés étrangères, contient sur les parts de fondateur quelques dispositions intéressantes, que nous résumons brièvement ci-après (V. le texte du projet, précédé du rapport de M. Rousseau, dans le *J. des soc.*, 1903, p. 441 et s.). a) *Nature juridique des parts et droits qu'elles confèrent.* Cette question est réglée, un peu sommairement peut-être, par l'art. 4 nouveau du projet de loi (déposé le 3 avr. 1903) tendant à réformer les lois de 1867 et 1893), ainsi conçu : « Les avantages consentis aux fondateurs ou à toute autre personne peuvent être représentés par des titres négociables *qui ne donnent droit qu'à des bénéfices.* Les parts de fondateur ou bénéficiaires peuvent être négociées à partir de la constitution de la société ». Ainsi, d'après le projet, les parts sont légales, même lorsqu'elles sont créées au profit de personnes autres que les fondateurs; elles ne peuvent jamais conférer de droit sur le capital (d'où le rapporteur conclut qu'elles ne sont point des parts d'associé, mais de simples créances de bénéfices éventuels); elles sont négociables aussitôt la société constituée.

2538. — b. *Assemblées.* — Le principe étant ainsi posé dans le projet de loi général sur les sociétés, le projet de loi spécial sur les obligations et parts de fondateur s'applique, d'une part, à organiser, nonobstant toute stipulation contraire dans les statuts, les porteurs de parts en une collectivité représentée par une assemblée, et d'autre part à définir avec plus de précision les droits des porteurs de parts. L'assemblée des porteurs de parts est organisée en principe sur le modèle de l'assemblée des obligataires (V. *infra*, n. 2755 et s.). Cette assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs possédant la moitié au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir la moitié au moins des voix des membres présents ou représentés. Chaque porteur a dans l'assemblée autant de voix qu'il possède de parts.

2539. — L'assemblée générale peut consentir à la réduction du droit aux bénéfices, au rachat des parts par la société, à la conversion des parts en actions (mesure qui, actuellement, présupposerait l'adhésion unanime des porteurs). Toutefois, la conversion des parts en actions ne peut être décidée que deux ans après la constitution de la société. Dans toute société ayant émis des parts de fondateur (art. 25 du projet), les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société, autorisées par l'art. 31 de la loi de 1867, ne sont valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs approuve la modification. L'assemblée convoquée à cet effet ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs représentant les deux tiers au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir les trois quarts au moins des membres présents ou représentés.

2540. — Les porteurs de parts ne peuvent s'opposer à la dissolution anticipée de la société prononcée sans fraude par les actionnaires, conformément à la loi et aux statuts. La proposition de dissolution anticipée est soumise à une assemblée de porteurs de parts. Si l'assemblée approuve la dissolution, aucun porteur de part ne pourra en contester les effets en justice, ni exercer une action en dommages-intérêts de ce chef contre la société.

2541. — Les statuts peuvent autoriser les porteurs de parts à assister aux assemblées générales d'actionnaires, mais *sans voix délibérative*, à peine de nullité des délibérations. L'assemblée des porteurs de parts peut nommer un représentant qui sera investi des pouvoirs accordés par les art. 11 et 12 du projet aux représentants des obligataires (V. *infrà*, n. 2761). Pour l'étude critique du projet, V. not. Thaller, *Réforme de la loi des sociétés par actions* (*Rev. polit. et parl.*, janv. 1903) et *L'œuvre de la commission extraparlementaire des sociétés* (*Annales de droit comm.*, 1903, p. 296 et s.).

Section V.

De l'obligation.

2542. — Lorsqu'une société veut demander de l'argent au public dans un but quelconque, notamment pour agrandir son champ d'opérations, ou pour reconstituer son capital, elle a le choix entre deux moyens : augmenter son capital par l'émission d'actions nouvelles, ou bien effectuer un emprunt sous forme d'émission d'obligations. Le second moyen sera parfois le plus facile et le plus avantageux : 1° l'assemblée générale des actionnaires primitifs sera souvent hostile à l'émission d'actions nouvelles, parce que les anciens actionnaires devant partager les bénéfices avec les nouveaux pourront craindre de voir diminuer leurs dividendes. Au contraire la société ne s'engagera à payer aux obligataires que l'intérêt du capital prêté; 2° le placement des obligations se fera plus facilement que celui des actions, certains capitalistes préférant la situation d'obligataires, c'est-à-dire de créanciers avec un intérêt fixe, et souvent des garanties hypothécaires, à celle d'actionnaire, qui est toujours aléatoire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 562; Deloison, t. 1, n. 285 et s.; Houpin, t. 1, n. 74; Wahl, t. 1, n. 238; Thaller, n. 586; Levy-Ullmann, *Des obligations à primes et à lots*, p. 1 et s.

2543. — Les obligations sont aujourd'hui fort répandues dans le public : elles ont cependant une origine récente. C'est vers la fin du XVIII° siècle que furent faits les premiers emprunts divisés en titres au porteur par les associations de propriétaires de la Silésie, de la Poméranie et de la Prusse. En France on peut signaler en l'an VI des obligations émises par des banques foncières (banque territoriale, banque immobilière, etc.). En 1815 l'État français émit des obligations gagées sur les biens domaniaux, remboursables au bout de trois ans et productives de 8 p. 0/0 d'intérêts. C'est de 1817 que datent les premières obligations de la Ville de Paris, et de 1832 ses premières obligations à lots proprement dites. Mais c'est surtout avec les institutions de crédit foncier, et les compagnies de chemins de fer, que se sont développées les obligations. — V. *supra*, v° *Crédit foncier*, n. 27 et s.

2544. — Depuis lors, cette catégorie de titres a constamment progressé, et toutes les sociétés d'une certaine importance émettent aujourd'hui des obligations. Le marché des obligations est d'une importance au moins égale à celui des actions. C'est ainsi que les compagnies de chemins de fer ont émis, en France, pour plus de 17 milliards d'obligations, alors que leur capital-actions n'atteint pas 2 milliards, que le Crédit foncier, avec un capital-actions inférieur à 200 millions, a créé pour plus de 5 milliards d'obligations foncières ou communales, etc.

2545. — Ce succès si rapide ne pouvait qu'entraîner des abus. Les fraudes sont malheureusement faciles, le régime des obligations étant chez nous la liberté presque complète. Le Code de commerce en effet n'y a pas songé : en 1867 on n'y pensa pas davantage, bien qu'elles fussent déjà très répandues, et l'on ne s'occupa que des abus qui pourraient résulter de l'émission des actions. Cependant une première tentative de réglementation fut faite en 1875; elle ne devait pas aboutir. En 1883, au lendemain de krachs nombreux et retentissants, un projet de loi élaboré par une commission extraparlementaire fut déposé le 6 décembre à la tribune du Sénat : il contenait un titre spécial pour les obligations, voté par le Sénat le 29 nov. 1884, il ne devait jamais être discuté par la Chambre (*J. off.*, Sénat, Doc. parlem., sess. extraord. de 1883, Ann. n. 72, et Déb. parlem. des 28, 29 et 30 nov. 1884).

2546. — En 1886, proposition de M. le député Brice, bien différente, en ce qui concerne les obligations, du projet de 1884 (*J. off.*, Chambre, Doc. parlem., sess. de 1886, Ann. n. 1180, p. 968 et 986). En 1893, proposition de MM. Montaut et Gerville-Réache en vue de donner des moyens de défense et de contrôle aux obligataires de la Compagnie en liquidation du canal de Panama (*J. off.*, Chambre, Doc. parlem., sess. extraord. de 1893, Ann. n. 188, p. 234).

2547. — En 1894, proposition de MM. Calvinhac et Pétrot, tendant à donner aux obligataires le droit de participer dans une certaine mesure à l'administration des sociétés (*J. off.* Chambre, Doc. parl., sess. extraord. de 1894, Ann. n° 587). En 1897, proposition de M. Fleury-Ravarin, tendant à réglementer l'émission des actions et des obligations (*J. off.* Chambre, Doc. parl., sess. extraord. de 1897, Ann. n. 2859, p. 236). Enfin la commission extraparlementaire instituée le 22 juin 1902 pour examiner les réformes à apporter aux lois de 1867 et de 1893 a fait déposer par le Ministre de la justice, sur le bureau de la Chambre, le 4 juill. 1903, un projet de loi spécial sur les obligations et les parts de fondateur, dont nous analyserons chemin faisant les prescriptions concernant les premières.

§ 1. *Du contrat d'obligation. — De l'émission et de la souscription d'obligations.*

1° *Notions générales. — Nature du contrat d'obligation. Caractères généraux des obligations.*

2548. — I. *Nature du contrat d'obligation.* — L'émission et la souscription des obligations constitue un véritable contrat entre l'obligataire qui *prête* son argent et la société qui s'oblige à le lui rembourser et à lui en servir les intérêts. La formule classique est que l'obligation est le droit de créance résultant d'un prêt constaté par un titre négociable. — V. not. de Folleville, n. 216, p. 374; Boistel, n. 240, p. 171; Vavasseur, *Soc.*, t. 1, n. 241 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1382; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 562; Buchère, *Val. mob.*, n. 26 et s.; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 198; Deloison, *Soc.*, t. 1, n. 285 et s.; Houpin, t. 1, n. 74; Wahl, t. 1, n. 461; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 231.

2549. — D'autres systèmes ont cependant été présentés sur la nature du contrat d'obligation; nous les examinerons rapidement. — 1° *Système de l'obligataire associé.* — On a prétendu que l'obligataire devait être assimilé à un actionnaire. On paraît s'être fondé uniquement sur la similitude des titres délivrés aux

actionnaires et aux obligataires. On a même soutenu que l'obligataire n'a droit à aucun intérêt en l'absence de bénéfices et qu'il ne peut, par conséquent, provoquer, à raison du non-paiement d'intérêts, la faillite de la société. Ce système a été repoussé par la jurisprudence et les auteurs. — Cass., 14 juill. 1862, Comp. du chemin de fer de Graissessac à Béziers, [S. 62.1.938, P. 63.1.1166, D. 62.1.518] — Lévy-Ullmann, *Tr. des oblig. à primes et à lots*, p. 12.

2550. — 2° *Système du prêt aléatoire.* — La Cour de cassation et la plupart des tribunaux français décident que le contrat d'obligations est un contrat *sui generis* « participant à la fois du prêt à intérêt et des contrats aléatoires ». Il tiendrait du contrat aléatoire en ce que le remboursement du capital est subordonné à un événement incertain, le tirage au sort. — V. not. Douai, 24 janv. 1873, Soc. des houillères de Fiennes et d'Hardinghem, [S. 73.2.244, P. 73.1056, D. 73.2.245] — Cette théorie a toujours été émise à propos des obligations à prime : nous en renvoyons l'étude au moment où nous traiterons de ces obligations, V. *infrà*, n. 2653 et s.

2551. — 3° *Système de la vente.* — Le système qui triomphe en Allemagne considère l'émission d'obligations comme une mise en vente par la société de créances contre elle-même. Il est analogue à la doctrine de notre ancien droit coutumier sur la rente foncière, prix de vente d'un immeuble. Il s'étend d'ailleurs à tous les titres au porteur ou négociables. Rien ne s'oppose juridiquement, cela est certain, à une telle analyse du contrat d'obligation : on pourrait même arguer de l'expression employée par la pratique française, « vente au robinet » (V. *infrà*, n. 2593). Mais nous estimons que cette analyse est bien compliquée, et que mieux vaut adopter un système plus simple qui s'impose tout naturellement. D'ailleurs, comme on l'a fait très-justement observer, on pourrait arriver « à considérer comme ventes toutes les conventions où, en retour d'une numération d'espèces, un individu s'engage à fournir en contre-échange une prestation déterminée » : ainsi le prêt, le louage, etc. — V. Saleilles, *Tr. de l'oblig.*, p. 306, n. 2; Lévy-Ullmann, p. 13 à 20.

2552. — 4° *Système du prêt collectif ou de la société de prêteurs.* — La théorie la plus récente consiste à dire qu'en face de la société, emprunteur unique, il y a un prêteur unique, l'ensemble des obligataires, unis entre eux par un lien de société et formant une société civile de prêt à forme commerciale (par actions). L'obligataire s'associe positivement avec d'autres pour constituer à eux tous les ressources nécessaires au succès de l'émission : sans doute il n'y a pas de pacte social, mais les intentions suffisent. De là des conséquences importantes sur lesquelles nous aurons à revenir. — Thaller, *De la construction du droit des obligataires sur la notion d'une société qui existerait entre eux* (*Ann. dr. comm.*, 1894, Doctr., p. 65 à 87).

2553. — Nous ne nous occuperons pas pour l'instant des arguments secondaires invoqués par M. Thaller, ni des objections de même ordre qu'on lui a opposées. Nous nous contenterons de réfuter le principe fondamental du système, qui réside dans un lien supposé entre les obligataires. Sans doute, il est indéniable qu'une pensée commune les anime : la confiance en un même emprunteur. Mais cela suffit-il pour y voir un lien de société? Nous ne le pensons pas. C'est que l'élément essentiel de la société, *l'affectio societatis*, ou l'intention de former une société, est au moins problématique (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 3). La première pensée qui guide l'obligataire quand il souscrit, c'est non pas qu'il va fonder une société avec ceux qui souscrivent comme lui, mais simplement qu'il prête à la société qui fait appel à ses capitaux. L'idée simple et suffisante à notre avis, surtout étant donné que la loi a réglé d'une façon expresse le contrat de société, en le soumettant à des conditions précises, et que les législateurs n'ayant rien dit du contrat d'obligations, il faut avoir recours uniquement aux principes de droit commun. — V. Lévy-Ullmann, *loc. cit.*; A. Buchère, *Des droits des obligataires d'une société commerciale en cas de faillite de la société*, (*J. des soc.*, 1895, p. 148 et s.).

2554. — Nous adhérons donc complètement à la théorie classique, qui voit dans le contrat d'obligations un simple *prêt à intérêt :* il y a autant de prêts distincts que d'obligataires, ou pour parler plus exactement autant de créanciers distincts, car, malgré la multiplicité des prêts, il n'y a qu'un emprunteur unique, un seul débiteur, la société. Ajoutons qu'à la différence du prêt ordinaire, il n'y a pas dans le contrat d'obligation de débat contradictoire entre les parties; c'est l'emprunteur, non le prêteur, qui fait la loi, qui impose ses conditions, attendu que le créancier, l'obligataire, est, à défaut de toute règle de publicité (V. *infrà*, n. 2585), dans l'impossibilité de se rendre un compte exact du crédit de la société : de là résulte que, contrairement au droit commun, c'est le prêteur qu'il faut protéger. Nous trouverons encore d'autres différences relatives à la longueur du terme, et au mode de remboursement.

2555. — II. *Caractères généraux de l'obligation. — Comparaison avec l'action.* — L'obligation se rapproche beaucoup de l'action : toutefois leurs points de ressemblance tiennent bien plus à la forme qu'au fond même du droit. Voyons d'abord ces ressemblances, qui d'ailleurs, même quant à la forme, ne sont point complètes : 1° l'obligation, comme l'action, est représentée par un titre négociable et qui affecte la forme soit nominative, soit au porteur (V. *infrà*, n. 2630 et s.); mais la forme de l'obligation est absolument libre, tandis que depuis la loi du 1er août 1893 les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération ; 2° l'obligation est soumise, comme l'action, aux impôts qui frappent les titres de Bourse. A ce point de vue on peut encore signaler des différences entre elles : le droit de timbre est réduit à 0,50 p. 0/0 pour les actions de sociétés ayant moins de dix ans de durée, tandis qu'il est uniformément de 1 p. 0/0 pour les obligations (L. 5 juin 1850, art. 14 et 27) : de plus les obligations ne profitent pas de la dispense de l'art. 24 de cette même loi; 3° les obligations comme les actions sont indivisibles : cette indivisibilité, consacrée par l'usage et toujours soigneusement indiquée dans le prospectus d'émission, peut être invoquée par la société soit contre plusieurs héritiers, soit contre plusieurs acheteurs; 4° en cas de dépossession involontaire, les actionnaires et les obligataires ont les mêmes droits : ils doivent tous observer les règles de la loi du 15 juin 1872, modifiée par la loi du 8 févr. et le décret du 8 mai 1902, sur la perte ou le vol des titres au porteur; 5° dans les sociétés qui admettent le titre au porteur, tout propriétaire d'actions ou d'obligations a toujours la faculté de convertir ses titres au porteur en titres nominatifs et réciproquement (L. 23 juin 1857, art. 8); 6° le mode d'amortissement est ordinairement le même pour les actions et pour les obligations; 7° l'art. 70 de la loi de 1867 (L. 1er août 1893) sur les conséquences du paiement des intérêts ou dividendes consécutifs à l'amortissement des titres par voie de tirage au sort s'applique aux deux catégories de titres.

2556. — Malgré ces quelques ressemblances, la situation des obligataires est toute différente de celle des actionnaires, et nombreuses sont les dissemblances qui séparent les uns et les autres quant au fond même de leur droit. Toutes les divergences découlent de ce principe fondamental : *l'actionnaire est un associé, l'obligataire un prêteur, un créancier.*

2557. — 1° Pour qu'il y ait action, il faut nécessairement une société, tandis que l'obligation peut être émise par tout emprunteur. L'Etat, les villes, les départements ont été des premiers à émettre des obligations.

2558. — 2° Les actionnaires étant associés n'ont droit au partage du fonds social qu'après le paiement des créanciers de la société : les obligataires étant créanciers de la société sont donc préférés aux associés sur le fonds social. On exprime parfois ce principe en disant que le capital-actions sert de gage au capital-obligations.

2559. — 3° L'obligataire a droit à des intérêts annuels ou fixes, invariables; peu lui importe que la société soit en perte; l'actionnaire au contraire touche un dividende qui varie avec les bénéfices réalisés. Par suite, la valeur des actions est sujette à de très-grands changements, tandis que celle des obligations est susceptible de variations moins considérables et moins brusques : l'action est une valeur de spéculation, l'obligation une valeur de placement. On verra que des primes ou des lots sont souvent attachés aux obligations (V. *infrà*, n. 2633 et s.) ; mais ces avantages ne font varier la valeur de ces titres que dans une très-faible mesure ; dans tous les cas il serait inexact de dire qu'ils constituent une participation aux bénéfices, au même titre que le droit aux dividendes des actionnaires: leur paiement devra être effectué, en effet, lorsque l'obligation sortira, qu'il y ait ou non des bénéfices; le paiement dépend du tirage au sort et non de l'existence de bénéfices.

2560. — 4° Les actionnaires seuls administrent la société, les obligataires ne peuvent s'immiscer dans cette administration. Ils ne peuvent donc prendre part aux assemblées générales d'actionnaires, même à titre consultatif, sauf clause contraire des statuts.

Nous aurons toutefois à nous demander s'ils ne peuvent pas se constituer en société pour la surveillance de leurs intérêts. — V. *infrà*, n. 2735 et s.

2561. — 5° Les gérants et les administrateurs d'une société représentent les actionnaires, mais non les obligataires de cette société.

2562. — 6° Les actionnaires sont tenus envers les créanciers sociaux de verser complètement leurs apports. Les obligataires ne sont tenus qu'envers la société; cependant les créanciers sociaux peuvent exercer contre eux l'action indirecte de l'art. 1166, C. civ., au nom de la société leur débitrice.

2563. — 7° En leur qualité de créanciers de la société, les obligataires peuvent, individuellement ou collectivement, demander la faillite de la société; ce droit est refusé aux actionnaires qui ne sont pas des créanciers.

2564. — 8° L'amortissement des obligations est une nécessité pour la société; celui des actions n'est qu'une mesure de prudence.

2565. — 9° L'amortissement d'une action n'enlève pas au titulaire de cette action tout droit au partage des bénéfices et du fonds social : en d'autres termes, les actions amorties subsistent en général comme actions de jouissance. Au contraire il n'y a pas d'obligations de jouissance : une obligation amortie ne confère plus aucun droit au porteur, sous cette réserve cependant que les sociétés ne peuvent répéter les intérêts payés aux obligataires après l'amortissement de leurs titres (L. du 1er août 1893, art. 70).

2566. — 10° La souscription à une action est un acte de commerce (d'après la jurisprudence), la souscription à une obligation est un acte civil.

2567. — La distinction entre les actions et les obligations est plus délicate quand il s'agit d'actions de priorité : l'analogie est plus considérable, attendu que les titulaires de ces actions ont un droit de préférence par rapport aux porteurs d'actions ordinaires, que les intérêts de leurs titres sont prélevés avant la distribution des dividendes aux porteurs d'actions ordinaires, et enfin qu'ils ont droit parfois à leur part d'actif avant les autres actionnaires. Mais la différence fondamentale subsiste : les porteurs d'actions de priorité sont des associés : ils n'ont aucun droit de préférence à l'encontre des obligataires. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 363 *bis*. — V. *suprà*, n. 2050 et s.

2568. — On ne saurait davantage confondre les obligations avec certains titres émis par des sociétés de capitalisation ou d'assurance sur la vie, et connus dans la pratique sous le nom de *bons d'amortissement*. Ces titres se rapprochent des obligations en ce qu'ils donnent droit à un intérêt fixe et au remboursement au pair suivant un tableau d'amortissement transcrit sur les titres : mais ils en diffèrent essentiellement, en ce que le paiement de ces intérêts et l'amortissement de ces bons est subordonné à l'existence de bénéfices, tandis que les obligataires y ont droit même si la société est en perte. — Paris, 10 août 1893, Boissin, [*J. des soc.*, 94.1.25] — V. notamment, Rousseau, t. 1, n. 1407; Houpin, t. 1, n. 405.

2569. — En résumé, les caractères distinctifs auxquels on pourra reconnaître le plus souvent une émission d'obligations sont : unité d'emprunteur, fractionnement de l'emprunt, délivrance de titres négociables aux prêteurs, stipulation d'un long terme et mise en œuvre d'un mode de remboursement spécial.

2° Emission et souscription des obligations.

2570. — I. *Emission des obligations.* — A. *Conditions de l'émission.* — *Sanctions de ces conditions.* — *a*) Toute société, à la seule condition d'être régulièrement constituée, peut émettre des obligations : si la société était nulle, l'émission serait nulle en ce sens que les obligataires pourraient demander la nullité de la société. Mais ils peuvent aussi exiger que la société exécute ses engagements comme si elle était régulièrement constituée : les obligataires, en effet, ne peuvent pas se voir opposer la nullité de la société par ses représentants (L. 24 juill. 1867, art. 7 et 41). D'autre part, si la nullité de la société est malgré tout prononcée à la requête d'autres personnes, les obligataires auront les mêmes droits qu'au cas de dissolution d'une société régulière.

2571. — *b*) L'émission doit avoir été faite par des personnes qui en avaient le pouvoir. Le plus souvent les statuts eux-mêmes auront réglé cette question des emprunts : en général on exige un vote favorable de l'assemblée générale.

2572. — Quelle sera la valeur d'une émission faite par des personnes n'ayant pas de pouvoirs réguliers? La jurisprudence admet d'une façon constante que les obligations émises dans de telles conditions sont affectées d'une nullité substantielle : cette émission n'engage pas la société ; il ne saurait être question d'un engagement vis-à-vis de l'acquéreur primitif qui devait s'enquérir des pouvoirs donnés par la société à celui avec qui il a traité; ce n'est qu'une application des principes du droit commun, le mandant, aux termes de l'art. 1998, C. civ., n'étant tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire que dans la mesure exacte du mandat qu'il a conféré, sauf ratification expresse ou tacite de sa part ; cette solution ne fait pas doute pour le tiers porteur de mauvaise foi, celui qui connaissait les vices de l'émission.

2573. — Quant au tiers porteur de bonne foi, on pourrait soutenir qu'ayant ignoré les vices de l'émission il a dû se référer exclusivement aux énonciations du titre, et que, par conséquent, il aurait le droit de faire valoir contre la société la créance qui résulte des énonciations de ce titre : la Cour de cassation a répondu, avec raison croyons-nous, que la nullité substantielle qui frappe le titre, *ab initio*, ne peut disparaître par le fait que ces titres sont parvenus entre les mains d'un tiers qui a pu croire qu'ils lui conféraient une créance contre la société.

2574. — Toutefois, si la société a profité de l'émission, elle sera tenue dans la mesure de son enrichissement. De plus, ces solutions rigoureuses trouveront en pratique une atténuation dans le recours que les tiers porteurs pourront exercer soit contre leur vendeur, soit contre celui qui a émis le titre, soit enfin contre la société elle-même responsable du fait de ses agents (C. civ., art. 1384). — Cass., 4 juin 1878, Deschamps, [S. 79.1.36, P. 79. 57, et la note, D. 79.1.132] — Paris, 3 août 1895, Lefèvre, [S. et P. 98.2.277] — V. aussi Cass., 16 avr. 1894 (2 arrêts), Ville de Mâcon, [S. et P. 95.1.273, et la note de M. Tissier] — Vavasseur, 4e éd., t. 1, n. 548, p. 364; Wahl, t. 1, n. 376, 377.

2575. — Ainsi jugé que les titres d'obligations, au nom d'une société anonyme, n'engagent point cette société, encore qu'ils soient au porteur et qu'ils aient été acquis de bonne foi, s'ils ont été émis frauduleusement par des personnes n'ayant aucune qualité pour faire cette émission, et si la société n'a consenti ni à emprunter contre la remise de ces titres, ni à les rembourser contre leur représentation. — Cass., 4 juin 1878, précité.

2576. — ... Qu'en conséquence, les porteurs de ces prétendues obligations sont mal fondés, au cas où la société est tombée en faillite, à réclamer leur admission au passif, en qualité de créanciers. — Même arrêt.

2577-2578. — ... Que si, en principe le porteur d'une obligation émise par une société commerciale et acquise de bonne foi est fondé à en réclamer le montant nominal, quel que soit le prix qu'il en a payé, du moins faut-il que cette obligation ait la valeur que lui ont donnée des statuts légalement établis ou des délibérations d'assemblées d'actionnaires régulièrement prises, et, spécialement à cet égard, qu'elle ait fait l'objet d'une émission réellement effectuée. — Paris, 3 août 1895, précité.

2579. — En conséquence, lorsque l'assemblée générale d'une société anonyme, qui avait voté l'émission de bons obligataires, a chargé son directeur, après l'insuccès de l'émission, de traiter de l'émission du surplus de ces bons au mieux des intérêts de la société, on ne saurait considérer comme constituant l'émission autorisée par les délibérations de l'assemblée générale, le fait par le directeur d'avoir, dans le but de réaliser ou de gager des opérations de report ou des emprunts nécessités par la situation financière de la société, vendu à vil prix les obligations non placées. — Même arrêt.

2580. — Par suite, les porteurs des bons ainsi vendus ne sauraient être admis au passif de la faillite de la société pour leur montant nominal, mais bien seulement pour le profit que la société en a retiré. — Même arrêt.

2581. — En effet, le possesseur actuel ne saurait avoir plus de droits que le détenteur originaire auquel il appartenait de vérifier l'origine du titre, et de rechercher si elle légitimait la validité qu'il affiche. — Même arrêt.

2582. — Telles sont les seules conditions auxquelles, dans l'état actuel de notre droit, soit soumise l'émission des obligations. Nous aurons à examiner dans quelle mesure une réforme législative sur ce point serait nécessaire (V. *infrà*, n. [illegible]). Mais

il a été soutenu que déjà dans notre droit cette intervention s'était produite et que l'émission des obligations était soumise aux mêmes règles que celle des actions. Nous avons vu que M. Thaller avait conclu à l'existence actuelle d'une société entre les obligataires : la société qui emprunte, et qui par suite est le fondateur de la société des obligataires, devrait donc remplir toutes les conditions imposées par la loi pour la constitution d'une société anonyme : par conséquent seraient indispensables la souscription intégrale du capital (L. 24 juill. 1867, art. 1), le versement immédiat du quart, la déclaration notariée de l'accomplissement de ces deux premières conditions : il faudrait en outre appliquer l'art. 1, L. 1er août 1893, sur le montant minimum des actions.

2583. — Nous avons déjà repoussé l'existence d'une société d'obligataires (V. *suprà*, n. 2553) : l'émission d'obligations échappe donc à toutes les conditions auxquelles on voudrait la soumettre. Aucune autorisation gouvernementale n'est nécessaire, sauf peut-être pour l'émission des obligations à lots, pour laquelle nous aurons à nous demander si la loi du 21 mai 1836 n'est pas applicable. — V. *infrà*, n. 2658 et s.

2584. — La loi n'ayant établi aucun rapport obligatoire entre le capital-obligations et le capital-actions, le chiffre de l'emprunt pourra être supérieur au montant des actions. Par exception, la loi du 11 juill. 1880 (art. 18) porte que les compagnies de chemins de fer d'intérêt local et les tramways ne pourront « émettre d'obligations pour une somme supérieure au montant du capital-actions, qui sera fixé à la moitié au moins de la dépense jugée nécessaire pour le complet établissement et la mise en exploitation de la voie ferrée. ... Toutefois les dispositions de ce paragraphe ne sont pas applicables dans le cas où la concession serait faite à une compagnie déjà concessionnaire d'autres chemins de fer en exploitation, si le ministre des Travaux publics reconnait que les revenus nets de ces chemins sont suffisants pour assurer l'acquittement des charges résultant des obligations à émettre » En fait, malgré ce contrôle administratif, les obligations des compagnies dépassent actuellement de beaucoup leur capital-actions. — Aucoc, *Conférences sur l'administration*, t. 3, n. 1694, p. 398 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 594. — Sur l'absence de tout rapport légal entre le capital-actions et le capital-obligations, sauf exception résultant d'un texte, V. Houpin, t. 1, n. 408 ; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 231 ; De Chauveron, *Des obligations non libérées*.

2585. — Enfin l'émission des obligations n'est soumise à aucune publicité : il y a là une grave lacune de notre législation sur laquelle nous reviendrons. Toutefois il y a une publicité de fait qui s'impose ; nous allons examiner en quoi elle consiste et quelles conséquences elle peut entraîner.

2586. — B. *Procédés divers d'émission. — Publicité de l'émission.* — Le but de l'émission, c'est de placer les obligations : il faut donc faire connaître l'emprunt au public et les conditions de cet emprunt. Voici les divers procédés les plus fréquemment employés à cet effet : — a) *Souscription publique.* La société fait connaître au public l'émission par un prospectus, des affiches, des annonces et des articles de journaux où elle fait valoir les avantages et les garanties de l'opération en indiquant les établissements où l'on pourra souscrire. C'est évidemment le moyen le plus simple, le moins coûteux pour les sociétés, qui n'ont que des frais de publicité et des commissions assez faibles pour les établissements qui prêtent leur concours : c'est aussi le plus sûr pour les capitalistes à raison du grand jour de la publicité.

2587. — b) *Syndicats d'émission.* — Le système précédent n'est permis qu'aux sociétés dont le crédit est solidement établi car l'échec d'une émission peut être fatal à l'entreprise. Aussi les sociétés en quête de capitaux s'adressent-elles souvent à des maisons de banque qui organisent, avec le concours de leur clientèle, un *syndicat d'émission.* Ces syndicats présentent un double caractère commun : 1° ce sont des *associations en participation sui generis*, groupant les principaux intéressés au succès de l'émission. Un syndicat, comme toute autre participation, a un caractère occulte; les tiers ne connaissent ou ne sont censés connaître que le gérant de la participation; 2° tout syndicat d'émission joue au regard de la société émettrice le rôle d'un syndicat de garantie, c'est-à-dire qu'il se charge d'assurer à la société le placement de l'emprunt.

2588. — Au point de vue de l'étendue des obligations assumées, les syndicats d'émission peuvent affecter trois formes principales, ainsi décrites par M. Pic (note sous Paris, 12 déc. 1893, Banque de Paris et des Pays-Bas et chemin de fer de Santa-Fé : D. 96.2.481). « Tantôt le syndicat achète en bloc tous les titres, à un taux assez bas, se réservant de les placer avec prime dans le public ; tantôt les titres sont répartis immédiatement entre les syndicataires au prorata de leur masse, le syndicat n'ayant alors d'autre objet que d'assurer le classement dans le public des titres provisoirement souscrits par les participants ; tantôt enfin le syndicat joue simplement le rôle de courtier entre la société et les souscripteurs, et ne s'oblige que subsidiairement à l'achat des titres non placés dans un certain délai ». — V. Chassériau, *Les syndicats d'émission de valeurs et leur responsabilité*, 1902. — La responsabilité du syndicat et spécialement du banquier, gérant de la participation, envers les obligataires trompés par une publicité mensongère, varie suivant le type adopté; c'est un point sur lequel nous reviendrons ultérieurement. — Sur la question de savoir si l'art. 419, C. pén., pourrait être appliqué aux syndicats constitués en vue de provoquer une hausse artificielle des titres, V. Pic, *op. cit.*; Babled, *Les syndicats de producteurs*, p. 143; et *suprà*, v° *Accaparement*, n. 23 et s.

2589. — A la base de chacun des types de syndicat précédemment décrits, comme à la base de tout contrat d'assurance, nous trouvons une convention aléatoire : le syndicat achète ferme, ou promet d'acheter, sous condition, le stock de titres à émettre, et stipule en échange certains avantages, généralement une prime sur chaque titre acquis ou placé par ses soins. Le risque couru est la contre-partie de l'émolument stipulé. Mais la pratique fournit des exemples de soi-disant syndicats d'émission qui se constituent uniquement pour masquer des libéralités illicites consenties à des personnages plus ou moins influents, qui s'entremettent pour assurer le succès de l'emprunt, mais qui en réalité ne courent aucun risque. « Tel est précisément, fait observer M. Pic (note précitée), le caractère des syndicats dits *à option*, dont le mécanisme est tel que l'option intervient, c'est-à-dire que le syndicataire ne s'engage à souscrire qu'au moment où, *le public ayant déjà souscrit*, le risque s'évanouit ». La commission stipulée au profit de tels syndicats n'est plus la contre-partie d'un risque réel; c'est une libéralité *sans cause*, ou sur cause illicite, indûment prélevée sur le montant des sommes versées par le public, et qui par conséquent doit être reversée à la caisse de la compagnie émettrice avec les intérêts de droit à la requête du syndic ou du liquidateur de celle-ci. — V. Chassériau, *loc. cit.*

2590. — ... Sans préjudice des poursuites pour escroquerie ou abus de confiance, ou pour concession et trafic de mandat dont peuvent être passibles en certain cas les bénéficiaires de ces libéralités.

2591. — La Cour de cassation s'est récemment prononcée en ce sens à l'occasion des poursuites exercées par le liquidateur de la Compagnie du canal de Panama contre les maisons de banque et autres intermédiaires qui avaient pris part à la formation des *syndicats de garantie* en vue de la troisième émission d'obligations de ladite compagnie. Il avait été reconnu en fait que ces soi-disant syndicats *de garantie* ne *garantissaient* rien, les titres au sujet desquels une commission était stipulée étant d'ores et déjà classés dans le public et les syndiqués ne contractant point l'engagement subsidiaire de prendre pour eux-mêmes, à un prix de..., les obligations non souscrites. En conséquence, les syndiqués poursuivis ont été condamnés à rapporter à la compagnie les sommes perçues, avec les intérêts de droit. — Cass., 11 déc. 1900 (3 arrêts), Lamarques, liquid. Comp. du canal de Panama, [D. 1901.1.257]

2592. — Vainement, en l'espèce, les conventions syndicales stipulaient-elles que les syndiqués verseraient 2 fr. 50 par titre à émettre, en vue de faire face aux frais de l'émission. Il n'y avait là qu'un subterfuge destiné à donner aux conventions une apparence de légitimité, en dissimulant sous la forme d'un contrat aléatoire le caractère gratuit des prélèvements promis aux syndiqués sur les sommes à souscrire par le public. — Mêmes arrêts.

2593. — c) *Vente au robinet.* — Ce procédé n'est employé que par les compagnies de chemins de fer : elles vendent à la Bourse et aux guichets de leurs principales gares des obligations au cours du jour; l'avantage c'est qu'ainsi elles font leurs emprunts quand le besoin s'en fait sentir et qu'elles ont immédiatement l'emploi des fonds; il faut pour l'emploi de ce procédé un marché très-étendu, car on risquerait sans cela de voir les titres diminuer rapidement de valeur.

2594. — d) *Adjudication publique.* — Ce procédé, qui n'a pas encore été employé chez nous, l'a été à l'étranger, notamment dans certaines colonies. L'emprunt est mis en bloc en adjudication entre financiers, qui font leurs offres sous pli cacheté, et il est adjugé à ceux qui font les conditions les meilleures.

2595. — C. *Emissions frauduleuses. — Responsabilités.* — Quel que soit le procédé employé, il y a toujours une publicité de fait. Cette publicité sera souvent mensongère : quel recours auront les obligataires trompés? Certaines personnes pourront être déclarées responsables, civilement ou pénalement

2596. — a *Responsabilité civile de certaines personnes.* — La jurisprudence n'a fait qu'appliquer les règles du droit commun, c'est-à-dire les art. 1382 et 1383, C. civ., aux personnes qui ont participé d'une façon ou d'une autre à la publicité. C'est ainsi qu'elle a déclaré responsables les administrateurs et les banquiers. Toutefois la responsabilité des administrateurs est plus facilement engagée que celle des banquiers; ils sont tenus en effet de veiller à ce que les prospectus ne contiennent rien d'inexact, et ils garantissent la réalisation des promesses faites par ces prospectus, sans toutefois être responsables de l'inexécution qui serait la conséquence d'événements fortuits ou de force majeure. Au contraire, pour que les obligataires puissent exercer un recours contre les banquiers ou toutes autres personnes qui ont participé à l'émission, il faut que ces personnes se soient rendues coupables de manœuvres frauduleuses dolosives destinées à les convaincre. — Cass., 4 janv. 1870, Gorg, [D. 72.1.21]; — 11 nov. 1873, Chevallier, [S. 74.1.97, P. 74.241, et la note de M. Labbé, D. 76.1.425]; — 27 mars 1878, Salvador, [S. 79.1.24, P. 79.37]; — 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.34, P. 82.1.758, D. 81.1.457]; — 18 mars 1891, Larroumet, [S. et P. 94.1.70, D. 91.1.401]; — 20 juill. 1898, Devos, [S. et P. 99.1.85] — Paris, 16 avr. 1870, Morisot et autres, [S. 71.2.189, P. 71.552, D. 72.2.121]; — 28 juin 1870, Labouerie, sous Cass., 11 nov. 1873, précité; — 12 août 1879, Lacour et Boocks, [S. 79.2.235, P. 79.983, D. 80.2.41]; — 27 déc. 1883, [*Rev. des soc.*, 84.553]; — 23 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.359]; — 7 avr. 1887, Sauvalle, [S. 90.2.238, P. 90.1.1339, D. 89.2.41]; — 22 janv. 1889, [*Rev. des soc.*, 89.86] — 10 juin 1890, [*Rev. des soc.*, 90.372]; — 12 déc. 1893, Banque de Paris et des Pays-Bas, [D. 96.2.481, et la note de M. Pic] — Bourges, 15 avr. 1891, sous Cass., 28 juin 1892, Regnault et autres, [S. et P. 94.1.330] — *Sic*, Louis-Lucas, note sous Paris, 5 déc. 1887 (*Ann. de dr. comm.*, 88.1.101); Houpin, t. 1, n. 340, 415; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 248; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 824; Pont, n. 176; Vavasseur, n. 863 et s.; Pic, note précitée.

2597. — Jugé spécialement, en ce sens, que le banquier émetteur, membre participant d'un syndicat d'émission ne saurait, sans se porter acquéreur en bloc de l'émission, et simplement par l'engagement subsidiaire d'acquérir les titres non placés, être déclaré responsable au regard des souscripteurs qu'autant qu'il se serait rendu, lors de l'émission, coupable ou complice d'un dol ou d'une faute tombant sous l'application de l'art. 1382, C. civ.; comme par exemple s'il avait sciemment coopéré à la rédaction et au lancement d'un prospectus mensonger, ou s'était même de bonne foi, porté garant de l'existence des garanties spéciales (une première hypothèque, en l'espèce, sur une ligne de chemins de fer concédée à la compagnie emprunteuse), mentionnées dans le cahier des charges de l'emprunt. — Paris, 12 déc. 1893, précité.

2598. — ... Que le banquier chargé de l'émission d'un emprunt est tenu de vérifier si les sûretés de garanties promises par l'emprunteur dans les prospectus et annonces publiés par les soins du banquier existent réellement. A défaut d'une vérification suffisante, le banquier peut être déclaré responsable envers le souscripteur qu'il a engagé dans une entreprise non sérieuse. — Paris, 22 mars 1877, Dauphin, [S. 79.2.235, P. 79.589, D. 79.2.40]

2599. — Mais la responsabilité d'un banquier à raison de l'émission d'un emprunt dont il aurait été chargé par un gouvernement étranger ne pourrait être engagée envers les souscripteurs qu'autant que ceux-ci auraient été déterminés à souscrire par des actes et manœuvres du banquier, de nature à leur inspirer une fausse opinion sur les garanties offertes par l'Etat emprunteur. — Paris, 25 juin 1877, sous Cass., 14 août 1878, Dreyfus et autres, [S. 78.1.345, P. 78.878, D. 79.2.157]

2600. — Le banquier ne peut être déclaré responsable envers les souscripteurs si aucune faute ne lui est imputable et si les souscripteurs sont victimes de leur propre imprudence. — Même arrêt.

2601. — Spécialement, le banquier ne saurait être condamné à rendre compte aux souscripteurs du prix de vente de guanos par lui achetés d'un gouvernement étranger, sous prétexte que ce gouvernement aurait déclaré affecter à la garantie de l'emprunt les revenus de ces guanos, si, d'une part, le gouvernement n'a conféré aucun droit réel de gage aux souscripteurs sur le produit des ventes de guanos, et si, d'autre part, les souscripteurs n'ont été mis ni par eux-mêmes, ni par représentants, en possession effective du prétendu gage. — Même arrêt.

2602. — Le gérant d'un journal qui a prêté son concours pour l'émission pourra également être l'objet d'une poursuite des obligataires ; mais il faut qu'il se soit rendu coupable d'insertions mensongères ou de manœuvres dolosives. — Paris, 7 juin 1872, Dectz, [D. 77.5.388] — V. Paris, 23 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.359]

2603. — Les administrateurs de la société, bien que le principe de leur responsabilité repose également sur l'art. 1382, sont tenus bien plus rigoureusement. La jurisprudence s'accorde en effet à admettre qu'ils répondent, au contraire, non seulement de l'existence, mais de l'efficacité des garanties promises aux obligataires par le prospectus d'émission, à la double condition cependant, qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'inexécution des promesses énoncées au prospectus et le préjudice éprouvé par les demandeurs, et que, d'autre part, cette inexécution n'ait point pour cause un cas fortuit ou un événement de force majeure, telle que le fait du prince (en l'espèce, l'attitude du Gouvernement Argentin, concédant de la voie ferrée). — Même arrêt.

2604. — Jugé également que les Administrateurs d'une société anonyme ne sont pas responsables seulement envers les actionnaires des fautes commises dans leur gestion; mais qu'ils le sont également envers les tiers dont ils ont, par leurs agissements, trompé la confiance et lésé les intérêts. — Cass., 18 mars 1891, précité.

2605. — Et que le président du conseil d'administration d'une société, qui n'a pris possession de ses fonctions que postérieurement à un emprunt fait par celle-ci, qui n'a pas participé à la rédaction du prospectus publié en vue de cet emprunt, et n'a pas autorisé l'insertion dans ce prospectus de son nom avec celui des autres administrateurs, n'en est pas moins responsable, à l'égard des porteurs d'obligations, trompés par les énonciations mensongères de ce prospectus, s'il l'a connu au moment de la prise de possession de ses fonctions, et a gardé le silence au lieu de protester contre ses inexactitudes et d'éclairer les souscripteurs non encore libérés du montant de leurs obligations et les tiers acquéreurs d'obligations postérieurement à l'émission, sur la situation de la société et sur le véritable emploi des fonds provenant de l'emprunt. — Même arrêt.

2606. — C'est d'ailleurs aux poursuivants qu'il appartient de faire la preuve de la mauvaise foi du président du conseil d'administration poursuivi dans les conditions qui viennent d'être spécifiées. Si cette preuve n'est pas rapportée, l'action en dommages-intérêts dirigée contre lui ne saurait être accueillie. — Orléans, 4 juin 1892, Soc. des Hauts-Fourneaux de Marquise, [D. 96.2.161, et la note de M. Pic]

2607. — Jugé, d'autre part que, les membres du conseil d'administration, qui, à la suite du refus des pouvoirs publics d'autoriser l'émission d'obligations nouvelles, créent des billets ou bons, commettent une faute qui engage leur responsabilité envers les tiers porteurs de ces billets ou bons, alors que, d'une part, cette opération déguise une véritable émission d'obligations, et que, d'autre part, en affectant au remboursement de ces titres les appels de fonds restant à recouvrer sur le montant des actions, ils n'ont donné à leurs porteurs qu'une garantie illusoire, ces actions étant mises au porteur, et alors que, en outre, avec l'argent provenant de ces bons, ils ont versé un intérêt de 5 p. 0/0 aux actionnaires et ont ainsi entretenu une trompeuse sécurité chez les porteurs de bons. — Cass., 13 mars 1901, Chabrier, [S. et P. 1903.1.67]

2608. — Dans ce cas, les juges du fond, qui, saisis d'une demande en déclaration d'arrêt commun formée par le président du conseil d'administration de la société, actionné en responsabilité, contre les membres du conseil d'administration, reconnaissent que la faute à lui imputée lui est commune avec les autres administrateurs, ne donnent pas de base légale à leur dé-

cision rejetant cette demande, en se bornant à dire que les défendeurs prétendaient avoir contre lui une créance de sommes supérieures à celles dont lui-même serait créancier envers eux. — Même arrêt. — Sur la responsabilité des administrateurs pour faute de gestion, ou à raison de leurs délits ou quasi-délits civils, V. *infrà*, n. 4246 et s.

2609. — L'indemnité due aux obligataires sera équivalente au préjudice souffert; pour qu'elle atteigne son maximum, il faut supposer la perte totale au moment du procès, et aussi que les obligataires n'ont pas pu prévoir cette perte au moment où ils souscrivaient, auquel cas la responsabilité pourrait être partagée : l'indemnité pourra être dans ce cas du capital réellement versé, des intérêts de ce capital du jour du versement jusqu'au remboursement, déduction faite de ceux déjà payés, et enfin d'une indemnité représentative du bénéfice sur lequel les obligataires étaient en droit de compter. La preuve est à la charge des obligataires. — V. au surplus sur la quotité des dommages-intérêts, d'après les principes généraux, *suprà*, v° *Dommages-intérêts*, n. 234 et s.

2610. — b) *Responsabilité pénale.* — Une jurisprudence constante applique l'art. 15, L. 24 juill. 1867, aux administrateurs coupables d'émissions frauduleuses; cet article punit des peines de l'escroquerie (C. pén., art. 405) les émissions frauduleuses d'actions, et la jurisprudence l'étend aux émissions d'obligations. — Cass., 30 avr. 1887, Lambert, [S. 87.1.393, P. 87.1.948, D. 88.1.334] — Paris, 18 févr. 1881, [*J. des soc.*, 81.654] — V. aussi Cass., 16 déc. 1886, et rapp. de M. le conseiller Poulet, [cités par Rousseau, t. 1, n. 1365]

2611. — Cette jurisprudence est critiquée par les auteurs, à juste titre, croyons-nous. Qu'une telle solution soit souhaitable, cela ne fait aucun doute, mais, en droit, elle ne se justifie pas. Nous avons déjà fait observer que la loi du 24 juill. 1867 n'avait entendu s'occuper que des actions, elle n'a même pas prononcé le mot d'*obligation* (V. *suprà*, n. 2545). De plus l'art. 15-1° de la loi de 1867 est la reproduction textuelle de l'art. 13, L. 17 juill. 1856, et les paroles du rapporteur de cette loi ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur; on n'a voulu frapper que les fraudes relatives aux actions. — Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 190; *Rev. de dr. comm.*, 1882, p. 17; Vavasseur, t. 1, n. 486 et 494; Deloison, n. 284; Houpin, t. 1, n. 340; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 805; Lyon-Caen, note sous Cass., 30 avr. 1887, [S. 87.1.393, P. 87.1.948]; Goirand, n. 53; Lenfantin, *Etude sur les obligations*, p. 21.

2612. — II. *Souscription des obligations.* — La souscription des obligations est soumise, comme l'émission, aux principes généraux; il faudra notamment appliquer les règles du droit commun aux souscriptions faites par des incapables. — V. not. *infrà*, v° *Tutelle*.

2613. — C'est au moment même de la souscription que se forme le contrat entre l'obligataire et la société; mais le contrat est-il formé définitivement, les parties sont-elles définitivement liées? Le doute peut exister dans deux cas : lorsque les souscriptions dépassent le montant de l'emprunt, et, inversement, lorsque le montant de l'emprunt n'est pas complètement couvert.

2614. — 1° *L'emprunt est plusieurs fois souscrit.* — La société est-elle obligée d'accepter toutes les souscriptions? Cette question n'est pas controversée; tout le monde reconnaît à la société le droit de réduire proportionnellement les souscriptions, mais en respectant les souscriptions d'une seule obligation unique, vu l'indivisibilité du titre. De même la société aurait le droit d'accepter toutes les souscriptions.

2615. — 2° *La souscription n'est pas complètement couverte.* — Les obligataires sont-ils tenus? La question ne pourra se poser que si le prospectus ne l'a pas réglée; les sociétés jouissent en effet, en l'absence de toute disposition légale, de la plus grande liberté. On a proposé, pour le cas où le prospectus n'en dirait rien, de s'en remettre aux juges qui rechercheraient l'intention des parties (Vavasseur, t. 1, n. 543). Ce système laisse une trop large part à l'arbitraire. Nous préférons l'opinion qui voit dans la souscription *intégrale* de l'emprunt une *condition* de l'engagement des obligataires. Sans doute nous avons dit que chaque souscription formait un contrat distinct; mais sans aller jusqu'à l'idée d'une société entre les obligataires, il serait puéril de soutenir que chaque obligataire s'engage comme le ferait un prêteur ordinaire et isolé, et que le concours de personnes qui vont s'obliger comme lui ne pèse pas sur sa décision, de même que le nombre de ces personnes : s'il prête ses fonds, c'est parce qu'ils seront employés à une entreprise qu'il espère voir réussir, mais qui ne réussira évidemment que si tous les fonds nécessaires sont réunis; le nombre des obligataires est donc une garantie pour lui, son engagement est conditionnel, affecté d'une cause tacite de résolution. — Trib. Seine, 26 juill. 1885, [J. *La Loi*, 30 oct. 1885] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 566; Houpin, n. 336; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1894, t. 2, p. 65 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 232.

2616. — Dans un troisième système, que nous repoussons, on soutient que chaque souscription constitue un contrat distinct, et que, par suite, chaque obligataire est lié indépendamment des autres engagements, attendu que la condition résolutoire, que nous sous-entendons, n'a pas été prévue par les parties. — Deloison, t. 1, p. 353; Arnault, *Rapport sur le projet de loi de 1884*, Wahl, t. 1, n. 355, p. 258 et note 3; Berr, *Des obligations émises par les sociétés, les communes, les départements et l'Etat*, p. 116.

2617. — Mais il faut reconnaître que l'application pratique de la solution proposée par nous sera excessivement rare. C'est ainsi notamment que les obligations à lots de Panama, qui n'avaient pas été entièrement souscrites, ont été remises plusieurs fois en émission. C'est que, d'une part, il sera très-souvent difficile aux obligataires de contrôler la souscription intégrale de l'emprunt : d'autre part, il faut supposer une émission faite par la société elle-même; si l'emprunt en effet a été souscrit en bloc par un syndicat de financiers, peu importe aux obligataires que les syndiqués ne réussissent pas à écouler tous les titres. Malheureusement, le plus souvent, il n'y aura qu'une souscription fictive de la part du syndicat, qui ne fera que prêter son appui, et les obligataires ne pourront pas découvrir la fraude en temps utile. — V. au surplus ce que nous avons dit *suprà*, n. 2587 et s., sur les deux types de syndicats. La même observation s'applique à la *vente au robinet.* Si l'on tolère cette forme d'émission, consacrée par l'usage pour les grandes compagnies, on met *ipso facto* les obligataires dans l'impossibilité de vérifier si l'emprunt décidé par le conseil d'administration en est ou non intégralement couvert, dans un délai déterminé.

2618. — La souscription à une obligation, quand elle émane d'un particulier, est incontestablement un acte civil : il en serait autrement si elle émanait d'un banquier; en souscrivant il fait une ouverture de crédit, un acte de commerce. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 565.

2619. — III. *Critique de notre législation. — Aperçu des législations étrangères. — Examen des réformes proposées.* — Les deux critiques les plus graves qui puissent être adressées à notre législation sont la liberté de l'émission et l'absence d'une publicité ordonnée et organisée par la loi (V. *suprà*, n. 2585) : ces deux lacunes constituent de sérieux dangers pour les souscripteurs d'obligations. On s'explique d'autant moins le silence du législateur sur ce point, que les obligations présentent une analogie frappante avec les actions, et que celles-ci ont été l'objet d'une réglementation minutieuse de la part du législateur.

2620. — La plupart des législations étrangères ont suivi notre exemple : cependant certaines d'entre elles sont entrées dans la voie d'une réglementation légale de l'émission des obligations. C'est ainsi que le Code de commerce *italien* (art. 172 et s.), copié par le Code *roumain*, réglemente soigneusement la publicité de l'émission, et énumère tous les renseignements que devra mentionner le prospectus d'émission; qu'il exige pour l'émission l'autorisation préalable de l'assemblée générale représentant les trois quarts du capital social; qu'il limite l'émission d'obligations au capital versé et existant actuellement d'après le dernier bilan approuvé : au delà de ces limites l'émission doit être garantie par des valeurs publiques nominatives, et déposées à la Caisse des dépôts et prêts. Le *Portugal,* dans son Code de commerce du 28 juin 1888 a adopté le système italien. La loi *mexicaine* du 29 nov. 1897 (art. 4 et s., *Rev. soc.*, 1898, p. 184) a également organisé une publicité de l'émission. La loi *brésilienne* du 4 nov. 1882, art. 32, décide que le capital-obligations doit être égal au capital-actions. En *Belgique* un projet de loi a été déposé par le gouvernement belge en 1898 (*Ann. de dr. comm.*, 1899, p. 267; *Rev. soc.*, 1899, p. 277).

2621. — Nous avons précédemment indiqué les divers projets qui ont été présentés (V. *suprà*, n. 2545 et s.). Examinons maintenant l'opportunité de certaines réformes proposées spécialement pour entourer de certaines garanties l'émission des obligations.

2622. — 1° *Doit on organiser des mesures spéciales et obligatoires de publicité?* — Sans aucun doute il faut répondre affirmativement. Nous venons de dire que c'est là une des grosses lacunes de notre législation : il est absolument indispensable d'indiquer aux capitalistes la situation de la société, si elle a déjà effectué des emprunts, quelles sont les garanties qu'elle peut donner, quelles sont les conditions de l'emprunt qu'elle va effectuer.

2623. — L'art. 71 du projet de loi de 1884 cherchait à réaliser ce but : « Avant toute émission d'obligations, les administrateurs ou gérants doivent publier dans le *Bulletin officiel* un avis énonçant : 1° l'objet de la société; 2° la date de l'acte de société et celle de la publication au *Bulletin officiel*, soit de l'extrait de cet acte, soit des modifications apportées aux statuts; 3° le montant des obligations déjà émises par la société; 4° le nombre et la valeur nominale des obligations à émettre, l'intérêt à payer pour chacune d'elles, l'époque et les conditions du remboursement; 5° le dernier bilan ou la mention qu'il n'en a pas été donné encore. Dans le cas soit d'émission, soit de mise en vente publique d'obligations non ordonnée par justice, les affiches, prospectus, insertions dans les journaux, circulaires, ainsi que les bulletins de souscription ou d'achat, les titres d'obligations provisoires ou définitifs doivent contenir les mêmes énonciations, à l'exception de celles mentionnées sous le n. 5. L'art. 104 du projet punissait d'une amende de 500 à 10,000 fr. toute infraction à ces dispositions et déclarait applicables à toute dissimulation ou énonciation frauduleuse les peines prévues par l'art. 405, C. pén. — V. *suprà*, n. 2610 et 2611.

2624. — De vives critiques ont été formulées contre ce projet. Il organise en effet une publicité coûteuse et illusoire : la création d'un *Bulletin officiel* serait désirable, mais à la condition que ce bulletin fût lu par les capitalistes, et alors il eût fallu en ordonner le dépôt au greffe du tribunal de commerce, où les intéressés auraient pu en prendre connaissance; on aurait ainsi fait un pas vers ces registres de commerce qui existent en Allemagne et en Suisse, vers le casier civil des sociétés. La reproduction sur les affiches, prospectus, titres, des mentions indiquées par l'art. 77 aurait nécessité des feuilles de papier de grande dimension avec des caractères très-petits : on ne les aurait pas lus davantage, la pratique l'a démontré pour les polices d'assurances. Une publicité plus simple, moins coûteuse et en même temps plus efficace serait donc nécessaire : nous pensons qu'il serait suffisant d'ordonner la rédaction d'un prospectus spécial qui serait déposé et enregistré au greffe du tribunal de commerce, et dont tout intéressé pourrait prendre communication ou se faire donner un exemplaire soit au siège de la société, soit chez les banquiers chargés de l'émission. Ce prospectus contiendrait les indications que les futurs souscripteurs peuvent avoir intérêt à connaître, notamment : *a*) les statuts de la société et les modifications qu'ils ont subies; *b*) le montant des obligations qui ont déjà été émises avec l'indication des principales conditions de leur émission (taux de l'intérêt, époques de remboursement, forme, garanties données); *c*) les conditions de la souscription actuelle (nombre, valeur nominale des obligations, taux de l'intérêt et du remboursement, époque du remboursement, condition de l'amortissement); *d*) les garanties spéciales offertes aux obligataires; *e*) un bilan de la société. — V. Vavasseur, *op. cit.*, n. 538; Jacquand, *Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions*, sous les art. 77, 4, 44 et 63 du projet; Mathieu Bodet, *J. des écon.*, 1884, p. 182 et s.; De Courcy, *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1886, p. 585 et s.; Beauregard, *La législation sur les obligations des sociétés par actions* (*Economiste français*, 14 déc. 1889).

2625. — Le projet de la commission extraparlementaire instituée en 1902 se rapproche beaucoup de celui du Sénat; toutefois on a renoncé à la création d'un *Bulletin officiel*, et la publicité se ferait au moyen d'un bulletin annexe du *Journal officiel*. Voici d'ailleurs le texte de l'art. 59 : « Dix jours au moins avant l'ouverture de toute souscription publique à des obligations, les administrateurs ou gérants doivent publier dans le bulletin annexe du *Journal officiel*, un avis énonçant : 1° l'objet de la société; 2° sa durée; 3° la date de l'acte de société et celle de la publication de cet acte et de toute modification apportée aux statuts; 4° l'indication du capital non libéré; 5° le montant des obligations déjà émises par la société avec énumération des garanties attachées à ces obligations; 6° le nombre et la valeur nominale des obligations à émettre, l'intérêt à payer pour chacune d'elles, l'époque et les conditions de remboursement; 7° le dernier bilan ou la mention qu'il n'en a pas été dressé encore. Dans le cas soit d'émission, soit de mise en vente d'obligations non ordonnée par justice, les affiches, prospectus, insertions dans les journaux, circulaires, ainsi que les bulletins de souscription ou d'achat de titres d'obligations provisoires ou définitifs doivent contenir les mêmes énonciations. Les formalités de publicité prescrites par le présent article et par l'article précédent, pour la mise en vente d'actions ou d'obligations, ne sont plus nécessaires pour les mises en vente successives lorsque ces formalités ont été remplies une première fois ».

2626. — 2° *Doit-on limiter le droit d'émettre des obligations?* — Diverses restrictions au principe de la liberté d'émission ont été proposées et ont soulevé de très-vives discussions : a) *Proportion maxima entre le capital-actions et le capital-obligations.* On a proposé d'exiger que le capital-obligations fût inférieur ou tout au plus égal au capital-actions, en tout cas ne pût lui être supérieur que dans une limite déterminée. C'est qu'en effet, en l'absence de garanties spéciales, les obligataires n'ont d'autre gage de leurs créances que le capital-actions. Ce système a été adopté par certaines législations étrangères (V. *suprà*, n. 2620) et par quelques lois françaises d'exception. Là où il a été employé il n'a pas été efficace : les sociétés ont trouvé des expédients pour éviter cette restriction : ainsi on a exagéré la valeur des apports en nature, ou bien on a émis des actions à un taux inférieur à leur valeur nominale de façon à pouvoir prendre cette valeur nominale comme base de la proportion : on a encore employé le système des *Lloyd's bonds* « contrat entre une compagnie et une personne à qui elle doit de l'argent, soit pour achats de terrains, soit pour travaux exécutés, contrat dans lequel la compagnie s'engage à rembourser sa dette dans un certain nombre d'années et à payer jusque-là les intérêts » (*Bull. de la soc. de législ. comp.*, *Communication* de M. Aucoc, p. 135).

2627. — Bien d'autres moyens sont encore possibles : cela se comprend, car les obligations ne sont pas le seul moyen d'emprunt que les sociétés aient à leur disposition. On peut ajouter que limiter le crédit des sociétés à une proportion uniforme est contraire à la liberté du commerce : en somme, les sociétés sont des personnes comme les autres et on ne défend pas aux particuliers d'emprunter indéfiniment. Ces diverses considérations expliquent que le système ait été repoussé par la commission du Sénat de 1884, par les congrès internationaux des sociétés par actions de 1889 et 1900, et par la commission extraparlementaire de 1902. — V. Rapp. de M. Rousseau sur le projet de loi relatif aux obligations émises par les sociétés, [*J. des soc.*, 1903, p. 444] — Deloison, *Traité des sociétés commerciales*, 1882, t. 1, p. 355; Jacquand, *op. cit.*, p. 24; Lyon-Caen, *Compte rendu sténogr. du Cong. internat. des soc. par act. de 1889*, p. 175, *Bull. de la soc. de lég. comp.* 1875, *Communication* de M. Griolet, p. 253; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 594.

2628. — b) *Interdiction aux sociétés d'émettre des obligations avant que leur capital-actions soit intégralement versé.* — Cette interdiction fut proposée par M. Tolain lors de la discussion au Sénat du projet de 1884 : il trouvait absolument surprenant qu'on fît appel à des obligataires avant d'avoir forcé les actionnaires à effectuer leurs versements qui étaient la garantie des obligataires (*J. off.*, Sénat, Déb. parlem., séance du 28 nov. 1884, p. 1771). Il est certain qu'un danger sérieux existait sous l'empire de la loi de 1867 : les actions libérées de moitié pouvant être converties en actions au porteur, le capital pouvait être ainsi réduit de moitié. Mais aux termes de l'art. 2, L. 1er août 1893, les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération; les obligataires n'ont plus à craindre désormais que la moitié du capital disparaisse. Le danger subsiste cependant pour les sociétés constituées antérieurement à la loi de 1893. Malgré tout, nous croyons devoir repousser cette idée de M. Tolain. Comme nous l'avons déjà dit, la faculté et la liberté d'emprunter est d'ordre nécessaire : il peut, en outre, se faire qu'à un moment donné les capitaux abondent sur le marché, et qu'une société puisse alors emprunter à très-bon compte : pourquoi dès lors retarder son emprunt jusqu'au moment où les actions seront entièrement libérées et où peut-être l'argent sera rare et le taux de l'intérêt élevé? Ce serait même aller contre l'intérêt des obligataires, pour qui d'ailleurs il est également avantageux que la société ait en réserve une somme d'argent à laquelle elle pourra faire appel immédiatement au moment opportun (V. Rapp. de M. Arnault, sur le projet de 1884 au nom de la commission

extraparlementaire, tit. 5; Jacquand, *op. cit.*, p. 163; rapp. de M. Bozérian au nom de la commission sénatoriale chargée d'examiner le projet de 1884, *J. off.*, Sénat, Doc. parlem., déc. 1884, p. 355). Ces considérations ont déterminé la commission extraparlementaire de 1902 à écarter toute prohibition de ce genre. — Rapp. de M. Rousseau, *loc. cit.*

2629. — c) *Application à l'émission des obligations des dispositions législatives qui réglementent l'émission des actions.* — Nous avons déjà parlé de la théorie de M. Thaller d'après laquelle il y aurait une société entre les obligataires à laquelle il faudrait appliquer les dispositions législatives qui réglementent les sociétés (spécialement, souscription intégrale du capital, versement du quart, etc...); ce système, que nous avons repoussé comme n'étant pas conforme à l'état actuel de notre droit (V. *suprà*, n. 2553), ne pourrait-il pas du moins être admis en législation? — Nous ne le pensons pas : de telles exigences ne donneraient aucune garantie nouvelle aux obligataires, et elles grèveraient l'émission de frais considérables et inutiles. Observons cependant que nous avons admis l'existence actuelle d'une de ces conditions : les obligataires ne sont en effet tenus à notre avis que si l'emprunt est entièrement souscrit. — V. *suprà*, n. 2615.

3° Forme des obligations. — Des obligations à primes ou à lots

2630. — I. *Principaux types d'obligations. — Forme des titres.* — On peut distinguer quatre types d'obligations : 1° les obligations remboursables à échéances fixes et au taux d'émission : elles sont employées pour des emprunts à court terme et produisent des intérêts assez élevés; 2° les obligations à prime; 3° les obligations à lots, ou plutôt les obligations à primes et à lots productives d'intérêt (V. *infrà*, n. 2633 et s.); 4° les bons à lots, qui ne sont que des obligations à primes et à lots non productives d'intérêt (bons fonciers, bons algériens, bons de Panama, etc.); ce ne sont pas de simples billets de loterie, puisque l'obligataire a toujours droit au remboursement au taux nominal.

2631. — Quel que soit le type employé, la forme du titre remis à l'obligataire peut être nominative, au porteur ou à ordre. Ces titres sont négociables et susceptibles d'être cotés à la Bourse.

2632. — Dans l'état actuel de notre droit, les obligations, même non entièrement libérées au moment de l'émission, peuvent revêtir la forme au porteur. Au contraire, depuis la loi du 1er août 1893 (art. 2), les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération (V. *suprà*, n. 2193 et s.). N'y avait-il pas lieu d'étendre cette restriction aux obligations? Nous le croyons tout à fait inutile, sans aucune portée pratique. Le plus souvent, en effet, les sociétés exigent le versement immédiat du capital d'émission de l'obligation, ou du moins à des échéances très-courtes : les sociétés n'empruntent que par nécessité, et elles doivent par suite réaliser intégralement l'emprunt pour faire face aux besoins qui l'ont entraîné. De plus l'exécution en Bourse, par laquelle la société annule le titre exécutoire pour lui substituer un titre entièrement libéré qu'elle fait vendre, enlève encore toute utilité à cette prohibition (V. *infrà*, n. 2717 et s.). — V. de Chauveron, *Des obligations non libérées*, p. 13 et 14. — Pour ces différentes raisons, la commission extraparlementaire a laissé subsister la liberté actuelle.

2633. — II. *Des obligations à primes ou à lots.* — La prime et le lot sont deux modalités des obligations : elles constituent un appât pour les capitalistes. Les obligations à primes ont été émises pour la première fois en France vers l'année 1842 par les Compagnies de chemins de fer : quant aux obligations à lots, ce fut la ville de Paris qui, en 1817, en émit pour la première fois. — V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, n. 36 et s.; Durand de Saint-André, *La loterie et ses applications les plus remarquables* (*Rev. gén. d'admin.*, 1890, t. 2, p. 129, 289); Léon Say, Foyot et Lanjalley, *Dict. des Fin.*, v° *Loterie;* Cucheval-Clarigny, *Essai sur l'amortissement et les emprunts d'Etat*, p. 160 et s.; P. Leroy-Baulieu, *Sc. des Fin.*, t. 2, p. 444 et s.; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 194 et s.

2634. — On peut définir l'obligation à prime une obligation remboursable par une somme supérieure à la somme réellement versée : *la prime*, c'est la différence entre le capital souscrit et le capital remboursé, entre le taux d'émission et le prix de remboursement. Ainsi une société annonce des obligations 3 p. 0/0 remboursables à 500 fr. : prix 478 fr. : elle promet donc 500 fr. alors qu'elle n'en reçoit que 478; la prime est ici de 22 fr.

2635. — Le *lot* est également une augmentation de capital, mais qui n'est promise qu'à quelques obligataires seulement qui seront désignés par la voie du sort. On peut donc facilement distinguer les primes et les lots : si l'augmentation est promise à tous les obligataires, c'est une prime; si elle n'est promise qu'à ceux que le sort désignera, c'est un lot : peu importe l'importance de l'augmentation du capital. — V. Boistel, n. 241; Rousseau, *Soc.*, t. 1, n. 1382; Vavasseur, t. 1, n. 544; Buchère, *Val. mob.*, n. 266 et 497 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 570; Berr, p. 29 et s.; Ruben de Couder, v° *Soc. anonym.*, n. 201; Deloison, *Soc.*, t. 1, n. 281; et *Val. mob.*, n. 22, p. 18 et s.; Houpin, t. 1, n. 77, p. 37.

2636. — Rien n'empêche de combiner ces deux avantages, avec ou sans intérêts : on arrive ainsi à quatre groupes d'obligations à primes et à lots : *a*) obligations à primes proprement dites; *b*) obligations à lots proprement dites; *c*) obligations à primes et à lots (avec intérêts); *d*) obligations à primes et à lots sans intérêts (bons à lots). Toutes peuvent d'ailleurs se ramener aux deux premiers types sur lesquels nous raisonnerons désormais. Observons en outre que nous ne nous occuperons pour le moment que des difficultés que soulèvent l'émission et la négociation de ces obligations : les autres questions trouveront leur place à propos de la théorie générale des droits des obligataires. — V. *infrà*, n. 2735 et s.

2637. — A. *Nature juridique de la prime et du lot.* — a) *Nature juridique de la prime.* — Il est extrêmement difficile de déterminer la nature juridique de la prime. — *Premier système.* La théorie le plus généralement soutenue, adoptée par la majorité des arrêts et des auteurs, considère la prime comme la représentation d'une portion d'intérêts dont l'obligataire a consenti l'abandon à la société qui va les capitaliser pour distribuer annuellement les primes aux obligations désignées par le sort. Voici une compagnie qui emprunte à 140 fr. taux d'émission, en promettant de rembourser à 250 fr. avec intérêt à 3 p. 0/0, l'intérêt est donc de 5 fr. 35 p. 0/0 sur le capital effectivement versé : le taux légal étant de 6 p. 0/0 la compagnie retient donc 0,65 sur l'intérêt qu'elle aurait dû fournir : ce sont ces 0,65 qui capitalisés constitueront les primes. Ce système paraît même avoir reçu une consécration législative avec la loi du 21 juin 1875 (art. 5) qui soumet la prime à la taxe sur le revenu des valeurs mobilières. — Cass., 10 août 1863, Van Linden, [S. 63.1.428, P. 63.1129, D. 63.1.319, et les conclusions de M. l'avocat général de Raynal]; — 25 mai 1891, Rossella, [S. 91.1.530, P. 91.1.1289, D. 91.1.371] — Paris, 28 janv. 1879, Chem. de fer de Vendée, [D. 80.2.25] — Buchère, n. 497 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1348; Vavasseur, n. 54; Berr, p. 32; Houpin, t. 1, n. 77; Deloison, *Val. mobil.*, n. 22.

2638. — Des objections très-fortes ont été adressées à ce système. On a dit que cette conception reposait uniquement sur une fiction ne correspondant en rien à la réalité : en fait les sociétés ne font aucune retenue, ne constituent aucun fonds d'amortissement pour le paiement des primes; s'il n'y a pas d'intérêts retenus, il ne peut y avoir d'intérêts capitalisés. La société se borne à consacrer chaque année une certaine somme appelée *annuité* au service de l'emprunt, et cette somme n'est pas prise sur un prétendu fonds d'amortissement qui n'existe pas, mais bien sur les revenus de la société. Ce qui trompe, c'est qu'en fait le résultat obtenu par l'amortissement graduel est le même que si la société plaçait chaque année une certaine somme qui s'augmenterait des intérêts capitalisés au taux même de l'emprunt, et qui permettrait à la société de rembourser en bloc l'emprunt au terme fixé. En outre peut-on parler de capitalisation d'intérêts, alors qu'on sait qu'il y a controverse sur le point de savoir à quelles conditions la convention d'anatocisme est possible? Enfin, il est absolument arbitraire de fixer le montant de la retenue d'intérêts faite par la société à la différence entre le taux d'intérêt produit effectivement par le capital, et le taux légal : il faudrait d'abord prouver que les capitalistes ont par avance droit acquis à l'intérêt maximum. — Le Courtois, *Fr. jud.*, 1879-1880, p. 225 et s., 441 et s.; Discours de M. Bonnier à la Chambre des députés, 16 mars 1878 (*J. off.*, 17 mars 1878, p. 3009); Lévy-Ullmann, p. 88 et s. — V. aussi Levillain, note sous Paris, 28 janv. 1879, précité.

2639. — *Deuxième système.* — Certains arrêts ont pris le contre-pied du système précédent et ont prétendu que la prime

était un capital; ce serait un accroissement naturel du capital prêté, la valeur acquise par le capital prêté à l'époque du remboursement. — Douai, 24 janv. 1873, Houillères de Liennes et d'Hardinghem, [S. 73.2.245, P. 73.1056, D. 74.2.203] — V. Paris, 25 mars 1868, Chem. de fer de Libourne à Bergerac, [S. 68.2.287, P. 68.1032] — Suivant d'autres décisions, ce serait un capital à part, résultant d'un contrat spécial, d'une sorte de contrat d'assurance. — Trib. Boulogne, sous Douai, 14 janv. 1873, précité. — V. Trib. Seine, 28 nov. 1888, [*Gaz. Pal.*, 1889, 1 *suppl.*, p. 48]

2640. — Ce système se heurte de la façon la plus nette à l'art. 1895, C. civ., d'après lequel le capital du prêt ne peut dépasser le montant des sommes réellement prêtées. Ces décisions ne s'expliquent que par le caractère aléatoire qu'elles reconnaissent au contrat d'obligations : nous reviendrons plus loin sur cette idée. — V. Lévy-Ullmann, p. 104 et s.

2641. — *Troisième système.* — D'après M. Thaller, la prime se confond pour la société avec les intérêts et constitue un bénéfice social pour les obligataires qui d'après lui, nous l'avons dit, sont des associés dans une société civile de prêt (Thaller, *loc. cit.*, p. 73 et 74). — V. *suprà*, n. 2552. — Pour admettre cette conception de la prime, il faudrait d'abord admettre le fondement du système et nous l'avons repoussé. — V. *suprà*, n. 2553.

2642. — *Quatrième système.* — La prime n'est ni un capital, ni un intérêt : il est beaucoup plus simple de dire que c'est un élément *sui generis*, imaginé par la pratique financière pour faire réussir les emprunts, qui « constitue un supplément de rémunération du prêt payable en une seule fois au moment du remboursement », et que l'on ne peut faire rentrer complètement dans les règles du droit civil. — Lévy-Ullmann, p. 110 et s.

2643. — Ajoutons que c'est un droit *à terme* incertain. Ce n'est nullement, comme on l'a prétendu, un droit conditionnel qui dépendrait soit du tirage au sort (le tirage fixe seulement l'exigibilité et non l'existence du droit), soit de la durée même de l'amortissement (à ce compte tout contrat à terme serait conditionnel), soit enfin de l'entretien d'un fonds d'amortissement (ceci a été réfuté par avance). — V. Cass., 10 août 1863, précité. — Paris, 25 mars 1868, précité. — Douai, 24 janv. 1873, précité. — Trib. comm. Seine, 10 avr. 1878, Chem. de fer de Vendée, sous Paris, 28 janv. 1879, précité. — Trib. comm. Seine, 16 juin 1879, [*Gaz. des Trib.*, 3 juill. 1879]

2644. — b) *Nature du lot.* — La même controverse existe sur la nature du lot et elle a fait naître les mêmes opinions : les uns y voient une retenue d'intérêts capitalisés, les autres des bénéfices sociaux. La même réfutation pourrait en être faite. Nous considérons donc le lot également comme un supplément éventuel de rémunération du prêt : ce qui le sépare de la prime, qui est un droit acquis pour chaque obligataire, c'est que chaque obligataire n'a qu'une chance de lot, simplement le droit de participer aux tirages au sort. — V. Lévy-Ullmann, *loc. cit.*, p. 132 et s.

2645. — B. *Légalité des obligations à primes et à lots.* — Cette question a fait naître deux controverses célèbres, pour l'examen desquelles il était nécessaire de prendre parti sur la nature juridique de la prime et du lot.

2646. — *Première question. Les obligations à primes et à lots tombent-elles sous le coup des dispositions restrictives du taux de l'intérêt conventionnel?* (Lois du 3 sept. 1807 et du 19 déc. 1850)? — La controverse a été vive pendant longtemps, mais la loi du 12 janv. 1886 qui a établi la liberté de l'intérêt en matière commerciale, et la loi du 1er août 1893 qui a déclaré sociétés commerciales les sociétés par actions à objet civil, en ont bien diminué l'intérêt; toutefois la controverse subsiste pour les émissions faites antérieurement à la loi de 1886, et aussi pour les émissions des sociétés par actions à objet civil, si du moins l'on admet que la commercialisation de ces sociétés ne s'étend pas aux actes qu'elles font. — V. *infrà*, n. 5827 et s.

2647. — D'une façon constante, la jurisprudence a écarté l'application des lois de 1807 et de 1850. — Paris, 18 mars 1881, Rivet, [S. 83.2.238, P. 83.1.1220] — Rennes, 14 mai 1884, sous Cass., 2 févr. 1887, Briau et Delaunay, [S. 88.1.57, P. 88.1.126] — V. *suprà*, v° *Intérêts*, n. 159.

2648. — Jugé en ce sens que ne constituent un intérêt usuraire prohibé, ni la prime de remboursement des obligations d'une société civile, stipulées remboursables, dans un certain délai, d'après des tirages annuels, à un taux supérieur à celui de l'émission, ni les intérêts de cette prime, et que, dès lors, les porteurs de ces obligations arrivées à échéance peuvent exiger aussi bien la prime et les intérêts de cette prime que la somme qu'ils ont réellement déboursée. — Lyon, 8 août 1873, Rapp, [S. 74.2.105, P. 74.473, D. 74.2.201]

2649. — ... Qu'il en est ainsi, même pour des obligations non arrivées à échéance, mais devenues exigibles par l'effet de la déconfiture de la société. — Même arrêt.

2650. — Jugé aussi : 1° Que l'augmentation du capital à l'époque du remboursement, stipulée dans les obligations d'une compagnie anonyme émises par voie de souscription publique, ne saurait être considérée comme un intérêt usuraire, les règles relatives à la fixation de l'intérêt étant inapplicables à des souscriptions publiquement ouvertes sous la surveillance du Gouvernement. — Paris, 23 mai 1862, Chem. de fer de Graissessac, [S. 62.2.327, P. 62.1048]

2651. — 2° Que les obligations, ou bons, émis par les sociétés et remboursables en un grand nombre d'années avec primes, par voie de tirage au sort, constituent entre ces sociétés et les souscripteurs de ces obligations, ou bons, un contrat d'une nature spéciale, participant à la fois du prêt à intérêt *et des contrats aléatoires;* que, en conséquence, les lois du 3 sept. 1807 et du 19 déc. 1850 ne sont pas applicables à ces obligations, ou bons, et que, par suite, les intérêts qu'ils produisent, peuvent dépasser le taux de 6 p. 0/0 (aujourd'hui 5 p. 0/0, L. 7 avr. 1900). — Cass., 18 avr. 1883, Chem. de fer des Charentes, [S. 83.1.361, P. 83.1.929, note de M. Lyon-Caen, D. 84.1.25]

2652. — La jurisprudence, dominée par des considérations pratiques, se fonde comme on le voit, uniquement sur la nature spéciale du contrat d'obligation dont elle fait un contrat *sui generis* tenant à la fois du contrat de prêt à intérêt et du contrat aléatoire. Nous avons exposé *suprà*, v° *Intérêts*, n. 160, les objections graves qui s'élèvent contre ce système. En réalité, tout ce que risque l'obligataire, c'est l'insolvabilité de la société; mais ce risque est attaché à un prêt quelconque, et à ce compte-là tous les prêts seraient aléatoires. — V. Le Courtois, p. 12 et 13.

2653. — La solution de la jurisprudence a été adoptée par un certain nombre d'auteurs, mais pour d'autres motifs. Certains ont prétendu que les sociétés en fait ne paient jamais plus que l'intérêt légal de 5 p. 0/0, parce qu'il n'y a qu'une capitalisation à intérêts composés. — Concl. de l'avocat général De Raynal, précitées; De Folleville, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, n. 223, p. 378; Buchère, n. 493 et s.; Boistel, n. 241; Rod. Rousseau, t. 1, n. 1382. — Mais nous avons déjà dit qu'on ne pouvait voir dans la prime un produit de l'intérêt composé. — V. *suprà*, n. 2638.

2654. — D'autres ont dit que les lois de 1807 et de 1850 sont inapplicables aux obligations à primes et à lots à raison des circonstances particulières de leur émission : ce sont des emprunts qui sont entrés dans la pratique du crédit, dans les mœurs financières et qui sont tolérés par la force des choses : l'usage, la coutume ont triomphé de la loi. — Deloison, t. 1, n. 292; Berr, p. 39. — Cette théorie prétorienne est tellement arbitraire qu'on ne saurait l'adopter.

2655. — Enfin une argumentation plus sérieuse a été présentée. On a invoqué une raison d'équité : dans le contrat d'obligation, la partie qui joue le rôle prépondérant c'est la société; elle ne réussit dans son emprunt que par les avantages qu'elle offre, il serait inique qu'elle pût faire réduire après coup ces avantages. On y ajoute un argument juridique; il faut écarter les lois de 1807 et de 1850, parce que leurs motifs les rendent inapplicables au contrat d'obligation, et même, pour mieux dire, parce que ces motifs sont ici remplacés par des motifs contraires. Leur but, en effet, a été de protéger l'emprunteur contre le prêteur; mais ici les rôles sont intervertis; ce n'est pas l'emprunteur, la société, qu'il faut protéger, car elle sait ce qu'elle fait parce qu'elle est représentée dans ces emprunts par des financiers habiles, mais bien le prêteur trop confiant qui se laisse éblouir par les promesses qui lui sont faites (Le Courtois, *op. cit.*, p. 15 à 17). Ces considérations sont fortes, mais elles reposent, croyons-nous, uniquement sur des raisons de sentiment; elles sont insuffisantes pour écarter l'application de la loi.

2656. — Au fond, la majorité des jurisconsultes, bien qu'employant des formules très-vagues, presque contradictoires, admettent que les obligations à primes et à lots peuvent constituer des emprunts usuraires et tomber sous le coup des lois limitatives du taux de l'intérêt. La seule difficulté est de déterminer à quelles conditions il peut y avoir usure? Suivant la formule généralement adoptée, il y aura usure lorsque le montant de la

rémunération que l'emprunteur sert à l'ensemble de ses obligataires dépasse le taux permis : ainsi, avant la loi de 1886, une société commerciale a émis, au prix de 300 fr. 20,000 obligations rapportant 15 fr. d'intérêt annuel et remboursables à 500 fr. en l'espace de quatre-vingt-dix-neuf ans; elle a emprunté par conséquent 6 millions et s'est engagée à en rembourser 10 en quatre-vingt-dix-neuf ans; elle ne supporte pas de ce chef une charge supérieure à 1 p. 0/0 du capital réel; les primes de remboursement ne représentent donc pas (ajoutées aux intérêts annuels de 5 p. 0/0) un taux plus élevé que 6 p. 0/0; l'emprunt n'est pas usuraire. — Lyon-Caen et Renault, n. 173; Thaller, *loc. cit.*, 1894, p. 73 et s.; Houpin, n. 77, p. 37; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 202 et s. — V. Lévy-Ullmann, p. 157 et s. — V. *suprà*, v° *Intérêts*, n. 177.

2657. — Nous adoptons cette théorie, et nous l'adoptons, non seulement pour les obligations à primes, mais encore pour les obligations à lots. On a prétendu cependant faire une distinction : le lot est, a-t-on dit, un don de la fortune, une rémunération essentiellement *aléatoire* : si donc l'intérêt proprement dit ne dépasse pas le taux légal, on ne saurait appliquer la loi de 1807 à raison de ces lots sur lesquels l'obligataire ne peut compter (Lévy-Ullmann, p. 163 et 164). Nous repoussons cette manière de voir : s'il est vrai que le lot soit aléatoire pour l'obligataire, il ne l'est pas pour la société qui devra toujours l'acquitter : or, c'est par rapport à elle, l'emprunteur, que la question doit être envisagée, et non par rapport au prêteur, de l'aveu même de ceux qui proposent cette distinction.

2658. — *Deuxième question. La loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries est-elle applicable aux obligations à primes et à lots?* — a) Cette question n'est plus discutée aujourd'hui en ce qui concerne les *obligations à lots;* et il est admis, par la généralité de la doctrine et par une jurisprudence constante, que l'émission des obligations à lots rentre dans l'art. 1 de cette loi, qui interdit les loteries *de toutes espèces*, et aussi dans l'art. 2 qui définit la loterie « l'espérance d'un gain acquis par la voie du sort ». — V. *suprà*, v° *Loterie*, n. 130 et s.

2659. — Jugé que la loi du 21 mai 1836 interdit, en les assimilant aux loteries prohibées, toutes les opérations (notamment les opérations d'une société pour la reconstitution des capitaux où la voie du sort est l'acquisition d'un gain. — Cass., 18 déc. 1899. Société *l'Avenir des familles* et *l'Epargne lyonnaise,* [S. et P. 1903.1.133] — Lyon, 19 juill. 1898, Même affaire, [S. et P. 1901.2.257]

2660. — Spécialement, lorqu'il est constaté en fait que les opérations faites par des sociétés de reconstitution de capitaux ont pour but unique d'offrir au public la chance d'un gain dépendant du hasard, et ce au bénéfice de ceux des porteurs de polices qui étaient favorisés par le sort et au préjudice de ceux dont les polices n'étaient remboursables qu'à l'échéance extrême fixée par la convention, ces sociétés sont à bon droit déclarées nulles comme constituant des loteries prohibées. — Mêmes arrêts.

2661. — *b*) La question est plus délicate et plus discutée pour les obligations à primes. On a prétendu qu'elles tombaient sous le coup de la loi de 1836 : il y a loterie, a-t-on dit, à raison tout d'abord de l'inégalité entre les obligations : celui dont l'obligation sort au premier tirage reçoit du hasard un bénéfice que ne touchera pas celui qui ne sera remboursé qu'au dernier tirage : ce bénéfice c'est l'*interusurium*, et c'est le hasard qui détermine ce gain : cet argument est complété par cette considération que les primes sont remboursées avec des retenues effectuées sur l'intérêt annuel à servir aux obligataires. — Disc. de M. le ministre Ventry au corps législatif (*Mon.* du 17 juin 1868, p. 858, col. 5, *in fine*); Berr, p. 52 et s.; note sous Paris, 25 mars 1870, de Pontbouillant, [S. 70.2.313, P. 70.1166]; Villey, note sous Cass., 14 janv. 1876, Ropiquet, [S. 76.1.433, P. 76.1091]; Vigouroux, *Rev. gén. du droit*, 1885, p. 248 et s.

2662. — D'autres pensent qu'en principe la loi de 1836 est inapplicable aux obligations à primes, mais à la condition qu'à ces obligations soient attachés des intérêts annuels : dans le cas contraire, en effet, lorsqu'il n'y a pas d'intérêt, c'est que tous les intérêts sont retenus et que les premiers obligataires remboursés en profitent aux dépens des autres : il y a perdants et gagnants : le remboursement rapide est tout bénéfice pour l'obligataire, et ce bénéfice dépend uniquement du tirage au sort. — Paris, 25 mars 1870, précité. — Vavasseur, *Soc.*, t. 1, n. 546; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 378, p. 186; Lévy-Ullmann, p. 198.

2663. — Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction et qu'il faut décider dans tous les cas que les obligations à primes échappent aux dispositions de la loi sur les loteries. Ce qu'il faut considérer avant tout, ce qui fait que les primes ne peuvent être assimilées aux lots, c'est que tous les obligataires touchent la prime, tandis que quelques-uns des obligataires seulement touchent les lots : il y a égalité des obligataires. Et de même que le fait que des obligations seraient productives d'intérêts n'empêche pas que ce soient des loteries, de même il importe peu que les obligations à primes n'en produisent pas : cela ne supprime pas l'égalité des primes, qui fait disparaître tout caractère de loterie. Cette distinction ne repose que sur cette théorie de l'intérêt retenu, et à ce compte il faudrait en dire autant pour toutes les obligations à primes à cause de l'*interusurium* dont seraient privés les derniers obligataires remboursés. — Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 575; Thaller, *Traité*, n. 595. — V. Cass., 14 janv. 1876, précité. — V. *suprà*, v° *Loterie*, n. 127 et s.

2664. — Jugé, en ce sens, que la loi du 21 mai 1836, sur les loteries, n'interdit que les opérations où la voie du sort est la condition de l'acquisition du gain et non celles où, le gain étant acquis, le sort ne fait que fixer l'époque du paiement. — Cass., 24 avr. 1902, Soc. *le Crédit à l'Epargne*, [S. et P. 1903.1.156] — Lyon, 5 avr. 1901, Même affaire, [S. et P. 1902.2.92] — *Sic*, Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 194.

2665. — Par suite, lorsqu'une société de capitalisation offre au public, moyennant le versement d'une somme de 5 fr., 70 fr., ou 225 fr., des titres qui ne produisent pas d'intérêts périodiques et qui sont remboursables en quatre-vingt-dix-neuf ans à 100, 500 et 1,000 fr. par voie de tirage au sort semestriel, l'arrêt qui, pour refuser d'assimiler ces opérations à une loterie prohibée, se fonde sur ce que l'attribution et la quotité des primes étant déterminées par le contrat lui-même d'une manière uniforme pour tous les souscripteurs, le sort n'intervient que pour fixer l'époque du remboursement, justifie suffisamment par ce motif sa décision. — Mêmes arrêts.

2666. — La distinction précédente entre l'émission d'obligations à primes, permise, et l'émission d'obligations à lots, interdite à moins qu'une loi spéciale n'intervienne pour lever la prohibition, est expressément consacrée par l'art. 1 du projet de loi de la commission extraparlementaire sur les obligations, ainsi conçu : « Les sociétés ne peuvent émettre d'obligations remboursables par voie de tirage au sort à un taux supérieur au prix d'émission, qu'à la condition que le taux de remboursement soit le même pour toutes les obligations, à peine de nullité ».

2667. — C. *Négociations des valeurs à lots.* — Nous n'avons rien à dire de spécial en ce qui concerne la circulation et la négociation des obligations à primes : ce sont des effets publics, circulant sur le marché des valeurs négociables comme des titres quelconques, pouvant servir d'objet à la spéculation en Bourse, mais en fait y servant fort peu, car elles sont avant tout des valeurs de placement que les particuliers aiment à conserver en portefeuille. Nous pourrions en dire autant des obligations à lots, sauf qu'elles sont soumises à la loi sur les loteries; et c'est précisément cette particularité qui a entraîné pour les ventes de ces obligations des difficultés spéciales, les vendeurs ayant eu recours à des combinaisons diverses, pour y faire participer un plus grand nombre de personnes et attirer les acheteurs.

2668. — Le principe qui a été posé par la jurisprudence et paraît aujourd'hui hors de contestation, c'est que toute combinaison offerte au public qui modifie les conditions essentielles indiquées dans la loi d'autorisation, qui altère en un mot le titre émis, est illicite et tombe sous le coup de la loi de 1836. Sont considérées comme conditions essentielles, en doctrine et en jurisprudence : 1° l'unité, l'intégralité du titre, c'est-à-dire la concentration en un seul et même titre du droit au capital, aux intérêts, aux chances des lots; 2° la valeur nominale du titre, son taux de remboursement; 3° le revenu annuel attaché au titre; 4° l'importance des gains aléatoires; 5° le nombre des tirages. La sanction sera d'abord une sanction pénale : aux termes de l'art. 3, L. 21 mai 1836, toute contravention aux prohibitions qu'elle édicte constitue un délit puni des peines portées à l'art. 410, C. pén., pour les auteurs du délit, et de celles de l'art. 411, C. pén. pour les complices (L. de 1836, art. 4). — V. Chauveau et F.-Hélie, t. 5, n. 2337; Garraud, t. 5, n. 400; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 197 et s.

2669. — Au point de vue civil, en second lieu, il faut décider que le contrat est nul, d'une nullité absolue, comme violant

une loi d'ordre public; par suite, tout intéressé pourra s'en prévaloir, et s'il y a lieu exercer la répétition de l'indû en tout état de cause. — Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, n. 211; Levy-Ullmann, p. 307 et s. — V. Douai, 6 août 1883, [cité par Rousseau, v° *Vente à credit*, p. 54] — Trib. Seine, 9 janv. 1891, J. *Le Droit*, 14 mars 1892]

2670-2684. — Les combinaisons déclarées illicites en vertu du principe ainsi posé par la jurisprudence procèdent toutes d'un type générique, la *vente à tempérament*. — Sur les diverses combinaisons qui ont dû être soumises à la jurisprudence au point de vue de leur validité ou de leur nullité, V. *suprà*, v° *Loterie*, n. 135 et s.

2685. — Devant l'augmentation toujours croissante des ventes à tempérament de valeurs à lots, devant les combinaisons ingénieuses, toujours nouvelles, des banquiers, une intervention du législateur s'imposait. La loi du 12 mars 1900 (S. et P. *Lois annotées*, 1900, p. 993) est venue réglementer cette matière.

2686. — Cette loi exige pour la validité de la vente à tempérament qu'elle soit faite en double original, chacun des originaux devant contenir en toutes lettres et de façon apparente les mentions suivantes : 1° l'un des cours cotés à la Bourse dans les quatre jours précédant la cession, et à défaut le dernier cours coté; 2° le numéro de chacune des valeurs vendues; 3° le prix total de vente de chacune des valeurs y compris tous les frais de timbre et de recouvrement, par la poste ou autrement; 4° le taux d'intérêt, les délais et conditions de recouvrement (art. 2).

2687. — La sanction consiste dans la nullité relative de la vente au profit de l'acheteur qui, seul, peut la demander (art. 1).

2688. — La loi fixe la limite du crédit à accorder à l'acheteur à deux ans (art. 3).

2689. — Elle prohibe expressément la clause de nantissement (art. 4). Quant aux autres clauses usitées antérieurement dans la vente à tempérament, elles vaudront ce qu'elles valaient autrefois.

4° *Obligations hypothécaires.*

2690. — En théorie, les obligataires, qui ne sont que des créanciers chirographaires, peuvent obtenir de la société des sûretés spéciales; en fait, on ne se sert guère que d'une garantie, l'hypothèque. Le cautionnement est peu pratique, à raison de l'importance du capital à garantir : il ne se concevrait que de la part d'une autre société, ou de l'Etat; nous n'en connaissons qu'un exemple, remarquable il est vrai, *la garantie d'intérêt* (V. *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 4434 et s.). Il faut en dire autant du gage proprement dit qui nécessite la dépossession du débiteur : mais on sait que la loi du 1er mars 1898 a autorisé et réglementé le nantissement des fonds de commerce, et il y a là, à notre avis, une garantie nouvelle qui pourra être avantageuse pour les obligataires. Mais actuellement, et pour les raisons que nous venons d'indiquer, l'hypothèque seule est usitée. Nous allons examiner les difficultés que soulèvent les obligations hypothécaires, et qui sont relatives à la constitution et à la publicité de cette hypothèque.

2691. — I. *Constitution de l'hypothèque.* — Ce sont, en principe, les statuts de la société qui confèrent aux administrateurs ou gérants le pouvoir d'hypothéquer : s'ils n'ont prévu cette hypothèse, il faut une délibération de l'assemblée générale des actionnaires. Dans l'un et l'autre cas, quelle doit être la forme de l'acte qui confère ce pouvoir?

2692. — Avant la loi du 1er août 1893, et par application de ce principe que le mandat donné pour passer un acte doit être donné dans la même forme que l'acte qu'il a pour objet, on décidait généralement que l'acte quelconque conférant le pouvoir d'hypothéquer devait être donné en la forme authentique. — Cass., 15 nov. 1880, Marteau, [S. 81.1.253, P. 81.1.613, D. 81.1.118]; — 27 juin 1881, Soc. civile des bons hypothécaires des forges de Liverdun, [S. 81.1.441, P. 81.1.1153, et la note de M. Labbé, D. 82.1.175]; — 29 juin 1881, Soc. des thermes d'Enghien, [S. 83.1.218, P. 83.1.523, D. 82.1.106]; — 23 déc. 1885, Caisse industrielle du Nord, [S. 86.1.145, P. 86.1.353, D. 86.1.97] — Orléans, 11 mai 1882, Soc. des thermes d'Enghien, [D. 83.5.288] — Paris, 5 déc. 1887, Synd. de la Fonderie générale de Grenelle, [D. 89.2.185] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 586; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1886-1887, p. 7. — V. *suprà*, v^{is} *Hypothèque*, n. 931 et s.; *Mandat*, n. 79.

2693. — Certains auteurs avaient cependant prétendu que les statuts autorisant les administrateurs ou gérants à hypothéquer pouvaient être sous seing privé : en effet, disait-on, une société est régulièrement constituée par un acte sous seing privé; d'autre part, le pouvoir d'hypothéquer n'est qu'une clause accessoire; on ne peut être plus rigoureux pour des clauses accessoires que pour des clauses plus importantes. — Labbé, note sous Cass., 27 juin 1881, précité; Rataud, *Rev. crit.*, 1882, p. 209; Houpin, *J. du not.*, art. 23511.

2694. — On avait répondu avec raison qu'il n'y a pas indivisibilité de forme entre la convention de société et le droit d'hypothéquer. — Thaller, *loc. cit.*

2695. — Mais la Cour de cassation, à laquelle s'étaient ralliés certains auteurs, refusant de pousser ces principes jusque dans leurs dernières conséquences, n'exigeait pas que les procurations données par les actionnaires pour se faire représenter à l'assemblée générale accordant le pouvoir d'hypothéquer fussent authentiques : de même, pour les mandats donnés par les fondateurs en vue de se faire représenter à la rédaction de l'acte constitutif de la société. — Cass., 23 déc. 1885, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, t. 1, n. 351, et *J. des soc.*, 1888, p. 661 et s.

2696. — Cette controverse a complètement disparu depuis la loi du 1er août 1893 qui, plus libérale, et dans le but de diminuer des frais de constitution, a décidé, dans l'art. 69, « qu'il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale en vertu du pouvoir résultant de son acte de formation même sous seing privé, ou de délibérations ou autorisations constatées dans les formes prescrites par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme authentique, conformément à l'art. 2127, C. civ. ». Désormais, par conséquent, l'authenticité n'est plus exigée que pour l'acte d'hypothèque proprement dit.

2697. — L'art. 69 dont il s'agit s'applique indifféremment à toutes les sociétés commerciales, même constituées antérieurement à la loi de 1893, ainsi qu'aux sociétés par actions à objet civil constituées sous l'empire de cette loi. Il en serait différemment des sociétés à objet civil constituées sous la forme de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, ces sociétés n'ayant pas, même depuis la loi nouvelle, le caractère de sociétés commerciales. — Houpin, t. 1, n. 428; Bouvier-Bangillon, p. 184; Garnot, *Obligations hypothécaires*, p. 115; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Tr. des priv. et hyp.*, n. 1415.

2698. — La constitution de l'hypothèque par une société s'est encore heurtée à deux autres difficultés. Lorsqu'elle a lieu au moment même de l'émission, il ne s'agit plus alors d'une simple promesse d'hypothèque, mais bien d'une offre d'hypothèque aux futurs obligataires; leur souscription emportera, dit-on, acceptation de l'offre, et l'hypothèque sera ainsi valablement constituée, sans nécessiter aucun acte nouveau lorsque l'émission aura été intégralement couverte.

2699. — On a fait une double objection. On a dit, tout d'abord, que l'hypothèque pour être valable doit garantir une créance déjà existante, elle ne peut être établie comme sûreté d'un emprunt futur. L'objection n'est pas sérieuse, une hypothèque peut très-bien être attachée à une créance future et même à une créance conditionnelle dans son existence (C. civ., art. 2132. — V. art. 1130, 2135, C. civ.). — Cass., 21 nov. 1849, Lipmann, [S. 50.1.91, P. 50.1.685, D. 49.1.275]; — 13 nov. 1867, Juron, [S. 68.1.4202, P. 67.1146] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 589; Wahl, [*J. des soc.*, 1898, p. 206 et 207; Laurent, t. 28, n. 131. — V. cep. Deloison, t. 1, n. 303; Houpin, t. 1, n. 345.

2700. — La seconde objection est plus sérieuse et touche aux difficultés matérielles de la constitution d'hypothèque. Dans un contrat d'ouverture de crédit ordinaire, en effet, le créditeur est connu du crédité, mais la société qui veut constituer une hypothèque avant la souscription ne sait pas quels seront ses créanciers. Comment constituer une hypothèque au profit de créanciers ignorés? Qui comparaîtra au nom des obligataires dans l'acte constitutif d'hypothèque? La difficulté ne se présente évidemment que lorsque la société fait directement appel au public; si l'emprunt était souscrit intégralement par un banquier ou une société de crédit, c'est au profit de ce banquier ou de cette société que la constitution aurait lieu.

2701. — Le premier procédé employé est la stipulation pour autrui (C. civ., art. 1121), que l'on pourra utiliser de deux façons : ou bien on attribuera par anticipation, avant l'ouverture de la souscription, une obligation à une personne déterminée, qui ayant elle-même intérêt à la stipulation (C. civ., art. 1121)

stipulera valablement dans le contrat d'hypothèque pour les futurs obligataires ; ou bien la société fera intervenir comme stipulant pour les obligataires une personne quelconque, à laquelle elle promettra des dommages-intérêts pour le cas de non-réalisation de l'hypothèque. — Douai, 12 août 1880, [*J. des soc.*, 82.521] — Trib. Bourges, 8 mars 1888, [*J. des soc.*, 91.252]

2702. — Ce système n'est pas sans danger : le promettant peut révoquer l'offre de l'hypothèque jusqu'à l'acceptation par le tiers bénéficiaire ; de plus c'est l'acceptation de l'offre qui fera naître l'hypothèque sur la tête des obligataires ; et, si l'on admet que l'acceptation n'a pas d'effet rétroactif, c'est seulement à partir de la souscription que les obligataires acquerront et pourront faire inscrire leur hypothèque. Ils ne seront donc pas protégés contre la constitution par la société au profit de tiers, d'hypothèques qui pourront primer la leur. — V. Wahl, *Journ. des soc.*, 1898, p. 203 et 207; Aubry et Rau, t. 3, p. 275, § 266; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 2, n. 1416.

2703. — On a aussi utilisé la gestion d'affaires : un tiers comparait dans l'acte constitutif d'hypothèque, il déclare l'accepter au nom des futurs obligataires : la ratification aura un effet rétroactif. Certains, même, estiment qu'une ratification n'est pas nécessaire « puisque les actes d'un gérant sont censés être l'œuvre du maître, dès lors qu'ils lui sont utiles et n'engagent pas son patrimoine » (C. civ., art. 1375) — Wahl, *loc. cit.*, p. 209. — V. Cass., 20 oct. 1897, *Rev. des soc.*, 1898, p. 7 ; *Journ. des soc.*, 1898, p. 102. — Aix, 8 avr. 1878, Compagnie immobilière, [S. 79.2.313, P. 79.1248, et la note de M. Labbé]

2704. — Ajoutons que pour ceux qui croient à l'existence d'une société entre les obligataires (V. *suprà*, n. 2552), la question ne saurait engendrer aucune difficulté : « Du moment, dit M. Thaller, que l'emprunteur joue à la fois le rôle de représentant de la société et des obligataires, il est qualifié pour confondre les deux titres de constituant et de bénéficiaire; tel un gérant de société qui s'achèterait ou se vendrait à lui-même des marchandises de la compagnie qu'il représente. Il n'est pas besoin, semble-t-il, que dans la convention notariée, le colloque s'échange entre deux hommes, puisqu'un seul, l'emprunteur, incarne les deux personnalités opposées ». — *Ann. de dr. comm.*, 94.2.80.

2705. — II. *Inscription de l'hypothèque.* — L'art. 2148, C. civ., qui indique les mentions que doit contenir l'inscription d'une hypothèque, soulève une grave difficulté. Il exige en effet, entre autres, la mention du nom des créanciers dans le bordereau d'inscription : or les créances sont multiples, dans l'émission d'obligations, et de plus elles seront anonymes, soit que l'inscription soit requise avant la clôture de la souscription, soit même après la clôture s'il s'agit d'obligations au porteur. D'ailleurs on ne peut exiger les noms de tous les créanciers, même au cas où ils seraient connus; l'inscription entraînerait alors de telles complications, de tels frais à raison de sa longueur démesurée, qu'elle deviendrait à peu près irréalisable.

2706. — En présence de ces difficultés, la jurisprudence et la doctrine ont admis que toutes les mentions exigées par l'art. 2148 ne l'étaient pas à peine de nullité, ne constituaient pas des formalités substantielles de l'inscription : la mention du nom des créanciers est de cette catégorie. Il importe peu aux tiers de connaître les noms, qualités et domiciles des créanciers si l'inscrivant se fait connaître et élit domicile dans l'arrondissement. Et la jurisprudence appliquant cette théorie aux hypothèques garantissant un emprunt par obligations au porteur, valide l'inscription prise « au nom des porteurs d'obligations émises sous tels numéros », par un tiers soit mandataire, soit gérant d'affaires de tous les obligataires, soit encore directeur de la société formée entre eux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 591; Houpin, t. 1, n. 346; Aubry et Rau, t. 3, § 276, p. 350; Laurent, t. 21, n. 45; Troplong, *Priv. et hyp.*, t. 3, n. 679; Pont, *Priv. et hyp.*, t. 2, p. 960; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 3, n. 1693; Garnot, p. 133.

2707. — Jugé que l'hypothèque consentie au profit d'un groupe d'obligataires d'une société anonyme peut être valablement inscrite à la requête d'un gérant d'affaires. Et s'agissant ici de bénéficiaires dont le droit réside dans la détention d'un titre au porteur, la désignation du créancier exigée par l'art. 2148, C. civ., peut consister dans la seule désignation du titre en vue duquel l'hypothèque a été consentie, c'est-à-dire que l'inscription peut être prise au profit du porteur de ce titre. — Cass., 20 oct. 1897, Soc. *l'Office des rentiers*, [S. et P. 97.1.489]

2708. — Il en est ainsi, notamment, lorsque l'inscription a été prise par un tiers qui avait requis l'hypothèque pour le compte des propriétaires actuels et futurs des obligations par lui souscrites lors de l'émission, et qui, en dehors d'un certain nombre de ces obligations dont il était resté lui-même propriétaire, avait déclaré agir, en ce qui concernait le reste des obligataires, comme gérant d'affaires. — Même arrêt.

2709. — On ne saurait dénier à ce tiers la qualité de gérant d'affaires, sous prétexte qu'il se serait constitué de son autorité privée le représentant légal nécessaire et irrévocable des porteurs successifs qui ne se rattachaient à lui par aucun lien, et qu'il se serait attribué ainsi un pouvoir discrétionnaire, opposable à ceux dont il prétendait vouloir sauvegarder les intérêts : le quasi-contrat de gestion d'affaires ne peut en effet exister qu'autant que le gérant se constitue de son autorité privée le représentant du géré. — Même arrêt.

2710. — Quand l'affaire gérée consiste dans une constitution et une inscription d'hypothèque au profit d'une collectivité, on peut considérer comme dictées par les conditions mêmes dans lesquelles se présente l'affaire les clauses insérées dans l'acte constitutif de l'hypothèque et reproduites dans l'inscription, et d'après lesquelles le gérant d'affaires aura exclusivement le droit de prendre et de renouveler les inscriptions, de recevoir toutes notifications et significations, de poursuivre en délaissement les tiers détenteurs, d'exercer toutes poursuites, actions judiciaires et autres, qui auraient lieu dans l'intérêt des ayants-droit contre le débiteur ou tous autres qu'il appartiendra : de telles clauses n'empêchent pas l'existence de la gestion d'affaires et des droits qui en dérivent pour le géré. — Même arrêt. — V. aussi Cass., 3 déc. 1889, Soc. métall. de Tarn-et-Garonne, [D. 90.1.105] — Aix, 8 avr. 1878, précité. — Douai, 12 mai 1880, Synd. des soc. filatures et tissages, [D. 82.2.243]

2711. — Jugé que le maire d'une ville, en vendant à une société des terrains moyennant un certain nombre d'obligations au porteur souscrites par cette société et remises par elle à la ville avec faculté pour celle-ci de les émettre, peut stipuler la subrogation des futurs souscripteurs dans l'hypothèque consentie par la société à la ville : une pareille subrogation est valable alors que la stipulation a été portée à la connaissance du public et a été pour les souscripteurs la condition de leur versement. Le maire a qualité pour représenter dans le même acte les futurs souscripteurs ; et il peut stipuler pour ceux-ci sans qu'il y ait nécessité pour eux de se constituer en société. — Aix, 8 avr. 1878, précité.

2712. — L'hypothèque est ainsi valablement constituée au profit de chacun des futurs souscripteurs, et le maire peut régulièrement prendre inscription au nom de ceux-ci, l'inscription devant profiter à chacun d'eux. — Même arrêt.

2713. — Aux termes de l'art. 85 du projet de 1884, « lorsqu'un emprunt à réaliser sous forme d'obligations devra avoir pour sûreté la concession d'une hypothèque, la délibération ou l'acte autorisant cette hypothèque sera constitué en la forme notariée. L'acte notarié, s'il s'agit d'une délibération du conseil d'administration, sera signé par les administrateurs présents, et s'il s'agit d'assemblées générales, par le président du bureau et deux scrutateurs : toutes les pièces relatives à la convocation et à la constitution de l'assemblée, telles que journaux, lettres d'avis, feuilles de présence, pouvoirs sous seing privé ou notariés des actionnaires qui se font représenter, restent déposées au siège social pour être communiquées à tout requérant, comme le prescrit l'art. 19. Les administrateurs ou gérants devront requérir, dans les formes ordinaires, une inscription éventuelle au profit de la masse des futurs porteurs d'obligations. L'hypothèque ultérieurement constituée prendra rang du jour de cette inscription. L'inscription devra être rendue définitive, à peine de péremption, dans le délai de six mois par la mention en marge du nom des commissaires nommés conformément à l'art. 83 et de la date de l'acte constitutif d'hypothèque ».

2714. — Ce procédé, appelé système de la *prénotation*, nous paraît compliqué, formaliste et coûteux. Peut-être conviendrait-il d'introduire chez nous le système du *trustee* américain qui est d'une extrême simplicité : le *trustee* est un personnage qui sert d'intermédiaire entre la société et les souscripteurs : il agit comme mandataire des obligataires, contracte avec la société en vue des sûretés accordées aux obligataires; c'est en son nom qu'est constituée l'hypothèque, et c'est sur sa tête qu'elle reposera pendant toute la durée de l'emprunt; c'est lui qui prendra toutes les mesures nécessaires pour assurer la naissance, l'efficacité et la conservation de l'hypothèque.

2715. — Le projet de 1903 s'est, dans une certaine mesure, inspiré de ces considérations. Il prescrit en effet la représentation de la masse des obligataires, pour l'accomplissement de toutes les formalités légales, par un ou plusieurs commissaires désignés par l'assemblée générale. Mais ce projet s'arrête à michemin, et n'autorise pas les commissaires à se comporter comme des *trustees* anglais, c'est-à-dire à prendre l'hypothèque en leur nom propre. Il est dit formellement que l'hypothèque est inscrite (et par conséquent constituée) au nom des futurs obligataires.

2716. — L'art. 11 du projet est ainsi conçu : « Au cas spécial où des sûretés particulières, comme des privilèges ou hypothèques, ou d'autres causes légitimes de préférence, doivent appartenir aux porteurs d'obligations, la société doit convoquer, dans les quinze jours qui suivent soit le commencement de l'émission, soit la clôture de la souscription, l'assemblée générale des obligataires, à l'effet de désigner un ou plusieurs représentants chargés de représenter les créanciers dans l'accomplissement de toutes les formalités légales; à défaut de nomination de commissaires par l'assemblée ou en cas de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé. Les pouvoirs des commissaires durent jusqu'à ce qu'ils aient été remplacés ou réélus dans une assemblée ultérieure. — Toutes délibérations ou tous actes autorisant un emprunt sous forme d'obligation ayant pour sûreté la concession d'une hypothèque, ou nommant des commissaires, peuvent être rédigés en la forme sous seing privé, conformément à l'art. 69, L. 24 juill. 1867. Les administrateurs ou gérants devront requérir dans la huitaine de l'acte autorisant l'emprunt, dans les formes ordinaires, une inscription éventuelle au profit de la masse des futurs porteurs d'obligations. L'hypothèque ultérieurement constituée par acte authentique constatant le résultat de l'émission prendra rang du jour de l'inscription provisoire. L'inscription sera, à peine de péremption, rendue définitive dans le délai de six mois de l'inscription provisoire, par la mention en marge de cette inscription de l'acte constitutif d'hypothèque et du nom du représentant des obligataires, nommé conformément aux dispositions précédentes. — Les dispositions du présent article ne dérogent en rien à la loi du 10 juill. 1885 sur l'hypothèque maritime ».

§ 2. *Effets du contrat d'obligation. — Obligations et droits des obligataires.*

1° *Obligations des obligataires. — Droits de la société contre les obligataires.*

2717. — En souscrivant, les obligataires ne contractent qu'une seule obligation : effectuer le versement du capital souscrit. Ils devront y satisfaire aux époques convenues, ou au moment de l'appel de fonds, lorsque la société se sera réservé le droit d'appeler le non versé au fur et à mesure de ses besoins.

2718. — Mais à quelles personnes incombe l'obligation d'effectuer les versements? Les lois de 1867 et de 1893 n'ayant déterminé la mesure des obligations respectives des souscripteurs, des cessionnaires intermédiaires et des détenteurs actuels qu'en ce qui concerne les *actions* (V. *suprà*, n. 2307 et s.), la question, en ce qui touche les obligations, doit être résolue d'après les principes généraux, conformément aux règles admises pour les actions elles-mêmes sous l'empire de la loi ancienne, c'est-à-dire avant la loi de 1856 pour la commandite par actions, ou les lois de 1863 et 1867 pour les sociétés anonymes. Pour savoir si les souscripteurs et cessionnaires intermédiaires restent obligés, ou si le détenteur actuel est seul tenu du non versé, il faudra donc tout d'abord consulter les statuts.

2719. — En cas de silence des statuts, il y a controverse. Certains auteurs estiment que, pour les obligations nominatives comme pour les obligations au porteur, la cession doit être considérée comme ayant un effet novatoire; le détenteur actuel serait donc seul tenu. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 768; Goirand, n. 54.

2720. — D'autres distinguent suivant la forme du titre. Si les titres sont nominatifs, la société sera présumée, dans le silence des statuts, avoir entendu imposer à tous les titulaires successifs du titre la dette solidaire du non versé. S'ils sont au porteur, au contraire, les souscripteurs et cessionnaires intermédiaires seront libérés *de plano* par le fait de la cession, et le détenteur actuel pourra seul être poursuivi. — V. en ce sens, Cass., 4 janv. 1888, Chevreau, [S. 88.1.254, P. 88.1.615, D. 88.1.37] — Paris, 7 déc. 1893, [*J. des soc.*, 94.127] — De Chauveron, *Oblig. non libérées;* Vavasseur, *Rev. soc.*, 1892, p. 39.

2721. — D'autres enfin proposent, en ce qui concerne les obligations au porteur une sous-distinction. Les cessionnaires intermédiaires seraient immédiatement libérés; le souscripteur ne le serait que si, dans le bulletin de souscription, il ne s'était point engagé à solder le non versé. Un tel engagement serait réputé valoir même pour l'époque où le souscripteur aurait aliéné le titre, et les représentants de la société auraient une action solidaire contre le souscripteur et le détenteur actuel. — Houpin, t. 1, n. 414.

2722. — Quelle est la sanction de l'obligation au non versé? Il est tout d'abord certain que l'obligataire qui n'aura pas effectué son versement sera tenu des intérêts moratoires, de plein droit, s'il a été convenu que les intérêts courraient par la seule échéance du terme, et conformément au droit commun (C. civ., art. 1153), dans le cas contraire. — Trib. Seine, 21 juill. 1885, [J. *La Loi*, 30 oct. 1885] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 568.

2723. — Il est d'usage également d'insérer dans les titres provisoires délivrés aux obligataires, une clause *d'exécution en Bourse*, c'est-à-dire une clause en vertu de laquelle la société se réserve le droit de vendre en Bourse le titre non libéré après une mise en demeure, par lettre ou par annonce dans un journal désigné, ou à l'expiration d'un délai fixé à partir de l'appel de fonds. Pour cela, elle annule le titre provisoire et crée un nouveau titre portant le même numéro et qu'elle met en vente; si le prix de vente est inférieur au capital à recouvrer, la société a un recours contre le souscripteur; s'il lui est supérieur, le reliquat doit lui appartenir; mais le plus souvent la société stipule que quel que soit le résultat de l'exécution, le prix est définitivement acquis à la société, et le détenteur du titre toujours libéré. Pendant longtemps on ne s'est occupé de cette clause que relativement aux actions (V. *suprà*, n. 2274 et s.). Néanmoins, sa validité, en ce qui concerne les obligations, n'est plus aujourd'hui contestée. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 739; Pont, n. 949 et s.; Rousseau, t. 1, n. 306, 307, 1114 et 1469.

2724. — Jugé, en ce sens, que l'on doit tenir pour licite la clause statutaire d'exécution en Bourse des obligataires qui n'ont pas effectué leur versement aux échéances. — Paris, 30 juin 1892, Pellorce, sous Cass., 11 juill. 1895, [S. et P. 95.1.329, D. 92.2.476]

2725. — Dans le cas où cette clause ne figure pas dans les prospectus d'émission, et a seulement été insérée sur les titres provisoires remis aux souscripteurs après la première répartition, les juges peuvent faire résulter l'acceptation du souscripteur d'un ensemble de circonstances, parmi lesquelles figurent en première ligne le fait du versement effectué par le souscripteur contre remise du titre sur lequel cette clause se trouvait inscrite en termes précis et en caractères typographiques suffisants, et l'emploi habituel de la clause en matière d'émission de titres, ladite clause étant très-connue et n'ayant pas été ignorée du souscripteur financier expérimenté. — Cass., 11 juill. 1895, précité.

2726. — Les obligations émises par les sociétés anonymes constituent-elles de simples prêts d'argent, auxquels il faille appliquer, pour les versements en retard, la règle écrite dans l'art. 1153, C. civ., règle qui interdit d'allouer d'autres dommages-intérêts que les intérêts moratoires, sauf le cas de mauvaise foi du débiteur (L. 7 avr. 1900), ou bien les sociétés qui ont, par une clause de leurs statuts, la faculté de l'exécution en Bourse et qui en usent, ont-elles le droit de retenir le produit de la vente et les versements effectués, alors même qu'il en ressortirait, à leur profit, un chiffre supérieur aux intérêts moratoires pouvant être dus par le souscripteur?

2727. — Il a été jugé, à cet égard, que si, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation fixée par l'art. 1153, C. civ., il n'en est pas de même pour ce qui concerne les obligations souscrites au profit d'une société anonyme, et dont la vente en Bourse est autorisée par une clause des statuts pour refus de versements aux échéances. Dans ce cas, le préjudice à réparer n'est pas seulement celui qui résulte d'un retard dans l'exécution; les dommages-intérêts ont pour objet de couvrir la société

du tort plus ou moins considérable qu'elle peut avoir éprouvé suivant les circonstances, et notamment suivant les résultats de la vente en Bourse, à raison et par suite de la résolution du contrat. — Cass., 11 juill. 1895, précité.

2728. — Par un arrêt du 8 févr. 1875, Labarre, [S. 75.1.343, P. 75.843, D. 75.1.275], la Chambre des requêtes avait jugé que, si, en principe, dans les obligations de sommes, les dommages-intérêts résultant du retard dans le paiement ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts légaux, il en est autrement en cas de refus fait par le créditeur de réaliser l'ouverture de crédit; un pareil refus, amenant la rupture du contrat, peut entraîner une condamnation à des dommages-intérêts dépassant l'intérêt légal. — V. également sur le principe, Cass., 25 juin 1877, Lefèvre, [S. 77.1.420, P. 77.1103]; — 13 nov. 1889, Chemins de fer P.-L.-M., [S. 90.1.24, P. 90.1.38, D. 90.1.37]

2729. — C'est cette doctrine que la Cour de cassation a étendue, de l'ouverture de crédit, à la souscription d'obligations émises par les compagnies anonymes : et avec raison, croyons-nous, car la solution contraire, celle du droit commun de l'art. 1153, serait de nature à entraîner la ruine des sociétés : par exemple, si les intérêts moratoires étaient inférieurs à une baisse accidentelle des titres de la société; on ne peut assimiler une souscription d'obligations à une simple promesse de prêt faite dans des proportions restreintes et pour un temps limité.

2730. — L'appréciation de la régularité de la vente en Bourse des obligations non libérées et du résultat de cette vente, relativement au chiffre du dommage causé à la société, rentrent dans les pouvoirs souverains des juges du fond. — Cass., 11 juill. 1895, précité.

2731. — Quand il s'agit d'obligations à primes ou à lots, on ajoute d'ordinaire à la clause d'exécution en Bourse une autre clause qui prononce la déchéance du porteur de tout droit aux primes ou aux lots : dans ce cas, la déchéance sera encourue de plein droit sans qu'une mise en demeure soit nécessaire. Nous croyons cette stipulation absolument licite, et la jurisprudence a eu raison de la valider : il s'agit simplement d'une obligation conditionnelle ; la libération de l'obligation est la condition du droit au lot ; la condition n'étant pas réalisée, le droit au lot doit tomber; c'est l'application stricte des principes généraux. — Cass., 9 déc. 1895, [*Gaz. des Trib.*, 12 déc. 1895 ; *Rev. des soc.*, 1896, p. 9] — Paris, 9 janv. 1890, Bourdon et Provot, [S. 91.2.291, P. 91.1.567, D. 90.2.204]; — 24 févr. 1894, Crédit foncier, [S. et P. 94. 2. 270]

2732. — La question du versement du capital souscrit a fait naître de graves difficultés, au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société, si elle est commerciale, ou de sa déconfiture si c'est une société civile. Les obligataires resteront-ils dans ce cas tenus d'effectuer leurs versements? La jurisprudence a répondu négativement : elle s'appuie d'abord sur l'art. 1184, C. civ., la société n'exécute pas ses engagements. D'autre part, l'art. 1188 rend immédiatement exigible le capital prêté : cette exigibilité immédiate ne détruit-elle pas l'obligation de verser? — Trib. Seine, 26 juill. 1889 et 25 juin 1890 [*Rev. des soc.*, 1889, p. 509, et 1890, p. 427] — *Sic*, Chauveron, *Des obligations non libérées* ; Vavasseur, n. 548; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1894, p. 78 ; t. 1, Houpin, n. 339.

2733. — Nous n'admettons pas cette manière de voir. D'abord, on méconnaît l'intérêt des autres créanciers à qui ces versements auraient profité. De plus, il faudrait établir que le contrat est résolu, et rien n'est moins prouvé : sans doute, la société s'est engagée à exécuter le contrat, c'est-à-dire à payer les intérêts, à procéder à l'amortissement, mais cela rien que dans la mesure de ses forces : elle ne s'est pas engagée à ne pas être insolvable, à ne pas tomber en faillite ou en déconfiture. Ces événements ne peuvent pas être considérés, en eux-mêmes, comme la condition résolutoire de la souscription : il n'y a qu'une condition de l'engagement de l'obligataire, la souscription intégrale de l'emprunt. Nous pensons donc que les versements pourront être exigés. — V. en ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 568 *bis*.

2734. — Sur le point de savoir si la société a le droit de contraindre les obligataires à recevoir des remboursements anticipés, V. *infrà*, n. 2771 et s.

2° *Droits des obligataires.*

2735. — I. *Théorie générale des droits des obligataires et des mesures propres à sauvegarder ces droits.* — *De la représentation des obligataires.* — Les principaux droits qui appartiennent aux obligataires sont : 1° celui de recevoir annuellement l'intérêt promis; 2° celui d'obtenir le remboursement du capital que la société a reconnu avoir reçu; 3° le droit de céder et de transmettre leur titre.

2736. — Les obligataires sont des créanciers, et, par conséquent, il faut ajouter à cette liste tous les droits que le droit commun confère aux créanciers : droit de gage général sur les biens de la société (C. civ., art. 2093) et, en cas de non-exécution des engagements, droit de réaliser ce gage, droit de faire déclarer la faillite de la société (C. comm., art. 440), droit d'exercer les actions et les droits de la société (C. civ., art. 1166) et d'attaquer les actes faits en fraude de leurs droits (C. civ., art. 1167); droit de se prévaloir de l'art. 1188, C. civ., qui déclare le débiteur à terme déchu du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés données par le contrat à son créancier; enfin droit de procéder à tous les actes conservatoires de l'hypothèque, et aussi de la faire valoir.

2737. — Mais il faut considérer également qu'en tant que créanciers chirographaires, et en l'absence de sûretés particulières, ils ne sont que des ayants-cause auxquels sont opposables tous les actes de la société. Ils n'ont aucun rapport personnel avec la société débitrice, ne peuvent pas lui demander des comptes, surveiller ses opérations ni en vérifier les résultats. D'autre part, en fait, le plus souvent, il leur sera impossible d'exercer des droits qui cependant leur appartiennent : un obligataire seul ne peut agir contre la société, il reculera devant des frais qui au contraire ne sont rien pour la débitrice : ne connaissant pas ses cocréanciers, il ne peut pas se concerter avec eux, et les connaîtrait-il que l'entente se heurtera à des difficultés pratiques et même juridiques à raison de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur ». On a déjà vu les difficultés qu'engendraient la constitution et l'inscription de l'hypothèque attachée aux obligations (V. *suprà*, n. 2700 et s., 2705 et s.) : ces difficultés se représenteront quand le moment sera venu de renouveler l'inscription ou de faire les procédures de saisie ou de surenchère. Ce sont ces difficultés et en particulier ces dernières qui ont fait naître l'idée d'une *représentation* des obligataires en vue de la défense de leurs intérêts communs. Les deux principaux procédés qui ont été employés sont le mandat et la société. — Sur la représentation des obligataires, V. outre les traités généraux sur les sociétés : Lévy-Ullmann, *Des oblig. à primes ou à lots;* Moulin, *De la représentation des obligataires*; Thaller, *Construction du droit des obligataires* (*Annales de dr. comm.*, 1894, p. 65); Brandeis, *De la protection des obligataires*, 1900; Pascaud, *Les sociétés d'obligataires et la défense des intérêts de ces derniers* (*Rev. des soc.*, 1901, p. 462); Vavasseur, *Les droits des obligataires* (*Rev. des soc.*, 1901, p. 362); Boucaud, *Des assemblées d'obligataires*, 1902.

2738. — a) *Mandat.* — Ce premier procédé consiste à stipuler dans le prospectus d'émission, comme condition de la souscription, que les premiers souscripteurs ou des tierces personnes désignées par leur nom auront qualité pour exercer les droits attachés à l'obligation : en souscrivant, les obligataires donnent leur consentement à cette clause de l'émission et confirment ce mandat anticipé. Lorsqu'il s'agira d'exercer une action on pourrait craindre que le mandataire se heurte à la règle : « Nul en France ne plaide par procureur » ; mais cette règle n'est pas d'ordre public, on peut y renoncer (V. *suprà*, v° *Action* (*en justice*), n. 229 et s.), et la société y a renoncé expressément en accordant par ses statuts aux obligataires le droit de se faire représenter en justice. Mais il n'en serait pas de même si les statuts n'avaient pas prévu cette clause et si la société n'avait pas consenti à la désignation d'un représentant des obligataires. — Stéphane Moulin, *Rev. crit. de lég. et de jurisp.*, 1898, p. 145. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 593; Houpin, t. 1, n. 346; Garnot, p. 133.

2739. — Jugé que, lorsque l'acte d'émission d'obligations par une société anonyme renferme une clause qui établit, comme condition essentielle de l'emprunt, une représentation collective et permanente dans l'intérêt commun, et lorsque le mandataire désigné à cet effet ne peut régulièrement accomplir sa mission et qu'il est cependant impossible de le remplacer dans les conditions prévues au contrat, il appartient aux tribunaux de procéder eux-mêmes à la désignation d'un autre mandataire, chargé de la représentation collective des signataires. — Cass.,

19 févr. 1884, Syndic. de la Société du Kochelberg et Oddez, S. 86.1.69, P. 86.1.147, D. 84.1.396

2740. — Et si le mandat collectif conféré au représentant des obligataires dans l'acte d'émission des obligations s'étend, par la généralité de ses termes, à toutes actions nées ou à naître au profit de l'ensemble des mandants, les tribunaux ne commettent pas d'excès de pouvoirs et ne donnent pas au mandataire nommé par eux des pouvoirs dépassant les limites du mandat collectif tracées par l'acte d'émission des obligations lorsqu'ils autorisent le nouveau représentant à demander à celui qu'il remplace un compte de sa gestion. La maxime : « Nul en France ne plaide par procureur » n'est pas d'ordre public, et par suite les parties peuvent renoncer au bénéfice de cette maxime; elle n'est pas applicable au mandat judiciaire. — V. *suprà*, v° *Action en justice*, n. 209. — Même arrêt.

2741. — Ce procédé, d'ailleurs peu usité, est peu pratique et même dangereux. Pour que le mandataire en effet représente tous les obligataires il faut que le mandat lui ait été conféré valablement par tous, or parmi eux peuvent se trouver des incapables qui devraient être habilités conformément au droit commun pour donner ce mandat. De plus les pouvoirs conférés par les statuts ou autrement sont immuables, il faudrait donc prévoir par avance toutes les difficultés qui pourraient se produire et conférer des pouvoirs en conséquence; autant réaliser l'impossible. Sans compter que l'on peut craindre que les mandants n'excèdent leurs pouvoirs ou à l'inverse n'exécutent pas le mandat.

2742. — b) *Société.* — Devant l'insuffisance de ce procédé, la pratique a fait un pas de plus, et elle a imaginé de grouper les porteurs d'obligations en société, d'opposer à l'assemblée des actionnaires celle des obligataires. C'est ainsi qu'ont été constituées les *sociétés civiles* d'obligataires, qui ont été inventées surtout pour le cas où la société accorde une hypothèque à ses obligataires comme garantie de son emprunt.

2743. — Le plus souvent cette clause est insérée dans les statuts. En voici un exemple : «... Une souscription a été ouverte pour l'émission de 2,000 obligations hypothécaires. Les comparants se proposent de souscrire la totalité ou une partie de ces obligations. Dans cette situation ils ont résolu de former une société civile et particulière entre les souscripteurs des obligations et ils ont arrêté les conditions de cette société de la manière suivante — Art. 1. Il est formé par ces présentes une société civile et particulière entre MM..... et toutes les autres personnes qui prendront part à la souscription des 2,000 obligations de 500 fr. chacune, dont l'émission a été annoncée par la société anonyme de..... pour un emprunt de un million de francs..... Les souscripteurs futurs seront réputés de plein droit, par le fait de leur souscription, avoir adhéré aux stipulations du présent acte..... — Art. 2. L'objet de cette société civile est de réunir et centraliser les droits, actions et pouvoirs nécessaires à l'effet d'établir, dans l'intérêt commun de tous les souscripteurs et propriétaires, les conditions relatives à la création, par la Comp. de..., des 2.000 obligations..., les conditions de leur remboursement, accepter les garanties qui y seront attachées et représenter tous les intéressés pour la conservation de ces garanties.... — Art. 4. MM..... sont nommés administrateurs de la présente société civile et, à ce titre; seuls chargés de représenter tous les souscripteurs ou propriétaires actuels et futurs des 2,000 obligations vis-à-vis de la société anonyme de..... pour passer tous actes..... — Art. 6. Les souscripteurs ou propriétaires d'obligations ne pourront individuellement exercer aucune action contre la société débitrice....., ni prendre individuellement aucune inscription hypothécaire..... etc. » — Garnot, formule B, p. 187. — V. également, formules C, p. 187 et E, p. 205. — V. Defrénois, *Rép. du not.*, t. 4, législ. et formules de 1890 à 1900, formules d'actes, n. 513.

2744. — Les obligataires peuvent aussi se constituer en société postérieurement à la souscription : mais en fait il sera impossible de joindre tous les obligataires ou leurs cessionnaires : la société ne réunira donc qu'une partie des obligataires, et par suite elle n'aura pas la toute-puissance qu'elle aurait eue avec l'adhésion de la totalité des intéressés : les représentants ne pourront évidemment agir qu'au nom de ceux qui ont donné leur consentement.

2745. — Le plus souvent les statuts de la société délimiteront les pouvoirs de la société et en particulier les pouvoirs de ses organes, assemblée, administrateurs. Mais dans le silence des statuts, quels seront ces pouvoirs? La réponse à cette question dépend uniquement de la nature de cette association que l'on qualifie de société civile : est-elle bien une société douée de la personnalité morale? — Nous ne reviendrons pas sur la théorie qui admet que les obligataires sont en société de plein droit : nous nous sommes déjà expliqués sur ce point. — V. *suprà*, n. 2552 et 2553.

2746. — *Premier système. Les sociétés d'obligataires sont de véritables sociétés civiles.* — De telles sociétés, dit-on, sont en effet conformes aux conditions exigées par l'art. 1832 : *a*) si la société est formée à fin d'hypothèque, la mise commune, l'apport, n'est autre que le droit hypothécaire collectif que chacun apporte pour sa part : c'est assurément une mise incorporelle, mais la simple qualité d'une chose peut faire l'objet d'un apport : quant au bénéfice partageable, il consiste dans l'application de cette hypothèque à chacun des numéros, opération qui serait individuellement impraticable. — *b*) Si la société est formée entre obligataires, indépendamment de toute hypothèque, l'apport c'est l'industrie des obligataires, avec, quelquefois, des cotisations : le bénéfice à partager, c'est la protection efficace des droits de chacun, en même temps que la hausse des titres provoquée par des mesures intellingentes prises en commun, ou encore des économies réalisées en commun. Cette société pourra même être commerciale, depuis la loi du 1er août 1893, si elle est constituée en forme commerciale. — Paris, 5 déc. 1885, [*J. des soc.*, 86.638; *Rev. soc.*, 86.95] — Bourges, 8 mars 1888, [*J. des soc.*, 91.232] — Rennes, 20 déc. 1898, [*Rev. soc.*, 1900.114] — Trib. civ. Seine, 23 févr. 1883, Syndic de la faillite de la Société métallurgique de Tarn-et-Garonne, [D. 87.2.55] — *Sic*, Vavasseur, n. 542 et 550; *Rev. des soc.*, 1901, p. 362 et 1898, *Bulletin*, p. 3; Houpin, *Traité*, t. 1, p. 347, et note sous Cass., 3 déc. 1889, [*J. des soc.*, 91.307]; Pascaud, *Rev. des soc.*, 1901, p. 467 et 468; De Casteran, *Rev. des soc.*, 1895, p. 312, 369.

2747. — Dans ce système, quels sont les droits que les obligataires conservent et quels sont ceux qu'ils abandonnent à la société qu'ils ont constituée? Resteront individuels les droits, de toucher les intérêts annuels, de concourir à l'amortissement et de recevoir le remboursement avec la prime promise ou le lot, quand le numéro de l'obligation est sorti au tirage. Au contraire seront conférés à la masse, c'est-à-dire à la société, « les avantages indivisibles résultant des émissions, soit qu'il s'agisse d'une indivisibilité proprement dite, soit que l'attribut qu'il y a lieu d'invoquer ait été, pour plus de commodité, considéré, dans les rapports de la compagnie et de ses obligations, comme un attribut d'ordre collectif, ne se prêtant pas à des exécutions divisées »; ainsi l'hypothèque et tous les droits qui y sont attachés, droit d'inscrire l'hypothèque, d'en donner mainlevée totale ou partielle, de consentir à la radiation de son inscription, et *a fortiori* celui d'assurer sa conservation et sa mise en œuvre. Les administrateurs de la société d'obligataires, *personne morale*, pourront exercer tous ces droits sans qu'on puisse leur opposer la règle : « Nul en France ne plaide par procureur ».

2748. — *Deuxième système. Les groupements d'obligataires ne sont pas de véritables sociétés, mais de simples associations ou syndicats.* — On ne saurait voir dans ces groupements d'obligataires de véritables sociétés, car on ne trouve dans leur organisation ni apport, ni bénéfice à réaliser. D'abord, il est certain que les obligataires n'ont pas en vue un bénéfice à réaliser, mais simplement une *perte à éviter;* et d'autre part, c'est également dénaturer le sens des termes que de considérer l'hypothèque comme un apport, sans doute les choses incorporelles peuvent faire l'objet d'un apport, mais l'hypothèque ne peut être constituée ni apportée indépendamment de la créance qu'elle garantit, or il n'est pas douteux que l'obligataire veut rester seul titulaire individuel de sa créance, et, par conséquent, il reste en même temps titulaire de l'hypothèque indivisible qui la garantit. — Labbé, note sous Aix, 8 avr. 1878, Comp. immobilière, [S. 79.2.313, P. 79.2.1248]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 593.

2749. — D'autre part, il y a cependant une association valable, car on se trouve en présence « de personnes qui s'entendent pour accomplir, en même temps et plus économiquement, une formalité conservatoire » (Labbé, note précitée); quelque chose d'analogue aux syndicats professionnels, en un mot, et simplement, un contrat par lequel un certain nombre de personnes se réunissent pour poursuivre en commun un résultat qui les intéresse toutes et chacune.

2750. — Par suite, les représentants de cette association

pourront faire les actes extrajudiciaires que les statuts leur auront donné pouvoir de faire. Mais pourront-ils intenter des actions ou y défendre? L'association n'ayant pas la personnalité civile, on se heurtera à la règle : « Nul ne plaide par procureur », et la société qui n'aura pas participé à l'organisation de l'obligation ou encore les tiers, pourront, semble-t-il, l'opposer. La jurisprudence récente semble cependant disposée à l'écarter, et à tenir le directeur d'une telle association pour investi d'un mandat suffisant pour agir en justice au nom de tous.

2751. — Jugé, en effet, que les souscripteurs d'un emprunt émis sous la forme d'obligations au porteur ou nominatives peuvent s'associer, soit pour la défense de leurs intérêts, soit pour la réalisation de l'hypothèque collective qui leur a été promise au moment de l'émission. — Cass., 3 déc. 1889, Soc. métallurgique de Tarn-et-Garonne, [S. 91.1.525, P. 91.1.1280, D. 90.1.105]

2752. — Sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette association présente tous les caractères d'une société civile proprement dite, l'acte qui la crée confère tout au moins valablement à son directeur le mandat de représenter ses coassociés dans les limites de l'intérêt mis en commun. — Même arrêt.

2753. — Une pareille association ne constituant d'ailleurs, en aucun cas, une personne morale, et n'ayant pas d'individualité distincte de celle des membres qui la compose, les droits qui naissent des opérations ou négociations en vue desquelles elle a été constituée profitent directement à ces derniers; dès lors, en recevant, au nom de la société des souscripteurs d'obligations, les concessions d'hypothèques promises aux souscripteurs, le directeur de cette société a, en réalité et valablement, stipulé pour ses coassociés, et a pu assurer à chacun d'eux, pour sa part, comme à lui-même, le bénéfice de l'hypothèque. — Même arrêt.

2754. — La loi du 1er juill. 1901 est venue fournir de nouvelles facilités à la constitution et au fonctionnement des associations d'obligataires. Une association de ce genre n'a qu'à effectuer la déclaration prescrite par l'art. 5 de ladite loi pour acquérir *ipso facto* la personnalité civile restreinte de l'art. 8, et par conséquent le droit d'ester en justice.

2755. — Néanmoins, une intervention législative s'impose, elle s'est déjà manifestée à l'étranger. Certaines législations donnent aux obligataires une sorte de curateur : il en est ainsi en Autriche-Hongrie : lois du 24 avr. 1894, art. 1 à 10 (*Ann. de législ. étr.*, 1875, p. 235) et du 5 déc. 1877 (*Ann. de législ. étr.*, 1878, p. 209; Moulin, *op. cit.*), cette dernière loi prescrit au besoin de réunir les obligataires en assemblée générale à l'effet de nommer des commissaires qui s'entendront avec le curateur pour le mettre au courant des intentions des obligataires. En Angleterre et aux Etats-Unis il y a des *trustees*, qui sont des curateurs (Decugis, *Bull. de législ. comp.*, 1901, p. 241 et s.; Moulin, *op. cit.*, p. 26 et s.). D'autres donnent aux obligataires le droit d'assister aux assemblées d'actionnaires avec voix consultative : le Portugal (Pascaud, *Rev. des soc.*, 1901, p. 462 et s.), le Brésil (Babinet, *Bull. de la soc. de législ. comp.*, 1883, p. 356), la Belgique (*Bull. de la soc. de législ. comp.*, 1875, p. 153, et 1901, p. 288). Enfin d'autres organisent les obligataires en association permanente : loi mexicaine du 29 nov. 1897 (*Ann. de législ. étr.*, 1898, p. 919; *Rev. des soc.*, 1898, p. 184), et loi allemande du 4 déc. 1899 (*Ann. de dr. comm.*, 1900, p. 311; *Ann. de législ. étr.*, 1900, p. 178; *Bull. soc. législ. comp.*, 1901, p. 127 et s.).

2756. — Le projet de loi du Sénat de 1884, tout en s'inspirant des législations étrangères, crée cependant un système original. Dans tous les cas, les obligataires peuvent se réunir et nommer des mandataires chargés de les représenter (art. 78 et 79). Lorsque les clauses de l'emprunt donnent aux obligataires le droit d'avoir des assemblées générales, cette assemblée, convoquée à la diligence des administrateurs ou gérants de la société dans le mois du commencement de l'émission, ou de la clôture de la souscription, désignera un ou plusieurs commissaires qui auront la mission de surveiller la société et notamment le droit d'assister à ses assemblées générales et de prendre connaissance des mêmes pièces et copies qui sont communiquées aux actionnaires (art. 80 à 84). Dans l'hypothèse précédente, la convocation de l'assemblée des obligataires n'est que facultative, mais elle devient obligatoire au cas de sûretés spéciales données aux porteurs d'obligations (art. 83).

2757. — On a surtout reproché à ce système d'être trop compliqué, de multiplier les frais et les formalités : le mode de convocation des assemblées d'obligataires est vicieux, d'une publicité insuffisante. Certaines attributions de commissaires, et notamment leur droit de surveiller l'emploi de l'emprunt, sont de nature à entraîner des conflits. Nous croyons qu'il serait peut-être plus simple et en même temps plus efficace de reconnaître législativement l'existence d'une association entre les obligataires, douée de la personnalité, et dont les représentants pourraient en outre assister aux assemblées d'actionnaires et se faire communiquer les pièces. — V. Bodet, *J. des écon.*, p. 183 et s.; Garnot, *op. cit.*, p. 141 et s.; De Casteran, *loc. cit.*, p. 378 et 379; Leroy-Beaulieu, *Econom. franç.*, 13 déc. 1884, p. 727; Pascaud, *Rev. crit.*, 1892, p. 557 et s.; Payen, *Econom. franç.*, 15 juin 1901.

2758. — Aussi approuvons-nous, dans son ensemble, la disposition du projet de 1903 sur les obligations tendant précisément à reconnaître et à organiser cette association des obligataires, fonctionnant parallèlement à la société emprunteuse, et investie de tous les pouvoirs légaux nécessaires à la protection efficace des intérêts communs des porteurs de titres d'un même emprunt. Nous donnons ci-après les principales dispositions du projet.

2759. — Art. 2 à 9. — Nonobstant toute stipulation contraire, les porteurs d'obligations peuvent se réunir en assemblée générale et prendre à la majorité, sur les questions visées à l'art. 10, et, en se conformant aux règles de l'art. 9, des résolutions qui s'imposent à tous les obligataires. Une assemblée d'obligataires ne peut comprendre que les porteurs d'obligations conférant des droits égaux. Les assemblées sont convoquées par la société débitrice. L'assemblée doit être convoquée quand les porteurs d'obligations formant le 20e au moins du capital représenté par chaque série d'obligations réclame cette convocation, par écrit, avec indication d'un ordre du jour. L'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre d'obligataires représentant les trois quarts au moins du capital-obligations en circulation, déduction faite des obligations qui sont en la possession de la société.

2760. — Art. 10. — L'assemblée générale régulièrement constituée a le droit : 1° de nommer un ou plusieurs représentants aux obligataires; 2° de décider des actes conservatoires à accomplir dans l'intérêt commun; 3° de confier à des représentants le pouvoir d'intenter des procès déterminés; 4° de proroger une ou plusieurs échéances d'intérêts; 5° de prolonger la durée de l'amortissement ou de la suspendre; 6° de consentir la réduction du taux de l'intérêt ou de modifier les conditions de paiement des coupons.

2761. — Art. 11 (relatif aux obligations hypothécaires, cité *suprà*, n. 2716). — Art. 12. — Le représentant des obligataires ne peut s'immiscer dans la gestion des affaires sociales; il a droit aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques. — Art. 13. — Aucune des modifications aux statuts touchant à l'objet ou à la forme de la société ne pourra être réalisée par une société ayant émis des obligations sans l'adhésion des obligataires délibérant conformément à l'art. 9. Cette adhésion pour être valable devra être consentie par les deux tiers du capital-obligations en circulation.

2762. — II. *Divers droits des obligataires.* — A. *Droit aux intérêts.* — Tandis que les actionnaires ont droit à un dividende variable, les obligataires ont droit à des intérêts fixes et invariables. Etant créanciers de la société, ils doivent toucher le montant intégral des intérêts stipulés avant toute répartition de dividendes aux actionnaires : en cas de non-paiement de leurs coupons, ils auraient donc le droit d'intenter une action en répétition des dividendes indûment distribués aux actionnaires.

2763. — Il faut appliquer aux intérêts des obligataires les lois limitatives du taux de l'intérêt; mais le plus souvent la société sera commerciale (L. 1er août 1893, art. 6); toutefois la règle s'imposera pour les sociétés civiles non constituées par actions. La jurisprudence s'est cependant refusée à en faire l'application aux obligations amortissables par voie de tirage au sort, parce qu'alors l'emprunt constituerait un prêt aléatoire. — Cass., 18 avr. 1883, Synd. chem. de fer des Charentes, [S. 83.1.361, P. 83.1.1121, D. 84.1.25] — Douai, 24 janv. 1873, Houillères de Fiennes, [S. 73.2.145, P. 73.1056, D. 74.2.203] — V. *suprà*, n. 2657.

2764. — Le droit aux intérêts est ordinairement représenté par des coupons au porteur attachés au titre, qu'il soit au porteur ou nominatif : ainsi tout porteur du coupon peut toucher

les intérêts sans avoir à justifier de la propriété du titre. Quand les titres ne sont pas munis de coupons, les paiements d'intérêts sont constatés par l'apposition de cachets sur le titre. En cas de perte ou de vol du titre au porteur, il y aura lieu d'appliquer pour le paiement des intérêts la loi du 15 juin 1872. Le paiement des intérêts se fait au siège de la société ou aux guichets indiqués par elle : les compagnies de chemins de fer acquittent leurs coupons dans toutes les gares principales; plusieurs ont même convenu entre elles de payer réciproquement leurs coupons; les sociétés ont suivi leur exemple et paient les intérêts dans toutes leurs succursales et aux guichets des banques les plus importantes.

2765. — La prescription quinquennale s'applique aux intérêts des obligations (C. civ., art. 2277). — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1687 et s.

2766. — Jugé d'autre part : 1° Que la compagnie étrangère qui a émis en France des obligations, en laissant sciemment déclarer que les intérêts en seraient payés dans certaines villes françaises, est présumée avoir pris à ses risques l'aléa du change, et ne peut faire supporter aux souscripteurs la perte qui en résulte. — Paris, 2 mars 1870, Chem. de fer romains, [S. 71.2.111, P. 71.345, D. 70.2.107]

2767. — ... 2° Qu'une compagnie industrielle étrangère est fondée à retenir, sur le montant des intérêts des obligations qu'elle a émises en France, l'impôt de transmission établi, depuis sa constitution, sur les valeurs étrangères par le Gouvernement français. — Même arrêt. — V. Buchère, *Tr. des valeurs mobilières*, n. 1056 et s.

2768. — ... Ainsi que les impôts qui ont frappé, à l'étranger, le montant des coupons, et dont elle a dû faire l'avance à son gouvernement. — Même arrêt. — V. *infrà*, n. 2807 et s., les conséquences du paiement des intérêts d'un titre amorti.

2769. — B. *Droit de céder leurs obligations.* — Ce droit ne comporte pas les restrictions que subit quelquefois le droit analogue des actionnaires. — V. *infrà*, n. 2800 et s., les conséquences de la cession d'une obligation amortie.

2770. — C. *Droit au remboursement de leurs titres. — Des remboursements anticipés.* — Les obligataires étant des prêteurs, ont droit au remboursement de leurs titres. Le plus souvent, pour ne pas dire toujours, toutes les obligations ne sont pas remboursées à la même échéance; on procède par voie d'*amortissement;* vu l'importance de cette matière, nous lui consacrerons un paragraphe spécial (V. *infrà*, n. 2789 et s.). Nous n'allons examiner ici que la question de l'époque à laquelle peut avoir lieu le remboursement des obligations.

2771. — Les obligataires ne peuvent pas réclamer le remboursement de leurs titres avant les échéances convenues, sauf ce qui sera dit plus tard pour le cas de faillite et de dissolution volontaire anticipée de la société. Mais lorsqu'une compagnie de chemins de fer, ou une société quelconque, réalisant un emprunt par voie de souscription publique a émis des obligations remboursables par voie de tirage au sort, suivant un tableau d'amortissement inscrit au dos de chaque titre, le terme ainsi établi pour le remboursement de ces obligations doit-il être considéré comme stipulé dans l'intérêt du créancier et du débiteur à la fois, ou dans l'intérêt du débiteur seulement? Autrement dit le débiteur a-t-il le droit de changer l'époque du remboursement et de contraindre les obligataires à recevoir leur dû hors des époques du tableau?

2772. — La négative n'est pas douteuse si l'établissement en cause prétend imposer à ses créanciers ou à certains d'entre eux un paiement plus tardif que celui qu'ils attendent d'après le contrat. Mais qu'en est-il du remboursement par anticipation? La solution du débat est très-simple, quand les titres des obligations portent une clause formelle autorisant l'emprunteur à rembourser avant l'expiration des délais prévus. Cette stipulation n'a rien d'illicite. Aussi ne saurait-on trop en recommander l'emploi aux établissements qui font des emprunts amortissables avec le désir de se dégager avant terme si l'occasion survient. Deux de nos compagnies de chemins de fer, celles d'Orléans et de Lyon, ont pris cette précaution en 1852 et 1857; l'Etat français ne l'a pas davantage omise pour l'emprunt Morgan Décr. 25 oct. 1870, art. 4, S. *Lois annotées* de 1871, p. 11; P. *Lois, décr.*, etc., de 1871, p. 19). A l'inverse, le débiteur ne peut payer par anticipation lorsqu'il se l'est expressément interdit. En un mot, le conflit entre débiteur et créancier n'est guère embarrassant, lorsque le cas a été prévu par des accords explicites.

2773. — Mais souvent les accords de ce genre font défaut, et la difficulté naît. Elle est quelquefois tranchée par une intervention de la puissance publique; il n'est pas sans exemple que, quand un emprunt se trouve en cours d'amortissement, le législateur estime nécessaire de précipiter la libération du débiteur; un acte spécial autorise alors, pour cet emprunt, le remboursement anticipé, sur lequel la convention était restée muette. Ainsi a-t-on procédé dans l'affaire de l'Etat et la Société générale algérienne (L. 26 déc. 1892, art. 15, [S. et P. *Lois annotées* de 1893, p. 616]). — V. *suprà*, v° *Conversion de rentes*, n. 149 et s. — Mais l'immixtion du pouvoir législatif dans les effets d'un contrat déjà conclu a quelque chose de trop anormal pour se concevoir en dehors d'hypothèses d'une gravité exceptionnelle; aussi les lois qui suppléent de la sorte au silence des parties sont-elles très-rares; presque toujours, les tribunaux ont à chercher ailleurs les éléments de leur décision. La règle à suivre leur est tracée par l'art. 1187, C. civ. Selon ce texte, on doit présumer que le terme a été établi uniquement en faveur du débiteur; celui-ci peut donc avancer le paiement : il est censé ne nuire qu'à lui-même et ne porter aucune atteinte aux droits de son cocontractant. Toutefois, la présomption n'a rien d'absolu. Elle repose sur une interprétation de volonté, qui peut être démentie par une clause du contrat ou par les circonstances. Cela posé, tout revient à savoir sous quel aspect on considère les émissions d'obligations amortissables, lorsqu'il n'y a pas eu de convention expresse sur l'effet du terme. Les échéances marquées seront-elles réputées dans l'intérêt exclusif du débiteur, auquel il appartiendrait de hâter sa libération, si bon lui semblait, ou, au contraire, les délais de remboursement ont-ils été fixés pour l'avantage des deux parties, de sorte que l'une ne saurait les changer contre le gré de l'autre?

2774. — Si nous analysons le contrat passé entre les sociétés dont il s'agit et leurs prêteurs, on constate qu'il s'agit d'un prêt à intérêt. Or ce contrat apparaît, tantôt comme un service rendu, tantôt comme un placement. Dans le premier cas, l'intention des parties a été vraisemblablement de permettre le remboursement dès que l'emprunteur se croirait en état de l'opérer. Dans le second, le prêteur ne cherche pas à secourir l'emprunteur, il vise à tirer bon parti d'une somme disponible, moyennant un placement rémunérateur et durable. Dès lors le terme est dans son intérêt aussi bien que dans celui du débiteur. Par suite le débiteur peut d'un côté, mais non de l'autre, anticiper sa libération. Or, les emprunts amortissables faits par les sociétés ou établissements quelconques se rapportent au second type. Le souscripteur qui confie son épargne à une compagnie de chemins de fer ou à une ville ne le fait point par esprit de bienveillance ou de charité; il effectue un placement. Donc le terme convenu lui appartient. Pour écarter cette conclusion, il serait nécessaire de relever ici quelque trait dénotant chez les parties l'intention de ne pas donner aux obligataires le droit que les créanciers ont d'habitude dans les placements. La première considération que l'on fait valoir est la très-longue durée assignée au prêt. Cette durée même, comme M. Planiol l'a fait remarquer (note sous Trib. fédér. suisse 1er mars 1890, De Riedmaten et Cie, D. 92.2.169), rendrait l'opération fort dangereuse si l'emprunteur renonçait au droit que lui confère l'art. 1187, C. civ.; car, y renonçant, il accepterait des charges qui pourraient, à la longue, devenir excessives. S'il en était ainsi, on devrait peut-être condamner cet emprunt se perpétuant pendant trois quarts de siècle ou plus, sans espoir de conversion et d'allègement. Comme on ne saurait présumer tant d'insouciance et de légèreté, il faut admettre, dit-on, là où le contrat ne dit rien, que le débiteur s'est ménagé la faculté de libération à tout instant. Ces considérations ne laissent pas d'avoir leur force; mais d'autres, non moins sérieuses, en neutralisent la valeur. Si, en effet, on sonde les intentions du prêteur, au lieu de scruter celles de son cocontractant, on inclinera aisément à croire que, prêtant pour une longue période, il a voulu profiter de tout le temps prévu. Selon les vraisemblances, il a été séduit par l'extrême stabilité du placement, autant, sinon plus, que par le chiffre des intérêts. N'est-ce donc pas aller contre sa volonté que d'admettre le débiteur à le rembourser avant terme?

2775. — Mais les partisans du remboursement anticipé allèguent d'autres raisons. Ils font valoir, en particulier, le mode d'amortissement employé dans l'opération. Dans un emprunt ordinaire, le créancier sait au juste, dès le jour du contrat, l'époque où il pourra réclamer son capital. Rien de pareil n'existe

lorsque, le prêt ayant revêtu la forme d'une émission d'obligations, le sort doit désigner les titres qui se rembourseront aux échéances successives. L'un quelconque de ces titres peut devenir payable au premier tirage, comme il peut n'être appelé que bien des années plus tard. On peut donc soutenir, avec une certaine apparence de raison, que tout remboursement effectué dans la période d'amortissement est conforme à l'intention des parties. Le débiteur, dirait-on, a promis de verser le capital entre le commencement et la fin de la série d'années qui figure au tableau d'amortissement, et le créancier s'est contenté de cette vague indication. Pourquoi donc le créancier refuserait-il un paiement qu'on lui offre au cours même du temps prévu? Pour peu qu'on le paie dans les larges délais de l'amortissement, il n'a point à se plaindre. — V. Laurent, t. 17, n. 180; Larombière, *Traité des obligations*, t. 3, sur l'art. 1187, n. 4 et 5; Colmet de Santerre, t. 5, n. 110 *bis*; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 956; Delvincourt, t. 2, n. 707; Pardessus, t. 3, n. 1860). Quelque spécieuse que soit cette manière d'argumenter, on reconnaît vite combien elle dénature le contrat. L'individu qui souscrit une obligation n'entend pas le moins du monde être remboursé à un moment quelconque et arbitrairement choisi des années à courir jusqu'à l'achèvement de la période. Il accepte le paiement pour l'époque où le sort désignera son titre. Les tirages sont ainsi une garantie accordée aux créanciers; ils limitent les chances qu'ils courent d'un remboursement hâtif. En supprimant cette limitation, on refait les arrangements des parties sur un modèle nouveau, beaucoup plus favorable au débiteur.

2776. — Mais cette constatation ne termine pas le débat. Souvent, en effet, les obligations sont stipulées remboursables avec une prime plus ou moins forte. Par suite, les obligataires primitifs auraient eu un incontestable profit à être remboursés tout de suite, puisqu'ils auraient par là reçu une grosse prime en plus de ce qu'ils avaient versé. Si à l'époque des premiers tirages l'emprunteur avait proposé de rembourser immédiatement tout le monde, il est certain que personne n'aurait protesté. C'est donc que, au début, l'échelonnement des tirages ne semblait pas être dans l'intérêt des créanciers; c'est qu'on regardait les termes comme profitables au débiteur seul. Ne résulte-t-il pas de là que, aux yeux des contractants, la stipulation des délais s'était analysée en une clause purement protectrice de l'emprunteur, et que, par conséquent, l'emprunteur y pouvait renoncer? Or, le droit qui appartenait ainsi au débiteur lors de la formation du contrat n'a pas disparu dans la suite. — Si cette argumentation était décisive, toutes les obligations à prime pourraient être remboursées, quelque faible d'ailleurs que fût la prime, et par quelque établissement qu'eût été faite l'émission. Il y aurait ainsi nombre de titres dont les porteurs ne devraient plus compter sur un amortissement régulier. Nous ne croyons pas que la vérité soit là. Les défenseurs de la thèse précédente rappellent que les souscripteurs auraient réalisé un beau bénéfice, si, peu de temps après l'émission, l'emprunteur leur avait payé les primes. Mais est-ce une raison d'admettre que ces souscripteurs avaient autorisé leur contractant à s'affranchir du terme en tout temps et quelque tournure que les événements dussent prendre? De ce que les obligataires n'auraient pas refusé un remboursement avantageux, s'ensuit-il qu'ils aient consenti à laisser le débiteur choisir toujours, abstraction faite des dates du tableau d'amortissement, l'époque du paiement, même contre leurs intérêts? L'induction est au moins téméraire, et nous croyons être beaucoup plus près de la pensée des parties, en la traduisant ainsi : le terme avait été stipulé dans l'intérêt des deux contractants, le prêteur se réservant de n'en point exiger l'observation si le paiement anticipé lui était favorable, mais maintenant ses droits pour le cas contraire. — Pour le cas spécial où il s'agit d'obligations à lots, V. *suprà*, v° *Conversion de rentes*, n. 167 et s.

2777. — Notre conclusion sera donc que les prêts amortissables sont, en général, des placements; que, dans les placements le terme est présumé stipulé dans l'intérêt des deux parties, si rien ne prouve qu'il intéresse une seule d'entre elles; que cette contre-preuve ne se dégage d'aucune des circonstances propres aux emprunts litigieux, telles que la durée de l'opération, l'amortissement par le sort et l'existence d'une prime. Dans ces emprunts, le terme doit donc être considéré comme existant dans l'intérêt des deux parties, prêteur et emprunteur.

2778. — Il a été jugé, conformément à notre doctrine, que le terme convenu pour le remboursement d'obligations émises par une compagnie de chemins de fer peut, suivant les stipulations du contrat et les circonstances dans lesquelles ce contrat a été conclu avec le public, être considéré comme ayant été stipulé à la fois dans l'intérêt du créancier et du débiteur. — Paris, 28 nov. 1895, sous Cass., 21 avr. 1896, Chem. de fer de l'Est, [S. et P. 97.1.481, D. 96.1.484] — Trib. Seine, 18 juill. 1895, [*J. des soc.*, 95.518] — Trib. Montargis, 6 juin 1899, [*Rev. des. soc.*, 99. 542] — Trib. Bruxelles, 20 févr. 1888, [*J. des soc.*, 89.383] — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 579; Houpin, t. 1, n. 341; Vavasseur, n. 548 *bis*, et *Rev. des soc.*, 1891, p. 57; Bouvier-Bangillon, *Du remboursement anticipé des obligations* (*J. des soc.*, 1896, p. 193); Waldeck-Rousseau, *Plaidoirie dans l'affaire de la Compagnie des chemins de fer de l'Est* (*Gaz. des Trib.*, 10 juill. 1895); Frèrejouan du Saint, *suprà*, v° *Jeu et pari*, n. 217 et s., d. 304 et s. — *Contrà*, Martin, *Plaidoirie pour la Compagnie de l'Est* (*Gaz. Pal.*, 20-22 juill. 1895).

2779. — Ainsi en est-il dans le cas où une compagnie de chemins de fer a émis des obligations remboursables par voie de tirage au sort annuel, suivant la proportion déterminée par un tableau d'amortissement inscrit au dos de chaque titre; en pareil cas, la commune intention des parties est que les termes successifs de l'amortissement des titres excluent le droit de remboursement facultatif par la compagnie. — Paris, 28 nov. 1895, précité.

2780. — En tout cas, la déclaration des juges du fait à cet égard est fondée sur une interprétation des conventions intervenues entre les parties qui n'en dénature pas les termes, et n'en méconnaît pas le caractère juridique. En conséquence, une compagnie de chemins de fer qui a émis de ces obligations dans ces conditions ne peut, ni rembourser sa dette par anticipation, ni réduire le taux de l'intérêt de ces obligations au regard des obligataires. — Même arrêt.

2781. — Pour savoir si le terme est stipulé en faveur du débiteur, ou aussi en faveur du créancier, les juges du fait doivent apprécier la commune intention des parties, en s'inspirant de la nature du contrat et du but dans lequel il a été formé. — Bruxelles, 26 avr. 1893, Chem. de fer d'Entre-Sambre-et-Meuse, [S. et P. 96.4.14]

2782. — Ainsi, lorsqu'une société commerciale, spécialement une compagnie de chemins de fer, fait appel au public et émet des obligations remboursables à une époque déterminée et conformément à un tableau d'amortissement, et produisant un intérêt dont le taux est proportionné au crédit de la société emprunteuse, on doit admettre que, si la société, en stipulant un terme, a eu pour but de s'assurer pendant le temps déterminé la possession des capitaux dont elle a besoin, les preneurs d'obligations, de leur côté, ont compté que, pendant le même laps de temps, ils toucheraient les intérêts convenus, et qu'ils ne pourraient être remboursés que dans les conditions énoncées sur le titre même. — En conséquence, la société n'a pas le droit de rembourser ses obligations par anticipation. — Même arrêt.

2783. — Jugé encore que l'art. 1187, C. civ., d'après lequel le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, ne saurait recevoir une application générale et absolue en matière commerciale. — Ainsi, le porteur d'obligations d'une société de commerce remboursables par annuités et par voie de tirage au sort, ne peut être contraint de recevoir son remboursement avant l'époque fixée, alors surtout qu'il résulte de circonstances (notamment de la cessibilité des actions par endossement, du taux de l'intérêt à 6 p. 0/0, et surtout d'une faculté de prorogation de délai accordée à l'obligataire dont le titre est sorti), que le terme a été stipulé aussi en faveur de l'obligataire. — Nancy, 10 juill. 1882, Soc. Bichelberger, [S. 83.2.237, P. 83.1.1208, D. 83. 2.165] — V. aussi la note de M. Labbé, sous Cass., 18 avr. 1883, Chemins de fer des Charentes, [S. 83.1.441, P. 83.1.1121]

2784. — Mais il a été jugé, d'autre part, que la disposition d'après laquelle le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été convenu en faveur du créancier, ne constitue pas une simple règle d'interprétation, mais une prescription générale dont l'effet ne peut être détruit que par la preuve contraire incombant exclusivement au créancier. — Trib. cantonal de Vaud, 16 mai 1894, Piguet et Cie, et Von Ernst et Cie, [S. et P. 95.4.6]

2785. — ... Qu'en matière d'obligations de compagnie de chemins de fer remboursables avec une prime et suivant un tableau d'amortissement, le terme doit être considéré comme ayant été stipulé exclusivement en faveur de la compagnie débitrice, qui a

droit dès lors de procéder à un remboursement anticipé. — Même jugement. — V. dans le même sens Bordeaux, 21 août 1877, sous Cass., 29 juill. 1879, Fressengeas, [S. 80.1.109, P. 80.245, D. 80.1.38] — Bruxelles, 18 févr. 1888, Van der Rest, [D. 89. 2. 221] — Trib. Bruxelles, 9 févr. 1899, *Pasicr.*, 99.3.94 — Trib. Bruges, 6 mars 1899, [*Pasicr.* 99.3.114] — *Revue pratique des sociétés de Belgique*, 1890, p. 215 et s., 1893, p. 182

2786. — Il résulte de l'ensemble des décisions que nous venons de citer que la jurisprudence des cours d'appel et des tribunaux est divisée sur la question que nous venons d'examiner : les deux thèses en principe ont prévalu l'une et l'autre devant des juridictions différentes, françaises et étrangères, et la Cour de cassation, maintenant une jurisprudence constante affirmée par un arrêt du 29 juill. 1879, précité, et par l'arrêté précité du 21 avr. 1896, a décidé que la question était une pure question de fait, et qu'il convenait de laisser les tribunaux absolument maîtres de traduire à leur gré les conventions d'amortissement. Cette liberté explique les divergences de la jurisprudence. Cependant le péril qui pourrait résulter de ces divergences est moindre qu'il ne paraît de prime abord, et probablement les décisions judiciaires ne se heurteront pas autant qu'on pourrait le craindre.

2787. — En effet, comme les six grandes compagnies de chemins de fer et les sociétés les plus considérables ont leur principal établissement à Paris, c'est là que devront les poursuivre ceux de leurs obligataires qu'elles prétendraient rembourser. Les procès analogues à celui qui vient d'être rapporté, ou du moins les plus notables d'entre eux, aboutiront donc, comme lui-même, à la cour de Paris. Or, après les débats approfondis qui ont eu lieu devant elle, cette cour a rendu un arrêt qui a toute la valeur d'une décision du principe (V. *suprà*, n. 2778). — V. en faveur de notre opinion, note de M. Chavegrin, sous Cass., 21 avr. 1896, précité; Badon-Pascal, *Des titres au porteur, historique et législation des obligations de chemins de fer, du remboursement anticipé*, p. 46 et s., et *Traité des obligations de chemins de fer*, n. 43 et s.; Conclusions de M. le commissaire du Gouvernement, Arrivière, devant le Conseil d'Etat, sous Cons. d'Et., 7 déc. 1894, Compagnie algérienne et liquidation de la Société générale algérienne, [S. et P. 96.3.89] — V. toutefois en sens contraire, Planiol, note sous Trib. fédéral suisse, 1er mars 1890, De Riedmatten et Cie, [D. 92. 2.170] — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 984. Ces auteurs approuvent la jurisprudence de la Cour de cassation qui laisse aux juges du fait un souverain pouvoir d'appréoiation.

§ 3. *Du remboursement et de l'amortissement des obligations.*

2788. — La question du remboursement des obligations doit être examinée dans quatre cas : en cas d'amortissement normal, en cas de faillite de la société, en cas de dissolution anticipée de la société, volontaire ou par cas de force majeure.

1° *De l'amortissement normal.*

2789. — I. *Formes de l'amortissement.* — On peut distinguer trois procédés d'amortissement : l'amortissement en bloc, l'amortissement à diverses époques ou graduel d'un nombre fixe d'obligations, l'amortissement graduel d'un nombre variable d'obligations. Tout amortissement suppose une *annuité :* l'annuité est l'ensemble des sommes que la société consacre chaque année au service; elle comprend donc deux parties : l'une, consacrée à l'intérêt, l'autre au remboursement ou à la reconstitution graduelle du capital, c'est-à-dire à l'amortissement : on appelle aussi cette fraction plus spécialement *fonds d'amortissement* ou encore *amortissement.*

2790. — a) *Amortissement en bloc.* — Au lieu de rembourser immédiatement ou graduellement les obligataires, la société placera à intérêts composés, au taux même de l'emprunt, les sommes destinées à l'amortissement, continuera à servir les intérêts de toutes les obligations et à l'expiration du délai fixé remboursera en bloc l'emprunt tout entier. Le mécanisme de cet amortissement repose donc sur la force reproductrice de l'intérêt composé, qui permet au bout d'un temps relativement court de reconstituer un capital considérable : il se rencontre peu en Europe, mais est assez usité en Amérique. — Brasilier, *Traité mathématique des placements et emprunts à long terme;* Charlon, *Traité mathématique des opérations financières;* Cugnin, *Théorie et pratique de l'intérêt et de l'amortissement;* Léon Marie, *Traité mathématique et pratique des opérations financières.*

2791. — b) *Amortissement graduel d'un nombre fixe d'obligations.* — Il consiste à rembourser périodiquement un nombre toujours égal de titres; une somme sera donc toujours réservée dans l'annuité à l'amortissement, mais le montant des annuités successives sera variable parce que, par suite des remboursements la fraction destinée au paiement de l'intérêt se réduira à chaque échéance; la diminution annuelle sera égale aux intérêts des obligations amorties chaque année. Soit 4,000 obligations remboursables à 500 fr. en quatre-vingts ans par fractions de 50 obligations par an, et rapportant 15 fr. d'intérêt annuel. La première annuité sera formée des intérêts, soit 15 × 4,000 = 60,000 fr., plus le montant de 50 obligations remboursables, soit 25,000 fr. au total 85,000 fr.; chaque année l'annuité diminuera de 750 fr., intérêts de 50 obligations payées l'année précédente, de sorte que la dernière annuité ne comprendra plus que le capital de 50 obligations et les intérêts, soit 25,750 fr. Ce procédé a été abandonné. — Cugnin, n. 120; Marie, p. 376 et s.; Brasilier, t. 2, p. 32.

2792. — c) *Amortissement graduel d'un nombre variable d'obligations.* — Le grave inconvénient du précédent système, c'est de faire peser sur les premières années des emprunts une charge considérable; au contraire, avec le troisième procédé on répartit sur toute la durée de l'emprunt une charge à peu près égale. La société va exécuter ses obligations par le service d'une annuité constante; le chiffre de cette annuité constante se déterminera en tenant compte du capital à rembourser, de l'intérêt à servir, et du délai fixé pour l'amortissement; c'est le fonds d'amortissement. Il est facile de comprendre que cette fraction de l'annuité qui est le fonds d'amortissement s'augmentera chaque année d'une façon *constante*, de la portion d'intérêts qui ne doit plus être affectée aux obligations amorties, et par suite la fraction de l'annuité consacrée aux intérêts diminue d'autant, ce qui permet d'augmenter chaque année le nombre des obligations amortissables, l'annuité restant cependant constante.

2793. — En d'autres termes, à la fin de la première année l'annuité comprend l'intérêt du capital emprunté plus un fonds d'amortissement; en déduisant cet amortissement du capital, on a le capital dû au commencement de la deuxième année; en défalquant les intérêts de ce capital ainsi diminué de l'annuité, on a l'amortissement de la deuxième année et ainsi de suite; on arrive ainsi à une progression géométrique croissante. En pratique, des tables ont été établies qui, pour un capital, un taux d'intérêt, une durée déterminés, donnent immédiatement l'annuité. — Brasilier, *op. cit.*, t. 1, p. 34; Charlon, *op. cit.*, n. 43, p. 46; Cugnin, n. 110 et 111; Marie, *op. cit.*, p. 367 et s.

2794. — Il est inutile d'entrer dans les mêmes détails de calculs pour les obligations à primes ou à lots; le calcul des annuités se fera d'après les mêmes principes. Pour les obligations à primes on prendra pour base le capital remboursable ou capital *nominal* et le taux d'intérêt *nominal.* Pour les obligations à lots on ajoutera à chaque annuité une somme égale au montant des lots. — V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 76 et s.

2795. — Signalons, en terminant, le système de l'*annuité terminable*, fort répandu en Angleterre et en Italie; la société fournit aux obligataires un supplément d'intérêts moyennant quoi ils renoncent au remboursement; à eux de placer ce supplément d'intérêts pour arriver à la reconstitution de leur capital; c'est un placement à fonds perdu, une sorte de rente viagère. — Léon Say, Foyot et Lanjalley, *Dict. des fin.*, vis *Amortissement*, *Annuité*, *Annuités terminables;* Leroy-Beaulieu, *Traité des fin.*, t. 2, p. 310 et s.

2796. — II. *Nature juridique et effets de l'amortissement.* — L'amortissement est un paiement, il faut donc appliquer les règles du paiement, notamment en ce qui concerne la capacité de celui qui recevra le paiement, les précautions à prendre s'il s'agit de titres au porteur, les justifications à exiger s'il s'agit de titres nominatifs.

2797. — Des difficultés se présenteront lorsque la propriété au titre aura été démembrée, notamment en cas d'usufruit. Quels seront les droits de l'usufruitier sur la prime et sur le lot? — V. *infrà*, v° *Valeurs mobilières.*

2798. — L'effet de l'amortissement est que l'obligataire ne peut plus demander que le remboursement de son titre; il n'a plus droit aux intérêts en d'autres termes, il n'y a pas d'obligations de jouissance, comme il y a des actions de jouissance. Ceci nous amène à examiner quelques difficultés spéciales soulevées par l'amortissement des obligations.

2799. — *Quel est l'effet de la négociation d'une obligation amortie et remboursée?* — La réponse ne saurait faire de doute : que la cession ait eu lieu par erreur ou par fraude, elle est nulle d'une nullité radicale pour défaut d'objet (C. civ., art. 1108 et 1601). — Trib. comm. Seine, 8 déc. 1897, [*J. des soc.*, 98.187]; — 21 déc. 1892, [*Gaz. des Trib.*, 22 déc. 1892]; — 12 nov. 1897, [*Gaz. des Trib.*, 27 déc. 1897]

2800. — *Quel est l'effet de la négociation d'une obligation amortie, mais non remboursée et cédée dans l'ignorance de l'amortissement?* — Ici également il n'y a qu'à appliquer les principes généraux, la cession est nulle pour erreur sur la substance de la chose (C. civ., art. 1110). En effet, l'acheteur croyait acquérir une valeur productive d'intérêts et pas encore exigible, le vendeur de son côté croyait vendre une obligation non amortie. Les parties doivent donc être remises au même état que s'il n'y avait pas eu vente. Le vendeur pourra demander l'annulation de la cession pour obtenir la restitution de son titre; il devra naturellement indemniser l'acheteur non seulement du prix d'acquisition et des frais, mais encore du préjudice qu'il subit et de la dépense qu'il sera obligé de faire pour acheter une obligation de la même société. — Trib. Seine, 17 août 1865, Poëbr, [S. 66.2.33, P. 66. 108, D. 65.3.78] — Paris, 2 janv. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.296]; — 2 juill. 1891, [*Rev. des soc.*, 92.22] — Buchère, p. 809; Deloison, *Tr. des val. mob.*, n. 413. — V. Guillouard, *Tr. de la vente*, t. 1, n. 429.

2801. — Jugé qu'est nulle pour erreur sur la substance la vente de titres au porteur remboursables par voie de tirage au sort, lorsqu'au moment de cette vente, ce titre était déjà sorti à un précédent tirage. — Paris, 19 juill. 1890, Terras, [S. 91.2.81, P. 91.1.459, D. 92.2.257]

2802. — L'acheteur pourra agir contre l'agent de change qui a effectué la négociation du titre amorti : en effet, il l'avait chargé d'acheter un titre productif d'intérêt et non amorti, l'agent de change devait donc vérifier les listes de titres amortis; il a manqué à ses obligations. Le vendeur au contraire ne peut pas se retourner contre l'agent de change qui n'était pas tenu, vis-à-vis de lui, de vérifier la validité du titre qu'il le chargeait de négocier.

2803. — Jugé que l'agent de change qui a opéré la négociation de titres amortis est responsable de la nullité de la vente envers l'acheteur. Il ne peut invoquer, à l'encontre de cette responsabilité, une circulaire de la chambre syndicale des agents de change limitant au tirage suivant la livraison, la responsabilité de celui qui a livré un titre sorti au tirage alors que cette circulaire, d'ailleurs ancienne, et dont la chambre syndicale a depuis refusé l'exécution, a seulement le caractère d'un document d'ordre intérieur ne faisant pas partie des règlements qui déterminent les rapports des agents de change avec les tiers. — Paris, 19 juill. 1890, précité.

2804. — Mais l'agent de change peut exercer un recours en garantie contre le vendeur dont il tient les titres, sauf le recours de celui-ci contre son cédant. — Même arrêt.

2805. — Pour déterminer à la charge de qui doit retomber la responsabilité de la vente du titre sorti au tirage, il faut rechercher celui des vendeurs qui a livré les titres à l'époque où ils avaient cessé d'être négociables. — Même arrêt.

2806. — L'hypothèse que nous venons d'examiner est plus vraisemblable qu'on ne pourrait le supposer : il peut très-bien arriver que le possesseur d'une obligation sortie au sort ignore l'amortissement; sans doute la société doit avertir ses obligataires de l'amortissement de leurs titres; mais ce qu'elle peut faire facilement pour les obligations nominatives moyennant une notification individuelle, elle ne pourra le faire pour les obligations au porteur qu'au moyen d'une publicité qui risque d'être inefficace (affichage, insertions dans les journaux).

2807. — *Qu'arrivera-t-il si une société néglige de rembourser un titre amorti et continue à en payer les intérêts?* — On vient de voir comment il peut arriver qu'un porteur d'obligation ignore l'amortissement de son titre. D'autre part, il peut se faire que la société ou le banquier auquel il s'adresse pour le paiement de son coupon d'intérêts néglige de comparer le numéro du titre dont il est détaché avec les titres amortis, et continue ainsi à payer les intérêts de ce titre amorti. Ce n'est pas une hypothèse chimérique; on peut supposer que la société espérait se libérer à terme uniquement par le paiement des intérêts, tout en continuant à jouir du capital. Il peut se faire également qu'il y ait dans les conditions de l'emprunt une clause d'après laquelle l'obligataire sera déchu de son droit au remboursement s'il ne le demande pas dans un certain délai à partir de l'amortissement : la société n'aurait ainsi qu'à attendre la prescription. Dans ce cas, la société pourra-t-elle répéter les intérêts servis, ou plus pratiquement retenir sur le capital à rembourser ces intérêts?

2808. — Avant la loi du 1er août 1893, la jurisprudence décidait le plus généralement la question par l'affirmative. — Cass., 29 juill. 1879, Fressengeas, [S. 80.1.109, P. 80.1.245, D. 80.1. 39]; — 13 mai 1889, Compt. d'Escompte de Paris, [D. 90.1.277]; — 14 janv. 1890, Lefèvre-Pontalis, [D. 90.1.326] — Renne, 16 nov. 1885, [*Rev. des soc.*, 86.116] — Nancy, 28 oct. 1890, Crédit foncier de Russie, [S. 91.2.11, P. 91.1.95, D. 91.2.365] — Trib. comm. Seine, 14 avr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.345]; — 14 mars 1888, [*Rev. des soc.*, 89.154]; — 26 janv. 1889, [*Rev. des soc.*, 89. 151] — Trib. civ. Seine, 15 mars 1885, [*Rev. des soc.*, 85.640]

2809. — Jugé que le département qui a contracté un emprunt au moyen de l'émission d'obligations remboursables par voie de tirage au sort et qui a stipulé que les coupons d'intérêt afférents aux obligations sorties cesseraient d'être dus est fondé à réclamer la restitution de certains de ces coupons payés par erreur, et qu'il a le droit d'en imputer le montant sur le capital des obligations devenues exigibles. — Cass., 29 juill. 1879, précité.

2810. — Tous les auteurs et quelques tribunaux se prononçaient au contraire en faveur des obligataires. — Trib. comm. Seine, 14 avr. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.493] — Trib. corr. Nantes, 3 janv. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.298] — Trib. civ. Foix, 26 mars 1887, Barbe, [D. 88.3.8] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 661 *bis*; Buchère, n. 811 et s.; Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1889, p. 471 et s.; et *Econom. franç.*, 10 nov. 1889, p. 604 et s.; Bouvier-Bangillon, *Comment. de la loi du 1er août 1893*, p. 187 et s.; Montagnon, *Ann. de dr. comm.*, 1887; Chavegrin, note sous Rennes, 16 nov. 1885, précité. — C'est cette interprétation équitable qu'a consacrée la loi nouvelle.

2811. — Deux cas doivent être distingués : a) *Il n'y a aucune stipulation spéciale.* — Il n'y a plus de discussion possible depuis la loi du 1er août 1893, qui a ajouté en effet à la loi de 1867 un art. 70 ainsi conçu : « Dans les cas où les sociétés ont continué à payer les intérêts ou dividendes des actions, obligations ou tous autres titres remboursables par suite d'un tirage au sort, elles ne peuvent répéter ces sommes, lorsque le titre est présenté au remboursement ». Donc, désormais la société ne pourra retenir sur la somme à rembourser les intérêts qu'elle a payés depuis la sortie du titre au tirage au sort.

2812. — b) *Il y a une stipulation expresse.* — La société a inséré dans les conditions de l'emprunt une clause portant que l'obligataire doit vérifier les listes de tirage et rembourser à la société les intérêts qu'il aurait reçus après l'amortissement de son titre, et l'obligataire en souscrivant l'emprunt a donné son adhésion à cette stipulation, ou bien encore la même condition est stipulée sur les quittances d'intérêts.

2813. — Avant 1893 la jurisprudence considérait cette clause comme valable (V. *suprà*, n. 2808) : elle ne l'annulait qu'en cas de dol ou de faute lourde de la société, notamment, quand la société négligeait de notifier l'amortissement au porteur d'une obligation nominative. La loi de 1893 a-t-elle modifié ces solutions? Nous ne le pensons pas. On peut, en faveur de cette opinion s'appuyer sur les travaux préparatoires de la loi; le Sénat a, en effet, repoussé l'addition déjà demandée par le congrès international des sociétés par actions (Résolution XXX « nonobstant toute convention contraire » (*J. off.*, 1893, Déb. parl., Sénat). — Lyon-Caen et Renault, *Comment. de la loi du 1er août 1893*, p. 36-39; Bouvier-Bangillon, *op. cit.*, p. 192. — *Contrà*, Vavasseur, *ibid.*, p. 38; Faure, *ibid.*, p. 173 et s.

2814. — Il est permis de le regretter. Cette clause est évidemment très-dangereuse pour les obligataires; elle facilite la négligence et même la fraude des sociétés, et devrait être déclarée contraire à l'ordre public. C'est ainsi que l'avait considérée la proposition de loi de M. La Martinière du 22 mars 1890 (art. 1) (V. Chambre, Doc. parl., 1891, Annexe n. 1341).

2815. — Pour éviter les effets de la loi de 1893, les sociétés font en général signer aux obligataires qui viennent toucher leurs coupons d'intérêts la déclaration « qu'ils ont pris connaissance des listes du tirage ». La raison que nous venons de donner ne permet pas de considérer cette clause autrement que comme valable. Elle réduit les prescriptions de la loi à l'état de lettre morte.

2° De l'amortissement en cas de faillite ou de liquidation judiciaire.

2816. — La faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait naître, en ce qui concerne les obligations, deux questions du plus grand intérêt : 1° quelle est la situation des obligataires dans la faillite de la société par rapport aux autres créanciers; 2° Pour quelle somme peuvent-ils être admis au passif de la société.

2817. — *Première question. — Quelle est la situation des obligataires dans la faillite de la société par rapport aux autres créanciers?* — La faillite de la société est de nature à entraîner de nombreux inconvénients pour les obligataires. Normalement ils sont des créanciers chirographaires et font partie de la masse des créanciers. Sans doute, on peut leur conférer une hypothèque (V. *suprà*, n. 2690 et s.); mais l'exécution de l'hypothèque entraînerait pour la société l'impossibilité de continuer son entreprise : or, si peu d'espoir que l'on ait dans le relèvement de la société, les obligataires qui ont voulu faire des placements à long terme ont tout intérêt à renoncer à leur hypothèque pour venir en qualité de créanciers chirographaires et pouvoir voter le concordat, qui est la seule solution admissible pour eux, car l'union aboutirait à une vente pour un prix le plus souvent dérisoire. Mais d'autre part, à raison même de leur nombre considérable, ces obligataires ne seront en position, par suite du défaut d'entente, ni de surveiller la procédure de la faillite, ni d'entrer en discussion avec la société sur ses propositions de concordat. Ils accepteront donc immédiatement les premières offres de la société et voteront le concordat : comme ils seront toujours en majorité sur les autres créanciers de la société, le concordat sera sûrement accordé. Il y a là pour les obligataires une situation fâcheuse : il est nécessaire de les protéger. — Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1894, p. 84 et 85. — V. Leroy-Beaulieu, *l'Economiste français*, 13 déc. 1884; Vavasseur, *Bull. de la soc. de lég. comp.*, p. 329 et s.; Pic, *Traité de la faillite des sociétés commerciales*, p. 83 et s.

2818. — Il faut encore faire observer que le syndic, qui a la mission de représenter les intérêts communs à l'ensemble des créanciers chirographaires, ne pourra pas représenter les obligataires quand leurs intérêts seront différents de ceux des autres créanciers. — Cass., 16 janv. 1878, Synd. de la Société des verreries de Gaillac, [D. 79.1.209]

2819. — *Premier moyen. — Syndicats ou sociétés civiles d'obligataires.* — On ne pouvait manquer d'employer également ici le groupement des obligataires. On les a groupés en syndicats : ces syndicats formés après faillite sont, croyons-nous, de véritables sociétés civiles. Il y a d'abord un apport qui consiste dans une cotisation minime exigée de chacun des adhérents : il y a aussi un bénéfice à réaliser : on ne saurait dire en effet, comme pour les groupements avant faillite, qu'il n'y a pas bénéfice à réaliser, mais simple perte à éviter, *certant de damno vitando*. C'est qu'ici la perte est inévitable : les obligataires n'ont droit qu'à un dividende plus ou moins élevé, le bénéfice consistera à faire que ce dividende soit plus élevé. — V. Juglar, *op. cit.*, p. 39 et s., 104 et 105.

2820. — Cette société aura des représentants nommés par les obligataires, choisis parmi eux, révocables, et dont la mission sera de surveiller la faillite, d'en tenir au courant les obligataires, de les convoquer pour cela en assemblée d'obligataires, de les renseigner particulièrement sur les propositions de concordat, de les discuter, mais non pas évidemment de les voter; ce droit n'appartient qu'aux obligataires eux-mêmes.

2821. — Il est regrettable que le projet de 1903 ne nous fournisse aucun éclaircissement sur cette importante question de la représentation collective des obligataires en cas de faillite. Loin de consacrer expressément la jurisprudence actuelle, très-équitable, et d'exiger la réunion de l'assemblée des obligataires pour étudier préalablement les propositions concordataires, l'art. 14 contient même une disposition énigmatique qui pourrait plutôt être interprétée comme impliquant la disparition, en présence de la faillite, de l'assemblée des obligataires, expressément reconnu par le projet lorsque la société est *integri juris* : « Les dispositions des articles précédents cessent d'être applicables en cas de liquidation judiciaire ou de faillite de la société... ». Est-ce à-dire que désormais les obligataires n'auront plus pour défenseur que le syndic, ou le liquidateur placé en face du syndic si la société est en faillite et dissoute? *A priori* c'est inadmissible, car le syndic ne peut représenter à la fois la masse des créanciers ordinaires, et les obligataires, qui ont des intérêts distincts, et quant au liquidateur, il est l'agent de la société, des actionnaires, et non celui des obligataires. Il est donc très-difficile de donner à la formule précitée un sens satisfaisant.

2822. — Signalons encore une fois ici le système de M. Thaller d'après lequel, les obligataires formant de plein droit une société qui est la contre-partie de la société emprunteuse (V. *suprà*, n. 2552), la société d'obligataires ne pourra plus vivre sans cette dernière, et, comme elle, devra par conséquent être dissoute : un liquidateur sera nommé qui représentera *tous* les obligataires, qui, dès lors, votera pour la solution de la faillite en ne comptant dans la majorité numérique que pour une voix. Mais comme il représentera presque toujours les deux tiers de la totalité des créances, les autres créanciers ne formeront que la minorité en capital, et il faudra une entente complète entre le liquidateur et les autres créanciers pour aboutir au concordat. Cette entente sera difficile à réaliser; le remède est donc pire que le mal. — Buchère, *Des droits des obligataires d'une société commerciale en cas de faillite de la société* (J. des soc., 1895, p. 157 et s.).

2823. — *Deuxième question. — Pour quelle somme les obligataires seront-ils admis au passif de la faillite?* — Cette question ne fait pas difficulté pour les obligataires ordinaires, c'est-à-dire remboursables au même taux que le taux d'émission : ils seront évidemment admis au passif de la faillite pour le montant de leur titre. Mais il y a au contraire une controverse célèbre en ce qui concerne les obligations à primes ou à lots. Nous l'examinerons tout d'abord pour les obligations à primes. En raison, trois systèmes peuvent se concevoir : les obligataires produiront pour le prix d'émission, ou bien pour le taux nominal, c'est-à-dire pour la prime entière, ou bien, système intermédiaire, pour le taux d'émission plus une indemnité. Les trois systèmes ont été soutenus.

2824. — *Système de la production limitée au capital d'émission.* — Les obligataires ne pourront produire que pour le taux d'émission des obligations. Ce système n'a plus qu'un intérêt historique : il n'a rencontré aucun adhérent ni en doctrine, ni en jurisprudence, et n'a été soutenu que par les syndics de faillite, dont l'intérêt était évidemment de diminuer le plus possible le passif de la faillite au profit des autres créanciers et des actionnaires. Mais, s'il est vrai de dire que le taux d'émission correspond bien à la somme prêtée, il est loin de correspondre à ce qui est dû; et à moins de nier d'une façon absolue la validité des obligations à primes, il faut bien admettre que ce qui est dû c'est le capital nominal, ou tout au moins le taux d'émission grossi de la plus-value acquise au moment de la faillite. Un pareil système est contraire absolument à l'équité. — V. pour l'exposé du système et sa réfutation, J. *Le Droit*, 7 avr. 1875, et tous les auteurs cités *infrà*.

2825. — C'est cependant à cette solution qu'aboutirait logiquement, semble-t-il, le système du droit des obligataires de M. Thaller (*loc. cit.*, p. 83 et s.); l'emprunteur d'après lui n'a promis qu'une chose : le remboursement de ce qui lui a été prêté et des annuités convenues d'intérêts (coupons et amortissement compris) : peu lui importe l'opération d'ordre purement intérieur par laquelle la société anonyme de prêt, formée par les obligataires, fait sortir les primes de ces intérêts. Ce qui est certain, c'est que la faillite arrêtant le cours des intérêts (C. comm., art. 445), ces intérêts cessent d'être dus et la société emprunteuse reste débitrice uniquement du capital réellement reçu. Nous avons déjà repoussé le point de départ de ce système : nous ne saurions davantage en admettre la conséquence.

2826. — *Système de la production pour le capital nominal.* — Les obligataires pourront produire pour le taux de remboursement, par conséquent pour la totalité de la prime. On dit que la faillite rend exigibles les dettes à terme (C. comm., art. 444; C. civ., art. 1188); l'obligataire est créancier à terme du capital de remboursement; la faillite emportant déchéance du terme, il devient créancier immédiat de ce capital de remboursement. — Lyon, 8 août 1873, Déconfit. de la Cie des mines d'Unieux et de Fraisse, [S. 74.2.105, P. 74.473, D. 74.2.201] — Trib. comm. Seine, 30 sept. 1861, Faillite des chem. de fer de Graissessac et Béziers, sous Cass., 10 août 1863, Van Linden, [S. 63.1.428, P. 63.1129, D. 63.1.349] — Regnault et Valframbert, *Du droit des obligataires sur le prix du rachat des chemins de fer*, p. 13 et s.; Berr, *Des obligat. émises par les sociétés, les communes, les départements et l'Etat*, p. 173-175; Buot de l'Epine, *op. cit.*, p. 56 et s; Juglar, *op. cit.*, p. 62 et s.

2827. — Si le système précédent était trop favorable à la

masse des créanciers de la faillite, à l'inverse celui-ci fait une situation privilégiée aux obligataires. Il est inadmissible qu'un créancier puisse produire dans la faillite pour une somme supérieure à la valeur vénale de sa créance déterminée par la cote de la Bourse. Sans doute, il s'agit d'une créance à terme; mais il faut reconnaître que c'est une espèce particulière de créance à terme, puisque cette créance, à l'arrivée du terme, augmente d'une certaine somme à la différence des créances à terme ordinaires; ce qui permet de dire que la durée du prêt est une condition essentielle au contrat et la cause même du droit à la prime : le prêteur n'a droit à la prime que successivement, dans la mesure où la société jouit du capital qu'il a versé. — V. les auteurs et les décisions cités *infrà*.

2828. — *Système intermédiaire.* — La jurisprudence et la grande majorité des auteurs admettent que l'obligataire pourra produire à la faillite pour le taux d'émission de leurs obligations, augmenté d'une certaine somme représentant la valeur supplémentaire que les obligations ont prise depuis l'émission. Quelle que soit l'opinion que l'on ait sur le mode de constitution de la prime, qu'elle soit une capitalisation d'intérêts ou un prélèvement sur les résultats annuels (V. *suprà*, n. 2637 et s.), elle doit toujours être considérée comme un supplément de rémunération du prêt dont l'exigibilité et la formation intégrale sont subordonnées à la continuation de la société : la société venant à disparaître et créant une situation égale pour tous les créanciers, ce n'est *que pour le montant de la prime déjà acquis au moment de la faillite* que les obligataires pourront produire à la faillite. — Cass., 10 août 1863, précité; — 25 mai 1891, Faill. du chem. de fer du Tréport à Abancourt, [S. 91.1.530, P. 91.1.1289, D. 91.1.371] — Paris, 23 mai 1862, Faill. du chem. de fer de Graissessac à Béziers, [S. 62.2.327, P. 62.1048, D. 63.1.350]; — 25 mars 1868, Faill. du chem. de fer de Libourne à Bergerac, [S. 68.2.287, P. 68.1032] — Douai, 24 janv. 1873, Déconfit. des houillères de Fiennes et d'Hardinghem, [S. 73.2.245, P. 73.1056, D. 74.2.103] — Paris, 13 nov. 1888, sous Cass., 25 mai 1891, précité; — 29 juin 1893, Déconfit. de la Comp. du canal de Panama, [D. 94.2.437] — Trib. Seine, 22 juin 1867, Faill. du chem. de fer de Libourne à Bergerac, [S. 68.2.287, P. 68.1032]; — 19 nov. 1874, Faill. du Crédit foncier et commercial suisse, [J. *Le Droit*, 30 janv. 1875]; — 31 mars 1875, Faill. des Usines à gaz réunies, [J. *Le Droit*, 7 avr. 1875]; — 10 avr. 1878, sous Paris, 28 janv. 1879, Faill. des chem. de fer de Vendée, [S. 79.2.52, P. 79.231, D. 80.2.25]; — 25 juin 1879, Faill. des Usines à gaz réunies, [S. 83.2.239, P. 83.1.1220]; — 30 oct. 1886, sous Cass., 25 mai 1891, précité; — 25 juin 1890, 15 mai et 18 juill. 1891, 26 janv. 1893, déconfit. de la Comp. du canal de Panama, [*Gaz. des Trib.*, 4 juill. 1890, 27 janv. et 9 févr. 1893] — *Sic*, Buchère, *Val. mob.*, n. 491 et 493, p. 243 et s.; Boistel, n. 934, p. 667 et 668; Alauzet, t. 7, n. 2486; Dutruc et Laroque-Sayssinel, t. 1, n. 261, p. 388 et s.; Vavasseur, *Soc.*, t. 1, n. 548, p. 326 et 327; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 2, n. 2700, p. 681 à 683, et *Traité*, t. 2, n. 581, p. 388 et s.; Deloison, *Soc.*, t. 1, n. 301, p. 360; Levillain, note sous Paris, 28 janv. 1879, [D. 80.2.25]; Léchopié, dans J. *Le Droit*, 5 août 1881; Houpin, t. 1, n. 80, p. 38 et 39; Demolombe, consultat. sous Caen, 10 août 1882, Chém. de fer nantais, [S. 83.2.116, P. 83.1.929]; Labbé, note sous Cass., 18 avr. 1883, Chem. de fer des Charentes, [S. 83.1.441, P. 83.1.681]; Pic, p. 108 et s.

2829. — Mais la difficulté est de déterminer cette portion acquise de la prime. Avant toutes choses, il faut déterminer le taux d'émission. Jugé, à cet égard, que le taux d'émission des obligations d'une société industrielle est celui auquel le public a été admis à les souscrire, alors même que l'intégralité de ces obligations aurait été cédée à un banquier par la compagnie à un taux inférieur, si d'ailleurs, dans l'appel au public, le banquier a figuré comme chargé seulement de l'émission des titres, et s'il n'est pas établi que les souscripteurs aient eu connaissance de la vente passée au banquier. — Paris, 25 mars 1868, précité. — Quant au mode de calcul de la portion de prime pour laquelle les obligataires ont le droit de produire à la faillite (ou à la liquidation judiciaire) en sus du taux d'émission, plusieurs systèmes ont été proposés.

2830. — *Première solution.* — Les obligataires pourront produire, en sus du capital d'émission, pour une somme égale au total des différences annuelles entre l'intérêt réellement payé et l'intérêt que le capital aurait rapporté au taux de 6 p. 0/0 (aujourd'hui 5 0/0, L. 7 avr. 1900), c'est-à-dire au maximum de l'intérêt conventionnel qui aurait pu être stipulé.

2831. — Les porteurs d'obligations d'une société industrielle stipulées remboursables dans un certain délai à un taux supérieur à celui de l'émission n'ont droit, au cas de faillite de la société avant l'expiration de ce délai, d'être admis au passif que pour le prix d'émission de ces obligations, et non pour le prix auquel elles devaient être remboursées : l'art. 44, C. comm., d'après lequel la faillite rend exigibles les dettes non échues, est inapplicable à l'augmentation du capital dont les obligations devaient bénéficier par l'expiration d'un délai qui formait l'élément même de cette augmentation et qui ne s'est pas accompli. Seulement il peut y avoir lieu d'allouer aux porteurs la différence entre l'intérêt au taux légal et l'intérêt attaché aux obligations. — Paris, 23 mai 1862, précité.

2832. — En admettant même que la prime soit constituée par des intérêts retenus et capitalisés, ce système est arbitraire, car on ne sait quels intérêts les obligataires auraient stipulés, et il ne se conçoit même plus aujourd'hui depuis que la loi du 12 janv. 1886 a aboli la limitation du taux de l'intérêt.

2833. — *Deuxième solution.* — La précédente base d'évaluation fut légèrement modifiée par la Cour de cassation à propos de la même affaire; elle posa le principe d'une double indemnité à ajouter au taux d'émission : la fraction d'intérêts réservés jusqu'au jour de la faillite, et en outre une indemnité représentative de la plus-value résultant des chances de remboursement.

2834. — Jugé que les porteurs d'obligations d'une société industrielle stipulées remboursables dans un certain délai, d'après des tirages annuels, à un taux supérieur à celui de l'émission, n'ont point le droit, au cas de faillite de la société avant l'expiration de ce délai, d'être admis au passif pour le prix auquel les obligations devaient être remboursées, mais seulement pour le prix de leur émission accru de la somme des fractions d'intérêts réservés qui ont couru jusqu'au jour de la faillite et d'une indemnité représentative de l'accroissement proportionnel de la valeur des obligations en raison des chances de remboursement : l'art. 444, C. comm., d'après lequel la faillite rend exigibles, les dettes non échues est inapplicable à l'augmentation du capital dont les obligations devaient bénéficier par l'expiration d'un délai qui formait l'élément même de cette augmentation. — Cass., 10 août 1863, précité.

2835. — On a objecté avec raison à ce procédé, d'abord que ces deux indemnités constituaient un double emploi injustifiable, puisqu'en effet l'accroissement de valeur de l'obligation est représenté, du moins en partie, par le total des fractions d'intérêts retenus. En second lieu, l'obligation n'est pas seulement soumise à des chances de gain, elle peut être aussi soumise à des chances de pertes ; d'après le jeu de l'amortissement, en effet, les obligataires sont exposés à perdre une partie de la capitalisation des intérêts s'ils sont remboursés très-tard ; si, par hasard l'amortissement a fonctionné un temps assez long avant la faillite, les fractions d'intérêts retenues seront plus élevées que la prime et les obligataires subiront forcément une perte ; il n'y a donc pas matière à indemnité représentative d'une plus-value résultant des chances de remboursement. — Le Courtois, *Le remboursement anticipé des obligations de chemins de fer et la loi du 3 sept. 1807*, p. 31 ; Levillain, note précitée.

2836. — Spécialement jugé que, les obligataires d'une compagnie de chemins de fer déclarée en faillite, qui ont été admis au passif pour le prix d'émission des obligations, ainsi que pour une prime partielle d'amortissement et les intérêts échus au jour du jugement déclaratif de la faillite ont droit, sur le capital restant libre après la clôture des opérations de cette faillite, et remis à un liquidateur pour être réparti entre les ayants-droit, aux intérêts courus depuis le jugement déclaratif jusqu'au paiement. — Cass., 25 mai 1891, précité.

2837. — *Troisième solution.* — La jurisprudence a aussi proposé une autre manière de déterminer la portion acquise de la prime de remboursement au jour de la faillite. Il faudrait pour cela procéder à deux opérations : *a*) déterminer le temps moyen ou l'époque moyenne de l'amortissement; *b*) calculer la somme qu'il faudrait placer à intérêts composés le jour de la déclaration de faillite pour obtenir au temps moyen une somme égale à la prime.

2838. — Jugé que les porteurs d'obligations d'une compagnie de chemin de fer, stipulées remboursables à un taux supérieur au taux d'émission dans un certain délai par voie de tira-

ges au sort annuels et d'après un tableau d'amortissement, doivent, en cas de faillite de la société, être admis au passif, non pas pour le montant du prix de remboursement, mais pour le montant du prix d'émission, augmenté de la portion acquise de la prime de remboursement. — Paris, 28 janv. 1879, précité.

2839. — Et pour apprécier la somme qui doit, à ce dernier titre, être attribuée aux obligataires, il y a lieu, d'une part, de rechercher le moment où, d'après le tableau d'amortissement, il y aurait autant d'obligations remboursées que d'obligations à rembourser, de manière à établir le *temps moyen* où tous les porteurs actuels se trouveraient avoir, au jour de la faillite, des créances égales de remboursement; et, d'autre part, de déterminer la somme qui, sur une capitalisation annuelle d'intérêts conduite jusqu'au temps moyen, produirait une somme égale au montant de la prime. — Même arrêt. — Trib. comm. Seine, 10 avr. 1878, précité.

2840. — Ce procédé soulève, lui aussi, des objections. Il suppose d'abord que le temps moyen est postérieur à la faillite, mais si, par impossible, il lui était antérieur, il faudrait logiquement admettre la production pour la totalité de la prime. De plus l'obligataire ne peut capitaliser les intérêts très-minimes produits par la petite somme qui lui est allouée en représentation de la prime, les placements d'intérêts composés étant pratiquement inaccessibles aux faibles sommes. — V. Le Courtois, p. 32 à 34; De l'Epine, p. 53, 54; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 581, p. 391.

2841. — *Quatrième solution*. — C'est la même solution que la précédente, avec cette différence qu'on effectue le calcul sur une capitalisaion à intérêts simples et non plus sur une capitalisation à intérêts composés. En d'autres termes la fraction de prime acquise sera avec la prime totale dans la même proportion que le nombre d'années écoulées depuis l'ouverture de la période d'amortissement jusqu'à la déclaration de faillite avec la durée moyenne de cette période. — Paris, 18 mars 1881, précité. — V. aussi Douai, 24 janv. 1873, et Paris, 25 mars 1868, précités.

2842. — Cette solution est encore trop avantageuse pour les obligataires lorsque la faillite survient après l'époque moyenne d'amortissement, car elle leur permet de produire pour la totalité de la prime et d'esquiver ainsi les chances de perte qui résultaient pour eux du jeu régulier de l'amortissement; cette perte retombera sur l'actif social, c'est-à-dire sur les autres créanciers ce qui est inadmissible.

2843. — *Cinquième solution*. — Les arrêts les plus récents paraissent ne plus vouloir admettre aucun principe, et attribuent *ex æquo et bono* l'indemnité à allouer aux obligataires, en tenant compte du taux de l'intérêt, du temps écoulé depuis l'émission jusqu'à la faillite et du temps restant à courir depuis la faillite jusqu'au dernier tirage d'amortissement prévu dans les statuts. Cette solution est adoptée par une fraction importante de la doctrine. — Cass., 25 mai 1891, précité. — Paris, 13 nov. 1888, sous Cass., 25 mai 1891, précité; — 29 juin 1893, Déconfit. de la Comp. de Panama, [D. 94.2.237] — Trib. comm. Seine, 30 oct. 1886, Faillite du chem. de fer du Tréport à Abancourt, sous Cass., 25 mai 1891, précité. — Trib. civ. Seine, 25 juin 1890; 15 mai 1891; 18 juill. 1891, [*Gaz. des Trib.*, des 4 juill. 1890, 27 janv. et 9 févr. 1893]; — 26 janv. 1893, déconfit. de la Comp. du canal de Panama, sous Paris, 29 juin 1893, précité. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 581, p. 391 et 392; Le Courtois, *op. cit.*, p. 34 à 37; Pic, *op. cit.*, p. 113.

2844. — *Solution de la loi belge*. — L'art. 69, L. belge 18 mai 1873, décide : « En cas de liquidation, ces obligations ne seront admises au passif que pour une somme égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle au taux de 5 p. 0/0 les annuités d'intérêts et d'amortissement qui restent à échoir. Chaque obligation sera admise pour une somme égale au quotient de ce capital divisé par le nombre des obligations non encore éteintes ». Il faut donc escompter à leur valeur actuelle les annuités restant à échoir; puis on partagera la somme ainsi obtenue entre tous les obligataires non remboursés, en la divisant par le nombre de ces obligataires; le quotient sera le chiffre de la production de chacun d'eux, la prime partielle comprise. — V. Thaller, *Traité*, p. 350, n. 597.

2845. — *Projet de loi*. — De la loi belge, il convient de rapprocher l'art. 14 du projet de 1903, emprunté textuellement au projet de 1884 : « En cas de liquidation ou de faillite, ces obligations seront admises au passif pour une somme totale égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle, au taux réel de l'intérêt de l'emprunt, les annuités d'intérêts et d'amortissement qui restent à échoir; chaque obligation sera admise pour une somme égale au quotient obtenu en divisant ce capital par le nombre des obligations non encore éteintes. Toutefois, dans le cas où les obligations comprises dans une même série ne sont pas émises à des conditions identiques, le taux de l'escompte des annuités à échoir est fixé au taux légal commercial en vigueur ».

2846. — Le calcul de la valeur actuelle des annuités à échoir doit donc être fait d'après le *taux réel* de l'emprunt. Que faut-il entendre par ce taux réel? Quand des obligations sont émises à 300 fr. remboursables en soixante-quinze ans à 500 fr. et rapportant 15 fr. on peut considérer deux intérêts différents : l'intérêt apparent, c'est celui qui est produit si l'on considère uniquement la somme versée, 300 fr.; c'est donc 5 p. 0/0; d'autre part, si l'on considère le capital nominal, c'est 3 p. 0/0; ni l'un ni l'autre n'est le taux réel; c'est qu'en effet il faut tenir compte de la prime qu'on peut considérer comme constituant en réalité un intérêt supplémentaire qui s'accumule et qui est payé en une seule fois lors du remboursement, sauf la chance du tirage au sort; il est donc toujours supérieur au taux apparent. En cas de faillite, les tirages cessent; les chances de remboursement deviennent égales, et voici comment on peut établir ce taux réel : la somme prêtée donne 5 p. 0/0 d'intérêt apparent et aussi 200 fr. de prime au bout de soixante-quinze ans; le taux p. 0/0 d'intérêt supplémentaire pour la prime est donc $\frac{200}{300} \cdot \frac{100}{75} = 0,88$; en l'ajoutant au taux apparent on a le taux réel que d'autres appellent, plus justement, croyons-nous, *taux de rémunération*, le taux réel pouvant servir à désigner le taux produit en réalité si l'on considère le capital nominal. Ce système nous paraît assez rationnel et devrait être consacré. — V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 353 et s.

2847. — *Obligations à lots*. — La question est moins compliquée : elle se pose dans les mêmes termes; pour quelle somme les obligataires pourront-ils produire dans la faillite? On a essayé de soutenir que, malgré la faillite, il faudrait procéder aux tirages pour connaître les bénéficiaires des lots qui produiront pour cette somme. — Berr, p. 179 et 180; Lenfantin, p. 111.

2848. — On ne saurait admettre cette manière de voir, car elle est manifestement contraire au principe de l'égalité des créanciers dans la faillite. Il n'en est pas moins vrai que la société était tenue de procéder aux tirages au sort, par conséquent, non pas d'une obligation de donner comme pour les obligations à prime, mais d'une obligation de faire : conformément au droit commun, cette obligation se résout en dommages-intérêts. Comment les évaluer? Il n'est pas indispensable de laisser ce soin aux tribunaux, car on connaît le préjudice causé à chaque obligataire et, par suite, il est facile de déterminer d'une façon précise ces dommages-intérêts. Tous les obligataires ont des chances de gains égales; il suffira donc de ramener à leur valeur actuelle les sommes annuelles qui devaient servir à la constitution des lots en les escomptant au taux réel ou taux de rémunération de l'emprunt; puis on divise le résultat par le nombre des obligataires. — V. Juglar, *op. cit.*, p. 78; Lévy-Ullmann, p. 358 et 359.

3° De l'amortissement en cas de dissolution volontaire anticipée de la société.

2849. — D'autres faits que la faillite ou la liquidation judiciaire peuvent interrompre l'existence d'une société; ce sont la liquidation volontaire anticipée, sa fusion avec une autre société, la cession ou le rachat conventionnel de l'objet social. Quelle influence vont-ils exercer sur les droits des obligataires? Observons tout d'abord qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper du cas où la société ne serait plus *integri status*; les créanciers ne manqueront pas de la faire déclarer en faillite. Et entre les deux situations, il ne saurait y avoir de situation intermédiaire : l'établissement du bilan montrera si l'actif est ou non supérieur au passif. Pour le cas où la société sera *integri status*, deux questions peuvent être posées : 1° les obligataires pourront-ils demander à la société leur remboursement immédiat? 2° la société peut-elle leur imposer un remboursement immédiat?

2850. — I. *Les obligataires pourront-ils demander à la société leur remboursement immédiat?* — D'après la jurisprudence, la liquidation permet aux obligataires de réclamer la déchéance

du terme conformément à l'art. 1188, C. civ.; non pas qu'elle assimile la liquidation à la faillite de la société, ce qui alors serait le premier cas de déchéance de cet article, mais parce que, au jour où l'exploitation vient à cesser par le fait de la compagnie, les sûretés des prêteurs se trouvent diminuées. — Cass., 6 janv. 1885, Comp. des chemins de fer nantais, [S. 88.1.57, P. 88.1.126, D. 87.1.97] — Trib. comm. Seine, 6 nov. 1875 et Paris, 23 mars 1876, [*J. des trib. de comm.*, 76.511] — Trib. comm. Seine, 17 janv. 1898, [*Rev. des soc.*, 98.270, et note 1] — *Sic*, Lechopié, *Des obligations remboursables avec primes* (*Rev. des soc.*, 1885, p. 215 et 216).

2851. — Cette jurisprudence est en général très-vivement critiquée. L'art. 1188, en effet, n'entend pas par le mot sûreté le droit de gage général qui appartient à tout créancier sur les biens de son débiteur (art. 2092) : il a en vue les garanties spéciales que le débiteur a accordées au créancier. Les obligataires, qui sont le plus souvent de simples créanciers chirographaires, ne pourront donc pas se prévaloir de l'art. 1188. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 583; Le Courtois, *op. cit.*, p. 58; Labbé, note sous Cass., 6 janv. 1885, précité. — V. Demolombe, t. 26, n. 672.

2852. — Mais les obligataires pourront du moins exiger des mesures conservatoires; ainsi ils auraient la faculté de s'opposer au partage de l'actif entre les actionnaires, s'il n'est pas justifié qu'une somme suffisante pour désintéresser tous les porteurs d'obligations ait été mise en réserve. — Cass., 9 févr. 1864, Dupenchy, [S. 64.1.137, P. 64.443, D. 64.1.72]; — 24 nov. 1869, Balay, [S. 70.1.168, P. 70.392, D. 71.1.119]

2853. — Ils peuvent demander à être compris dans les distributions opérées entre créanciers par les liquidateurs. — Le Courtois, note sous Trib. Nantes, 3 mars 1875, *France jud.*, t. 3, 2e part., p. 548 et 549.

2854. — Le seul fait de la liquidation ne constitue pas une inexécution du contrat : par conséquent les obligataires ne peuvent à ce seul titre invoquer l'art. 1184, C. civ. Mais le pourront-ils si, après la liquidation, le paiement des intérêts et l'amortissement n'ont pas lieu d'une façon régulière? Ne pourront-ils pas ainsi obtenir la résolution de leur contrat avec dommages-intérêts? La question est particulièrement délicate lorsque les obligations sont entièrement libérées, car il y a alors contrat unilatéral, et il faudrait d'abord admettre que l'art. 1184 est applicable aux contrats unilatéraux, ce qui est très-discuté. — V. notamment Amiens, 28 janv. 1892, Lebeau, [S. et P. 94.2.177, D. 93.2.158] — Aubry et Rau, t. 4, § 302, note 79; Laurent, t. 17, n. 123.

2855. — Dans tous les cas ils auront le droit de faire déclarer la faillite de la société.

2856. — II. *La société peut-elle imposer à ses obligataires un remboursement immédiat?* — La jurisprudence admet l'affirmative, en s'appuyant sur des considérations de fait et d'utilité publique dont nous examinons plus loin le bien fondé.

2857. — Jugé que si la mise en liquidation d'une compagnie de chemins de fer, qui a rétrocédé son réseau à l'Etat, peut donner aux porteurs d'obligations, dont elle modifie la condition en arrêtant le fonctionnement de la société, le droit de demander la déchéance du terme ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts, dans les termes des art. 1184 et 1188, C. civ., elle ne peut les autoriser à poursuivre l'exécution du contrat dans des conditions différentes de celles sous lesquelles il a été convenu. — Cass., 6 janv. 1885, Liquid. de la Comp. des chemins de fer nantais, [S. 88.1.57, P. 88.1.126]; — 2 févr. 1887, Même partie, [S. et P. *ibid.*, D. 87.1.97]; — 10 mai 1887, Même partie, [S. et P. *ibid.*, D. 87.1.334]

2858. — ... Spécialement, que la mise en liquidation de la compagnie ne peut autoriser les porteurs d'obligations qui réclament l'exécution du contrat intervenu entre eux et la compagnie, à demander que la compagnie soit tenue de faire emploi, en valeurs déterminées, d'une somme suffisante pour assurer le service des coupons et le remboursement des obligations. — Mêmes arrêts.

2859. — Il importe peu que la compagnie ait depuis un certain temps cessé de procéder aux tirages périodiques pour le remboursement des obligations : il y a là seulement un fait d'inexécution du contrat qui peut donner lieu à la résolution avec dommages-intérêts, mais non à son exécution dans des conditions différentes de celles qui avaient été stipulées. — Mêmes arrêts.

2860. — Il importe peu également que la stipulation de remboursement des obligations avec primes par voie de tirage au sort ait introduit dans le contrat un élément aléatoire : cette circonstance est insuffisante pour permettre d'appliquer les dispositions de l'art. 1978, C. civ., aux termes duquel le débirentier, en cas de non-paiement des arrérages d'une rente viagère, peut faire vendre les biens de son débiteur, et faire ordonner, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. — Mêmes arrêts.

2861. — Si une société en liquidation est tenue de remplir ses engagements envers les tiers dans les termes où ils ont été contractés, il ne saurait en être ainsi lorsque cette exécution implique nécessairement le fonctionnement régulier de la société dissoute et est par suite inconciliable avec le fait de la liquidation, dont l'objet est d'opérer le plus promptement possible la réalisation de l'actif et l'extinction du passif. — Mêmes arrêts.

2862. — Spécialement, lorsqu'une compagnie de chemins de fer s'est mise en liquidation ainsi qu'elle y était autorisée par ses statuts, après avoir obtenu le rachat de sa concession, elle ne saurait être contrainte à rembourser ses obligations au moyen de tirages annuels conformément au tableau d'amortissement inséré au verso des titres des obligations : dans ce cas, les obligataires ont seulement le droit de demander, suivant les circonstances, la déchéance du terme ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts. — Mêmes arrêts.

2863. — Comme on le voit, la jurisprudence se fonde uniquement sur des considérations de fait : l'exécution des engagements de la société implique nécessairement son fonctionnement régulier et continu : c'est là une pure affirmation; mais on ne démontre nullement que la dissolution rend impossible la continuation de l'exécution du contrat dans les termes convenus.

2864. — Elle ne peut évidemment invoquer aucun argument d'ordre juridique : l'art. 1188 prive bien le débiteur du terme, mais il n'impose pas cette déchéance au créancier : l'art. 1184 ne s'applique pas davantage, car il n'a pas été fait pour un débiteur qui voudrait se prévaloir de l'inexécution résultant de son propre fait. La jurisprudence porte donc illégalement atteinte aux droits des obligataires d'après le contrat de souscription. — Le Courtois, *op. cit.*, p. 48; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. 2, n. 583, p. 394; Labbé, note sous Cass., 18 avr. 1883, Chem. de fer des Charentes, [S. 83.1.441, P. 83.1.1121]

2865. — Ayant admis pour la société le droit d'imposer aux obligataires le remboursement immédiat, la jurisprudence était amenée à déterminer les sommes auxquelles ils avaient droit, lorsqu'il s'agissait d'obligations à primes et à lots : elle a admis qu'on calculerait ces sommes comme pour le cas de faillite. — V. les décisions précitées, et Rennes, 25 juill. 1887, Chem. de fer nantais, [D. 88.2.153] — Trib. comm. Seine, 10 nov. 1883, [*Jurispr. financ.*, 1883, p. 396] — Trib. civ. Seine, 28 nov. 1888, [*Gaz. Pal.*, 1889, 1, *Suppl.*, p. 28]

2866. — Cette conséquence est encore plus critiquable que le principe lui-même. On ne peut assimiler la liquidation d'une société à sa faillite : l'une est volontaire, l'autre ne l'est pas, et il est inadmissible que la société débitrice restreigne sa dette par sa volonté. Dès l'instant qu'il y a un actif suffisant, les obligataires peuvent demander qu'il serve au fonctionnement de l'amortissement ou qu'on les rembourse immédiatement dans les conditions promises. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 394.

2867. — C'est cette dernière thèse que la cour de Lyon a adoptée, dans l'affaire des chemins de fer du Rhône (Comp. rachetée par la Comp. P.-L.-M.). Partant de cette idée qu'en cas de liquidation volontaire, la société qui se dissout, pour fusionner, par exemple, avec une compagnie plus importante, peut toujours prendre les mesures nécessaires pour assurer le jeu normal de l'amortissement, la cour a décidé : 1° que les porteurs d'obligations n'avaient pas le droit d'exiger le remboursement immédiat de leurs titres au taux nominal, si d'ailleurs la compagnie débitrice avait pris soin d'assurer pour l'avenir le service de l'amortissement; 2° que, par contre, si le liquidateur de la société *in bonis* se refusait à continuer ce service, et voulait imposer aux obligataires un remboursement anticipé, la société, n'exécutant plus ses engagements, devait être déclarée déchue du bénéfice du terme et condamnée au remboursement *immédiat* des obligations, *d'après le taux nominal* (500 fr. par titre), sans aucune retenue sur le montant de la prime. — Lyon, 13 mars 1900, Chem. de fer du Rhône, [D. 1900.2.329, et la

note de M. Percerou] — Ces solutions nous paraissent absolument fondées en droit, mais il est peu probable qu'elles prévalent en jurisprudence, la Cour suprême ayant cru devoir les écarter, comme trop rigoureuses pour la compagnie dans une affaire similaire, celle des chemins de fer nantais. — Cass., 6 janv. 1885, 2 févr. et 10 mai 1887, précités. — Il est permis de regretter que le projet de loi de 1903 ne s'explique point sur cette importante question.

4° De l'amortissement au cas de dissolution anticipée de la société résultant d'un cas de force majeure (expropriation ou rachat par l'État).

2868. — Cette hypothèse ne se distingue de la précédente qu'en ce que la dissolution de la société ne résulte pas de sa pure volonté, mais est la conséquence d'une circonstance à laquelle elle est étrangère. Ce n'est pas une raison pour adopter une solution différente de celle que nous venons de proposer pour le cas précédent, le rachat même imposé, ne rend pas impossible la continuation de l'exécution du contrat.

2869. — Jugé qu'en cas de liquidation d'une compagnie de chemins de fer qui a volontairement consenti la rétrocession de son réseau à l'État, la compagnie ne peut invoquer le cas de force majeure pour se délier de ses engagements. — Paris, 21 févr. 1881, sous Cass., 18 avr. 1883, Daviaud, [S. 83.1.351, P. 83.1.929, et la note de M. Charles Lyon-Caen, D. 84.1.25] — Paris, 21 févr. 1881, sous Cass., 18 avr. 1883, Jayet et Porgès, [S. 83.1.441, P. 83.1.1121, et la note de M. Labbé, D. 84.1.25]

2870. — Par suite, les porteurs d'obligations émises par la compagnie, et remboursables par voie de tirage au sort à un taux supérieur au taux d'émission, ont droit de réclamer des dommages-intérêts, outre le remboursement des obligations au taux moyen d'émission. — Paris, 21 févr. 1881, Daviaud, précité.

2871. — Ces dommages-intérêts doivent être représentatifs, tout à la fois, et de la portion de la prime de remboursement déjà acquise au moment de la liquidation, et de l'accroissement proportionnel de la valeur des obligations, en raison des chances de remboursement. — Même arrêt. — V. aussi Percerou, note sous Lyon, 13 mars 1900, [D. 1900.2.329]

CHAPITRE II.

DE LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

Section I.

Formes constitutives et publicité spéciale.

§ 1. *Prolégomènes. — Rédaction des statuts.*

2872. — Comme les deux types de sociétés par actions présentent de grandes affinités au point de vue légal, nous étudierons d'abord les règles qui leur sont communes. Nous exposerons plus tard les règles de détail qui différencient la société en commandite par actions de la société anonyme (V. *infrà*, n. 3519 et s.). Il importe d'observer que les règles dont nous allons nous occuper conviennent aussi aux sociétés à objet civil qui se constitueraient depuis la promulgation de la loi de 1893, sous la forme de la commandite par actions ou de l'anonymat. Car, aux termes de l'art. 68, ajouté par la loi du 1er août 1893 à la loi du 24 juill. 1867, « *quel que soit leur objet*, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». (Pour le commentaire de cette disposition, V. *infrà*, n. 5794 et s.). Il est bien entendu que nous ne viserons ni les tontines, ni les sociétés d'assurances sur la vie, placées, nous avons dit, sous un régime spécial. — V. *infrà*, v° *Sociétés d'assurances*.

2873. — Nous n'étudions ici que le mode de constitution des sociétés par actions, tel qu'il est organisé par les lois du 24 juill. 1867, du 1er août 1893 et du 9 juill. 1902. En un mot, nous ne nous occupons que du régime actuel. Quant à l'histoire de la législation sur les sociétés par actions, V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 318 et s.; et quant aux mesures transitoires, V. *infrà*, n. 5643 et s.

2874. — Pour qu'une société par actions soit constituée et pour qu'elle puisse commencer ses opérations, il faut qu'elle accomplisse les formalités fixées par la loi. Il importe essentiellement qu'elle observe les prescriptions légales : car une irrégularité peut entraîner la nullité de la société. Et la nullité de la société peut mettre en jeu la responsabilité du gérant et des membres du conseil de surveillance pour les commandites par actions, des fondateurs et des premiers administrateurs pour les sociétés anonymes. Une publicité spéciale est, en outre, imposée aux sociétés par actions. Nous aurons à donner l'exposé méthodique des règles de constitution et de publicité.

2875. — La première formalité consiste dans la rédaction des statuts qui doivent régler le fonctionnement de la société. Acte en est dressé, et les fondateurs le signent.

2876. — Logiquement, quand les statuts ont été rédigés, ils devraient être réalisés par acte notarié ou déposés pour minute, avant que l'on s'adresse aux souscripteurs (V. Houpin, t. 1, n. 433). Cependant la loi n'impose pas que la rédaction définitive des statuts soit antérieure à l'obtention des souscriptions.

2877. — Ce procédé, malgré les dangers qu'il peut présenter, n'est pas nécessairement préjudiciable aux souscripteurs. Car le lien de droit, à naître des statuts, n'est établi entre les souscripteurs et les fondateurs qu'à dater du moment où l'acte est déposé chez le notaire. D'ailleurs, même après cette date, les souscripteurs ont un moyen de se défendre contre les modifications que les fondateurs auraient introduites frauduleusement dans les statuts. Car ils pourront, lors des assemblées générales, s'opposer à la constitution de la société, en refusant, par exemple, d'élire les premiers fonctionnaires sociaux. Ce n'est donc, le plus souvent, qu'une fois toutes les actions souscrites que les statuts reçoivent leur forme définitive. — V. Houpin, *loc. cit.;* Rousseau, t. 1, n. 1607.

2878. — Que doivent-ils contenir? A cette question il n'est pas possible de fournir une réponse unique. En effet, c'est une question d'espèce; les clauses des statuts varieront naturellement avec l'entreprise qui fera l'objet de la société. Néanmoins il est certaines mentions qui doivent se retrouver dans les statuts de toutes les sociétés par actions. Ainsi, il faut qu'un article détermine le chiffre du capital social, indique la division du capital en actions, le nombre de ces actions et le montant nominal de chacune d'elles.

2879. — Les statuts doivent être constatés par écrit, alors même que l'objet de la société serait inférieur à 150 fr. Cela résulte de l'art. 39, C. comm., ainsi conçu : « Les sociétés en nom collectif, ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325, C. civ. ». Les sociétés en commandite par actions doivent donc être constatées par écrit. Et quant aux sociétés anonymes, l'art. 40, C. comm., prescrivait qu'elles fussent formées par acte public. Il est vrai que l'art. 47 de la loi de 1867 a abrogé l'art. 40, C. comm.; mais cela, uniquement pour faire rentrer les sociétés anonymes dans le droit commun des sociétés, à cet égard. En effet, d'après la loi de 1867, les sociétés anonymes peuvent être constatées soit par acte public, soit par acte sous seing privé. Dans tous les cas, un écrit s'impose pour la constatation des sociétés par actions.

2880. — La nécessité d'un écrit se justifie aisément. D'abord, il est douteux qu'il se fonde une société par actions ayant un objet inférieur à 150 fr. Ensuite, il serait impossible de compter sur la preuve testimoniale pour établir l'existence et le sens de clauses nombreuses, compliquées, destinées à lier les parties pendant un temps très-long. D'ailleurs, l'écrit sert de base à la publicité exigée des sociétés commerciales autres que les associations en participation. — Sur la question, commune aux sociétés par actions et aux autres sociétés commerciales, de savoir si l'écrit est exigé *ad probationem* ou *ad solemnitatem*, V. *suprà*, n. 44 et s.

2881. — L'écrit destiné à constater la société peut être un acte authentique ou un acte sous seing privé. Pour les sociétés en commandite par actions, cela résulte de l'art. 39, C. comm. : « Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée... », et aussi de la loi du 24 juill. 1867, dont l'art. 1 s'exprime ainsi dans l'alinéa 4 : « A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société, *s'il est sous seing privé...*», et dans l'alinéa 5 : « *l'acte sous seing privé*, quel que soit le nombre des associés...» En ce qui concerne les sociétés anonymes, l'art. 40, C. comm.,

disait : « Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics ». Mais cet article, avons-nous dit, a été abrogé par l'art. 47, L. 24 juill. 1867, et l'art. 21, al. 2, de la même loi, article relatif aux sociétés anonymes, s'exprime ainsi : « Elles (les sociétés anonymes) pourront, quel que soit le nombre des associés, être formées par acte sous seing privé fait en double original ». Il résulte de ces textes que, pour constater l'existence de la société, les parties ont le choix entre la forme authentique et la forme sous signature privée.

2882. — Tel est du moins le principe, principe adopté aussi par le Code suisse des obligations (art. 615), tandis qu'un acte authentique est exigé par la plupart des législations étrangères (Code allemand, art. 209, alin. 1. Loi belge de 1873, art. 30 et 31 ; Code italien, art. 87, al. 2 ; Code roumain, art. 88, al. 2 ; Code hollandais, art. 38, al. 1 ; Code portugais, art. 164 ; Code espagnol, art. 119).

2883. — Mais il importe de faire remarquer que, si les parties se sont contentées d'un acte sous seing privé, cet acte doit être déposé chez un notaire, comme nous le verrons plus tard. Par conséquent, même en ce cas, on ne peut se soustraire à l'intervention du notaire. Il y a lieu de se demander s'il n'était pas plus simple d'exiger, pour les sociétés par actions, un acte authentique, comme l'ont fait la plupart des législations étrangères, étant donné surtout l'importance de ces sociétés. En fait, presque tous les actes des sociétés anonymes sont passés devant notaire.

2884. — Le projet de loi de 1903 maintient sur ce point la règle actuelle, c'est-à-dire la faculté d'opter entre les deux formes, authentique ou sous seing privé. Mais — et sur ce point la réforme proposée a au moins le mérite de la logique, — il supprime l'intervention nécessaire du notaire au cours de la procédure constitutive, et remplace la déclaration notariée des souscriptions et versements par une déclaration directe au greffe, avec dépôt de la liste nominative des souscripteurs.

2885. — Autrefois la jurisprudence apportait une exception importante à la règle d'après laquelle les parties peuvent opter entre la forme authentique et la forme sous seing privé. Elle décidait que l'acte de société conférant pouvoir aux gérants ou administrateurs de constituer une hypothèque sur les immeubles sociaux devait être un acte authentique. Cette exception, imposée par la jurisprudence, a disparu par l'effet de la loi du 1er août 1893. — V. *supra*, n. 2641 et s.

2886-2889. — La jurisprudence n'exige même pas que les statuts d'une société à laquelle apport est fait en pleine propriété, d'un *brevet d'invention* français, soient rédigés par acte authentique, bien que l'art. 20, L. 5 juill. 1844, exige l'authenticité pour tous actes de cession de brevet. — V. Paris, 26 juin 1896, [*J. des soc.*, 97.432] — La raison en est que l'apport d'un brevet en société n'est pas à considérer comme équivalent à une cession. — V. *supra*, v° *Brevet d'invention*, n. 1222 et s.

2890. — Si l'on suivait le droit commun, dont l'expression se trouve dans l'art. 1325, C. civ., il faudrait admettre que les actes de société sous seing privé doivent être rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, car ils constatent des contrats synallagmatiques. Mais il en a été décidé autrement par le législateur de 1867 en ce qui concerne les sociétés par actions. En effet, l'art. 1, L. 24 juill. 1867, article qui vise les sociétés en commandite par actions, dit en son al. 5 : « L'acte sous seing privé, quel que soit le nombre des associés, sera fait en double original ». Et l'art. 24 de la même loi, relatif aux sociétés anonymes, dit : « Les dispositions des art. 1, 2, 3 et 4 de la présente loi sont applicables aux sociétés anonymes ». Donc, par dérogation au droit commun, l'acte sous seing privé constatant une société par actions n'a besoin que d'être rédigé en *double original*, quel que soit le nombre des parties.

2891. — Cette dérogation au droit commun s'explique par deux sortes de considérations : 1° d'abord, l'observation de l'art. 1325, C. civ., eût constitué une formalité bien gênante, presque impossible à remplir, étant donné le grand nombre des associés ; 2° ensuite, le législateur a prescrit certaines mesures (L. 24 juill. 1867, art. 63), qui donnent aux intéressés des moyens faciles de se procurer un exemplaire de l'acte de société.

2892. — Des deux doubles exigés par la loi, l'un doit être annexé à la déclaration notariée de la souscription du capital et du versement légal, déclaration dont il sera question plus loin ; l'autre doit rester déposé au siège social (L. 24 juill. 1867, art. 1, al. final, et art. 24).

2893. — On a prétendu que le législateur s'était trompé en parlant de deux originaux seulement, et qu'il aurait dû dire *quatre*. En effet la loi du 24 juill. 1867 dit, en son art. 55, al. 1 : « Dans le mois de la constitution de toute société commerciale, *un double de l'actif constitutif, s'il est sous seing privé*, ou une expédition, s'il est notarié, est déposé au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société ». Il semble bien en résulter que lorsque l'acte de constitution de la société est sous seing privé, outre les deux doubles destinés à rester l'un au siège social, l'autre en l'étude du notaire qui reçoit la déclaration de souscription et de versement, il faut deux autres doubles pour obéir aux prescriptions de l'art. 55. — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 311.

2894. — Telle n'est pas la vérité. Le notaire qui a reçu, en même temps que la déclaration de souscription et de versement, un double de l'acte de société, est devenu par là même dépositaire d'un original de l'acte de société sous seing privé. Il peut délivrer des expéditions de cet acte de société, comme de tous les actes dont le dépôt lui est fait. Il suffit alors, pour obéir aux prescriptions de l'art. 55, L. 24 juill. 1867, de remettre deux expéditions, ainsi délivrées, aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix. Et, dans la pratique, c'est ce qu'on fait d'ordinaire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 681 ; Houpin, t. 1, n. 357 ; Rousseau, t. 1, n. 1604.

2895. — Si la loi exige que l'acte sous seing privé soit rédigé en double original, c'est, notamment, parce que l'un de ces originaux doit accompagner la déclaration notariée de souscription et de versement ; tandis que l'autre demeure déposé au siège social. Cela suppose que la société se constitue avec un capital souscrit en numéraire, car alors seulement la déclaration notariée est exigée. Mais si la société se constitue sans souscription publique, et, par exemple, au moyen seulement d'apports en nature, la loi n'exige pas de déclaration notariée. Faut-il alors que l'un des originaux de l'acte de société sous seing privé soit néanmoins déposé chez un notaire? En d'autres termes, faut-il néanmoins que l'acte de société soit rédigé en double original? La Cour de cassation se prononce pour la négative, par ce motif que le dépôt d'un double de l'acte de société, ne constituant qu'un moyen de contrôle, devient parfaitement inutile dans ces conditions. — Cass., 26 avr. 1880, Soc. d'assurances *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.5, et la note de M. Labbé, D. 80.1.268] — Nîmes, 17 juin 1885, sous Cass., 9 nov. 1887, Raffart et Vattier, [S. 88.1.449, P. 88.1.1121, D. 88.1.202] — Trib. Seine, 29 juill. 1899, [*J. des soc.*, 1900.273] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 1605.

2896. — Cette solution est combattue par beaucoup d'auteurs qui exigent qu'en ce cas une déclaration soit faite devant notaire par le gérant ou les fondateurs que tout le capital existe et qu'en échange des apports en nature, un certain nombre d'actions a été délivré. Car le dépôt du double de l'acte de société n'est pas seulement un moyen de contrôle, c'est aussi un moyen de suppléer aux formalités dont l'observation serait exigée par l'art. 1325, C. civ. Si le législateur veut que l'acte de société soit rédigé en double original, et s'il ordonne le dépôt d'un original chez un notaire, c'est qu'il veut que chaque actionnaire soit dans les mêmes conditions que s'il détenait lui-même un original. — Arthuys, *Sociétés par actions*, n. 55 ; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 378 ; Goirand, n. 142 ; Labbé, note sous Cass., 26 avr. 1880, précité.

2897. — C'est par le ou les fondateurs de la société que doivent être signés les statuts (gérant dans les commandites par actions, fondateurs dans les sociétés anonymes). — V. Cass., 22 juill. 1856, [J. *Le Droit*, 11 sept.] — On n'exige pas la signature des actionnaires, qui sont cependant parties au contrat. Leur souscription suffit pour établir leur adhésion à l'acte de société. Ceux qui signent les statuts, en qualité de fondateurs, engagent par là même leur responsabilité si plus tard la constitution de la société est reconnue entachée de nullité.

2898. — Examinons maintenant l'hypothèse où les statuts sont rédigés par acte authentique ; c'est, du reste, l'hypothèse la plus fréquente. Au cas où les contractants choisissent l'acte notarié, cet acte ne doit pas être rédigé en brevet, il doit être rédigé en minute. Car, nous le savons, la loi du 24 juill. 1867, par son art. 55, exige deux expéditions pour la publicité. — V. Pont, t. 2, n. 1120.

2899. — La loi du 25 vent. an IX, décide, par son art. 8, que les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en ligne

collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. Par conséquent, l'acte de société ne pourrait être passé par-devant un notaire dont des parents ou alliés au degré prohibé figureraient parmi les fondateurs, ou auraient souscrit des actions, ou qui aurait lui-même souscrit des actions. — Poitiers, 6 nov. 1899, [*J. des soc.*, 1900.215] — V. Lyon-Caen, note sous cour de la Réunion, 16 juin 1876, Soc. *la Créole*, [S. 77.2.1, P. 77.79]

2900. — Le notaire ne saurait faire indirectement, au moyen d'un prête-nom, ce qu'il lui est interdit de faire directement. Ainsi lorsqu'un notaire a souscrit, au moyen d'un prête-nom, des actions d'une société anonyme, et a néanmoins reçu l'acte constitutif de la société, cet acte est nul, les tiers qui en poursuivent la nullité sont admis à se prévaloir d'une contre-lettre établissant que les actions ont été réellement souscrites par le notaire. — Cass., 11 déc. 1888, [*Rev. des soc.*, 89.119; *J. not.*, art. 24.169]; — 10 nov. 1897, [*J. des soc.*, 98.12] — Montpellier, 3 févr. 1890, [*J. des soc.*, 90.438] — Lyon, 14 juin 1895, Audisio, Marchère et autres, [S. et P. 96.2.213] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 438; Rousseau, t. 1, n. 1606. — *Contra*, Toulouse, 18 janv. 1887, Dauban, [D. 87.2.131] — V. *infra*, n. 3281.

2901. — Cependant certains arrêts semblent admettre que pour entraîner la nullité de l'acte de société, il faut que l'intérêt du notaire à la constitution de la société soit assez important. Ainsi l'acte de société ne serait pas nul, si le notaire n'avait souscrit que quelques actions. — Rouen, 14 déc. 1875, Simon, [S. 76.2.69, P. 76.329] — Douai, 3 févr. 1876, Eliet, [S. 76.2.69, P. 76.328] — Orléans, 15 févr. 1888, [*J. des soc.*, 89.293] — V. aussi Vavasseur, n. 358 *bis*. — Il nous paraît difficile d'admettre ce tempérament à la rigueur de la loi. Qu'importe que l'intérêt du notaire soit plus ou moins grand? dès l'instant que cet intérêt existe la prohibition existe aussi pour le notaire de passer l'acte de société. Et, d'ailleurs, où serait la mesure de l'intérêt du notaire, qui ferait apparaître la prohibition? — Lyon, 14 juin 1895, [*J. des soc.*, 95.499]

2902. — La prohibition pour le notaire de passer l'acte de société quand lui-même ou ses parents ou alliés au degré prohibé y ont un intérêt appréciable n'est édictée que pour la période de constitution de la société. Mais nous serions en dehors du cas prévu par l'art. 8, L. du 25 vent. an IX, s'il s'agissait d'une société déjà constituée. Bien que le notaire possédât des actions dans une société déjà constituée, il pourrait donc prêter son ministère à des actes concernant cette société. — Cass., 6 janv. 1862, Roland, [S. 62.1.119, P. 62.439, D. 62.1.124] — Douai, 3 févr. 1876, précité. — V. Vavasseur, n. 793; Bonnet, *J. du not.*, 1898, p. 193; Houpin, t. 1, n. 438.

2903. — Si un notaire recevait un acte de société au mépris de la prohibition de l'art. 8, L. de ventôse an IX, il engagerait sa responsabilité et pourrait être condamné à réparer le préjudice que causerait l'annulation de la société, si celle-ci était annulée par ce motif. — Cass., 10 nov. 1897, [*J. des soc.*, 98.12] — Lyon, 14 juin 1895 [*J. des soc.*, 95.498]

2904. — Lorsque la société est passée par acte authentique, le notaire qui reçoit l'acte encourt certaines responsabilités, en dehors de celle dont nous venons de parler. Tout d'abord, conformément à la règle générale, si l'acte est nul pour vice de forme, le notaire est responsable de cette nullité. — V. Amiaud, *Traité formulaire du not.*, v° *Notaire*, n. 152 et s.; Houpin, t. 1, n. 441. — V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 2032 et s.

2905. — Pour le cas où l'acte de société contiendrait des erreurs de droit susceptibles d'entraîner la nullité de la société, la question de la responsabilité du notaire doit être résolue d'après les principes généraux. — V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 2212 et s. — Bauby, *De la responsabilité civile des notaires*, p. 210; Houpin, t. 1, n. 441.

2906. — Dans quelle mesure les notaires sont-ils responsables quand le principe de leur responsabilité est reconnu? Ils sont responsables, conformément au droit commun, (V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 2856 et s.). Mais il faut remarquer que la responsabilité sera partagée entre le notaire et les fondateurs. En effet, les fondateurs sont aussi en faute, car ce sont eux qui, aux yeux de la loi, sont chargés de donner à la société une constitution régulière. C'est pourquoi, le plus souvent, les dommages-intérêts, s'il en est accordé, seront mis à la charge à la fois du notaire et des fondateurs.

2907. — La durée de l'action en responsabilité dont il s'agit n'étant prévue par aucun texte de loi, il faut décider que, conformément au droit commun, elle sera de trente ans. La jurisprudence a décidé que le point de départ de la prescription de cette action était le jour où la nullité a été prononcée par les tribunaux. — Nîmes, 6 juin 1888, précité. — V. Trib. Orange, 18 nov. 1887, précité. — Houpin, t. 1, n. 441. — V. d'ailleurs *suprà*, v° *Notaire*, n. 2957 et s.

2908. — Il importe de faire remarquer que les statuts, rédigés par acte authentique ou par acte sous seing privé, ne deviendront définitifs qu'à partir du moment où la société sera définitivement constituée par l'accomplissement des formalités que prescrit la loi. Jusque-là ils ne constituent qu'un projet, et ils peuvent être encore modifiés par les fondateurs, au moyen d'un acte spécial qui précédera la réunion de l'assemblée constitutive. — Trib. Seine, 20 janv. 1883, [*Rev. des soc.*, 83.464] — Toutefois et bien que la loi n'oblige pas les fondateurs à soumettre les statuts à l'approbation des actionnaires, on s'accorde à admettre que, s'il était apporté des modifications aux statuts après les souscriptions, ces modifications devraient être approuvées par l'assemblée, voire même par l'unanimité des actionnaires, si elles portaient sur des éléments essentiels; sinon, les actionnaires auraient donné un consentement vicié par une erreur, et leurs souscriptions pourraient être annulées. — Houpin, t. 1, n. 439; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 313.

2909. — Jugé cependant, d'une manière générale, que si les statuts avaient été approuvés par l'assemblée générale constitutive des actionnaires, ils seraient censés approuvés non seulement dans leur teneur primitive, mais aussi dans les modifications qu'ils auraient subies postérieurement à leur rédaction première et avant la réunion de l'assemblée générale constitutive. — Trib. Seine, 16 mai 1887, [*J. des soc.*, 88.206]

2910. — Les sociétés de personnes peuvent commencer à fonctionner à la date fixée librement par les statuts. Les statuts des sociétés par actions ne sauraient, au contraire, fixer librement la date à laquelle elles commenceront leurs opérations. Car pour les commencer, il faut qu'elles soient définitivement constituées; or elles ne le seront que lorsqu'elles auront accompli les formalités dont il nous reste à parler.

2911. — A qui incombent les *frais de premier établissement*, en cas de non-constitution de la société? Ces frais comprennent non seulement les dépenses proprement dites effectuées en vue de la réalisation de l'entreprise, mais tous les frais d'émission et de publicité, remises, commissions des banquiers, courtiers, etc. — Paris, 1er juin 1889, [*Rev. des soc.*, 89.573] — Percerou, p. 155, Rousseau, t. 1.

2912. — On s'accorde à admettre que l'intégralité de ces dépenses, devenues inutiles par suite de l'échec de l'émission, incombe exclusivement aux fondateurs. Les souscripteurs ont donc le droit de réclamer la restitution intégrale de leurs versements, à moins de convention contraire. — Trib. Seine, 23 févr. 1900, [*J. des soc.*, 1900.315]

§ 2. *De la souscription intégrale.*

2913. — La seconde condition exigée pour la constitution des sociétés par actions est celle de la souscription intégrale.

2914. — A ce projet, nous avons d'abord à nous demander ce que c'est que la souscription, en quelle forme elle doit se faire, par quels moyens elle peut se prouver, quels effets elle produit, quelle est enfin sa nature juridique, et quelles conséquences en découlent au point de vue de la capacité des souscripteurs.

1° *Contrat de souscription. — Formation et preuve. — Effets. Nature juridique. Capacité.*

2915. — I. *Formation et preuve du contrat.* — Logiquement, l'ouverture de la souscription des actions devrait suivre la rédaction des statuts. Néanmoins nous avons vu que, comme la loi ne prescrit pas un ordre particulier à cet égard, il faut décider que les souscriptions peuvent être valablement recueillies avant que les statuts soient définitivement arrêtés. — V. *suprà*, n. 2876 et 2877.

2916. — L'initiative de la souscription émane des fondateurs, qui, en cette occasion, agissent comme gérants d'affaires de la future société. La souscription est tantôt publique, tantôt privée; publique, et c'est le cas le plus fréquent, lorsqu'il est fait appel aux capitaux du public; privée, lorsque toutes les actions sont

souscrites par les fondateurs eux-mêmes, qui se les répartissent entre eux. Ces deux hypothèses méritent d'être soigneusement distinguées. Nous n'envisageons pour l'instant que la première.

2917. — Pour que la société se constitue, il faut qu'il y ait souscription, et non simplement projet de souscription. Il avait été jugé, même avant la loi du 17 juill. 1856, qu'une société en commandite par actions n'avait d'existence réelle, que lorsque des actions avaient été souscrites, que le montant en eût été versé ou non; qu'elle ne constituait encore qu'un projet, tant qu'il n'y avait eu que fixation du capital social et du nombre des actions; qu'en conséquence, et alors même que, dans cet état d'imperfection, l'acte de société avait été publié, il n'obligeait pas les tiers qui avaient souscrit des actions depuis cette publication. — Cass., 6 avr. 1853, Hédoin, [S. 53.1.618, P. 54.2.588, D. 53.1.193] — Caen, 17 juin 1852, Hédoin, [S. 53.2.138, P. 54.2.588]

2918. — Le plus souvent les fondateurs ne gardent pour eux qu'un certain nombre d'actions, et, pour le surplus, font appel au public. La souscription est le fait par une personne de se porter preneur d'une ou plusieurs actions ainsi offertes.

2919. — La souscription est un véritable contrat synallagmatique, faisant naître une double obligation : de la part des fondateurs, l'engagement d'attribuer à chaque souscripteur le nombre d'actions qu'il a souscrites, ou un nombre d'actions proportionnel à sa souscription, si le total des souscriptions dépasse le montant du capital social, et aussi l'engagement de satisfaire à toutes les obligations qui dérivent des statuts; de la part du souscripteur, l'engagement de verser le capital appelé sur les titres, jusqu'à concurrence du montant nominal des actions qu'il a souscrites, sous la condition que la société se constituera définitivement. — Paris, 25 mars 1896, [*J. des soc.*, 96.488] — Lyon, 12 févr. 1900, [*Rev. des soc.*, 1900.303] — V. Houpin, t. 1, n. 443; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 686 *bis;* Rousseau, t. 1, n. 1627 et 1655; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 316. — V. cependant, Thaller, n. 402.

2920. — Les obligations nées de la souscription ne pèsent que sur ceux qui ont directement souscrit. L'art. 3, L. 17 juill. 1856, aux termes duquel les souscripteurs d'actions dans une société en commandite sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total des actions par eux souscrites, n'est applicable qu'à ceux qui se sont rendus directement souscripteurs, et non à ceux qui, après la constitution de la société, se sont obligés envers un tiers à prendre un certain nombre d'actions déjà souscrites par ce tiers. — Cass., 19 août 1863, Jonquier, [S. 63.1.461, P. 64.308, D. 63.1.357]

2921. — Par suite, l'exécution de cette obligation peut être subordonnée aux conventions arrêtées entre les parties, et spécialement, être considérée comme non avenue lorsqu'elle n'a été contractée que comme condition d'une autre obligation qui, plus tard, s'est trouvée réalisée. — Même arrêt.

2922. — La souscription comporte adhésion aux statuts de la part du souscripteur. — Trib. Seine, 25 avr. 1891, [J. *La Loi*, 6 juin 1891]; — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Houpin, *loc. cit.;* Rousseau, *loc. cit.;* Floucaud-Pénardille, *loc. cit.* — Il eût donc été logique d'organiser une publicité spéciale en vue de faire connaître les statuts aux souscripteurs, avant la souscription. Par suite de l'absence, en droit actuel, de toute mesure de ce genre, les souscripteurs sont exposés à donner leur adhésion à des statuts qu'ils peuvent ignorer. — Paris, 18 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 1887, p. 196] — Sans doute, la loi de 1867, par ses art. 56 et s., prescrit l'accomplissement de certaines formalités de publicité; mais c'est en vue des tiers et non des souscripteurs, car ces formalités ne peuvent être remplies qu'après la constitution de la société, et elles peuvent ne l'être que dans le mois qui suit la constitution.

2923. — Déjà, le projet sénatorial de 1884, avait prévu cet inconvénient; malheureusement ses dispositions à ce sujet n'ont pas passé dans la loi de 1893. En voici le texte : *Projet sénatorial de 1884.* — Art. 4. « Tout bulletin de souscription d'une société doit contenir : 1° l'indication sommaire de l'objet de la société; 2° le montant du capital social; 3° la partie du capital social représentée par des apports en nature; 4° la partie du capital à réaliser en espèces; 5° les avantages particuliers réservés aux fondateurs; 6° la date de la publication du projet d'acte de société au *Recueil des sociétés.* Les affiches, prospectus, insertions dans les journaux, circulaires, doivent contenir les mêmes énonciations. L'omission totale ou partielle des indications prescrites par le présent article donne lieu à une responsabilité civile ou pénale, soit contre les auteurs de cette omission, soit contre ceux qui leur auront sciemment prêté leur concours. Cette responsabilité est limitée à une année à partir de la publication de l'acte constitutif fait conformément à l'art. 65 de la présente loi ». — Art. 64. « Quand la société se constitue au moyen de souscriptions publiques, le projet d'acte de société doit être publié dans ce Recueil (*Recueil officiel des sociétés*, créé par le projet) dix jours au moins avant l'ouverture de la souscription ».

2924. — Les législations étrangères ont été plus prévoyantes. D'après la loi belge de 1873 (art. 31), le projet de l'acte de société doit être publié, et les énonciations principales de ce projet doivent être inscrites dans les actes de souscription. Le Code italien (art. 129 et 130) exige que les souscriptions soient faites sur des actes reproduisant le prospectus, ou par des lettres que les souscripteurs adressent aux fondateurs, et dans lesquelles ils affirment qu'ils ont connaissance des statuts et qu'ils leur donnent leur approbation. Le Code allemand (art. 209, *a*) veut que le bulletin de souscription, fait en double, contienne certaines énonciations. — V. aussi Code suisse des obligat., art. 615, § 1.

2925. — Les rédacteurs du projet de loi de 1903 se sont efforcés de combler cette lacune, en s'inspirant des législations étrangères précitées, par l'organisation d'une publicité antérieure à l'émission. Tout d'abord, en effet, le projet de statuts doit être publié, avant l'ouverture de la souscription publique, dans le bulletin annexe du *Journal officiel* (recueil dans lequel serait centralisée toute la publicité afférente aux sociétés; de plus, les *prospectus* de propagande, assujettis d'ailleurs à certaines énonciations, devront, sous certaines sanctions pénales, renvoyer au numéro du bulletin contenant le texte des statuts. Les souscriptions résulteront de l'apposition de la signature des souscripteurs sur des *bulletins* contenant certaines dispositions obligatoires, telles que la désignation des apports. Enfin, une *notice* détaillée, sur le rôle de laquelle nous aurons à revenir, destinée à renseigner les intéressés sur la nature et la valeur des apports en nature, etc., doit être publiée avant la souscription publique.

2926. — De ce que la souscription est un contrat synallagmatique, il s'ensuit qu'elle n'est parfaite que par le concours des volontés des contractants : le souscripteur, d'une part, les fondateurs de la société, de l'autre : jusque-là, elle ne constitue qu'une offre. Pour que le contrat se forme, il faut donc que la souscription soit acceptée par les fondateurs, et que cette acceptation soit portée à la connaissance du souscripteur. — Paris, 16 févr. 1850, Menotti, [D. 50.2.150]; — 22 janv. 1853, Devenois, [P. 53.2.679, D. 54.2.258]; — 11 janv. 1854, Ledoux, [S. 54.2.136, P. 54.1.273, D. 54.2.129] — V. Goirand, n. 107 et 108; Thaller, n. 574; Houpin, t. 1, n. 452; Rousseau, t. 1, n. 1656; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 316.

2927. — Donc, lorsqu'il y a souscription par correspondance, le contrat ne devient définitif qu'au moment où il a été donné connaissance au souscripteur de l'acceptation des fondateurs. Ainsi, lorsqu'un souscripteur a demandé un certain nombre d'actions par une lettre missive, ou bien a apposé sa signature au bas de bulletins de souscription distribués par la société, cela ne suffit pas à faire naître une obligation à la charge du souscripteur; il faut, en outre, que le souscripteur ait en sa possession une réponse conforme du gérant, ou ait eu connaissance de l'acceptation du gérant. — Paris, 10 août 1850, Leduc, [P. 51.2.629, D. 52.2.197]; — 17 avr. 1852, Cazette, [S. 52.2.206, P. 55.2.77, D. 52.5.381]; — 22 janv. 1853, précité; — 16 nov. 1853, De Grandchamps, [P. 53.2.681, D. 55.2.126]

2928. — Le contrat de souscription ne peut pas davantage être considéré comme formé, par le seul fait que le gérant a apposé son visa sur les lettres par lesquelles on lui demandait des actions (Paris, 10 août 1850, précité; — 17 avr. 1852, précité), ou qu'il a apposé son visa et des inscriptions sans date, ni indication de noms, sur les registres de la société (Paris, 16 nov. 1853, précité), car ces diverses circonstances ne prouvent pas que le souscripteur ait eu connaissance de l'acceptation de sa souscription. Le fait que des circulaires ont été préparées pour être adressées aux souscripteurs ne prouve pas non plus que l'acceptation des fondateurs soit parvenue à la connaissance des souscripteurs, quand il n'est pas démontré que ces circulaires leur sont parvenues. — Paris, 10 août 1850, précité; 17 avr. 1852, précité.

2929. — Jusqu'à quel moment peut-on considérer l'offre d'actions de la part des fondateurs comme valable, c'est-à-dire jusqu'à quel moment peut-on se porter souscripteur? Ordinaire-

ment, ce sont les statuts qui déterminent la période pendant laquelle la liste des souscriptions est ouverte, et des mesures de publicité sont prises, en fait, pour prévenir de ce délai les souscripteurs éventuels. A l'expiration de ladite période, les offres de souscription ne peuvent plus se produire, même si le capital social n'a pas été intégralement souscrit. A l'inverse, les fondateurs de la société ne sont pas obligés d'attendre l'expiration du délai pour clore la souscription si le nombre d'actions fixé par les statuts a été couvert auparavant. Ils peuvent clore la souscription dès que le capital social se trouve entièrement souscrit. — Lyon, 19 juill. 1882, Berthoud et Cie, [D. 84.2.183]

2930. — Il en résulte que, si un souscripteur a recouru à un intermédiaire pour se procurer des actions, que l'engagement du souscripteur ne se soit produit auprès de cet intermédiaire qu'après la clôture anticipée des souscriptions, celui-ci, s'il n'a commis aucune faute, ne peut être tenu de livrer les actions ainsi souscrites, et n'encourt point de dommages-intérêts pour non-livraison des titres. — Même arrêt.

2931. — C'est à la société qu'incombe la charge de faire la preuve de la souscription. — Trib. Seine, 16 mai 1896, [*J. des soc.*, 96.452] — Par cela même que la souscription n'est obligatoire qu'autant qu'elle a été acceptée par le gérant de la société, c'est au gérant qui allègue avoir, par une lettre missive, accepté la souscription, à établir que cette lettre est réellement parvenue aux mains du souscripteur. — Paris, 11 janv. 1854, précité.

2932. — Mais comment se prouve la formation de ce contrat, à quelles formes est-il assujetti? La législation française dans son état actuel (sur le projet de 1903, V. *suprà*, n. 2925), ne contient aucune règle sur la forme de la souscription. Il s'ensuit qu'il faut se référer au droit commun pour trancher la question.

2933. — La pratique s'est efforcée de suppléer par divers moyens à l'absence de réglementation légale. C'est ainsi que, dans la plupart des émissions, on fait écrire par le souscripteur sur le bulletin de souscription, la mention « Bon pour » avec le nombre d'actions qu'il souscrit. Cette pratique, pour utile qu'elle soit, n'est pas légalement obligatoire. Il a été jugé, il est vrai, par le tribunal de Nantes (28 juin 1879 : *J. des soc.*, 83.745) que l'absence de la mention « Bon pour » constitue une nullité, quoique simplement relative; mais il nous paraît impossible d'approuver la doctrine qui se dégage de ce jugement; en effet la mention « Bon pour » n'est exigée par le Code civil (art. 1326) qu'en cas d'engagement unilatéral, or le contrat de souscription est un contrat synallagmatique. — Trib. Seine, 2 mars 1894, [*Rev. des soc.*, 94.456]

2934. — Mais ne pourrait-on pas, tout au moins, précisément à raison de ce caractère synallagmatique, exiger la rédaction du bulletin en double original, signé par le souscripteur et l'un des fondateurs? La conclusion s'imposerait si le contrat était civil. Mais nous établirons *infrà*, n. 2954 et s., qu'il est commercial; or, le double original n'est pas plus exigé que le « bon pour » à l'égard des contrats commerciaux, qui ne sont assujettis à aucune forme écrite, et peuvent être prouvés par tous les moyens, notamment par la preuve testimoniale ou les présomptions (C. comm., art. 109). — V. *suprà*, v° *Double écrit*, n. 53 et s.

2935. — En résumé aucune condition de forme n'étant exigée pour constater la souscription, pour que celle-ci soit considérée comme engendrant une obligation à la charge du souscripteur, il suffira d'établir que le souscripteur a réellement souscrit, que la société a accepté son offre de souscription, et qu'il a eu connaissance de cette acceptation. Et cette preuve pourra être administrée par tous les moyens qu'admet le droit commercial. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 687; Lyon-Caen, note sous Cass., 25 oct. 1899, [S. et P. 1900.1.65]; Houpin, t. 1, n. 452; Rousseau, t. 1, n. 1655; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 326.

2936. — Ainsi, jugé que la souscription est suffisamment prouvée par le fait que le souscripteur a signé une formule de souscription ou de certificat, faite en double, signée par le gérant, attestant la remise au souscripteur des titres provisoires des actions, lorsque, d'ailleurs, la qualité d'actionnaire a été reconnue au souscripteur par un jugement qu'il n'a pas attaqué. — Paris, 22 janv. 1853, précité.

2937. — ... Que, quoique les souscriptions ne soient pas datées, ou ne soient pas signées du gérant, elles n'en deviennent pas moins valables si le souscripteur n'a pas protesté et a eu des relations avec la société pendant sa durée. — Aix, 15 juin 1855, Brenner, [S. 57.2.94, P. 57.553]

2938. — ... Que, dès l'instant que la loi ne prescrit pas une forme spéciale pour constater le contrat de souscription, il importe peu que les bulletins de souscription soient informes, qu'ils contiennent des erreurs, même qu'ils ne soient pas signés par le souscripteur; la souscription est valable, et le souscripteur est engagé, s'il figure sur la liste des souscripteurs déposée chez le notaire (L. 24 juill. 1867, art. 1), et s'il ne fait entendre aucune protestation. — Paris, 18 mars 1887, Actionnaires du Crédit général français, [D. 88.2.129] — V. Cass., 25 oct. 1899, Liquid. de la Banque centrale, [S. et P. 1900.1.65, et la note de M. Lyon-Caen]

2939. — ... Qu'est également lié le souscripteur qui, étant en compte courant avec la société, a été débité du montant des actions qu'il a souscrites, postérieurement à sa souscription, quand ce compte courant a été l'objet de règlements périodiques; qu'il ne peut pas alléguer que l'acceptation de sa souscription par la société n'est pas parvenue à sa connaissance. — Bordeaux, 3 mars 1884, Perraud, [D. 86.2.68]

2940. — ... Que doit être considéré comme souscripteur celui qui signe la liste de souscription, prend part à l'assemblée constitutive, et se reconnaît, sur la feuille de présence, possesseur d'un certain nombre d'actions. — Poitiers, 24 févr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.265] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 452.

2941. — ... Qu'est valable la souscription faite entre les mains d'un mandataire verbal de la société, quand la société a ratifié les opérations faites en son nom par son mandataire, en exécutant le contrat. — Cass., 14 mars 1860, Roure, [S. 60.1.863, P. 61.162, D. 60.1.258]; — 12 nov. 1867, Crouillebois, [S. 68.1.68, P. 68.145, D. 67.1.408]

2942. — ... Que celui qui, en ouvrant une souscription d'actions dans une société ou compagnie industrielle, a promis des actions restant à la société et n'ayant pas encore circulé, accomplit suffisamment son obligation en délivrant des actions par lui rachetées et retirées de la circulation. Dès lors que toutes ces actions sont reconnues de même valeur, les souscripteurs sont sans intérêt pour les refuser. — Cass., 14 juill. 1862, Brulin, [S. 62.1.849, P. 63.192, D. 62.1.429]

2943. — Il faut appliquer les mêmes règles au cas où la souscription aurait été faite par l'intermédiaire d'un mandataire, notamment d'un banquier. Cependant le souscripteur ne saurait être engagé par le fait qu'il a gardé le silence sur l'avis que le banquier lui aurait donné de sa souscription, si, d'ailleurs, le banquier avait agi sans ordre de son client, même s'il s'était écoulé un temps assez long depuis l'envoi de l'avis. En effet, on ne saurait considérer le silence prolongé du souscripteur comme équivalant à une ratification tacite de l'acte du banquier. — Cass., 25 mai 1870, Guilloux, [S. 70.1.341, P. 70.869, D. 70.1.257] — V. Buchère, *Valeurs mobilières*, n. 367; Houpin, t. 1, n. 452, *in fine*; Laurent, *Dr. civ.*, t. 15, n. 483.

2944. — Toutefois, s'il était d'usage, entre le souscripteur et le banquier, que celui-ci fît des souscriptions pour le compte de son client, et que celui-là les acceptât tacitement, son silence équivaudrait à une ratification tacite de la souscription. — V. Massé, t. 3, n. 1458 et s.

2945. — Lorsque la souscription a lieu par l'intermédiaire d'un banquier, il importe aussi de bien préciser l'obligation du banquier. Celui-ci s'oblige seulement à rapporter l'engagement des souscripteurs. D'où il résulte que s'il rapporte cet engagement, il a rempli son obligation; mais s'il ne rapporte pas cet engagement, la souscription à laquelle il a adhéré sans que son client ratifie demeure à son compte personnel. — Cass., 25 mai 1870, précité (motifs). — Mêmes auteurs.

2946. — Dans le cas où la souscription a lieu par l'intermédiaire d'un prête-nom, celui-ci est obligé personnellement; il ne pourrait se dégager de ses obligations en établissant qu'il n'est que le titulaire apparent des titres, et en offrant de révéler le titulaire réel. — Toulouse, 18 janv. 1887, en note sous Cass., 27 nov. 1888, Comp. d'assur. *le Languedoc*, [S. 90.1.521, P. 90.1.1257, D. 87.2.131]

2947. — Jugé d'autre part que, lorsqu'une souscription d'actions a été faite entre les mains d'un mandataire verbal de la société, cette souscription n'en est pas moins valable, alors surtout que la société, en poursuivant l'exécution du contrat, a par cela même ratifié les opérations faites en son nom par son gérant. — Cass., 14 mars 1860, et 12 nov. 1867, précités.

2948. — II. *Effets de la souscription; action des créanciers sociaux contre les souscripteurs.* — La souscription a pour effet d'obliger les souscripteurs au versement de leur mise. Mais en-

vers qui sont-ils tenus de ce versement? Il est d'abord évident qu'ils en sont tenus vis-à-vis de la société. L'action qui appartient, de ce chef, à la société, sera exercée par le gérant ou par les administrateurs qui la représentent. Ils sont encore tenus vis-à-vis des créanciers sociaux. Ceux-ci peuvent, aux termes de l'art. 1166, C. civ., exercer à l'encontre des souscripteurs l'action sociale, qui fait partie de leur gage.

2949. — Mais les créanciers sociaux en seront-ils réduits à cette action oblique? N'ont-ils pas aussi une action directe contre les souscripteurs, à l'effet de leur faire opérer le versement? Cette question présente de l'intérêt à divers points de vue. Si les créanciers n'ont que l'action oblique, les actionnaires peuvent leur opposer toutes les exceptions et moyens de défense qu'ils pourraient invoquer contre la société. Par exemple, lorsque leurs souscriptions ont été obtenues par des manœuvres frauduleuses, ils pourraient se prévaloir de la nullité de leurs souscriptions, et, par suite, de leurs engagements, contre les créanciers sociaux exerçant l'action de la société. Ils n'auraient pas ce droit à l'encontre de créanciers exerçant contre eux l'action directe.

2950. — Quand la société est entachée de nullité pour défaut de publicité, cette nullité ne peut être opposée aux tiers. Il s'ensuit qu'elle pourrait être invoquée contre les créanciers sociaux exerçant l'action oblique, mais qu'elle serait inopposable aux créanciers exerçant une action directe.

2951. — Etant donné l'intérêt de la question, quelle solution comporte-t-elle? Pour refuser l'action directe aux créanciers sociaux on a fait valoir les arguments suivants : 1° les actionnaires ont donné mandat au gérant ou à l'administrateur d'employer les fonds versés pour conduire à bonne fin l'entreprise sociale; mais ils ne lui ont point donné mandat de les obliger envers les tiers; 2° c'était la solution admise par l'ancien droit, et le législateur n'a pas manifesté l'intention de rompre avec la tradition; 3° enfin, comment les créanciers sociaux exerceraient-ils l'action directe? Ils ne connaissent même pas la liste des actionnaires, car aucune publicité n'est organisée en vue de la leur faire connaître.

2952. — Nous ne pouvons accepter cette thèse. 1° Le dernier argument n'est qu'un argument de fait qui ne touche en rien au fond du droit. De ce qu'une action peut être difficile à exercer, il n'en résulte pas qu'elle n'existe pas en droit; 2° Il n'est pas vrai que le législateur ait voulu se conformer à la tradition; car nous sommes dans une matière où il a en tout innové, au contraire. Les sociétés anonymes sont une création du droit moderne. Quant aux commandites, elles ne présentent plus aujourd'hui les mêmes caractères que dans l'ancien droit. L'ancienne commandite avait un caractère occulte. La commandite actuelle obéit à certaines règles de publicité : elle a une raison sociale, un extrait de l'acte de société doit être publié dans les journaux et faire connaître notamment aux tiers le montant du capital social; 3° Enfin, il est inexact de prétendre que le gérant ou l'administrateur n'a pas reçu mandat d'obliger les actionnaires. Dès l'instant qu'il a reçu mandat d'accomplir les diverses opérations sociales, il a reçu mandat d'obliger les actionnaires. Qu'il devienne créancier ou qu'il devienne débiteur, il le devient au nom des actionnaires, il est leur intermédiaire dans l'accomplissement des opérations sociales.

2953. — Concluons donc que les créanciers sociaux ont contre les souscripteurs non seulement l'action oblique, mais aussi l'action directe. C'est, d'ailleurs, la solution de la jurisprudence. — Cass., 28 févr. 1844, De Beaulieu, [S. 44.1.692, P. 44.2.644]; — 6 nov. 1865, Louvrier, [S. 66.1.109, P. 66.275, D. 65.1.479] — Lyon, 2 févr. 1864, Grizard, [S. 65.2.259, P. 65.105] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 473 et 475; Pont, n. 1450; Vavasseur, n. 326.

2954. — III. *Nature juridique de la souscription.* — Faut-il regarder comme un acte de commerce la souscription d'actions dans une société commerciale? L'obligation contractée par le souscripteur est-elle commerciale ou civile? C'est une question qui a divisé les auteurs, et sur laquelle la jurisprudence, aujourd'hui fixée dans le sens de la commercialité, a longtemps hésité.

2955. — Avant la loi du 22 juill. 1867, il y avait un intérêt considérable à adopter telle ou telle solution. En effet, la contrainte par corps était admise pour les dettes de 200 fr. au moins qui avaient un caractère commercial, tandis qu'à l'égard des dettes civiles, elle n'était admise qu'exceptionnellement dans les cas déterminé par la loi (C. civ., art. 2063). Mais cet intérêt a disparu par l'effet de la loi précitée, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Cependant, la question présente encore de l'intérêt à d'autres points de vue : au point de vue de la compétence, au point de vue de la preuve, au point de vue de la capacité.

2956. — Si l'obligation de l'actionnaire est commerciale, ce sont les tribunaux de commerce qui sont compétents pour connaître de l'action en versement du montant de l'action; sinon, la compétence appartient aux tribunaux civils. — Si l'on attribue le caractère commercial à l'obligation de l'actionnaire, la souscription peut être prouvée conformément à l'art. 109, C. comm.; dans le cas contraire, c'est aux règles du Code civil qu'il faut s'en référer pour la preuve, notamment à l'art. 1325 qui exige que les contrats synallagmatiques soient rédigés en double original, et aux art. 1341 et s., qui réglementent la preuve en matière civile. — V. *suprà*, n. 2934.

2957. — Enfin au cas où l'obligation du souscripteur paraîtrait revêtue du caractère commercial, il faudrait, logiquement, que celui qui la contracte eût la capacité ou le pouvoir de faire un acte de commerce, suivant qu'il la contracterait pour lui-même ou pour autrui. Et notamment, si l'obligation du souscripteur est commerciale, un mineur ne peut s'engager par souscription que sous les conditions déterminées par l'art. 2, C. comm., et son tuteur ne peut pas souscrire en son nom, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal civil, un tuteur n'ayant pas le pouvoir de faire des actes de commerce pour son pupille.

2958. — Dans le sens du caractère civil de l'obligation de l'actionnaire, on a fait valoir les raisons suivantes : 1° les actes de commerce sont énumérés d'une façon limitative par les art. 632 et 633, C. comm., or cette obligation n'est pas comprise dans l'énumération; 2° il ne faut pas s'arrêter à cette considération que les sommes à verser par le souscripteur sont destinées à des opérations commerciales, car cela ne suffit pas pour rendre commerciale son obligation de faire les versements. Les actionnaires n'associent pas leur personne, ils associent seulement leurs capitaux. Quand quelqu'un promet d'effectuer un prêt, son obligation ne devient pas commerciale à raison de ce que la somme prêtée sera employée à une opération de commerce; 3° la loi a créé les sociétés par actions pour faciliter l'association des capitaux civils aux opérations commerciales. Si l'on admet la commercialité de l'obligation du souscripteur, on va à l'encontre du but de la loi, parce que les souscripteurs, au lieu d'être attirés dans ces sociétés, en seront éloignés plutôt, ayant à redouter la juridiction commerciale, et ayant eu à redouter la contrainte par corps, au moins jusqu'à la loi de 1867. Cette opinion a rencontré des adhésions dans la doctrine et la jurisprudence. — Lyon, 31 juill. 1889, [*J. des soc.*, 91.39]; — Bordeaux, 22 mars 1893, [*J. des soc.*, 93.460]; — Trib. Seine, 5 juin 1883, [*J. des soc.*, 91.472] — V. Bordeaux, 11 déc. 1893, [*J. des soc.*, 94.257] — V. également les auteurs et les arrêts cités, *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1297 et 1298. — Dans cette doctrine, la souscription ne deviendrait commerciale qu'autant qu'elle constituerait une spéculation, c'est-à-dire qu'autant que le souscripteur aurait eu en souscrivant l'intention de revendre, car il y aurait alors dans ce fait le caractère de l'acte de commerce. — Buchère, *Valeurs mobilieres*, n. 373. — Amiens, 11 janv. 1884, [*Rev. des soc.*, 84.438] — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1296.

2959. — L'opinion que nous venons d'exposer n'a pas triomphé; la jurisprudence admet aujourd'hui d'une manière générale que l'obligation du souscripteur est commerciale, et la plupart des auteurs se rangent à cet avis. Les objections faites par les partisans de la non-commercialité ne sont pas décisives. 1° D'abord il n'est pas exact que les souscripteurs ne fassent aucun des actes prévus par les art. 632 et 633, C. comm. Ils font au contraire, virtuellement tous les actes de commerce que fait la société. Il est vrai qu'ils ne les accomplissent ni seuls, ni par eux-mêmes; mais ils y prennent part par l'intermédiaire des gérants ou des administrateurs. 2° L'analogie qu'on veut établir entre l'actionnaire et le prêteur n'est pas fondée. Les fonds que fournit le prêteur, quoiqu'ils puissent être destinés à des opérations commerciales, ne sont pas associés à ces opérations. Le prêteur stipule un intérêt qui est limité, et qui ne dépend pas du sort de l'entreprise, et, sauf l'insolvabilité de l'emprunteur, il n'est pas exposé à perdre son capital. Il n'en est pas de même de l'actionnaire ou du commanditaire. Celui-ci est directement intéressé

aux opérations sociales, son capital est engagé par ces opérations qui sont faites pour son compte. Le bénéfice qu'il retirera est subordonné au sort de l'entreprise, ainsi que son capital, qu'il est exposé à perdre. 3° Enfin, il est tout naturel que le souscripteur, à raison de l'engagement qu'il contracte par sa souscription, échappe à la compétence des tribunaux civils et relève de la compétence des tribunaux de commerce. En effet, les actionnaires participent aux actes des gérants ou des administrateurs par les capitaux qu'ils ont versés et par le crédit qu'ils procurent à la société en promettant le versement du complément de leur mise. Les tiers ont le droit de compter tant sur ce capital que sur ce crédit, et on ne peut pas leur refuser de s'adresser aux tribunaux de commerce pour obliger les souscripteurs à tenir leur engagement.

2960. — On peut ajouter que cette solution doit être admise par *a fortiori* pour les sociétés par actions, étant donné qu'elle l'est pour les associations en participation, où « tous les associés sont tenus commercialement quoique l'un ou quelques-uns d'entre eux se bornent à remettre des fonds ou à les promettre à l'un d'eux qui agit comme s'il était seul ». — Arthuys, n. 32. — V. sur la question : Cass., 13 août 1856, Crémieu, [S. 56.1.769, P. 57.55, D. 56.1.343]; — 25 oct. 1899, Liquid. de la Banque centrale, [S. et P. 1900.1.65, et la note de M. Lyon-Caen] — Paris, 8 déc. 1885, [*Rev. des soc.*, 86.201]; — 7 déc. 1893, [*J. des soc.*, 94.125] — Bruxelles, 6 déc. 1890, [*Rev. prat. soc. Belg.*, 91.200] — Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 89; Wahl, n. 361, et *Rev. des soc.*, 1893, p. 55; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 256; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 470, 686 *bis*; Houpin, t. 1, n. 454; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 454; Rousseau, t. 1, n. 1628. — V. égal. les arrêts et les auteurs cités *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 1299 et 1300.

2961. — Il est à remarquer que la jurisprudence, quoiqu'elle ait admis en général la commercialité de l'engagement du souscripteur, n'en a pas déduit toutes les conséquences logiques, en ce qui concerne surtout la capacité du souscripteur. C'est ainsi qu'elle reconnaît au tuteur le droit de souscrire des actions pour le compte du pupille. — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 933, et *infrà*, n. 2974 et s.

2962. — C'est seulement au point de vue de la compétence du tribunal de commerce et de l'admission de tous les modes de preuve visés par l'art. 109, C. comm., que la jurisprudence a déduit de la commercialité de la souscription toutes les conséquences logiques qu'elle comporte. — Arrêts précités. — V. Trib. Seine, 16 mai 1896, [*Rev. des soc.*, 96.426]

2963. — Jugé, en ce sens, que l'action exercée aux fins de paiement du solde d'actions d'une société financière étant de nature commerciale, il doit y être statué conformément aux lois relatives au commerce, qui ne comportent pas l'application de l'art. 1341, C. civ. — Cass., 25 oct. 1899, Liquid. de la Banque centrale, [S. et P. 1900.1.65 et la note de M. Ch. Lyon-Caen]

2964. — Par suite, quelle que soit la teneur de l'écrit dont se prévaut une société financière contre le prétendu souscripteur d'actions qui l'a signé, il est loisible aux juges du fond de l'apprécier comme ne faisant ressortir qu'une simple vraisemblance, détruite par des présomptions contraires, dont la force probante n'est pas sujette au contrôle de la Cour de cassation. — Même arrêt.

2965. — Il ne faut pas confondre la question que nous venons de résoudre avec la question de savoir si l'achat et la revente des actions constituent un acte de commerce. A cet égard, il y a lieu de suivre les principes du droit commun. — V. Lyon, 7 janv. 1881, Gaudin-Crozier, [S. 81.2.25, P. 81.1.193, et la note de M. Lyon-Caen, D. 81.2.153] — Lorsqu'il y a achat *dans le but de revendre*, l'opération est commerciale; si l'achat est fait à titre de placement, et non de spéculation, l'acte est civil. Il en est ainsi du moins de l'achat d'une action complètement libérée. Mais lorsqu'il s'agit de l'achat d'une action non complètement libérée, l'acheteur se trouve dans la même situation que le souscripteur au point de vue des poursuites qui peuvent être dirigées contre lui. Par conséquent, en ce cas, l'opération est toujours commerciale si l'on admet que l'engagement du souscripteur constitue un acte de commerce. — V. Arthuys, n. 32, note 1; Lyon-Caen et Renault, n. 472.

2966. — Nous avons discuté la question de savoir si l'engagement contracté par le souscripteur constitue un acte de commerce. Mais il n'y a pas lieu de se demander si les actionnaires sont des commerçants. Il est évident qu'ils ne font pas des actes de commerce leur profession habituelle; ils ne sont donc pas commerçants (C. comm., art. 2). Ce n'est pas exercer une profession que d'être actionnaire, et jamais, par exemple, on n'a songé à soumettre les actionnaires à la patente. — V. *suprà*, v° *Commerçant*, n. 567.

2967. — IV. *Capacité des souscripteurs.* — Pour souscrire valablement, il faut avoir la capacité nécessaire à cet effet. Cette question de capacité présente une grande importance, car malgré le caractère irrévocable des souscriptions, elles peuvent être annulées pour une des causes qui entraînent la nullité des contrats, et notamment pour défaut de capacité de la part du souscripteur. L'annulation d'une ou de plusieurs souscriptions pour cause d'incapacité peut avoir une répercussion grave sur l'existence même de la société. Il en résultera que le capital social aura pu n'être pas intégralement souscrit, et la société pourra être annulée. — V. Cass., 25 mai 1886, [*J. des soc.*, 87.2] — Pau, 15 janv. 1896, [*J. des soc.*, 97.431] — V. aussi De Muralt, *De la fond. des soc. anon.*, p. 84; Lyon-Caen et Renault, n. 688; Arthuys, n. 31; Houpin, n. 449. — Il importe donc de déterminer la capacité exigée des souscripteurs.

2968. — Si l'on veut apprécier la capacité des souscripteurs, il faut distinguer deux cas : 1° les actions sont libérées intégralement lors de la souscription; 2° les actions ne sont pas libérées intégralement à cette époque. — Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'on souscrit des actions libérées intégralement, la souscription n'est qu'un emploi de fonds, elle constitue, par conséquent, un acte d'administration. Et, par suite, peuvent souscrire ceux qui ont des pouvoirs d'administration. Ainsi, la femme mariée, séparée de biens, peut souscrire sans l'autorisation de son mari. — Toulouse, 6 juin 1883, [*J. des soc.*, 86.129] — V. Houpin, n. 449; Pont, n. 32; Lyon-Caen et Renault, n. 76; Vavasseur, n. 47 *bis*.

2969. — La femme mariée, non séparée de biens, n'ayant pas l'administration de sa fortune, ne saurait au contraire souscrire sans l'autorisation de son mari. Cependant si l'obligation contractée par une femme mariée sans l'autorisation de son mari est nulle en principe, cette nullité peut être couverte par une ratification postérieure, expresse ou tacite. Si donc, une femme mariée a souscrit des actions d'une société anonyme sans l'autorisation de son mari, et que plus tard le mari autorise sa femme à se constituer un mandataire à l'effet de se faire représenter à des assemblées générales d'actionnaires de la société, ce fait équivaut à une ratification tacite des engagements pris par la femme, et la nullité de l'obligation de la femme est couverte. — Cass., 25 mai 1886, Dalbin, [S. 87.1.268, P. 87.1.640, D. 87.1.379]

2970. — De même, lorsqu'une femme mariée obtient l'annulation de sa souscription pour défaut d'autorisation maritale, et que, plus tard devenue veuve, elle intente, en qualité d'actionnaire, devant les tribunaux correctionnels, une action en responsabilité contre les administrateurs de la société, elle est censée avoir renoncé au droit de se prévaloir de la nullité de sa souscription, et peut être condamnée au paiement des actions par elle souscrites. — Cass., 8 déc. 1897, Penin, [S. et P. 98.1.342, D. 98.1.352]

2971. — Il peut arriver que la femme mariée, qui ne veut ou ne peut se procurer l'autorisation maritale, souscrive des actions sous son nom de fille, de manière à dissimuler sa qualité de femme mariée. Elle doit alors réparation du préjudice par elle causé. — Trib. Seine, 28 sept. 1887, [*J. des soc.*, 91.331]

2972. — Une femme mariée sous le régime dotal, en souscrivant des actions, n'engage que ses biens paraphernaux. Il a même été jugé qu'il faut regarder comme nulle la souscription d'actions d'une femme mariée sous le régime dotal, faite sans autorisation du mari, encore bien qu'en souscrivant la femme a dissimulé sa situation, pourvu toutefois qu'elle n'ait, à cet effet, commis ni délit, ni quasi-délit. En conséquence, il lui est dû restitution des sommes qu'elle a versées. — Paris, 4 nov. 1887, [*Rev. des soc.*, 88.71]

2973. — Le mineur émancipé a la capacité de souscrire, seul et sans l'assistance de son curateur, lorsqu'il s'agit du placement de ses revenus, et avec l'assistance de son curateur, s'il doit être fait placement de ses capitaux. — V. Pont, n. 28; Houpin, n. 449.

2974. — Un tuteur peut-il valablement souscrire pour le compte de son pupille? Si l'on admet que la souscription d'actions dans une société commerciale constitue un acte de commerce, il semble qu'il faille se prononcer pour la négative; car

un tuteur ne peut pas faire un acte de commerce, *même isolé*, pour le compte de son pupille. C'est ce qu'ont soutenu certains auteurs; ils décident, en conséquence, que le tuteur ne peut souscrire des actions d'une société commerciale au nom de son pupille, et qu'il faut regarder comme nulle une telle souscription, fût-elle autorisée par le conseil de famille et même homologuée par le tribunal. — Lyon-Caen, note sous Paris, 21 mai 1884, de Brantès, [S. 85.2.97, P. 85.1.562]

2975. — Toutefois, ainsi que nous l'avons fait observer *suprà*, n. 2961, la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire. Tout en admettant que la souscription d'actions est un acte de commerce, elle décide que les règles de capacité déterminées par les art. 2 et 3, C. comm., ne s'appliquent pas à notre cas, qu'il n'y a là qu'un acte d'administration qu'un tuteur peut accomplir valablement. — Paris, 21 mai 1884, De Brantès, [S. 85.2.97, P. 85.1.562, D. 85.2.177] — V. Houpin, t. 1, n. 449.

2976. — En conséquence, une mère tutrice a le droit de faire emploi des deniers pupillaires en souscription d'actions, pourvu qu'il s'agisse d'actions entièrement libérées au moment de la souscription. — Même arrêt.

2977. — Le second cas est celui où les actions ne sont pas libérées intégralement au moment de la souscription. Alors, la souscription contient l'engagement de verser plus tard le montant des actions souscrites. Ce n'est plus un simple acte d'administration; c'est un acte qui exige la capacité de s'obliger; car celui qui souscrit en faisant le versement d'un quart seulement s'oblige à payer les trois autres quarts à une époque ultérieure. En conséquence, le mineur ne peut souscrire des actions non entièrement libérées. — Trib. Seine, 10 mars 1885, [*J. des soc.*, 91.381] — Le tuteur et le mineur émancipé ne sauraient le faire sans une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. — Paris, 21 mai 1884, précité; — 13 janv. 1885, Legru, [S. 85.2.101, P. 85.1.570, D. 85.2.177] — Trib. Seine, 1er déc. 1885, [*J. des soc.*, 91.379] — Buchère, *Loi de 1880*, p. 89 et 90, et *Ann. de dr. comm.*, 1888, t. 2, p. 157 et s.

2978. — En effet, l'obligation de libérer les titres au moment de l'appel de fonds peut mettre le mineur dans la nécessité de contracter un emprunt. Il est donc logique d'exiger, pour les souscriptions, les mêmes formalités que pour un emprunt immédiat (C. civ., art. 457 et 458). — Mêmes arrêts (motifs). — V. aussi Buchère, *op. cit.*

2979. — Par identité de motifs, on doit décider que la femme séparée de biens ne peut valablement souscrire des actions non entièrement libérées, sans l'autorisation de son mari. — Cass., 25 mai 1886, Dalbin, [S. 87.1.268, P. 87.1.640, D. 87.1.379]; — 6 févr. 1888, Ve Veissière, [D. 88.1.401] — Douai, 15 mai 1882, [*J. not.*, art. 23.813] — Paris, 7 juill. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.359]

2980. — Il en serait autrement de la femme séparée de corps; la loi du 6 févr. 1893 lui ayant restitué sa pleine capacité juridique, toute autorisation lui est évidemment inutile. — Houpin, *op. cit.*

2981. — Dans une commandite par actions, le gérant pourrait-il souscrire une partie des actions pour son compte personnel en qualité de commanditaire? Au premier abord il semble que non, car, en souscrivant, il va contracter l'obligation d'effectuer les versements dus par tout souscripteur; or il est déjà tenu, sur tous ses biens, envers les créanciers, d'une obligation personnelle; cette obligation personnelle va se trouver diminuée par l'autre. Aussi quelques auteurs se prononcent-ils dans le sens de la négative. — Alauzet, n. 641; Molinier, n. 254; Mornard, p. 53; Ruben de Couder, v° *Soc. en command.*, n. 91.

2982. — L'affirmative a cependant prévalu, aucun texte de loi ne contenant de prohibition à cet égard. — Delangle, n. 505; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 127; Bédarride, n. 144; Houpin, n. 449; Sourdat, *Soc. en comm.*, p. 104; Arthuys, n. 31; Pont, n. 1444. — V. aussi Paris, 17 juill. 1882, [*Rev. des soc.*, 83.67] — A noter l'opinion de Vavasseur (n. 374, 379, 382), d'après lequel le gérant ne pourrait souscrire que des actions entièrement libérées, dont le dépôt dans la caisse sociale garantirait ses fautes de gestion.

2983. — Une société peut souscrire des actions émises par une autre société. — Cass., 10 déc. 1878, Lafoux, [D. 79.1.5] — Mais il faut que le gérant ou l'administrateur ait la capacité nécessaire pour accomplir cette opération, au moment où il souscrit. — Paris, 2 déc. 1886, [*J. des soc.*, 91.92]

2984. — Par contre, une société ne saurait souscrire à ses propres actions, ni lors de l'émission qui a lieu au moment de la souscription, ni lors d'une émission nouvelle. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — Sur la nullité du rachat par une société de ses propres actions, V. *infrà*, n. 4629 et s.

2985. — V. *Syndicats d'émission*. — Il arrive assez souvent, ainsi que nous l'avons fait remarquer déjà à propos des obligations, qu'un certain nombre de particuliers, des banquiers, par exemple, s'entendent dans le but de souscrire toutes les actions d'une société qui est en voie de constitution, avec l'intention de placer plus tard ces actions dans le public, avec bénéfice. Ces banquiers forment entre eux une sorte de syndicat financier, qu'on appelle syndicat d'émission.

2986. — Ces syndicats peuvent affecter plusieurs formes. La première est celle du syndicat qui souscrit ferme tous les titres de l'émission, et, quand l'exploitation a fait ses preuves, écoulent dans le public leur stock de titres avec bénéfice. Les actions ainsi souscrites sont dites actions à prime. — Thaller, *Les émissions d'actions à prime;* Rousseau, t. 1, n. 1671 et 1683.

2987. — D'autres syndicats, de spéculation pure, au lieu de souscrire ferme toute l'émission, se contentent de garantir le placement du stock dans le public dans un délai déterminé. Le syndicat constitué dans ces conditions, dit *de garantie*, fait au regard de la société fonction d'assureur; il est en effet souscripteur subsidiaire, et s'engage à prendre à sa charge tous les titres non placés. — V. Chassériau, *Des syndic. d'émiss. de val. et de leur responsab.*; Pic, note sous Paris, 12 déc. 1893, De l'Escale, Guérin et consorts, [D. 96.2.481]; Levillain, note sous Paris, 9 févr. 1888, époux Juin, [D. 90.2.265]

2988. — Les syndicats financiers ne sont pas réglementés par la loi; d'où la question de savoir s'ils sont licites. Ne tombent-ils pas sous le coup de l'art. 419, C. pén., qui vise « tous ceux qui... par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce... » La jurisprudence et la majorité de la doctrine se prononcent dans le sens de la négative; car les actions dont les syndicats financiers provoquent la hausse ne sont ni des denrées ou marchandises, ni des papiers et effets publics. On décide, en conséquence, les pénalités étant de droit étroit, que malgré les fraudes graves qu'ils peuvent commettre pour amener une hausse factice des actions, ces syndicats ne tombent pas sous le coup de l'art. 419, C. pén. — V. Cass., 25 mai 1886, [*Rev. des soc.*, 87.2] — Paris, 18 mars 1887, [*J. des soc.*, 87.185]; — 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 88.2.105] — et sur renvoi Orléans, 24 janv. 1890, [S. 91.2.154, P. 91.1.883, D. 91.2.337] — Paris, 10 juin 1890, [*J. des soc.*, 90.41] — Lyon-Caen et Renault, n. 725; Buchère, *Tr. des opér. de Bourse*, n. 475; Bozérian, *La Bourse*, t. 1, n. 412; Cosson, *L'agiotage et les syndic. financ.*, p. 6; Houpin, t. 1, n. 451; Rousseau, t. 1, n. 1673 et 1686; Pic, note précitée; Levillain, note précitée; Chassériau, *op. cit.*; Floucaud-Pénardille, n. 338 et s. — V. Babled, *Les syndicats de producteurs et la loi pénale*; Cauwès, *Les ententes commerciales et la loi pénale* (*Réf. économ.*, 16 févr. 1902). — V. cependant Paris, 19 mars 1883, précité. — Lyon, 12 mars 1885, Min. public Perraud et autres, [D. 86.2.136] — Thaller, *Rev. crit.*, 1880, p. 519. — V. aussi *suprà*, v° *Accaparement*, n. 23 et s.

2989. — Aucun texte prohibitif, en dehors de l'art. 419, C. pén., ne pouvant leur être appliqué, ces syndicats doivent être tenus pour licites, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils sont formés par un groupe ou par la totalité des souscripteurs, non plus qu'à rechercher le but plus ou moins honorable en vue duquel ils ont été constitués. — Paris, 28 avr. 1887, et Orléans, 24 janv. 1890, précités.

2990. — Et les membres de ces syndicats ne peuvent être considérés, ni comme ayant contrevenu aux dispositions de l'art. 419, C. pén., ni comme s'étant rendus coupables de dol et de fraude par le seul fait de leur réunion en syndicat. — Paris, 28 avr. 1887, précité.

2991. — Le syndicat ne pourrait être déclaré illicite que par application du droit commun, dans le cas, par exemple, où il serait établi que les syndiqués n'y avaient assumé qu'un risque

imaginaire, et avaient stipulé un tant pour cent sur le montant de chaque titre placé, sans prendre l'engagement de parfaire la souscription au cas où l'émission ne serait pas intégralement couverte (V. *suprà*, n. 2591). — Pic, note précitée; Rousseau, t. 1, n. 1687.

2992. — Quelle est la nature juridique du syndicat d'émission? Il est certain qu'il ne constitue pas une véritable société. D'abord, il n'y a pas de société entre les syndicataires, car il n'existe pas de fonds social destiné à une opération commune; avec la somme des fonds fournis par chaque syndicataire, il n'est pas pourvu à un achat collectif, mais à un achat d'actions à répartir immédiatement entre les syndicataires proportionnellement à la mise de chacun. Une autre raison s'oppose à ce que le syndicat existe comme une véritable société, au regard des tiers, c'est que le syndicat se dissimule, lui et son but. En effet, que ce soit le gérant du syndicat, ou que ce soit chaque syndicataire en particulier qui souscrive ou vende les actions, celui qui fait l'opération est toujours censé la faire personnellement et non comme représentant d'une société. Nous sommes donc ici en présence, non d'une société commerciale proprement dite, assujettie à publicité et investie de la personnalité, mais d'une association *en participation*. — Cass., 26 août 1879, Galinou, [D. 80.1.120] — Orléans, 16 août 1882, [*J. des soc.*, 85.605] — Nîmes, 7 juill. 1885, [*J. des soc.*, 92.382] — Paris, 28 avr. 1887, précité. — Trib. Nantes, 4 juill. 1883, [*J. des soc.*, 84.389] — Trib. Seine, 28 mars 1898, [*J. des soc.*, 98.330] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1053; Houpin, t. 1, n. 451; Percerou, p. 145; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1887, t. 1, p. 168; Pic et Levillain, notes précitées. — Sur les caractères distinctifs de l'association en participation, V. *infrà*, v° *Société en participation*.

2993. — Jugé, en ce sens, que la nullité de la vente d'actions pour cause de dol ou de fraude, d'erreur sur la substance ou de défaut d'objet, ne peut être invoquée par l'acheteur que contre son vendeur, et non contre le syndicat formé au moment même de leur acquisition entre tous les souscripteurs primitifs, un tel syndicat constituant, non une société anonyme, mais une association en participation dépourvue de la personnalité civile. — Paris, 28 avr. 1887, précité.

2994. — ... Que le syndicat, ne constituant pas une entité juridique, ne peut pas se porter souscripteur. Seuls, le gérant du syndicat, ou les syndicataires peuvent se porter souscripteurs à titre personnel : eux seuls auront la qualité d'actionnaires vis-à-vis de la société et vis-à-vis des tiers. Deux situations sont ainsi à distinguer : tantôt le gérant du syndicat a souscrit les actions en son propre nom, pour son propre compte; en pareil cas, lui seul est obligé, lui seul doit être considéré comme souscripteur et comme tenu, vis-à-vis de la société, de toutes les obligations qui sont à la charge des souscripteurs. — Même arrêt.

2995. — Obligé vis-à-vis de la société, le gérant de la société est également obligé vis-à-vis du public, c'est-à-dire vis-à-vis des rétrocessionnaires des titres. Ceux-ci peuvent exiger du gérant (en l'espèce une banque d'émission) la livraison des titres par elle acquis, sans que celui-ci puisse se retrancher, pour se refuser à exécuter ses engagements, derrière une convention intervenue entre la société et lui, tendant à l'affranchir de son obligation d'effectuer le placement des titres. — Paris, 16 juin 1897, [*Rev. des soc.*, 98.11]

2996. — Tantôt, au contraire, les capitalistes dont se compose le syndicat, ont donné mandat à leur gérant ou directeur de souscrire en leur nom pour un nombre d'actions correspondant à la somme que chacun d'eux lui a remise pour effectuer le premier versement. Dans ce cas, on ne serait pas recevable à prétendre que le directeur du syndicat doit seul figurer sur la liste des souscripteurs et qu'il est seul engagé vis-à-vis de la société. Chaque syndicataire doit au contraire, conformément à l'adage « *qui mandat ipse fecisse videtur* », être considéré comme ayant souscrit par l'intermédiaire d'un mandataire, comme étant ainsi devenu personellement actionnaire. — Paris, 19 févr. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.472]; — 28 avr. 1887 (motifs), précité. — *Sic*, Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 340; Pic, *op. cit.* — V. au surplus ce qui sera dit, *infrà*, sur les émissions d'actions sans souscription publique.

2° Nombre minimum de souscripteurs.

2997. — Les sociétés par actions peuvent-elles se fonder avec un nombre quelconque de souscripteurs? La réponse à cette question varie suivant qu'il s'agit de la société anonyme, ou de la commandite par actions. — I. *Société anonyme.* — A l'exemple des législations anglaise (L. de 1862, art. 6), belge (L. de 1873, art. 29), et helvétique (Code suisse des obligations, art. 640, 649 et 655), la législation française exige qu'il y ait un nombre minimum de souscripteurs, pour que la société anonyme puisse se constituer effectivement : aux termes de l'art. 23, L. de 1867, « la société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept ». En d'autres termes, une société anonyme doit grouper, au moins à ses débuts, un minimum de sept souscripteurs.

2998. — Pourquoi cette exigence? On a cherché à la justifier par deux ordres de raisons. 1° On a dit que la forme de la société anonyme n'était faite que pour les grandes entreprises nécessitant un capital considérable, qu'il serait difficile de trouver s'il était réparti seulement entre deux ou trois personnes. De là, l'existence de sept associés au début de la société. Quand il ne se rencontre qu'un petit nombre de personnes pour s'associer, et en tout cas moins de sept, elles n'auront qu'à recourir à la forme de la commandite. Cette raison n'a pas grande valeur. Car on peut imaginer que cinq ou six personnes, ou même moins, disposent de capitaux considérables, et désirent recourir à la forme de la société anonyme pour fonder une entreprise sur laquelle elles sont d'accord. Si la forme de la commandite leur paraît moins apte à la poursuite du but qu'elles se sont proposé, pourquoi les mettre dans la nécessité de s'encadrer dans cette forme? N'est-ce pas gêner sans raison, dès le début, les opérations de la société?

2999. — 2° La société anonyme, ajoute-t-on, implique le fonctionnement de rouages administratifs compliqués, qu'il serait impossible de créer si le nombre des associés était trop restreint. Cette raison ne vaut pas plus que la précédente. Si les rouages administratifs de la société anonyme sont compliqués, c'est qu'on vise le cas ordinaire, celui où le nombre des associés est nombreux, et où il faut les protéger contre une administration maladroite ou malhonnête. Pourquoi ne pas simplifier ces rouages lorsque le nombre des associés est restreint?

3000. — La vérité est que l'art. 23 de la loi de 1867 s'explique historiquement. Notre législateur a emprunté le principe à la loi anglaise de 1862. La fondation des sociétés par actions n'étant pas entourée, en Angleterre, de toutes les formalités exigées par la loi française, le législateur britannique a cru expédient de remplacer les garanties que le formalisme eût pu donner au public, par l'exigence de sept fondateurs. Les souscripteurs, les créanciers sociaux ont ainsi une action en responsabilité plus efficace, si la société est annulée par la suite. L'exigence de sept associés fondateurs se justifie donc, en droit anglais, par ce fait qu'elle est la seule garantie accordée aux souscripteurs, attendu que le seul accord des volontés des sept fondateurs faisant enregistrer les statuts suffit à créer la société et à lui faire acquérir la personnalité civile. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 694 *ter*.

3001. — Du droit anglais, où elle était ainsi justifiée, cette exigence a passé dans le droit français, où elle s'explique moins. — On a fait remarquer que cette règle avait son utilité dans le cas, assez fréquent, où les fondateurs souscrivent le capital entre eux, se proposant de revendre ensuite leurs actions. Il est bon qu'en pareil cas les fondateurs soient en assez grand nombre, — car ils offrent ainsi une large surface à la responsabilité spéciale qui leur incombe.

3002. — Cependant le mérite de cette règle est des plus contestables. En effet, tout d'abord, la prohibition légale sera facile à tourner. Supposons que six personnes veuillent fonder une société anonyme, il leur sera facile d'en trouver une septième, homme de paille, qui consentira à souscrire, ne fût-ce qu'une action, surtout si on lui en avance le montant. Il est vrai que si la simulation est établie, la société pourra être annulée; mais il sera toujours très-difficile, le plus souvent impossible, de prouver cette simulation. D'ailleurs, comment un des associés pourrait-il faire valoir cette cause de nullité, puisqu'il engagerait par là même sa responsabilité en même temps que celle des autres fondateurs, ses complices? D'autre part, notre prescription est une cause de gêne pour la constitution des sociétés anonymes. Cette constitution était déjà entourée de causes de nullité assez nombreuses, sans qu'il fût nécesaire d'en ajouter une autre dont l'utilité n'était pas démontrée.

3003. — L'art. 23 est une disposition exorbitante du droit

commun, aussi faut-il l'interpréter restrictivement. Par conséquent, si quelqu'un fait un apport en nature à la société, apporte, par exemple, un brevet d'invention, et reçoit en représentation de son apport une part dans les bénéfices de la société, sans qu'il lui soit attribué d'actions, il doit être compté au nombre des associés, quoiqu'il ne soit pas actionnaire. Et si les autres associés, actionnaires, sont au nombre de six, l'apporteur en nature servira à compléter le nombre de sept exigé par la loi. On est ici dans la lettre de l'art. 23, qui se sert de l'expression *associés* et non du terme *actionnaires*. — Paris, 13 janv. 1882, Synd. de la Soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, et la note de M. Lyon-Caen, D. 83.2.73] — V. Ruben de Couder, suppl., v° *Soc. anon.*, n. 127.

3004. — Tout au moins, les souscriptions doivent-elles être sérieuses, et non fictives ou simulées. La condition imposée par l'art. 23 ne serait donc pas remplie et la société serait viciée dans son principe s'il était établi que parmi les sept associés apparents dont elle se compose, certains n'ont jamais été des souscripteurs sérieux des actions inscrites sous leurs noms, et que loin d'agir pour leur compte ils n'étaient en réalité que les prête-noms de tous les associés, de sorte qu'en fait le nombre des associés se trouvait au jour de la constitution, inférieur au taux légal. — Cass., 28 déc. 1891, Cotte et consorts, [D. 93.1.173]

3005. — Mais on ne saurait prétendre qu'il y a souscription fictive, sous le prétexte qu'une banque unique aurait été débitée de toute la moitié versée du capital, alors qu'il est reconnu qu'elle a été ainsi débitée tant comme souscripteur personnel des actions que comme dépositaire des fonds versés par d'autres souscripteurs, surtout si ceux-ci sont des capitalistes jouissant d'un large crédit et s'étaient comportés comme actionnaires dans les premières assemblées générales. — Paris, 22 avr. 1891, Soc. de crédit industriel et comp. d'assurances *la Nation*, [D. 93.2.65]

3006. — Peu importe d'ailleurs, que la majeure partie des titres de la société se soit trouvée quelques années plus tard aux mains de ladite banque, ces actions ayant pu et dû même, selon toute probabilité, changer de mains plusieurs fois dans l'intervalle. — Même arrêt.

3007. — A quel moment les associés doivent-ils être au nombre de sept? C'est seulement au moment où la société sera définitivement constituée, c'est-à-dire lors de l'assemblée constitutive. Il n'est pas indispensable que les fondateurs qui prennent part à la rédaction des statuts soient au nombre de sept, ces statuts n'étant en définitive qu'une mesure préparatoire, qu'un projet dont la réalisation demeure incertaine. — Agen, 19 mars 1886, [*Rev. des soc.*, 86.599]

3008. — Mais au moment de la constitution de la société, il faut que les sept associés exigés par la loi soient capables. Si l'un d'eux était mineur, par exemple, la société ne pourrait pas se constituer. Et la nullité de la société ne serait pas couverte par la survenance postérieure de la majorité de l'incapable, car il s'agit d'une disposition d'ordre public. — Alger, 13 juin 1895, Génillon, [D. 96.2.307] — V. Houpin, t. 1, n. 528.

3009. — Le nombre des sept associés n'est rigoureusement exigé par la loi qu'au début, au moment où la société se constitue. Ce nombre peut décroître plus tard; il se peut, par exemple, que, par suite de négociations, les actions, originairement réparties entre sept souscripteurs, se réunissent entre les mains de six porteurs, ou même de moins. En ce cas, la société peut être dissoute, c'est ce que décide l'art. 38 de la loi de 1867. Mais il importe de faire remarquer : *a*) que la dissolution n'a pas lieu de plein droit, il faut qu'elle soit demandée; *b*) qu'elle ne peut être demandée que lorsque l'abaissement du nombre des actionnaires au-dessous du chiffre de sept s'est maintenu pendant plus d'un an; *c*) enfin, que le tribunal n'est pas tenu de prononcer la dissolution, et qu'il est libre d'apprécier, suivant les circonstances, si la dissolution est préférable ou non. D'ailleurs, lorsque les titres ont été convertis en titres au porteur, il est à peu près impossible d'administrer la preuve que le nombre des associés est descendu au-dessous de sept. C'est ce qui explique qu'aucune décision de jurisprudence ne soit intervenue sur cette question.

3010. — Il convient d'ajouter que, depuis la loi de 1893, si le nombre des associés était descendu au-dessous de sept pendant plus d'un an, la demande de dissolution de la société ne pourrait plus être accueillie, si au moment où la demande est formée le nombre des associés était remonté à sept. En effet, la loi du 1er août 1893 a ajouté à l'art. 8 de la loi de 1867 la disposition suivante : « L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de la nullité a cessé d'exister ».

3011. — 2° En ce qui concerne les *commandites par actions*, la loi exige-t-elle, comme pour les sociétés anonymes, un nombre minimum d'actionnaires ou d'associés? Il est incontestable que l'art. 23 de la loi de 1867, aux termes duquel une société anonyme ne peut se constituer que si le nombre des associés est de sept au moins, est inapplicable à ces sociétés. Il est certain aussi que pour les commandites par actions, aucune disposition analogue à l'art. 23 n'impose un nombre minimum d'actionnaires.

3012. — Cependant on a prétendu qu'il devait y avoir au minimum trois commanditaires, à cause de l'art. 5 de la loi de 1867, qui prescrit, dans les commandites par actions, la nomination d'un conseil de surveillance composé *d'au moins trois actionnaires* nommés par l'assemblée générale. Il en résulte que la loi impose implicitement pour la constitution d'une commandite par actions, l'existence de quatre associés au minimum : trois actionnaires pour former le conseil de surveillance et un commandité ou gérant assujetti à cette surveillance. Dans ce système, si la société avait été formée au début avec quatre associés au moins, et que plus tard, par une conséquence de la transmission des actions, le nombre des actionnaires descendit au-dessous de trois, cette circonstance serait une cause de dissolution. — V. Lyon-Caen et Renault, n. 978.

3013. — Cette opinion n'a pas triomphé. Si l'art. 5 de la loi de 1867 exige que le conseil de surveillance comprenne au moins trois membres, c'est que le législateur a statué *de eo quod plerumque fit*. Se plaçant dans l'hypothèse d'une société comprenant au moins trois actionnaires, il a voulu, à tort ou à raison, que la responsabilité de la surveillance à exercer fût dévolue à un conseil, et non point à un actionnaire unique. Mais s'il n'existe qu'un ou deux commanditaires, la surveillance sera naturellement exercée par cet actionnaire unique ou par ces deux actionnaires, sans que pour cela la société soit frappée de nullité. — Aix, 18 nov. 1857, Pécoul, [S. 58.1.473, P. 58.1067, D. 58.2.127] — Quand le législateur veut qu'une société se constitue avec un nombre minimum d'associés, il le dit expressément, c'est ce qu'il a fait pour la société anonyme (L. de 1867, art. 23). Son silence doit s'interpréter dans le sens le plus libéral en ce qui concerne la commandite. — Arthuys, n. 20; Pont, t. 2, n. 1139; Houpin, t. 1, n. 699; Vavasseur, t. 1, n. 571.

3014. — A signaler une théorie ingénieuse de M. Thaller. Si l'on voit, avec lui, dans la commandite par actions : 1° un ou plusieurs associés en nom, le ou les commandités; 2° une société anonyme constituée par les actionnaires ou commanditaires; 3° une société entre ces deux unités, il faut en conclure que toute commandite par actions contient en elle une société anonyme (Thaller, n. 387 et 409). En conséquence, il convient de lui appliquer les règles de constitution de la société anonyme et décider que les actions doivent être réparties entre sept actionnaires au moins. C'est une théorie qui n'a pas prévalu.

3° Taux minimum des actions.

3015. — Aucune loi n'apporte de limitation à la valeur du capital social que la société se propose de mettre en souscription. La société peut donc fixer le capital social à un chiffre aussi haut ou aussi bas qu'elle veut. Le silence de la loi à cet égard se comprend parfaitement. La fixation du chiffre du capital social dépend avant tout des opérations que la société se propose d'accomplir; c'est donc à la société qu'il appartient de prévoir les ressources pécuniaires dont elle aura besoin pour conduire à bonne fin l'œuvre qu'elle entend poursuivre, et de déterminer en conséquence le chiffre du capital social.

3016. — Mais les sociétés par actions doivent-elles être laissées libres d'émettre leurs actions au taux qu'il leur plaira d'établir? A cet égard, on conçoit deux systèmes : le système de la liberté absolue; le système d'un taux minimum fixé par la loi. Le système de la liberté est admis par les législations italienne, belge, hongroise, suisse, espagnole, britannique, qui ne fixent pas le minimum légal de la valeur des actions. Sous l'empire de ces législations, les sociétés par actions peuvent afin de faciliter la diffusion de leurs titres, les émettre à un taux très-bas. La

non-fixation légale du taux minimum de l'action se conçoit dans un système législatif tout opposé au régime de liberté, à savoir lorsque la constitution de la société est subordonnée à l'autorisation du Gouvernement. En ce cas, en effet, c'est au Gouvernement à apprécier en toute liberté si la valeur des actions fixée par les statuts paraît suffisante, avant d'accorder l'autorisation. Ainsi en est-il en Autriche. Ainsi en fut-il en France lorsque la loi exigeait que les statuts fussent soumis à l'approbation du Gouvernement, et celui-ci refusait son autorisation quand les coupures d'actions étaient trop faibles.

3017. — Le second système, celui qui consiste à fixer légalement le taux minimum des actions ou coupures d'actions, protège les petites bourses contre la tentation de spéculations financières hasardeuses. C'est le système admis par la législation allemande, où le taux minimum des actions est fixé par la loi, depuis 1884, à la somme de 1,000 marcs (1,250 fr.), sauf les exceptions suivantes : *a*) au cas où il s'agit d'une entreprise d'intérêt public répondant à un besoin local, le conseil fédéral peut autoriser l'émission d'actions de 200 marcs (250 fr.) au minimum, pourvu que ces actions soient nominatives; *b*) au cas où une garantie est accordée à la société par l'Empire, par un État allemand, ou par une province, le conseil fédéral peut autoriser de même l'émission d'actions de 200 marcs; *c*) enfin lorsque la cession des actions est subordonnée au consentement de la société, les actions peuvent être émises au dessous de 1,000 marcs jusqu'à 200 marcs au minimum, et cela sans autorisation. C'est aussi le système du taux minimum légal qui est adopté par la législation française actuelle.

3018. — Déjà la loi du 17 juill. 1856, relative aux sociétés en commandite par actions, édictait cette règle que les actions ou coupures d'actions seraient au minimum de 100 fr. pour les sociétés dont le capital n'excédait pas 200,000 fr. et de 500 fr. pour les sociétés d'un capital supérieur. Cette règle passa dans la loi du 23 mai 1863 qui dispensait de l'autorisation certaines sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée. Pour ces sociétés, le taux minimum de l'action était donc fixé à 100 fr. ou à 500 fr., suivant que le capital social émis était de 200,000 fr. au maximum, ou qu'il dépassait ce chiffre. Cette solution a été généralisée par la loi du 24 juill. 1867 : elle s'applique indifféremment aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes (art. 1 et 24 cbn.). Le législateur français a voulu éviter que l'action ne devînt un véritable billet de loterie, ce qui était à craindre si l'action avait pu être émise à un taux dérisoire.

3019. — De vives critiques avaient été formulées contre le taux établi par la loi de 1867. On faisait remarquer que le but de la loi était manqué; on avait voulu écarter des spéculations dangereuses les gens qui ne jouissaient que de ressources modestes; or on leur fermait l'accès des sociétés anonymes, on les invitait à chercher la rémunération de leurs capitaux dans des opérations aléatoires. Ne valait-il pas mieux par l'abaissement du taux minimum des actions, permettre aux ouvriers de s'associer aux entreprises commerciales et industrielles, et réaliser ainsi l'union si désirable du capital et du travail? D'ailleurs, ajoutait-on, les sociétés étrangères pouvant faire circuler en France des titres représentant des actions créées à 25 fr., on dirigeait l'épargne française sur les sociétés étrangères au grand dommage des sociétés nationales.

3020-3026. — Ces critiques développées devant le Sénat et la Chambre des députés lors de la discussion de l'art. 1 du projet de 1893, amenèrent le législateur à voter la disposition suivante (art. 1, L. 24 juill. 1867, modifié par l'art. 1, L. 1er août 1893) : « Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupures d'actions de moins de 25 fr., lorsque le capital n'excède pas 200,000 fr.; de moins de 100 fr., lorsque ce capital est supérieur à 200,000 fr. ». Il faut appliquer la même règle aux sociétés anonymes, l'art. 24 de la loi de 1867 renvoyant à l'art. 1. — Sur les travaux préparatoires et les motifs qui ont imposé cette disposition, V. S. et P. *Lois ann.*, 1893, p. 571 et s.

3027. — Deux types de sociétés doivent donc être distingués : 1° celles dont le capital n'excède pas 200,000 fr.; pour celles-ci, l'action peut être abaissée à 25 fr., mais elle doit être entièrement libérée; 2° celles dont le capital est supérieur à 200,000 fr.; pour celles-là, le minimum de l'action est de 100 fr., mais elles peuvent n'être libérées que du quart. Le taux minimum légal doit s'entendre des coupures d'actions, comme des actions elles-mêmes; la loi le déclare expressément. Sans cette assimilation, la règle édictée par le législateur aurait été trop facile à éluder.

3028. — La loi du 1er août 1893 a eu pour effet de nécessiter une modification au décret du 6 févr. 1880. En vertu de ce décret, les actions étrangères n'étaient admises à la cote de la Bourse qu'autant qu'elles étaient conformes à la loi de 1867, en ce qui concerne le taux. Il fallait mettre d'accord les chiffres du décret avec les chiffres fixés par la loi nouvelle. C'est ce que fit le décret du 1er déc. 1893. Ne peuvent donc être cotées à la Bourse, en fait d'actions étrangères, que celles qui ont été émises au taux de 25 fr. ou de 100 fr. suivant les distinctions admises par notre loi, et qui ont été libérées d'au moins 25 fr. Mais il importe de remarquer que les actions étrangères qui en vertu du décret du 1er déc. 1893 ne peuvent être cotées en Bourse, circulent librement en coulisse.

3029. — Cette liberté même de négociation en coulisse des valeurs étrangères a déterminé certains publicistes à proposer la réduction du taux des actions au chiffre uniforme de 25 fr., quel que soit le montant du capital social. En effet, dit-on, certaines législations étrangères autorisent sans limitation l'émission d'actions de 25 fr., et l'épargne les préfère à raison de la modicité de leur prix. Il en résulte, pour ainsi dire, une prime accordée aux valeurs étrangères sur les valeurs françaises. Mieux vaudrait diriger sur les entreprises purement nationales le courant de l'épargne nationale. C'est le résultat qu'on obtiendrait en abaissant le taux des actions au chiffre uniforme de 25 fr.; car, les titres étant cotés à la Bourse, les souscripteurs se porteraient de préférence sur les valeurs françaises, qui leur offriraient la garantie de négociations faites par l'intermédiaire des agents de change.

3030. — Ces considérations n'ont pas paru décisives à la commission extraparlementaire qui, dans son projet de 1903, a maintenu le double taux de la loi de 1893. Il a paru que la meilleure garantie de l'épargne nationale contre le drainage pratiqué par les valeurs exotiques consistait dans une réglementation sévère des sociétés étrangères. Cette réglementation a fait l'objet d'un projet spécial, dont nous exposerons ultérieurement l'économie. — V. *infrà*, n. 6499 et s.

3031. — La limitation légale du taux des actions, telle qu'elle résulte de la loi du 1er août 1893, s'applique seulement aux actions du capital composant le fonds social. Il ne faudrait pas étendre cette limitation aux obligations, que le législateur n'a pu avoir en vue en édictant sa règle. Cette règle ne concerne pas non plus les actions de jouissance, car ces actions ne représentent plus le capital fixé et souscrit à l'origine, elles sont la conséquence de l'amortissement et elles représentent véritablement la plus-value acquise par les titres depuis leur émission. On ne doit pas davantage faire application de notre règle aux parts de fondateurs ou parts bénéficiaires; car le législateur n'a eu en vue que les actions du capital mis en souscription. — Alauzet, n. 638; Bédarride, art. 1, n. 13; Ruben de Couder, v° *Société anonyme*, n. 47; Pont, n. 866; Houpin, n. 25.

3032. — Le capital qu'il faut considérer pour déterminer le taux minimum de l'action, c'est le capital qui a été émis réellement lors de la constitution de la société, pourvu que l'émission soit ferme. Il n'y aurait pas à tenir compte d'une émission future et éventuelle. Par exemple, si une société anonyme se fonde au capital de 200,000 fr., et que l'assemblée générale donne mandat à ses administrateurs de porter le capital jusqu'à 500,000 fr., s'ils le jugent opportun, le taux minimum de l'action doit se déterminer uniquement d'après le capital réellement émis (200,000 fr.), et non d'après le capital éventuel (500,000 fr.). Jugé, en conséquence, sous l'empire de la loi de 1867, que le capital avait pu être divisé valablement en actions de 100 fr. — Cass., 2 févr. 1892, Huchot fils, [S. et P. 92.1.409, D. 92.1.225] — En pareil cas, sous le régime de la loi de 1893, le capital eût pu être divisé en actions de 25 fr.

3033. — A l'appui de cette solution, on a dit que l'assemblée avait seulement donné mandat à ses administrateurs de porter le capital jusqu'au chiffre de 500,000 fr. suivant les circonstances, ce chiffre n'étant pas un chiffre ferme, mais un maximum limitant les pouvoirs conférés aux mandataires. Or, un acte qui doit être fait par mandataire n'est pas censé réalisé par cela seul que le mandat est donné; il faut encore que le mandataire use du pouvoir à lui conféré et accomplisse l'acte en question. Cela est vrai surtout, lorsque le mandant s'en rapporte

au mandataire pour les décisions à prendre, suivant les circonstances et les besoins de l'affaire, en déterminant seulement un maximum qui ne devra pas être dépassé. Ces considérations doivent être approuvées. Mais elles montrent que la question qui se posait devant la Cour suprême constituera souvent une question de fait plus qu'une question de droit, en ce sens qu'il s'agira, avant tout, d'apprécier les termes dans lesquels a été émis le vote de l'assemblée générale, la portée du mandat par elle donné aux administrateurs. Le vote de l'assemblée générale a-t-il porté d'une façon ferme et irrévocable le capital social à 500,000 fr., ou bien l'assemblée générale a-t-elle seulement autorisé les administrateurs à porter le capital à 500,000 fr. suivant les circonstances? Ce sont là choses qui rentrent, s'il y a la moindre incertitude sur le sens du vote et la portée du mandat, dans les pouvoirs souverains du juge du fait; en définitive, la plus légère modification dans les termes employés pour déterminer la décision prise par l'assemblée des actionnaires pourra facilement légitimer telle solution plutôt que telle autre. — V. Vavasseur, t. 1, n. 472; Boistel, note sous Cass., 2 févr. 1892, [D. 92.1.225]

3034. — Mais si une société décide d'augmenter son capital primitif, pour déterminer le taux minimum de l'action ou de la coupure d'action, ce qu'il faut considérer, ce n'est ni le capital émis à l'origine, ni le montant nominal des nouvelles (actions émises, c'est le capital social nouveau qui est constitué par la somme du capital primitif et de l'augmentation décidée. Si donc une société constituée au capital de 200,000 fr., divisé en actions de 25 fr., décide d'augmenter son capital de 100.000 fr., les nouvelles actions à émettre devront être du taux de 100 fr., conformément à l'art. 1, L. 1er août 1893. En vain objecterait-on que le résultat de cette solution sera de créer dans le capital social deux types d'actions, des actions à 25 fr. et des actions à 100. Car il n'est pas démontré que la loi prescrive l'égalité des actions, et au cas où on admettrait que le législateur a édicté cette prescription, elle n'est pas d'ordre public, tandis que la fixation légale du taux minimum des actions est indiscutable, et constitue une disposition d'ordre public au premier chef. — V. Rousseau, t. 1, n. 1625.

3035. — Lorsqu'il s'agit d'une société constituée antérieurement à la loi de 1893, et dont le capital social s'élevait à 200,000 fr. au maximum, si cette société augmente son capital de manière à lui faire dépasser 200,000 fr., le taux minimum à appliquer aux nouvelles actions sera celui qui est fixé par la loi nouvelle, et non celui qui était fixé par la loi de 1867, c'est-à-dire le taux de 100 fr. — Lyon-Caen et Renault, *appendice*, n. 57.

3036. — Lorsqu'une société a été constituée sous l'empire de la loi de 1867, peut-elle abaisser le taux de ses actions suivant les règles de la loi de 1893? Supposons qu'une société par actions, soumise au régime de la loi de 1867, se soit fondée au capital de 100,000 fr., divisé en actions de 100 fr., ou au capital de 500,000 fr., divisé en actions de 500 fr. Peut-elle, après la loi de 1893, diviser chaque action de 100 fr. en quatre actions de 25 fr., ou chaque action de 500 fr. en cinq actions de 100 fr.? Suivant les uns, pour être valable, cette modification devrait être votée par l'unanimité des actionnaires (Lyon-Caen et Renault, *appendice*, n. 57). Suivant d'autres, il n'est pas nécessaire de recueillir l'unanimité des suffrages, la simple majorité suffit pour l'adoption de cette modification. Nous croyons, avec ces derniers auteurs, qu'aucune modification n'étant apportée au capital social, l'assemblée générale des actionnaires a qualité pour décider cette modification substantielle, sous les conditions de majorité prescrites par l'art. 31 de la loi de 1867. — V. Genevois, p. 53. — Sur les modifications aux statuts, V. *infrà*, n. 5246 et s.

3037. — La violation des prescriptions légales au sujet du taux minimum des actions a pour sanction la nullité de la société. — Si cette irrégularité était commise, non à l'origine, mais à l'occasion d'une augmentation de capital, l'émission d'actions nouvelles devrait être annulée. — Lyon, 12 janv. 1872, Perret, [D. 72.2.175] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 1626.

4° Principe de la souscription intégrale et conséquences.

3038. — I. *Principe de la souscription intégrale.* — D'après la loi du 24 juill. 1867, art. 1, al. 2, les sociétés en commandite par actions « ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social ». Et comme l'art. 24 de la même loi décide que « les dispositions des art. 1, ... de la présente loi, sont applicables aux sociétés anonymes », ces sociétés obéissent aussi à la règle de la souscription intégrale, règle qui a été reproduite sans modification par la loi de 1893 (L. de 1893, art. 2). Il en résulte que le capital social doit être intégralement souscrit pour qu'une société par actions puisse se constituer définitivement.

3039. — La règle de la souscription intégrale du capital social est admise par la plupart des législations étrangères : Code de commerce allemand, art. 209-*e*; Loi belge de 1873, art. 29; Code hollandais, art. 51; Code hongrois, art. 159, § 1; Code italien, art. 131; Code portugais, art. 162-2°; Code suisse des obligations, art. 618; Code roumain, art. 132. — Cependant, la législation espagnole et la législation anglaise ne formulent pas cette exigence.

3040. — Le principe de la souscription intégrale peut se justifier par plusieurs considérations. Il est édicté d'abord dans l'intérêt de la société elle-même. Il lui importe, avant de faire les travaux de premier établissement, avant d'entreprendre les premières opérations sociales, d'être assurée qu'elle recueillera tout le capital par elle jugé nécessaire pour conduire son entreprise. Si elle commençait d'abord ses opérations et que plus tard le capital social ne fût pas intégralement souscrit, elle pourrait être arrêtée dans son fonctionnement, et se trouverait avoir exposé inutilement des frais, peut-être considérables. Cette règle est aussi dans l'intérêt des souscripteurs, des actionnaires. En effet, si les souscriptions ne couvraient qu'une partie du fonds social, les souscripteurs, au lieu des bénéfices espérés, courraient un risque de perte, provenant de ce que l'entreprise, bonne avec un capital déterminé, devient mauvaise avec un capital moindre. Elle est enfin une sauvegarde pour les créanciers, car le capital social est leur seule garantie dans une société anonyme, et leur principale garantie dans une commandite par actions. Ils ont pu ne consentir à traiter avec la société qu'en comptant sur le capital fixé. — V. Arthuys, n. 28; Pont, n. 872; Lyon-Caen et Renault, n. 688; Wahl, *Etude sur l'augment. du capit.*, n. 37, 38, 39.

3041. — De ce que la souscription intégrale du capital social est une des conditions essentielles à la constitution des sociétés par actions, il faut conclure que si cette condition n'est pas réalisée, la société est entachée de nullité. Du même coup, toutes les souscriptions sont nulles, car avec la règle de la souscription intégrale, chaque souscription est subordonnée à la condition que le capital sera entièrement souscrit. Si la condition se réalise, l'engagement des souscripteurs cesse d'être conditionnel, il devient pur et simple. Si, au contraire, la condition fait défaut, chaque souscripteur est libéré de son engagement, et les fondateurs sont obligés de lui restituer la somme qu'il a versée. — Cass., 10 avr. 1889, Synd. du Comptoir financier et industriel de Paris, [S. 90.1.25, P. 90.1.38, D. 90.1.305] — Toulouse, 9 déc. 1885, [*Rev. des soc.*, 86.456] — Il en est de même lorsque l'engagement d'un ou plusieurs souscripteurs est annulé, pour incapacité par exemple; car la souscription cesse d'être intégrale. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 688; De Muralt, *De la fond. des soc. anon.*, p. 84; Rousseau, t. 1, n. 1651.

3042. — Mais quel délai est donné pour obtenir la souscription intégrale? La loi allemande fixe un délai maximum; la loi française n'en fixe pas. De deux choses l'une : ou les statuts ont déterminé jusqu'à quel moment les souscriptions seront reçues ou ils n'ont pas déterminé ce moment. Dans le premier cas, c'est à l'expiration du délai ainsi fixé qu'il faut se placer pour juger si la souscription était intégrale. Dans le second cas, il y a une question de fait à trancher par le juge, qui se déterminera d'après les circonstances, et pourra faire prononcer la nullité de la société et la restitution de leurs mises aux souscripteurs, s'il estime qu'à raison des délais écoulés, la souscription n'a aucunes chances sérieuses de couvrir intégralement le capital social.

3043. — Supposons qu'une souscription publique ait été ouverte pour parvenir à la constitution du capital social, et qu'un délai ait été fixé pour recevoir les souscriptions. Il n'arrivera presque jamais qu'à l'expiration du délai spécifié, le montant intégral du capital social soit souscrit. Il se produira plutôt l'une de ces trois hypothèses, qu'il convient d'examiner successivement : 1° ou le capital social n'aura été souscrit que partiellement; 2° ou le capital social aura été souscrit intégralement avant l'expiration du délai; 3° ou à l'expiration du délai le capital social se trouvera souscrit au delà de son intégralité.

3044. — a) *Souscription partielle.* — Il se peut que l'émis-

sion n'obtienne pas un plein succès, que les souscriptions ne couvrent pas l'intégralité du capital social fixé par les statuts. En ce cas, la règle de la souscription intégrale n'étant pas observée, il y a lieu de décider que les souscriptions sont non avenues et que les souscripteurs doivent rentrer en possession de leurs versements. Faut-il donc décider que la société sera dans l'impossibilité absolue de se constituer? Cette conclusion serait trop absolue; et dans la pratique on recourt à diverses combinaisons.

3045. — D'abord, les fondateurs peuvent, en prévision de ce cas, insérer dans les statuts une clause aux termes de laquelle la société pourra se constituer valablement avec le capital réduit, tel qu'il résulte de l'ensemble des souscriptions, en vertu d'une délibération prise à la simple majorité par l'assemblée constitutive. On ne peut contester la validité de cette clause en objectant le défaut de consentement des souscripteurs; car ceux-ci ont dû prendre connaissance des statuts, et notamment de cette clause. Il ne faut pas objecter non plus qu'on va à l'encontre des règles de la loi de 1867 et de la loi de 1893 concernant la tenue des assemblées, car ces règles supposent une société définitivement constituée, ou bien, s'il s'agit d'assemblées précédant la constitution définitive de la société, ne s'appliquent qu'à certains cas limitativement déterminés par la loi. Or, nous ne sommes ici ni en présence d'une société constituée, ni dans les cas prévus par la loi. — V. Alauzet, n. 640; Arthuys, n. 29; Beudant, *Rev. crit. de législ.*, t. 36, p. 114; Boistel, n. 252; Houpin, t. 1, n. 448; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 691; Vavasseur, t. 1, n. 388 à 390; Wahl, *Augmentation du capital dans les sociétés*, n. 43. — *Contra*, Bédarride, n. 21; Mornard, p. 54; Pont, t. 2, n. 886; Rousseau, t. 1, n. 1632 et 1653; Ruben de Couder, v° *Société en commandite*, n. 95; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 324; Worms, *J. des soc.*, 1880, p. 193.

3046. — *Quid*, si les statuts sont muets? En ce cas si l'on veut constituer la société avec le capital réduit obtenu par les souscriptions réelles, il faut obtenir le consentement unanime des actionnaires et des fondateurs, car il s'agit de modifier la teneur des engagements de chacun, toute souscription étant, nous l'avons dit, subordonnée à la condition que le capital social annoncé sera intégralement souscrit.

3047. — Si tous les souscripteurs consentent à la réduction, il est généralement admis qu'en ce cas, il n'est pas nécessaire de dresser un nouvel acte de société. Il suffira de rédiger un procès-verbal constatant la délibération prise d'un commun accord par les fondateurs et les souscripteurs. Ce procès-verbal sera signé par les intéressés, et il sera annexé à la déclaration prévue par le troisième alinéa de l'art. 1. — Cass., 10 avr. 1889, [*Rev. des soc.*, 89.386] — *Sic*, Alauzet, n. 640; Arthuys, n. 29; Bédarride, n. 21 et s.; Beslay et Lauras, n. 108 et s.; Boistel, n. 252; Houpin, t. 1, n. 448; Lyon-Caen et Renault, n. 691; Pont, t. 2, n. 886; Vavasseur, t. 1, n. 388 et s.

3048. — Si cette unanimité ne peut être obtenue, et que cependant les fondateurs estiment que la société peut se constituer avec un capital moindre que celui qu'ils avaient prévu à l'origine, et notamment avec un capital égal à celui que représente l'ensemble des souscriptions, il leur restera la ressource de dresser un autre projet fixant un nouveau capital à peu près égal à celui qu'ils ont obtenu par les souscriptions; puis ils ouvriront une nouvelle souscription.

3049. — De ce que la souscription doit être intégrale, il s'ensuit que quand des actions ont été attribuées en représentation d'apports en nature faits par une société ancienne, si certains actionnaires de celle-ci refusent de prendre des actions de la société nouvelle, et que ces actions soient restées sans souscripteurs, la société nouvelle est nulle pour défaut de souscription du capital entier. — Paris, 4 avr. 1881, Huet, [S. 81.2.102, P. 81.1.570, D. 84.2.1]

3050. — Il s'ensuit aussi qu'une société qui met en souscription le doublement de son capital, sous forme d'actions nouvelles, ne peut pas prendre part elle-même à cette souscription, même en y employant ses dépôts et réserves; car il n'y a là qu'un virement, lequel n'ajoute rien à son actif réalisé. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — *Sic*, Conclusions de M. l'avocat général Calary, en note sous l'arrêt précité. — Sur les augmentations de capital, V. *infrà*, n. 5436 et s.

3051. — b) *Souscription intégrale.* — La seconde hypothèse est celle où le capital social se trouve intégralement souscrit avant l'expiration du délai fixé pour recevoir les souscriptions. Nous avons dit qu'en ce cas, la société pouvait clore la souscription dès qu'elle avait atteint l'intégralité du capital social, sans qu'il fût nécessaire d'attendre l'expiration du délai, à la condition, bien entendu, qu'aucune fraude n'ait été commise. — Lyon, 19 juill. 1882, Berthaud et Ce, [D. 84.2.183]

3052. — c) *Souscription dépassant le capital social; répartition.* — La troisième hypothèse est celle où les souscriptions dépassent le montant du capital social. Lorsqu'il y a plus d'actions souscrites que d'actions émises, les fondateurs n'ont pas le droit de choisir parmi les souscriptions qui s'offrent à eux, et une élimination s'impose.

3053. — Il y a deux procédés d'élimination : ou bien on accueille les demandes dans l'ordre chronologique où elles se sont produites, jusqu'à ce qu'on atteigne le montant du capital social, et on élimine les dernières venues; procédé difficile à appliquer lorsque, ce qui est le cas ordinaire, la souscription est ouverte simultanément chez plusieurs banquiers, sur diverses places; ou bien on procède à une répartition proportionnelle au nombre des actions souscrites, sauf à attribuer une action à chacun des souscripteurs qui n'a souscrit qu'une unité.

3054. — La répartition constitue l'acceptation par les fondateurs de la société des offres des souscripteurs. C'est donc à dater de ce moment, et conformément au produit de la répartition, que le contrat de souscription devient définitif entre les souscripteurs et les fondateurs. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 686 *bis*; Thaller, n. 574; Houpin, t. 1, n. 446.

3055. — II. *Conséquences du principe de la souscription intégrale.* — La règle de la souscription intégrale s'oppose : 1° à ce que l'émission ait lieu par séries successives; 2° à ce qu'elle se fasse au-dessous du pair; 3° à ce que l'on reçoive des souscriptions conditionnelles; 4° à ce que l'on admette des souscriptions fictives; 5° enfin la société ne peut se constituer si des souscriptions sont annulées pour une cause ou une autre. Nous allons examiner successivement ces cinq conséquences de principe. Nous rechercherons en terminant ce qu'il faut décider au sujet des actions de primes.

3056. — A. *Emissions par séries successives.* — Il se peut qu'au début, la société n'ait pas un besoin immédiat de tout le capital. En ce cas, on procédait autrefois par émission de séries successives d'actions; au fur et à mesure que, les affaires de la société se développant, la nécessité se faisait sentir d'augmenter le capital.

3057. — Depuis la loi de 1867, l'émission par séries successives n'est plus possible, car elle est contraire à la règle de la souscription intégrale. Sur ce point, les auteurs sont unanimes. — Alauzet, n. 640; Arthuys, n. 30; Bédarride, n. 12; Beudant, *Rev. crit. de législ.*, t. 36, p. 117; Boistel, n. 249; Houpin, n. 447; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 692; Mathieu et Bourguignat, n. 12; Pont, n. 887; Rivière, *Comment. de la loi de 1867*, n. 141; Ruben de Couder, v° *Soc. en command.*, n. 93; Vavasseur, n. 373 et suiv.; Rousseau, t. 1, n. 1629.

3058. — Cette règle présente de sérieux inconvénients; n'est-il pas possible d'y échapper? Il est certain que l'on pourra tout d'abord ne fixer le capital social, dans les statuts, qu'au chiffre jugé nécessaire pour les premières opérations. Si plus tard la nécessité s'impose d'augmenter ce capital, on en fera voter l'augmentation par les actionnaires; mais comme, en principe, il faudrait pour cela l'unanimité des actionnaires, le procédé n'est guère pratique. Si d'autre part, les statuts fixent le capital social à un chiffre supérieur à celui qu'exigeraient les premiers besoins de la société et qu'on l'appelle intégralement, on rend plus douteux le succès de la souscription, et on recueille un capital dont la plus grande partie sera inutilisée, et formera comme un poids mort. On pourrait, il est vrai, en faisant souscrire tout le capital jugé nécessaire pour le développement complet de l'entreprise, échelonner les versements, et n'appeler tout d'abord, par exemple, que le quart du capital souscrit. Mais les titres d'actions ne pouvant être mis au porteur qu'après le versement intégral (V. *suprà*, n. 2193 et s.), on retarde pour les actionnaires le moment où leurs titres pourront être mis au porteur.

3059. — Le seul procédé, à la fois pratique et juridique, consiste à former la société avec le capital jugé d'abord nécessaire, et à insérer dans les statuts en prévision du cas où le capital primitif deviendrait insuffisant, une clause portant que l'augmentation du capital social pourra être autorisée par un

vote de l'assemblée générale des actionnaires, statuant sous les conditions de majorité de l'art. 31.

3060. — Ne pourrait-on pas cependant donner effet à une clause des statuts qui autoriserait le gérant ou le conseil d'administration à augmenter le capital social jusqu'à concurrence d'un chiffre déterminé? On distingue généralement d'après les circonstances de fait dans lesquelles cette clause est insérée. S'agit-il, d'après les constatations des juges du fond, d'une augmentation de capital dont la société doit avoir besoin au début de ses opérations, et qu'elle eût dû prévoir dès le principe, cette clause ne sera pas valable; car cette prétendue augmentation de capital dont il s'agit est une véritable quote-part du capital de fondation; or ce capital de fondation doit être souscrit intégralement avant la constitution de la société. S'il s'agit d'une augmentation du capital à décider d'après des circonstances imprévues qui peuvent rendre nécessaire l'augmentation du capital de fondation, la clause, n'ayant pas pour but d'éluder une prescription impérative de la loi, sera valable. — Cass. Belg., 7 juill. 1892, [*Rev. prat. des soc. de Belg.*, 1892, p. 253] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 447.

3061. — En dehors des divers procédés d'augmentation du capital social, les sociétés ont encore la ressource, sans augmenter leur capital nominal, de se procurer les fonds dont elles ont besoin à l'aide d une émission d'obligations. — V. *suprà*, n. 2570 et s.

3062. — B. *Emission au-dessous du pair.* — L'émission est au-dessous du pair, lorsque le souscripteur devient titulaire de l'action à un taux inférieur au taux nominal. Soit une société constituée au capital social de 1 million, divisé en 2,000 actions du taux nominal de 500 fr. chacune. Les actions sont émises au prix réel de 450 fr. chacune. Il en résulterait, en cas d'amortissement, une prime de 50 fr. par titre. Mais la règle de la souscription intégrale fait obstacle à la validité d'une telle combinaison. En effet, le capital ne serait pas intégralement souscrit et réalisé; dans notre espèce, le capital qui devait être de 1 million se trouverait réduit à 900,000 fr., et les tiers seraient lésés. — Arthuys, n. 30; Houpin, t. 1, n. 365 et 480; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 688 *bis*.

3063. — A la différence des émissions au-dessous du pair, les émissions *au-dessus du pair* sont permises. Elles ne présentent pas le même inconvénient, puisqu'au lieu de diminuer le capital social annoncé, elles l'élèvent au-dessus du chiffre fixé par les statuts (Houpin, t. 1, n. 444; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 725 *bis*). D'ailleurs l'emploi de ce procédé sera rare. Il présente pourtant certains avantages, car la différence entre le capital réellement procuré à la société et le capital nominal permet, soit de rétribuer les premiers actionnaires qui ont consenti à courir les risques inhérents au début de l'entreprise, soit de leur consentir certains avantages si l'on vient à décider une augmentation du capital. Mais cette combinaison présente aussi des dangers, à raison des spéculations auxquelles elle peut donner lieu. Aussi certaines législations étrangères ont-elles pris des mesures pour y mettre obstacle. Ainsi a fait la législation allemande (art. 209 *a*). — V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*

3064. — C. *Souscriptions conditionnelles.* — Les souscriptions doivent être fermes, pures et simples, c'est une conséquence de la règle de la souscription intégrale. Autrefois la jurisprudence admettait la validité des souscriptions conditionnelles. — Cass., 12 août 1863, Vandeaux, [S. 63.1.459, P. 64.407, D. 64.1.380] — Ce n'est plus possible depuis la loi de 1867. Si les souscriptions pouvaient être affectées de telle ou telle condition, potestative ou non, susceptible en se réalisant de rendre la souscription non avenue, le capital social se trouverait réduit du montant des souscriptions conditionnelles qui tomberaient par suite de la réalisation ou de la défaillance de la condition, suivant que la condition serait résolutoire ou suspensive. On violerait le principe de la souscription intégrale, au préjudice des tiers. — Paris, 6 déc. 1886, [*J. des soc.*, 87.606]; — 3 janv. 1888, [*J. des soc.*, 89.30[illegible]] — Poitiers, 26 juill. 1886, sous Cass., 9 mai 1888, Fessart et Dayras, [D. 88.1.245] — Auzet, n. 641; Arthuys, n. 31; Levillain, note sous Paris, 9 févr. 1888, Époux Juin, [D. 90.2.262]; Thaller, n. 408; Deloison, n. 320; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 689; Pont, n. 881; Vavasseur, n. 362; Rousseau, t. 1, n. 1638. — V. aussi Cass., 15 juill. 1863, de Monteynard, [S. 63.1.485, P. 64.91]

3065. — Ainsi, et spécialement, serait entachée de nullité la société dans laquelle certains souscripteurs auraient stipulé la faculté de se libérer complètement en abandonnant les versements partiels qu'ils auraient déjà faits. En effet, cette condition annulerait en partie l'engagement des souscripteurs, puisque la société ne pourrait pas poursuivre vis-à-vis d'eux le versement intégral de leurs actions. — Poitiers, 26 juill. 1886, précité.

3066. — Il en serait de même si l'actionnaire subordonnait sa souscription à la condition qu'il lui sera donné un emploi dans l'entreprise, et stipulait que sa souscription sera non avenue dans le cas où on ne lui donnerait pas ou ne lui maintiendrait pas cet emploi. — Paris, 9 mai 1868, Tarbé des Sablons, [S. 68.2.229, P. 68.693, D. 68.2.173]

3067. — Serait aussi entachée de nullité la société dans laquelle certains actionnaires auraient subordonné l'engagement résultant de leurs souscriptions à la condition que l'entreprise réaliserait un bénéfice net minimum. — Paris, 16 janv. 1862, Lesne-Avenet, [D. 62.2.184] — *Sic*, Thaller, n. 408; Rousseau, t. 1, n. 1647.

3068. — Par suite du même principe, il a été jugé qu'un écrivain qui entre dans un journal à la condition de souscrire des actions à la société de ce journal, quoique le contrat qui le liait à la rédaction soit résilié, demeure néanmoins actionnaire, et ne peut pas réclamer la restitution des versements correspondant à ses actions, alors même qu'il offrirait d'en remettre les titres. — Paris, 9 mai 1868, précité.

3069. — Par suite de l'interdiction des souscriptions conditionnelles, on ne saurait admettre que les administrateurs remboursent aux actionnaires une partie de leurs versements. Il ne serait pas admissible non plus que le capital social fût employé par la société à acheter ses propres actions. Cela entraînerait, en effet, la réduction du capital. Il est bien vrai que par l'amortissement on arrive au même résultat, c'est-à-dire au remboursement du capital des actions, et que l'amortissement est permis. Mais il y a une différence entre l'amortissement, qui se fait à l'aide d'un prélèvement opéré sur les bénéfices, et le rachat des actions qui entame le capital social. — V. *infrà*, n. 4629 et s.

3070. — Serait nulle également, et entraînerait la nullité de la société, la convention qui, insérée dans un pacte relatif à la formation, sous la loi du 17 juill. 1856, d'une société en commandite par actions, aurait pour objet et pour résultat d'affranchir un des souscripteurs de l'obligation que lui impose l'art. 3 de cette loi, de verser le montant intégral de ses actions. — Cass., 22 nov. 1869, Bourgeois, [S. 70.1.55, P. 70.123, D. 70.1.23]

3071. — Telle serait la clause qui, en permettant la diminution de l'actif social, autoriserait la transformation de l'apport d'un des souscripteurs en une créance hypothécaire à son profit. Il importerait peu que le pacte social renfermant cette clause eût été publié. — Même arrêt.

3072. — Jugé toutefois que l'on devrait considérer comme valable, la clause d'un acte de société en commandite par actions, d'après laquelle une partie du montant des actions ne serait exigible qu'après la réalisation d'un certain bénéfice déterminé. Et il ne pourrait être dérogé à cette clause, qui était une des conditions de la souscription des actions, par une délibération de l'assemblée des actionnaires. — Cass., 12 août 1863, précité. — V. en ce sens, Vavasseur, *Explicat. de la loi du 17 juill. 1856*, n. 74; Rivière, *id.*, n. 43. — Mais cette solution, intervenue à l'occasion d'une société antérieure à la loi du 17 juill. 1856, serait inacceptable pour toute société constituée sous l'empire de cette loi, ou d'une loi postérieure (loi de 1867 ou loi de 1893).

3073. — Quelquefois pourtant, l'existence de la société peut être subordonnée à la réalisation de certaines conditions. Ainsi, l'on conçoit que s'il se fonde une société par actions en vue de l'exploitation d'un chemin de fer d'intérêt local, les statuts décident que le premier versement ne sera fait qu'à dater de la déclaration d'utilité publique. Si donc cette déclaration n'intervient pas, la société n'est pas constituée et les souscriptions tombent. Mais il faut remarquer qu'ici ce ne sont pas les souscriptions qui sont conditionnelles, c'est l'existence même de la société. Les souscriptions ainsi recueillies ne sauraient être attaquées comme conditionnelles, par cette raison que si la société arrive plus tard à se constituer, la déclaration d'utilité publique intervenant, les souscriptions auront été valables dès l'origine, et n'auront jamais été considérées comme affectées d'une condition. — Toulouse, 5 juill. 1887, Profit, [D. 88.2.231]

3074. — Il serait inexact de croire que la société doive toujours être annulée en présence d'une souscription conditionnelle.

Lorsque la condition ne se rencontre que dans une ou plusieurs souscriptions, il ne se peut pas que les tiers soient exposés à souffrir de cette circonstance. En effet, les restrictions résultant des conditions insérées dans les souscriptions n'étant pas soumises à la publicité, les tiers ont pu et ont dû croire que la société était régulièrement constituée, que le capital social annoncé était intégralement et fermement souscrit. On ne saurait donc leur opposer les conditions qui affectent certaines souscriptions. Aussi il n'y aura pas lieu d'annuler les bulletins qui les contiennent; la condition sera censée non écrite, et le souscripteur sera tenu purement et simplement. — Cass., 6 nov. 1865, Levrier, [S. 66.1.109, P. 66.275, D. 65.1.480]; — 14 déc. 1869, Caisse d'escompte de Dinan, [S. 70.1.165, P. 70.387, D. 70.1.179] — Lyon, 24 nov. 1896, [J. des soc., 98.503] — Paris, 10 janv. 1861, De Montevnard, [S. 61.2.188, P. 61.577, D. 61.5.462] — Arthuys, n. 31; Boudant, p. 115; Pont, n. 882; Thaller, n. 408; Vavasseur, n. 381; Levillain, note précitée; Rousseau, t. 1, n. 1638.

3075. — Et même il arrivera parfois que les conditions apposées par le souscripteur engendrent une obligation à la charge des fondateurs, sans que la société encoure la nullité. Ainsi, un fondateur peut s'engager, en son nom personnel, à racheter, par exemple, les actions de tel souscripteur, si tels ou tels événements se produisent ou ne se produisent pas. Dans ce cas, il faudra regarder le fondateur comme engagé personnellement, si la condition se réalise. La réalisation de la condition donnera donc au souscripteur une action en dommages et intérêts contre le fondateur. — Auteurs précités. — V. *infrà*, n. 3090.

3076. — De ce que la souscription est irrévocable, du moins quand elle a été acceptée par les fondateurs, il s'ensuit que si le souscripteur vient à mourir postérieurement à sa souscription, mais antérieurement à la constitution définitive de la société, ses héritiers, même mineurs, sont tenus des engagements de leur auteur en ce qui concerne la souscription. Ils devront donc opérer les versements correspondant au nombre d'actions souscrites par leur auteur.

3077. — Si les souscriptions ne peuvent pas être conditionnelles, il est cependant une condition, tacite, dont toute souscription est affectée, à savoir la condition que la société parviendra à sa constitution définitive et régulière. Donc, lorsque la société ne peut pas se constituer, soit pour défaut de souscription intégrale, soit pour non-versement du quart, soit pour défaut d'entente au sujet de l'approbation des apports en nature, etc., ou bien lorsque la société se constitue irrégulièrement, les souscriptions tombent vis-à-vis de la société, et les souscripteurs ne peuvent être tenus d'opérer leurs versements complémentaires; ils peuvent même réclamer la restitution des versements qu'ils auraient pu faire. — Paris, 11 mars 1885, [J. des soc., 87.177]; — 6 déc. 1886, [J. des soc., 87.606] — Rousseau, t. 1, n. 1638. — Sur la responsabilité des fondateurs, en cas d'annulation de la société, V. *infra*, n. 3924 et s.

3078. — Les souscripteurs ne sauraient être obligés d'attendre indéfiniment que la société se constitue. Si donc après un long délai la société n'est pas encore constituée, tout souscripteur a le droit de demander que la société se constitue définitivement sans délai, ou que l'on prononce la nullité de sa souscription.

3079. — Il se peut aussi que les fondateurs renoncent à constituer la société; mais ils ne sauraient plus le faire quand toutes les actions sont souscrites, parce qu'alors entre les souscripteurs et les fondateurs il s'est formé une sorte de contrat par lequel les fondateurs se sont engagés tacitement à poursuivre l'œuvre de constitution de la société. — Paris, 16 juin 1897 (motifs), [Rev. des soc., 98.11]

3080. — D. *Souscriptions fictives.* — Si les fondateurs de la société, afin d'arriver à la souscription intégrale du capital social, font souscrire des actions par des hommes de paille, manifestement dépourvus des ressources nécessaires pour se libérer de leurs obligations, les souscriptions ainsi obtenues sont considérées comme *fictives* ou *simulées*. La portion du capital nominal correspondant à ces souscriptions n'étant pas réalisable, l'émission n'est pas réputée couverte, et par conséquent la société est entachée de nullité. — Cass., 24 avr. 1861, Chalmeton, [S. 62.1.182, P. 62.52, D. 61.1.428]; — 9 juin 1891, Duc Decazes, [S. 91.1.501, P. 91.1.1239, D. 92.1.361]; — 17 déc. 1894, De Goldschmidt, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.101] — Paris, 28 juill. 1887, [Rev. des soc., 87.305]; — 28 juin 1888, Moreau, [D. 90.2.325]; — 5 juill. et 3 août 1889, [J. des soc., 89.513]. — 17 juin 1890, [Rev. des soc., 90.418] — 14 avr. 1892, De Goldschmidt, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.5] — Aix, 16 mai 1860, Chalmeton, [S. 60.2.439, P. 61.1.183, D. 60.2.118] — Riom, 15 déc. 1886, Barré et Palorce, [D. 87.2.246] — Amiens, 21 déc. 1886, [Rev. des soc., 87.305] — Sic, Arthuys, n. 31; Houpin, t. 1, n. 383; Rousseau, t. 1, n. 1639; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 688; Pont, n. 885; Vavasseur, n. 380; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 330; Cohendy et Darras, *C. comm. annoté, L. de 1867*, sur l'art. 1, n. 62.

3081. — La question de savoir si certaines souscriptions présentent un caractère fictif est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux. — Cass., 24 avr. 1861, précité; — 20 nov. 1888, Congar, Tirant et consorts, [D. 90.1.157]; — 17 déc. 1894, précité. — Paris, 8 août 1889, [*Le Droit*, 6 sept. 1889] — V. l'arrêt attaqué de Paris, 14 avr. 1892, précité.

3082. — Spécialement, il a été jugé que la nullité de la société est à bon droit prononcée pour défaut de la souscription intégrale du capital social, lorsqu'il résulte des constatations des juges du fond, souveraines à cet égard, que les souscriptions ne pouvaient pas être considérées comme émanées de souscripteurs sérieux et solvables, dont les fonds devaient former le capital social exigé par la loi pour assurer le fonctionnement des sociétés. — V. arrêts précités (motifs). — V. Arthuys, n. 31; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 693.

3083. — ... Que doivent être considérées comme des souscriptions fictives, celles qui émanent des employés du fondateur, alors que plusieurs de ces employés étaient insolvables, qu'ils avaient signé en blanc les bulletins de souscription, et qu'ils ignoraient même le nombre des souscriptions qu'ils avaient prises. — Cass., 9 juin 1891, précité.

3084. — ... Que doit être tenue pour fictive la souscription du capital social, lorsque les souscripteurs primitifs étaient pour la plupart les employés du fondateur; que l'inscription de leurs noms n'avait d'autre objet que de constituer un groupe de prétendus adhérents à la société, dont les actions devaient être partagées entre les membres d'un syndicat et vendues au public avant que les versements n'eussent été faits; et lorsqu'enfin aucun des souscripteurs n'avait un intérêt personnel à l'entreprise. — Cass., 17 déc. 1894, précité. — Paris, 14 avr. 1892, précité.

3085. — ... Qu'est nulle une société en commandite par actions formée au moyen de souscriptions émanant de prête-noms complaisants auxquels ont été plus tard substitués des souscripteurs sérieux. — Cass., 24 avr. 1861, précité. — Aix, 16 mai 1860, précité.

3086. — ... Qu'est réputée fictive la souscription faite par un employé du fondateur, si les versements sur les titres avaient été faits par le fondateur avec des traites escomptées, mais qui auraient été retournées impayées à l'échéance. — Poitiers, 26 juin 1894, [*Ann. de dr. comm.*, 94.1.138]

3087. — Mais si l'employé du fondateur ou du banquier chargé de l'émission avait un compte courant dans la maison de banque, par suite de la vente des titres qui lui appartiennent en propre, ou par suite d'une remise d'espèces suffisantes pour se libérer du premier quart, sa souscription devrait être regardée comme sérieuse. — Paris, 18 mars 1887, Actionnaires du Crédit général français, [D. 88.2.129]; — 17 juin 1890, [Rev. des soc., 90.418]; — 22 avr. 1891, Soc. de crédit industriel et Comp. d'assurances, *la Nation*, [D. 93.2.65]

3088. — De même, la souscription ne saurait être regardée comme fictive parce qu'une seule banque aurait été débitée de la moitié de la partie du capital qui a dû être versée, si elle a été débitée non seulement pour avoir souscrit personnellement des actions, mais aussi pour en avoir souscrit au compte d'autres souscripteurs dont les fonds avaient été déposés et versés à cette banque; étant démontré, d'ailleurs, que ces souscripteurs jouissaient d'un véritable crédit et avaient figuré comme actionnaires dans les premières assemblées générales. Une telle souscription n'est pas fictive, même si cinq ans plus tard la plus grande partie des actions est parvenue entre les mains de la banque; car, en cinq ans, il est très-normal que les actions aient changé de propriétaire. — Paris, 22 avr. 1891, précité.

3089. — La souscription ne devrait pas non plus être considérée comme fictive, par le motif qu'il se serait formé un syndicat pour garantir l'émission, si d'ailleurs il n'était point démontré que les souscripteurs primitifs fussent insolvables. — Paris, 13 nov. 1896, [Rev. des soc., 97.71]

3090. — Il convient de faire remarquer, d'autre part, qu'un fondateur, un administrateur, un gérant peuvent s'engager à racheter des actions, s'ils contractent cet engagement à titre personnel, et non pour le compte de la société (V. *suprà*, n. 3075). — Sur la nullité du rachat d'actions par la société elle-même, ou par ses représentants, agissant *nomine societatis*, V. *infrà*, n. 4637 et s.

3091. — E. *Souscriptions annulées pour incapacité ou vice du consentement.* — De ce que les souscriptions sont irrévocables, il ne faut pas conclure qu'elles ne puissent être annulées lorsqu'elles sont viciées par l'une des causes susceptibles de faire annuler les contrats. Il convient ici d'appliquer le droit commun des nullités pour cause d'incapacité, ou pour vice du consentement.

3092. — Elles peuvent, tout d'abord, être annulées pour cause d'incapacité des souscripteurs. Et, lorsqu'une ou plusieurs souscriptions sont annulées pour cause d'incapacité, la société ne peut pas se former valablement, le capital social n'étant plus intégralement souscrit (V. pour la capacité exigée des souscripteurs, *suprà*, n. 2967 et s.). Mais il ne faut pas confondre l'incapacité avec l'insolvabilité des souscripteurs. L'insolvabilité du souscripteur ne porte pas atteinte à la validité de sa souscription qui demeure néanmoins valable. On pourrait seulement exiger que les fondateurs, s'ils ont accepté sciemment des souscriptions de la part de personnes insolvables, fussent tenus de dédommager la société de la perte qu'elle subirait de ce chef.

3093. — Si, toutefois, il y avait eu collusion entre les fondateurs et les souscripteurs, les souscriptions pourraient être traitées comme fictives, et entraîner la nullité de la société. Il en serait ainsi surtout si les souscriptions d'insolvables étaient nombreuses. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 688, *in fine*. — V. *suprà*, n. 8080 et s.

3094. — Les souscriptions pourraient aussi être annulées pour vices du consentement, et notamment pour cause de dol. C'est l'application pure et simple du droit commun, tel qu'il résulte des art. 1109 et s., C. civ. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 689; Rousseau, t. 1, n. 1640; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 323.

3095. — En conséquence, les manœuvres dolosives alléguées comme cause de nullité doivent être telles qu'elles aient déterminé le souscripteur à souscrire (C. civ., art. 1116). Ainsi, lorsqu'un prospectus annonçant une souscription contient des allégations mensongères, ces allégations mensongères ne seront une cause de nullité que s'il paraît évident que sans elles le souscripteur n'aurait pas donné sa signature. — Cass., 14 juill. 1862, Brulin, [S. 62.1.849, P. 63.192, D. 62.1.429] — Trib. Seine, 12 juin 1897, Thévenet, Carré et autres, [D. 97.2.489, et la note de M. Floucaud-Pénardille] — Houpin, t. 1, n. 450; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 689.

3096. — Mais alors même que les statuts contiendraient des indications incomplètes sur l'objet de la société, sur son exploitation, si néanmoins ces indications renseignent suffisamment les souscripteurs sur le caractère aléatoire de leurs droits, il n'y aurait pas dans ce fait de manœuvre dolosive susceptible de faire annuler les souscriptions. — Paris, 27 juin 1888, [*Rev. des soc.*, 88.483]

3097. — Les juges du fond sont d'ailleurs investis d'un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si les manœuvres dolosives relevées ont été ou non déterminantes. — Cass., 14 juill. 1862, précité.

3098. — D'autre part, les manœuvres frauduleuses ne peuvent être invoquées comme cause de nullité de la souscription que si elles émanent de la société ou de ses représentants (Arg., art. 1116. — V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1116, n. 21 et s.). Jugé, en ce sens, que, lorsque les administrateurs, représentants légaux d'une société anonyme, ont, dans l'exercice de leurs attributions, eu recours à des manœuvres dolosives pour extorquer des souscriptions, la société n'en doit pas profiter, mais doit au contraire être condamnée à réparer le préjudice qui en résulte pour les tiers de bonne foi. — Cass., 30 juill. 1895, Liquid. de la Soc. lyonnaise des tramways et chemins de fer, [S. et P. 96.1.288, D. 96.1.132] — Il n'y a là qu'une application du principe d'après lequel le mandant est responsable envers les tiers du dol commis dans un contrat par son mandataire. — Même arrêt. — Sur le principe, V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1998, n. 19 et s.

3099. — Ainsi, lorsqu'un banquier a reçu d'une société le mandat d'émettre de nouvelles actions, s'il recourt à des manœuvres dolosives pour déterminer le public à souscrire, la société mandante est tenue du dol du banquier mandataire, et ne saurait faire maintenir les souscriptions qui ont été obtenues par les manœuvres dolosives du banquier. — Cass., 30 juill. 1895, précité.

3100. — La nullité pour cause de dol ne pouvant être invoquée que contre l'auteur des manœuvres frauduleuses, il s'ensuit qu'elle ne peut être opposée aux tiers par les souscripteurs. Spécialement, elle ne peut être invoquée par les créanciers sociaux, demeurés étrangers aux manœuvres dolosives. Ceux-ci auraient donc, malgré le dol, une action directe contre les commanditaires ou actionnaires, à l'effet d'exiger le versement de leurs mises. Sans doute, les souscripteurs, victimes de manœuvres frauduleuses, pourraient actionner la société, refuser le versement de leurs mises, ou agir contre elle en restitution des versements qu'ils ont déjà opérés, mais ils demeurent obligés à ces versements vis-à-vis des créanciers qui ont traité avec la société. — Cass., 10 févr. 1868, Artz, [S. 68.1.149, P. 68.459, D. 68.1.379]; — 9 août 1869, Liquid. de la Soc. *le Cheptel*, [D. 69.1.404]; — 25 mai 1886, Dalbin, [S. 87.1.268, P. 87.640, D. 87.1.379] — Trib. Seine, 18 sept. 1891, [J. *La Loi*, 1er oct. 1891] — Paris, 30 juill. 1859, Belligny et autres, [P. 61.1104, D. 59.2.165]. — 26 avr. 1877, de Damigny, [S. 80.2.331, P. 80.1236, D. 79.2.81]; — 9 mai 1877, Barthélemy, [*Ibid.*]; — 14 févr. 1880, [*J. des soc.*, 80.142] — Arthuys, n. 31; Bédarride, *Traité du dol et de la fraude*, t. 3, n. 1062; Boistel, n. 226; Houpin, t. 1, n. 450; Larombière, *Théor. et prat. des oblig.*, sur l'art. 1116, n. 10; Vavasseur, n. 364 à 367.

3101. — La nullité pour cause de dol ne pourrait pas non plus être opposée au liquidateur chargé de réaliser l'actif pour désintéresser les créanciers. — Paris, 10 juin 1890, [*J. des soc.*, 90.440]

3102. — Mais les souscripteurs, victimes des manœuvres dolosives, pourraient avoir recours contre les gérants, fondateurs, banquiers émetteurs, auteurs du dol, et leur demander une indemnité. — Sur la responsabilité civile ou même pénale de ces divers agents (C. civ., art. 1382; art. 42, 44 de la loi de 1867, et 15 de la même loi), V. *infrà*, chap. 2, sect. 3. — Sur les fraudes dans les émissions d'obligations, V. *suprà*, n. 2596 et s.

3103. — La nullité qui résulte de l'incapacité ou des vices du consentement peut être couverte par une ratification expresse ou tacite. Ainsi le souscripteur sera considéré comme ayant ratifié sa souscription s'il a pris livraison de ses titres, s'il a touché des dividendes, s'il a formé une action en responsabilité contre les administrateurs. — Cass., 8 déc. 1897, [*J. des soc.*, 98.397] — Bordeaux, 3 mars 1885, [*Rev. des soc.*, 85.405] — Trib. Seine, 23 janv. 1890, [*J. des soc.*, 90.130] — Arthuys, n. 31; Houpin, t. 1, n. 360.

3104. — F. *Actions de prime.* — On entend par actions de prime, des actions délivrées à des personnes qui ont rendu des services pour la fondation de la société, mais sans que ces personnes soient astreintes à faire aucun versement. L'attribution d'actions de prime est-elle conciliable avec la règle de la souscription intégrale? Non, si ces actions sont comprises dans le montant du capital social et en constituent une division; car on ne pourra pas dire que le capital social ait été intégralement souscrit. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 690; Arthuys, n. 30.

3105. — Mais l'opération serait licite, si les actions de prime n'étaient pas comprises dans le montant du capital social. A cet égard, toutefois, il y a à faire une double remarque : 1° Ceux à qui seront attribuées des actions de prime jouiront d'avantages particuliers, lesquels devront être soumis à l'approbation de l'assemblée générale, conformément aux art. 4 et 24 de la loi de 1867 (V. *infrà*, n. 3312 et s.). 2° Au fond, dans le second cas, les titres ainsi qualifiés ne sont qu'une variété de *parts de fondateur*. — Sur ces parts, V. *suprà*, n. 2434 et s.

5° *Constitution de la société sans souscription publique.*

3106. — Une société par actions peut se constituer sans souscription publique. Par exemple, une société anonyme peut être formée immédiatement entre les fondateurs auxquels sont attribuées toutes les actions, sans qu'il soit fait appel à des capitaux étrangers. — La Réunion, 16 juin 1876, Soc. *la Créole*, [S. 77.2.1, P. 77.79, et la note de M. Lyon-Caen] — V. Vavasseur, *Sociétés à responsabilité limitée*, p. 50, note 100; Beslay, *Comm.*

du Code de comm., t. 5, p. 327, n. 377 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 724; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 337.

3107. — ... Ou bien deux sociétés préexistantes fusionnent pour former une société nouvelle, ayant pour capital social l'actif des deux sociétés fusionnées. — Sur la théorie de la fusion des sociétés, V. *infrà*, n. 5376 et s.

3108. — Cette constitution de société sans appel au public se produirait également en cas de transformation d'une société en nom collectif ou d'une commandite simple en commandite par actions, ou d'une commandite par actions, en société anonyme, le capital social demeurant le même. — V. *infrà*, n. 5321 et s.

3109. — ... Ou dans le cas où toutes les actions seraient souscrites, *ab initio*, par un syndicat d'émission, qui se propose de les placer ensuite, avec prime, dans le public. — V. *suprà*, n. 2985 et s.

3110. — ... Ou s'il n'y avait pas d'apports en numéraire, mais uniquement des apports en nature effectués par les fondateurs, et représentés par des actions d'apport. — La Réunion, 16 juin 1876, précité. — Sur la vérification des apports, V. *infrà*, n. 3312 et s.

3111. — La validité de ces divers modes de constitution sans souscription publique est universellement reconnue. Ainsi est valable la société anonyme formée par tous les membres d'une société en commandite... qui, par un acte notarié, ont déclaré vouloir transformer la société en commandite en société anonyme, et apporter à celle-ci toutes les valeurs appartenant à celle-là, et représentant une somme fixée...; qui, en outre, dans le mois, ont déposé, aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix, une expédition de l'acte de société, avec mention, dans l'acte de dépôt, que l'actif social était grevé d'un passif déterminé...; qui, enfin, également dans le mois, ont publié, dans les journaux, un extrait de l'acte de société, portant que le dépôt a été fait aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix. — Cass., 24 mars 1885, Lefèvre et autres, [S. 86.1.102, P. 86.1.234] — V. en ce sens, Rivière, n. 51; Alauzet, t. 2, n. 654; Boistel, n. 258; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 724. — Dans ce cas, les tiers qui ont pu être trompés sur la véritable valeur du capital social ne doivent s'en prendre qu'à leur propre imprudence. — Même arrêt.

3112. — La seule question est de savoir si les sociétés ainsi constituées sans souscription publique sont ou non soumises à toutes les conditions requises par la loi pour la constitution des sociétés par actions. A la différence des lois étrangères récentes (C. allemand, art. 209 *d*; C. belge, art. 30; C. italien; art. 128 et s.), la loi française est muette sur ce point; d'où la difficulté.

3113. — En fait, malgré le silence de la loi, on s'accorde à admettre l'extension, à l'hypothèse actuelle, des prescriptions légales concernant, soit la souscription intégrale, soit les versements immédiats à opérer sur chaque action. A ce double point de vue, il n'y a aucune raison plausible de distinguer entre les divers modes de constitution de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 724; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 337.

3114. — Jugé, en ce sens, que, dans le cas de transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme, la société ainsi transformée est entachée de nullité lorsque, le nouveau capital social étant du même chiffre que l'ancien, ce dernier, qui seul constituait l'apport, avait cessé d'exister intégralement. — Cass., 12 mars 1888, Payen, [S. 89.1.304, P. 89.1.746, D. 88.1.407]

3115. — Mais cette nullité ne peut être invoquée par le créancier de la société en commandite qui a obtenu une condamnation contre le gérant de cette société, et ne justifie pas d'un préjudice à lui causé par la transformation de ladite société en société anonyme. — Même arrêt.

3116. — Jugé également que la fusion d'une société en commandite par actions avec d'autres sociétés de même type constituant, non une simple modification, mais la formation d'une société nouvelle, assujettie, comme telle, aux formalités substantielles imposées par la loi, cette société doit être considérée comme nulle si elle a été constituée avant la souscription intégrale du capital et le versement par chaque actionnaire du quart au moins des actions par lui souscrites. — Paris, 24 mars 1859, Rabu, [S. 59.2.437, P. 59.635, D. 59.2.146]

3117. — Et cette nullité, étant d'ordre public, ne saurait être couverte, ni par le silence qu'auraient gardé les intéressés, ni par une délibération de l'assemblée générale de la société nouvelle réduisant le capital social au montant des actions réellement souscrites et versées. — Même arrêt.

3118. — Il faut en effet partir de cette idée que, dans la fusion ainsi interprétée, la transformation s'analyse en deux opérations distinctes : dissolution de l'ancienne société, et création d'une société nouvelle, soumise à ce titre aux conditions constitutives des sociétés par actions. — Cass., 12 mars 1888, précité. — V. aussi Lyon, 6 févr. 1868, Fosy, [S. 68.2.165, P. 68.698, D. 68.2.63]

3119. — Mais les solutions précédentes ne seraient plus admissibles si la transformation de la société en commandite par actions en société anonyme avait été prévue et autorisée par les statuts de la société en commandite. Il n'y aurait pas en ce cas naissance d'une société nouvelle; la société anonyme ne serait que la continuation de la société primitive. — Besançon, 15 juin 1869, Ménans, [S. 70.2.105, P. 70.453, D. 70.2.13] — Paris, 7 avr. 1887, Sauvalle, [S. 90.2.238, P. 90.1.1339, D. 89.2.41] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 486; Rousseau, *Rép. alph. en mat. de soc. commerc.*, v° *Transformation*, n. 7.

3120. — D'où il suit que cette société n'est point soumise, pour la validité de sa transformation, à l'accomplissement des formalités prescrites par la constitution d'une société anonyme, et notamment aux formalités concernant la souscription intégrale, le versement du quart sur chaque titre et la vérification des apports. — Paris, 7 mars 1887, précité.

3121. — Spécialement, une telle transformation sera réputée régulière, alors même qu'au moment où elle intervient les actions seraient descendues, par suite de la diminution du fonds social de la société primitive, à un taux inférieur au taux minimum admis par l'art. 1 de la loi de 1867. — Besançon, 15 juin 1869, précité.

3122. — Par suite encore, la société transformée demeure infectée des nullités dont la société en commandite primitive pouvait être entachée. — Paris, 7 avr. 1887, précité.

3123. — Elle doit, notamment, être déclarée nulle si la société en commandite était elle-même nulle pour défaut de souscription intégrale du fonds social et pour défaut de versement du quart sur chaque titre. La transformation intervenue, laissant subsister la société ancienne, ne saurait, par une sorte de novation, ou de confirmation, faire disparaître le vice et donner naissance à une société régulière. — Même arrêt.

3124. — Il convient toutefois de faire observer que, dans une société qui se forme par la fusion de deux sociétés préexistantes, et dont le capital social est composé uniquement d'apports en nature possédés en commun par les associés, la clause des statuts, d'après laquelle un certain nombre d'actions de la société nouvelle doit être employé au paiement des dettes de l'une des deux sociétés anciennes, n'a pour résultat que de faire passer en d'autres mains (celles des cessionnaires) une partie des droits que les propriétaires primitifs des actions avaient dans le capital social, lequel, restant toujours composé, sans nulle distraction, des apports en nature, n'est fictif pour aucune fraction. — Cass., 9 nov. 1887, Raffart et Vathier, [S. 88.1.449, P. 88.1.1121, et la note de M. Labbé, D. 88.1.202]

3125. — Bien plus, en admettant que par l'effet de la clause, le paiement des dettes de la société ancienne mises à la charge de la société nouvelle eût dû être prélevé sur le capital social de manière à en diminuer le montant, il ne s'ensuivrait pas que le capital eût été fictif pour partie, si aucune erreur, quant à ce, n'était possible de la part des tiers, la circonstance que la société nouvelle était grevée du passif en question étant rappelée dans les statuts régulièrement publiés. — Même arrêt. — *Contrà, J. des soc.*, 1888, p. 137.

3126. — Quant aux formalités autres que la souscription intégrale et le versement du quart, sont-elles exigibles en droit? La jurisprudence se prononce pour la négative. En effet, dit-on, si la loi a pris des précautions, c'est en faveur des souscripteurs; or ici il ne peut être question de protéger l'intérêt des souscripteurs, puisqu'il n'y a pas de souscription publique. La protection de la loi ne s'adresserait donc qu'aux fondateurs ou aux anciens associés, et le législateur ne s'est pas préoccupé de leurs intérêts. D'ailleurs, ajoute-t-on, il y a certaines formalités qu'il serait parfaitement inutile d'imposer : ce sont celles qui supposent la réunion d'une assemblée d'actionnaires, car, dans notre hypothèse, tous les actionnaires sont intervenus à l'acte de société.

3127. — Ainsi, la déclaration notariée ne serait pas obliga-

toire quand le capital social comprend uniquement des apports en nature, que les actions représentent exactement la valeur donnée par les statuts à ces apports, que ces actions ont été réparties entre les fondateurs proportionnellement à l'importance de leurs apports, et qu'il en a été ainsi réglé par l'acte de société auxquels tous les intéressés sont intervenus. — Cass., 26 avr. 1880, Soc. *la Créole*, [S. et P. 81.1.5, D. 80.1.267] — La Réunion, 16 juin 1876, Soc. *la Créole*, [S. 77.2.1, P. 77.79, et la note de M. Lyon-Caen, D. 78.2.202] — Nîmes, 17 juin 1885, sous Cass., 9 nov. 1887, précité.

3128. — Plus généralement, d'après la jurisprudence, la nullité attachée par l'art. 41, L. 24 juill. 1867, à l'inobservation des formalités prescrites par les art. 24 et 25 de la même loi, reçoit une exception nécessaire au cas où, à raison de la constitution particulière d'une société par actions, l'accomplissement de ces formalités est impossible. — Cass., 26 avr. 1880, précité.

3129. — Ainsi, lorsque deux sociétés préexistantes se fusionnent (se bornant à mettre en commun leur matériel et leurs immeubles, sans aucun apport en numéraire, et répartissant les actions entre les associés proportionnellement à leurs droits dans les apports effectués en nature et estimés en argent), la déclaration notariée, exigée par les art. 1, 24 et 25 combinés de ladite loi, de la souscription de la totalité et du versement du quart du capital consistant en numéraire, est irréalisable. Le dépôt chez un notaire d'un double de l'acte social, comme moyen de contrôle, devient, par cela même, inutile, et il en est de même de la liste des souscripteurs. — Cass., 26 avr. 1880, précité; — 9 nov. 1887, précité.

3130. — D'autre part, l'assemblée appelée à vérifier les avantages particuliers, étant identique à celle appelée à vérifier les apports en nature, doit être composée d'actionnaires représentant la moitié du capital non soumis à vérification, c'est-à-dire du capital apporté en argent. Par suite, l'assemblée ne peut être réunie, quand il n'existe pas d'apports en numéraires. — Cass., 26 avr. 1880, précité, V. *infrà*, n. 3498 et s.

3131. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que l'assemblée convoquée pour approuver la nomination des administrateurs est inutile, lorsqu'elle ne peut être composée que des signataires de l'acte social qui les ont choisis. — Même arrêt.

3132. — Il nous paraît difficile d'admettre les solutions de la jurisprudence. Le législateur ne s'est pas préoccupé seulement du cas où la société se constitue avec souscription publique. Par exemple, quand il prescrit la vérification des apports en nature, il a pour but de protéger l'intérêt de chaque associé qui peut se trouver en conflit avec l'intérêt des autres associés. Or, cette protection est nécessaire aussi bien en l'absence de souscription publique qu'en cas de souscription publique. On pourrait raisonner de même à propos des autres règles protectrices édictées par le législateur. Et puis, il n'y a pas seulement à considérer les souscripteurs primitifs. Comme les titres sont négociables, quoiqu'il n'y ait pas eu de souscription publique, les titres passeront dans les mains du public. La loi devait sa protection aussi bien aux cessionnaires futurs qu'aux souscripteurs primitifs. Il faut que des garanties en faveur des futurs associés soient imposées aux sociétés par actions dès le moment de leur constitution. Ajoutons que le législateur a dû penser aussi aux futurs créanciers sociaux. D'ailleurs, les lois de 1867 et de 1893 ne font pas la distinction qu'on leur prête. Les règles qu'elles édictent doivent donc s'appliquer, que la société se constitue avec ou sans souscription publique.

3133. — Enfin, si l'on écartait les prescriptions de la loi de 1867 et de celle de 1893 au cas où la société se forme sans faire appel au public, il deviendrait trop facile de tourner la loi. Il suffirait que sept personnes s'entendissent pour fonder une société par actions, se répartissent entre elles toutes les actions, pour échapper aux formalités édictées par la loi. Puis elles négocieraient aussitôt leurs actions. Et ainsi se serait constituée une société en dehors des règles prescrites pour la constitution. Pour tous ces motifs, nous croyons plus juridique de décider qu'une société qui se constitue sans souscription publique n'en est pas moins tenue d'observer toutes les formalités requises pour la constitution des sociétés par actions. — Trib. comm. Seine, 20 juill. 1886, J. *Le Droit*, 25 juill. 1886 — V. Arthuys, n. 148; Lyon-Caen et Renault, n. 724; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 337.

3134. — Quand il n'y a pas souscription publique, il subsiste du moins cet avantage, que certaines formalités peuvent être remplies plus rapidement. Par exemple, si la société est passée par acte authentique, les fondateurs peuvent constater immédiatement la souscription intégrale et le versement légal sur chaque action; ils n'ont pas besoin de recourir à un acte notarié postérieur et distinct, pour faire ces constatations. L'absence de souscription publique permet donc de simplifier les formalités, non point de les supprimer. — Sur la question de savoir si les formalités exigées par la loi pour la constitution d'une société par action, s'imposent également en cas d'augmentation de capital, V. *infrà*, n. 5450 et s.

§ 3. *Du versement légal sur chaque titre.*

3135. — La loi n'exige pas seulement que le capital social ait été entièrement souscrit, elle prescrit aussi qu'il ait été fait sur chaque action un versement dont nous aurons à déterminer la quotité. Par cette prescription, la loi a pour but d'écarter les *coureurs de primes*, c'est-à-dire les personnes qui auraient souscrit des actions sans faire aucun versement, avec l'intention de provoquer une hausse factice par des procédés plus ou moins blâmables, et de faire des bénéfices en réalisant leurs actions dans les hauts cours. On s'est proposé également d'assurer la marche de la société dès le début de sa constitution; il lui faut, en effet, certains fonds pour commencer ses opérations.

3136. — Nous examinerons successivement : 1° quelle est la quotité du versement exigée par la loi; 2° comment doit être fait ce versement; 3° qui doit faire le versement et à qui il doit être fait; 4° à quelle époque il doit être fait.

1° *Taux légal du versement.*

3137. — Le meilleur moyen d'écarter les coureurs de primes eût été d'exiger dès le début le versement intégral de toutes les actions. Mais à côté de cet avantage, il y aurait eu des inconvénients. D'abord, ceux qui se proposent de souscrire peuvent n'avoir pas entre les mains les fonds nécessaires pour effectuer le versement complet; ils hésiteraient donc à souscrire, et alors la constitution de la société se trouverait entravée par la difficulté d'arriver à la souscription intégrale. Ensuite, surtout quand le capital social est considérable, la société n'a pas un besoin immédiat de tout le capital: or si elle faisait verser intégralement, la partie qu'elle n'emploierait pas demeurerait improductive et constituerait comme un poids mort pour la société.

3138. — Aussi de nombreuses législations étrangères se contentent-elles d'un versement partiel : 1/10e en Belgique (Loi de 1886), en Hollande (C. comm., art. 51); 3/10es en Italie (art. 135), en Hongrie (C. comm., art. 151); 1/5e en Suisse. En Autriche, en accordant l'autorisation, le Gouvernement indique de quelle partie les actions devront être libérées. En Allemagne, la loi du 18 juill. 1884 (art. 210) exige, comme en France sous l'empire de la loi de 1867, le versement du quart.

3139. — En France, la législation a passé par plusieurs phases. Déjà, la loi du 17 juill. 1856, sur les commandites par actions, imposait le versement du quart du capital social. D'après la loi du 24 juill. 1867, art. 1 et 24, les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes ne pouvaient être constituées qu'après le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Mais il faut remarquer que la loi de 1867 n'autorisait pas la création d'actions inférieures à 100 fr. On sait que la loi du 1er août 1893 a autorisé la création d'actions de 25 fr., lorsque le capital social ne dépasse pas 200,000 fr., tandis que les actions doivent être au minimum de 100 fr., quand le capital social dépasse 200,000 fr. Il en est résulté que l'on n'a pas cru pouvoir maintenir la règle du versement du quart sur les actions de 25 fr. La première mise de fonds eût été de 6 fr. 25, ce qui eût transformé l'action en un billet de loterie. Pour ces actions, il a paru préférable d'exiger le versement intégral, qui ne présente pas un grand inconvénient ici, attendu que, le capital social étant au maximum de 200,000 fr., l'appel de tout ce capital ne saurait créer dans la caisse sociale un poids mort. Au surplus, l'exigence du versement intégral des actions de 25 fr. présente cet avantage d'éviter les frais que pourraient occasionner des poursuites ultérieures, s'il subsistait un non versé.

3140. — Le législateur de 1893 a été ainsi déterminé à soumettre à des règles différentes les actions de 25 fr., et les actions de 100 fr. et au-dessus. Le nouvel art. 1 de la loi de

1867 est en effet ainsi conçu : « Elles (*les sociétés en commandite par actions*) ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui, lorsqu'elles n'excèdent pas 25 fr., et du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 fr. et au-dessus ». Cette règle, édictée pour les sociétés en commandite par actions, doit s'étendre aussi aux sociétés anonymes, en vertu de l'art. 24, L. 24 juill. 1867, qui déclare applicable aux sociétés anonymes l'art. 1 de ladite loi.

3141. — De ce texte, il résulte que la loi prévoit expressément deux cas : 1° les actions sont de 25 fr., et nous savons qu'alors le capital social est au maximum de 200,000 fr. En ce cas, l'action doit être libérée *intégralement* ; 2° les actions sont de 100 fr. ou au-dessus, et alors elles correspondent à un capital supérieur à 200,000 fr. En ce cas, la société ne pourra se constituer que s'il a été versé un quart sur chaque action. Il faut entendre par là le quart nominal ; par exemple s'il s'agit d'actions de 500 fr., il doit être versé sur chaque action 125 fr. Le versement du quart n'est pas une quotité imposée, mais un minimum. Il pourrait donc être appelé plus du quart sur chaque action.

3142. — Mais il est un troisième cas que la loi n'a pas prévu expressément, et qui a fait naître une controverse. C'est le cas où les actions sont supérieures à 25 fr. et inférieures à 100 fr., correspondant alors à un capital de 200,000 fr. ou au-dessous. Supposons qu'une société par actions se soit fondée au capital de 200,000 fr., divisé en actions de 50 fr. Quel versement faut-il exiger sur chacune de ces actions de 50 fr.? Est-ce le versement du quart, que le législateur prescrit pour les actions de 100 fr. et au-dessus? Est-ce le versement intégral, qu'il prescrit pour les actions qui n'excèdent pas 25 fr.? A ce problème, il a été proposé trois solutions.

3143. — D'après un *premier système*, il suffirait en ce cas d'effectuer le versement du quart. En effet, dit-on, la règle de droit commun, c'est le versement du quart ; nous trouvons cette règle inscrite dans la loi de 1856, dans celle de 1863, dans celle de 1867, dans le projet de 1884 ; et même en 1893, le versement du quart était admis comme règle générale par le projet, ce n'est qu'en seconde lecture, et sur un amendement, que fut admis pour les actions de 25 fr. le versement intégral. L'exception, c'est précisément le versement intégral. Or, comme les exceptions sont de droit étroit, il faut appliquer à ces actions d'un type intermédiaire la règle de droit commun, et n'exiger que le versement du quart. — Lyon-Caen et Renault, *appendice*, n. 9 ; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 349 *bis*.

3144. — Ce système repose sur une prémisse non démontrée. En effet, on n'a pas le droit de dire qu'il y a une règle et une exception : la vérité est qu'il y a deux espèces d'actions, auxquelles le législateur applique deux règles différentes, sans que l'une quelconque de ces règles puisse être considérée comme de droit commun, et l'autre de droit exceptionnel. Ce système semble, d'ailleurs, contraire au texte de la loi qui n'autorise le versement du quart que « lorsque les actions sont de 100 fr. et au-dessus ». La loi dit *au-dessus*, et exclut, par conséquent, les actions qui sont *au-dessous*. Il aboutirait d'ailleurs aux résultats les plus inattendus. Tandis que sur une action de 25 fr., il faudrait faire un versement de 25 fr., on pourrait, sur une action de 26 fr., se contenter d'un versement de 6 fr. 50, alors que le capital social serait toujours égal ou inférieur à 200,000 fr. La règle du versement intégral sur les actions de 25 fr. serait par trop facile à éluder. — V. Arthuys, n. 35 ; Houpin, t. 1, n. 456.

3145. — Faut-il donc appliquer aux actions comprises entre 25 fr. et 100 fr. la règle du versement intégral? C'est l'opinion qu'on soutient dans un *deuxième système*, qui s'appuie sur deux ordres d'arguments : on dit, d'abord, que la loi ne connaît que deux catégories d'actions au sujet du versement, celles qui sont libérables intégralement, celles qui sont libérables du quart. La loi n'indiquant que deux règles, il faut opter pour l'une des deux. Le versement du quart étant insoutenable, reste le versement intégral.

3146. — On fait ensuite valoir l'esprit de la loi. La loi distingue les sociétés qui font appel à la petite épargne, et celles qui font appel aux capitalistes. Pour les premières, dont le capital social atteint au plus 200,000 fr., et dont les actions peuvent être abaissées à 25 fr., l'esprit de la loi est d'exiger le versement intégral, qu'il édicte expressément pour les actions de 25 fr. et qu'il sous-entend pour les actions comprises entre 25 fr. et 100 fr. Ces sociétés, vu la modicité de leur capital, ont besoin immédiatement de tout leur capital, et leurs souscripteurs doivent avoir des titres entièrement libérés, car ils ne seraient peut-être pas à même dans l'avenir de faire face à un engagement différé. Au contraire, les sociétés à capital social dépassant 200,000 fr. s'adressent à des capitalistes capables de contracter des engagements échelonnés ; le régime doit donc être différent. — V. Arthuys, n. 35, *in fine* ; Bouvier-Bangillon, *La législation nouvelle sur les sociétés*, p. 60 et s. ; [illegible], *[illegible] la loi sur les sociétés par actions*, p. 20 ; Perrin, *Les sociétés par actions, L. 1er août 1893*, p. 4 ; Wahl, *Augmentation du capital dans les sociétés par actions*, Appendice ; Rousseau, t. 1, n. 1710.

3147. — Quelque séduisant qu'il soit, ce système est contraire au texte. En effet, la loi n'exige le versement intégral que lorsque les actions « n'excèdent pas 25 fr. ». C'est donc que lorsque les actions excèdent 25 fr., il n'y a plus lieu d'exiger le versement intégral. Il ne nous paraît pas plus conforme à l'esprit de la loi, car le législateur lui-même a laissé entendre que ce qu'il exigeait pour les actions inférieures à 100 fr., c'était un versement minimum de 25 fr., et non le versement intégral. Cette idée a été exprimée plusieurs fois dans la discussion. Enfin on peut trouver au moins surprenant que le législateur se contente d'un versement du quart pour les actions de 100 fr., et exige un versement intégral pour les actions comprises entre 25 et 100 fr. Ainsi, sur une action de 100 fr. le souscripteur n'aurait à verser que 25 fr. tandis que sur une action de 99 fr. il devrait verser 99 fr. Est-ce admissible?

3148. — Reste un *troisième système* en faveur duquel nous nous prononçons, c'est celui qui consiste à exiger un versement minimum de 25 fr., sur toute action comprise entre 25 fr. et 100 fr. Il est tout à fait conforme à l'esprit de la loi, car on n'a pas voulu admettre un versement dérisoire qui eût transformé l'action en billet de loterie, et il a été dit plusieurs fois dans la discussion, qu'il n'y avait pas lieu d'admettre un versement inférieur à 25 fr. En outre, c'est l'interprétation officielle qui a été donnée à la loi, par le décret du 1er déc. 1893, qui a modifié celui du 6 févr. 1880 sur les conditions d'admission à la cote officielle des actions des sociétés étrangères. En effet, ce décret dit que les actions « doivent être libérées de 25 fr. lorsqu'elles sont inférieures à 100 fr., et au moins jusqu'à concurrence du quart lorsqu'elles sont supérieures à 100 fr. ». — Genevois, p. 62 et s. ; Goirand, n. 119 ; Houpin, t. 1, n. 456 ; Percerou, *Fond. de soc. anon.*, p. 28 ; Thaller, n. 518 ; Vavasseur, n. 369. — *Contrà*, Arthuys, n. 35.

3149. — Nous résumerons donc le système légal dans la proposition suivante : versement du quart pour toute action du montant nominal de 100 fr. ou au-dessus ; versement de 25 fr. au minimum pour toute action du montant nominal de 25 fr. à 100 fr. C'est le système expressément consacré dans le projet de 1903.

3150. — Ce que la loi exige ce n'est pas seulement le versement du quart du capital social, c'est le versement du quart sur chaque action, dans le cas où elle se contente d'un versement partiel. Ainsi, supposons une société par actions constituée au capital social de 400,000 fr., divisé en actions de 100 fr. Pour que la société fût valablement constituée il ne suffirait pas que 100,000 fr. eussent été versés, certains souscripteurs ayant fait un versement intégral, les autres n'ayant rien versé. Il faut que sur chaque action 25 fr. aient été versés.

3151. — L'absence d'un seul versement individuel entraînerait la nullité de la société, alors même que le total des versements encaissés atteindrait ou dépasserait même le quart du capital de fondation. — Cass., 17 déc. 1894, [*J. des soc.*, 95.202] — Paris, 28 juin 1888, Moreau, [D. 90.2.325] — *Sic*, Bedarride, n. 20 ; Boistel, n. 250 ; Houpin, t. 1, n. 457 ; Lyon-Caen et Renault, n. 696 ; Pont, n. 892 ; Vavasseur, n. 391 ; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 128 ; Rousseau, t. 1, n. 1695 ; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 348. — V. anal. *suprà*, n. 2172.

3152. — Et dans le cas où le versement intégral est exigé, il n'est pas permis aux fondateurs d'une société de dispenser, par une clause des statuts, les actionnaires du versement intégral des actions par eux souscrites. — Cass., 21 juill. 1879, Vacheron et Pasquier, [S. 80.1.5, P. 80.5, D. 79.1.321]

3153. — Jugé, dans le même ordre d'idées, qu'on ne saurait considérer comme un versement valable... l'effet de commerce souscrit par un actionnaire en vue de solder globalement sa souscription et celle de plusieurs autres souscripteurs, et ce,

dans le seul but de hâter la constitution définitive de la société, mais sans que l'opération intervenue fasse ressortir la solvabilité personnelle et distincte des coassociés du *solvens*. — Chambéry, 28 janv. 1881, Lemaire et Cie, [S. 81.2.260, P. 81.1.1.252] — V. anal. *suprà*, n. 2248 et s.

3154. — Le principe du versement du quart a été édicté pour les actions de numéraire. Quant aux actions d'apport créées en représentation d'apports en nature, elles ne se conçoivent que libérées, si ce sont de pures actions d'apport, considérées comme l'équivalent des valeurs apportées à l'entreprise. — V. *suprà*, n. 2041 et 2042. — Sur les formalités de la vérification des apports, V. *infrà*, n. 3312 et s.

3155. — Mais il peut y avoir des actions, dites mixtes, représentant pour partie du numéraire et pour partie des apports en nature. Ces actions mixtes sont-elles licites, et quel versement faut-il faire en ce qui les concerne? Cette question a donné lieu, sous l'empire de la loi de 1867, à une vive controverse, résolue par la loi de 1893, pour les actions mixtes créées depuis sa promulgation.

3156. — D'après un *premier système*, on regardait les actions mixtes comme illicites, sous l'empire de la loi de 1867. — Paris, 4 avr. 1881, Huet, [S. 81.2.102, P. 81.1.570, D. 84.2.1] — Amiens, 8 juin 1882, Darras, [S. 83.2.134, P. 83.1.711] — Par suite, les actions représentant des apports en nature devaient être entièrement libérées; celui qui avait fait un apport en nature ne pouvait recevoir des actions d'apport que jusqu'à concurrence de la valeur de son apport, les actions mixtes étant interdites.

3157. — On faisait valoir à l'appui de ce système un double argument : 1° la loi de 1867 ne vise que deux types d'actions, les actions consistant exclusivement en numéraire, et les actions consistant exclusivement en apports en nature; par conséquent, elle n'admet pas les actions mixtes; 2° autoriser les actions mixtes, ce serait restreindre la souscription publique en multipliant les actions d'apport, et favoriser la fraude qui s'exerce surtout dans l'attribution d'actions aux fondateurs. Mais on peut répondre à ces deux arguments : 1° que la loi de 1867 ne prohibant pas les actions mixtes, il est plus conforme aux principes de les tenir pour licites; 2° qu'il importe peu qu'elles restreignent la souscription publique, car la loi permet la constitution d'une société par actions *sans souscription publique;* ce qui est autrement grave. — Paris, 28 avr. 1883 (motifs), Maratu, [S. 84.2.99, P. 84.1.505, D. 84.2.1]

3158. — Dans un *second système*, on soutenait que les actions mixtes devaient être libérées pour la totalité de la part représentant l'apport, et pour un quart de la part représentant le numéraire. — Paris, 18 févr. 1881, Paz, [S. 81.2 97, P. 81.1.561, et la note de M. Lyon-Caen, D. 84.2.1]; — 4 avr. 1881, précité. — 10 mai 1883, sous Cass., 15 févr. 1884, Ginde-Malherbe, [S. 84.1.199, P. 84.1.471, et la note de M. Labbé, D. 84.2.1] — Rataud, *Rev. crit. de légis. et de jurispr.*, 1882, p. 215; Rousseau, t. 1, n. 1696. — A l'appui de cette opinion, on invoque l'esprit de la loi. Le législateur de 1867 a entendu que les souscripteurs eussent toujours en mains le quart sur le capital consistant en numéraire avant la constitution de la société, afin d'assurer à la société, dès ses débuts, le capital de roulement indispensable pour commencer ses opérations.

3159. — Ces arguments ne nous paraissent pas convaincants. Sans doute, quand la loi exige, avant la constitution de la société, le versement du quart des actions en numéraire, c'est pour procurer à la société le capital en argent dont elle peut avoir besoin dès le début de ses opérations, mais c'est aussi pour s'assurer du sérieux des souscriptions; sinon elle n'autoriserait pas la constitution de sociétés dont le capital consisterait uniquement en apports en nature. Il n'est pas exact non plus de dire que la loi, en dispensant du versement du quart les actions d'apport, établit une exception. Cette prescription est dans la nature des choses. On ne conçoit pas comment un versement partiel pourrait être réalisé sur un apport en nature; un apport en nature est versé en totalité ou n'est pas versé du tout (nous donnons au mot *versement* le sens de *paiement*, de *solutio*). Or à l'apporteur qui a versé son apport en entier peut-on demander encore un versement en numéraire? Ce serait lui demander, non plus de libérer ses actions du quart, mais de les libérer de la presque totalité. Enfin, on invoque à tort le texte de la loi, car la loi ne se prononce pas sur le versement à faire quant aux actions mixtes. Tout ce que la loi veut assurer, c'est l'égalité entre actionnaires. Or ce serait violer cette égalité, et, par conséquent, aller contre l'esprit de la loi que d'exiger des actionnaires mixtes, outre le versement (*solutio*) total de l'apport, le versement du quart sur la partie consistant en numéraire.

3160. — Enfin, d'après un *troisième système*, consacré par la Cour suprême, les prescriptions de la loi sont respectées dès l'instant que l'apport en nature correspond par sa valeur au quart du montant des actions attribuées à l'apporteur; un versement en numéraire n'est donc pas nécessaire pour que la société puisse se constituer valablement. — Cass., 15 févr. 1884, précité; — 22 déc. 1886, Leclerc, [S. 87.1.30, P. 87.1.47, et le rapport de M. le conseiller Demangeat, D. 87.1.445] — Paris, 28 avr. 1883, précité. — Rouen, 10 mai 1884, Duquesne, Stopin et Hugon, [S. 84.2.167, P. 84.1.889] — Trib. comm. Seine, 1er mai 1861, Soc. des mines de la Condamine, en sous-note sous Paris, 18 févr. 1881, précité. — *Sic*, Buchère, *J. des soc.*, 1882, p. 126 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 703; Vavasseur, t. 1, n. 527 et s.; Arthuys, n. 40; Houpin, t. 1, n. 458.

3161. — Il n'importe qu'une partie des actions libérées d'un quart, attribuées au fondateur en représentation de son apport en nature, ait été déposée par lui dans la caisse sociale, en conformité des statuts, comme garantie, tant de sa gestion, que de son obligation d'éteindre le passif grevant son apport : un pareil dépôt n'empêche pas que l'actionnaire ne soit tenu purement et simplement des obligations résultant de sa qualité de titulaire des actions libérées du quart, et n'empêche pas davantage que l'apport du fondateur n'ait été régulièrement apprécié comme équivalant au quart de ces actions. — Cass., 22 déc. 1886, précité. — Paris, 28 avr. 1883, précité.

3162. — En effet, cette remise en garantie n'a pu être et n'a été effectuée qu'après que l'attribution des actions à l'apporteur était devenue définitive; dès lors, elle n'a pu avoir pour effet de donner un caractère éventuel à l'apport du fondateur, et d'empêcher que le capital social fût intégralement souscrit. — Paris, 28 avr. 1883, précité.

3163. — La controverse dont nous venons de parler a disparu pour les actions mixtes créées depuis la loi de 1893. Déjà le projet adopté le 25 nov. 1884 par le Sénat disposait, en son art. 7, al. 1 : « Les apports en nature ne peuvent être représentés que par des actions libérées en totalité. » Cette disposition a été reprise par le législateur de 1893, qui, dans l'art. 2 de la loi, s'exprime ainsi : « Les actions représentant des apports devront toujours être *intégralement libérées* au moment de la constitution de la société », disposition insérée dans l'art. 3 de la loi de 1867. Par *les actions représentant des apports*, il faut entendre *les actions représentant des apports en nature*, comme le portait la rédaction primitive, modifiée sans nécessité par le rapporteur.

3164. — On a prétendu que le texte nouveau prohibait la création des actions mixtes pour l'avenir; car le texte parle *d'actions représentant des apports*, et non d'actions représentant en partie des apports, en partie du numéraire (V. Perrin, *Loi de 1893*, p. 8; Faure, *Loi de 1893*, p. 63). Mais cette opinion nous paraît insoutenable. Quand le législateur dit que les actions d'apport doivent être intégralement libérées, il ne peut viser les actions consistant pour le tout en apport, sinon il dirait une naïveté. Car ces actions sont telles qu'elles ne peuvent être libérées autrement que d'une manière intégrale. En effet, l'évaluation et l'approbation d'un apport en nature par l'assemblée générale des actionnaires fait que cet apport en nature appartient immédiatement à la société pour le tout. Si donc le législateur exige le versement intégral des actions représentant des apports, il n'a pu penser qu'aux actions mixtes, au sujet desquelles il était utile de s'expliquer, surtout en présence de la controverse antérieure.

3165. — La vérité est que le législateur de 1893 a entendu reconnaître formellement la validité des actions mixtes. Mais, rompant avec la jurisprudence antérieure, il veut qu'elles soient entièrement libérées. Donc l'actionnaire mixte aura à verser la somme représentant la différence entre la valeur de son apport et le montant nominal des actions à lui attribuées. — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 364. — V. cependant Thaller, n. 687; Rousseau, t. 1, n. 1698.

3166. — Ainsi se trouve rompue l'égalité entre les actionnaires, qui paraissait avoir été la préoccupation du législateur de 1867. Mais en sacrifiant cet avantage, le législateur de 1893 a voulu parer à certains inconvénients qu'avait révélés la pratique des sociétés par actions. Il a voulu diminuer le nombre

des actions mixtes qui s'étaient multipliées et qui avaient donné lieu à des spéculations blâmables auxquelles se livraient les apporteurs. Le meilleur procédé lui a paru être d'ordonner la libération intégrale des actions mixtes. — V. Arthuys, n. 40; Bouvier-Bangillon, *Loi du 1er août 1893*, p. 67 et 68; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 364; Genevois, p. 77 et 78; Goirand, n. 126; Houpin, n. 458; Lyon-Caen et Renault, *appendice*, n. 13; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., Suppl., Soc. anon.*, n. 84. — V. cep. Thaller, n. 687; Rousseau, t. 1, n. 1698.

3167. — Cette précaution n'a même pas paru suffisante au législateur de 1893, car les actionnaires mixtes auraient pu provoquer, aussitôt après la constitution de la société, une hausse factice des actions et se défaire de leurs titres en profitant de cette hausse. Aussi a-t-il été décidé que les actions d'apport, et, par suite, les actions mixtes ne pourraient être négociées que deux ans après la constitution de la société. — Sur la non-négociabilité des actions d'apport, V. *suprà*, n. 2133 et s.

3168. — Le régime nouveau aura cette conséquence, de rendre fort rare la création d'actions du type mixte, puisqu'elles seront désormais en état d'infériorité sur les autres actions à deux points de vue : elles devront être libérées intégralement; elles ne seront négociables que deux ans après la constitution de la société. L'intérêt de la société sera donc de ne créer que deux espèces d'actions : des actions représentant des apports en nature pour le tout, et des actions consistant uniquement en numéraire. — V. Houpin, t. 1, n. 458.

3169. — Remarquons, en terminant, que l'obligation du versement intégral des actions mixtes ne concerne que les actions créées depuis la loi de 1893. Celles qui ont été créées antérieurement à la promulgation de cette loi demeurent régies par la loi de 1867; il y a donc lieu de leur appliquer les solutions que nous avons exposées précédemment.

2° Comment doit être fait le versement.

3170. — Le problème ainsi posé est double : 1° Le versement doit-il être *effectif?* 2° *En quelles valeurs* doit être fait le versement? La première question reçoit la même solution sous l'empire de la loi de 1893 que sous l'empire de la loi de 1867; la seconde comporte une solution différente, selon que l'on envisage la loi de 1867 ou celle de 1893.

3171. — I. *Le versement doit être effectif.* — Cette formule signifie que le versement exigé par la loi doit être réel *et non fictif*, qu'il doit, en d'autres termes, procurer à la société des ressources liquides, immédiatement utilisables, et ne saurait être remplacé par un simple jeu d'écritures. — Lyon, 15 mars 1879, sous Cass., 23 mars 1880, Lemaire et Cie, [S. 81.1.459, P. 81.1.1184] — Chambéry, 28 janv. 1881, Même affaire, [S. 81.2.260, P. 81.1.1252] — Paris, 13 janv. 1882, Synd. de la Société d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, et la note de M. Lyon-Caen, D. 83.2.73] — Grenoble, 15 juill. 1886, Ziélinski et autres, [S. 86.2.241, P. 86.1.1245, et la note de M. Villey] — *Sic*, Bédarride, *Loi de 1867*, t. 1, n. 17 et 18; Beudant, *De la constit. des soc. par act.* (*Rev. crit. de législ.*, 1870, t. 36, p. 130 et s.); Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 698; Pont, t. 2, n. 894 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1703 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 393 et 394; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 350. — V. cep. Paignon, *Comment. de la loi de 1856*, p. 57; Demangeat, note sur Bravard, *Dr. comm.*, t. 1, p. 283.

3172. — Cette solution découle de l'objet même de la loi. Dès l'instant que le versement a pour but de démontrer que les souscripteurs sont sérieux, et de mettre à la disposition de la société les fonds dont elle a besoin pour commencer ses opérations, la loi devait interdire tout versement fictif. — Sur ce point, la loi de 1893 n'a rien ajouté aux prohibitions implicites, mais certaines de la loi de 1867.

3173. — Le versement devant être effectif, ne saurait être remplacé par des opérations de compte ou des jeux d'écritures sur les livres de la société. — Chambéry, 28 janv. 1881, précité. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.2.425] — Grenoble, 15 juill. 1886, précité.

3174. — Ainsi ne sauraient être considérées comme équivalant à un tel versement ni des effets souscrits sur une banque particulière, ni des passations d'écritures ne présentant pas le caractère d'une compensation légale, ni un effet de commerce, souscrit par un actionnaire, tant pour paiement du quart de la souscription de plusieurs autres actionnaires, que pour paiement d'une partie de la sienne, alors même que cet effet aurait été escompté par une maison de banque. — Sur les versements complémentaires, V. *suprà*, n. 2245 et s.

3175. — Ainsi encore, ne sauraient tenir lieu de versement, les dépenses faites antérieurement à la constitution de la société par un souscripteur, dans l'intérêt de la société. — Paris, 13 janv. 1882, précité.

3176. — Par la même raison, seraient aussi fictifs les versements consistant en ce que les souscripteurs, après avoir été crédités des sommes qu'ils étaient censés avoir versées, en auraient été débités comme les ayant retirées à titre de paiement anticipé de travaux ou fournitures qu'ils devaient faire pour la société. — Aix, 16 mai 1860, Chameton, [S. 60.2.430, P. 61.183, D. 60.2.118]

3177. — De même, le versement du quart ne peut être considéré comme ayant été réellement effectué, lorsqu'une partie seulement de la somme versée par les actionnaires est entrée dans la caisse sociale, le surplus ayant été remis, même en conformité des statuts, à titre de commission irrévocablement acquise, à un tiers organisateur de la société et chargé du placement général des actions. — Cass., 17 juill. 1885, Bouchet, Poulet, Flavien, Japy et Danïault, [S. 87.1.286, P. 87.1.669, D. 86.1.273]; — 2 mai 1887, Lefebvre et autres, [S. 87.1.318, P. 87.1.770, D. 87.1.198] — Paris, 16 juill. 1885, Agnel et autres, [D. 86.2.105] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 700.

3178. — Peu importe, d'ailleurs, que la somme prélevée par le courtier ait été momentanément rétablie, soit à l'aide de deniers fournis par ce courtier, soit au moyen d'un emprunt contracté chez un banquier. Ce versement fictif, organisé dans un but de fraude, ne saurait faire disparaître le vice originel dont la société est entachée. — Cass., 17 juill. 1885, précité.

3179. — Le banquier qui s'est chargé, moyennant une commission, du placement des actions d'une société anonyme à constituer, ne peut pas valablement, aussitôt après la constitution de la société, se faire reconnaître, par une délibération du conseil d'administration dont il est membre, créancier de la société pour le montant de cette commission; par cette allocation, le capital social se trouverait amoindri, et le premier quart de ce capital ne serait pas intégralement réalisé, contrairement aux prescriptions de la loi du 24 juill. 1867. — Cass., 28 oct. 1901, Boulaine, [S. et P. 1904.1.37]

3180. — Il appartient aux juges d'apprécier en fait que les articles des statuts, par lesquels la société s'était obligée de payer les frais d'émission de ses titres et ceux de sa constitution, ne visent que les dépenses nécessaires d'actes et de publicité, mais ne s'appliquent pas aux avantages que les fondateurs avaient pu promettre au banquier dans l'intérêt de la réussite de la combinaison. — Même arrêt.

3181. — La stipulation de cette commission donne au banquier administrateur au profit de qui elle est faite un intérêt dans l'émission des actions; et cette émission, si elle est encore en cours à la date de la fondation de la société, et si, à raison de son importance et de la difficulté de trouver des souscripteurs, elle est susceptible de se prolonger, doit être rangée dans la catégorie des entreprises ou marchés, pour lesquels l'art. 40, L. 24 juill. 1867, exige l'autorisation de l'assemblée générale des actionnaires. — Douai, 18 déc. 1899, sous Cass., 28 oct. 1901, précité.

3182. — La stipulation de cette commission pourrait-elle devenir licite en vertu d'une stipulation statutaire ? Cette dernière solution pourrait s'induire de l'arrêt ci-dessus, puisque la Cour de cassation a cru nécessaire, pour motiver sa décision, de constater que les articles des statuts relatifs aux frais d'émission ne s'appliquaient pas aux « avantages », c'est-à-dire à la commission. Mais cette induction n'est pas sûre et, de toutes façons, une telle doctrine ne paraît pas pouvoir être admise. Elle manque d'abord de logique. En effet, si le paiement de la commission sur le premier quart « fait fraude à la loi », il ne peut pas plus être autorisé par les statuts qu'il ne pourrait l'être par une délibération du conseil d'administration. La disposition de l'art. 1, L. 24 juill. 1867, qui prescrit le versement du premier quart, est impérative, puisqu'elle est accompagnée d'une sanction pénale (art. 13 de la loi). Mais le reproche le plus grave que l'on doive faire à la même doctrine, c'est que, sans prohiber la remise d'une commission aux banquiers émetteurs, elle tend à rendre, en fait, cette pratique impossible aux sociétés. Si la commission ne peut pas être payée sur le montant du premier quart, sur quels fonds le sera-t-elle ? Sur les bénéfices ? Ce se-

rait ajourner trop loin le paiement. Sur le second quart? On ne saurait obliger les sociétés de l'appeler à cette seule fin. La solution exacte, semble-t-il, est de ranger la commission parmi les frais de premier établissement, et, sauf l'amortissement qui s'impose aux sociétés bien administrées pour les frais de cette sorte, d'accepter qu'elle soit payée, après la constitution de la société, sur les fonds provenant du versement du premier quart. — V. en ce sens, Paris, 1er août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.10]; — 10 août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.13] — Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 538; note sous Cass., 17 juill. 1885, précité. — V. aussi Orléans, 15 févr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.307]

3183. — C'est encore à bon droit que la nullité d'une société anonyme est prononcée pour défaut de versement du quart, lorsqu'il n'est point justifié qu'il y ait eu, de la part des souscripteurs, des versements en espèces qui aient été mises à la disposition de ladite société, mais qu'il est établi, au contraire, que les seuls fonds dont celle-ci ait pu disposer ont été ceux provenant de la vente des actions au public, ou de versements effectués postérieurement à la déclaration de souscription ou du versement par les actionnaires. — Cass., 17 déc. 1894, De Goldschmidt, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.101] — Paris, 14 avr. 1892, De Goldschmidt et autres, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.347];

3184. — Au contraire, le fait de la désignation, par les fondateurs d'une société anonyme, d'une maison de banque chargée de recevoir et de garder le montant du versement du premier quart sur les actions de cette société, et le fait, par la maison de banque, en sa qualité de dépositaire, d'avoir conservé dans sa caisse, où ils sont la propriété de la société en fondation, les fonds ainsi versés, jusqu'à la constitution définitive de la société, n'a rien d'incompatible avec les prescriptions de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés. — Cass., 29 juin 1887, Galland, [S. 89.1.37, P. 89.1.60, D. 89.1.137]; — 24 déc. 1894 (motifs), Soc. cotonnière de l'Est, [S. et P. 95.1.365, D. 95.1.206]

3185. — Dans tous les cas, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement les faits et documents d'où résulte la preuve que le versement exigé par la loi a été réellement effectué. — Cass., 27 janv. 1873, Synd. Copin, [S. 73.1.163, P. 73.383, D. 73.1.331]; — 13 nov. 1876, Nicolas et Alphonse Cézard, [S. 78.1.201, P. 78.510, D. 78.1.6]; — 2 juill. 1884, Baster, [S. 85.1.28, P. 85.1.45]; — 21 janv. 1895, De Panine et Synd. de la Soc. des laits purs de Nice, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112]

3186. — II. *En quelles valeurs doit être opéré le versement?* — Cette question comporte deux réponses différentes, selon que l'on se place sous l'empire de la loi de 1867, ou sous l'empire de la loi de 1893.

3187. — a) *Système de la loi de 1867.* — A première vue, cette loi semblait exiger un versement *en espèces*. L'art. 25 de cette loi disait, incidemment il est vrai, que le versement *consiste en numéraire*, et par là il complétait l'art. 1 de la même loi qui était muet sur la question. Mais la jurisprudence interprétait largement cette formule. Elle admettait que le versement pouvait être fait non seulement en numéraire, mais encore en valeurs équivalentes, c'est-à-dire en valeurs d'une réalisation certaine et immédiate, qui pouvaient être immédiatement converties en espèces sans être exposées à subir une dépréciation. Elle assimilait, en conséquence, au versement en billets de la Banque de France, — sur lesquels il ne peut y avoir aucun doute, puisque les billets ont cours légal, — la remise de bons du Trésor payables à vue, de chèques, de coupons échus. — Cass., 11 mai 1863, Ballande, [S. 63.1.284, P. 63.767, D. 63.1.213]; — 27 janv. 1873, Serre, [S. 73.1.163, P. 73.383, D. 73.1.331] — Paris, 28 mai 1869, Soc. de créd. gén. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335, D. 69.2.145]; — 5 déc. 1881, sous Cass., 10 févr. 1885, Aubergier, [D. 85.1.355]; — 13 janv. 1882, précité. — Bordeaux, 20 juin 1865, Ballande, [S. 65.2.296, P. 65. 1124]; — 9 mars 1874, sous Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue et autres, [S. 76.1.361, P. 76.873, D. 77.1.49] — Lyon, 15 mars 1879, sous Cass., 23 mars 1880, Lemaire et Cie, [S. 81.1.459, P. 81.1-1184] — Chambéry, 28 janv. 1881, Lemaire, [S. 81.2.260, P. 81.1.1252 — Poitiers, 24 févr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.265; *J. des soc.*, 87.63] — Orléans, 15 févr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.307; *J. des soc.*, 89.293] — V. sur la question, Alauzet, n. 447; Arthuys, n. 36; Bédarride, n. 17 et 18; Beslay et Lauras, n. 130; Beudant, *Rev. crit. de lég.*, 1870, p. 130 et s.; Boistel, n. 2[illegible]0; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, sur l'art. 1, n. 86; Deloison, n. 391; Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 698; Mathieu et Bourguignat, n. 15; Pont, n. 894 et s.; Rivière, n. 22; Rousseau, n. 1031 et s.; Vavasseur, n. 393 et s.

3188. — La nécessité, affirmée par les arrêts précités, d'opérer le versement en numéraire ou en valeurs d'une *réalisation certaine et immédiate* a pour objet de procurer à la société la somme exacte sur laquelle tous ont dû compter. Ce serait violer les prescriptions légales que d'opérer le versement en valeurs d'une réalisation douteuse ou lointaine; la société risquerait de ne pas avoir à sa disposition le quart du capital social, que la loi de 1867 l'oblige à posséder dans sa caisse avant toute opération.

3189. — Aussi, même sous l'empire de la loi de 1867, décidait-on que le versement légal ne pouvait être valablement effectué par la remise d'effets de commerce, de valeurs de portefeuille d'un recouvrement plus ou moins certain, ou d'autres titres ne pouvant pas être réputés de l'argent comptant. — Cass., 11 mai 1863, précité. — Bordeaux, 20 juin 1865, précité. — Paris, 25 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.486]

3190. — De même, se refusait-on à considérer comme constituant un versement valable, la remise de valeurs telles que les rentes sur l'Etat, les actions ou obligations des Compagnies de finance ou de commerce. En effet, le cours de ces valeurs étant variable, elles n'étaient pas d'une réalisation certaine, elles n'assuraient pas à la société la somme promise. Il en était ainsi des valeurs cotées au marché officiel, et à plus forte raison des titres non cotés à la Bourse, et circulant seulement en coulisse, sur le marché libre. — Paris, 26 juill. 1887, Pinet et Castelmar, [D. 88.2.145, et la note de M. Sarrut]

3191. — Cependant, MM. Paignon (*Comment. de la loi du 17 juill. 1856*, p. 67) et Vavasseur (*Comment. de la loi du 17 juill. 1856*, n. 16) étaient d'avis que le versement pouvait se faire autrement qu'en espèces, et que le souscripteur pouvait se libérer en remettant des valeurs de portefeuille ou des titres. Si les valeurs de portefeuille étaient à un terme très-court et si leur réalisation ne produisait aucun mécompte, la société n'éprouvait aucun préjudice, et l'opération, en quelque sorte légitimée par son résultat, semblait échapper à la critique. La thèse n'en était pas moins inacceptable au point de vue juridique. En effet, le gérant doit respecter les statuts et il ne peut seul y apporter des dérogations. Or quand le contrat parle d'actions de 500 fr., c'est-à-dire chiffrées par une valeur monétaire, de quel droit se permettrait-il de recevoir des billets, des valeurs qui peuvent, dans leur négociation ou dans leur réalisation, faire subir à la compagnie une diminution effective dans son capital pécuniaire? Objectera-t-on que le gérant suffira pour couvrir par sa responsabilité le préjudice éprouvé par la commandite? Ce ne serait là le plus souvent qu'une garantie insuffisante, et insuffisante surtout aux yeux de la loi, qui a voulu placer la masse des actionnaires, à l'abri non seulement des fraudes, mais aussi des fautes et impéritie des fondateurs de la société. Aussi la thèse des auteurs précités a-t-elle cessé d'être défendue.

3192. — Par identité de motifs, il avait été jugé, sous l'empire de la loi de 1867, qu'on ne saurait considérer comme des versements valables, ni des factures et mémoires acquittés de travaux exécutés et de fournitures faites pour le compte de la société. — Cass., 11 mai 1863, précité.

3193. — ... Ni un compte de dépenses faites par un actionnaire dans l'intérêt de la société, alors que cette créance n'est pas liquide et ne peut servir de base à la compensation. — Paris, 13 janv. 1882, précité.

3194. — ... Ni la remise du titre d'une créance d'une somme déposée à la Caisse des dépôts et consignations, pour garantie de l'exécution d'un marché passé avec l'Etat, alors surtout que ce cautionnement est grevé du privilège de l'Etat et a été l'objet d'une cession consentie au profit des créanciers personnels du souscripteur des actions. — Paris, 5 déc. 1881, précité.

3195. — ... Ni enfin des effets souscrits sur une banque particulière, ni des passations d'écriture ne présentant pas le caractère d'une compensation légale, ni un effet de commerce, souscrit par un actionnaire, tant pour paiement du quart de la souscription de plusieurs autres actionnaires, que pour paiement d'une partie de la sienne, alors même que cet effet aurait été escompté par une maison de banque, si le souscripteur et l'escompteur n'avaient d'autre but que de hâter la constitution de la société à laquelle ils avaient le plus grand intérêt, et si cette opération ne faisait aucunement ressortir la solvabilité personnelle et distincte des autres associés. — Chambéry, 28 janv. 1881, précité.

3196. — Que faut-il décider *en cas de compensation?* Supposons que l'actionnaire ait une créance contre la société, par le fait de la souscription, il est devenu débiteur de la même société. A supposer que les conditions de la compensation légale se trouvent réunies avant la constitution de la société, c'est-à-dire que les deux créances, celle du souscripteur et celle de la société, soient également liquides et exigibles, faut-il décider que le versement légal pourra s'opérer par la compensation entre la dette du souscripteur et la créance qu'il avait contre la société?

3197. — La jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la loi de 1867, considérant que la compensation légale équivaut à un double paiement, envisageait cette compensation comme réalisant un versement. Donc, si, au moment de la constitution de la société, un souscripteur se trouvait créancier de la société pour une somme égale au quart du montant des actions qu'il avait souscrites, et si sa créance était liquide et exigible, la compensation s'opérait quand se constituait la société, et la condition du versement du quart était accomplie. Le paiement en espèces serait ici disait-elle une complication inutile. Pourquoi exiger, en ce cas, que la société versât au souscripteur la somme qu'elle lui devait, et qu'aussitôt après le souscripteur reversât la même somme dans la caisse sociale? — Cass., 13 nov. 1876, Nicolas et Alphonse Cézard, [S. 78.1.201, P. 78.510, D. 78.1.6] — Bordeaux, 9 mars 1874, sous Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue et autres, [S. 76.1.361, P. 76.873, D. 77.1.49] — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.2.425]; — Chambéry, 28 janv. 1881, précité. — V. Arthuys, n. 36; Houpin, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 699; Pont, n. 897; Vavasseur, n. 397 *bis*.

3198. — Jugé en ce sens : 1° Que la compensation s'opère de plein droit entre le prix d'un immeuble vendu à une société en commandite et le montant d'actions souscrites par le vendeur dans cette société, lorsque les deux dettes sont respectivement liquides et exigibles, et que cette compensation équivaut au versement du prix de l'action en numéraire, exigé par la loi du 17 juill. 1856, comme par la loi du 24 juill. 1867. — Cass., 4 mars 1867, Synd. Sabathier, [S. 67.1.254, P. 67.644, D. 67.1.425]

3199. — 2° Qu'une opération de compte peut tenir lieu de versement, lorsque l'actionnaire, créancier de la société pour des causes antérieures à sa souscription, se trouve libéré d'icelle par une compensation. — Paris, 19 mars 1883, précité.

3200. — 3° Que dans une société anonyme constituée avant la loi de 1867, il n'y a rien d'illicite à ce que des actionnaires s'acquittent du montant des actions qu'ils ont souscrites, par compensation avec le prix d'immeubles vendus par eux à la société, alors d'ailleurs que ni les statuts sociaux, ni le décret d'autorisation n'interdisent aux administrateurs d'affecter les actions de la société au paiement de ces achats d'immeubles, prévus et mentionnés dans le pacte social. — Cass., 20 févr. 1877, Liquid. de la Soc. anonyme des magasins généraux de Paris, [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.201]

3201. — Mais si les conditions de la compensation légale ne se trouvent pas réunies, le versement ne peut s'opérer par la voie de la compensation. Ainsi, il a été jugé qu'un actionnaire ne saurait se libérer du capital des actions par lui souscrites au moyen d'une compensation avec la créance qu'il aurait contre une ancienne société que la nouvelle a pour but de liquider; ici, en effet, on ne se trouve plus en présence de deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. — Cass., 6 juill. 1870, Guébin et autres, [S. 71.1.80, P. 71.211, D. 71.1.13] — Paris, 5 août 1869, Bezinge, [S. 70.2.33, P. 70.202]

3202. — De même ne peut être considéré comme ayant valablement opéré, par voie de compensation, le paiement du quart de ses actions avant la constitution de la société, l'actionnaire qui, créancier du propriétaire d'une usine pour l'acquisition et l'exploitation de laquelle la société s'est formée, donne en paiement à la société sa créance contre le vendeur de l'usine. — Bordeaux, 9 mars 1874, précité.

3203. — Il n'importe que, d'après les énonciations de l'acte social, un actionnaire paraisse avoir versé aux mains de l'administrateur les trois quarts du montant de ses actions avant la passation de l'acte, si cette apparence est contraire à la vérité des faits, et si, en réalité, pour se libérer de ses actions, l'actionnaire a fait à la société l'apport en nature d'une usine, les dispositions de l'acte social et celles de l'acte d'acquisition de l'usine ayant été combinées de manière à dissimuler ce mode de versement. En pareil cas, c'est à bon droit que la nullité de la société est prononcée à raison de l'illégalité de cet apport en nature, non apprécié ni approuvé suivant les prescriptions impératives des art. 4 et 24 de la loi du 24 juill. 1867. — Cass., 13 mars 1876, précité.

3204. — Il n'y a pas non plus compensation au moment de la constitution de la société, et, par suite, le versement requis ne peut être considéré comme ayant été effectué en temps utile, si la dette de la société envers le souscripteur n'a pris naissance ou n'est devenue exigible qu'après que la société a été constituée. — Paris, 28 mai 1884, Soc. anon. des Tréfileries et Laminoirs de Romilly, Lérange et Cie, [D. 86.2.177]

3205. — Et la nullité de la société doit être prononcée, quand même les statuts autoriseraient les actionnaires à se libérer en remises ou prétendues compensations de cette nature, une pareille clause devant être réputée non avenue, comme contraire à une disposition d'ordre public. — Cass., 11 mai 1863, Delande, [S. 63.1.284, P. 63.767, D. 63.1.213] — *Contrà*, Vavasseur, *Comment. de la loi du 17 juill. 1856*, n. 16.

3206. — Cette jurisprudence était des plus critiquables, car elle partait d'un point de départ inexact, à savoir la possibilité juridique d'une compensation légale, équivalant à versement, entre deux dettes liquides et exigibles au moment de la constitution de la société. La vérité est qu'à ce moment, il n'a pu exister de dette liquide et exigible à la charge de la société, puisque la société n'avait pas encore d'existence légale, le versement préalable du quart étant l'une des conditions d'existence de celle-ci. — Arthuys, n. 36; Houpin, t. 1, n. 459; Rousseau, t. 1, n. 1798.

3207. — Mais si la compensation ne peut s'opérer ni avant la constitution de la société, ni au moment même de la constitution, elle peut s'opérer au cours de l'existence de la société, car la société, devenue personne morale, et non plus groupement de fait, peut être débitrice. Si donc, une augmentation du capital était mise en souscription, les souscripteurs pourraient, sous l'empire de la loi de 1867, se libérer du versement du quart par voie de compensation. — V. Arthuys, p. 38, note 1; Bouvier-Bangillon, p. 58. — V. *suprà*, n. 2246 et 2247. — Sur les versements en cas d'augmentation du capital, V. *infrà*, n. 5476 et s.

3208. — Sous l'empire de la loi de 1867, on discutait également la question de savoir si le versement pouvait être opéré par le moyen d'une passation d'écritures, d'un simple virement. Un débit de compte suffisait-il à remplacer un versement réel, à supposer que la maison de banque qui faisait cette opération fût réellement débitrice des souscripteurs et que sa solvabilité ne fût pas douteuse? Un certain nombre d'arrêts s'étaient prononcés pour la négative. — Cass., 24 avr. 1861, Chalmeton, [S. 62.1.182, P. 62.527, D. 61.1.428]; — 30 juill. 1887, [*J. des soc.*, 90.201] — Lyon, 9 févr. 1883, [*J. des soc.*, 83.181] — Paris, 4 et 27 déc. 1884, [*Rev. des soc.*, 85.159]; — 26 juill. 1887, Pinet et Castelmar, [D. 88.1.145]

3209. — Mais la Cour suprême et la majorité des cours d'appel semblaient fixées dans le sens de l'affirmative. — Cass., 20 janv. 1885, [*J. des soc.*, 85.638]; — 9 juin 1891, Duc Decazes, [S. 91.1.501, P. 91.1.1239, D. 92.1.361]; — 13 févr. 1894, De Fontaine, [S. et P. 94.1.121, D. 94.1.165]; — 19 mars 1894, Liquid. de la Soc. Talvende et Cie, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465] — Lyon, 2 mars 1883, [*J. des soc.*, 84.208] — Paris, 27 déc. 1884, [*Gaz. Pal.*, 85.764]; — 17 juin 1890, [*Rev. des soc.*, 90.418] — V. aussi Paris, 2 avr. 1886, sous Cass., 20 nov. 1888, Congar et Thomé, [S. 91.1.12, P. 91.1.18, D. 90.1.457]

3210. — Jugé en particulier qu'on ne saurait prononcer la nullité d'une société anonyme pour défaut de versement du quart, ou pour versement fictif, quand il est constaté que ce versement a été effectué au nom de chacun des souscripteurs d'actions par des banquiers débiteurs de ces souscripteurs. — Cass., 13 févr. 1894, précité. — Car la loi n'oblige pas le souscripteur à se présenter lui-même à la caisse de la société pour y faire le versement légal; ce versement peut être effectué par un mandataire; et l'on ne voit pas pourquoi le mandataire ne serait pas un banquier opérant à l'aide de fonds mis chez lui en dépôt par le souscripteur son client. — Même arrêt.

3211. — Et même, s'il n'y a pas de dépôt, aucune disposition n'interdit à un banquier d'avancer les fonds nécessaires pour effectuer le versement et de l'opérer en la double qualité de mandataire et de prêteur. — Même arrêt. — V. *infrà*, n. 3227. — Tout est régulier, et les prescriptions de la loi sont certainement remplies quand le banquier a ainsi versé au nom du souscripteur. Il n'importe, au surplus, que le banquier ait répété

la même opération pour un grand nombre de souscripteurs, dès lors qu'elle a été faite pour chacun d'eux individuellement. On ne saurait considérer de pareils versements comme fictifs, ni, par suite, la société comme nulle, pour défaut de versement du quart des actions souscrites. — Paris, 17 juill. 1882, [*J. des soc.*, 85.47]; — 2 avr. 1886, sous Cass., 20 nov. 1888, précité.

3212. — De même, les versements opérés, au moment de la formation de la société, au moyen de virements effectués, par un banquier chargé de recevoir les souscriptions, sur les comptes particuliers de ses clients souscripteurs de la société en formation, ne constituent pas une cause de nullité de la société, alors que les fonds étaient réellement disponibles chez le banquier, dont la solvabilité était indiscutable. Il n'importe que la société n'ait touché qu'une partie de ces fonds en espèces, et que, pour le surplus, elle se soit payée par acomptes avec la liquidation de la banque dont elle continuait les affaires, si cette liquidation était solvable, et si la société a choisi ce mode de règlement comme lui étant plus avantageux. — Cass., 19 mars 1894, précité.

3213. — Dans l'espèce, les souscripteurs d'actions avaient des fonds déposés chez le banquier qui recevait les souscriptions pour la société créée en vue de prendre la maison de banque en liquidation et d'en continuer les affaires. Les fonds existaient ainsi réellement chez ce banquier et celui-ci était solvable. Les souscripteurs auraient pu opérer leurs versements en les effectuant en espèces chez ce banquier; comme ils étaient les clients de la maison de banque et y avaient leurs fonds en dépôt, ils n'avaient point à apporter de nouveaux fonds, mais simplement à faire porter ceux qui leur appartenaient au compte de la société. C'est ce qui avait été fait; la société en formation touchait ainsi les fonds en espèces et en avait la libre disposition immédiate; les prescriptions de la loi étaient donc observées. Il n'y avait pas, à ce point de vue, à se préoccuper des agissements ultérieurs de la société et de l'emploi qu'elle avait fait de ces fonds; elle les avait reçus et reçus en espèces.

3214. — Ces solutions semblent juridiques. En effet, lorsque le souscripteur et la société ont le même banquier, si le souscripteur a des fonds déposés chez ce banquier, l'opération qui consiste à débiter le souscripteur d'une somme égale au montant de son versement légal, et à créditer la société de la même somme aboutit, exactement comme un versement en numéraire, à mettre à la disposition de la société la somme dont le versement est exigé par la loi. — V. Arthuys, n. 36; Houpin, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 699. — V. cep. Thaller, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1883, p. 313, et *Dr. comm.*, n. 414.

3215. — Sans doute, des fraudes seront possibles. Ainsi, le souscripteur, après avoir versé chez le banquier la somme égale au montant du versement qu'il devrait faire, pourra se faire restituer cette somme, dès que l'opération d'écritures aura été accomplie. Ou bien, il se fera débiter d'une somme égale au montant de son versement, et fera créditer la société de pareille somme, puis, une fois la société constituée, donnera l'ordre de faire l'opération inverse qui aboutira à l'annulation de la première : il fera débiter la société et se fera créditer lui-même de ladite somme. Mais la possibilité de ces fraudes ne peut suffire à faire condamner un procédé légitime en lui-même. Les fraudes possibles dont nous venons de parler rendront le versement fictif, ce qui entraînera la nullité de la société. Ce sera aux tribunaux à juger, d'après les faits, si le virement traduit un versement réel ou un versement fictif.

3216. — b) *Système de la loi de 1893.* — S'il y avait, sous l'empire de la loi de 1867, des doutes concernant les valeurs avec lesquelles devait être opéré le versement, il ne saurait guère y en avoir depuis la loi du 1er août 1893. Et en effet, d'après cette loi, les versements préalables à la constitution de la société doivent être effectués « en espèces ». En 1893, il n'a pas été donné d'explication sur la portée de cette innovation, mais on n'a fait que reproduire une disposition votée par le Sénat en 1884. C'est donc dans les travaux préparatoires de ce projet qu'il faut chercher les intentions du législateur. Or, à cette époque, en exigeant un versement « en espèces » on se préoccupait de couper court à l'interprétation indulgente que la jurisprudence avait adoptée en matière de mode de versement. Le rapporteur reprochait notamment aux tribunaux d'accepter comme équivalant à versement, la libération au moyen de valeurs d'une réalisation immédiate et certaine, et la compensation légale. Il en résulte que le législateur a voulu exclure tout versement fait autrement qu'en numéraire ou en billets de la Banque de France. — V. Arthuys, n. 36; Bouvier-Bangillon, p. 58; Faure, p. 18; Goirand, n. 135; Houpin, n. 459; Lyon-Caen et Renault, *append.*, n. 12; Perrin, p. 5; Thaller, n. 519 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1704; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 355.

3217. — Cependant on a argué du silence du législateur en 1893, pour soutenir qu'il y avait lieu, sous l'empire de la nouvelle loi, de faire application des mêmes principes que ceux qu'avait adoptés la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1867. L'expression « versement en espèces » devrait être entendue en un sens large, et non dans le sens étroit de versement en numéraire. — Vavasseur, n. 393; Genevois, n. 8. — Il nous paraît impossible d'admettre cette opinion. D'abord le mot « espèces » a un sens non douteux qui ne permet pas d'hésiter sur la signification du texte. Ensuite, si le législateur de 1893 a dit « versement en espèces » et non « versement » tout court comme le législateur de 1867, c'est précisément pour affirmer qu'il condamnait l'interprétation large donnée par la jurisprudence au mot « versement ». Si le législateur de 1893 avait entendu maintenir la jurisprudence antérieure, il aurait gardé le silence et n'aurait pas fait au mot « versement » l'addition des mots « en espèces ». — Houpin, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — Arthuys, Rousseau, *loc. cit.*

3218. — Du principe nouveau découlent les conséquences suivantes : 1° On ne peut plus opérer le versement, depuis la loi de 1893, en valeurs d'une réalisation immédiate et certaine, telles que bons du Trésor payables à vue, chèques, coupons échus. Plusieurs auteurs estiment qu'il y a là une rigueur excessive (V. Lyon-Caen et Renault, *append.*, n. 12; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 355). Ce point de vue nous paraît inexact : que le souscripteur fasse son versement au moyen de ces valeurs, ou qu'il réalise ces valeurs d'une réalisation facile et certaine, pour opérer ensuite son versement en numéraire, c'est tout un pour lui. Pour la société, au contraire, cette combinaison présente le très-grand avantage de supprimer toute difficulté sur le point de savoir si la valeur est de réalisation facile et certaine. La meilleure démonstration en sera faite par le souscripteur en réalisant lui-même.

3219. — 2° Il est désormais impossible d'envisager la compensation légale comme opérant versement libératoire. On a toutefois contesté cette solution. « Aux termes de l'art. 1290, C. civ., a-t-on dit, la compensation légale s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, dès que les conditions s'en trouvent réunies; elle est ainsi une image du paiement en numéraire, et, par suite, elle doit en produire tous les effets. D'autre part, il serait véritablement puéril d'obliger un souscripteur à recevoir de la société ce qu'il serait forcé de lui payer immédiatement. Mieux vaut interpréter largement le nouveau paragraphe de notre article, et décider encore aujourd'hui que le versemen tpar voie de compensation doit être assimilé au versement en espèces. » (Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, sur l'art. 1, n. 97). On peut répondre, en dehors des motifs tirés des travaux préparatoires (V. *suprà*, n. 3216 et 3217), que la compensation légale ne saurait être admise, à une époque où la société n'existait pas encore comme être juridique capable de droits et d'obligations. — V. *suprà*, n. 3206.

3220. — Que faut-il penser du virement, sur lequel ni le législateur de 1893, ni le rapporteur en 1884, ne se sont expliqués? Peut-on regarder comme équivalant à versement libératoire le virement opéré dans une banque où il existe un compte courant au nom du souscripteur? Si la même personne sert de banquier à la société et au souscripteur, si le souscripteur a des fonds déposés chez le banquier, nous ne voyons aucune impossibilité à ce que le banquier débite le souscripteur d'une somme égale au montant du versement légal qu'il doit faire et crédite la société d'une même somme. Il y a là quelque chose de tout à fait équivalent à un versement en espèces. La solution, à cet égard, nous paraît devoir être la même sous l'empire de la loi de 1893 que sous l'empire de la loi de 1867. « Retirer les sommes à un guichet sur leurs comptes particuliers, pour les faire rentrer à la même caisse par un guichet différent, au compte social, serait une pure comédie ». (Thaller, n. 414). — Cass., 19 mars 1894, précité. — V. Arthuys, n. 36; Houpin, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 699, Rousseau, t. 1, n. 1704.

3221. — S'il était fait des versements en valeurs autres que de l'argent, par exemple en effets de commerce, en chèques,

en valeurs de Bourse, le versement ne serait effectué que du jour où ces valeurs auraient été encaissées, et seulement pour la somme qu'elles auraient fait rentrer dans la caisse sociale. Et si les statuts autorisaient ce mode de libération, il faudrait regarder la remise de ces valeurs comme des apports en nature. Par suite, il faudrait faire apprécier ces apports conformément à l'art. 4, L. 24 juill. 1867. — V. Arthuys, n. 36; Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 698 *bis*.

3222. — Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si les versements ont été faits conformément à la loi: ils n'encourent pas, à cet égard, la censure de la Cour de cassation. — Cass., 21 janv. 1895, De Panine et Synd. de la Soc. des laits purs de Nice, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112]

3223. — Le système du législateur de 1893 a été jugé très-rigoureux. Le souci d'éviter la fraude lui a fait interdire des modes de versement sérieux et équivalant à des versements en numéraire. Mais cette rigueur est plus théorique que pratique. Car, d'une part, s'il se pratique des fraudes pour éviter les prohibitions de la loi, ces fraudes seront le plus souvent difficiles à saisir. Et, d'autre part, il faut tenir compte de la disposition du troisième alinéa que la loi de 1893 a ajouté à l'art. 8 de la loi de 1867. D'après ce texte, la nullité dont une société est entachée au moment de sa constitution peut être couverte par la réalisation de la condition primitivement omise. Si, par exemple, le versement avait été fait, contrairement aux dispositions de la loi, en valeurs d'une réalisation immédiate et certaine, comme des coupons échus, ces coupons pourraient être transformés en numéraire par la société, et, dès lors, la nullité qui affectait d'abord la société disparaîtrait. — V. *infrà*, n. 3792 et s.

3224. — La tendance des législations récentes est dans le sens le plus rigoureux. Ainsi, le Code allemand (art. 210) veut que le versement soit fait en argent comptant, c'est-à-dire en monnaie allemande, en bons de la Caisse de l'Empire, ou en billets de banques allemandes, que la loi admet en paiement. En Italie comme en Portugal, le versement doit être fait à une caisse publique; or, comme ces caisses ne peuvent recevoir que des paiements en numéraire, il en résulte, par voie de conséquence, que le versement doit se faire en espèces. Des prescriptions analogues, ainsi que nous le verrons plus loin, figurent dans le projet français de 1903.

3° Qui doit verser et à qui on doit verser.

3225. — I. *Qui doit verser.* — La loi veut que le versement soit fait sur chaque action, et, par conséquent, au nom de chaque actionnaire. Mais elle ne dit pas par qui doit être fait le versement: à cet égard, elle ne formule aucune règle restrictive. Il faut en conclure que le versement peut être opéré non seulement par le souscripteur, mais encore par un tiers en l'acquit du souscripteur. — V. Arthuys, n. 37; Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 701; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 356.

3226. — Lorsque le souscripteur opère lui-même le versement, il n'est pas nécessaire qu'il le fasse avec des deniers lui appartenant en propre. Il peut faire le versement légal avec des sommes qu'il a empruntées ou qui lui sont parvenues par toute autre cause. — Cass., 20 nov. 1888, Congar, Thomé et consorts, [S. 91.1.12, P. 91.1.18, D. 90.1.157] — Paris, 18 mars 1887, [*J. des soc.*, 90.207]; — 17 juin 1890, [*J. des soc.*, 90.439] — V. Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 701; Rousseau, t. 1, n. 1707.

3227. — Le versement légal peut être fait par un tiers, et notamment par un banquier, agissant comme mandataire du souscripteur, et même faisant au souscripteur l'avance des fonds. — V. *suprà*, n. 3210 et s.

3228. — Cependant on a prétendu qu'il ne fallait pas regarder le versement comme libératoire lorsqu'il est fait au moyen de fonds avancés par un tiers, car il ne prouve pas la solvabilité du souscripteur. C'est une erreur, car la solvabilité du souscripteur est suffisamment démontrée par le crédit dont il jouit et qui lui a permis d'obtenir l'avance des fonds. — V., dans le sens de notre opinion, Arthuys, n. 37; Bédarride, n. 15 et s.; Boistel, n. 250; Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 701; Pont, n. 889 et s.; Vavasseur, n. 391 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 356.

3229-3233. — Le fondateur de la société peut être également chargé par le souscripteur d'effectuer le versement légal, au nom de ce souscripteur, à l'aide de sommes dont il est son débiteur, mais à condition que ces sommes existent dans sa caisse. — Paris, 28 mai 1884, Soc. anonyme des fonderies et laminoirs de Romilly, Létrange et Cie, [D. 86.2.177, et la note de M. Levillain]

3234. — Remarquons que si un tiers doit être admis à opérer le versement légal en l'acquit d'un souscripteur ce ne peut être qu'aux conditions où le versement eût été libératoire s'il avait été opéré par le souscripteur lui-même. Le versement fait par le tiers mandataire du souscripteur devra donc être effectif, et consister en espèces, dans le sens que nous avons antérieurement précisé.

3235. — II. *A qui on doit verser.* — La loi ne dit pas plus à qui il faut faire le versement qu'elle ne dit par qui il doit être opéré. On a parfois prétendu qu'il devait être fait à la société; c'est une erreur; car la société n'existe point encore, n'étant pas constituée avant le versement légal; elle ne peut donc recevoir aucun paiement. Il semble normal que le versement soit effectué entre les mains du ou des fondateurs, ou de l'un d'entre eux, ou d'un administrateur désigné par les statuts. — Trib. Seine, 19 mars 1888, [*Rev. des soc.*, 88.331] — Mais il doit pouvoir être effectué en d'autres mains. — Arthuys, n. 38; Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 701.

3236. — Et comme on ne saurait obliger les souscripteurs à se présenter à la caisse sociale pour y opérer leurs versements, il faut décider que les fondateurs pourraient désigner comme mandataire, chargé de recevoir les versements, un banquier. Spécialement, le fait de la désignation par les fondateurs d'une société anonyme, d'une maison de banque chargée de recevoir et de garder le montant du versement du premier quart sur les actions de cette société, et le fait par la maison de banque, en qualité de dépositaire, d'avoir conservé dans sa caisse, où ils sont la propriété de la société en formation, les fonds ainsi versés, jusqu'à la constitution définitive de la société, n'ont rien d'incompatible avec les prescriptions de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés. — Cass., 29 juin 1887, Fornier, [S. 89.1.37, P. 89.1.60, D. 88.1.270] — V. Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 359.

3237. — D'ailleurs, on pourrait aussi choisir comme mandataire chargé de recevoir les versements, un notaire ou toute autre personne détenant les fonds pour le compte de la société en voie de formation. — Lyon, 25 avr. 1885, [*Rev. des soc.*, 86.376] — V. Genevois, n. 7; Houpin, t. 1, n. 459; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 701.

3238. — III. *Droit étranger. Projet de 1903.* — Certaines législations étrangères, préoccupées d'assurer le caractère sérieux du versement, veulent qu'il soit opéré dans une caisse publique. Telle est la prescription édictée par le Code italien (art. 133), le Code roumain (art. 134), le Code portugais (art. 162-3°). Le Code italien et le Code portugais exigent que les sommes versées ne soient remises qu'aux administrateurs qui seront nommés; les fondateurs ne peuvent en retirer aucune partie. Au cas où la constitution de la société ne pourrait arriver à bonne fin, les sommes versées seraient remboursées aux souscripteurs. En France, on avait préconisé ce mode de versement dans une caisse publique, avec la pensée de prévenir les fraudes si nombreuses en matière de versement. Cette idée avait été rejetée lors de la discussion du projet de 1884, par le motif qu'une telle disposition n'empêcherait pas les fraudes. Elle a été reprise par la commission extra-parlementaire. Aux termes du projet de 1903, les fonds doivent être déposés à la Banque de France, à la Caisse des dépôts et consignations, ou au Crédit foncier et retirés sous la signature des gérants.

4° Époque et [illegible] du versement.

3239. — A quelle époque doit se faire le versement, et que deviennent les sommes versées, depuis le versement jusqu'à la constitution définitive de la société? Ces sommes ne doivent-elles pas, durant toute cette phase intermédiaire plus ou moins longue, être tenues à la disposition de la société?

3240. — I. *Époque du versement.* — D'habitude, le versement se fait, soit au moment de la souscription, soit au moment de la répartition. Il est alors constaté par un reçu, par un certificat provisoire d'action. Mais ce n'est pas obligatoire, car aux termes du 2e al. de l'art. 1, combiné avec l'art. 7 de la loi de 1867, le versement doit être effectué, à peine de nullité, avant la constitution définitive de la société. Pour que la société soit valablement constituée, il suffit donc que le versement ait lieu avant la constitution définitive, le moindre retard dans le versement em-

portant d'ailleurs nullité. — Lyon, 12 mars 1885, Savary, Ziélinski et autres, [S. 86.2.136, P. 86.1.1245, D. 85.2.113]

3241. — Mais quand la société doit-elle être considérée comme définitivement constituée? Cette question présentait un grand intérêt sous l'empire de la loi de 1867, car, d'après l'interprétation que la jurisprudence donnait à l'art. 8, la nullité qui affectait la société pour défaut de versement dans le délai légal était perpétuelle, et ne pouvait pas être couverte par des versements ultérieurs. — Cass., 17 déc. 1894, De Goldschmidt, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.101] — Lyon, 9 févr. 1883, Savary et autres, [D. 83.2 113] — Alauzet, n. 447; Boistel, n. 178; Houpin, t. 1, n. 379; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 697; Pont, n. 891.

3242. — L'intérêt n'est plus le même sous l'empire de la loi de 1893. En effet, d'après le 3e paragraphe ajouté, en 1893, à l'art. 8 de la loi de 1867, l'action en nullité contre une société n'est plus recevable, lorsque la nullité a été réparée avant l'introduction de la demande. Par conséquent, aujourd'hui, l'action en nullité intentée contre une société pour défaut de versement dans le délai légal, peut être couverte par le fait de versements ultérieurs, pourvu que ces versements soient opérés avant que l'action en nullité soit intentée. — V. *infrà*, n. 3792 et s.

3243. — Mais il y a sous l'empire de la loi de 1893, un autre intérêt à savoir si les versements ont été faits avant la constitution définitive de la société : cet intérêt concerne la responsabilité des fondateurs et premiers administrateurs de la société. En effet, pour que la responsabilité encourue par eux, à raison de la nullité de la société, soit couverte, il ne suffit pas que l'action en nullité elle-même ne soit plus recevable, il faut encore qu'un délai de trois ans se soit écoulé depuis le jour où la nullité a été encourue. Il importe donc, à cet égard, de rechercher à quel moment les souscriptions et versements doivent être effectués pour savoir si une irrégularité susceptible d'entraîner la nullité a été commise, et si par conséquent la responsabilité des fondateurs et premiers administrateurs s'est trouvée engagée.

3244. — A ce point de vue, la jurisprudence distingue entre les sociétés en commandite par actions, et les sociétés anonymes. En ce qui concerne les sociétés en commandite par actions, elle décide que leur constitution définitive date de la déclaration notariée des souscriptions et des versements, prescrite par l'art. 1 de la loi de 1867. Les versements doivent donc être faits avant cette déclaration; sinon, la société est entachée de nullité.

3245. — Toutefois, lorsqu'il y a lieu de vérifier et approuver des apports en nature et des avantages particuliers, la société ne peut être constituée définitivement qu'après la vérification de ces apports et avantages par l'assemblée générale des actionnaires, réunie deux fois à cet effet. Il faut donc décider, en ce cas, qu'il suffit que les versements soient opérés avant la seconde réunion de l'assemblée générale des actionnaires. — V. *infrà*, n. 3390 et s.

3246. — En ce qui concerne les sociétés *anonymes*, il y a controverse. Une première opinion, appliquant aux sociétés anonymes la même règle qu'aux sociétés en commandite, enseigne que le versement du quart doit nécessairement précéder la déclaration notariée. — V. en ce sens, note au *Journal des sociétés*, 1884, p. 273; Rousseau, *Manuel prat.*, n. 424; Houpin, t. 1, n. 379.

3247. — En faveur de ce système, on invoque le texte de l'art. 1 de la loi de 1867. Non seulement, d'après cette disposition, le versement doit être constaté par la déclaration notariée, mais l'état des versements doit être annexé à l'acte notarié; il faut donc bien, pour se conformer aux prescriptions de la loi, que le versement soit antérieur à la déclaration notariée, et ce à peine de nullité, puisque l'art. 7 attache cette sanction à l'inobservation des prescriptions de l'art. 1. Au surplus, si l'on n'exigeait pas le versement préalable à la déclaration notariée, on méconnaîtrait le but que le législateur a eu en vue, de garantir la sincérité de la souscription du capital social et du versement du quart par la solennité d'un acte notarié.

3248. — Mais la jurisprudence admet, au contraire, que les versements peuvent être faits postérieurement à cette date, et notamment qu'ils ne peuvent entraîner la nullité de la société lorsqu'ils sont effectués avant la réunion de l'assemblée constitutive chargée de vérifier l'exactitude de la déclaration. — Trib. Seine, 16 mai 1887, [*J. des soc.*, 88.206]

3249. — La jurisprudence décide même que les versements sont faits valablement, pourvu qu'ils soient effectués avant l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs et commissaires de surveillance, sauf à rectifier la déclaration notariée par l'énonciation des versements faits postérieurement. — Lyon, 11 août 1882, Dallemayne, Jacquinot, Grégori et autres, [S. et P. 96.2.213, *ad notam*, D. 83.2.121]; — 14 juin 1895, Audisio, Marchèse et autres, [S. et P. 96.2.213] — V. Boistel, n. 250; Lyon-Caen et Renault, n. 723; Mathieu et Bourguignat, n. 187; Pont, n. 1066; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 96 *bis;* Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, sur l'art. 1, n. 116.

3250. — Nous trouvons de cette jurisprudence une justification très-nette dans les conclusions de M. l'avocat général Baudoin sur l'arrêt de Lyon (11 août 1882, précité) : — « Sans doute, disait-il, à ne jeter qu'un coup d'œil superficiel sur l'art. 1, il semble que le versement doit précéder nécessairement la déclaration; celle-ci a pour but de le constater, et l'on doit y examiner l'état des souscriptions et l'état des versements. Il est donc incontestablement plus correct que le versement la précède. Mais est-ce à dire que toute irrégularité de ce chef entraînera la nullité de la société, alors même qu'elle aura été corrigée dans l'intervalle qui sépare la déclaration de la constitution de la société? La loi ne le dit pas ; elle paraît même dire le contraire, et ses termes indiquent nettement que le moment décisif est celui de la constitution de la société. C'est celle-ci que le législateur considère : « Art. 1er. La société ne peut être définitivement constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement du quart », et, dans l'art. 7, c'est à la constitution illégale qu'est attachée la peine de la nullité. Or, à quel moment s'opère la constitution de la société? Est-ce lors de la déclaration notariée? Non; l'art. 25 porte, en effet, que « la société (anonyme) est constituée à partir de l'acceptation des administrateurs nommés par la première assemblée générale ». Jusqu'à ce moment, la société n'est qu'en projet, la nullité ne peut l'atteindre. Sera-t-elle donc encourue si le versement, incomplet pendant la période de préparation, est effectué le jour de l'assemblée constitutive? Le bon sens proteste. Ce que la loi a voulu, c'est que, dès sa naissance, la société ne se trouvât pas aux prises avec des difficultés d'argent, qu'elle eût un fonds de roulement sérieux...; c'est fort sage. Mais faut-il aller au delà? Faut-il annuler une société qui, par exemple, ne se constitue que plusieurs mois après la déclaration notariée, sous prétexte que celle-ci a inexactement constaté un versement complet si, dans l'intervalle, l'irrégularité a disparu, et si, par suite, la société qui, jusqu'à ce jour, n'a pas vécu, a désormais tous ses organes? Ce serait évidemment exagérer la rigueur légale, ce serait oublier que, si le législateur s'est montré rigoureux pour les sociétés, il n'a pas entendu les décourager. Et c'est précisément parce que tel est son esprit, tel est le but qu'il veut atteindre, qu'à côté de la déclaration prescrite, il organise un contrôle : « Art. 24. La déclaration (de souscription et de versement) est soumise, avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale, qui en vérifie la sincérité ». Le pouvoir de contrôle n'entraîne-t-il pas le pouvoir de corriger l'erreur relevée, de réparer l'omission commise?... C'est donc au jour de l'assemblée constitutive qu'il faut se placer pour apprécier si la condition légale a été observée ».

3251. — En fait, avons-nous dit, le versement a souvent lieu en même temps que la souscription. Il a alors cet inconvénient qu'au cas où la société ne pourrait pas arriver à se constituer, il faudrait rembourser les versements effectués par les souscripteurs. Pourtant cette pratique nous paraît préférable. Car lorsque le versement a lieu postérieurement à la souscription, si le souscripteur ne versait pas, les fondateurs devraient intenter des poursuites, demander la résolution du contrat de souscription, et se mettre en quête d'un autre souscripteur pour obéir à la règle de la souscription intégrale. C'est là un gros inconvénient. Il est vrai qu'il peut être atténué par l'insertion dans les statuts d'une clause en vertu de laquelle la souscription sera résolue de plein droit si le souscripteur n'a pas opéré son versement dans un délai déterminé à dater d'une mise en demeure. Mais il n'en reste pas moins vrai que les fondateurs doivent chercher un autre souscripteur. Le mieux paraît donc d'exiger le versement au moment même de la souscription. — V. Arthuys, n. 38; Houpin, t. 1, n. 461; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 697; Vavasseur, n. 370 à 372.

3252. — Au cas où le versement légal est du quart, il peut

y avoir lieu de compléter plus tard le versement du complément, c'est-à-dire des trois quarts. A quelle époque doivent être faits ces versements ultérieurs? Ce sont ordinairement les statuts qui déterminent ces époques en toute liberté ; tantôt ils indiquent un seul terme pour le versement du complément, tantôt ils indiquent des échéances échelonnées. Dans le silence des statuts, il appartiendrait aux administrateurs ou aux assemblées générales d'actionnaires, suivant les cas, d'appeler les versements complémentaires, au fur et à mesure des besoins de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 704; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 365.

3253. - II. *Maintien du versement.* — Que deviennent, jusqu'au jour de la constitution définitive de la société, les sommes provenant des versements légaux? Doivent-elles demeurer indisponibles jusque-là, ou bien, les fondateurs peuvent-ils en disposer aussitôt, par exemple, pour rémunérer des services rendus, pour payer les frais de publicité, d'impression, les commissions dues aux banquiers, etc.? A cette question, il a été donné deux réponses contraires. Les uns prétendent que les fondateurs peuvent, dès maintenant, disposer des fonds pour rémunérer les services rendus. En effet, dit-on, quel est le but de la loi, quand elle exige le versement du quart, ou le versement intégral? C'est de constater la solvabilité des souscripteurs, c'est d'écarter les actionnaires non sérieux, les coureurs de primes, beaucoup plus que de mettre à la disposition de la société un certain capital. Or le but de la loi est atteint dès que le versement est effectué. Qu'importe, à cet égard, que postérieurement au versement, le capital versé ait été dépensé en partie? La loi n'exige pas un dépôt conservatoire des fonds. D'ailleurs, ajoute-t-on, que les sommes légitimement dues soient payées avant la constitution de la société, ou immédiatement après, cela ne change rien au capital dont disposera la société, car cela n'altère ni le montant du capital social, ni la réalité des versements.

3254. — On en conclut que les prélèvements faits sur le capital social avant la constitution définitive de la société n'entachent pas la société de nullité, et que les fondateurs ont le libre usage du capital social aussitôt après le versement. — Paris, 1er août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.10]; — 2 mars 1889, [*J. des soc.*, 90.206] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 460; Arthuys, n. 39; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 700; Thaller, n. 413; Vavasseur, n. 379 *ter*; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 361.

3255. — Il nous paraît plus juridique de décider, avec la Cour suprême, que les fonds provenant de versements doivent demeurer indisponibles, soit jusqu'au jour où l'assemblée générale est appelée à en faire la vérification. — Trib. Seine, 20 sept. 1884, [*Rev. des soc.*, 84.688], ... soit, plus exactement, jusqu'au jour de la constitution définitive de la société. — Cass., 17 juill. 1885, Bouchet, Poulet, Flavien, Japy et Daniault, [S. 87.1.286, P. 87.1.669, D. 86.1.273]; — 2 mai 1887, Lefebvre et autres, [S. 87.1.318, P. 87.1.770, D. 87.1.198] — Lyon, 11 août 1882, précité. — Paris, 16 juill. 1885, Aguel et autres, [D. 86.2.205]; — 9 août 1895, [*J. des soc.*, 96.370] — Trib. Seine, 2 janv. 1899, [*J. des soc.*, 99.221] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 460; Goirand, n. 136; Rousseau, t. 1, n. 1699.

3256. — On fait remarquer, dans le sens de ce second système, qu'il ne saurait y avoir lieu de payer les dettes d'une société qui n'a pas encore d'existence légale; que, d'ailleurs, les fondateurs n'ont pas pour mission d'employer les fonds, surtout quand ces fonds sont exposés à être remboursés aux souscripteurs dans le cas où la constitution de la société échouerait. Au surplus, ajoute-t-on, la condition du versement légal ne serait plus remplie si la société, au jour de sa constitution définitive, ne disposait pas de tous les fonds qui proviennent des versements.

3257. — C'est ainsi, en particulier, qu'avant la constitution définitive de la société, le banquier chargé de recueillir les souscriptions ne saurait prélever sa commission sur les fonds provenant des versements, et que, d'une manière générale, les fondateurs ne sauraient disposer de ces fonds. — Arrêts précités (motifs).

3258. — ... A moins que ces fonds recueillis ne représentent plus du quart, auquel cas le banquier pourrait sur les sommes encaissées prélever sa commission, pourvu qu'il laisse en caisse une somme correspondant au moins au quart légal. — Orléans, 5 févr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.307]

3259. — Remarquons toutefois que, d'après l'art. 3, L. 1er août 1893, la nullité pourrait être réparée avant l'introduction de la demande en nullité. Il suffirait, pour cela, qu'avant l'introduction de la demande, les administrateurs aient régularisé l'emploi irrégulier des fonds, en les autorisant. — V. *infra*, n. 3792 et s.

3260. — Que faudrait-il décider au cas où les fonds provenant des versements viendraient à périr avant la constitution définitive de la société, par exemple si le banquier chez qui ils étaient déposés venait à faire faillite? Les uns décident que la perte serait pour la société. Ils considèrent que le lien social est formé entre les associés, soit du jour de la souscription, soit au moins du jour de la déclaration notariée. Dès ce moment, disent-ils, les fonds versés deviennent la propriété de la société, et, par application de l'axiome *res perit domino*, les fonds seront perdus pour la société. — V. Goirand, n. 201.

3261. — Il est difficile d'admettre cette solution. En effet, s'il se forme un lien de droit entre les fondateurs et les souscripteurs par l'effet de la souscription, ce lien de droit est subordonné à la condition que la société se constitue définitivement. Or, elle n'est pas constituée par le fait de la souscription, ni par le fait de la déclaration notariée. Elle ne peut être constituée, sans aucun effet rétroactif d'ailleurs, que par l'accomplissement de toutes les formalités auxquelles la loi subordonne cette constitution. Jusque-là, les fonds versés demeurent la propriété des souscripteurs. Si donc ces fonds se perdent, la société ne peut plus se constituer faute de l'accomplissement de la condition du versement légal, et le risque étant à la charge du propriétaire, c'est pour les souscripteurs et non pour la société que sera la perte. — Houpin, t. 1, n. 462.

3262. — La perte ne pourrait être mise à la charge des fondateurs qu'autant que ceux-ci auraient, en choisissant un banquier suspect, commis une faute susceptible d'engager leur responsabilité dans les termes du droit commun (C. civ., art. 1927 et s.). Ces risques disparaîtraient si les fonds étaient déposés dans une caisse publique ou soumise au contrôle de l'Etat (Banque de France, Crédit foncier), comme l'exige le projet de 1903.

3263. — Pour ce qui concerne le versement en cas d'augmentation du capital social, V. *infrà*, n. 5476 et s. Pour ce qui concerne le rachat par la société de ses propres actions, V. *infrà*, n. 4629 et s.

§ 4. *De la déclaration notariée.*

3264. — Il ne suffit pas qu'il y ait eu souscription intégrale et que les versements légaux aient été effectués. En effet, l'art. 1, L. 24 juill. 1867, ajoute dans ses §§ 3 et 4 : « Cette souscription et ces versements seront constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié. A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société, s'il est sous seing privé, et une expédition, s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration ». Il importe tout d'abord de faire une observation sur ce texte. Le législateur de 1893 a laissé subsister le texte de 1867, qui vise le versement du quart, seul exigé par cette loi. Cependant il est certain que la déclaration notariée est aussi exigée lorsque le versement doit être intégral. Quoique cela ne soit pas douteux, le législateur eût mieux fait d'introduire dans le texte la modification que comportait la réforme réalisée, et d'exiger aussi la déclaration notariée en cas de versement intégral prévu par la loi de 1893. — Arthuys, p. 46, note 1; Lyon-Caen et Renault, append., n. 10.

3265. — Le but de la loi, en exigeant la déclaration notariée et les pièces qui doivent y être annexées, a été d'assurer l'observation de ses prescriptions concernant la souscription intégrale et le versement légal. Le législateur a pensé, à tort ou à raison, que les fondateurs hésiteraient à dissimuler la vérité devant un notaire, que celui-ci rappellerait aux déclarants les sanctions qui atteignent une déclaration frauduleuse, et leur indiquerait les omissions qu'ils auraient pu faire, en même temps que les moyens de les réparer.

3266. — Dans ce but, la loi exige donc : 1° qu'il soit fait une déclaration par-devant notaire de la souscription de la totalité du capital social et du versement légal sur chaque action; 2° qu'il soit annexé à cette déclaration : *a*) la liste des souscripteurs et l'état des versements; *b*) un exemplaire de l'acte de société, s'il est sous seing privé, ou une expédition s'il est notarié et a été reçu par un autre notaire que celui à qui est faite la déclaration.

1° *Déclaration notariée.*

3267. — Quatre questions se posent au sujet de la déclaration notariée : 1° par qui doit être faite cette déclaration? 2° en quelle forme doit-elle se produire? 3° quand doit-elle intervenir? 4° par qui et comment la déclaration notariée est-elle vérifiée? — Sur cette dernière question, V. *infrà*, n. 3575 et s., 3677 et s.

3268. — I. *Qui doit faire la déclaration notariée?* — Aux termes des art. 1 et 24 de la loi de 1867, la déclaration notariée doit être faite par le gérant dans les commandites par actions et par les fondateurs dans les sociétés anonymes. Que la déclaration doive être faite par le gérant dans les sociétés en commandite, c'est chose naturelle, car dans les commandites c'est aux commandités qu'est dévolue l'administration.

3269. — Dans les sociétés anonymes, la déclaration doit émaner des *fondateurs* (L. 24 juill. 1867, art. 24). En effet, elle ne saurait être faite par les premiers administrateurs, car ils ne peuvent être nommés par l'assemblée constitutive, qu'une fois la déclaration faite, la déclaration notariée faisant partie des conditions exigées pour la constitution de la société.

3270. — D'ailleurs, il n'est pas nécessaire que la déclaration émane de tous les fondateurs, elle peut être faite valablement par quelques-uns d'entre eux, ou même par l'un d'entre eux agissant au nom de tous. — Paris, 1er août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.10] — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 368. — V. cependant en sens contraire, Alger, 19 juin 1895, [*J. des soc.*, 97.53] — Houpin, t. 1, n. 466, et *J. des soc.*, 84, p. 38 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 706.

3271. — En tout cas, la déclaration ne serait pas valable si elle était faite par un prête-nom. — Trib. Seine, 13 juill. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.629]

3272. — Que faut-il entendre exactement par *fondateurs?* La question présente un double intérêt : 1° si la déclaration est faite par une autre personne, elle ne sera pas valable, et, de ce fait, la constitution de la société sera entachée de nullité; 2° les fondateurs encourent la responsabilité édictée par l'art. 42 de la loi de 1867, à raison de l'annulation de la société.

3273. — Nulle part, la loi ne définit cette expression « les fondateurs ». Mais dans les travaux préparatoires, il a été donné des explications, desquelles il résulte qu'il faut regarder comme fondateurs chargés de faire la déclaration notariée, ceux qui ont entrepris de constituer la société, qui ont signé ou rédigé les statuts, qui se sont occupés de provoquer les souscriptions, qui ont convoqué les assemblées constitutives, en un mot, ceux qui, en fait, ont joué dans la constitution de la société un rôle capital. Il importe peu qu'ils aient joué ce rôle par eux-mêmes, par mandataires, ou comme prête-noms; ils demeurent fondateurs, et peuvent valablement faire la déclaration notariée. — Cass., 19 oct. 1886, Brouillat, [S. 86.1.472, P. 86.1.1160, D. 87.1.345]; — 9 avr. 1888, Dayras et Fessard, [S. 88.1.207, P. 88.1.596, D. 89.1.245] — Aix, 13 août 1860, Lhuillier, [S. 61.2.147, P. 61.746, D. 60.2.223] — Paris, 28 mai 1869, Synd. de la Soc. des créd. généraux de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335]; — 13 janv. 1882, [*Rev. des soc.*, 83.89] — Poitiers, 24 févr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.265] — Lyon, 14 juin 1895, [*J. des soc.*, 95.499] — Douai, 15 avr. 1897, [*J. des soc.*, 98.26]; et une liste d'arrêts cités par Houpin, p. 398, note 2. — V. Arthuys, n. 50; Bonfils, *Rev. crit.*, 1889, p. 370; Houpin, t. 1, n. 466; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 793; Percerou, *Des fonds de soc. anon.*, p. 10 et s.; Pont, n. 1127 et 1291; Vavasseur, n. 831; Rousseau, t. 1, n. 1769.

3274. — Pour être considéré comme fondateur, il faut donc avoir pris une part active à la constitution de la société. Ne faut-il pas, en outre, avoir la qualité d'actionnaire? Le plus souvent il en sera ainsi, les fondateurs de la société en seront en même temps actionnaires. Mais la question est de savoir si ce qui se passe en fait est aussi exigible en droit. Il semble bien que ce soit le vœu du législateur, car ce vœu a été exprimé dans l'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863, à laquelle notre disposition a été empruntée. La logique, du reste, semble l'exiger. Cependant, comme aucun texte ne parle de cette condition, il ne paraît pas possible de l'imposer. Si donc la déclaration notariée émanait d'un fondateur qui ne fût pas en même temps souscripteur, la société ne serait pas entachée de nullité. C'est ce que décide la jurisprudence. — Paris, 13 janv. 1882, [*Rev. des soc.*, 83.89]; — 3 févr. 1891, [*J. des soc.*, 91.402] — Arthuys, n. 50; Houpin, t. 5, n. 466. — V. aussi, Pont, n. 1127; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 793.

3275. — D'ailleurs, la question de savoir si l'on se trouve en présence d'un fondateur est une question de fait, laissée à la libre appréciation des tribunaux, qui ne sauraient, de ce chef, encourir la censure de la Cour de cassation. — Cass., 9 avr. 1888, précité.

3276. — Habituellement, les apporteurs en nature sont aussi fondateurs de la société. Cependant il peut arriver que les apporteurs en nature ne participent en rien à la formation de la société. Aussi ne faut-il pas les considérer comme pouvant faire valablement la déclaration en leur seule qualité d'apporteurs en nature. Pour qu'ils puissent la faire régulièrement, il faut qu'ils soient vraiment des fondateurs au sens que nous avons indiqué. — V. Houpin, t. 1, n. 466.

3277. — II. *En quelle forme doit être faite la déclaration?* — En principe, la déclaration doit être faite en la forme authentique. Nous avons à nous demander à ce sujet : *a*) quelle responsabilité encourt le notaire dans l'accomplissement de son office? *b*) si la déclaration notariée est nécessaire, même pour les actions d'apport et les actions mixtes.

3278. — a) *Authenticité de la déclaration.* — La déclaration doit être faite par acte notarié, nous avons dit pourquoi (V. *suprà*, n. 3265). — V. Beslay et Lauras, n. 169; Houpin, t. 1, n. 467; Lyon-Caen et Renault, n. 706; Mathieu et Bourguignat, n. 18; Pont, n. 1129; Arthuys, n. 51. — Il faut remarquer que la nécessité de recourir à un notaire pour la déclaration diminue sensiblement la portée de la faculté d'option laissée aux fondateurs entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique, puisque, de toute manière, ils sont tenus de recourir à l'intervention d'un notaire. — V. *suprà*, n. 2883.

3279. — Pour le choix du notaire devant lequel se fera la déclaration, il importe de tenir compte de l'art. 8 de la loi de ventôse an XI. Les règles que nous avons posées *suprà*, n. 2899 et s., en ce qui concerne l'acte de constitution d'une société s'appliquent à la déclaration notariée.

3280. — Et, la formalité de la déclaration notariée de souscription du capital social et de versements étant prescrite à peine de nullité pour la régularité de la constitution de la société (L. 24 juill. 1867, art. 1 et 7), il s'ensuit que la nullité de la déclaration notariée en tant qu'acte authentique, comme reçue par un notaire qui y est personnellement intéressé, entraîne la nullité de la société elle-même. — Cass., 11 déc. 1888, [*Rev. des soc.*, 89.119; *J. not.*, art. 24159]

3281. — Cependant il a été jugé que la déclaration ne serait pas nulle si le notaire devant qui elle est passée avait souscrit par un prête-nom, et si la société ignorait en fait cette circonstance. — Toulouse, 18 janv. 1887, Durban, [D. 87.2.131] — V. *suprà*, n. 2900.

3282. — Quelle est la valeur probante des énonciations constatant la souscription et le versement légal? Il a été jugé qu'étant contenues dans une déclaration notariée, c'est-à-dire dans un acte authentique, ces énonciations ne peuvent être attaquées que par la voie de l'inscription de faux, et ne peuvent être infirmées par la production de lettres sans date certaine, desquelles il résulterait que plusieurs actionnaires auraient souscrit à une date postérieure à celle indiquée par la déclaration notariée. — Lyon, 14 juin 1895, Audisio, Marchèse et autres, [S. et P. 96.2.213]

3283. — Cette solution est très-contestable, et semble peu en harmonie avec les règles admises en ce qui concerne la foi due aux actes authentiques. En effet, c'est un point certain en jurisprudence que, si l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de l'existence matérielle des faits que l'officier ministériel y a énoncés comme les ayant accomplis par lui-même ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions, il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire de la sincérité des conventions qu'il relate et des déclarations des parties. — V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. 283 et s.

3284. — Conformément à ce principe, nous estimons que, le notaire n'ayant pas à contrôler les déclarations qu'il reçoit (V. *infrà*, n. 3289), on peut contester la sincérité des déclarations faites devant le notaire sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure de l'inscription de faux. — Paris, 5 déc. 1881, [J. *Le Droit*, 2 et 3 janv. 1882] — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 369; Houpin, t. 1, n. 467.

3285. — La loi de 1867 exigeant que la déclaration des souscriptions et des versements soit faite par acte notarié, il s'ensuit

que si la déclaration notariée était nulle en tant qu'acte notarié, elle ne saurait valoir comme acte sous seing privé, car la loi attache la sanction de la nullité au défaut d'authenticité de notre déclaration. Et dans ce cas, le notaire serait responsable, vis-à-vis des actionnaires et des tiers, de la nullité de l'acte. — V. Houpin, t. 1, n. 441. — V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 2032 et s.

3286. — Le gérant d'une société en commandite, ou les fondateurs d'une société anonyme, chargés de faire la déclaration notariée, peuvent donner mandat à l'un d'entre eux ou à un tiers de faire ladite déclaration. Mais comme cette déclaration ne peut être faite que par acte authentique, il faut en conclure que le mandat donné à l'effet d'accomplir la formalité de la déclaration doit être contenu lui-même dans un acte authentique. En effet, il est de principe que le mandat doit obéir aux mêmes formes que l'acte pour lequel il est donné. C'est ce qu'admet la jurisprudence en matière d'hypothèque, par exemple. Donc on ne saurait donner mandat, par acte sous seing privé, de faire la déclaration notariée; en pareil cas, le mandat serait nul, et, par suite, nulle aussi serait la déclaration, et, par voie de conséquence, la constitution de la société (V. Houpin, t. 1, n. 467; Arthuys, p. 47, note 3; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, L. de 1867, art. 1, n. 118; Rousseau, t. 1, n. 1771). La règle contraire, énoncée par l'art. 69 nouveau (loi de 1893), se référant à l'hypothèse spéciale de la constitution d'une hypothèque sur les immeubles de la société, a le caractère d'une disposition de faveur et ne saurait être invoquée.

3287. — La déclaration doit toujours être contenue dans un acte notarié. Mais faut-il un acte notarié spécial et distinct dans tous les cas? Il est certain qu'il faut un acte notarié spécial et distinct pour la déclaration dans deux cas : 1° lorsque les statuts ont été rédigés par acte sous seing privé; 2° lorsque, ayant été rédigés par acte authentique, ils ont été dressés avant la souscription et le versement. Mais faut-il un acte de déclaration séparé et distinct, lorsque le capital est souscrit, le versement légal effectué en même temps que la déclaration? Nous ne le pensons pas, car ce serait une exigence inutile, toutes les énonciations exigées pouvant être renfermées dans l'acte même de société, et, par suite, le but de la loi se trouvant rempli par la rédaction d'un seul acte. — Trib. Seine, 20 oct. 1881, [*Rev. des soc.*, 83.592] — Arthuys, n. 52; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 121; Houpin, t. 1, n. 470; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 724; Vavasseur, n. 401.

3288. — L'acte notarié doit être enregistré dans le délai de six jours prescrit par l'art. 20 de la loi de frimaire an VII; et il est perçu sur le capital social le droit de 0,20 p. 0/0 établi par l'art. 19, L. 28 avr. 1893; mais ces droits ne sont exigibles qu'autant que la société parviendra à se constituer définitivement et qu'à partir de sa constitution définitive.

3289. — b) *Responsabilité du notaire.* — Le notaire n'a qu'à recevoir la déclaration faite par le gérant de la société en commandite, ou par les fondateurs de la société anonyme, il n'a pas à en vérifier la sincérité; c'est à la première assemblée générale qu'il appartient de faire cette vérification, dans les conditions de l'art. 30 de la loi de 1867 (V. Arthuys, n. 51; Cohendy et Darras, *op. cit.*, art. 24, n. 3; Houpin, t. 1, n. 441 et 467; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 706). En effet, les énonciations contenues dans la déclaration sont l'œuvre des déclarants et non l'œuvre personnelle du notaire. Aussi celui-ci ne saurait-il encourir, en principe, aucune responsabilité à raison des inexactitudes contenues dans les énonciations de la déclaration, ou de la liste annexée à la déclaration. — Trib. Seine, 2 janv. 1896, [*J. des soc.*, 96.125; *Rev. des soc.*, 96.180]

3290. — Cependant, il ne faut pas exagérer la portée du principe. Sans nul doute, le notaire n'est pas obligé de faire une enquête sur le point de savoir si les déclarations qui lui sont apportées sont exactes; mais s'il est à sa connaissance, ou s'il est à présumer d'après les circonstances, que les déclarations à lui faites sont inexactes et frauduleuses, il doit refuser son ministère, sous peine d'engager sa responsabilité (V. Arthuys, n. 51; Houpin (*J. des soc.*, 96.272). — Ainsi en est-il lorsque les souscriptions déclarées sont évidemment fictives (V. *supra*, n. 3080 et s.). Evidemment, sa responsabilité serait à plus forte raison engagée, s'il était complice de fraudes contenues dans la déclaration. Mais il ne saurait être rendu responsable de l'évaluation exagérée des apports en nature, ni de la stipulation d'avantages particuliers excessifs, car ces fautes n'émanent pas de lui.

3291. — Cette absence de responsabilité du notaire, en dehors d'une faute caractérisée, fait ressortir le caractère illusoire de la garantie résultant de l'intervention du notaire. Aussi le projet de 1903 remplace-t-il la déclaration notariée par une déclaration directe au greffe, avec dépôt de la liste nominative des souscripteurs.

3292. — III. *Actions d'apport et actions mixtes?* — Jusqu'ici, en parlant de la déclaration notariée, nous avons supposé qu'il s'agissait d'actions de numéraire. Mais que décider lorsqu'il s'agit d'actions d'apport, et que le capital est exclusivement formé par des apports en nature? Une déclaration notariée est-elle nécessaire? Nous ne le pensons pas; car il ne saurait y avoir de souscription dans ce cas, et les actions sont de telle sorte qu'elles sont nécessairement libérées sans qu'il y ait de versement à faire. Sur quoi porterait en pareil cas la déclaration de souscription et de versement? La formalité nous paraît donc inutile et même impossible à remplir. — Cass., 26 avr. 1880, Soc. d'ass. *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.1.5] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 464. — *Contrà*, Arthuys, n. 55.

3293. — Mais s'il s'agit d'actions mixtes (V. *suprà*, n. 3155 et s.), il n'en est plus de même. Néanmoins, on a soutenu qu'alors la déclaration notariée n'était pas nécessaire. La déclaration notariée, a-t-on dit, n'est prescrite que par l'art. 1 de la loi de 1867, qui ne vise que les actions de numéraire. Quant aux actions mixtes d'apport, ce sont les art. 3 et 4 de la même loi qui les régissent, et ces articles ne prescrivent pas la déclaration notariée. Donc, on ne saurait regarder comme entachée de nullité une société où les actions mixtes n'auraient pas été l'objet d'une déclaration notariée de versement. — Bouvier-Bangillon, p. 57.

3294. — Nous ne saurions accepter cette opinion. En effet, ce que la loi exige, sans contestation possible, c'est que la déclaration notariée constate tous les versements faits en espèces avant la constitution définitive de la société; car les motifs de la loi qui font exiger la déclaration de versement subsistent en pareil cas. — Arthuys, n. 55; Houpin, t. 1, n. 464; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 706. — Aussi a-t-il été jugé que la nullité d'une société anonyme est à bon droit prononcée, à la requête des créanciers d'un actionnaire failli, quand, des contestations souveraines des juges du fond, il résulte : 1° que la société, formée exclusivement, d'après ses statuts apparents, sur la base d'apports en nature entre les auteurs de ces apports, les recevait à la charge d'un passif non déclaré, auquel il était subvenu par la création d'un capital-argent, mis en souscription; 2° qu'il n'y a eu ni déclaration devant notaire de la souscription des titres afférents à ce capital et du versement du quart de leur valeur, ni dépôt de l'acte notarié constatant ladite déclaration. — Cass., 9 nov. 1887, (motifs) Raffart et Vathier, [S. 88.1.449, P. 88.1.114, et la note de M. Labbé, D. 88.1.202]; — 19 juill. 1893, Comp. gén. des phosphates et des engrais, [S. et P. 94.1.261, D. 94.1.158]

3295. — Le principe de publicité, qui domine toute la matière des sociétés commerciales, exige d'ailleurs impérieusement cette solution. En effet, la publicité dont est entourée la fondation d'une société doit faire connaître exactement le montant de son capital, c'est-à-dire les ressources actives dont elle dispose dès maintenant. Lors donc que, comme dans l'espèce, la société est dès son début grevée d'un passif, le capital annoncé aux tiers doit être diminué de ce passif, sans quoi la publicité n'est pas sincère et va à l'encontre du but poursuivi par la loi; elle peut tromper les tiers. Une société peut donc être régulièrement constituée sous la charge d'un passif antérieur, mais à la condition que l'existence de ce passif soit portée à la connaissance des tiers par la voie de la publicité légale. — V. Cass., 9 nov. 1887, précité; — 19 juill. 1893, précité.

3296. — Spécialement, les créanciers personnels des associés ont le droit, en pareil cas, de demander la nullité de la société pour inobservation des règles de publicité prescrites par l'art. 56 de la loi de 1867. — Cass., 14 nov. 1887, Synd. de l'Union syndicale des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.367, D. 89.1.205]

3297. — IV. *Quand doit intervenir la déclaration notariée?* — Ordinairement les opérations se succèdent dans l'ordre suivant : d'abord, la rédaction des statuts, puis la souscription intégrale, ensuite le versement légal. Ce n'est qu'après ces opérations qu'intervient la déclaration notariée. Mais comme nous l'avons dit *suprà*, n. 3287, il se peut que le même acte notarié constate et la constitution de la société et la souscription et le versement légal. Alors la déclaration notariée contenue dans l'acte même de société, est nécessairement contemporaine de cet acte.

3298. — Une question plus délicate est celle de savoir si la déclaration notariée peut intervenir avant que le capital ait été entièrement souscrit et que le versement légal ait été effectué. Cela semble contraire à l'esprit de la loi, car la déclaration notariée ayant pour objet de constater l'intégralité de la souscription et le versement légal, il ne semble pas qu'elle puisse intervenir avant l'accomplissement de ces deux opérations. Comment constater des opérations qui n'ont pas été faites? Cependant il faut remarquer que la loi ne prescrit pas un ordre particulier dans l'accomplissement des formalités qu'elle exige pour parvenir à la constitution définitive de la société. Il suffit que ces formalités soient remplies au moment de la constitution définitive, quel que soit l'ordre dans lequel elles se seront produites.

3299. — Sans doute, ce sera un procédé irrégulier que de constater par une déclaration notariée une souscription non encore intégrale, et un versement non réalisé. Mais ce procédé, tout irrégulier qu'il soit, ne peut entacher la société de nullité. Car, c'est au conseil de surveillance des sociétés en commandite et à l'assemblée générale des sociétés anonymes qu'il appartient de vérifier l'accomplissement de toutes les formalités exigées par la loi. Ce droit de vérification comporte le droit de réparer les nullités, les irrégularités. Et, dès qu'elles sont réparées, elles n'existent plus. — Lyon, 14 juin 1895, Audisio, Marchèse et autres, [S. et P. 96.2.213] — V. *infrà*, n. 3792 et s.

3300. — D'ailleurs, depuis la loi du 1er août 1893, l'action en nullité prend fin lorsqu'avant son introduction la cause de nullité sur laquelle elle se basait a disparu. Donc, la déclaration notariée pourrait intervenir avant que le capital social eût été entièrement souscrit, et le versement légal effectué, sans que pour cela la société fût nulle, si avant l'introduction de l'action en nullité le capital se trouvait entièrement souscrit, et le versement légal effectué. — Arthuys, n. 52.

2° *Annexes.*

3301. — Outre la déclaration notariée, et pour assurer davantage son exactitude, la loi prescrit d'y annexer deux pièces : 1° la liste des souscripteurs et l'état des versements effectués; 2° le double ou une expédition de l'acte de société, suivant qu'il a été dressé par un acte sous seing privé, ou en la forme authentique. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire de dresser en deux actes séparés la liste des souscripteurs et l'état des versements; ces indications peuvent être fournies sur une même pièce sans qu'il y ait violation de la loi. — Houpin, t. 1, n. 468; Mathieu et Bourguignat, n. 20; Pont, n. 1133; Rousseau, t. 1, n. 1772. — Naturellement, les documents annexes ne sont exigés qu'autant que la déclaration notariée est elle-même exigible. Donc au cas où la déclaration notariée n'est pas nécessaire (V. *suprà*, n. 3292), il n'y a pas à se préoccuper des documents annexes.

3302. — I. *Liste des souscripteurs.* — La loi veut donc qu'à la déclaration notariée soit annexée d'abord la liste des souscripteurs. Cela permettra de voir si la règle de la souscription intégrale a été observée ; on pourrait sans doute inscrire, sur la liste des souscripteurs fictifs, mais cette fraude ne tarderait pas à être découverte, notamment lorsqu'il s'agirait d'opérer le versement légal. La liste des souscripteurs sera encore consultée utilement s'il y a lieu de poursuivre des souscripteurs à raison du non-accomplissement de leur obligation de verser. Et sur la même pièce, puisqu'une seule pièce suffit, il faudra dresser l'état des versements, afin que l'on puisse contrôler si les versements légaux ont été effectués. — Arthuys, n. 53; Houpin, t. 1, n. 468.

3303. — La liste des souscripteurs doit s'entendre des souscripteurs originaires et non de leurs acheteurs. — Lyon, 2 mars 1883, [*J. des soc.*, 84.298] — Houpin, t. 1, n. 468. — La loi ne prescrivant pas expressément l'indication des prénoms, profession et domicile des souscripteurs, la société ne serait pas nécessairement nulle si la liste ne portait que leur nom. Pour qu'il soit satisfait aux prescriptions légales, il faut et il suffit que l'identité de chaque souscripteur soit suffisamment établie pour qu'il n'y ait pas de confusion possible. — Cass., 13 févr. 1894, [*J. des soc.*, 94.241] — Paris, 17 juin 1890, [*J. des soc.*, 90.439] — V. Arthuys, n. 53; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, L. de 1867, art. 1, n. 120; Vavasseur, n. 400; Houpin, t. 1, n. 468; Pont, n. 1132. — V. aussi Cass., 21 janv. 1895, [*J. des soc.*, 95.102], et *infrà*, n. 3700.

3304. — Mais s'il y avait omission intentionnelle des indications propres à identifier le souscripteur, la société serait entachée de nullité. — Paris, 8 août 1889, [*J. des soc.*, 89.513]

3305. — C'est au juge du fait qu'il appartient de décider souverainement si l'omission de certaines indications est intentionnelle ou non, et si elle est susceptible d'engendrer une confusion sur l'identité du souscripteur. — Même arrêt.

3306. — Pour éviter toute difficulté, le mieux est de désigner chaque souscripteur par ses nom, prénoms, profession et domicile. « Nous ne voudrions pas dire — écrit à ce sujet M. Pont, *op. cit.*, — qu'en l'absence de ces indications spéciales, il y aurait lieu de considérer la société comme constituée contrairement aux prescriptions de la loi... Mais il est désirable, s'il n'est pas absolument nécessaire ou indispensable, que la liste, pour qu'elle réponde complètement à la pensée du législateur, contienne sur chaque souscripteur des indications précises qui le désignent individuellement ».

3307. — II. *Etat des versements.* — L'état des versements doit indiquer le nombre des actions souscrites par chaque souscripteur, et le montant de ses versements. — Il va de soi que la liste des souscripteurs et l'état des versements doivent être certifiés sincères et exacts par le gérant de la société en commandite ou par les fondateurs de la société anonyme avant d'être annexés à la déclaration notariée.

3308. — III. *Double de l'acte de société.* — La loi veut aussi qu'à la déclaration notariée soit annexé un double de l'acte de société. La loi, en formulant cette prescription, s'est proposé un double but : d'abord, elle a voulu qu'en comparant la liste de souscription et l'état des versements avec les statuts sociaux, on pût se rendre compte que le capital social fixé par les statuts était entièrement souscrit et que les versements étaient effectués dans les conditions prévues par les statuts. Ensuite, elle a voulu, par là, suppléer à la formalité qu'aurait exigée l'art. 1325, C. civ. En effet, l'un des doubles de l'acte de société, demeurant déposé au siège social, est à la disposition des administrateurs. L'autre double, déposé en l'étude du notaire, comme annexe à la déclaration notariée, demeure à la disposition des actionnaires qui ne voudraient ou ne pourraient pas consulter celui qui est déposé au siège social. — Arthuys, n. 53; Houpin, t. 1, n. 386 et 387; Pont, n. 1131 et s.

3309. — Comment doit être remplie cette formalité? Il y a lieu de distinguer : 1° lorsque l'acte de société est sous seing privé, il faut qu'un double de cet acte soit annexé à la déclaration notariée; 2° lorsque l'acte social a été passé en la forme authentique, et chez un notaire autre que celui qui reçoit la déclaration, il doit en être annexé une expédition à la déclaration notariée ; 3° lorsque c'est le même notaire qui reçoit la déclaration et qui a déjà reçu l'acte social, il est inutile de fournir une expédition, puisqu'il possède une minute de l'acte social dans son étude; 4° lorsque l'un des originaux de l'acte social sous seing privé a été déposé pour minute, par les fondateurs, en l'étude du notaire qui reçoit la déclaration, il n'est pas nécessaire d'annexer un double à la déclaration notariée si cette déclaration contient la mention de ce dépôt. — Houpin, t. 1, n. 469.

3310. — Pour la vérification de la déclaration notariée, soumise à des règles différentes suivant qu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, V. *infrà*, n. 3575 et s., 3677 et s.

3311. — Sur la question de savoir si la déclaration notariée est requise dans le cas où la société est constituée en dehors de toute souscription publique, V. *suprà*, n. 3126 et s., et dans le cas d'augmentation du capital social par voie d'émission de nouvelles actions, V. *infrà*, n. 5489 et s.

§ 5. *De l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers.*

3312. — La cinquième condition à remplir pour arriver à la constitution définitive de la société est formulée par l'art. 4, L. 24 juill. 1867, de la manière suivante : « *Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. — La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation. — La seconde assemblée générale, ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages, qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. — Les délibérations sont prises par*

la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. — Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée, n'ont pas voix délibérative. — A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être exercée pour cause de dol ou de fraude. — Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire, ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires indivis ».

3313. — Il est rare que toutes les actions soient des actions de numéraire et que tous les actionnaires participent aux avantages de la société proportionnellement au nombre de leurs actions. Le plus souvent, il y a, à côté des actions de numéraire, des actions d'apport attribuées à certains actionnaires en représentation de leurs apports en nature, apport d'un immeuble, d'un brevet d'invention, etc. Et, ordinairement, certains actionnaires reçoivent des avantages particuliers, à raison des services qu'ils ont rendus pour la formation de la société ou de ceux qu'ils rendront à la société une fois formée. C'est habituellement au profit des fondateurs et de leurs auxiliaires que sont stipulés ces avantages particuliers et ces actions d'apport. Ces divers émoluments sont fixés par des clauses statutaires. Il semble donc qu'ils doivent devenir définitifs par le fait de la souscription intégrale. En effet, chaque souscripteur, par le fait même de sa souscription, adhère à toutes les clauses des statuts, et, par suite, devrait être censé avoir accepté l'appréciation des apports en nature telle qu'elle est formulée par les statuts, ainsi que l'attribution des avantages particuliers, telle qu'elle est fixée par eux.

3314. — Mais l'application du droit commun aurait ici de graves inconvénients. Effectivement, il faut remarquer, d'une part, que l'appréciation de la valeur des apports et l'attribution des avantages particuliers, contenus dans les statuts, est l'œuvre des fondateurs eux-mêmes, c'est-à-dire des intéressés, de ceux-là au profit desquels sont stipulés ces émoluments; et, d'autre part, que les souscripteurs, au moment de la souscription, n'ont ni les moyens, ni la compétence nécessaires pour examiner s'il n'y a pas une évaluation exagérée des apports et une attribution d'avantages particuliers excessifs. Si l'on tient compte de ces circonstances et des abus que la pratique a révélés, on conçoit que le législateur ait exigé des conditions spéciales pour rendre définitives l'évaluation des apports et l'attribution des avantages particuliers, et, spécialement, qu'il ait subordonné l'évaluation des apports et l'attribution des avantages particuliers à l'approbation de l'assemblée générale constitutive des actionnaires.

3315. — Sans cette mesure protectrice, les souscripteurs se seraient trouvés dans la nécessité d'adhérer sans réserve aux clauses des statuts, relatives aux apports, et de se fier aveuglément aux promesses, souvent mensongères, des prospectus. Ces abus sont moins à craindre quand l'évaluation doit être approuvée par l'assemblée des actionnaires. Car alors, les actionnaires peuvent discuter les chiffres statutaires, ils ont le temps et les moyens de s'éclairer, et, grâce à leur groupement, la force nécessaire pour déjouer les fraudes et imposer des conditions plus acceptables. — V. Thaller, n. 420; Arthuys, n. 56; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 707.

3316. — Les prescriptions légales sont conformes à l'intérêt des associés, qui ainsi ne voient pas leur dividende annuel absorbé par des apporteurs dans une mesure hors de proportion avec leurs services.

3317. — Elles sont aussi dans l'intérêt des créanciers sociaux; car une évaluation excessive des apports en nature équivaudrait à rendre fictive une portion du capital social, qui est leur principale, et parfois leur seule garantie.

1° Quels sont les apports et avantages soumis à vérification.

3318. — I. *Apports en nature.* — Il importe de déterminer quels sont les apports en nature dont l'évaluation est soumise à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. Car s'il est de tels apports auxquels cette approbation fasse défaut, la société est entachée de nullité. D'autre part, l'inobservation des prescriptions légales peut entraîner pour les souscripteurs de lourdes responsabilités. Ainsi jugé que les souscripteurs d'actions dans une société en commandite, qui ont stipulé la faculté pour eux de faire leurs apports en nature, mais sans que l'assemblée générale des actionnaires ait été appelée à vérifier et à apprécier ces apports, peuvent être tenus, comme s'étant rendus complices de la négligence du gérant à cet égard, d'opérer en espèces le versement du montant de leur souscription. — Cass., 24 juin 1861, L'huillier, [S. 62.1.185, P. 62.…5, D. 61.1.435]

3319. — ... Que les souscripteurs d'actions qui se sont engagés à faire un apport en nature, mais qui ont négligé de faire vérifier et approuver cet apport par l'assemblée générale des actionnaires, peuvent être tenus d'opérer en espèces le versement du montant de leur souscription. — Aix, 13 août 1860 (sol. implic.), L'huillier, [S. 61.2.147, P. 61.746, D. 60.2.223]

3320. — Ces souscripteurs n'ont, du reste, aucun recours en garantie contre les membres du conseil de surveillance, déclarés responsables de la nullité de la société pour défaut de versement préalable du quart de chaque souscription. — Même arrêt.

3321. — Pour qu'il y ait apport en nature, soumis à vérification et approbation de l'assemblée générale des actionnaires, deux conditions doivent être réunies : 1° il faut que l'apport ne consiste pas en numéraire; 2° que l'apport soit rétribué en actions. — 1° *Il faut que l'apport ne consiste pas en numéraire.* — — Ainsi, doivent être considérés comme apports en nature ceux qui ont pour objet : *a*) des valeurs immobilières, immeubles, mines ou usines. Sur les divers modes d'apport d'un immeuble, en propriété, en usufruit ou en jouissance — sur la garantie à laquelle peut donner lieu un tel apport, sur les formes de publicité à observer (transcription), — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 115 et s.

3322. — *b*) Un fonds de commerce. — Paris, 27 oct. 1898, [J. *Le Droit*, 2 décembre]; — ... une marque de fabrique. — Paris, 11 févr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.527]; — ... un brevet d'invention, soit en propriété, soit en jouissance. — Cass., 19 juin 1882, Hock, [S. 83.1.17, P. 83.1.24] — Douai, 11 juill. 1888, [J. *Le Droit*, 17 nov. 1888] — Lyon-Caen, et Renault, t. 2, n. 21; Pouillet, *Des brevets d'invention*, n. 306. — Sur les difficultés relatives à l'apport d'un brevet, V. *suprà*, v° *Brevet d'invention*, n. 1222 et s.

3323. — *c*) Une concession administrative, concession de chemin de fer, de tramways, etc. — Paris, 3 avr. 1884, [*J. des soc.*, 85.280]; — 25 nov. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.187] — Houpin, t. 1, n. 476; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 385 et 386. — V. *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 274 et s.

3324. — *d*) Une créance, les titres (actions ou obligations) émis par une société valablement constituée et actuellement en exercice. — Paris, 26 juill. 1887, Pinet et Castelmar, [D. 88.2.145]

3325. — *e*) Les droits des associés dans l'actif et le passif d'une société dissoute et en liquidation, et d'une façon plus générale, l'actif et le passif d'une ancienne société, actuellement dissoute, évalués en bloc et à forfait. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.148] — Paris, 17 mai 1898, [*J. des soc.*, 98.494]

3326. — Jugé, en ce sens, qu'est régulière et valable la constitution du capital social d'une société en commandite par actions, au moyen de l'actif d'une ancienne société en liquidation, lorsque, d'une part, la mesure a été votée par l'assemblée générale, et que, d'autre part, l'ancienne société était dans une situation prospère et que les valeurs composant son actif étaient bonnes; qu'en tout cas aucune responsabilité ne saurait incomber de ce chef aux membres du conseil de surveillance. — Grenoble, 11 déc. 1872, Galoffre et autres, [S. 74.2.147, P. 74.705, D. 74.2.33]

3327. — ... Que l'art. 4, L. 24 juill. 1867 ne s'oppose point à ce qu'il soit fait apport à une société d'actionnaires, spécialement à une société d'assurance (et contre l'attribution d'un certain nombre d'actions), de l'actif et du passif d'une précédente société qui, par les chances de gain ou de perte qu'elle comporte, ne peut pas être évaluée autrement qu'à forfait. — Cass., 3 janv. 1900, Comp. d'ass. terr. *la Nation*, [S. et P. 1901.1.321, et la note de M. Wahl, D. 1900.1.289]

3328. — Dans ce cas, il n'y a pas lieu à garantie contre les apporteurs, si la nouvelle société n'a éprouvé dans la jouissance des choses apportées aucun trouble constituant une éviction totale ou partielle de ce dont elle s'était rendue cessionnaire, et

si, en ce qui touche les défauts cachés, les juges du fait ont apprécié les conventions en ce sens qu'en se reconnaissant garants de la réalité des polices d'assurances dont ils faisaient la remise, les apporteurs avaient implicitement décliné la responsabilité de tous autres mécomptes que ceux qui proviendraient de l'inexistence desdits contrats. — Même arrêt.

3329. — Il résulte, d'ailleurs, de l'art. 4 de la loi de 1867 que l'approbation des apports par la seconde assemblée constitutive après que leur valeur a été vérifiée dans les formes légales, est définitive et sans recours, sauf le cas de dol ou de fraude. — Même arrêt. — V. *infrà*, n. 3471 et s.

3330. — De même, si les représentants de l'ancienne société ont agi de bonne foi, suivant la constatation souveraine des juges du fond, il n'y a lieu à dommages-intérêts pour exagération de la valeur du portefeuille cédé, ni contre eux personnellement, ni contre la société, encore en liquidation, dont les intérêts leur ont été confiés. — Même arrêt.

3331. — Spécialement, le commissaire à la vérification d'un apport en nature fait dans une société par actions par une autre société, fût-il reprochable de n'avoir pas contrôlé la sincérité du bilan présenté par cette société, la société nouvelle n'aurait contre lui aucune action en dommages-intérêts, lorsque le court délai dans lequel il s'était acquitté de sa mission ne permet pas de supposer qu'il ait poussé jusque-là l'examen de la comptabilité, que son rapport en contient l'aveu exprès, et que les juges du fond ont pu ainsi conclure que les actionnaires, partageant la confiance de leur expert, avaient, en connaissance de cause, considéré son travail comme suffisant. — Même arrêt.

3332. — Cette importante décision soulevait des problèmes multiples dont plusieurs seront examinés plus loin. Il nous suffit pour l'instant d'insister sur la validité de l'apport forfaitaire. Le pourvoi objectait que cet apport est exposé à disparaître par l'effet d'une éviction, et qu'alors l'apport, élément essentiel à la société, fera défaut (C. civ., art. 1832). Cette objection est sans valeur en présence des textes mêmes du Code civil relatifs à la société. Le fait ultérieur auquel on fait allusion ne peut influer sur la validité du contrat, car, au moment du contrat, on ne sait pas si l'apport disparaîtra. Au surplus, les sociétés universelles, que prévoient et autorisent les art. 1836 et s., C. civ., ne sont autre chose que des sociétés *où les apports de chaque associé* sont forfaitaires, puisqu'elles consistent dans la mise en commun de plusieurs patrimoines, aux risques de la société, et que même, dans une certaine mesure, les patrimoines futurs des associés sont apportés. Si, ultérieurement, des vices sont découverts, notamment, si, comme dans l'espèce, la société s'aperçoit que les créances apportées sont irrecouvrables ou que le passif réel est supérieur à ses prévisions, l'apport n'en aura pas moins été effectif; la société n'aura même aucun recours contre l'apporteur, puisqu'elle a pris à ses risques la gestion du patrimoine apporté.

3333. — Si c'est le patrimoine lui-même qui n'existe pas, alors le recours s'ouvrira, par application des principes dont s'est inspiré l'art. 1696, C. civ.; car l'apporteur, par cela même qu'il apporte un patrimoine, en garantit l'existence. En un mot, il faut ici encore, à tous les points de vue, appliquer les principes de la vente. Et c'est également en faisant appel à ces principes qu'on décidera si l'éviction emporte dissolution de la société, ce qui est contesté, mais ce qui n'était pas discuté dans l'espèce. — V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 2, n. 17; Guillouard, *op. cit.*, n. 180; Pont, *op. cit.*, t. 1, n. 269 et s.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 435; Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 39. — Dans l'espèce, l'existence du patrimoine apporté était certaine; la société avait seulement éprouvé, dans l'exploitation de ce patrimoine, des mécomptes consistant dans la découverte des vices de la chose. Elle n'avait donc pas d'action en garantie contre l'apporteur, et, à cet égard, il importait peu que l'apport fût un apport véritable ou une vente. — V. Wahl, note précitée. — V. aussi Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 387.

3334. — Jugé, par identité de motifs, qu'une société ne serait pas nulle parce que l'objet de l'apport aurait été diminué à la suite d'une éviction, en sorte que l'associé apporteur n'aurait réalisé qu'une partie de ses apports. — Dijon, 25 juill. 1884, [*J. des soc.*, 87.211]

3335. — 2° *Il faut que l'apport soit rétribué en actions.* — Si l'apport était fait moyennant un prix ferme, on se trouverait en présence d'une vente, et il n'y aurait pas lieu de recourir à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. — Pont, t. 2, n. 975; Houpin, t. 1, n. 472; Thaller, n. 423; Wahl, notes sous Cass., 24 avr. 1893, Comp. de chemins de fer funiculaires de Lyon, Poy et Crémieux, [S. et P. 94.1.195], sous Cass., 14 nov. 1893, Comp. des eaux de Capvern, [S. et P. 94.1.517], et sous Paris, 23 juill. 1894, Beltz, Girard et consorts, [S. et P. 95.2.105]; Rousseau, t. 1, n. 1819; Vavasseur, n. 409.

3336. — Jugé en ce sens que la vente ferme d'un immeuble, consentie au profit d'une société, avec stipulation que le vendeur pourra exiger son paiement en actions nouvelles de cette société, ne constitue pas un apport social soumis aux vérifications et appréciations prescrites par l'art. 4, L. 17 juill. 1856. — Cass., 14 juill. 1873, Schwabacher, [S. 74.1.425, P. 74.1084, D. 76.1.160] — Grenoble, 28 déc. 1871, Mêmes parties, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

3337. — Ne peut être considéré, non plus, comme un apport dont la valeur doit être vérifiée et appréciée dans les termes de l'art. 4, l'immeuble acquis par la société, d'une manière ferme et définitive pour un prix déterminé, bien que partie du prix en soit payée au vendeur au moyen d'actions à créer en vue de l'augmentation du capital social, si cette augmentation, étant prévue aux statuts, n'entraîne pas la dissolution de l'association, et que la société qui profite de l'acquisition soit celle-là même qui l'a faite. — Trib. comm. Marseille, 31 oct. 1866, et Aix, 9 avr. 1867, sous Cass., 11 mai 1870, De Aldécoa, [S. 70.1.425, P. 70.1118] — *Contrà*, Pont, n. 966; Rousseau, *Man. des soc.*, n. 580; Wahl, note, *in fine*, sous Paris, 23 juill. 1894, précité; Thaller, *Nouv. prat. financ.*, *en mat. de soc.*, p. 15.

3338. — Est encore une opération licite, dispensée des formalités de la vérification et de l'appréciation de l'art. 5, la vente que fait le fondateur gérant d'un fonds de marchandises à la société préalablement et régulièrement constituée, moyennant un prix d'estimation fixé par experts et agréé par l'assemblée générale des actionnaires. — Paris, 17 juill. 1882, [*Rev. des soc.*, 83.67]

3339. — Au contraire, serait sujet à vérification l'apport fait par un associé dans une société, de l'actif lui revenant dans une société préexistante en liquidation, alors même que cet actif aurait été évalué en argent et que l'apporteur aurait pris l'engagement personnel d'éteindre le passif dont il pourrait être grevé. — Cass., 22 déc. 1886, Leclerc, [S. 87.1.30, P. 87.1.47, D. 87.1.445]

3340. — Peut-on regarder comme valable la vente faite à une société anonyme en formation, moyennant un prix payable en numéraire, avec stipulation que cette vente, acceptée par le fondateur, est soumise à la condition suspensive de la constitution de la société, et deviendra définitive par le seul fait de cette constitution? Nous ne le pensons pas. La validité d'une vente suppose la capacité de l'acquéreur; or la société ne peut avoir la capacité d'acquérir qu'à la condition d'exister, c'est-à-dire d'être arrivée à sa constitution définitive. C'est alors à ses représentants légaux qu'il appartient de réaliser l'acquisition au nom de la société. Jusque-là, la société, étant dépourvue d'existence légale, est incapable d'acquérir, et par suite, une telle vente est nulle. — Trib. comm. Seine, 12 déc. 1892, et 27 mars 1893, sous Paris, 23 juill. 1894, Aff. des établ. Decauville, [S. et P. 95.2.105, et la note de M. Houpin]

3341. — La nullité d'une telle vente peut bien être une cause de dissolution de la société; mais elle ne saurait entraîner la nullité de la société régulièrement constituée. Et, dans tous les cas, la demande en nullité de la vente constitue une action sociale, dont l'exercice n'appartient pas à des actionnaires agissant dans leur intérêt individuel. — Même arrêt.

3342. — Cependant si une telle vente est consentie, non plus par un acte séparé, mais par les statuts de la société, faut-il la regarder comme valable? On pourrait faire remarquer en ce sens que les statuts deviennent obligatoires par le fait de la constitution définitive de la société; que, par suite, la clause statutaire qui contient stipulation de vente doit devenir obligatoire, comme les autres clauses statutaires, par le fait que la société est définitivement constituée. La vente serait donc valable, mais soumise à la vérification et à l'approbation prévues par l'art. 4 de la loi de 1867. Sinon, ce serait favoriser toutes les fraudes au profit du fondateur vendeur, qui, pour se soustraire à l'approbation de l'art. 4 concernant les apports en nature, n'aurait qu'à stipuler la vente par une clause des statuts. La loi ne doit pas permettre de faire indirectement ce qu'elle interdit de faire directement.

3343. — Mais l'opinion qui a prévalu est qu'une telle valeur

est aussi bien nulle, quand elle est stipulée par un article des statuts, que quand elle est consentie par acte spécial. La société ne peut, en effet, contracter que quand elle a une existence juridique, et elle ne peut avoir d'existence juridique qu'à partir du moment où elle est définitivement constituée. Sans doute, les statuts deviennent obligatoires par la constitution de la société, mais seulement les statuts qui prévoient les conditions dans lesquelles fonctionnera la société, et non ceux qui contiendraient des engagements anticipés à la charge de la société. — V. Houpin, note sous Paris, 23 juill. 1894, précité, et t. 1, n. 498; Thaller, n. 520; Arthuys, n. 139; Rousseau, t. 1, n. 1826.

3344. — On pourra, il est vrai, apporter en société une promesse de vente, à des conditions spécifiées à l'avance, mais la vente elle-même ne sera réalisée qu'une fois la société constituée, par l'entremise de ses gérants ou administrateurs. Cette vente ferme, à la différence d'un apport social, échappera à la procédure de vérification. — Cass., 14 juill. 1873, Schwabacher, Audebert et Cie, [S. 74.1.424, P. 74.1084, D. 76.1.160]

3345. — Cette différence entre la vente, exemptée de la vérification, et l'apport, soumis aux formalités de l'art. 4, rend nécessaire l'adoption d'un critérium précis permettant de différencier avec certitude les deux opérations. Il y a apport, lorsque l'associé transmet des biens à une société moyennant certains avantages qui participent des chances sociales, et notamment moyennant l'attribution d'actions. Il y a vente, au contraire, lorsqu'une personne, qui n'est pas nécessairement associée, transmet des biens moyennant un prix payable en espèces. La distinction est bien établie par un arrêt de la cour d'Orléans, du 11 mai 1882, rendu sur renvoi prononcé par un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 juin 1881, Synd. de la Soc. des thermes d'Enghien, [S. 82.1.218, P. 83.1.523] — « Considérant que l'abandon que fait un tiers à une société, d'immeubles lui appartenant, ne constitue pas une vente, mais un contrat d'apport en société, lorsque ce tiers doit recevoir, comme équivalent de la valeur de ses immeubles, des actions de ladite société, et qu'il ne lui est alloué ni retour, ni bénéfice indépendant du bénéfice commun; qu'il apporte, en effet, dans ce cas, des immeubles à titre de mise sociale, et qu'il se trouve de la sorte participer à une communauté d'intérêts dont la prospérité peut seule le rémunérer de la valeur qu'il y a engagée; mais qu'il en est autrement, lorsque le tiers reçoit le prix de cet apport ou l'équivalent du prix au moyen d'une somme d'argent payée à lui-même ou à ses créanciers; que, dans ce cas, il y a vente jusqu'à concurrence de la somme payée... » (*J. des soc.*, 1883, p. 437) — V. Houpin, note sous Paris, 23 juill. 1894, précité.

3346. — Que faut-il décider en face d'une opération mixte, à la fois apport et vente? Il se peut très-bien que quelqu'un fasse l'apport d'un immeuble, d'une industrie, etc., à une société, moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions, et en outre, le paiement d'un prix en espèces que la société versera à l'apporteur. Il y a là une opération double : un apport, auquel n'est attaché aucun privilège, et une vente, qui procure le privilège des art. 2102 et 2103, C. civ. Mais au point de vue de la procédure de la formation des sociétés par actions, nous estimons que l'assemblée générale des actionnaires doit donner son approbation aux deux opérations. En effet, la valeur attribuée à l'apport ne peut être justement appréciée qu'en tenant compte et du prix en espèces payé à l'apporteur, et des actions à lui attribuées. Donc, au point de vue de l'art. 4 de la loi de 1867, l'apport-vente doit être traité comme une opération unique, où le caractère d'apport domine le caractère de vente, et entraîne, pour le tout, l'appréciation et l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. — V. Houpin, note sous Paris, 23 juill. 1894, précité, et Houpin, t. 1, n. 498, et note sous Cass., 11 mai 1870, [D. 70.1.401] — *Contra*, Aix, 9 avr. 1867, sous Cass., 11 mai 1870, Aldecoa, [S. 70.1.425, P. 70.1123, D. 70.1.401] — V. aussi la note de M. Wahl sous Cass., 3 janv. 1890, précité.

3347. — D'autre part, lorsque l'apport de quelques actionnaires a été fait en nature, alors qu'aux termes des statuts, il devait être fait en espèces, si cet apport n'a pas été approuvé conformément aux règles de l'art. 4, la société est entachée de nullité. — Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue et autres, [S. 76.1.361, P. 76.873] — Houpin, t. 1, n. 479. — On est ici en effet en présence d'un véritable apport en nature déguisé sous la forme d'une vente. Ce déguisement ne saurait avoir pour effet d'affranchir les apporteurs des formalités prescrites par la loi dans un but d'ordre public. — Houpin, t. 1, n. 498.

3348. — Lorsque les fondateurs de la société ont fait des travaux, études, démarches, etc., en vue d'arriver à la formation de la société, ou même ont fait des dépenses dans ce but, peut-on considérer ces travaux et dépenses comme formant un apport en nature, susceptible d'être rétribué en actions de capital? Nous ne le pensons pas. Car le capital social doit consister en numéraire ou en biens ayant une valeur bien déterminée. Or il est difficile de déterminer la valeur que peuvent avoir actuellement pour la société les travaux et dépenses faits en vue de la formation de la société. Il s'agit là, non d'apports en nature, au sens véritable du mot, mais de services susceptibles d'être rémunérés, non par des actions de capital, mais par des avantages particuliers, tels par exemple que des parts de fondateur. — V. *infrà*, n. 3364 et s. — Houpin, t. 1, n. 480; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 392.

3349. — Comme les souscriptions en numéraire (V. *suprà*, n. 3080 et s.), les apports doivent être sérieux. S'ils étaient *fictifs*, la société serait entachée de nullité. — Paris, 9 mars 1893, [*J. des soc.*, 93.343] — Lyon, 13 avr. 1897, [*J. des soc.*, 97.424] — Houpin, t. 1, n. 479; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 393; Pont, n. 59; Rousseau, t. 1, n. 1856; Vavasseur, n. 75. — C'est aux juges du fait qu'il appartient souverainement d'apprécier si les apports sont sérieux ou fictifs.

3350. — Ainsi, ont pu être considérés comme fictifs : 1° L'apport, en échange d'actions libérées, d'immeubles acquis avant la constitution de la société, et dont le prix encore dû n'a été acquitté qu'à l'aide d'un emprunt social. — Paris, 9 mars 1893, [*J. des soc.*, 93.343] — V. cependant : Trib. Seine, 5 juin 1883, [*Rev. des soc.*, 83.730]

3351. — 2° L'apport représenté uniquement par la promesse de vente d'un immeuble dont le prix est encore dû. — Riom, 5 janv. 1893, [*Rec. de Riom*, 93.193]

3352. — Ont été considérés au contraire comme non fictifs : 1° L'apport d'un brevet d'invention, alors même que les statuts mettent à la charge de la société l'obligation de rembourser à l'apporteur ses frais et débours. — Riom, 30 avr. 1894, [*J. des soc.*, 95.105]

3353. — 2° L'apport de promesses de ventes et de baux appartenant indivisément aux fondateurs, alors que la société a pu réaliser ces promesses et bénéficier de ces baux, sans avoir à subir ni éviction, ni trouble de jouissance. — Trib. Seine, 24 juin 1889, [*J. des soc.*, 90.448]

3354. — De même, le fait que des immeubles apportés dans une société en commandite sont grevés d'hypothèques du chef d'une ancienne société, n'entache pas de nullité la constitution de la société comme établie à l'aide d'apports fictifs, lorsqu'il est constaté que les hypothèques ne frappent les immeubles que pour une partie de leur valeur, et que, d'ailleurs, la société nouvelle ne prend pas à sa charge l'acquittement du passif hypothécaire. — Cass., 22 févr. 1892, Pichot, [S. et P. 93.1.49, D. 94.1.148] — Il en serait autrement, au cas où les hypothèques égaleraient ou dépasseraient la valeur des immeubles, soit que le passif hypothécaire restât à la charge personnelle de l'associé, soit, à plus forte raison, que ce passif fût pris en charge par la société à laquelle les immeubles ont été apportés. — Cass., 4 juin 1887, [*Rev. des soc.*, 87.421]

3355. — Mais on ne saurait considérer comme nul l'apport à la société d'un immeuble grevé d'inscriptions, si l'apporteur s'engage à faire disparaître ces inscriptions et à apporter la preuve de leur radiation. Il pourra d'ailleurs, être décidé par les statuts que les actions données en échange de l'apport, dans ce cas, resteront déposées dans la caisse sociale à titre de nantissement et ne seront délivrées à l'apporteur que quand il aura justifié de la radiation des inscriptions. — Houpin, t. 1, n. 478.

3356. — Au contraire, l'apport d'un immeuble hypothéqué devra être considéré comme fictif, et, par suite, comme nul, si l'immeuble ayant été exproprié, le prix de vente a été inférieur à la dette à laquelle était affectée l'hypothèque. La société se trouverait de ce fait, irrégulièrement constituée. — Cass., 4 juin 1887, précité. — Houpin, t. 1, n. 478. — *Contra*, Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 394.

3357. — Au surplus, la question de savoir si l'apport d'un immeuble hypothéqué est ou n'est pas un apport réel, est une question de fait et les juges ont, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation. — V. *suprà*, n. 3081.

3358. — Il convient, d'ailleurs, de faire remarquer, que lorsque les apports ont été approuvés par l'assemblée générale des ac-

tionnaires, ils ne peuvent plus être considérés comme fictifs. — Paris, 10 mai 1883, *J. des soc.*, 83.430, — sauf, bien entendu, s'il y avait eu dol ou fraude, dûment établis. — V. *infrà*, n. 3471 et s.

3359. — A partir de quel moment l'apporteur est-il tenu irrévocablement de réaliser son apport? C'est à dater du jour où il s'est formé entre l'apporteur et les souscripteurs un lien juridique réciproque obligeant l'un et les autres à remplir leurs engagements. Or ce lien se trouve formé dès que la souscription intégrale est un fait acquis. Alors, les souscripteurs sont tenus d'opérer le versement légal, et les apporteurs sont tenus de réaliser leurs apports. Mais jusque-là, les apporteurs peuvent renoncer à poursuivre la constitution de la société, et ne peuvent être tenus de réaliser leurs apports. — Houpin, t. 1, n. 481.

3360. — Si l'apporteur venait à décéder avant ce moment, laissant des héritiers mineurs, ceux-ci auraient, comme leur auteur, le choix ou de poursuivre la constitution de la société et de réaliser l'apport promis par leur auteur, ou de renoncer à poursuivre la constitution de la société, et alors, on ne saurait les obliger à réaliser l'apport promis par leur auteur. Au cas où ils opteraient pour la constitution de la société, le tuteur ne pourrait réaliser l'apport que moyennant l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, car l'apport constitue une aliénation. — V. Houpin, t. 1, n. 481; Thaller, n. 567. — Si l'apporteur décède après la souscription intégrale, ses héritiers mineurs sont tenus de réaliser l'apport, car ils héritent de l'obligation de leur auteur devenue irrévocable par le fait de la souscription intégrale.

3361. — Les risques des apports ne passent à la charge de la société qu'à dater de sa constitution définitive, car à partir de ce moment seulement la société en devient propriétaire. Auparavant les risques sont à la charge de l'apporteur. C'est l'application du droit commun : *res perit domino*. — V. *suprà*, n. 3260 et s., et vº *Société civile*, n. 142 et s.

3362. — Une société peut fort bien se constituer sans un capital-espèces, et, par suite, avec un fonds consistant uniquement en apports en nature. Cette société peut se trouver, dès le début, grevée d'un passif correspondant aux charges des apports en nature. Cela n'empêche pas la constitution de la société. Pour faire face à son passif comme aussi pour se procurer le fonds de roulement nécessaire à ses opérations, elle n'aura qu'à émettre des obligations. Dès l'instant que l'apport social n'est pas fictif, le procédé est absolument régulier.

3363. — La loi prévoit elle-même le cas où la société est formée entre les seuls apporteurs en nature, propriétaires par indivis de tout l'apport en nature. En ce cas, les apports en nature sont dispensés de la procédure de vérification et d'approbation par l'assemblée générale des actionnaires. C'est qu'en ce cas on ne comprendrait pas la procédure de vérification. Il n'y a pas de discussion contradictoire possible entre des actionnaires qui ont tous le même intérêt à l'estimation de l'apport, puisqu'ils en sont propriétaires par indivis. Aussi le législateur a-t-il sagement fait d'éviter pour cette hypothèse des formalités inutiles et illusoires. — V. *infrà*, n. 3498 et s.

3364. — II. *Avantages particuliers soumis à approbation.* — En principe, tous les associés doivent être placés sur le pied d'égalité quant aux avantages à retirer de la société. Cependant il arrive que cette égalité est rompue au profit de certains associés, à raison des services qu'ils ont rendus ou qu'ils peuvent rendre à la société. On accorde alors à ces associés des bénéfices, des rémunérations, qui ne sont pas accordés aux autres associés. Ces rémunérations spéciales constituent ce qu'on appelle les *avantages particuliers*. Il y a donc avantage particulier lorsque les statuts autorisent certains associés à prélever soit sur le fonds social, soit sur ses produits, des bénéfices auxquels les autres associés n'ont pas droit. Ces avantages particuliers revêtent des formes diverses. Ce sont tantôt des allocations proportionnelles aux bénéfices que réalisera la société, comme lorsque le tant pour cent sur les gains annuels est attribué au gérant d'une commandite par actions ; tantôt des allocations fixes, comme le traitement du gérant, les jetons de présence des membres du conseil d'administration. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 4, n. 8; Houpin, t. 1, n. 484; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 708; Pont, n. 974 à 981; Thaller, n. 422 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1829 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 397 et s.

3365. — La loi ne prohibant aucune espèce d'avantages particuliers, les associés sont libres de stipuler ceux que bon leur semble. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 9; Houpin, t. 1, n. 484; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 708.

3366. — Cependant, lorsque l'apport consiste en une concession de chemin de fer, il faut se référer à l'art. 11, L. 15 juill. 1845, aux termes duquel « les fondateurs de la compagnie n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances, dont le compte, appuyé de pièces justificatives, aura été accepté par l'assemblée générale des actionnaires ». Donc, en ce cas, les avantages particuliers sont prohibés. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 4, n. 10; Houpin, t. 1, n. 50; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 708; Picard, *Traité des chemins de fer*, t. 2, p. 137. — *Contra*, Dumay, *Étude sur les concessions de chemins de fer*, p. 89; Mimerel, *Étude sur les concessions de chemins de fer*, n. 86. — V. aussi *suprà*, vº *Chemin de fer*, n. 314 et s.

3367. — Si les associés sont libres de stipuler tels avantages particuliers que bon leur semble, l'art. 4 de la loi de 1867 dispose que « lorsqu'un associé stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la cause des avantages stipulés ». C'est une précaution nécessaire que le législateur prend contre les abus auxquels seraient tentés de se livrer les fondateurs.

3368. — Certaines législations étrangères sont plus restrictives que la nôtre. Ainsi le Code italien (art. 127) et le Code roumain (art. 128) contiennent une double restriction : d'abord, le prélèvement pour avantages particuliers ne doit pas dépasser un dixième des bénéfices nets ; ensuite, ce prélèvement ne peut être stipulé pour une durée supérieure à cinq ans, ni au tiers de la durée de la société. Le Code allemand (art. 215 *a*, 4ᵉ al.) interdit les clauses statutaires qui accorderaient par avance un droit de préférence aux actionnaires pour les actions nouvelles à émettre, car cela pourrait entraver le bon fonctionnement de la société en faisant hésiter à décider l'augmentation du capital.

3369. — La loi française exigeant l'approbation des avantages particuliers par l'assemblée générale des actionnaires, il importe de savoir d'une façon précise en quoi consistent ces avantages particuliers. Or si le législateur a défini assez nettement les apports en nature, il n'a défini nulle part les avantages particuliers. Nous avons dit que ce sont tous ceux qui rompent l'égalité entre actionnaires. Mais c'est là une formule élastique, qu'il importe de préciser. Sans doute, il est des hypothèses où tout le monde est d'accord pour exiger l'approbation de l'assemblée générale, comme aux cas d'avantages accordés par les statuts aux fondateurs à raison des services rendus pour arriver à la constitution de la société; mais il est d'autres hypothèses plus délicates. — V. notamment, Arthuys, n. 57; Beslay et Lauras, t. 5, n. 404 et s.; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 137; Pont, n. 975 et 976; Vavasseur, n. 410 et 411. — Pour résoudre le problème, il faut se référer au vœu de la loi, qui est de prohiber les avantages particuliers hors de proportion avec les services qu'ils sont appelés à rémunérer.

3370. — Ce critérium étant admis, il faut considérer tout d'abord comme un avantage particulier la faculté reconnue aux fondateurs de prélever, avant toute répartition entre les actions de capital, une certaine quote-part des bénéfices, soit que cette faculté résulte des statuts sociaux, soit qu'ils en aient été remplis au moyen de l'attribution de titres négociables, parts de fondateurs, actions de prime, etc. — Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 135; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 11 ; Pont, n. 974; Vavasseur, n. 410 ; Houpin, t. 1, n. 485 et s.

3371. — Ainsi en est-il de la clause des statuts portant que si la société réalise des bénéfices, une partie pourra être partagée par le conseil entre le directeur-fondateur et ses agents. — Agen, 7 janv. 1879, Marcaillon-Lépine, [S. 79.2.142, P. 79.603, D. 79.2.247] — V. cependant, Lyon, 3 déc. 1895, Soc. anon. de la Teinturerie stéphanoise et Corron, [D. 98.2.113

3372. — Constituent certainement des avantages particuliers les actions attribuées en échange des apports en nature, d'ailleurs soumises à vérification à un autre titre; les rémunérations stipulées par certains associés à raison de leurs démarches, études, avances, frais ou débours de toutes sortes effectués en vue de la constitution de la société; les parts de fondateur attribuées à certains actionnaires seulement; l'attribution de parts à une catégorie seulement d'actionnaires, comme par exemple, aux premiers souscripteurs, ou à tous les souscripteurs, mais non proportionnellement au montant de leurs souscriptions. — V. Houpin, t. 1, n. 486; Lecouturier, *Rev. crit.*, 1897, p. 176; Wahl, *J. des soc.*, 1897, p. 158; Godin, *Des titres attribués aux fonda-*

teurs dans les sociétés anonymes, p. 140. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, n. 560 *bis*; Chavegrin, note sous Cass., 16 févr. 1887, Lefebvre, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036]; Percerou, *Des fond. de soc. anon.*, p. 179. — Sur la question controversée de savoir si l'on doit envisager les parts de fondateur comme de simples créances, et non comme des parts d'associés, V. *suprà*, n. 2452 et s.

3373. — Il faut également considérer comme un avantage particulier l'attribution par les statuts à une personne déterminée, comme gérant d'une société en commandite, d'une part des bénéfices sociaux, comme rétribution de ses fonctions. — Bordeaux, 20 nov. 1865, Maubourguet, [S. 66.2.119, P. 66.479, et la note de M. Bourguignat] — Bédarride, n. 103 et s.; Houpin, t. 1, n. 487; Mathieu et Bourguignat, n. 40; Pont, n. 976.

3374. — La majorité de la doctrine envisage même comme un avantage particulier l'attribution au gérant d'un traitement fixe, si cette attribution est faite par les statuts, car le gérant statutaire a pu stipuler à son profit un traitement fixe exagéré. — Alauzet, *Soc.*, n. 457; Arthuys, n. 57; Beslay et Lauras, n. 404; Houpin, t. 1, n. 487; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 400; Mornard, p. 439. — *Contrà*, Mathieu et Bourguignat, n. 40; Pont, n. 977; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 120; Rousseau, t. 1, n. 1832. — A plus forte raison, dans ce même système, les indemnités de logement, frais de bureau et autres sommes du même genre, allouées au gérant, constitueraient-ils des avantages particuliers.

3375. — Cette controverse sur le caractère du traitement fixe étant réservée, il paraît bien acquis, d'une manière générale, que la disposition de l'art. 4, suivant laquelle les avantages particuliers stipulés au profit d'un associé doivent être vérifiés et appréciés par une assemblée générale des actionnaires, est applicable même au cas où l'associé avantagé est en même temps gérant de la société. Vainement prétendrait-on que cette dernière qualité doit absorber celle d'associé, et que l'assemblée des actionnaires a suffisamment apprécié les avantages dont il s'agit en adhérant aux statuts sociaux. — Bordeaux, 20 nov. 1865, précité. — L'esprit de la loi est incompatible avec toute distinction de ce genre. — V. Mathieu et Bourguignat, n. 40; Pont, n. 976; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, L. de 1867, art. 4, n. 14; Houpin, t. 1, n. 487.

3376. — Constitueraient également des avantages particuliers sujets à vérification, l'attribution aux administrateurs d'une société anonyme, inscrite dans les statuts, d'une part dans les bénéfices, voire même d'un traitement fixe, de jetons de présence, d'indemnités de logement ou autres. — Bordeaux, 20 nov. 1865, précité (motifs). — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 488; Rousseau, t. 1, n. 1129; Alauzet, t. 1, n. 457. — V. cep. en sens contraire, pour le cas d'allocation d'un traitement : Trib. comm. Seine, 4 avr. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.336]; — 16 mars 1887, [*J. des soc.*, 88.208]

3377. — Pour décider si l'on se trouve en présence d'un avantage particulier, on a parfois proposé une autre distinction. Lorsque l'avantage est fait à une personne déterminée, il y a bien un avantage particulier, soumis, comme tel, à vérification. Mais lorsque l'avantage est stipulé non au profit de telle personne, mais au profit de la fonction, il n'y a pas là d'avantage particulier au sens propre du mot, et il semble qu'il ne soit pas nécessaire de se procurer l'approbation de l'assemblée générale (Thaller, n. 425). Cependant, même en ce cas, il sera prudent de recourir à l'approbation, la jurisprudence ne paraissant pas favorable à cette distinction, dont le principe est d'ailleurs contestable. L'allocation stipulée au profit du gérant ou des administrateurs en général est moins impersonnelle qu'il ne semble : elle sera presque toujours, pratiquement, stipulée *intuitu personæ*, la personnalité des futurs gérants ou administrateurs étant connue.

3378. — Ce que nous venons de dire des avantages attribués aux fondateurs, gérants, administrateurs et autres, ne doit s'entendre que des avantages accordés *par les statuts*, car ils sont stipulés par les bénéficiaires eux-mêmes. Quant aux avantages particuliers accordés aux fondateurs, etc., en cours de société, il n'est pas nécessaire de les soumettre à l'approbation prévue par l'art. 4 de la loi de 1867, attendu que les motifs de cette formalité n'existent plus. Dès l'instant que la société est définitivement constituée, les conventions ultérieures par lesquelles des allocations seraient attribuées à certaines personnes, fût-ce des fondateurs, sont des conventions ordinaires soumises au droit commun, et dont la validité dépendra uniquement de l'étendue des pouvoirs des représentants de la société qui les auront consenties: — Bordeaux, 25 janv. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.318] — ...ou de la libre décision de l'assemblée qui les aura homologuées. — Même arrêt. — V. aussi Paris, 3 août 1886, [*J. des soc.*, 89.417]

3379. — Dès lors, quand les premiers administrateurs ont été nommés par l'assemblée générale des actionnaires, cette assemblée peut fixer librement leur rémunération, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure de vérification. — Lyon, 1er août 1882, [*J. des soc.*, 84.702] — *Sic*, Beslay et Lauras, t. 3, n. 403; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 16; Rousseau, t. 1, n. 1836, art. 4, n. 16; Houpin, t. 1, n. 487; Vavasseur, n. 410.

3380. — Il en est de même des jetons de présence alloués aux membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite et aux commissaires-censeurs des sociétés anonymes, car ils peuvent être désignés par les statuts. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 17; Goirand, n. 160; Houpin, n. 489; Vavasseur, n. 410. — *Contrà*, Pont, n. 975; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 400.

3381. — D'autre part, il n'y a pas non plus avantage particulier, soumis à l'approbation de l'assemblée générale, lorsque cet avantage n'a pas pour résultat de rompre l'égalité entre actionnaires. Ainsi, ne sont pas des avantages particuliers, et ne nécessitent pas l'approbation de l'assemblée générale, les agences concédées à certains actionnaires, à raison de l'importance de leurs actions, attendu que ces concessions n'entament point le capital social, et ne comportent pas de prélèvement sur les bénéfices sociaux au profit de ces actionnaires. — Paris, 27 juin 1888, [*J. des soc.*, 90.443] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 18; Houpin, t. 1, n. 493; Pont, n. 978.

3382. — Il en serait de même du droit accordé par les statuts aux fondateurs ou aux anciens actionnaires, de souscrire *au pair* un certain nombre d'actions nouvelles. — Trib. comm. Seine, 25 juin 1888, [*Rev. des soc.*, 89.25] — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 4, n. 19; Houpin, n. 491; Thaller, *Rev. crit.*, 1880, p. 519. — V. cependant Percerou, *Des fond. des soc. an.*, p. 160.

3383. — A plus forte raison, n'y a-t-il pas avantage *particulier*, dans l'avantage dont il est loisible à tous les actionnaires de profiter. — Beslay et Lauras, n. 403; Cohendy et Darras, *op. cit.*, *Loi de 1867*, art. 4, n. 20; Houpin, n. 486 et 491; Pont, n. 979.

3384. — Jugé en ce sens que la création, au cours de la société, de parts de fondateur ne donne pas lieu à l'application de notre art. 4, lorsque ces parts sont attribuées non pas à certains associés au préjudice des autres, mais à tous les actionnaires. — Paris, 4 avr. 1884, [*J. des soc.*, 86.366] — Trib. comm. Seine, 28 juill. 1884, [*J. des soc.*, 84.363] — Beslay et Lauras, n. 402; Houpin, t. 1, n. 490; Pont, n. 978.

3385. — Il arrive parfois que les fondateurs, ou les administrateurs désignés par les statuts, passent des contrats avec des actionnaires en vue de la future société. Ces contrats ne constituent pas des avantages particuliers. — Trib. Seine, 29 nov. 1886, [*J. des soc.*, 90.62] — Ne doit pas être considéré non plus comme un avantage particulier l'apport à la société d'un marché ou d'une concession, si aucun profit n'est stipulé au profit de l'apporteur. — Goirand, n. 160; Houpin, t. 1, n. 492; Pont, n. 977.

3386. — La question de savoir si telle allocation constitue ou non un avantage particulier est du ressort des tribunaux. Ce n'est pas à l'assemblée générale qu'il appartient de la résoudre. — Cass., 18 déc. 1867, Fauché, [S. 68.1.145, P. 68.353, D. 67.1.474] — Houpin, t. 1, n. 495; Mornard, p. 68; Pont, n. 981.

3387. — Mais, lorsque les statuts ont attribué une allocation à titre d'avantage particulier, et que l'assemblée générale a approuvé régulièrement cette allocation, aussi excessive qu'elle soit, elle ne peut entacher la société de nullité, sauf s'il y avait eu dol ou fraude. — Trib. Seine, 22 avr. 1886, [*J. des soc.*, 90.452] — V. *infrà*, n. 3460 et s.

3388. — Et si les statuts ont prévu une allocation périodique au profit des fondateurs, en raison des services rendus pour la formation de la société, par exemple, cette clause ne peut plus être modifiée, en cours de société, par l'assemblée générale des actionnaires; car elle est devenue définitive par la constitution de la société, et fait partie d'une convention synallagmatique dont les obligations ne peuvent être modifiées par la volonté d'une seule partie. — Douai, 19 nov. 1896, [*J. des soc.*, 97.122] — V. Houpin, t. 1, n. 485.

3389. — Ce que nous venons de dire des apports en nature et des avantages particuliers stipulés lors de la fondation d'une

société, doit s'entendre aussi des apports en nature et des avantages particuliers stipulés lors d'une augmentation du capital social, car l'augmentation du capital social est soumise aux mêmes règles que la constitution de la société. — Cohendy et Darras, *op. cit.*. L. de 1867, art. 4, n. 22; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 870; Wahl, n. 59. — V. *infrà*, n. 5489 et s.

2° Procédure d'approbation des apports et avantages en nature et des avantages particuliers.

3390. — Nous avons maintenant à exposer les règles de la procédure de vérification et d'approbation des apports en nature ou avantages particuliers. — En ce qui concerne l'étendue de la responsabilité édictée par l'art. 8 de la loi de 1867, au cas où cette vérification n'a pas eu lieu, contre ceux qui ont fait ces apports ou stipulé ces avantages, V. *infrà*, n. 3963 et s.

3391. — I. *Vérification et approbation par deux assemblées générales d'actionnaires.* — La loi veut que l'approbation des apports et des avantages particuliers soit donnée en connaissance de cause. A cet effet, et pour éviter toutes les surprises, elle exige la réunion de deux assemblées générales, dans lesquelles les souscripteurs auront les moyens et le temps de se communiquer leurs impressions, d'entendre les explications des apporteurs et de ceux à qui sont faits des avantages particuliers, d'ordonner telle et telle mesure propre à les éclairer, en un mot de n'émettre un vote qu'après avoir été éclairés et avoir mûrement réfléchi.

3392. — La première assemblée ne peut pas donner son approbation, alors même qu'elle serait parfaitement éclairée. Il faut qu'une seconde assemblée soit réunie, et c'est cette seconde assemblée seule qui peut donner l'approbation; la réunion de cette seconde assemblée en vue de l'approbation s'impose donc à peine de nullité de la société. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 24; Houpin, t. 1, n. 505; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 709; Pont, n. 990; Rousseau, t. 1, n. 1857; Thaller, n. 420.

3393. — La loi ne disant rien des formes dans lesquelles doit être faite la vérification, l'assemblée générale jouit de la plus grande liberté pour arrêter telles formes que bon lui semblera. Elle peut procéder elle-même à la vérification. Elle peut ordonner une expertise, qu'elle confiera à une ou plusieurs personnes; mais elle n'est nullement tenue de l'ordonner. — Houpin, t. 1, n. 505; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 709; Pont, n. 990; Rousseau, t. 1, n. 1864 et s.; Floucaud-Pénardille, n. 408.

3394. — Dans la pratique, l'assemblée nomme presque toujours un ou plusieurs commissaires chargés de faire un rapport à la seconde assemblée, après avoir recueilli les documents nécessaires, et s'être entourés de tous les renseignements. Mais si utile qu'elle soit, cette pratique ne saurait être érigée en formalité obligatoire. Dès l'instant que la loi n'impose aucune mesure spéciale, toute latitude doit être laissée à l'assemblée, qui demeure libre d'ordonner ou de ne pas ordonner telle ou telle mesure. — Auteurs précités. — V. cep. Beslay et Lauras, n. 424; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 141.

3395. — Quand l'assemblée croit devoir nommer des commissaires, son choix n'est pas limité, elle peut donc désigner comme commissaire n'importe quel actionnaire, même un administrateur statutaire pourvu lui-même d'avantages particuliers. — Paris, 19 mars 1895, [*J. des soc.*, 95.266] — Arthuys, n. 58; Houpin, t. 1, n. 505. — Elle peut aussi désigner comme commissaires des personnes étrangères à la société; et c'est ce qu'elle fait souvent lorsqu'il s'agit d'apports qui ne peuvent être utilement appréciés que par des spécialistes.

3396. — Bien que la réunion de deux assemblées consécutives soit indispensables, ce principe ne fait pas obstacle à ce qu'un accord intervienne, antérieurement à la réunion de la seconde assemblée, entre les fondateurs et les principaux actionnaires, sur le chiffre des évaluations proposées à l'assemblée, pourvu que cet accord, d'un caractère purement provisoire, ne nuise pas à la liberté des autres associés quand, lors de la réunion de la seconde assemblée, ils seront appelés à donner leur approbation. — Cass., 20 nov. 1888, Congar et autres, [D. 90.1.157] — Ce qui importe, c'est que l'approbation des évaluations proposées n'émane que de la seconde assemblée générale.

3397. — La loi n'indique pas l'intervalle qui doit séparer les deux réunions. Mais cet intervalle doit être au moins de cinq jours francs, attendu que, d'après l'art. 4, la délibération de la seconde assemblée doit, à peine de nullité, être précédée d'un rapport imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. L'intervalle sera même, en fait, de plus de cinq jours, car le délai de cinq jours ne compte qu'à dater du moment où le rapport imprimé a été tenu à la disposition des actionnaires, dûment informés, soit au siège social, soit en tout autre lieu convenu. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 26; Houpin, t. 1, n. 504; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 709; Pont, n. 986; Vavasseur, n. 424.

3398. — Il n'est du reste nullement nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que le rapport soit *adressé* aux souscripteurs, il suffit qu'il ait été tenu à leur disposition dans un lieu désigné, et qu'ils en aient été prévenus par leur avis de convocation. — Bédarride, n. 106; Beslay et Lauras, n. 433; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 27; Houpin, t. 1, n. 506; Pont, n. 996. — Quelques auteurs exigent cependant cet envoi. « La loi ajoute, fait observer Floucaud-Pénardille (t. 1, n. 409) que le rapport doit être imprimé, ce qui donne lieu à supposer qu'elle a voulu qu'une copie en fût envoyée à chaque associé, afin de pouvoir mieux en étudier les éléments et les conclusions. » — Qu'un tel envoi soit désirable nous n'en disconvenons pas; mais en l'absence d'un texte impératif, il ne nous paraît pas pouvoir être imposé.

3399. — En tout cas, on s'accorde à admettre que les deux réunions ne sauraient avoir lieu le même jour, conformément à une pratique réputée licite sous l'empire de la loi du 17 juill. 1856. — Douai, 22 mars 1865, Pilate, [S. 66.2.13, P. 66.86]

3400. — Si le rapport n'était tenu à la disposition des actionnaires que moins de cinq jours avant la réunion de la seconde assemblée, il y aurait là une cause de nullité. Mais si le rapport imprimé du commissaire vérificateur n'avait soulevé aucune protestation, à cet égard, de la part des actionnaires lors de leur seconde réunion, il y aurait présomption qu'il a été mis conformément à la loi, à la disposition des actionnaires cinq jours avant la réunion de l'assemblée. — Paris, 12 déc. 1889, [*Rev. des soc.*, 90.179] — Orléans, 14 juin 1893, [*Rev. des soc.*, 93.570] — *Sic*, Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 28; Houpin, t. 1, n. 506; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 407.

3401. — Cependant, ce n'est qu'une présomption qui pourrait être renversée par la preuve contraire, notamment par l'examen de la comptabilité de l'imprimeur, où l'on pourrait trouver la date de livraison du rapport imprimé. — Mêmes auteurs. — Aussi fera-t-on sagement d'observer le délai, et même de faire constater dans le procès-verbal de la réunion que les actionnaires reconnaissent avoir eu communication du rapport cinq jours avant la réunion de la seconde assemblée. Dans tous les cas, ce serait au demandeur en nullité à prouver que les prescriptions légales à ce sujet n'ont pas été obéies. — Orléans, 14 juin 1893, précité.

3402. — La loi ne dit pas ce que doit contenir le rapport dont nous nous occupons. Son contenu varie, en effet, suivant les circonstances. D'une manière générale, il doit renfermer tous les documents et tous les renseignements propres à éclairer l'assemblée sur la valeur véritable des apports, et sur la cause des avantages particuliers, relater les expertises faites sur le terrain, indiquer les termes de comparaison fournis par les résultats d'entreprises similaires en exploitation, et formuler des conclusions motivées.

3403. — C'est habituellement la première assemblée générale qui désigne le rapporteur. Cependant, si cette première assemblée s'était bornée à nommer des commissaires, ceux-ci pourraient alors confier la rédaction du rapport à l'un d'entre eux, voire même à une autre personne. — Houpin, t. 1, n. 506; Pont, n. 994.

3404. — Dans le cas où la première assemblée aurait nommé deux commissaires et où l'un d'entre eux, par suite d'un événement fortuit ultérieur (décès, interdiction), se trouverait dans l'impossibilité de coopérer au rapport, ledit rapport, présenté par l'unique commissaire restant, serait nul, et la société, par voie de conséquence, serait entachée de nullité. — Douai, 7 févr. 1895, [*J. des soc.*, 95.323] — *Sic*, Houpin, t. 1. n. 506; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 409. — Même solution en cas de démission de l'un d'entre eux. — Même arrêt. — Dans cette hypothèse, la seule voie régulière serait de procéder à une nouvelle nomination de commissaires, ou de réinvestir par un vote le commissaire restant.

3405. — Le rapporteur n'est tenu à aucune forme, ni à aucun délai, sauf les formes et les délais qui auraient été prescrits par l'assemblée dont il tiendrait son mandat. Par conséquent, si

l'assemblée n'avait pas ordonné d'expertise, le rapporteur ne serait pas obligé d'y recourir, il pourrait faire son rapport sur les seuls renseignements qui lui seraient parvenus. — V. cep. Lyon, 14 juin 1895, [*J. des soc.*, 95.499] — Il peut même déposer son rapport le jour où il a été nommé. — Douai, 31 mai 1889, [*J. des soc.*, 91.283]

3406. — Le rapport manuscrit doit être signé par le ou les rapporteurs, et déposé au siège social. — Houpin, t. 1, n. 506.

3407. — II. *Convocation des actionnaires.* — *Tous* les actionnaires doivent être convoqués aux deux assemblées dont nous venons de parler. En sorte que, suivant la remarque de MM. Lyon-Caen et Renault, « ce sont plutôt des assemblées de souscripteurs que des assemblées d'actionnaires; car il n'y a d'actionnaires qu'après la constitution de la société ». Il n'y a donc aucun compte à tenir des clauses statutaires qui exigeraient qu'un actionnaire eût un certain nombre d'actions pour être appelé aux assemblées générales. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 710; Houpin, t. 1, n. 502; Mornard, p. 71; Pont, n. 982 et 983; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 132; Vavasseur, t. 2, n. 894; Deloison, n. 327; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 438.

3408. — Jugé, à cet égard, que, dans le cas d'augmentation du capital social, l'assemblée chargée d'apprécier les apports en nature et les avantages particuliers conférés à de nouveaux actionnaires, doit comprendre à la fois, à peine de nullité, tant les anciens actionnaires que les nouveaux. — Cass., 19 oct. 1892, Liquid. de la Soc. financière de Paris, [S. et P. 93.1.89, et la note de M. Houpin, D. 92.1.593]

3409. — C'est au gérant ou aux fondateurs de la société qu'incombe l'obligation de convoquer les actionnaires. Ces derniers ne sauraient, de ce chef, encourir aucune responsabilité. — Amiens, 16 janv. 1875, Cungniez, [S. 75.2.193, P. 75.800] — Houpin, t. 1, n. 502.

3410. — La loi ne prescrit aucune condition de forme pour la convocation des actionnaires aux deux assemblées; il faut donc se référer aux statuts pour les règles de forme de cette convocation. Dans le silence des statuts, on doit considérer comme valable toute espèce de convocation, pourvu qu'elle soit susceptible d'arriver à la connaissance de tous les souscripteurs. La convocation individuelle par lettre ou circulaire est sans doute le mode préférable; mais on n'en saurait faire une obligation. — Bordeaux, 12 mai 1897, [*J. des soc.*, 97.510; *Rép. not.*, n. 10104] — Le plus ordinairement, la convocation se fait collectivement au moyen d'un avis inséré dans une ou plusieurs feuilles d'annonces légales de la localité. Ce mode de convocation est valable. — Arthuys, n. 63; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, sur l'art. 4, n. 33; Houpin, n. 503; Mathieu et Bourguignat, n. 43; Percerou, p. 123; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 125; Vavasseur, n. 424. — V. cependant, Beslay et Lauras, n. 420; Foureix, p. 208; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 404.

3411. — Une convocation *verbale* serait-elle suffisante? Il a été jugé, dans le sens de l'affirmative, que la clause des statuts d'après laquelle la convocation pour les assemblées constitutives pourra avoir lieu verbalement ou par lettre missive des fondateurs n'a rien de contraire à l'ordre public, et que l'assemblée tenue conformément à cette disposition est régulière, surtout s'il appert du registre des délibérations que tous les actionnaires étaient présents ou représentés. — Orléans, 14 juin 1893, Synd. Soc. des eaux de Saint-Galmier, [S. et P. 95.2.161] — Nous admettrions la validité de la convocation verbale, si la première assemblée, à laquelle assistaient tous les actionnaires, renvoie à jour fixe la réunion de la seconde assemblée.

3412. — Mais cette unanimité est difficile à obtenir, et aussi à prouver. Aussi, nous paraît-il prudent de ne pas recourir à la convocation verbale. Il serait toujours difficile de faire la preuve de la convocation, en pareille hypothèse, et, faute de preuve, la société pourrait se trouver entachée de nullité. — Houpin, t. 1, n. 503.

3413. — Il faut une convocation pour chacune des deux assemblées; car l'art. 4 de la loi de 1867 dit que la seconde assemblée doit statuer après une *nouvelle* convocation. Donc une convocation unique pour les deux assemblées serait irrégulière. — Houpin, t. 1, n. 503; Pont, n. 837; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 125; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 406. — Cependant si tous les actionnaires se trouvaient présents à la seconde assemblée, l'irrégularité serait couverte. — Mêmes auteurs.

3414. — Il a été décidé toutefois, sous l'empire de la loi de 1856, qu'un actionnaire absent à la première réunion pourrait ne pas être de nouveau convoqué pour la seconde, si la convocation originaire faite à cet actionnaire (qui d'ailleurs a ratifié les délibérations prises en son absence) l'appelait à assister aux délibérations relatives à la constitution définitive de la société. — Douai, 22 mars 1865, Piate, [S. 66.2.13, P. 66.86] — Mais, sous le régime de la loi de 1867, le mot *nouvelle* inscrit dans l'art. 4 ne permet pas d'admettre cette solution.

3415. — Bien que la loi ne dise pas qu'un délai déterminé doive s'écouler entre la convocation et la réunion de l'assemblée générale, il va de soi qu'on doit observer le délai nécessaire pour que la convocation parvienne à la connaissance de tous les actionnaires et que chaque actionnaire, sur le vu de la convocation, ait le temps nécessaire de se rendre à l'assemblée eu égard à la distance de son domicile. — Houpin, t. 1, n. 504; Pont, n. 985; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 407. — V. Bordeaux, 12 mai 1897, précité. — La première assemblée pourrait cependant être tenue le lendemain même du jour de la déclaration notariée, laquelle doit précéder la convocation, si en fait tous les actionnaires étaient présents. Cette unanimité, d'ailleurs irréalisable dans une société nombreuse, couvrirait l'irrégularité de la convocation résultant de l'insuffisance du délai. — Paris, 12 déc. 1889, [*J. des soc.*, 91.18] — Houpin, t. 1, n. 504. — V. aussi Trib. Bruxelles, 11 mai 1887, [*J. des soc.*, 90.148]

3416. — Jugé, dans le même ordre d'idées, qu'il ne résulterait aucune nullité de ce que la convocation à la première assemblée générale constitutive d'une société anonyme aurait été faite *dans les statuts*, à la rédaction desquels étaient présents tous les actionnaires, alors surtout que tous les actionnaires ont pris part à l'assemblée générale constitutive ainsi convoquée. — Paris, 17 nov. 1891, Alépée et Derriey, [S. et P. 92.2.281, D. 91.1.150] — V. aussi Paris, 13 nov. 1890, Froment et autres, [S. et P. 92.2.210, D. 92.2.159]

3417. — III. *Des actionnaires qui ont voix délibérative.* — Le droit de prendre part au vote dans chaque assemblée appartient à tous les actionnaires. Chaque actionnaire aura donc une voix et n'en aura qu'une, quel que soit le nombre des actions qu'il a souscrites. Tel est du moins le principe. Ce principe comporte toutefois un tempérament pour les sociétés anonymes. D'après l'art. 27, alin. 2, dans les sociétés anonymes, les statuts peuvent stipuler que le nombre de voix dont disposera chaque actionnaire dans les assemblées constitutives sera proportionnel au nombre de ses actions, pourvu toutefois que le nombre de voix ainsi attribué *ne dépasse pas dix*. Il ne faut pas, en effet, que les gros actionnaires puissent écraser les petits.

3418. — Mais on ne saurait étendre aux commandites par actions cette exception établie pour les sociétés anonymes, car les exceptions sont de droit étroit. Donc, pour les commandites par actions, il faut en revenir au principe, à savoir que chaque actionnaire ne dispose que d'une voix, quel que soit le nombre des actions qu'il possède, et quelles que soient les dispositions statutaires à cet égard, car les dispositions statutaires visent la société constituée et ne sauraient s'appliquer aux assemblées constitutives, qui sont une des étapes de la formation de la société. — Arthuys, n. 64; Beslay et Lauras, n. 413 à 417; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 1, n. 36; Houpin, t. 1, n. 513; Mornard, p. 71; Pont, n. 1005; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1017 *bis*; Rousseau, t. 1, n. 1885. — V. aussi Bordeaux, 12 mai 1897, précité. — *Contrà*, Vavasseur, n. 421.

3419. — D'après l'art. 4, sont exclus du droit de voter les associés qui ont fait des apports en nature ou en faveur desquels ont été stipulés des avantages particuliers. Ils seraient à la fois juges et parties. Mais ce que la loi leur refuse, c'est seulement le droit de voter. Ils peuvent fort bien prendre part à la discussion, fournir des renseignements, donner même des avis; ils ont en un mot voix consultative, mais ils ne sauraient prendre part à la délibération qui concerne leurs apports ou avantages. — Houpin, t. 1, n. 514; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 712; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 429; Rousseau, t. 1, n. 1890.

3420. — Le motif qui fait refuser le droit de vote à ceux qui ont fait des apports ou stipulé des avantages particuliers, doit le leur faire refuser, *même quand ils ont souscrit aussi des actions de numéraire*, parce que, en ce cas, leur vote ne saurait plus être désintéressé. — Cass., 22 févr. 1888, Bourdais frères, [S. 88.1.417, P. 88.1036, et la note de M. Lacointa, D. 88.1.297]; — 6 nov. 1894, Alépée, et 17 déc. 1894, De Goldschmidt, [S. et P. 95.1.113, et la note de M. Lyon-Caen, D. 95.1.151];

— 18 oct. 1899, Martin, [S. et P. 1901.1.81, et la note de M. Wahl] — Paris, 17 nov. 1891, Alépée et Derriey, [S. et P. 92.2.281, D. 92.2.151]; — 14 avr. 1892, De Goldschmidt et autres, [S. et P. 93.2.281, D. 92.2.347]; — 3 mars 1896, [*J. des soc.*, 97.61] — Trib. comm. Seine, 12 août 1891, [*J. Le Droit*, 12 sept. 1891] — Alauzet, n. 651; Bédarride, n. 123; Beslay et Lauras, n. 463; Boistel, n. 256; Houpin, t. 1, n. 614; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 712; Mathieu et Bourguignat, n. 45; Pont, n. 1008; Rivière, n. 47; Rousseau, t. 1, n. 1891; Vavasseur, n. 419; Tonnelier, *Des app. en nat. dans les soc. par act.*, p. 46; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 283; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., Suppl.*, vº *Soc. en commandite*, n. 69. — V. aussi Lacointa, note sous Cass., 22 févr. 1888, précité.

3421. — Et la même solution doit recevoir son application au cas où il s'agit d'associés dont les actions correspondraient pour partie à des apports en nature et pour partie à des apports en numéraire. — Lyon-Caen, note sous Cass., 6 nov. et 17 déc. 1894, précité. — V. *suprà*, n. 3155 et s.

3422. — Mais la prohibition concernant le vote des apporteurs et de ceux qui jouissent d'avantages particuliers n'est que relative. Ils doivent s'abstenir de prendre part au vote concernant leur apport ou leur avantage, mais ils peuvent prendre part au vote relatif à un apport ou un avantage auquel ils sont étrangers. En effet, le but de la loi est d'interdire les votes intéressés; et ici, le vote n'est pas plus suspect que celui des autres actionnaires, l'apporteur n'ayant plus à statuer sur ses propres intérêts. — Cass., 20 janv. 1892, Dutertre et Ouvrard, [S. et P. 92.1.260, D. 92.1.229] — Angers, 17 juill. 1887, sous Cass., 22 févr. 1888, précité. — *Sic*, Alauzet, n. 651; Arthuys, n. 65; Boistel, n. 256; Rousseau, t. 1, n. 1893; Houpin, t. 1, n. 514; Pic, *Ann. de dr. comm.*, 1892, p. 222; Pont, n. 1009; Ruben de Couder, vº *Soc. en comm.*, n. 137; Vavasseur, n. 419; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 429. — *Contrà*, Percerou, p. 125. — C'est en vain qu'on objecte que les termes de la loi sont absolus, que la loi exclut du vote les apporteurs en nature, sans distinguer; c'est mal interpréter la pensée du législateur qui veut seulement exclure du vote ceux qui ont intérêt à donner leur approbation. On pourrait, il est vrai, redouter une collusion entre les divers apporteurs en nature dont chacun pourrait promettre son approbation en échange de l'approbation des autres. Mais cette collusion ne peut se présumer.

3423. — Toutefois, si chaque apporteur peut voter sur l'approbation des apports ou avantages à lui étrangers, cela suppose des apports distincts. Il n'en serait plus de même s'il s'agissait d'un apport indivis fait par plusieurs actionnaires (apport d'immeubles, par exemple, fait par plusieurs copropriétaires). L'apport indivis doit être considéré comme *indivisible*, attendu que les copropriétaires indivis n'ont pas des intérêts opposés, ni même distincts. Leur intérêt est le même; la division de l'apport, pour faciliter le vote, serait une pure fiction. Ils doivent donc tous s'abstenir de voter sur l'approbation de leur apport indivis. — Cass., 22 févr. 1888, précité. — Agen, 27 juill. 1887, sous cet arrêt. — Rousseau, t. 1, n. 1895; Houpin, t. 1, n. 514.

3424. — Les actionnaires ne sont pas obligés de prendre part personnellement au vote. Ils peuvent se faire représenter aux assemblées par des mandataires. Il n'est pas nécessaire de recourir, pour ce mandat, à une procuration notariée, l'emploi de cette forme n'étant requis par aucun texte, et les usages du commerce étant contraires.

3425. — Mais faut-il conclure, de cette faculté de représentation, à la possibilité, pour un apporteur en nature ou un associé avantagé, de prendre part au vote concernant l'approbation de son apport ou de son avantage, en qualité de mandataire d'un actionnaire non intéressé à l'apport ou à l'avantage? L'affirmative est généralement admise. En effet, les actionnaires peuvent se faire représenter à l'assemblée générale par un mandataire, à la seule condition qu'il soit choisi parmi les associés. Dès lors, dans le vote concernant l'approbation des apports ou avantages, ce n'est plus la capacité du mandataire qu'il faut considérer, c'est celle du mandant : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. — Cass., 20 janv. 1892, précité. — Trib. civ. Seine, 25 juin 1894, [*Rev. des soc.*, 95.39] — Arthuys, n. 65; Cohendy et Darras, *C. comm. ann., L. de 1867*, art. 4, n. 43; Houpin, t. 1, n. 514.

3426. — Cette solution a été vivement critiquée par plusieurs auteurs. N'est-ce pas, disent-ils avec raison, une situation bizarre que celle où le contrôleur donne mandat au contrôlé d'opérer le contrôle lui-même, et peut-on sérieusement croire que ce mandataire, placé entre deux intérêts opposés, le sien propre et celui de son mandant, n'envisagera que ce dernier? Ce stoïcisme est plutôt rare dans la pratique courante, et il serait quelque peu naïf d'envisager comme sérieuse une vérification effectuée dans des conditions semblables. — Bonfils, *Rev. crit. de lég.*, 1893, p. 401 et s.; Rousseau, t. 1, n. 1899.

3427. — Ceux que la loi exclut du vote, ce sont les associés qui ont fait des apports en nature. La jurisprudence en conclut, avec une bienveillance extrême, qu'il n'y a pas lieu de refuser le droit de vote à ceux qui, sans être apporteurs en nature, ont néanmoins un grand intérêt à ce que la valeur des apports soit exagérée. Ainsi quand une société en absorbe une autre, et que celle-ci fait à celle-là l'apport de son actif, cet apport sera valable si, lors du vote d'approbation, le directeur de la société apporteuse s'est abstenu de voter, tandis que tous les actionnaires de la société apporteuse, actionnaires aussi de la société nouvelle, ont pris part au vote concernant l'apport, dont ils avaient un intérêt manifeste à exagérer la valeur. En faveur de cette solution, on peut dire que les prescriptions légales ont été respectées à la lettre. Les actionnaires n'étaient pas propriétaires du fonds social apporté, ils avaient donc le droit de voter; le fonds social appartenait à la société, personne morale, c'était la société qui était le véritable apporteur, représenté par le directeur. Or celui-ci s'est abstenu. Ainsi se trouve réalisé le vœu de la loi. — Paris, 17 avr. 1894, Comp. des chemins de fer argentins, [S. et P. 95.2.121, et la note de M. Wahl] — et sur pourvoi, Cass., 5 nov. 1895, [D. 97.1.113 et la note de M. Thaller] — V. aussi Trib. comm. Seine, 16 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.335]

3428. — Il nous paraît difficile d'approuver cette décision de la jurisprudence. Il est manifeste que la plupart des actionnaires qui avaient pris part au vote d'approbation des apports avaient intérêt à exagérer l'évaluation du fonds social apporté. La situation de ces actionnaires était exactement la même que s'ils avaient été copropriétaires indivis du fonds social apporté. On a peut-être respecté la lettre de la loi, on en a sûrement violé l'esprit. — V. Arthuys, n. 65; Houpin, n. 514; Rousseau, t. 1, n. 1896.

3429. — M. Thaller, cependant, n'hésite pas à approuver la jurisprudence précitée. « Une assemblée de vérification d'apports est nulle, dit-il, lorsque la même personne, réunissant les deux rôles d'apporteur et de souscripteur en numéraire, vote en sa deuxième qualité l'apport qu'elle a constitué en vertu de la première. Ici, pour les administrateurs dont le vote était incriminé, ce cumul de position n'existait pas. C'est la société au conseil d'administration de laquelle ils appartenaient qui avait fait l'apport et comparu aux statuts par un directeur; c'étaient eux-mêmes qui, en leurs noms propres, avaient souscrit des actions. Le directeur suffisait à représenter la société auteur de la concession dans la constitution des chemins de fer argentins. Il avait été sans doute habilité préalablement par une délibération de son conseil d'administration et même de son assemblée générale. Mais il n'en résultait point que les membres d'un conseil, par leur présence aux assemblées de vérification, eussent conservé leur qualité d'administrateurs; ils en avaient une autre, une qualité toute différente, celle de souscripteurs personnels... » — Thaller, note précitée. — V. Wahl note sous Paris, 17 avr. 1894, précité.

3430. — En dehors des cas que nous avons exposés, si un apporteur en nature ou un associé avantagé prenait part au vote d'approbation des apports ou avantages particuliers, ce vote entraînerait nullité de la société. — Cass., 22 févr. 1888, précité.

3431. — Aussi fera-t-on bien, dans le procès-verbal de la seconde réunion de l'assemblée, de constater que les apporteurs et les associés avantagés n'ont pas pris part au vote. Cela peut être utile au point de vue de la preuve.

3432. — La jurisprudence dominante estime que si, malgré les prohibitions de la loi, des apporteurs en nature ou des associés avantagés ont pris part au vote d'approbation, la délibération est valable, pourvu que, en défalquant les votes des apporteurs en nature et des associés avantagés, les apports et les avantages aient été approuvés par une majorité d'actionnaires obtenue dans les conditions prévues par la loi. — Cass., 6 nov. 1894, précité; — 18 oct. 1899, Martin, [S. et P. 1901.1.81, et la note de M. Wahl] — Paris, 17 nov. 1891, Alépée et Derriey, [S. et P. 92.2.281, D. 92.2.347] — *Contrà*, Lyon, 3 déc. 1896, [*Rev. des soc.*, 96.253] — Trib. comm. Seine, 25 juin 1895, [*Rev. des soc.*, 95.39] — Arthuys, n. 65; Cohendy et Darras, *op. et loc. cit.*, n. 45; Houpin, t. 1,

n. 514; Giraud, *Ann. de dr. comm.*, 1895, t. 2, p. 215; Rousseau, t. 1, n. 1897. — *Contrà*, Cass., 17 déc. 1894, De Goldschmidt et autres, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.151]

3433. — « Qu'importe, fait justement remarquer M. Lyon-Caen (note sous Cass., 6 nov. et 17 déc. 1894, [S. et P. 95.1.113]), que les associés ayant fait des apports en nature aient voté, si, en définitive, en considérant leurs votes comme non avenus, on trouve que la délibération réunit toutes les conditions exigées par la loi? Le but du législateur est, en définitive, atteint. La participation des apporteurs en nature au vote ne peut pas plus faire redouter une influence irrégulière exercée par eux sur les autres actionnaires que la participation à la délibération précédant le vote. Celle-ci même serait plus à redouter, et pourtant il n'est pas douteux qu'elle est admise : ils ont voix *consultative*, la loi ne leur refuse que voix *délibérative*, d'après les termes mêmes de l'art. 4 de la loi de 1867 ».

3434. — A plus forte raison, la présence, à l'assemblée générale chargée de vérifier les apports, des souscripteurs d'actions qui sont en même temps attributaires d'actions d'apports, n'a-t-elle pas pour effet de compromettre la validité de la délibération à laquelle ces derniers ont indûment concouru, si la délibération a été prise à l'unanimité. — Cass., 18 oct. 1899, précité.

3435. — IV. *Majorité requise et* quorum *de présence pour la validité des délibérations.* — La majorité requise pour la validité des délibérations dont nous parlons doit se former dans des conditions différentes suivant qu'il s'agit de la société en commandite par actions, ou de la société anonyme.

3436. — Pour ce qui concerne les sociétés en commandite par actions, l'art. 4, L. 24 juill. 1867, exige que les délibérations relatives à l'approbation des apports et avantages soient prises à une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire, sauf si les statuts exigent une majorité plus forte, auquel cas il faudrait suivre les statuts. — Houpin, t. 1, n. 511; Pont, n. 1004. — La majorité exigée par l'art. 4, § 4, L. 24 juill. 1867, pour la vérification des apports en nature dans une société en commandite par actions doit être calculée, tant au point de vue du nombre des associés que du capital en numéraire, abstraction faite des associés apporteurs et du capital en numéraire par eux souscrit. — Paris, 17 nov. 1891, précité.

3437. — Cette majorité spéciale est la condition nécessaire et suffisante de la délibération. Aucun *quorum* de présence n'est exigé.

3438. — En ce qui concerne les *sociétés anonymes*, au contraire, la loi ne s'explique que sur le *quorum* de présence, et ne prescrit, expressément du moins, aucune majorité spéciale. En effet, d'après l'art. 30, L. 24 juill. 1867, relatif aux sociétés anonymes « *les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports... doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social. — Le capital social dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à vérification. — Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives, si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social* ».

3439. — Il résulte de ce texte que, dans les sociétés anonymes, les assemblées constitutives ne peuvent délibérer que si elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social, calculée uniquement sur le capital en numéraire, et défalcation faite de la valeur des apports en nature. Soit une société anonyme au capital de un million, et où les apports en nature sont représentés par 400,000 fr. d'actions d'apport. Le capital dont la moitié doit être représentée à l'assemblée constitutive sera donc de 600,000 fr. Il faudra, par conséquent, que les actionnaires prenant part à la délibération représentent au moins 300,000 fr. par la valeur de leurs actions.

3440. — Sur la question de savoir si le capital social dont la moitié doit être représentée se compose uniquement du capital souscrit en espèces par les associés non apporteurs, ou s'il faut également y comprendre les actions en numéraire qui peuvent appartenir aux associés apporteurs, V. *infrà*, n. 3451 et s.

3441. — Dans le cas où les actionnaires présents à la réunion de l'assemblée constitutive ne représenteraient pas la moitié du capital social ainsi entendu, cette assemblée ne pourrait prendre qu'une délibération provisoire. Il y aurait lieu de convoquer une autre assemblée, après deux avis publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance. Alors, si les résolutions provisoires arrêtées par la première assemblée sont adoptées par la nouvelle, les résolutions provisoires deviennent définitives, pourvu toutefois que la nouvelle assemblée représente un cinquième du capital social, défalcation faite de la valeur des apports en nature.

3442. — Cette condition est spéciale aux sociétés anonymes; lorsque les assemblées des sociétés en commandite par actions n'ont pu obtenir un vote dans les conditions légales que nous allons préciser, elles ne sauraient procéder à un autre vote dans des conditions moins rigoureuses. — Arthuys, n. 66; Pont, n. 1001; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1017 *bis*. — Il faudrait de toute nécessité convoquer une nouvelle assemblée, qui devrait délibérer aux mêmes conditions que la précédente. — Alauzet, n. 461; Houpin, t. 1, n. 518; Mathieu et Bourguignat, n. 46. — *Contrà*, Pont, n. 1001.

3443. — Nous venons de voir que pour les sociétés anonymes la loi se borne à fixer un *quorum* de présence : les actionnaires réunis aux assemblées générales constitutives doivent représenter la moitié du capital social. Faut-il combiner ce *quorum* de présence avec le *quorum* de majorité imposé aux sociétés en commandite? Si l'on se prononce pour la négative, la délibération dans les sociétés anonymes pourra être prise à la simple majorité, suivant l'art. 28, al. 1, qui contient le droit commun en la matière. Si l'on se prononce en faveur de l'affirmative, il faudra non seulement que les actionnaires présents aux délibérations représentent la moitié du capital social, mais encore que la majorité représente le quart des actionnaires et le quart du capital social.

3444. — Dans une première opinion, on soutient que les conditions de majorité imposées par l'art. 4 aux commandites par actions ne doivent pas être étendues aux sociétés anonymes, pour lesquelles la loi n'exige qu'un *quorum* de présence. On se fonde sur ce que les articles postérieurs d'une loi dérogent aux articles antérieurs. L'art. 30 dérogeait donc à l'art. 4. Sans doute, l'art. 24 renvoie à l'art. 4 pour les sociétés anonymes, mais l'art. 30 est postérieur à l'art. 24 lui-même, et l'art. 24 n'a pu renvoyer à l'art. 4 que pour les points non tranchés par la loi relativement aux sociétés anonymes. Il en résulterait que, pour les sociétés anonymes l'art. 30 se suffirait à lui-même et n'aurait pas besoin d'être complété par l'art. 4 relatif aux sociétés en commandite. La loi n'exigeant qu'un *quorum* de présence; si ce *quorum* était atteint, la délibération serait valablement prise, quand bien même la majorité ne représenterait pas le quart des actionnaires et le quart du capital social en numéraire. — Arthuys, n. 67; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 713, et note sous Cass., 6 nov. 1894, Alépée et Derriey, [S. et P. 95.1.113]; Percerou, p. 124; Vavasseur, n. 894; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, *Supp.*, n. 75; Rousseau, t. 1, n. 1901; Durandy, *Les assembl. d'action. dans les soc. anon.*, p. 3 et 42.

3445. — Nous préférons l'opinion suivie par la jurisprudence, d'après laquelle les prescriptions de l'art. 30 concernent les sociétés anonymes doivent se cumuler avec les prescriptions de l'art. 4 concernant à la fois les commandites par actions et les sociétés anonymes. Cela résulte de ce que l'art. 24 relatif aux sociétés anonymes renvoie à l'art. 4 relatif aux sociétés en commandite. L'art. 30 ne peut être considéré comme dérogeant à l'art. 24, ni par suite à l'art. 4 auquel renvoie l'art. 24, car ces articles traitent de questions différentes. L'art. 30 fixe un *quorum* de *présence*, l'art. 4 fixe un *quorum* de *majorité*. Un article postérieur ne déroge nécessairement à un article antérieur, qu'autant que les dispositions des deux articles sont inconciliables. Or les dispositions des art. 4 et 30 sont parfaitement conciliables, elles se complètent au lieu de se contrarier. Et l'on conçoit parfaitement que le législateur ait été plus sévère pour les sociétés anonymes que pour les commandites par actions en leur imposant une condition de *quorum* de présence en plus; car dans les sociétés anonymes les actionnaires sont nombreux la plupart du temps et ne se connaissent pas, il était donc utile d'en réunir le plus grand nombre possible. Nous pensons, en

conséquence, que la majorité doit représenter le quart des actionnaires et le quart du capital social en numéraire, aussi bien dans les sociétés anonymes que dans les commandites par actions. — Cass., 6 nov. 1894, Alépée et Derriey, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.151] ; — 18 oct. 1899, Martin, [S. et P. 1901.1.81] — Angers, 27 juill. 1887, sous Cass., 22 févr. 1888, Bourdais frères, [S. 88.1.417, P. 88.1.1036, et la note de M. Lacointa] — Amiens, 24 déc. 1886, [*J. des aud. de la Cour*, 86.251] — Paris, 12 janv. 1887, [*J. des soc.*, 87.772] ; — 14 avr. 1892, De Goldschmidt et autres, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.347]; — 3 mars 1896, Jacob, [D. 96.2.516] — *Sic*, Deloison, n. 328; Lacointa, note précitée; Vavasseur, n. 894; Houpin, t. 1, n. 521; Thaller, n. 428; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 410; Wahl, *Augm. du cap. soc.*, n. 66; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, *Suppl.*, n. 70; Tonnelier, *Des app. en nature*, p. 48.

3446. — En d'autres termes, dans les sociétés anonymes, les délibérations contenant approbation des apports doivent être prises par une assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social non soumis à vérification, à la majorité des actionnaires présents, et cette majorité doit comprendre le quart de l'ensemble des actionnaires et représenter le quart du capital en numéraire : le tout à peine de nullité, même au cas où les apporteurs ont souscrit la plus grande partie des actions en numéraire. — Mêmes arrêts et auteurs.

3447. — Il est pourtant un cas où il paraît impossible de cumuler les prescriptions de l'art. 30 avec celles de l'art. 4; c'est l'hypothèse où la majorité légale n'ayant pas été obtenue, il faut réunir une nouvelle assemblée constitutive. On sait, que, dans cette assemblée les délibérations peuvent être valablement prises, si le cinquième seulement du capital social en numéraire y est représenté. Il est clair qu'alors, si le cinquième seulement du capital social se trouve représenté, il sera impossible de réunir une majorité représentative du quart du même capital. — V. Arthuys, n. 67; Poupin, t. 1, n. 521.

3448. — Examinons maintenant le mécanisme de cette double majorité, en nombre et en sommes, expressément imposée pour la commandite par actions et étendue à la société anonyme, sous la réserve formulée au numéro précédent. — La loi exige, d'abord, que la majorité représente le quart des actionnaires. Dans cette majorité, il faut comprendre aussi bien les actionnaires représentés que les actionnaires présents. Il faut même y comprendre ceux des associés apporteurs ou avantagés qui auraient le droit de voter sur les apports ou avantages ne les concernant pas (V. *suprà*, n. 3422). — Boistel, n. 256; Houpin, t. 1, n. 515; Mornard, p. 71; Pont, n. 1009 et 1011. — Mais il n'y faudrait pas comprendre les apporteurs dont il s'agit précisément d'approuver l'apport. — Houpin, *loc. cit.*; Goirand, n. 182 et 187; Vavasseur, n. 417. — *Contrà*, Pont, n. 1011.

3449. — La majorité doit ensuite représenter le quart du capital social en numéraire. Soit une société par actions fondée au capital de un million, réparti en 2,000 actions de 500 fr., chacune, possédées par 100 actionnaires. Supposons que sur ces 2,000 actions, il y en ait 500 d'apport. La majorité devra représenter au moins vingt-cinq actionnaires, et un capital d'au moins 187,500 fr., c'est-à-dire le quart de 1 million, diminué de la valeur des 500 actions d'apport valant 250,000 fr. Si cette majorité n'est pas obtenue, il y a nullité.

3450. — Jugé, en ce sens, que l'approbation des apports dans une société par actions devant résulter d'une délibération prise en assemblée générale par une majorité d'actionnaires représentant au moins le quart du capital souscrit en numéraire, et les associés apporteurs ne pouvant prendre part au vote, alors même qu'ils sont en même temps apporteurs en numéraire (V. *suprà*, n. 3420), est nul le vote approbatif d'apports, si la représentation du quart du capital souscrit n'a été obtenue qu'à l'aide d'actions appartenant à l'apporteur en nature. — Paris, 14 avr. 1892, De Goldschmidt et autres, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.347] — Il en est ainsi, alors même que ce vote aurait été émis par l'unanimité des autres souscripteurs. — Même arrêt.

3451. — Il est facile d'établir la majorité représentant le quart des actionnaires et le quart du capital en numéraire, lorsque les apporteurs en nature n'ont souscrit aucune action en numéraire; il suffit alors d'écarter du vote les apporteurs en nature, et de ne faire état, pour le calcul de la majorité en nombre et en chiffre, que des seuls actionnaires ayant souscrit des actions en numéraire. Mais la question est plus délicate lorsque les apporteurs en nature ont souscrit en même temps des actions en numéraire, ou lorsqu'il y a des souscripteurs en numéraire particulièrement avantagés. Les actions en numéraire doivent-elles alors entrer en ligne de compte pour calculer la majorité requise représentant le quart des actionnaires et le quart du capital en numéraire?

3452. — La difficulté provient de la combinaison de ces deux règles, à savoir que la majorité n'est valable qu'autant qu'elle représente le quart du capital social en numéraire, d'une part, et que, d'autre part, les apporteurs ou les associés avantagés sont exclus du vote. Supposons, en effet, qu'une société anonyme soit constituée au capital social de 1 million, et que les apporteurs en nature aient souscrit en numéraire plus des 3/4 du capital en espèces. Par exemple, les apports ont une valeur de 200,000 fr., reste pour le capital social en espèces 800,000 fr., et les apporteurs ont souscrit pour 650,000 fr., en numéraire, les autres actionnaires ne représentant à eux tous que 150,000 fr., c'est-à-dire *moins du quart du capital social*. Faut-il donc décider que la société *ne pourra se constituer*, puisque la majorité des actionnaires en numéraire ne pourra jamais représenter le quart du capital social, ou faut-il admettre que le vote pourra avoir lieu, pourvu qu'il représente le quart du capital possédé par les seuls actionnaires qui ont le droit de prendre part au vote? En un mot, le quart du capital social doit-il être calculé sur tout le capital-espèces, y compris les actions en numéraire possédées par les apporteurs et les associés avantagés, ou seulement sur le capital possédé par les actionnaires non apporteurs, ni avantagés? La question est vivement controversée.

3453. — Dans un premier système, on soutient qu'il faut calculer le quart du numéraire sur tout le capital en numéraire souscrit, y compris les actions de numéraire souscrites par les apporteurs ou les associés avantagés. — Amiens, 24 déc. 1886, [*J. des soc.*, 90.50] — Angers, 27 juill. 1887, sous Cass., 22 févr. 1888, Bourdais frères, [S. 88.1.417, P. 88.1.1036, D. 88.1.297] — Paris, 17 févr. 1892, [*J. des soc.*, 92.171] — Alger, 13 juin 1895, Génillon, [D. 96.2.307] — On fait valoir, en faveur de ce système, d'abord, le texte de la loi, qui parle du capital en numéraire, sans faire aucune distinction. On ajoute que si l'on admet une solution contraire, il arrivera parfois que l'approbation sera donnée par un nombre infime d'actionnaires, ce qui équivaut à l'absence d'approbation : en effet, si les apporteurs en nature et les associés avantagés ont souscrit la plus grande partie du capital en numéraire, par exemple, les 3/10es, les autres actionnaires ne représenteront que le 1/10e du capital social et la majorité du quart ne représentera que le quart du 1/10e, c'est-à-dire une fraction absolument négligeable du capital social. Et par suite, les apporteurs en nature n'auraient qu'à souscrire la plus grande partie du capital en numéraire, pour rendre le vote d'approbation absolument illusoire, ou même impossible, s'ils souscrivent l'unanimité des actions en numéraire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 716.

3454. — D'ailleurs, ajoute-t-on, si l'on admet que les apporteurs en nature et les associés avantagés peuvent voter sur l'approbation des apports et des avantages qui ne les concernent pas (V. *suprà*, n. 3422), il est légitime que l'on tienne compte de leur capital en numéraire. — V. Lyon-Caen et Renault, note sous Cass., 6 nov. et 17 déc. 1894, Alépée et Derriey, [S. et P. 95.1.113] — Il faut donc admettre que le quart doit se calculer sur tout le capital social en numéraire, y compris les actions en numéraire des apporteurs et des associés avantagés, sous peine de rendre parfois la constitution de la société impossible. — Arrêts précités.

3455. — Un second système, suivi par la jurisprudence de la Cour suprême, décide, au contraire, que la majorité requise doit être calculée *uniquement* sur le nombre des associés souscripteurs d'actions en numéraire, et d'après le capital en numéraire qu'ils représentent, abstraction faite du capital en numéraire souscrit par les apporteurs et les associés avantagés. En effet, dit-on, les apporteurs en nature étant exclus du droit de vote, il serait singulier que le numéraire par eux souscrit entrât en considération pour le calcul du quart du capital en numéraire que doit représenter la majorité. D'autre part, admettre le premier système équivaut à rendre impossible la formation de la société dans tous les cas où les actionnaires non apporteurs et non avantagés ne représenteront pas au moins le quart du capital social. Peut-on admettre que le législateur ait voulu s'opposer à la formation de la société en pareil cas? L'admettre,

c'est subordonner de fait la constitution des sociétés par actions à une condition nouvelle qui n'est écrite nulle part dans la loi. — Cass., 6 nov. 1894, Alepée et Derriey, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.151]; — 18 oct. 1899, Merlin, [S. et P. 1901.1.81] — Lyon, 16 févr. 1881, Mathieu de Charrin, De Neuvesel et Flory, [D. 82.2.108] — Paris, 12 janv. 1887, *J. des soc.*, 87 772]; — 17 nov. 1891, précité; — 14 avr. 1892, précité; 3 mars 1896, précité. — Arthuys, n. 68; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 4, n. 49; Rousseau, t. 1, n. 1907; Houpin, t. 1, n. 519, et *J. des soc.*, 92.180; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 432; Thaller, n. 429; Tonnelier, *Des app. en nat.*, p. 48 et s.; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. en comm.*, n. 70; Vavasseur, n. 417 et 419; Wahl, *Augm. du cap. soc.*, n. 66. — Et il importe peu, à cet égard, que le nombre des actions formant la totalité du capital susceptible d'être représenté appartienne à un seul souscripteur. — Paris, 3 mars 1896, précité.

3456. — La règle d'après laquelle les délibérations concernant les apports en nature et les avantages particuliers doivent être prises à une majorité représentant le quart des actionnaires et le quart des actions en numéraire s'applique-t-elle aux deux assemblées successives qui doivent être tenues? Quelques auteurs sont pour l'affirmative, et invoquent à l'appui de leur opinion l'art. 4 dont les termes sont généraux et absolus. — Goirand, n. 170; Houpin, t. 1, n. 511; Mathieu et Bourguignat, n. 45; Percerou, p. 124; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en comm.*, n. 135; Vavasseur, n. 417 et s.

3457. — Nous croyons plutôt, malgré les termes généraux de l'art. 4, que ses prescriptions s'appliquent seulement à la seconde assemblée générale. En effet, la première assemblée n'est qu'une assemblée préparatoire, chargée d'ordonner les mesures d'instruction, elle n'a aucune décision définitive à prendre; la simple majorité y suffit donc pour la validité des votes. Il n'en est pas de même de la seconde assemblée, qui prend des décisions définitives, et que le législateur semble avoir visée spécialement en exigeant une majorité présentant certaines conditions déterminées. — Arthuys, n. 66; Bédarride, n. 110; Cohendy et Darras, *op. et loc. cit.*, n. 46; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 715; Pont, n. 1000.

3458. — En tout cas, les majorités légales ne peuvent comprendre que de véritables actionnaires, et il appartient aux juges du fond de constater, par une appréciation souveraine des faits et des circonstances de la cause, si les actionnaires qui ont pris part aux assemblées chargées d'approuver l'évaluation des apports étaient des souscripteurs sérieux et non fictifs, ayant pris leurs actions pour eux-mêmes et non pour des tiers et ayant réellement versé ou fait verser pour leur propre compte le montant du premier quart des actions dont ils étaient porteurs. — Cass., 20 nov. 1888, Conjar et Thomé, [S. 91.1.12, P. 91.1.18, D. 90.1.157]

3459. — Les observations présentées ci-dessus sur le calcul de la majorité doivent être appliquées par identité de motifs, dans les sociétés anonymes, au calcul du *quorum* de présence, de la moitié ou du 1/5e, exigé pour la validité des délibérations.

3460. — V. *Pouvoir des assemblées générales et autorité de leurs délibérations.* — L'assemblée qui doit statuer sur l'approbation des apports et avantages n'est pas tenue de suivre les conclusions du rapport. Elle a un pouvoir souverain à cet égard, et les tribunaux devraient refuser de statuer s'ils étaient saisis par des actionnaires mécontents de la question de l'approbation des apports et de l'évaluation des avantages résolue par l'assemblée. Usant de son pouvoir, l'assemblée peut ou approuver ou rejeter les évaluations statutaires qui lui sont proposées. Ce sont là les deux partis extrêmes; nous aurons à rechercher aussi, si l'assemblée ne pourrait pas adopter un parti moyen, c'est-à-dire procéder à une réduction.

3461. — A. *Cas où l'assemblée générale donne son approbation.* — Tout d'abord, elle peut accorder son approbation à l'évaluation des apports et avantages contenus dans les statuts. Alors, les apports et avantages deviennent définitifs et irrévocables. Désormais, le contrat est lié, rien ne s'oppose plus, à cet égard, à la formation de la société, pourvu que les autres formalités constitutives soient remplies, sauf le cas de dol ou de fraude, qui est réservé par la loi (V. *infrà*, n. 3471 et s.). — Cass., 21 juill. 1890, Garrisson, [S. et P. 82. 1. 501, D. 91. 1. 270]; — 3 janv. 1900, Comp. d'assur. terrestres *la Nation*, [S. et P. 1901.1.321, et la note de M. Wahl] — Paris, 2 avr. 1886, sous Cass., 20 nov. 1886, précité. — Arthuys, n. 59; Houpin, t. 1, n. 510; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Pont, n. 1018; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 122, et *Suppl.*, v° *Soc. en comm.*, n. 58; Vavasseur, n 412; Rousseau, t. 1, n. 1872

3462. — Les tribunaux ne pourraient donc pas, en se fondant sur des présomptions et indices étrangers à l'acte social, donner à un apport en nature une valeur plus considérable que celle qui résulte de l'acte de société et de la vérification de cet apport par l'assemblée générale, dans les termes de l'art. 4, L. 24 juill. 1867. — Cass., 10 janv. 1881, Fighiera, [S. 81.1.251, P. 81.1.610, D. 81.1.161]

3463. — B. *Cas où l'assemblée générale refuse son approbation.* — L'assemblée peut, trouvant exagérée l'évaluation des apports et avantages, refuser son approbation. En ce cas, l'une des conditions essentielles à la constitution de la société fait défaut, la société ne peut plus se constituer et les souscriptions sont nulles, les sommes versées par les souscripteurs doivent leur être restituées, mais sans intérêt. C'est ce que dit la loi : « La société reste sans effet à l'égard de toutes les parties ». Il en serait de même pour les sociétés anonymes si après une assemblée ne réunissant pas la moitié du capital en numéraire, on n'avait pu réunir une autre assemblée représentant le 1/5e dudit capital. — Arthuys, n. 60; Cohendy et Darras, *op. et loc. cit.*, n. 73; Houpin, t. 1, n. 508; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Mathieu et Bourguignat, n. 52; Pont, n. 1021; Thaller, n. 431.

3464. — Les frais exposés pour arriver à la constitution de la société devront demeurer à la charge des fondateurs. — Arthuys, n. 60; Bédarride, n. 144; Beudant, *Rev. crit*, t. 36, p. 154; Cohendy et Darras, *op. et loc. cit.*, n. 74; Foureix, p. 144; Houpin, t. 1, n. 508; Mathieu et Bourguignat, n. 51; Pont, n. 1020; Rivière, n. 204; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en command.*, n. 145. — *Contrà*, Beslay et Lauras, n. 476.

3465. — En pareille hypothèse, si l'on voulait arriver néanmoins à constituer la société, tout serait à recommencer, il faudrait rédiger de nouveaux statuts où l'on insérerait des évaluations plus modestes, ouvrir de nouvelles souscriptions, et réunir de nouvelles assemblées. — Thaller, n. 431.

3466. — C. *Réduction de l'évaluation des apports et avantages.* — A défaut d'approbation des apports et des avantages tels qu'ils ont été stipulés, la réduction de la valeur des apports et avantages peut-elle être consentie par les apporteurs et les avantagés, d'une part, et adoptée par l'assemblée, d'autre part? Il n'est pas douteux que ce parti peut être pris dans deux cas : 1° lorsque cette réduction est consentie à l'unanimité des apporteurs, des associés avantagés et des autres actionnaires; il y a alors substitution, à cet égard, d'un nouveau contrat au contrat statutaire, la convention est parfaitement valable, comme ayant été consentie par toutes les parties; 2° lorsqu'il a été stipulé par les statuts que cette réduction pourrait être votée par la majorité des actionnaires, et que cette majorité vote en effet la réduction; alors chaque actionnaire, par le fait de la souscription, a consenti d'avance à subir la loi de la majorité, le contrat est donc encore respecté. Mais, en ce cas, la majorité qui vote la réduction doit naturellement représenter le quart des actionnaires et le quart du capital en numéraire, car un vote de réduction comprend un vote d'approbation. Dans ces deux cas, la solution n'est pas douteuse.

3467. — Il s'élève, au contraire, une difficulté pour le troisième cas, celui où la réduction, consentie par les apporteurs et les associés avantagés, n'est pas consentie par l'unanimité des actionnaires. Faut-il décider, en cette hypothèse, que le vote de la majorité peut lier la minorité, pourvu que cette majorité représente le quart des actionnaires et le quart du capital en numéraire? Il nous semble, d'abord, qu'il y a un point sur lequel on peut se mettre d'accord, c'est au cas où la réduction ne porterait que sur les avantages particuliers; cette réduction, en effet, ne change rien aux conditions de la société, et ne peut que profiter à tous les autres associés. On peut admettre qu'ici le vote de la majorité liera la minorité; on ne conçoit guère, du reste, que l'unanimité n'accepte pas une réduction qui lui est favorable et qui ne présente aucun danger. — V. Arthuys, n. 60.

3468. — Mais en ce qui concerne les apports, la question ne se présente pas sous le même aspect. Les uns estiment que la réduction de la valeur des apports pourrait être votée par la majorité, dont le vote lierait la minorité. Ils s'appuient principalement sur les travaux préparatoires de la loi. En effet, on avait proposé, dans une séance du Corps législatif du 31 mai 1867, d'ajouter au texte « à défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties », les mots suivants : « à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation

différente ». La commission fit rejeter cet amendement comme inutile, car il ne faisait que répéter le droit commun. Alors on demanda si une majorité représentant seulement le quart des actionnaires et du capital aurait le pouvoir de réduire la valeur des apports, auquel cas on réclamait un texte plus clair. Le rapporteur répondit qu'il n'était pas utile d'éclaircir le texte et qu'il allait de soi qu'un vote unanime n'était pas nécessaire pour opérer la réduction. C'est dans ces conditions que fut voté l'art. 4.

3469. — Les partisans de cette opinion font remarquer, d'ailleurs, que si l'on ne reconnaît à l'assemblée que l'un de ces deux partis à prendre : adopter ou rejeter les évaluations, tantôt elle prononcera l'adoption dans des conditions défavorables, pour ne pas entraver la constitution de la société; tantôt elle arrêtera dès sa naissance une société, dont l'essai de constitution a déjà coûté fort cher, et qui avait peut-être de grandes chances de succès. Il suffira d'un actionnaire récalcitrant pour empêcher la naissance de la société si l'on exige l'unanimité pour décider la réduction. N'est-il pas plus pratique d'autoriser la majorité à voter la réduction, et d'imposer à la minorité le vote de la majorité? — Bédarride, n. 116 et s.; Beslay et Lauras, n. 468 et s.; Boistel, n. 257; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 144 et s ; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 4, n. 75; Houpin, t. 1, n. 508; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Mathieu et Bourguignat, n. 48; Pont, n. 1023; Ruben de Couder, *op. cit.*, v° *Soc. en comm.*, n. 143; Thaller, n. 432.

3470. — Cette opinion n'est pas unanimement acceptée. Dans cette hypothèse, dit-on, la réduction des apports change les conditions de la société; il s'agit en réalité d'un nouveau contrat à négocier, et aucune majorité ne peut contraindre les dissidents à y adhérer. La société, après rectification des évaluations primitives, se trouvant constituée sur des bases différentes, chaque associé doit reprendre sa liberté. — Alauzet, n. 460; Arthuys, n. 60; Goirand, n. 201; Percerou, p. 121; Vavasseur, n. 407.

3471. — D. *Cas de dol ou de fraude.* — *Erreur ou lésion.* — Si l'approbation votée par l'assemblée générale est, en principe, définitive et irrévocable (V. *suprà*, n. 3461), la loi réserve cependant l'action en nullité dans le cas de dol ou de fraude (art. 4, al. 7). Ce n'est là qu'une application du droit commun, contenu dans les art. 1109 et 1116, C. civ. Par conséquent, si l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers a été obtenue à l'aide de manœuvres frauduleuses, la nullité de la délibération pourrait être demandée devant les tribunaux, et, si elle était prononcée, elle entraînerait la nullité de la société, l'existence d'apports étant de l'essence de la société, et devant être sous peine de nullité, sérieuse, sincère et effective. — Cass., 10 nov. 1897, Messimy, Jacquand et autres, [S. et P. 97.1.505] — V. *suprà*, n. 3038 et s., 3080 et s.

3472. — Est, par suite, à bon droit déclarée nulle la société anonyme dans laquelle il n'y a eu que la fiction d'une vérification des apports, destinée à tromper les actionnaires et à les amener à approuver les statuts de la société, et dans laquelle les apports ont été sciemment dénaturés par une majoration telle qu'on peut dire que le capital annoncé et promis était fictif et illusoire, et que les actionnaires n'ont approuvé les apports qu'à la suite des manœuvres dolosives des fondateurs et vérificateurs. Et cette nullité de la société anonyme peut être demandée au nom des créanciers sociaux, lesquels, intéressés à ce que les apports, gage de leurs créances, ne soient pas une fiction, rentrent ainsi dans les termes généraux de l'art. 7, L. 24 juill. 1867. — Même arrêt. — *Sic*, Bravard-Veyrières, et Demangeat, p. 528; Boistel, n. 273; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 226 et 781; Houpin, t. 1, n. 504 et 510; Rousseau, t. 1, n. 1854.

3473. — Comme il n'y a là que l'application du droit commun, pour que l'action en nullité soit recevable, il faut que le dol soit caractérisé. Ainsi, jugé qu'il n'y aurait pas dol dans la convention passée entre l'apporteur et certains actionnaires antérieurement à la constitution de la société, à l'effet de déterminer la valeur des apports, si l'assemblée chargée de fournir son approbation a été entièrement libre de le faire. — Cass., 20 nov. 1888, Conjar, Thomé et consorts, [S. 91.1.12, P. 91.118, D. 90.1.157] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Houpin, t. 1, n. 510.

3474. — ... Que la négociation des apports n'entraîne pas à elle seule la responsabilité des fondateurs et administrateurs, s'il n'est pas prouvé qu'un dol ait été commis par eux, et qu'il en est ainsi dans le cas où les immeubles apportés dans la société étaient depuis longtemps connus des demandeurs et si leur valeur, par eux acceptée, avait été admise par des ingénieurs chargés d'en faire l'estimation; qu'on ne saurait non plus reprocher au conseil de surveillance de n'avoir pas fait connaître cette majoration. — Cass., 21 juill. 1890, Garrisson et consorts, [S. et P. 92.1.501, D. 91.1.270]

3475. — ... Qu'on ne pourrait pas non plus regarder comme une manœuvre frauduleuse, décelant une majoration dolosive, le fait que, postérieurement à la constitution de la société, les apporteurs ont consenti à ce que certaines de leurs actions d'apport soient transformées en actions de jouissance, ni même le fait que certaines actions ont été annulées, quand ces opérations n'ont eu d'autre but que d'alléger les charges de la société. — Riom, 30 avr. 1894, [*J. des soc.*, 95.106]

3476. — ... Qu'on ne pourrait démontrer la majoration des apports en se fondant sur le prix coûtant des biens apportés; car la valeur des apports est sujette à des fluctuations qui peuvent déterminer l'approbation d'une valeur supérieure au prix coûtant de l'apport. — Trib. Nantes, 9 oct. et 11 déc. 1897, [*J. des soc.*, 98.130 et 355]

3477. — ... Que lorsqu'il a été fait apport à une société d'actionnaires, spécialement à une société d'assurances (et contre l'attribution d'un certain nombre d'actions), de l'actif et du passif d'une précédente société, qui, par les chances de gain ou de perte qu'elle comporte, ne peut pas être évaluée autrement qu'à forfait, si les représentants de l'ancienne société ont agi de bonne foi, suivant la constatation souveraine des juges du fond, il n'y a lieu à dommages-intérêts pour exagération de la valeur du portefeuille cédé, ni contre eux personnellement, ni contre la société encore en liquidation, dont les intérêts leur ont été confiés. — Cass., 3 janv. 1900, Comp. d'assur. terrestres *le Matin*, [S. et P. 1901.1.321, et la note de M. Wahl, D. 1900.1.290]

3478. — Le commissaire à la vérification d'un apport en nature fait dans une société par actions par une autre société, fût-il reprochable de n'avoir pas contrôlé la sincérité du bilan présenté par cette société, échappe lui-même à toute action en responsabilité de la société, lorsque le court délai dans lequel il s'était acquitté de sa mission ne permet pas de supposer qu'il ait poussé jusque-là l'examen de la comptabilité, que son rapport en contient l'aveu exprès, et que les juges du fond ont pu ainsi conclure que les actionnaires partageant la confiance de leur expert avaient, en connaissance de cause, considéré son travail comme suffisant. — Même arrêt.

3479. — Pour que le dol donne naissance à l'action en nullité, il faut encore, conformément au droit commun, qu'il ait été pratiqué contre les actionnaires qui ont participé à l'assemblée approbative. Par conséquent, si ces actionnaires ont donné sciemment leur approbation à une majoration excessive des apports, dans le but de tromper le public, les souscripteurs ne peuvent attaquer cette majoration si leur consentement n'a pas été obtenu par des manœuvres dolosives.

3480. — Les cessionnaires d'actions ne sont pas non plus recevables à demander la nullité de la délibération approuvant les apports sociaux, le dol n'ayant pas été pratiqué contre eux. — V. au surplus, sur les personnes qui peuvent se prévaloir du dol, Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1116, n. 21 et s.

3481. — Mais une majoration ainsi faite constitue de la part de ses auteurs un délit ou un quasi-délit civil, dont les cessionnaires d'actions peuvent demander réparation. Spécialement, l'action en dommages-intérêts intentée par des cessionnaires d'actions contre les apporteurs et fondateurs, en tant que membres d'un syndicat formé après la constitution pour le placement des actions par eux souscrites, peut être examinée et accueillie en dehors de toute demande en nullité de la société. — Cass., 19 févr. 1889, Soc. des anciennes raffineries Etienne et Cézard, [S. et P. 92.1.406, D. 89.1.309]

3482. — Dans ce cas, les cessionnaires d'actions se fondant uniquement sur l'art. 1382, C. civ., pour établir vis-à-vis des membres du syndicat leur droit à des dommages-intérêts, peuvent relever tous les faits dommageables commis par ces membres, toutes les manœuvres dolosives de nature à tromper sur le prix des actions, et particulièrement la majoration intentionnelle des apports en nature. — Même arrêt.

3483. — Vainement on prétendrait que l'approbation des apports en nature donnée dans la seconde assemblée générale, interdit à tout intéressé de contester la valeur de ces apports : si cela peut être vrai au regard des apporteurs en nature et des souscripteurs en numéraire, fondateurs de la société, par suite

de la connaissance qu'ils avaient de la situation et du bénéfice cherché dans le placement des actions, cela ne saurait être vrai au regard des cessionnaires d'actions demeurés étrangers aux agissements frauduleux des fondateurs et destinés à en être les victimes. — Même arrêt. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 510; Rousseau, t. 1, n. 1873.

3484. — On pourrait attaquer la délibération qui approuve les apports et avantages non seulement pour cause de dol et de fraude, mais aussi pour tout autre vice du consentement susceptible d'annuler les contrats en général. Par exemple, la nullité de la délibération pourrait être demandée pour erreur portant sur la substance de la chose apportée. — Arthuys, n. 59; Beudant, *Rev. crit.*, t. 35, p. 143; Cohendy et Darras, *C. comm. ann., L. de 1867*, art. 4, n. 65; Houpin, t. 1, n. 510; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Pont, n. 1017, Rousseau, t. 1, n. 1874; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 412.

3485. — A plus forte raison, l'action en nullité pourrait-elle être exercée s'il s'agissait d'une erreur portant non plus sur la substance, mais sur l'existence même de l'apport, par exemple si l'apport dont la valeur a été approuvée était fictif. Jugé, à cet égard, que, l'existence d'apports étant de l'essence de la société, la vérification de ceux qui ont été faits doit, sous peine de la nullité édictée par l'art. 7, L. 24 juill. 1867, être sérieuse, sincère et effective. En conséquence, est à bon droit déclarée nulle la société anonyme dans laquelles les apports ont été sciemment dénaturés par une majoration telle qu'on peut dire que le capital annoncé et promis était fictif et illusoire. — Lyon, 14 juin 1895, Audisor, Marchèse et autres, [S. et P. 96.2.213]

3486. — Il en est ainsi dans le cas où l'apport serait grevé de charges diminuant à tel point sa valeur qu'il pourrait être considéré comme purement fictif. Ainsi, l'apport en nature d'un associé commanditaire serait fictif, et on ne saurait le considérer comme réellement effectué, bien qu'il ait été approuvé par l'assemblée générale des actionnaires, dans le cas où l'objet de l'apport est engagé à des créanciers personnels de l'apporteur, de telle sorte que la société n'a pas pu en être mise en possession. — Paris, 5 déc. 1881, sous Cass., 10 févr. 1885, Aubergier, [D. 85.1.355]

3487. — Mais dans tout autre cas où les administrateurs auraient caché à l'assemblée générale les charges qui grevaient les apports, la délibération approbative de ces apports pourrait être attaquée en nullité pour vice de consentement. — Cass., 6 juin 1885, Saurin, [S. 87.1.284, P. 87.1.667]

3488. — La nullité de la délibération approuvant les apports et avantages pourrait-elle être demandée pour cause de lésion? La négative s'impose, attendu que la lésion n'est pas, en général, une cause d'annulation des contrats. La lésion ne vicie les contrats que dans les cas précis déterminés par la loi, or l'hypothèse actuelle n'a pas été prévue. Serait donc irrecevable une demande en nullité de la délibération, pour cause de lésion. — Arthuys, n. 59; Houpin, n. 510; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Pont, n. 1018; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 149; Thaller, n. 430.

3489-3493. — L'apporteur ne pourrait pas davantage, à l'inverse, demander la rescision pour cause de lésion, en alléguant que l'assemblée générale a donné à son apport une valeur insuffisante, même si l'apport consistait en un immeuble, et que l'apporteur invoquât une lésion de plus des 7/12es, car nous sommes ici en matière de société, et non en matière de vente. — Cohendy et Darras, *op. et loc. cit.*, n. 71 et 72; Houpin, t. 1, n. 510; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 717; Pont, n. 1018; Ruben de Couder, v° *Soc en comm.*, n. 122; Vavasseur, n. 412.

3494. — E. *Procès-verbal des délibérations.* — Il importe de dresser un procès-verbal de chacune des deux délibérations de l'assemblée générale constitutive (V. *suprà*, n. 3391 et 3392). Ce procès-verbal doit être signé par les membres du bureau de l'assemblée désignés par l'assemblée elle-même. Il comprend ordinairement : un président, qui est le fondateur ou l'un des fondateurs de la société; deux assesseurs, qui sont le plus souvent les deux plus forts souscripteurs présents; et un secrétaire. Un procès-verbal non signé serait nul, et la signature ne pourrait être remplacée par les déclarations de ceux qui auraient dû signer, ni même par des présomptions appuyées d'un commencement de preuve par écrit. — Lyon, 26 nov. 1863, Crochet, [S. 64.2.202, P. 64.951, D. 64.2.233] — Cependant les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires ne sont pas nulles par cela seul que les procès-verbaux inscrits sur les registres n'auraient été revêtus d'aucune signature, si, concurremment avec ces procès-verbaux, des actes contenant les mêmes énonciations ont été dressés par le président de l'assemblée, certifiés par l'administrateur délégué à cet effet par l'assemblée générale, et déposés chez un notaire. — Cass., 20 déc. 1882, Synd. de la soc. foncière calédonienne, [S. 83.1.198, P. 83.1.490, D. 83.1.301]

3495. — Il est aussi d'usage de faire signer le procès-verbal par les administrateurs et les commissaires ou les membres du conseil de surveillance, afin de constater qu'ils ont accepté leurs fonctions. On doit constater également la présence des actionnaires assistant aux assemblées constitutives, sur une feuille de présence où l'on mentionne les noms et domiciles des actionnaires présents à l'assemblée, ainsi que le nombre d'actions possédées par chacun d'eux. Ce procès-verbal est utile pour faire la preuve, en cas de besoin, des divers faits dont il contient mention. — V. Houpin, t. 1, n. 524; Rousseau, t. 1, n. 1911.

3496. — Pour la même raison, il est bon, quoique cela ne soit pas légalement nécessaire, de déposer pour minute, en même temps que les statuts, les copies de ces procès-verbaux, en attestant leur conformité avec l'original. Il n'est pas moins utile de déposer encore : un exemplaire, dûment enregistré et légalisé, du journal où a été faite la convocation des souscripteurs; la feuille de présence dont nous venons de parler; les procurations données par ceux qui se sont fait représenter à l'assemblée, ainsi que toutes les pièces concernant les publications prescrites par la loi. De cette façon, il sera facile de prouver la constitution régulière de la société. — Houpin, t. 1, n. 526; Rousseau, t. 1, n. 1912.

3497. — Il est parfois délivré aux tiers des copies ou des extraits des procès-verbaux des délibérations de l'assemblée constitutive. C'est aux personnes désignées par les statuts comme ayant le pouvoir de le faire, qu'il appartient de délivrer ces copies ou extraits; ce sont ordinairement le gérant, dans une société en commandite, un administrateur, dans une société anonyme. Si les statuts n'indiquent pas à qui ce pouvoir est conféré, il faudrait que les copies et extraits portassent la signature des membres du bureau qui ont signé au procès-verbal. — Houpin, t. 1, n. 525.

3° *Cas où la société est formée entre les seuls apporteurs.*

3498. — Pour en finir avec les apports en nature, il nous reste à envisager une dernière hypothèse, celle où la société par actions est formée entre les seuls apporteurs, copropriétaires par indivis de l'apport en nature, soit qu'il n'y ait pas de capital en numéraire, soit, s'il y en a un, qu'il ait été souscrit en entier par les apporteurs. En ce cas, l'approbation de la valeur des apports par l'assemblée générale est matériellement impossible, puisque tous les actionnaires sont privés du droit de vote, comme ayant à statuer sur leurs propres apports. En outre, les copropriétaires n'ont pas des intérêts contradictoires à apprécier l'apport indivis, ils y ont le même intérêt. Une délibération à cet égard paraît donc inutile. Sans doute, ils peuvent être tentés de donner à leur apport indivis une évaluation exagérée, pour céder plus tard quelques-unes de leurs actions, en sorte que la perte retomberait sur les cessionnaires; mais pour éviter cet inconvénient, il faudrait faire approuver les apports par des personnes étrangères à la société, ce qui ne se conçoit pas. Aussi, la loi tenant compte de ce que l'approbation est ici impossible et inutile, dispense, pour ce cas, de la vérification et de l'approbation par l'assemblée générale. « Les dispositions du présent article..... ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait l'apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis » (art. 4, dern. alin.). — Arthuys, n. 69; Houpin, t. 1, n. 499; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 718.

3499. — Mais il faut que l'état d'indivision qui existe entre les apporteurs à l'égard de l'apport en nature soit antérieur à la constitution de la société elle-même. — Trib. Marseille, 1er déc. 1897, [*J. des soc.*, 98 439]

3500. — Cependant la société ne serait pas nulle par le fait que quelques-uns des apporteurs ne sont devenus copropriétaires des biens indivis apportés en société qu'à la veille de la formation de la société, lorsqu'il est démontré qu'ils étaient bien des copropriétaires sérieux. — Trib. Nantes, 9 oct. 1897, [*J. des soc.*, 98.355]

3501. — Il faut également que la copropriété indivise soit

réelle, qu'elle n'ait pas été simulée en vue d'échapper aux formalités de l'approbation par l'assemblée générale des actionnaires. Sinon, la société serait nulle. — Paris, 24 avr. 1877, [J. *Le Droit*, 20 septembre]

3502. — Par exemple, si les fondateurs, propriétaires par indivis du fonds social, après avoir constitué la société, émettaient des obligations, en donnant comme primes aux obligataires des actions de fondation, la société serait nulle ; car les obligataires seraient de véritables actionnaires, et la procédure suivie par les fondateurs n'aurait eu qu'un but, échapper à l'approbation de leurs apports. — Goirand, n. 203; Houpin, t. 1, n. 499; Pont, n. 971.

3503. — Seuls, les cessionnaires d'actions pourraient, comme nous l'avons dit, être lésés par une majoration des apports en nature (V. *suprà*, n. 3498). Mais ils pourraient intenter une action en dommages-intérêts contre les fondateurs de la société. Et la loi du 1er août 1893 pare en partie à cet inconvénient en décidant que les actions représentant des apports en nature ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (art. 7). Les apporteurs ne pourraient donc se défaire de leurs actions, durant ce délai, que par le procédé peu pratique de la cession ; or, au bout de deux ans, quand les titres seront négociables, il est probable que la dépréciation se sera produite si elle était à redouter.

3504. — Mais faut-il étendre l'exception établie par la disposition finale de l'art. 4 à des hypothèses autres que celle qui est prévue littéralement par le texte? Il y a une hypothèse où, de l'accord unanime, il faut appliquer l'exception établie par l'alinéa final de l'art. 4, c'est celle où il y a transformation en une société par actions, d'une société préexistante (société en nom collectif, ou société en commandite par intérêts). On n'est cependant pas dans les termes de l'exception, car les associés ne sont pas copropriétaires par indivis de l'actif qui constitue l'apport fait par la société préexistante à la société nouvelle, c'est la société, personne morale, qui est propriétaire de l'apport. Mais si l'hypothèse ne cadre pas absolument avec le texte de la loi, du moins y a-t-il même raison de décider. En effet, les associés ont tous le même intérêt à l'évaluation de l'apport, et nul autre qu'eux ne peut procéder à la vérification. D'ailleurs, il résulte des travaux préparatoires que c'est surtout en vue de cette hypothèse qu'a été apportée l'exception de l'alinéa final de l'art. 4. — Alauzet, n. 654; Arthuys, n. 70; Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 159; Boistel, n. 258; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 4, n. 79; Houpin, t. 1, n. 499; Lyon-Caen et Renault, n. 718; Pont, n. 970; Rivière, n. 51; Tripier, t. 1, p. 117 et 118. — V. *suprà*, n. 3325 et s.

3505. — Spécialement, est valable la société anonyme formée par tous les membres d'une société en commandite, qui, par un acte notarié, ont déclaré vouloir transformer la société en commandite en société anonyme et apporter à celle-ci toutes les valeurs appartenant à celle-là et représentant une somme fixée; qui, en outre, ont déposé dans le mois aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix une expédition de l'acte de société, avec mention, dans l'acte de dépôt, que l'actif était grevé d'un passif déterminé; qui enfin, également dans le mois, ont publié dans les journaux un extrait de l'acte de société portant que le dépôt a été fait aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix. — Cass., 24 mars 1885, Lefèvre et autres, [S. 86.1.102, P. 86.1.234] — Paris, 23 avr. 1884, Lecomte et Dumont, [D. 84.2.206]

3506. — Dans ce cas, les tiers, qui ont pu être trompés sur la véritable valeur du capital social, ne doivent s'en prendre qu'à leur propre imprudence. — Cass., 24 mars 1885, précité.

3507. — Il est une autre hypothèse où la question est plus délicate à résoudre, c'est le cas où le capital social se compose uniquement d'apports en nature, mais où l'indivision n'existe pas entre tous les apporteurs par rapport à l'ensemble du capital social, les apporteurs en nature ayant la propriété individuelle de leurs apports. Faut-il à cette hypothèse faire application de la règle ou de l'exception de l'art. 4? Il semble bien que l'on se trouve ici en dehors du cas prévu par la disposition finale de l'art. 4, et, par conséquent, que l'on doive appliquer la règle, c'est-à-dire se procurer l'approbation de l'assemblée générale. On ne saurait se prévaloir, en effet, ni du texte, ni des motifs qui ont dicté cette exception. Si l'on doit admettre que tous les copropriétaires d'une chose indivise en connaissent la valeur, on ne peut pas admettre que les différents propriétaires des différents apports connaissent la valeur des apports faits par d'autres que par eux. D'autre part, si les copropriétaires de la chose indivise ont le même intérêt à évaluer la valeur de cette chose, chacun des apporteurs, ici, a un intérêt contradictoire avec les autres apporteurs, à faire évaluer son propre apport et à évaluer les apports de ses coassociés. Enfin, le vote d'approbation n'est pas impossible, si l'on admet que chaque apporteur en nature peut prendre part au vote concernant les apports autres que le sien (V. *suprà*, n. 3422). C'est pourquoi certains auteurs exigent en ce cas que l'assemblée générale donne son approbation aux apports, conformément à la règle de l'art. 4. — Arthuys, n. 71; Beslay et Lauras, n. 483 et s.; Houpin, t. 1, n. 500; Lyon-Caen, note sous cour de l'île de la Réunion, 16 juin 1876, De Patton, [S. 77.2.5, P. 77.79]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 718; Percerou, p. 127; Pont, n. 972 et 1009; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 153; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 421.

3508. — Au contraire, la jurisprudence se prononce pour l'application de la règle exceptionnelle contenue dans la disposition finale de l'art. 4; elle estime qu'en cette hypothèse, il n'y a pas lieu de recourir au vote d'approbation de l'assemblée générale. En effet, si l'on n'admettait pas ici l'application de l'exception, on aboutirait à empêcher la constitution des sociétés exclusivement composées d'apporteurs en nature, non propriétaires par indivis de l'apport fait à la société. Sans doute chaque apporteur pourra voter sur les apports auxquels il est étranger; mais la loi exige, pour que la délibération soit valable, que le vote d'approbation représente le quart du capital social en numéraire; or, par hypothèse, cette condition ne pourrait pas être réalisée. Il y a donc impossibilité matérielle à se procurer le vote d'approbation dans les conditions légales. N'est-il pas logique d'en conclure que ce vote est légalement inutile et que la société est affranchie des règles de l'art. 4? — Cass., 26 avr. 1880, Soc. d'assur. *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.5, D. 80.1.267] — Cour de la Réunion, 16 juin 1876, précité. — Nîmes, 17 juin 1885, sous Cass., 9 nov. 1887, Rassart et Vannier, [S. 88.1.449, P. 88.1.1181, et la note de M. Labbé, D. 88.1.202] — Paris, 21 mai 1892, Soc. des mines d'Haminate, [S. et P. 92.2.270, D. 92.2.325] — Boistel, n. 258; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, sur l'art. 4, n. 83; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. en comm.*, n. 60 et s.; Vavasseur, n. 416; Labbé, note précitée.

3509. — Spécialement, les formalités de vérification et d'approbation des apports sont inapplicables dans le cas où deux sociétés préexistantes se fusionnent et se bornent à mettre en commun leur matériel et leurs immeubles sans aucun apport en numéraire, à l'effet d'en partager entre les actionnaires la valeur. — Cass., 26 avr. 1880, précité.

3510. — Peu importe, d'ailleurs, que les apporteurs en nature aient en même temps souscrit des actions en numéraire, avec faculté de les négocier en dehors de leurs actions d'apport : comme ce n'est pas l'intérêt des apporteurs que la loi a voulu protéger, l'existence de ces actions en numéraire ne suffirait pas à faire échec à l'exception établie par la disposition finale de notre article. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 4, n. 85; Wahl, *Augm. du cap. dans les soc. par act.*, n. 67.

3511. — Dès lors, au contraire, que des étrangers participent à la souscription du capital, il y a lieu à la vérification et à l'approbation des apports en nature, alors même que tout le capital en numéraire aurait été souscrit dans l'acte social même et immédiatement versé. — Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 151; Boistel, n. 258; Cohendy et Darras, *op. et loc. cit.*, n. 86; Houpin, t. 1, n. 501; Pont, n. 973; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 155. — Mais lorsqu'une société est uniquement formée entre apporteurs en nature, les apports ne sont pas soumis à vérification, même au cas où les associés feraient plus tard appel à des capitaux étrangers, par voie d'augmentation de leur capital social originaire, sauf le cas de fraude. — Paris, 26 juill. 1887, Pinet, [D. 88.2.145]

4° Projets de réforme.

3512. — Telles sont les précautions que prend la loi française contre l'estimation exagérée des apports en nature et des avantages particuliers. Malgré ces précautions, les abus sont encore nombreux. D'abord, il y a des apports dont l'estimation est à peu près impossible ; ainsi, comment estimer la valeur d'un brevet d'invention? Puis les souscripteurs sont appelés à donner leur estimation à un moment où la constitution est déjà

bien avancée, puisque les versements ont été faits et que même la déclaration notariée s'est produite; les souscripteurs hésiteront évidemment à refuser leur approbation si la majoration des apports n'est pas très-considérable. Souvent, les fondateurs se rendent copropriétaires indivis d'un bien dont ils feront l'apport à la société formée entre eux seuls, ils seront ainsi dispensés de l'approbation de l'apport; puis, une fois la société constituée, ils cèderont leurs actions, ou ils émettront des obligations, et les tiers seront victimes d'une société fondée sur un capital sans consistance. Contre de tels abus, il n'y a qu'un recours, l'action en dommages-intérêts de l'art. 1382, C. civ.

3513. — On avait cherché à remédier à ces inconvénients dans le projet présenté au Sénat en 1884. D'après ce projet, le quart des actionnaires pouvait demander qu'il fût procédé par experts à la vérification de la valeur des apports et de la cause des avantages particuliers. L'expertise aurait été confiée à un ou trois experts désignés, après avoir entendu un délégué des actionnaires réclamants, par le président du tribunal de commerce du lieu du siège social. L'expertise aurait même été obligatoire au cas où la société se forme entre les seuls apporteurs copropriétaires par indivis de l'apport fait à la société.

3514-3517. — La commission extraparlementaire de 1902 n'a pas cru devoir, peut-être à tort, introduire dans notre loi ce mécanisme nouveau, prévu dans le projet sénatorial de 1884, des experts-réviseurs. Le projet de 1903 a maintenu en principe la procédure de vérification antérieure; mais il l'a complétée par certaines prescriptions susceptibles de renforcer les garanties données aux actionnaires, en leur facilitant un contrôle personnel.

3518. — C'est ainsi, en particulier, que d'après le projet : 1° tout bulletin de souscription doit faire mention des apports; 2° toutes les fois que le projet de statuts prévoit des apports en nature ou des avantages particuliers, les gérants ou fondateurs sont tenus de rédiger et d'annexer audit projet une *notice* détaillée décrivant la nature et indiquant la valeur des apports et la cause des avantages particuliers stipulés. La déclaration ou dissimulation frauduleuse donnent lieu à l'application des pénalités de l'art. 15 (art. 58 du projet de la commission). — Pour l'appréciation de ces dispositions, V. la chronique des *Annales de dr. comm.*, 1903, p. 296 et s.

§ 6. *Des règles constitutives spéciales à chaque type de société.*

3519. — La société n'est pas encore constituée lorsque l'assemblée générale des actionnaires a voté l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. La loi exige, pour qu'on puisse considérer la société comme définitivement constituée, qu'il ait été procédé à la nomination des premiers fonctionnaires sociaux. C'est là la sixième étape par où passe la formation des sociétés par actions. La loi exige en outre, en ce qui concerne les sociétés anonymes, que l'assemblée générale vérifie la sincérité de la déclaration notariée des souscriptions et versements.

3520. — Mais si jusqu'ici la plupart des règles que nous avons exposées s'appliquaient indistinctement à toutes les sociétés par actions, en dehors de quelques différences signalées au passage, nous rencontrons ici, au contraire, des règles constitutives spéciales à chacun des deux types de sociétés par actions. Il convient donc de les étudier successivement.

1° *Règles spéciales à la société en commandite par actions.*

3521. — Il y a lieu, aussitôt après l'approbation des apports et avantages, de procéder à la création et à l'investiture des organes essentiels de la société. Ces organes sont : 1° l'assemblée générale des actionnaires; 2° l'organe de gestion, c'est-à-dire le gérant; 3° enfin l'organe de contrôle, c'est-à-dire le conseil de surveillance; 4° en outre, il y a lieu de vérifier la sincérité de la déclaration notariée des souscriptions et des versements. Une fois pourvue de ces organes, une fois la déclaration notariée vérifiée, la société peut fonctionner librement.

3522. — I. *Assemblée générale des actionnaires.* — Nous n'avons rien à dire de l'assemblée générale des actionnaires. Il s'agit ici des assemblées constitutives; or, nous avons indiqué dans quelles conditions elles fonctionnent lorsque nous avons étudié l'approbation des apports et avantages (V. *suprà*, n. 3407 et s.). Quant aux autres assemblées, V. pour leur mode de fonctionnement, *infrà*, n. 3566 et s.

3523. — II. *Gérant.* — La société en commandite, être moral, ne peut entrer en relations avec les tiers, que par l'entremise d'une ou de plusieurs personnes. Cette personne ou ces personnes sont le ou les gérants. Le gérant est donc celui qui représente la société, et qui est préposé à l'administration. A cet égard, ses fonctions correspondent à celles des administrateurs de la société anonyme.

3524. — Seulement, tandis que la loi énumère au nombre les conditions à remplir pour la constitution des sociétés anonymes la désignation des administrateurs, elle ne fait pas figurer la nomination du gérant parmi les conditions essentielles à la constitution de la commandite par actions. Cette indication a semblé superflue. On ne conçoit pas plus une commandite par actions qu'une commandite simple sans un gérant : c'est plus souvent sur sa capacité, sur son crédit que repose tout l'édifice social, et c'est son nom qui généralement constitue à lui seul la raison sociale de la société?

3525. — Le nom du gérant, servant à désigner la société, figure *nécessairement* dans les statuts. Les actionnaires, en souscrivant, ont implicitement adhéré à la désignation du gérant. C'est pourquoi la loi n'avait pas besoin de dire que la désignation du gérant était une condition essentielle de la constitution des commandites par actions. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 981.

3526. — Certaines lois étrangères, peut-être avec raison, sont plus explicites. C'est ainsi que la loi belge de 1873 prescrit, dans ses art. 77 et 79, que les gérants soient indiqués par les statuts, et elle les déclare responsables en tant que fondateurs de la société.

3527. — On sait que la commandite par actions comprend deux catégories d'associés : les commandités et les commanditaires. Le Code de commerce, par ses art. 27 et 28, interdisant aux commanditaires toute participation à la gestion de la société (V. *suprà*, n. 1540 et s.), il est certain que le gérant ne pourrait être choisi parmi les commanditaires. La gestion est donc, en principe, l'affaire des commandités. Comme dans la commandite simple (V. *suprà*, n. 1787), la gérance peut être confiée soit à tous les commandités, soit à l'un d'entre eux, soit même à une personne étrangère à la société; car la loi n'édicte qu'une prohibition, c'est qu'il ne soit pas pris parmi les commanditaires. — Houpin, t. 1, n. 679; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1000; Pont, n. 1131. — *Contrà*, Sourdat, p. 143 et 144. — V. *suprà*, n. 1786 et s.

3528. — Le gérant doit, régulièrement, être désigné par les statuts, car c'est sous son nom que la société se manifeste au public. Si les statuts ne le désignent pas, faut-il en conclure qu'il sera nommé par l'assemblée générale? Cette opinion a été soutenue (V. Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 195), mais elle ne saurait être admise. En effet, la loi de 1867, dans son art. 1, prescrit que la déclaration concernant les souscriptions et les versements des commandites par actions soit faite devant notaire, *par le gérant*. Cette disposition suppose bien, dans l'esprit du législateur, que le gérant est désigné antérieurement à la réunion de l'assemblée générale constitutive, c'est-à-dire qu'il est désigné par les statuts, et, dans tous les cas, qu'il n'est pas nommé par l'assemblée générale. — Houpin, t. 1, n. 680; Rousseau, t. 1, n. 2078. — V. *suprà*, n. 1789.

3529. — La loi, qui fixe la durée des pouvoirs pour les administrateurs des sociétés anonymes, ne dit rien de la durée des fonctions du gérant dans les commandites par actions. C'est qu'en principe, le gérant est appelé à durer autant que la société, qu'il a fondée et à laquelle il a donné son nom. Etant désigné par les statuts, il est *irrévocable* (V. *suprà*, n. 1789). A cela, il y a une autre raison. Les commanditaires ne devant pas participer à la gestion, ç'aurait été favoriser une participation indirecte à la gestion que de mettre entre leurs mains le sort du gérant. On admet cependant, dans la pratique (V. *infrà*, n. 3532), que la révocabilité du gérant statutaire pourrait faire l'objet d'une clause expresse des statuts.

3530. — De ce que le gérant n'est pas, à défaut de clause formelle dans les statuts, révocable *ad nutum* par l'assemblée générale des actionnaires, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse jamais être relevé de ses fonctions. Il résulte, en effet, de l'art. 1856, C. civ., que le pouvoir conféré à l'associé chargé de l'administration, par une clause spéciale du contrat de société, peut être

révoqué pour cause légitime pendant la durée de la société, et les auteurs s'accordent à reconnaître que cette disposition est applicable aux sociétés en commandite. — V. not. Pont, t. 2, n. 1436; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Société en commandite*, n. 245; Boistel, *Précis*, n. 208 et 276; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 508 *bis*; Dolez, *La société en commandite*, p. 66 et s.; Vavasseur, *Soc.*, t. 1, n. 143; Mornard, *Des sociétés en commandite par actions*, p. 105 et 106; Houpin, t. 1, n. 210. — V. *suprà*, n. 1791.

3531. — Si les statuts sont muets, c'est au tribunal qu'il appartient de prononcer la révocation ; en d'autres termes, la révocation est judiciaire. Cette révocation, d'après quelques auteurs, devrait entraîner la dissolution de la société. — Lyon-Caen et Renault, n. 1002; Rousseau, t. 1, n. 2082.

3532. — Mais la jurisprudence admet que la société n'est pas dissoute par cet événement. — Cass., 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.279]

3533. — Toutefois les statuts pourraient, par une clause expresse, transporter du tribunal à l'assemblée ce droit de révocation. Ce droit, réservé statutairement à l'assemblée générale de prononcer la révocation des gérants pour négligence ou faute grave, est licite; c'est là une mesure d'administration intérieure qui n'intéresse en aucune manière l'organisation des juridictions. — V. *suprà*, n. 1791 et s.

3534. — Rappelons d'ailleurs que la jurisprudence va plus loin, et qu'elle déclare valable la clause par laquelle les associés se réservent de révoquer *ad nutum* le gérant de la commandite nommé par les statuts (V. *suprà*, n. 1793). — V. Cass., 25 nov. 1872, Bouquet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 75.1.479] — Dolez, *loc. cit.;* Ruben de Couder, *op. et verb. cit.*, n. 246; Pont, t. 2, n. 1437; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 509; Houpin, t. 1, n. 210. — *Contrà*, Boistel, *Précis*, n. 276.

3535. — Il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard entre la commandite simple et la commandite par actions. — Mêmes arrêt et auteurs.

3536. — Si, en principe, et à défaut de clause contraire, le gérant statutaire ne peut pas être révoqué sans causes légitimes, il ne peut pas, non plus, sans motifs légitimes donner sa démission. C'est aux tribunaux qu'il appartiendrait d'apprécier souverainement la légitimité des motifs invoqués, si cette légitimité était contestée. — Paris, 12 févr. 1883, Moitessier, [D. 84.2.144] — Rouen, 4 juill. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.473] — V. *suprà*, n. 1794 et s.

3537. — Le gérant qui démissionne, et qui était au regard des autres commandités dans la position d'un associé en nom collectif (C. comm., art. 24), ne perd pas par l'effet de sa démission, sa qualité d'associé en nom collectif — Cass., 29 déc. 1897, [*J. des soc.*, 98.211] — Aix, 20 janv. 1896, [*J. des soc.*, 96.267]

3538. — Ce que nous avons dit du gérant statutaire, le seul dont nous ayons à nous occuper ici, ne s'appliquerait point au gérant nommé en cours de société. Celui-ci notamment serait révocable au gré de l'assemblée des actionnaires. C'est du reste, une question qui intéresse non plus la constitution de la société, mais son fonctionnement. — Pour plus de développements sur l'investiture, et la révocation des gérants de commandite, statutaires ou non, V. *suprà*, n. 1786 et s.

3539. — Le gérant statutaire n'est pas seulement chargé de faire la déclaration notariée constatant la souscription du capital social et le versement légal sur chaque titre; il doit aussi convoquer l'assemblée des actionnaires pour la nomination du conseil de surveillance dont nous allons parler; ce qui prouve une fois de plus que le gérant doit être désigné par les statuts, loin d'être désigné par une assemblée constitutive, qu'il est chargé de convoquer.

3540. — III. *Conseil de surveillance.* — Le conseil de surveillance est un rouage indispensable de la commandite par actions. Il était en usage, même avant la loi du 17 juill. 1856, qui pour la première fois en prescrivit la nomination. Mais ce conseil, avant 1856, et même de 1856 à 1867, ne servait pas à grand chose : les membres en étaient désignés par le gérant dans les statuts, en sorte que le contrôlé choisissait lui-même ses contrôleurs; d'ailleurs, les attributions du conseil n'étaient pas définies. Cette lacune grave a été comblée par l'art. 5, L. 24 juill. 1867, ainsi conçu : « Un conseil de surveillance, composé de trois actionnaires au moins, est établi dans chaque société en commandite par actions. Ce conseil est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale. Il est soumis à la réélection aux époques et suivant les conditions déterminées par les statuts. Toutefois le premier conseil n'est nommé que pour une année ». C'est du premier conseil seulement que nous avons à nous occuper, car c'est le seul qui intéresse la constitution de la société; les autres conseils de surveillance sont étudiés, *infrà*, n. 4679 et s.

3541. — Ce conseil, dit l'al. 2 de l'art. 5, est nommé *immédiatement après la constitution définitive de la société* ». Est-ce dire que la société est constituée avant la nomination du conseil? Cette opinion a été soutenue (V. Arthuys, n. 73), mais nous la croyons erronée. Le législateur dit lui-même que le conseil doit être nommé « avant toute opération sociale » (V. *infrà*, n. 3561). De plus, l'art. 7 dit que si le conseil n'a pas été nommé, la société est nulle. Il en résulte nécessairement que que la société n'est pas définitivement constituée avant la nomination du conseil de surveillance, car on ne conçoit pas une société existante qui ne peut se livrer à aucune opération,

3542. — Cette discussion n'a pas seulement une importance théorique. Il importe, en effet, pratiquement, de déterminer le moment précis où la société est définitivement constituée, car c'est de ce moment que part le délai d'un mois pendant lequel doivent être remplies les formalités de publicité dont nous aurons à nous occuper (V. *infrà*, n. 3692 et s.), et c'est à partir de ce moment aussi que les actions deviennent négociables. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 984; Houpin, t. 1, n. 527; Pont, n. 1037; Rousseau, t. 1, n. 1913.

3543. — Le conseil de surveillance est un organe de contrôle, chargé, comme l'indique son titre, de surveiller la gestion. Il est le représentant des actionnaires en face du gérant, il sert, pour ainsi dire, « d'intermédiaire entre le gérant et les actionnaires ». — Houpin, t. 1, n. 695.

3544. — Les membres du conseil de surveillance doivent être choisis parmi les actionnaires quand il s'agit d'une commandite par actions, tandis que les commissaires de surveillance des sociétés anonymes peuvent être des personnes étrangères à la société. Ainsi, ne pourrait être membre du conseil de surveillance d'une commandite par actions, le mari d'une actionnaire, qui ne serait pas lui-même actionnaire, et qui prétendrait exciper de ses pouvoirs d'administration sur les biens de sa femme. La loi fixe à trois le nombre minimum des membres du conseil de surveillance (L. 24 juill. 1867, art. 5); même s'il y avait au conseil trois membres actionnaires, on ne saurait introduire des membres adjoints qui ne fussent pas actionnaires, sous prétexte que le nombre légal est atteint. — Houpin, t. 1, n. 701; Pont, n. 1046. — *Contrà*, Beslay et Lauras, n. 534 et 535.

3545. — Par suite, également, si un membre du conseil de surveillance perd sa qualité d'actionnaire, ou aliène les actions dont il doit être propriétaire d'après les statuts, il est censé démissionnaire, et il doit être remplacé au conseil de surveillance. — Houpin, t. 1, n. 701; Mathieu et Bourguignat, n. 59; Pont, n. 1045; Vavasseur, n. 577. — Du reste, si les actions étaient au porteur, le fait d'être membre du conseil de surveillance ferait présumer la qualité d'actionnaire. — Paris, 16 avr. 1861, Botta, [S. 61.2.414, P. 61.462, D. 61.2.122] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 701.

3546. — Si la loi exige la qualité d'actionnaire de la part de celui qui est membre du conseil de surveillance, elle se contente de cette qualité, et n'exige pas un nombre déterminé d'actions. Par conséquent, une seule action suffira pour donner le droit d'entrer dans le conseil de surveillance. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 5, n. 1; Houpin, t. 1, n. 701; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 982; Rousseau, t. 1, n. 2094.

3547. — Mais d'ordinaire les statuts stipulent que l'on n'aura le droit de faire partie du conseil de surveillance que si l'on possède un nombre déterminé d'actions, et qu'à la condition de déposer ces actions dans la caisse sociale à titre de garantie des fonctions. Cette clause est valable, et, par suite, obligatoire. — Paris, 16 avr. 1861, précité. — Quelques auteurs ont cependant contesté la validité d'une telle clause, en disant qu'elle restreint le choix des actionnaires. — Pont, n. 1043 et s.; Bédarride, n. 139. — Mais leur opinion n'a pas prévalu. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 2; Beslay et Lauras, n. 553; Houpin, t. 1, n. 701; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 982; Mathieu et Bourguignat, n. 59; Rousseau, t. 1, n. 2096.

3548. — Au cas où les statuts d'une société en commandite par actions imposent aux membres du conseil de surveillance l'obligation d'être propriétaires d'un certain nombre d'actions, il n'est pas nécessaire que les membres du conseil possèdent ces actions comme les ayant souscrites : des actions à eux données par le gérant, ou par eux acquises de tiers, remplissent suffisamment les conditions de l'apport prescrit. En conséquence, après la dissolution de la société, le liquidateur n'est pas fondé à exiger d'eux le paiement de la valeur de cet apport, sous le prétexte de l'insuffisance de semblables actions. — Paris, 26 juill. 1861, Giraud, [S. 62.2.35, P. 62.876] — *Sic*, Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 3; Houpin, t. 1, n. 701; Vavasseur, n. 578; Rousseau, t. 1, n. 2097.

8549. — Les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, qui n'ont pas en réalité souscrit le nombre d'actions exigé d'eux par les statuts de la société, n'en doivent pas moins être considérés comme souscripteurs d'actions, lorsque, dans l'acte constitutif de la société, le gérant a déclaré en leur présence, et sans être démenti par eux, que le conseil de surveillance définitif se trouvait composé du nombre voulu de membres souscripteurs, et lorsque, en outre, ils ont pris part aux délibérations du conseil ou les ont formellement approuvées. — Paris, 16 avr. 1861, précité.

3550. — Nous savons que dans les commandites par actions, la qualité d'actionnaire est exclusive du droit de participer à la gestion (C. comm., art. 27 et 28. — V. *suprà*, n. 1540 et s.). Comme, d'autre part, on ne peut choisir les membres du conseil de surveillance que parmi les actionnaires, s'ensuit-il qu'il faille écarter du conseil de surveillance un actionnaire qui participerait aux bénéfices de la gérance? Non, si cet actionnaire ne participe pas aussi aux pertes, car il ne peut être alors considéré comme un associé du gérant. — Cass., 14 juill. 1873, Schwabacher, Audebert et Cie, [S. 74.1.425, P. 74.1084, D. 76.1.160]

3551. — D'ailleurs, le fait par un membre du conseil de surveillance de participer aux bénéfices de la gérance donnerait lieu à une simple action en dommages-intérêts, et ne pourrait entraîner la nullité de la société, quand les autres membres du conseil de surveillance sont au nombre de trois, comme le prescrit la loi. — Même arrêt.

3552. — Un notaire pourrait-il, sans s'exposer à des poursuites disciplinaires, faire partie du conseil de surveillance? L'ordonnance du 4 janv. 1843, par son art. 12, n. 2, interdit aux notaires toute immixtion dans l'administration des sociétés; il semble donc qu'il faille répondre par la négative (V. *Dict. not.*, v° *Notaire*, n. 621). Cependant, si l'on remarque que le rôle du conseil de surveillance est un rôle de contrôle et non d'administration, puisque toute participation à la gestion est interdite aux actionnaires membres du conseil de surveillance comme aux autres actionnaires, on ne voit pas pourquoi il serait interdit aux notaires de faire partie d'un conseil de surveillance, à la condition bien entendu que ce conseil se cantonne dans sa fonction de contrôle. — Trib. Clermont (Oise), 26 avr. 1893, [*J. des soc.*, 93.337] — Houpin, t. 1, n. 696; Vavasseur, n. 576.

3553. — La loi du 17 juill. 1856 exigeait que les membres du conseil de surveillance fussent au moins au nombre de cinq, ce nombre a été ramené à trois, nous l'avons dit, par l'art. 5, L. 24 juill. 1867.

3554. — Il a été jugé, sous l'empire de la loi de 1856, que le conseil de surveillance est régulièrement constitué, bien que l'un des actionnaires nommés ne fût pas éligible, s'il a été composé de six membres et si l'élection des cinq autres n'est pas contestée. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher et autres, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

3555. — De même, lorsqu'il a été satisfait à l'art. 5, L. 17 juill. 1856, le refus par l'un des membres nommés d'accepter le mandat qui lui a été conféré ne peut vicier, par un effet rétroactif, la constitution de la société et en entraîner la nullité. — Cass., 14 juill. 1873, précité. — *Sic*, Alauzet, n. 464; Bédarride, *Loi de 1867*, n. 130 et 131; Beslay et Lauras, n. 543; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 7; Mathieu et Bourguignat, n. 60; Rivière, *Loi de 1867*, n. 59. — *Contrà*, Pont, n. 1041; Houpin, t. 1, n. 699.

3556. — Par suite, lorsque le conseil de surveillance a été régulièrement nommé, le refus opposé par l'un des actionnaires élus d'accepter le mandat qui lui a été conféré, peut bien donner lieu, si le gérant néglige de provoquer son remplacement, à une action en dissolution de la société, mais non à une action en nullité. — Grenoble, 28 déc. 1871, précité.

3557. — Si l'art. 5 de la loi de 1867 exige que les membres du conseil de surveillance soient au nombre de trois, c'est qu'il suppose qu'il y a suffisamment d'actionnaires. Si le nombre des commanditaires était inférieur à quatre, ils feraient tous partie du conseil, et s'il était inférieur à trois, le conseil de surveillance serait valablement constitué avec moins de trois membres. — Aix, 18 nov. 1857, Pecoul, [S. 58.2.473, P. 58.1067, D. 58.2.127] — *Sic*, Alauzet, n. 658; Bédarride, n. 132 et s.; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 5, n. 10; Rousseau, t. 1, n. 2092; Pont, n. 1039; Vavasseur, n. 574. — *Contrà*, Houpin, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, n. 978; Mathieu et Bourguignat, n. 65; Rivière, n. 62; Ruben de Couder, v° *Soc. en command.*, n. 271.

3558. — Jugé même, en ce sens, qu'une société en commandite par actions peut légalement exister, alors même qu'il n'y aurait qu'un commanditaire, bien qu'en un tel cas, il ne soit pas possible de constituer un conseil de surveillance dans les conditions prescrites par la loi. — Même arrêt.

3559. — Mais lorsque le nombre des commanditaires le permet, il doit être obéi aux prescriptions légales qui exigent un conseil de surveillance de trois membres. C'est pourquoi le conseil de surveillance constitué d'abord avec un ou deux membres, dans l'impossibilité où l'on était de faire autrement, devrait être ensuite complété jusqu'à concurrence de trois membres, si postérieurement, par suite de cessions d'actions, par exemple, le nombre des commanditaires permettait d'introduire trois membres audit conseil.

3560. — La loi prescrit un minimum de trois membres; mais elle n'interdit pas de nommer plus de trois membres. On pourrait aussi, à cet effet, nommer des membres suppléants chargés de remplacer les membres absents. — Houpin, t. 1, n. 700.

3561. — Les membres du premier conseil de surveillance sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Cette nomination doit avoir lieu « immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale » (art. 5, al. 2). C'est donc après la déclaration notariée concernant les souscriptions et les versements, que doit être convoquée l'assemblée chargée de nommer les membres du conseil de surveillance. Cependant, lorsqu'il y a des apports en nature et des avantages particuliers, comme la société ne peut être constituée qu'après l'approbation par l'assemblée générale de ces apports et avantages, ce n'est qu'après la seconde réunion que pourra être faite la nomination des membres du conseil de surveillance. Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, de réunir une assemblée spéciale à cet effet : on peut procéder à la nomination du conseil de surveillance immédiatement après le vote d'approbation des apports et avantages, et dans la même assemblée. — Arthuys, n. 74; Bédarride, n. 141; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 14; Houpin, t. 1, n. 598; Mathieu et Bourguignat, n. 58; Pont, n. 1033; Rivière, n. 56; Rousseau, t. 1, n. 2091; Thaller, n. 433; Vavasseur, n. 569.

3562. — C'est au gérant qu'incombe l'obligation de convoquer l'assemblée générale à l'effet de procéder à la nomination du conseil de surveillance. Ce n'est pas aux actionnaires à provoquer cette réunion; ils n'encourraient donc aucune responsabilité à raison de la non-nomination du conseil de surveillance. — Amiens, 16 févr. 1875, Synd. Cungniez, [S. 75.2.193, P. 75.800, D. 77.2.57] — *Sic*, Arthuys, n. 74; Rousseau, t. 1, n. 2090; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 16; Houpin, t. 1, n. 697; Vavasseur, n. 568.

3563. — Les actionnaires ne pourraient même pas convoquer l'assemblée générale dans le cas où le gérant négligerait de le faire. Ils ne pourraient que former une demande devant le tribunal de commerce à l'effet soit d'obliger le gérant à convoquer les actionnaires dans tel délai, soit de faire prononcer la dissolution de la société. — V. Alauzet, n. 463; Bédarride, n. 142; Beslay et Lauras, n. 558 et 559; Houpin, n. 697; Pont, n. 1036. — *Contrà*, Rivière, n. 57; Ruben de Couder, *Soc. en comm.*, n. 265.

3564. — Il n'y a pas lieu d'appliquer, pour la nomination du conseil de surveillance, la règle de l'art. 4, qui exige une majorité représentant le quart des actionnaires et le quart du capital en numéraire (V. *suprà*, n. 3435 et s.). Car c'est là une règle exceptionnelle écrite en vue de l'hypothèse de l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, hypothèse en dehors de laquelle nous nous trouvons. L'élection peut donc avoir lieu à la simple majorité des membres présents. — Ar-

thuys, n. 74; Bédarride, n. 141; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 15; Mathieu et Bourguignat, n. 57; Pont, n. 1037; Rivière, n. 58; Rousseau, t. 1, n. 2091.

3565. — Les statuts contiennent ordinairement des clauses qui exigent un certain nombre d'actions pour donner à l'actionnaire le droit d'assister aux assemblées, et qui proportionnent le nombre de voix dont dispose l'actionnaire au nombre d'actions qu'il possède. Lorsqu'il s'agit d'approuver les apports en nature et les avantages particuliers, ces clauses doivent être écartées. Doivent-elles l'être également quand il s'agit de nommer les membres du conseil de surveillance? Nous ne le pensons pas : car si la loi a fixé un *quorum* de présence et exigé une majorité spéciale dans le cas où il s'agit d'approuver les apports et avantages, elle n'a rien déterminé de semblable concernant la nomination du conseil de surveillance; à cet égard, il faut donc se référer aux conventions des parties, exprimées par les clauses statutaires. — Arthuys, n. 74.

3566. — Pour la même raison, il n'y a pas lieu d'appliquer à l'assemblée chargée de nommer le conseil de surveillance d'une société en commandite la disposition de l'art. 4, L. 1er août 1893, écrite en vue des sociétés anonymes, qui autorise les propriétaires d'actions à se réunir pour totaliser leurs actions afin d'obtenir le nombre d'actions déterminé par les statuts comme donnant droit de se faire représenter aux assemblées générales. — Arthuys, n. 74; Houpin, t. 1, n. 638; Lyon-Caen et Renault, *append.*, n. 41. — *Contrà*, Bouvier-Bangillon, p. 117; Faure, n. 98.

3567. — D'après l'al. 3 de l'art. 5, le conseil de surveillance « est soumis à la réélection aux époques et suivant les conditions déterminées par les statuts ». Mais l'al. 4 du même article ajoute : « Toutefois le premier conseil n'est nommé que pour une année ». Il en résulte que si le conseil de surveillance est, en général, régi par les statuts pour la durée de ses pouvoirs, il n'en est pas ainsi du premier conseil de surveillance. Celui-ci ne peut être nommé que pour une année. Le législateur a pris cette précaution contre les surprises possibles du début.

3568. — Une fois cette première année expirée, rien ne s'oppose à ce que les membres sortants du premier conseil de surveillance soient réélus. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 5, n. 18; Houpin, t. 1, n. 602; Pont, n. 1048.

3569. — Le fait que le conseil de surveillance, dont les membres étaient d'ailleurs rééligibles, aurait continué ses fonctions au delà du terme d'une année, avec l'assentiment tacite des actionnaires, ne saurait donner lieu à une action en nullité de la société. — Cass., 14 juill. 1873, Schwabacher et autres, [S. 74.1.425, P. 74.1084, D. 76.1.160]

3570. — Mais il peut donner lieu à une action en dissolution de la société. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher et autres, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

3571. — Au surplus, le conseil de surveillance, dans une société en commandite par actions, étant un élément essentiel, et sans lequel une telle société n'a pas d'existence légale, les membres de ce conseil, bien que nommés pour un temps déterminé, ne peuvent cesser leurs fonctions qu'après qu'il a été pourvu à leur remplacement, soit sur la demande du gérant, soit sur leur provocation personnelle; jusque-là, ils demeurent responsables des opérations de la gérance. — Cass., 22 janv. 1872, Galoppe et autres, [S. 72.1.11, P. 72.11, D. 72.1.117] — Grenoble, 11 déc. 1872, Galoppe, [S. 74.2.147, P. 74.705, D. 74.2.33

3572. — Les membres du premier conseil de surveillance sont-ils révocables par l'assemblée générale avant l'expiration de l'année pour laquelle ils doivent être nommés aux termes de la loi? Certains auteurs, les regardant comme des mandataires, estiment qu'ils peuvent être révoqués *ad nutum* par l'assemblée générale. — Alauzet, n. 467; Beslay et Lauras, n. 550 et s.; Rousseau, t. 1, n. 2099; Deloison, n. 408; Houpin, t. 1, n. 703; Rivière, n. 61; Vavasseur, n. 572. — On soutient, dans une autre opinion, qu'il faut adopter pour le conseil de surveillance la même solution que pour le gérant statutaire. La loi ayant déterminé elle-même la durée des pouvoirs du premier conseil de surveillance, ses membres ne pourraient être révoqués que pour causes légitimes, et sur décision des tribunaux, qui apprécieraient librement la légitimité des motifs invoqués. — Bédarride, n. 143; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 23; Mathieu et Bourguignat, n. 64; Pont, n. 1051; Sourdat, p. 156. — V. *suprà*, n. 3529 et s.

3573. — Les fonctions des membres du conseil de surveillance sont personnelles : par suite, un membre de ce conseil ne peut être autorisé à se faire suppléer par un tiers, dans l'exercice de ses fonctions. — Bédarride, n. 146; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 22; Pont, n. 1506; Mathieu et Bourguignat, n. 63; Rivière, n. 60; Rousseau, t. 1, n. 2108.

3574. — Le plus souvent, des jetons de présence sont accordés par les statuts aux membres du conseil de surveillance; la valeur de ces jetons est fixée par l'assemblée générale. — Houpin, t. 1, n. 704; Rousseau, t. 1, n. 2100.

3575. — IV. *Vérification de la déclaration notariée.* — Le conseil de surveillance, étant composé de commanditaires, doit s'interdire toute immixtion dans la gestion de la société (V. *suprà*, n. 1540 et s.); sa fonction consiste, d'une manière générale, à exercer un contrôle sur la gestion du gérant, V. *infrà*, n. 4707 et s. — Mais une obligation spéciale incombe au premier conseil de surveillance : « *Ce premier conseil*, dit la loi du 24 juill. 1867, en son art. 6, *doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées* ».

3576. — Le premier conseil de surveillance doit donc, dès son entrée en fonctions, vérifier si toutes les prescriptions édictées par les art. 1 à 5 de la loi de 1867 ont été obéies. Les membres de ce conseil doivent procéder eux-mêmes à la vérification; ils ne sauraient confier à d'autres le soin de la faire, ni s'en rapporter aux simples déclarations des fondateurs. — Cass., 24 avr. 1861, Chalmeton, [S. 62.1.182, P. 62.527, D. 61.1.428]; — 11 mai 1863, Ballande, [S. 63.1.284, P. 63.767, D. 63.1.213] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 705; Pont, n. 1054.

3577. — Il est à noter que, dans les sociétés anonymes, ainsi que nous le verrons *infrà*, n. 3677 et s., c'est à la première assemblée générale des actionnaires qu'est confié le soin de cette vérification (L. de 1867, art. 24, alin. 2). Cette différence ne saurait recevoir d'explication rationnelle.

3578. — Le but de la loi, en imposant cette vérification aux membres du conseil de surveillance, a été de protéger la société contre les dangers de nullité. En effet, si, au cours de sa vérification, le conseil rencontre des infractions aux règles de la constitution des sociétés en commandite par actions, il pourra peut-être réparer ou faire réparer ces infractions : il pourra faire effectuer le versement légal sur chaque titre, s'il s'aperçoit que ce versement n'a pas été fait; faire procéder à l'approbation des apports et avantages par l'assemblée générale, si cette formalité a été omise; ordonner au gérant de faire la déclaration notariée, au cas où cette déclaration n'aurait pas été faite, etc. Si le conseil découvre des irrégularités irréparables, telles qu'un fractionnement du capital en violation des prescriptions de la loi, son devoir sera d'arrêter la formation de la société, et d'empêcher qu'elle ne commence ses opérations.

3579. — Le conseil de surveillance qui négligerait de faire la vérification ou qui ne la ferait pas sérieusement engagerait gravement sa responsabilité. Car, au cas où la société serait plus tard annulée pour avoir été constituée irrégulièrement, les membres du conseil de surveillance seraient responsables, d'après l'art. 8, concurremment avec le gérant, des dommages causés aux associés et aux tiers par l'annulation de la société. — Sur cette responsabilité, V. *infrà*, n. 3894 et s.

3580. — Le conseil de surveillance est également tenu, au moment où le capital social vient d'être augmenté par la souscription d'actions nouvelles, des mêmes obligations que lors de la constitution de la société, à savoir de vérifier la réalité de la souscription et des versements complémentaires. — Trib. comm. Marseille, 31 oct. 1866, Aix, 9 avr. 1867, sous Cass., 11 mai 1870, Aldecoa, [S. 70.1.425, P. 70.1118, D. 70.1.401] — *Sic*, Alauzet, n. 640; Cohendy et Darras, *C. comm, ann.*, L. de 1867, art. 6, n. 2; Houpin, t. 1, n. 705; Rivière, n. 17; Ruben de Couder, vo *Société en commandite*, n. 285. — *Contrà*, Pont, n. 1502.

2° Règles constitutives spéciales à la société anonyme.

3581. — Pour que la société anonyme soit définitivement constituée après le vote d'approbation des apports et avantages, il faut encore qu'elle soit pourvue de ses organes sociaux. Ces organes sont : 1° l'assemblée générale; 2° les administrateurs; 3° les commissaires du contrôle. Nous avons à examiner comment ces organes se forment et fonctionnent en vue de la constitution de la société. Mais il ne suffit pas que ces trois organes existent, la loi exige, en outre, qu'il soit procédé à la vérifica-

tion, par l'assemblée générale, de la déclaration notariée relative aux souscriptions et aux versements.

3582. — I. *Assemblée générale des actionnaires.* — Nous n'avons pas à revenir sur cet organe. — V. à cet égard, *suprà*, n. 3407 et s. — En ce qui regarde la vérification par cette assemblée de la déclaration notariée, V. *infrà*, n. 3677 et s. — Quant aux attributions de l'assemblée générale et à son fonctionnement au cours de la vie sociale, V. *infrà*, n. 4866 et s.

3583. — II. *Administrateurs.* — La société anonyme, être moral, ne peut fonctionner, comme la commandite par actions, que par l'intermédiaire de personnes chargées de la représenter dans ses relations avec les tiers et dans les procès qu'elle peut avoir à soutenir. Ces personnes investies du droit de représenter la société sont les administrateurs. Les administrateurs sont dans les sociétés anonymes ce qu'est le gérant dans les commandites par actions. On ne peut pas plus concevoir la société anonyme sans administrateurs qu'on ne peut concevoir la commandite par actions sans gérant. Aussi, la loi du 24 juill. 1867 porte, en son art. 22 : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires... » La nomination des administrateurs est donc une condition essentielle de la constitution des sociétés anonymes. La loi dit elle-même que la société ne peut être constituée avant l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs : « la société est constituée à partir de cette acceptation » (L. 24 juill. 1867, art. 25, alin. final).

3584. — La loi n'ayant pas déterminé le nombre des administrateurs, il peut y en avoir un seul ou plusieurs. Lorsqu'il y en a plusieurs, leur réunion prend le nom de *conseil d'administration*. Ordinairement, c'est le conseil lui-même qui choisit son président, mais le président pourrait aussi être désigné par les statuts. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 25, n. 5; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 721 et 811; Houpin, t. 2, n. 781; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 554.

3585. — Comment sont nommés les administrateurs? L'art. 25, L. 24 juill. 1867, répond à cette question dans son 1er alin. : « Une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers administrateurs... »; et dans son 3e alin. : « Toutefois, ils peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale... » Il résulte de ce texte que les premiers administrateurs sont tantôt nommés par l'assemblée générale, tantôt désignés par les statuts. Cela constitue une différence avec les commandites par actions : tandis que dans ces dernières sociétés, le gérant est nécessairement un commandité, et, comme tel, désigné par les statuts (V. *suprà*, n. 3528), dans les sociétés anonymes, les administrateurs peuvent être non seulement indiqués par les statuts, mais encore choisis par l'assemblée générale. Une seconde différence, sur laquelle nous reviendrons, consiste en ce que les administrateurs doivent nécessairement être choisis parmi les actionnaires, tandis qu'un gérant de commandite peut être un étranger. — V. *suprà*, n. 3527.

3586. — En principe, les premiers administrateurs sont nommés par l'assemblée générale, mais il n'y a pas lieu de convoquer une réunion spéciale à cet effet. S'il y a des apports en nature ou des avantages particuliers à approuver, on pourra demander la nomination des administrateurs à l'assemblée chargée de donner son approbation. S'il n'y a pas d'apports en nature ou d'avantages particuliers à apprécier, comme il faut convoquer une assemblée générale à l'effet de vérifier la sincérité de la déclaration notariée, on pourra confier à cette assemblée la nomination des premiers administrateurs.

3587. — Si certains actionnaires avaient passé ensemble une convention à l'effet de nommer telles et telles personnes comme membres du conseil d'administration, la société ne serait pas, de ce chef, entachée de nullité, car une telle convention ne porte aucune atteinte à la liberté et aux droits de l'assemblée générale. — Cass., 20 nov. 1888, [*J. des soc.*, 89.10]

3588. — La loi paraît exiger que la convocation de l'assemblée générale chargée de nommer les premiers administrateurs soit postérieure à la déclaration notariée; c'est une erreur de rédaction; la loi veut seulement que cette assemblée soit tenue postérieurement à cet acte. La convocation peut donc être antérieure à la déclaration notariée, pourvu que la nomination des premiers administrateurs en assemblée générale ait été faite postérieurement à la déclaration. L'esprit de la loi doit ici prévaloir sur le texte. — Cass., 6 nov. 1894, Alépée, [S. et P. 95.1.113, D. 95.1.151] — Arthuys, n. 77; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 1; Floucaud-Pénardille, n. 376. — *Contrà*, Houpin, t. 1, n. 475.

3589. — La nomination est régulière « lorsque tous les actionnaires étaient présents lors de la rédaction des statuts, le jour même de la déclaration, si, d'une part, rien n'établit que la convocation ait précédé cette déclaration, si, d'autre part, l'intégralité du capital social avait été souscrite par les fondateurs qui n'ont fait aucun appel au crédit (V. *suprà*, n. 3106 et s.), et si, enfin, tous les associés ont assisté à tous les actes qui ont précédé l'assemblée générale constitutive et à cette assemblée elle-même. — Paris, 17 nov. 1891, Alépée et Derriey, [S. et P. 92.2.281, D. 95.1.151, sous Cass., 6 nov. 1894]

3590. — Les formes et les délais de la convocation sont librement déterminés par les statuts; il importe seulement que les actionnaires aient été mis à même d'assister à l'assemblée générale et qu'ils aient été prévenus de l'objet de la délibération. Aussi, la société ne serait pas entachée de nullité, si, conformément aux statuts, la convocation avait été faite par lettres missives ou verbalement. — Orléans, 14 juin 1893, Synd. de la soc. des eaux de Saint-Galmier, [S. et P. 95.2.161, D. 94.2.146] — Il en est ainsi surtout si le registre des délibérations atteste que tous les actionnaires étaient présents ou représentés à l'assemblée générale. — Même arrêt.

3591. — Pour que l'assemblée générale puisse nommer les administrateurs et les commissaires de surveillance, il n'est pas nécessaire qu'elle représente le quart du capital social en numéraire et le quart des actionnaires, condition exigée, selon nous, pour l'approbation des apports et avantages (V. *suprà*, n. 3443 et s.). Il suffit que cette assemblée soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social.

3592. — Si cette condition n'est pas réalisée, l'assemblée ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Une nouvelle assemblée doit être convoquée, après deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, avis faisant connaître les résolutions provisoires arrêtées par la première assemblée. Si la nouvelle assemblée se compose d'un nombre d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social, et qu'elle approuve les résolutions provisoires de la première assemblée, ces résolutions deviennent définitives. En un mot, pour la nomination des premiers administrateurs et des premiers commissaires de surveillance, il y a lieu d'appliquer purement et simplement l'art. 30 de la loi de 1867, mais sans le combiner avec l'art. 4. — V. Houpin, t. 1, n. 532, et *J. des soc.*, 1899, p. 482; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 555.

3593. — Les délibérations relatives à la nomination des administrateurs et des commissaires de surveillance doivent être prises à la majorité des voix des actionnaires présents; mais un actionnaire ne peut réunir plus de dix voix, conformément à l'art. 27 de la loi de 1867 (V. *suprà*, n. 3417); la majorité relative suffit, on ne saurait exiger la majorité absolue des votants. — Houpin, *loc. cit.*; Vavasseur, n. 791.

3594. — Exceptionnellement, les premiers administrateurs, au lieu d'être nommés par l'assemblée générale, peuvent être désignés par les statuts. En effet, il peut arriver que les fondateurs de la société, pour assurer le succès d'une entreprise qu'ils ont conçue, désirent conserver la direction des opérations sociales. Sans doute, le mandataire ne peut être désigné que par son mandant, mais il n'y a pas échec à cette règle dans le fait que les premiers administrateurs sont désignés par les statuts. Car les actionnaires, par leurs souscriptions, ont adhéré aux statuts, et, par conséquent, ont accepté comme mandataires les premiers administrateurs désignés par une clause statutaire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 721 et 810.

3595. — Mais pour que la nomination des premiers administrateurs par les statuts soit valable, il faut qu'il y ait stipulation formelle que cette nomination ne sera pas soumise à l'acceptation de l'assemblée générale. Si les statuts désignaient les premiers administrateurs, sans stipuler que leur nomination ne sera pas ratifiée par l'assemblée générale, il faudrait regarder cette désignation comme une simple proposition, et décider que l'assemblée générale devra confirmer par son vote la désignation statutaire. *A fortiori*, un vote de l'assemblée générale serait-il nécessaire si les statuts désignaient les premiers administrateurs,

sous réserve de la ratification de cette assemblée. — Arthuys, n. 76; Bédarride, n. 374; Houpin, t. 1, n. 529.

3596. — L'assemblée générale, ni les statuts ne sont libres de désigner n'importe quelles personnes comme administrateurs. En effet, l'art. 22, al. 1, s'exprime ainsi : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires..., pris parmi les associés ». L'art. 26, al. 1, ajoute une autre condition : « Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts ». Enfin, en vertu de divers textes, certaines fonctions sont incompatibles avec la qualité d'administrateurs. Examinons successivement ces trois conditions, qui s'imposent aux administrateurs.

3597. — A. *Les administrateurs doivent être actionnaires.* — Les administrateurs doivent être « pris parmi les associés », dit la loi. C'est là une condition particulière aux sociétés anonymes. La loi n'impose pas la même condition au gérant de la commandite par actions, qui, nous l'avons vu, peut être choisi en dehors des associés. — V. *suprà*, n. 3527.

3598. — B. *Les administrateurs doivent être propriétaires d'un certain nombre d'actions.* — L'art. 26, L. 24 juill. 1867, dit, à ce sujet : « Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité, et déposées dans la caisse sociale ».

3599. — Le législateur a indiqué dans la loi même le but qu'il se propose en exigeant que les administrateurs soient propriétaires d'un certain nombre d'actions : il veut que la responsabilité qu'ils encourent soit efficace.

3600. — La loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée était, à cet égard, plus rigoureuse que la loi de 1867. Elle exigeait que les administrateurs fussent propriétaires à eux tous d'un nombre d'actions formant le 1/20e du capital social, et que ces actions fussent réparties par parts égales entre tous les administrateurs. C'était apporter une entrave gênante à la formation de la société; car lorsque le capital social est considérable, il peut être difficile aux administrateurs d'être propriétaires du 1/20e de ce capital. C'était nuire aussi au bon fonctionnement de la société, parce que l'assemblée générale se trouvait ainsi amenée à choisir comme administrateurs les plus forts actionnaires, qui ne sont pas toujours les actionnaires les plus capables d'administrer. Enfin, c'était une règle illusoire, car rien n'empêchait un administrateur propriétaire d'un nombre d'actions supérieur à sa part de céder fictivement le surplus à un autre administrateur ne réunissant pas le nombre voulu; d'où l'inconvénient de mettre ce dernier administrateur à la merci du premier. Aussi, la loi de 1867 a-t-elle renoncé aux exigences de la loi de 1863.

3601. — La première condition est exigée au moment même de la nomination; l'assemblée générale ne pourrait pas nommer administrateur une personne étrangère à la société au moment de la réunion de l'assemblée.

3602. — Au contraire, si les administrateurs doivent être propriétaires du nombre d'actions déterminé par les statuts, il n'est pas nécessaire qu'ils possèdent ce nombre d'actions au moment même de leur nomination, il suffit qu'ils l'aient au moment de leur entrée en fonctions. Ils peuvent donc se le procurer après leur nomination, pourvu qu'ils en soient propriétaires dès leur premier acte de gestion. — Lyon, 2 mars 1883, [*J. des soc.*, 84.298] — Paris, 12 déc. 1889, [*J. des soc.*, 91.18]; — 3 févr. 1891, [*J. des soc.*, 93.402] — Trib. Seine, 25 juin 1893, [*J. des soc.*, 95.48] — *Sic*, Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 26, n. 4; Houpin, t. 2, n. 786; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 815 *bis*; Ruben de Couder, vº *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 141 et s.; Rousseau, t. 1, n. 2189. — Si après leur nomination, les administrateurs ne se procuraient pas le nombre d'actions exigé par les statuts, ils devraient être remplacés par d'autres administrateurs réalisant cette condition.

3603. — Si, ne remplissant pas cette condition, ils entraient néanmoins en fonctions, ils commettraient une faute susceptible d'engager leur responsabilité vis-à-vis des actionnaires et vis-à-vis des tiers. Mais la société serait-elle nulle pour autant? Nullement, car l'art. 41 de la loi de 1867 n'énumère point ce fait parmi les causes de nullité, lesquelles sont de droit étroit. — Lyon, 25 mars 1887, [*J. des soc.*, 88.338] — Trib. Seine, 25 juin 1894, [*J. des soc.*, 95.48] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 10; Houpin, t. 2, n. 790 et 794; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 815 *bis*; Pont, n. 1625; Ruben de Couder, vº *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 144.

3604. — Et même les opérations faites par les administrateurs, en violation de notre article, ne seraient pas nulles. — Cass., 20 juin 1898, De Bouvier, [S. et P. 99.1.257, D. 99.1.233] — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 11; Houpin, t. 2, n. 794; Ruben de Couder, vº *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 145.

3605. — En tout cas, la circonstance qu'un administrateur aurait accepté ce titre sans être souscripteur ou propriétaire d'actions de la société ne saurait l'affranchir de la responsabilité qu'il encourt à raison des vices de constitution et de la nullité de cette société. — Paris, 10 juill. 1885, sous Cass., 8 nov. 1886, Garini, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, et la note de M. Labbé, D. 87.1.9] — Paris, 8 août 1889, sous Cass., 9 juin 1891, Duc Decazes, [S. 91.1.501, P. 91.1.1239, D. 91.1.361]

3606. — C'est aux statuts à déterminer librement le nombre d'actions dont il faudra être propriétaire pour pouvoir être nommé administrateur. Comme la loi n'impose aucun minimum, les statuts pourraient n'exiger qu'une seule action. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 1; Houpin, t. 2, n. 788; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 815 *bis*.

3607. — Et si les statuts étaient muets sur ce point, il suffirait d'avoir en propriété une seule action pour pouvoir être nommé valablement administrateur. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 26, n. 2; Lyon-Caen et Renault, n. 815 *bis*; Rousseau, t. 1, n. 2191. — *Contrà*, Alauzet, n. 539, Mathieu et Bourguignat, n. 192; Pont, n. 1626.

3608. — La loi de 1867 n'imposant pas, comme celle de 1863, que les administrateurs soient propriétaires par parts égales du nombre d'actions exigé par les statuts, il n'est pas nécessaire que chaque administrateur soit propriétaire du même nombre d'actions; il suffit que les actions qu'ils possèdent ensemble représentent le nombre fixé statutairement, pourvu que chacun d'eux en possède au moins une. — Alauzet, n. 472; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 3; Houpin, t. 2, n. 788; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 815; Mathieu et Bourguignat, n. 194; Pont, n. 1622; Ruben de Couder, vº *Soc. anon.*, n. 293 et s.; Rousseau, t. 1, n. 2192.

3609. — En tout cas, on ne saurait prétendre qu'un directeur ou des administrateurs n'étaient pas propriétaires, au jour de leur nomination, du nombre d'actions de garantie fixé par les statuts, alors, d'une part, qu'il a été trouvé, dans les caisses de la société, lors de sa déclaration de faillite, des actions au porteur, étiquetées au nom de ces directeur ou administrateurs, en nombre égal pour chacun d'eux au chiffre fixé par les statuts, et alors, d'autre part, qu'il résulte des faits et circonstances de la cause que des actions en nombre au moins égal avaient été attribuées à ces directeur ou administrateurs antérieurement à leur nomination. — Orléans, 14 juin 1893, Syndic. de la Société des eaux de Saint-Galmier, [S. et P. 95.2.161]

3610. — Il importe peu qu'au jour de la nomination de ces directeur ou administrateurs, les actions de la société ne fussent pas imprimées; les directeurs et administrateurs doivent être considérés comme actionnaires dès qu'ils ont acquis des actions de la société, sans qu'il soit nécessaire que les titres de ces actions leur aient été remis. — Même arrêt.

3611. — Vainement on objecterait que, s'agissant dans l'espèce d'actions au porteur, les directeur ou administrateurs n'en pouvaient être, aux termes de l'art. 35, C. comm., saisis que par la tradition qui leur en aurait été faite; l'art. 35, C. comm., n'a pas dérogé à l'art. 1138, C. civ., d'après lequel la propriété se transmet par le seul effet de la convention. — Même arrêt.

3612. — Peu importe, d'ailleurs, la nature des actions possédées par les administrateurs : les actions d'apport elles-mêmes peuvent être affectées à la garantie des actes de ces administrateurs, bien que, depuis la loi du 1er août 1893, elles ne puissent être détachées de la souche et ne soient négociables que deux ans après la constitution de la société. — Bouvier-Bangillon, p. 143; Rousseau, t. 1, n. 2196; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 26, n. 8; Houpin, t. 2, n. 791, et *J. des soc.*, 1896, p. 481.

3613. — Peu importe également, dès qu'un administrateur possède le nombre d'actions déterminé par les statuts, qu'il les détienne en qualité de souscripteur ou de cessionnaire. Il en serait autrement cependant si un administrateur avait acquis des

actions d'apport avant l'expiration des deux années pendant lesquelles elles ne peuvent pas être négociées. Ces actions peuvent sans doute être cédées suivant les modes du droit civil; mais elles ne sont pas susceptibles, jusqu'à l'expiration du délai de deux ans, d'être transférées au nom de l'administrateur, comme le prescrit notre article. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 9; Houpin, t. 2, n. 791, et *J. des soc.*, 1898, p. 97. — *Contrà*, Genevois, *Le nouveau régime des soc.*, n. 28. — Sur la non-négociabilité des actions d'apport pendant deux ans, et sur la portée de cette prohibition, V. *suprà*, n. 2133 et s.

3614. — Les actions appartenant aux administrateurs, dont le nombre est déterminé par les statuts, sont affectées à la garantie de tous les actes de leur gestion. Elles sont affectées à cette garantie en totalité et solidairement. Elles garantissent donc, non seulement les fautes collectives des administrateurs, mais aussi leurs fautes individuelles; et, en cas de faute individuelle d'un administrateur, les autres ne sauraient éviter la responsabilité en démontrant qu'ils sont demeurés étrangers à la faute, et même qu'ils ont tout fait pour l'empêcher. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 13; Houpin, t. 2, n. 789; Lyon-Caen et Renault, n. 815 *bis;* Pont, n. 1621; Vavasseur, n. 822.

3615. — Pour assurer l'affectation efficace de ces actions à la garantie des actes de gestion, la loi exige qu'elles soient nominatives, elle les déclare inaliénables et veut qu'elles soient frappées d'un timbre indiquant leur inaliénabilité; enfin elle prescrit qu'elles soient déposées dans la caisse sociale (art. 26, alin. 3).

3616. — Le dépôt dans la caisse sociale vaut constitution de gage au profit de la société. La société acquiert donc sur ces actions le privilège du créancier-gagiste. — Alauzet, n. 742; Deloison, n. 378; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 14; Houpin, t. 2, n. 792; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 815 *bis*; Pont, n. 1624 et 1625; Vavasseur, n. 822; Rousseau, t. 1, n. 2197; Boursan, *De l'adm. des soc. anon.*, p. 24; Villard, *Des admin. des soc. anon.*, p. 20.

3617. — De ce que la société possède un droit de gage sur ces actions, il ne s'ensuit pas qu'elles soient insaisissables, car sont seules insaisissables les choses déclarées telles par la loi, et aucune disposition de la loi ne décrète l'insaisissabilité de ces actions. On conclut de là : 1° qu'elles demeurent saisissables, sous réserve du privilège de la société (Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 793; Rousseau, *op. et loc. cit.*); 2° qu'elles demeurent cessibles, sous réserve du même privilège, dans les formes civiles des art. 1689, 1690, C. civ. — V. en ce sens, Trib. Seine, 8 août 1893, [*J. des soc.*, 94.49] — Pont, *Tr. des soc. civ. et comm.*, t. 2, n. 1625; Houpin, *op. et loc. cit.;* Rousseau, *op. cit.*, t. 1, n. 2196. — *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 2, n. 815 *bis*, et note 2. — Il faut également, par une conséquence de la même opinion, admettre que la constitution des actions de garantie en gage au profit d'un tiers est valable, pourvu qu'elle réserve le privilège conféré à la société sur ces actions par l'art. 26. Mais la saisie-arrêt ne peut être suivie de mesures d'exécution tant que la gestion à la garantie de laquelle sont affectées les actions n'a pas pris fin. — V. Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 793, p. 20; Rousseau, *op. cit.*, t. 1, n. 2197, p. 630; Cohendy et Darras, *C. comm. annoté*, sur l'art. 26, L. 24 juill. 1867, n. 16.

3618. — Il a été cependant jugé que, conformément au droit commun ces actions demeurent le gage commun des créanciers de l'administrateur. — Paris, 20 nov. 1889, Crédit industriel et commercial, [S. 91.2.93, P. 91.1.569] — Mais cette dernière formule, dans sa généralité, est inacceptable. Sans doute, les créanciers personnels de l'administrateur pourront pratiquer une saisie-arrêt sur ces actions, mais non les faire vendre et se payer sur le prix au préjudice du droit de gage que la société possède sur ces actions, et qui deviendrait illusoire si la solution de l'arrêt précité venait à prévaloir. Les créanciers saisissants ne pourraient procéder utilement à un telle vente qu'autant que les administrateurs auraient cessé leurs fonctions et que la société serait désintéressée. — Alauzet, n. 742; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 16; Houpin, t. 2, n. 793; Pont, n. 1625; Rivière, n. 219; Ruben de Couder, vº *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 147; Villard, *Des admin. des soc. anon.*, p. 20; Rousseau, t. 1, n. 2197.

3619. — Ainsi que le font justement remarquer les auteurs précités, cette solution, à la différence de celle de la cour de Paris, qui ne tend à rien moins qu'à anéantir le gage social, concilie tous les intérêts. D'une part, en effet, les créanciers ont intérêt à frapper de saisie des actions qui peuvent redevenir libres de toute affectation spéciale, sans que le fait par suite duquel elles ont cessé d'être immobilisées dans les caisses de la société ait été porté à leur connaissance. D'un autre côté, il importe que le droit de vente reconnu aux créanciers personnels de l'administrateur, ne puisse être exercé durant la gestion des administrateurs, car ce n'est qu'après que cette gestion a pris fin, et alors que leurs comptes ont été soumis à l'assemblée générale, que l'on peut être fixé sur le point de savoir s'il y aura lieu contre eux à l'action en responsabilité dont le dépôt de garantie a pour objet d'assurer l'efficacité. Jugé, en ce sens, que les actions déposées par un administrateur de société anonyme dans les caisses de la société, conformément à l'art. 26, L. 24 juill. 1867, comme garantie de sa gestion, n'étant plus en la possession de cet administrateur, pour le compte duquel la société ne possède pas, l'administrateur ne peut, par la remise du récépissé de ces actions à un tiers, lui conférer un droit de gage sur les actions de garantie. — Dijon, 10 févr. 1902, Bergel et autres, [S. et P. 1904.2.97] — On conclut de là que la société ne peut être, au regard du tiers auquel l'administrateur consentirait un nantissement des mêmes actions, le tiers convenu qui peut posséder pour le créancier gagiste. — V. Cass., 3 août 1896, [S. et P. 97.1.85]; — 18 mai 1898, [S. et P. 98.1.433, et la note de M. Lyon-Caen] — Besançon, 18 déc. 1895, [S. et P. 96.2.71] — La remise même au prêteur du récépissé délivré à l'administrateur, contre dépôt des actions de garantie dans la caisse sociale, ne peut permettre à l'administrateur de réaliser le gage des actions au profit d'un tiers, puisque cette remise ne peut avoir pour effet de mettre le tiers en possession des actions, l'administrateur s'étant dessaisi de cette possession au profit de la société.

3620. — Les actions affectées à la garantie des actes de gestion cessent d'être indisponibles après que les administrateurs ont rendu leurs comptes et que l'assemblée générale des actionnaires les a approuvés. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 26, n. 17; Houpin, t. 2, n. 795; Pont, n. 1627.

3621. — C. *Les administrateurs ne doivent pas exercer certaines fonctions incompatibles avec leur qualité nouvelle.* — Certaines fonctions sont incompatibles avec la qualité d'administrateur d'une société anonyme. Ce n'est pas là une véritable restriction à la liberté du choix de l'assemblée générale, car cette assemblée peut nommer administrateur une personne remplissant une de ces fonctions incompatibles, mais cette personne est tenue, si elle veut demeurer administrateur de la société, de démissionner de sa fonction. L'ordonnance du 4 janv. 1843, par son art. 12-2°, interdit aux notaires de prendre part à l'administration d'une société. Un notaire ne saurait donc accepter les fonctions d'administrateur d'une société anonyme, pas plus que celle de gérant d'une commandite par actions, sans s'exposer à des poursuites disciplinaires.

3622. — D'autre part, une circulaire ministérielle du 24 déc. 1869 interdit aux militaires de tous grades d'accepter les fonctions d'administrateur d'une société anonyme. En acceptant ces fonctions, ils s'exposeraient à des peines disciplinaires.

3623. — L'usage interdit aux avocats l'acceptation d'un mandat salarié ou gratuit. Aussi, les conseils de discipline de certains barreaux décident-ils qu'un avocat ne peut accepter les fonctions d'administrateur d'une société anonyme, ces fonctions constituant un mandat.

3624. — L'incompatibilité ne saurait être confondue avec l'incapacité. En d'autres termes, le choix d'une assemblée générale qui porterait sur un notaire, un militaire ou un avocat, ne serait pas nul, il demeurerait valable, car on ne se trouve pas en présence d'une incapacité légale. Mais la personne ainsi choisie, et qui accepterait les fonctions d'administrateur, ou devrait démissionner de ses autres fonctions, ou encourrait des peines disciplinaires.

3625. — Les membres du Parlement peuvent être administrateurs des sociétés anonymes. Mais, d'après la loi du 24 nov. 1883, « est déchu de son mandat, tout sénateur ou député qui au cours de son mandat a fait ou laissé figurer son nom, avec sa qualité de membre de l'une ou de l'autre Chambre, dans les annonces, affiches, réclames, faisant appel au public pour l'émission de valeurs mobilières ». Les membres du Parlement peuvent donc être administrateurs, sous cette réserve. Il faut remarquer qu'il ne leur est pas interdit de faire ou de laisser figurer leur nom sur les annonces, affiches, réclames, faisant appel au public pour l'émission de valeurs mobilières, si leur

nom n'est pas accompagné de la mention de leur qualité de sénateur ou de député.

3626. — Il ne suffit pas que les administrateurs soient nommés par l'assemblée générale, il faut encore qu'ils acceptent leur mandat. La loi du 24 juill. 1867 dit, dans l'art. 25, al. 4 et 5 : « le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs... présents à la réunion. La société est constituée à partir de cette acceptation ». L'acceptation des administrateurs est donc constatée par le procès-verbal de la séance, s'ils sonts présents à la séance ou s'ils y sont dûment représentés. S'ils ne sont pas présents, elle le serait constatée par un acte postérieur annexé au procès-verbal. L'acceptation pourrait même être tacite et s'induire, notamment, du fait que les administrateurs nommés par l'assemblée générale ont commencé les opérations sociales. — Lyon, 11 août 1882, Jacquinot et autres, [D. 83.2.121] — Arthuys, n. 76 et 77; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 25, n. 9; Houpin, t. 1, n. 533; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 723; Mathieu et Bourguignat, n. 187; Pont, n. 1066; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 555.

3627. — La société n'est définitivement constituée qu'à partir de l'acceptation de leurs fonctions par tous les administrateurs et tous les commissaires de surveillance. Toutefois, s'il était stipulé par les statuts sociaux que le conseil d'administration terait composé d'un nombre d'administrateurs déterminé, avec un minimum et un maximum, la société devrait être considérée comme constituée alors même que tous les administrateurs n'auraient pas accepté, si ceux qui acceptent représentent au moins le minimum imposé par les statuts. — Même arrêt. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 535.

3628. — D. *Durée des pouvoirs des administrateurs.* — Quant à la durée de leurs pouvoirs, la loi distingue entre les administrateurs nommés par l'assemblée générale et ceux qui sont désignés par les statuts. A l'égard des premiers, elle décide « qu'ils ne peuvent être nommés pour plus de six ans » (L. 24 juill. 1867, art. 25, al. 2). Cette disposition s'applique même aux administrateurs désignés par les statuts, quand les statuts n'ont pas stipulé formellement que cette désignation sera dispensée de la ratification de l'assemblée générale, et, à plus forte raison, quand ils ont stipulé que cette désignation devra être confirmée par ladite assemblée; dans ces deux cas, en effet, il s'agit toujours d'administrateurs nommés par l'assemblée générale (V. *suprà*, n. 3595). Ils sont donc nommés pour six ans au plus. — Arthuys, n. 76; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 11; Houpin, t. 1, n. 529, et t. 2, n. 780; Pont, n. 1064; Vavasseur, n. 794; Rousseau, t. 1, n. 2171. — Du reste, la durée des pouvoirs des administrateurs choisis par l'assemblée générale est au maximum de six ans, qu'il s'agisse des premiers administrateurs ou des administrateurs nommés en cours de société.

3629. — Lorsque les administrateurs ont été désignés par les statuts sociaux, avec stipulation formelle que cette désignation ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale, « ils ne peuvent être nommés pour plus de trois ans », dit la loi (L. 24 juill. 1867, art. 25, al. 3). Cette règle ne s'applique, bien entendu, qu'aux premiers administrateurs; car ce sont les seuls qui puissent être nommés par les statuts. Le législateur n'a pas voulu, en ce cas, laisser trop longtemps en fonctions des administrateurs que les actionnaires ont acceptés sans doute par le fait de la souscription qui vaut adhésion aux statuts (V. *suprà*, n. 3594), mais qu'ils n'ont pas choisis néanmoins avec une entière liberté, qui leur ont été imposés dans quelque mesure.

3630. — Les périodes de six ans et trois ans prévues par la loi sont des périodes maxima. Les actionnaires pourraient nommer les administrateurs pour moins de six ans, comme les statuts pourraient les désigner pour moins de trois ans.

3631. — Il faut entendre ici par année, non pas une période fixe de trois cent soixante-cinq jours, mais bien la période comprise entre deux assemblées d'actionnaires. — Trib. comm. Seine, 31 mars 1897, [*J. des soc.*, 97.435]; — 15 oct. 1897, [*J. des soc.*, 98.94] — *Sic*, Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 12; Houpin, t. 2, n. 780; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 134.

3632. — S'il était stipulé, contrairement à ces règles, que les fonctions des administrateurs dureront plus de trois ans ou plus de six ans, la société ne serait pas pour cela entachée de nullité. Il est vrai que l'art. 41 de notre loi déclare nulle et de nul effet toute société constituée contrairement aux dispositions de l'art. 25. Mais cette nullité doit s'entendre du cas où la société serait constituée sans que les administrateurs eussent été nommés. Quant à la clause des statuts qui étendrait les fonctions de ces administrateurs au delà de leur durée légale, elle ne comporte pas une sanction aussi rigoureuse : cette clause est seule nulle et la nullité peut en être invoquée par tous les intéressés. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 13; De Courcy, *Les soc. anon.*, p. 187 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 813. — *Contrà*, Houpin, n. 780, p. 11, note 1.

3633. — Aux termes de l'art. 25 (al. 2) de la loi de 1867, les administrateurs « sont rééligibles, sauf stipulation contraire » des statuts. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 14; Houpin, t. 2, n. 779; Lyon-Caen et Renault, n. 813. — Cette rééligibilité, sauf clause statutaire contraire, est indéfinie.

3634. — Les administrateurs sont les mandataires de la société ; aussi, conformément au droit commun exprimé par l'art. 2004, C. civ., sont-ils révocables *ad nutum* par les actionnaires. Cette révocabilité, qui concerne l'administrateur-délégué comme tous les autres membres du conseil d'administration, est de l'essence même du mandat des administrateurs, elle est d'ordre public. En effet, elle est la principale garantie des sociétés anonymes contre la gestion de leurs administrateurs, ceux-ci n'étant pas tenus personnellement et solidairement des engagements sociaux, comme les gérants des autres sociétés. — Cass., 30 avr. 1878, Caisse méridionale, [S. 78.1.313, P. 78.777, D. 78.1.314]; — 10 janv. 1881, Fighiera, [S. 81.1.251, P. 81.1.610, D. 81.1.161]; — 16 nov. 1886, Combier, [S. 88.1.421, P. 88.1.1043, D. 87.1.391]; — 2 juill. 1888, Miégeville, [S. 88.1.421, P. 88.1.1043, D. 89.1.184]; — 5 juill. 1893, De Saint-Genieys, [S. et P. 93.1.377, D. 94.1.41] — Agen, 7 janv. 1879, Marcaillon-Lépine, [S. 79.2.142, P. 79.600, D. 79.2.247] — Paris, 13 déc. 1883, Soc. anonyme de X. C. K., [S. 84.2.39, P. 84.1.219, D. 85.2.8] — Nancy, 21 juill. 1891, Karcher, [S. et P. 92.3.149, D. 93.1.164, sous Cass., 12 déc. 1892] — Paris, 19 juill. 1892, Soc. de l'Imp. des arts et manufactures, [S. et P. 93.2.59, D. 93.5.560]; — 17 mars 1893, [*J. des soc.*, 94.22]; — 25 juill. 1893, Roussel, [S. et P. 94.2.45] — Boistel, n. 308 et s.; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 22, n. 3; Houpin, t. 2, n. 782; Lyon-Caen et Renault, n. 812; Pont, n. 1608 et s.; Thaller, n. 525; Vavasseur, n. 795 et s.; Ruben de Couder, *op. cit.*, v° *Soc. anon.*, n. 274, et *Suppl.*, n. 135; Rousseau, t. 1, n. 2182; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 677.

3635. — C'est pourquoi les conventions particulières ne sauraient déroger à cette révocabilité. Il s'ensuit que les administrateurs désignés par les statuts sociaux sont révocables *ad nutum* par les actionnaires au même titre que les administrateurs nommés par l'assemblée générale. Il n'y a pas lieu de distinguer ici, avec l'art. 1856, C. civ., entre les administrateurs nommés par les statuts, qui ne peuvent être révoqués que pour cause légitime, et les autres qui sont révocables *ad nutum*. Tandis donc que, dans les autres sociétés, les administrateurs désignés par les statuts sont irrévocables sauf stipulation contraire, dans les sociétés anonymes, ils sont révocables *ad nutum* malgré une stipulation contraire. — Cass., 28 juill. 1868, Heusschen, [S. 69.1.57, P. 69.126, D. 68.1.441]; — 30 avr. 1878, précité.

3636. — C'est que, dans les sociétés anonymes, les actionnaires ne sont pas toujours les mêmes, le personnel des actionnaires est en perpétuelle mobilité; il faut donc qu'ils puissent à tout instant révoquer des administrateurs qu'ils ont pu ne pas nommer et qui ne leur paraissent pas bien gérer les affaires de la société. Il ne faut pas objecter que révoquer des administrateurs statutaires, c'est en réalité modifier les statuts; car la révocabilité étant de l'essence du mandat des administrateurs, leur désignation par les statuts n'a pu être faite valablement que sous la condition qu'ils seraient révocables. — Alauzet, n. 736; Boistel, n. 308; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 4; Houpin, t. 2, n. 782; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 812; Pont, n. 1608; Vavasseur, n. 795.

3637. — C'est dire que les statuts ne pourraient contenir aucune clause tendant à porter atteinte, directement ou indirectement, au principe de révocabilité des administrateurs. — Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 19; Houpin, t. 1, n. 782; Lyon Caen et Renault, n. 812; Pont, n. 1610; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 278; Vavasseur, n. 795; Rousseau, t. 1, n. 2183; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 677. — Ainsi serait nulle la clause statutaire qui porterait atteinte au droit de la société de révoquer les administrateurs, en stipulant que les tribunaux auraient le pouvoir d'apprécier les causes de révocation et d'allouer des dommages-intérêts en cas de révocation non fondée sur des motifs

légitimes. — Cass., 30 avr. 1878, précité. — Agen, 7 janv. 1879, précité. — *Contrà*, Toulouse, 26 août 1876, Marcaillon-Lépine [S. 77.2.237, P. 77.995, D. 78.1.314] — V. aussi Dutruc, v° *Soc.*, n. 1233; Mathieu et Bourguignat, n. 170; Alauzet, n. 334.

3638. — Serait également nul, comme contraire au principe absolu de la révocabilité des administrateurs, l'engagement pris envers l'un des administrateurs ou directeurs de la société, par les fondateurs de cette société, de le maintenir en fonctions pendant une période déterminée. — Un pareil engagement ne saurait d'ailleurs s'induire de preuves et de présomptions étrangères à l'acte de société. — Cass., 10 janv. 1881, précité.

3639. — Comme la révocabilité des administrateurs est d'ordre public, il n'y saurait être apporté d'empêchement indirect. Ainsi, les administrateurs ne sauraient réclamer une indemnité pour le préjudice que leur cause la révocation. Les actionnaires, en prononçant la révocation, ne font qu'exercer un droit. — Cass., 28 juill. 1868, précité. — Paris, 29 janv. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.264] — Et l'engagement pris par la société de payer une indemnité à un administrateur en cas de révocation, serait nul. — Cass., 2 juill. 1888, précité. — Paris, 20 janv. 1886, Synd. de l'Union nationale et du capital, [S. 86.2.234, P. 86.1.1234, D. 87.2.93]

3640. — Bien plus, les statuts eux-mêmes ne sauraient stipuler le paiement d'une indemnité en ce cas, car la révocabilité, étant d'ordre public, ne peut rencontrer un obstacle dans les statuts; une telle clause des statuts serait nulle. — Paris, 13 déc. 1883, Soc. anonyme de X..., [S. 84.2.39, P. 84.1.219, D. 85.2.8] — Serait nulle aussi, et pour la même raison, une délibération de l'assemblée générale qui déciderait le paiement d'une indemnité à un directeur-administrateur en cas de révocation. — Paris, 25 juill. 1893, Roussel, [S. et P. 94.2.45, D. 94.2.6]

3641. — Vainement, pour réclamer le bénéfice de l'indemnité promise, le directeur se prévaudrait de ce qu'il a quitté la direction de la société, non par suite de révocation, mais par une démission volontaire. — Même arrêt.

3642. — Il en est ainsi surtout, alors que c'est à la suite de manœuvres destinées à égarer les actionnaires sur la situation de la société que le directeur a obtenu le vote des avantages dont il entend se prévaloir après sa démission. — Même arrêt.

3643. — Le directeur général est révocable *ad nutum* au même titre que les administrateurs, quand il n'est pas un simple agent d'exécution, et qu'il est, au contraire, comme le conseil d'administration, mandataire direct de la société. — Cass., 30 avr. 1878, précité. — Nancy, 21 juill. 1891, précité.

3644. — Mais si le directeur n'était plus mandataire de la société, s'il était simplement un agent d'exécution, un directeur technique, il faudrait appliquer les règles du louage de services, et décider, en conséquence, qu'il ne peut être révoqué que suivant le droit commun, qu'il peut en d'autres termes obtenir des dommages-intérêts conformément à l'art. 1780, C. civ., modifié par la loi du 27 déc. 1890. Seulement, il est parfois difficile de discerner si le directeur est un mandataire de la société ou un agent d'exécution. Pour le décider, il faut s'attacher non au titre de l'agent, mais aux circonstances de la cause, et principalement aux attributions qui lui ont été conférées. — Cass., 12 déc. 1892, Soc. anon. de la Grande brasserie de la croix de Lorraine, [S. et P. 93.1.72, D. 93.1.164] — *Sic*, Boistel, n. 309; Cohendy et Darras, *op. cit.*, n. 11; Houpin, t. 2, n. 837; Lyon-Caen et Renault, n. 837 *bis;* Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 182 et s.; Vavasseur, n. 835 et s.

3645. — Ainsi jugé que doit être considéré comme un mandataire direct de la société, et non comme un simple agent d'exécution, le directeur nommé par l'assemblée générale, chargé, aux termes des statuts, de choisir les employés, de les révoquer et d'agir pour le compte de la société. — Agen, 7 janv. 1879, précité.

3646. — ... Que doit être aussi regardé comme un mandataire direct de la société, et par suite comme révocable *ad nutum*, le directeur nommé par l'assemblée générale, aux termes des statuts, et chargé de diriger, non point une partie technique de l'exploitation, mais l'ensemble des opérations sociales. — Cass., 2 juill. 1888, précité. — Paris, 13 déc. 1883, précité; — 25 juill. 1893, précité.

3647. — Le fait qu'il aurait été adjoint à ce directeur un administrateur de service ne lui enlèverait pas son caractère de mandataire de la société, s'il avait le pouvoir de signer au nom de la société et de payer avec les deniers sociaux. — Paris, 20 janv. 1886, précité.

3648. — Au contraire, devrait être considéré comme un directeur technique, celui qui aurait été nommé par le conseil d'administration, et à qui il aurait été confié des attributions toutes spéciales, telles que la direction des usines, ou celle des bureaux. Il ne pourrait donc être révoqué que suivant le droit commun, et une révocation intempestive ferait naître à son profit un droit à des dommages-intérêts. — Cass., 12 déc. 1892, précité. — Paris, 8 mars 1886, Comp. d'assur. terrestres *le Progrès national*, [S. 87.2.166, P. 87.1.968]; — 4 nov. 1886, De Coulon, [S. 86.2.235, P. 86.1.1237, D. 87.2.148]

3649. — Et si les statuts décidaient que ce directeur est révocable, il faudrait l'entendre en ce sens qu'il ne peut être révoqué que pour causes légitimes. — Paris, 4 nov. 1886, précité.

3650. — Spécialement, le directeur d'une société anonyme d'imprimerie, nommé pour une durée déterminée par un traité intervenu entre lui et la société, lequel traité limitait ses fonctions à la direction de la partie technique de l'imprimerie, stipulait que les marchés et traités avec les tiers ne pouvaient être arrêtés par le directeur qu'après avoir été soumis à l'approbation du conseil d'administration, et ne donnait au directeur que le droit de proposer au conseil la nomination et la révocation des employés et la fixation de leurs traitements, a le caractère d'un directeur technique, lié à la société par un contrat de louage de services, et qui a droit à une indemnité en cas de révocation intempestive. — Paris, 19 juill. 1892, Soc. de l'imprimerie des arts et manufactures, [S. et P. 93.2.59, D. 93.5.560]

3651. — Il importe peu que le directeur ait été en même temps administrateur de la société, et en cette qualité révocable *ad nutum*, les deux qualités de directeur technique et d'administrateur n'étant pas indivisibles, et étant soumises, quant à la révocation, à des règles différentes. — Cass., 12 déc. 1892, précité. — Nancy, 21 juill. 1891, Karcher, [S. et P. 92.2.149, D. 93.1.164] — Paris, 19 juill. 1892, précité.

3652. — Jugé également que le directeur d'une société anonyme, appelé à cette fonction par le conseil d'administration, doit être considéré, non comme un directeur-administrateur, mandataire du conseil pour l'administration de la société, qui pourrait, par suite, être révoqué *ad nutum*, sans indemnité, mais comme un directeur technique, lié à la société par un contrat de louage de services, s'il n'a le droit d'assister aux séances du conseil d'administration qu'avec voix consultative, et si ses pouvoirs ne l'investissent pas de la direction générale de la société, les traités d'approvisionnement et de vente de produits par lui passés, aussi bien que les travaux d'entretien par lui entrepris, devant être autorisés par le conseil d'administration, qui ne lui a donné la haute main que sur la fabrication et les bureaux, sur les ouvriers et employés des usines de la société et sur l'expédition des affaires courantes. — Douai, 31 mars 1898, Soc. *l'Union agricole de Gravelines*, [S. et P. 98.2.232]

3653. — En conséquence, en cas de brusque renvoi sans motifs légitimes, le directeur révoqué a droit à une indemnité. — Même arrêt.

3654. — Est d'ailleurs justifié le renvoi du directeur d'une société anonyme, qui s'est livré à un jeu de tirage de traites sans cause, en acceptant, pour le compte de la société, des traites dénuées de provision, qu'il émettait pour le compte d'une autre société dont il était l'administrateur afin de procurer à cette dernière des ressources dont elle avait besoin. En conséquence, ce directeur n'a droit, à raison du congé immédiat qui lui a été donné, à aucune indemnité. — Cass., 18 oct. 1897, Speller, [S. et P. 98.1.357] — V. sur les circonstances dans lesquelles un employé peut prétendre, en cas de brusque congé, à une indemnité de résiliation, Cass., 20 mars 1895 (2 arrêts), Dehaître et Petsch, [S. et P. 95.1.313, et la note, D. 95.1.249] — Dijon, 25 juin 1895, C..., [S. et P. 97.2.189] — Limoges, 23 nov. 1896, Foltzer et Cie, [S. et P. 97.2.68] — Pic, *Traité de lég. industr.*, 2e édit., n. 1169 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1780, n. 64 et s., et *suprà*, v° *Louage d'ouvrage de services et d'industrie*, n. 316 et s.

3655. — C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider souverainement, d'après les circonstances, si l'on se trouve en face d'un directeur-administrateur ou d'un directeur technique. — Cass., 16 nov. 1886, Combier, [S. 88.1.421, P. 88.1.1043, D. 89.1.184]; — 21 juill. 1887, Mer, [S. 88.1.307, P. 88.1.752, D. 89.1.184]

3656. — Spécialement, lorsque, par un traité passé entre un *administrateur délégué* et le conseil d'administration, il a été convenu que, « dans le cas où, pour une cause quelconque, l'ad-

ministrateur délégué de la société cesserait ses fonctions, il deviendra le directeur de la société jusqu'à la fin de la société, et qu'il jouira des mêmes avantages à lui accordés par les statuts comme administrateur délégué », cet administrateur délégué peut être considéré comme devant devenir alors, non un directeur technique, mais un directeur chargé d'administrer, révocable comme tel sans indemnité, dans les termes des art. 22 et 25, L. 24 juill. 1867. Du moins, les juges du fait qui le décident ainsi font simplement usage du pouvoir d'appréciation souveraine dont ils sont investis. — Cass., 16 nov. 1886, précité.

3657. — A plus forte raison convient-il de considérer comme révocable *ad nutum* l'actionnaire qui, sans nomination régulière, aurait pris le titre et exercé les attributions d'administrateur. Il serait révocable par l'assemblée générale et ne saurait réclamer une indemnité pour cette révocation. C'est aux tribunaux qu'il appartiendrait d'apprécier souverainement, d'après les circonstances, si ledit actionnaire s'est ou non comporté comme administrateur. — Cass., 21 juill. 1887, précité. — S'il était prouvé qu'il s'agit simplement d'un directeur technique improprement qualifié, la révocation pourrait donner lieu à des dommages-intérêts.

3658. — Puisque les administrateurs, même désignés par les statuts, sont toujours révocables, leur révocation, loin de constituer une modification aux statuts, est purement et simplement l'exercice d'un droit essentiel des actionnaires. Aussi l'assemblée générale qui prononce leur révocation n'est-elle point l'assemblée extraordinaire prévue par l'art. 29 de la loi de 1867; mais bien l'assemblée générale ordinaire. — Cass., 28 juill. 1868, Heusschen, [S. 69.1.57, P. 69.126, D. 68.1.441] — Paris, 6 mars 1890, Avezard, [D. 91.2.119] — *Sic*, Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 678; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, art. 22, n. 31; Houpin, t. 1, n. 782; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 812.

3659. — Mais les statuts pourraient valablement, en vue de cette hypothèse, exiger une assemblée représentant telle quotité du capital et tel nombre d'actionnaires. — Cass., 5 juill. 1893, De Saint-Genieys, [S. et P. 93.1.377, D. 94.1.41] — *Contrà*, Houpin, t. 2, n. 782.

3660. — Et lorsque, d'après les statuts, le directeur de la société ne peut être remplacé que par une assemblée extraordinaire représentant au moins la moitié du capital, est à bon droit déclarée régulière une assemblée dans laquelle ont été admis des actionnaires porteurs d'une seule action, s'il est constaté que, sans cette admission, la représentation du capital prévu était impossible. — Même arrêt.

3661. — Du reste, est à bon droit déclarée valable, bien que la question ne fût pas à l'ordre du jour, la délibération portant révocation et remplacement des administrateurs, à la suite d'un incident survenu au cours d'une assemblée dans laquelle l'ordre du jour s'est trouvé bouleversé par une irrégularité provenant du fait de ces administrateurs. — Cass., 5 juill. 1893, précité. — V. aussi Cass., 15 juill. 1895, Hennion, [S. et P. 95.1.349, D. 96.1.31] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 878; Ruben de Couder, v° *Suppl.*, *Soc. anon.*, n. 213; Vavasseur, n. 906 *bis*.

3662. — Tandis que les administrateurs sont révocables *ad nutum*, ils ne peuvent, au contraire, résilier leurs fonctions sans l'avoir notifié à la société, et sans s'exposer à une condamnation à des dommages-intérêts envers la société, à raison du préjudice que celle-ci en éprouve, à moins cependant qu'ils ne se trouvent dans l'impossibilité de continuer leur mandat sans en éprouver un préjudice important. C'est l'application du droit commun, exprimée par l'art. 2007, C. civ. — Paris, 12 févr. 1897, [*J. des soc.*, 97.353] — Trib. comm. Seine, 23 oct. 1890, [J. *Le Droit*, 2, 3, 4 nov. 1890]

3663. — Le tribunal admettra difficilement l'excuse si les administrateurs sont investis d'un mandat salarié. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 812; Houpin, t. 2, n. 783; Pont, *Petit contr.*, n. 1610; *Dict. not.*, *Suppl.*, n. 280. — Sur le droit pour les administrateurs de se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils répondent, V. *infrà*, n. 4131 et s.

3664. — Lorsque la société se réduit aux seuls fondateurs, ceux-ci peuvent se réunir en assemblée générale et se désigner comme administrateurs. — Trib. Saint-Étienne, 16 juin 1892, [*Rev. des soc.*, 92.354]

3665. — III. *Commissaires de surveillance.* — Les commissaires de surveillance constituent un organe indispensable au fonctionnement de la société anonyme. A son défaut, la société ne saurait être regardée comme définitivement constituée, et ne pourrait commencer les opérations sociales. C'est pourquoi la loi exige que l'assemblée générale constitutive nomme les premiers commissaires de surveillance, comme elle doit nommer les premiers administrateurs. C'est le même article de la loi (art. 25) qui formule cette double exigence : « Une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers administrateurs; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'art. 32 ci-après ». Et les alin. 4 et 5 dudit article ajoutent : « Le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion. La société est constituée à partir de cette acceptation ».

3666. — Ces commissaires de surveillance exercent dans les sociétés anonymes des attributions analogues à celles du conseil de surveillance dans les commandites par actions. — V. *suprà*, n. 3540 et s.

3667. — Nous n'avons pas à étudier ici le fonctionnement de cet organe de contrôle, qui suppose la société constituée, mais uniquement son mode de nomination, celle-ci étant une condition essentielle à la constitution de la société. — Sur les attributions et la responsabilité des commissaires, V. *infrà*, n. 4823 et s.

3668. — Nous avons dit que la loi a fixé à trois le nombre minimum des membres du conseil de surveillance dans les commandites par actions (V. *suprà*, n. 3553). Pour les sociétés anonymes, elle n'a pas déterminé le nombre minimum des commissaires de surveillance; il faut en conclure qu'il peut y en avoir un ou plusieurs. Il y a lieu de suivre, à cet égard, les règles posées par les statuts. — Houpin, t. 1, n. 530; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 722; Rousseau, t. 1, n. 2299.

3669. — A la différence de ce qui a lieu pour les membres du conseil de surveillance des commandites par actions et pour les administrateurs des sociétés anonymes, la loi n'exige pas que les commissaires de surveillance des sociétés anonymes soient pris parmi les associés. « L'assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires, associés ou non », dit l'art. 32, alin. 1er. Ils peuvent donc être choisis parmi les personnes étrangères à la société. Le législateur a voulu que le choix des actionnaires fût absolument libre, attendu que l'assemblée générale a intérêt à choisir comme commissaires des personnes très-versées dans la comptabilité, et que ces personnes peuvent ne pas se rencontrer parmi les associés. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 722.

3670. — Les commissaires de surveillance ne peuvent être nommés que pour un an; mais ils sont indéfiniment rééligibles. — Boistel, n. 321; Houpin, t. 2, n. 847; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 839; Mathieu et Bourguignat, n. 221; Pont, n. 1656; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 375.

3671. — Tandis que les premiers administrateurs peuvent être désignés par les statuts, ou nommés par l'assemblée générale, les premiers commissaires de surveillance, comme les suivants, du reste, ne peuvent être nommés que par l'assemblée générale. En effet, la loi ne pouvait admettre que les commissaires de surveillance pussent être désignés par les statuts, car, les statuts étant l'œuvre des fondateurs, les personnes chargées d'exercer la surveillance sur la gestion des administrateurs auraient été choisies par les administrateurs eux-mêmes, c'est-à-dire par les fondateurs. Les surveillés auraient ainsi choisi leurs surveillants. — Arthuys, n. 78; Houpin, t. 1, n. 530; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 722.

3672. — Les conditions de présence et de majorité requises pour l'assemblée générale appelée à nommer les commissaires de surveillance sont, incontestablement, les mêmes que pour la nomination des premiers administrateurs. — V. *suprà*, n. 3591 et s.

3673. — Comme tous les mandataires, et, notamment, comme les administrateurs, les commissaires de surveillance sont révocables *ad nutum*, et, de leur côté, ils peuvent se démettre de leurs fonctions. — Trib. Seine, 18 févr. 1885, [*J. des soc.*, 85.504] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 850 et s.; Pont, n. 1651; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 376; Rousseau, t. 1, n. 2303.

3674. — La nomination des commissaires de surveillance n'est un fait acquis que s'ils ont accepté leurs fonctions. Cette acceptation sera constatée par le procès-verbal de la séance, si les personnes nommées commissaires sont présentes à la réunion. C'est ce que dit l'alin. 4 de l'art. 25, de la loi de 1867 : « Le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion ». Au lieu d'être présents à la réunion, ils pourraient y être représen-

tés par un mandataire spécial, auquel ils auraient donné pouvoir d'accepter pour eux.

3675. — La loi ne prévoit pas le cas où ils seraient absents de la réunion, et non représentés. — Dans ce cas, l'acceptation pourra être contenue dans un acte ultérieur, qui sera annexé au procès-verbal, acte authentique ou sous seing privé. — Houpin, t. 1, n. 533; Mathieu et Bourguignat, n. 187; Pont, n. 1066. — L'acceptation pourrait même être tacite et résulter notamment d'actes de la fonction qui impliqueraient cette acceptation. — Bédarride, n. 375; Houpin, t. 1, n. 533. — Il y a lieu en somme d'appliquer les mêmes règles que pour l'acceptation des administrateurs. — V. *suprà*, n. 3626.

3676. — Le mandat des commissaires de surveillance peut être gratuit ou salarié. Le plus généralement, on leur alloue des jetons de présence, parfois une quote-part dans les bénéfices : le taux et le mode de la rémunération, à laquelle ils ne peuvent prétendre qu'après dépôt de leur rapport à l'assemblée générale, est fixé par celle-ci, s'il ne l'a été par les statuts. — Trib. Seine, 21 sept. 1883, [*J. des soc.*, 91.479]

3677. — IV. *Vérification de la déclaration notariée.* — Nous avons dit qu'une déclaration doit être faite devant notaire, par le gérant, dans les sociétés en commandite par actions, par les fondateurs, dans les sociétés anonymes, déclaration concernant la souscription du capital social et le versement du quart (V. *suprà*, n. 3264 et s.). — Mais le notaire, avons-nous ajouté, n'est pas tenu de vérifier la sincérité de cette déclaration (V. *suprà*, n. 3282 et s.). C'est au premier conseil de surveillance dans les sociétés en commandite qu'il appartient de faire cette vérification (V. *suprà*, n. 3575 et s.), tandis que cette mesure incombe à l'assemblée générale dans les sociétés anonymes. Cette différence provient de ce que la loi de 1867 s'est inspirée de celle de 1856 pour tracer les règles de la commandite par actions, et de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée pour poser les règles de la société anonyme. On ne saurait en donner, semble-t-il, une explication rationnelle satisfaisante.

3678. — L'art. 24, § 2, de la loi de 1867 détermine en ces termes la mission dévolue à l'assemblée générale : « La déclaration imposée au gérant par l'art. 1er est faite par les fondateurs de la société anonyme; elle est soumise, avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale, qui en vérifie la sincérité ».

3679. — Cette disposition légale offre une garantie bien insuffisante. Les déclarations peuvent être fausses, et l'assemblée générale est trop nombreuse pour vérifier, dans ses détails, la sincérité de la déclaration. Ordinairement, les actionnaires, au début, ont pleine confiance dans les fondateurs, et la preuve s'en trouve dans le fait qu'ils ont souscrit. Dans ces conditions, la vérification de la déclaration notariée n'est qu'une simple formalité, n'assurant aux intéressés qu'une protection illusoire. Le projet de loi adopté par le Sénat en 1884 disposait que le quart des actionnaires pourrait demander au président du tribunal de commerce du lieu où la somme provenant des versements a été déposée, la nomination d'experts à l'effet de faire la vérification. C'était une garantie plus sérieuse. Il y aurait peut-être lieu de faire constater soit par l'autorité judiciaire, soit par l'autorité administrative, la réalité de la souscription intégrale et du versement légal. Nous savons déjà que la commission extraparlementaire de 1902-3 a rejeté systématiquement tous ces procédés de contrôle.

3680. — Actuellement, l'assemblée générale est donc appelée à vérifier la sincérité de la déclaration notariée. Pour qu'elle se prononce en toute connaissance de cause, la loi veut que la déclaration soumise à l'assemblée soit accompagnée des pièces à l'appui.

3681. — Ces pièces sont nécessairement : la liste des souscripteurs et l'état des versements; l'un des doubles de l'acte de société, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration. Il nous semble que l'assemblée pourrait exiger la production de toutes autres pièces justificatives dont il lui paraîtrait nécessaire de prendre connaissance pour émettre un vote éclairé. Elle pourrait notamment demander la production d'une pièce attestant le dépôt des sommes qui proviennent des versements. — Houpin, t. 1, n. 473; Rousseau, t. 1, n. 2309 et s.

3682. — L'assemblée peut procéder directement à la vérification, ou charger une commission de faire un rapport, et ne se prononcer qu'après avoir entendu le rapport de cette commission.

3683. — L'art. 24, en disant que la déclaration doit être soumise « à la première assemblée générale », se réfère au cas ordinaire, c'est-à-dire à celui où il n'y a pas d'apports ou avantages à approuver. Quand donc il n'y a pas lieu d'apprécier des apports en nature ou des avantages particuliers, l'assemblée appelée à vérifier la déclaration notariée est la première assemblée générale, c'est-à-dire celle qui nomme les premiers administrateurs et les premiers commissaires de surveillance postérieurement à la déclaration notariée. — Houpin, t. 1, n. 474; Mathieu et Bourguignat, n. 182.

3684. — Mais lorsqu'il y a des apports ou avantages à apprécier, il semble que ce soit à la première assemblée générale à faire la vérification dont il s'agit, c'est-à-dire à l'assemblée qui nomme les commissaires chargés de faire un rapport sur l'évaluation des apports et la cause des avantages (Houpin, t. 1, n. 474). Cependant il a été jugé que la vérification pouvait être faite valablement par la seconde assemblée, c'est-à-dire par celle qui vote l'approbation des apports et avantages, car ce qui importe, c'est que la vérification soit faite avant la constitution définitive de la société. — Lyon, 3 déc. 1895, Soc. anonyme de la Teinturerie stéphanoise et Corron, [D. 98.2.113] — Trib. Seine, 27 mars 1884, [*Rev. des soc.*, 84.511]

3685. — Au surplus, si le fait de n'avoir pas soumis la déclaration à une première assemblée constitue une irrégularité, cette irrégularité doit être considérée comme réparée par la deuxième assemblée à laquelle appartient le contrôle des formalités préalables à la constitution de la société et qui a vérifié la déclaration avant de dire la société constituée. — Lyon, 3 déc. 1895, précité.

3686. — L'assemblée générale chargée de vérifier la déclaration notariée doit-elle être *convoquée* postérieurement à la déclaration, ou suffit-il qu'elle soit *tenue* postérieurement à la déclaration eût-elle été convoquée antérieurement? Cette question comporte la même réponse que pour la convocation de l'assemblée chargée de nommer les premiers administrateurs. La solution la moins formaliste est celle qui a prévalu.

3687. — Pour délibérer valablement, l'assemblée doit remplir les conditions exigées par l'art. 30 de la loi de 1867, dont nous rappelons la teneur : « Les assemblées qui ont à délibérer... sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux termes du § 2 de l'art. 24, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social..... Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives, si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social ».

3688. — La vérification de la déclaration notariée par l'assemblée générale est une des conditions essentielles à la constitution définitive des sociétés anonymes. La société sera donc nulle si cette condition n'a pas été remplie.

3689. — Les formalités d'ordre public prescrites, à peine de nullité, par les art. 1, 2, 3, 4 et 24, L. 24 juill. 1867, doivent être observées lorsqu'une société anonyme se transforme par l'augmentation de son capital, auquel cas le rôle de fondateur est rempli par le conseil d'administration. Dans cette hypothèse, tous les actionnaires anciens et nouveaux ont un intérêt égal et commun à contrôler la sincérité de la déclaration faite en vertu de l'art. 1; et l'assemblée générale à laquelle incombe ce contrôle doit être ouverte, conformément à l'art. 27, à tout actionnaire de l'une ou l'autre catégorie, sous la seule réserve des abstentions imposées par l'art. 4 pour l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers dont certains d'entre eux sont appelés à profiter. En conséquence, sont nulles les nouvelles émissions d'actions si les actionnaires primitifs n'ont pas été convoqués aux assemblées générales chargées d'en vérifier la sincérité. — Cass., 19 oct. 1892, Liquid. de la soc. financière de Paris, [S. et P. 93.1.87, et la note de M. Houpin, D. 92.1.593]

3690. — Après la création des premiers organes sociaux, et la vérification de la déclaration notariée, faites suivant les règles et distinctions que nous avons exposées, la société par actions est définitivement constituée, elle peut commencer les opérations sociales. — Houpin, t. 1, n. 535; Lyon-Caen et Renault, n. 723; Mathieu et Bourguignat, n. 74 et s.; Thaller, n. 435.

3691. — Cependant il peut arriver qu'une société par actions, après l'accomplissement de toutes ces formalités, ne soit constituée que sous condition suspensive. Cela arrive, par exemple, lorsque la société a pour objet l'exploitation d'une concession subordonnée à l'obtention de la déclaration d'utilité publique. — Toulouse, 5 juill. 1887, Profit, [D. 88.2.231] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 1927.

§ 7. *Publicité spéciale imposée aux sociétés par actions.*

3692. — Nous n'avons pas à revenir sur les considérations décisives, déduites de l'intérêt des tiers et de la société elle-même, qui militent en faveur de la publicité des sociétés commerciales (V. *suprà*, n. 106 et s.). Ces considérations sont particulièrement puissantes en ce qui concerne les sociétés par actions, qui, pour se procurer les capitaux importants qu'exige leur fonctionnement, sont obligées de faire appel au public, et doivent par conséquent faire connaître en détail à ce public dont elles sollicitent le concours matériel, les conditions de leur fonctionnement. Ainsi se justifie l'adjonction, aux règles générales de publicité imposées à toutes les sociétés commerciales, de certaines prescriptions complémentaires spéciales aux sociétés par actions.

3693. — Les formalités de publicité prescrites par la loi sont de deux sortes. Les unes sont *originaires*, en ce sens qu'elles doivent être remplies à l'origine de la société, et une fois pour toutes, dans le mois qui suit la constitution. Les autres sont *permanentes*, en ce sens qu'elles doivent être observées pendant toute la durée de la société, et non pas seulement dans le premier mois de son existence. Les premières sont imposées à toutes les sociétés commerciales, sauf quelques différences de détail pour les sociétés par actions; les autres sont spéciales aux sociétés par actions.

1° *Formalités de publicité originaires.*

3694. — Ces formalités sont indiquées sous les art. 55 et s., L. 24 juill. 1867, et s'imposent à toutes les sociétés commerciales, en principe. Certains détails seulement concernent spécialement les sociétés par actions. Ce sont ces quelques différences de détail qu'il convient de signaler ici.

3695. — Pour les sociétés par actions comme pour toutes les autres, il y a deux formalités originaires à remplir : 1° un dépôt de l'acte de société et des pièces annexes; 2° la publicité dans les journaux d'un extrait de l'acte social.

3696. — I. *Dépôt de l'acte de société et des pièces annexes.* — Nous avons dit *suprà*, n. 186 et s., où et comment doit être effectué le dépôt de l'acte de société prescrit par l'art. 55, L. 24 juill. 1867.

3697. — Lorsqu'il s'agit des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes, il ne suffit pas que le dépôt comprenne l'acte de société, il doit embrasser encore certaines pièces annexes, aux termes des alin. 2 et 3 de l'art. 55, L. 24 juill. 1867 : « A l'acte constitutif des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes sont annexés : 1° une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart; 2° une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans les cas prévus par les art. 4 et 24 ». En outre, lorsque la société est anonyme, on doit annexer à l'acte constitutif la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs contenant les nom, prénoms, qualités, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux ». — Le dépôt de ces pièces annexes est exigé afin que les tiers puissent vérifier si les conditions requises pour la constitution des sociétés par actions ont bien été réalisées, qu'ils puissent connaître à quelle date la société a été définitivement constituée, et enfin qu'ils puissent apprécier la solvabilité des souscripteurs.

3698. — Donc, en ce qui concerne les sociétés par actions, il ne suffit pas de déposer un double ou une expédition de l'acte constitutif de la société, il faut encore déposer les pièces annexes énumérées par l'alin. 2 de l'art. 55. Et d'abord, il faut annexer une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement légal (la loi dit à tort : *le versement du quart*). Ensuite, il faut annexer une copie certifiée des délibérations qui ont été prises par l'assemblée générale et qui approuvent l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers. Et comme les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme ne sont pas nulles, par cela seul que les procès-verbaux inscrits sur les registres n'auraient été revêtus d'aucune signature, si, concurremment avec ces procès-verbaux, des actes contenant les mêmes énonciations ont été dressés par le président de l'assemblée, certifiés par l'administrateur délégué à cet effet par l'assemblée générale, et déposés chez un notaire, il en résulte que, dans ce cas, pour la validité des publications prescrites par les art. 55 et 56, L. 24 juill. 1867, il suffit que les copies publiées aient été tirées de ces actes. — Cass., 20 déc. 1882, Syndic de la Soc. foncière calédonienne, [S. 83.1.198, P. 83.1.490, D. 83.1.401]

3699. — Quand il s'agit d'une société anonyme, on doit annexer aussi à l'actif constitutif la liste nominative des souscripteurs, dûment certifiée, et contenant les nom, prénoms, qualité, demeure et le nombre d'actions de chacun d'eux. Ce dépôt permet aux tiers d'apprécier la solvabilité des souscripteurs. On ne comprend pas pourquoi le législateur exige l'accomplissement de cette formalité à l'égard des sociétés anonymes seulement, tandis qu'il exige l'accomplissement des deux formalités précédentes à l'égard de toutes les sociétés par actions, aussi bien à l'égard des commandites par actions qu'à l'égard des sociétés anonymes. — Arthuys, n. 133; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 989.

3700. — Dans la liste nominative dont il s'agit, les souscripteurs doivent être désignés de manière qu'il ne soit pas possible de se tromper sur leur identité. Si dans la désignation des souscripteurs une omission était commise qui ne fût pas de nature à induire les tiers en erreur, il n'y aurait pas lieu de prononcer la nullité de la société, la prescription légale étant suffisamment obéie. — Cass., 21 janv. 1895, De Panine et synd. de la Soc. des laits purs de Nice, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112] — V. *suprà*, n. 3303 et s.

3701. — II. *Publicité dans les journaux.* — Aux termes de l'art. 56, alin. 1, de la loi de 1867 : « Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées est publié dans l'un des journaux désigné pour recevoir les annonces légales ». Le but de cette formalité n'est pas précisément de faire connaître aux tiers les détails des statuts sociaux, car il n'en est publié qu'un extrait; c'est surtout de leur révéler l'existence de la société, de leur indiquer les principales clauses qui intéressent les tiers, et de leur dire l'endroit où ils pourront se renseigner d'une manière plus complète.

3702. — Les art. 57 et 58 de la loi de 1867 énumèrent les mentions que doit contenir l'extrait. Nous n'en retenons que celles intéressant exclusivement les sociétés par actions. Les unes, d'ailleurs exigées même pour les sociétés par intérêts, le sont à plus forte raison pour toutes les sociétés par actions; les autres sont spéciales soit à la commandite par actions, soit à la société anonyme. Les mentions que doit contenir l'extrait pour toutes les sociétés par actions se réfèrent aux objets suivants : 1° la raison sociale, s'il s'agit d'une commandite par actions, et la dénomination de la société, s'il s'agit d'une société anonyme; 2° la nature de la société, à savoir si elle est une commandite par actions, ou une société anonyme; 3° le siège social; 4° le nom des associés chargés de gérer, administrer et signer pour la société : dans une commandite par actions, il importe de désigner ces associés, parce qu'il se peut que tous les commandités n'aient pas été autorisés à administrer; le nom du gérant doit être indiqué, même quand il a été pris en dehors des associés; 5° le montant du capital social; 6° le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires, car il importe que les tiers soient à même de savoir si l'actif est d'une réalisation facile; 7° la durée de la société, par la fixation du moment où elle commence et de celui où elle doit finir; 8° la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

3703. — En ce qui concerne particulièrement la société en commandite, l'extrait doit contenir les noms des commandités, ou, comme dit la loi, « les noms des associés autres que les actionnaires ou commanditaires ». Donc, dans l'extrait, quand il s'agit d'une société anonyme, la loi n'exige la mention d'aucun associé (en dehors de ceux qui sont appelés à administrer); tandis que quand il s'agit d'une commandite par actions, la loi exige la mention des commandités. Cela s'explique par la raison que dans la société anonyme aucun associé n'est tenu personnellement des dettes sociales, alors que dans la commandite par actions, les commandités sont tenus personnellement des dettes sociales. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 989.

3704. — La loi n'exige la mention que des noms des commandités, elle n'exige pas la mention de leurs prénoms, qua-

lités et demeures. Aussi, lorsque l'acte de société omet de mentionner la demeure de certains commandités, cette omission n'entraîne-t-elle pas nullité de la société, s'il est prouvé que les souscripteurs ne pouvaient se tromper sur l'identité de ces associés. — Cass., 13 févr. 1894, De Fontaine et consorts, [S. et P. 94.1.121, D. 94.1.165]; — 21 janv. 1895, précité. — Mais si la désignation de la qualité et de la demeure d'un des commandités dans l'extrait était mensongère, il y aurait là une cause de nullité de la société. — Paris, 15 févr. 1851, Plançon, [P. 52.1.126, D. 51.2.78]

3705. — En ce qui concerne particulièrement les sociétés anonymes, l'extrait publié dans les journaux doit mentionner : le montant du capital social *en numéraire et en autres objets*, ainsi que la quotité à prélever sur les bénéfices pour constituer le fonds de réserve.

3706. — L'extrait à publier dans les journaux ne contient pas toutes les clauses de l'acte de société ; il ne contient même pas toutes les clauses importantes ; ainsi, il n'énumère pas les noms des commanditaires ou des actionnaires, il n'indique pas quel est le mode de répartition des bénéfices ou des pertes entre les associés. L'idée générale est qu'il mentionne seulement les clauses de l'acte social qu'il importe aux tiers de connaître.

3707. — Tel est bien le caractère des mentions expressément visées par les art. 57 et 58 de la loi du 24 juill. 1867. Mais ici une question se pose : l'énumération des art. 57 et 58 est-elle limitative ou simplement énonciative? — Cette question ayant déjà été étudiée *suprà*, n. 216 et s., nous rappellerons seulement que, d'après l'opinion générale, cette liste n'est pas rigoureusement limitative, et qu'il y a lieu de publier les clauses, même non spécifiées au texte, qui intéressent manifestement les tiers. — Houpin, t. 1, n. 1014; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 775 ; Deloison, n. 52; Pont, n. 1160; Arthuys, n. 135.

3708. — Ainsi devrait être publiée, comme ayant pour effet de modifier le capital social, la clause qui stipulerait que les actionnaires recevront un intérêt à un taux déterminé, même en l'absence de bénéfices (V. *suprà*, n. 1730, et *infrà*, n. 4020 et s.). — Rennes, 25 août 1863, De Savignac, [S. 64.2.63, P. 64.539] — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194] — *Sic*, Arthuys, n. 135; Beudant, note sous Cass., 8 mai 1867, Requillard et consorts, [D. 67.1.195]; Houpin, t. 2, n. 1100; Labbé, note sous Paris, 9 août 1877, Requillard, [S. 78.2.225, P. 78.966]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 199; Mathieu et Bourguignat, n. 92; Pont, n. 1100; Rousseau, n. 915; Vavasseur, n. 1017. — *Contrà*, Cass., 8 mai 1867, Carron, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.195] — Paris, 9 août 1877, Synd. Bastenaire, [S. 78.2.225, P. 78.966, D. 79.2.193] — Douai, 9 avr. 1879, Requillard, [S. 79.2.320, P. 79.1261]

3709. — Mais, à l'inverse, il n'y aurait pas lieu de publier les clauses n'intéressant pas les tiers, comme « la clause qui permet de distribuer un intérêt de tant pour cent à titre d'acompte sur les bénéfices ». — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 775.

3710. — ... Ou la clause d'un acte de société en commandite par actions, portant que les frais à faire pour augmenter ou pour renouveler le matériel ne seront pas compris dans les frais généraux annuels, mais seront pris sur le fonds de réserve de la société. — Douai, 26 mai 1865, Mouton, [S. 66.2.157, P. 66.686]

3711. — L'art. 60 de la loi de 1867 porte que « l'extrait des actes et pièces déposés est signé, pour les actes publics, par le notaire, et, pour les actes sous seing privé,... par les gérants des sociétés en commandite ou par les administrateurs des sociétés anonymes ». Cet article est assez clair et se passe de commentaire. Cependant, il est un cas qu'il ne prévoit pas, c'est celui où l'acte de société aurait été fait sous seing privé, puis déposé chez un notaire. Ce dépôt aurait pour effet de donner à l'acte le caractère d'acte authentique; il suffirait donc que l'extrait soumis au dépôt fût signé par le notaire. — Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *Loi de 1867*, art. 60, n. 1; Houpin, t. 2, n. 1000; Lyon-Caen et Renault, n. 197; Pont, n. 1150.

3712. — Sur les devoirs et la responsabilité du notaire, V. *suprà*, n. 230 et 231.

3713. — Sur les formalités à acccomplir au siège de chaque succursale ou maison de commerce distincte (L. de 1867, art. 59), V. *suprà*, n. 191 et s.

3714. — Sur les *délais* à observer pour les publications prescrites, V. *suprà*, n. 238 et s.

3715. — Sur la sanction des formalités légales, et le caractère spécial de la nullité pour défaut de publicité édictée par l'art. 56 de la loi de 1867, V. *suprà*, n. 251 et s.

3716. — Sur la publicité légale des actes modificatifs, V. *suprà*, n. 401 et s.

2° Formalités de publicité permanente.

3717. — Une publicité permanente est imposée spécialement aux sociétés par actions. Cette publicité permanente est assurée par trois ordres de mesures : 1° faculté, pour toute personne, de prendre connaissance des pièces déposées; 2° affichage de ces pièces dans les bureaux de la société; 3° mention de la nature de la société dans divers documents.

3718. — a) *Faculté, pour toute personne, de prendre connaissance des pièces déposées.* — L'art. 63, L. 24 juill. 1867, s'exprime ainsi à cet égard : « Lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce, ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute. — Toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré au siège de la société une copie certifiée des statuts, moyennant une somme qui ne pourra excéder 1 fr. »

3719. — Ainsi, à l'égard des sociétés par actions, le dépôt devient une véritable formalité de publicité permanente, puisque chacun peut en prendre connaissance à tout instant.

3720. — Il faut remarquer que les greffiers des tribunaux de commerce ne sont pas tenus de délivrer des certificats à l'effet d'établir qu'il n'a pas été déposé d'acte portant modification des actes de société précédemment déposés. — Bordeaux, 16 août 1876, Rougié, [S. 77.2.334, P. 77.303]

3721. — b) *Affichage, dans les bureaux de la société, des pièces déposées.* — D'après l'al. 3, art. 63 de la loi de 1867, « les pièces déposées doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société ».

3722. — c) *Mention de la nature de la société dans divers documents.* — L'art. 64 de la loi de 1867 prescrit une dernière mesure de publicité permanente pour les sociétés par actions : « Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots écrits lisiblement en toutes lettres : société anonyme ou société en commandite par actions, et de l'énonciation du montant du capital social. Si la société a usé de la faculté accordée par l'art. 48, cette circonstance doit être mentionnée par l'addition de ces mots : à capital variable ». Il résulte de ce texte que les documents énumérés par l'art. 64 doivent contenir les mentions suivantes : 1° la dénomination sociale; 2° l'expression *société anonyme*, ou l'expression *société en commandite par actions*, en toutes lettres, immédiatement avant ou après la première mention; 3° s'il y a lieu, l'expression *à capital variable;* 4° le montant du capital social.

3723. — Les mentions énumérées par l'art. 64 ne doivent pas nécessairement figurer sur tous les actes qui émanent de la société, elles ne doivent figurer que sur les actes qui peuvent intéresser le crédit de la société. En conséquence, une société anonyme qui fait paraître des journaux ou revues sans y mentionner sa qualité de société anonyme, ni le chiffre de son capital social, ne contrevient pas à l'art. 64, L. 24 juill. 1867. — Paris, 2 avr. 1896, Rousset, [S. et P. 96.2.246]

3724. — L'al. 3, art. 64, L. 24 juill. 1867, décide que « toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 50 fr. à 1,000 fr. ».

3725. — Cette amende constituant une peine correctionnelle, l'infraction est un délit auquel il faut appliquer la prescription de trois ans; ce n'est pas une contravention prescriptible par un an. Le texte emploie bien le mot *contravention*, mais ce terme est pris *lato sensu* et non *stricto sensu*. — Orléans, 8 nov. 1887 (sol. impl.), De l'Ombre, [S. 89.2.172, P. 89.1.978, D. 88.2.97]

3726. — Une société commerciale ne pouvant, sauf les exceptions prévues par la loi, être condamnée à une amende, le défaut d'indication, dans les documents imprimés ou autographiés, émanés d'une société anonyme, du montant du capital social ne peut être relevé à la charge de la société elle-même, mais seulement à la charge de l'auteur de l'infraction. — Même arrêt.

3727. — Telles sont les formalités de publicité imposées spécialement aux sociétés par actions. Elles sont manifestement insuffisantes. Remarquons tout d'abord ce vice capital, que la publicité n'est imposée aux sociétés par actions qu'après leur constitution définitive. N'y aurait-il pas eu lieu de prescrire certaines mesures de publicité avant la constitution, afin que les souscripteurs n'apportent pas leur adhésion à l'acte social dans la parfaite ignorance des clauses statutaires?

3728. — Il faut noter aussi que la loi ne prescrit que l'insertion d'un extrait de l'acte social dans les journaux; pourquoi ne pas exiger l'insertion de l'acte social tout entier? Sans doute, on peut en prendre connaissance au siège social, mais cela peut entraîner un déplacement onéreux.

3729. — Sur les documents émanés des sociétés par actions, la loi prescrit l'énonciation du capital social. Cette prescription ne protège aucunement les tiers; car ce qui est ainsi mentionné, c'est le capital originaire, mais le capital originaire a pu diminuer depuis la formation de la société, d'autant que les bilans annuels ne sont pas soumis à la publicité. La loi aurait dû prescrire aussi des mesures de publicité destinées à faire connaître aux tiers quelle est la partie du capital versé et quelle est la partie qui reste à verser.

3730. — Aussi la commission extraparlementaire de 1902 a-t-elle compris la nécessité de remanier complètement notre régime de publicité. L'innovation principale du projet élaboré par la commission, et soumis en 1903 par le Gouvernement à la Chambre, consiste dans la création d'un bulletin annexe au *Journal officiel*, recueil central, unique pour la France entière, dans lequel doit être publié l'acte de société *in extenso*, même avant l'ouverture de la souscription publique, bulletin auquel, si l'introduction des actions a lieu sur le marché, doivent renvoyer tous les prospectus d'émission, lesquels prospectus doivent d'ailleurs contenir certaines énumérations (V. *suprà*, n. 118 et s.). Doivent être publiés : 1° tous changements dans le personnel du conseil de surveillance ou des commissaires; 2° les bilans annuels après la tenue de l'assemblée générale.

Section II.

Des sanctions, civiles ou pénales, des formalités constitutives.

3731. — Des art. 7 et s., 41 et s., de la loi de 1867, il ressort que les sanctions attachées à l'inobservation des formes constitutives précédemment analysées sont au nombre de trois : 1° Nullité de la société; 2° responsabilité civile de certaines personnes, gérants ou membres du conseil de surveillance, fondateurs ou premiers administrateurs; 3° responsabilité pénale de certaines personnes, gérants, fondateurs, ou leurs complices, dans certains cas spécifiés sous les art. 13 et s. de la loi. Reprenons successivement ces trois points.

§ 1. *De la nullité, pour vice de constitution, de la société en commandite par actions ou anonyme.*

3732. — Aux termes de l'art. 7, « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi ». L'art. 41 décide, d'autre part, qu' « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25 ci-dessus ». Bien que ces deux formules ne soient pas identiques, on s'accorde unanimement à reconnaître que, les deux situations étant exactement semblables, les deux nullités doivent avoir exactement la même portée et les mêmes effets, sans qu'il y ait de distinction à établir entre la commandite par actions et la société anonyme. Les explications qui suivent s'appliquent donc indifféremment aux deux types de sociétés.

1° *Des cas de nullité.*

3733. — Nous n'étudierons ici que les causes de nullité spéciales tenant à l'inobservation des formalités substantielles prescrites par la loi de 1867. Il est bien évident d'ailleurs qu'une société par actions pourrait, comme toute autre société civile ou commerciale, être annulée par application des principes du droit commun sur le vice du consentement, la cause licite, etc... Sur les nullités découlant du droit commun, V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 139 et s. Nous n'avons pas à étudier non plus les causes de nullité pour défaut de publicité, cette nullité *sui generis*, qui d'ailleurs, ainsi que nous le verrons, présente beaucoup d'affinités avec la nullité pour vice de constitution, ayant été étudiée *suprà*, n. 251 et s.

3734. — Le principe est très-simple. La nullité est encourue *dans tous les cas* où l'une des conditions prescrites par les art. 1 et s., 22 et s., pour la constitution de la société, n'a pas été remplie. Toutefois, et par exception, le fait de la négociation des actions avant que la société n'ait été définitivement constituée n'entraînerait pas de nullité, à moins que cette négociation irrégulière n'eût été autorisée par une clause des statuts sociaux. Ainsi que le font justement observer MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, p. 578, note 1), une telle négociation, si elle n'est pas autorisée par les statuts, n'est point un vice se rattachant à la constitution même de la société; c'est un acte délictueux contemporain sans doute de la période constitutive, mais imputable uniquement à ceux qui s'en sont rendus coupables. La sanction unique consiste ici dans l'application des peines édictées par l'art. 14. — V. *suprà*, n. 2093.

3735. — Et il en serait de même, depuis la loi du 1er août 1893, de la négociation des actions d'apport qui serait opérée avant l'expiration des deux années qui suivent la constitution définitive de la société (V. *suprà*, n. 2133 et s.). Cette négociation ne saurait avoir une répercussion quelconque sur la validité de la société qu'autant que les statuts l'autoriseraient expressément au mépris de la loi. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 26.

3736. — La société, en commandite par actions ou anonyme, devra donc être considérée comme entachée de nullité dans les cas suivants : 1° Si elle se constitue avant la souscription intégrale et sérieuse, du capital social (V. *suprà*, n. 3038 et s.), et le versement légal sur chaque titre du minimum légal. — V. *suprà*, n. 3135 et s.

3737. — 2° Si les actions ou coupures d'actions émises ne correspondent pas au taux légal (25 fr. au minimum pour les sociétés dont le capital n'excède pas 200,000 fr., 100 pour les autres). — V. *suprà*, n. 3015 et s.

3738. — 3° Si les souscriptions et versements n'ont pas été dûment constatés par une déclaration notariée du gérant ou des fondateurs, avec annexe de la liste des souscripteurs et de l'état des versements, et (pour la société anonyme) si cette déclaration n'a pas été soumise à la première assemblée générale chargée d'en vérifier la sincérité. — V. *suprà*, n. 3264 et s., 3677 et s.

3739. — 4° Si les titres, non intégralement libérés, ont été créés sous la forme au porteur, contrairement aux exigences de la loi de 1853, qui n'autorise la conversion des titres nominatifs en titres au porteur qu'après libération intégrale. — V. *suprà*, n. 2193 et s.

3740. — 5° Si les apports en nature ou avantages particuliers n'ont pas été vérifiés et approuvés par les deux assemblées générales prévus à l'art. 4, ou, d'une manière plus générale, si cette vérification n'a pas eu lieu dans les formes impérativement imposées par la loi. — V. *suprà*, n. 3312 et s.

3741. — 6° Si l'assemblée générale constitutive de la société en commandite n'a pas, avant le début des opérations sociales, nommé un conseil de surveillance, ou si, pour la société anonyme, cette assemblée n'a pas nommé les premiers administrateurs, obligatoirement choisis parmi les actionnaires, et les commissaires. — V. *suprà*, n. 3540 et s., 3583 et s.

3742. — 7° Si les assemblées constitutives n'ont pas été composées régulièrement, et notamment, si le *quorum* de présence ou les majorités spéciales exigées par la loi n'ont pas été obtenues. — V. *suprà*, n. 3582.

3743. — 8° Si une société anonyme s'est constituée avec moins de sept membres, ou si, des sept membres apparents, un ou plusieurs doivent être considérés comme des prête-nom, des souscripteurs fictifs (V. *suprà*, n. 2997 et s.). Sur tous ces points, la doctrine ou la jurisprudence sont absolument fixées; il nous suffit donc de renvoyer aux développements déjà fournis sur ces diverses formalités.

3744. — Par contre, il ne saurait y avoir nullité de la société qu'en cas d'infraction à ses règles constitutives, mais non à raison des irrégularités qui auraient pu être *postérieurement* commises, de telles irrégularités, si graves soient-elles, ne sauraient par un effet rétroactif vicier une société régulièrement constituée à l'origine. — Cass., 14 juill. 1873, Schwabacher et autres, [S. 74.1.425, P. 74.1084]; — 16 janv. 1878, Synd. des

Sociétés de verreries de Gaillac, [S. 78.1.141, P. 78.1169, D. 79.1.209]; — 21 janv. 1895, De Panisse, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112] — Paris, 23 avr. 1884, Lecomte et Dumont, [D. 84.2.206]; — 1er août 1885, [J. des soc., 86.319] — Sic, Houpin, t. 1, n. 541; Rousseau, t. 1, n. 1943; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 447.

3745. — Ces irrégularités, consécutives à la constitution, mais indépendantes de celle-ci, peuvent simplement entraîner, soit la dissolution de la société, soit l'annulation des délibérations contraires à la loi, mais jamais la nullité de la société elle-même. — Mêmes arrêts et auteurs. — V. aussi Cass., 28 déc. 1891, [J. des soc., 92.343] — Lyon, 11 août 1882, [J. des soc., 84.273]

3746. — Ainsi, et spécialement, pourraient servir de base à une demande en dissolution : 1° Le fait, de la part du premier conseil de surveillance, d'avoir conservé ses fonctions au delà d'une année. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher et autres, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206] — V. *suprà*, n. 3567.

3747. — 2° La conversion, en titres au porteur, de titres nominatifs non libérés de moitié. — Paris, 23 avr. 1884, précité. — V. aussi, Lyon, 11 août 1882, précité. — V. cependant, dans le sens de la nullité de la société elle-même : Trib. comm. Seine, 30 nov. 1882, [Gaz. Pal., 83.1.204] — Il en serait de même de la conversion, sous l'empire de la loi de 1893, de titres non intégralement libérés. — V. *suprà*, n. 2193 et s.

3748. — Jugé d'autre part que les irrégularités commises dans les opérations concernant l'augmentation du capital social peuvent bien entraîner la nullité des délibérations qui ont voté cette augmentation, mais non la nullité de la société elle-même. — Cass., 21 janv. 1895, précité. — V. *infrà*, n. 5494 et s.

2° Des personnes admises à se prévaloir de la nullité.

3749. — Aux termes des art. 7 et 41 de la loi de 1867, la nullité peut être invoquée par les *intéressés*. Cette expression doit être entendue dans le même sens, qu'il s'agisse de nullité pour vice de constitution ou de nullité pour défaut de publicité (Sur cette dernière, art. 56, L. de 1867, V. *suprà*, n. 251 et s.). Elle désigne donc toute personne ayant un intérêt *juridique* à l'annulation, c'est-à-dire un intérêt qui se rattache à un acte passé avec la société ou avec l'un des associés. Telle est en particulier la situation des associés, des créanciers sociaux, ou des créanciers personnels des associés. — Beslay et Lauras, t. 5, n. 581; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 224 et 781; Houpin, t. 1, n. 550; Pont, t. 2, n. 1246; Rousseau, t. 1, n. 1957; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 451 et s.

3750. — Pourraient également être considérés comme des *intéressés*, au sens légal du mot, bien qu'en fait leur action ne soit pas de nature à se présenter fréquemment, les porteurs de *parts de fondateur*, qui au point de vue qui nous occupe doivent être assimilés à des associés véritables. — Paris, 13 janv. 1899, [J. des soc., 99.173] — Trib. comm. Seine, 12 août 1891, [J. des soc., 91.175] — V. Houpin, t. 1, n. 550; Wahl, J. des soc., 1897, p. 241; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 454.

3751. — ... Les *débiteurs sociaux*, dans les cas où ils pourront avoir intérêt à agir en nullité. Cet intérêt apparaît par exemple dans l'hypothèse d'un débiteur de la société, créancier d'un associé : l'annulation de la société, le transformant en débiteur personnel des associés, lui permettra de se libérer en monnaie de compensation de sa dette sociale, jusqu'à due concurrence. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 227; Arthuys, n. 156; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 456. — Il en serait de même, par identité de motifs, des débiteurs personnels des associés. — Mêmes auteurs.

3752. — ... Les *tiers liés envers la société par un contrat synallagmatique* destiné à produire des effets successifs dans l'avenir : contrat de bail, contrat d'ouverture de crédit, marché de fournitures, engagement pris par une société de banque de placer dans sa clientèle un emprunt émis par la société. — V. sur ce dernier point : Cass., 14 juin 1887, Soc. du Tréport-Terrasse, [S. 87.1.407, P. 87.1.1019, D. 87.1.417] — V. aussi Cass., 10 févr. 1879, Soc. des hauts-fourneaux de Micheville, [S. 81.1.210, P. 81.1.509] — Ces tiers peuvent avoir, dans certaines circonstances déterminées, intérêt à se dégager d'une convention devenue onéreuse; il leur sera par conséquent loisible d'agir en nullité. — Mêmes arrêts. — V. Houpin, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Floucaud-Pénardille, *loc. cit.*

3753. — Par contre, un concurrent de la société, qui ne serait ni associé, ni créancier de cette société, ne saurait être admis à en demander la nullité afin de se débarrasser d'une concurrence gênante, quelque préjudiciable qu'elle puisse être pour lui. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 224; Houpin, t. 1, n. 550; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 451; Rousseau, t. 1, n. 1957.

3754. — De ces diverses catégories d'intéressés, les trois plus importantes sont incontestablement les associés, les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés. — Nous avons à rechercher dans quels cas ces différentes personnes peuvent être considérées comme recevables à agir en nullité, soit individuellement, soit par l'entremise d'un représentant commun : le liquidateur pour les associés en cas de dissolution, le syndic pour les créanciers sociaux en cas de faillite.

3755. — I. *Associés actionnaires, gérant de commandite).* — L'intérêt des associés à demander la nullité est évident. D'une part, en effet, au moyen de l'annulation immédiate, ils se dégagent des liens d'une société paralysée dans son développement par la menace d'une nullité susceptible d'être demandée à un moment quelconque par les tiers (menace d'ailleurs beaucoup moindre depuis que la loi de 1893 a rendu possible la réparation du vice par l'accomplissement tardif des formalités légales; — V. *infrà*, n. 3792 et s.). D'autre part, l'action en nullité étant le prélude, sinon nécessaire depuis la loi de 1893, du moins ordinaire de l'action en responsabilité contre les personnes auxquelles le vice de constitution est imputable, les actionnaires ont intérêt à se pourvoir en nullité, à l'effet d'exercer ensuite contre qui de droit le recours en responsabilité que la loi leur confère. — Paris, 5 août 1869, Bezinge, [S. 70.2.33, P. 70.202]; — 14 avr. 1892, De Goldschmidt, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.34]

3756. — Il suffit d'être *actuellement* associé pour avoir le droit d'agir en nullité. Aucune distinction à cet égard ne saurait être faite entre les souscripteurs primitifs et les cessionnaires successifs des titres. — Ainsi, jugé que celui qui, postérieurement à la constitution de la société, a acheté des actions, est substitué aux droits de son cédant, et a, en conséquence, qualité pour invoquer toutes les nullités qui vicient le pacte social. — Paris, 14 avr. 1892, précité. — V. dans le même sens, Cass., 8 nov. 1886, Gavini, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, et la note de M. Labbé, D. 87.1.9] — Sic, Houpin, t. 1, n. 551; Pont, n. 1247; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 452 *bis*.

3757. — Peu importe également que l'associé soit propriétaire d'un nombre plus ou moins considérable d'actions : la propriété d'une seule action suffit pour exercer l'action en nullité, alors même qu'il serait prouvé que l'acquisition n'en a été faite que dans le but unique de demander la nullité de la société.

3758. — Peu importe aussi que l'associé demandeur en nullité ait ou n'ait pas encore versé le montant intégral de ses actions. — Lyon, 12 janv. 1872, Perret, [S. 73.2.75, P. 73.320, D. 72.2.176] — Paris, 1er août 1888, [J. des soc., 91.560]

3759. — Jugé même que le droit d'invoquer la nullité peut être exercé par les associés qui ont participé à la délibération entraînant cette nullité, spécialement par les actionnaires qui, après avoir fait un versement incomplet sur leurs actions, auraient cependant voté et approuvé la sincérité de la déclaration du versement du quart. — Paris, 29 juin 1889, [Rev. des soc., 90.43] — Alger, 19 juin 1895, [J. des soc., 97.53] — V. *suprà*, n. 3677 et s.

3760. — Jugé toutefois, en sens contraire sur ce dernier point, que l'actionnaire qui a connu la fausseté de la déclaration notariée de souscription et de versement doit être déclaré irrecevable à agir en nullité. — Trib. comm. Seine, 12 juin 1897, Thévenet, [D. 97.2.489] — V. aussi Lyon, 13 avr. 1897, [Mon. jud. Lyon, 20 mai 1897] (actionnaires fondateurs). — Si équitable qu'elle paraisse, cette dernière solution semble difficilement conciliable avec le caractère d'ordre public de la nullité. C'est moins dans l'intérêt privé des personnes auxquelles le vice de constitution initiale de la société a pu préjudicier que dans un intérêt général que la nullité a été instituée; aussi n'est-elle pas susceptible de renonciation. Sans doute, depuis la loi de 1893, l'accomplissement effectif des formalités d'abord omises élève une fin de non recevoir contre l'action (V. *infrà*, n. 3792 et s.); mais encore faut-il que les formalités prescrites aient été accomplies, or une déclaration mensongère n'est qu'un simulacre, qui ne saurait satisfaire au vœu de la loi. — V. en ce dernier sens, Floucaud-Pénardille, note sous Trib. comm. Seine, 12 juin 1897, précité.

3761. — Le principe que nous venons de formuler sur le droit pour les associés d'agir en nullité, même s'ils ont eu connaissance du vice, s'applique aussi bien à la commandite par actions qu'à la société anonyme. Jugé, en ce sens, que le gérant de la société est recevable à invoquer la nullité, sauf à lui à su-

bir les conséquences des actes auxquels il aurait participé ou à raison desquels il serait personnellement responsable. — Cass., 3 juin 1862, Tambour, [S. 63.1.189, P. 62.1160, D. 63.1.24]; — 22 nov. 1869, Bourgeois, [S. 70.1.55, P. 70.123, D. 70.1.23]

3762. — Et ce gérant peut opposer la nullité à son cogérant, celui-ci étant un associé et non un des tiers contre lesquels, aux termes mêmes de notre article, les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité. — Cass., 3 juin 1862, précité. — *Sic*, Mathieu et Bourguignat, n. 70; Pont, t. 2, n. 1247; Rivière, n. 67; Normand, p. 242; Houpin, t. 1, n. 551.

3763. — En un mot, tout associé, quelle que soit la mesure de sa participation à l'administration de la société, est, sauf le cas de dol ou de fraude, investi du droit *individuel* d'agir en nullité. Ce droit est absolu, et ne saurait être ni supprimé, ni restreint par une clause expresse des statuts. — Paris, 23 avr. 1884, [*Rev. des soc.*, 86.475] — Trib. Seine, 12 mai 1888, [*Rev. des soc.*, 88.445] — Trib. Toulouse, 4 juin 1895, [*J. des soc.*, 96.353]

3764. — On ne saurait par conséquent opposer à l'action en nullité formée par un associé une fin de non recevoir tirée de ce qu'il n'aurait point obtenu l'autorisation préalable de l'assemblée générale, conformément aux prescriptions statutaires. — Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467] — Trib. Cahors, 31 juill. 1885, sous Caen, 19 mars 1886, Ebel et Senil, [S. 88.2.191, P. 88.1.997] — Trib. corr. Seine, 24 juin 1887, [*Rev. des soc.*, 87.589] — *Sic*, Vavasseur, n. 712 et 740; Houpin, t. 1, n. 551.

3765. — Mais le droit de demander la nullité est attaché à la qualité d'associé ou d'actionnaire et se perd avec cette qualité. Ainsi l'actionnaire, qui a cessé de faire partie d'une société, parce que ses titres ont été revendus en Bourse, conformément aux statuts, faute par lui d'avoir répondu aux appels de fonds de ladite société, n'est pas recevable à demander la nullité de cette société. — Cass., 23 déc. 1885, Esmard, [S. 88.1.12, P. 88.1.17, D. 86.1.261]

3766. — Et cet ex-actionnaire ne saurait se faire un moyen de cassation de ce que la Cour d'appel n'aurait pas sursis à statuer sur la demande en nullité de la société, à raison d'une instance par lui introduite en nullité de l'appel de fonds, alors que dans des conclusions prises en appel, il ne s'est pas expliqué d'une manière nette et précise sur l'existence actuelle de cette instance, et n'a pas demandé expressément qu'il fût sursis à statuer. — Même arrêt.

3767. — Jugé de même que l'on ne saurait admettre à agir en nullité le prétendu acheteur d'actions nominatives dont le nom ne figurait ni sur la liste des souscripteurs originaires, ni sur les registres de transfert. — Paris, 9 févr. 1883, Savary, Dupley et autres, [D. 83.2.113] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 551; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 453.

3768. — II. *Créanciers sociaux*. — Les créanciers sociaux ont ou peuvent avoir intérêt à faire prononcer la nullité de la société, à l'effet notamment de mettre en jeu les responsabilités pouvant découler de la nullité. — Cour de la Réunion, 16 juin 1876, Société *la Créole*, [S. 77.2.1, P. 77.79, D. 78.2.201] — Trib. corr. Marseille, 22 août 1899, [*J. des soc.*, 1900.80]

3769. — Ainsi, et spécialement, les créanciers d'une société anonyme sont des intéressés dans le sens des art. 41 et 56, dernier alinéa, de la loi du 24 juill. 1867, et ils ont, dès lors, qualité pour invoquer la nullité de cette société, soit à raison de l'inaccomplissement des formalités prescrites pour la constitution des sociétés anonymes par les art. 24 et 25 de cette loi, soit à raison de l'inexactitude des mentions contenues dans l'extrait de l'acte de société publié par les journaux. Par suite, le droit d'invoquer la nullité appartient au porteur de bons de dépôt se référant à des marchandises dont la société a pris charge. — Cour de la Réunion, 16 juin 1876, précité. — V. Boistel, p. 243; Houpin, t. 1, n. 552.

3770. — Jugé de même que dans le cas où les apports en nature n'ont été approuvés qu'à la suite des manœuvres frauduleuses des fondateurs et vérificateurs et ne constituent en réalité que des apports fictifs, la nullité de la société anonyme (ou en commandite) peut être demandée au nom des créanciers sociaux, lesquels sont intéressés à ce que les apports, gage de leurs créances, ne soient pas une fiction. — Cass., 10 nov. 1897, Messimy, Jacquand et autres, [S. et P. 97.1.505]

3771. — Et ce droit appartient aux créanciers sociaux, même dans le cas où ils auraient eu personnellement connaissance de la cause de nullité lorsqu'ils ont contracté avec la société. — Cass., 25 févr. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.34] — *Sic*, Pont, n. 1243; Houpin, t. 1, n. 552.

3772. — III. *Créanciers personnels des associés*. — Les créanciers personnels des associés sont, au premier chef, des intéressés, puisque l'annulation de la société, en faisant disparaître la personnalité de celle-ci, anéantit le fonds social, gage exclusif des créanciers sociaux, et ne laisse plus subsister qu'une masse indivise entre les associés, sur laquelle les créanciers personnels des différents associés doivent venir en concours avec les créanciers sociaux, transformés en créanciers personnels de chaque associé. Ils ont donc qualité pour demander la nullité de la société, pour inobservation des règles constitutives. — Cass., 11 mai 1870, Schwabacher, [S. 70.1.428, P. 70.1123, D. 70.1.405] — Grenoble, 28 déc. 1871, Mêmes parties, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206] — V. aussi Cass., 14 avr. 1893, [*J. des soc.*, 94.68]; — 19 juill. 1893, Comp. des phosphates et des engrais, [S. et P. 94.1.261, D. 94.1.158] — Lyon, 28 janv. 1873, Robert, [S. 74.2.107, P. 74.476, D. 73.2.38] — *Sic*, Bédarride, n. 163; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 228; Mathieu et Bourguignat, n. 70; Pont, t. 2, n. 1250; Rivière, n. 71; Houpin, t. 1, n. 553; Rousseau, t. 1, n. 1966; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 457.

3773. — Spécialement, la nullité d'une société anonyme (ou en commandite par actions) est à bon droit prononcée à la requête des créanciers d'un actionnaire failli, quand, des constatations souveraines des juges du fond, il résulte : 1° que la société, formée exclusivement, d'après ses statuts apparents, sur la base d'apports en nature entre les auteurs de ces apports, les recevait à la charge d'un passif non déclaré, auquel il était subvenu par la création d'un capital-argent, mis en souscription; 2° qu'il n'y a eu ni déclaration devant notaire de la souscription des titres afférents à ce capital et du versement du quart de leur valeur, ni dépôt de l'acte notarié constatant ladite déclaration. — Cass., 19 juill. 1893, précité. — Sur les apports fictifs, V. *suprà*, n. 3080 et s. — Sur la déclaration notariée, V. *suprà*, n. 3264 et s.

3774. — Toutefois, la jurisprudence décide que les créanciers personnels des associés ne sauraient être admis à demander la nullité de la société que si leur créance avait acquis date certaine, par l'un des modes indiqués en l'art. 1328, C. civ., avant la dissolution de ladite société. — Cass., 7 mars 1849, Gall, [S. 49.1.397, D. 49.1.77] — Trib. comm. Marseille, 22 août 1899, [*J. des soc.*, 1900.80] — *Sic*, Pont, n. 1251; Houpin, t. 1, n. 553.

3775. — A. *Fins de non recevoir contre l'action*. — *Chose jugée*. — Conformément au principe général de l'art. 1351, C. civ., on admet unanimement que le jugement qui repousse une demande en nullité n'a d'autorité qu'entre les personnes qui y ont été parties. Spécialement, jugé que la décision qui repousse la demande en nullité d'une société anonyme formée par un actionnaire n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un autre actionnaire qui n'a pas été partie à l'instance, et qu'elle ne lui est pas opposable. — Cass., 25 janv. 1881, Richard, [S. 81.1.451, P. 81.1.1170, D. 81.1.252] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 231.

3776. — ... Que l'action en nullité de la société formée par des créanciers de l'un des associés ne peut être repoussée par une fin de non recevoir tirée de la chose jugée sur une action tendant aux mêmes fins, mais formée par les créanciers de la société elle-même. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

3777. — Mais il en est autrement dans le cas où le jugement prononce la nullité de la société : ce jugement doit produire ses effets *ergà omnes;* on ne concevrait pas que la société fût annulée vis-à-vis de certaines personnes et restât valable vis-à-vis des autres. Jugé à cet égard que, lorsqu'une société à responsabilité limitée est déclarée nulle à la requête de l'un des intéressés, en vertu de l'art. 24, L. 23 mai 1863, à défaut d'accomplissement des formalités prescrites par cette loi, les effets du jugement qui prononce la nullité ne sont pas limités à celui qui l'a obtenu, mais que la société est annulée à l'égard de tous les intéressés. Dès lors, une nouvelle demande en nullité est sans objet et irrecevable. — Cass., 2 juill. 1873, Rodocanachi, [S. 73.1.306, P. 73.765, D. 74.1.49]; — 23 déc. 1889, Lerbat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.375] — Gand, 23 juill. 1887, Tant, [D. 89.2.89] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1242. — V. cependant Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 231.

3778. — De même, le juge saisi de la question de responsabilité du conseil de surveillance n'a pas à prononcer la nullité

de la société à raison de la fausse déclaration du gérant relative au versement du quart de chacune des actions souscrites, si, dès avant l'action dirigée contre les membres du conseil de surveillance, la société a été annulée par jugement passé en force de chose jugée, pour défaut de publications exigées par l'art. 42, C. civ. — Cass., 12 avr. 1864, Claireau, [S. 64.1.169, P. 64.730, D. 64.1.377]

3779. — Toutefois, le jugement de débouté lui-même pourrait avoir effet *ergà omnes,* s'il était rendu à l'encontre du syndic de la faillite sociale, lequel représente légalement la masse des créanciers. Jugé, en conséquence, que le jugement qui déboute divers créanciers et les syndics de la faillite d'une société en commandite par actions de leur demande en nullité de cette société, a l'autorité de la chose jugée contre tous les créanciers sociaux; que, par suite, ceux de ces créanciers qui n'ont pas figuré dans l'instance sont irrecevables à former contre les syndics une demande en nullité de la société. — Trib. comm. Marseille, 31 oct. 1866, sous Cass., 11 mai 1870, De Aldeivar, [S. 70.1.425, P. 70.1123, D. 67.5.411] — V. sur tous ces points, les développements donnés à propos de l'action en nullité pour défaut de publicité, *suprà*, n. 310 et s.

3780. — B. *Dissolution.* — Les personnes ci-dessus énumérées sont recevables à exercer l'action en nullité, *alors même que la société serait dissoute.* Elles peuvent, en effet, avoir intérêt à faire déclarer la société nulle, notamment pour pouvoir mettre en jeu les responsabilités qui découlent de cette nullité judiciairement constatée. — Cass., 3 juin 1862, Cambon, [S. 63.2.189, P. 62.1160, D. 63.1.24] — Lyon, 9 févr. 1883, Savary, [D. 83.2.113] — Paris, 23 avr. 1884, Lecomte et Dumont, [D. 84.2.206] — *Sic,* Houpin, t. 1, n. 555; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 464.

3781. — Spécialement, les actionnaires d'une société qui n'ont pas été dûment représentés en première instance peuvent intervenir en cause d'appel pour demander la nullité de la société dont les premiers juges avaient prononcé la dissolution. — Paris, 4 avr. 1881, Huet, [S. 81.2.102, P. 81.1.570, D. 84.2.4]

3782. — De son côté, le liquidateur, amiable ou désigné par justice, de la société dissoute, aurait qualité, comme mandataire des associés, pour demander la nullité de ladite société. — Houpin, t. 1, n. 555; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 464. — V. aussi Orléans, 15 févr. 1888, [*J. des soc.*, 89.293]

3783. — Mais il n'aurait pas qualité, à moins d'en avoir reçu mandat exprès, pour agir en nullité du chef des créanciers. — Rouen, 1er avr. 1881, Crédit industriel, [S. 82.2.153, P. 82.1.815, D. 82.2.92] — Sur l'étendue des pouvoirs du liquidateur, et sur la détermination des cas dans lesquels le liquidateur peut être considéré comme ayant reçu mandat des créanciers, V. *suprà*, n. 682 et s., et v° *Société civile*, n. 1060 et s.

3784. — C. *Faillite ou liquidation judiciaire.* — La demande en nullité d'une société est également recevable malgré l'état de faillite ou de liquidation judiciaire de cette société. Cet état, en effet, ne fait pas disparaître l'intérêt que chacune des catégories de personnes énumérées ci-dessus peut avoir à faire prononcer la nullité. Il ne faut pas oublier d'ailleurs qu'une société en faillite peut, par l'effet du concordat, être remise à la tête de ses affaires : certaines personnes peuvent avoir intérêt, en faisant prononcer l'annulation, à empêcher cette reprise des opérations sociales consécutive au concordat. — Lyon, 8 mai 1884, Synd. et liquid. de la Banque de Lyon et de la Loire, [S. 84.2.107, P. 84.1.602, D. 84.2.219] — Sur la question de savoir si une société commerciale peut être mise en faillite, V. *suprà*, v[is] *Faillite*, n. 143 et s.; *Liquidation judiciaire*, n. 92. — Sur l'exercice de l'action en nullité, et spécialement sur la question de savoir si l'action peut, nonobstant l'état de faillite de la société, être encore exercée individuellement par les associés ou les créanciers, ou si elle n'est pas désormais concentrée aux mains du syndic, représentant de la collectivité des créanciers et même des actionnaires, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 978 et s.

3785. — D. *Défaut d'intérêt.* — L'action en nullité n'appartient aux personnes ci-dessus énumérées qu'autant qu'elles y ont intérêt. Le défaut d'intérêt élève donc nécessairement une fin de non recevoir contre leur action. Cette fin de non recevoir sera fréquemment opposable à l'action en nullité consécutive à la dissolution. Ainsi, l'action en nullité peut être rejetée comme dénuée d'intérêt, alors que les circonstances de la cause révèlent que, à raison de la commune intention des parties et de la longue exécution donnée par elles au pacte social, les effets de la nullité demandée ne devraient pas être autres que ceux de la dissolution déjà déclarée. — Cass., 7 juill. 1873, Jacomy, [S. 73.1.388, P. 73.957, D. 73.1.327]

3786. — De même, un associé ne peut former une demande en nullité d'une société dissoute, alors qu'il est certain en fait que la nullité est entièrement étrangère à la faillite de la société, de telle sorte que, ni le gérant, ni les membres du conseil de surveillance ne sauraient être déclarés responsables du préjudice que l'associé prétend avoir éprouvé. — Cass., 11 mai 1870, Aldecoa, [S. 70.1.426, P. 70.1123, D. 70.1.405] — Angers, 19 mai 1891, Synd. de la soc. Talvande, [D. 92.2.81, et la note de M. Boistel] — Paris, 3 mars 1896, Jacob, [D. 96.2.516]

2° Caractères et durée de l'action en nullité.

3787. — Des lois de 1867 et de 1893, combinées, il résulte que la nullité pour vice de constitution présente les caractères distinctifs suivants : 1° c'est une nullité d'ordre public, non susceptible de ratification; 2° quoique d'ordre public, cette nullité peut disparaître (depuis la loi de 1893), soit par l'accomplissement des formalités légales, soit par la prescription; 3° elle doit être judiciairement prononcée; 4° elle donne naissance à une action individuelle.

3788. — I. *Nullité d'ordre public.* — La nullité d'une société irrégulièrement constituée, comme celle résultant du défaut de publicité, est d'ordre public. Elle n'a pas seulement pour but, en effet, de protéger les tiers et les actionnaires, mais aussi de sauvegarder le crédit général, qui pourrait être compromis par la circulation de titres provenant de sociétés viciées dans leur principe. — Cass., 1er févr. 1881, Cussey, [S. 83.1.415, P. 83.1.1048, D. 82.1.21]; — 21 juill. 1885, Arnaud-Laufer, [S. 85.1.448, P. 85.1.1075, D. 87.1.212] — Toulouse, 4 juin 1895, [*J. des soc.*, 96.353] — Trib. Tulle, 6 mars 1900, [*Rev. des soc.*, 1900.304] — *Sic,* Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 297; Bédarride, *Comm. de la loi de 1856*, n. 88; Mathieu et Bourguignat, n. 70; Rivière, n. 69; Houpin, t. 1, n. 560; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 782; Pont, t. 2, n. 1236; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc.*, n. 352; Vavasseur, t. 1, n. 707; Rousseau, t. 1, n. 1945; Floucaud-Pénardille, n. 450.

3789. — Il résulte de là, notamment, que la nullité de la société ne saurait être couverte par une ratification expresse ou tacite des parties intéressées, laissant subsister le vice initial. — Paris, 24 mars 1859, Rolu, [S. 59.2.437, P. 59.635, D. 59.2.146]; — 28 mai 1884, Soc. des fonderies de Romilly, [D. 86.2.177]; — 1er août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.10] — Alger, 13 juin 1895, Génillon, [D. 96.2.307] — V. sur ce point, les développements donnés *suprà*, n. 381 et s., à propos de la nullité pour défaut de publicité.

3790. — Jugé toutefois que les tribunaux peuvent décider, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, que dans le cas où une société commerciale est entachée de nullité, un tiers créancier a pu renoncer au droit de poursuivre l'annulation de cette société : il ne s'agit pas là d'une ratification de la nullité de la société, mais, ce qui est bien différent, d'une renonciation individuelle au droit d'invoquer cette nullité, et cette renonciation doit être considérée comme valable si elle a eu lieu en connaissance de cause. — Cass., 1er mars 1882, Pillon de Saint-Philibert, [S. 84.1.231, P. 84.1.550, D. 83.1.130]

3791. — Du caractère d'ordre public assigné à la nullité, résulte cette autre conséquence que celui qui l'intente ne fait qu'user d'un droit absolu, et que l'exercice de ce droit ne saurait, en aucun cas, à moins que des manœuvres dolosives ne soient relevées à sa charge, l'exposer à une action en dommages-intérêts, quelqu'intempestive et inopportune qu'ait pu être, envisagée au point de vue des intérêts engagés dans l'entreprise, cette instance en annulation. — Cass., 1er févr. 1881, précité; — 21 févr. 1885, précité. — Toulouse, 22 juill. 1881, [*Rev. des soc.*, 84.621] — Trib. comm. Marseille, 18 mars 1895, [*J. des soc.*, 96.82] — *Sic,* Houpin, t. 1, n. 557; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 469.

3792. — II. *Régularisation* ex post facto *prescription* (*loi de 1893*). — Sous l'empire de la loi du 24 juill. 1867, le caractère d'ordre public de la nullité entraînait en outre cette conséquence, que la nullité était perpétuelle, et ne pouvait être couverte, ni par l'accomplissement tardif de la formalité primitivement omise... — Cass., 19 oct. 1892, Liquid. de la Soc. financière de Paris, [S. et P. 93.1.89, D. 92.1.543] — Paris, 1er août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.10] — Trib. comm. Seine, 13 juill. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.629] — *Sic,* Ameline, *Rev. prat.*, t. 24, p. 375; Houpin, t. 1,

n. 557; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 783; Mornard, p. 241; Pont, t. 2, n. 1239; Ruben de Couder, vº *Soc. en command.*, n. 170; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 471.

3793. — ... Ni au moyen de la prescription. Irrégulièrement constituée, la société demeurait perpétuellement sous le coup d'une menace d'annulation, et les intéressés n'avaient pour y échapper d'autre ressource que de dissoudre la société, et d'en constituer une nouvelle, en ayant soin de se conformer strictement aux prescriptions légales. — Paris, 4 avr. 1881, [*J. des soc.*, 81.284]; — 7 avr. 1887, [*J. des soc.*, 91.557] — Auteurs précités. — V. Labbé, *J. des soc.*, 1881, p. 171.

3794. — Quelques auteurs, il est vrai, avaient proposé d'admettre, soit la prescription de droit commun, c'est-à-dire la prescription trentenaire (Bédarride, n. 160; Rivière, n. 74), soit la prescription décennale de l'art. 1304, C. civ. (Vavasseur, n. 710 *ter*), soit même la prescription triennale de l'action publique, née des délits correctionnels prévus par les art. 13 et s. de la loi de 1867. Mais aucun de ces systèmes n'avait prévalu en jurisprudence. La société nulle pour vice de constitution est en effet plutôt inexistante qu'annulable, ce qui ne permettait, en l'absence de texte, de lui appliquer ni la prescription du droit commun, faite pour les actes nuls, mais susceptibles de confirmation, ni à plus forte raison la prescription décennale, réservée par la loi aux nullités relatives. Quant à la prescription triennale, elle était évidemment inapplicable, les actions en nullité nées du vice initial de constitution de la société ne se confondant en aucune manière avec l'action civile née des faits délictueux prévus et réprimés par les art. 13 et s. de la loi de 1867.

3795. — Cette perpétuité de l'action en nullité, qui mettait à la discrétion d'un actionnaire mécontent, ou d'un cessionnaire de la dernière heure, plus ou moins suspect, le sort d'une entreprise importante, devenue prospère malgré les irrégularités cachées du début, avait dans la pratique les plus graves inconvénients, très-nettement signalés dans le passage suivant du rapport de M. Bozérian, au Sénat, en 1884, rapport dont s'est manifestement inspiré le législateur de 1893 : « La situation créée par la durée indéfinie de l'action en nullité avait donné lieu à des scandales qu'il importait de faire cesser. On avait vu dans diverses villes, et notamment à Paris, se fonder des agences dont l'industrie consistait à aller prendre connaissance des actes de société, déposés dans les greffes. Quand l'examen de ces actes avait révélé l'existence d'une irrégularité si minime, si indifférente qu'elle fût, les directeurs de ces agences se procuraient, par l'achat d'une action ou d'une créance, une arme de de guerre contre la société. Munis de cette arme devenue entre leurs mains un *instrument de chantage*, ils s'adressaient aux représentants de cette société, et, quand ceux-ci refusaient de leur acheter leur silence, ils élevaient la voix devant les tribunaux et ceux-ci étaient *forcés*, à leur grand regret, d'accueillir les demandes d'annulation qui pouvaient se fonder, sinon sur un motif, du moins sur un prétexte légal. Le projet a voulu faire cesser ces abus ».

3796. — Telle est l'origine de la disposition nouvelle, ajoutée à l'art. 8 par la loi de 1893, et ainsi conçue : « L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister. Si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de la convocation régulière de cette assemblée. Les actions en nullité contre les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix ans. Cette prescription ne pourra, toutefois, être opposée avant l'expiration des dix années qui suivront la promulgation de la présente loi ». Cette règle s'applique aux sociétés anonymes comme aux sociétés en commandite par actions (art. 42 nouveau).

3797. — La loi de 1893, en vue de mettre fin aux abus signalés, et de donner au commerce et à l'industrie plus de sécurité, a donc réalisé une triple innovation : 1º tout vice de constitution, quelle qu'en soit la gravité, peut disparaître par l'accomplissement effectif des formalités tout d'abord omises; 2º il n'est même pas nécessaire, pour que l'action en nullité cesse d'être recevable, que toutes les formalités de reconstitution soient accomplies; il suffit, si la réunion d'une assemblée est nécessaire pour y procéder, que les convocations nécessaires pour la tenue de ladite assemblée aient été lancées; 3º même si le vice de constitution initial n'a pas été réparé, l'action en nullité cesse d'être recevable lorsque dix ans se sont écoulés depuis sa constitution. La prescription de dix ans met fin, en d'autres termes, à tous les moyens de nullité basés sur la violation des règles constitutives de la loi de 1867.

3798. — A. *Régularisation* ex post facto. — Passons en revue les principaux vices susceptibles d'affecter la constitution de la société, et recherchons comment il sera désormais possible de les faire disparaître. Le vice le plus fréquent, celui qui, sous l'empire de la loi de 1867, servit le plus souvent de base à une action en nullité, réside dans l'absence de vérification ou dans la vérification irrégulière des apports en nature et avantages particuliers. En pareil cas, les intéressés n'auront, pour faire disparaître la nullité, qu'à procéder, à quelque époque que ce soit, aux formalités omises. Si les assemblées prescrites n'ont pas été tenues, il y aura lieu de les convoquer, si la seconde assemblée seulement n'a pas eu lieu, cette seconde assemblée sera convoquée; si les deux assemblées ont été tenues, mais avec une composition irrégulière, il y aura lieu de les convoquer à nouveau, en ayant soin cette fois de se conformer aux prescriptions légales, précédemment exposées, concernant les convocations, le rapport, le calcul de la majorité, etc. (V. *suprà*, n. 3390 et s.). Mais, ici certaines difficultés peuvent surgir, soit à raison des changements survenus depuis la constitution de la société dans la consistance des apports, soit à raison du mode de calcul de la majorité.

3799. — On s'est demandé tout d'abord, dans le cas où la société est nulle parce que les apports en nature et les avantages particuliers n'ont pas été approuvés ou l'ont été irrégulièrement lors de la constitution de la société, si la nullité peut encore être couverte au moyen d'une vérification régulière et conforme aux prescriptions de l'art. 4, alors que les apports en nature ont subi d'importants changements qui rendent difficile cette vérification tardive (destruction ou transformation d'un immeuble industriel, renouvellement complet de l'outillage ou du stock de marchandises en magasins, etc.). On s'accorde à résoudre la question par l'affirmative. D'une part, en effet, notre article n'apporte aucune exception au droit qu'il confère aux associés de couvrir la nullité originaire de la société. D'autre part, les changements survenus ou même la perte complète de l'apport n'empêcheraient pas la prescription de dix ans établie par notre article d'éteindre l'action en nullité : or ce qui est vrai de la prescription doit à plus forte raison s'appliquer au droit pour les actionnaires de procéder à la vérification primitivement omise. — Bouvier-Bangillon, p. 93; Goirand, n. 383; Houpin, t. 1, n. 561-5º; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 475.

3800. — Il convient d'ailleurs de faire remarquer que, dans la plupart des cas, il ne sera nullement impossible de reconstituer fictivement, pour servir de base aux délibérations de l'assemblée, la consistance primitive des apports. Il suffira de se reporter pour cela à tous les documents contemporains de l'émission, prospectus, rapports, etc., ainsi qu'aux énonciations des livres, concernant les transactions principales auxquelles ont pu donner lieu les divers éléments, mobiliers ou immobiliers, de l'actif non vérifié. — Mêmes auteurs.

3801. — Dans cette même hypothèse, on s'est demandé comment les assemblées de vérification doivent être composées et quels actionnaires ont le droit de prendre part au vote, alors que la vérification a lieu au cours du fonctionnement de la société, après des cessions d'actions consenties respectivement par les apporteurs en nature et par les souscripteurs d'actions de numéraire. L'opinion générale décide à cet égard qu'il faut considérer la situation existante, non pas au moment où la société a été constituée, mais au moment où il est procédé à la vérification des apports en nature. En conséquence, le droit de vote à l'assemblée de vérification n'appartient qu'à ceux qui, à ce moment-là, possèdent exclusivement des actions de numéraire : il n'appartient pas à ceux qui sont propriétaires d'actions attribuées en représentation d'apports en nature, alors même qu'ils auraient souscrit ou acheté des actions de numéraire. — Trib. comm. Seine, 21 janv. 1897, [*J. des soc.*, 97.370] — Trib. Lyon, 26 févr. 1903, [*Mon. jud. Lyon*, 10 mai 1903] — *Sic*, Genevois, n. 40; Goirand, n. 383; Houpin, t. 1, n. 561-5º. — Sur les actionnaires qui ont voix délibérative dans les assemblées de vérification, V. *suprà*, n. 3417 et s.

3802. — L'opinion contraire a cependant été défendue; et, revenant sur la doctrine d'abord adoptée par lui, M. Genevois a cru pouvoir soutenir (*Rev. trim. du rég. des soc.*, 1897, p. 37) que les cessionnaires des actions d'apport ont le droit de voter,

attendu que l'interdiction de voter imposée par l'art. 4, à ceux qui ont un intérêt dans les apports, serait une incapacité personnelle, et non point une servitude attachée au titre. Ce raisonnement subtil, que rien dans le texte n'autorise, est condamné par les conséquences mêmes auxquelles il aboutit. Ne voit-on pas en effet que, si l'interdiction de voter est *personnelle* aux apporteurs, ceux-ci n'auront qu'à céder rapidement tous leurs titres à des compères, à des hommes de paille pour échapper à l'obligation de faire vérifier leurs apports? Il serait vraiment trop simple d'éluder les prescriptions légales, et les spéculateurs suspects auraient la partie belle. Le législateur de 1893, en subordonnant la disparition de la nullité à l'accomplissement des formalités omises, a entendu que cette réparation du vice fût sérieuse, entourée de toutes les garanties nécessaires pour sauvegarder les intérêts engagés : et elle ne peut être sérieuse que si les détenteurs actuels des actions d'apport sont exclus du vote.

3803. — Jugé, dans cet ordre d'idées, que ce sont les cessionnaires et non les souscripteurs primitifs d'actions qui doivent être convoqués et participer à l'assemblée *reconstitutive* autorisée par la loi de 1893, si d'ailleurs, à ce moment, la société a pu connaître, par les transferts effectués, les mutations survenues. — Lyon, 26 févr. 1903, [*Mon. jud. Lyon*, 14 mai 1903] — Il convient donc d'apprécier, en la personne du cessionnaire, les qualités susceptibles d'apporter à son vote un obstacle juridique. — Même arrêt (sol. implic.).

3804. — Remarquons, en tout cas, que, quelle que soit la solution admise sur la question précédente, on s'accorde à décider que tous les actionnaires doivent être admis aux assemblées reconstitutives, et que l'on ne saurait ici donner effet aux clauses statutaires subordonnant à la possession d'un certain nombre d'actions le droit de participer aux assemblées. — V. Houpin, t. 1, n. 561 *in fine*. — V. *suprà*, n. 3407 et s.

3805. — De l'application du principe nouveau, d'après lequel la nullité disparaît par l'accomplissement des formalités légales, découlent notamment les conséquences pratiques suivantes : *a*) on peut supposer tout d'abord que le capital n'a pas été intégralement souscrit (V. *suprà*, n. 3038 et s.) ou que certaines souscriptions étaient fictives (V. *suprà*, n. 3080 et s.), ou que le versement légal n'a pas été effectué sur tous les titres (V. *suprà*, n. 3135 et s.). En pareil cas, la régularisation consistera dans la souscription réelle *et sérieuse* de la partie du capital non encore souscrite, ou dans le paiement effectif des sommes restant à verser sur les titres pour parfaire le taux légal. Pourvu que les souscripteurs, dont le non-versement avait entraîné la nullité, se soient libérés dans la mesure déterminée par la loi avant l'introduction de la demande, la société est validée. — Paris, 13 nov. 1896, [*J. des soc.*, 97.115] — Lyon, 19 juill. 1902, [*Gaz. Pal.*, 23 nov. 1902] — Houpin, t. 1, n. 561; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 475.

3806. — Vainement objecterait-on que la substitution de souscripteurs réels et sérieux aux souscripteurs fictifs du début ne saurait faire disparaître le vice, la fraude commise étant en quelque sorte indélébile. Cette distinction, contraire au texte et à l'esprit de la loi, ne saurait être accueillie, attendu qu'elle tiendrait en échec la volonté du législateur, qui a entendu faire rejeter toute action en nullité survenant après l'accomplissement, si tardif soit-il (pourvu qu'il ait précédé la demande), des formalités légales. — Trib. comm. Lyon, 18 juill. 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 10 août 1898]

3807. — Cette solution, toutefois, soulève certaines difficultés. Si des manœuvres dolosives sont imputées aux fondateurs, si ceux-ci par exemple ont fait souscrire leurs employés, la nullité de la société ne tient plus seulement à l'inobservation des règles de la loi de 1867 sur la souscription intégrale, mais aussi à l'application des principes du droit commun sur les vices du consentement. Or, les seules causes de nullité susceptibles de disparaître par l'accomplissement tardif des formalités légales sont celles basées *uniquement* sur la violation des prescriptions spéciales de la loi de 1867. — Genevois, n. 42; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 559.

3808. — Vainement, d'autre part, se prévaudrait-on de l'absence de déclaration notariée nouvelle. La déclaration notariée initiale, intervenue à la suite d'une souscription ou d'un versement irréguliers, se trouve en quelque sorte rétroactivement validée une fois l'irrégularité disparue. — Trib. comm. Lyon, 18 juill. 1898 (motifs), précité. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 561-3°.

3809. — Mais, aux termes de la loi de 1893, le versement du quart doit avoir lieu *en espèces* (V. *suprà*, n. 3170 et s.). Si donc ce versement tardif, destiné à couvrir le vice de nullité, était effectué en effets de commerce, l'action en nullité demeurerait recevable. — Trib. comm. Seine, 3 juill. 1902 (sol. impl.), [*Gaz. Pal.*, 4-7 oct. 1902]

3810. — *b*) Si le taux des actions était inférieur au taux légal actuel (V. *suprà*, n. 3045 et s.), une assemblée extraordinaire pourrait élever les titres émis au taux légal, soit en augmentant le chiffre de chaque action, soit en fusionnant deux actions en une. Mais il semble bien qu'un tel changement ne pourrait être adopté qu'à l'unanimité. — Goirand, n. 381; Bouvier-Bangillon, p. 129; Houpin, t. 1, n. 561-2°.

3811. — Que si le taux des titres, émis sous l'empire de la loi de 1867, était inférieur à celui fixé par cette loi, mais égal ou supérieur à celui de la loi de 1893, il suffirait, pour régulariser la situation, d'une délibération prise à la majorité par une assemblée reconstitutive, sans qu'il fût nécessaire d'apporter aucune modification au taux fixé primitivement par les statuts. — Houpin, t. 1, n. 561-2°.

3812. — *c*) Que si la déclaration notariée constatant le fait de la souscription et des versements a été omise (V. *suprà*, n. 3265 et s.), ou si dans une société anonyme, l'assemblée générale a omis de vérifier la sincérité de cette déclaration (V. *suprà*, n. 3677 et s.), il pourra être procédé après coup, soit à la déclaration, soit à l'assemblée de vérification. La déclaration, pour les sociétés en commandite, est faite par le gérant, et pour les sociétés anonymes, par les fondateurs. Toutefois on admet que s'il était impossible d'obtenir la signature des fondateurs, en cas de décès de ceux-ci, par exemple, la déclaration pourrait émaner du conseil d'administration. — Houpin, t. 1, n. 561-4°; Goirand, n. 382.

3813. — De même, si la déclaration était nulle à raison de l'intérêt du premier notaire dans la souscription, il suffirait, pour couvrir la nullité, de faire une nouvelle déclaration devant un autre notaire n'ayant aucun intérêt dans la société. — Poitiers, 6 nov. 1899, [*Gaz. des soc.*, p. 215]

3814. — Mais la déclaration, même régulière en soi, serait inopérante si le fait qu'elle constate (intégralité de la souscription) était mensonger. — Limoges, 14 déc. 1900, De Saint-Avit, [D. 1901.2.377, et la note] — En pareil cas, c'est au vice du fond qu'il faudrait s'attaquer; et une fois la souscription réellement couverte, la nullité disparaîtrait, alors même qu'aucune nouvelle déclaration notariée ne serait intervenue.

3815. — *d*) On peut supposer également un vice de constitution tenant à ce qu'il n'aurait pas été nommé de conseil ou de commission de surveillance, ou au défaut de nomination du conseil d'administration, ou, — hypothèse plus pratique, — à l'irrégularité de l'assemblée dans laquelle ont été nommés ces divers agents (V. *suprà*, n. 3540 et s., 3583 et s.). En pareil cas, il suffira de réunir une nouvelle assemblée constitutive, qui procédera, en se conformant aux conditions de majorité requises par la loi, aux nominations réglementaires.

3816. — *e*) On peut supposer enfin une société anonyme débutant avec un nombre d'associés capables inférieur à sept (V. *suprà*, n. 2997 et s.). En pareil cas, la survenance d'un nombre d'actionnaires, nantis de leurs droits, égal ou supérieur au chiffre légal, mettra fin à la nullité. — Goirand, n. 381; Houpin, t. 1, n. 561-1°.

3817. — Remarquons que, dans les différentes hypothèses précédentes, si la convocation d'une assemblée est nécessaire pour régulariser la situation, il n'est pas nécessaire que cette assemblée ait été tenue, et qu'elle ait pris une délibération conforme à la loi; il faut et il suffit que ladite assemblée ait été *régulièrement convoquée*, pour qu'à partir de cette convocation l'action en nullité cesse de pouvoir être intentée utilement. Le motif de cette innovation est facile à déterminer : si, la convocation n'avait pas eu pour effet *immédiat* de rendre irrecevable toute action en nullité ultérieure, la publicité donnée à cette convocation aurait été, dans bien des cas, le signal d'une foule d'actions en nullité fondées sur le vice que cette convocation fait présumer, et de tentatives d'intimidation ou de chantage à l'encontre de la société. Le but de la réforme, qui est de mettre fin aux abus des procès en nullité, eût été ainsi complètement manqué.

3818. — Cette règle appelle d'ailleurs une triple observation : 1° Si la convocation par elle seule met obstacle à toute action en nullité ultérieure, cette extinction de l'action est évidemment conditionnelle, et subordonnée à l'accomplissement effectif des formalités omises, et notamment à la régularité de l'assemblée et de la délibération qui la termine. Dans le cas contraire, en effet,

il ne serait plus exact de dire que la *nullité a cessé d'exister*. Or la nullité, même depuis la loi de 1893, n'en demeure pas moins une nullité d'ordre public, non susceptible de ratification.

3819. — Jugé toutefois que les nullités d'une assemblée destinée à reconstituer une société par actions irrégulière dans son principe peuvent seules être invoquées à l'appui d'une demande en nullité. Le seul fait de la convocation purgerait donc tous les vices de fond antérieurs. — Lyon, 26 févr. 1903, [*Mon. jud. de Lyon*, 14 mai 1903] — Mais il y a là, croyons-nous, une exagération du principe nouveau formulé par la loi de 1893.

3820. — En tout cas, de ce que la régularisation d'une société aurait été opérée d'une manière irrégulière et serait ainsi, envisagée *in se*, entachée de nullité, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que la société dût pour autant être annulée. Effectivement, la tentative de régularisation ne saurait être considérée à elle seule comme une preuve absolue de la nullité originaire de la société; tout au plus élève-t-elle en ce sens une présomption de fait plus ou moins forte. Effectivement, les associés ont pu se tromper, ou agir sous l'empire d'appréhensions mal fondées. Aussi appartient-il aux tribunaux, le cas échéant, de se prononcer au fond sur la validité ou la nullité de la société, comme si cette tentative n'avait pas eu lieu. — V. Houpin, t. 1, n. 563.

3821. — 2° Toute action en nullité intentée avant la convocation de l'assemblée reconstitutive confère au demandeur un droit acquis, dont il ne saurait être dépouillé, ni par l'exercice d'une action ultérieure, ni même par une délibération en forme destinée à réparer le vice. Une fois formée en temps utile, l'action doit suivre son cours, sans qu'il soit au pouvoir de la société ou de ses représentants d'empêcher le jugement d'annulation d'être prononcé. — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 476.

3822. — 3° Les actions en nullité supprimées à partir de la convocation de l'assemblée reconstitutive sont exclusivement les actions fondées sur l'omission de l'une des formalités constitutives de la loi de 1867. Celles découlant du droit commun, cause illicite, incapacité, vice du consentement, subsistent donc dans les conditions et délais déterminés par les principes généraux. Ainsi jugé, pour le cas de souscription extorquée par dol. — Lyon, 25 nov. 1896, [*Mon. jud. Lyon*, 13 avr. 1897] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 559.

3823. — B. *Prescription.* — « *Les actions en nullité*, dit l'art. 8 nouveau, *in fine*, *sont prescrites par dix ans* ». Cette seconde innovation a eu pour but de faire disparaître les inconvénients des annulations tardives, frappant en plein fonctionnement, en pleine prospérité parfois, des sociétés qui, pour avoir été irrégulièrement constituées *ab initio*, ont en quelque sorte racheté cette tare originaire par leur longévité même. Il a paru au législateur de 1893 que, lorsqu'une société avait duré dix ans, elle avait fait ses preuves, et qu'il était plus nuisible qu'utile de scruter ses origines pour y découvrir les causes de nullité possible.

3824. — L'exception de prescription diffère donc essentiellement de la fin de non recevoir qui vient d'être étudiée. Elle rend irrecevable toute action en nullité intentée contre la société passé l'expiration du délai légal, quelles qu'aient pu être les irrégularités commises à l'origine, et sans qu'il soit désormais nécessaire de réparer le vice. Que le capital ait été intégralement souscrit ou non, que les apports en nature aient été ou non vérifiés, il n'importe : la société a vécu dix ans, la loi passe en quelque sorte l'éponge sur le passé, et déclare qu'aucune action fondée sur ces irrégularités initiales ne sera désormais accueillie.

3825. — Quel sera le point de départ de cette prescription décennale? La loi est muette sur ce point, mais les principes généraux permettent de suppléer à son silence. Il ne s'agit point ici, comme en matière de nullité relative, d'une prescription reposant sur une idée de confirmation tacite, de ratification, la ratification n'étant pas recevable en présence d'une nullité d'ordre public (V. *suprà*, n. 3789 et s.). La prescription dont il s'agit est fondée sur une considération d'intérêt supérieur : il est de l'intérêt général que les sociétés ayant vécu dix ans ne puissent plus être annulées pour inobservation des formalités initiales. Cela étant, on doit décider, avec la majorité des auteurs, que le délai de dix ans a pour point de départ le jour même où l'action est née, c'est-à-dire le jour où la société irrégulière a été constituée. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *appendice*, n. 32; Houpin, t. 1, n. 565; Bouvier-Bangillon, p. 82; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. en command.*, n. 89; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 478.

3826. — Remarquons du reste que, conformément aux principes généraux, la prescription n'opère qu'autant qu'elle est accomplie. Lors donc que l'action en nullité est régulièrement intentée avant l'expiration du délai de dix ans, la prescription est interrompue, et l'instance doit suivre son cours.

3827. — Signalons ici, d'un mot, le caractère rétroactif des innovations réalisées par la loi de 1893. En d'autres termes, les nouvelles dispositions sont applicables sans qu'il y ait à distinguer suivant que la société entachée de nullité a été constituée antérieurement ou postérieurement à la loi du 1er août 1893. Toutefois, en ce qui concerne les sociétés antérieures à la loi nouvelle, la prescription décennale n'a pu courir qu'à compter de la promulgation de cette loi. — V. *infrà*, n. 5711 et s.

3828. — III. *Nécessité d'une décision judiciaire.* — Bien que la nullité d'une société pour vice de constitution initiale soit d'ordre public, elle n'opère cependant pas de plein droit; d'où il résulte qu'elle doit être demandée en justice par une des personnes qui y ont intérêt : le tribunal ne pourrait pas la prononcer d'office. Ce principe était déjà admis sous l'empire de la loi ancienne, à une époque où la nullité était perpétuelle; à plus forte raison s'impose-t-il aujourd'hui que cette prescription peut être couverte par l'accomplissement tardif des formalités légales et qu'elle est prescriptible. — Trib. comm. Marseille, 18 mars 1895, [*J. des soc.*, 96.82] — Trib. comm. Marennes, 28 juill. 1896, [*J. des soc.*, 96.511] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 542; Rousseau, t. 1, n. 1946; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 448. — V. aussi Pont, n. 1236; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 217.

3829. — Mais, si elle est demandée, le juge est tenu de la prononcer par cela seul que l'omission d'une formalité constitutive lui est démontrée; et ce, quand bien même l'action en nullité ne serait accompagnée d'aucune conclusion à fin de responsabilité. — Paris, 1er août 1888, [*Rev. des soc.*, 89.10] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 542; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 448.

3830. — De ce que l'action en nullité peut être intentée séparément de l'action en responsabilité, qu'elle correspond à une demande de dommages-intérêts déterminée, il résulte que l'on doit considérer, en tout cas, la demande en nullité d'une société anonyme comme une *demande indéterminée*. Elle est donc susceptible d'appel, encore bien que la créance du demandeur soit inférieure à 1,500 fr. — Cass., 6 févr. 1893, Soc. de dépôts et comptes courants, [S. et P. 96.1.287, D. 93.1.263] — Rennes, 6 mars 1869, Thébault, [S. 69.2.254, P. 69.1009, D. 70.2.224] — Sur les demandes indéterminées, V. *suprà*, v° *Appel* (mat. civ.), n. 211 et s.

3831. — La nullité peut être invoquée, soit par voie d'action, devant le tribunal de commerce, soit par voie d'exception devant le tribunal saisi de l'action principale. — Cass., 14 oct. 1887, Synd. de l'union syndicale des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.267, D. 88.1.203]; — 10 nov. 1897, Messimy, Jacquand et autres, [S. et P. 97.1.505] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 543; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 449; Despréaux, *Compet. des trib. de comm.*, n. 577; Nouguier, *Des trib. de comm.*, n. 21. — Sur la compétence en matière de sociétés, V. *infrà*, n. 5835 et s.

3832. — IV. *Nature de l'action.* — De ce que la nullité d'une société irrégulièrement constituée peut être invoquée, aux termes de notre art. 41, par tout intéressé, il résulte que l'action en nullité doit être considérée comme une *action individuelle* appartenant en propre à chaque intéressé. Suivant la formule de M. Labbé, « le législateur, redoutant la présence apparente, sur le marché des affaires, d'une personne sociale qui n'est pas viable, et qui d'un moment à l'autre peut s'évanouir par la reconnaissance de son vice originel, a fait de chacun des intéressés *le ministre de l'intérêt général*; il a armé chacun d'eux du droit de faire déclarer la nullité que la loi édicte ». — Labbé, note sous Cass., 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137] — Sur la distinction des actions sociales et individuelles, et sur les conditions d'exercice des actions individuelles (L. de 1867, art. 17), V. *infrà*, n. 5075 et s.

3833. — Jugé, en ce sens, que la clause des statuts d'une société anonyme, qui impose aux actionnaires l'obligation, avant d'introduire une action judiciaire contre la société, de soumettre préalablement leur demande à l'assemblée générale, ne s'applique pas au cas où la demande a pour objet de faire prononcer la nullité de la société. — Trib. Cahors, 31 juill. 1885, sous Agen, 19 mars 1886, Ebel et Senil, [S. 88.2.194, P. 88.1.997] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 712 et 740. — *Contrà*, les conclus. de M. l'avoc. gén. Hémar, sous Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161]

3834. — Pour le même motif, doit être considéré comme une action individuelle, l'action en nullité des délibérations qui au-

raient été prises par l'assemblée générale des actionnaires en dehors de ses pouvoirs, ou au mépris des formalités prescrites par la loi. — Bourges, 6 avr. 1892, Soc. anonyme du gaz de Saint-Amand, [S. et P. 93.2.213, D. 93.2.347] — Trib. Seine, 20 mars 1875, Oudin, [D. 75.2.161] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 762.

3835. — Spécialement jugé que, dans le cas où une assemblée générale modifie les bases essentielles de la société sans en avoir reçu le pouvoir des statuts sociaux (dans l'espèce, en adjoignant l'éclairage par l'électricité à l'éclairage au gaz qui constituait l'objet primitif de la société), la délibération ainsi prise est nulle, et que cette nullité peut être invoquée par tout actionnaire, quel que soit son intérêt dans la société. — Bourges, 6 avr. 1892, précité.

3836. — La demande en responsabilité formée par un actionnaire contre les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, soit à raison de manœuvres dolosives qui auraient amené l'actionnaire à acquérir ses actions, soit à raison de dépenses exagérées, de mauvaise direction et de dissimulation de la perte des trois quarts du capital social, n'est pas une action sociale qu'il serait interdit aux actionnaires d'intenter. — Cass., 24 mars 1903, Lion, [S. et P. 1903.1.411]

3837. — Mais cette demande est à bon droit rejetée, alors que les juges du fait, appréciant souverainement les documents et circonstances de la cause, déclarent : 1° que le demandeur ne justifie pas que les défendeurs aient trempé dans les manœuvres dolosives dont il se plaint, ou que l'emploi de ces moyens ait été la cause déterminante de son opération; 2° qu'aucun des faits articulés par lui n'est établi. — Même arrêt.

3838. — Et, pour statuer ainsi, en ce qui concerne les faits de gestion, les juges du fond n'ont pas besoin de constater que l'actionnaire demandeur en responsabilité avait assisté à toutes les assemblées, et avait voté et approuvé les propositions du conseil d'administration. — Même arrêt.

3839. — Sur la question de savoir si les actions en nullité dont il s'agit peuvent encore, à raison de leur caractère individuel, être exercées personnellement par les intéressés ou si elles ne peuvent être exercées que par les syndics en cas de faillite de la société, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 978 et s.

3840. — Le caractère individuel de l'action en nullité ne se communique point aux actes connexes. Jugé en conséquence que, si l'on peut considérer comme nulle, faute de capacité de l'acquéreur, la vente faite à une société anonyme en formation, moyennant un prix payable en numéraire, avec stipulation que cette vente, acceptée par le fondateur, est soumise à la condition suspensive de la constitution de la société et deviendra définitive par le seul fait de cette constitution, la demande en nullité de cette vente constitue une action sociale dont l'exercice n'appartient pas à des actionnaires agissant dans leur intérêt individuel. — Paris, 23 juill. 1894, Beltz-Gérand, [S. et P. 95.2.105, et la note de M. Houpin]

1° Effets du jugement d'annulation.

3841. — Quoiqu'individuelle, l'action en nullité est intentée dans l'intérêt commun. Aussi la nullité, judiciairement prononcée, existe-t-elle *ergà omnes*. Ainsi, jugé que l'arrêt qui, sur la demande du syndic d'une société anonyme en faillite, en présence du liquidateur s'en rapportant à justice, déclare cette société nulle comme irrégulièrement constituée et un banquier responsable de cette nullité, pour participation aux actes de constitution, solidairement avec les fondateurs et administrateurs de la société, a, notamment en ce qui concerne la responsabilité du banquier, l'autorité de la chose jugée à l'égard de la collectivité des actionnaires de la société, et par suite de chacun d'eux. — Cass., 6 févr. 1893, Soc. des dépôts et comptes courants, [S. et P. 96.1.114, D. 93.1.318] — V. Cass., 2 juill. 1873, Rodocanachi, [S. 73.1.306, P. 73.765, D. 74.1.49]

3842. — Mais la décision qui déclare une société par action nulle pour constitution irrégulière n'aurait pas, vis-à-vis des associés, l'autorité de la chose jugée, quant aux conséquences juridiques de cette annulation, des actes qui l'ont fait prononcer et des responsabilités des fondateurs et administrateurs. — Cass., 9 nov. 1892, Blineau, [S. et P. 93.1.361, D. 93.1.73] — Orléans, 24 juill. 1890, Labat et Rodiès, [S. 91.2.154, P. 91.1.883] — Nous reviendrons ultérieurement sur les responsabilités encourues (V. *infrà*, n. 3891 et s.) : mais il convient tout d'abord de préciser les effets directs du jugement d'annulation. Ces effets varient essentiellement, suivant que le jugement intervient avant que la société n'ait commencé à fonctionner, ou au cours de son fonctionnement.

3843. — I. *La société n'a pas encore fonctionné.* — Lorsque la société n'a pas encore commencé ses opérations au moment où l'action en nullité est exercée, le jugement prononçant la nullité produit un effet absolu, en ce sens que la société est réputée n'*avoir jamais existé* : elle est annulée aussi bien dans le passé que pour l'avenir. — Cass., 6 avr. 1853, Hédoin, [S. 53.1.618, P. 54.2.588, D. 53.1.193] ; — 10 janv. 1870, Cambon, [D. 70.1.114] — Caen, 17 juin 1852, Hédoin, [S. 53.2.138, P. 54.2.588] — Grenoble, 29 janv. 1870, Gassaud, [S. 70.2.217, P. 70.900, D. 71.2.76] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 568; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 785; Rousseau, t. 1, n. 1971; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 483.

3844. — Par suite, les tiers qui ont souscrit des actions ne peuvent être tenus d'opérer aucun versement. — Cass., 6 avr. 1853, précité. — Caen, 17 juin 1852, précité.

3845. — Réciproquement, dans le cas où les actionnaires auraient déjà opéré des versements, soit en espèces, soit en nature, ils sont en droit d'en réclamer la restitution, sauf leur contribution proportionnelle aux dépenses effectuées en vue de la constitution. — Houpin, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Floucaud-Pénardille, *loc. cit.*

3846. — Jugé à cet égard que les actionnaires d'une société en commandite par actions, nulle pour défaut de versement du quart, ont le droit de répéter les sommes par eux versées sur leurs actions, et qu'ils peuvent exercer ce droit par préférence au gérant, lorsque celui-ci a formellement attesté dans la déclaration notariée la constitution régulière de la société : que ce droit de préférence peut même être opposé au cogérant qui a été adjoint au gérant lors de la formation d'une société nouvelle, si ce cogérant a réitéré la déclaration du gérant. — Cass., 10 janv. 1870, précité.

3847. — II. *La société a fonctionné.* — Si, au contraire, la société a fonctionné au moment où l'action en nullité est exercée, il y a lieu de distinguer, quant aux effets de la nullité, les rapports des associés entre eux, les rapports des associés avec les créanciers sociaux, et enfin les rapports des créanciers personnels des associés avec les créanciers de la société.

3848. — A. *Rapports des associés entre eux.* — Dans les rapports des associés entre eux, la jurisprudence et la majorité des auteurs décident que la nullité de la société, prononcée pour inobservation des conditions de forme ou de fond prescrites par la loi du 24 juill. 1867, n'a pas d'effet rétroactif absolu ; elle n'empêche pas qu'en fait la société ait existé dans le passé, et qu'elle ne doive, au moins en principe, être liquidée comme en matière de dissolution. La liquidation doit donc être opérée d'après les statuts, et conformément aux droits et obligations qui en résultent pour les associés. — Cass., 7 févr. 1865, Bélot, [S. 65.1.235, P. 65.554, D. 65.1.289]; — 24 juill. 1867, Planat, [S. 67.1.328, P. 67.874]; — 15 nov. 1876, Salnaye, [S. 77.1.407, P. 77.1085, D. 77.1.70]; — 7 juill. 1879, Coutadeur, [S. 80.1.206, P. 80.486, D. 80.1.123]; — 3 juin 1885, Dailly, Cocheux et autres, [S. 85.1.259, P. 85.1.640, D. 86.1.25]; — 5 janv. 1886, Ve Carré, [S. 86.1.241, P. 86.1.593, D. 86.1.122]; 19 juill. 1888, Tison, [S. 91.1.59, P. 91.1.130, D. 89.1.345]; — 15 janv. 1889, Degand-Santerre, [S. 91.1.196, P. 91.1.487, D. 90.1.471]; — 15 nov. 1892, Synd. de la comp. d'assur. terr. *la Ville de Lyon*, [S. et P. 93.1.364, D. 93.1.13] — Pau, 15 nov. 1867, Montès, [S. 68.2.12, P. 68.97] — Paris, 2 juill. 1880, Sirey, [D. 80.2.226] — Lyon, 23 janv. 1884, Picard, [S. 84.2.49, P. 84.1.316, D. 84.2.153]; — 8 mai 1884, Synd. de la Banque de Lyon et de la Loire, [S. 84.2.107, P. 84.1.602, D. 84.2.219]; — Toulouse, 22 juill. 1891, [*J. des soc.*, 92.65]; — Bordeaux, 26 mai 1897, [*J. des soc.*, 98.28] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 819 et s.; Boistel, n. 358 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 193; Houpin, t. 1, n. 568; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 785; Pont, t. 2, n. 1263 ; Vavasseur, t. 1, n. 253; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 485; Rousseau, t. 1, n. 1972.

3849. — ... A la condition toutefois que la société ait été créée dans un but licite en lui-même; car, si la société était illicite, non seulement quant à sa constitution, mais aussi quant à son objet, elle serait nulle, non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé, de telle sorte que les associés n'auraient entre eux aucune action, même pour la liquidation des faits accomplis. — Cass., 10 janv. 1865, François, [S. 65.1.110, P. 65.250]

3850. — Il y a cependant quelques dissidences, et dans la doctrine plusieurs auteurs ont formulé des réserves sur cette as-

similation établie par la jurisprudence entre la nullité pour défaut de publicité et la nullité pour vice de constitution. — Voici, notamment, ce qu'écrit à cet égard M. Thaller (p. 270) : « Cette identité, entre la nullité pour vice de constitution et la nullité pour défaut de publicité, est de valeur fort discutable. Lorsque la société n'a point été publiée, l'omission des administrateurs n'empêche point qu'elle se soit formée régulièrement. Une négligence subséquente à sa création ne lui permet pas de continuer son cours. A cela près, l'application du contrat reste sauve. — Mais ici on relève un vice interne dans les statuts ou dans les actes accompagnant les statuts, un vice contemporain de la constitution. — La nullité, en bonne logique, s'attaquant à l'œuvre vive du contrat, devrait emporter la société jusque dans sa base; elle devrait rendre les statuts non avenus, quitte à la rigueur à considérer les intéressés comme ayant pratiqué entre eux une société de fait ». Au surplus, ajoute-t-on, cette solution rigoureuse est imposée par le texte même de l'art. 41, qui déclare *nulle et de nul effet* la société constituée irrégulièrement. — Bédarride, n. 156; Mathieu et Bourguignat, n. 72; Rivière, n. 68.

3851. — La thèse précédente n'a cependant pas prévalu, même en doctrine, et cela pour plusieurs raisons. Ce n'est pas seulement, comme l'affirme M. Thaller, pour des raisons de symétrie et de simplicité que la jurisprudence a cru devoir consacrer l'assimilation des deux sortes de nullités. Tout d'abord, le texte de l'art. 41 n'a pas la portée qu'on lui attribue, surtout si on le rapproche des commentaires autorisés qui en ont été donnés, soit en 1856, soit en 1867 (le texte de 67 n'étant que la reproduction de celui de 56); commentaires dans lesquels nous trouvons nettement exprimée l'idée d'une assimilation complète à établir entre la nullité pour vice de constitution et la nullité pour défaut de publicité. Nous ajouterons que cette assimilation est parfaitement rationnelle, l'une et l'autre nullité ayant quelque chose d'artificiel et d'arbitraire et ne pouvant être comparées à la nullité pour cause illicite, par exemple, qui vicie la société dans son principe même. — Pont, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

3852. — Par application du principe d'après lequel la nullité ne produit, entre les associés, d'effet que pour l'avenir, il a été jugé que les apports sociaux étant devenus la propriété de la société de fait ayant existé entre les associés, ceux-ci ne peuvent demander ou être contraints à les recevoir en nature dans l'état où ils se trouvent au moment où la nullité est prononcée; que ces apports font partie de l'actif social, qui doit être partagé conformément aux statuts sociaux. — Cass., 19 mai 1862, Defrance, [S. 62.1.825, P. 62.1086, D. 62.1.407]

3853. — ... Que lorsque la nullité d'une société a été prononcée, non à raison d'avantages particuliers et illicites accordés à des associés, mais pour vice de forme, et uniquement par le motif qu'une augmentation du capital social, avait été votée par des actionnaires ne représentant pas les trois quarts du capital social comme l'exigeaient les statuts, et que les nouveaux actionnaires, n'étant pas devenus régulièrement sociétaires, n'avaient pu être chargés de la gérance, qui, d'après les statuts sociaux, ne devait être confiée qu'à des actionnaires, les juges du fond, en annulant la société, ont pu ordonner que la liquidation se ferait, comme en cas de dissolution, en tenant compte de l'acte social et des avantages particuliers. — Cass., 15 janv. 1889, précité. — V. Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 486.

3854. — ... Que la nullité ne produisant effet que pour l'avenir, toutes les opérations accomplies pendant son existence de fait lient les parties et donnent nécessairement lieu à une liquidation et à un règlement obligatoire pour tous les associés. — Cass., 19 juill. 1888, précité.

3855. — ... Que, par suite, les obligataires d'une société civile transformée en société anonyme, qui ont échangé leurs obligations contre des actions de cette dernière, ne peuvent, au cas où elle vient à être annulée, être remis au même état qu'auparavant, c'est-à-dire être laissés comme créanciers de la société civile; qu'ils doivent être considérés comme actionnaires de la société anonyme, les actions par eux souscrites en novation de leurs créances conservant, nonobstant l'annulation de la société, leur caractère essentiel, avec les seuls droits et les seules obligations qui y sont attachées. — Cass., 19 juill. 1888, précité.

3856. — ... Que l'un des associés peut se fonder sur l'art. 1847, C. civ., et sur une clause des conventions sociales que rappelait cet article en interdisant aux associés de se livrer avec des tiers à des opérations semblables à celles faisant l'objet de l'association, pour former une demande en liquidation et règlement de compte contre son coassocié, à raison d'opérations de même nature par lui faites clandestinement avec un tiers et lui ayant rapporté des bénéfices. — Cass., 7 juill. 1879, précité.

3857. — ... Que les actionnaires sont tenus d'effectuer les versements afférents aux actions dont ils sont détenteurs, sauf leur recours contre les auteurs des faits qui ont entraîné la nullité. — Cass., 7 févr. 1865, précité; — 15 nov. 1892, précité. — Cette solution est une conséquence nécessaire du principe suivant lequel la contribution de chacun aux bénéfices et aux pertes se règle d'après les bases des statuts; mais encore faut-il qu'il y ait des pertes à solder, autrement dit des créanciers à désintéresser. Si le passif était éteint, les actionnaires pourraient se refuser à solder le non versé, si ce n'est dans le cas où ce versement aurait pour but de rétablir l'égalité entre les associés. — Houpin, t. 1, n. 527; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 486.

3858. — Il n'y a pas à distinguer, pour l'application des règles précédentes, entre les diverses causes de nullité. Il en est ainsi, notamment, non seulement du cas où les actions ont été négociées avant le versement du quart, mais encore du cas où, la totalité des actions n'ayant pas été souscrite, un certain nombre d'entre elles ont été placées par de prétendus vendeurs, qui n'étaient, en réalité, que des prête-nom soit de la société, soit du fondateur. — Cass., 15 nov. 1892, précité.

3859. — Deux situations doivent, ici, être rigoureusement distinguées : 1° Des négociations ont eu lieu *avant la constitution*, même apparente, de la société, et au mépris de la prohibition formelle inscrite dans l'art. 2 de la loi de 1867 (V. *suprà*, n. 2093 et s.). Dans cette première hypothèse, la jurisprudence et la majorité des auteurs s'accordent à considérer la négociation comme nulle : une telle négociation constitue un délit correctionnel (L. de 1867, art. 14); comment pourrait-on, dès lors, la considérer comme civilement valable? — Paris, 2 août 1883, Thaller, *J. des soc.*, 84.226; — 18 août 1884, *J. des soc.*, 85.652 — Sic *Rev. crit.*, 1883, p. 321; Beslay et Lauras, t. 5, n. 1235; Vavasseur, t. 1, n. 477; Houpin, t. 1, n. 321; Pélagaud, *J. des val. mob.*, 1883, p. 419; Rousseau, t. 1, n. 1978. — V. *suprà*, n. 2122 et s.

3860. — Toutefois, si la vente est faite *à l'émission*, les juges du fond peuvent la considérer comme la vente aléatoire d'une chance, plutôt que comme la vente du titre lui-même, et la valider comme telle. — Cass., 22 déc. 1885, Reggio, [S. 87.1.163, P. 87.1.384, D. 86.1.206]

3861. — Mais, en thèse générale, l'opération doit être envisagée comme une vente conditionnelle, subordonnée à la réalisation de l'émission. Lors donc que, par suite de l'annulation de l'émission, le vendeur a été placé dans l'impossibilité de livrer les titres à l'agent de change chargé de la vente, il ne peut exiger le prix de celui-ci, sous prétexte qu'il aurait seulement vendu le droit aux actions. — Cass., 24 nov. 1886, Soc. générale, [S. 87.1.72, P. 87.1.152, D. 87.1.228]; — 6 juill. 1887, Humbert et Cie, [S. 87.1.294, P. 87.1.729, D. 87.1.452] — Lyon, 10 févr. 1886, Bonnet, [S. 87.2.179, P. 87.1.976] — V. en ce sens, Lyon, 12 juill. 1882, *J. des soc. civ. et comm.*, 84.423. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 323.

3862. — 2° Les négociations sont intervenues, *postérieurement à la constitution apparente de la société*. — Soit une société dont le capital n'a pas été intégralement souscrit, dont tous les titres n'ont pas été libérés, etc.; une déclaration mensongère intervient, la société se constitue, régulière en apparence; puis, le vice venant à être découvert, l'annulation est prononcée. Ces négociations d'actions, émises par une société qui avait les apparences de la régularité, sont-elles entachées de nullité? L'affirmative a été soutenue par quelques rares décisions judiciaires. — Trib. Lyon, 5 janv. 1884, en sous-note sous Lyon, 23 janv. 1884, Picard, [S. 84.2.49, P. 84.1.316] — Mais elle est en opposition manifeste avec le principe d'après lequel la nullité n'a, entre associés, d'effet que pour l'avenir, et paraît aujourd'hui abandonnée.

3863. — La négative prévaut aujourd'hui sans conteste. Les négociations dont il s'agit ne sauraient être déclarées nulles, ni en vertu des dispositions de la loi du 24 juill. 1867, qui ne prohibe les négociations d'actions qu'autant qu'elles ont eu lieu avant l'accomplissement, *réel ou apparent*, des formalités constitutives (V. *suprà*, n. 2093 et s.), ... ni pour défaut d'objet, la nullité n'ayant pas d'effet rétroactif, et la société étant réputée subsister, du moins entre les actionnaires, jusqu'au jour du prononcé de sa nullité, ... ni pour erreur sur la substance de la

chose vendue, la nullité n'enlevant pas aux actions négociées les qualités qui les caractérisent, non plus que les droits qui y étaient inhérents, ... ni enfin pour vices cachés, à moins cependant que l'acheteur ne prouve qu'il ignorait la cause de nullité de la société et que le préjudice qu'il a subi provient réellement de cette nullité. — Cass., 3 juin 1885, Boucher, [S. 85.1.259, P. 85.1.640, et les conclusions de M. l'av. gén. Desjardins, D. 86.1.25]; — 3 juin 1885, Dailly, Cocheux et autres, [Ibid.]; — 9 nov. 1892 (2 arrêts), Riquet et Blineau, [S. et P. 93.1.361, D. 93.1.73] — Paris, 31 juill. 1852, Tayler, [S. 52.2.690, P. 53.1.370, D. 55.5.67] — Lyon, 23 janv. 1884, Picard, [S. 84.2.49, P. 84.1.316, D. 84.2.153]; — 8 mai 1884, Synd. et liquid. de la Banque de Lyon et de la Loire, [S. 84.2.107, P. 84.1.692, D. 84.2.299] — Paris, 28 avr. 1887, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, sous Cass., 23 déc. 1889, D. 88.2.106] — Orléans, 24 juill. 1890, Labat et Rodies, [S. 91.2.154, P. 91.1.883, D. 91.2.337] — *Sic*, Lyon-Caen, note sous Lyon, 23 janv. 1884, précité; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 787; Pont, t. 2, n. 902; Rousseau, t. 1, n. 1981; Sarrut, note sous Lyon, 23 janv. 1884, [D. 83.2.153] — Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 88; Vavasseur, t. 1, n. 475.

3864. — Reprenons successivement ces différents points. Tout d'abord, disons-nous, la nullité des négociations postérieures à la constitution apparente ne découle nullement du texte de la loi de 1867, le contexte et les travaux préparatoires de l'art. 2, démontrant péremptoirement que les négociations visées par ledit article sont celles qui interviennent au sujet de titres émis par une société dont la constitution n'est point terminée, et qui se présente au public comme une société *en voie de formation.* Mais cet article est étranger aux négociations de titres émis par une société qui a toutes les apparences, mensongères peut-être, d'une société régulière, apparences dont la sincérité ne saurait être en thèse générale suspectée par les acheteurs de titres. — Cass., 3 juin 1885, précité. — V. aussi les auteurs précités.

3865. — En termes plus précis, la nullité d'une société anonyme n'entraîne la nullité de la négociation de ses actions, qu'autant que ces titres révèlent par eux-mêmes les causes qui doivent empêcher de les négocier. Spécialement, l'annulation de la société, pour défaut de versement du quart, à raison de faits découverts postérieurement à la négociation, ne met pas obstacle à la validité de cette négociation, si, au moment où elle est effectuée, les titres sont réguliers en la forme, et si les déclarations prescrites ont eu lieu, et constatent l'accomplissement des conditions de fond requises en pareil cas, telles que le versement du quart. — Cass., 3 juin 1885 (2 arrêts), précités.

3866. — Nous disons, en second lieu, qu'il n'y a pas lieu non plus à la nullité *pour défaut d'objet* (C. civ., art. 1108 et 1601). Il serait exact de dire que les négociations sont nulles faute d'objet si la société était rétroactivement annulée, l'annulation ainsi entendue enlevant aux titres toute valeur. Mais l'argument n'est plus admissible dès l'instant que la nullité n'a d'effet que pour l'avenir et opère pour le passé comme une dissolution. Les dividendes touchés l'ont été régulièrement, les sommes dues sur les titres restent dues, en tant que les versements sont nécessaires pour parfaire la liquidation; les titres représentent donc une valeur marchande, même en présence du jugement d'annulation. — Cass., 3 juin 1885, Boucher, précité. — Lyon, 23 janv. 1884, précité; — 8 mai 1884, précité.

3867. — Et une telle vente ne peut non plus être annulée pour erreur sur la substance de la chose, la nullité de la société n'ayant pas fait perdre aux actions les qualités qui les individualisent. — Orléans, 24 juill. 1890, précité. — Paris, 28 avr. 1887, précité.

3868. — Une vente d'actions ne peut pas davantage être résolue à raison de vices cachés, au cas d'annulation ultérieure de la société, si ces actions, n'ayant jamais cessé d'assurer à leur propriétaire le bénéfice de la part d'intérêt qu'elles représentent, n'étaient conséquemment pas impropres à l'usage auquel elles étaient destinées, et si d'ailleurs les vices cachés dont était affectée la société n'ont aucunement diminué cet usage. — Paris, 28 avr. 1887, précité.

3869. — Jugé dans le même sens : 1° Qu'une telle vente ne peut être résolue pour vices cachés, si ce ne sont pas les vices cachés de la société ni les nullités, mais des cas fortuits qui ont été la cause du préjudice éprouvé par les actionnaires, en sorte que les vices cachés n'ont pu rendre les actions impropres à l'usage auquel elles étaient destinées, ni diminuer cet usage, la société ayant fonctionné exactement comme au cas d'inexistence de ces vices. — Orléans, 24 juill. 1890, précité. — V. aussi Cass., 3 juin 1885 (2 arrêts), précités.

3870. — 2° Qu'une vente d'actions ne peut, non plus, être résolue pour perte de la chose vendue, au cas d'annulation de la société, si la perte ou la ruine de celle-ci provient, non de vices cachés, c'est-à-dire de causes de nullité judiciairement constatées, mais d'événements imprévus ou de circonstances particulières qui leur sont complètement étrangères, et constituent un cas fortuit qui laisse au compte de l'acheteur la perte de la chose vendue. — Paris, 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889 (1er arrêt), précité. — V. aussi Lyon, 23 janv. et 8 mai 1884, précités.

3871. — Il en est ainsi, alors surtout que rien n'établit que les actionnaires n'auraient pas acheté d'actions ou n'auraient donné qu'un prix moindre s'ils avaient connu les irrégularités de la constitution de la société. — Cass., 3 juin 1885 (2 arrêts), précités. — Lyon, 8 mai 1884, précité. — Orléans, 24 juill. 1890, précité.

3872. — En tout cas, l'action en résolution de la vente pour vice caché n'est pas recevable, si elle n'est introduite qu'après la survenance du cas fortuit qui a été la cause du préjudice éprouvé par les actionnaires. — Orléans, 24 juill. 1890, précité.

3873. — Vainement, pour faire annuler, en vertu des art. 2 et 14, L. 24 juill. 1867, la négociation des titres, les acquéreurs se prévaudraient-ils de ce que les vendeurs auraient connu les vices qui devaient plus tard faire prononcer la nullité de la société, cette circonstance n'étant pas de nature à faire perdre aux titres leur caractère de titres négociables. — Cass., 9 nov. 1892, Riguet et Blineau, [S. et P. 93.1.361, D. 93.1.73] — Le fait relevé pouvait, sans doute, former un élément de faute qui, dans de certaines circonstances déterminées, aurait engagé la responsabilité des fondateurs; mais, par elle-même et par elle seule, elle ne pouvait conduire à faire prononcer la nullité de la vente des actions négociées. Relativement à cette vente, on reste bien et absolument dans les termes formulés par les derniers arrêts de la chambre civile : vente de titres en apparence réguliers, négociés après que les déclarations prescrites par la loi de 1867 ont été faites, ventes efficaces et valables, quelles que soient les causes de nullité qui auraient été ultérieurement découvertes, et alors même que les vendeurs en auraient eu connaissance.

3874. — En d'autres termes, il n'y a pas, en pareille matière, à se préoccuper, en ce cas, de la bonne ou mauvaise foi du vendeur. — Orléans, 24 juill. 1890, précité.

3875. — Jugé également que la nullité d'une vente d'actions, à raison du caractère fictif de la société et du dol et de la fraude, ne peut être opposée par l'acheteur qu'à son vendeur. — Orléans, 24 juill. 1890, précité.

3876. — ... Que la vente des actions ne saurait être annulée pour cause d'erreur sur la substance ou pour vice caché, quand il est constaté, en fait, qu'en achetant des actions de la société, les acquéreurs n'ont pas entendu acquérir autre chose que ce que leurs vendeurs leur ont effectivement livré; que la société a fonctionné exactement de la même manière que si elle avait été régulièrement constituée, et que sa ruine est due à des causes fortuites complètement étrangères aux irrégularités de sa constitution; que ces irrégularités n'ont diminué ni la valeur des actions, ni l'usage qu'on s'en était promis; que les acquéreurs enfin n'auraient pas donné un moindre prix des actions s'ils avaient connu dès cette époque l'existence des irrégularités qui ont fait ultérieurement prononcer la nullité de la société. — Cass., 9 nov. 1892, précité.

3877. — B. *Rapports des associés avec les créanciers sociaux.* — Aux termes de l'art. 7, les associés *ne peuvent pas opposer aux tiers la nullité de la société.* Jugé qu'une société de commerce, dont la formation n'a pas reçu la publicité prescrite par la loi, n'est pas inexistante, mais seulement entachée d'une nullité relative, laquelle n'est pas susceptible d'être opposée par les associés aux créanciers sociaux. — Cass., 5 juill. 1900, Brossard, [S. et P. 1904.1.190] — V. aussi *suprà*, n. 269. — Ce principe n'est pas expressément reproduit par l'art. 42 en ce qui concerne la société anonyme; mais la jurisprudence et la doctrine s'accordent à envisager cette règle comme l'expression d'un principe général, qui, formulé expressément par l'art. 56 pour le défaut de publicité, domine également toute la théorie des nullités pour vice de constitution, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes. La raison de décider est la même; l'ancien art. 42, C. comm. formulait le principe, et s'il n'a pas trouvé place dans l'art. 41 de la loi de 1867, c'est, de l'aveu même du rapporteur de la loi au Corps législatif, M. Mathieu, par suite

d'un oubli. — Mathieu et Bourguignat, n. 240 et s. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 781; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 488.

3878. — De l'application du principe, il résulte que si les créanciers sociaux doivent, pour l'avenir, accepter les conséquences de l'annulation prononcée, par exemple, à la requête des actionnaires, de même qu'ils devraient accepter les conséquences d'une dissolution pour justes motifs, ils ont, au contraire *pour le passé*, et suivant leur intérêt, la faculté d'opter entre les deux solutions suivantes : ou envisager la société comme ayant existé régulièrement jusqu'au jour du jugement, ou au contraire la considérer comme rétroactivement anéantie à leur égard. — Houpin, t. 1, n. 569; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 489.

3879. — Cette faculté d'option leur appartient en toute occurrence, même s'ils ont connu le vice de constitution, même si la nullité a été demandée et obtenue par les associés. — Cass., 25 févr. 1885, Faivre et Cie, [D.85.1.404] — *Sic*, Houpin, *loc. cit.*; Floucaud-Pénardille, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 581; Pont, n. 1258.

3880. — Les créanciers sociaux auront, par exemple, intérêt à faire abstraction de la nullité, afin de faire prononcer la faillite de la société qui aurait suspendu ses paiements. Quoique nulle, la société sera considérée fictivement comme existante afin de servir de support juridique à la faillite. — Cass., 3 avr. 1895, Fontbonne, [S. et P. 97.1.118, D. 95.1.443] — Paris, 5 févr. 1872, Latruffe, [S. 73.2.75, P. 73.338, D. 74.2.235]; — 21 déc. 1883, [*Rev. des soc.*, 85.19] — Lyon, 8 mai 1884, précité. — Angers, 13 avr. 1886, [*Gaz. des Trib.*, 26 mai 1886] — Trib. comm. Marseille, 26 juill. 1896, [*J. des faill.*, 96.380] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 8, n. 1141; Pic, *Faillite des sociétés*, p. 42; Thaller, *Rev. crit.*, p. 208; Boistel, n. 894; Deloison, *Soc. comm.*, n. 95; Houpin, t. 1, n. 549; Floucaud-Penardille, t. 1, n. 490; Pascaud, *De la mise en faillite des sociétés commerciales après leur annulation*. — V. aussi *suprà*, v° *Faillite*, n. 143 et s.

3881. — Ils auront au contraire intérêt à se prévaloir de la nullité pour agir en résiliation des engagements contractés par eux envers la société et réclamer en outre des dommages-intérêts de résiliation. — Houpin, t. 1, n. 569; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 490.

3882. — Mais en aucun cas, même si l'action en nullité émane des créanciers sociaux, les actionnaires ne pourront exciper contre eux de cette nullité pour se soustraire aux engagements découlant de leur qualité d'associés. Jugé en ce sens : 1° Que le droit de poursuite des créanciers, tant sur l'actif que contre les associés, peut être exercé par eux, alors même que la nullité de la société a été prononcée à leur requête et pour mettre en jeu les responsabilités édictées par les art. 8 et 42 de la loi de 1867. — Lyon, 18 mars 1884, Canavy, [D. 84.2.211]

3883. — 2° Que la nullité de la société, spécialement pour défaut de versement du quart, n'ayant pas pour effet de dégager ses débiteurs, le porteur d'actions ne saurait se prévaloir d'une telle nullité contre le syndic pour se dispenser de libérer ses titres. — Cass., 3 juill. 1885, Dailly et autres, [S. 85.1.259, P. 85.1.640, D. 86.1.25]

3884. — 3° Que le porteur d'actions, en admettant que les négociations d'actions d'une société déclarée nulle soient également frappées de nullité, ne peut opposer cette nullité à l'appel de fonds formé par le syndic de la société en faillite. — Lyon, 8 mai 1884, Dailly et autres, [S. 84.2.107, P. 84.1.602, D. 84.2.19]

3885. — Peu importe d'ailleurs que les créanciers aient connu le vice qui entraîne la nullité de la société. La nullité ne deviendrait opposable à un créancier social et spécialement au banquier de la société, qu'autant qu'il se serait rendu complice des irrégularités commises, ou qu'il serait coupable d'une faute engageant sa responsabilité dans les termes du droit commun. — Cass., 25 févr. 1885, précité.

3886. — Si les créanciers sociaux ont le droit, nonobstant la nullité, de poursuivre les actionnaires en paiement du non versé comme si la société était régulière, du moins ne sauraient-ils être admis à dénaturer le caractère de la société à l'effet de poursuivre les actionnaires au delà de leur mise. Jugé, en ce sens, qu'à l'égard des actionnaires, la nullité d'une société anonyme ne peut, quelle qu'en soit la cause, avoir pour résultat de transformer cette société en une société en nom collectif. Le contrat social doit être accepté ou répudié dans son entier; et les créanciers ne sauraient être admis à l'invoquer pour établir l'existence d'une société, et à en faire abstraction lorsqu'il s'agit de la qualifier. — Cass., 30 janv. 1893, Synd. de la soc. de la grande distillerie du Midi, [S. et P. 97.1.493, D. 93.1.224] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 786; Houpin, t. 1, n. 572; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 491.

3887. — Il n'en serait différemment que si les tiers avaient été trompés par l'apparence d'une société de fait, avec laquelle ils auraient contracté dans l'ignorance des accords tendant à limiter la responsabilité de ses membres. — Même arrêt.

3888. — En conséquence, en cas de nullité d'une société anonyme pour défaut d'authenticité de l'acte constatant la déclaration du versement du quart, l'obligation des actionnaires est limitée au versement du solde de leur souscription. — Même arrêt.

3889. — C. *Rapports des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux.* — Il est universellement admis, non seulement que les créanciers personnels d'un associé peuvent faire annuler la société pour inobservation des formalités légales (V. *suprà*, n. 3772 et s.), mais encore qu'en le faisant, ils peuvent agir à l'encontre des créanciers sociaux en leur nom propre, par une action directe et personnelle, sans qu'on puisse leur opposer les mêmes exceptions qu'à leur débiteur. — V. pour l'exposé et la justification de cette théorie, Cass., 14 nov. 1887, Synd. de l'union syndicale des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.367, D. 89.1.205] — V. aussi Cass., 25 mars 1890, Campa, [S. et P. 92.1.126, et le rapport de M. le conseiller Cotelle, D. 90.1.475] Boistel, n. 360; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 311, et *Tr. de dr. comm.*, t. 2, n. 228; Houpin, t. 1, n. 226; Vavasseur, *Tr. des sociétés*, t. 1, n. 200, et t. 2, n. 1031.

3890. — Jugé en ce sens que l'action en nullité d'une société pour inobservation des formes prescrites par la loi appartient à tous les intéressés, notamment aux créanciers personnels d'un associé, lesquels peuvent se faire payer sur les sommes revenant à leur débiteur, sans être tenus d'attendre le résultat de la liquidation, ni de subir l'exercice d'un droit de préférence des créanciers sociaux. — Cass., 7 août 1893, Tremlett, [S. et P. 94.1.260] — V. pour plus de développements, sur ce principe, applicable à la nullité pour défaut de publicité comme à la nullité pour vice de constitution, *suprà*, n. 280 et s.

§ 2. *Responsabilités civiles encourues à raison du vice de constitution de la société.*

3891. — Les actions en responsabilité sont le corollaire logique de l'action en nullité. D'une part, en effet, l'annulation de la société est de nature à causer un préjudice grave à diverses catégories de personnes, associés ou tiers, et il est juste que ceux auxquels ce préjudice est imputable soient condamnés à le réparer; d'autre part, il est à supposer que la gravité même de ces responsabilités donnera à réfléchir aux fondateurs d'une société par actions, et les incitera à se conformer scrupuleusement aux prescriptions légales.

3892. — La mise en œuvre de ces responsabilités se heurte toutefois à un grave écueil, à savoir l'énormité même du préjudice. Mieux vaut parfois, pour les parties lésées, obtenir une condamnation relativement faible, mais susceptible d'une prompte exécution, qu'une condamnation à des dommages énormes, qui jamais ne pourront être recouvrés, soit à raison de l'insuffisance des ressources des parties condamnées, soit à raison des droits d'enregistrement considérables dont la partie gagnante devra faire l'avance au Trésor, soit enfin, à cause des facilités de dénaturation des fortunes offertes actuellement aux débiteurs peu scrupuleux (V. Thaller, n. 445). Ainsi s'expliquent les modifications apportées à notre législation dans ces dernières années, modifications tendant à limiter précisément la responsabilité, afin de la rendre plus efficace.

3893. — L'action en responsabilité présente certains caractères distinctifs, communs à tous les types de sociétés par actions. Par contre, la détermination des personnes responsables varie, suivant qu'il s'agit de commandite par actions ou de société anonyme.

1° *Personnes responsables à raison de l'irrégularité de la société, et mesure de la responsabilité encourue.*

3894. — I. *De la commandite par actions.* — Aux termes de l'art. 8, les personnes qui peuvent être déclarées responsables des irrégularités commises lors de la constitution d'une société en commandite par actions sont : 1° les membres du premier conseil de surveillance; 2° le gérant de la société; 3° enfin, les

apporteurs en nature et les actionnaires particulièrement avantagés.

3895. — Ces différentes personnes ne sont responsables, en vertu de l'art. 8, que des vices de constitution de la société. Jugé, à cet égard, sous l'empire de la loi du 17 juill. 1856, que les membres du conseil de surveillance qui continuent leurs fonctions alors qu'elles ont légalement pris fin, n'encourent, soit à raison de ce fait, soit à raison des fautes par eux commises pendant la durée de leur mandat, que la responsabilité du droit commun, et non la responsabilité solidaire qui était édictée par l'art. 7 de ladite loi de 1856, pour le cas où la société est déclarée nulle comme ayant été constituée en violation des prescriptions de cette loi. — Lyon, 24 juin 1871, Courbon, Monnier et autres, [S. 72.2.94, P. 72.468, D. 71.2.188] — Houpin, t. 1, n. 577; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 992; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 525.

3896. — D'autre part, le premier conseil de surveillance peut seul être déclaré responsable de la nullité de la société et du dommage qui en est la conséquence : les conseils de surveillance ultérieurement nommés ne sont pas chargés de vérifier si la société a été régulièrement constituée, et, par suite, leur responsabilité ne saurait être engagée à défaut de cette vérification. — Houpin, t. 1, n. 580; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 525. — *Contrà*, Bouvier-Bangillon, p. 109.

3897. — Cependant, si les conseils de surveillance avaient connu en fait la nullité de la société et s'ils avaient gardé le silence à cet égard, ils pourraient être déclarés responsables, aux termes du droit commun et en vertu de l'art. 9 de la loi de 1867. — Houpin, *loc. cit.* — V. Cass., 4 juin 1883, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 84.1.113, P. 84.1.252, D. 83.1.385]

3898. — A. *Membres du premier conseil de surveillance.* — La responsabilité édictée par l'art. 8, et antérieurement par l'art. 7 de la loi du 17 juill. 1856, contre les membres du premier conseil de surveillance, pour le cas où ils auraient laissé fonctionner la société viciée dans sa constitution, n'est pas la conséquence nécessaire de ce fonctionnement. Elle dépend, tant pour son existence que pour son étendue, des circonstances de la cause abandonnées à l'appréciation souveraine des juges du fait, et, notamment, de la question de savoir : 1° si l'omission, de la part de ces membres, de signaler l'infraction commise, doit leur être imputée à faute; 2° si c'est cette infraction qui est la cause du préjudice éprouvé par la société ou par les tiers. — Cass., 8 mars 1876, Liquid. du Comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051, D. 77.1.168] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 994; Pont, t. 2, n. 1305; Vavasseur, t. 1, n. 675; Houpin, t. 1, n. 591; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 525. — Sur les applications de ce principe, V. *infrà*, n. 4720 et s.

3899. — B. *Gérant de la société.* — La responsabilité du gérant est facultative comme celle des membres du conseil de surveillance. Elle implique une faute de sa part et elle ne peut être prononcée qu'autant qu'il y a un préjudice résultant directement de cette faute. Les juges du fond ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation. — Cass., 18 déc. 1867, Fauché, [S. 68.1.145, P. 68.353] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 595; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 524.

3900. — Mais cette responsabilité est principale par rapport à celle des membres du conseil de surveillance : ceux-ci sont donc fondés, s'ils ont été déclarés responsables, à exercer un recours contre le gérant, auteur principal des vices de constitution de la société. — Alauzet, t. 2, n. 478; Bédarride, n. 107; Rivière, n. 84; Vavasseur, t. 1, n. 678; Houpin, t. 1, n. 598; Ledru, *Conseil de surveillance*, n. 60; Rousseau, t. 1, n. 2026.

3901. — ... A moins cependant que ces commissaires de surveillance ne soient en même temps des apporteurs en nature, et qu'ils aient omis de faire vérifier leurs apports, auquel cas leur responsabilité devient principale, et ne les autorise pas à recourir contre le gérant. — Vavasseur, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

3902. — Le gérant n'est d'ailleurs responsable, en vertu de l'art. 8, que vis-à-vis des actionnaires. Sa responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux se confond avec son obligation solidaire au paiement de dettes sociales. En d'autres termes « dans la société en commandite, la responsabilité du gérant (envers les créanciers) est celle du droit commun. Le gérant étant responsable, en cette qualité, de l'intégralité du passif social (V. *suprà*, n. 1769 et s.), la responsabilité qui découle pour lui de la nullité se confond avec celle que lui imposent ses fonctions ». — Rousseau, t. 1, n. 2026. — V. aussi, Houpin, t. 1, n. 595, Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 524.

3903. — Jugé, en ce sens, que le refus, par un jugement ou arrêt, de prononcer une condamnation solidaire contre le gérant d'une société en commandite poursuivi avec des commanditaires à raison d'une prétendue immixtion de ceux-ci, est suffisamment justifié par le motif que cette condamnation est sans utilité, attendu que ledit gérant est, aux termes de l'art. 23, C. comm., tenu pour le tout des dettes sociales, et qu'en fait tous les autres défendeurs, avec lesquels la solidarité du gérant pourrait être prononcée, sont exonérés de toute responsabilité. — Cass., 9 juill. 1891, Hacquard, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173]

3904. — C. *Apporteurs en nature et actionnaires avantagés.* — Malgré les expressions dont se sert le deuxième alinéa de l'art. 8, les apporteurs en nature et les actionnaires avantagés n'encourent pas la même responsabilité que le gérant et les membres du premier conseil de surveillance. Ils ne sont pas responsables des vices de constitution de la société. Leur responsabilité, d'ailleurs facultative, n'est engagée qu'autant qu'ils n'ont pas fait vérifier et approuver leurs apports en nature ou les avantages à eux concédés. — Mathieu et Bourguignat, n. 82; Alauzet, t. 2, n. 474; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 995; Vavasseur, t. 1, n. 680; Rousseau, t. 1, n. 2027.

3905. — Peu importe, à cet égard, que ces apporteurs en nature ou ces actionnaires avantagés aient pris une part active à la fondation de la société. La loi de 1867, qui, ainsi que nous le verrons, déclare les fondateurs de sociétés anonymes responsables de la nullité, ne mentionne même pas les fondateurs des sociétés en commandite; elle considère sans doute que le véritable fondateur, ici, est le gérant et que la participation des autres associés à la fondation n'est que subsidiaire. — Houpin, t. 1, n. 579; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 528.

3906. — Quant aux membres de la commission chargés de présenter un rapport à la deuxième assemblée de vérification des apports en nature et des avantages particuliers, ils ne sont responsables qu'en cas de dol ou de faute lourde de leur part. — Paris, 27 déc. 1883, Léoni et autres, [D. 85.2.222] — Angers, 19 mai 1891, Soc. Talvande, [D. 92.2.81, et la note de M. Boistel] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 596; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 994.

3907. — Dans le cas où la loi déclare le gérant, les fondateurs ou le conseil de surveillance responsables de la nullité envers les actionnaires, les juges du fait, auxquels il appartient de déterminer, par appréciation de la faute, l'importance de la réparation due (V. *suprà*, v° *Dommages-intérêts*, n. 256), peuvent décider souverainement qu'elle consistera dans le remboursement, non de la valeur nominale des actions, mais seulement de leur prix d'achat avec intérêts du jour de la demande et non du jour du paiement du prix. — Cass., 14 août 1872, Besinge et autres, [S. 73.1.215, P. 73.519, D. 72.1.395]

3908. — Les personnes énumérées ci-dessus sont en principe les seules qui soient responsables des vices de constitution de la société. Jugé à cet égard que, bien que l'irrégularité commise ait consisté dans le défaut de nomination d'un conseil de surveillance, et que cette violation de la loi ait été une des causes qui ont contribué à la ruine de la société en favorisant les malversations du gérant, néanmoins les actionnaires ne peuvent être tenus au delà de leur mise des pertes subies par les créanciers de la société tombée en faillite. — Amiens, 16 janv. 1875, Synd. Cungniez, [S. 75.2.193, P. 75.800, et la note de M. Bourguignat, D. 77.2.57]

3909. — Cependant les actionnaires pourraient être déclarés responsables, conformément au droit commun de l'art. 1382, C. civ., si, par leurs agissements lors de la constitution de la société, ils avaient causé préjudice à autrui (V. *infrà*, n. 3969). Spécialement, l'actionnaire qui s'est libéré du montant des actions par lui souscrites dans une société en commandite, au moyen d'une compensation avec sa créance contre une ancienne société, dont la nouvelle, fondée en apparence pour faire la banque, avait en réalité pour but d'assurer la liquidation, peut, au cas où celle-ci est annulée, être déclaré responsable, comme les gérants ou fondateurs, vis-à-vis des autres actionnaires, jusqu'à concurrence des sommes que ceux-ci justifient avoir payées pour l'acquisition de leurs titres. — Cass., 6 juill. 1870, Guébin et autres, [S. 71.1.80, P. 71.211, D. 71.1.13] — Paris, 5 août 1869, Bezinge et Vanin, [S. 70.2.33, P. 70.202]

3910. — II. *Dans la société anonyme.* — L'art. 42 de la loi

de 1867 déterminait en ces termes les personnes responsables et la mesure de leur responsabilité : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont *responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires*. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24 ».

3911. — Cet article, en tant qu'il règle la *mesure* de la responsabilité des personnes responsables de la nullité, a été profondément modifié par l'art. 5 de la loi de 1893, ainsi conçu : — « Dans le § 1 de l'art. 42, aux mots « responsables solidairement envers les tiers sans préjudice du droit des actionnaires », sont substitués les termes suivants : « *responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du préjudice résultant de cette annulation* ». — Au même article on a ajouté le paragraphe suivant : « L'action en nullité et celle en responsabilité en résultant sont soumises aux dispositions de l'art. 8 ci-dessus ».

3912. — La loi de 1893, en un certain sens, a aggravé la responsabilité édictée par la loi de 1867, en ce qu'elle a étendu à la responsabilité envers les actionnaires, la solidarité, édictée par la loi antérieure, à la responsabilité envers les tiers. Mais elle en a, d'autre part, limité notablement l'étendue, en appliquant à la responsabilité envers les tiers le principe antérieurement admis au regard des actionnaires, à savoir que la condamnation prononcée doit se limiter au préjudice résultant de l'annulation, alors que, d'après l'interprétation qui avait prévalu en jurisprudence, les fondateurs étaient, en cas d'annulation, responsables envers les tiers *de tout le passif social*.

3913. — Une autre innovation importante consiste dans la suppression du caractère perpétuel de l'action en responsabilité. Celle-ci, comme l'action en nullité dont elle dérive, se prescrit par dix ans. Elle disparaît également, avant l'expiration du délai de dix ans, lorsque la nullité est effacée par l'accomplissement tardif des formalités légales, sous une réserve importante toutefois, c'est que trois ans se soient écoulés depuis le jour où la nullité a été encourue.

3914. — A. *Personnes responsables de la nullité.* — L'art. 42 ne déclare responsables de la nullité de la société que les fondateurs, les administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue et, sous certaines conditions, les associés dont les apports et avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés conformément à la loi. Il faut ajouter à cette énumération les tiers qui ont participé à la constitution irrégulière de la société.

3915. — Ces différentes personnes ne sont responsables de la nullité de la société qu'autant que cette nullité est prononcée pour infractions aux art. 1 à 4 et 22 à 25 de la loi de 1867. — Orléans, 28 juill. 1887, Chabrier du Goll, [S. 90.2.42, P. 90.1.231, D. 88.2.258]

3916. — En dehors de l'hypothèse visée par l'art. 42, la responsabilité solidaire n'est encourue, par les administrateurs et fondateurs, que dans les termes du droit commun, et notamment, en cas d'indivisibilité de la faute (C. civ., art. 1382). — Orléans, 28 juill. 1887, précité.

3917. — En conséquence, il n'y a pas lieu à l'application de cette disposition lorsque la société est déclarée non existante, faute d'accord entre les apporteurs et les fondateurs, c'est-à-dire entre les parties intéressées elles-mêmes, sur la chose faisant l'objet de la convention, sans qu'il y ait eu intention de faire fraude à la loi. — Orléans, 28 juill. 1887, précité. — V. Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 530.

3918. — D'autre part, il ne peut y avoir responsabilité qu'autant que la société est *entachée de nullité*. Jugé, en ce sens, qu'une demande en responsabilité contre les fondateurs et administrateurs, exclusivement fondée sur la constitution irrégulière d'une société, qu'elle invoque soit la loi des sociétés, soit le droit commun, est implicitement rejetée par la décision refusant de prononcer cette nullité, la constitution étant déclarée régulière. — Cass., 13 févr. 1894, De Fontaine, [S. et P. 94.1.121, D. 94.1.165] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 220; Pont, t. 2, n. 1279; Houpin, t. 1, n. 575.

3919. — Ce lien étroit entre les deux actions en nullité et en responsabilité n'a pas disparu depuis la loi de 1893. Sans doute, il est un cas où, d'après la loi de 1893, l'action en responsabilité survit à l'action en nullité : c'est le cas où moins de trois ans se sont écoulés depuis la constitution irrégulière de la société, et où le vice initial se trouverait couvert par l'accomplissement tardif des formalités légales. Mais même en ce cas, la solidarité des deux actions subsiste, en ce sens que, bien que la nullité ne puisse plus être prononcée, le demandeur en responsabilité devra préalablement établir que le vice a existé, et que, sans cette régularisation *ex post facto*, la société aurait dû être annulée.

3920. — Il convient également d'observer que, si les fondateurs et premiers administrateurs d'une société anonyme déclarée nulle sont solidairement responsables à l'égard des tiers de tout le passif social (depuis la loi de 1893, du préjudice résultant de l'annulation de la société), les actionnaires sont eux-mêmes responsables de ce passif jusqu'à concurrence du montant de leurs actions, la responsabilité des fondateurs et administrateurs n'étant engagée qu'autant que le capital actions est insuffisant pour faire face au passif. — Paris, 28 nov. 1887, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, sous Cass., 23 déc. 1889, D. 88.2.105]

3921. — En conséquence, une action simultanée compétent aux tiers et au liquidateur à la fois contre les fondateurs et premiers administrateurs, et contre les porteurs d'actions non entièrement libérées, le liquidateur peut poursuivre celui des débiteurs qu'il lui convient de choisir, sans être tenu de diriger son action contre les fondateurs et administrateurs à l'exclusion des actionnaires. — Même arrêt.

3922. — Et les fondateurs et administrateurs, condamnés personnellement à éteindre le passif de la société déclarée nulle, ont une action récursoire contre les actionnaires jusqu'à concurrence de ce dont ceux-ci seraient débiteurs sur le montant de leurs actions. — Même arrêt. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 896 *bis*.

3923. — Telle était du moins la règle avant la loi de 1893; mais il en va différemment depuis la promulgation de celle-ci. Effectivement, la responsabilité des fondateurs envers les tiers ne pouvant plus être mise en jeu que dans les termes du droit commun (la solidarité exceptée), c'est-à-dire en présence d'une faute et d'un préjudice causé aux demandeurs par cette faute, les actionnaires auront en thèse générale la ressource d'opposer à l'action récursoire des fondateurs une exception tirée d'un préjudice qu'eux-mêmes auraient éprouvé, et de la réparation qui leur est due de ce chef par les fondateurs, conformément à l'art. 42 nouveau. — Sur la mesure de la responsabilité tant envers les actionnaires qu'envers les tiers, V. *infrà*, n. 3977 et s.

3924. — a) *Fondateurs de la société.* — Le législateur de 1867 n'a pas cru nécessaire ou opportun de définir ce terme, mais les travaux préparatoires contiennent à cet égard des indications assez précises. C'est ainsi que, dans l'exposé des motifs de la loi de 1863 (à laquelle a été emprunté l'art. 42), nous lisons le passage suivant : « ... Une société, surtout une société nombreuse, ne se forme pas par le consentement spontané de tous ses membres. L'idée première appartient toujours à une ou plusieurs personnes qui, après l'avoir mûrie, cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions. Elles fondent véritablement la société. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. *Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second.* Un individu qui, par son savoir, parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou d'industriels, à former une société à laquelle il resterait étranger, ne serait qu'un intermédiaire, un agent. On ne pourrait lui donner le titre de fondateur ». — Tripier, *Loi de 1863*, p. 27.

3925. — En d'autres termes, deux conditions doivent être réunies pour faire attribuer à une personne quelconque la qualité de *fondateur*, avec les responsabilités qu'elle comporte : 1° avoir coopéré activement à la création de l'entreprise; 2° en faire partie ostensiblement comme associé. — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 505. — L'application rigoureuse de cette règle a paru excessive à la jurisprudence et à la majorité des auteurs, qui, tout en considérant que la qualité de fondateur est généralement liée à celle d'associé, reconnaissent cependant aux tribunaux la faculté de considérer comme des fondateurs des personnes qui, au vu et au su de tous, ont pris une part prépondérante à la formation de la société sans cependant souscrire aucun titre. Cette jurisprudence a paru indispensable pour prévenir une fraude trop facile des fondateurs qui, au lieu de souscrire eux-mêmes, auraient fait souscrire les titres par des hommes de paille et au-

raient eu ainsi un moyen commode de se soustraire aux responsabilités légales.

3926. — Jugé, en ce sens, que l'on doit considérer comme fondateurs, dans le sens légal du mot, tous ceux qui ont contribué personnellement à la constitution de la société, soit qu'ils aient eux-mêmes conçu et créé l'entreprise, soit qu'ils aient coopéré par leurs agissements à son organisation et à sa mise en marche. — Cass., 19 oct. 1886, Brouillat, [S. 86.1.472, P. 86.1.1160, D. 87.1.344] — 10 janv. 1887, De Loynes et Pitois, [S. 87.1.374, P. 87.1.917, D. 89.1.68]; — 9 avr. 1888, Fessard-Dayras, [S. 88.1.207, P. 88.1.506, D. 89.1.245] — Douai, 15 avr. 1897, Pelloni, [S. et P. 98.2.8]; — 6 mars 1900, Davéro, et autres, [S. et P. 1902.2.236, D. 1901.2.207] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 793; Houpin, t. 1, n. 466 et 583; Percerou, *Fondateurs des soc. anon.*, p. 10; De Murait, *Fondation des soc. anon.*, p. 38; Pont, t. 2, n. 1127; Vavasseur, t. 2, n. 831; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, p. 242; Rousseau, t. 1, n. 2001; Thaller, p. 276.

3927. — Spécialement, c'est à bon droit qu'est considéré comme fondateur d'une société anonyme, responsable à ce titre envers les créanciers sociaux de la nullité de la société pour défaut de versement du quart, celui qui a pris une part active aux actes préliminaires de la constitution de ladite société, notamment... en préparant les statuts... en versant des fonds par anticipation pour l'achat du matériel d'exploitation... en sollicitant et obtenant des souscriptions... en convoquant les actionnaires pour la première assemblée générale à son domicile... et en se faisant ensuite conférer le mandat d'administrateur par cette première assemblée. — Cass., 19 oct. 1886, précité.

3928. — Il en est de même des associés qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, et qui, sans avoir été eux-mêmes les promoteurs de l'entreprise, ont prêté leur concours aux agissements de ceux-ci, en consentant sciemment à devenir leurs comparses, et à jouer le rôle de souscripteurs fondateurs, et qui ont, ainsi, pris une part active à l'œuvre commune de fraude. — Cass., 9 avr. 1888, précité.

3929. — Pareillement, le titre de fondateur appartient au souscripteur d'actions, qui, après avoir signé le dépôt, chez un notaire, des statuts, a laissé figurer son nom dans ces statuts, et s'y est fait attribuer des actions d'apport. — Douai, 15 avr. 1897, précité.

3930. — ... Ou à l'actionnaire qui, étant du nombre de ceux qui ont eu la première idée de la société, a signé les statuts, alors même qu'il ne figurait pas au nombre des signataires du procès-verbal de la première assemblée générale. — Douai, 6 mars 1900, précité.

3931. — Il a été jugé, dans le même sens, que la qualité de fondateur d'une société, dans les termes de l'art. 42, L. 24 juill. 1867, peut résulter d'autres actes que de la souscription d'actions au moment où cette société se forme; ainsi, doit être considéré comme fondateur, bien qu'il ne figure pas en nom sur les publications légales, celui qui a participé à la création de la société, qui a concouru à en dresser les détails, qui a sollicité et obtenu des souscriptions, qui, en un mot, a réalisé l'organisation du corps social et sa mise en activité. — Poitiers, 26 juin 1893, sous Cass., 23 janv. 1895, Coupillaud, [S. et P. 96.1.387, D. 95.1.173]

3932. — La qualité de fondateur d'une société anonyme, et la responsabilité solidaire qui en dérive relativement au passif, s'appliquent également aux associés qui n'ont pas comparu en personne à l'acte de constitution de la société, mais y ont été représentés par un mandataire qui, tant en son nom qu'au nom de ses mandants, a déclaré dans cet acte, contrairement à la vérité, que chacun des actionnaires avait versé le quart au moins de sa souscription. Dans ce cas, les fondateurs, s'en étant rapportés au mandataire, doivent subir les conséquences des fausses déclarations passées en leur nom. — Cass., 10 janv. 1887, précité.

3933. — Par contre, dès lors qu'une personne n'a pas contribué directement à la constitution de la société, elle ne saurait être qualifiée de fondateur. Jugé en ce sens : Qu'on ne saurait considérer comme fondateurs que ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées d'actionnaires et font appel aux capitaux. Cette qualification ne saurait, notamment, être étendue aux membres de la première assemblée générale, encore bien qu'ils aient coopéré aux actes qui ont été la base de la création de la société : ils ne peuvent, dès lors, être déclarés responsables de toutes les dettes sociales, mais seulement des conséquences de leurs fautes personnelles. — Paris, 28 mai 1869, Soc. de créd. gén. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.336, D. 69.2.144]

3934. — Qu'un associé, comme souscripteur d'actions libérées d'une société en commandite, à laquelle une société anonyme a été ultérieurement substituée, ne peut être déclaré fondateur de cette dernière société, par cela seul que, personnellement ou par procuration, il a pris part à la délibération qui a créé ladite société. En conséquence, il ne saurait être déclaré responsable, envers les tiers, du passif social, en cas de nullité de la société pour défaut de versement du quart. — Cass., 10 févr. 1885, Aubergier, [S. 87.1.299, P. 87.1.738, D. 85.1.355]

3935. — Que l'unique circonstance de la vente à la société, par un souscripteur d'actions, des mines exploitées par elle, ne saurait suffire à elle seule pour lui imprimer la qualité de fondateur. — Aix, 13 août 1860, Lhuillier, [S. 61.2.147, P. 61.746, D. 60.2.223]

3936. — ... Que la circonstance qu'après l'assemblée générale des actionnaires, constitutive d'une société anonyme, une personne a acquis la part indivise de l'apport de l'un des fondateurs, ne suffit pas à lui faire attribuer cette qualité de fondateur, alors qu'en fait elle est demeurée complètement étrangère aux actes qui ont précédé la fondation de la société et à ceux qui l'ont constituée, et qu'elle n'a jamais participé à son administration. — Cass., 21 juin 1890, Garrisson et consorts, [S. et P. 92.1.501, D. 91.1.270] — Douai, 6 mars 1900, précité. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 583; Ruben de Couder, n. 247.

3937. — ... Que des actionnaires ne sauraient être considérés comme des fondateurs, dans les termes de l'art. 7, § 2, L. 17 juill. 1856, pouvant, à ce titre, être déclarés solidairement responsables avec le gérant, par cela seul que, postérieurement aux statuts, ils auraient fait avec celui-ci des arrangements particuliers pour acquitter, autrement qu'en numéraire, le montant des actions par eux souscrites. — Amiens, 16 janv. 1875, Synd. Caugniez, [S. 75.2.193, P. 75.800, et la note de M. Bourguignat, D. 77.2.57]

3938. — En conséquence, les actionnaires de cette sorte ne peuvent être tenus collectivement et solidairement, à titre de dommages-intérêts, des pertes subies par les créanciers d'une commandite par actions, tombée en faillite, encore que ces pertes devraient être attribuées à ce que le gérant n'a pas été surveillé dans sa gestion, par le conseil dont la nomination était exigée par la loi. — Même arrêt.

3939. — La responsabilité des fondateurs n'est pas non plus encourue par les simples actionnaires qui n'ont figuré dans l'acte social que par mandataire, et qui n'ont pas participé aux faits ayant entraîné la nullité de la société. — Bordeaux, 9 mars 1874, sous Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue et autres, [S. 79.1.361, P. 79.873]

3940. — C'est d'ailleurs aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement si telle personne doit ou non être qualifiée de fondateur. — Cass., 9 avr. 1888 (motifs), Dayras et Fessard, [S. 88.1.207, P. 88.1.506, D. 89.1.245]; — 13 juill. 1893, Comp. gén. des phosphates et engrais, [S. et P. 94.1.261] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 793; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 406. — Ainsi, est souveraine, comme reposant sur des appréciations de fait, la décision judiciaire qui fait résulter la qualité de fondateur d'une société, pour des personnes déterminées, soit de leurs propres déclarations, soit de leurs actes. — Cass., 10 nov. 1897, Messimy, Jacquand et autres, [S. et P. 97.1.505]

3941. — Jugé, également, que l'on ne saurait déclarer responsable des faits ayant vicié la constitution de la société, celui qui n'a jamais été, d'après les circonstances de fait souverainement appréciées par les juges du fond, fondateur de ladite société. — Cass., 19 juill. 1893, Portal, [S. et P. 94.1.24, D. 94.1.158]

3942. — Les fondateurs de la société sont responsables des conséquences de la nullité, alors même qu'ils auraient été de bonne foi et n'auraient pas connu les vices dont la société était entachée. La loi, en effet, n'a pas voulu seulement frapper la mauvaise foi et la connivence des fondateurs et administrateurs; elle a voulu également assurer de leur part une vérification sérieuse de l'accomplissement des conditions qu'elle avait prescrites. Par suite, la responsabilité du fondateur de la société n'en est pas moins encourue, s'il s'est contenté de s'en rapporter à ses collègues, alors surtout que, s'il avait rempli son devoir,

la fraude eût été facilement découverte. — Lyon, 9 févr. 1883, Savary, Duplay et autres, [D. 83.2.113] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 583; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 510.

3943. — Jugé cependant, en sens contraire, que si le titre de fondateur d'une société anonyme appartient au souscripteur d'actions, qui, après avoir signé le dépôt, chez un notaire, des statuts, a laissé figurer son nom dans ces statuts et s'y est fait attribuer des actions d'apport, cependant ce fondateur n'est pas responsable envers les actionnaires du préjudice résultant de l'annulation, lorsqu'il n'a pris aucune part aux irrégularités qui ont motivé l'annulation de la société. — Douai, 15 avr. 1897, Pelloni, [S. et P. 98.2.8]

3944. — ... Qu'un fondateur peut se soustraire à la responsabilité légale en prouvant qu'il lui a été absolument impossible de découvrir la fraude. Ainsi ne saurait être considéré comme un fondateur, auquel la nullité de la société est imputable dans les termes de l'art. 42, L. 24 juill. 1867, celui qui n'a assumé d'autre fonction que celle de simple actionnaire dans les opérations constitutives de la société, et qui, même eût-il été fondateur, a été étranger à la fraude ayant donné lieu à l'annulation de la société, sans avoir eu la possibilité de découvrir cette fraude, commise par d'autres. — Cass., 30 janv. 1893, Synd. de la soc. de la grande distillerie du Midi, [S. et P. 97.1.493, D. 93.1.224]

3945. — Les plus expresses réserves nous paraissent devoir être formulées sur cette jurisprudence indulgente, qui cadre mal avec le caractère impératif et absolu des prescriptions légales. On fait remarquer, toutefois, à l'encontre de ces solutions, qu'il est illogique d'admettre les fondateurs à se dégager, en excipant d'une bonne foi invincible (dont la preuve sera toujours fort délicate), de la responsabilité que leur impose la loi, alors que les premiers administrateurs, auxquels on ne saurait reprocher aucun fait personnel (V. *infrà*, n. 2954) sont considérés comme responsables. Ces derniers cependant méritent une égale indulgence. — V. Houpin, *loc. cit.*

3946. — En tout cas, les fondateurs déclarés responsables ne sont pas recevables, devant la Cour de cassation, à critiquer de leur chef personnel la disposition exonérant leurs coassociés de toute responsabilité, s'il n'y a pas eu, à cet égard, contestation liée judiciairement entre eux et leurs coassociés. — Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue, [S. 76.1.361, P. 76.873, D. 77.1.49]

3947. — De même, les fondateurs déclarés responsables sont non recevables à critiquer la disposition en question comme exerçant les droits des créanciers de la société, n'étant pas les ayants-cause de ces derniers. — Même arrêt.

3948. — Le fondateur déclaré responsable comme ayant participé activement à l'organisation de la société, comme ayant ratifié les fausses déclarations relatives au versement du quart des actions et comme ayant accepté les fonctions de directeur, etc., est à bon droit débouté de la demande en garantie par lui formée contre les autres fondateurs, sous prétexte que la nullité de la société résulterait uniquement du fait de ces derniers. — Même arrêt.

3949. — b) *Administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue.* — Il paraît incontestable que les premiers administrateurs sont responsables lorsqu'ils ont été nommés par les statuts sociaux, conformément à l'art. 25, § 3, de la loi de 1867. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 794; Houpin, t. 1, n. 584; Pont, n. 1293; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 507. — Les administrateurs statutaires, en effet, sont visés nommément par l'article, attendu que, puisant leur mandat dans les statuts eux-mêmes, ils sont bien en fonctions au moment où la nullité est encourue, et qu'au surplus ils se confondront généralement avec les fondateurs.

3950. — Quant aux administrateurs nommés par l'assemblée constitutive de la société, il y a controverse. Dans un premier système, on soutient qu'ils ne sauraient encourir aucune responsabilité à raison des vices de constitution de la société. En effet, dit-on, ces administrateurs n'ont commis aucune faute : ce n'est pas à eux, mais à l'assemblée constitutive, que la loi de 1867, dans son art. 24, § 2, impose l'obligation de vérifier l'accomplissement des conditions légales, et, d'autre part, ils n'ont pas pu veiller à ces conditions, puisque leur nomination a lieu à un moment où ces conditions ont dû être remplies. — Montpellier, 5 févr. 1880, [*J. des soc.*, 80.193] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 759; Deloison, t. 2, n. 463; Mathieu et Bourguignat, n. 243; Pont, t. 2, n. 1293; Vavasseur, t. 2, n. 834; Lescœur, *Législ. des soc. comm.*, n. 303; Villard, *Des attributions et de la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*, p. 108.

3951. — La responsabilité des administrateurs ne saurait être engagée qu'ultérieurement, à raison des irrégularités commises lors des modifications aux statuts, lesquelles peuvent en bonne justice leur être imputées. — Même arrêt et auteurs.

3952. — D'après un second système, au contraire, qui a prévalu en jurisprudence, les administrateurs nommés par l'assemblée constitutive sont responsables au même titre que les administrateurs nommés par les statuts sociaux. La seule condition requise par notre article pour que les administrateurs soient responsables, c'est qu'ils soient en fonctions au moment où la nullité est encourue : c'est-à-dire après la nomination des administrateurs par l'assemblée constitutive.

3953. — Ces administrateurs sont donc responsables de la nullité : notre article considère qu'ils n'auraient dû accepter leurs fonctions qu'après avoir vérifié l'accomplissement des conditions prescrites par la loi, et qu'ils ont commis une faute en ne procédant pas à cette vérification. — Cass., 27 janv. 1873, Synd. Copin, [S. 73.1.163, P. 73.383, D. 73.1.331]; — 13 mars 1876, précité; — 8 juill. 1885, Hirvoix et autres, [S. 85.1.494, P. 85.1.1173, D. 85.1.104]; — 8 nov. 1886, Gavini, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, et la note de M. Labbé, D. 87.1.9]; — 9 juin 1891, Duc Decazes, [S. 91.1.1210, P. 91.1.1239, D. 91.1.361] — Paris, 28 mai 1869, Soc. de créd. gén. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335, D. 69.2.145]; — 13 janv. 1882, Synd. de la Soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, D. 83.2.73]; — 27 déc. 1883, [D. 85.2.223] — Lyon, 9 févr. 1883, Savary, [D. 83.2.113] — Poitiers, 26 juill. 1886, sous Cass., 9 avr. 1888, Dayres et Fessard, [S. 88.1.207, P. 88.1.506, D. 89.1.245] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 794; Boistel, n. 315; Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 794; Thaller, n. 448; Ruben de Couder, v° *Société anonyme*, n. 450; Houpin, t. 1, n. 584; Rousseau, t. 1, n. 2007; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 507.

3954. — La responsabilité solidaire, édictée contre les administrtaeurs par l'art. 42 de la loi de 1867, vis-à-vis des tiers, existe par le seul fait qu'ils avaient accepté la qualité d'administrateurs et qu'ils étaient en fonctions au moment où la nullité de la société a été encourue. Il n'est point nécessaire d'établir à leur charge une faute autre que celle d'avoir accepté le titre et les fonctions d'administrateur, sans s'être assurés que les prescriptions de la loi, pour la constitution de la société, avaient été rigoureusement et sincèrement remplies. — Cass., 8 nov. 1886, Gavini, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, et la note de M. Labbé, D. 87.1.9]; — 9 juin 1891, précité. — Sur la distinction entre l'action sociale, fondée sur l'art. 42, L. 24 juill. 1867, et l'action individuelle des créanciers, fondée sur les art. 1382 et 1383, V. *infrà*, n. 5075 et s.

3955. — D'ailleurs, la circonstance qu'un administrateur avait accepté le titre sans être souscripteur ou propriétaire d'actions de la société ne l'affranchit pas de la responsabilité (sol. impl.). — Cass., 8 nov. 1886, précité. — Paris, 10 juill. 1885, sous Cass., 8 nov. 1886, précité. — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1626; Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 178.

3956. — Jugé cependant qu'un administrateur peut être exonéré de la responsabilité qui lui incombe, en prouvant qu'il a ignoré les irrégularités de la société, et que les seuls et véritables auteurs de la fraude sont les fondateurs. — Toulouse, 28 nov. 1883, [*Rev. des soc.*, 84.322]

3957. — D'autre part, la responsabilité de l'administrateur en fonctions au moment où la nullité de la société est encourue se trouve engagée sans qu'il y ait lieu de rechercher si, au moment où se sont produites son acceptation et son entrée en fonctions, il avait le nombre d'actions suffisant pour faire partie du conseil d'administration ou si ce nombre n'a été complété qu'ultérieurement, l'administrateur ne pouvant arguer d'une telle irrégularité, qu'il aurait à s'imputer à lui-même, pour se décharger d'une responsabilité qui lui incombe comme conséquence de ses actes personnels. — Paris, 10 juill. 1885, sous Cass., 8 nov. 1886, précité; — 8 août 1889, sous Cass., 9 juin 1891, précité. — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1626; Houpin, t. 1, n. 427. — Sur le nombre d'actions nécessaire pour être nommé administrateur d'une société anonyme, V. *suprà*, n. 3598 et s.

3958. — Mais l'actionnaire appelé à faire partie, en qualité d'administrateur, du premier conseil d'administration d'une société anonyme, n'est pas responsable de la nullité de la société, dans les termes de l'art. 42 de la loi de 1867, s'il n'a pas accepté

sa nomination, et a donné sa démission dès qu'il en a eu connaissance. — Paris, 7 avr. 1887, Sauvalle, synd. de la Soc. de carrossage du matériel d'agriculture et de transport, [S. 90.2.238, P. 90.1.339, D. 89.2.41] — V. note de M. Labbé, *in fine*, sous Cass., 8 nov. 1886, précité.

3959. — Par contre, le président honoraire du conseil d'administration de la société, qui a joint à ce titre honorifique la qualité, même gratuite, d'administrateur et en a exercé les fonctions d'une manière réelle et effective, peut à bon droit être déclaré responsable de la nullité de la société s'il exerçait ses fonctions d'administrateur au moment où la nullité a été encourue. En tout cas, les constatations de fait sur lesquelles cette décision s'appuie sont souveraines et échappent à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 13 nov. 1876, Nicolas et Alphonse Cézard, [S. 78.1.201, P. 78.510, D. 78.1.6]

3960. — Si les premiers administrateurs sont responsables de la nullité de la société, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils ont eté nommés par les statuts ou par l'assemblée constitutive, il en est autrement des administrateurs qui n'ont pris aucune part à la fondation de la société et qui n'ont été nommés que postérieurement : ces administrateurs ne sauraient être responsables des faits qui ont vicié la constitution de la société. — Paris, 28 mai 1869, Soc. de créd. ind. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335, D. 69.2.145] ; — 7 avr. 1887, précité ; — 14 avr. 1892, De Goldschmidt, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.347] — Nîmes, 21 janv. 1881, Chabrol, [D. 81.2.126] — V. Houpin, t. 1, n. 584.

3961. — Spécialement, lorsqu'une société en commandite, entachée de nullité pour défaut de souscription intégrale du capital social et pour défaut de versement du quart sur les actions est transformée en société anonyme, cette société anonyme est également nulle. Mais les fondateurs et premiers administrateurs de la société anonyme transformée ne sauraient être déclarés responsables, dans les termes de l'art. 4, L. 24 juill. 1867, de la nullité de la société, lorsque cette nullité provient exclusivement du vice originaire de la société en commandite, que la société anonyme avait pour but de continuer. — Cass., 12 mars 1888, Payen, [S. 89.1.304, P. 89.1.746, D. 88.1.407]

3962. — Ils ne sauraient être déclarés responsables que des actes dolosifs dont ils se seraient rendus coupables, ou complices. — Paris, 5 déc. 1887, [*J. des soc.*, 88.352] — V. Houpin, t. 1, n. 584.

3963. — c) *Associés dont les apports en nature et les avantages particuliers n'ont pas été vérifiés.* — L'art. 42, § 2, qui établit la responsabilité de ces associés, ne s'applique que dans le cas où la vérification des apports en nature et des avantages particuliers est prescrite à peine de nullité. Si, au contraire, la société a été formée exclusivement entre apporteurs en nature, de telle sorte qu'il n'y ait lieu de procéder à aucune vérification, les apporteurs ne sont responsables qu'en vertu du droit commun envers les cessionnaires de leurs actions d'apport, même au cas où la valeur de ces apports aurait été sciemment exagérée. — Paris, 13 févr. 1882, Soc. d'irrigation du Haut-Gurdiana, [D. 83.2.161] — Sur la responsabilité des apporteurs en nature et des actionnaires particulièremnnt avantagés dans les sociétés en commandite par actions, V. *suprà*, n. 3904. — Sur la vérification des apports en nature et des avantages particuliers, V. *suprà*, n. 3312 et s.

3964. — La responsabilité des apporteurs en nature et des actionnaires particulièrement avantagés diffère, en premier lieu, de celle des fondateurs et premiers administrateurs, en ce qu'elle n'est encourue qu'autant que la nullité de la société provient du défaut de vérification des apports en nature et des avantages particuliers. Si la nullité provient de toute autre irrégularité, défaut de souscription intégrale, absence de déclaration notariée, etc., les apporteurs n'ayant pas eu à en vérifier l'accomplissement (à moins qu'ils ne soient, en même temps fondateurs), n'en sauraient répondre. — Houpin, t. 1, n. 585; Rousseau, t. 1, n. 2011 ; Thaller, p. 277; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 523.

3965. — Elle en diffère en second lieu en ce qu'elle est facultative pour le tribunal. Il peut se faire en effet que, malgré les efforts des apporteurs en nature, la vérification prescrite par la loi n'ait pas été opérée par la faute des fondateurs de la société; leur responsabilité manquerait alors de base légale. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 791 ; Mathieu et Bourguignat, n. 82; Pont, t. 2, n. 1292; Houpin, t. 1, n. 585 et 604.

3966. — La loi ne dit rien des *commissaires-vérificateurs* qui ont pu être désignés par la première assemblée générale, pour examiner les apports et en contrôler la valeur (V. *suprà*, n. 3394 et s.). Mais il est de toute évidence qu'ils peuvent être déclarés solidairement responsables de la nullité, avec les fondateurs, administrateurs et apporteurs, s'ils ont purement et simplement signé, sans en contrôler les chiffres, un projet de rapport préparé ou inspiré par les fondateurs, et à plus forte raison, s'ils ont sciemment coopéré à une majoration frauduleuse des apports ou avantages (sans préjudice des pénalités auxquelles ils s'exposent en ce dernier cas). — Cass., 9 avr. 1888, Davras et Fessard, [S. 88.1.207, P. 88.1.506, D. 89.1.245]; — 3 janv. 1900, [*J. des soc.*, 1900, 264] — Poitiers, 26 juill. 1886, [*J. des soc.*, 90.294] — Angers, 19 mai 1891, Soc. Tevarde, [D. 92.2.81, et la note de M. Boistel] — *Sic*, Bonfils, *Rev. crit.*, 1889, p. 370 ; Houpin, t. 1, n. 586; Rousseau, t. 1, n. 2011. — V. cependant, pour le premier cas (simple négligence), Amiens, 24 déc. 1886, [*Rev. des soc.*, 87.305] — Percerou, p. 17.

3967. — d) *Tiers ayant participé à la constitution irrégulière de la société.* — Les tiers qui ont participé personnellement et publiquement à la constitution de la société doivent être considérés comme des fondateurs et soumis comme tels à la responsabilité édictée par l'art. 42. — V. *suprà*, n. 3926.

3968. — Il en serait de même du banquier qui aurait pris une part décisive à la constitution d'un syndicat d'émission, et à toutes les opérations constitutives, alors même qu'il aurait eu la précaution de se dissimuler derrière des comparses, des souscripteurs fictifs, si d'ailleurs sa coopération active à la fondation de la société s'est révélée ultérieurement. — Thaller, p. 276.

3969. — Mais, alors même que le concours qu'ils ont apporté à la constitution de la société ne serait pas réputé suffisant pour leur faire attribuer cette qualité de fondateurs, ces tiers peuvent néanmoins être déclarés responsables, soit comme complices des infractions commises par les fondateurs et en vertu de l'art. 55, C. pén., soit en dehors de toute poursuite correctionnelle, comme coupables d'un délit civil dans les termes de l'art. 1382, C. civ. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 797 ; Houpin, t. 1, n. 588-3°. — V. *suprà*, n. 3909.

3970. — Ainsi, lorsque le juge du fait, par une appréciation souveraine échappant au contrôle de la Cour de cassation, constate, d'une part, que la faillite ou la ruine d'une société anonyme et, par suite, la perte des actions de cette société, ont été causées par le défaut de versement du premier quart, et, d'autre part, qu'un banquier, par des manœuvres communes aux fondateurs et administrateurs de la société, notamment en déclarant faussement qu'il a reçu pour le compte de la société le versement intégral du premier quart, a facilité la constitution apparente et fictive de la société et trompé les porteurs d'actions sur la valeur des titres par eux acquis, c'est à bon droit que le banquier est condamné à garantir les actionnaires des condamnations par eux encourues à raison de la possession de leurs actions. — Cass., 16 mai 1892, Soc. des dép. et comptes cour., [S. et P. 96.1.286, D. 92.1.348]; — 6 févr. 1893, Même partie, [S. et P. *ibid.*, D. 93.1.263]

3971. — En pareil cas, la condamnation à des dommages-intérêts doit être prononcée solidairement contre le banquier et les administrateurs, auteurs de fautes communes dont l'effet n'est pas susceptible d'être apprécié divisément. — Mêmes arrêts. — Sur la solidarité en matière de fautes, V. *suprà*, v° *Responsabilité*, n. 1110 et s.

3972. — Jugé de même, sous l'empire de la loi de 1867, que le banquier qui s'est associé, dans les mêmes conditions, aux agissements frauduleux des fondateurs, encourt comme ceux-ci la responsabilité solidaire du passif social. — Cass., 21 oct. 1890, Soc. des dép. et comptes cour., [S. 91.1.193, P. 91.1.481, et la note de M. Labbé, D. 91.1.77]

3973. — Mais ne saurait être considéré comme promoteur ou fondateur occulte de la société, responsable à ce titre comme les tiers (souscripteurs d'obligations), celui qui s'est borné à coopérer à la création en fournissant aux fondateurs véritables son concours financier pour les frais de publicité et autres, alors d'ailleurs qu'il est resté complètement étranger à l'acte constitutif et à la formation du capital social. — Paris, 16 juin 1899, [*Gaz. Pal.*, 1900.1.312]

3974. — e) *Commissaires de surveillance.* — A la différence des membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions, les commissaires de surveillance des sociétés anonymes ne sont pas chargés de vérifier l'accomplissement des conditions constitutives prescrites par la loi. L'art. 24 de la loi

de 1867 a chargé l'assemblée générale des actionnaires de procéder à cette vérification, et, par suite, les commissaires de surveillance ne sauraient être déclarés responsables, en vertu de l'art. 42, de la nullité résultant des vices de constitution de la société. — Cass., 4 juin 1883, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 84.1.113, P. 84.1.252, D. 83.1.385] — Orléans, 15 févr. 1888, [J. des soc., 89.213] — Sic, Houpin, t. 1, n. 587; Rousseau, t. 1, n. 2015.

3975. — Mais leur responsabilité peut se trouver engagée en vertu des principes généraux du mandat, ou par application de l'art. 1382. C'est ainsi qu'un commissaire de surveillance pourrait être déclaré responsable de la nullité de la société, comme complice des fondateurs, s'il avait participé à la constitution irrégulière de la société en affirmant avoir versé le quart des actions par lui souscrites, alors qu'il savait n'en être pas propriétaire et que d'ailleurs le versement annoncé n'avait pas été effectué. — Paris, 27 déc. 1883, Léoni, Coblenz et autres, [D. 85.2.222]

3976. — Jugé même que les commissaires de surveillance, ayant pour obligation d'éclairer les actionnaires sur la situation de la société, sont tenus en vertu du droit commun et sous leur responsabilité de contrôler les déclarations des fondateurs et de se préoccuper de la régularité de la constitution de la société, comme de la manière dont elle est administrée. — Paris, 14 nov. 1880, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 82.2.17, P. 82.2.104, D. 83.1.385]

3977. — B. *Mesure de la responsabilité encourue.* — Sous l'empire de la loi de 1867, la jurisprudence, interprétant le texte de l'art. 42, déterminait l'étendue de la responsabilité des fondateurs, administrateurs et autres, au moyen d'une distinction essentielle entre les actionnaires et les tiers.

3978. — *Vis-à-vis des actionnaires,* la jurisprudence appliquait le droit commun, tel qu'il résultait, soit des principes généraux du mandat, soit de l'art. 1382 sur la responsabilité délictuelle. Elle décidait en conséquence que ces différentes personnes n'étaient responsables au regard des actionnaires que du préjudice directement causé par la nullité; elle exigeait en d'autres termes qu'il y eût une relation de cause à effet entre la nullité de la société et le dommage subi par les actionnaires. — Cass., 30 déc. 1872, Cézard, [S. 73.1.165, P. 73.387, D. 73.1.133]; — 2 juill. 1873, Rodocanachi, [S. 73.1.306, P. 73.365, D. 74.1.49]; — 3 juin 1885, Dailly, [S. 85.1.259, P. 85.1.640, D. 86.1.25]; — 23 déc. 1889, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 90.1.169]; — 9 nov. 1892, Riguet et Blineau, [S. et P. 93.1.361, D. 93.1.73]; — 19 juill. 1893, Coustain et Comp. gén. des engrais et phosph. du Sud-Ouest, [S. et P. 94.1.261, D. 94.1.158] — Paris, 13 janv. 1882, Synd. de la soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, et la note de M. Lyon-Caen, D. 83.2.73]; — 28 avr. 1887, Labat, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, sous Cass., 23 déc. 1889, D. 89.2.105]; — Orléans, 24 juill. 1890, Labat et Rodies, [S. 91.2.154, P. 91.1.883, D. 91.2.337] — Paris, 14 avr. 1892, De Goldschmidt, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.347] — *Sic,* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 796; Houpin, t. 1, n. 600; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 513; Pont, n. 1308; Vavasseur, n. 849.

3979. — *Vis-à-vis des tiers,* au contraire, il y avait controverse, du moins en doctrine. Une fraction importante de celle-ci estimait que la responsabilité des fondateurs et autres au regard des tiers devait s'apprécier d'après les mêmes principes. On invoquait en ce sens le caractère équivoque du texte qui, dans le doute, devait s'interpréter en faveur du droit commun plutôt que dans un sens contraire à tous les principes généraux, puisqu'elle ne tendait à rien moins qu'à transformer les administrateurs d'une société anonyme en associés en nom collectif, responsables de tout le passif social, et ce, contrairement à la charte fondamentale de cette catégorie de sociétés. — Duvergier, *Collect. des lois,* 1863, p. 387; Romiguière, *Comment. de la loi sur les sociétés à responsab. limitée,* n. 159 et 169; Mathieu et Bourguignat, n. 244; Bédarride, n. 479; Alauzet, t. 2, n. 760; Sourdat, *Tr. gén. de la responsab.,* 5e éd., t. 2, n. 1250; Boistel, n. 316; Pont, t. 2, n. 1306 et 1307; Vavasseur, t. 2, n. 846; Dutruc, *Dict. du content. commerc.,* t. 2, v° *Société,* n. [illegible]; Lescœur, *Essai hist. et crit. de la législ. des sociétés commerc.,* n. 303; Villard, *Des administr. des sociétés anon.,* n. 46.

3980. — Mais cette thèse n'avait pas prévalu dans la pratique, et une jurisprudence unanime décidait que la responsabilité des fondateurs, administrateurs et autres n'était plus seulement limitée au préjudice résultant pour ces tiers de la nullité de la société, mais qu'elle était *absolue* et sans réserve. En d'autres termes, d'après cette jurisprudence, les personnes responsables de la nullité se substituaient à l'être moral qui, par leur faute ou leur négligence, n'avait pas d'existence légale, et, à ce titre, elles étaient obligées ***in infinitum*** au *paiement intégral du passif social,* comme des associés en nom collectif. — Cass., 27 janv. 1873, Syndic Gopin, [P. 73.383, D. 73.1.331]; — 13 mars 1876, Peyrelongue, [S. 76.1.361, P. 76.873, D. 77.1.49]; — 13 nov. 1876, Nicolas et Alph. Cézard, [S. 78.1.201, P. 78.510, D. 78.1.6]; — 25 févr. 1879, Grumbach et autres, [S. 81.1.461, P. 81.1187, D. 80.1.20]; — 8 juill. 1885, Hirvoix, [S. 85.1.494, P. 85.1.1173, D. 86.1.104]; — 21 oct. 1890, Soc. de dép. et comptes cour., [S. 91.1.193, P. 91.1.481, et la note de M. Labbé, D. 91.1.77]; — 9 juin 1891, Duc Decazes, [S. 91.1.501, P. 91.1.1239, D. 92.1.361]; — 30 janv. 1893, Bossugue, [S. et P. 97.1.493, D. 93.1.224]; — 23 janv. 1895, Coupillaud, [S. et P. 96.1.287, D. 95.1.173] — Paris, 28 mai 1869, Soc. de créd. gén. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335, D. 69.2.145]; — 13 janv. 1882, Synd. Soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, et la note de M. Ch. Lyon-Caen, D. 83.2.73] — Paris, 27 déc. 1883, Léoni, Coblentz, [D. 85.2.223]; — Poitiers, 28 juill. 1886, Dayras et Fessard, sous Cass., 9 avr. 1888, [S. 88.1.207, P. 88.1.506, D. 89.1.245] — Toulouse, 23 mars 1887, Fages, [D. 87.2.235] — Paris, 28 avr. 1887, Labat, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, sous Cass., 23 déc. 1889, D. 89.2.105]; — 14 juin 1888, Leguay et Parent, [D. 90.2.321, et la note de M. Levillain] — Lyon, 9 févr. 1883, Savary, [D. 83.2.115] — *Sic,* Choppard, *Respons. des fond. et admin. des soc. anon.* (*Rev. crit.,* 1878, p. 65); Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 796; Lebée, *Ann. de dr. comm.,* 1886, 2e p., p. 97; Rivière, n. 274; Rousseau, t. 1, n. 2007; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.,* n. 450; Houpin, t. 1, n. 599; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 511; Thaller, p. 579.

3981. — ... Sans qu'il fût nécessaire d'établir l'existence d'un rapport de cause à effet entre la nullité et le préjudice éprouvé par les demandeurs en nullité, c'est-à-dire de démontrer que les pertes subies par la société avaient eu pour cause initiale l'inobservation des formalités légales. Ainsi que le fait remarquer M. Thaller, « solidairement responsables, cela veut dire, dans la terminologie des sociétés : associés tenus au passif sans limites sur leurs biens, associés en nom collectif ». — Mêmes arrêts (motifs), et auteurs.

3982. — D'ailleurs, ajoutait-on en ce sens, en décidant que les fondateurs étaient « responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires », les rédacteurs de l'art. 42 ont clairement marqué leur intention de faire peser sur les personnes auxquelles la nullité est imputable une responsabilité plus lourde, dans leurs rapports avec les tiers que dans leurs rapports avec les actionnaires. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 796.

3983. — Jugé, conformément au principe de la responsabilité *in infinitum* : que les fondateurs d'une société à responsabilité limitée (loi de 1863) et les premiers administrateurs nommés par l'assemblée générale sont solidairement responsables de la nullité résultant du défaut du versement du quart du capital avant la constitution de la société. — Paris, 28 mai 1869, précité. — V. aussi Cass., 21 oct. 1890, précité.

3984. — Qu'en cas de nullité d'une société anonyme pour défaut de souscription de la totalité du capital social ou de versement par chaque actionnaire du quart sur les actions par lui souscrites, les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue sont solidairement responsables envers les tiers du passif social, sans qu'il soit nécessaire d'établir contre eux une faute personnelle et par le seul fait qu'ils ont accepté le titre et les fonctions d'administrateur sans s'être suffisamment assurés que toutes les prescriptions de la loi avaient été rigoureusement et sincèrement remplies. — Cass., 9 juin 1891, précité.

3985. — ... Qu'en conséquence, cette responsabilité solidaire est encourue lorsqu'il est constaté par le juge du fait, dont les appréciations à cet égard sont souveraines, soit que le capital n'a pas été souscrit, la plupart des souscriptions étant fictives, et la liste présentée au notaire par le fondateur comprenant en grand nombre des employés de ce dernier, dont plusieurs notoirement insolvables avaient signé en blanc des feuilles de souscription et ignoraient même la quantité d'actions par eux souscrites. — Même arrêt.

3986. — ... Soit que le versement du quart n'a pas été réellement effectué, le compte d'avances ouvert au nom des souscripteurs par le banquier de la société et le crédit ouvert par le même à la société elle-même n'étant que des passations d'écritures destinées à faire croire à un versement qui n'avait pas eu lieu, et la société n'ayant jamais eu à sa disposition les sommes portées à son crédit sur les livres du banquier. — Même arrêt.

3987. — ... Qu'en cas de nullité d'une société anonyme pour défaut d'authenticité de l'acte constatant la déclaration du versement du quart, nullité donnant lieu à l'application de l'art. 42, ancien, de la loi du 24 juill. 1867, les fondateurs, administrateurs, et faiseurs d'apports non vérifiés sont solidairement responsables de la totalité du passif social. — Cass., 30 janv. 1893, précité.

3988. — La responsabilité solidaire qui, au cas où la nullité de la société a été prononcée pour inobservation des formalités constitutives, est édictée par l'art. 25, L. 23 mai 1863, contre les fondateurs et contre les administrateurs alors en fonctions, produit ses effets au regard de ces derniers du jour même où ces fonctions ont commencé, et non du jour seulement où la cause de la nullité a pris naissance; et dès lors, ils peuvent être déclarés responsables du passif social à compter de la première époque. — Cass., 13 nov. 1876, précité.

3989. — En ce qui touche les fondateurs, cette responsabilité est perpétuelle comme le titre auquel elle est attachée; en conséquence, un administrateur, encore qu'il ait cessé ses fonctions avant l'annulation de la société, peut être déclaré responsable des dettes sociales même postérieures à sa retraite, si à cette qualité, il joignait celle de fondateur de la société. — Même arrêt.

3990. — En d'autres termes, la condamnation qui atteint les fondateurs de la société annulée pour vice de constitution ne saurait être limitée aux dettes contractées antérieurement à l'époque où ils ont donné leur démission d'administrateurs; elle s'étend même aux opérations postérieures à cette démission. — Cass., 27 janv. 1873, précité. — V. cependant Paris, 28 mai 1869, précité.

3991. — Au surplus, les administrateurs d'une société à responsabilité limitée nommés dans la première assemblée générale à la suite des déclarations inexactes faites par les fondateurs quant à la formation du capital social, sont, comme se trouvant en fonctions au moment de la constitution vicieuse de la société, responsables envers les tiers, solidairement avec les fondateurs, de toutes les dettes sociales (sauf déduction de l'actif), et non pas seulement du préjudice que ces tiers auraient pu éprouver par suite du défaut de versement. — Cass., 27 janv. 1873, précité.

3992. — Quoi qu'il en soit, lorsque la société se trouve viciée par une irrégularité relative à sa transformation, à la modification de ses statuts ou à l'augmentation de son capital, les administrateurs alors en fonctions doivent seuls être déclarés responsables, à l'exclusion de ceux qui avaient cessé leurs fonctions, fussent-ils fondateurs.

3993. — Certains arrêts, poussant jusqu'à ses dernières conséquences logiques le principe de l'assimilation des administrateurs à des associés en nom collectif, sont allés jusqu'à admettre que ces administrateurs seraient, comme les gérants d'une société en nom collectif, passibles de la faillite. Jugé en ce sens que, lorsqu'une société anonyme a été déclarée nulle, et que ses administrateurs ont été condamnés solidairement au paiement des dettes sociales, celui des administrateurs qui n'a exécuté aucun des engagements sociaux ainsi mis à sa charge, et qui a fait de la gestion des affaires sociales (qui étaient commerciales) sa profession habituelle, peut être déclaré en faillite. — Cass., 19 févr. 1884, De l'Aubespine-Sully, [S. 85.1.263, P. 85.1.647, et le rapport de M. le conseiller Demangeat] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, p. 75, n. 848 *bis*. — V. aussi Douai, 28 déc. 1885, [*J. des soc.*, 87.298] — Trib. Angers, 13 avr. 1886, [*Rev. soc.*, 86.469] — *Contrà*, Caen, 9 mai 1877, [*Rev. de Caen*, 77.2.30] — Ruben de Couder, v° *Commerçant*, n. 19-29.

3994. — Quelque rigoureuse et injuste qu'elle fût, puisqu'elle ne tendait à rien moins qu'à dénaturer absolument le caractère de la société, à transformer une société anonyme en société de personnes et des administrateurs en gérants, cette solution était rigoureusement logique, étant donné le point de départ de la jurisprudence. Mais le point de départ lui-même était contestable, puisqu'il reposait sur une interprétation d'article en somme équivoque, et que, de deux interprétations possibles, les tribunaux avaient, contrairement aux principes, opté pour une interprétation qui s'écartait du droit commun, et qui, de plus, dénaturait le caractère des conventions intervenues. La thèse de la jurisprudence avait un autre tort grave, qui était d'écarter de l'administration des sociétés anonymes les personnes honorables, par crainte des responsabilités exorbitantes auxquelles elles s'exposaient, et de faire passer trop fréquemment ces fonctions délicates aux mains d'hommes de paille sans honorabilité et sans surface, peu gênés par des responsabilités théoriques qui, vu leur insolvabilité, ne pouvaient pratiquement les atteindre.

3995. — Telles sont les conditions qui ont déterminé le législateur de 1893 à supprimer toute différence entre les tiers et les actionnaires, en décidant dans son art. 5 que les fondateurs, administrateurs et autres seraient responsables solidairement *envers les tiers et les actionnaires* du dommage résultant de l'annulation de la société. Il y a donc lieu aujourd'hui d'appliquer à l'égard des tiers les mêmes solutions par lesquelles la jurisprudence déterminait antérieurement l'étendue de la responsabilité à l'égard des actionnaires. — Cass., 18 mars 1895, Duquenne-Stopin, [S. et P. 96.1.287, D. 95.1.497, et la note de M. Boistel] — Toulouse, 4 juin 1895, [*J. des soc.*, 96.353] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 600; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 44; Rousseau, t. 1, n. 2033. — V. *suprà*, n. 3978.

3996. — Ainsi jugé à l'égard des actionnaires, par des décisions qui aujourd'hui sont également applicables à l'égard des tiers, que la responsabilité des fondateurs, administrateurs et autres n'est encourue qu'autant que le préjudice subi provient directement des causes mêmes qui ont vicié la constitution de la société, et seulement dans les limites de ce préjudice. En d'autres termes, fondateurs et autres ne sont tenus vis-à-vis des actionnaires (et, depuis 1893, vis-à-vis des tiers eux-mêmes), que conformément au droit commun, c'est-à-dire qu'autant qu'il est établi par eux que le préjudice qu'ils ont subi est le résultat direct, et non pas seulement occasionnel, de la nullité de la société. — V. la série des arrêts cités *suprà*, n. 3978. — V. en particulier, Cass., 8 juill. 1885, 23 déc. 1889, 9 nov. 1892, 15 juill. 1893, 18 mars 1895, précités. — Paris, 14 avr. 1892, précité. — Douai, 7 févr. 1895, [*J. des soc.*, 95.323] — Toulouse, 4 juin 1895, [*J. des soc.*, 96.353] — Paris, 19 juin 1895, [*Rev. des soc.*, 95.476]

3997. — Le principe qui désormais domine toute la théorie des responsabilités est donc le suivant. Les juges du fond, saisis d'une action en responsabilité consécutive à l'annulation de la société pour vice de constitution, doivent dans chaque espèce, rechercher quelle est la cause efficiente du préjudice dont réparation est demandée. En effet, l'entrée dans une société nulle n'est pas par elle-même une opération préjudiciable, puisque, malgré les vices de sa constitution, la société peut fonctionner et produire des bénéfices. Les administrateurs ne sauraient davantage être atteints par les art. 1991 et 1992, C. civ., qui supposent que le mandataire a commis une faute préjudiciable au mandant. En admettant même que des fautes aient été commises par les administrateurs dans l'accomplissement de leur mission, on ne saurait les en rendre responsables, puisque la cause directe et immédiate des pertes subies ne provient pas de l'entrée dans la société. En réalité, toutes ces causes de responsabilité se confondent, et, si la ruine de la société est due à la force majeure, il n'est pas permis d'en faire retomber la responsabilité sur les fondateurs et les membres du premier conseil d'administration. — V. aussi concl. de M. l'avocat général Desjardins, sous Cass., 23 déc. 1889, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775 et la note]

3998. — Jugé, par application du principe posé ci-dessus : que lorsqu'une société anonyme a été déclarée nulle pour défaut de versement du quart sur chaque action, les fondateurs de la société ne sauraient être déclarés responsables si, le versement du quart ayant été ultérieurement effectué, le désastre de la société ne provient pas de la privation momentanée de cette fraction de son capital, mais de pertes qui sont dues à des faits de direction ou de gestion. — Lyon, 9 févr. 1883, Savary, Duplay et autres, [D. 83.2.115] — V. aussi Paris, 28 avr. 1887, précité.

3999. — ... Qu'en conséquence, cette responsabilité n'est pas engagée lorsque la ruine de la société provient, non des irrégularités de la constitution, mais de causes tout à fait étrangères à ces irrégularités. — Paris, 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889 (1er arrêt), précité.

4000. — ... Que la demande en responsabilité intentée contre les fondateurs est à bon droit rejetée, lorsqu'il est constaté, non seulement que les fautes reprochées par les actionnaires aux fondateurs d'une société n'ont pas été la cause des pertes subies, mais encore que les demandeurs n'ont pas établi que leur entrée dans la société ait été déterminée, soit par l'ignorance où ils auraient été tenus des vices de la société, soit par des manœuvres dolosives qui les auraient déterminés à donner le prix moyennant lequel ils ont acquis leurs actions. — Cass., 9 nov. 1892, précité.

4001. — ... Que lorsqu'une société est annulée par le motif que le rapport sur les apports en nature n'a été présenté que par un seul commissaire, alors que deux avaient été désignés à cet effet, cette nullité n'entraîne aucune responsabilité à la charge des fondateurs et administrateurs, alors que la situation de la société n'aurait pas été meilleure si la société avait été valablement constituée; qu'il en est ainsi, par exemple, dans le cas où, la société ayant été fondée pour la recherche des gisements de houille, les sondages ont été négatifs, et que les actionnaires, n'ayant rien à gagner à la prolongation de la durée de la société, n'ont rien perdu par suite de son annulation. — Douai, 7 févr. 1895, [*Rev. des soc.*, 95.288]

4002. — ... Que les fondateurs et administrateurs ne sauraient être déclarés responsables des pertes subies par la société, alors qu'il s'agit de nullité de pure forme, n'ayant exercé aucune influence directe sur les pertes dont il s'agit; qu'il en est ainsi dans le cas où, la société ayant régulièrement fonctionné pendant plus de trois ans, le désastre de l'entreprise paraît provenir uniquement de causes antérieures, telles que les pertes subies dans la faillite d'un banquier, l'insuffisance du capital, la mauvaise gestion des administrateurs. — Douai, 5 mars 1900, Davério, [S. et P. 1902.2.236, D. 1901.2.207]

4003. — ... Qu'il n'y a de la part de ces fondateurs et administrateurs aucune faute au regard des souscripteurs à une augmentation de capital, qui, sachant que la réalisation du capital antérieur avait été simulée par des jeux d'écritures et qu'il devait en être de même pour le versement du premier quart du capital nouveau, ont, dans ces conditions illégales, qu'on ne leur avait point cachées, adhéré à la société, et consenti, par conséquent, à en assumer les risques. — Cass., 18 mars 1895, précité.

4004. — Il en est ainsi même au regard de l'actionnaire dont la souscription a eu lieu par un mandataire à qui les fondateurs avaient révélé ces irrégularités, cette connaissance donnée au mandataire étant réputée l'avoir été au mandant lui-même. — Même arrêt.

4005. — Et, la matière étant commerciale, les juges du fait ne sont pas tenus de se baser sur une preuve écrite de l'étendue du mandat conféré à ce mandataire. — Même arrêt.

4006. — Le tiers auquel l'actionnaire a cédé ses titres après la souscription est d'ailleurs passible des mêmes exceptions que l'actionnaire lui-même. — Même arrêt. — Sur les exceptions que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire en matière de cession de droits corporels, V. *suprà*, v° *Cession de créances et autres droits incorporels*, n. 359 et s.

4007. — De ce que l'annulation de la société n'entraîne pas nécessairement la responsabilité des fondateurs et administrateurs, il suit que l'arrêt qui apprécie la conduite de ces derniers au seul point de vue de la constitution de la société, et qui n'a rien décidé quant aux responsabilités qui devaient en dériver à l'égard des actionnaires, ne peut, relativement à ce dernier point, être considéré comme ayant l'autorité de la chose jugée. — Cass., 9 nov. 1892, précité.

4008. — La responsabilité des fondateurs et administrateurs est encourue au contraire lorsque le préjudice subi, soit par les actionnaires, soit par les tiers, a sa cause dans les irrégularités qui ont vicié la constitution de la société. — Il en est ainsi notamment dans le cas où l'actionnaire, demandeur en indemnité, justifie avoir acheté les titres sur la foi des déclarations mensongères par eux faites quant au versement du quart. — Cass., 30 déc. 1872, Cézard, [S. 73.1.165, P. 73.387, D. 73.1.133]

4009. — ... dans le cas où la ruine de la société provient de ce que son capital originaire était insuffisant pour lui permettre de fonctionner, alors que cette insuffisance est due soit à la furtivité d'une partie de souscriptions, soit à l'absorption d'une fraction importante de ce capital par des commissions payées aux intermédiaires chargés de placer les actions. — Paris, 26 nov. 1892, [D. *Rep. Suppl.*, v° *Soc.*, n. 1423]

4010. — Ainsi, les fondateurs et administrateurs d'une société anonyme sont responsables à l'égard d'un banquier qui, ayant pris et placé dans sa clientèle les actions d'une société pour se couvrir des avances par lui faites, a dû reprendre les titres en en remboursant le prix à leur auteur lors de la divulgation des causes de nullité de ladite société, alors du moins que les juges du fond constatent souverainement chez lui et chez ses cessionnaires une complète ignorance de ces vices. — Cass., 19 juill. 1893, Constan, [S. et P. 94.1.261, D. 94.1.158]

4011. — En pareil cas, l'arrêt condamnant les administrateurs d'une société à rembourser à un actionnaire le montant de la perte que leur faute leur fait subir dans ses acquisitions d'actions, n'a pas besoin de condamner expressément cet actionnaire à remettre les titres des actions dont il sera ainsi désintéressé, une telle obligation étant implicitement contenue dans la condamnation au remboursement des titres. Il en est ainsi surtout, alors que les administrateurs n'avaient pris de ce chef aucunes conclusions éventuelles. — Même arrêt.

4012. — D'autre part, les fondateurs ne sont tenus à des dommages-intérêts que dans la mesure et à concurrence du préjudice éprouvé. — Cass., 30 déc. 1872, précité; — 2 juill. 1873, Rodocanachi, [S. 73.1.306, P. 73.765, D. 74.1.49] — Paris, 13 janv. 1882, Synd. Soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, D. 83.2.73]

4013. — Le montant de la condamnation dépendra donc des circonstances. Tantôt les personnes reconnues responsables seront condamnées à rembourser le prix d'achat des actions. — Cass., 30 déc. 1872, précité.

4014. — Jugé, en ce sens, que l'administrateur d'une société anonyme qui, lors de l'émission des actions de cette société, a, par des publications mensongères, amené les tiers à souscrire, peut être condamné à payer à ces tiers, à titre de dommages-intérêts, les sommes par eux versées et l'intérêt de ces sommes à partir de chaque versement, sans que les actionnaires soient tenus de lui restituer leurs titres. — Cass., 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.311, P. 82.1.758, D. 81.1.457]

4015. — Tantôt au contraire la condamnation portera sur un chiffre inférieur. Jugé en ce sens que, si la loi réserve aux actionnaires d'une société déclarée nulle un recours contre les auteurs de cette nullité, il ne s'ensuit pas que ce recours doive se traduire par le remboursement du prix auquel chacun des actionnaires a acheté les titres. — Paris, 14 avr. 1892, De Goldschmidt, [S. et P. 92.2.140, D. 92.2.347]

4016. — Spécialement, le recours des actionnaires découlant de la nullité de la société (abstraction faite des actions particulières basées sur les manœuvres dolosives pratiquées à l'encontre de tel ou tel) est une action *ut universi*, indépendante des conditions particulières dans lesquelles chacun des demandeurs est entré dans la société. Les actionnaires, soit qu'ils aient été souscripteurs originaires, soit qu'ils aient acquis leurs titres au cours de la société, ont donc seulement le droit d'exiger le remboursement de l'apport originaire, franc et quitte des causes de la nullité, mais non affranchi de la dépréciation ou de la plus-value pouvant résulter du fait de ceux qui ont géré le capital social, ou de circonstances étrangères au principe même du recours exercé. — Même arrêt. — Les juges, en d'autres termes, doivent calculer quelle serait vraisemblablement en la supposant régulière, la valeur des titres de la société, comparer cette valeur à la valeur réelle, établie par la cote officielle ou en coulisse, et condamner les fondateurs, etc., à payer la différence.

4017. — Le point de savoir si la nullité de la société a causé un préjudice et quelle est l'étendue du préjudice rentre dans les pouvoirs souverains des juges du fond. Spécialement, en conséquence, lorsqu'il a été constaté par les juges du fait, que les fondateurs de la société incriminée ont sciemment concouru à la fonder, au moyen de fausses déclarations concertées en fraude des personnes, en même temps que de la loi, et que leurs agissements sont la cause du préjudice souffert, ces constatations et ces appréciations souveraines ne permettent pas aux demandeurs de prétendre, devant la Cour de cassation, que la cause du dommage est autre que la constitution d'une société nulle, cette constitution étant un véritable quasi-délit, auquel ils ont participé, et sans lequel le préjudice eût été impossible. — Cass., 16 avr. 1878, Lestaubière, en note sous Cass., 18 mai 1885, [S.

85.1.473, P. 85.1.1137]; — 6 févr. 1893, Soc. des dép. et comptes courants, [S. et P. 96.1.286, D. 93.1.263]

4018. — De même, échappe au contrôle de la Cour de cassation l'arrêt qui condamne les fondateurs et administrateurs, en se basant sur ce que le préjudice éprouvé par les actionnaires provient de l'annulation de la société, alors même que, dans l'un de ses motifs, il constaterait que ce préjudice a aussi pour cause des actes de gestion, s'il ne tire aucune conséquence de cette constatation pour l'évaluation des dommages-intérêts. Cass., 19 juill. 1888, Tison et consorts, [D. 89.1.345]

4019. — Les juges pourraient d'ailleurs admettre une atténuation de responsabilité des fondateurs résultant de ce qu'il y aurait eu faute commune à ceux-ci et aux associés demandeurs. Tel serait le cas où les actionnaires auraient accepté les yeux fermés les conclusions d'un rapport rédigé hâtivement, et qu'ils savaient avoir été rédigé dans de telles conditions. — Lyon, 14 juin 1895, [J. *Le Droit*, 10 août]

4020. — Jugé même que les juges du fond pourraient, sans excéder leurs pouvoirs, décharger de toute responsabilité, les fondateurs et administrateurs même reconnus coupables d'une faute lourde, si les actionnaires étaient entrés dans la société en parfaite connaissance de cause et avaient participé à une délibération de laquelle il résultait clairement qu'ils avaient tout connu, tout approuvé et tout ratifié. — Cass., 2 juill. 1873, Rodocanachi, [S. 73.1.306, P. 73.365, D. 74.1.49] — V. Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 514.

4021. — Toutefois, la décision des juges du fond n'échapperait à la censure de la Cour suprême qu'à la condition d'être suffisamment motivée. Or, serait insuffisamment motivé l'arrêt qui, pour rejeter une demande en dommages-intérêts formée contre les administrateurs et fondateurs d'une société anonyme depuis annulée, et basée sur ce qu'ils auraient déterminé les demandeurs à entrer en qualité d'actionnaires dans cette société, dont ils n'auraient pas consenti à subir les risques s'ils avaient connu les vices de sa constitution, et dont ils auraient moins encore consenti à payer les actions à un prix dépassant sensiblement leur valeur nominale, se serait borné à affirmer que la nullité de la société n'a point été la cause de la ruine de ces actionnaires, ni par conséquent la cause du dommage éprouvé par eux. — Cass., 23 déc. 1889, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 90.1.169]; — 23 déc. 1889, Fernier, [*Ibid.*]

4022. — Tel est, d'une manière générale, le système d'interprétation, parfaitement rationnel et homogène, qui se dégage de l'ensemble d'arrêts rendus relativement à des actions en responsabilité intentées contre les fondateurs par des actionnaires, mais susceptibles d'être étendus, depuis la loi de 1893, aux actions émanant des tiers. Nous devons toutefois signaler ici quelques décisions qui semblent avoir admis, dans certains cas où les fondateurs s'étaient rendus coupables de manœuvres dolosives ou de faute lourde, des solutions plus rigoureuses, se rapprochant de celles admises au regard des tiers sous l'empire de la loi de 1867.

4023. — Ainsi jugé, sous l'empire de la loi de 1867, qu'en cas de nullité d'une société anonyme, illégalement constituée à raison de la déclaration mensongère de la souscription intégrale du capital et du versement du quart, le souscripteur d'actions qui en a dû verser le montant, est fondé à réclamer d'un administrateur, qui a pris part à la constitution illégale de la société, la restitution des fonds par lui versés. Il n'importe que la ruine de la société ait été occasionnée exclusivement par l'insuffisance du capital réalisé, ou par un concours d'autres fautes ou actes de mauvaise gestion. — Cass., 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137, et le rapport de M. le conseiller Babinet, et la note de M. Labbé, D. 88.1.59]

4024. — Pareillement, celui qui a acheté des actions d'une société irrégulièrement constituée est fondé à exercer un recours en responsabilité contre les administrateurs, alors que la publicité donnée à la société, et la notoriété s'attachant au nom des administrateurs, ont été, pour lui, la cause déterminante du placement de ses fonds et de son entrée dans la société; que, en outre, il n'a été en rien prémuni contre les risques pouvant résulter de l'irrégularité de la société; et que, enfin, il justifie d'un préjudice. — Paris, 10 juill. 1885, sous Cass., 8 nov. 1886, Gavini, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, et la note de M. J.-E. Labbé]

4025. — Mais les solutions consacrées par ces derniers arrêts nous paraissent critiquables. C'est seulement dans le cas où les fondateurs et administrateurs auraient employé des manœuvres frauduleuses caractérisées pour déterminer des souscriptions ou des achats d'actions, que leur responsabilité pourrait être engagée, — envers les victimes du dol, — par le seul fait de la nullité de la société. — Paris, 27 juin 1888, sous Cass., 21 janv. 1890, Canadell y Villa Vecchia et Cuyas, [S. 90.1.404, P. 90.1.972] — V. au surplus, sur la responsabilité des administrateurs pour fautes de gestion, *infra*, n. 4251 et s.

4026. — Sur l'application des principes nouveaux posés par la loi de 1893, en matière de responsabilité (vis-à-vis des tiers), aux sociétés constituées sous l'empire de la loi ancienne, V. *infra*, n. 5716 et s.

4027. — C. *Solidarité et recours entre personnes responsables.* — Sous l'empire de l'ancien art. 42, les fondateurs, administrateurs et autres n'étaient *solidairement* responsables qu'envers les tiers. Cette solidarité, imposée par un texte, existait dans tous les cas, quel que fût le degré de culpabilité de chacun, et alors même qu'en fait il était possible de la déterminer avec précision. Envers les actionnaires, au contraire, la solidarité ne pouvait être prononcée que par application du droit commun, c'est-à-dire qu'autant qu'ils avaient commis une faute commune présentant le caractère d'un quasi-délit et dans laquelle on ne pouvait discerner la part de chacun d'eux (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 401). — Cass., 8 juill. 1885, Hirvoix et autres, [S. 85.1.494, P. 85.1.1173, D. 86.1.104]; — 19 juill. 1888, Tison, [S. 91.1.59, P. 91.1.130, D. 89.1.345]

4028. — Jugé, par application du dernier principe, que les fondateurs d'une société anonyme, qui ont fait une déclaration inexacte relativement à la souscription de la totalité du capital social et ont omis de procéder à la vérification de tous les apports, et les administrateurs qui n'ont pas contrôlé le montant des souscriptions et ne se sont pas assurés que tous les apports aient été vérifiés, commettent une faute complexe qui les rend solidairement responsables du préjudice causé aux actionnaires par l'annulation de la société. — Cass., 19 juill. 1888, précité.

4029. — La loi du 1er août 1893 a supprimé ces distinctions. Elle a, d'une part, nous l'avons vu, limité la mesure de la responsabilité des fondateurs envers les tiers, à celle admise antérieurement pour la responsabilité envers les actionnaires (V. *suprà*, n. 3995 et s.), et étendu en revanche à cette dernière la règle de la solidarité de plein droit, jusqu'alors réservée à la première. Désormais, les fondateurs, administrateurs et autres ne sont plus responsables, soit envers les actionnaires, soit envers les tiers, que dans la mesure du préjudice résultant directement de la nullité; mais, dans cette mesure, ils sont *solidairement* responsables. — Houpin, t. 1, n. 600; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 520.

4030. — La solidarité est donc à bon droit prononcée contre les fondateurs et apporteurs vis-à-vis des actionnaires, alors que leurs manœuvres concertées ont provoqué la souscription de ces derniers, et causé ainsi le dommage par eux souffert par suite de la ruine de la société. — Cass., 10 janv. 1899, De Loriol, [S. et P. 1903.1.522]

4031. — Il en est ainsi, notamment, d'une action en dommages-intérêts, intentée contre les fondateurs d'une société par les actionnaires à fin de réparation du préjudice à eux causé par suite des indications erronées qui les ont déterminés à souscrire. — Même arrêt.

4032. — Quant aux tiers qui, sans pouvoir être considérés comme de véritables fondateurs, se sont rendus néanmoins complices des fraudes commises par les fondateurs, la question de savoir s'ils doivent être condamnés solidairement à la réparation du préjudice dépend, dans chaque espèce, des circonstances particulières de la faute ou du dol. Jugé dans cet ordre d'idées que, lorsque le juge du fait, par une appréciation souveraine et échappant au contrôle de la Cour de cassation, constate, d'une part, que la faillite ou la ruine d'une société anonyme, et par suite la perte des actions de cette société, ont été causées par le défaut de versement du premier quart, et, d'autre part, qu'un banquier a, par des manœuvres communes aux fondateurs et administrateurs de la société, notamment en déclarant faussement qu'il a reçu pour le compte de la société le versement intégral du premier quart, trompé les porteurs d'actions sur la valeur des titres par eux acquis, c'est à bon droit que le banquier est condamné à garantir les actionnaires des condamnations par eux encourues à raison de la possession de leurs actions. — Cass., 16 mai 1892, Soc. des dépôts et comptes courants, [S. et

P. 96.1.286, D. 92.1.348]; — 6 févr. 1893, Même partie, [S. et P. *Ibid.*, D. 93.1.263]

4033. — En pareil cas, la condamnation à des dommages-intérêts doit être prononcée solidairement contre le banquier et les administrateurs, auteurs de fautes communes dont l'effet n'est pas susceptible d'être apprécié divisément. — Cass., 16 mai 1892, précité. — V. conf. sur le principe, Cass., 21 oct. 1890, Soc. des dépôts et comptes courants, [S. 91.1.193, P. 91.1.481, et la note de M. Labbé, D. 91.1.77]; — 6 févr. 1893, précité; — 15 juill. 1895, Hennion, [S. et P. 95.1.349, D. 96.1.31]

4034. — Ainsi que le fait justement remarquer M. Labbé dans la note précitée, la solidarité en pareil cas repose moins sur le texte de l'art. 42, spécial aux fondateurs et administrateurs, que sur le texte de l'art. 55, C. pén., et sur la complicité du banquier dans les agissements frauduleux imputables à ce dernier non moins qu'aux fondateurs, et qui auraient pu motiver contre lui, non moins que contre les fondateurs, une condamnation correctionnelle (L. de 1867, art. 13, 14 et 15).

4035. — Il convient, d'ailleurs, de faire remarquer que l'arrêt qui, sur la demande du syndic d'une société anonyme, en présence du liquidateur s'en rapportant à justice, déclare cette société nulle comme irrégulièrement constituée et un banquier responsable de cette nullité, pour participation aux actes de constitution, solidairement avec les fondateurs et administrateurs de la société, a, notamment en ce qui concerne la responsabilité du banquier, l'autorité de la chose jugée à l'égard de la collectivité des actionnaires de la société, et par suite de chacun d'eux. — Cass., 6 févr. 1893, précité.

4036. — Du principe que les fondateurs et administrateurs sont solidairement responsables des suites de la nullité, il résulte qu'au cas de faillite, le syndic, représentant les créanciers de la société, a le droit de s'adresser à ceux qu'il veut choisir parmi ces fondateurs et administrateurs pour les faire condamner au paiement intégral du passif de la faillite. — Cass., 23 janv. 1895, Coutelaud, [S. et P. 96.1.387, D. 95.1.173]

4037. — D'autre part, la responsabilité solidaire vis-à-vis des tiers (et aujourd'hui vis-à-vis des actionnaires), édictée par l'art. 42 de la loi de 1867, au cas de nullité pour défaut de constitution irrégulière, contre les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue, donne lieu à l'application du principe écrit dans les art. 1213 et 1214, C. civ., d'après lesquels la dette solidaire se divise entre les débiteurs, et celui qui a payé plus que sa part a un recours contre les autres. — Cass., 8 nov. 1886, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, et la note de M. Labbé, D. 87.1.9]; — 23 janv. 1895, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 796 *bis*; Houpin, t. 1, n. 603; Vavasseur, t. 2, n. 837; Girand, n. 425; Rousseau, t. 1, n. 2032; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 518. — Sur la répartition de la dette entre les codébiteurs solidaires, V. Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1213 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Obligations*, n. 362 et s., et *infrà*, v° *Solidarité*, n. 267 et s.

4038. — Jugé, il est vrai, en sens contraire, que le complice d'une émission irrégulière d'actions n'a pas d'action récursoire contre l'auteur principal de l'émission, par le motif que, de droit commun, le coauteur ou complice d'un acte délictueux ne saurait être admis à exercer contre les autres personnes responsables un recours en garantie à raison de la condamnation encourue. — Paris, 27 déc. 1883, [*J. des soc.*, 85.22]

4039. — Mais ce point de vue n'a pas prévalu. D'une part, en effet, l'action récursoire accordée au codébiteur solidaire par l'art. 1214, C. civ., est une action en répétition, et non une action en garantie au sens propre du mot. D'autre part, il importe peu que, dans certaines circonstances données, l'irrégularité commise présente le caractère d'un délit correctionnel, étant donné que pour l'application de l'art. 42 de la loi de 1867, le juge doit se placer exclusivement au point de vue civil, sans avoir à rechercher si les éléments constitutifs de tel ou tel délit pénal prévu par les art. 13 et s. de la même loi, sont ou non réunis. — Cass., 8 nov. 1886, précité; — 23 janv. 1895, précité. — Auteurs précités.

4040. — Concluons donc que l'administrateur, qui a ainsi payé plus que sa part, peut exercer son recours, même contre l'administrateur qui n'a pas été condamné solidairement avec les autres sur la demande du tiers lésé. — Cass., 8 nov. 1886 (sol. implic.), précité.

4041. — D'où il suit que l'administrateur actionné en responsabilité est fondé à mettre en cause les autres administrateurs, ou fondateurs, à fin de déclaration d'arrêt commun. — Cass., 13 mars 1901, [*Gaz. des Trib.*, 9 août 1901] — Cet arrêt est intervenu à l'occasion d'une action en responsabilité pour faute de gestion; mais le principe qu'il énonce doit s'appliquer ici, par identité de motifs. — V. Rousseau, t. 1, n. 2032; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 518.

4042. — Jugé également que les administrateurs d'une société anonyme en faillite, actionnés par le syndic en responsabilité du passif social sur le fondement de l'art. 42, ancien, de la loi du 24 juill. 1867, peuvent assigner en intervention un tiers qu'ils soutiennent avoir été fondateur de cette société, pour être déchargés sur lui d'une partie des condamnations qui pourraient les atteindre; ce recours en garantie, exercé par les administrateurs en leur propre et privé nom dans leur seul intérêt personnel, est complètement étranger à la faillite, et ne rentre point dans la classe des actions sociales réservées au syndic par l'art. 443, C. comm. — Cass., 23 janv. 1895, précité.

4043. — En ce qui concerne la division de la dette entre les personnes solidairement condamnées, le juge peut, en tenant compte des circonstances, répartir les conséquences de la faute proportionnellement à la part que chacune d'elles a prise dans cette faute. C'est ainsi que le fondateur déclaré responsable comme ayant participé activement à l'organisation de la société, comme ayant ratifié les fausses déclarations relatives au versement du quart des actions, et comme ayant accepté les fonctions de directeur, etc., est à bon droit débouté de la demande en garantie par lui formée contre les autres fondateurs, sous prétexte que la nullité de la société résulterait uniquement du fait de ces derniers. — Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue, [S. 76.1.361, P. 76.873, D. 77.1.49] — V. sur le principe de la répartition, eu égard à la culpabilité respective de chacun : Trib. comm. Seine, 29 oct. 1897, [*J. des soc.*, 98.84] — *Sic*, Manzet, t. 1, n. 557; Mathieu et Bourguignat, n. 244; Houpin, t. 1, n. 603; Dutruc, *Content. comm.*, v° *Société*, n. 1303.

4044. — En tout cas, les fondateurs déclarés responsables ne sont pas recevables, devant la Cour de cassation, à critiquer de leur chef personnel la disposition exonérant leur coassociés de toute responsabilité, s'il n'y a pas eu, à cet égard, contestation liée judiciairement entre eux et leurs coassociés. — Cass., 13 mars 1876, précité.

4045. — De même, les fondateurs déclarés responsables sont non recevables à critiquer la disposition en question en prétendant exercer les droits des créanciers de la société, n'étant pas les avants-cause de ces derniers. — Même arrêt.

4046. — Dans le cas où le juge ne trouverait pas, dans les faits de la cause, les indications nécessaires pour lui permettre d'opérer cette répartition équitable des charges, la condamnation solidaire prononcée contre tous les associés fondateurs devrait se répartir entre eux au prorata du nombre de leurs actions. — Bordeaux, 9 mars 1874, sous Cass., 13 mars 1876, précité.

2° Caractères et prescription de l'action en responsabilité.

4047. — I. *Caractères de l'action.* — D'après une fraction importante de la doctrine, l'action en responsabilité en raison de la nullité de la société doit, comme l'action en nullité elle-même, être considérée comme une action *individuelle* tant à l'égard des actionnaires qu'à l'égard des créanciers. C'est ce qui résulte de la même loi, qui fait marcher parallèlement, en vertu des art. 8, 41, 42, le droit de faire prononcer la nullité et d'obtenir à cette occasion des dommages-intérêts, et qui implique ainsi que ces deux droits appartiennent au même titre à tout intéressé. — Labbé, note sous Cass., 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137], et sous Orléans, 20 mars 1884, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 85.2.145, P. 85.1.812] — Thaller, note sous Lyon, 12 mars 1885, Min. public, Perraud et autres, [D. 86.2.136]

4048. — Jugé, en ce sens, que, en cas de nullité d'une société anonyme illégalement constituée, à raison de la déclaration mensongère de la souscription intégrale du capital et du versement du quart, l'action en responsabilité exercée contre un administrateur, par un souscripteur d'actions, qui a dû en verser le montant, n'est pas une action sociale. — Cass., 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137, le rapport de M. le conseiller Babinet et la note de M. Labbé, D. 88.1.59]

4049. — Et la transaction conclue entre l'administrateur et le syndic de la société en faillite n'est pas opposable à l'action-

naire, le syndic n'ayant pas qualité pour la représenter, alors surtout que, d'après les termes de la transaction, il n'a été stipulé ni avantage, ni réparation, au profit des actionnaires, collectivement ou isolément, et que cette transaction porte sur les condamnations et réparations que la faillite peut avoir à exercer contre ledit administrateur. — Même arrêt.

4050. — Jugé cependant, en sens contraire, que l'action en responsabilité à raison de la nullité de la société est une action sociale, parce que le préjudice résultant de cette nullité est occasionné à la société tout entière; qu'en conséquence, lorsque le liquidateur a renoncé à toute action qu'il pourrait exercer contre les fondateurs et administrateurs à raison de la nullité de la société, cette renonciation a pour effet d'éteindre l'action sociale, et que les actionnaires sont irrecevables à exercer devant la juridiction correctionnelle une action en responsabilité pour raison de cette nullité, en se portant parties civiles. — Lyon, 12 mars 1885, précité.

4051. — ... A moins que ces actionnaires ne puissent établir qu'ils ont été victimes personnellement d'agissements délictueux d'où serait résulté pour eux un dommage indépendant de celui souffert par la société prise dans son ensemble, la renonciation consentie par le liquidateur n'ayant pu éteindre que l'action sociale et non l'action individuelle. — Même arrêt.

4052. — Jugé aussi que la demande de dommages-intérêts, formée par certains actionnaires contre les gérants et les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, à raison de la nullité de cette société, ou du moins de celle de l'augmentation de son capital pour défaut de souscription de ce capital et de versement du quart, doit être rejetée, si cette demande se confond avec l'action sociale antérieurement exercée par le syndic de la faillite de la société. — Paris, 12 août 1892, sous Cass., 30 oct. 1894, Baffoy et Boisset, [S. et P. 97.1.186]

4053. — Cette demande doit, d'ailleurs, être repoussée, à défaut de justification par lesdits actionnaires d'un préjudice particulier par eux éprouvé, circonstance de fait souverainement constatée par les juges du fond. — Cass., 30 oct. 1894, précité. — V. aussi Cass., 19 mars 1894, Portot et Lavigerie, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465] — Houpin, t. 1, n. 658.

4054. — Pour plus de développements sur la distinction des actions sociales et individuelles, V. *infrà*, n. 5075 et s. — Sur la question de savoir si le syndic a seul, en cas de faillite, l'exercice des actions en nullité ou en responsabilité, V. Thaller, n. 454, et *suprà*, v° *Faillite*, n. [illegible] et s.

4055. — II. *Prescription.* — Sous l'empire des lois de 1856 et 1867, l'action en responsabilité n'était recevable qu'autant que la nullité de la société avait été préalablement prononcée par les tribunaux. — Cass., 9 juill. 1861, Bergeron, [S. 61.1.705, P. 61.1039, D. 61.1.414]; — 12 avr. 1864, Claireau, [S. 64.1.169, P. 64.730, D. 64.1.377] — Paris, 7 avr. 1887, Sauvalle, [S. 90.2.238, P. 90.1.1339, D. 89.2.41]

4056. — ... Ou tout au moins il fallait, en cas de faillite de la société, qu'il fût reconnu que la société renfermait la cause de nullité prévue par la loi. — Lyon, 29 mars 1860, Revenant, [S. 60.2.365, P. 61.181]

4057. — D'autre part, l'action en responsabilité, à la différence de l'action en nullité, était considérée comme prescriptible, et cette prescription avait pour point de départ le jour où la nullité de la société avait été prononcée. On discutait toutefois la question de savoir quelle était la durée de la prescription.

4058. — On écartait généralement la prescription *de cinq ans*, édictée par l'art. 64, C. comm., attendu que cette prescription n'est destinée à protéger les anciens associés que contre les actions auxquelles ils seraient exposés à raison d'engagements sociaux dont ils sont tenus contractuellement, mais dont le bénéfice ne doit pas être étendu aux administrateurs d'une société anonyme poursuivis comme responsables de leur quasi-délit, que la faute par eux commise ait ou non pour sanction la nullité de la société. — Cass., 6 mars 1893, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 806. — V. *suprà*, n. 941 et s.

4059. — Mais quelques arrêts avaient proposé d'admettre la *prescription triennale* de l'art. 638, C. instr. crim. Ainsi jugé que l'émission d'actions d'une société nulle constituant un délit, l'action civile qui en résulte contre les administrateurs responsables est, comme l'action publique, soumise à la prescription de trois ans. — Paris, 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889 (1er arrêt), précité. — V. aussi Paris, 24 juin 1875, sous Cass., 7 mars 1877, Foubert, [S. 78.1.97, P. 78.2.241] — V. Pont, t. 2, n. 1508; [illegible], *sur les sociétés commerc.*, p. 135 et s. — V. sur le principe, *suprà*, v° *Action civile*, n. 891 et s.

4060. — Toutefois, la grande majorité des auteurs et des arrêts se prononçait pour la *prescription trentenaire*, par le motif que l'action en responsabilité prend sa source dans les dispositions civiles des art. 41 et 42 de la loi de 1867, et dans celles du Code civil au titre *Du mandat*. Or, disait-on, les prescriptions établies par les lois criminelles ne s'appliquent aux actions civiles en responsabilité qu'autant que ces actions ont réellement et exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention; elles ne sauraient être étendues aux actions ayant leur base dans un contrat ou une disposition de droit civil, telles que l'action en responsabilité contre les fondateurs d'une société anonyme, alors qu'elle est fondée sur la nullité de la société constituée dans des conditions contraires à la loi. — Cass., 4 juin 1883, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 84.1.113, P. 84.1.252, D. 83.1.389]; — 8 juill. 1885, Hirvoix et autres, [S. 85.1.494, P. 85.1.1173, D. 86.1.104]; — 6 mars 1893, précité. — Paris, 14 nov. 1880, Ordener, [S. 82.2.17, P. 82.1.104, et la note de M. Villey]; — 13 janv. 1882, Synd. Soc. d'électricité, [S. 83.2.233, P. 83.1.1210, D. 83.2.73] — Orléans, 24 juill. 1890, Labat et Rodies, [S. 91.2.154, P. 91.1.883, D. 91.2.337] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 806; Houpin, t. 1, n. 613; Vavasseur, t. 1, n. 710; Lebbé, *J. [illegible]*, 1881, p. 169; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 502.

4061. — Jugé que n'est point soumise à la prescription de l'action publique, l'action dirigée par l'acheteur d'actions d'une société anonyme annulée pour vice de constitution, et tendant à faire condamner les fondateurs et premiers administrateurs à lui restituer le prix d'achat de ses actions, ainsi que le montant des sommes qu'il a dû payer au liquidateur, et à le garantir des appels ultérieurs de fonds, alors que cette action, fondée, soit sur la nullité, soit sur la résolution de ce contrat de vente, soit sur la responsabilité encourue par les fondateurs et administrateurs par application des art. 41 et 42, L. 24 juill. 1867 ou de l'art. 138 C. civ., ne procède pas exclusivement d'un délit ou d'une contravention, mais prend sa source dans un contrat préexistant, et dans les agissements qui auraient accompagné ce contrat. — Orléans, 24 juill. 1890, précité.

4062. — Mais, d'après les dispositions nouvelles ajoutées à l'art. 8 (dont les prescriptions doivent être étendues à la société anonyme) par l'art. 3, L. 1er août 1893, l'action en responsabilité ne dépend plus d'une manière aussi absolue de la nullité de la société. Pour que cette action ne soit plus recevable, il faut, d'une part, que la nullité ait été couverte par l'accomplissement de la condition primitivement omise (V. *suprà*, n. 3796 et s.), et, d'autre part, que *trois ans* se soient écoulés depuis la constitution irrégulière de la société. Tant que ce délai de trois ans n'est pas expiré, l'action en responsabilité peut être exercée, *alors même que la nullité est couverte*, s'il est démontré que la ruine de la société et le préjudice qui en a été la conséquence proviennent des irrégularités qui ont été commises à l'origine. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 34; Houpin, t. 1, n. 613; Bouvier-Bangillon, p. 97. — Sur le point de départ du délai de trois ans pour les sociétés constituées avant la loi de 1893, V. *infrà*, n. 5711 et s.

4063. — Les dispositions nouvelles de l'art. 8 ne parlent point de la prescription de l'action en responsabilité. Mais il est évident que cette prescription doit être la même que celle de l'action en nullité, c'est-à-dire la *prescription décennale* ayant également pour point de départ le jour de la constitution irrégulière de la société. D'après notre article, en effet, et sauf dans le cas spécial prévu au numéro précédent, l'exercice de l'action en responsabilité présuppose l'annulation préalable de la société. — Houpin, t. 1, n. 613; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 34; Goirand, n. 449; Bouvier-Bangillon, p. 102; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 503.

4064. — Cette prescription décennale de l'action en responsabilité ne peut d'ailleurs s'appliquer qu'autant que l'action en nullité n'a pas été exercée utilement et est elle-même éteinte par le même laps de temps de dix années. Si, au contraire, l'action en nullité est exercée en temps utile, et que la société soit déclarée nulle, l'action en responsabilité est alors soumise à la prescription *de trente ans*, et cette prescription ne commence à courir qu'à partir de l'annulation de la société. — Houpin,

t. 1, n. 613; Faure, p 86; Bouvier-Bangillon, p. 101. — *Contrà*, Goirand, n. 449. Il y aurait lieu, d'après ce dernier auteur, d'appliquer ici la nouvelle prescription décennale.

§ 3. *Des responsabilités pénales encourues à raison des irrégularités ou des fraudes se rattachant à la constitution des sociétés par actions.*

4065. — Le législateur de 1867, afin de sanctionner plus énergiquement ses prescriptions, n'a pas cru suffisant de décréter la responsabilité civile des fondateurs, administrateurs, etc. Il a, de plus, érigé en délits correctionnels, soit les irrégularités les plus graves, soit les fraudes commises à l'occasion d'une souscription. Ces délits spéciaux qui, indépendamment des pénalités de droit commun (et notamment de l'escroquerie), sanctionnent les règles constitutives des sociétés par actions, sont au nombre de quatre : 1° émission d'actions ou coupons d'actions d'une société irrégulièrement constituée (art. 13, § 1); 2° fait par le gérant d'une société en commandite de commencer les opérations avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance; 3° négociation d'actions ou coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des art. 1 à 3, ou pour lesquels le versement du quart (ou, plus exactement, le versement légal minimum) n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 2; 4° simulations et fraudes ayant pour but de provoquer des souscriptions ou versements.

4066. — De ces quatre délits, trois sont communs à la commandite par actions et à la société anonyme (L. de 1867, art. 45). Seul le second, par sa nature même, ne se conçoit que dans la commandite par actions.

1° *Émission d'actions d'une société irrégulièrement constituée.*

4067. — « L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de 500 à 10,000 fr. » (L. 24 juill. 1867, art. 13, § 1). Deux questions doivent être successivement examinées : 1° quels sont les faits précis visés par le texte; 2° quels sont les caractères généraux de l'infraction punissable.

4068. — I. *Faits punissables.* — L'art. 13 ne vise que les sociétés constituées contrairement aux art. 1, 2 et 3 de la loi de 1867, modifiés par la loi de 1893. Mais dans cette limite, il s'applique à toute émission d'actions. En conséquence, l'émission d'actions nouvelles dans une société est passible des peines portées par l'art. 13, par cela seul qu'à son origine, la société a été constituée sans versement préalable du quart des actions. — Paris, 10 mai 1883, Gindre-Malherbe, [S. 84.1.199, P. 84.1.471, et la note de M. Labbé, sous Cass., 15 févr. 1884, D. 84.2.1]

4069. — Mais l'art. 13, ne vise pas les art. 4 et 5 de la loi de 1867 : en conséquence, les pénalités étant de droit étroit, l'émission d'actions ou de coupons d'actions, soit avant la vérification régulière et l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, soit avant la nomination du conseil de surveillance si la société est en commandite, ou des administrateurs et des commissaires de surveillance si la société est anonyme, ne tombe pas sous le coup de la loi et ne constitue pas une infraction pénale. — Orléans, 28 avr. 1887, [*Rev. des soc.*, 88.34] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 799; Houpin, t. 1, n. 617; Pont, t. 2, n. 1315; Vavasseur, t. 1, n. 715 *quater*. — V. aussi Rubat du Mérac, *Des délits relatifs aux sociétés par actions*. — *Contrà*, Mathieu et Bourguignat, n. 123.

4070. — D'autre part, l'art. 13 ne peut recevoir son application qu'autant qu'il y a réellement émission d'actions. Jugé, à cet égard, que le délit prévu par ledit article ne peut résider que dans la délivrance des titres qui représentent la société comme légalement établie, tandis qu'en fait elle ne l'est pas. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425]

4071. — Par suite, le simple fait d'ouverture d'une souscription publique d'actions et de remise aux souscripteurs d'un récépissé provisoire de versement n'a pas le caractère d'émission d'actions d'une société en commandite non définitivement constituée. Dès lors, ce fait ne tombe pas sous le coup des dispositions répressives de la loi du 17 juill. 1856 (reproduites en principe par la loi de 1867). — Cass., 8 févr. 1861, Millaud, [S. 61.1.668, P. 62.346] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 799; Houpin, t. 1, n. 617.

4072. — Et il en est ainsi, alors même que ces récépissés provisoires seraient négociables (Pont, t. 2, n. 1315, Vavasseur, t. 1, n. 775 *ter*), la négociation desdits récépissés pouvant d'ailleurs tomber, si le versement légal minimum n'a pas encore été effectué, sous le coup des pénalités édictées par l'art. 14. — Sur cet article, V. *infrà*, n. 4082 et s.

4073. — II. *Caractères généraux de l'infraction.* — L'émission d'actions d'une société constituée contrairement aux art. 1 et 3 de la loi de 1867, constitue par elle-même une infraction punissable, en dehors de toute intention frauduleuse des gérants, et alors même qu'ils seraient de bonne foi. — Cass., 11 août 1859, Lauret, [S. 59.1.571, P. 60.172, D. 59.1.472] — Paris, 2 déc. 1884, Lebœuf et autres, [S. 86.2.241, P. 86.1.1247]; — 28 févr. 1885, Paz et Cordier, [S. 87.1.41, P. 87.1.65, D. 85.1.329]; — 17 juill. 1885, Bouchet, Poulet, Flavien, Japy et Daniault, [S. 87.1.286, P. 87.1.669, D. 86.1.273] — Grenoble, 15 juill. 1886, Zielinski et autres, [S. 86.2.240, P. 86.1.1245] — Paris, 28 déc. 1886, Miégeville, Savary, Tible et autres, [S. 88.2.37, P. 88.1.221, D. 87.2.497] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 259; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 801; Boistel, n. 274, *in fine;* Furcy-Larue, *Responsabilité des fondateurs, etc., des sociétés anonymes*, p. 178, n. 216; Pont, t. 2, n. 1312 et 1317; Rousseau, t. 1, n. 1438; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 186 *bis*, et *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 266; Vavasseur, t. 1, n. 727; Villey, note sous Grenoble, 15 juill. 1886, précité; Villard, *Des admin. des soc. anon.*, p. 189; Rubat de Mérac, *loc. cit.* — *Contrà*, Mathieu et Bourguignat, n. 154.

4074. — Ce caractère de l'infraction visée par l'art. 13 doit-il avoir pour conséquence de faire écarter l'application des règles édictées pour les délits correctionnels en général et de faire prévaloir les principes admis en matière de contravention de police, notamment en ce qui concerne les délais de la prescription, la complicité ou le cumul des peines? La négative ne paraît pas douteuse. La jurisprudence la plus récente et la doctrine s'accordent aujourd'hui à condamner la théorie dite des *délits contraventionnels.* — V. *suprà*, v° *Crimes, délits et contraventions*, n. 58 et s.

4075. — De l'application, à l'espèce actuelle, du principe que toute infraction, même non intentionnelle, punie d'une peine correctionnelle doit être considérée comme un véritable délit, et non comme une simple contravention, découlent notamment les conséquences pratiques suivantes : 1° Le délit d'émission d'actions d'une société irrégulière, bien qu'il ne puisse être excusé par l'absence d'intention frauduleuse, est soumis à la *prescription de trois ans* établie pour les délits par l'art. 638, C. instr. crim. — Paris, 2 déc. 1884, précité; — 28 déc. 1886, précité; — 28 avr. 1887, Labat et Rodies, [S. 91.1.221, P. 91.1.775, sous Cass., 23 déc. 1889, D. 88.2.105] — Grenoble, 15 juill. 1886, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 801; Furcy-Larue, *op. cit.*, p. 218; Villard, *op. cit.*, n. 92; Vavasseur, t. 1, n. 732; Villey, note sous Grenoble, 15 juill. 1886, précité; Houpin, t. 1, n. 625; Percerou, n. 95; Genevois, n. 46; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 548. — Sur la prescription de l'action civile, née du délit, V. *infrà*, n. 4119 et s.

4076. — Malgré la connexité existant entre le délit d'émission d'actions d'une société irrégulière et la nullité de celle-ci, on s'accorde à admettre que des poursuites pénales peuvent être exercées, bien que la cause de nullité ait cessé d'exister par suite d'une régularisation tardive effectuée dans les conditions prévues par l'art. 8 de la loi, pourvu que trois ans ne se soient pas écoulés depuis le jour où la nullité avait été encourue. L'art. 8, aux termes duquel l'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, survit à la régularisation de la société jusqu'à l'expiration d'un délai de trois ans, fournit un argument décisif en faveur de cette solution; et cette règle nous paraît devoir être étendue d'autant plus logiquement, de la responsabilité civile à la responsabilité pénale, que ce délai de trois ans est précisément celui de la prescription pénale en matière de délits. — Houpin, t. 1, n. 625; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 540. — V. cep. Genevois, n. 46.

4077. — 2° Par identité de motifs, l'infraction que nous étudions est soumise aux règles du droit commun sur la *complicité*. — Cass., 28 févr. 1885, précité; — 20 avr. 1888, D..., [S. 90.1.425, P. 90.1.1008, D. 89.1.47] — Paris, 2 déc. 1884, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 801; Ruben de Couder, *op. cit.*, n. 267; Vavasseur, t. 1, n. 730; Villey, note sous Cass., 28 févr. 1885, précité; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 547. — *Contrà*, Villard, n. 88.

4078. — Spécialement, les peines édictées par l'art. 13 seront encourues par le banquier avec la participation duquel l'émission irrégulière a été réalisée. — Pont, t. 2, n. 1315; Vavasseur, t. 1, n. 727; Houpin, t. 1, n. 621.

4079. — 3° Les règles du droit commun sur le *cumul des peines* doivent également recevoir leur application. Par suite, en cas de concours de plusieurs délits, il y a lieu seulement de prononcer la peine la plus forte, en conformité de l'art. 365, C. instr. crim. — Paris, 10 mai 1885, *Rev. des soc.*, 85.335] — *Sic*, Rousseau, *Man. des soc.*, n. 1385.

2° Fait par le gérant de commencer les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance.

4080. — Aux termes de l'art. 13, § 2, est puni de la même peine (amende de 500 à 10,000 fr.), « le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance ». Par opérations sociales, il faut entendre ici les affaires mêmes en vue desquelles la société a été constituée et non pas les mesures préliminaires et préparatoires à son fonctionnement. C'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier, en cas de doute, le caractère véritable des opérations incriminées. — Pont, t. 2, n. 1316; Houpin, t. 1, n. 619.

4081. — La disposition de l'art. 13, aux termes de laquelle le gérant de commandite, qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance, encourt une amende de 500 à 10,000 fr., est-elle applicable aux administrateurs d'une société anonyme qui commenceraient les opérations sociales avant l'entrée en fonctions des commissaires de surveillance? La raison de douter provient des termes de l'art. 45, qui renvoie d'une manière générale aux art. 13 à 16 de la loi de 1867. Toutefois, l'opinion générale est que cette extension de l'art. 13 aux sociétés anonymes est inadmissible. Tout d'abord, l'art. 13 ne parle que du gérant et du conseil de surveillance; or ces deux organes sont spéciaux à la commandite par actions. De plus, les commissaires de surveillance ne peuvent exercer leurs fonctions que trois mois avant la réunion de l'assemblée générale annuelle; or, il est impossible de retarder jusqu'à cette époque le commencement des opérations sociales. — Bédarride, t. 2, p. 218; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 804; Houpin, t. 1, n. 619; Rubat du Mérac, n. 273.

3° Négociations d'actions irrégulièrement créées, ou non libérées du minimum légal.

4082. — Aux termes de l'art. 14 « la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des art. 1, 2 et 3 de la présente loi, ou pour lesquelles le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 2 ci-dessus, est punie d'une amende de 500 à 10,000 fr. — Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur desdites actions ». Ce texte vise trois faits, qui en réalité constituent trois infractions distinctes, à savoir : 1° la négociation d'actions irrégulières; 2° la participation à cette négociation; 3° la publication de la valeur des titres. Examinons successivement ces trois hypothèses, puis nous déterminerons les caractères génériques de l'infraction.

4083. — I. *Faits punissables.* — A. *Négociations d'actions irrégulières.* — Il résulte des termes mêmes de l'article que le délit n'existe qu'à deux conditions : 1° Que l'on se trouve en présence d'une négociation véritable, c'est-dire d'une aliénation du titre s'opérant par les voies commerciales (transfert, endossement, tradition, suivant que le titre est nominatif, à ordre ou au porteur). La transmission par les modes du droit civil est donc en dehors de la prohibition. — V. Houpin, t. 1, n. 630. — Sur l'antithèse à établir entre la négociation et la cession, V. *suprà*, n. 2100 et s.

4084. — 2° Que l'irrégularité consiste soit dans la méconnaissance des prescriptions légales des art. 1 à 3 de la loi de 1867, concernant la *valeur* ou la *forme* des titres, soit dans le non-versement du quart sur chaque titre. Le délit existerait par exemple, si une société constituée au capital de plus de 200,000 fr. avait créé des actions inférieures à 100 fr. (V. *suprà*, n. 3015 et s.) si elle avait créé immédiatement des titres au porteur alors que ces titres n'étaient pas intégralement libérés (V. *suprà*, n. 2193 et s), si enfin les actions nominatives avaient circulé en Bourse avant d'être libérées du quart. — V. *suprà*, n. 2095 et s.

4085. — Sur la question de libération, surgit une difficulté. Aux termes de l'art. 1 nouveau, les actions de 25 fr. doivent être intégralement libérées (V. *suprà*, n. 3140 et s.); or, l'art. 14 ne prévoit que les cas où le versement du quart n'aurait pas été effectué. Evidemment le législateur de 1893 a omis de mettre en harmonie l'art. 14 avec le texte nouveau; s'il y eût songé, il aurait certainement substitué à la formule trop étroite « versement du quart » celle, plus compréhensive, de « versement légal », englobant à la fois les actions de 100 fr. et au-dessus, lesquelles restent soumises à la règle ancienne, et les actions inférieures à 200 fr., pour lesquelles 25 fr. au moins doivent être versés. Mais appartient-il à l'interprète de corriger cette inadvertance? La plupart des auteurs se refusent à l'admettre, les pénalités étant de droit étroit, et tiennent pour non délictueuse la négociation d'actions de 25 fr. non intégralement libérées comme l'exige la loi. — Arthuys, n. 203; Goirand, n. 460; Houpin, t. 1, n. 620.

4086. — Peut-être est-ce pousser un peu loin l'interprétation littérale. Le législateur de 1893 a entendu prohiber absolument la négociation d'actions de 25 fr. non intégralement libérées, parce qu'il les considérait non sans raison comme de véritables billets de loterie, comme un piège pour les naïfs et pour l'épargne populaire. L'esprit de la loi, à défaut de son texte, semble bien exiger qu'une telle négociation soit poursuivie par application de l'art. 14.

4087. — En tout cas, en dehors des hypothèses précédentes, l'art. 14 est manifestement inapplicable. C'est ainsi en particulier qu'aucune poursuite correctionnelle ne saurait être exercée si les titres étaient réguliers en la forme, mais que la société fût annulable pour d'autres vices de constitution : par exemple pour défaut d'approbation des apports en nature ou de nomination du conseil de surveillance. — Pont, t. 2, n. 1318; Houpin, t. 1, n. 620.

4088. — D'autre part, l'art. 14 est manifestement inapplicable aux négociations d'obligations. La loi, en effet, ne se préoccupe nulle part des émissions d'obligations; les règles impératives édictées par les art. 1 et s. de la loi de 1867 ne sauraient donc, à aucun titre être étendues aux obligations.

4089. — Relativement aux *parts de fondateur*, la question est controversée. La solution dépend du parti que l'on adopte sur la question de savoir si ces titres doivent être assimilés à des actions, ou s'il ne convient pas plutôt de les envisager, soit comme des créances, soit comme des pertes *sui generis*. — Sur cette controverse, V. *suprà*, n. 2452 et s. — V. notamment dans le sens de l'application de l'art. 14 : Paris, 19 juin 1885, sous Cass., 16 févr. 1887, Lefèvre [S. 89.1.417, P. 89.1.1036] — V. en ce sens Houpin, t. 1, n. 376; Lecouturier, *Rev. crit. de législ.*, 1897, p. 175.

4090. — En frappant les négociations d'actions dont la valeur ou la forme seraient contraires aux art. 1, 2 et 3 de la loi de 1867, l'art. 14 a marqué clairement qu'il entendait frapper, non pas la négociation des actions de toute société constituée contrairement auxdits articles, mais seulement la négociation des titres dont une inspection extérieure attentive suffit à dénoncer l'irrégularité; d'où il suit qu'aucune peine n'est encourue en raison de la négociation d'actions nouvelles, dont la forme et la valeur nominale sont conformes aux prescriptions légales, et sur lesquelles le quart a été versé, alors même qu'originairement la société aurait fonctionné avec des actions non libérées du quart. Rien en effet, dans les actions de la nouvelle émission, ne saurait déceler l'irrégularité initiale. — Paris, 10 mai 1883, sous Cass., 15 févr. 1884, Gindre-Malherbe, [S. 84.1.199, P. 84.1.471, et la note de M. Labbé, D. 84.1.21] — Lyon, 23 janv. 1884, Picard, [S. 84.2.49, P. 84.1.316, et la note de M. Lyon-Caen, D. 84.1.153] — Rouen, 10 mai 1884, Duquesne-Stopin et Hugon, [S. 84.2.167, P. 84.1.889]

4091. — Mais, quand ces conditions sont remplies, l'article doit recevoir son application, quelle que soit la nature des titres qui ont été négociés. C'est ainsi qu'il a été jugé que le délit de négociation d'actions d'une société non régulièrement constituée n'est pas subordonné à l'émission préalable des titres admissibles à la cote officielle, lorsqu'il est établi que des ventes à terme ont pu se conclure et se sont conclues dans la coulisse, sur des certificats ou promesses d'actions qui suffisaient en fait pour devenir la base et fournir la matière des marchés. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1319; Rivière, *Loi de 1867*, p. 162, n. 119;

Rousseau, t. 1, n. 1424; Vavasseur, t. 1, n. 719; Villard, *op. cit.*, p. 185.

4092. — De même, le fait de participer à la négociation d'actions, correspondant à un apport à la fois en nature et en numéraire, non libérées du quart pour cette dernière portion, ou à la négociation d'actions au porteur, couverties avant que toutes les actions aient été libérées de moitié, constitue une contravention punie par l'art. 14, L. 24 juill. 1867. — Paris, 18 févr. 1881, Soc. des mines de Collo, [S. 81.2.97, P. 81.1.561, D. 84.2.1]

4093. — En tout cas, si l'on peut admettre qu'un administrateur n'encourt pas les peines édictées par cet article, par cela seul qu'il a reçu et signé le transfert d'actions d'apport, dont le quart n'aurait pu être réalisé, il en est autrement lorsque le caractère délictueux de la participation de cet administrateur résulte de l'ensemble des constatations des juges du fait, et, notamment, de ce qu'il aurait dissimulé intentionnellement à l'assemblée générale des charges grevant l'apport..., de ce qu'il aurait commis la même dissimulation dans les publications et circulaires adressées au public..., et de ce que, pendant tout le cours d'une année, il aurait participé directement aux actes ayant constitué les contraventions dénoncées. — Cass., 6 juin 1885, Saurin, [S. 87.1.284, P. 87.1.667] — Paris, 28 déc. 1886, Miégeville, Savary, Tible et autres, [S. 88.2.37, P. 88.1.221] — V. Villard, *op. cit.*, p. 185; Furcy-Larue, *op. cit.*, n. 214.

4094. — Mais l'art. 14, punissant la négociation d'actions dont la forme serait contraire à l'art. 3, est-il applicable à la négociation des *actions d'apport* qui ne rempliraient pas les conditions de forme prescrites par ledit art. 3, c'est-à-dire qui n'auraient pas été frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de la constitution de la société, alors que ces actions non timbrées, ne se différenciant pas des actions de numéraire, auraient été en fait illégalement négociées avant l'expiration du délai de deux ans à dater de la constitution sociale (V. *suprà*, n. 2133 et s.)? La question est controversée. Quelques auteurs, partant de cette idée qu'il s'agit bien ici d'une négociation de titres dont la *forme* est illégale, estiment qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions pénales de l'art. 14. — Houpin, t. 1, n. 620; Perrin, p. 12; Goirand, n. 460; Faure, p. 67; Arthuys, n. 203.

4095. — Mais l'opinion dominante est que l'art. 14 est ici inapplicable, attendu que les négociations dont il s'agit sont intervenues postérieurement à la constitution de la société, et que l'art. 14 paraît n'avoir eu en vue que des négociations antérieures à cette constitution. — Trib. comm. Seine, 23 mars 1900, [*J. des soc.*, 1900] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 26; Bouvier-Bangillon, p. 147; Genevois, n. 22.

4096. — B. *Participation aux négociations prohibées.* — L'art. 14 ne punit pas seulement la négociation des titres, mais toute participation à ladite négociation. Cette disposition est aussi générale que possible; aussi admet-on qu'elle atteint tout à la fois le cédant, le cessionnaire et les intermédiaires, banquiers, agents de changes, coulissiers, courtiers et toutes autres personnes ayant facilité par leur entremise la négociation illégale des actions. — Cass., 6 juin 1885, Saurin, [S. 87.1.284, P. 87.1.667] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1319; Vavasseur, t. 1, n. 719; Villard, p. 185; Houpin, t. 1, n. 620; Rubat du Mérac, n. 268.

4097. — C. *Publication de la valeur des actions.* — Il s'agit ici de toute publicité destinée à faciliter le classement des titres dont la loi interdit la négociation, publicité par voie de prospectus, affiches, lettres-circulaires, ou par la voie de la presse. — Pont, n. 1320; Rubat du Mérac, n. 268; Houpin, t. 1, n. 620, *in fine*.

4098. — II. *Caractères généraux du délit.* — L'infraction prévue par l'art. 14, comme celle prévue par l'article précédent, est punissable en dehors de toute question d'intention frauduleuse. Ce principe, déjà admis sous l'empire de la loi de 1856, n'a pas cessé d'être vrai sous le régime institué par la loi de 1867. — Cass., 11 août 1859, Lauret, [S. 59.1.971, P. 60.172, D. 59.1.472] — Paris, 28 déc. 1886, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 801; Pont, t. 2, n. 1312; Villey, note sous Grenoble, 15 juill. 1886, [S. 88.2.37, P. 88.1.221]; Villard, p. 187; Houpin, t. 1, n. 622. — V. *suprà*, n. 4073 et s.

4099. — Et il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard entre les fondateurs de la société et les intermédiaires qui ont participé à la négociation. Lors de la discussion de la loi de 1867, un amendement avait été proposé, qui permettait à ces intermédiaires d'exciper de leur bonne foi; or, cet amendement fut rejeté (V. S. *Lois annot.* de 1867, p. 216, 1re col., n. 19, et P. *Lois et Décr.* de 1867, p. 305, 2e col., note 19). — Vavasseur, t. 1, p. 727.

4100. — L'infraction prévue par l'article 14, n'en doit pas moins être considérée comme un délit et soumise, comme telle, aux règles de droit commun des délits, notamment en ce qui concerne la prescription de l'action publique et la complicité. — V. *suprà*, n. 4075 et s. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 801; Garraud, *Précis*, p. 68.

4° Simulations et fraudes ayant pour but de provoquer des souscriptions ou versements.

4101. — Aux termes de l'art. 15, « Sont punis des peines portées par l'art. 405, C. pén. (emprisonnement d'un an à cinq ans, amende de 50 à 3,000 fr.), sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : 1° ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements; 2° ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ». Deux ordres de faits sont ainsi prévus par l'art. 15; nous les passerons en revue successivement, puis nous rechercherons si les pénalités qu'il édicte peuvent être étendues aux souscripteurs d'obligations.

4102. — I. *Simulation de souscriptions ou de versements.* — Cette simulation ne constitue le délit prévu par l'article 15, qu'autant qu'elle a eu pour but d'assurer le succès d'une émission, en y attirant d'autres souscripteurs ou d'autres versements. Le délit dont il s'agit se distingue donc nettement des précédents par l'élément intentionnel qui le caractérise : qui dit simulation dit mauvaise foi, manœuvres frauduleuses en vue d'un résultat déterminé, qui, en l'espèce, est de faire réussir une émission. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — Lyon, 12 mars 1885, Savary et autres, [S. 86.2.241, P. 86.1.1246, et la note de M. Villey, D. 86.2.136]

4103. — Jugé dans cet ordre d'idée que, est caractéristique de la simulation et du délit prévu par l'art. 15, § 1, le fait par les fondateurs de faire apparaître dans les écritures de la société, dans la déclaration notariée et dans les documents soumis à l'assemblée générale, des souscriptions émanées de prête-noms et des versements opérés à l'aide de jeux d'écritures : cette simulation, en déterminant l'assemblée générale à voter la constitution de la société a pour conséquence de rendre fermes et définitives les souscriptions qui n'avaient jusque-là qu'un caractère conditionnel et provisoire, et de soumettre les souscripteurs à l'obligation d'effectuer les versements complémentaires. — Paris, 28 juill. 1887, Actionnaires de la Banque nouvelle, [D. 88.2.129]

4104. — La même solution doit s'appliquer au cas où les actionnaires auraient été ainsi amenés à opérer des versements sur les actions nouvelles par eux souscrites ou achetées à la suite d'une augmentation du capital social. — Même arrêt. — Sur les conditions qui doivent être remplies dans le cas d'augmentation du capital, V. *infrà*, n. 5450 et s.

4105. — La *tentative* d'obtention de souscriptions ou de versements à l'aide de simulation est punissable, alors même qu'elle aurait échoué en partie. Peu importe donc que quelques actions seulement aient pu être placées, et que, même, elles aient été remboursées : le fait délictueux n'en existe pas moins. — Orléans, 28 avr. 1887, [*Rev. des soc.*, 88.34]

4106. — Jugé également que l'on doit considérer comme une tentative punissable, tombant sous le coup de l'art. 15, § 1, de la loi de 1867, le triple fait, de la part du fondateur d'une société anonyme : 1° d'avoir mensongèrement certifié sincère, devant notaire, l'état constatant la souscription intégrale et le versement du quart; 2° d'avoir publié par la voie de la presse un avis annonçant la réunion de la première assemblée générale appelée à se prononcer sur la sincérité de la déclaration notariée; 3° d'avoir en personne assisté à cette assemblée de vérification et remis au président l'expédition de la déclaration dont il s'agit. — Trib. corr. Lyon, 19 août 1897, [*Mon. jud. Lyon*, 27 oct. 1897]

4107. — II. *Publication, de mauvaise foi, de noms ou de tous autres faits faux.* — Commet le délit de publication de noms

vaise foi prévu par l'art. 15, le directeur d'une société anonyme, qui, dans le but de provoquer des souscriptions et des versements, fait imprimer et répandre dans le public un bilan frauduleux. — Trib. Seine, 18 déc. 1888, [*Rev. des soc.*, 89.[illegible]]

4108. — ... Ou encore qui, pour assurer le succès d'une augmentation du capital social votée par l'assemblée générale et obtenir des souscriptions aux actions émises en conséquence de ce vote, a publié de mauvaise foi des comptes rendus inexacts et renfermant notamment des exagérations sur le rendement des immeubles exploités par la société. — Trib. Senlis, 11 août 1884, [*Rev. des soc.*, 84.630]

4109. — ... Le fondateur qui a été envoyé dans une ville pour aider d'autres fondateurs dans la campagne qu'ils avaient entreprise pour l'organisation et le lancement d'une affaire, qui n'a rien ignoré de leurs agissements, qui s'est personnellement et activement employé à réunir les éléments mensongers destinés à servir de base à l'entreprise et à faciliter l'émission des actions, qui notamment s'est entremis auprès d'un architecte en vue d'obtenir de lui un rapport mensonger sur la valeur des terrains acquis par la société, et qui, après avoir employé tous les moyens de publicité à sa disposition pour porter des comptes rendus inexacts à la connaissance du public, a profité de cette opinion, ainsi artificiellement créée, pour vendre ou tenter de négocier un grand nombre d'actions. — Cass., 16 nov. 1888, Chrétien, [D. 89.5.436]

4110. — Est également délictueuse la publicité faite de mauvaise foi, en vue d'assurer le succès de l'émission des actions d'une société, par celui qui donne pour authentiques des bilans fictifs ou truqués, qui majore sciemment la valeur des apports, et affirme, en vue de capter la confiance du public, des faits dont il connaît la fausseté. — Paris, 10 déc. 1902, Boulaine, [*Rev. des soc.*, 1903.110]

4111. — Jugé, toutefois, que le fait par les administrateurs de la société de préconiser dans un journal qui est la propriété de la société, ainsi que le fait connaître expressément et en gros caractères le sous-titre de ce journal, la hausse des actions de la société, en passant sous silence les opérations de report faites par eux sur ces actions et en soutenant que le marché au comptant avait absorbé tous les titres, ne saurait être considéré que comme constituant de simples allégations mensongères, qui, quelque multiples qu'elles aient pu être, ne tombent pas sous le coup de notre article et ne renferment même pas les éléments du délit d'escroquerie. — Paris, 18 mars 1887, Actionnaires du Crédit général français, [D. 88.2.129]

4112. — La disposition de l'art. 15 est générale, et elle s'applique à tous ceux qui ont simulé des souscriptions ou des versements, ou publié, de mauvaise foi, des souscriptions ou versements, ou tous autres faits faux, sans qu'il y ait lieu de faire exception pour les actions représentant un apport en nature. — Cass., 6 juin 1885, Saurin, [S. 87.1.284, P. 87.1.667]

4113. — Ainsi, se rend coupable du délit prévu, aussi bien celui qui réunit et fournit les documents mensongers sachant à quel usage ils sont destinés, que celui qui se sert de ces affirmations, alors qu'il n'en ignore pas la fausseté. — Paris, 10 déc. 1902, précité.

4114. — III. *Souscription d'obligations.* — La pénalité de l'art. 15 s'applique-t-elle en matière de *souscription d'obligations?* On l'a contesté, en se fondant sur le silence absolu de la loi de 1867 à l'égard des obligations, et sur le caractère exceptionnel de toute disposition pénale. — Lyon-Caen, note sous Cass., 30 avr. 1887, Lambert, [S. 87.1.393, P. 87.1.948]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 805; Vavasseur, t. 1, n. 717; Ruben de Couder, v° *Société en commandite*, n. 186, et *Rev. de dr. comm.*, 1882, p. 17.

4115. — La jurisprudence s'est au contraire nettement prononcée pour l'affirmative. Sans doute, la loi de 1867 ne parle pas expressément des obligations. Mais, d'une part, l'art. 15 ne distingue pas entre les différents titres que peut émettre une société; et, d'autre part, la raison de décider est la même dans les deux cas. Il est tout aussi nécessaire de protéger les obligataires que les actionnaires contre les fraudes possibles des fondateurs ou des gérants. — Cass., 30 avr. 1887, Lambert, [S. 87.1.393, P. 87.1.948, D. 88.1.334] — Paris, 18 févr. 1881, [*J. des soc.*, 81.654]

4116. — IV. *Escroquerie.* — L'art. 15 réserve expressément l'application de l'art. 405, C. pén., à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie. Par cette réserve formelle, le législateur de 1867 a entendu marquer nettement : 1° que l'art. 15 était extensif de la notion courante du délit d'escroquerie, et qu'il avait pour but d'atteindre des faits délictueux, dolosifs, qui, d'après le concept ordinaire de l'escroquerie, auraient pu échapper à la répression; 2° que les tribunaux conservaient toute latitude pour appliquer les peines de l'escroquerie aux faits délictueux non visés expressément par l'art. 15, et paraissant pouvoir cadrer avec la définition de l'art. 405, C. pén. — Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 541.

4117. — Ont pu être considérés notamment comme constituant le délit d'escroquerie : 1° La création d'un établissement financier qui, sous de brillantes apparences, ne possède en réalité que des ressources fictives, provenant surtout du placement dans le public de titres d'une valeur illusoire. — Cass., 28 mai 1887, Proc. gén. de Grenoble, Guillemont et autres, [S. 88.1.185, P. 88.1.421, D. 87.1.353] — Bourges, 2 mai 1889, [*Rev. des soc.*, 90.15]

4118. — 2° L'émission d'actions d'une société, dont le capital serait uniquement constitué par des apports en nature, pour la plupart imaginaires, ou tout au moins majorés d'une façon scandaleuse. — Cass., 6 févr. 1885, Juteau et autres, [S. 85.1.233, P. 85.1.548, D. 86.1.41]

5° Règles communes aux délits précédemment étudiés.

4119. — Nous avons eu l'occasion déjà de signaler le caractère non intentionnel de trois de ces délits, et de faire observer que, malgré ce caractère contraventionnel, ils n'en constituent pas moins des délits correctionnels, notamment au point de vue de la durée de la prescription. La prescription est donc *triennale* pour toutes les infractions précédemment décrites (V. *suprà*, n. 4075). Mais cette prescription s'étend-elle à *l'action civile?* L'affirmative s'impose si l'action est intentée à l'occasion du second de ces délits (fait par le gérant d'avoir commencé les opérations sociales avant la nomination du conseil de surveillance), car ce fait se distingue nettement de la constitution même de la société.

4120. — Mais lorsqu'une action en responsabilité est intentée, devant les tribunaux civils, contre les personnes auxquelles la nullité est imputable, cette action ne se confond point avec l'action civile issue des délits correctionnels prérappelés, même dans le cas où certaines des irrégularités reprochées aux fondateurs pourraient servir de base à des poursuites pénales. Elle se prescrira donc seulement par dix ans (art. 8), et non par trois ans, conformément aux principes de la prescription pénale.

4121. — Aux termes de l'art. 16, l'art. 463, C. pén., sur le bénéfice des circonstances atténuantes, est applicable aux faits prévus par les trois art. 13, 14 et 15. A ce point de vue, la loi de 1867 est plus favorable aux inculpés que celle de 1856, qui n'accordait les circonstances atténuantes que dans les hypothèses prévues par notre art. 15 actuel.

4122. — Il est à remarquer qu'aucune des pénalités édictées par les art. 13 et s., pas même celles consistant uniquement en des amendes pécuniaires, ne saurait atteindre la société elle-même, être moral, mais qu'elle peut seulement frapper les fondateurs, gérants, administrateurs, etc., ou leurs complices. Effectivement, le droit pénal français n'admet point le *délit corporatif*; une personne morale peut être civilement responsable, mais ne peut jamais l'être pénalement. — Garraud, *Tr. de dr. pénal*, t. 1, n. 314; Houpin, t. 1, n. 615; Pic, *Lég. ind.*, n. 414. — Trib. comm. Seine, 21 juill. 1896, [*J. des soc.*, 97.91]

CHAPITRE III.

ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

4123. — Nous aurons ici à traiter successivement de l'administration des sociétés anonymes, des pouvoirs et obligations du gérant dans la commandite par actions, et de certaines règles communes aux deux types de sociétés par actions, qui toutes peuvent se grouper autour du principe général de la fixité du capital : principe tutélaire également conforme à l'intérêt des sociétés et à la sécurité du gage des créanciers (prohibition de distribuer des dividendes fictifs, prohibition pour la société de racheter ses propres actions par des prélèvements sur son capital, etc.).

Section IV.

Administration des sociétés anonymes.

§ 1. *Nomination et révocation des administrateurs, directeurs et mandataires substitués.*

4124. — Nous avons eu l'occasion d'exposer, précédemment, les règles relatives à la nomination ou à la révocation des administrateurs (art. 22), aux garanties exigées d'eux (art. 26), à la durée légale de leurs fonctions, suivant qu'ils sont nommés par les statuts ou par l'assemblée générale (art. 25). Nous avons également étudié, avec les détails qu'elle comporte, la distinction essentielle établie par la doctrine et la jurisprudence entre le directeur général (administrateur-délégué, ou personne étrangère au conseil d'administration si les statuts l'autorisent), et le directeur technique : le premier, mandataire direct de la société, et sujet à ce titre, comme tous les administrateurs, à la révocation *ad nutum;* le second, simple agent d'exécution, uni à la société par un contrat de louage de services, et couvert par conséquent par l'art. 1780, qui lui permet en cas de révocation abusive de réclamer des dommages-intérêts, nonobstant toute clause contraire. — V. *suprà*, n. 3585 et s.

4125. — Il est un principe toutefois qu'il convient de mettre ici en relief, c'est la nécessité absolue pour une société anonyme d'avoir toujours à sa tête, sans aucune solution de continuité, un ou plusieurs administrateurs. Par sa nature même, en effet, la société anonyme ne saurait être, même pour une période transitoire si courte soit-elle, administrée en commun par l'ensemble des actionnaires. Il est donc matériellement impossible d'appliquer ici la disposition de l'art. 1859, C. civ., d'après laquelle les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre.

4126. — De ce principe découlent les conséquences pratiques suivantes : *a*) Dans la disposition de l'art. 25 fixant à trois ou six ans la durée maxima des fonctions des administrateurs, on doit entendre par année, ainsi que nous l'avons dit (*suprà*, n. 3631), non pas une période fixe de trois cent soixante-cinq jours, mais la période comprise entre deux assemblées ordinaires d'actionnaires. En conséquence, le mandat donné à des administrateurs, pour trois ans, par une assemblée générale, se poursuit jusqu'à la date de l'assemblée générale correspondante de la troisième année qui suit leur nomination, sous une seule condition, c'est que cette assemblée soit tenue dans les délais fixés par les statuts sociaux. — Trib. comm. Seine, 31 mars 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.613]

4127. — *b*) Jugé de même que, dans le cas où l'époque du renouvellement des membres du conseil d'administration ne coïncide pas avec l'époque de l'assemblée générale annuelle des actionnaires qui ne doit se tenir que quelques jours plus tard, le conseil reste composé, durant cet intervalle de temps, tel qu'il avait été originairement formé. Dès lors, le président du conseil conserve ses fonctions jusqu'à son remplacement, et, par suite, il a qualité pour former et signifier un pourvoi au nom de la société. — Cass., 30 avr. 1878, Caisse méridionale, [S. 78.1.313, P. 78.777, D. 78.1.314] — V. Vavasseur, t. 2, n. 795; Boistel, n. 308; Alauzet, n. 334.

4128. — *c*) Comme il est impossible d'admettre qu'une société anonyme puisse demeurer, même momentanément, privée de toute administration, on doit décider que le conseil se survit pour la gestion de la société si, pour une cause quelconque, l'assemblée générale qui devait renouveler ses pouvoirs, a été ajournée au delà de l'expiration des pouvoirs légaux les plus longs qui puissent être conférés à des administrateurs, c'est-à-dire au delà de six ans. En ce cas, l'ancien conseil a le droit, et même le devoir de rester en fonctions jusqu'à ce qu'il ait été remplacé par l'assemblée, ou que son mandat ne lui ait été retiré par une décision de justice. — Trib. comm. Seine, 16 déc. 1901, [*Gaz. Pal.*, 28 janv. 1902]

4129. — *d*) En cas de révocation des administrateurs, rendue nécessaire par des incidents imprévus, l'assemblée générale qui a relevé ceux-ci de leurs fonctions doit immédiatement pourvoir à leur remplacement. En effet, d'une part, des administrateurs révoqués n'ont plus l'autorité nécessaire pour gérer, même provisoirement, et d'autre part, la société ne peut demeurer sans direction. — Paris, 10 avr. 1900, Cassère, [D. 1900.2.433] — *Sic*, Vavasseur, n. 906 *bis*; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 759.

4130. — Que si, en fait, ce remplacement immédiat n'avait pas eu lieu, ou si le mandat confié aux nouveaux administrateurs venait à être annulé par suite de l'annulation de l'assemblée générale qui les a investis, il appartiendrait au tribunal, sur la demande de l'un quelconque des intéressés, de désigner un administrateur provisoire ou administrateur-séquestre, chargé de pourvoir aux mesures d'urgence jusqu'à la désignation régulière, par une nouvelle assemblée, du nouveau conseil. — Paris, 21 févr. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.378]; — 10 avr. 1900, précité. — *Sic*, Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 680; Houpin, t. 2, n. 784 et 874.

4131. — Aux termes de l'art. 22, *in fine*, es administrateurs peuvent, « si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle ». Il importe de remarquer que ce mandataire substitué à l'administrateur ne se confond, ni avec l'administrateur-délégué, puisque par hypothèse il est pris en dehors du conseil d'administration et peut même être choisi en dehors des actionnaires, parmi les tiers étrangers à la société, ni avec le directeur général qui, à l'instar des administrateurs (même lorsqu'il est choisi par l'assemblée ou le conseil en dehors de celui-ci), est le mandataire direct et immédiat de la société elle-même, ni avec le directeur technique, simple chef de service, uni à la société par un contrat de louage de services et non par un mandat.

4132. — Le *mandataire substitué* dont il est question est un suppléant de l'administrateur, dont il exerce toutes les attributions, aux lieu et place duquel il est substitué, mais en vertu d'une délégation expresse, de telle sorte qu'entre la société et lui s'interpose nécessairement le substituant responsable de tous ses actes, même lorsqu'aucune faute personnelle ne lui est imputable. — Houpin, t. 2, n. 840; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 838; Rousseau, t. 1, n. 2292; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 738.

4133. — Ici, par conséquent, ne s'applique pas l'art. 1994, C. civ., aux termes duquel le mandataire ne répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion que dans deux cas : 1° quand il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était *notoirement* incapable et insolvable (Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1994). La responsabilité que fait peser l'art. 22 de la loi de 1867 sur l'administrateur qui s'est avec l'autorisation des statuts substitué un tiers, est au contraire générale et absolue. Et cela se conçoit, si on réfléchit aux dangers que peut présenter pour une société la substitution à un administrateur compétent, choisi par l'assemblée générale à raison de sa compétence même et de son honorabilité, d'un étranger inconnu des actionnaires, dont la capacité et la solvabilité même ne peuvent être exactement appréciées de l'ensemble des intéressés. — Mêmes auteurs.

4134. — L'art. 1994 s'appliquerait au contraire, *in terminis*, à l'hypothèse d'une subdélégation partielle, au profit d'un employé supérieur de la société, ingénieur, par exemple, préposé à certains services, et chargé de représenter l'entreprise pour les opérations rentrant dans ses attributions. Cette délégation spéciale, nécessaire parfois à la sécurité de la société, pourrait intervenir même en dehors de toute stipulation expresse des statuts. — Thaller, n. 654 ; Houpin, t. 2, n. 841.

4135. — Mais il convient d'observer que l'art. 22, restreignant à l'encontre des administrateurs la faculté que l'art. 1994, C. civ., accorde à tout mandataire de se substituer librement un tiers, doit être rigoureusement interprété. En conséquence, si les administrateurs veulent se substituer un étranger à la société, il faut qu'ils y soient autorisés par une clause *expresse* des statuts. — Houpin, t. 2, n. 840 ; Lyon-Caen et Renault, n. 838 ; Pont, n. 1617.

4136. — Jugé, en conséquence, que la clause des statuts d'une société anonyme, qui porte que « ladite société est gérée par un directeur choisi par le conseil d'administration et pouvant être pris parmi les administrateurs ou parmi les actionnaires..., ce directeur devant être propriétaire de vingt-cinq actions au moins », ne saurait être interprétée en ce sens que cette clause déroge à la règle écrite dans l'art. 22 de la loi de 1867, et qu'elle autorise à choisir le directeur parmi les personnes étrangères à la société ; une telle interprétation de la clause la dénature et donne lieu à cassation. — Cass., 13 juin 1892, Soc. des eaux de Saint-Galmier, [S. et P. 92.1.368, D. 93.1.326]

4137. — D'autre part, le mandataire, associé ou non, que les administrateurs se sont substitué, en vertu d'une clause expresse des statuts, ne saurait, à son tour, déléguer ses attributions à un tiers, même si les statuts autorisaient formellement cette subdélégation, car les statuts ne peuvent pas apporter à la règle *Nul ne plaide par procureur* une exception plus large que celle qu'autorise la loi de 1867 en faveur des société anonymes. — Cass., 22 mai 1896, Hottois, [S. et P. 98.1.512, D. 97.1.30] — Paris, 3 févr. 1896, Même partie, [S. et P. 98.2.185] — Houpin, t. 1, n. 841 — Si en effet la loi apporte à la maxime *Nul ne plaide par procureur* une exception en faveur des êtres moraux et collectifs, tels que les sociétés commerciales, c'est à la condition que les représentants de ces êtres collectifs aient reçu, soit légalement, soit conventionnellement, le mandat suffisant. — Mêmes arrêts et auteurs. — V. De Courcy, p. 28.

4138. — Il importe peu que les statuts autorisent expressément cette subdélégation, une disposition statutaire ne pouvant étendre au delà des termes de la loi l'exception apportée par la loi du 24 juill. 1867, en faveur des sociétés anonymes, à la règle : *Nul ne plaide par procureur*. — Mêmes arrêts.

4139. — Il s'ensuit que la procuration par laquelle l'administrateur, délégué par le conseil d'administration d'une société anonyme, a lui-même délégué ses pouvoirs à un tiers, n'a pu, quels qu'en soient les termes, conférer à ce tiers le droit d'agir en justice au nom de la société, qui appartenait à son mandant, et que l'action par lui introduite en vertu de ce mandat est non recevable. — Mêmes arrêts.

4140. — Jugé même que les mandataires que le directeur d'une société anonyme a le pouvoir de se substituer ne peuvent agir en leur propre nom, mais seulement au nom du directeur. — Trib. Arcis-sur-Aube, 31 janv. 1895, Crédit lyonnais, [D. 95.2.519]

4141. — Mais il a été décidé, en sens contraire, que la maxime *Nul en France ne plaide par procureur* n'est pas applicable aux sociétés commerciales, lesquelles peuvent valablement ester en justice par l'intermédiaire d'un mandataire substitué par celui-ci, sans que l'on puisse opposer cette maxime. — Rouen, 27 mars 1895, Denis, [S. et P. 98.2.185, et la note de M. Wahl] — Trib. Neufchâtel, 2 mai 1895, sous cet arrêt.

4142. — En conséquence, un tiers auquel l'administrateur délégué par le conseil d'administration d'une société anonyme, dans les limites des pouvoirs à lui conférés par les statuts, et qui lui permettent de se substituer un mandataire, a donné procuration dans les termes les plus étendus, à l'effet notamment d'ester en justice au nom de la société, est recevable à agir au nom de celle-ci, sans qu'on puisse lui opposer la règle *Nul en France ne plaide par procureur*. — Mêmes arrêts. — ... Alors surtout que ce tiers ne figure dans l'assignation que comme agissant « aux poursuites et diligences de la société qu'il représente ». — Trib. Neufchâtel, 2 mai 1895, précité.

4143. — D'ailleurs, il faut remarquer que la maxime *Nul en France ne plaide par procureur* n'est pas d'ordre public, et que, par suite, il faut des conclusions expresses pour faire valoir le moyen tiré de sa violation, et que le tribunal ne saurait soulever ce moyen d'office. — Rouen, 27 mars 1895, précité. — V. *suprà*, vº *Action* (*en justice*), n. 229 et s.

4144. — Les administrateurs sont des mandataires salariés ou gratuits (art. 22). En fait, les statuts leur attribuent presque toujours une rémunération quelconque, soit sous forme de *jetons de présence* d'une valeur conventionnelle, soit sous forme d'une quote-part dans les bénéfices de l'exercice. Les bénéfices s'entendent, comme les dividendes attribués aux simples actionnaires, du gain net de l'exercice, déduction faite des réserves et prélèvements statutaires. — Cass., 3 févr. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.128] — Paris, 9 janv. 1888, [*J. des soc.*, 88.649] — Trib. comm. Seine, 11 mai 1894, [*J. des soc.*, 95.139] — Sur l'obligation pour les administrateurs de restituer les bénéfices qu'ils se seraient fait attribuer en exécution d'un inventaire inexact ou frauduleux faisant ressortir un gain imaginaire, et ce, même dans le cas où aux termes de l'art. 10 les dividendes remis aux actionnaires ne seraient pas restituables, V. *infrà*, n. 4498 et s.

4145. — L'administrateur qui vient à cesser ses fonctions avant la clôture de l'exercice a droit à une quote-part des bénéfices correspondant au temps pendant lequel il est demeuré effectivement en fonctions. — Cass., 1er juin 1875, Homberg et Cie, [S. 76.1.29, P. 76.45, D. 75.1.417] — Trib. comm. Seine, 1er sept. 1891, [*Rev. des soc.*, 91.560] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 796.

4146. — Si l'administrateur a droit à la rémunération que lui attribuent les statuts en cette qualité, il ne saurait lui être interdit de prétendre à une rémunération spéciale et distincte, soit pour un mandat déterminé, soit pour des fonctions particulières qui lui auraient été confiées comme elles auraient pu l'être à un actionnaire ou même à un tiers quelconque. — Paris, 24 janv. 1889, [*J. des soc.*, 89.360] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 2204.

4147. — Jugé, d'autre part, que les jetons de présence attribués aux administrateurs de sociétés anonymes leur sont alloués, non à titre alimentaire, mais comme rémunération des services par eux rendus, et ne sont pas dès lors insaisissables. Ils peuvent, en conséquence, être frappés de saisie-arrêt pour la totalité. — Paris, 20 nov. 1889, Crédit industriel et commercial, [S. 91.2.93, P. 91.1.569] — Cette question ne pouvait faire de doute. Les jetons ne sont pas un salaire ou traitement auquel pourrait actuellement s'appliquer la loi du 12 janv. 1895, mais la rémunération d'un mandat. — Sur le sens des mots *salaire* et *traitement*, dans la loi de 1895, V. Pic, *Législ. industr.*, n. 999, et *suprà*, vº *Saisie-arrêt*.

4148. — Théoriquement, le directeur général pourrait, comme les administrateurs, n'être pas rétribué, à la différence du directeur technique, employé supérieur ayant, de par son contrat de louage de services, droit à un traitement fixe, augmenté ou non d'une quote-part dans les bénéfices. Mais, pratiquement, le directeur reçoit toujours une rémunération, dont les statuts ou l'assemblée déterminent le mode et l'importance. — Paris, 26 nov. 1896, [*J. des soc.*, 97.434] — En fait, elle comprendra le plus souvent un traitement fixe et un élément variable consistant dans une quote-part des bénéfices.

4149. — Lorsque le directeur vient à cesser ses fonctions avant la clôture de l'exercice, il a droit à sa part de bénéfices, déduction faite d'une quotité proportionnelle au nombre de jours restant à courir jusqu'à la fin de l'exercice. Il ne saurait être admis à exiger un inventaire spécial, une ventilation des bénéfices effectués jusqu'à son départ et de ceux réalisés postérieurement. — Trib. comm. Seine, 1er sept. 1891, [*Rev. des soc.*, 91.560] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 839. — V. cependant, Rennes, 11 juill. 1889, [*J. des soc.*, 93.96]

§ 2. *Pouvoirs des administrateurs.*

1º *Caractère collectif de la gestion des administrateurs.*

4150. — Le plus souvent, la société en commandite, comme la société en nom collectif, n'a qu'un seul gérant. Il n'existe au contraire presque pas d'exemple, dans la pratique, de sociétés anonymes gérées par un administrateur unique, bien que cette combinaison soit déclarée licite par l'art. 22. Presque toujours, les administrateurs sont au nombre de trois ou plus, et en ce cas le pouvoir d'administrer appartient, non point à chaque administrateur individuellement envisagé, mais à la collectivité des administrateurs, au conseil d'administration.

4151. — On ne saurait donc appliquer à la société anonyme la disposition de l'art. 1857, C. civ., commune aux sociétés civiles et aux autres types de sociétés commerciales, aux termes de laquelle « lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration ». Sans doute la loi de 1867 ne déroge pas expressément, pour les sociétés anonymes, à cette règle d'interprétation. Mais c'est ici le lieu d'invoquer la doctrine d'après laquelle, dans le silence des lois commerciales, le Code civil n'est applicable qu'à défaut d'usages contraires. Or l'usage de la gestion *collective* par un conseil peut être considéré comme absolument établi. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 818; Houpin, t. 2, n. 811; Rousseau, t. 1, n. 2221; Thaller, n. 528; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 631.

4152. — Une première conséquence du caractère collectif de la gestion est que tous les administrateurs doivent prendre part aux délibérations du conseil. L'administrateur qui, sans motifs légitimes, s'abstiendrait de se rendre aux séances, ou qui n'y ferait que des apparitions rares et irrégulières, se rendrait coupable d'un faute grave pouvant légitimer sa révocation, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il s'exposerait si son abstention avait en fait causé un préjudice certain à la société. — Mêmes auteurs.

4153. — Convient-il toutefois de pousser jusqu'à ses extrêmes limites le principe de la collectivité du mandat et d'exiger, pour toute délibération, le concours unanime des administrateurs? Théoriquement, la conclusion serait logique (V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 818); mais dans la pratique elle est écartée, et divers moyens ont permis de concilier l'intérêt de la société, qui est d'être gérée par un conseil au complet, avec les intérêts des administrateurs qui, malgré leur zèle, seront dans bien des circonstances empêchés d'assister à toutes les séances.

4154. — Tout d'abord le conseil d'administration peut, en conformité d'une clause statutaire, déléguer une partie de ses pouvoirs à un directeur ou administrateur-délégué, qui fera, pour le compte de la société, en vertu d'une autorisation générale du conseil et sous son contrôle permanent, tous les actes de gestion courante. Le conseil pourrait aussi constituer, dans son sein, un comité de direction, chargé de pourvoir aux actes d'administration courante, et de prendre toutes les mesures nécessitées par la marche régulière des services.

4155. — Les statuts peuvent également stipuler que tous les actes décidés en conseil, achats et ventes, baux, quittances et décharges, marchés de toutes natures, endos ou acquits d'effets de commerce, mandats de paiement ou de rachat des fonds, etc., seront valables, à la seule condition d'être revêtus de la signature d'un ou de deux administrateurs. On évite ainsi les complications qu'entraînerait fatalement la nécessité de faire signer tous ces actes par l'ensemble des administrateurs. — Sur la validité et la portée de cette clause statutaire, V. notamment : Cass., 9 juill. 1872, De Chavanon, [S. 73.1.256, P. 73.634, D. 72.1.404] — Paris, 7 mai 1889, [*J. des soc.*, 91.510]; — 2 mars 1894, [*Rev. des soc.*, 94.322] — V. aussi Houpin, t. 1, n. 801.

4156. — Les statuts peuvent, d'autre part, subordonner la régularité des délibérations du conseil d'administration à la présence d'un nombre minimum d'administrateurs, ou d'une proportion déterminée (la moitié, les deux tiers), auquel cas la délibération ne sera valable que si le *quorum* statutaire a été respecté. — Cass., 9 juill. 1872, précité. — Paris, 20 mai 1887, [*J. des soc.*, 88.306]; — 21 janv. 1889, [*Rev. des soc.*, 89.201] — Grenoble, 12 juill. 1899, Marchand, [D. 1901.2.262]

4157. — La nullité de la délibération du conseil, statuant en dehors des conditions prescrites par les statuts, pourrait d'ailleurs être couverte par une délibération de l'assemblée, agissant dans la limite de ses pouvoirs légaux ou statutaires. — Cass., 20 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.16]

4158. — Que si les statuts sont muets, nous ne saurions admettre, avec quelques auteurs, que le conseil puisse valablement délibérer à la majorité des voix des membres présents, quel qu'en soit le nombre (Vavasseur, n. 815; Deloison, n. 372). Il nous paraît plus juridique d'exiger la majorité des membres composant le conseil. D'une part, en effet, le vœu de la loi est que tous les membres du conseil assistent à chaque conseil et prennent leur part de responsabilité dans chaque décision; d'autre part, cette assistance effective de tous les membres n'est pas toujours possible. On concilie ces deux intérêts opposés en se contentant de la majorité absolue, en calculant cette majorité, non sur les votants, mais sur l'ensemble des membres du conseil, présents ou non à la délibération. — Ruben de Couder, v° *Soc. an.*, n. 312; Houpin, t. 1, n. 812; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 632.

4159. — Les délibérations du conseil sont dirigées par un président élu. Les statuts peuvent décider que la voix du président sera prépondérante en cas de partage; mais, sous réserve de cette prérogative, le président du conseil d'administration n'a pas de pouvoirs autres que l'un quelconque des administrateurs. Il ne pourrait donc faire office de directeur ou d'administrateur-délégué, à moins d'y être formellement autorisé par les statuts. — Houpin, t. 2, n. 814; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 683.

4160. — Le conseil désigne aussi son secrétaire. Si les statuts le permettent, ce secrétaire peut être choisi en dehors du conseil; mais le secrétaire étranger n'a pas voix délibérative. — Houpin, t. 2, n. 815; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 684.

4161. — Les délibérations du conseil d'administration font l'objet de procès-verbaux consignés sur un registre spécial tenu au siège de la société. — Trib. comm. Seine, 10 févr. 1896, [*J. des soc.*, 96.287] — Les statuts peuvent décider que les procès-verbaux seront signés du président ou du président et du secrétaire, ou du président et d'un ou deux administrateurs. En l'absence de toute clause statutaire, les procès-verbaux devraient être revêtus de la signature de tous les administrateurs ayant pris part à la délibération. — Mêmes auteurs.

4162. — Si les administrateurs eux-mêmes ne peuvent isolément faire des actes de gestion valables, à plus forte raison est-il interdit aux simples actionnaires de prendre une part quelconque à l'administration. Ils n'y peuvent coopérer que d'une manière indirecte et intermittente, par leurs votes en assemblée générale; mais en aucun cas la situation prévue par l'art. 1859 et 1863, C. civ., ne saurait se présenter dans les sociétés anonymes. — Trib. Toulouse, 9 févr. 1899, [J. *La Loi*, 5 mai 1899]

2° *Pouvoirs ou attributions du conseil d'administration. — Interdiction pour les administrateurs de passer des marchés avec la société.*

4163. — Le législateur de 1867 ne s'est pas préoccupé de déterminer les attributions du conseil d'administration dans les sociétés anonymes. Il convient donc, si les statuts ne les ont déterminés expressément, de se référer, conformément à la règle suivie d'ailleurs pour les gérants des sociétés en nom collectif ou en commandite, aux principes généraux du mandat, en partant de cette idée que le mandat du conseil d'administration est un mandat général d'administration, dans le sens de l'art. 1988, C. civ. — Delangle, t. 1, n. 140; Bédarride, t. 1, n. 278; Malepeyre et Jourdain, p. 55; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 817; Houpin, t. 2, n. 798; Rousseau, t. 1, n. 2205; Floucaud-Pénardille, n. 687; Thaller, n. 528; Villard, *Des attrib. et de la respons. des administ. dans les soc. anon.*, p. 72; Chausse, *Des administ. de soc. anon.*, p. 33.

4164. — Supposons, tout d'abord, que les statuts aient précisé les pouvoirs dévolus au conseil d'administration; les juges devront alors, en cas de contestation sur la régularité d'une délibération, se conformer strictement aux prescriptions statutaires. C'est donc aux statuts qu'ils devront se référer, d'une part, pour savoir si tel acte déterminé rentrait ou non dans les attributions du conseil d'administration; d'autre part, pour apprécier si l'acte a été décidé dans les conditions et formes que les statuts déterminent. La même observation s'appliquerait aux actes émanés d'un directeur général ou d'un administrateur-délégué. Jugé, en ce sens, que le conseil d'administration d'une société anonyme, n'étant que le mandataire de cette société, ne peut l'obliger que dans les limites assignées à son mandat par les statuts sociaux. Par suite, pour que l'emprunt fait au nom d'une telle société, par son directeur, engage la société elle-même, il ne suffit pas que cet emprunt ait été autorisé par le conseil d'administration; il faut qu'il soit établi, en outre, que le conseil d'administration lui-même n'a donné cette autorisation au directeur que dans la mesure des pouvoirs que lui conféraient les statuts sociaux. — Cass., 22 janv. 1867, Caisse des ass. agric., [S. 67.1.124, P. 67.286, D. 67.1.168] — V. en ce qui concerne l'irrégularité d'emprunts contractés en dehors des prescriptions statutaires : Nancy, 22 déc. 1842, Soc. des marbres des Vosges, [S. 43.2.381, P. 43.2.320] — Bordeaux, 6 août 1853, Célerier, [S. 55.2.717, P. 55.2.174, D. 54.2.14]

4165. — Jugé également que le directeur d'une compagnie anonyme, autorisé par les statuts à procéder au transfert des rentes sur l'Etat et autres valeurs appartenant à la société, avec la signature d'un administrateur, peut, avec le concours d'un administrateur, convertir des actions nominatives en actions au porteur sans l'autorisation du conseil d'administration. Il en est ainsi surtout si les titres portent la mention : *avec faculté de transfert par le directeur assisté d'un administrateur.* — Paris, 4 juill. 1878, Comp. d'ass. gén. contre l'incendie, [S. 78.2.336, P. 78.1297]

4166. — ... Qu'une société anonyme n'est pas liée par la promesse de prorogation de bail faite à l'un de ses locataires par le président du conseil d'administration seul, alors que les statuts exigent la signature de deux administrateurs pour la validité des baux. — Cass., 9 juill. 1872, De Chavanon, [S. 73.1.256, P. 73.634, D. 72.1.404]

4167. — ... Et que le locataire n'a pas d'action en responsabilité contre le président du conseil, à défaut de ratification de cette promesse par la société, s'il a su que celui-ci agissait, non pas en son nom personnel, mais pour le compte de la société, et que les statuts exigeaient les signatures de deux administrateurs pour la validité des engagements sociaux, et si d'ailleurs la non-ratification de la promesse peut être imputée à la faute qu'il

aurait commise lui-même en laissant ignorer à la société l'existence de la promesse. — Même arrêt.

4168. — Dans le silence des statuts, les administrateurs ont, en principe, des pouvoirs identiques à ceux des gérants des sociétés en nom collectif ou en commandite. Ces pouvoirs ayant été étudiés *suprà*, n. 1119 et s., 1797 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Société civile*, n. 509 et s., il nous suffira de passer brièvement en revue les applications les plus usuelles du principe, sauf à insister sur les règles spéciales résultant de l'application de certains textes particuliers aux sociétés anonymes, tels que l'art. 40 de la loi de 1867 relatif aux marchés conclus par les administrateurs avec la société.

4169. — Les administrateurs ont tout d'abord dans leurs attributions tous les actes de gestion intérieure : nomination et révocation des employés et ouvriers, organisation des services, etc. — Villard, *op. cit.*, p. 73.

4170. — En ce qui concerne les rapports de la société avec les tiers, le conseil d'administration a plein pouvoir pour accomplir tous les actes de commerce rentrant dans l'objet de la société : achat de matières premières et de l'outillage, conclusion de marchés, prise à bail des locaux nécessaires à l'exploitation, paiements ou recouvrements, etc.

4171. — ... Ainsi que toutes les opérations accessoires, et spécialement les opérations de crédit ayant pour but de faciliter le règlement des affaires sociales : émissions, crédit, acceptation ou renouvellement d'effets, etc. — Cass., 3 août 1892, [*J. des soc.*, 92.490]

4172. — D'autre part, le conseil a qualité pour représenter la société dans toutes les instances judiciaires ou y défendre pour suivre sur l'appel ou former un pourvoi en cassation. — Cass., 24 mars 1852, La Ligérienne-Tourangelle, [S. 52.1.436, P. 52.1.405, D. 52.1.109]; — 2 déc. 1857, Comp. de la Grand'-Combe, [S. 58.1.291, P. 58.80]; — 13 mars 1876, Peyrelongue et autres, [S. 76.1.361, P. 76.873]; — 28 janv. 1891, Ve Walter et époux Drost, [S. 91.1.256, P. 91.1.619, D. 91.1.339] — 15 janv. 1896, [*J. des soc.*, 96.157] — Paris, 14 févr. 1884, [*Rev. des soc.*, 85.23] — Lyon, 4 févr. 1892, [*J. des soc.*, 92.368] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 800; Rousseau, t. 1, n. 2211; Villard, p. 74.

4173. — Le conseil pourrait d'ailleurs à cet égard déléguer ses pouvoirs à un directeur ou à un administrateur. C'est ainsi qu'une assignation a pu être valablement donnée à une société anonyme en la personne du directeur de l'exploitation sociale, domicilié au lieu où elle s'opère, bien que le siège de la compagnie ait été fixé ailleurs par les statuts, s'il est constaté que ce directeur est généralement reconnu pour le mandataire de la société, et que cette société a ratifié et renouvelé ce mandat. — Cass., 2 déc. 1857, précité. — V. *suprà*, n. 4137 et s.

4174. — Une telle décision, fondée sur une appréciation de fait, échappe à la censure de la Cour de cassation. — Même arrêt.

4175. — Jugé également que lorsqu'une société anonyme a été assignée en la personne d'un individu présenté comme étant le directeur de la société, le pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu au préjudice de cette société peut être formé par le même individu, bien que sa qualité de directeur ait été contestée par la société, alors surtout que l'instance sur le pourvoi est suivie par le véritable directeur. — Cass., 24 mars 1852, précité.

4176. — Remarquons d'ailleurs que, d'après la jurisprudence l'assignation est valablement donnée, au nom de la société, à la requête de son conseil d'administration, sans qu'il soit nécessaire d'y faire figurer les noms de tous les administrateurs. — Cass., 28 févr. 1894, [*J. des soc.*, 95.170]; — 15 janv. 1896, [*J. des soc.*, 96.157] — Paris, 6 févr. 1897, [*Rev. des soc.*, 97.467] — Gand, 6 avr. 1895, [*Rev. pr. soc. belg.*, 95.148] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 800; Rousseau, t. 1, n. 2211. — *Contrà*, Bruxelles, 25 févr. 1895, [*Rev. pr. soc. belg.*, 95.149]

4177. — Au droit pour le conseil d'administration d'ester en justice du chef de la société se rattache le droit pour celui-ci (à moins que la société ne soit en dissolution, auquel cas le liquidateur prend ses lieu et place) de représenter la société en faillite à l'encontre du syndic, agent des créanciers, dans tous les actes où la loi exige la comparution personnelle ou le concours du failli. — Sur la survie du mandat des administrateurs à la faillite de la société, V. notamment, Cass., 9 mai 1854, Migeon, [S. 54.1.673, P. 55.1.437, D. 54.1.203]; — 18 juin 1902, Comte, [D. 1902.1.385 et la note de M. Lacour] — Paris, 29 déc. 1838, Mallet, [S. 39.2.347]; — 12 août 1869, Comp. des chantiers de la Loire, [S. 71.2.233, P. 71.79 et la note de M. Lyon-Caen, D. 70.2.7] — *Sic*, Pont, n. 1907; Pic, *Faill. des soc.*, p. 72 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Faillite*, n. 978 et s.

4178. — Le conseil d'administration ne saurait, au contraire, dans le silence des statuts, être considéré comme autorisé à *emprunter* (emprunt sur nantissement, émission d'obligations, etc.). — Cass., 22 janv. 1867, Caisse des assurances agricoles, [S. 67.1.124, P. 67.286, D. 67.1.168] — Douai, 13 mai 1844, Boca, [P. 45.1.252, D. 45.2.10] — Bordeaux, 6 août 1855, Coletier, [S. 55.2.717, P. 55.2.174, D. 56.2.14] — Alger, 18 mars 1861, Lecrevallier, [S. 62.2.156, P. 63.1093] — Lyon, 22 déc. 1888, [*J. des soc.*, 89.349]

4179. — Quelques auteurs, cependant, distinguent entre les emprunts de sommes modiques et ceux de sommes considérables. Les premiers constitueraient un acte d'administration, permis aux administrateurs, les seconds une véritable aliénation, pour laquelle ils auraient besoin de pouvoirs spéciaux. — Troplong, t. 2, n. 684 et s.; Villard, p. 74. — Mais la doctrine dominante, avec la jurisprudence, rejette cette distinction et considère tout emprunt, quel qu'en soit le chiffre, comme excédant les pouvoirs normaux du conseil. — Duvergier, n. 314; Delangle, n. 140; Malepeyre et Jourdain, n. 88; Houpin, t. 2, n. 800; Rousseau, t. 1, n. 2211; Pont, n. 1629. — V. *suprà*, n. 1153 et s., et v° *Société civile*, n. 476 et s.

4180. — Doivent également être considérés comme des actes de disposition, excédant les pouvoirs des administrateurs, à moins qu'ils n'y soient expressément autorisés par les statuts, soit l'aliénation, soit l'hypothèque des immeubles sociaux. — Cass., 29 janv. 1895 (motifs), Dubois, [S. et P. 95.1.73, D. 95.1.430] — Paris, 5 juill. 1877, Synd. des sucreries de Sermaize, [S. 77.2.295, P. 77.1167, D. 77.2.168]; — 13 févr. 1888, [*J. des soc.*, 89.519] — Pau, 16 mars 1892, Crédit foncier de France, [S. et P. 93.2.125] — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 480.

4181. — Mais ici surgissait, jusqu'à la loi de 1893, une difficulté. Il est incontestable que les administrateurs pouvaient puiser dans un article spécial des statuts ce pouvoir d'hypothéquer qui de droit commun leur fait défaut; il est non moins certain que l'assemblée générale pouvait, soit ratifier par son vote la constitution d'hypothèque irrégulière consentie par les administrateurs... — Paris, 5 juill. 1877, précité.

4182. — ... Soit donner pouvoir d'hypothéquer aux administrateurs, par une délibération spéciale et expresse, le mandat d'hypothéquer ne pouvant d'ailleurs s'induire implicitement de la délibération de l'assemblée générale nommant un administrateur, délégué. — Cass., 3 déc. 1889, Synd. de la soc. métallurgique de Tarn-et-Garonne, [S. 91.1.525, P. 91.1.1280, D. 90.1.105] — Paris, 5 juill. 1877, précité. — Pau, 16 mars 1892, précité.

4183. — Mais il y avait doute sur le point de savoir s'il suffisait d'un mandat *exprès*, conféré par les statuts ou par l'assemblée, ou s'il ne fallait pas quelque chose de plus, c'est-à-dire un mandat authentique. Une fraction importante de la doctrine repoussait cette exigence, qui n'aboutissait à rien moins qu'à frapper de nullité la clause de cette nature inscrite dans les statuts, si les statuts avaient été rédigés par acte sous seing privé, et qui imposait aux sociétés, dont les statuts n'avaient pas prévu la question, des frais fort élevés lorsqu'elles désiraient conférer pouvoir à leur conseil d'hypothéquer les immeubles sociaux, puisqu'en pareil cas la délibération de l'assemblée devait être revêtue de la forme authentique. Pour échapper à cette obligation gênante, on raisonnait ainsi : Les sociétés sont des entités civiles, des personnes morales, à la naissance, à la formation desquelles la loi préside, les soumettant à un certain nombre de formalités essentielles. Lorsque ces formalités ont été remplies, la personne morale est née, elle vit, elle agit, et, de même que la loi s'est préoccupée des conditions dans lesquelles elle doit naître, de même elle s'est préoccupée des conditions dans lesquelles elle doit vivre pour lui assurer les droits appartenant aux personnes morales, la liberté d'action qui lui est nécessaire pour la gestion d'intérêts aussi compliqués et aussi considérables que ceux qui rentrent dans le fonctionnement des sociétés commerciales. La vie de ces sociétés, leur action, se manifeste par certains organes dans lesquels elle se concentre nécessairement, de telle sorte que, lorsque ces organes fonctionnent, c'est la société elle-même, tout entière, qui fonctionne, que les actes faits par ces instruments qui, légalement, ont la disposition de la vie sociale, ces actes sont des actes de la société, doi-

vent être tenus comme faits, non par telle ou telle personnalité déterminée, mais par l'être moral lui-même, c'est-à-dire par la société. Ainsi en est-il des actes du gérant, quand il s'agit de sociétés en commandite par actions, des actes du conseil d'administration, quand il s'agit de sociétés anonymes. Le mandat authentique ne saurait donc leur conférer aucune qualité nouvelle. — Rataud, (*Rev. crit.*, 1882, t. 11, p. 209); Labbé, note sous Cass., 23 déc. 1885, Caisse industrielle du Nord, [S. 86.1.145, P. 86.1.353]; Ruben de Couder, v° *Soc. en gén.*, *Suppl.*, n. 109.

4184. — Mais la jurisprudence, partant de ce principe que le mandat constitué en vue d'un acte authentique doit lui-même être donné par acte authentique, était au contraire unanime à décider que le mandat d'hypothéquer les immeubles sociaux ne pouvait être valablement donné aux administrateurs ou gérants d'une société que par un acte notarié, acte constitutif de la société ou délibération de l'assemblée générale revêtue de la forme authentique. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1911 et s.

4185. — Toutefois, la jurisprudence avait apporté certains correctifs à sa doctrine, notamment au point de vue des conditions d'authenticité du mandat. C'est ainsi qu'il avait été jugé à cet égard que, le dépôt dans les minutes d'un notaire des statuts sous seing privé d'une société, qui donnent aux administrateurs mandat d'hypothéquer les immeubles de la société, a pour effet de donner l'authenticité à ces statuts et de conférer aux administrateurs pouvoirs suffisants pour emprunter et pour hypothéquer les immeubles sociaux, alors que ce dépôt n'est imposé par aucune loi pour permettre à la société d'exister. — Pau, 16 mars 1892, Crédit foncier de France, [S. et P. 93.2.125]

4186. — ... Que le dépôt d'un acte sous seing privé dans les minutes d'un notaire qui en dresse acte a, en effet, pour résultat d'assimiler l'acte sous seing privé à l'acte authentique rédigé par un notaire, quand il est fait du consentement ou avec l'approbation de tous les intéressés. — Même arrêt.

4187. — ... Qu'il n'est pas nécessaire, pour assurer l'authenticité aux statuts, de déposer, avec les délibérations qui les approuvent, une copie de ces statuts, alors que ceux-ci ont été précédemment déposés chez le même notaire qui en a déjà délivré expédition. — Même arrêt.

4188. — ... Que le dépôt confère l'authenticité aux statuts, alors même qu'il a été effectué par un gérant d'affaires, si l'utilité de l'acte, loin d'avoir été contestée, a été reconnue et ratifiée par la société. — Même arrêt. — V. aussi *suprà*, v° *Acte authentique*, n. 61.

4189. — ... Que le mandat donné par les statuts à un associé de remplir toutes les formalités de dépôt et de publicité prescrites par la loi, l'autorise à effectuer le dépôt nécessaire pour permettre à la société d'emprunter hypothécairement, alors que la société, dès sa constitution, se trouvait être obligée d'emprunter. — Même arrêt.

4190. — ... Que le conseil d'administration autorisé à contracter des emprunts hypothécaires par les statuts, avec faculté de déléguer ses pouvoirs à l'un de ses membres, doit d'ailleurs être réputé avoir chargé l'un des administrateurs d'effectuer le dépôt des statuts chez un notaire, alors que les copies des délibérations à déposer ont été remises à celui-ci par le président du conseil d'administration. — Même arrêt.

4191. — ... Qu'il importerait peu, d'ailleurs, que l'administrateur, en effectuant ce dépôt, eût outrepassé son mandat, si la société a ratifié cet acte de dépôt, soit en payant les frais dus au notaire, soit en reconnaissant volontairement ou en justice la validité de l'hypothèque consentie, soit en constatant l'existence de ce dépôt dans des actes publics ou privés. — Même arrêt.

4192. — ... Qu'aucun texte de loi ne prescrit que le pouvoir du déposant lui soit, en ce cas, conféré par un acte revêtu de l'authenticité. — Même arrêt. — V. aussi *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1913 et s.

4193. — Et il avait été jugé également qu'il n'est pas besoin que les administrateurs d'une société anonyme aient été munis d'un mandat notarié les autorisant à opérer, au nom de la société, un paiement avec subrogation du prêteur de deniers dans les droits du créancier, alors que, d'une part, l'emprunt contracté auprès de ce prêteur était autorisé par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires; que, d'autre part, les administrateurs avaient le pouvoir de payer le créancier avec les fonds provenant de cet emprunt, et qu'enfin la subrogation, conséquence du paiement, avait été sans influence sur la situation hypothécaire de la société. — Cass., 5 août 1891, Violatoux et autres, [S. et P. 92.1.57, et la note de M. Garsonnet, D. 92.1.217]

4194. — Même avec les atténuations précédentes, la jurisprudence que nous venons de résumer présentait de réels inconvénients, ainsi rappelés dans le rapport de M. Clausel de Coussergues à la Chambre des députés, sur la réforme de la législation des sociétés : « Il en résulte, non seulement une augmentation de frais, mais encore des complications telles que, dans certaines sociétés, il devient presque impossible de constituer une hypothèque inattaquable. Une simplification est réclamée depuis longtemps. Cette simplification se justifie d'autant mieux que, pour toute autre matière, les actes de sociétés, délibérations, etc., même sous seing privé, sont admis comme donnant garantie suffisante » (V. S. *Lois annotées* de 1893, p. 576; P. *Lois, décr.*, etc., de 1893, p. 576).

4195. — Conformément à ces vues, l'art. 69, ajouté à la loi de 1867 par le législateur de 1893, a rompu avec la jurisprudence antérieure en ce qui concerne les sociétés commerciales, et il décide que les gérants *ou administrateurs* de ces sociétés peuvent valablement hypothéquer les immeubles sociaux, même en vertu des pouvoirs à eux donnés par actes sous seing privé. A plus forte raison, les mandats donnés par des actionnaires à l'effet de les représenter dans la confection des statuts sociaux ou dans l'assemblée générale conférant le pouvoir d'hypothéquer peuvent-ils valablement résulter d'actes sous seing privé. — Ruben de Couder, v° *Société (en général)*, *Suppl.*, n. 114; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 55; Bouvier-Bangillon, p. 184; Houpin, t. 1, n. 428. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 1928, et v° *Société civile*, n. 95.

4196. — Il y a lieu également de décider, par analogie, que les mainlevées d'hypothèques peuvent être consenties dans les mêmes conditions, en vertu de statuts ou de délibérations sous seing privé. — Houpin, t. 1, n. 428, *in fine*, et *Journ. du notar.*, 1893, p. 609.

4197. — Si les pouvoirs du conseil d'administration sont, en principe, ceux d'un gérant de commandite, la loi de 1867 lui interdit cependant, d'une manière formelle, certains actes susceptibles de compromettre gravement les intérêts sociaux. Tels sont les distributions de dividendes fictifs (V. *infrà*, n. 4477); et, en second lieu, le fait de prendre un intérêt, direct ou indirect, dans un marché conclu avec la société.

4198. — L'art. 40 est ainsi conçu : « Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent ».

4199. — I. *Portée de la prohibition.* — La prohibition établie par l'article 40, concerne seulement les marchés et entreprises, c'est-à-dire les opérations comprenant une série de travaux ou de fournitures d'une durée assez longue pour que l'administrateur ait le temps de se faire autoriser par l'assemblée des actionnaires. Un administrateur pourrait donc, sans autorisation, faire avec la société des actes isolés de commerce, alors même qu'ils seraient fréquents et répétés, tels, par exemple, que des opérations d'escompte, des achats ou des ventes de marchandises. — Cass., 16 juin 1891, Lemarchand, [S. et P. 95.1.506, D. 92.1.321] — Douai, 21 mars 1899, Pictot, [D. 1901.2.364] — Trib. comm. Lille, 27 nov. 1898, [*J. des soc.*, 99.523] — A ce point de vue, la loi de 1867 a sensiblement atténué les sévérités du législateur de 1863, qui interdisait (art. 23) aux administrateurs de prendre ou conserver un intérêt dans une *opération quelconque* faite avec la société. — Houpin, t. 2, n. 805; Boistel, n. 312 *bis*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 821; Pont, t. 2, n. 1637; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 320; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 695.

4200. — D'autre part, cette prohibition ne s'applique pas non plus aux marchés et entreprises qui se traiteraient par adjudication, avec publicité et concurrence, mais seulement à ceux qui se concluent de gré à gré. — Houpin, t. 2, n. 805; Alauzet, t. 2, n. 756; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 821; Mathieu et Bourguignat, n. 233; Pont, t. 2, n. 1638; Ruben de Couder, v° *cit.*, n. 322; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 695.

4201. — Elle est également sans application aux traités passés par un ensemble d'administrateurs avec ceux d'une autre société parmi lesquels figureraient quelques-uns des premiers. L'art. 40 ne frappant que les actes personnels à chaque adminis-

trateur, de tels traités seraient valables, surtout si les administrateurs communs aux deux sociétés avaient eu soin de s'abstenir de prendre part aux négociations. — Trib. Seine, 17 mars 1890, [*J. des soc.*, 91.476]

4202. — Mais dans les marchés de gré à gré passés avec la société, les administrateurs ne peuvent prendre aucun intérêt, *ni direct, ni indirect.* Il y a intérêt indirect dans tous les cas où un administrateur doit tirer profit d'un marché, sans y être lui-même partie contractante, ce qui arriverait, par exemple, si cet administrateur avait consenti un marché, au nom et pour le compte de la société, à des individus dont il serait lui-même le créancier, ou encore à une société dans laquelle il aurait un intérêt sérieux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2. n. 821 ; Houpin, t. 2, n. 806; Mathieu et Bourguignat, n. 235; Vavasseur, t. 2, n. 825 ; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 323.

4203. — Les tribunaux ont, à cet égard, un large pouvoir d'appréciation ; non toutefois que la censure de la Cour de cassation ne puisse s'exercer, la définition légale du marché, ainsi que des éléments constitutifs de l'intérêt, soulevant certains points de droit qu'il appartient à la Cour suprême de trancher. — Cass., 16 juin 1891, Lemarchand, [S. et P. 95.1.506, D. 92.1.321] — Douai, 8 août 1889, [*Rev. des soc.*, 91.27] — V. Mathieu et Bourguignat, n. 235; Vavasseur, n. 825 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 821.

4204. — Jugé, en ce sens, que la convention ayant pour objet de confier à l'administrateur d'une société anonyme, moyennant une rémunération à forfait, certaines opérations intéressant la société (spécialement, le règlement des commissions afférentes à la souscription des actions) doit être considérée comme un marché auquel un administrateur ne peut prendre aucun intérêt sans y être autorisé par l'assemblée générale des actionnaires. — Cass., 16 juin 1891, précité.

4205. — En conséquence, la responsabilité de l'administrateur vis-à-vis la société est engagée lorsque, cette autorisation n'ayant jamais été ni sollicitée, ni obtenue, aucune approbation n'a ultérieurement et définitivement couvert l'irrégularité dont le contrat était vicié. — Même arrêt.

4206. — Et le juge du fait a pu résoudre cette responsabilité envers la société en l'obligation pour l'administrateur de justifier de l'emploi de la somme à lui allouée à forfait, pour l'objet déterminé du contrat. — Même arrêt.

4207. — Cette obligation peut d'ailleurs être étendue à un tiers non administrateur de la société (spécialement, à un des fondateurs), qui a participé à la faute commise, et contracté, en recevant la somme attribuée indivisément à l'un et à l'autre, la même obligation de justifier de son emploi. — Même arrêt.

4208. — La prohibition légale peut être levée par une autorisation de l'assemblée générale, qui peut être valablement donnée après la conclusion et même le commencement d'exécution du marché : l'administrateur qui a obtenu cette autorisation doit, de plus, rendre annuellement à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution dudit marché. — Houpin, t. 2, n. 807; Pont, t. 2, n. 1639.

4209. — Remarquons d'ailleurs que la prohibition légale vise uniquement les administrateurs. Le traité intervenu entre la société et un actionnaire non administrateur serait donc valable, s'il n'excédait point les pouvoirs du conseil d'administration, sans qu'il fût nécessaire de se pourvoir d'une autorisation de l'assemblée générale. — Trib. comm. Seine, 6 janv. 1897, [*J. des soc.*, 98.332]

4210. — II. *Sanction de la prohibition légale.* — La sanction de l'art. 40 consiste normalement dans la responsabilité civile des administrateurs et dans le droit, pour la société, de leur réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice qu'ils ont pu lui causer par leurs actes illégaux. C'est ainsi qu'ils lui devraient compte, notamment, de tous les bénéfices illicites qu'ils auraient pu retirer de l'opération. — Cass., 16 juin 1891, précité. — Trib. comm. Toulouse, 25 mai 1886, [*J. des soc.*, 90.9] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 756; Boistel, n. 312; Bédarridé, t. 2, n. 471; Houpin, t. 2, n. 809; Dutruc, *Dict. du content. commerc.*, v° *Soc.*, n. 1312; Pont, t. 2, n. 1642; Ruben de Couder, n. 326; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 822.

4211. — Une autre sanction, spéciale aux marchés conclus *directement* par les administrateurs avec la société, consiste dans la nullité dudit marché, à raison de l'incapacité légale de l'une des parties (Arg., C. civ., art. 1596), nullité qui pourra être déclarée à la requête de la société elle-même. — Paris, 1er juin 1889, [*Rev. soc.*, 89.573] — *Sic*, Bédarride, n. 471; Pont, n. 1842; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 622; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 327; Houpin, t. 2, n. 809. — *Contrà*, Trib. comm. Seine, 28 avr. 1887, [*J. des soc.*, 88.428] — Alauzet, t. 2, n. 756.

4212. — ... La société pouvant toutefois être liée par le marché irrégulier et tenue des obligations qu'il implique dans la mesure du profit qu'elle en aurait retiré (action *de in rem verso*). — Paris, 20 janv. 1888, [*J. des soc.*, 89.70]

4213. — Quant aux marchés conclus entre la société et les tiers, dans lesquels un administrateur aurait un intérêt indirect, il ne saurait être question de les frapper de nullité, le tiers qui y a été partie n'étant personnellement frappé d'aucune incapacité. — Mêmes auteurs. — V. aussi Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 697, *in fine.* — Le droit de la société se borne ici à une action en dommages-intérêts contre l'administrateur, sans préjudice de la faculté de révocation, qu'elle exerce d'ailleurs *ad nutum* au regard de son mandataire. — V. *suprà*, § 1.

4214. — Lorsque les administrateurs croient nécessaire, ou conforme aux intérêts de la société, d'accomplir un acte excédant les pouvoirs qu'ils tiennent de la loi ou des statuts, leur devoir est de convoquer l'assemblée générale, qui, elle, représentant la société et se confondant dans une certaine mesure avec elle, a le droit de disposer du patrimoine social et par conséquent de décider des aliénations, emprunts, hypothèques et autres actes excédant les pouvoirs d'un administrateur. Cette faculté, attribut normal de la propriété, appartient de droit à l'assemblée, sans qu'il soit nécessaire d'insérer à cet égard une clause formelle et expresse dans les statuts. — Cass., 10 mars 1841, Michaud, [S. 41.1.357, P. 41.1.487]; — 7 mai 1844, Charles, [S. 45.1.53, P. 45.1.131, D. 51.5.494]; — 3 mai 1853, Barrié, [S. 53.1.617, P. 54.1.459]; — 16 juin 1891, [*Rev. des soc.*, 91.429 ; — 13 nov. 1893, [*J. des soc.*, 94.133] — Bordeaux, 21 déc. 1840, Charles, [P. 41.1.361] — Paris, 28 mars 1888, [*J. des soc.*, 89.69] — Rennes, 22 nov. 1897, [*J. des soc.*, 99.68] — Nancy, 10 mars 1900, [*J. des soc.*, 1900] — V. aussi les arrêts cités, *suprà*, n. 4182, relativement aux conditions de validité des délibérations de l'assemblée générale autorisant une constitution d'hypothèque. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 820; Houpin, t. 2, n. 799; Pont, n. 1630; *Dict. du not.*, *Suppl.*, n. 135; Villard, p. 86; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 689.

4215. — L'assemblée générale aurait également le droit, dans les mêmes conditions, de ratifier l'acte irrégulièrement accompli, et de couvrir de son vote l'illégalité commise par le conseil d'administration. — Mêmes arrêts. — V. Cass., 13 mars 1876, Peyrelongue et autres, [S. 76.1.361, P. 76.873] — Paris, 29 mai 1889, [*J. des soc.*, 90.75] — Lyon, 28 janv. 1890, [*J. des soc.*, 91.553] — Paris, 10 mars 1892, [*J. des soc.*, 92.289] — Mêmes auteurs. — V. aussi Houpin, t. 1, n. 761.

4216. — Mais dans quelles conditions l'assemblée générale pourra-t-elle statuer ? S'agit-il d'un acte de disposition n'impliquant aucune modification au pacte statutaire, l'assemblée générale ordinaire sera compétente pour l'ordonner ou le ratifier, alors même que les statuts ne l'auraient pas expressément visé. — Cass., 10 mars 1841, 7 mai 1844, 3 mai 1853, 13 mars 1876, 16 juin 1891, précités. — Mêmes auteurs.

4217. — Elle serait au contraire radicalement incompétente si l'acte à accomplir impliquait une modification quelconque au pacte constitutif. « Il faut, dit Troplong, rester dans les termes du contrat, ou le dissoudre ». Toute la question, en cas de discussion sur le point de savoir si la majorité a ou non excédé ses pouvoirs, et si dès lors ses délibérations sont obligatoires pour la minorité récalcitrante, repose donc dans l'interprétation des statuts sociaux. « Une délibération n'est pas nulle, dit M. Delangle (t. 2, n. 437), par cela seul qu'elle ne rentre pas textuellement dans la nomenclature des opérations indiquées dans les statuts sociaux ; il suffit, pour être valable, qu'elle tende à l'exécution sincère du contrat. Les assemblées générales usent de leur droit toutes les fois que, par des moyens directs ou indirects, elles vont au but que se propose la société; mais si la délibération a pour effet de violer les statuts, si elle détourne le fonds social de sa destination, ou si elle transforme la société, elle est radicalement nulle et ses auteurs sont soumis à la réparation du dommage qu'ils ont causé ». — V. Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.* — V. les arrêts rapportés, *suprà*, n. 4214, et spécialement, Cass., 10 mars 1841, 13 mars 1876, 16 juin 1891, 13 nov. 1893; Paris, 28 mars 1888, 10 mars 1892, précités.

4218. — Elle serait également sans pouvoir pour couvrir de son approbation les actes faits en violation des règles constitutives de la société. — Douai, 13 mai 1844, Roca, [P. 45.1.252, D. 45.2.10] — Dijon, 10 avr. 1867, Soc. *l'Abeille*, [S. 68.2.342, P. 68.1246, D. 67.1.398]

4219. — Est-ce à dire qu'en pareille occurrence il sera indispensable d'obtenir l'assentiment *unanime* des associés? Nous touchons ici à la question des pouvoirs dévolus aux assemblées générales extraordinaires en matière de modification aux statuts. V. à cet égard, *infrà*, n. 5247 et s.

3° Effets des actes des administrateurs et directeurs.

4220. — *Actes accomplis par les administrateurs* (*ou directeurs*) *dans la limite de leurs pouvoirs.* — L'effet d'un acte est régi par les principes généraux du mandat; mandataires de la société, ils obligent la société par leurs actes, sans s'obliger eux-mêmes. C'est du reste ce que décide expressément l'art. 32, C. comm. : « Les administrateurs ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle et solidaire relativement aux engagements de la société ». Un administrateur, avant la loi du 22 juill. 1867 qui a aboli la contrainte par corps, n'était donc pas contraignable par corps à raison des dettes de la société. — Cass., 16 juin 1851, Talabot, [S. 51.1.583, P. 51.2.88]; — 19 nov. 1856, Cabanne, [S. 57.1.33, P. 57.871]; — 15 juin 1857, Comp. *la Providence*, [S. 59.1.132, P. 59.407] — *Sic*, Coin-Delisle, *Contr. par corps*, sur l'art. 1, L. 17 oct. 1832, n. 11. — *suprà*, v° *Société civile*, n. 509 et s.

4221. — Jugé de même que les administrateurs (ou directeurs), simples mandataires, ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle, ni solidaire, relativement aux engagements de la société; ils ne peuvent donc être condamnés ni personnellement, ni solidairement, mais seulement en leur nom qualifié (ès-qualités), à l'exécution de ces engagements. — Orléans, 20 juill. 1853, Fréret, [S. 53.2.485, P. 54.1.459, D. 54.2.30] — Douai, 15 déc. 1898, Lonquety, [D. 1900.2.420]

4222. — ... Ou aux fins des instances soutenues par eux pour le compte de la société. — Cass., 6 mai 1835, Sorbet, [S. 35.1.325, P. chr.]

4223. — ... Que les administrateurs d'une société anonyme étrangère non autorisée ne peuvent être actionnés en leur nom personnel, à raison des engagements contractés au nom de la société envers des Français, alors que les statuts de cette société, connus des tiers, disposent que les engagements des administrateurs n'auront rien de personnel et ne lieront que la société. Du moins, l'arrêt qui le décide ainsi, par interprétation de la convention des parties, échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 14 nov. 1864, Trône, [S. 65.1.135, P. 65.290, D. 64.1.466]

4224. — La société, au contraire, est obligée, — pourvu qu'ils aient agi dans la limite de leurs pouvoirs, — non seulement par leurs contrats, *mais même par leurs délits ou quasi-délits* (sauf, en ce dernier cas, la responsabilité personnelle du ou des auteurs du délit, V. *infrà*, n. 4291 et s.).

4225. — Jugé en ce sens que, lorsque les administrateurs, représentants légaux de la société anonyme, ont, dans l'exercice de leurs attributions, pratiqué des manœuvres frauduleuses et commis un dol, la société n'en doit pas profiter, mais doit, au contraire, réparer le préjudice qui en résulte pour les tiers de bonne foi. — Cass., 30 juill. 1895, Liquid. de la Soc. lyonnaise des tramways et chemins de fer, [S. et P. 96.1.288, D. 96.1.132] — V. aussi Cass., 10 janv. 1887, De Loynes et Pitois, [S. 87.1.374, P. 87.1.917, D. 89.1.68] — V. sur le principe *suprà*, v° *Mandat*, n. 710. — V. aussi *suprà*, v° *Société civile*, n. 518 et s.

4226. — Ainsi, au cas où un banquier, ayant reçu d'une société le mandat de procéder à l'émission d'actions nouvelles, a eu recours, pour préparer cette émission et en assurer le succès, à des manœuvres dolosives, la société mandante, responsable des manœuvres à l'aide desquelles le mandataire a déterminé les tiers souscripteurs, ne saurait obtenir le maintien des souscriptions qui lui ont été ainsi procurées. — Cass., 30 juill. 1895, précité.

4227. — Et la société déclinerait en vain la responsabilité des manœuvres pratiquées pour l'émission de ces titres, sous prétexte qu'elles émaneraient exclusivement du banquier, qui aurait souscrit toutes les actions et les aurait ensuite revendues au demandeur, lequel ne pourrait conséquemment avoir d'action que contre le banquier, s'il est constaté par les juges du fait que celui-ci n'a pas revendu des actions par lui personnellement souscrites au demandeur, et que ce banquier n'a traité avec lui que comme mandataire de la société, chargé par elle de procéder à l'émission de ses actions, et sans excéder les limites de son mandat. — Même arrêt.

4228. — Il appartient d'ailleurs aux juges du fond, interprètes souverains des conventions, de déterminer l'étendue et les limites du mandat conféré par les statuts aux administrateurs, et de décider si le mandataire a ou non outrepassé ses pouvoirs. — Cass., 22 mars 1880, Jager, [S. 81.1.166, P. 81.1.389, D. 80.1.326]; — 11 juill. 1883, Synd. Batard, [S. 84.1.389, P. 84.1.977, D. 84.1.151]

4229. — Il ne suffit pas qu'un acte rentre par sa nature, dans les pouvoirs dévolus aux administrateurs pour qu'*ipso facto* cet acte, accompli par un administrateur, oblige la société. Il faut encore qu'il ait été accompli par l'administrateur ou le directeur, ès-qualités, et non pas en son nom personnel. Lorsqu'un acte est accompli *en conseil*, on doit naturellement présumer qu'il est accompli par les membres du conseil. — Trib. comm. Seine, 10 nov. 1900, [J. *Le Droit*, 6 janv. 1901]

4230. — Dans le cas contraire, c'est à celui qui se prévaut d'un prétendu engagement social à en établir le caractère. Jugé en ce sens que pour être admis à réclamer d'une société anonyme le paiement de billets souscrits par les administrateurs, il faut nécessairement justifier de la cause de ces billets et des circonstances de fait dans lesquelles ils ont été créés, de manière à permettre aux juges de reconnaître s'ils l'ont été pour les besoins de la société et dans l'ordre des fonctions des signataires, telles que les statuts de la société les ont déterminées. — Cass., 28 janv. 1891, Walter et Drost, [S. 91.1.256, P. 91.1.619, D. 91.1.339]

4231. — Il en est ainsi spécialement au cas de demande en paiement de bons au porteur, signés par un administrateur de la société. — Même arrêt.

4232. — Lorsque les administrateurs agissent en dehors de la limite de leurs pouvoirs, qu'ils accomplissent par exemple un acte interdit par les statuts ou un acte même non visé par les statuts, mais rentrant dans la catégorie des actes de disposition, la société n'est pas obligée, et ne saurait être poursuivie en paiement des obligations par eux contractées ainsi indûment. — Cass., 22 janv. 1867, Caisse des assurances agricoles, [S. 67.1.124, P. 67.286, D. 67.1.168] — Nancy, 22 déc. 1842, Soc. des marbres des Vosges, [S. 43.2.381, P. 43.2.320] — Bordeaux, 6 août 1853, Célerier, [S. 55.2.717, P. 55.2.174] — Alger, 18 mai 1863, Lechevallier, [S. 63.2.156, P. 63.1093, D. 63.5.353] — Caen, 19 juin 1877, sous Cass., 2 juill. 1878, Bompain, [S. 81.1.411, P. 81.1.1055] — Paris, 23 juin 1897, [*J. des soc.*, 98.65] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 799; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 690; Villard, p. 81.

4233. — Jugé de même que les titres d'obligations, au nom d'une société anonyme, n'engagent point cette société, encore qu'ils soient au porteur et qu'ils aient été acquis de bonne foi, s'ils ont été émis frauduleusement par des personnes n'ayant aucune qualité pour faire cette émission, et si la société n'a consenti ni à emprunter contre la remise de ces titres, ni à les rembourser contre leur représentation. — Cass., 4 juin 1878, Deschamps, [S. 79.1.36, P. 79.57, D. 79.1.132]

4234. — En conséquence, les porteurs de ces prétendues obligations sont mal fondés, au cas où la société est tombée en faillite, à réclamer leur admission au passif, en qualité de créanciers. — Même arrêt.

4235. — ... A moins qu'elle n'ait ratifié après coup l'acte irrégulier ou qu'elle n'ait retiré un profit de l'opération, auquel cas elle est obligée *de in rem verso* dans la mesure du profit encaissé par elle. — Cass., 22 janv. 1867, précité; — 7 juill. 1868, Synd. Rostand, [S. 68.1.357, P. 68.926, D. 69.1.319] — Nancy, 22 déc. 1842, précité; — Bordeaux, 6 août 1853, précité. — Trib. civ. Seine, 21 mai 1896, [*Gaz. Pal.*, 21-22 juin 1896] — Houpin, t. 1, n. 799; Villard, p. 82; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 691. — Sur le principe, V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 722 et s.

4236. — Jugé, en ce sens, qu'une société anonyme est tenue de rembourser aux tiers les avances faites dans son intérêt par ces derniers et dont elle a profité, alors même que, pour sûreté de ces avances, le directeur aurait, sans pouvoirs suffisants, contracté une obligation hypothécaire qui depuis a été annulée. L'annulation de cette obligation de garantie ne fait pas dispa-

raitre l'obligation primitive résultant des avances régulièrement faites à la société. — Cass., 24 mars 1852, La Ligerienne-Lourangelle, [S. 52.1.436, P. 52.1.495, D. 52.1.109]

4237. — Quant aux administrateurs, ils doivent être considérés comme personnellement responsables envers les tiers des actes par eux accomplis en dehors de la limite de leur mandat, notamment des emprunts par eux contractés pour le compte de la société sans pouvoirs suffisants. — Douai, 13 mai 1844, Roca, [P. 45.1.352, D. 45.2.10] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 799; Bédarride, n. 283; Mathieu et Bourguignat, n. 253; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 691; Villard, p. 81. — V. sur le principe, *suprà*, v° *Mandat*, n. 717 et s.

4238. — ... A moins toutefois que les tiers n'aient su pertinemment que les administrateurs excédaient leurs pouvoirs, auquel cas ils doivent être réputés avoir agi à leurs périls et risques, et en prévision d'une ratification de l'assemblée générale, qu'ils savaient susceptible d'être refusée (Arg., C. civ., art. 1997). — Cass., 9 juill. 1872, De Chavanon, [S. 73.1.256, P. 73.634, D. 72.1.404] — *Sic*, Villard, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*; Floucaud-Pénardille, *loc. cit.* — V. au surplus, sur la mesure de la responsabilité personnelle des administrateurs envers les tiers, *infrà*, n. 4246 et s.

§ 3. *Obligations et responsabilité des administrateurs.*

1° *Obligations légales des administrateurs.*

4239. — En dehors des obligations générales qui découlent du contrat de mandat (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 314 et s.), les administrateurs des sociétés anonymes sont tenus de tout un ensemble d'obligations légales, imposées par la loi de 1867. De ces obligations, les unes, celles que la loi impose aux premiers administrateurs au moment de la constitution de la société (formalités constitutives, formes de publicité), ont déjà été étudiées (V. not. *suprà*, n. 3914 et s.). Les autres seront examinées ultérieurement au fur et à mesure de nos développements; il nous suffira pour l'instant d'en faire la brève énumération.

4240. — 1° Les administrateurs doivent tenir les livres de la société, en se conformant aux prescriptions générales du Code de commerce (art. 8 et s.), et mettre ces livres et documents annexes, dans le trimestre qui précède l'assemblée générale annuelle, à la disposition des commissaires de surveillance. L'inventaire annuel, le bilan et le compte des profits et pertes doivent également être mis à la disposition des commissaires le quarantième jour au plus tard avant ladite assemblée. De plus, les administrateurs doivent, chaque semestre, dresser un état sommaire de la situation active et passive de la société (L. de 1867, art. 33 et 34).

4241. — 2° Déposer ledit inventaire au siège social, avec la liste des actionnaires, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, chaque actionnaire ayant le droit d'en prendre communication et de se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire, ainsi que du rapport des commissaires (art. 35).

4242. — 3° Convoquer les assemblées générales dans les cas où la loi en exige la réunion (assemblée générale annuelle pour la reddition des comptes, art. 27, assemblée générale extraordinaire en cas de perte des trois quarts du capital social, art. 37, etc.), veiller à la régularité de leurs délibérations; et faire publier celles de ces délibérations qui tendraient à modifier les statuts.

4243. — 4° Pourvoir à la désignation, par l'assemblée générale ou en cas d'empêchement par le tribunal de commerce du siège de la société, des commissaires de surveillance appelés à exercer sur l'ensemble de leur gestion, un contrôle permanent (Loi de 1867, art. 32).

4244. — 5° Effectuer, avant toute mise en distribution des bénéfices, le prélèvement d'un vingtième, affecté à la formation du fonds de réserve, imposé par l'art. 36 de la loi de 1867 (art. 36), et ne mettre en distribution que des dividendes correspondant à un bénéfice réel. — Sur la sanction de la prohibition de toute distribution de dividendes fictifs, V. *infrà*, n. 4524 et s.

4245. — 6° Rendre compte de leur gestion, comme tout mandataire, à l'assemblée générale annuelle, avec pièces justificatives annexes, et faire connaître à cette assemblée, dans un rapport détaillé, la situation exacte de la société à la clôture de l'exercice (Loi de 1867, art. 27 et 32), etc.

2° *Responsabilité contractuelle et délictuelle des administrateurs.*

4246. — I. *Causes de responsabilité.* — Si, en principe, les administrateurs ne sont pas personnellement obligés par les actes qu'ils ont passés au nom et pour le compte de la société, ils peuvent cependant être déclarés responsables des fautes qu'ils auraient commises dans l'exercice de leurs fonctions soit en vertu des règles du mandat, soit par application de l'art. 1382, C. civ. D'une part, en effet, l'art. 32, C. comm., reconnaît en ces termes au titre *Du mandat* : « Les administrateurs ne sont responsables que de l'*exécution du mandat* qu'ils ont reçu » (C. civ., art. 1992 cbn.). D'autre part, l'art. 44 de la loi de 1867, dans une formule beaucoup plus large, renvoie pour la responsabilité des administrateurs aux règles du droit commun : formule aussi large que possible qui englobe indistinctement la responsabilité contractuelle, basée sur les principes du mandat, et la responsabilité délictuelle que les administrateurs peuvent encourir à l'occasion de l'exécution du mandat qui leur est confié. Cet art. 44 est en effet ainsi conçu : « Les administrateurs sont responsables, *conformément aux règles du droit commun*, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs ».

4247. — En d'autres termes, la responsabilité des administrateurs peut être encourue dans trois hypothèses distinctes : 1° pour infraction aux dispositions expresses de la loi; 2° pour fautes de gestion (la violation des statuts n'étant qu'une variante de la faute de gestion); 3° à raison de leurs délits ou quasi-délits. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 824; Houpin, t. 2, n. 819; Rousseau, t. 1, n. 2226; Thaller, n. 539; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 704; Villard, p. 128; Chausse, *Des administr. de soc. anon.*, p. 64 et s.

4248. — Ainsi que nous l'établirons bientôt, les administrateurs peuvent, sur le premier et le troisième chef (violation de la loi, délits ou quasi-délits), être déclarés responsables, tant au regard des tiers que vis-à-vis de la société et des associés ; sur le deuxième chef, au contraire, il semble plus juridique de décider, bien que la question soit discutée, qu'ils ne répondent pas directement envers les tiers des fautes de gestion dont ils peuvent se rendre coupables, ou du moins qu'ils n'en répondent que si la faute commise contient en même temps les éléments d'un délit civil, ou si elle consiste dans une violation formelle des statuts qui, étant publiés, sont la charte des rapports juridiques entre la société et les tiers, d'où faculté pour ceux-ci de se plaindre directement de leur violation, sans être obligés de recourir à la voie de l'action oblique de l'art. 1166, C. civ.

4249. — A. *Infractions aux dispositions de la loi.* — Ces infractions ne nous retiendront pas longtemps. Nous avons eu déjà l'occasion en effet, de déterminer l'étendue de la responsabilité civile ou pénale, encourue par les premiers administrateurs en cas d'annulation de la société pour constitution irrégulière (V. *suprà*, n. 4530 et s.). Quant aux infractions nées d'un manquement aux prescriptions légales ayant pour objet de réglementer les pouvoirs et les obligations des administrateurs pendant l'exercice de leurs fonctions et relativement à leur gestion, elles peuvent également motiver contre les administrateurs, une condamnation civile à des dommages-intérêts. — Paris, 13 juill. 1892, [*Rev. des soc.*, 93.223]; — 6 févr. 1892, [*Rev. des soc.*, 96.462] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 820; Rousseau, t. 1, n. 2232] — ... Sans préjudice des condamnations pénales auxquelles peuvent les exposer certaines infractions particulièrement graves : fraudes commises à l'occasion de la tenue des assemblées générales (art. 13 et 45), distribution de dividendes fictifs (art. 45 et s.). — V. *infrà*, n. 4530 et s.

4250. — C'est ainsi que les administrateurs pourraient être condamnés envers la société à raison du préjudice causé à celle-ci par la non-convocation de l'assemblée générale annuelle, ainsi que par la violation de l'art. 33, Décr. 22 janv. 1868, sur le mode de placement des valeurs appartenant aux compagnies d'assurances. — Paris, 6 févr. 1892, précité.

4251. — B. *Fautes de gestion.* — En déclarant les administrateurs responsables de leurs fautes de gestion conformément au droit commun, l'art. 44 renvoie implicitement aux règles ordinaires du mandat. Les administrateurs doivent donc, comme tous les mandataires, apporter dans leur gestion les soins d'un

bon père de famille, et ils sont responsables même de leurs fautes légères, sauf à appliquer moins rigoureusement cette responsabilité aux administrateurs dont le mandat est gratuit qu'à ceux dont le mandat est salarié. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 824; Houpin, t. 2, n. 821 ; Rousseau, t. 1, n. 2231 ; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 702; Villard, p. 128 et s. — Sur les obligations du mandataire et sur la responsabilité du mandataire gratuit ou du mandataire salarié, V. Fuzier-Hermann et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1992, n. 1 et s., et *suprà*, v° *Mandat*, n. 314 et s.

4252. — Du principe que les fondateurs ou administrateurs des sociétés anonymes répondent des *fautes* commises au cours de leur gestion, dans les mêmes conditions qu'un mandataire ordinaire, il suit qu'il ne suffit pas au juge du fait, pour dégager leur responsabilité, de déclarer qu'ils n'ont commis ni dol, ni fraude. Il est nécessaire qu'il constate, eu égard aux circonstances particulières de la cause, qu'ils ne se sont rendus coupables d'aucune imprudence ou négligence susceptible d'engager leur responsabilité envers la société, dans les termes du droit commun. — Cass., 18 mai 1887, Piatier, [S. 88.1.109, P. 88.1.201, D. 87.1.400]

4253. — La matérialité des faits allégués comme base de l'action en responsabilité intentée contre les administrateurs (action *mandati*) est d'ailleurs une question de fait dont l'appréciation appartient aux juges du fond. — Cass., 24 janv. 1870, Millaud et Cie, [S. 71.1.75, P. 71.203]; — 11 juill. 1870, Noël et Seronde, [S. 70.1.365, P. 70.958, D. 71.1.137]; — 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.311, P. 82.2.758, D. 81.1.457]; — 18 mai 1887, précité; — 16 juin 1891, [*Rev. des soc.*, 91.427]; — 8 juill. 1895, [*Rev. des soc.*, 95.607] — *Sic*, Pont, n. 1702; Vavasseur, n. 881 ; Houpin, t. 2, n. 821 ; Rousseau, t. 1, n. 2259.

4254. — Seule la vérification du caractère juridique de la faute entraînant la responsabilité est une question de droit, dont l'examen et la solution appartiennent à la Cour de cassation. — Cass., 13 janv. 1892, Chemin de fer du Midi, [S. et P. 93.1. 257, D. 92.1.157] — V. note sous Cass., 19 févr. 1890, Pérignon et autres, [S. 90.1.319, P. 90.1.772]

4255. — Ces principes étant admis, il a été jugé que le président du conseil d'administration, qui a résisté à une action en dissolution de la société pour cause de perte des trois quarts du capital social en déniant cette perte et en s'autorisant, pour la dénier, d'un bilan qui la dissimulait par des évaluations inexactes sur la fausseté desquelles il n'avait pu se faire illusion, a pu être considéré comme ayant commis une faute lourde engageant sa responsabilité envers les actionnaires qui en ont subi un préjudice. — Cass., 24 oct. 1892, Descours, [S. et P. 96.1.495, D. 92.1.600]

4256. — A plus forte raison, lorsque le président du conseil d'administration d'une société anonyme, débiteur personnel d'une maison de banque, s'est concerté frauduleusement avec un administrateur de cette banque, dans le but de réclamer l'actif de ladite société et de l'employer au paiement de sa dette personnelle envers la banque, il est responsable des sommes ainsi détournées et la banque peut être condamnée solidairement avec lui à leur restitution. — Cass., 6 févr. 1893, Soc. de dépôts et comptes courants, [S. et P. 96.1.286, D. 93.1.318]

4257. — Jugé aussi que le président du conseil d'administration répond du préjudice qu'il a pu causer à la société par sa négligence et son impéritie, sans préjudice de sa responsabilité *quasi ex delicto* envers les créanciers pour le même objet. — Riom, 22 juin 1898, [*Rec. Riom*, 97-98.433]

4258. — Tel serait le cas du président qui n'aurait exercé aucune surveillance sur les agissements de l'administrateur-délégué, se serait abstenu de toute vérification des livres qui aurait pu le mettre sur la voie des irrégularités et fraudes imputées audit administrateur, et qui aurait poussé la négligence au point de laisser ouvrir un compte important à un employé notoirement insolvable et consentir un emprunt par la société à un individu en déconfiture. — Même arrêt.

4259. — Le fait de distribuer ou laisser distribuer des *dividendes fictifs* constitue également une faute lourde, que l'art. 44 de la loi de 1867 a eu le soin de viser expressément, à l'exclusion de toutes autres, afin d'en bien mettre en relief la gravité exceptionnelle. Et il importe de faire remarquer que les dividendes fictifs dont il s'agit ici ne sont pas seulement les dividendes répartis en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire, les seuls qui soient sujets à rapport aux termes de l'art. 10, mais bien tous les dividendes distribués en l'absence de bénéfices réels, en conformité d'un inventaire frauduleux ou inexact. Une telle distribution a le caractère d'un délit correctionnel (V. *infrà*, n. 4530 et s.), à la seule condition que la mauvaise foi des administrateurs soit établie (art. 15-3°); à plus forte raison doit-elle pouvoir servir de base à une action civile en dommages-intérêts.

4260. — Ainsi, les administrateurs sont en faute lorsqu'ils proposent la distribution de dividendes fictifs, alors qu'ils savent que la société est en perte et n'ont pu faire voter cette distribution qu'en déclarant dolosivement aux actionnaires que ce dividende est la représentation de bénéfices certains et réalisés : en agissant ainsi, les administrateurs causent un préjudice à la société en amoindrissant indûment le capital social. — Paris, 5 nov. 1890, [*J. des Trib. de comm.*, t. 40, p. 460] — *Sic*, Mathieu et Bourguignat, n. 254; Pont, t. 2, n. 1710; Vavasseur, t. 2, n. 868; Houpin, t. 2, n. 822; Villard, p. 135.

4261. — Spécialement, il y a faute engageant la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme dans le fait d'avoir compris dans le dividende à distribuer sur les bénéfices de l'exercice courant, le reliquat d'un exercice maintenu au compte de profits et pertes par une décision de l'assemblée générale des actionnaires; reliquat où se trouvait d'ailleurs portée une créance éventuelle, contestée par le débiteur et dont les administrateurs ont été obligés, par une transaction ultérieure, de faire un abandon partiel. — Lyon, 17 août 1865, Lacombe, [S. 66.2.231, P. 66.854, D. 66.2.194]

4262. — En conséquence, ces administrateurs sont tenus, envers les tiers qui, sur la foi de dividendes distribués, ont acheté des actions, de les indemniser du préjudice éprouvé par suite de la dépréciation des actions et de la diminution des dividendes ultérieurs. — Même arrêt. — En d'autres termes, les actionnaires *postérieurs* à la distribution de dividendes fictifs ont le droit de se plaindre, d'une part de l'opinion erronée que cette distribution a fait naître dans leur esprit sur la valeur de l'entreprise et conséquemment sur la valeur de ces titres, opinion sans laquelle ils n'auraient pas souscrit; d'autre part, de la diminution du gage résultant de cette réduction clandestine du capital, conséquence nécessaire de toute répartition de dividendes ne correspondant point à des bénéfices réels. — Même arrêt (motifs).

4263. — Mais il importe de faire remarquer que la responsabilité des administrateurs peut, de ce chef, être engagée non seulement vis-à-vis des actionnaires postérieurs à la distribution des dividendes, qui ont pu être induits à souscrire par cette distribution même, mais aussi au regard des actionnaires *antérieurs*. Jugé, en ce sens, que celui qui a acquis les actions de la société avant la mise en distribution du dividende incriminé est recevable, comme les actionnaires postérieurs, à actionner les administrateurs en dommages-intérêts à raison du préjudice que lui a causé cette distribution. — Trib. corr. Seine, 19 févr. 1897, [*Gaz. des Trib.*, 97.1.429] — Paris, 7 janv. 1898, [*Rev. soc.*, 98. 159] — V. Houpin, t. 2, n. 822; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 704.

4264. — ... Sous la double condition toutefois que la distribution incriminée ait causé un préjudice à la société, et que le demandeur n'ait pas lui-même commis une faute ou une imprudence susceptible de lui enlever tout droit à indemnité (fait, par exemple, d'avoir acquis les titres postérieurement à la déconfiture ou mise en liquidation de la société). — Trib. corr. Seine, 19 févr. 1897, précité.

4265. — Ces décisions nous paraissent faciles à justifier. Sans doute, l'actionnaire antérieur à la mise en distribution des dividendes fictifs ne saurait se plaindre d'avoir été induit à souscrire par cette distribution même; il ne saurait se plaindre non plus d'avoir été obligé de rapporter les dividendes perçus, puisque l'art. 10 le dispense du rapport si la distribution est faite en conformité de l'inventaire (V. *infrà*, n. 4480 et s.); mais la distribution lui cause un préjudice, comme d'ailleurs à tous les actionnaires de la même catégorie, en ce sens qu'elle porte atteinte au capital social, et compromet ainsi l'avenir de l'entreprise. Nous sommes donc ici en présence d'une action sociale, exercée *ut singuli* par les actionnaires, dans la mesure où cet exercice *pro parte* de l'action sociale est admissible. — Sur les difficultés et controverses auxquelles cet exercice de l'action sociale par chaque actionnaire a donné lieu, V. *infrà*, n. 5074 et s.

4266. — D'une manière plus générale, les administrateurs

sont en faute toutes les fois qu'ils accomplissent un acte susceptible de compromettre l'actif social, ou d'en modifier l'affectation au détriment des intérêts de l'entreprise dont la direction leur est confiée. Il en serait ainsi : 1° du fait de solder en numéraire ou en titres, des apports immobiliers grevés d'hypothèque. — Bordeaux, 26 mai 1886, [J. des soc., 87.148]

4267. — ... 2° Du fait d'employer les fonds de la société, soit en *reports* sur les actions de la société. — Bourges, 2 mai 1889, [*Rev. des soc.*, 90.15] (sur l'interdiction pour une société de racheter ses propres actions au moyen de prélèvement sur son capital, V. *infra*, n. 4637 et s., soit en avances à une société de banque ou autre dont la situation est désespérée, et dont un administration avisé aurait dû prévoir la ruine prochaine. — Trib. comm. Seine, 14 avr. 1896, [*Rev. des soc.*, 96.325]

4268. — Par contre, ne commettent aucune faute les administrateurs et directeur d'une société anonyme en se livrant a des opérations de Bourse qui se sont soldées en pertes, s'il est reconnu en fait que la faculté de faire ces opérations était comprise dans le mandat donné par les statuts aux administrateurs, et que ceux-ci, en les faisant, se sont inspirés des nécessités des circonstances ainsi que de l'intérêt social. — Cass., 21 janv. 1891, Liquidateurs de la Société générale des réassurances et des coassurances, [S. et P. 95.1.411, D. 92.1.237]

4269. — Il importe peu qu'il s'agisse de spéculations de Bourse proprement dites portant sur des titres cotés au marché officiel ou en coulisse, ou de spéculations sur marchandises, de marchés à livrer. Ainsi, le président du conseil d'administration d'une société ayant pour objet principal l'achat ou la vente de cuivre brut ou façonné et toutes les opérations d'ordre industriel, financier ou commercial s'y rapportant, ne saurait être déclaré responsable des pertes subies par la société sur la revente du stock, alors d'ailleurs que ces ventes à terme sont d'un usage courant dans les établissements similaires pour régulariser les cours et arbitrer les quantités considérables que la consommation serait impuissante à absorber. — Trib. comm. Seine, 8 janv. 1900, [J. *Le Droit*, 1er févr. 1900]

4270. — D'autre part, les administrateurs d'une société anonyme qui, dans le projet préparé par eux d'un traité de cession négocié avec une autre société, se sont mepris sur l'efficacité des garanties offertes par celle-ci, ne peuvent être considérés comme coupables d'une faute de nature à engager leur responsabilité, alors que l'erreur par eux commise portait sur une question susceptible de controverse et qu'elle a été partagée par l'assemblée des actionnaires, qui a approuvé le traité, et par deux juridictions. — Cass., 8 juill. 1895, Synd. de la faillite de la soc. du chemin de fer de Glos-Montfort à Pont-Audemer, [S. et P. 99.1.399, D. 96.1.294] — V. aussi Cass., 2 déc. 1885, Martin, [S.86.1.97, P. 86. 1.225, D. 86.1.357] — Grenoble, 2 avr. 1895, époux Viro, [S. et P. 96.2.197] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 2245 ; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 154. — Sur l'erreur de droit, V. Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1382-83, n. 1691 et s.

4271. — Les administrateurs ne sont pas non plus responsables de la nullité d'une délibération prise librement par les actionnaires réunis en assemblée générale. — Cass., 12 avr 1881, Gautreau, [S. 81.1.241, P. 81.1.593, et la note de M. Labbé, D. 81.1.433]

4272. — Spécialement, ne constitue pas une faute, dont les administrateurs d'une compagnie de chemins de fer soient responsables envers les créanciers sociaux, le fait d'avoir cédé la ligne appartenant à ladite société à une autre compagnie, sans avoir stipulé de la compagnie cessionnaire les garanties nécessaires pour assurer, dans l'avenir, l'extinction du passif que la seconde compagnie avait pris à sa charge par son contrat d'acquisition, alors que, en passant le traité de cession, dans les conditions où il est intervenu, les administrateurs de la société n'ont fait que se conformer strictement au mandat qui leur avait été donné par les actionnaires. — Cass., 19 févr. 1890, Pérignon et autres, [S. 90.1.319, P. 90.1.772, D. 90.1.241]

4273. — Si, d'un autre côté, le mandataire ne peut prétendre se couvrir de l'ordre, ou de l'approbation, à lui donnés par son mandant, pour échapper à la responsabilité résultant d'un quasi-délit, on ne saurait, en principe, attribuer ce dernier caractère au fait par les administrateurs d'avoir conclu un traité de cession dans des conditions examinées et considérées par l'unanimité des actionnaires, réunis en assemblée générale, comme avantageuses pour la société, alors qu'il n'est pas établi, en fait, que la compagnie concessionnaire était, au moment de la cession, dans une situation qui rendait dangereuse la confusion de l'actif social des deux compagnies, et qui, en tout cas, commandait de stipuler, au profit des obligataires, des garanties particulières. — Même arrêt.

4274. — En conséquence, en l'absence de faits constatés suffisants pour constituer les éléments juridiques d'une faute, la décision, prononçant la responsabilité contre les administrateurs de la première société, manque de base légale. — Même arrêt.

4275. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que les administrateurs d'une société anonyme, qui se sont purement et simplement conformés au mandat qu'ils tiennent de l'assemblée générale de se porter acquéreur d'une usine à un prix déterminé, ne sauraient être rendus responsables de l'exagération du prix payé, alors d'ailleurs qu'ils n'ont point excédé le maximum qui leur avait été assigné, et qu'aucune collusion ne saurait leur être reprochée. — Cass., 2 juill. 1901, [*Gaz. Pal.*, 1901.2. 236]

4276. — Et il importerait peu qu'ils aient dû, au lendemain de cette acquisition, faire dans l'usine des transformations considérables et coûteuses, si d'ailleurs ces dépenses s'imposaient, et devaient entrer dant les prévisions de l'assemblée lorsqu'elle a décidé l'acquisition de cet établissement. — Même arrêt.

4277. — De même, la simple réticence, commise par les administrateurs d'une société anonyme de banque, pour n'avoir pas fait connaître au conseil d'administration, alors qu'ils en avaient personnellement connaissance, les irrégularités de gestion et de comptabilité dont le directeur de la société s'était rendu coupable antérieurement à l'existence de ladite société et alors qu'il était employé dans la maison de banque de l'un d'eux, ne constitue pas, de leur part, un dol, ni même une faute d'administration, de nature à engager *de plano* leur responsabilité vis-à-vis de la société, à raison des pertes résultant pour celle-ci de la gestion de son directeur. — Cass., 9 juill. 1888, Thouroude, [S. 89.1.361, P. 89.1.894, D. 88.1.321] — V. Rousseau, t. 1, n. 2233; Villard, p. 135. — V. *infrà*, n. 4312 et s.

4278. — Néanmoins, la connaissance de ces irrégularités de gestion et de comptabilité impose auxdits administrateurs une surveillance plus spéciale à l'égard du directeur qui s'en est rendu coupable, et doit les rendre, en principe, responsables des pertes qui seraient reconnues résulter, pour la société, d'une surveillance insuffisante des faits et actes commis par ledit directeur, en cette qualité et au cours de ses fonctions. — Même arrêt.

4279. — Les fautes de gestion des administrateurs peuvent également provenir de la violation des statuts sociaux. — Rousseau, t. 1, n. 2233; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 698 ; Villard, p. 129. — La plupart des auteurs et une fraction de la jurisprudence estiment même qu'une distinction essentielle, au point de vue de la détermination des personnes admises à se pourvoir en responsabilité, doit être faite entre la simple faute de gestion et la faute consistant dans la violation, volontaire ou non, d'une prescription formelle des statuts. S'agit-il d'une simple faute de gestion, aucun lien contractuel n'existant entre la société et les tiers, ceux-ci ne sauraient être admis à exercer de leur chef l'action sociale en responsabilité ; leur seul droit serait, en cas d'inaction de la société, d'intenter l'action du chef de leur débiteur, conformément à l'art. 1166, C. civ. — Paris, 28 juin 1870, sous Cass., 11 nov. 1873, Chevalier, [S. 74.1.100, P. 74.241]; — 9 févr. 1877, sous Cass., 26 mars 1878, Pereire, Salvador et consorts, [S. 79.1.20, P. 79.24] — Amiens, 26 déc. 1899, [*J. des soc.*, 1901] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 824 *bis;* Houpin, t. 2, n. 827; Chausse, p. 72 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 704. — V. aussi Decugis, *De la responsabilité civile envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions*, 1899.

4280. — Les tiers, au contraire, peuvent, au même titre que les associés, se plaindre de la violation des statuts et réclamer des dommages-intérêts en leur nom individuel, à raison du préjudice que cette violation peut leur causer. En effet, les dispositions des statuts sont, comme les prescriptions de la loi elle-même, une sauvegarde pour la société et une garantie assurée aux tiers. Suivant la formule du tribunal de commerce de la Seine, « les statuts d'une société anonyme ont à la fois pour objet l'intérêt public et l'intérêt des actionnaires et des tiers appelés à contracter avec elle ; leur violation constitue toujours une faute grave, qui entraîne la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des actionnaires *et des tiers* qui ont été lésés ; il suffit donc aux tiers

lésés d'établir la violation de l'acte statutaire pour avoir action contre les administrateurs ». — Trib. comm. Seine, 27 janv. 1866, Administrateurs de la Comp. anon. des houillères et fonderies de l'Aveyron, [D. 67.2.238] — Paris, 1er août 1868, Crédit mobilier, [D. 69.2.65]; — 18 juill. 1895, [*Gaz. Pal.*, 95.2.225] — Trib. comm. Seine, 30 sept. 1889, [*Rev. des soc.*, 90.586] — Mêmes auteurs. — V. aussi Villard, p. 132.

4281. — Cette distinction est, d'ailleurs, beaucoup plus théorique que pratique. Si, en effet, les tiers ne peuvent se plaindre directement d'une faute de gestion envisagée comme telle, puisque le mandat d'administrer n'émane point d'eux, du moins peuvent-ils envisager comme une faute *délictuelle* engageant la responsabilité des administrateurs envers eux, par application du principe général de l'art. 1382, tout acte grave d'imprudence ou de négligence, et à plus forte raison toute manœuvre dolosive susceptible de compromettre leur gage. — Sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle des administrateurs, V. *infrà*, n. 2491 et s.

4282. — Au surplus, nombre d'arrêts se refusent à faire cette distinction, même théorique, et considèrent que les administrateurs d'une société anonyme sont responsables, même envers les tiers, et spécialement envers les créanciers de la société, du préjudice résultant pour ceux-ci de l'inexécution, pour défaut de surveillance ou pour toute autre cause, du mandat qui leur a été conféré. — Cass., 13 janv. 1869, Diemer, [S. 69.1.209, P. 69.508]

4283. — Cette assimilation des tiers aux actionnaires au point de vue de la recevabilité de l'action, même fondée sur une simple faute de gestion, en dehors de toute violation formelle des statuts, est formellement consacrée, d'autre part, par un arrêt récent de la cour de Paris : « Considérant, lisons-nous dans les motifs de l'arrêt, que les administrateurs des sociétés anonymes ont pour mission de sauvegarder non seulement les intérêts de la société et des actionnaires, mais encore ceux des tiers qui contractent avec la société, et qu'ils deviennent responsables vis-à-vis de ces tiers d'un *défaut de surveillance dans la gestion* quand il en résulte pour ces tiers un préjudice ». — Paris, 29 juill. 1898, [*J. des soc.*, 99.162] — V. aussi Riom, 22 juin 1898, [*Rec. Riom*, 97-98.433]

4284. — Il y aurait de sérieuses réserves à formuler sur cette jurisprudence, qui transforme les administrateurs en mandataires virtuels de la masse créancière, alors cependant que leur nomination est le fait des actionnaires seuls. Il nous paraît plus juridique de décider que, si les tiers ont le droit de compter sur l'observation de la loi et des prescriptions statutaires, ils n'ont nullement qualité pour s'immiscer dans l'administration intérieure de la société, et ne peuvent critiquer les actes qui s'y rattachent qu'en tant que ces actes, à raison des circonstances particulières dans lesquelles ils sont intervenus, peuvent être envisagés comme constituant de la part des administrateurs un véritable délit ou quasi-délit civil, engageant leur responsabilité dans les termes de l'art. 1382. — V. *infrà*, n. 4291 et s.

4285. — Quoi qu'il en soit de cette controverse sur les simples actes de gestion, doctrine et jurisprudence, avons-nous dit, s'accordent à déclarer les administrateurs responsables, envers les tiers comme envers les actionnaires, de la violation des statuts sociaux. Par application de ce principe, il a été jugé que l'administrateur d'une société anonyme doit être déclaré responsable vis-à-vis de la société du prêt fait à un tiers, si l'assemblée générale n'a pas été consultée, alors qu'elle aurait dû l'être d'après les statuts. — Cass., 3 déc. 1890, Synd. de la faillite de la Banque nationale, [S. et P. 94.1.389, D. 91.1.117]

4286. — De même, lorsqu'en vertu des dispositions des statuts, les obligations à émettre par la société devaient être garanties par une hypothèque sur les immeubles sociaux, et que d'ailleurs les prospectus et les circulaires annonçaient les obligations sous le titre d'obligations hypothécaires, il en résulte vis-à-vis des souscripteurs et de leur ayants-droit un engagement formel de procurer et de faire rester l'hypothèque promise, et l'inexécution de cet engagement constitue de la part des administrateurs une faute lourde engageant leur responsabilité. — Paris, 14 avr. 1883, De [illegible] et autres, [D. 84.[illegible].122]

4287. — De même encore, si les statuts sociaux portent qu'en cas de perte du vingtième du capital social, le conseil d'administration devra exiger des actionnaires, à concurrence de leur mise, les versements nécessaires pour établir et maintenir le fonds de roulement à son chiffre primitif, que, de plus, en cas de perte du quart du capital social, l'assemblée générale pourra prononcer la dissolution de la société à la majorité prévue par les statuts, et qu'enfin cette dissolution aura lieu de plein droit en cas de perte de la moitié du capital, les administrateurs sont responsables, alors qu'en n'observant pas ces dispositions statutaires, ils ont porté préjudice à la société, que, spécialement, pour se procurer des fonds de roulement à la suite de l'épuisement des ressources de la société, ils ont autorisé la vente des valeurs sociales à des conditions onéreuses, et que, d'une manière générale, la prolongation de la société, dans des circonstances qui, d'après les statuts, nécessitaient des mesures extraordinaires qui n'ont pas été prises, a causé de graves dommages aux associés. — Paris, 17 juill. 1888, [*J. des soc.*, 90.237]

4288. — Mais la violation des statuts n'engage la responsabilité des administrateurs qu'autant qu'il y a eu faute et préjudice réellement causé. Ainsi, bien que les statuts d'une société anonyme prescrivent la remise, tous les six mois, d'un extrait de son état de situation à certains fonctionnaires et dans des dépôts publics désignés, les administrateurs peuvent être exonérés de toute responsabilité résultant de l'inexécution de cette clause, s'il est constaté (et à cet égard l'appréciation du juge du fait est souveraine) que les sociétaires avaient d'autres moyens de connaître la situation des affaires de la société, et qu'en réalité le défaut de dépôt ne leur a causé aucun préjudice. — Cass., 11 juill. 1870, Noël, [S. 70.1.365, P. 70.958, D. 71.1.137]

4289. — De même, les administrateurs qui se seraient abstenus de pratiquer dans les inventaires annuels un certain amortissement prescrit par les statuts, peuvent néanmoins être affranchis de toute responsabilité à cet égard par l'arrêt qui constate souverainement que, si l'amortissement n'a pas été en effet calculé d'une manière uniforme et suivie, les administrateurs en ont cependant tenu compte d'une façon suffisante pour faire connaître avec sincérité aux actionnaires et aux tiers la situation de la société. — Même arrêt.

4290. — Jugé également, avant la loi de 1867, que, au cas où le décret autorisant une société anonyme a prescrit le dépôt d'états semestriels de situation, sans toutefois attacher à cette prescription, comme sanction nécessaire, la responsabilité des représentants de la société, il appartient au juge du fait d'apprécier si l'omission du dépôt constitue une faute assez grave pour donner lieu à des dommages-intérêts vis-à-vis des tiers. — Cass., 24 janv. 1870, Millaud et Cie, [S. 71.1.75, P. 71.202, D. 70.1.177]

4291. — C. *Délits ou quasi-délits.* — Si les administrateurs sont responsables vis-à-vis de la société, en vertu des règles du mandat, pour infraction à la loi ou aux statuts, et pour faute de gestion, leur responsabilité peut également être engagée vis-à-vis des tiers et même vis-à-vis des associés, toutes les fois qu'ils ont commis un acte ayant le caractère d'un délit ou d'un quasi-délit tombant sous le coup de l'art. 1382, C. civ. : peu importe d'ailleurs que cet acte ne soit pas prévu et réprimé par la loi pénale. — Cass., 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.311, P. 82.1.758, D. 81.1.457]; — 18 mars 1891, Laroumets et autres, [S. et P. 94.1.70, D. 91.1.401]; — 31 mars 1896, De Clinchamp-Bellegarde, [S. et P. 96.1.307, D. 97.1.21] — Paris, 12 août 1879, Laco et Boocks, [S. 79.2.235, P. 79.984, D. 80.2.41]; — 19 mars 1895, [*Rev. soc.*, 95.280] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 821; Houpin, t. 2, n. 821; Pont, t. 2, n. 1761; Vavasseur, t. 2, n. 863; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 704; Rousseau, t. 1, n. 2246; Villard, p. 129 et s.

4292. — Il ne saurait être question de donner ici une liste complète des agissements multiples, frauduleux ou non, susceptibles d'engager la responsabilité des administrateurs, *ex delicto*, soit envers les tiers, les créanciers sociaux, soit envers certains actionnaires. Nous ne pouvons indiquer que les causes de responsabilité les plus fréquentes. L'un des cas où l'action délictuelle en responsabilité est le plus souvent admis est celui d'une souscription déterminée par des allégations mensongères, ou des manœuvres frauduleuses : souscription ou achat d'actions. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.2.169, P. 72.285, D. 72.1.233]; — 10 août 1880, précité; — 9 juill. 1888, Thouroude, [S. 89.1.361, P. 89.1.894, D. 88.1.321]; — 31 mars 1896, précité. — Paris, 12 août 1879, précité; — 26 mars 1886, [*J. des soc.*, 90.242]; — 17 juill. 1888, [*J. des soc.*, 90.237]; — 30 mai 1892, [*J. des soc.*, 92.300]; — Amiens, 15 mars 1888, [*J. des soc.*, 90.203] — Lyon, 14 juin 1895, [*Rev. des soc.*, 95.545] — Besançon, 1er févr. 1895, [*J. des soc.*, 95.354] — Sur les consé-

quences du dol dont la souscription peut être entachée, V. *suprà*, n. 2299 et s.

4293. — ... Souscription ou achat d'obligations. — Cass., 26 mars 1878, Pereire, Salvador et consorts, [S. 79.1.17, P. 79.24]; — 18 mars 1891, Soc. du Crédit du Nord, [S. et P. 94.1.70, D. 91.1.401]; — 14 févr. 1898, [*J. des soc.*, 98.300] — Paris, 12 août 1879, précité; — 19 mars 1895, [*J. des soc.*, 95.268]

4294. — Ainsi, les administrateurs d'une société anonyme et le banquier chargé de recevoir les souscriptions, qui, lors de l'émission d'obligations de la société, ont trompé le public en annonçant des garanties qui n'existaient pas, doivent être déclarés responsables vis-à-vis des souscripteurs à l'émission. — Paris, 12 août 1879, précité.

4295. — ... Et même vis-à-vis de toute personne qui, postérieurement, a acheté de bonne foi des titres à la société ou à l'un de ses administrateurs pendant la période de l'illusion ou de l'erreur commune. — Même arrêt.

4296. — De même, les administrateurs d'une société anonyme sont responsables envers le souscripteur d'actions nouvelles dont le capital est perdu, alors que la souscription a été déterminée par les annonces, affiches, notices faites ou distribuées en vue de l'émission et de nature à tromper le souscripteur sur la situation de la société, en ce qu'elles énonçaient un bilan faux, des apports évalués d'une façon exagérée et la distribution de dividendes qui étaient fictifs. — Cass., 31 mars 1896, précité. — Sur la responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui peut incomber aux administrateurs à raison de la distribution de dividendes fictifs, sans préjudice des peines correctionnelles dont ils sont passibles sous certaines conditions, V. *suprà*, n. 4239 et s., et *infrà*, n. 4524 et s.

4297. — Et cette action en responsabilité est dirigée à bon droit, non seulement contre les administrateurs en fonctions lors de ces actes, mais encore contre ceux qui, n'étant entrés en fonctions que depuis, et n'y ayant pas pris part, ont cependant engagé au même degré leur responsabilité envers les tiers, en négligeant de vérifier les inventaires et le bilan, et en se présentant comme garants d'assertions mensongères dont ils auraient dû vérifier et dont ils devaient être réputés avoir vérifié l'exactitude. — Même arrêt.

4298. — A plus forte raison l'administrateur qui a donné sa démission à la veille d'une émission frauduleuse d'obligations doit-il être déclaré responsable s'il est établi en fait : 1° qu'il a sciemment préparé cette émission frauduleuse; 2° qu'il s'est associé à des pratiques ayant pour but de procurer à la société un crédit trompeur; 3° que s'il n'a pas matériellement collaboré à la rédaction des prospectus, il en a, par son silence, renforcé l'autorité, et que sa démission ne peut être considérée que comme un acte d'habileté. — Cass., 14 févr. 1898, Sellier, [D. 1900.1.73]

4299. — Seraient également responsables de la perte éprouvée par les obligataires les administrateurs qui, par une publicité mensongère, auraient fait croire aux souscripteurs que l'emprunt avait simplement pour but d'accroître le fonds de roulement, alors qu'en réalité les fonds empruntés devaient être affectés à l'exploitation proprement dite, qui n'avait jamais pu commencer sérieusement jusque-là, à raison de l'insuffisance du capital initial. — Trib. comm. Nantes, 29 avr. 1899, [*Rec. Nantes*, 1900.1.99]

4300. — Jugé également que le président du conseil d'administration d'une société, qui n'a pris possession de ses fonctions que postérieurement à un emprunt fait par celle-ci, qui n'a pas participé à la rédaction du prospectus publié en vue de cet emprunt, et n'a pas autorisé l'insertion dans ce prospectus de son nom avec celui des autres administrateurs, n'en est pas moins responsable, à l'égard des porteurs d'obligations, trompés par les énonciations mensongères de ce prospectus, s'il l'a connu au moment de la prise de possession de ses fonctions, et a gardé le silence, au lieu de protester contre ses inexactitudes et d'éclairer les souscripteurs non encore libérés du montant de leurs obligations, et les tiers acquéreurs d'obligations postérieurement à l'émission, sur la situation de la société et sur le véritable emploi des fonds provenant de l'emprunt. — Cass., 18 mars 1891 (2e arrêt), Laroumets, [S. et P. 94.1.70, D. 91.1.401]

4301. — Se rend également coupable d'une faute lourde le président du conseil d'administration qui, pour se procurer les fonds dont il a besoin pour prolonger l'existence compromise de la société, crée des billets ou bons, véritables obligations, au remboursement desquels il déclare affecter le non versé restant dû sur les actions, sachant pertinemment que cette garantie est absolument illusoire : 1° parce que l'assemblée générale avait précédemment voté la conversion des actions en titres au porteur; 2° parce que le délai de deux ans pendant lequel les souscripteurs primitifs demeurent personnellement obligés au non versé était sur le point d'expirer. — Cass., 13 mars 1901, [*Gaz. Pal.*, 1901.1.709]

4302. — De la responsabilité des administrateurs il convient de rapprocher celle du banquier émetteur, qui fréquemment sera complice des combinaisons dolosives imaginées par les premiers. — Ruben de Couder, v° *Banque-banquier*, n. 2?; Vavasseur, t. 1, n. 549; Rousseau, t. 1, n. 2253; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1992. — Sur les cas où le banquier peut être considéré comme fondateur, au point de vue des responsabilités résultant du vice de constitution de la société, V. *suprà*, n. 3968 et s.).

4303. — Ainsi, une maison de banque qui a prêté son concours à l'émission des obligations d'une société industrielle, est à bon droit déclarée responsable envers les porteurs d'obligations qui ont souscrit sur la foi des prospectus mensongers, lorsque ladite maison a pris une part directe à la rédaction de ce prospectus, dont elle ne pouvait ignorer les inexactitudes; cette maison de banque ne peut être considérée comme un simple intermédiaire entre l'emprunteur et les souscripteurs des obligations, ouvrant ses guichets pour recevoir les souscriptions sans être responsable des moyens employés. — Cass., 18 mars 1891, Soc. du Crédit du Nord, [S. et P. 94.1.70, D. 91.1.401]

4304. — Il y a lieu d'ailleurs, en pareil cas, quant à la réparation du préjudice, de distinguer deux catégories de porteurs d'obligations : les souscripteurs au moment de l'émission, et les souscripteurs postérieurs à l'émission; les premiers n'ayant souscrit que sur la foi des énonciations mensongères du prospectus ont droit à une entière réparation du préjudice; les seconds n'y ont au contraire droit qu'autant que, vu la date de leurs inscriptions, ils doivent être considérés comme ayant été entraînés par les prospectus et le succès de l'emprunt qui en a été la conséquence. — Même arrêt.

4305. — En ce qui concerne la responsabilité du banquier chargé d'une émission à l'égard des souscripteurs, V. au surplus *suprà*, v° *Banque*, n. 258 et s.

4306. — Les administrateurs d'une société ne peuvent être actionnés en dommages-intérêts par un des associés, à raison du préjudice que lui a causé son entrée dans la société qu'autant que le demandeur prouve l'existence d'un dol ou d'une faute personnelle à ces administrateurs. — Paris, 27 juin 1888, sous Cass., 21 janv. 1890 (sol. impl.), Canadell y Villa Vecchia, [S. 90.1.404, P. 90.1.932]

4307. — Et la demande en dommages-intérêts formée par l'associé contre ces administrateurs, et fondée seulement sur le dol et la fraude, par lesquels l'associé prétend avoir été induit à souscrire des actions de la société, est à bon droit repoussée, lorsqu'il est établi que les administrateurs ont été de bonne foi, et qu'ils n'ont trompé les associés sur aucun point. A cet égard l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Cass., 21 janv. 1890, précité. — V. Trib. comm. Lyon, 15 août 1900, [*Mon. jud. Lyon*, 11 févr. 1901]

4308. — A plus forte raison doit-on repousser l'action en responsabilité formée par des tiers, des créanciers, par exemple, contre les administrateurs, si les faits qu'on leur impute sont de simples actes d'administration intérieure, dont ils peuvent avoir à répondre comme mandataires à l'égard des associés, mais dont ils ne sauraient répondre au regard des tiers, vis-à-vis desquels le principe de leur responsabilité ne peut être puisé que dans l'art. 1382. — Amiens, 26 déc. 1899, [*Rec. d'Amiens*, 99.217]

4309. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que le président du conseil d'administration d'une société ne saurait être déclaré responsable du préjudice causé aux obligataires par les énonciations mensongères du prospectus d'émission, si, d'une part, sa nomination comme administrateur et comme président est postérieure à l'émission, et qu'il n'ait en rien participé à la rédaction de prospectus, et si, d'autre part, il n'est pas établi qu'il ait connu les inexactitudes dudit prospectus à une époque où il eût encore été possible de prévenir utilement les intéressés, c'est-à-dire avant la libération intégrale des obligations souscrites. — Or-

léans, 4 juin 1892, Soc. des Hauts-Fourneaux de Marquise, [D. 96.2.161]

4310. — Réciproquement, les administrateurs d'une société anonyme qui se sont livrés à une circulation abusive d'effets de complaisance ne sont cependant soumis, à raison de ce fait, à aucune responsabilité envers un créancier de la société qui lui-même a été le premier négociateur de ces effets dans l'intention de profiter du crédit de la société. — Cass., 24 janv. 1870, Millaud et Cie, [S. 71.1.75, P. 71.202, D. 70.1.178]

4311. — ... Spécialement envers le banquier de ladite société anonyme, qui aurait, en pleine connaissance de cause, escompté ce papier de complaisance pour le compte de la société. — Trib. Seine, 16 mai 1899, [*J. des trib. comm.*, 1900, p. 796]

4312. — D. *Fautes commises par le directeur.* — Le directeur d'une société anonyme n'est pas personnellement responsable des fautes commises dans la gestion des affaires sociales, s'il n'a agi que sous l'autorité du conseil d'administration, et s'il n'est justifié d'aucune fraude ou manœuvre pratiquée par lui dans son intérêt propre. — Cass., 24 janv. 1870, précité.

4313. — Mais le directeur d'une société anonyme, qui, étant en même temps administrateur d'une seconde société, se livre à un jeu de tirages de traites sans cause, en acceptant pour le compte de la première de ces sociétés des traites dénuées de provision qu'il émet pour le compte de la seconde afin de procurer à celle-ci les ressources dont elle avait besoin, commet une faute lourde, qui engage sa responsabilité vis-à-vis de la société dont il est directeur. — Cass., 18 oct. 1897, Speller, [S. et P. 98.1.357]

4314. — Et, en pareil cas, le concours de l'administrateur de cette dernière société aux acceptations desdites traites ne saurait décharger ledit directeur de toute responsabilité pour des actes qualifiés par le juge de manœuvres blâmables concertées entre eux au détriment de la société et dans un intérêt propre au directeur, comme membre de l'autre société. — Même arrêt. — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 823 ; Rousseau, t. 1, n. 2241.

4315. — Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme sont responsables envers les créanciers du résultat de leur incurie, et de leur négligence à surveiller les opérations de la société et à se conformer aux dispositions de la loi ou des statuts : spécialement si, créateurs de la société et s'étant arrogé un mandat qui leur a été ensuite confirmé, ils ont choisi, pour lui donner une position, un directeur incapable. — Grenoble, 6 juill. 1875, De la Bruyère et autres, [S. 76.2.103, P. 76.451] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 836 ; Houpin, t. 2, n. 823 ; Mathieu et Bourguignat, n. 179 ; Vavasseur, t. 2, n. 807. — V. *suprà*, n. 4258, 4277 et 4278.

4316. — ... S'ils lui ont laissé faire des prêts extra-statutaires. — Même arrêt.

4317. — ... S'ils n'ont pas vérifié le portefeuille et n'ont pas vu qu'il se composait en grande partie d'effets en souffrance... — Même arrêt.

4318. — ... S'ils ont certifié sincères et véritables des inventaires inexacts où, à l'actif, figuraient des effets dus par des insolvables. — Même arrêt.

4319. — La responsabilité des administrateurs, à raison de la mauvaise gestion du directeur, doit, d'ailleurs, être atténuée vis-à-vis des créanciers qui ont commis eux-mêmes des actes d'imprudence. — Même arrêt.

4320. — Au surplus, de ce que, dans une société anonyme (constituée avant la loi du 24 juill. 1867), la gestion des affaires sociales serait plus particulièrement confiée à un directeur nommé par les actionnaires, il ne s'ensuit pas que le mandat des autres administrateurs se borne à un simple contrôle, et que leur responsabilité doive être, en conséquence, restreinte comme celle des membres des conseils de surveillance établis près des gérants des commandites par actions, leur mandat leur donnant, en outre, pouvoir de faire acte de gestion, sauf le concours du directeur. — Cass., 13 janv. 1869, Diemer, [S. 69.1.209, P. 69.508, D. 70.1.67]

4321. — Jugé également, sous l'empire de la loi ancienne, que les administrateurs qui, par une délibération prise en conseil ont autorisé un fait dommageable pour un tiers (spécialement, la contrefaçon de procédés faisant l'objet d'un brevet d'invention), et sont reconnus ainsi avoir participé à ce fait, en sont personnellement responsables : cette responsabilité n'incombe pas seulement au directeur qui a fait exécuter la délibération. En un tel cas, les administrateurs ne peuvent, pour s'exonérer de toute responsabilité, invoquer ni la disposition de l'art. 32, C. comm., ni les statuts de la société, et se retrancher derrière leur qualité de mandataires. — Cass., 21 nov. 1856, Marchal, [S. 57.1.156, P. 57.767]

4322. — Jugé de même sous l'empire de la loi actuelle (Loi de 1867, amendée en 1893) que, lorsqu'un directeur général a été nommé, les administrateurs ont une double mission, attestée par le droit de révocation *ad nutum* que la loi leur confère : mission de contrôle, d'une part, de conseil et de collaboration, d'autre part, en vue d'assurer la marche régulière et normale des services. Ces devoirs constituent la garantie essentielle des tiers qui contractent avec la société, et s'ils y manquent, leur responsabilité est engagée. — Trib. comm. Nantes, 11 déc. 1897, [*J. des trib. comm.*, 99.725]

4323. — Les administrateurs, en d'autres termes, sans être tenus d'entrer dans les moindres détails de la gestion du directeur, doivent administrer en bon père de famille, prêter au directeur une assistance, une collaboration active et efficace, et contrôler l'ensemble de ses actes. Ils seraient en faute, entrant en fonctions à une époque où la société avait à sa tête un directeur ou administrateur-délégué coupable d'agissements suspects, de ne pas exiger à ce moment de ce dernier un compte minutieux, un état de situation sincère et exact qui les eût édifiés sur les procédés d'administration du directeur. — Même jugement. — V. *suprà*, n. 4277.

4324. — Mais il n'y a aucune violation de loi dans l'arrêt qui, en déclarant les administrateurs d'une société non responsables des fautes du directeur, relève à titre de simple considération et non comme raison de droit exclusive de toute responsabilité, leur bonne foi et cette circonstance que ce directeur n'était pas leur mandataire, mais uniquement celui des actionnaires, qui seuls le nommaient et pouvaient le révoquer; alors d'ailleurs que chacune des fautes et infractions imputées au directeur, ainsi que la part qu'y avaient prise les administrateurs, n'en ont pas moins été l'objet d'un examen attentif pour les juges qui en ont conclu l'absence, chez les administrateurs, d'une faute suffisante pour engager leur responsabilité. — Cass., 11 juill. 1870, Noël, [S. 70.1.365, P. 70.958, D. 71.1.137]

4325. — Si, après avoir constaté que la mention des débiteurs insolvables à l'actif des inventaires est le fait personnel du directeur, et ne peut être imputée aux administrateurs qui n'en ont pas eu connaissance, l'arrêt appréciant, dans son ensemble, la conduite générale de ceux-ci, déclare qu'ils n'ont fait que donner des soins éclairés et suivis à l'exécution de leur mandat, cette appréciation souveraine est exclusive de toute faute susceptible d'engager leur responsabilité. — Même arrêt.

4326. — Jugé également que si les administrateurs même non salariés peuvent être déclarés responsables, quoiqu'à un degré moindre que le directeur appointé, des énonciations manifestement mensongères des bilans et inventaires, leur responsabilité ne saurait être engagée si les critiques portent simplement sur certains détails des comptes, que les directeurs seuls pouvaient connaître, ou sur la valeur de certaines créances qu'il était permis de considérer comme sérieuses, bien que d'un recouvrement difficile ou aléatoire, au moment de la rédaction du bilan. — Bordeaux, 4 févr. 1901, [*Rec. Bordeaux*, 1901.1.245]

3° *Appréciation du préjudice. — Quantum des dommages-intérêts.*

4327. — I. *Corrélation entre la faute et le préjudice.* — Les administrateurs ne sont responsables envers les actionnaires comme envers les tiers, pour les causes ci-dessus énumérées, qu'autant que les fautes qu'ils ont commises ont causé un préjudice, et seulement dans la mesure de ce préjudice. — Houpin, t. 1, n. 821; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 825; Rousseau, t. 1, n. 2275. — Sur la relation directe que doit offrir la faute avec le préjudice causé, V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1382, 1383, n. 417 et s., et *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 461 et s.

4328. — En conséquence, il incombe au syndic de la faillite de la société ou au liquidateur, ainsi qu'à tous autres représentants de la société, qui intentent contre les administrateurs une action en responsabilité à raison des fautes commises dans leur gestion, de rapporter la preuve que la perte subie a eu pour cause la faute desdits administrateurs. — Cass., 23 déc. 1889, Labat et Rodies, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 90.1.169]; — 3 mai 1892, Comp. des chem. de fer des Charentes, [S. et P. 92.1.236, D.

92.1.508]; — 18 juill. 1894, Liquidation de la Soc. l'*Assurance financière*, S. et P. 94.1.409, D. 95.1.113] — V. aussi Orléans, 24 juill. 1890, Labat et Rodies, [S. 91.2.154, P. 91.1.883, D. 91.2.337] — ... Et l'appréciation, à l'aide de documents de la cause, du point de savoir si les faits reprochés aux administrateurs ont causé un préjudice à la société, rentre dans les pouvoirs souverains des juges du fond. — Mêmes arrêts.

4329. — Spécialement, chacun de ceux qui font ou ont fait partie d'une société anonyme ne peut, de son chef et en vertu de l'art. 1382, C. civ., agir en responsabilité contre les administrateurs, qu'à la charge de démontrer que les fautes, par lui imputées aux administrateurs, ont eu une influence préjudiciable, soit sur son entrée dans la société, lors de l'achat de ses actions, soit sur sa sortie par une revente, et lui ont causé directement un préjudice. — Cass., 3 déc. 1883, Maslier, [S. 85.1.97, P. 85.1.225 et la note de M. Labbé, D. 84.1.339]

4330. — Il n'y a pas preuve de l'existence du préjudice, lorsqu'il résulte des déclarations des juges du fait que des opérations de Bourse illégalement faites par les administrateurs avec les fonds de la société peuvent nominalement présenter une perte, mais qu'elles ont été, sous d'autres rapports, avantageuses, en maintenant le cours des valeurs de la société et en lui permettant d'émettre ses obligations et ses bons à des prix plus élevés. — Cass., 3 mai 1892, précité.

4331. — De même, l'administrateur d'une société ne peut être déclaré responsable du préjudice qu'elle a subi par suite de l'ouverture d'un crédit irrégulièrement consenti par cet administrateur à un tiers depuis déclaré en faillite, si, par une transaction depuis intervenue hors la présence de l'administrateur entre ce tiers et la société, celle-ci a fait un abandon trop considérable sur le montant de sa créance, alors surtout que l'actif de la faillite était suffisant pour couvrir la société de la totalité de ses avances. — Cass., 16 juin 1891 (4e arr.), Soc. *la Clémentine*, [S. et P. 95.1.506, D. 92.1.321] — V. sur le principe de la responsabilité des administrateurs au cas d'ouverture du crédit fait inconsidérément : Cass., 28 mai 1889, Lemonnier, Chevillotte, Kerros et autres, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90.1.414]

4332. — Jugé également que lorsqu'un arrêt condamne provisionnellement un administrateur liquidateur à des réparations civiles, à raison des fautes par lui commises, comme administrateur d'abord, comme liquidateur ensuite, et déclare en même temps que le préjudice, d'ailleurs certain, causé de ce double chef, ne peut être fixé actuellement quant à son *quantum*, et lorsque la preuve d'une de ces fautes (celle commise par l'administrateur, en cette qualité) n'est pas juridiquement établie, il devient impossible de déterminer le rôle que chacune d'elles, pour le juge, devait jouer, soit dans la réparation totale dont le chiffre était à fixer ultérieurement, soit dans la condamnation provisionnelle d'ores et déjà prononcée. Par suite, la cassation de l'arrêt s'impose dans toutes les parties relatives à ce chef. — Cass., 19 févr. 1890, Pérignon et autres, [S. 90.1.319, P. 90.1.772, D. 90.1.241]

4333. — D'ailleurs, le droit à indemnité que peuvent avoir des actionnaires d'une société anonyme contre les administrateurs de cette société qui, au moyen de manœuvres dolosives ou fautives, les ont déterminés à souscrire de nouvelles actions en doublement du capital social, constitue un droit personnel à ces actionnaires, distinct des actions souscrites et qui ne se transmet pas de plein droit avec elles. — Cass., 11 nov. 1873, Chevalier, [S. 74.1.97, P. 74.241, et la note de M. Labbé, D. 74.1.375] — Paris, 23 juin 1870, X... (3 arrêts), [S. et P. *ibid.*, *ad notam*]; — 28 juin 1870, Labouérie, [S. et P. *ibid.*, *ad notam*]

4334. — Par suite, les tiers qui ont acheté en Bourse, au prix du cours, les actions déjà souscrites et dépréciées et qui, n'ayant éprouvé aucun préjudice des manœuvres des administrateurs, n'ont contre eux, de leur propre chef, aucune action en indemnité, ne peuvent non plus agir comme cessionnaires des droits de leurs vendeurs, les associés souscripteurs. — Mêmes arrêts.

4335. — Jugé même que l'actionnaire qui, au moment où la mauvaise situation d'une société est notoire, cède ses actions à un tiers, peut être présumé renoncer au droit de se plaindre du dol dont il a pu être victime de la part des fondateurs de la société, et que, dès lors, il ne transmet point ce droit à son cessionnaire; qu'en conséquence, celui-ci n'est pas recevable à poursuivre, de ce chef, la nullité de la société. — Cass., 25 janv. 1881, Richard, [S. 81.1.451, P. 81.1.1170, D. 81.1.252]

4336. — II. *Quotité des dommages-intérêts.* — La responsabilité des administrateurs s'étend en principe au préjudice total que leur faute a pu causer. Ainsi s'expliquent et se concilient les divergences, à première vue singulières, entre les décisions rendues au sujet des actions en dommages-intérêts formées par les souscripteurs, les tribunaux condamnant, suivant les cas, les administrateurs à reprendre les titres en remboursant le prix d'acquisition, ou à rembourser à l'actionnaire la différence entre le prix majoré qu'il a payé l'action à la suite de la hausse provoquée par des prospectus mensongers, ou des distributions de dividendes fictifs, et la valeur réelle du titre, celui-ci restant d'ailleurs aux mains du demandeur. Ces condamnations ne sont nullement contradictoires, puisque les unes et les autres tendent à rendre l'actionnaire indemne du préjudice éprouvé par lui, dans les circonstances spéciales où il s'est rendu acquéreur des titres, par suite du fait, du dol ou de la faute des administrateurs ou fondateurs. — Houpin, t. 2, n. 821; Rousseau, t. 1, n. 2278; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 705.

4337. — Jugé à cet égard : 1° Que les administrateurs d'une société anonyme, reconnus responsables envers un certain nombre d'actionnaires du préjudice résultant pour ceux-ci des achats d'actions qu'ils ont faits sur la foi de rapports mensongers, peuvent être condamnés au remboursement du prix intégral des actions, contre remise des titres, et non pas seulement au paiement de la différence entre la valeur réelle de chaque action au moment de l'achat et le prix de cet achat. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.1.233]; — 26 mars 1878, Pereire et autres, [S. 79.1.17, P. 79.24, D. 78.1.303] — Paris, 16 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.124]

4338. — ... 2° Que l'administrateur d'une société anonyme qui, lors de l'émission des actions de cette société, a, par des publications mensongères, amené les tiers à souscrire, peut être condamné à payer à ces tiers, à titre de dommages-intérêts, les sommes par eux versées et l'intérêt de ces sommes à partir de chaque versement, sans que les actionnaires soient tenus de lui restituer leurs titres. — Cass., 10 août 1880, Beaure, [S. 82.1.311, P. 82.1.758, D. 81.1.457]

4339. — ... 3° Que l'allocation des dommages-intérêts dus par les administrateurs d'une société anonyme aux porteurs d'actions qui, sous l'empire de manœuvres dolosives pratiquées par les premiers, ont acheté leurs titres à un prix exagéré, n'a pas pour condition nécessaire la remise de ces titres aux parties condamnées, si ces porteurs ayant revendu leurs titres sans fraude, ni préjudice pour celles-là, l'indemnité qui leur a été allouée consiste dans la différence entre le prix d'achat et le prix de revente. — Cass., 27 mars 1878, Salvador, [S. 79.1.24, P. 79.37]

4340. — Cette revente n'a pu, d'ailleurs, comprendre le droit à des dommages-intérêts né en la personne des acheteurs trompés par suite du délit des administrateurs : droit parfaitement distinct de ceux qui pouvaient leur appartenir en qualité d'associés. — Même arrêt.

4341. — ... 4° Que, la réparation due ne pouvant excéder le préjudice réel né du délit ou quasi-délit imputé aux administrateurs, il convient de décider, d'une part, que les administrateurs ne sauraient être contraints de reprendre les titres qu'ils n'ont point eux-mêmes mis en vente, mais qu'il y a simplement lieu de les condamner à la différence entre le taux d'achat des titres et la valeur réelle de ces mêmes titres calculée d'après le taux moyen de la Bourse dans le mois qui a précédé la demande...; d'autre part, que le juge peut tenir compte, dans la détermination du chiffre des dommages-intérêts, de la date des achats, et de l'imprudence des actionnaires qui ont acquis les titres à un moment où certains indices permettaient déjà de pressentir la mauvaise situation de la société. — Paris, 31 mai 1892, Mamet, [D. 93.2.249]

4342. — A défaut de justification du prix d'acquisition des actions, il appartient aux tribunaux de fixer l'indemnité à laquelle a droit l'actionnaire lésé par les manœuvres des administrateurs, en appréciant les circonstances dans lesquelles les titres ont été achetés. — Paris, 10 août 1879, Laco, [S. 79.2.235, P. 79.983, D. 80.2.41]; — 31 mai 1892, précité.

4343. — Si les actionnaires ou les tiers lésés ont droit, en principe, à la réparation intégrale du préjudice éprouvé, la jurisprudence cependant fait parfois échec à ce principe, et limite les dommages à une partie seulement du préjudice, soit en raison de la bonne foi des défendeurs, soit en raison de la gratuité de leur

mandat. — Cass., 13 janv. 1869, Diemer et Schoulard, [S. 69.1.209, P. 69.508, D. 70.1.67]

4344. — La responsabilité des administrateurs doit, au surplus, être atténuée vis-à-vis des créanciers qui ont commis eux-mêmes des actes d'imprudence. Les tribunaux peuvent même, en tenant compte de la gravité de la faute commise par l'actionnaire ou le tiers, rejeter complètement sa demande en dommages-intérêts. — Grenoble, 6 juill. 1875, De la Bruyère et autres, [S. 76.2.103, P. 76.451] — Paris, 31 mai 1892, précité.

4345. — Ainsi les administrateurs d'une société anonyme qui se sont livrés à une circulation d'effets de complaisance, ne sont cependant soumis, à raison de ce fait, à aucune responsabilité envers un créancier de la société qui lui-même a été le premier négociateur de ces effets dans l'intention de profiter du crédit de la société. — Cass., 24 janv. 1870, Millaud et Cie, [S. 71.1.75, P. 71.202, D. 70.1.178]

4346. — De même, si les administrateurs d'une société anonyme qui, dans leurs rapports aux assemblées générales, ont, par l'inscription qu'ils y ont faite, comme bénéfices réalisés, de diverses valeurs ou créances, annoncé des exercices se soldant en bénéfices à distribuer, alors que, les articles ainsi qualifiés faussement étant retranchés, ces exercices se soldaient en perte, sont responsables tant envers la société qu'ils ont ainsi trompée qu'envers ceux des sociétaires qui n'ont acheté leurs actions que sur la foi de ces faux rapports, cependant cette responsabilité ne peut pas être invoquée par les associés qui ont acheté leurs actions postérieurement à une délibération par laquelle l'assemblée générale aurait rendu notoire le mauvais état des affaires de la société. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

4347. — Il est à remarquer d'ailleurs que l'action en dommages-intérêts, intentée par des cessionnaires d'actions contre les apporteurs et fondateurs d'une société, en tant que membres d'un syndicat formé après la constitution de la société pour le placement des actions par eux souscrites, peut être examinée et accueillie en dehors de toute demande en nullité de la société. — Cass., 19 févr. 1889, Soc. des anciennes raffineries Etienne et Cézard, [S. et P. 92.1.406, D. 89.1.309]

4348. — Dans ce cas, les cessionnaires d'actions, se fondant uniquement sur l'art. 1382, C. civ., pour établir vis-à-vis des membres du syndicat leur droit à des dommages-intérêts, peuvent relever tous les faits dommageables commis par ces membres, toutes les manœuvres dolosives de nature à tromper sur le prix des actions, et particulièrement la majoration intentionnelle des apports en nature. — Même arrêt.

4349. — Vainement on prétendrait que l'approbation des apports en nature donnée dans la seconde assemblée générale interdit à tout intéressé de contester la valeur de ces apports; si cela peut être vrai au regard des apporteurs en nature et des souscripteurs en numéraire, fondateurs de la société, par suite de la connaissance qu'ils avaient de la situation et du bénéfice cherché dans le placement des actions, cela ne saurait l'être au regard des cessionnaires d'actions, demeurés étrangers aux agissements frauduleux des fondateurs, et destinés à en être victimes. — Même arrêt. — V. aussi Cass., 6 juin 1885, Saurin, [S. 87.1.284, P. 87.1.667] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 412. — Sur le principe que l'approbation donnée par l'assemblée générale lie les fondateurs, V. Cass., 10 janv. 1881, Fighiera, [S. 81.1.251, P. 81.1.610, D. 81.1.161] — Paris, 2 avr. 1886, sous Cass., 20 nov. 1888, Congar, Thomé et consorts, [S. 91.1.12, P. 91.1.18]

4350. — Ainsi, ne saurait être utilement critiqué au point de vue du droit l'arrêt qui, pour déclarer les fondateurs et administrateurs responsables de la ruine de la société envers les souscripteurs d'actions, constate l'existence d'un concert frauduleux organisé entre eux et les commissaires vérificateurs pour tromper l'assemblée sur la valeur réelle des apports soumis à son approbation. — Cass., 10 janv. 1899, [*Rev. des soc.*, 99.227]

4351. — Il importe toutefois de remarquer que, lorsqu'en fait les formalités extrinsèques prescrites par l'art. 4 de la loi de 1867 ont été observées, une demande en annulation des souscriptions et conséquemment de la société elle-même ne peut plus être fondée que sur des fautes ou manœuvres dolosives tombant sous l'application de droit commun des art. 1382 et s., dont les art. 42 et 44 de la loi ne sont qu'une application spéciale à la matière des sociétés par actions. — Trib. comm. Lyon, 13 août 1900, *Mon. jud. Lyon*, 11 févr. 1901

4352. — C'est ainsi que l'on ne saurait retenir comme responsables du préjudice éprouvé par les souscripteurs, ni les fondateurs, dont le seul tort serait de s'être de bonne foi trompés sur la valeur exacte des apports, ni les commissaires vérificateurs, inculpés de ne point s'être déplacés pour contrôler *de visu* les apports effectués, alors qu'aucune disposition légale ne leur impose cette vérification matérielle et qu'en fait, leur bonne foi est entière, ni les administrateurs recherchés pour avoir accepté à la légère les assertions inexactes des fondateurs et vérificateurs, alors que dans leur ensemble leur gestion a été prudente et qu'aucune faute lourde ne saurait leur être reprochée. — Même jugement.

4° Caractères de la responsabilité.

4353. — En principe, la responsabilité des administrateurs est purement *individuelle* sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'elle résulte de fautes de gestion, de délits ou quasi-délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Le principe que toute faute est personnelle, et que celui-là seul qui l'a commise peut être condamné à la réparer, est, en effet, applicable, en matière d'administration de sociétés comme en toute autre matière. — Cass., 5 mai 1896, Cons. de Bousquet et Blavoyer, [S. et P. 96.1.345] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 825; Houpin, t. 2, n. 824; Rousseau, t. 1, n. 2268; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. anon.*, n. 230 et s., et *Suppl.*, n. 162; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 721; Villard, p. 142; Chausse, p. 80.

4354. — Pour les fautes de gestion, ce principe est énoncé par l'art. 1995, C. civ. (V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 396), auquel les rédacteurs de l'art. 44 n'ont pas voulu déroger; s'ils n'y ont pas renvoyé expressément, c'est qu'ils entendaient englober dans une formule aussi large que possible la faute contractuelle et la faute délictuelle. — Villard, *loc. cit.*

4355. — Il en résulte que les tribunaux peuvent exonérer de toute responsabilité ceux des administrateurs qui ne se sont rendus coupables *d'aucune faute*. C'est ainsi : 1° Que les administrateurs peuvent être déclarés non responsables du préjudice causé à des tiers par des distributions de dividendes fictifs, s'il est établi qu'ils ont été trompés eux-mêmes par des bilans frauduleux, établis par le président du conseil d'administration, sur des chiffres et documents qu'il leur avait été impossible de contrôler. — Besançon, 17 mars 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.750]

4356. — Sur la responsabilité plus lourde incombant au président du conseil d'administration, tant à raison de la part prépondérante qu'il prend ordinairement aux délibérations, que des renseignements plus complets qu'il peut posséder, V. notamment, Lyon, 12 août 1884, [*Rev. des soc.*, 85.166] — Riom, 22 juin 1898, [*Rec. Riom*, 97-98, p. 433] — Rousseau, t. 1, n. 2274.

4357. — 2° Que la responsabilité encourue par le conseil d'administration pour distribution de dividendes fictifs, résultant de ce qu'on avait compris dans les bénéfices à distribuer le reliquat d'un exercice précédent dans lequel se trouvait portée une créance éventuelle, que contestait d'ailleurs le débiteur et dont les administrateurs ont été obligés, par une transaction ultérieure, de faire un abandon partiel, ne frappe pas ceux des administrateurs qui, résidant dans une autre ville avec une mission spéciale, n'ont pris aucune part aux délibérations du conseil d'administration et sont restés étrangers aux faits incriminés. — Lyon, 17 août 1865, Lacombe, [S. 66.2.231, P. 66.854, D. 66.2.194]

4358. — 3° Que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, qui sont restés étrangers aux fautes engageant la responsabilité du conseil envers la société, peuvent être affranchis de cette responsabilité, encore qu'ils n'aient pas apporté à l'accomplissement de leur mandat toute la diligence et l'exactitude désirables, s'il n'apparaît pas néanmoins qu'il y ait eu, de leur part, une faute véritable dont ils doivent être déclarés personnellement responsables. — Paris, 16 avr. 1870, Monnot et autres, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121]

4359. — A plus forte raison, en est-il ainsi quand la responsabilité invoquée est fondée, non sur le mandat que leur a confié la société, mais sur un quasi-délit commis envers des tiers et résultant, par exemple, de rapports mensongers présentés à l'assemblée générale, lesquels ont déterminé ces tiers à des achats d'actions : en ce cas, la réparation du préjudice éprouvé par les acheteurs incombe exclusivement à ceux des membres du conseil qui se sont livrés à la gestion des affaires sociales, encore que, d'après les statuts, cette gestion dût être exercée sous l'autorité de tout le conseil. — Même arrêt.

4360. — Spécialement, l'administrateur qui, âgé et malade, n'a pris depuis un certain temps aucune part effective à l'administration de la société, qui n'a point participé à l'établissement des bilans frauduleux présentés par ses collègues à l'assemblée générale des actionnaires et a ignoré leurs agissements dolosifs, n'encourt aucune responsabilité envers les actionnaires qui ont été déterminés à acheter leurs titres par ces bilans. — Trib. civ. Seine, 8 juin 1894, [D. *Rép., Suppl.*, v° *Société*, n. 1529]

4361. — Mais l'absence d'un administrateur à une délibération du conseil d'administration ne saurait, par elle seule, produire un pareil effet : car autrement, les administrateurs négligents échapperaient à toute responsabilité en s'abstenant de prendre part aux séances du conseil. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 825; Houpin, t. 2, n. 824; Rousseau, t. 1, n. 2276.

4362. — Aussi l'administrateur qui entend dégager sa responsabilité doit-il avoir soin de faire consigner son opposition au procès-verbal; dans les cas les plus graves, il agira même prudemment, soit en donnant sa démission motivée, soit en provoquant d'urgence la réunion d'une assemblée générale extraordinaire. — Metz, 16 août 1867, Créanciers du Comptoir commercial du Haut-Rhin, [D. 67.2.178] — V. Houpin, *loc. cit.*; Rousseau, *loc. cit.*

4363. — L'administrateur démissionnaire cesse de répondre envers la société ou les tiers des actes postérieurs à sa démission, à moins toutefois que cette démission ait été ignorée de ceux-ci, auquel cas il continuera à être tenu envers eux, sauf son recours contre les membres demeurés en fonctions. — Grenoble, 15 juin 1886, [*Rec. de Grenoble*, 86.212]

4364. — Mais il reste obligé à raison des actes antérieurs à sa démission. — Cass., 27 janv. 1873, Cézard, [D. 73.1.331]

4365. — ... Voire même à raison des délibérations du conseil postérieures à celles-ci, mais précédées d'une série d'actes préparatoires auxquels il a personnellement participé. Tel serait le cas d'une émission frauduleuse d'obligations, votée par le conseil postérieurement à la démission d'un de ses membres, mais préparée par une série d'actes dolosifs (prospectus mensongers, pratiques dolosives destinées à capter la confiance du public), auxquels le membre démissionnaire est convaincu d'avoir participé. — Cass., 14 févr. 1898, Hérit. Sellier, [D. 1900.1.73]

4366. — Par contre, les administrateurs ne sauraient répondre des actes dolosifs ou fautifs antérieurs à leur nomination. Paris, 28 juill. 1895, [*J. des soc.*, 95.433] — Trib. comm. Seine, 20 mai 1896, [*J. des soc.*, 96.445] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 825.

4367. ... A moins que par leurs agissements postérieurs, ils n'assument une part de responsabilité dans lesdits actes, notamment en se portant garants d'assertions fausses dont il leur incombait de contrôler la véracité. — Cass., 31 mars 1896, de Clinchamp-Bellegarde, [S. et P. 96.1.309, D. 97.1.21]

4368. — De ce que la responsabilité des administrateurs est individuelle, il résulte également que les juges peuvent non seulement l'écarter pour les administrateurs qui ne se sont rendus coupables d'aucune faute, mais aussi la diviser entre les administrateurs et la proportionner à la part que chacun d'eux a prise à la faute commune. — Cass., 12 déc. 1879, Desprès et autres, [S. 79.1.217, P. 79.521, D. 79.1.281]; — 3 déc. 1890, Synd. faill. de la Banque nationale, [S. et P. 94.1.389, D. 91.1.117] — Paris, 28 juin 1894, [*Rev. des soc.*, 94.412] — Trib. comm. Seine, 27 mai 1895, [*Rev. des soc.*, 95.349] — Trib. civ. Seine, 6 mars 1895, [*Rev. des soc.*, 95.502] — V. Rousseau, t. 1, n. 2282; Villard, p. 143; Vavasseur, n. 855. — V. aussi Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, sur l'art. 1202, n. 74; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 825. — V. sur l'influence de la bonne foi au point de vue de la modération du chiffre des dommages-intérêts, *suprà*, n. 4343.

4369. — Le juge, saisi d'une action en responsabilité dirigée par une société anonyme contre l'un de ses administrateurs à raison d'une faute de gestion, peut, en déclarant posséder les éléments suffisants d'appréciation, fixer à une somme déterminée la part incombant au défendeur dans l'ensemble des responsabilités encourues par les administrateurs. En statuant ainsi implicitement sur l'ensemble du préjudice souffert par la société, et explicitement sur la part incombant à l'administrateur, le juge exerce son droit souverain d'appréciation. — Cass., 16 juin 1891 (1er arrêt), Lemarchand, [S. et P. 95.1.506, D. 92.1.321]

4370. — Mais si la responsabilité peut être ainsi répartie, l'administrateur d'une société anonyme, actionné en responsabilité par le syndic à raison d'une faute préjudiciable à la société, ne saurait être exonéré de toute responsabilité par ce motif que d'autres administrateurs auraient concouru à la faute; sauf le cas où la solidarité peut et doit être prononcée (V. *suprà*, n. 4373 et s.), la circonstance que le fait dommageable a été commis par plusieurs personnes peut diminuer la responsabilité de celui des auteurs qui est seul en cause, mais non l'en décharger tout entière. En conséquence, les juges doivent rechercher si la faute alléguée est démontrée, et quelle part l'administrateur poursuivi y a prise, et déterminer de cette façon sa part du dommage. — Cass., 3 déc. 1890, précité.

4371. — Il en est ainsi, lors même que les conclusions du syndic auraient tendu à obtenir de cet administrateur seul la réparation du préjudice causé à la société; la teneur de pareilles conclusions ne fait nullement obstacle à ce que les juges, au lieu d'affranchir de toute responsabilité l'administrateur qui avait contribué avec d'autres, non appelés dans l'instance, à causer le dommage, lui en fassent supporter sa part. — Même arrêt.

4372. — Le caractère individuel de la responsabilité n'empêche qu'il n'existe, entre les administrateurs, une sorte de solidarité *réelle* par le fait de l'affectation, à la garantie de leur gestion, de titres déposés dans la caisse sociale, en conformité de l'art. 26. « Ces actions, en effet, sont affectées *en totalité* à la garantie de tous les actes de gestion, *même de ceux qui seront exclusivement personnels à l'un des administrateurs* ». — Sur cet art. 26, V. *suprà*, n. 3614.

4373. — Si la responsabilité des administrateurs est en principe individuelle, la jurisprudence, combinant peut-être abusivement les deux idées d'indivisibilité et de solidarité, a posé en règle que les administrateurs sont responsables solidairement toutes les fois que la faute par eux commise présente le caractère d'une faute *commune et indivisible*, de telle sorte qu'il n'est pas possible de déterminer la mesure de la participation de chacun d'eux dans les faits incriminés. En un mot, il y aurait solidarité, ou tout au moins obligation *in solidum*, toutes les fois que l'on serait en présence, soit d'une faute commune commise dans des conditions telles que la part de responsabilité de chacun ne saurait être exactement déterminée, soit d'un ensemble de fautes communes formant un tout indivisible. — Cass., 25 févr. 1879, Crédit foncier suisse, [S. 81.1.461, P. 81.1.1187]; — 16 déc. 1891, Cotte, [S. et P. 93.1.81, D. 91.1.179]; — 15 juill. 1895, Hennion, [S. et P. 95.1.349, D. 96.1.31]; — 5 mai 1896, De Bousquet et autres, [S. et P. 96.1.345, D. 97.1.20]; — 20 janv. 1902, Hersent, Soc. *la Mana*, [S. et P. 1902.1.280] — Lyon, 17 août 1865, Lacourbe, [S. 66.2.231, P. 66.854, D. 66.2.194] — Paris, 16 avr. 1870, Mannot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121] — Grenoble, 6 juill. 1875, De la Bruyère, [S. 76.2.103, P. 76.451] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 825; Pont, t. 2, n. 1703; Demolombe, *Contrats*, t. 3, p. 211; Boistel, n. 214; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Société anonyme*, n. 163; Vavasseur, t. 2, n. 861; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 721; Rousseau, t. 1, n. 2272; Villard, p. 136; Cohendy, note sous Cass., 16 déc. 1891, [D. 92.1.179]; Boistel, note sous Lyon, 28 janv. 1890, [D. 92.2.34]; Pic, note sous Trib. Villeneuve-sur-Lot, 25 juill. 1892, [D. 93.2.249] — V. aussi sur le principe, Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1202, n. 18 et s.

4374. — Spécialement, les administrateurs sont responsables solidairement envers les tiers qui ont acheté des actions sur la foi de dividendes fictifs, alors que leur défense, comme leur faute, ayant été commune, il est impossible de voir la part de responsabilité qui devait être faite à chacun d'eux. — Lyon, 17 août 1865, précité.

4375. — Il est à remarquer du reste que, si des poursuites correctionnelles étaient exercées contre les administrateurs pour distribution de dividendes fictifs (Loi de 1867, art. 15 et 45) et qu'une condamnation s'ensuivît, il y aurait, conformément à l'art. 55, C. pén., solidarité légale entre les délinquants pour le recouvrement des amendes, dommages-intérêts et frais. — V. *suprà*, v° *Amende*, n. 205 et s.

4376. — Jugé : 1° Que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme qui ont favorisé le détournement d'une certaine somme au préjudice de la société et au profit du directeur, non seulement par leur négligence à remplir les devoirs incombant à leur qualité, mais par leur concours aux manœuvres du directeur, peuvent être condamnés solidairement avec ce dernier à rembourser à la société la somme détournée. — Cass., 16 déc. 1891, précité.

4377. — 2° Que s'il était établi en fait que la gestion d'une société financière n'avait été, depuis sa fondation jusqu'à sa catastrophe, qu'un long enchaînement de pratiques illicites et de manœuvres dolosives, telles que : jeux de bourse, bilans mensongers, distribution de dividendes fictifs; enfin, que, quelque différente qu'eût été la période de temps pendant laquelle chaque administrateur fût resté investi de ses fonctions, il n'en avait pas moins connu le vice d'origine dont la société était entachée, prêté la main aux fraudes, aux malversations qui avaient constamment marqué le cours de sa gestion, et que, tous ayant participé ensemble ou successivement à la faute commune par une coopération indivisible, sans qu'il fût possible d'assigner à aucun, dans la responsabilité collective et générale, une responsabilité particulière et limitée, tous devaient en supporter indivisiblement la conséquence dans les dettes de la société envers les tiers. — Cass., 25 févr. 1879, Crédit foncier suisse, [S. 81.1.461, P. 81.1.1187, D. 80.1.20]

4378. — 3° Que, lorsque des actionnaires ont été amenés à souscrire leurs actions par des annonces, affiches, notices énonçant un bilan faux, des apports évalués d'une façon exagérée et la distribution de dividendes fictifs, ils exercent à bon droit leurs actions en responsabilité non seulement contre les administrateurs qui étaient en fonctions lors de ces actes, mais aussi contre ceux qui, n'étant entrés en fonctions que depuis et n'y ayant pas pris part, ont cependant engagé au même degré leur responsabilité envers les tiers, en négligeant de vérifier les inventaires et le bilan, et en se portant garants d'assertions mensongères dont ils auraient dû vérifier et dont ils devaient être réputés avoir vérifié l'exactitude. — Cass., 31 mars 1896, De Clinchamp-Bellegarde, [S. et P. 96.1.309, D. 97.1.21]

4379. — En pareil cas, les administrateurs, tant nouveaux qu'anciens, doivent être condamnés solidairement à réparer le préjudice causé, alors qu'il est constaté par les juges du fond que, par un ensemble de fautes s'enchaînant les unes aux autres, et dont le résultat est indivisible, ils ont tous contribué, sans qu'il soit possible de déterminer la part de chacun d'eux dans ces résultats, à amener le fait dommageable, à savoir la souscription. — Même arrêt.

4380. — Cet ensemble de fautes connexes constitue en quelque sorte une faute collective dont la responsabilité incombe indivisiblement à tous ceux qui y ont coopéré. — Même arrêt, (motifs). — V. aussi Cass., 10 juin 1899, [*Rev. des soc.*, 99.227]

4381. — Jugé de même que les fondateurs d'une société, qui se groupent et se concertent pour le lancement de la souscription, contractent *ipso facto* l'obligation de veiller en commun à ce que les fonds recueillis ne soient pas détournés de leur destination. Si donc l'un des fondateurs se rend coupable d'un détournement, il n'y a pas lieu de distinguer, au point de vue des tiers, entre la faute de ceux qui détournent et la faute de ceux qui n'ont pas empêché le détournement; on est ici en présence d'une faute commune, dont la réparation incombe *in solidum* à chacun des fondateurs. — Trib. comm. Seine, 22 févr. 1900, [J. *Le Droit*, 9 mars 1900]

4382. — Jugé également que, tous les administrateurs d'une compagnie qui ont embauché un certain nombre d'ouvriers pour une exploitation de placers dans un pays insalubre, en s'engageant, pour les décider à s'y rendre, à leur fournir la nourriture, le logement et les soins médicaux, doivent être déclarés solidairement responsables de la mort d'un des ouvriers, due à l'abandon dans lequel il a été laissé dans sa dernière maladie, si le départ de la responsabilité entre chacun des administrateurs ne peut être établi. — Cass., 20 janv. 1902, précité.

4383. — ... Qu'en conséquence, l'un des administrateurs est à bon droit condamné solidairement avec la société, alors surtout qu'à la date des faits litigieux, il s'occupait spécialement de l'administration du placer. — Même arrêt.

4384. — Mais si chacun des administrateurs actionnés en responsabilité peut être condamné à la réparation du préjudice total causé à la société, et s'il peut même l'être pour des fautes commises après la cessation de ses fonctions, c'est à la condition, d'une part, qu'il y ait faute commune et impossibilité de diviser la responsabilité, et, d'autre part, qu'il soit constaté, entre les fautes commises par les premiers et les derniers administrateurs, un enchaînement tel qu'on n'en puisse séparer les conséquences, c'est-à-dire que le préjudice résultant des secondes fautes ait un lien direct et nécessaire avec les premières. — Cass., 5 mai 1896, précité.

4385. — Ainsi, les représentants d'administrateurs décédés au cours de l'existence de la société ne sauraient être déclarés responsables de la totalité du préjudice causé à la société, tant pour la période antérieure au décès que depuis le décès jusqu'à la liquidation, alors que, pour cette dernière période, les juges du fait n'ont pas constaté la communauté de fautes par un lien nécessaire existant entre les agissements des administrateurs à quelque époque qu'ils aient été en fonctions. — Même arrêt.

4386. — ... Et alors qu'au contraire, des constatations des mêmes juges du fait, résulte le caractère personnel des fautes commises par les autres administrateurs depuis le décès de leurs collègues, fautes dont la gravité a été spécialement déterminée avec fixation de la proportion du préjudice à réparer; on ne saurait ici exciper d'une prétendue indivisibilité ayant pour conséquence d'imposer aux représentants des administrateurs décédés la réparation d'un préjudice créé après le décès de ceux-ci. — Même arrêt.

4387. — Il importe d'ailleurs de faire remarquer que les conclusions prises en première instance et en appel, et tendant, de la part du liquidateur d'une société anonyme, à la condamnation des héritiers de certains administrateurs, à la réparation de la totalité du préjudice par eux causé à la société, et, de la part de ces héritiers, à la déclaration de leur entière irresponsabilité, ont pour effet de saisir les juges du fond de la question de savoir si la responsabilité de ceux-ci n'est pas au moins partielle. — Par suite, n'est pas nouveau et, comme tel, irrecevable, le moyen de pourvoi tendant à la déclaration d'une responsabilité seulement partielle. — Cass., 5 mai 1896, précité. — *Sic*, Crépon, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, t. 2, n. 1382 et s. — V. *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 2568 et s.

4388. — En résumé, la théorie de la jurisprudence, telle qu'elle se dégage de l'ensemble des arrêts précités, peut se ramener aux propositions suivantes : responsabilité personnelle, pouvant être remplacée par une responsabilité solidaire si les fautes reprochées à un ensemble d'administrateurs ont été communes et si la part revenant à chacun ne peut être déterminée ; si les fautes ont été commises postérieurement à la sortie de l'administrateur du conseil d'administration ou à son décès, nécessité, pour mettre à sa charge la responsabilité du préjudice que ces fautes ont pu causer, d'établir entre les actes des premiers et des derniers administrateurs un enchaînement tel qu'on n'en puisse séparer les conséquences, c'est-à-dire que le préjudice résultant des secondes fautes ait un lien direct et nécessaire avec les premières.

4389. — La seule difficulté est de savoir si, dans les cas où, à raison de l'indivisibilité de la faute, les tribunaux admettent la solidarité, on se trouve en présence d'une solidarité parfaite, avec toutes les conséquences juridiques que celle-ci comporte, notamment au point de vue du mandat réciproque des codébiteurs pour tous les actes tendant à conserver et perpétuer l'obligation, — ou simplement d'une solidarité imparfaite ou obligation *in solidum*. — L'opinion dominante est qu'il ne peut s'agir ici que d'une obligation *in solidum*, n'impliquant aucune idée de mandat réciproque. En conséquence, la prescription interrompue à l'égard de l'un continue de courir au profit des autres codébiteurs; l'appel interjeté par l'un des codébiteurs contre le créancier ne profitera pas aux autres, pas plus que l'appel interjeté par le créancier contre l'un des codébiteurs ne sera opposable aux autres, etc. — V. Paris, 8 févr. 1877, Peltzer et autres, [D. 77.2.88] — Cohendy, note sous Cass., 16 déc. 1891, Cotté, Delannoy et Cordier, [D. 92.1.179]; Garraud, *op. cit.*, p. 869. — V. cep. Paris, 28 juin 1894, [*Rev. soc.*, 94.413] — Pour plus de détails sur les effets de la solidarité, V. *suprà*, v° *Obligations*, n. 447 et s., 466, et *infrà*, v° *Solidarité*, n. 194 et s.

4390. — De la responsabilité pour faute de gestion, ou pour délits commis à l'occasion de la gestion, il convient de rapprocher, au point de vue des effets qu'elle produit, la responsabilité qui peut incomber aux administrateurs à raison de l'irrégularité des actes ou délibérations postérieurs à la constitution de la société. Il a été jugé en effet, antérieurement à la loi de 1893, que c'est par une erreur de rédaction que la loi du 24 juill. 1867, dans son art. 42, qu'il faut rapprocher de son art. 41, semble assimiler, au point de vue de la responsabilité qui en découle pour les administrateurs d'une société anonyme, la nullité de la société elle-même pour vice de constitution, et la nullité des actes et délibérations postérieurs à cette constitution, lesquels

n'auraient pas été publiés conformément à la loi; en réalité, la solidarité n'y est édictée que pour le premier cas. — Cass., 16 janv. 1878, Synd. de la Soc. des Verreries de Gaillac, [S. 78.1.441, P. 78.1169, D. 79.1.209] — V. Mathieu et Bourguignat, n. 242; Alauzet, *Code de comm.*, t. 1, n. 555; Rivière, n. 268 *bis;* Boistel, p. 221, n. 315; Vavasseur, t. 2, n. 884.

4391. — Dès lors, si pour ce cas, il était possible d'admettre (avant la loi de 1893) une responsabilité indéfinie, solidaire, s'étendant à tout le passif social, il en doit être autrement du second cas, qui est régi seulement par les règles de droit commun. — Même arrêt.

4392. — En conséquence, s'il s'agit d'une action en responsabilité solidaire, indéfinie, s'étendant à tout le passif social, dirigée par le syndic de la société tombée en faillite, à raison de la nullité d'actes et de délibérations postérieurs à la constitution de la société et non publiés, contre les administrateurs à qui la nullité est imputable, la décision qui, appréciant cette action d'après les règles de droit commun, l'a déclarée mal fondée, n'a pu violer l'art. 42, précité. — Même arrêt.

4393. — La distinction précédente a conservé son intérêt, même depuis la loi de 1893. En effet, tandis que l'art. 42 nouveau déclare les fondateurs et premiers administrateurs *solidairement* responsables du préjudice causé aux tiers ou aux actionnaires par la nullité (V. *suprà*, n. 3910 et s.), l'art. 44 au contraire déclare la responsabilité individuelle ou solidaire, suivant les cas. Il n'est donc pas indifférent de rattacher la responsabilité encourue, à raison des irrégularités postérieures à la constitution de la société, à l'art. 44 plutôt qu'à l'art. 42.

4394. — Sur l'exercice des actions en responsabilité, la distinction des actions sociales et des actions individuelles, et la prescription opposable à chacune d'elles, V. *infrà*, n. 5074 et s.

Section II.

Gérants de sociétés en commandite par actions.

4395. — Nos explications sur ce point seront très-brèves. Nous avons en effet donné soit à propos de la société en nom collectif, soit à propos de la commandite en général, soit à l'occasion des règles constitutives des sociétés par actions, tous les développements nécessaires. Il nous suffira, en conséquence, de fournir ici quelques brèves indications sur les pouvoirs, les obligations légales et la responsabilité des gérants, dans la commandite par actions. — V. *suprà*, n. 1119 et s., 1279 et s., 1769 et s., 1797 et s., 3523 et s., 3899 et s., 4080, 4081.

§ 1. *Pouvoirs du gérant.*

4396. — On s'accorde à admettre, en doctrine comme en jurisprudence, que les pouvoirs du gérant, dans la commandite par actions, sont en principe ceux du gérant de commandite simple, lesquels ne sont autres que ceux d'un gérant de société en nom collectif. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 999; Houpin, t. 1, n. 682; Rousseau, t. 1, n. 2083; Thaller, n. 522; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 957. — V. *suprà*, n. 1797 et s.

4397. — Ce principe comporte toutefois une double réserve, tant à raison de l'existence dans la commandite par actions d'un pouvoir de contrôle obligatoire, que de la présence d'une assemblée générale, organe de la volonté commune des actionnaires. Par le fait de ces deux rouages modérateurs, la liberté d'action du gérant sera, le plus souvent, beaucoup plus restreinte dans la commandite par actions que dans la commandite simple.

4398. — En effet, tout d'abord, la loi exige, dans toute commandite par actions, la constitution, *ab initio*, d'un *conseil de surveillance*, appelé à contrôler l'ensemble de la gestion, et investi en outre de certaines attributions précises déterminées par la loi (V. *infrà*, n. 4679 et s.), qui ne sauraient lui être enlevées même par une clause formelle des statuts. L'organisation d'un conseil de surveillance est au contraire facultative dans la commandite simple. — V. *suprà*, n. 1900 et s.

4399. — De plus, dans toute commandite par actions, les commanditaires sont légalement et obligatoirement groupés en une collectivité délibérante, si bien que certains auteurs ont pu soutenir que la qualité de commanditaire appartenait ici, non point à chaque actionnaire individuellement envisagé, mais à l'ensemble des actionnaires, représentés par l'*assemblée générale*, organe essentiel de toute société par actions. « Le commanditaire, écrit M. Thaller (p. 316, note 1), c'est la société de tous les actionnaires réunis, en face du commandité. Or, évidemment, cette société, comme être abstrait, n'est jamais en mesure de gérer. Les actionnaires qui la composent ne méritent pas légalement la dénomination personnelle et directe de commanditaires ».

4400. — Nous examinerons *infrà*, n. [illegible] et s., à propos des modifications aux statuts, ce qu'il faut penser de ce concept, et si une assemblée générale extraordinaire peut imposer au gérant des modifications substantielles qui ne tendraient à rien moins qu'à annihiler ou même à supprimer la gérance (par exemple : clause déclarant le gérant révocable *ad nutum*, conversion de la société en société anonyme, etc.). Dès maintenant, il importe de constater que la seule présence auprès du gérant, même statutaire et irrévocable, de l'assemblée générale des actionnaires, limite en fait son champ d'action, et que cette limitation est beaucoup plus étroite lorsque les statuts autorisent la révocation *ad nutum* du gérant par l'assemblée générale. — Sur la légalité de cette clause de révocation, V. Cass., 9 mai 1860, Richard, [S. 60.1.621, P. 60.1125, D. 60.1.279]; — 28 avr. 1863, Bœuf, [S. 63.1.383, P. 64.48, D. 63.1.408]; — 25 nov. 1872, Bouguet, [S. 73.1.385, P. 73.951, D. 75.1.479]; — 8 mars 1892, [*Rev. des soc.*, 92.196] — *Sic*, Pont, n. 1437; Houpin, t. 1, n. 226; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 950. — *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, n. 509 et 1002.

4401. — La jurisprudence paraissant, à tort ou à raison, fixée dans le sens de la légalité de la clause de révocation, même insérée après coup par l'assemblée générale extraordinaire, ainsi que nous le verrons (*infrà*, chap. 6, sect. 2), il en résulte que dans la pratique, les gérants de commandite sont devenus à peu près aussi dépendants de l'assemblée que peuvent l'être les administrateurs de sociétés anonymes, ce qui ne laisse pas que de fausser sensiblement le caractère même de la commandite.

4402. — On objecte, il est vrai, que d'après la jurisprudence elle-même il convient d'étendre à la commandite par actions le principe formulé dans les art. 27 et 28, C. comm., de l'interdiction pour les commanditaires, et conséquemment pour l'assemblée générale, de *s'immiscer dans la gestion* (V. *suprà*, n. 1540 et s.); mais il suffit de se reporter aux décisions judiciaires récentes pour constater que dans les sociétés en commandite, cette prohibition d'immixtion est plutôt platonique qu'effective. Pour être effective, elle devrait avoir pour conséquence d'interdire à l'assemblée générale la faculté d'autoriser, par une délibération prise à la majorité des voix, le gérant à accomplir les actes excédant les pouvoirs que lui confèrent les statuts. D'une part, en effet, on peut dire que le fait de conférer à l'administrateur des pouvoirs étrangers à l'acte social est de nature à induire les tiers en erreur sur la qualité du commanditaire; d'un autre côté, la généralité du texte et l'argument *a contrario* tiré de l'al. 2, art. 27, ont la même valeur que dans le cas précédent. Enfin, et surtout, les autorisations de ce genre données à l'administrateur entraînent précisément l'inconvénient en prévision duquel l'art. 27 paraît avoir été surtout édicté : le commanditaire pourrait, à l'aide de ces autorisations, accomplir les actes les plus aléatoires et les plus périlleux aux risques de la société et sans s'exposer à un préjudice considérable.

4403. — Telle est effectivement la conclusion logique à laquelle est arrivée la jurisprudence italienne. Ainsi jugé que constituait une ingérence illicite dans les affaires sociales le fait de participer à la nomination d'un nouvel administrateur en remplacement de celui qui avait été nommé par les statuts de la société. — Cass. Turin, 12 juill. 1892, Massa, [S. et P. 93.4.13, et la note de M. Wahl] — Il en est de même du fait de concéder à l'administrateur une autorisation qui ne lui est pas accordée par l'acte social, notamment celle de se livrer à des jeux de Bourse interdits par les statuts. — Même arrêt.

4404. — Dans ces différentes hypothèses, d'après la jurisprudence italienne, l'unanimité des associés, commanditaires et commandités, est nécessaire, et les actionnaires s'exposent, en prenant une délibération à la majorité, à être considérés comme ayant fait acte d'immixtion, et comme responsables au regard des tiers des suites de l'autorisation par eux donnée.

4405. — La jurisprudence française, au contraire, est beaucoup plus large, et d'une manière générale elle estime que le seul fait, de la part de l'assemblée générale, d'autoriser le gérant à faire un acte excédant ses pouvoirs légaux ou statutaires (pourvu qu'elle ne le lui impose pas et respecte sa liberté de décision) ne constitue ni un acte d'immixtion, ni une modification au

pacte statutaire. — Douai, 7 août 1889 motifs, [J. des soc., 91. 551] — Nancy, 11 déc. 1889, [Rec. de Nancy, 88-89.275] — Besançon, 28 mai 1890, sous Cass., 9 juill. 1891, Hacquard et consorts, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173] — Trib. comm. Seine, 7 janv. 1887, [J. La Loi, 21 janv. 1887] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 496; Houpin, t. 1, n. 365 et 682; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 959; Vavasseur, t. 1, n. 301.

4406. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que la décision prise, en assemblée générale, par les actionnaires d'une société en commandite, que le gérant ne fera plus aucune acquisition importante sans le consentement préalable du conseil de surveillance, est un acte de contrôle expressément autorisé par l'art. 28, C. comm., d'ordre tout intérieur, s'appliquant uniquement aux rapports du gérant avec les actionnaires, et ne mettant aucun de ces derniers en relation directe avec les tiers; qu'il n'y a pas là un acte d'immixtion. — Besançon, 28 mai 1890, précité.

4407. — Ne constitue pas davantage un acte d'immixtion dans la gestion le fait par les actionnaires d'avoir garanti personnellement un crédit déterminé ouvert à la société par un banquier. — Même arrêt. — Dans l'espèce visée par l'arrêt on peut dire qu'il n'y aurait eu immixtion que si les commanditaires avaient pris directement l'initiative de solliciter l'ouverture du crédit pour le compte de la société; c'eût été en effet un véritable acte de gestion. Mais cette ingérence directe ne ressortait pas des faits de la cause.

4408. — En tout cas, il appartient aux juges du fait, après avoir examiné l'acte ainsi reproché aux actionnaires aux divers points de vue qu'il comporte, de décider que, dans les circonstances où il s'est produit, on ne saurait le considérer comme un fait d'immixtion, ni soutenir que, sous aucun rapport, il ait causé un préjudice quelconque aux tiers : à ce double point de vue, l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Cass., 9 juill. 1891, précité. — V. aussi Cass., 9 janv. 1888, Soc. des forges et fonderies d'Auberive, [S. 90.1.121, P. 90.1.281, D. 89.1.201]

4409. — Il nous resterait à déterminer l'étendue des pouvoirs du gérant. Mais sur ce point, nous ne pourrions que reproduire les développements déjà donnés par nous, tant sur les pouvoirs du gérant de société en nom collectif ou de commandite simple, que sur ceux des administrateurs de sociétés anonymes. Comme eux, le gérant de commandite par actions est un mandataire général à l'effet d'administrer; seuls les actes de disposition lui sont interdits, tels qu'emprunts, aliénation d'immeubles, hypothèque, etc. Les statuts peuvent du reste, soit restreindre, soit étendre les pouvoirs du gérant tels qu'ils résultent du droit commun. — Sur tous ces points, V. *suprà*, n. 1119 et s., 1768 et s., 1797 et s. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 999; Houpin, t. 1, n. 682; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 957 et s.; Thaller, n. 522.

4410. — Sur la question de savoir dans quels cas la société répond des engagements contractés par le gérant sous la signature sociale, ou sous son nom personnel, mais dans l'intérêt et pour le compte de la société, V. *suprà*, n. 1279 et s., 1822 et s.

§ 2. *Obligations légales. — Responsabilité du gérant.*

1° *Obligations légales.*

4411. — Le gérant d'une commandite par actions, indépendamment des obligations générales que lui impose sa qualité de représentant de la société, qu'il personnifie en quelque sorte au regard des tiers, est tenu de certaines obligations spéciales imposées par le texte de la loi de 1867. Nous citerons en particulier : 1° L'obligation de convoquer l'assemblée générale, soit au début de la société, pour procéder à la nomination du conseil de surveillance, soit au cours de son fonctionnement, pour remplacer les membres du conseil, soumis à réélection, démissionnaires ou décédés. Or cette obligation se rattache, à titre de corollaire nécessaire, à celle de mettre à la disposition du conseil tous les documents nécessaires pour faciliter leur mission de contrôle : livres, caisse, portefeuille, valeurs, correspondances, etc.

4412. — 2° De dresser l'inventaire détaillé et le bilan annuel de la société, et de tenir ces pièces à la disposition des actionnaires, quinze jours au moins avant l'assemblée générale ordinaire.

4413. — 3° De rendre chaque année, à l'assemblée générale annuelle, compte de leur mandat, sous une double forme : présentation d'un rapport écrit avec documents à l'appui; explications orales complémentaires. En ce qui concerne la répartition des dividendes et l'interdiction de distribution des dividendes fictifs, V. *infrà*, n. 4524 et s.

2° *Responsabilité.*

4414. — A. *Au regard de la société et des actionnaires.* — Le gérant est responsable, comme tout mandataire, non seulement de son dol, mais aussi des fautes dont il peut se rendre coupable dans l'exécution de son mandat. Sa responsabilité s'apprécie plus rigoureusement, suivant qu'il reçoit ou non une rémunération (en fait, le gérant de commandite est toujours rémunéré). A ce point de vue, sa situation, fondée sur l'art. 1992, C. civ., est la même que celle du gérant d'une société en nom collectif ou en commandite simple, ou du conseil d'administration d'une société anonyme. S'il y a plusieurs gérants, leur responsabilité est individuelle ou solidaire, suivant les distinctions proposées *suprà*, n. 4353 et s., à propos des administrateurs. — Rennes, 2 août 1886, sous Cass., 28 mai 1889, Lemonnier, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90.1.414] — *Sic*, Labbé, note sous Cass., 27 juin 1881, Soc. des Bons hypothécaires, [S. 81.1.442, P. 81. 1.1155]; Molinier, t. 1, n. 533; Pont, t. 2, n. 1434; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 199, 224 et s., et *Suppl.*, n. 118; Houpin, t. 1, n. 688 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 970.

4415. — Jugé, à cet égard, que le gérant est responsable, vis-à-vis des commanditaires, des vols et détournements commis au préjudice de la société par un employé qu'il a choisi, si ces vols et détournements sont le résultat de la faute ou de la négligence dudit gérant. — Lyon, 3 déc. 1857, Figuier, [S. 58.2. 471, P. 59.306, D. 59.2.171] — Aix, 24 juin 1874, Pereire et autres, sous Cass., 23 nov. 1875, [S. 76.1.21, P. 76.32]

4416. — De même, constitue une faute lourde, engageant la responsabilité du gérant d'une pareille société vis-à-vis des actionnaires, à raison des pertes qui en sont résultées pour la société et ont finalement amené sa chute, le fait, par ce gérant, d'avoir témérairement engagé la société dans des opérations aventureuses, d'avoir notamment ouvert à certains clients, sans garantie, des crédits disproportionnés à leurs ressources, d'avoir eu recours à des artifices d'écritures pour dissimuler ses imprudences et tromper la bonne foi du conseil de surveillance, et de n'avoir pas tenu compte des injonctions à lui faites par le conseil de surveillance dans le sens de la réduction des crédits. — Cass., 28 mai 1889, Chevillotte, Kerros et autres, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90.1.414]; — 28 mai 1889, Lemonnier, [*ibid.*]

4417. — L'appréciation des juges du fond à cet égard est souveraine. — Mêmes arrêts.

4418. — A l'inverse, le gérant d'une société en commandite qui, conformément aux statuts, et avec l'autorisation de l'assemblée générale, poursuit les actionnaires en retard du versement de leurs mises, et même fait vendre leurs actions pour assurer le paiement du solde par eux dû, ne fait qu'exécuter la loi qui régit les parties : ces actes, n'étant que l'accomplissement du pacte social, ne sauraient être réputés ni abusifs, ni frauduleux, et, par suite, donner droit contre lui, de la part des actionnaires ainsi exécutés, à des dommages-intérêts, sous prétexte que ce seraient des actes de mauvaise administration, qui auraient eu lieu à la veille de la réunion d'une nouvelle assemblée générale à laquelle ils avaient annoncé l'intention de soumettre leurs protestations. — Cass., 24 août 1875, Maldant, [S. 76.1. 171, P. 76.396, D. 76.1.13]

4419. — De même, le gérant n'est pas responsable des pertes résultant pour la société d'avances d'argent et d'ouverture de crédits faites par lui, alors même qu'il n'aurait pas apporté l'expérience et l'attention nécessaires à un commerce d'ailleurs nouveau pour lui, si ses imprudences n'ont pas la gravité de fautes pouvant entraîner sa responsabilité envers les commanditaires. — Cass., 23 nov. 1875, précité.

4420. — Et les juges du fond, en décidant que les faits relevés contre le gérant n'ont pas le caractère de fautes engageant sa responsabilité, se livrent à une appréciation souveraine qui ne peut être révisée par la Cour de cassation. — Cass., 23 nov. 1875, précité; — 28 mai 1889, précité.

4421. — B. *Au regard des tiers.* — L'associé gérant, ainsi que tous les commandités et à la différence des administrateurs de société anonyme, est responsable *personnellement* du passif social. S'il y a plusieurs commandités, gérants ou non, tous sont *solidairement* responsables dudit passif, comme des associés en

nom collectif (C. comm., art. 24). — V. *suprà*, n. 1211 et s., 1769 et s.

4422. — ... Sauf le recours de celui qui a payé plus que sa part contre ses cogérants, à moins qu'il n'ait renoncé à ce recours. Une telle renonciation, d'ailleurs, ne se présume pas. Ainsi, le fait, par l'un des gérants d'une société en commandite, d'acheter de son cogérant un certain nombre d'actions comprenant toutes celles qui étaient affectées à la garantie de la gestion de ce cogérant, n'implique pas nécessairement, de la part du gérant acheteur, la renonciation au droit de faire décider par la justice que le cogérant reste tenu des obligations qui pouvaient lui incomber. L'achat des actions implique seulement l'abandon par l'acheteur des garanties qui étaient spécialement affectées à l'acquittement des obligations du cogérant. — Cass., 22 nov. 1887, Moitessier, [S. 90.1.158, P. 90.1.376, D. 89.1.28]

4423. — D'où il suit qu'il est en général sans intérêt de rechercher, lorsque le gérant est poursuivi par les tiers ayant traité avec la société, s'il a ou non commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité envers eux par application de l'art. 1382. Effectivement, qu'il ait ou non commis une faute, il est toujours débiteur solidaire, solidaire avec la société et avec les autres commandités s'il en existe, du montant intégral de la dette.

4424. — Jugé, en ce sens, que le refus, par un jugement ou arrêt, de prononcer une condamnation solidaire contre le gérant d'une société en commandite poursuivi avec des commanditaires à raison d'une prétendue immixtion de ceux-ci, est suffisamment justifié par le motif que cette condamnation est sans utilité, parce que ledit gérant est, aux termes des art. 23 et 24, C. comm., tenu pour le tout des dettes sociales, et qu'en fait, tous les autres défendeurs, avec lesquels la solidarité du gérant pouvait être prononcée, sont exonérés de toute responsabilité. — Cass., 9 juill. 1891, Hacquard et consorts, [S. et P. 92.1.300, D. 94.1.173]

4425. — On peut cependant relever certains cas dans lesquels les tiers pourront avoir intérêt à faire constater judiciairement le dol ou la faute du gérant. C'est ainsi que, si la société et son gérant sont mis en faillite, et qu'il intervienne un concordat, la responsabilité du gérant sera limitée par l'effet de ce concordat. Or, il a été jugé qu'une créance, quoiqu'elle se rattache à une cause antérieure au concordat, n'est pas soumise à la réduction qu'il impose, si le titre sur lequel elle repose est postérieur. — V. Cass., 6 juill. 1857, Lemaître, [S. 59.1.704, P. 59. 539]

4426. — D'autre part, le gérant ne répond pas des obligations postérieures à la cessation de ses fonctions, à moins qu'il ne s'agisse d'opérations engagées au cours de sa gérance, dans des conditions susceptibles de mettre en jeu sa responsabilité. Pour le poursuivre de ce chef, il faudra donc établir à sa charge l'existence d'une faute. — Rennes, 2 août 1886, [*Rev. des soc.*, 88.160] — V. Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 968. — Sur la responsabilité du gérant à raison de la distribution des dividendes fictifs, V. *infrà*, n. 4524 et s.

SECTION III.

Des répartitions de bénéfices dans les sociétés par actions. Principe de la fixité du capital.

4427. — Le principe de la fixité du capital, auquel la loi ne déroge qu'en ce qui concerne les sociétés à capital variable (V. *infrà*, v° *Société coopérative*), est une des bases de la législation des sociétés par actions. Le capital dûment publié ne peut être modifié, réduit, ni même augmenté, sans que la délibération consacrant cette modification aux statuts, votée dans les conditions de majorité déterminées par la loi (à supposer que cette majorité suffise et que l'unanimité ne soit pas nécessaire, à défaut de clause statutaire formelle, V. *infrà*, n. 5442 et s.), ait été portée à la connaissance des tiers par de nouvelles publications. — V. *suprà*, n. 122 et s.

4428. — Les prescriptions légales destinées à assurer la fixité du capital et la publication de toutes les modifications apportées à sa composition seraient illusoires, si des mesures n'eussent été prises par le législateur pour empêcher les réductions clandestines, effectuées par les gérants ou administrateurs, avec ou sans l'autorisation de l'assemblée générale, par le moyen de distribution de dividendes fictifs, d'allocation d'intérêts prélevés sur le capital, de rachat par la société de ses propres titres sans qu'il soit fait face au rachat par des bénéfices réels ou par un prélèvement sur les réserves. Nous avons à étudier ici ces réductions clandestines, et les responsabilités, civiles ou pénales, qui peuvent en découler.

§ 1. *Du fonds de réserve.*

1° *Sociétés anonymes.*

4429. — Il est d'une bonne administration de mettre de côté dans les bonnes années une quote-part des bénéfices pour combler le déficit des années mauvaises et faire face aux charges imprévues qui peuvent entraver la marche de l'entreprise. Cette forme de prévoyance est légalement imposée aux sociétés anonymes par l'art. 36 de la loi de 1867, ainsi conçu : « Il est fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve. — Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social ».

4430. — De ce texte il ressort clairement que le prélèvement du vingtième prescrit par la loi est obligatoire, alors même que les statuts sociaux ne l'auraient pas expressément prévu. S'il n'était effectué que d'une manière incomplète, la société ne serait pas entachée de nullité ; mais il y aurait distribution de dividendes fictifs engageant la responsabilité des administrateurs et des commissaires de surveillance, et sujet, le cas échéant, à restitution (V. *infrà*, n. 4477 et s.). — Lyon, 6 mars 1888, [*Rev. des soc.*, 89.15] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 899; Houpin, t. 2, n. 931; Pont, t. 2, n. 1597; Ruben de Couder, v° *Société anonyme*, n. 248; Vavasseur, t. 2, n. 902; Rousseau, t. 1, n. 2546; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 819.

4431. — Les prélèvements destinés à former le fonds de réserve sont opérés sur les *bénéfices nets*, c'est-à-dire sur les produits de l'entreprise, déduction faite des frais généraux. Dans ces frais généraux, doivent être comprises les dépenses d'exploitation, les intérêts des sommes empruntées, et même, suivant l'opinion la plus générale, les intérêts annuels, qui auraient été stipulés au profit des actionnaires par les statuts sociaux. — Même arrêt. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 900; Houpin, t. 2, n. 927; Pont, t. 2, n. 1594; Mathieu et Bourguignat, n. 224; Rivière, n. 244 *bis;* Ruben de Couder, *v° cit.*, n. 252; Vavasseur, t. 2, n. 910; Rousseau, t. 1, n. 2548; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 820. — *Contrà*, Alauzet, t. 2, n. 751; Boistel, n. 325. — Sur la légalité de la clause allouant un intérêt fixe aux actionnaires, même en l'absence de bénéfices, V. *infrà*, n. 4620 et s. — Sur la détermination du bénéfice net, à l'aide de l'inventaire et du bilan prescrits par l'art. 34 de la loi de 1867, V. *infrà*, n. 4451 et s.

4432. — La loi ne contient aucune prescription concernant l'emploi des fonds ainsi mis en réserve. Il convient donc à cet égard de se conformer aux prescriptions statutaires. Si les statuts n'ont rien dit, le conseil d'administration fera emploi de ces fonds ou même des intérêts de la société; mais il ne paraît pas nécessaire qu'ils soient matériellement immobilisés en une réserve spéciale, en numéraire ou en valeurs, distincte de l'ensemble de l'actif représentatif du capital social. — Houpin, t. 2, n. 929; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 823 ; Thaller, *Amortissement et fonds de réserve* (*Ann. de dr. commerc.*, 1895, p. 241 et s.); Rousseau, t. 1, n. 2548 *bis*.

4433. — Quelques auteurs estiment que le fonds de réserve pourrait être affecté à la régularisation des dividendes et servir à élever le taux de ceux-ci dans les années mauvaises (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 898). Mais l'opinion dominante est qu'une telle affectation irait à l'encontre du but poursuivi par le législateur. Normalement, le fonds de réserve ne doit être mis en distribution qu'à la liquidation; au cours du fonctionnement de la société, on ne peut le répartir, mais simplement imputer sur ledit fonds les pertes subies, à l'effet de reconstituer le capital et de combler ainsi le déficit creusé par un exercice se soldant en perte.

4434. — Cette fonction du fonds de réserve est nettement mise en relief dans le passage suivant de l'étude précitée de M. Thaller. Lorsque le capital est atteint par des pertes antérieures « il paraît bien, — dit cet auteur, — que la société puisse balancer son capital par la réserve, tirer la somme d'un compte à l'autre, et se mettre ainsi en mesure, dès l'année suivante, de rentrer dans l'ère des dividendes, sauf à rouvrir le robinet de la

réserve. Les valeurs de réserve ne sortent pas pour autant de la société, elles ne sont pas l'objet d'une reprise par les actionnaires ; elles servent seulement à équilibrer les comptes, ce qui semble tout-à-fait licite. Le fonds de réserve a pour but « de couvrir les pertes résultant du bilan », dit la nouvelle loi allemande de 1884, art. 45 *bis*. C'est une conception qui paraît absolument juste. Et l'utilité pratique de ce fonds est rendue plus manifeste dans cette fonction que dans aucune autre ». — V. Houpin, t. 2, n. 927 et 929; Rousseau, t. 1, n. 2568.

4435. — Supposons qu'un prélèvement ait été opéré, dans les conditions précédentes, pour combler le déficit du capital. Les sommes ainsi prélevées devront-elles, au cours des exercices suivants, être rapportées à la réserve avant toute répartition de bénéfices, ou pourra-t-on répartir les bénéfices nets de ces exercices, déduction faite seulement du prélèvement du vingtième, c'est-à-dire de 5 p. 0/0, prescrit par l'art. 36? C'est cette dernière opinion qui prévaut. Sans doute, l'assemblée générale aurait pu décider, au moment du prélèvement sur la réserve, d'affecter *tous* les bénéfices ultérieurs à la reconstitution de la réserve légale ainsi entamée ; mais, si elle n'a rien prévu, il paraît suffisant de la reconstituer progressivement au moyen de l'affectation du vingtième imposé par l'art. 36. — Thaller, *op. cit.;* Houpin, *J. des soc.*, 1901, p. 195; Rousseau, t. 1, n. 2570. — *Contrà*, Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 823.

4436. — Le fonds de réserve imposé par l'article 36 n'est qu'un minimum, et les statuts pourraient établir une réserve plus élevée. Les statuts pourraient également prescrire ou autoriser l'assemblée générale à ordonner la constitution d'une réserve supplémentaire ou extraordinaire, avec affectation spéciale, telle que l'amortissement des frais de premier établissement, le paiement de dépenses pour de nouvelles entreprises, l'amortissement des obligations, ou la formation d'un *fonds de prévoyance*. La constitution d'un fonds de prévoyance, dont il appartient à l'assemblée de déterminer l'emploi (amortissement de certains risques industriels, rajeunissement ou transformation de l'outillage, dépenses dans l'intérêt du personnel, dépenses rendues nécessaires par l'application des lois sur l'hygiène et la sécurité des établissements industriels, distribution d'un dividende aux actionnaires dans les années mauvaises, etc.) est, surtout dans l'industrie manufacturière, sujette à de nombreuses fluctuations, un acte de sagesse et de prudence que l'on ne saurait trop approuver.

4437. — Est-ce à dire que, dans le silence des statuts, l'assemblée générale puisse, sans excéder ses pouvoirs, décréter la constitution d'une réserve supplémentaire ou d'un fonds de prévoyance? Les auteurs résolvent ordinairement la question par une distinction. Ils reconnaissent à l'assemblée le droit d'effectuer des prélèvements exceptionnels avec affectation spéciale, telle que la reconstitution de l'outillage. Mais ils lui refusent le droit, sous couleur de création d'une réserve supplémentaire permanente, de modifier la répartition des bénéfices telle qu'elle résulte des statuts; il y aurait là un changement substantiel nécessitant l'adhésion unanime des intéressés. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866 et 901; Vavasseur, t. 1, n. 637, et t. 2, n. 912; Houpin, t. 2, n. 918 et 932; Hémar, concl. sous Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.114, P. 76.467]; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 824; Rousseau, t. 1, n. 2550.

4438. — Jugé en ce sens qu'il appartient aux juges du fond, par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, de décider que le conseil général d'une société puisait dans les statuts le pouvoir d'ordonner sur les bénéfices annuels des prélèvements affectés au développement des affaires sociales et au perfectionnement de l'outillage, et que les sommes ainsi prélevées, portées à une réserve facultative, ont eu, non pas le caractère de dividendes distribuables aux associés suivant un compte spécial ouvert à leur crédit, mais bien celui d'une épargne sociale régulièrement employée par la société à l'amélioration de son propre fonds. — Cass., 5 févr. 1890, Ve Castillon, [S. et P. 93.1.471]

4439. — Mais l'assemblée générale n'aurait pas le droit de décider, contrairement aux statuts qui prescrivent l'allocation d'un intérêt aux actionnaires prélevé sur les bénéfices annuels, après déduction des charges, que la totalité des bénéfices de l'exercice sera versée à la réserve. — Lyon, 6 mars 1883, [*Rev. des soc.*, 89.15] — Trib. comm. Seine, 21 nov. 1892, [*J. des soc.*, 93.128]

4440. — ... Ou que partie des bénéfices sera affectée à la constitution d'une réserve supplémentaire, alors que les statuts déterminent avec précision le mode d'emploi des bénéfices annuels. — Trib. comm. Senlis, 8 févr. 1893, [*J. des soc.*, 94.44] — Trib. comm Seine, 20 déc. 1894, [*J. des soc.*, 95.131] — V. cependant Aix, 18 août 1878, Rossolin, [S. 80.2.315, P. 80.1209] — Pour plus de développements sur le caractère substantiel des modifications portant sur la répartition des bénéfices telle qu'elle est réglée par les statuts, V. *infrà*, n. 5330 et s.

4441. — L'assemblée générale peut-elle, en prescrivant la formation d'une réserve extraordinaire, diminuer l'émolument normal attaché aux parts de fondateur...? — V. en ce sens que la question doit être résolue en fait, et suivant qu'il apparaîtra que la décision a été édictée par des considérations de prudence ou qu'elle a été prise arbitrairement et sans motifs plausibles, la note de M. Ernest Chavegrin, sous Cass., 16 févr. 1887, Lefebvre, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036]; Wahl, *Etude sur les parts de fondateurs*, p. 92; Houpin, t. 1, n. 396. — V. Paris, 16 juill. 1896, Comp. franç. des mines de Laurium, [S. et P. 98.2.89, D. 99.2.361] — V. pour plus de développements, *suprà*, n. 2478 et s. — Trib. comm. Seine, 16 janv. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.261]; — 14 janv. 1893, [D. *Rép., Suppl.*, v° *Soc.*, n. 868]

4442. — Toute société doit, comme tout commerçant, avant tout partage de bénéfices, prélever sur le produit brut de l'exercice la somme nécessaire pour l'amortissement de son matériel; un inventaire n'est sincère qu'à la condition de tenir compte des frais que cet amortissement implique. Ce point de départ étant admis, on doit reconnaître à l'assemblée générale, même en l'absence de toute disposition statutaire, le droit de prescrire la formation d'un fonds spécial d'amortissement, dont l'avantage est de faire ressortir plus clairement, aux yeux du public et des associés, la loyauté de l'inventaire. On porte alors à celui-ci les immeubles et le matériel social pour leur prix d'acquisition ; et l'on inscrit en regard, en dépense, la somme prévue pour l'amortissement. — Paris, 16 juill. 1896, précité. — Lyon, 31 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.216] — V. Thaller, *op. cit.*, p. 242; Wahl, *J. des soc.*, 96.42; Houpin, t. 2, n. 933.

4443. — Mais il ne saurait être permis, sous prétexte d'amortissement, et alors qu'en réalité le matériel a déjà été amorti dans l'inventaire et n'y figure que pour sa valeur réelle, de détourner les bénéfices de leur destination statutaire et spécialement d'en frustrer les porteurs de parts de fondateur. — Trib. comm. Seine, 16 janv. 1890 et 14 janv. 1893, précités.

4444. — La loi n'a pas prévu, comme une opération normale, l'amortissement progressif des actions de capital et leur remplacement par des actions de jouissance ne donnant droit au partage des bénéfices, qu'après déduction faite des intérêts servis aux actions de capital ou actions non remboursées. Mais les statuts peuvent incontestablement autoriser cette sorte d'amortissement qui facilite le classement des titres, à la condition que le remboursement s'effectue à l'aide de prélèvements sur les bénéfices et non sur le capital : dans ce dernier cas, on se trouverait en présence d'une réduction clandestine du capital manifestement irrégulière. — Sur la nullité du rachat d'actions par la société elle-même, à l'aide de prélèvements sur le capital, et sur les effets juridiques du rachat régulier, c'est-à-dire du rachat effectué par la société au moyen de ses bénéfices ou de ses réserves, V. *infrà*, n. 4629 et s.

4445. — Mais si les statuts n'ont rien dit, la formation d'un fonds d'amortissement des actions ne tendrait à rien moins qu'à modifier l'affectation statutaire des bénéfices. Elle ne pourrait donc être décidée qu'à l'unanimité. Il convient de reproduire ici les solutions données précédemment au sujet de la réserve extraordinaire ou du fonds de prévoyance (V. *suprà*, n. 4437 et s.). — Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 825; Houpin, t. 2, n. 934.

4446. — Les statuts peuvent également autoriser, ou l'assemblée générale décréter (à l'unanimité seulement si les statuts n'ont pas prévu cette création) la formation d'une caisse de secours, de retraites ou de prévoyance au profit des ouvriers ou employés. Jusqu'à la loi de 1895, la jurisprudence, considérant qu'une telle caisse ne saurait avoir aucune personnalité civile, et qu'il n'y a pas de privilèges sans texte, décidait que les fonds déposés dans ladite société, même lorsqu'ils provenaient en partie d'un prélèvement sur les salaires, demeuraient la propriété de la société, et restaient par conséquent le gage des créanciers sociaux, les bénéficiaires de la caisse étant réduits, en cas de faillite sociale, à la condition de créanciers chirographaires. — Lyon, 22 mai 1890, [*Rev. des soc.*, 90.385] — Paris, 24 févr. 1892,

Paraire et Wilt, [D. 93.2.62] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 936; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 826. — *Contrà*, Lyon, 4 mai 1887, [*Mon. jud. Lyon*, 27 juill. 1887] — Cet état de choses avait de très-grands inconvénients au point de vue social; juridique peut-être, il était manifestement inique. C'est pour y remédier qu'a été édictée la loi du 27 déc. 1895.

4447. — Les mesures de protection, prescrites par la loi de 1895, peuvent se résumer dans les quelques règles suivantes : 1° obligation de verser à certaines caisses publiques (Caisse nationale des retraites, Caisse des dépôts et consignations), ou à des caisses syndicales ou patronales spécialement autorisées, toutes les sommes prélevées sur le salaire ainsi que les contributions patronales destinées aux retraites; 2° détermination des emplois que ces caisses pourront faire des fonds; 3° faculté de déposer à la Caisse des dépôts et consignation les fonds de sociétés de secours; 4° création d'un droit de *gage*, au profit des ouvriers ou employés, sur toutes les sommes déposées dans lesdites caisses; 5° *exigibilité immédiate*, en cas de faillite, liquidation judiciaire, etc., de la société, de toutes les sommes ou valeurs non utilisées conformément aux statuts : la restitution des fonds détenus par la société étant garantie par un privilège général sur le fonds social, privilège prenant rang concurremment avec le privilège des gens de service de l'art. 2101, C. civ. — Pour le commentaire de cette loi, V. Pic, *Traité de législ. industr.*, n. 1030 et s. — Sur les caisses de secours et de retraite des ouvriers mineurs, et la loi du 29 juin 1894, V. Pic, n. 1028 et s., et *suprà*, v° *Retraites ouvrières*, n. 17 et s. — V. aussi, *suprà*, v° *Secours mutuels (société de)*.

2° Sociétés en commandite par actions.

4448. — La loi de 1867 ne contient, en ce qui concerne la commandite par actions, aucune disposition analogue à l'art. 36, prescrivant la constitution d'un fonds de réserve. Cette prescription, ayant un caractère exceptionnel, ne saurait être étendue par voie d'analogie; il en résulte que, dans la commandite par actions, le fonds de réserve est facultatif. Le législateur a estimé sans doute que, les commandités étant responsables personnellement et solidairement du passif social, la constitution d'un fonds de réserve présentait moins d'intérêt pour les tiers. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1020; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 946.

4449. — Il est cependant permis de regretter cette lacune de la loi. En effet, d'une part, le fonds de réserve est aussi utile aux associés qu'aux tiers (V. *suprà*, n. 4433 et s.) : d'autre part, lorsque le passif social sera considérable, et l'actif réalisable insuffisant pour y faire face, le recours des créanciers sur la fortune personnelle des commandités risquera d'être illusoire, vu l'importance du déficit. — Au surplus, dans la pratique, les statuts des commandites par actions prescrivent presque toujours la constitution d'un fonds de réserve.

§ 2. *De l'inventaire, des bilans et de la prohibition des dividendes fictifs.*

4450. — La mise en distribution de dividendes fictifs est l'une des irrégularités, l'une des fraudes les plus fréquentes dont le législateur ait eu à se préoccuper. Ces fraudes sont d'ailleurs facilitées par l'absence de toutes prescriptions légales détaillées sur la comptabilité et les bilans commerciaux (V. *infrà*, n. 4460). — Léautey, *Principes généraux de comptabilité*, p. 464, et *Traité des inventaires et des bilans*, p. 224. — Examinons comment, dans la pratique, se déterminent les bénéfices, et quelles sont les mesures législatives destinées à prévenir les fraudes dans la distribution des dividendes.

1° Détermination du bénéfice net : inventaire et bilan.

4451. — I. *Bénéfices. — Dividendes.* — Le bénéfice peut se définir : l'excédent de l'actif sur le passif social. — En droit strict, la question de savoir s'il y a bénéfice et quelle en est l'importance ne pourrait donc être résolue qu'au moment de la liquidation de la société; car jusqu'à ce moment les bénéfices provenant d'opérations heureuses peuvent se trouver annihilés par les pertes subies sur d'autres affaires et des exercices subséquents. Cette conception théorique ne pouvait prévaloir en droit commercial. — Nul en effet ne consentirait à risquer des capitaux dans une entreprise quelconque, s'il n'avait la perspective de toucher annuellement un certain bénéfice et la certitude de n'être pas obligé au rapport des bénéfices par lui touchés, si ces bénéfices lui avaient été attribués sur la vue d'un inventaire régulier et sincère. Aussi est-il universellement admis qu'en droit commercial le bénéfice doit s'entendre du bénéfice de l'exercice écoulé, établi à l'aide de l'inventaire annuel imposé à l'un des commerçants, et constaté par le bilan. — Si l'exercice se solde en excédent, il y a bénéfice distribuable; s'il se solde en perte, aucune distribution ne peut avoir lieu, et si en fait le gérant ou les administrateurs mettent en répartition un soi-disant bénéfice, ce bénéfice est *fictif*, et par conséquent rapportable, sous réserve de l'exception de faveur souscrite dans l'art. 10. — V. *infrà*, n. 4620 et s.

4452. — Jugé, en ce sens, que les dividendes prélevés sur les bénéfices réellement acquis sont régulièrement répartis aux actionnaires et que les déclarations des juges à cet égard, reposant sur des appréciations de fait, sont souveraines et échappent au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 21 janv. 1891, Liquidateurs de la société *la Caisse générale des réassurances et des coassurances*, [S. et P. 95.1.311] — *Sic*, Thaller, n. 289 *ter*; Houpin, t. 1, n. 731; Vavasseur, n. 636; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 803.

4453. — Ces bénéfices annuels, ou dividendes, sont des fruits civils (C. civ., art. 582), irrévocablement acquis aux actionnaires dès l'instant qu'ils correspondent à un excédent réel de l'actif sur le passif, au 31 décembre de l'exercice écoulé. Dans le cas où, par la suite, la société viendrait à être déclarée en faillite, ou en liquidation judiciaire, le syndic ou liquidateur serait donc non recevable à en demander le rapport. — Cass., 21 janv. 1891 (motifs), précité. — Mêmes auteurs. — Ces solutions, en ce qui concerne les sociétés par actions, découlent d'ailleurs nécessairement des art. 10, 32, 34 et 36. — Le premiers de ces articles, en interdisant sous certaines conditions le rapport des dividendes fictifs perçus en conformité d'un inventaire régulier en apparence, l'art. 32 en prescrivant le rapport annuel des commissaires sur l'approbation du bilan, l'art. 34 en prescrivant la confection annuelle d'un inventaire et d'un bilan, l'art. 36, enfin, en décidant qu'il est fait annuellement *sur les bénéfices nets*, un prélèvement d'un vingtième affecté à la réserve légale, démontrent jusqu'à l'évidence que pour le législateur de 1867, le bénéfice est *réel*, et par conséquent irrévocablement acquis aux actionnaires, lorsqu'il est perçu en vertu d'une décision de l'assemblée et après approbation des comptes, quelles que puissent être les fluctuations ultérieures et les pertes de l'entreprise.

4454. — Cette solution découle également de la notion juridique de l'action, qui s'analyse essentiellement en une part d'associés négociable accompagnée d'une créance de dividende. Lorsqu'un dividende régulier a été mis en distribution, l'actionnaire a désormais une créance exigible contre la société; et il en résulte que s'il n'avait pas touché, en fait, sa part de dividendes échus au moment de la faillite, il aurait le droit de se présenter comme créancier à la faillite jusqu'à concurrence de son montant. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 896; Pont, n. 1482; Vavasseur, n. 636; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 803.

4455. — Il convient de noter que c'est à l'assemblée qu'il appartient de fixer, conformément aux statuts et d'après les résultats de l'inventaire, le chiffre des dividendes à distribuer. Les tribunaux ne sauraient se substituer à cet égard à l'assemblée générale. — Paris, 7 janv. 1904, Soc. des munit. de chasse, de tir et de guerre, [*Monit. jud. de Lyon*, 12 févr. 1904]

4456. — Les dividendes sont valablement payés au *porteur* du coupon détaché du titre, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les coupons détachés d'un titre nominatif et ceux provenant d'un titre au porteur.

4457. — L'action en paiement des dividendes se prescrit, conformément à l'art. 2277, par *cinq ans*, à compter de leur exigibilité, c'est-à-dire à compter de la délibération de l'assemblée générale approuvant les comptes et fixant le chiffre des bénéfices à répartir, et conséquemment le taux du dividende, brut ou net d'impôts, afférent à chaque action, ou plutôt à compter de la date fixée par le conseil d'administration, si l'assemblée a autorisé le conseil à fixer la date de la mise en distribution du dividende.

4458. — Dans le cas où les statuts auraient prévu l'amortissement des actions par voie de tirage au sort, il devient nécessaire d'établir une distinction entre les actions de capital non amorties et les actions amorties ou actions de jouissance, ces

dernières ne pouvant prétendre au dividende que déduction faite de l'intérêt du capital remboursé. *Quid*, si la société avait payé, au porteur de coupons d'actions amorties, le dividende intégral? Pourrait-elle, de ce chef, pratiquer une action en répétition? Cette solution s'imposait avant la loi de 1893; elle était, en effet, un corollaire nécessaire du principe de la répétition de l'indû.

4459. — Mais nous avons vu que l'art. 70, nouveau, ajouté à la loi de 1867 par la loi du 1er août 1893, a fait prévaloir la règle contraire. — V. *suprà*, n. 2811 et s.

4460. — II. *Inventaires et bilans.* — « Il est établi chaque année, dit l'art. 34, conformément à l'art. 9, C. comm., un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société ». De plus, toute société anonyme doit, indépendamment de l'inventaire annuel, dresser chaque semestre un état sommaire de sa situation active et passive, tenu à la disposition des commissaires. A part cette prescription, la loi n'impose aux gérants ou administrateurs de société, pour la confection de l'inventaire et du bilan, aucune règle particulière. C'est donc aux tribunaux à apprécier, conformément au droit commun, si l'inventaire est un inventaire sérieux, donnant satisfaction au vœu de la loi, ou un simple état sommaire énonçant en bloc l'actif et le passif, et ne permettant pas de se rendre un compte exact de la consistance de l'actif et de la nature des dettes. — Orléans, 19 juin 1886, Delahaye, [D. 87.2.83]

4461. — En ce qui concerne l'inventaire imposé aux commerçants en général (V. *suprà*, v° *Livres de commerce*, n. 43 et s.) et aux sociétés par actions en particulier, nous nous bornerons à rappeler brièvement les principes consacrés par la jurisprudence et la pratique commerciale, dans leur application aux sociétés par actions. — V. spécialement, sur les inventaires et bilans, Léautey, *op. cit.;* Pigier, *La comptabilité des sociétés commerciales;* Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1883, p. 55, 123, 278, 327, 389 et 681; Didier, *J. des soc.*, 1885, p. 128; Pascaud, *Rev. des soc.*, 1893, p. 245; Houpin, t. 1, n. 730; Rousseau, t. 1, n. 3285 et s.

4462. — D'une manière générale, on doit s'asbtenir, dans la confection des inventaires, de toute majoration. Il est permis de tenir compte des plus-values acquises, entrées dans la caisse sociale ou susceptibles d'y entrer prochainement, les opérations auxquelles elles correspondent étant d'ores et déjà terminées et se soldant par un bénéfice acquis. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.1.233]; — 24 avr. 1891, Soc. des métaux, [S. et P. 92.1.476, D. 93.1.49] — Auteurs précités. — V. aussi Mathieu et Bourguignat, n. 90; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 889.

4463. — Mais on ne saurait faire état de plus-values aléatoires, subordonnées à une réalisation hypothétique, ni à plus forte raison de plus-values dues à une spéculation suspecte, à un agiotage sur les valeurs de portefeuille, surtout si la société qui les détient n'est pas demeurée étrangère à cette spéculation. — Cass., 23 juin 1883, Bontoux, [S. 83.1.428, P. 83.1.1068, D. 83.1.425] — Paris, 16 avr. 1870, Monnot et autres, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121] — V. pour plus de développement sur ce principe, les indications données *infrà*, n. 4574 et s., sur les éléments constitutifs du délit de distribution de dividendes fictifs. — Faisons l'application de ce principe aux divers éléments de l'actif.

4464. — a) *Marchandises.* — Le principe est que les marchandises doivent figurer à l'inventaire pour leur prix de revient, déduction faite, pour les marchandises vieilles, d'un tant p. 0/0 représentant l'amortissement. — Sur l'amortissement des marchandises et du matériel, V. Lyon, 16 mars 1899, Deslinières, [S. et P. 1901.2.297, et la note de M. Wahl, D. 1900.2.137] — Toutefois, s'il s'agit de marchandises dont le cours soit constaté par des mercuriales, elles ne doivent être inscrites à l'inventaire que pour le prix coté, si la cote est inférieure au prix de revient. — Que si le cours des mercuriales est supérieur au prix de revient ou d'achat, il y a controverse. Certains auteurs autorisent l'inscription des marchandises à l'actif pour leur cote actuelle. — Houpin, t. 1, n. 730; Vavasseur, n. 611; Wahl, note sous Lyon, 16 mars, 1899, précité. — D'autres, plus sévères, estimant que cette hausse est sujette à disparaître rapidement, décident que l'évaluation d'inventaire ne devra, même dans ce cas, faire état que du prix de revient. — Didier, *Etude sur l'inventaire des sociétés industrielles* (*J. des soc.*, 85.141). — V. Lyon, 16 mars 1899, précité.

4465. — Cette dernière solution s'imposerait s'il était établi que les cours cotés à la Bourse des marchandises ont été faussés par une spéculation ardente et prolongée que dirigeait la société elle-même. Ainsi jugé relativement à la Société des métaux qui, par la formation d'un syndicat d'accaparement des cuivres, avait provoqué une hausse factice de ce métal, hausse bientôt suivie, à raison de l'exagération des stocks achetés par elle et demeurés invendus, d'un véritable effondrement. — Cass., 24 avr. 1891, précité. — V. au surplus, sur les pénalités encourues, conformément à l'art. 419, C. pén., par les syndicats de producteurs ou détenteurs de marchandises poursuivant un but d'accaparement (cartels, trusts, etc.) : Babled, *Les syndicats de producteurs et détenteurs de marchandises au double point de vue économique et pénal;* Brouilhet, *Essai sur les ententes industrielles et commerciales;* Dolléans, *L'accaparement;* Pic, *Tr. de légis. industr.*, n. 590 et s., et *Les syndicats ou coalitions de producteurs et la loi pénale* (*Rev. polit. et parl.*, nov. 1902).

4466. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que, si les valeurs d'apport ont été majorées à l'origine, cette majoration doit être rectifiée par les inventaires subséquents. — Trib. civ. Seine, 9 avr. 1885, [*Rev. soc.*, 85.422] — *Contrà*, en faveur du devoir pour les administrateurs de rectifier les évaluations fausses admises au moment de la constitution de la société; Rubat de Mérac, *op. cit.*, n. 342, et Trib. Seine, 21 avr. 1886, [cité par Rousseau, t. 1, n. 3265]

4467. — Lorsque les statuts d'une société en commandite dite par actions attribuent au gérant une quote-part des bénéfices annuels réalisés par la société, et stipulent que, si ce gérant veut résigner ses fonctions sans attendre la clôture de l'exercice, il doit en donner avis au conseil d'administration trois mois à l'avance pour qu'il soit alors dressé un inventaire à l'effet de fixer la situation exacte de la société, les juges du fond interprètent souverainement le contrat, en décidant que cet inventaire doit servir à déterminer, pour l'année en cours, l'importance des bénéfices réalisés dont une part est dévolue au gérant. — Cass., 9 déc. 1902, Monnet, [S. et P. 1903.1.262] — Et les juges du fond ne violent aucune disposition légale ou statutaire en fixant ces bénéfices à la différence entre l'importance du capital initial de la société et l'estimation de l'actif dans l'inventaire, dès lors qu'il est constaté que l'estimation des marchandises y a été modérée, représentant seulement des prix de revient inférieurs à ceux réalisables par des reventes, qui n'étaient différées que parce que tel était l'intérêt de la société, et qu'il était, par conséquent, permis de retenir ces marchandises comme un élément de bénéfices acquis sur le pied de cette évaluation. — Même arrêt.

4468. — b) *Immeubles et matériel.* — Pour les immeubles, une distinction doit être faite entre les immeubles industriels et les immeubles de rapport. Pour les premiers, comme pour le matériel et l'outillage, sujets à une prompte détérioration, l'amortissement est obligatoire. On doit, en d'autres termes, dans chaque inventaire, faire subir à la valeur estimative une déduction représentant l'amortissement, ou inscrire à un fonds spécial d'amortissement (V. *suprà*, n. 4442), une somme correspondante, sauf à faire figurer en revanche à l'avoir du compte des immeubles et du matériel, les améliorations ou transformations effectuées en cours d'exercice. — Cass., 5 déc. 1898, [*J. des soc.*, 99.303] — Lyon, 31 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.216] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 730; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 95.241; Vavasseur, n. 611.

4469. — Il conviendrait également d'amortir annuellement : 1° la valeur des brevets exploités par la société, — les brevets ne conférant qu'un monopole temporaire, dont la valeur diminue au fur et à mesure qu'approche l'expiration du droit exclusif d'exploitation (Houpin, t. 1, n. 730; Rousseau, t. 1, n. 3280); 2° les frais de premier établissement, à répartir sur un certain nombre d'exercices; 3° la valeur des mines, minières ou carrières épuisées ou appauvries sensiblement par une exploitation prolongée, etc.

4470. — Quant aux immeubles de rapport, il est d'usage de les faire figurer à l'actif pour leur prix de revient, sans tenir compte de la plus-value. Il devrait au contraire, en cas de crise immobilière ou de dépréciation sérieuse des immeubles de la région, être tenu compte de la moins-value. — Paris, 16 avr. 1870, précité. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 730; Rousseau, t. 1, n. 3286.

4471. — c) *Valeurs de Bourse, créances diverses.* — Une

créance ne peut être portée à l'inventaire pour sa valeur nominale, que si le débiteur est solvable et que l'échéance soit prochaine et non conditionnelle. — Lyon, 17 août 1865, Lacombe, [S. 66.2.231, P. 66.854, D. 66 2.194] — En toute autre occurence, la créance ne pourra être inscrite que pour un chiffre inférieur à sa valeur apparente, — ou même simplement pour mémoire, si le débiteur est insolvable ou d'une solvabilité plus que douteuse.

4472. — Quant aux *valeurs de Bourse*, elles sont généralement comprises dans l'inventaire pour la somme cotée en Bourse ou en banque, suivant qu'il s'agit de valeurs admises à la cote officielle ou cotées en coulisse, à la condition que la dernière cote se place à une époque rapprochée de la confection de l'inventaire. Cette règle toutefois n'a rien d'absolu. Elle s'impose dans le cas où le cours actuellement coté serait inférieur au prix d'achat; mais il en est différemment en cas de hausse.

4473. — Tout d'abord, la cote de la Bourse doit être écartée, si la hausse des titres est le résultat certain de l'agiotage, alors surtout que la société elle-même a, par ses agissements (reports, rachat d'actions, etc.), contribué à fausser les cours. — Cass., 23 juin 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.1.428, P. 83.1.1068, D. 83. 1.425] — Paris, 19 mars 1883, Union générale, [S. 83.2.97, P. 83. 1.566]

4474. — Dans le cas où la hausse paraîtrait sérieuse, et correspondrait à une extension des affaires et à une progression des bénéfices de la société, plusieurs auteurs admettent au contraire le droit pour les administrateurs ou gérants d'en faire état. — Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1883, p. 125; Houpin, t. 1, n. 730. — V. aussi Paris, 18 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.195] — V. au contraire, dans le sens de l'évaluation d'après le cours d'achat, Paris, 27 déc. 1888, [*J. des soc.*, 89.1] — Rubat de Mérac, n. 410; Didier, *J. des soc.*, 1885, p. 145.

4475. — Les règles qui viennent d'être exposées sont assez flottantes, et l'on ne saurait trop regretter que les rédacteurs du projet de loi de 1903 n'aient pas cru opportun de poser les principes de la rédaction des inventaires et bilans. Pour justifier leur abstention, M. Neymarck, au nom de la commission extraparlementaire, a présenté un rapport concluant à l'impossibilité d'assurer, par des sanctions appropriées, l'observation d'un règlement détaillé. Cette affirmation est au moins contestable : n'avait-on pas, comme sanction, la ressource des amendes et des actions en responsabilité? — V. Thaller, *L'œuvre de la commission extraparlementaire des sociétés* (*Ann. de dr. comm.*, 1903, p. 297); Duplessis, *Comptabilité des sociétés par actions* (extr. de la *Rev. des soc.*, 1903).

4476. — Rappelons du reste qu'en droit allemand, d'après le Code de commerce de 1897, les experts-réviseurs peuvent être appelés, à la requête d'un nombre d'actionnaires représentant la dixième partie du capital social, à vérifier avant l'assemblée générale les comptes et bilans. Il est également d'usage en Angleterre, bien que la loi n'en fasse pas une obligation, de faire vérifier les bilans annuels des sociétés par actions par des experts (*accountants*), dépendant pour la plupart de l'*Institute of chartered accountants*. Nombre d'auteurs estiment qu'il y aurait tout avantage à introduire légalement en France ce système de révision périodique des comptes par des spécialistes attitrés et indépendants de la société. — Thaller, *De la réforme de la loi des sociétés par actions;* Durand, *Le contrôle des sociétés anonymes* (*Rappel*, 11 juin 1902); Manchez, *Semaine fin.* du *Temps*, (7 juill., 13 et 27 oct. 1902).

2° Des dividendes fictifs. — Action civile en répétition.

4477. — L'expression « dividendes fictifs » n'a pas toujours la même signification. Dans son acception normale, elle s'applique à toutes les sommes mises en distribution, sous couleur de dividendes, mais ne correspondant pas à un bénéfice réel. Tel est le sens de ce terme, lorsqu'il s'agit d'appliquer aux gérants ou administrateurs les pénalités de l'art. 15, sous cette réserve que le délit suppose la mauvaise foi de l'agent (V. *infrà*, n. 4588 et s.), ou lorsqu'une action en responsabilité, basée sur l'art. 44 de la loi de 1867, est intentée contre les administrateurs (ou gérants), coupables d'avoir, même de bonne foi, mis en distribution des bénéfices apparents, et compromis ainsi, soit le gage des créanciers, soit l'avenir de la société elle-même. Notre définition n'est pas moins exacte lorsque l'on prétend exercer une action en répétition des prélèvements effectués, sans droit, sur des bénéfices illusoires, par les gérants ou administrateurs.

4478. — Par contre, le même terme a une signification plus étroite lorsqu'il s'applique à l'action en répétition des dividendes, indûment perçus par les actionnaires, d'une société en commandite par actions ou anonyme. L'art. 10 de la loi de 1867, étendu par l'art. 45 aux sociétés anonymes, n'autorise pas en effet la société ou les tiers à répéter contre les actionnaires tous les dividendes qu'ils ont perçus indûment. Même fictifs, ces dividendes sont acquis aux actionnaires, sauf dans deux cas où les actionnaires ont pu et même dû savoir que les sommes réparties entre eux ne correspondaient pas à un excédent véritable de l'actif sur le passif. — V. *infrà*, n. 4490.

4479. — L'art. 10, § 3, est en effet ainsi conçu : « Aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite *en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire* ». Examinons tout d'abord la législation antérieure à 1867, afin de mettre en relief la portée de la règle de faveur édictée par notre article.

4480. — I. *Actionnaires tenus à la restitution des dividendes fictifs.* — a) *Loi ancienne.* — Avant la loi de 1867, la jurisprudence décidait presque unanimement que les actionnaires étaient tenus de restituer les dividendes fictifs qu'ils avaient touchés, alors même qu'ils les avaient touchés *de bonne foi*, par exemple en conformité des résultats apparents des inventaires dressés par les gérants. — Cass., 25 nov. 1861, Domeniod, [S. 62.1.189, P. 62.1169, D. 62.1.166]; — 3 mars 1863, Hollender, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 63.1.125]; — 15 nov. 1869, Julien, [S. 70.1.216, P. 70.532, D. 71.1.311]; — 3 août 1875, Cassagne, [S. 75.1.425, P. 75.1062, D. 76.1.116] — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65. 2.33, P. 65.217, D. 65.2.192] — Angers, 18 janv. 1865, Tessier, [S. 65.2.211, P. 65.857, D. 65.2.67] — Pau, 18 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.2.178, P. 66.708] — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34]

4481. — Ces principes, encore aujourd'hui en vigueur dans les sociétés par intérêt (V. *suprà*, n. 1708 et s., 1911 et s.), sont demeurés, même depuis la promulgation de la loi de 1867, applicables à toutes les distributions de dividendes fictifs effectuées antérieurement à cette promulgation. — Cass., 3 août 1875, précité. — De ces principes, la jurisprudence avait déduit toute une série de conséquences, que nous résumons brièvement, attendu qu'elles sont encore susceptibles d'être admises aujourd'hui, soit lorsque l'action en répétition est intentée contre les administrateurs ou gérants, soit lorsque la distribution de dividendes fictifs sert de point d'appui à une action en responsabilité contre ces derniers, soit en cas de poursuites pénales pour distribution de dividendes fictifs : 1° Ne constituent des bénéfices susceptibles d'être mis en distribution entre les actionnaires que les bénéfices certains, reposant sur des valeurs réalisées ou immédiatement réalisables. Si donc l'associé commanditaire n'est pas tenu au rapport des sommes qu'il a touchées à titre de bénéfices avant la faillite de la société, il n'en peut, dans tous les cas, être ainsi, qu'autant qu'il a reçu ces sommes par suite de la situation prospère de la société dûment établie par les écritures et inventaires : à défaut de ces vérifications et constatations, les sommes dont il s'agit sont sujettes à rapport, s'il vient à être établi qu'au moment où elles ont été touchées l'état de la société ne présentait pas de bénéfices. — Cass., 25 nov. 1861, précité. — V. aussi Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.1.233]

4482. — En conséquence, ne viole aucune loi l'arrêt qui limite aux intérêts de la commandite l'importance des sommes qu'un commanditaire est autorisé à retenir, comme les ayant touchées à bon droit sur les dividendes par lui reçus avant la faillite de la société, et le condamne au rapport du surplus, à lui versé sans inventaire ni constatation de l'état de la société établissant qu'il y avait bénéfice. — Cass., 25 nov. 1861, précité.

4483. — 2° Sous le régime du Code de commerce, l'associé commanditaire est tenu, en cas de faillite de la société, de rapporter les dividendes fictifs distribués par la société sur une comptabilité altérée et des balances fausses, alors même qu'il les a reçus de bonne foi et conformément aux inventaires présentés par le gérant et approuvés par le conseil de surveillance et l'assemblée générale des actionnaires. — Cass., 3 août 1875, précité. — V. Alauzet, t. 1, n. 490; Bédarride, t. 1, n. 226 et s.; Boistel, p. 147.

4484. — 3° La clause des statuts portant que les intérêts et

dividendes reçus par les actionnaires leur seront irrévocablement acquis et que le rapport ne pourra jamais en être exigé, quelles que soient les pertes ultérieures, ne met à l'abri de toute répétition que les intérêts et dividendes provenant de bénéfices nets et non ceux qui auraient été distribués alors que la société était en déficit. Les fondateurs de la société ne sauraient en effet se soustraire, par une clause statutaire, à l'application d'une règle d'ordre public. — Rouen, 25 nov. 1861, sous Cass., 3 mars 1863, précité. — Bourges, 21 août 1871, précité.

4485. — Il en est ainsi aussi bien lorsque les actions sont au porteur que lorsqu'elles sont nominatives. — Caen, 16 août 1864, précité.

4486. — ... Et alors même que les dividendes perçus n'ont pas été effectivement reçus et ont été employés, par voie de compensation, à de nouvelles souscriptions d'actions. — Cass., 15 nov. 1869, précité.

4487. — 4° Les bénéfices provenant de la prime prélevée sur une émission d'actions sociales appartiennent à la société, et sont, dès lors, valablement distribués entre les associés, à moins que le capital social ne soit pas entier, cas auquel ils doivent être rapportés par ceux qui les ont touchés. — Douai, 26 mai 1865, Mouton, [S. 66.2.157, P. 66.686]

4488. — Il avait été jugé cependant, en sens contraire aux arrêts ci-dessus, que les actionnaires d'une société en commandite par actions ne sont pas tenus, au cas de faillite de la société, de rapporter les dividendes qu'ils ont touchés de bonne foi, alors même que ces dividendes auraient été pris sur le capital social, si d'ailleurs les conditions prescrites par la loi pour la distribution régulière des dividendes ont été accomplies. — Alger, 24 mai 1867, Martin, [S. 67.2.287, P. 67.1008, D. 67.2.231] — V. aussi dans le même sens, Aix, 27 mai 1861, sous Cass., 3 mars 1863, précité.

4489. — Cet arrêt se fondait principalement sur la règle de droit d'après laquelle le possesseur de bonne foi fait les fruits siens (C. civ., art. 549). Mais cet argument reposait sur une pétition de principe; car la question était précisément de savoir si l'on pouvait considérer comme des fruits des sommes ne correspondant à aucun bénéfice réel, ou s'il n'était pas plus juridique de les envisager comme des sommes prélevées sur le capital, dont elles étaient indûment distraites. — V. en ce dernier sens, Bourges, 21 août 1871, précité.

4490. — b) *Loi de 1867.* — C'est en somme la jurisprudence, plus équitable que juridique, consacrée par les arrêts précités des cours d'Alger et d'Aix que le législateur de 1867 a consacrée, en décidant que les dividendes, quoique fictifs, sont définitivement acquis aux actionnaires, sauf dans le cas où ces dividendes auraient été distribués *en l'absence de tout inventaire* ou *en dehors des résultats constatés par l'inventaire*. Il a paru sans doute injuste, au législateur de 1867, d'obliger les actionnaires au rapport de dividendes qu'ils ont dû croire *réels* plusieurs années peut-être après en avoir reçu le paiement et alors que ces sommes avaient dû être dépensées par eux comme constituant un revenu. C'est seulement dans le cas où les actionnaires peuvent être suspectés de fraude ou tout au moins d'une faute lourde, c'est-à-dire dans l'hypothèse de dividendes irrégulièrement distribués, sans inventaire ou sur des bases autres que celles résultant de l'inventaire qui a dû être porté à leur connaissance, que l'action en répétition est admise par la loi. Les tiers, ni la société, d'ailleurs ne sont sacrifiés, puisqu'il leur reste la ressource d'une action en responsabilité contre les vrais coupables, c'est-à-dire contre les gérants ou administrateurs.

4491. — Une difficulté toutefois s'est élevée sur l'interprétation de l'art. 10. Dans un premier système, admis par la majorité des auteurs, cet article ne devrait pas être interprété à la lettre; la répétition devrait être admise non seulement contre les actionnaires qui ont pris part à une distribution irrégulière de dividendes, mais aussi contre ceux qui, *de mauvaise foi*, auraient touché des dividendes conformes aux résultats apparents d'un inventaire, qu'ils savaient truqué ou majoré. La régularité apparente de l'inventaire élèverait sans doute en leur faveur une présomption de bonne foi, mais cette présomption admettrait la preuve contraire. En d'autres termes, il faudrait interpréter l'art. 10 comme s'il attribuait par une sorte de fiction légale le caractère de fruits aux dividendes fictifs, cette fiction conduisant logiquement à déclarer non restituables les dividendes perçus de bonne foi, et sujets à restituer ceux perçus de mauvaise foi. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 891; Pont, t. 2, n. 1488; Rivière, n. 100; Alauzet, t. 1, n. 692; Houpin, t. 1, n. 733; Vavasseur, t. 1, n. 624; Thaller, n. 536; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 810.

4492. — Mais on reproche à cette doctrine d'être difficilement conciliable avec le texte de l'art. 10, qui exclut toute action en répétition hormis dans les deux cas spécifiés, et d'assimiler à des fruits des sommes qui, en réalité, sont des portions du capital, distraites de celui-ci contrairement à la loi.

4493. — Jugé en ce sens qu'il importe peu, si les dividendes ont été distribués en exécution d'un inventaire régulier en la forme, que les actionnaires soient de *mauvaise foi*. Aucune répétition ne peut donc être exercée contre les actionnaires, fondateurs ou administrateurs de la société pendant l'année à laquelle se rattachent les dividendes indûment distribués, sous le prétexte qu'ils auraient nécessairement connu les inexactitudes de l'inventaire dressé par leurs successeurs : les dividendes afférents à leurs actions ne peuvent subir un sort autre que celui qui est fait au reste des actionnaires. — Paris, 20 janv. 1888, Syndic de la faillite de la Comp. du chemin de fer d'Orléans à Châlons, [D. 89.2.265] — *Sic*, Boistel, note sous cet arrêt; Bédarride, t. 1, n. 226.

4494. — Il n'est d'ailleurs nullement nécessaire, pour que les dividendes fictifs demeurent acquis aux actionnaires, qu'ils aient été effectivement touchés par eux et retirés de la société. En conséquence, si certains actionnaires n'ont pas réclamé leurs dividendes, ils doivent en être crédités par la société, en qualité de créanciers sociaux, et ils sont fondés à concourir avec les autres créanciers pour en obtenir le paiement. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 896; Houpin, t. 1, n. 732; Pont, t. 2, n. 1482; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 374. — On en conclut qu'en droit fiscal, il y a distribution de dividendes, passible de l'impôt sur le revenu, lorsque le dividende est inscrit au crédit de l'actionnaire, à moins que l'inscription ne soit faite à titre éventuel et n'enlève pas aux fonds mis en réserve le caractère de fonds sociaux appartenant à la société. — Cass., 26 déc. 1887, Soc. des cristalleries de Baccarat, [S. 89.1.87, P. 89.1.178, D. 88.1.265]

4495. — *A fortiori*, ne saurait-on critiquer la mise en distribution des dividendes correspondant à des bénéfices effectifs, alors même qu'un acompte aurait été distribué en cours d'exercice. Cette répartition anticipée d'un acompte, conforme aux statuts ou consacrée par l'usage, ne saurait être critiquée, alors qu'elle puise ultérieurement sa justification dans un inventaire régulier et exempt de toute fraude ou majoration. — Trib. comm. Seine, 21 avr. 1886, [*J. des soc.*, 87.783] — Paris, 18 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.19] — V. Houpin, t. 1, n. 733.

4496. — Par contre, l'action en répétition est fondée, lorsque les dividendes ont été distribués en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire, alors même que les actionnaires auraient été de bonne foi au moment de la perception, qu'ils auraient par exemple été trompés par les allégations mensongères des administrateurs, ou par des inventaires ou des livres falsifiés. — Cass., 8 mai 1867, Carron, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.193]; — 3 août 1875, Cassagne, [S. 75.1.425, P. 75.1052, D. 76.1.116] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 735; Vavasseur, n. 638; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 811.

4497. — Il en serait de même, si l'on se trouvait en présence d'un inventaire manifestement irrégulier, ne faisant pas ressortir les divers éléments de l'actif ou du passif. — Alauzet, t. 2, n. 692; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en comm.*, n. 381. — V. cepend. Vavasseur, t. 1. n. 623. — Sur les conditions de régularité de l'inventaire et du bilan, V. *suprà*, n. 4451 et s.

4498. — c) *Action en répétition contre les directeurs ou administrateurs.* — La disposition de l'art. 10, L. 24 juill. 1867, qui interdit toute répétition de dividendes contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire, ne s'applique pas, et la répétition peut être exercée, au cas de prélèvements faits sur les bénéfices de l'exercice soit par le directeur de la société... — Cass., 16 juin 1891 (2e arrêt), Ricard, [S. et P. 95.1.506, D. 92.1.321]

4499. — ... Soit par les administrateurs. — Cass., 16 juin 1891 (3e arrêt), Legris, [S. et P. 95.1.506] — *Sic*, Villard, p. 63, n. 24; Boursan, *De l'admin. des soc. anon.*, p. 152; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 809.

4500. — ... Si les inventaires et comptes dressés par eux contiennent des erreurs graves, par suite desquelles le montant des

bénéfices n'est pas justifié. — Cass., 16 juin 1891 (2e et 3e arrêts), précités. — ... Et même se résolvent, une fois rectifiés, en une perte réelle. — Mêmes arrêts.

4501. — Et l'approbation donnée aux comptes de l'exercice par l'assemblée générale ne saurait être opposée à l'action en restitution ainsi exercée par la société, si cette approbation est entachée d'une des erreurs prévues par l'art. 541, C. proc. civ. — Cass., 16 juin 1891 (3e arrêt), précité.

4502. — ... Et à plus forte raison d'une erreur imputable à la faute des administrateurs, et susceptible de vicier le consentement des actionnaires trompés sur les éléments essentiels de ces comptes. — Cass., 16 juin 1891 (2e et 3e arrêts), précités.

4503. — Effectivement, si les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires peuvent valoir ratification des prélèvements injustifiés opérés par les directeurs et administrateurs, c'est à la condition que cette assemblée ait à la fois connu le caractère illégal de la perception et manifesté l'intention de le couvrir. C'est ce qui est admis en matière de ratification. — V. Cass., 7 mars 1894, de Perreville, [S. et P. 94.1.240, D. 94.1.398] — V. *suprà*, v° *Confirmation*, n. 119. — Or, dans l'espèce non seulement rien n'indiquait que l'assemblée eût eu la volonté de consacrer une perception illégale, mais encore il était établi en fait que, par l'ignorance de l'état véritable du compte de profits et pertes, provoquée et entretenue par les directeurs et administrateurs, les actionnaires n'avaient pu reconnaître le caractère indû du prélèvement effectué. La délibération qui l'approuvait, surprise à la société, était donc entachée d'un vice du consentement qui devait en entraîner la nullité.

4504. — Jugé de même que, lorsque, d'après les statuts d'une société anonyme, les administrateurs ont droit à une part proportionnelle sur les bénéfices nets, cette part ne peut être calculée que sur les bénéfices nets, effectivement réalisés à la clôture de l'exercice. — Paris, 9 janv. 1888, Liquid. de la Soc. *la Banque nouvelle*, [S. 90.2.163, P. 90.1.898, D. 89.2.71]; — 9 mars 1888, Hertz, [*Ibid.*]

4505. — En conséquence, lorsqu'il est démontré que le chiffre des bénéfices ressortant du bilan était purement fictif, et ne reposait que sur des évaluations erronées, obtenues,.... soit par la majoration de valeurs dépendant de l'actif de la société... soit par l'inscription, au compte des profits et pertes, de sommes qui devaient être affectées à une réserve spéciale... soit enfin par le report à l'exercice suivant, d'une partie des frais généraux, et qu'ainsi le bilan rectifié, loin de présenter un bénéfice, constituait la société en perte, la demande de l'administrateur, tendant à obtenir l'allocation de sa part proportionnelle sur le bénéfice révélé par le bilan, ne saurait être accueillie. — Paris, 9 janv. 1888, précité.

4506. — De même, lorsqu'une somme a été, en clôture d'exercice, portée provisoirement à la réserve par l'assemblée générale des actionnaires, et n'a été mise en distribution qu'après la cessation des fonctions d'un administrateur, cet administrateur n'est pas fondé à réclamer la part proportionnelle à laquelle, d'après les statuts, il avait droit sur cette somme. — Même arrêt.

4507. — Une créance contentieuse, dont le recouvrement n'a été effectué qu'après la clôture de l'exercice, ne saurait davantage être considérée comme un bénéfice net, donnant ouverture au droit de prélèvement sur les bénéfices nets accordé par les statuts aux administrateurs. — Même arrêt.

4508. — II. *Exercice de l'action en répétition.* — L'action en répétition de dividendes fictifs peut être exercée non seulement par les créanciers de la société, mais aussi par la société elle-même, qui a intérêt à la reconstitution de son capital. — Cass., 3 mars 1863, Hollender, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 63.1.125]; — 15 nov. 1869, Jullien, [S. 70.1.216, P. 70.532, D. 71.1.311] — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 894; Houpin, t. 1, n. 735; Mathieu et Bourguignat, n. 114; Pont, t. 2, n. 1491; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 813; Rousseau, t. 1, n. 3311.

4509. — Par suite, cette action peut être exercée par le liquidateur qui représente la société, alors même qu'il serait actionnaire et qu'il aurait été gérant de la société. — Bourges, 21 août 1871, précité.

4510. — Elle n'est pas d'ailleurs subordonnée à la reddition préalable du compte de liquidation, s'il est certain que le passif excède l'actif. — Même arrêt.

4511. — La même action peut aussi être intentée par l'ancien gérant qui a été contraint de payer de ses deniers des dettes sociales, et qui se trouve ainsi subrogé aux droits des créanciers. — Même arrêt.

4512. — Un créancier est même recevable à l'exercer, bien qu'il ait participé, comme membre du conseil de surveillance, aux délibérations qui ont autorisé la distribution des dividendes fictifs. — Même arrêt.

4513. — L'action doit être intentée contre l'actionnaire qui a touché le dividende fictif (ou ses représentants, héritiers ou légataires à titre universel, s'il est décédé), et ce, alors même qu'il ne serait plus en possession des titres au moment de l'action. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 893; Pont, n. 1491; Mathieu et Bourguignat, n. 115; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 814.

4514. — Mais elle cesserait d'être recevable si les administrateurs gérants, membres du conseil de surveillance ou commissaires avaient, de leurs deniers, comblé le déficit résultant de la distribution des dividendes fictifs. — V. Cass., 3 mars 1863 et 15 nov. 1869 (motifs), précités. — *Sic*, Pont, n. 1491; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 894; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 813.

4515. — L'accord n'est fait, ni en doctrine, ni en jurisprudence sur le caractère de l'action. Pour les uns, l'action en restitution des dividendes fictifs serait une action en répétition de l'indû, une *condictio indebiti* fondée sur les art. 1376 et s., C. civ.; d'où il s'ensuivrait notamment que la compétence devrait appartenir au tribunal civil. — Cass., 8 mai 1867, Carron, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.193] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1492; Houpin, t. 1, n. 735.

4516. — Il nous paraît plus juridique de l'envisager comme une action en complément, ou un recomblement d'une mise sociale qui aurait été, à tort, restituée en partie. D'où il suit que ladite action doit être portée devant le tribunal de commerce, tout au moins si l'on admet que l'obligation pour l'actionnaire de verser sa mise a un caractère commercial. — Cass., 3 mars 1863, précité. — Pau, 18 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.2.178, P. 66.708] — Bourges, 21 août 1871, précité. — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 752; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 892; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 815. — Sur le caractère civil ou commercial de l'engagement des commanditaires ou actionnaires, V. *suprà*, n. 2954 et s.

4517. — D'autre part, si l'art. 1846, C. civ., oblige l'associé qui a retiré des sommes de la caisse sociale pour son usage particulier à en payer les intérêts à partir du jour du retrait, ce principe ne saurait s'appliquer à l'actionnaire qui a reçu, à titre de dividende, des sommes qu'il est ensuite obligé de restituer : cet actionnaire est présumé de bonne foi jusqu'à preuve du contraire, et dès lors, il ne doit les intérêts qu'à partir du jour de la demande en justice. — Cass., 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.192] — Pau, 18 déc. 1865, précité. — Bourges, 21 août 1871, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 892; Houpin, t. 1, n. 734; Pont, t. 2, n. 1489; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 389.

4518. — Que si, au contraire, la mauvaise foi de l'actionnaire est établie, il sera comptable des intérêts des dividendes illégalement répartis, à dater de leur perception. — Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 812.

4519. — La commercialité de l'action en répétition étant admise, les intérêts sont dus au taux de 6 p. 0/0, aujourd'hui 5 p. 0/0; Loi du 7 avr. 1900). — Cass., 16 août 1864, précité.

4520. — Toutefois, et encore bien que les dividendes à restituer constituent une obligation commerciale, l'intérêt n'en est dû qu'au taux statutaire, lorsque les statuts ont fixé à ce taux les intérêts à payer par les actionnaires en retard de verser le montant de leurs souscriptions, ainsi que ceux à payer par la société aux actionnaires sur les sommes versées. — Bourges, 21 août 1871, précité.

4521. — Aux termes de l'art. 10, §§ 4 et 5, « l'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. — Les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la présente loi, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de cinq ans, à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps ». Il y a dans ces dispositions une double dérogation au droit commun : 1° Une dérogation au principe de la prescription trentenaire, motivée par l'intérêt des actionnaires, sur lesquels il a paru impossible de faire peser pendant trente ans la menace d'une action en répétition des dividendes indûment perçus.

4522. — 2° Une dérogation au principe d'après lequel une action ne saurait se prescrire avant d'être née. Effectivement, en l'espèce, l'action naît de la perception indue; or, d'après le texte, la prescription quinquennale a pour point de départ, non pas le jour où chacun des actionnaires a touché en fait les dividendes qu'il doit restituer, mais le jour, généralement antérieur, où la mise en distribution doit commencer, d'après la décision de l'assemblée générale. On a considéré sans doute que cette fixation d'un point de départ uniforme, au regard de tous les actionnaires, serait une simplification de procédure également avantageuse à toutes les parties en cause. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 891 *in fine;* Houpin, t. 1, n. 736; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 816; Rousseau, t. 1, n. 3305.

4523. — Il est intéressant de faire remarquer que, bien que les distributions de dividendes fictifs antérieures à la loi de 1867 soient demeurées soumises au Code de commerce en ce qui concerne les conditions requises pour qu'il y ait lieu à restitution, notre article les assujettit à la loi nouvelle au point de vue de la durée de la prescription : en ce sens du moins que les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la loi de 1867, et pour lesquelles il faudrait encore plus de cinq ans d'après la loi ancienne, seront accomplies par ce laps de temps. — V. Cass., 3 août 1875, Cassagne, [S. 75.1.425, P. 75.1062, D. 76.1.116]

4524. — III. *Responsabilité du gérant et des membres du conseil de surveillance ou des administrateurs.* — Ainsi que nous l'avons déjà dit, les administrateurs de sociétés anonymes, — et il en est de même des gérants de commandite, — sont responsables tant envers la société qu'envers les tiers de la distribution des dividendes fictifs. L'art. 44 s'en explique formellement, mais cette responsabilité, même en l'absence d'un texte, découlerait du droit commun. De telles répartitions, en effet, font grief aux tiers, dont elles diminuaient clandestinement le gage ; elles causent également préjudice à la société, dont de pareilles pratiques compromettent la marche et achèvent la ruine, elles sont enfin préjudiciables aux souscripteurs d'actions nouvelles ou aux cessionnaires des actions anciennes, qui sont induits par ces manœuvres à payer les titres plus qu'ils ne valent réellement.

4525. — Des observations précédentes, il ressort que l'action en responsabilité n'est subordonnée à aucune des restrictions qui, d'après l'art. 10, limitent étroitement les cas de recevabilité de l'action en répétition contre les actionnaires. Que ceux-ci soient autorisés ou non à conserver les dividendes fictifs par eux perçus, le préjudice causé aux tiers ou à la société par la répartition de ces pseudo-dividendes, prélevés en réalité sur le capital, n'en subsiste pas moins, et, par conséquent, doit servir de base à un recours contre les gérants ou administrateurs responsables. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 890; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 818. — Pour l'étude de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point, V. *suprà*, n. 4259 et s..

4526. — Quant aux membres du conseil de surveillance, leur responsabilité est encourue lorsque leur négligence dans la vérification des comptes du gérant a causé préjudice aux tiers ou aux actionnaires. — V. *infrà*, n. 4720 et s. — Sur la responsabilité des commissaires de surveillance dans la société anonyme, V. aussi *infrà*, n. 4849 et s.

4527. — Jugé, à cet égard, que s'il est vrai que l'actionnaire obligé de restituer des dividendes fictifs n'ait pas d'action en garantie contre les membres du conseil de surveillance, il peut cependant leur réclamer des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui cause l'obligation de prélever sur son patrimoine, après un long temps, des sommes qu'il avait perçues comme des revenus légitimes. — Bourges, 21 août 1871, Métairie, S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34

4528. — Mais ces dommages ne peuvent être réclamés par les actionnaires qu'à raison des actions qui sont encore en leur possession, et non à raison de celles qu'ils ont aliénées depuis la perception des dividendes à restituer. — Même arrêt.

4529. — Les actions en responsabilité dont il s'agit, fondées sur une faute délictuelle ou contractuelle suivant la qualité des demandeurs, qui peut exister en dehors de toute intention frauduleuse, ne sauraient être confondues avec l'action civile née du délit de distribution de dividendes fictifs, lequel suppose la fraude (V. *infrà*, n. 4583), et dont les pénalités, en principe, n'atteignent pas les membres du conseil de surveillance. Nous en concluons que l'action en responsabilité contre les gérants, administrateurs, etc., est soumise à la prescription de droit commun (trente ans), et non à la prescription quinquennale de l'art. 10, spéciale à l'action en répétition, ou à la prescription triennale de l'action civile édictée par l'art. 638, C. inst. crim. — Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 818.

4530. — IV. *Pénalités.* — Aux termes de l'art. 15-3° de la loi de 1867, « sont punis des peines portées par l'art. 405, C. pén., les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs. Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant ». D'autre part, aux termes de l'art. 45 de la loi de 1867, « les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront opéré des distributions de dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n. 3 de l'art. 15 contre les gérants des sociétés en commandite ».

4531. — Les peines édictées par l'art. 405, C. pén., sont celles de l'escroquerie : emprisonnement d'un an à cinq ans, amende de 50 à 3,000 fr., interdiction, facultative pour le juge, des droits énuméré en l'art. 42, C. pén...; le tout, sauf les peines plus graves, s'il y a un crime de faux. La plupart des lois étrangères, redoutant sans doute que la rigueur de la peine ne fasse hésiter les juges à l'appliquer, édictent des pénalités plus légères : trois mois de prison seulement, d'après la loi allemande (C. comm., art. 406). La loi belge, cependant, fait exception : elle édicte en effet contre les administrateurs ou gérants coupables de distribution de dividendes fictifs la peine criminelle de la réclusion (L. 26 déc. 1881).

4532. — A. *Conditions d'existence du délit.* — Les conditions d'existence du délit prévu par les art. 15-3° et 45 peuvent se ramener à quatre : 1° fictivité du dividende; 2° absence d'inventaire ou inventaire frauduleux ; 3° répartition effective du dividende; 4° intention frauduleuse.

4533. — a) *Fictivité du dividende.* — Nous avons défini précédemment le bénéfice « l'excédent de l'actif sur le passif constaté par un inventaire régulier », et déterminé les règles qui, d'après l'opinion générale, doivent présider à la confection de cet inventaire et du bilan qui permet de dégager le bénéfice net. Cette définition étant admise, il semblerait que l'on ne doive considérer un dividende (ou plus exactement un *bénéfice*, car le dividende, payé en espèces, n'a rien de fictif) comme fictif que dans le cas où il ne représente pas un excédent réel de l'actif sur le passif, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des facilités plus ou moins grandes de réalisation de l'excédent constaté par l'inventaire, sans que, en d'autres termes, son plus ou moins de liquidité doive être pris en considération. — Wahl, notes sous Cass., 21 juill. 1898, Deslinières, [S. et P. 1901.1.537], et sous Lyon, 16 mars 1899, Même affaire, [S. et P. 1901.2.297]

4534. — Telle n'est pas cependant l'interprétation dominante. La jurisprudence estime, en effet, qu'on ne peut considérer comme bénéfices susceptibles d'être distribués que ceux qui se composent de l'excédent de l'actif sur le passif, provenant d'opérations accomplies au jour de la clôture de l'exercice, et comprenant des espèces en caisse ou des valeurs d'un encaissement prochain équivalant à des espèces en caisse, ou encore des créances d'un recouvrement immédiat et non susceptible de discussion. Il faudrait, en d'autres termes, considérer deux choses : 1° l'existence d'un excédent d'actif; 2° la possibilité actuelle de réaliser immédiatement ou à bref délai cet excédent en numéraire. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.1.233]; — 24 avr. 1891, Secrétan, [S. et P. 92.1.476, D. 93.1.49]; — Paris, 16 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, D. 71.1.552, D. 70.2.121] — Riom, 27 avr. 1898, sous Cass., 21 juill. 1898, précité. — *Sic,* Alauzet, t. 1, n. 262; Bédarride, t. 1, n. 230, et t. 2, n. 504; Delangle, t. 1, n. 354; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 889; Mathieu et Bourguignat, n. 90; Houpin, t. 1, n. 732; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 829; Rousseau, t. 1, n. 3283; Rubat de Mérac, *Délits relatifs aux sociétés par actions, passim.*

4535. — M. Wahl (*op. cit.*) considère cette formule comme beaucoup trop restrictive : « En disant que l'excédent de l'actif sur le passif, distribué aux actionnaires, constitue un dividende fictif s'il n'est pas représenté par des valeurs d'un encaissement prochain, ou des créances d'un recouvrement certain, les arrêts précités exigent une condition qui ne repose sur aucun texte, et

dont il est difficile de comprendre la raison. Dès lors que l'excédent existe, c'est que la société a fait des bénéfices ; ces bénéfices ne sont pas fictifs, la loi ne demande pas autre chose. L'erreur commise par la cour de Riom en particulier éclate, fait observer M. Wahl, dans la raison qu'elle invoque pour ne pas considérer comme « un bénéfice » les économies sur le matériel ou sur l'outillage, qui avaient ainsi une valeur supérieure au prix de revient; ce n'est pas là, dit-elle, une recette. Nous avons montré que le bénéfice n'a rien à faire avec la recette; la recette suppose une somme encaissée par la société; le bénéfice est l'excédent de l'actif sur le passif, que cet excédent dérive d'une recette, d'une augmentation de valeur ou de toute autre circonstance. La Cour, en d'autres termes, confond la notion d'actif avec celle de bénéfices, et elle se demande s'il y a des bénéfices dans des hypothèses où il fallait se demander s'il y a actif ».

4536. — Cette controverse, à notre sens, n'a qu'un intérêt pratique très-faible. M. Wahl reconnait en effet, dans la note précitée, qu'un actif incertain, aléatoire, éventuel, *n'est pas un véritable actif*; or précisément cette incertitude existe, très-généralement, dans le cas où l'on se trouve en présence d'un élément de l'actif malaisement susceptible d'une réalisation immédiate, et il suffit de parcourir les nombreuses décisions d'espèce, par lesquelles la jurisprudence s'est efforcée de dégager la notion du bénéfice pour voir qu'au fond, dans presque tous les cas où elle a admis la fictivité du dividende à raison des difficultés de réalisation de l'excédent de recettes constaté par l'inventaire, il y avait un doute sérieux *sur l'existence même de cet excédent*. Tout au plus des réserves pourraient-elles être faites, soit en ce qui concerne le refus par la cour de Riom (V. Lyon, 16 mars 1899, précité) de tenir compte de la plus-value des marchandises, alors qu'elle n'admet, avec l'unanimité des auteurs (V. *suprà*, n. 4464), l'évaluation de ces mêmes marchandises, que d'après leur valeur marchande lorsque le cours en a baissé, soit en ce qui concerne la thèse, admise par les arrêts précités, d'après laquelle il n'y aurait pas lieu de faire état dans l'inventaire des économies réalisées sur la construction d'outils faisant partie du matériel, et par conséquent non destinés à la vente.

4537. — Quoi qu'il en soit, il a été jugé qu'on ne saurait voir des bénéfices à distribuer dans un excédent d'actif consistant en marchandises dont la vente ne pourrait être promptement réalisée et dont le produit serait incertain. — Riom, 27 avr. 1898, sous Cass., 21 juill. 1898, précité.

4538. — Il en serait de même des améliorations ou des économies sur le matériel et sur l'outillage, qui ne peuvent être considérées comme une recette et comme un bénéfice. — Même arrêt.

4539. — Ainsi, les matières premières de fabrication qui ne sont pas destinées à être vendues, de même que les machines à coudre appartenant à une société de machines à coudre, lesquelles ne sont pas susceptibles d'une vente immédiate, comme se composant pour la presque totalité d'anciennes machines dont les acheteurs ne veulent plus, et dont la société s'est débarrassée ultérieurement en les vendant à prix réduit, ne constituent pas des bénéfices à distribuer, si la société n'a pu se procurer avec la vente de ses marchandises la somme qu'elle a distribuée à ses actionnaires; il n'est pas possible de trouver là un excédent d'actif promptement réalisable permettant la distribution d'un bénéfice quelconque. — Même arrêt.

4540. — Il en est ainsi surtout si la société, non seulement n'avait pas réalisé de bénéfices, mais, au contraire, était en perte au moment de la rédaction de l'inventaire sur la base duquel elle a distribué les dividendes et dont les estimations étaient majorées. — Même arrêt.

4541. — De même, ne peuvent être inscrits à titre de bénéfices, au crédit des comptes de profits et pertes, une simple majoration ou plus-value des immeubles sociaux. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

4542. — A plus forte raison, ne sauraient être maintenus, comme élément d'actif dans un inventaire, des *créances irrécouvrables*. Un pareil maintien n'est qu'un artifice pratiqué dans le but de dénaturer la véritable situation de la société et de faire apparaître en face du passif un actif imaginaire. — Lyon, 8 juin 1864, Vouillemond, [S. 65.2.38, P. 65.226, D. 65.2.197] — Orléans, 19 janv. 1898, motifs, [*J. des soc.*, 98.181]

4543. — Jugé également que la condamnation du directeur-administrateur d'une société anonyme pour distribution de dividendes fictifs est suffisamment justifiée, lorsqu'il est constaté que l'évaluation des bénéfices ne reposait pas sur des éléments sérieux, et que la somme distribuée à titre de dividende n'était, à aucun point de vue, un bénéfice acquis à la société et susceptible d'être réparti dans une mesure quelconque. — Cass., 24 avr. 1891, Secrétan, [S. et P. 92.1.476, D. 93.1.49]

4544. — Il en est ainsi spécialement lorsque le chiffre des bénéfices accusé dans l'inventaire n'a pu être obtenu qu'en évaluant à un taux exagéré des cuivres détenus par la société; et peu importe à cet égard que l'évaluation ait été faite en conformité des cours cotés à la Bourse, si ces cours, forcés par une spéculation ardente et prolongée que dirigeait le prévenu lui-même, étaient manifestement destinés à un effondrement prochain. — Même arrêt.

4545. — Et il en est ainsi surtout lorsqu'au moment où le conseil d'administration décidait la distribution de dividendes, la société se trouvait depuis plusieurs mois dans une situation des plus critiques. — Même arrêt.

4546. — De même, l'inventaire, reconnu exact au point de vue des opérations matérielles et des cours de la Bourse pris comme base d'évaluation des titres, peut, néanmoins, être déclaré frauduleux, lorsque dans l'avoir apparent de la société, on a compris, d'une part, pour un chiffre important, des actions de la société elle-même, cotées au cours que cette société leur avait fait atteindre par ses opérations de report et par ses achats, poussés jusqu'à l'épuisement des dernières ressources sociales, et qu'on a fait figurer, d'autre part, comme certaines et disponibles, des valeurs qui, en réalité, étaient purement éventuelles et aléatoires. — Les déclarations du juge du fait, sur ce point, sont souveraines, et échappent au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 23 juin 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.1.428, P. 83.1.1068, D. 83.1.425]

4547. — Jugé également que la condamnation des administrateurs d'une société anonyme pour distribution de dividendes fictifs est suffisamment justifiée lorsqu'il est constaté que les administrateurs, dans le but de pallier une situation inquiétante pour l'avenir prochain et pour le crédit de la société, ont cherché un expédient propre à faire apparaître un bénéfice qui ne pouvait être qu'imaginaire, et qu'ils ont à cet effet augmenté d'un trait de plume, en bloc et d'un tant pour cent, la valeur des marchandises en chantier, en magasin, ou même en voyage, et que, d'ailleurs, l'irrégularité flagrante des actes des administrateurs ne peut se concilier avec leur bonne foi. — Cass., 18 janv. 1894, Société du pavage en bois, [S. et P. 94.1.256, D. 95.1.159]

4548. — Jugé dans le même sens, sous l'empire de la loi ancienne, qu'un dividende ne peut être considéré comme réellement acquis, dans le sens de l'art. 13, L. 17 juill. 1856, sur les sociétés en commandite par actions, qu'autant qu'il résulte d'une opération accomplie. En conséquence, le gérant d'une société en commandite par actions qui distribue un dividende aux actionnaires avant que l'opération ait été exécutée, se rend coupable du délit prévu et puni par l'art. 13 précité, encore bien qu'un bénéfice ait été assuré à la société par la convention relative à cette opération. — Cass., 28 juin 1862, Mirès, [S. 62.1.625, P. 62.785, D. 62.1.301]

4549. — Et il importe peu que les inventaires aient été approuvés par l'assemblée générale des actionnaires : l'intervention de l'assemblée, alors même qu'elle aurait connu l'infidélité qui a été commise, ne peut en modifier le caractère et la criminalité. — Même arrêt.

4550. — Il a été jugé de même, sous l'empire de la loi actuelle, que peut être considéré comme constitutif du délit prévu par l'art. 15-3° le fait d'inscrire à l'actif social des gains non encore réalisés : par exemple les bénéfices escomptés sur une opération en cours ou sur une opération future. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.1.233]; — 23 juin 1883, précité; — 17 juill. 1885, Bouchet, Poulet, Flavien, Japy et Damiault, [S. 87.1.286, P. 83.1.566, D. 86.1.273] — Paris, 16 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121] — Limoges, 2 juill. 1897, sous Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle et consorts, [S. et P. 1901.1.513, et la note de M. Wahl]

4551. — ... Que ne peuvent être inscrits à titre de bénéfices, au crédit des comptes de profits et pertes : une simple majoration ou plus-value des immeubles sociaux. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

4552. — ... Ni, au cas d'achat de terrains par une société, avec imputation sur le prix d'acquisition d'une somme fixée pour

l'exécution des travaux de viabilité, le profit résultant de la diminution obtenue sur cette dernière somme dans un traité passé avec le sous-entrepreneur de ces travaux. — Cass., 7 mai 1872, précité. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

4553. — ... Non plus que l'excédent sur le prix de revient des terrains acquis par la société, des prix de revente, lorsque ces prix, payables par annuités, n'ont pas été encaissés durant l'exercice et ne sont même pas échus. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

4554. — ... Ni surtout l'excédent provenant d'aliénations non encore réalisées et constituant seulement de simples locations des terrains avec promesse d'en consentir l'aliénation moyennant un prix fixé d'avance. — Même arrêt.

4555. — Les irrégularités résultant de l'admission de ces prétendus bénéfices ne sauraient être justifiées par la circonstance que, pour les établir, on aurait suivi un mode de comptabilité en usage dans la société depuis son origine et connu des actionnaires, tel, spécialement, que celui consistant à ne pas ajouter au prix de revient des immeubles, les intérêts des sommes empruntées pour acquisitions et travaux, mais à les comprendre parmi les frais d'exploitation : ce mode de comptabilité devenant inexact dès que les produits annuels manquent, puisqu'il fait solder des dépenses par des recettes imaginaires. — Même arrêt.

4556. — En conséquence, les administrateurs d'une société anonyme par actions, qui, dans leurs rapports aux assemblées générales, ont, par l'inscription qu'ils ont faite, comme bénéfices réalisés, de ces diverses valeurs ou créances, annoncé des exercices se soldant en bénéfices à distribuer, alors que, les articles ainsi qualifiés faussement étant retranchés, ces exercices se soldaient en perte, sont responsables non pas seulement envers la société qu'ils ont ainsi trompée, mais aussi envers ceux des sociétaires qui n'ont acheté leurs actions que sur la foi de ces faux rapports ; ils objecteraient vainement que l'approbation qu'y a donnée l'assemblée générale les couvrirait vis-à-vis des sociétaires dont il s'agit, sauf le recours de ces derniers contre la société. — Même arrêt.

4557. — Mais cette responsabilité ne peut être invoquée par les associés qui ont acheté leurs actions postérieurement à une délibération par laquelle l'assemblée générale aurait rendu notoire le mauvais état des affaires de la société. — Même arrêt.

4558. — D'autre part, les dividendes distribués doivent être considérés comme fictifs si la société anonyme a succédé à une société en participation qui était dans une situation précaire, si la transformation de cette dernière société en société anonyme a été faite pour relever l'affaire, s'il est établi que les administrateurs comptaient, pour opérer ce relèvement, sur la vente des actions de la société et que la société était restée embarrassée, si l'annonce de la distribution après six mois seulement d'exercice a fait naître l'incrédulité chez certaines personnes bien placées pour connaître la vérité, et si enfin l'un des administrateurs, se rendant compte de sa responsabilité, a immédiatement offert sa démission. — Lyon, 16 mars 1899, Deslinières, [S. et P. 1901. 2.297, D. 1900.2.137]

4559. — ... Si on y a porté comme bonnes des pièces de machines détachées inutilisables, et qui d'ailleurs ont été plus tard mises au rebut, et des machines défectueuses qu'il a fallu plus tard vendre à un prix infime. — Même arrêt.

4560. — ... Si des machines remises en dépôt aux agences de la société ont été présentées comme vendues, alors que les agents n'étaient que des consignataires. — Même arrêt.

4561. — ... Si la société a donné, sans aucune raison plausible, une plus-value aux marchandises en consignation dans ses agences, marchandises qui devaient être évaluées à leur prix de revient. — Même arrêt. — Sur la question de savoir si, en cas de plus-value non contestable, il convient ou non d'en tenir compte dans l'inventaire, V. en faveur du droit de tenir compte la plus-value, Wahl, notes précitées.

4562. — ... S'il n'a pas été tenu compte de l'amortissement sur le mobilier. — Même arrêt. — Sur le principe de l'amortissement de tous les éléments de l'actif, mobiliers ou immobiliers sujets à dépérissement, V. *suprà*, n. 4442 et s.

4563. — ... Si la valeur de certaines machines-outils a été portée à l'inventaire, alors que le prix encore dû de ces machines n'était pas porté au passif. — Même arrêt.

4564. — Les *dissimulations de passif* peuvent, comme les majorations d'actif, avoir pour résultat de faire ressortir un bénéfice imaginaire, et par conséquent servir de base à une poursuite correctionnelle basée sur l'art. 15. Rappelons à ce sujet que le passif ne comprend pas seulement les dettes, mais aussi le capital social, puisque ce capital sert de gage spécial aux créanciers futurs, qu'il ne peut être amoindri à leur détriment, que la société ne peut, comme on l'a vu, y faire aucun prélèvement au profit des actionnaires ; si le capital social ne figurait pas au passif, la société pourrait distribuer tout l'excédent de son actif sur ses dettes, c'est-à-dire faire disparaître la somme que la loi l'oblige à réserver pour ses créanciers éventuels. — V. sur ce point, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 897; Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 731 et 733; Rubat de Mérac, *Délits relatifs aux soc. par act.*, n. 441; Siville, *Tr. des soc. anon. belges*, t. 2, n. 1982; Rossel, *Manuel du dr. féd. des oblig.*, n. 838; Roland, *De la responsab. des administr. dans les soc. anon. en Belgique*, n. 66; Ring, *Die Kommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften*, 2e éd., p. 109. — V. aussi l'ancien C. comm. allemand, art. 217 : « On ne peut répartir, disait ce dernier texte, que ce qui, d'après le bilan annuel, constitue l'excédent net au delà du capital versé ».

4565. — Le fonds de réserve, légal ou statutaire (V. *suprà*, n. 4429 et s.), a également une destination spéciale, celle de parer à des éventualités déterminées; il doit donc, lui aussi, être maintenu vis à-vis des actionnaires, et, par suite, être déduit de l'actif. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 899; Houpin, t. 2, n. 931. — Il en est de même de tous les autres fonds statutaires, comme le fonds d'amortissement. — V. *suprà*, n. 4442 et s.

4566. — Il y a donc dividende fictif, si on ne fait pas figurer certaines pertes au passif. — V. Trib. corr. Seine, 19 avr. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.298] — Il en est de même, si on les donne comme inférieures à leur montant réel, si on n'alimente pas, dans la mesure fixée par la loi et les statuts, le fonds de réserve, ou, dans la mesure fixée par les statuts, les autres fonds. On peut dire, en résumé, fait justement observer M. Wahl (note sous Lyon, 16 mars 1899, précité), que le dividende est fictif si l'inventaire, à supposer qu'il ait été rédigé, présente les irrégularités qui peuvent entraîner la banqueroute simple, c'est-à-dire « s'il n'offre pas la véritable situation active ou passive » (C. comm., art. 586-4°).

4567. — Au contraire, il n'y a pas distribution de dividendes fictifs, encore bien que l'inventaire ait été irrégulièrement dressé et présente des erreurs matérielles, si, d'une part, après redressement opéré, les bénéfices s'élèvent à un chiffre supérieur au dividende distribué, et si, d'autre part, l'intention frauduleuse des administrateurs et directeurs n'est pas démontrée. — Grenoble, 15 juill. 1886, Zielinski et autres : directeurs et administrateurs de la Banque de Lyon et de la Loire, [S. 86.2. 241, P. 86.1.1246]

4568. — D'ailleurs, il appartient aux juges du fait de déclarer si les dividendes distribués aux actionnaires d'une société anonyme ont été prélevés sur des bénéfices certains; et leur appréciation, à cet égard, échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 17 juill. 1895, Bouchet, Poulet, Flavien, Japy et Damiault, Comp. *le Zodiaque*, [S. 87.1.286, P. 87.1 667, D. 86.1.273] — Agen, 10 juill. 1885, Sirech et Salbant, adm. du Crédit du Lot, [S. et P. 96.2.95] — Besançon, 27 mars 1897, [*Rev. des soc.*, 99.447]

4569. — La condamnation pour distribution de dividendes fictifs est légalement justifiée, à l'égard de l'administrateur d'une société, lorsque, des constatations de l'arrêt de condamnation, il résulte que, depuis la nomination de cet administrateur, il a été distribué aux actionnaires un premier acompte sur l'exercice en cours, à titre d'intérêts du capital versé, et que, appréciant ensuite le caractère de cette distribution au regard dudit administrateur, l'arrêt ajoute, d'une part, que... « si, aux termes des statuts, les administrateurs étaient autorisés à distribuer des dividendes sous forme d'intérêts du capital versé, c'était à la charge de dresser un état semestriel, et seulement au cas où cet état révélerait que la situation active de la société autorisait cette distribution ». — Cass., 19 nov. 1887, Ecochard, Méquignon, Lanquine, Foriaski et autres, [S. 88.1.139, P. 88. 1.312, D. 88.1.191]; — 24 avr. 1891, Secrétan, [S. et P. 92. 1.476, D. 93.1.49]

4570. — ... Et, d'autre part, que le prévenu, « en dressant cet état, s'est forcément reporté au dernier inventaire fait avant sa nomination ; qu'il en a nécessairement connu les exagérations et s'est ainsi associé sciemment à la distribution d'un dividende

fictif, à l'aide d'inventaire, bilan ou état frauduleux. — Même arrêt.

4571. — Il appartient également aux juges du fait de décider, par interprétation des statuts d'une société anonyme, que l'assemblée générale d'actionnaires a le droit de fixer souverainement le chiffre des bénéfices nets, sur lesquels devaient être faits les divers prélèvements prévus par ces mêmes statuts, et de distraire, pour des objets déterminés, diverses sommes de ce chiffre. Les juges du fait ne font, en le décidant ainsi, qu'user de leur droit d'appréciation des contrats, sans dénaturer celui qui leur est soumis. — Cass., 3 févr. 1890, Herz, [S. 90.1.376, P. 90.1.92 , D. 90.1.251]

4572. — En pareil cas, la déclaration des juges du fait, portant qu'il résulte des documents produits, et qu'il n'est pas d'ailleurs contesté, qu'une certaine somme, retenue par le ministre de la Guerre, n'a été recouvrée et acquise à la société qu'après la clôture d'un exercice, répond suffisamment à des conclusions tendant à faire décider que cette somme se trouvait dans la caisse avant la clôture de l'exercice, et devait, par suite, figurer aux bénéfices de l'exercice clos. — Même arrêt.

4573. — Mais doit être annulé, comme ne permettant pas à la Cour de cassation d'exercer son droit de contrôle et de vérifier l'application qui a été faite au prévenu des art. 15 et 45, L. 24 juill. 1867, l'arrêt qui, en présence des conclusions du prévenu, soutenant n'avoir été nommé administrateur qu'après la distribution des dividendes fictifs, ne fait pas connaître... si le prévenu était administrateur... à quelle époque il a été nommé à cette fonction... et s'il a participé en cette qualité à la distribution de dividendes fictifs. — Même arrêt.

4574. — b) *Absence d'inventaire ou inventaires frauduleux.* — La répartition, pour être délictuelle, doit avoir eu lieu, dit l'art. 15, *en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux.* Une controverse s'est élevée, à ce sujet, sur la signification véritable du mot inventaire dans l'art. 45. D'après la Cour de Paris, on doit entendre par *inventaire* tout compte rendu, tout état de situation, soit écrit, soit verbal, au moyen duquel on peut surprendre le vote d'une assemblée d'actionnaires, en lui présentant sous un jour faux les ressources et les opérations de la société. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — M. Rubat de Mérac (*op. cit.*, n. 323), au contraire, n'admet pas cette extension du mot inventaire, et ne croit pas que l'on puisse englober sous cette dénomination un écrit ou même des paroles quelconques, se référant à la situation active et passive de la société. — V. Trib. comm. Seine, 20 sept. 1884, [*Rev. des soc.*, 84.794]

4575. — Nous avouons ne pas saisir la portée pratique de cette controverse. Dès l'instant en effet, que le législateur met sur la même ligne l'*absence d'inventaire* et le caractère *frauduleux* de l'inventaire, il importe peu que l'état de situation, écrit ou verbal, présenté par les administrateurs ou gérants, mérite ou non le qualificatif d'inventaire ; le considère-t-on comme un inventaire, il y aura lieu de rechercher s'il est frauduleux ; lui dénie-t-on ce qualificatif, on décidera qu'il y a absence d'inventaire et la condamnation n'en sera pas moins légalement justifiée si bien qu'au fond cette seconde condition se confond avec la quatrième, étudiée *infrà*, n. 4588 et s. (nécessité d'une intention frauduleuse). Notre opinion est aussi celle de M. Rousseau. « L'intérêt de la question, écrit cet auteur (n. 3263), est plus théorique que pratique, et quand elle s'est présentée devant les tribunaux, il s'agissait moins de savoir, pour les administrateurs, s'ils seraient frappés, *qu'en vertu de quelle formule ils seraient frappés* ».

4576. — Au surplus, et d'une manière générale, la jurisprudence s'attache plutôt au fond qu'à la forme, et ne tient aucun compte des dénominations employées par les parties pour colorer les répartitions faites et leur donner une apparence de régularité. Jugé, en ce sens, que toute répartition faite à des actionnaires, quelles qu'en soient la forme et la dénomination, constitue en réalité une distribution de dividende, et doit être justifiée par des bénéfices certains, constatés par un inventaire régulier. — Lyon, 12 mars 1885, Savary, Zielinski et autres, [S. 86.2.241, P. 86.1.246 et la note de M. Villey, D. 86.2.136]

4577. — Ainsi, la répartition d'un dividende, représentant l'intérêt à 5 p. 0/0, pendant les six premiers mois de l'exercice, des sommes versées sur les actions d'une société anonyme, constitue, à la charge des administrateurs, le délit de distribution de dividendes fictifs, si la répartition a été autorisée par l'assemblée générale, en l'absence d'inventaire régulier, et sur l'assertion des administrateurs, assertion reconnue mensongère, que la somme mise en distribution représentait des bénéfices acquis à la société. — Lyon, 12 mars 1885, précité. — Paris, 28 déc. 1886, Miégeville, Savary, Tible et autres, [S. 88.2.37, P. 88.1.321] — Sur la validité de la stipulation d'intérêts en l'absence de bénéfices, V. *infra*, n. 4620 et s. — V. aussi Boistel, p. 212, n. 295; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Société en commandite*, n. 402 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 659; Deloison, t. 1, n. 223.

4578. — De même, le fait par les gérants de se faire autoriser à s'attribuer une certaine somme sur les bénéfices, alors que cette remise leur a été consentie sur la production d'un bilan dressé en conformité d'un inventaire qu'ils savaient être frauduleux, est constitutif du délit d'escroquerie. — Rennes, 3 nov. 1887, Joly et Rubat de Mérac, [D. 88.2.234]

4579. — Jugé, d'autre part, que la distribution de dividendes fictifs peut être poursuivie même en cas de disparition de l'inventaire, surtout s'il existe de graves présomptions que l'administrateur inculpé est l'auteur de cette disparition. — Lyon, 16 mars 1899, Deslinières, [S. et P. 1901.2.297, D. 1900.2.137] — Le bien-fondé de cette solution est évident. Comment, en effet, les administrateurs échapperaient-ils au dilemme suivant : ou leur affirmation qu'il n'y a pas eu d'inventaire est exacte, et en ce cas, ils tombent sous le 1° de l'article (distribution en l'absence d'inventaire) ; ou elle est fausse, et en ce cas, leur bonne foi doit nécessairement être suspectée, puisque cette fausse déclaration ne peut avoir pour but que d'égarer la justice et de dissimuler un inventaire entaché de fraude.

4580. — Un brouillon d'inventaire ne peut tenir lieu d'inventaire, s'il contient des mentions au crayon qui sont en contradiction sur certains points importants avec les énonciations du texte écrit à l'encre. — Même arrêt.

4581. — La loi ne proscrit, en effet, à l'égard du délit de distribution de dividendes fictifs, aucun des modes de preuve que les tribunaux répressifs peuvent admettre à l'égard des autres délits. — Même arrêt. — Cette solution n'est pas moins juridique que les précédentes. Pour savoir si l'inventaire est frauduleux, les tribunaux peuvent recourir à tous les modes de preuve, non pas parce que telle serait la règle absolue en matière criminelle, mais parce que, devant les juridictions criminelles comme devant les juridictions civiles, le dol et la fraude peuvent être prouvés par tous les moyens (V. *suprà*, v° *Preuve testimoniale*, n. 368 et s.). De même, et par identité de motifs, si l'inventaire a été perdu, la preuve de ses énonciations peut être prouvée par tous les moyens, conformément à un principe de droit commun (C. civ., art. 1348). — V. *suprà*, v° *Preuve testimoniale*, m. 466 et s.

4582. — c) *Répartition effective des dividendes.* — Le délit n'est consommé que par la répartition *effective* des dividendes fictifs. Mais la répartition de dividendes est accomplie lorsque, des bénéfices étant constatés et attribués aux associés ou actionnaires, ceux-ci ont acquis un droit privatif sur la valeur répartie. — Il n'est pas nécessaire que la distribution ait eu lieu matériellement ; elle peut s'effectuer par voie de compensation, et, spécialement, par l'affectation de valeurs à la libération d'actions antérieurement souscrites : ce mode d'attribution n'enlève pas aux bénéfices distribués le caractère légal de dividendes, et, si la valeur ainsi employée n'est que fictive, l'opération rentre dans les termes des art. 15, n. 3, et 45, L. 24 juill. 1867. — Cass., 23 juin 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.1.428, P. 83.1.1068, D. 83.1.425] — Paris, 19 mars 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — *Sic*, Rousseau, t. 2, n. 3293 ; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 838.

4583. — Ainsi, lorsque, par une délibération d'une assemblée générale, il a été décidé que des actions nouvelles seraient émises à un prix déterminé, exigible en totalité, et qu'une portion de ce prix serait affectée à la libération des anciennes actions, la déclaration faite par les administrateurs que la totalité des actions nouvelles a été souscrite et que le prix intégral en a été versé, emportant, aux termes mêmes des résolutions votées par l'assemblée générale, attribution, à chaque titre ancien, d'un dividende qui se compense de droit avec la somme dont l'action ancienne était débitrice envers la société, il y a distribution de dividendes fictifs, si cette déclaration est mensongère. — Mêmes arrêts.

4584. — Peu importe, d'ailleurs, que les écritures n'aient

pas formalisé l'opération sur les livres de la société, et que des titres nouveaux n'aient pas été délivrés aux actionnaires bénéficiaires de la libération. — Cass., 23 juin 1883, précité.

4585. — Peu importe aussi que l'opération fût susceptible d'annulation, ou que la nullité en ait été prononcée par la justice civile. — Cette annulation ne saurait, au point de vue pénal, lui ôter le caractère de fait accompli entre les actionnaires et les administrateurs de la société. — Même arrêt.

4586. — Jugé également que le délit de distribution de dividendes fictifs peut être relevé contre un administrateur d'une société anonyme, alors même que cet administrateur n'a pas touché sa part en espèces monnayées, et a été payé, soit par l'inscription de la somme à laquelle il avait droit au crédit de son compte avec la société, soit en se faisant attribuer en paiement des obligations de la société. — Lyon, 16 mars 1899, précité.

4587. — Ces différentes solutions ne sauraient soulever aucune contestation sérieuse. L'actionnaire qui est constitué, pour le montant de ses dividendes, créancier de la société, appauvrit cette dernière au détriment de ses créanciers actuels et futurs, aussi bien que s'il avait reçu en argent ce dividende; en effet, on admet que l'actionnaire, s'il ne touche pas ses dividendes, et les laisse dans la caisse sociale, est, en ce qui les concerne, créancier de la société, et concourt, pour leur montant, avec les autres créanciers (V. Pont, *suprà*, n. 4494). A plus forte raison l'attribution d'obligations de la société à un actionnaire est-elle une distribution, puisqu'elle transforme indubitablement l'actionnaire, jusqu'à concurrence du montant nominal de ces obligations, en créancier de la société. — V. note de M. Wahl, sous Cass., 21 juill. 1898, Deslinières, [S. et P. 1901.1.537]

4588. — d) *Intention frauduleuse.* — Toute distribution de dividendes fictifs engage la responsabilité civile des administrateurs ou gérants; mais, pour qu'elle puisse être considérée comme un délit correctionnel, il faut un élément de plus, à savoir *l'intention frauduleuse* de ses auteurs responsables. — Cass., 28 juin 1862, Mirès, [S. 62.1.625, P. 62.785, D. 62.1.305]; — 24 avr. 1891, Secrétan, [S. et P. 92.1.476, D. 93.1.49] — Agen, 10 juill. 1895, Sirech et Salbant, admin. du Crédit du Lot, [S. et P. 96.2.95] — Paris, 7 janv. 1898, [J. *La Loi*, 16-17 janv. 1898] — *Sic*, Villey, note sous Grenoble, 15 juill. 1886, Savary, Zielinski et autres, [S. 86.2.241, P. 86.1.1246]; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Société anonyme*, n. 269; Houpin, t. 1, n. 737; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 839; Rousseau, t. 2, n. 3290.

4589. — Jugé, à cet égard, que l'exagération dans les inventaires de la valeur de certains articles, telle que l'évaluation au pair des actions de la société, ne constitue pas un délit, bien qu'elle soit inexacte et contraire aux usages commerciaux, si elle est faite sans intention frauduleuse. — Cass., 28 juin 1862, précité.

4590. — ... Qu'il en est de même de la dissimulation des pertes résultant d'opérations faites par la société, dans des inventaires antérieurs, alors que ces pertes font partie d'une suite d'opérations en cours d'exécution, et que leur omission au passif est exempte de fraude et n'affecte en rien le dividende distribué aux actionnaires. — Même arrêt. — V. Grenoble, 15 juill. 1886, précité.

4591. — ... Que des passations d'écritures, des réticences calculées et des ambiguïtés voulues d'un rapport présenté à l'assemblée générale des actionnaires, bien qu'elles paraissent avoir eu pour but de dissimuler aux actionnaires la situation réelle de la société et de faire apparaître un bénéfice exceptionnel, n'entraînent néanmoins aucune responsabilité pénale à la charge des auteurs du bilan incriminé, si ces derniers ont pu croire de bonne foi au succès des opérations que la société avait entreprises et à la hausse des marchandises dont la société avait la possession et qui aurait justifié le dividende distribué. — Cass., 5 août 1890, Secrétan, [D. 93.1.49]

4592. — ... Que l'intention coupable étant un élément essentiel de l'infraction, les administrateurs d'une société anonyme, qui, en connaissance de cause, se sont associés à la présentation d'un inventaire inexact dissimulant les pertes éprouvées par la société, et sur le vu duquel l'assemblée générale a voté la distribution de dividendes, ne sauraient être condamnés pour distribution de dividendes fictifs, s'il est démontré qu'ils n'ont pas obéi à une intention coupable, mais seulement au désir d'éviter la dissolution de la société, dont les affaires périclitaient par suite de la mauvaise gestion d'une précédente administration, et de lui permettre de revenir à meilleure fortune. — Agen, 10 juill. 1895, Sirech et Salbant, administrateurs du Crédit du Lot, [S. et P. 96.2.95]

4593. — Mais l'intention criminelle, élément essentiel du délit de distribution de dividendes fictifs, est suffisamment constatée lorsque le jugement ou arrêt de condamnation énonce que le prévenu, qui imprimait la direction à toute l'affaire, connaissait toutes les difficultés de la situation, était au courant des embarras de la société, et n'a pu supposer de bonne foi que des bénéfices fussent acquis et susceptibles de distribution. — Cass., 24 avr. 1891, précité. — V. aussi Rubat de Mérac, n. 426.

4594. — Jugé également que le délit de répartition de dividendes fictifs au moyen d'un inventaire frauduleux doit être relevé contre l'administrateur qui, propriétaire d'un grand nombre d'actions et de parts de fondateur, a tout préparé pour faire croire à la prospérité de la société, afin de donner de la valeur à ses titres et de les vendre avantageusement, et aussi pour faciliter l'émission des obligations qu'il allait faire voter par l'assemblée générale, sa mauvaise foi n'étant pas alors douteuse. — Riom, 27 avr. 1898, sous Cass., 21 juill. 1898, Deslinières, [S. et P. 1901.1.537]

4595. — Mais le même délit ne peut être relevé contre un autre administrateur, s'il n'est pas établi qu'il ait connu la majoration du bilan et de l'inventaire et y ait participé, et si, dans le cas même où il y aurait pris part, il aurait vraisemblablement agi moins en qualité d'administrateur que comme employé sous les ordres d'un autre administrateur. — Même arrêt.

4596. — Jugé de même que l'inventaire au vu duquel des dividendes fictifs ont été distribués doit être considéré comme frauduleux, s'il a été fait dans le délai insuffisant de quarante-huit heures. — Lyon, 16 mars 1899, Deslinières, [S. et P. 1901.2.297, D. 1900.2.137]

4597. — Le fait qu'un administrateur s'est payé de sa part dans les dividendes fictifs en achetant des obligations de la société n'est d'ailleurs pas exclusif de l'intention frauduleuse et par conséquent du délit, sa confiance dans le succès définitif de la société ne pouvant le disculper. — Même arrêt.

4598. — Les juges du fond apprécient souverainement si les exagérations de l'actif ou les dissimulations des pertes sont ou non accomplies sans intention frauduleuse. — Cass., 28 juin 1862, précité.

4599. — Toutefois, si l'on est en présence d'un inventaire régulier, la fraude ne se présumera pas, et le demandeur devra en établir l'existence. — Cass., 23 juin 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.1.425, P. 83.1.1068, D. 83.1.425] — Paris, 19 mars 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425]

4600. — ... Tandis que l'absence d'inventaire élève, à l'encontre des gérants ou administrateurs qui ont procédé à la répartition, une présomption *juris tantum* de mauvaise foi. — Paris, 19 mars 1883, précité. — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 636; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 840.

4601. — Si les poursuivants ne réussissent pas à établir l'existence de la fraude, ils s'exposent à une action reconventionnelle en dommages-intérêts de la part des gérants et administrateurs mis en cause, tout au moins si les imputations fausses et calomnieuses dirigées par eux contre ces derniers paraissent inspirées soit par un esprit de vengeance, soit par un but de spéculation. — Paris, 7 janv. 1898, [*Gaz. Pal.*, 98.1.695] — *Sic*, Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 846 *bis*.

4602. — B) *Personnes punissables.* — Les personnes punissables, comme auteurs principaux du délit de distribution de dividendes fictifs, sont les gérants dans les sociétés en commandite par actions et les administrateurs dans les sociétés anonymes. Leur responsabilité est individuelle (V. *suprà*, n. 4353). — Cass., 24 avr. 1891, Secrétan, [S. et P. 92.1.476, D. 93.1.49] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 737; Rousseau, t. 2, n. 3296; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 841.

4603. — Ainsi, le directeur-administrateur de la société ne saurait tirer grief de ce que seul il aurait été condamné, sans motifs spéciaux, pour un acte qui n'a pu être que le fait collectif ou impersonnel du conseil d'administration; en matière pénale, les responsabilités sont essentiellement individuelles, et on ne saurait méconnaître ce principe sans porter atteinte à l'indépendance de l'action publique. — Même arrêt.

4604. — La distribution de dividendes fictifs constitue, non une simple contravention, mais un délit caractérisé. Par

suite, les règles du droit commun sur la complicité lui sont applicables, la loi de 1867 ne contenant aucune dérogation à cet égard. — Cass., 23 juin 1883, précité. — *Sic*, Houpin, *loc. cit.*; Rousseau, *loc. cit.*; Floucaud Pénardille, *loc. cit.*; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 271 ; Rubat de Mérac, n. 464.

4605. — D'ailleurs, les qualités que, en certains cas, le délit suppose dans la personne de l'auteur principal ne doivent pas nécessairement exister dans la personne du complice de ce délit. Par suite, encore bien que, aux termes de l'art. 15, L. 24 juill. 1867, la distribution de dividendes fictifs constitue un délit spécial, dont la responsabilité incombe aux administrateurs de la société, cependant tout individu, étranger ou non à la société, peut être condamné comme complice, dans les termes de l'art. 60, C. pén., s'il a aidé un administrateur à le commettre. — Paris, 19 mars 1883, précité.

4606. — Tel serait le cas de l'employé supérieur de la société qui aurait sciemment, et en parfaite connaissance de cause, préparé un inventaire frauduleux destiné à faciliter la distribution de dividendes fictifs. — Note sous Riom, 27 avr. 1898, précité. — Houpin, t. 1, n. 787; Rubat de Mérac, n. 464.

4607. — A plus forte raison y a-t-il complicité du délit de distribution de dividendes fictifs, de la part du directeur qui, ne pouvant se méprendre sur le caractère instable et aléatoire des évaluations offertes à la crédulité des actionnaires, comme des bénéfices réalisés, a, par sa participation active à la confection de l'inventaire, sciemment assisté le président du conseil d'administration dans les faits qui ont préparé et consommé le délit de distribution de dividendes fictifs, relevé à la charge de ce dernier. — Cass., 23 juin 1883, précité.

4608. — De même, il y a complicité du délit de distribution de dividendes fictifs, de la part du directeur d'une société, alors que ce directeur, investi de l'autorité la plus étendue, a été le véritable inspirateur des bilans frauduleux, au moyen desquels des dividendes fictifs ont été distribués aux actionnaires. — Paris, 28 déc. 1886, Miégeville, Savary, Tible et autres, [S. 88.2.37, P. 88.2.221] — Lyon, 12 mars 1885, Savary, Zielinski et autres, [S. 86.2.241, P. 86.1.246, D. 86.2.136]

4609. — Aux termes de l'art. 15, *in fine*, les membres du conseil de surveillance *ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant*. Faut-il en conclure que, par une dérogation singulière au droit commun, les membres dudit conseil, même convaincus de complicité dans la distribution des dividendes fictifs, ne sauraient être englobés dans les poursuites correctionnelles? Cette conclusion serait manifestement inexacte. La disposition précitée n'a nullement pour objet de mettre les membres du conseil de surveillance à l'abri des poursuites pénales qui, d'après les principes généraux de la complicité, seraient susceptibles d'être exercées contre eux, mais simplement de condamner une jurisprudence, d'une rigueur excessive, qui s'était formée sous l'empire de la loi de 1856.

4610. — Il avait été jugé en effet qu'au cas de poursuites correctionnelles dirigées contre le gérant d'une société en commandite par actions pour l'un des délits que prévoit l'art. 13, L. 17 juill. 1856, les membres du conseil de surveillance peuvent être eux-mêmes cités par le ministère public, comme civilement responsables, devant le tribunal correctionnel. — Paris, 29 août 1861, et Douai, 21 avr. 1862, Mirès, [S. 62.1.625, P. 62.785, sous Cass., 28 juin 1862, D. 62.1.46, sous Cass., 28 déc. 1861] — V. Cass., 2 avr. 1859, Bonnin, [S. 59.1.353, P. 59.978, D. 59.1.137] — Rouen, 13 janv. 1860, Bonnin, [S. 61.2.289, P. 61.1032]

4611. — Cette solution était admise, encore bien qu'il n'y eût pas de partie civile au procès. — Douai, 21 avr. 1862, précité.

4612. — ... Ou même que la société n'eût pas de créanciers. — Paris, 29 août 1861, précité.

4613. — C'est cette responsabilité civile que, sous l'empire de la loi de 1856, la jurisprudence faisait peser sur les membres du conseil de surveillance, à raison des délits des gérants, et spécialement du délit de distribution de dividendes fictifs, que l'art. 15, *in fine*, de la loi de 1867 a eu pour but d'écarter. Sous la loi actuelle, les membres du conseil de surveillance ne sont responsables que de leurs fautes personnelles : ils ne peuvent plus, dès lors, être poursuivis, même civilement, devant le tribunal correctionnel avec le gérant, sauf dans le cas où ils seraient complices de ce dernier.

4614. — C. *Prescription et fins de non recevoir.* — Conformément au droit commun, l'action pénale née du délit de distribution de dividendes fictifs se prescrit par *trois ans*, à compter de la répartition illicite, constitutive de l'infraction. C'est une prescription d'ordre public, qui peut et doit être suppléée d'office par le juge. — Rennes, 3 nov. 1887, [*Gaz. Pal.*, 87.573] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 737; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 846. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. crim.), n. 61.

4615. — A défaut de la prescription, ne pourrait-on pas opposer aux poursuites une fin de non recevoir tirée d'un vote approbateur de l'assemblée générale? Il est bien évident que l'approbation des comptes par l'assemblée générale ne fait pas obstacle aux poursuites dirigées par le ministère public, ce qui était le cas de l'espèce. — V. Cass., 28 juin 1862, précité. — Lyon, 16 mars 1899, Deslinières et autres, [S. et P. 1901.2.297, D. 1900.2.137] — Rubat de Mérac, n. 467. — Mais, d'après ce dernier auteur (*op. cit.*, n. 468 et s.), l'approbation des comptes par l'assemblée générale arrêterait les poursuites correctionnelles des actionnaires, sauf le cas où cette approbation aurait été surprise par dol. — V. dans le même sens, Paris, 16 mai 1885, [*Rev. des soc.*, 85.529]; — 18 mars 1887 (motifs), [*Rev. des soc.*, 87.195] — Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, 5e éd., t. 1, p. 556, n. 722.

4616. — Cette distinction ne paraît pas juridique. Que le *quitus* de l'assemblée générale puisse mettre fin à l'action sociale en responsabilité, rien de plus naturel, puisqu'il s'agit d'une action faisant partie du patrimoine de la société. Mais, si l'assemblée ne peut, par son *quitus*, mettre fin aux actions individuelles nées d'un délit civil commis au préjudice de tel ou tel créancier ou de tel ou tel actionnaire déterminé, à plus forte raison ne saurait-elle être admise à disposer de l'action publique, qui est hors du commerce. D'une part, nous sommes ici sur le terrain du droit pénal; or, l'action publique n'appartient ni de près ni de loin aux particuliers et, par conséquent, ne saurait dépendre de l'attitude des particuliers auxquels le délit porte préjudice. D'autre part, ce n'est même pas aux actionnaires, c'est aux tiers que la distribution porte préjudice et c'est dans leur intérêt que l'action répressive pour distribution de dividendes fictifs est prévue par la loi. — V. Wahl, note sous Cass., 21 juill. 1898, Deslinières, [S. et P. 1901.1.537]

4617. — La Cour de cassation s'était implicitement prononcée dans le sens indiqué *suprà*, n. 4615, en son arrêt du 28 juin 1862, précité. En 1898, la façon dont la question était posée lui a permis de réserver son opinion. Jugé, en effet, qu'en présence de conclusions prises par un administrateur d'une société anonyme, et tendant à faire juger que sa responsabilité pénale, en raison de la distribution de dividendes fictifs (poursuivie à la requête du ministère public), était couverte par le vote de l'assemblée générale, lequel n'était pas prouvé avoir été surpris, il appartient aux juges du fait d'apprécier la valeur légale de ce moyen de défense, et qu'ils ne peuvent, à peine de nullité, le rejeter sans exprimer les motifs de leur décision. — Cass., 21 juill. 1898, précité.

4618. — Mais la Cour de renvoi s'est nettement prononcée dans le sens que nous indiquons, et a formellement décidé que le vote de l'assemblée générale qui a autorisé la distribution de dividendes fictifs ne saurait en rien couvrir les administrateurs au point de vue de la responsabilité pénale qu'ils ont encourue. — Lyon, 16 mars 1899, précité.

4619. — ... Et cela, alors même que les membres de l'assemblée auraient connu le caractère frauduleux de l'inventaire ; dans ce dernier cas, ils peuvent même être poursuivis comme complices. — Même arrêt.

§ 3. *Des allocations d'intérêts, en dehors de tout bénéfice constaté.*

4620. — Nous avons eu l'occasion d'étudier déjà, à propos de la commandite en général, la question de savoir si l'on peut valablement insérer dans les statuts sociaux une clause portant que les commanditaires auront droit à des intérêts, *même en l'absence de bénéfices* réalisés au cours de l'exercice précédent? — V. *suprà*, n. 1730 et s. — Théoriquement, la validité de cette clause se heurte à de sérieuses objections. Ne peut-on pas dire tout d'abord qu'une telle stipulation est nulle, soit parce qu'elle transforme les associés en prêteurs et dénature ainsi le contrat de société, soit parce qu'elle aboutit à la restitution partielle de leurs mises aux commanditaires? — V. Paris, 14 août 1868, Champs, [S. 68.2.248, P. 68.980, D. 68.5.376] — *Sic*, Bé-

darride, t. 1, n. 224; Beudant, note sous Cass., 8 mai 1867, Carron, [D. 67.1.193]; Boistel, n. 595; Demangeat et Bravard-Veyrières, t. 1, n. 361; Demangeat, note sous Cass., 8 mars 1881, Damiens, Muguet et autres, [S. 81.1.257, P. 81.1.619]; Rivière, n. 104; Pardessus, t. 3, n. 1035; De Courcy, *Soc. anon.*, p. 156; Rousseau, t. 1, n. 1433 et s.

4621. — A ces raisons générales, vient s'ajouter, en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions ou anonymes, un argument très-sérieux déduit de la prohibition légale de répartition de dividendes fictifs (art. 10, 15 et 45 combinés). « La loi, — écrit à ce sujet M. de Courcy, *op. cit.*, — interdit la distribution de *dividendes fictifs*, et n'est-il pas mille fois évident qu'une distribution faite sur le capital, faite peut-être au moyen d'un emprunt (cela s'est vu souvent), alors qu'il n'y a aucun bénéfice réalisé, est, sous quelque nom qu'on la déguise, un *dividende fictif*? »

4622. — Ces considérations d'ordre théorique n'ont cependant pas prévalu, et depuis longtemps, s'inspirant plutôt des nécessités pratiques, estimant que la condamnation d'une telle clause risquait d'empêcher un grand nombre de sociétés de se constituer, la jurisprudence française en a affirmé la validité. Elle se refuse à voir dans la stipulation d'intérêts une violation des principes essentiels du contrat de société. Ces intérêts, à ses yeux, sont une *charge de l'entreprise* qui peut sans doute avoir pour conséquence de nécessiter certains prélèvements sur le capital lorsque l'exercice ne se solde pas par un bénéfice; mais cette éventualité, connue des tiers par la publicité donnée aux statuts, n'a rien d'illicite. Il n'est pas plus irrégulier, dès l'instant que ce prélèvement s'effectue au grand jour, de prendre sur le capital la somme nécessaire aux intérêts dus aux actionnaires, que d'effectuer un prélèvement semblable pour faire honneur aux autres charges sociales : paiement du matériel, amortissement des emprunts, etc. — Cass., 7 mai 1878, Chemins de fer du Médoc, [S. 80.1.107, P. 80.243, D. 79.1.134]; — 8 mars 1881, précité; — 28 juill. 1896, Pascal, [S. et P. 1900.1.391, D. 97.1.147] — Paris, 1[er] juin 1876, Réquillard et autres, et 9 août 1877, Réquillard, [S. 78.2.225, P. 78.966, et la note de M. Labbé, D. 79.2.193] — Douai, 9 avr. 1879, Synd. Bastenaire, [S. 79.2.320, P. 79.1261] — Rouen, 15 juin 1882, Damiens et autres, [S. 83.2.92, P. 83.1.562, D. 84.2.61] — Pau, 5 déc. 1881, Boulte, [S. 83.2.92, P. 83.1.562, D. 84.2.78] — C. sup. de Luxembourg, 3 août 1882, Godchaux, [S. 83.4.30, P. 83.1.562] — *Sic*, Labbé, note sous Paris, 1[er] juin 1876, précité; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 553; Houpin, t. 1, n. 725; Mathieu et Bourguignat, n. 92; Pont, t. 2, n. 1456; Vavasseur, t. 1, n. 659. — V. aussi Thaller, note sous Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [D. 1900.1.369]

4623. — Sans doute, il est interdit aux associés de stipuler une exonération complète des pertes de l'entreprise. Mais, dès l'instant que le capital versé par l'actionnaire demeure exposé à toutes les chances de perte sans remboursement possible, aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce qu'il devienne, pour les intérêts seulement, créancier de la société. — Cass., 9 déc. 1879, précité.

4624. — Et si les intérêts ne sont pas payés, ils doivent être portés à l'actif du compte de l'actionnaire, et se compenser avec ce qu'il doit encore sur ses actions. — Même arrêt. — V. Cass., 7 mai 1878, précité.

4625. — Mais cette stipulation ne doit pas se présumer, et s'il n'a pas été dit expressément dans les statuts que les intérêts seraient dus aux actionnaires, même en l'absence de bénéfices, et devraient s'imputer sur les frais généraux, la clause dont il s'agit doit être considérée comme ne devant sortir effet que dans les années prospères et lorsque le chiffre des bénéfices permet de servir les intérêts prévus. — Cass., 7 nov. 1899, Lamy de la Chapelle, [D. 1900.1.369] — V. cep. la note de M. Thaller, sous cet arrêt.

4626. — Jugé dans le même sens que la clause des statuts d'une société, disposant que toute action jouira d'un intérêt de 5 p. 0/0, doit être interprétée, en règle générale, comme établissant un mode particulier de partager les bénéfices réalisés; qu'on ne saurait y voir, à moins de mention spéciale, l'obligation pour la société, même en l'absence de bénéfices, de payer des intérêts qui seraient prélevés sur le capital social. — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33]

4627. — En conséquence, la délibération de l'assemblée générale, qui a suspendu momentanément le service des intérêts des actions, ne saurait être annulée comme ayant apporté une modification aux statuts sans que les formalités de publicité, prescrites par la loi de 1867, aient été observées. — Même arrêt.

4628. — Sur la question controversée de savoir si la clause précitée doit, pour être opposable aux tiers, être *publiée* spécialement, et faire l'objet d'une mention spéciale dans l'extrait publié par la voie de la presse, V. *suprà*, n. 223.

§ 4. *Du rachat par une société de ses propres actions.*

4629. — Du principe de la fixité du capital (V. *suprà*, n. 4427), il résulte que l'opération qui consiste, de la part d'une société, à racheter en Bourse ses propres actions, soit pour les annuler, soit pour les conserver en portefeuille, doit être considérée comme licite, ou comme prohibée, suivant qu'elle a ou non pour résultat d'entraîner une réduction clandestine du capital, sur lequel les tiers ont le droit de compter, tant qu'un vote régulier de conversion n'est pas intervenu. Il convient donc de distinguer avec soin deux hypothèses : celle du rachat effectué au moyen d'un prélèvement sur les bénéfices ou les réserves; et celle du rachat opéré par voie de prélèvement sur le capital.

1° *Rachat par voie de prélèvement sur les bénéfices ou sur les réserves légales ou extraordinaires.*

4630. — Lorsque le rachat s'effectue par voie de prélèvement sur les bénéfices annuels ou sur les réserves (réserve légale ou réserve extraordinaire, constituée précisément en vue de l'amortissement (V. *suprà*, n. 4444), l'opération ne saurait être critiquée par les tiers, dont le gage n'est pas compromis, et elle doit, par conséquent, être tenue pour valable. Cette solution est d'autant moins contestable que, si la loi a, pour les sociétés anonymes, prescrit la constitution d'un fonds de réserve (V. *suprà*, n. 4429 et s.), elle garde le silence le plus complet sur le mode d'emploi des fonds ainsi distraits de la répartition annuelle. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 882; Houpin, t. 2, n. 935; Alauzet, t. 1, n. 450; Rousseau, t. 1, n. 2514; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 853. — V. aussi Bauge, *Du rachat par une société de ses propres actions*, p. 24 et s. — V. Caen, 19 juin 1877, sous Cass., 2 juill. 1878 (motifs), Bompain, [S. 81.1.411, P. 81.1.1055] — V. aussi tous les arrêts cités *infrà*, n. 4638, qui, prohibant le rachat au moyen de prélèvement *sur le capital*, valident par *a contrario* le rachat effectué sans toucher au fonds social.

4631. — Sans doute, l'amortissement des actions, s'il n'a pas été prévu par les statuts, doit faire l'objet d'un vote spécial de l'assemblée générale extraordinaire (peut-être même d'un vote unanime des actionnaires, attendu qu'il modifie la situation respective des actionnaires, dont un certain nombre vont se trouver expropriés de leurs titres, ou réduits à une action de jouissance, suivant le procédé employé pour l'amortissement. Mais, en admettant même que ce vote de l'assemblée n'ait pas lieu, le rachat des titres, envisagé *in se*, ne saurait être annulé, s'il est prouvé que les bénéfices à l'aide desquels il s'est effectué étaient *réels*. Il en résulterait seulement, si cette opération était intervenue en temps inopportun, le principe d'une action en responsabilité des actionnaires lésés contre les gérants ou administrateurs. — Houpin, t. 1, n. 586; Lyon-Caen, note sous Caen, 11 mai 1880, Alabarbe, [S. 82.2.121, P. 82.1.678]; Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1887, p. 359; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 853.

4632. — Quant au mode d'amortissement, la société a le choix entre deux procédés : ou racheter en Bourse, au cours du jour, le nombre de titres prévu par le tableau d'amortissement, et annuler les titres ainsi rachetés; ou rembourser aux porteurs d'actions à amortir, désignés par le sort, le capital nominal qu'elles représentent, et délivrer des actions de jouissance aux lieu et place des actions de capital amorties. Dans le premier cas, le nombre des actions se trouve diminué, et, par conséquent, la quote-part des dividendes afférant à chacune des actions restantes augmentée proportionnellement; dans le second cas, le nombre des titres reste le même, mais il y a désormais deux catégories d'actionnaires : les porteurs d'actions de capital, ayant droit à un intérêt, et les porteurs d'actions de jouissance, qui ne peuvent prétendre à la répartition du dividende qu'après paiement des intérêts dus aux premiers. — V. *suprà*, n. 2048 et 2049.

4633. — *Quid*, si la société, au lieu d'annuler les titres ra-

chetés, ou de leur substituer des actions de jouissance, les conservait en portefeuille, comme s'il s'agissait de titres émis par une société tierce, et s'appliquait à elle-même le montant des coupons? Cette forme de spéculation est assurément la plus fâcheuse, même lorsque les sommes consacrées à l'acquisition des titres proviennent incontestablement de bénéfices acquis ou de réserves, et les gérants ou administrateurs qui la pratiqueraient s'exposeraient à un recours en responsabilité si les titres ainsi rachetés, en vue de soutenir les cours et parfois même de provoquer une hausse factice, subissaient par la suite une baisse plus ou moins considérable. Mais, en l'absence de prohibition inscrite dans la loi, il paraît impossible d'annuler le rachat ainsi effectué. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 886; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 855. — V. aussi Rousseau, t. 1, n. 2515 *bis*.

4634. — Des observations précédentes, il ressort que la nullité ne saurait atteindre les opérations sur les titres n'ayant pas pour conséquence de porter atteinte au capital social. En conséquence, une société en commandite par actions peut valablement, alors qu'aucune clause de ses statuts ne le lui interdit, racheter un certain nombre de ses actions, dans le but, non de les conserver, mais de les remettre en paiement à l'un de ses créanciers, une pareille opération ne pouvant entraîner aucune diminution du capital social. — Paris, 13 mai 1898, Liquid. de la soc. Nave et Cie, [S. et P. 98.2.304, D. 99.2.104]

4635. — D'ailleurs, lorsque la société s'est purement et simplement réservé, dans le traité passé avec le créancier, la faculté de le payer en actions, sans faire de ce mode de paiement une obligation pour elle, le paiement ne devant avoir lieu en actions qu'autant que les actions seraient cotées à leur valeur nominale ou au-dessus de cette valeur, il ne saurait résulter de cette stipulation aucun préjudice pour la société. — Même arrêt.

4636. — Au surplus, à supposer que le mode de paiement en actions convenu entre la société et le créancier fût illicite, la nullité de cette clause ne saurait atteindre les autres stipulations de la convention (dans l'espèce, un marché de fournitures), qui devraient continuer à avoir effet, le paiement devant seulement être effectué en espèces au lieu d'être fait en actions. — Même arrêt.

2° Rachat par voie de prélèvement sur le capital : nullité.

4637. — I. *Principe de la nullité.* — Si au contraire la société rachète ses actions par voie de prélèvement sur son capital, il y a là, en réalité, une *réduction du capital social*, qui ne peut avoir lieu valablement qu'autant que cette réduction a été régulièrement autorisée par une assemblée générale délibérant dans les conditions de l'art. 31 de la loi de 1867. — Sur la question de savoir si, dans le silence des statuts, l'assemblée générale a pouvoirs suffisants pour décréter la réduction, ou s'il ne s'agit pas là d'un changement substantiel subordonné au vote unanime des associés, V. *infrà*, n. 5501 et s.

4638. — A défaut de délibération de l'assemblée générale, le rachat des actions opéré par voie de prélèvement sur le capital social est frappé de nullité. — Cass., 6 nov. 1865, Louvrier, [S. 66.1.109, P. 66.275, D. 65.1.180]; — 11 déc. 1866, Synd. Tastevin, [S. 68.1.119, P. 68.279, D. 67.1.409]; — 18 févr. 1868, Métairie-Gaudet, [S. 68.1.241, P. 68.609, D. 68.1.503]; — 14 déc. 1869, Compt. d'escompte de Dinan, [S. 70.1.165, P. 70.387, D. 70.1.179]; — 3 janv. 1887 (motifs), Dourlant et autres, [S. 87.1.269, P. 87.1.641, D. 87.1.306]; — 27 juin 1887, Lantier, [S. 88.1.49, P. 88.1.113, D. 87.1.489]; — Riom, 22 févr. 1870, Métairie, [S. 70.2.210, P. 70.889, D. 71.2.66] — Bourges, 26 déc. 1870, Métairie, [S. 70.2.318, P. 70.1176, D. 72.2.222] — Paris, 2 juin 1876, Reverdin, [S. 79.2.33, P. 79.198, D. 78.2.134] — Caen, 19 juin 1877, sous Cass., 2 juill. 1878, Bompain, [S. 81.1.411, P. 81.1.1055]; — 11 mai 1880, Alabarbe, et Paris, 4 févr. 1881, Richard Grison, [S. 82.2.121, P. 82.1.678]; — 13 nov. 1880, Bomsel, et Grenoble, 26 janv. 1881, Synd. Barden, [S. 82.2.175, P. 82.1.906, D. 82.2.143] — Orléans, 5 août 1882, Caisse d'escompte d'Orléans, [S. 84.2.57, P. 84.1.332, D. 84.2.31] — V. encore Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [S. et P. 96.1.441, D. 96.1.382]; — Paris, 6 juill. 1892, Chenon, [S. et P. 93.2.235, D. 94.2.598] — V. au surplus sur cette question, les observations de M. Labbé, sous Paris, 2 juin 1876, précité, et sous Cass., 27 juin 1887, précité, et surtout les observations de M. Lyon-Caen, sous Caen, 11 mai 1880, et Paris, 4 févr. 1881, précités. — V. aussi Houpin, *J. des soc.*, 1895, p. 97, et *Traité*, t. 1, n. 683; Beudant, *Rev. crit.*, 1870, t. 36, p. 122; Alauzet, t. 1, n. 642; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 880; Mathieu et Bourguignat, n. 151; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 94; Vavasseur, t. 1, n. 382; Thaller, n. 634; Rousseau, t. 1, n. 2510; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 836. — V. cependant, Pont, t. 2, n. 1444; Bauges, *op. cit.*, p. 34 et s. — Sur la question de savoir si une société peut racheter des obligations, V. note sous Cass., 13 mai 1896, précité. — Sur l'amortissement des obligations, V. aussi *suprà*, n. 2789 et s.

4639. — Si, pour éviter cette nullité, on entend soutenir que le rachat des actions par la société n'a amené et ne pouvait amener une diminution du capital social, c'est à la partie qui émet cette prétention à en justifier. — Cass., 13 mai 1896, précité.

4640. — Mais la nullité n'est encourue qu'autant que les actions ont été réellement achetées par la société. Ainsi, le gérant d'une société en commandite par actions peut valablement, en vendant des actions à une personne, prendre vis-à-vis d'elle l'engagement de lui racheter un certain nombre de ces actions pour le compte d'un tiers et non pour le compte de la société, un tel engagement ne pouvant avoir pour effet de diminuer le capital social de cette société, et ne portant aucune atteinte à l'égalité des actionnaires. — Cass., 10 mai 1893, Liquid. de la Caisse des rentes nationales, [S. et P. 96.1.87, D. 94.1.530]

4641. — Et l'associé envers qui a été prise cette obligation est fondé à en exiger l'exécution, encore qu'il ait participé à la délibération d'une assemblée générale qui a voté la dissolution et la transformation de la société, dès lors qu'en agissant ainsi il n'a fait qu'exercer ses droits d'actionnaire. — Paris, 1er mai 1891, sous Cass., 10 mai 1893, précité.

4642. — Il en est ainsi, alors du moins qu'il n'est pas établi qu'il ait renoncé à ses droits de créancier contre l'ancienne société. — Même arrêt.

4643. — Et l'arrêt qui statue de la sorte répond implicitement au chef de conclusions du liquidateur de la société, tendant, pour faire repousser la demande de l'actionnaire, à faire déclarer que les actions, objet du litige, avaient péri par la faute de l'actionnaire, faute résultant de ce que celui-ci aurait pris part à la réunion qui avait prononcé la dissolution de la société. — Cass., 10 mai 1893, précité.

4644. — Ces différentes solutions ne sauraient être sérieusement contestées. Les sociétés de crédit se chargent de toutes opérations d'achat ou de vente de titres pour le compte de leur clientèle, et on ne saurait évidemment, en l'absence d'un texte prohibitif formel, leur interdire de se prêter, comme simples intermédiaires, à des opérations sur leurs propres titres (la question de l'étendue du monopole des agents de change pour les opérations d'entremise sur valeurs cotées étant d'ailleurs formellement réservée).

4645. — D'autre part, le gérant d'une société en commandite peut valablement acquérir des actions de la société pour son propre compte et en en payant le prix de ses deniers personnels. Mais il y a lieu de rechercher, d'après les circonstances de la cause, si le gérant a agi pour son compte ou pour le compte de la société. En conséquence, doit être déclarée nulle l'acquisition faite par le gérant, en son nom personnel, d'actions de la société, soit qu'il résulte des livres de la société que leur paiement a été opéré avec des fonds sociaux, les ressources du gérant étant nulles et ne lui permettant pas d'effectuer l'opération pour son propre compte... — Cass., 14 déc. 1869, précité.

4646. — ... Soit qu'on établisse que le gérant n'avait pas l'intention d'acquérir les actions pour son compte personnel : par exemple parce qu'il connaissait la situation désespérée de la société. — Caen, 11 mai 1880, précité.

4647. — Jugé dans le même sens que le rachat, par le directeur d'une société anonyme, en cette qualité, d'actions de ladite société, est illicite, alors d'ailleurs que le rachat ne peut être considéré comme effectué avec des capitaux du fonds de réserve, la société étant sur le point de tomber en faillite. En conséquence, un tel rachat ne saurait donner lieu à une action en garantie ou en responsabilité, soit contre le directeur, soit contre la société. — Caen, 19 juin 1877, précité.

4648. — Et l'arrêt, qui déclare que l'opération étant illicite ne saurait servir de base à une action en garantie, motive implicitement le rejet de cette action. — Cass., 2 juill. 1878, précité.

4649. — Jugé également que dans une société en commandite par actions, la mise, représentée par le nombre des actions souscrites, devenant la propriété commune de tous les associés et le gage de tous les créanciers, ne peut être retirée qu'à la suite d'une liquidation faite dans l'intérêt de tous. — Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [S. et P. 96.1.441, D. 96.1.382]

4650. — Par suite, la faculté accordée aux souscripteurs de transférer leurs actions ne leur conférant que le droit de se substituer un autre associé, ce transfert ne peut s'opérer qu'au profit d'un tiers, et non au profit de la société elle-même, qui, une fois constituée, ne saurait, en rachetant ses actions, réduire le capital social affecté à la garantie des tiers; et, dès lors, toute convention intervenue entre le gérant de la société et l'un de ses actionnaires, ayant pour résultat direct ou indirect de restituer à celui-ci la mise par lui versée ou de l'affranchir des versements restant à faire, doit être réputée nulle et de nul effet. — Même arrêt. — Sur la nullité des clauses d'exonération des dettes dans le contrat de société, V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 100 et s., et dans la commandite en particulier, V. *suprà*, n. 1514 et s.

4651. — Ainsi, est nulle la convention par laquelle le gérant d'une société en commandite par actions se rend cessionnaire d'actions de cette société, soit sous forme de vente, soit sous forme de transferts préparés au nom de prétendus acquéreurs, et non acceptés par eux, une telle convention ayant pour effet d'amoindrir le gage des créanciers de la société et d'amortir les charges des actionnaires qui ont conservé leur titres. — Riom, 22 févr. 1870, Métairie, [S. 70.2.210, P. 70.889, D. 71.2.66]

4652. — Il en serait de même du pacte intervenu entre le gérant et certains souscripteurs, aux termes duquel le premier annulerait les souscriptions des seconds. — Paris, 13 nov. 1880, précité.

4653. — Au surplus, l'arrêt qui constate, d'après les documents produits et les faits de la cause, que l'opération constituait réellement un rachat d'actions par la société, et non pas une simple cession d'actions par les souscripteurs ou gérant, apprécie souverainement les circonstances du procès et ne peut donner ouverture à cassation. — Cass., 6 nov. 1865, précité.

4654. — Mais la nullité doit être prononcée alors même que le vendeur aurait été *de bonne foi* et qu'il aurait ignoré que ses actions étaient achetées par la société. On ne saurait appliquer ici par voie d'analogie l'art. 10 de la loi de 1867 (V. *suprà*, n. 4588 et s.) : si cet article exclut la répétition des dividendes fictifs contre les actionnaires de bonne foi, c'est parce que ces dividendes constituent des revenus (au moins apparents) que l'actionnaire a dû ou pu au moins dépenser au fur et à mesure de leur acquisition. Or ce motif n'existe plus lorsqu'il s'agit du remboursement des actions. Ce remboursement irrégulier fait rentrer dans le patrimoine des actionnaires un capital qu'ils encaissent comme tels et qu'ils doivent normalement remployer et non pas dépenser. — Caen, 11 mai 1880, Alabarbe, [S. 82.2.121, P. 82.1.678] — Paris, 22 juill. 1886, Finaly, [D. 87.2.73 ; — 5 mars 1887, Allery, [D. 87.2.205] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 881 *bis*; Houpin, t. 1, n. 683; Vavasseur, t. 1, n. 385; Lyon-Caen, notes sous Caen, 11 mai 1880, précité et Paris, 4 févr. 1881, Richard-Grison, [S. 82.2.121, P. 82.1.678]; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 862; Rousseau, t. 1, n. 2521. — *Contrà*, Paris, 4 févr. 1881, précité, et 4 janv. 1887, Luschetti et C[ie], [S. 90.1.387, P. 90.1.944, D. 87.2.73]

4655. — Il est un argument qui vient à l'appui de la thèse précédente. Le remboursement du capital des actions aux porteurs de titres, qu'il se produise ouvertement ou clandestinement, directement ou sous couleur de rachat d'actions, est un délit civil engageant la responsabilité des gérants ou administrateurs envers les tiers lésés par cette distraction partielle de leur gage. Or, vis-à-vis des tiers, les actionnaires répondent des fautes desdits gérants ou administrateurs jusqu'à concurrence du montant de leurs actions; cette responsabilité ne saurait leur permettre d'exciper de leur bonne foi pour conserver des sommes indûment distraites du gage des créanciers sociaux. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Floucaud-Pénardille, *loc. cit.*; Rousseau, *loc. cit.*

4656. — Au reste, les commanditaires d'une société dissoute qui ont fait à une société nouvelle l'apport de l'actif de la première, et l'ont chargée de liquider celle-ci, n'ont, ni rapport à effectuer, ni somme à restituer, lorsqu'ils n'ont retiré aucune partie de la commandite par eux intégralement versée, et ils peuvent se libérer en réintégrant dans la caisse sociale, jusqu'à l'issue de la liquidation, les actions de la nouvelle société qui leur ont été remises en représentation de leur apport. — Cass., 9 janv. 1888, Soc. des forges et fonderies d'Auberive, [S. 90.1.121, P. 90.1.281, D. 89.1.201] — V. d'ailleurs, sur le principe d'après lequel les actionnaires d'une société en commandite, entre lesquels l'actif social a été réparti par suite d'une liquidation, sont tenus du passif, à concurrence de toutes les sommes qu'ils ont retirées de la liquidation, *suprà*, n. 1519 et s.

4657. — II. *Entre quelles personnes existe l'action en nullité.* — L'action en nullité du rachat effectué contrairement à la loi peut être exercée par tous ceux auxquels la réduction du capital social, qui a été la conséquence de ce rachat, a causé préjudice : elle peut donc être exercée soit par la société elle-même, soit par les créanciers sociaux agissant en vertu de l'art. 1166, C. civ. — Cass., 14 déc. 1869, Compt. d'escompte de Dinan, [S. 70.1.165, P. 70.387, D. 70.1.179] — Orléans, 5 août 1882, Caisse d'escompte d'Orléans, [S. 84.2.57, P. 84.1.332, D. 84.2.31] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 880; Houpin, t. 1, n. 683.

4658. — En cas de faillite de la société, l'action en nullité est exercée par les syndics de la faillite. — Cass., 6 nov. 1865, précité; — 14 déc. 1869, précité. — Paris, 13 nov. 1880 et Grenoble, 26 janv. 1881, précités. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 978 et s.

4659. — En cas de dissolution de la société, les créanciers sociaux ont alors une action individuelle et directe contre les actionnaires pour les contraindre au rapport des sommes qu'ils ont retirées sur leur mise sociale ; et c'est à tort que le tribunal saisi de cette action individuelle renvoie les créanciers à se pourvoir en nomination d'un liquidateur chargé de poursuivre, dans un intérêt collectif, les répétitions dont les actionnaires peuvent être tenus; ce mode de procéder est, non point obligatoire, mais facultatif pour les créanciers, libres, dès lors, de donner la préférence à l'action individuelle. — Poitiers, 30 janv. 1867, Huet, [S. 67.2.350, P. 67.1261, D. 67.2.142]

4660. — Toutefois le liquidateur est recevable à intervenir en cause d'appel sur la demande formée individuellement par les créanciers de cette société contre des commanditaires en restitution des sommes par eux retirées dans leur mise sociale. — Même arrêt.

4661. — Le créancier d'une société en déconfiture qui, dans les exploits introductifs d'instance, a demandé contre un actionnaire le paiement de sa créance et la nullité d'un rachat d'actions fait à l'actionnaire par cette société, sans conclure formellement à la restitution par l'actionnaire du prix des actions rachetées, peut ensuite, par voie de simples conclusions, demander cette restitution, alors d'ailleurs que dans les exploits introductifs d'instance il avait fait toutes réserves à cet égard. — Orléans, 5 août 1882, précité. — V. sur le principe, Cass., 19 nov. 1879, Orsini, [S. 80.1.30, P. 80.47]

4662. — Mais si la nullité peut être invoquée par les créanciers sociaux et à leur profit, elle ne peut être opposée par les cessionnaires auxdits créanciers, qui ont toujours le droit de réclamer des détenteurs de titres les versements complémentaires destinés à libérer les actions. — Cass., 3 janv. 1887 (2 arrêts), Synd. du Compt. d'escompte de Versailles et Dourlant, [S. 87.1.269, P. 87.1.441, D. 87.1.406] — V. rapp. de M. le conseiller Crépon. — Il en est, au point de vue de l'action en nullité du rachat d'actions effectué au moyen d'un prélèvement sur le capital, comme de l'action en nullité des souscripteurs pour cause de dol ou d'erreur; ni l'une ni l'autre de ces voies de nullité ne sont opposables aux créanciers. — Mêmes arrêts. — V. *suprà*, n. 3100.

4663. — Les actionnaires à l'encontre desquels le rachat a été déclaré nul doivent restituer à la société les sommes qu'ils ont reçues, avec intérêts du jour du remboursement. — Grenoble, 26 janv. 1881, Synd. Barden, [S. 82.2.175, P. 82.1.906, D. 82.2.143 — Orléans, 5 août 1882, précité.

4664. — D'autre part, les souscripteurs d'actions rachetées par la société, redevenus, par suite de l'annulation du rachat, propriétaires de leurs actions, sont tenus de libérer ces actions, à moins qu'ils ne prouvent que la libération a été effectuée par d'autres, et sans pouvoir se prévaloir vis-à-vis des créanciers sociaux de ce qu'ils ont été mis, par le fait de la société, dans l'impossibilité de faire la preuve qui leur incombe, les fautes de la société ne pouvant être opposées aux créanciers sociaux, représentés par le syndic au cas de faillite de la société, ou agis-

sant personnellement. — Cass., 3 janv. 1887, précité; — 27 juin 1887, Lantier, [S. 88.1.49, P. 88.1.113, D. 87.1.489]; — 13 mai 1896, Chevreul, [S. et P. 96.1.441, D. 96.1.382] — Paris, 25 avr. 1877, De Dampierre, [S. 80.2.331, P. 80.1236, D. 79.2.81]

4665. — Quant aux administrateurs qui ont procédé au rachat d'actions pour le compte de la société et en violation de la loi, on ne saurait prétendre qu'ils soient devenus, par application de l'art. 1988, § 2, C. civ., propriétaires des actions rachetées et, comme tels, tenus des appels de fonds faits ou à faire, alors qu'il est établi que jamais ces administrateurs n'ont entendu agir *nomine proprio* : les administrateurs n'encourent, par le fait du rachat, qu'une responsabilité dans les termes de l'art. 44 : par suite, ils ne répondent que du préjudice éprouvé par la société du fait du rachat. — Toulouse, 14 juin 1887, [*Rev. des soc.*, 88.10] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 880; Rousseau, t. 1, n. 2528.

4666. — III. *Caractères de la nullité.* — La jurisprudence considère la nullité dont est entaché le rachat par une société de ses propres actions comme une nullité d'ordre public, en ce sens du moins qu'elle n'est susceptible de ratification..., ni par le conseil de surveillance de la société... — Cass., 18 févr. 1868, Métairie, [S. 68.1.211, P. 68.609, D. 68.1.503] — Riom, 22 févr. 1870, Même partie, [S. 70.2.210, P. 70.889, D. 71.2.66] — Bourges, 26 déc. 1870, Même partie, [S. 70.2.318, P. 70.1176, D. 72.2.222]

4667. — ... Ni même par l'assemblée générale des actionnaires. — Cass., 18 févr. 1868 et Bourges, 26 déc. 1870, précités.

4668. — Jugé également que le rachat par le directeur d'une société anonyme, en cette qualité, d'actions de ladite société étant illicite, ne saurait donner lieu à une action en garantie ou en responsabilité, soit contre le directeur, soit contre la société. — Caen, 19 juin 1877, sous Cass., 2 juill. 1878, Bompain, [S. 81.1.411, P. 81.1.1055]

4669. — Et l'arrêt qui déclare que, l'opération étant illicite, cette opération ne saurait servir de base à une action en garantie, motive implicitement le rejet de cette action. — Cass., 2 juill. 1878, précité.

4670. — Mais la nullité ne peut plus être invoquée par les intéressés, créanciers sociaux des actionnaires, lorsqu'ils y ont implicitement renoncé. Ainsi, les actionnaires seraient mal fondés à critiquer des opérations de rachat d'actions illégalement opérées par la société, lorsqu'ils les ont ratifiées à l'unanimité en encaissant le profit qui en est résulté : dans l'espèce, le dividende afférent à chaque action rachetée. — Aix, 22 mars 1888, [*Rev. des soc.*, 88.359]

4671. — D'autre part, — et il semble bien qu'à cet égard la jurisprudence s'écarte, pour des raisons d'utilité pratique, de la notion des nullités d'ordre public, — la nullité résultant du rachat illicite peut être couverte, si le capital social diminué par ce rachat vient à être reconstitué.

4672. — Ainsi, lorsque le déficit produit momentanément par le remboursement des actions à certains actionnaires a été ultérieurement couvert au moyen de sommes versées dans la caisse sociale par la négociation au pair des mêmes actions à d'autres actionnaires, la nullité est couverte, sauf, dans le cas où toutes les actions remboursées n'auraient pu être négociées, à faire restituer la différence par les anciens actionnaires. — Cass., 11 déc. 1866, Tastevin, [S. 68.1.119, P. 68.219, D. 67.1.499] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 881 *bis*; Vavasseur, t. 1, n. 385; Houpin, t. 1, n. 683; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 864.

4673. — A plus forte raison ne saurait-on contester à une société le droit de racheter sur un marché public, et en se soumettant aux lois et aux règles de ce marché, les titres qui peuvent constituer une créance contre elle, et notamment les obligations qu'elle a émises. — Paris, 30 juin 1892, Pellorce, [S. et P. 95.1.329, D. 92.2.476]

4674. — Bien loin, en effet, d'entraîner une réduction clandestine du capital, cette opération effectuée à un moment favorable, alors que les obligations sont cotées bien au-dessous de leur taux nominal (qui est celui du remboursement), présente pour la société un double avantage, à savoir de réduire le chiffre de sa dette, et d'empêcher, dans un moment de crise, l'effondrement du cours des obligations, qui aurait pu avoir une répercussion fâcheuse sur la marche des affaires sociales. — Même arrêt (motifs).

4675. — La nullité du rachat irrégulier, sous les conditions et réserves que nous avons [illegible], est, en l'état actuel de notre législation, l'unique sanction de la prohibition légale. Aucune sanction pénale n'y est attachée. Il avait été question en effet de punir [illegible] d'affecter une partie du capital au rachat des actions; mais l'amendement tendant à édicter cette pénalité fut repoussé en 1867. — Tripier, t. 1, p. 140.

4676. — On a parfois proposé, il est vrai, d'appliquer au rachat d'actions l'art. 419, C. pén., [illegible] d'un mois à un an et d'une amende de 500 à [illegible] « ceux qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce ». Mais la question de savoir si cet article est applicable aux actions des sociétés de commerce est vivement controversée. — V. *suprà*, v° *Accaparement*, n. 23 et s. — V. dans le sens de la négative : Grenoble, 15 juill. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.517] — V. [illegible] (*Rev. polit.*, novembre 1902); Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 658, note 3; Rousseau, t. 1, n. 16[illegible].

4677. — Au rachat des actions on ne saurait assimiler les prêts et avances consentis par une société sur ses actions. Les prêts peuvent conduire au même résultat que les achats, étant donné que la société sera parfois amenée, en sa qualité de créancier-gagiste, à se faire attribuer par justice les actions qui lui ont été constituées en gage. Mais, comme ce n'est là qu'une éventualité, on ne saurait, dans le silence des textes, interdire à la société de prêter sur ses actions. — Houpin, t. 1, n. 683; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 884; Rousseau, t. 1, n. 2518; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 871.

4678. — Quant aux opérations de *report* auxquelles se livrerait une société sur ses propres titres, elles doivent être considérées comme nulles au même titre que le rachat, le report n'étant autre chose, suivant l'opinion la plus générale, qu'un achat au comptant suivi d'une revente à terme. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 885; Houpin, t. 1, n. 683; Rousseau, t. 1, n. 2519; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 872. — V. cependant, Lyon, 30 mars 1886, Doll, [D. 87.2.205] — Sur la situation et les droits du reporteur, V. *suprà*, v° *Bourse de commerce*, n. 32 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Report*.

CHAPITRE IV.

ORGANISATION DU CONTRÔLE.

Section I.

Du conseil de surveillance dans la société en commandite par actions.

§ 1. *Composition du conseil. — Nomination. — Révocation.*

4679-4702. — Nous avons vu que la nomination d'un conseil de surveillance figure au nombre des conditions qui doivent être remplies avant la constitution définitive des commandites par actions. — V. *suprà*, n. 3510 et s. — Sur les formes de la nomination du premier conseil de surveillance, V. *suprà*, n. 3561 et s.

4703. — Au cours de la société, le conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale des actionnaires (V. *infrà*, n. 5023 et s. — Le mode de nomination et la composition des conseils de surveillance de la commandite par actions sont identiques à celles du premier conseil. — V. *suprà*, n. 3541 et s.

4704. — La durée des fonctions des membres du conseil de surveillance est librement déterminée par les statuts, à l'exception du premier conseil (V. *suprà*, n. 3567). Les statuts stipulent assez fréquemment que le conseil se renouvellera partiellement et par voie de tirage au sort chaque année. Les membres sortants sont rééligibles. — Houpin, t. 1, n. 702; Mathieu et Bourguignat, n. 61; Rousseau, t. 1, n. 2098.

4705. — L'assemblée générale ne pourrait pas révoquer *de plano* les membres du conseil de surveillance avant l'expiration du terme de leurs fonctions : les tribunaux peuvent seuls statuer

sur les causes légitimes de révocation. — Bédarride, n. 143; Mathieu et Bourguignat, n. 64; Pont, t. 2, n. 1051. — *Contrà*, Alauzet, t. 1, n. 467; Beslay et Lauras, t. 5, n. 550; Rivière, n. 61; Houpin, t. 1, n. 703; Vavasseur, t. 1, n. 572. — V. *suprà*, n. 3572.

§ 2. *Attributions du conseil de surveillance.*

1° *Attributions du premier conseil au début de la société.*

4706. — Sur les devoirs du premier conseil de surveillance, V. *suprà*, n. 3575 et s. — Sur la responsabilité encourue en cas d'annulation de la société pour vice de constitution, par les membres du premier conseil de surveillance, V. *infrà*, n. 4720 et s.

2° *Attributions du conseil au cours de l'existence sociale.*

4707. — Au cours de l'existence sociale, le conseil de surveillance a quatre obligations essentielles, par lesquelles se manifeste la mission de contrôle qui lui incombe : a) *Vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société.* Cette dernière expression désigne les choses qui n'entrent pas dans le portefeuille : actions, obligations, marchandises, etc. de la société (art. 10, al. 1). Cette vérification peut être faite, soit collectivement par tous les membres du conseil, soit séparément par chacun d'eux, mais toujours personnellement. — Orléans, 21 juill. 1875, Baudouin et consorts, [S. 76.2.101, P. 76.448] — Douai, 3 déc. 1892, [J. *La Loi*, 16 janv.] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1005; Houpin, t. 1, n. 708; Pont, t. 2, n. 1506; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 993.

4708. — Cette vérification a une grande importance, puisqu'elle permet de contrôler sur pièces la gestion du gérant. Elle peut avoir lieu à toute époque de l'année. Elle n'est pas limitée, pour les sociétés en commandite par actions, à la période de trois mois qui précède l'assemblée générale ordinaire, comme le décide l'art. 33, L. 24 juill. 1867, pour les commissaires de surveillance des sociétés anonymes.

4709. — Mais, si la vérification peut avoir lieu à toute époque, la loi n'en spécifiant aucune, du moins doit-il y être procédé chaque année au moins une fois, généralement à l'époque de l'inventaire. — Lyon, 11 juill. 1873, Soc. Jouvin, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209]

4710. — Cette première obligation emporte comme conséquence celle d'examiner la nature et le caractère des effets en portefeuille, de prendre connaissance des comptes courants ouverts par la gérance, de constater les découverts qui en résultent pour la société, d'apprécier la situation des débiteurs de ces comptes et les garanties qu'ils peuvent présenter : la négligence des membres du conseil de surveillance à cet égard peut, suivant les circonstances, constituer une faute lourde engageant leur responsabilité. — Cass., 8 mars 1876, Liquid. du comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051, D. 77.1.148] — Orléans, 21 juill. 1875, précité. — V. *infrà*, n. 4739 et s.

4711. — *b*) Les membres du conseil de surveillance doivent, chaque année, à l'assemblée générale, *faire un rapport* dans lequel ils apprécient le compte de gestion du gérant et font connaître l'état vrai de la société. Ils signalent les irrégularités et incertitudes constatées dans les inventaires et donnent, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent à la distribution des dividendes proposés par le gérant. Car ce n'est pas à eux, mais au gérant à fixer le montant des dividendes et à participer à l'inventaire, puisque ce sont là des opérations sociales rentrant dans l'administration proprement dite. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1006; Houpin, t. 1, n. 711; Rousseau, t. 1, n. 2104; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 995.

4712. — Le rapport est censé émané du conseil entier. D'où nécessité pour les dissidents qui entendraient mettre leur responsabilite à couvert de faire constater leur opinion. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.;* Houpin, t. 1, n. 711; Mathieu et Bourguignat, n. 87; Vavasseur, n. 585; Pont, n. 1512; Floucaud-Pénardille, t. 1, n. 995.

4713. — Si le conseil ne présentait pas de rapport à l'assemblée générale, la délibération contenant approbation des comptes du gérant ne serait pas nulle pour autant; car la loi n'édicte pas une telle sanction; mais le conseil engagerait gravement sa responsabilité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1006; Houpin, t. 1, n. 711.

4714. — Tout actionnaire peut prendre par lui ou par fondé de pouvoir, au siège social, communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale (L. de 1867, art. 12). Mais cette faculté n'est pas exclusive du droit qui, dans des circonstances exceptionnelles, peut appartenir aux actionnaires, agissant individuellement, de demander en justice que, en dehors du cas spécial prévu par l'art. 12, c'est-à dire à une époque quelconque de l'année, la comptabilité, le portefeuille, la caisse et les divers documents sociaux soient mis à leur disposition au siège de la société, lorsqu'ils justifient qu'ils ont un intérêt sérieux à en prendre connaissance. Et malgré la dissolution de la société prononcée par l'assemblée générale, les actionnaires peuvent encore avoir intérêt à obtenir cette communication. Ce droit est un corollaire de celui qui leur appartient, soit de s'opposer à la dissolution en attaquant la délibération qui l'a ordonnée, soit de critiquer, en demandant des dommages-intérêts, la gestion du gérant et les opérations du conseil de surveillance. — Cass., 3 déc. 1872, Chapuis, [S. 73.1.33, P. 73.51, D. 73.1.191]

4715. — Mais tandis que le droit, pour les actionnaires, de prendre communication au siège social des bilans et inventaires est un droit absolu consacré par un texte formel, la faculté pour les actionnaires d'exercer sur la gestion, en dehors du cas spécial prévu par l'art. 12, un droit d'investigation et de contrôle sur les comptes, s'induit implicitement du droit que leur confère l'art. 17 d'intenter une action en responsabilité soit contre le gérant, soit contre les membres du conseil de surveillance. Elle est donc rigoureusement limitée par son objet, et ne s'exerce que sous le contrôle des tribunaux, qui apprécient souverainement l'opportunité de la communication demandée. — Même arrêt.

4716. — Dans le cas où la communication des livres sociaux demandée par un actionnaire est reconnue nécessaire, celui-ci est valablement autorisé (comme cela a lieu dans le cas prévu par l'art. 12) à se faire assister par un comptable. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 1607, 1614 et s.

4717. — c) *Convocation des assemblées.* — Le conseil de surveillance doit, chaque année, *convoquer l'assemblée générale* ordinaire pour l'audition de son rapport, l'approbation des comptes du gérant et la fixation du chiffre du dividende annuel. La décision est prise en conseil; pour la fixation du dividende, l'avis de la majorité prévaut.

4718. — Le conseil de surveillance a qualité pour convoquer extraordinairement l'assemblée générale afin de lui soumettre telle mesure d'urgence qui paraîtrait nécessaire, et notamment de la consulter sur l'opportunité d'une dissolution anticipée. Si l'avis de l'assemblée est favorable, il appartiendra au conseil de poursuivre en justice la dissolution (art. 11). — Pont, n. 1923; Mathieu et Bourguignat, n. 97; Vavasseur, n. 589; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1008; Houpin, t. 1, n. 763.

4719. — Mais il n'appartiendrait pas à l'assemblée générale extraordinaire, à moins d'une clause formelle des statuts, de prononcer *de plano* la dissolution du pacte social. Une telle mesure ne pourrait être prise, sans intervention de justice, que par l'unanimité des membres de la société. — Mêmes auteurs. — Telle est du moins l'opinion généralement admise. — Sur les controverses relatives à l'étendue des pouvoirs de l'assemblée générale, V. *infrà*, n. 5023 et s.

§ 3. *Responsabilité des membres du conseil.*

1° *Responsabilité des membres du premier conseil.*

4720. — La responsabilité des membres du premier conseil de surveillance, pour le cas où ils auraient laissé fonctionner la société viciée dans sa constitution, est édictée par l'art. 8 de la loi de 1867, et antérieurement par l'art. 7, L. 17 juill. 1856. — V. *suprà*, n. 3898.

4721. — La responsabilité des membres du premier conseil de surveillance est tout d'abord subordonnée à une faute ou à une négligence de leur part. Cette responsabilité est, par suite, engagée lorsqu'il est établi qu'ils pouvaient aisément apercevoir les vices dont la société était affectée, et que c'est par une négligence inexcusable qu'ils n'ont rien vu, rien dénoncé, rien empêché. — Cass., 24 avr. 1861, Chalmeton, [S. 61.1.482, P. 62.527, D. 61.1.435] — Aix, 16 mai 1860, Chalmeton, [S. 60.2.437, P. 61.183, D. 60.2.223]

4722. Spécialement, les membres du premier conseil de surveillance sont responsables de la nullité de la société résultant du défaut de souscription de la totalité du capital social ou du défaut de versement préalable du quart de chaque souscription, lorsqu'il est établi qu'ils n'ont vérifié ni les bulletins de souscription, ni l'état de la caisse pour s'assurer de l'accomplissement de ces conditions. — Mêmes arrêts.

4723. — ... Ou encore, lorsqu'ils n'ont ni empêché, ni dénoncé les irrégularités ci-après, qui se sont produites dans la constitution de la société, savoir : l'participation à l'assemblée générale et au vote, de personnes étrangères à la société ou de membres qui, à raison de certains avantages particuliers, ne devaient pas y avoir voix délibérative ; nomination des membres du conseil de surveillance en nombre inférieur à celui exigé par les statuts; inaccomplissement de la condition imposée par les statuts à chaque membre du conseil de surveillance de déposer dans la caisse sociale un certain nombre d'actions nominatives et inaliénables, qui devaient y rester pendant toute la durée de leurs fonctions. — Mêmes arrêts.

4724. — De même encore, les membres du conseil de surveillance peuvent, en cas d'annulation de la société, être déclarés responsables, envers les actionnaires, de la fausse déclaration du gérant relative au versement du quart de chacune des actions souscrites, s'ils ont négligé de vérifier cette déclaration. — Cass., 12 avr. 1864, Claireau, [S. 64.1.169, P. 64.730, D. 64.1. 377] — *Contrà*, Agen, 6 déc. 1860, Ballande, [S. 61.2.299, P. 61.1039, D. 61.2.60]

4725. — Mais la responsabilité des commissaires de surveillance n'est plus engagée lorsque, malgré leur vigilance, ils ont été induits en erreur. Spécialement, lorsque la faute reprochée aux membres du conseil de surveillance se réduit à une erreur de droit consistant à avoir accepté des versements du premier quart faits autrement qu'en espèces, notamment en valeurs de portefeuille, et que cette erreur a été partagée soit par l'assemblée générale des actionnaires, soit même par plusieurs juridictions successives qui n'ont pas trouvé dans les faits constatés une cause de nullité de la société, les juges peuvent à bon droit considérer que la faute alléguée ne présente pas un caractère suffisamment grave pour engendrer leur responsabilité, alors d'ailleurs que leur bonne foi est établie. — Bordeaux, 20 juin 1865, Ballande, [S. 65.2.296, P. 65.1124]

4726. — D'autre part, pour que la responsabilité des membres du premier conseil de surveillance soit encourue, il faut de plus qu'il y ait une relation de cause à effet entre le vice de constitution de la société et le préjudice causé aux actionnaires (V. *suprà*, n. 4327). — Ainsi, lorsqu'une société a été constituée sans que le capital social ait été intégralement souscrit ou le versement du quart opéré sur chaque action, les membres du premier conseil de surveillance, même négligents, ne sont pas responsables, si la ruine de la société n'a point été occasionnée par des vices de constitution, mais par les malversations ou les dilapidations du gérant. — Cass., 23 août 1864, Spinelli, [S. 65. 1.177, P. 65.409, D. 64.1.367]; — 30 oct. 1894, Baffoy, Boisset et consorts, [S. et P. 97.1.186] — Bordeaux, 20 juin 1865, précité.

4727. — Dans ce même cas, il n'y a pas lieu davantage de déclarer les membres du conseil de surveillance responsables jusqu'à concurrence du montant des actions non souscrites. — Cass., 23 août 1864, précité.

4728. — Il appartient aux juges du fait de rechercher, à l'aide des faits et documents de la cause, s'il y a eu faute de la part des membres du conseil de surveillance, et si le préjudice allégué provient du vice de constitution de la société ou d'une autre cause : à ce double point de vue, les appréciations des juges du fait sont souveraines et échappent au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 11 mai 1870, De Aldecoa, [S. 70.1.425, P. 70.1118, D. 70.1.401]; — 8 mars 1876, précité.

4729. — Mais lorsque l'exonération de toute responsabilité prononcée par un arrêt au profit des membres du conseil de surveillance est motivée, non sur l'appréciation de leurs actes, mais sur ce que les causes de nullité n'existent pas, spécialement sur ce que la remise des valeurs de portefeuille équivaut à un versement en numéraire pour la libération du premier quart, l'arrêt qui le décide ainsi viole la loi et encourt par suite la cassation. — Cass., 11 mai 1863, Ballande, [S. 63.1.284, P. 63.767, D. 63.1.213]

4730. — Et la reconnaissance de la loyauté et de la vigilance des membres du conseil de surveillance, qui n'ont trait qu'aux faits postérieurs à leur nomination, reste sans influence sur la responsabilité qui pourrait leur incomber à raison des vices de la constitution de la société, qui doit être l'objet d'un chef spécial de l'arrêt dès que la question de ces vices est soulevée. — Même arrêt.

4731. — Au surplus, il faut également tenir compte dans l'appréciation de la responsabilité des membres du conseil de surveillance, de la négligence ou de l'imprudence de ceux qui ont traité avec la société. Ainsi les souscripteurs d'actions qui se sont engagés à faire un apport en nature, mais qui ont négligé de faire vérifier et approuver cet apport par l'assemblée générale des actionnaires, peuvent être tenus de verser en espèces le montant de leur souscription ; et, dans ce cas, ils n'ont aucun recours en garantie contre les membres du conseil de surveillance, déclarés responsables de la nullité de la société pour défaut de versement préalable du quart de chaque souscription. — Cass., 24 juin 1861, Lhuillier et autres, [S. 62.1.185. P. 62.775, D. 61.1.455] — Aix, 13 août 1860, Mêmes parties, [S. 61.2.147, P. 61.746, D. 60.2.223]

4732. — De même les souscripteurs d'actions dans une société en commandite, condamnés envers les créanciers de la société à effectuer le versement de leur mise sociale, ne sont pas fondés à exiger que les membres du conseil de surveillance, condamnés, de leur côté, comme responsables de la nullité de la société pour défaut de versement préalable du quart de chaque souscription, supportent la moitié de leur dette : les souscripteurs d'actions se trouvent, en pareil cas, condamnés comme débiteurs principaux, et les membres du conseil de surveillance comme leurs cautions seulement. — Cass., 6 août 1862, Lhuillier et Cie, [S. 62.1.783, P. 62.1083, D. 62.1.428]

4733. — Quant aux créanciers, s'ils sont en même temps actionnaires, on peut leur reprocher de ne pas s'être éclairés sur la situation de la société, et dans ce cas, ils doivent supporter les conséquences de leur négligence, alors surtout que les conditions particulières dans lesquelles a été constituée la société étaient de nature à éveiller spécialement leur attention. — Angers, 13 janv. 1869, Plessis, [S. 70.2.81, P. 70.429, D. 69.2.90]

4734. — Mais il en est autrement à l'égard des créanciers, non actionnaires, qui sont restés étrangers à la constitution et à la marche générale de la société et dont la confiance a été déterminée par la garantie d'un conseil de surveillance qu'ils devaient supposer vigilant. — Même arrêt.

4735. — La responsabilité des membres du conseil de surveillance en raison des vices de constitution de la société suppose une faute ou une négligence qui leur est commune, et, par suite, elle entraîne la solidarité entre eux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 994; Mathieu et Bourguignat, n. 79. — *Contrà*, Houpin, t. 1, n. 592. — V. *suprà*, n. 4027 et s.

4736. — Le premier conseil de surveillance peut seul être déclaré responsable de la nullité de la société et du dommage qui en est la conséquence : les conseils de surveillance ultérieurement nommés ne sont pas chargés de vérifier si la société a été régulièrement constituée, et par suite leur responsabilité ne saurait être engagée à défaut de cette vérification. — Houpin, t. 1, n. 580. — *Contrà*, Bouvier-Bangillon, p. 109.

4737. — Cependant si les conseils ultérieurs avaient connu en fait la nullité de la société et s'ils avaient gardé le silence à cet égard, il pourraient être déclarés responsables aux termes du droit commun et en vertu de l'art. 9 de la loi de 1867. — Houpin, *loc. cit.* — V. Cass., 4 juin 1883, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 84.1.113, P. 84.1.252, D. 83.1.385]

4738. — Le conseil de surveillance est également tenu, au moment où le capital social vient d'être augmenté par la souscription d'actions nouvelles, des mêmes obligations que lors de la constitution de la société, à savoir de vérifier la réalité de la souscription et des versements complémentaires. — Trib. comm. Marseille, 31 oct. 1866 et Aix, 9 avr. 1867 sous Cass., 11 mai 1870, De Aldecoa, [S. 70.1.425, P. 70.1118, D. 70.1.401] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 640; Houpin, t. 1, n. 705; Rivière, *Loi de 1867*, n. 17; Ruben de Couder, v° *Soc. en command.*, n. 285. — *Contrà*, Pont, t. 2, n. 1502.

2° Responsabilité normale des membres des divers conseils successifs. Causes et conditions de la responsabilité.

4739. — Les fonctions du conseil de surveillance, déterminées, *suprà*, n. 4707 et s., peuvent faire naître, à la charge de

ses membres une double responsabilité : responsabilité contractuelle envers les associés, responsabilité délictuelle envers les tiers. Toutefois, la loi de 1856, dans son art. 10, n'admettait cette responsabilité que dans deux cas : 1° lorsque sciemment le conseil avait laissé subsister dans les inventaires des incertitudes graves; 2° lorsqu'il avait, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers. Dans ces deux cas, les membres du conseil étaient déclarés solidairement responsables.

4740. — La jurisprudence était très-divisée sur l'interprétation de cet article. Dans un premier système, on décidait que ses dispositions étaient limitatives, que les membres du conseil de surveillance n'étaient pas de véritables mandataires, responsables dans les termes du droit commun, mais qu'ils avaient un titre spécial les assujettissant aux seules responsabilités prévues par l'art. 10. — Cass., 28 nov. 1860, Saugé, [S. 61.1.967, P. 62.529, D. 61.1.339]; — 21 déc. 1863, Dupuis, [S. 64.1.229, P. 64.772, D. 64.1.156] — Poitiers, 20 août 1859, Saugé, [S. 60.2.209, P. 60.1204, D. 59.2.212] — Rouen, 35 nov. 1861, sous Cass., 3 mars 1863, Lemaître, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 62.2.107]

4741. — Mais l'opinion contraire avait prévalu et c'est ainsi qu'il avait été jugé que, en dehors des cas de responsabilité spécialement réglés par la loi du 17 juill. 1856, les membres des conseils de surveillance sont soumis, envers les actionnaires et les créanciers de la société, à l'application des règles du droit commun relatives à la responsabilité des fautes. — Cass., 12 avr. 1864, Claireau, [S. 64.1.169, P. 64.730, D. 64.1.377]; — 18 août 1868, Louveau, [S. 69.1.74, P. 69.154] — Lyon, 8 juin 1864, Vouillemond, [S. 65.2.38, P. 65.226, D. 65.2.197] — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.197] — Rouen, 26 juill. 1865, sous Cass., 4 mars 1867, Sabathier, [S. 67.1.254, P. 67.644]

4742. — La loi de 1867 s'est prononcée en faveur du dernier système. Elle s'est dispensée de donner une énumération en se bornant à renvoyer aux principes généraux du droit. Aux termes de l'art. 9, 2e al., « chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun ». L'art. 15, *in fine*, ajoute : « Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant » (V. également l'art. 9). C'est qu'en effet sous l'empire de la loi de 1856, la jurisprudence faisait peser sur les membres du conseil de surveillance une responsabilité civile à raison des délits des gérants. Ces derniers restant maîtres absolus de la direction des affaires sociales, il est de toute équité qu'ils supportent seuls la responsabilité de leurs délits.

4743. — Il suffit d'établir à la charge des membres du conseil une faute ou une négligence, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'ils ont agi sciemment ou par dol. — Ruben de Couder, v° *Soc. en commandite*, n. 317 et s.; Pont, t. 2, n. 1535, 1536; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1009; Vavasseur, n. 696; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 999; Houpin, t. 1, n. 717.

4744. — En d'autres termes, les membres du conseil de surveillance sont responsables de leurs fautes à l'égard soit de la société et des actionnaires, soit des tiers. A l'égard de la société, on leur appliquera les règles du mandat (C. civ., art. 1992). Encore est-il nécessaire qu'il s'agisse d'actes de leurs fonctions, se rattachant à l'administration de la société et qui se produisent au cours de sa durée. Par suite, lorsqu'une société en commandite est dissoute et transformée en commandite simple, il y a lieu d'apprécier, conformément aux principes généraux en matière de quasi-délit, et non d'après les règles du mandat, la responsabilité des membres du conseil de surveillance de la société primitive, qui lors de la transformation n'ont pas donné de renseignements suffisants sur la véritable situation financière de cette société aux actionnaires. — Poitiers, 17 nov. 1879, Brient, [D. 80.2.110]

4745. — Le membre du conseil de surveillance, qui a causé un préjudice aux actionnaires en manquant aux obligations que la loi et les statuts lui imposent envers eux, est d'ailleurs tenu de réparer ce dommage tant en vertu de l'art. 1382, C. civ., que de l'art. 1992 du même Code; dès lors, l'arrêt qui le condamne à des dommages-intérêts envers les actionnaires, n'a point à spécifier celui des deux articles dont il fait l'application dans la cause. Cass., 19 mars 1894 (2e arrêt), Portet-Lavigerie, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465]

4746. — Au regard des tiers, la responsabilité des membres du conseil de surveillance s'appuie sur les principes généraux des art. 1382 et s. — Cass., 17 juill. 1876, Fortin, Cau et autres, [S. 76.1.407, P. 76.1049, D. 77.1.135] — Dijon, 7 mai 1874, sous Cass., 21 déc. 1875, Daron, [S. 79.1.97, P. 79.241, et la note de M. Labbé, D. 77.1.17] — Angers, 10 mars 1875, Liquid. du Comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051, sous Cass., 8 mars 1876, D. 76.2.14] — Mêmes auteurs.

4747. — La responsabilité encourue par les membres du conseil de surveillance, à raison du dommage causé aux créanciers par le déficit dans le versement des actionnaires et la réalisation des autres éléments de l'actif, et la responsabilité leur incombant envers les actionnaires dont les versements ont été perdus par leur faute, répondent à des droits distincts, et peuvent donner lieu, dès lors, à des condamnations différentes. — Cass., 19 mars 1894, précité.

4748. — Qu'il s'agisse de responsabilité contractuelle, ou de responsabilité délictuelle, deux conditions doivent être réunies pour que l'action soit recevable : 1° il faut d'abord qu'on puisse reprocher aux membres du conseil de surveillance une faute ou tout au moins une négligence dans l'exercice de leurs fonctions; 2° il faut que cette faute ou cette négligence ait été la cause d'un préjudice.

4749. — I. *Négligence.* — Les membres du conseil de surveillance commettent une faute lourde dont ils sont responsables lorsqu'ils n'ont surveillé le gérant que d'une façon très-imparfaite. Spécialement, ils sont responsables lorsqu'à une époque où le capital était déjà gravement compromis, des bénéfices étaient invariablement accusés, des dividendes étaient répartis, des sommes portées à la réserve, grâce à l'ignorance dans laquelle étaient les membres du conseil de surveillance de la situation exacte de la commandite et faute par eux d'avoir exigé des gérants, conformément aux statuts, la production d'un état des valeurs en souffrance et d'avoir fait, suivant un usage constant, indiquer aux inventaires annuels le chiffre des créances douteuses ou mauvaises. — Orléans, 30 juill. 1881, De Fiennes, [S. 83.2.29, P. 83.1.206, D. 82.2.121] — Sic, Houpin, t. 1, n. 717; Thaller, n. 554; Rousseau, t. 1, n. 2119; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 1002.

4750. — Jugé encore que les membres du conseil de surveillance sont en faute lorsque, en présence d'inventaires où les mêmes créanciers figuraient pendant plusieurs années successives, ils n'ont pas cessé de manifester leur satisfaction dans leurs rapports annuels suivis de la distribution de forts dividendes. — Angers, 5 juill. 1876, Bondu et Maury, [S. 77.2.263, P. 77.1039, D. 77.2.30]

4751. — ... Que sont responsables envers les actionnaires les membres du conseil de surveillance qui ont laissé le gérant porter comme actif au fonds de réserve des valeurs irrécouvrables, et qui, dans leurs rapports, ont présenté la société comme prospère, alors qu'ils connaissaient la situation comme désastreuse. — Angers, 23 juill. 1875, Maillé, Trottier, Gendron et autres, [S. 76.1.415, P. 76.1051, sous Cass., 17 mai 1876, D. 76.2.14]

4752. — ... Ou encore, lorsqu'à l'époque de l'inventaire, ils se sont bornés à l'examen superficiel des balances, c'est-à-dire d'une concordance apparente d'écritures et de chiffres qui ne pouvaient rien leur apprendre, soit sur la valeur des effets irrécouvrés, soit sur les éléments des soldes débiteurs. — Lyon, 11 juill. 1873, Liquid. de la Soc. Jouvin et Cie, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209]

4753. — La vérification du portefeuille et des valeurs de la société, imposée au conseil, n'est d'ailleurs complète qu'à la condition de porter sur la quantité aussi bien que sur la qualité; et le moyen de se rendre compte du nombre des effets devant se trouver en portefeuille à une date quelconque consiste : 1° à en prendre la quantité au 31 décembre précédent; 2° à y ajouter, en en faisant le relevé sur le livre des traites et remises, tous les billets entrés à la date donnée; 3° à retrancher du chiffre total tous les effets sortis : la comparaison de ces chiffres donne le nombre réel. — Même arrêt.

4754. — ... Ou encore lorsque, sans avoir fait aucune des vérifications prescrites par les statuts, ils se sont livrés plusieurs fois à des affirmations inexactes sur la prétendue bonne direction donnée par le gérant à la marche de la société et sur l'état des affaires sociales. — Cass., 17 juill. 1876, précité.

4755. — Jugé, également, que les membres du conseil de surveillance, doivent être déclarés responsables, lorsqu'il est établi qu'ils auraient pu, sinon prévenir, du moins atténuer les pertes desdits actionnaires, si, conformément aux prescriptions

de la loi, ils avaient vérifié, avec le soin nécessaire, les livres et la composition du portefeuille de la société, au lieu de se laisser aveugler par leur confiance dans le gérant infidèle, et s'ils eussent exercé une vigilance que les premiers aveux de ce gérant devaient, plus que jamais, tenir en éveil. — Cass., 28 mai 1889, Chevillotte, Kerros et autres, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90.1.414]

4756. — ... Ou bien lorsqu'ils n'ont pas tenu les réunions mensuelles prescrites par les statuts. — Cass., 17 juill. 1876, précité.

4757. — ... Que, la loi rangeant au nombre de leurs obligations celle de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, cette obligation emporte comme conséquence celle d'examiner la nature et le caractère des effets en portefeuille, de prendre connaissance des comptes courants ouverts par la gérance, de constater les découverts qui en résultent pour la société, d'apprécier la situation des débiteurs de ces comptes et les garanties qu'ils peuvent présenter : la négligence des membres du conseil de surveillance à cet égard, peut, suivant les circonstances, constituer une faute lourde engageant leur responsabilité. — Cass., 8 mars 1876, Liquid. du Comptoir commercial de la Sarthe, [D. 77.1.148] — Orléans, 21 juill. 1875, Beaudouin et consorts, [S. 76.2.101, P. 76.448]

4758. — Spécialement, les membres du conseil de surveillance sont responsables s'ils n'ont pas porté une attention suffisamment sérieuse sur les valeurs du portefeuille, sur des créances et des noms qui se perpétuaient dans les inventaires, alors que s'ils eussent eu cette attention ils auraient découvert à divers signes et sans grands efforts le déficit que leur dissimulait le gérant, déficit qui ne permettait ni les répartitions et prélèvements des prétendus bénéfices, ni surtout la répartition anticipée du fonds de réserve qu'ils ont fait voter. — Angers, 10 mars 1875, sous Cass., 8 mars 1876, précité. — Orléans, 21 juill. 1875, précité.

4759. — Les membres du conseil de surveillance ne sauraient d'ailleurs, pour se soustraire à leur responsabilité, invoquer les difficultés et les longueurs du travail de vérification des livres, du portefeuille et des valeurs sociales : de pareilles considérations ne peuvent les affranchir d'un devoir dont, à raison surtout de leurs connaissances personnelles, ils n'ignoraient pas l'importance. — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194]

4760. — A plus forte raison en est-il de même lorsque le conseil de surveillance ne se livre à aucun contrôle, se bornant à élire dans son sein une sous-commission chargée de la vérification des livres et de la comptabilité, et que cette sous-commission s'en tient elle-même à des bulletins de situation qu'elle s'abstient de contrôler, accordant une confiance aveugle et sans réserve aux gérants. En vain, objecterait-on la disposition de l'art. 1994, C. civ., aux termes duquel le mandataire ne répond pas dans certaines hypothèses, du mandataire qu'il s'est substitué. Une délégation de cette sorte ne peut produire les effets légaux qu'une substitution de pouvoirs produit en matière civile, alors surtout que rien dans les statuts ou dans les délibérations de la société n'implique l'idée que d'une délégation ainsi accomplie résulte une décharge pour le conseil. — Lyon, 8 juin 1864, Vouillemont, [S. 65.2.38, P. 65.226, D. 65.2.197]; — 11 juill. 1873, précité.

4761. — Peu importe d'ailleurs, dans ces diverses hypothèses, la bonne foi et l'honorabilité reconnues des membres du conseil de surveillance : cette bonne foi peut bien atténuer dans une certaine mesure leur responsabilité, mais non pas la supprimer. — Cass., 28 mai 1889, précité. — Orléans, 21 juill. 1875, précité; — 30 juill. 1881, De Fiennes, [S. 83.2.29, P. 83.1.206, D. 82.2.121]

4762. — Spécialement, les magistrats qui, croyant leurs fonctions compatibles avec celles de membre d'un conseil de surveillance, ont accepté celles-ci avec un désintéressement reconnu par tous et seulement pour servir l'intérêt général, ne peuvent cependant exciper de ce qu'ils avaient entendu borner leur coopération au contentieux, en laissant à des aptitudes plus spéciales le soin de la vérification des écritures; leur responsabilité naît de leur acceptation d'un mandat collectif donné sans distinction, ni limites. — Lyon, 11 juill. 1873, précité.

4763. — D'autre part, les membres du conseil de surveillance commettent une faute lourde engageant leur responsabilité, lorsqu'ils autorisent l'ouverture d'un crédit soit au profit du gérant lui-même, contrairement aux statuts, soit au profit d'une personne de la famille d'un membre de ce conseil, alors que cette ouverture de crédit n'était pas justifiée par la solvabilité des crédités. — Orléans, 21 juill. 1875, précité.

4764. — Au contraire, on ne saurait imputer à faute aux membres du conseil de surveillance d'une maison de banque, objet de la société, le fait de n'avoir examiné ni tous les comptes courants individuellement, ni spécialement quelques-uns, alors que l'étude de la totalité des comptes était, à raison de leur nombre, impossible, et que, quant à certains d'entre eux, rien ne les signalait particulièrement à la vigilance du conseil. — Lyon, 11 juill. 1873, précité.

4765. — ... Non plus que le fait de n'avoir pas, au moyen d'une expertise ou d'un pointage long et difficile, vérifié le chiffre, mensuellement donné par les gérants, du compte des profits et pertes, alors que ce chiffre, bien qu'inexact par la fraude de ceux-ci, présentait une exactitude apparente. — Même arrêt.

4766. — Lorsque les gérants d'une société en commandite se sont servis, pour effectuer des emprunts illicites sur nantissements, des titres déposés dans leur caisse par les actionnaires, les membres du conseil de surveillance qui ont ignoré ou toléré ces agissements ne sont pas directement responsables des abus de dépôt ainsi commis (sauf l'argument à en tirer contre eux à l'appui du reproche d'imprudence, de négligence et d'aveuglement). — Même arrêt.

4767. — Il a été jugé, également, que lorsque le conseil de surveillance, en conformité du mandat qui lui avait été conféré par l'assemblée générale des actionnaires, a reçu et accepté le portefeuille d'un ancien banquier, il n'encourt aucune responsabilité à raison des non-valeurs anciennes de ce portefeuille, si la transmission du portefeuille a eu lieu aux risques et périls de la société, et si son acceptation telle quelle était la condition *sine qua non* de la formation de la nouvelle société. — Orléans, 9 août 1883, De Béville, [D. 84.2.137]

4768. — ... Qu'il n'est pas davantage responsable de n'avoir pas vérifié le portefeuille pendant le cours de la société, si cette vérification était impossible par suite de ce fait que les billets créés étaient immédiatement présentés à l'escompte d'une autre société, alors, d'une part, que le conseil de surveillance avait exigé que le gérant lui présentât chaque mois un état de tous les prêts faits depuis la dernière réunion, et que d'un autre côté le conseil a nettement manifesté sa volonté d'exercer un contrôle sérieux, notamment en faisant à chaque séance des observations au gérant sur les crédits trop larges qu'il accordait à tel ou tel débiteur. — Même arrêt.

4769. — ... Qu'on ne peut pas non plus déclarer responsables les membres du conseil de surveillance, lorsqu'il résulte des constatations souveraines des juges du fait, que si, à un moment de crise de la société, ils n'en ont pas provoqué la liquidation, c'est qu'ils ont espéré qu'au moyen de sacrifices personnels par eux spontanément offerts, ils parviendraient à conjurer le danger; de telles appréciations de la conduite des membres du conseil de surveillance sont exclusives de toute responsabilité. — Cass., 28 nov. 1860, Saugé, [S. 61.1.967, P. 62.529, D. 61.1.339]

4770. — ... Qu'aucune responsabilité n'est encourue par les membres du conseil de surveillance, lorsqu'il est souverainement constaté par les juges du fond qu'ils ont agi de bonne foi et que leur vigilance a été trompée par les manœuvres habiles du gérant qui, notamment, pour garnir le portefeuille de valeurs en apparence effectives, s'est assuré par des conventions secrètes la signature de plusieurs maisons de banque qui n'avaient ni fortune, ni crédit; que, d'autre part, le portefeuille a toujours présenté une situation conforme aux livres produits et un actif net supérieur au capital, que pour établir un pareil résultat le gérant a présenté une comptabilité altérée avec des balances fausses, et que de pareilles irrégularités n'ont pu être soupçonnées par les membres du conseil de surveillance. — Cass., 26 mai 1869, Roussel, [S. 69.1.430, P. 69.1103, D. 69.1.401]

4771. — ... Que les membres du conseil de surveillance contre lesquels il n'est relevé aucun grief personnel en ce qui touche la régularité et la liberté des assemblées générales ne sauraient non plus être rendus responsables des moyens occultes par lesquels le gérant aurait cherché à influer sur le vote de ces assemblées. — Trib. comm. Marseille, 31 oct. 1866, et Aix, 9 avr. 1867, sous Cass., 11 mai 1870, De Aldecoa et autres, [S. 70.1.425, P. 70.1118, D. 70.1.401]

4772. — ... Que le conseil de surveillance n'encourt, vis-à-vis des créanciers sociaux, aucune responsabilité du fait de n'avoir point donné suite à une délibération de l'assemblée générale, laquelle avait prononcé la dissolution de la société, si cette délibération n'a reçu aucune publicité et a été rapportée par une délibération ultérieure, les opérations de la société ayant été suspendues de fait dans l'intervalle des deux délibérations, alors surtout que les créanciers n'ont traité avec la société que longtemps après la seconde délibération. — Cass., 9 juill. 1891, Hacquard et consorts, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173]

4773. — ... Que la responsabilité des vices et irrégularités affectant les bilans et inventaires dont la vérification appartenait aux membres du conseil de surveillance, ne peut être reportée jusqu'aux membres du deuxième conseil qui a succédé au premier, encore que ces bilans et inventaires aient servi de base à ceux que le deuxième conseil était tenu de vérifier. — Aix, 9 avr. 1867, précité.

4774. — ... Que la démission donnée par l'un des membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions ne peut, alors même qu'elle n'a pas été suivie de son remplacement, lui être imputée à faute et entraîner contre lui de responsabilité, lorsqu'il est établi qu'elle a eu des motifs légitimes ; par exemple les obstacles apportés par le gérant à l'accomplissement du devoir de surveillance. — Cass., 16 juill. 1873, Syndic. du Comptoir d'escompte de Roanne, [S. 73.1.387, P. 73.955, D. 74.1.14]

4775. — Lorsque tous les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions se retirent, il suffit, pour s'affranchir de toute responsabilité, de se pourvoir devant l'assemblée générale pour que celle-ci désigne un nouveau conseil; et on ne saurait leur imputer comme une cause de responsabilité la déclaration faite par l'assemblée que, le conseil ne pouvant être reconstitué, la société continuera comme société en commandite simple. — Même arrêt.

4776. — Peu importe, en pareil cas, en ce qui les concerne, que la délibération de l'assemblée n'ait pas été régulièrement rendue publique, cette irrégularité ne pouvant leur être reprochée, alors que leur qualité de membres du conseil de surveillance avait cessé d'exister. — Même arrêt.

4777. — Toutefois, un membre du conseil de surveillance peut être déclaré responsable de pertes qui se sont produites même après sa retraite, si elles sont le résultat des fautes commises pendant qu'il était en fonctions. — Cass., 15 avr. 1873, Grandjean, [S. 75.1.216, P. 75.520, D. 75.1.31]

4778. — En tout cas les membres du conseil de surveillance ne peuvent être déclarés responsables des opérations du gérant, lorsque ces opérations sont de telle nature qu'ils n'auraient pu y intervenir qu'en excédant leurs attributions et en s'immisçant dans la gestion. — Angers, 11 janv. 1867, Ackermann et autres, [D. 67.2.19] — V. *suprà*, n. 1540 et s.

4779. — Sur la question de savoir si l'action en responsabilité ouverte aux actionnaires contre les commissaires de surveillance constitue une action individuelle ou une action sociale, V. *infrà*, n. 5088 et s.

4780. — D'après les actes qu'il lui est prescrit de faire, le conseil de surveillance a avant tout une mission de contrôle. Pendant la durée de la société, il vérifie si les gérants se conforment aux statuts, s'ils ne commettent ni fraude, ni faute dans leur gestion. On en a conclu qu'en écartant l'action en responsabilité dirigée contre le gérant d'une société en commandite, par le motif que les actionnaires lui avaient donné décharge en connaissance de cause, les juges du fond écartent implicitement la responsabilité des membres du conseil de surveillance subordonnée à une faute commise par le gérant. — Cass., 15 juill. 1895, Hennion, [*Pand. fr.*, 97.1.65, et la note de M. Bouvier-Bangillon] — *Contrà*, Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.92, D. 92.2.33]

4781. — Par suite, le conseil de surveillance déclaré responsable a une action récursoire contre le gérant, premier coupable. — Vavasseur, n. 678, 700; Laurin, n. 349,361 ; Bouvier-Bangillon, note sous Cass., 15 juill. 1895, précité.

4782. — Il a été jugé aussi que la responsabilité des membres du conseil de surveillance étant personnelle et directe, les tiers peuvent agir contre eux, sans mettre en cause le gérant. — Cass., 17 févr. 1868, Leroux, [S. 68.1.261, P. 68.643, D. 68.1.177]

4783. — II. *Préjudice.* — Pour que la responsabilité des membres du conseil de surveillance soit engagée, il ne suffit pas de produire à leur charge des faits de négligence ou de faute : il faut en outre, conformément au droit commun, que ces faits soient la cause directe du préjudice causé aux tiers ou aux actionnaires. — Rouen, 26 juill. 1865, sous Cass., 4 mars 1867, Sabathier, [S. 67.1.254, P. 67.644] — Besançon, 28 mai 1890, sous Cass., 9 juill. 1891, Hacquard et consorts, [S. et P. 93.1.300, D. 94.1.173] — Paris, 12 août 1892, sous Cass., 30 oct. 1894, Baffoy, Boisset et consorts, [S. et P. 97.1.186] — V. *suprà*, n. 4327 et s., et *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 461 et s.

4784. — Les juges du fond ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation. — Cass., 30 oct. 1894, précité.

4785. — Spécialement, les membres du conseil de surveillance ne sont pas responsables, bien qu'ils ne se soient pas réunis aux dates fixées par les statuts, bien que les inventaires n'aient pas toujours été faits aux époques régulières, et que la forme dans laquelle ils étaient présentés ait laissé à désirer, si l'assemblée générale a toujours été mise à même de vérifier la situation, s'il n'y a eu aucune dissimulation, si les délibérations ont été prises en connaissance de cause, et si les tiers n'ont pu souffrir de faits ne touchant qu'à l'administration intérieure, qui ne devaient pas être portés à leur connaissance et qui avaient été couverts par les mandants. — Besançon, 28 mai 1890, précité.

4786. — Pareillement, peut être exonéré des suites de la responsabilité le membre qui a cessé de faire partie du conseil à une époque où, si la situation de la société n'était pas satisfaisante, elle n'était pas du moins compromise, aucun préjudice irréparable n'ayant été causé par lui. — Lyon, 11 juill. 1873, Soc. Jouvin, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209]

4787. — Il en est de même pour le membre qui est entré au conseil à une époque où la situation était compromise au point que le mal était complet et irrémédiable. — Même arrêt.

4788. — De même, si on peut admettre que l'actionnaire d'une société en commandite, argumentant de ce qu'un bilan mensonger a été la cause de son entrée dans la société, est un tiers auquel l'approbation du bilan par l'assemblée générale n'est pas opposable, et que, comme tel, il a le droit d'invoquer les art. 1382 et s., C. civ., contre le gérant et le président du conseil de surveillance, c'est sous la condition essentielle que les fautes par lui alléguées aient déterminé la création de ses liens avec la société et son entrée dans la société. — Paris, 28 mars 1888, sous Cass., 5 mai 1890, Léo, [S. et P. 93.1.189]

4789. — En conséquence, la demande en responsabilité de l'actionnaire ne saurait être accueillie, lorsque la date de son entrée dans la société et les circonstances dans lesquelles il est devenu actionnaire prouvent que ce n'est pas la considération du bilan produit et par lui incriminé qui a déterminé sa souscription; et, à cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Même arrêt.

4790. — Au contraire, si c'est par suite de la négligence des membres du conseil de surveillance dans la surveillance de la gestion que les gérants ont pu se livrer à des malversations qui ont entraîné la ruine de la société, le préjudice allégué par les créanciers et par les actionnaires est alors la conséquence directe de ladite négligence, et, par suite, la responsabilité du conseil de surveillance est engagée. — Cass., 23 févr. 1870, Berthon, [S. 71.1.242, P. 71.745, D. 71.1.229]

4791. — Décidé, à cet égard, que l'arrêt qui déclare que les fautes et négligences imputables aux membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions ont été la cause directe du préjudice souffert par les obligataires, lesquels n'ont confié leurs fonds à la société que trompés par les affirmations d'une prospérité qui n'existait pas et dont une surveillance même ordinaire aurait fait aisément reconnaître auxdits membres du conseil la fausseté, marque suffisamment entre la faute de ces derniers et le préjudice éprouvé par les obligataires, une relation directe de cause à effet de nature à justifier les condamnations prononcées. — Cass., 20 juill. 1898, Devos, [S. et P. 99.1.85, D. 98.1.421]

4792. — Il en est même ainsi au cas où le conseil n'a pas veillé à l'emploi d'une somme empruntée pour un objet déterminé. — Lyon, 24 juin 1871, Courbon, Monnier et autres, [S. 72.2.94, P. 72.468, D. 71.2.188]

4793. — De même, lorsqu'il est établi que, si le conseil de surveillance avait fidèlement rempli sa mission de contrôle, la mauvaise situation des affaires de la société lui aurait apparu, et

qu'en conséquence des devoirs qui lui étaient imposés par les statuts en cas de perte de moitié du capital social, il aurait proposé la dissolution de la société, il doit être déclaré responsable des pertes subies par la société et les tiers à partir du moment où la dissolution de la société aurait dû être proposée, pertes résultant notamment de ce que le gérant a dû recourir à des moyens ruineux pour se procurer des fonds et prolonger artificiellement la vie de la société. — Angers, 10 mars 1875, Liquid. du Comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051, sous Cass., 8 mars 1876, D. 76.2.14 ; — 5 juill. 1876, Bondu et Maury, [S. 77.2.263, P. 77.1039, D. 77.2.30]

4794. — Le règlement du dommage souffert par les actionnaires à raison des fautes reprochées aux membres du conseil de surveillance, part non du jour de la perpétration des fautes, mais seulement du jour où ces fautes ont causé aux actionnaires un préjudice appréciable — Cass., 12 févr. 1879, Desprès et autres, [S. 79.1.217, P. 79.521, D. 79.1.281]

3° Étendue de la responsabilité.

4795. — Les faits de négligence et de préjudice étant établis, il y a lieu de tenir compte, pour apprécier l'étendue de la responsabilité encourue par les membres du conseil de surveillance, de toutes les circonstances susceptibles d'atténuer ou d'aggraver cette responsabilité. — Houpin, t. 1, n. 720; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1010; Mornard, p. 141 ; Pont, t. 2, n. 1540; Ruben de Couder, v° *Soc. en comm.*, n. 322 ; Vavasseur, t. 1, n. 701 ; Rousseau, t. 1, n. 2136; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 1002.

4796. — Ainsi il y a lieu de prendre en considération, pour atténuer la responsabilité des membres du conseil de surveillance, de ce que, même en le supposant régulier et consciencieux, l'accomplissement de leur mission de surveillance et de contrôle n'eût pas préservé la société de toutes les pertes résultant des mauvaises opérations dans lesquelles le gérant était engagé par le libre exercice des pouvoirs qu'il tenait des statuts sociaux et du droit commun en matière de société en commandite. — Orléans, 30 juill. 1881, De Fiennes, [S. 83.2.29, P. 38.1.206, D. 82.2.121]

4797. — ... Ou encore de ce qu'ils sont les associés de leurs mandants, et non pas leurs assureurs contre les chances aléatoires qui, en matière de transactions commerciales et de négociations de banque, sont souvent indépendantes de la surveillance et de la capacité du gérant. — Même arrêt.

4798. — D'autre part, il y a également lieu de tenir compte, pour fixer les dommages-intérêts dus par les membres du conseil de surveillance, de la gratuité de leur mandat, de leur bonne foi, de la probité et du désintéressement dont ils ont fait preuve ainsi que de la nature et de la durée des fonctions qu'ils ont remplies dans le conseil et de leurs aptitudes spéciales. — Douai, 29 juin 1861, Caisse commerciale du Nord, [S. 61.2.547, P. 62.227] — Bourges, 10 mars 1869, Métairie, [S. 71.2.255, P. 71.828]; — 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34] — Lyon, 11 juill. 1873, Société Jouvin, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209]; — 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.92, D. 92.2.33] — Angers, 10 mars 1875, précité. — Orléans, 30 juill. 1881, précité.

4799. — Spécialement, le juge du fond peut considérer que, si les membres du conseil de surveillance ont eu le tort de ne pas vérifier avec assez de soin les écritures de la société, de ne pas s'apercevoir que le gérant continuait à porter à l'avoir de la société des créances d'avances sans valeur, et de représenter la société comme prospère, alors qu'elle était en perte, ils n'ont cependant pas dépassé la limite des fautes susceptibles d'entraîner une responsabilité pécuniaire contre des mandataires non salariés, alors que leur bonne foi est établie. — Cass., 14 déc. 1869, Dusseron, [S. 70.1.165, P. 70.387, D. 70.1.179]

4800. — Cette appréciation est souveraine et échappe à la censure de la Cour de cassation. — Même arrêt.

4801. — De même, il a été jugé que la circonstance que les membres du conseil de surveillance n'avaient accepté leurs fonctions que sur les instances réitérées des actionnaires et après avoir proclamé eux-mêmes leur incompétence en la matière, est de nature à atténuer leur responsabilité. — Bordeaux, 24 mai 1886, De Baillet, [D. 87.2.119]

4802. — ... Que si les membres du conseil de surveillance ne peuvent se soustraire à leur responsabilité en invoquant les difficultés de leur tâche et les agissements artificieux du gérant, cependant cette responsabilité est atténuée par suite de ces difficultés et de l'habileté des manœuvres pratiquées par le gérant pour leur cacher la véritable situation de la société. — Bourges, 10 mars 1869, précité; — 21 août 1871, précité.

4803. — ... Qu'il y a lieu de tenir compte des circonstances difficiles dans lesquelles la liquidation s'est opérée et qui ont pu augmenter le déficit. — Angers, 10 mars 1875, précité.

4804. — ... Qu'il y a lieu de tenir compte, pour l'appréciation des dommages-intérêts, de l'imprudence commise par les obligataires en ne se renseignant pas suffisamment sur la prospérité de la société à laquelle ils confiaient leurs capitaux, alors surtout que leurs connaissances professionnelles devaient leur rendre cette vérification facile. — Douai, 9 juin 1896, Pajot, [D. 98.2.206] — *Sic*, Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. en command.*, n. 128, *in fine*.

4805. — La clause qui déclare irresponsable les membres du conseil de surveillance ne peut les exonérer complètement de la responsabilité attachée aux devoirs qui leur sont imposés par les lois spéciales ou par le droit commun, mais on doit tenir un certain compte de cette clause, lorsqu'il s'agit de fixer l'étendue de la réparation. — Bourges, 10 mars 1869, précité; — 21 août 1871, précité.

4806. — Le conseil n'est d'ailleurs responsable que dans la mesure pour laquelle le dommage peut être imputé à ses fautes, quand celles-ci n'en sont pas l'unique cause. — Bourges, 10 mars 1869, précité. — Lyon, 24 juin 1871, Courbon-Monnier, [S. 72.2.94, P. 72.468, D. 71.2.188]

4807. — De même, les juges du fond, en déclarant les membres du conseil de surveillance responsables de la perte du capital social, peuvent modérer les dommages-intérêts par eux dus à raison du chiffre élevé des dividendes distribués aux actionnaires : ils ne font ainsi qu'user de leur pouvoir souverain d'apprécier dans leurs divers éléments les causes du préjudice et d'en mesurer l'étendue. — Cass., 17 mai 1876, Maillé, Trottier, Gendron et autres, [S. 76.1.415, P. 76.1051]

4808. — La responsabilité des membres du conseil de surveillance n'entraîne d'ailleurs que des dommages-intérêts proportionnels au préjudice possible; elle ne saurait comprendre le chiffre des dividendes indûment distribués qu'ils auraient touchés en leur qualité d'actionnaires; ce point dépend de conditions autres que les règles générales de la responsabilité. — Bourges, 21 août 1871, précité. — Lyon, 11 juill. 1873, précité.

4809. — En tout cas, la responsabilité des membres du conseil de surveillance est plus gravement engagée envers ceux qui sont devenus actionnaires au moment où l'actif de la société avait été complètement englouti, qu'envers ceux qui le sont devenus à une époque où, le capital n'étant pas entièrement perdu, la société avait quelque chance de relèvement. — Orléans, 30 juill. 1881, De Fiennes, [S. 83.2.29, P. 83.1.206, D. 82.2.121]

4° Caractères de la responsabilité. — Solidarité.

4810. — Les membres du conseil de surveillance étant, au point de vue de la responsabilité qu'ils ont encourue, soumis aux règles du droit commun, cette responsabilité est en principe individuelle (l'art. 9 de la loi de 1867 le dit), et elle doit être appliquée à chacun d'eux en raison de ses propres fautes et dans la mesure du préjudice qu'il a personnellement causé. En conséquence, les juges du fait peuvent, suivant les circonstances, diviser la responsabilité et la proportionner à la part que chaque membre du conseil a prise dans la faute et le préjudice, en tenant compte de toutes les considérations qui sont de nature à aggraver ou à atténuer cette responsabilité. — Cass., 15 avr. 1873, Grandjean, [S. 75.1.216, P. 75.520, D. 75.1.31]; — 21 déc. 1875, Lagelouze, [S. 79.1.97, P. 79.2.241, D. 77.1.17]; — 8 mars 1876, Comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051, D. 77.1.168]; — 12 févr. 1879, Desprez, [S. 79.1.217, P. 79.521, D. 79.1.281]; — 19 mars 1894 (2 arrêts), Portet-Lavigerie, Carrel et Chappée, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465] — Lyon, 8 juin 1864, Vouillemond, [S. 65.2.38, P. 65.226 D. 65.2.197] — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194] — Grenoble, 11 déc. 1872, Galoffre, [S. 74.2.147, P. 74.705, D. 74.2.33] — Lyon, 11 juill. 1873, Soc. Jouvin, [S. 74.2.73, P. 74.345, D. 74.2.209] — Dijon, 7 mai 1874, sous Cass., 21 déc. 1875, précité. — Angers, 10 mars 1875, Comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051, sous Cass., 8 mars 1876, D. 76.2.14] — Orléans, 21 juill. 1875, Baudouin et con-

sorts, [S. 76.2.101, P. 76.448] — Angers, 5 juill. 1876, Bondu et Maury, [S. 77.2.263, P. 77.1039, D. 77.2.30] — Orléans, 30 juill. 1881, Rossignol, [S. 83.2.29, P. 83.1.206, D. 82.2.221] — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33] — Douai, 9 juin 1896, Paillot, [D. 98.2.206] — *Sic*, Beslay et Lauras, t. 5, n. 676; Boistel, n. 287; Houpin, t. 1, n. 719; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1009, *in fine;* Mathieu et Bourguignat, n. 79; Normand, p. 140; Pont, t. 2, n. 1534; Ruben de Couder, *loc. cit.*, n. 129; Vavasseur, t. 1, n. 698; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 1005; Rousseau, t. 1, n. 2141. — V. *suprà*, n. 4353 et s.

4811. — A cet égard, l'appréciation des juges du fond est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 21 déc. 1875, 12 févr. 1879, 19 mars 1894, précités.

4812. — Spécialement le juge du fond peut tenir compte de ce qu'un actionnaire, ayant été membre du conseil de surveillance depuis la formation de la société jusqu'à la faillite, a ainsi contribué dans une plus large mesure à la perte du fonds social, pour lui imposer une responsabilité plus lourde et atténuer celle des autres membres du conseil qui n'ont été nommés que postérieurement. — Dijon, 7 mai 1874, précité.

4813. — Le juge du fond peut pareillement aggraver la responsabilité de certains membres du conseil qui étaient mieux à même de connaître la situation réelle de la société. — Même arrêt.

4814. — De même, il appartient aux juges de prendre en considération : 1° Ce fait que l'un d'entre eux était le président du conseil; 2° qu'à ce titre, il était plus spécialement chargé des rapports adressés aux assemblées générales; 3° qu'il connaissait personnellement les débiteurs de la société; 4° qu'à l'époque où cette société avait été créée pour continuer ses affaires de banque, il lui avait promis le concours de son expérience et de ses aptitudes spéciales. — Cass., 19 mars 1894 (2e arrêt), précité.

4815. — Ainsi encore, la responsabilité d'un membre du conseil de surveillance peut avoir des conséquences plus étendues en fait que celles du gérant, s'il est constaté, par une appréciation souveraine des juges du fond, que les fonctions du premier ont duré un certain temps après que celles du second avaient cessé, et que les pertes, peu considérables au moment de la retraite du gérant, avaient pris une importance plus grande à l'époque où le membre du conseil de surveillance a été remplacé. — Cass., 15 avr. 1873, précité.

4816. — Mais si, en principe, les membres du conseil de surveillance ne sont pas solidairement responsables envers les actionnaires et les tiers des fautes qu'ils ont commises, néanmoins une condamnation *in solidum* peut être prononcée contre chacun d'eux par application des règles du droit commun : il en sera ainsi en cas de connivence ou de concert frauduleux entre eux. — Bourges, 10 mars 1869, Mélairie, [S. 71.2.255, P. 71.828] — Angers, 5 juill. 1876, précité. — Orléans, 21 juill. 1875 et 30 juill. 1881, précités. — Sur le principe que la solidarité peut être prononcée contre les auteurs d'un fait dommageable, lorsque le dommage est le résultat d'une faute commune, V. *suprà*, n. 4373 et s., et v° *Responsabilité civile*, n. 1111 et s.

4817. — Il en est de même dans le cas où la faute commise par les membres du conseil de surveillance est indivisible, de telle sorte qu'il soit impossible de déterminer la part que chacun de ses coauteurs y a prise. — Cass., 17 juill. 1876, Fortin, Can et autres, [S. 76.1.407, P. 76.1048, D. 77.1.135]; — 12 févr. 1879, précité ; — 28 mai 1889, Chevillote, Herros et autres, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90.1.414]; — 15 juill. 1895, Hennion, [S. et P. 95.1.349] — Lyon, 24 juin 1871, Courbon, Mounier et autres, [S. 72.2.94, P. 72.468, D. 71.2.189] — Grenoble, 11 déc. 1872, précité. — Lyon, 11 juill. 1873 et 28 janv. 1890, précités. — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Soc. en commandite*, n. 319 et s., et *Suppl.* [illegible], n. 130.

4818. — Spécialement, lorsque les membres du conseil de surveillance, chargés par l'acte social de « surveiller l'administration des gérants au point de vue de l'exécution des statuts », ont commis une faute qui engage leur responsabilité collective, en ne veillant pas, malgré l'avertissement à eux donné par l'expert chargé de vérifier la comptabilité, à l'exécution d'une clause des statuts prescrivant de ne pas conserver en caisse des dépôts ou des titres pour une valeur supérieure à un chiffre déterminé, ils doivent être déclarés indivisément responsables du préjudice qui a été causé aux actionnaires par leur négligence, qui a facilité les détournements d'un employé infidèle. — Lyon, 28 janv. 1890, précité.

4819. — Mais ceux d'entre eux qui avaient accepté la mission de vérifier la caisse et les titres, et qui n'ont jamais fait sérieusement cette double vérification, sont responsables comme ayant commis une faute qui leur est personnellement imputable, et ils doivent être individuellement condamnés à la réparation du préjudice qui en est résulté pour la société, dans la mesure de leur participation à la faute. — Même arrêt.

4820. — D'autre part, pour que la responsabilité soit prononcée en matière de responsabilité quasi-délictuelle, il ne suffit pas que la faute soit déclarée commune à un certain nombre de défendeurs; il faut, de plus, qu'il soit constaté que cette faute est dans de telles conditions d'indivisibilité que toute répartition soit impossible entre ceux qui l'ont commise. Et il n'en est pas ainsi, lorsqu'un jugement ou arrêt condamnant des membres du conseil de surveillance, non seulement n'établit pas l'impossibilité de diviser la faute, mais emploie des termes tels qu'il en résulte qu'il a considéré la responsabilité comme pouvant être divisée et proportionnée à la part que chacun des coauteurs a prise à la faute commune. — Cass., 15 juill. 1895, précité.

4821. — Mais si, à raison de ce que la faute des membres du conseil de surveillance est indivisible, chacun d'eux peut être poursuivi et condamné pour le tout envers les actionnaires, au contraire la condamnation se divise de plein droit, dans leurs rapports entre eux entre les coauteurs de la faute commune. Le juge peut même, dans la répartition de la responsabilité entre ces derniers, la faire peser sur la tête de chacun d'eux dans des proportions inégales, à raison des circonstances de la cause, et décider, en conséquence, que tel ou tel membre du conseil de surveillance devra supporter, au point de vue de sa contribution dans l'indemnité totale, une part inférieure ou supérieure à sa part virile. — Cass., 28 mai 1889, précité. — Sur le principe en vertu duquel une dette solidaire se divise de plein droit entre les codébiteurs solidaires dans leurs rapports respectifs, V. *infrà*, v° *Solidarité*.

4822. — On s'accorde généralement à admettre que la prescription de cinq ans, édictée par l'art. 64, C. comm. (V. *suprà*, n. 899 et s.), n'est pas opposable en l'espèce, et que les membres du conseil ne peuvent opposer que la prescription de trente ans, à moins qu'ils ne soient poursuivis, au civil, comme complices de faits délictueux imputés au gérant, auquel cas la prescription sera de trois ans (C. instr. crim., art. 638). — Bourges, 15 avr. 1891, *Rev. des soc.*, 91.322 — Pour l'étude des controverses relatives à la *compétence*, V. *infrà*, n. 5835 et s.

Section II.

Des commissaires de surveillance, dans la société anonyme.

4823. — Il est indispensable que la gestion des administrateurs soit soumise à un certain contrôle, tant dans l'intérêt des associés que dans l'intérêt des tiers. Le contrôle exercé par la seule assemblée générale serait à peu près illusoire; aussi la loi de 1867 a-t-elle décidé que ces fonctions appartiendraient, non point à un conseil de surveillance comme dans la commandite par actions, mais à des *commissaires de surveillance* (quelquefois aussi appelés censeurs, ou commissaires des comptes) (art. 25 et 32 combinés).

§ 1. *Nomination. — Révocation et attributions des commissaires.*

4824. — Bien que les premiers commissaires nommés ne soient pas chargés, comme le premier conseil de surveillance, de vérifier si toutes les règles constitutives ont été observées (V. *suprà*, n. 3974), nous avons vu que la loi n'en exige pas moins la nomination immédiate des commissaires, avant que la société ne tente aucune opération. — V. *suprà*, n. 3665 et s.

4825. — Les commissaires de surveillance, rouage essentiel de toute société anonyme, ne doivent point être confondus avec les commissaires-vérificateurs, chargés de présenter un rapport sur les apports en nature et avantages particuliers. Ces commissaires-vérificateurs n'ont qu'une mission toute provisoire, limitée à l'intervalle qui s'écoule entre les deux assemblées, et leur mandat spécial prend fin précisément au moment où commence celui des premiers administrateurs et commissaires, nommés généralement dans la même assemblée qui a approuvé les apports.

4826. — La nomination est faite à la simple majorité des voix (Loi de 1867, art. 27 à 29). — Sur la nomination, le choix et la révocation des commissaires de surveillance, V. *suprà*, n. 16[illegible] et s.

4827. — A défaut par l'assemblée de procéder à la nomination des commissaires de surveillance, ou si un ou plusieurs des commissaires désignés refusent leur mission ou étaient empêchés d'une façon quelconque, il n'y aurait pas lieu de convoquer à nouveau l'assemblée générale. Les commissaires seraient choisis par le tribunal de commerce du siège de la société, sur ordonnance rendue à la requête d'un intéressé, les administrateurs dûment appelés. Les intéressés peuvent être des tiers aussi bien que les actionnaires (art. 32).

4828. — Cette disposition de l'art. 32 est impérative. La nomination des membres nécessaires pour compléter le nombre statutaire, en cas de démission, décès, etc., ne peut être faite que par le tribunal, même si une clause expresse des statuts attribuait compétence à cet effet à l'assemblée générale (Houpin, t. 2, n. 845). Cette règle n'est peut-être pas très-facile à justifier; mais elle découle du texte de l'article.

4829. — La mission principale des commissaires de surveillance consiste à faire à l'assemblée générale annuelle un rapport sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes des administrateurs.

4830. — Le rapport doit être déposé assez à temps pour permettre aux actionnaires conformément, à l'art. 35 de la loi de 1867, de s'en faire délivrer copie, au siège social, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale.

4831. — A défaut de rapport, les délibérations prises par l'assemblée des actionnaires seraient frappées de nullité. — Houpin, t. 2, n. 862; Lyon Caen et Renault, t. 2, n. 840; Mathieu et Bourguignat, n. 215; Ruben de Couder, v° *cit.*, n. 380; Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1896, n. 888; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 791.

4832. — Mais la disposition aux termes de laquelle l'approbation du bilan et des comptes doit, à peine de nullité, être précédée du rapport des commissaires, étant spéciale aux assemblées générales annuelles d'une société fonctionnant dans les conditions ordinaires de ses statuts, doit, ainsi que la nullité qu'elle prononce, être rigoureusement restreinte aux cas pour lesquels elle a été édictée; elle ne peut être étendue, par analogie, à la reddition des comptes définitifs par les administrateurs d'une société en liquidation. — Cass., 20 juill. 1897, Picq et Virey, [S. et P. 97.1.409, D. 98.1.241]

4833. — Cette extension ne saurait avoir lieu qu'en vertu d'une clause formelle des statuts. — Même arrêt.

4834. — Et l'interprétation par les juges du fond des statuts d'une société est souveraine. — Même arrêt.

4835. — La forme du rapport n'est pas déterminée par la loi. Toute liberté est donc laissée aux commissaires, pourvu qu'ils remplissent le vœu de la loi en renseignant exactement l'assemblée générale. Ils devront constater la situation matérielle de la société, ce qu'un bilan ne révèle pas toujours, et donner en outre une appréciation des opérations. Ils indiqueront enfin, comme le fait le rapport des membres du conseil de surveillance des commandites par actions, si les dividendes proposés par les administrateurs peuvent ou non être distribués. — Houpin, t. 2, n. 852; Lyon-Caen et Renault, n. 840; Tripier, t. 2, p. 202; Pont, n. 1654.

4836. — Jugé, en conséquence, que le mandat des commissaires les oblige à examiner l'ensemble de la situation sociale, les résultats des opérations, la valeur des affaires engagées et leur conformité soit avec les statuts sociaux, soit avec les règles d'une bonne gestion. — Paris, 9 avr. 1878 sous Cass., 25 févr. 1879, Grumbach, Michau et consorts, [D. 80.1.20]

4837. — Le mandat des commissaires consiste uniquement à faire un rapport sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs; ils n'ont pas à s'immiscer dans l'administration et à rechercher ou critiquer les causes ou la validité des obligations souscrites par les administrateurs et qui ont donné lieu aux paiements constatés par le bilan. — Paris, 1er juin 1889, [*J. des soc.*, 90.503] — Houpin, t. 2, n. 852.

4838. — Par suite de ce qu'ils n'ont pas à s'immiscer dans l'administration de la société, les commissaires ne peuvent pas figurer dans les instances concurremment avec les administrateurs. — Paris, 21 mai 1879, [J. *Le Droit*, 2 octobre] — V. Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 792 *bis*.

4839. — Le rôle des commissaires n'a plus de raison d'être après la mise en liquidation de la société, et les comptes présentés à l'assemblée générale par le liquidateur sont valablement appréciés par elle, bien qu'ils n'aient pas été soumis à des commissaires-vérificateurs. — Cass., 20 juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.16] — Paris, 28 juin 189[illegible], [*J. des soc.*, 9[illegible].42[illegible]] — Lyon, 28 janv. 1896, [*J. des soc.*, [illegible].258] — Trib. comm. Seine, 19 mars 189[illegible], [*J. des soc.*, [illegible].219] — Sic, Houpin, t. 2, n. 842.

4840. — Le droit, conféré par l'art. 33 aux commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes, de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société, n'est pas permanent comme celui qui est accordé au conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions; il ne peut être exercé que pendant les trois mois qui précèdent l'assemblée générale annuelle des actionnaires.

4841. — Mais ce droit s'étend, dans les limites déterminées par cet article, aussi loin que l'exigent les attributions des commissaires et les nécessités du contrôle qu'ils doivent exercer sur les opérations de la société. En conséquence, il comporte celui de prendre copie *in extenso* de tous les documents nécessaires à ce contrôle, notamment des procès-verbaux des assemblées des actionnaires, des annexes de ces procès-verbaux, des feuilles de présence et des états d'émargement. — Paris, 9 juin 1866, Lefebvre-Colomban, [S. 67.2.262, P. 67.934, D. 66.2.138]

4842. — D'autre part, aux termes de l'art. 34, l'inventaire qui doit être établi chaque année conformément à l'art. 9, C. comm., le bilan, et le compte des profits et pertes doivent être mis à la disposition des commissaires de surveillance, le quarantième jour au plus tard avant la réunion de l'assemblée générale annuelle. — Houpin, t. 2, n. 853; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 792.

4843. — Au surplus, les pouvoirs conférés aux commissaires de surveillance par nos articles constituent un minimum, que les statuts sociaux ne peuvent pas restreindre, à peine de nullité. — Arnozet, t. 2, n. 763; Bersan, *Administ. des soc. anon.*, p. 109; Houpin, t. 2, n. 854, *in fine*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 840; Mathieu et Bourguignat, n. 249; Pont, t. 2, n. 1661; Ruben de Couder, v° *Soc. ann.*, n. 388; Vavasseur, t. 2, n. 891.

4844. — Les statuts sociaux pourraient, au contraire, augmenter les pouvoirs des commissaires de surveillance, en leur conférant par exemple un droit de contrôle permanent sur les opérations de la société. — Mêmes auteurs.

4845. — Si les commissaires de surveillance n'ont pas un droit de contrôle permanent, ils peuvent toujours et à toute époque, convoquer, en cas d'urgence, l'assemblée générale des actionnaires. — Houpin, t. 2, n. 854; Pont, t. 2, n. 1659; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 840.

4846. — Jugé à cet égard, que la convocation de l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme, faite par le commissaire de surveillance de cette société, en conformité de l'art. 33 de la loi de 1867, ne saurait être critiquée, alors, d'une part, qu'elle a été précédée de publications dans les délais, et alors, d'autre part, que la convocation ayant eu lieu sur la demande d'un grand nombre d'actionnaires, et ayant eu pour résultat le changement presque total du conseil d'administration, l'urgence est ainsi suffisamment justifiée. — Paris, 13 nov. 1890, Froment et autres, [S. et P. 92.2.210, D. 92.2.159]

4847. — Et encore bien qu'un article des statuts prescrive que l'ordre du jour des assemblées générales sera fixé par le conseil d'administration sur la demande du commissaire, le refus du conseil d'administration de faire cette indication, ou le retard par lui apporté, ne saurait empêcher le commissaire de surveillance de procéder à la convocation des actionnaires, dans les termes de l'art. 33, L. 24 juill. 1867, ni les actionnaires de délibérer valablement. — Même arrêt.

4848. — Il suffit, pour satisfaire aux prescriptions de cette disposition des statuts, que le conseil d'administration, avisé par le commissaire de surveillance, n'ait pas fait d'observations relativement à l'ordre du jour par lui proposé. — Même arrêt.

§ 2. *Responsabilité des commissaires.*

4849. — A l'égard de la société, l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires sont déterminés d'après les règles générales du mandat (Loi de 1867, art. 43). — Paris, 14 nov. 1880, [*J. des soc. de comm.*, 81.124]

4850. — Il en résulte que les commissaires de surveillance doivent répondre non seulement de leur dol, mais encore de

leur faute. Leur bonne foi ne suffirait pas, par suite, à les mettre à l'abri de la responsabilité. — Colmar, 3 juill. 1867, sous Cass., 13 janv. 1869, Compt. d'escompte de Sainte-Marie-aux-Mines, [S. 69.1.209, P. 69.508, D. 67.2.235] — Paris, 14 nov. 1880, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 82.1.104, P. 82.2.104, D. 83.1.385] — Caen, 28 avr. 1888, Chanal et Nony, [D. 88.1.493] — Paris, 18 juill. 1895, [*J. des soc.*, 95.433] — Trib. comm. Seine, 15 janv. 1894, [*Rev. des soc.*, 94.145] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 855; Pont, t. 2, n. 1696; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 390; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 794; Vavasseur, t. 2, n. 890; Rousseau, t. 1, n. 2313.

4851. — Antérieurement à la loi de 1867, les censeurs étaient civilement responsables des actes délictueux des administrateurs, et une action civile, qui pouvait être poursuivie séparément de l'action publique, était ouverte contre eux. Cette responsabilité du fait d'autrui a été supprimée par la loi de 1867 pour les commissaires des sociétés anonymes comme pour les membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions. — V. sur la responsabilité des sociétés anonymes constituées avant la loi de 1867, Cass., 13 janv. 1869, précité. — Vavasseur, n. 892.

4852. — Si les commissaires de surveillance répondent des fautes qu'ils ont personnellement commises dans l'inexécution de leur mandat, ils ne répondent pas des fautes commises par les fondateurs et administrateurs de la société. — Cass., 21 juill. 1890, Garrisson, [S. et P. 92.1.501, D. 91.1.270] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 805; Vavasseur, t. 2, n. 890; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 191; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 794.

4853. — D'autre part, à la différence des membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions, les commissaires de surveillance des sociétés anonymes ne sont pas chargés de vérifier l'accomplissement des conditions constitutives prescrites par la loi. Il en résulte qu'ils ne sauraient être déclarés responsables pour n'avoir pas éclairé les actionnaires sur l'irrégularité de la constitution de la société. — V. *suprà*, n. 3974 et s.

4854. — Spécialement, un commissaire de surveillance ne peut être déclaré responsable alors qu'il avait cessé ses fonctions avant le trimestre ayant précédé l'assemblée générale, et qu'ainsi il n'avait pas eu le devoir de demander la communication des livres et de prendre connaissance de la situation de la société, et alors que, en outre, l'irrégularité de la constitution de la société ne lui avait pas été révélée d'autre part. — Cass., 4 juin 1883, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 84.1.113, P. 84.1.252, D. 83.1.385] — Vavasseur, t. 2, n. 890.

4855-4857. — Il n'importe que les commissaires de surveillance aient encore le droit de convoquer l'assemblée, en cas d'urgence, ce qui, avec la mise à leur disposition des états semestriels, implique un devoir général de surveillance sur l'administration de la société. De ce chef, le commissaire de surveillance ne saurait être déclaré responsable, si aucun cas d'urgence ne s'est présenté, et s'il n'est précisé, contre lui, aucun fait constituant un manquement aux obligations du mandat. — Même arrêt.

4858. — Les censeurs qui ont, en vertu des statuts sociaux un pouvoir absolu d'examen, de vérification et de contrôle sont tenus de vérifier si les titres énoncés au bilan existaient réellement et s'ils étaient conformes aux décisions de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, relativement aux emplois prescrits par ces décisions ou les statuts. En conséquence ils sont responsables du préjudice résultant pour la société de l'irrégularité ou du défaut d'emploi. — Trib. Seine, 4 juill. 1890, [*Rev. des soc.*, 90.432]

4859. — Le commissaire qui n'a pas révélé les irrégularités commises par les administrateurs et a rédigé son rapport en termes élogieux, peut être condamné à rembourser aux actionnaires le prix de leurs actions achetées par suite d'une publicité mensongère. — Cass., 4 juin 1889, précité. — Houpin, t. 2, n. 855.

4860. — De même, les commissaires de surveillance peuvent être recherchés s'ils ne protestent pas contre les décisions du conseil prises contrairement aux statuts. — Trib. Seine, 30 sept. 1889, [*Rev. des soc.*, 89.596] — Riom, 22 juill. 1898, [*Ibid.*, 99.69]

4861. — D'ailleurs, le *quitus* régulièrement donné aux administrateurs s'applique nécessairement et implicitement aux commissaires-censeurs, contre lesquels aucune faute personnelle n'est établie. — Paris, 30 juin 1882, [*J. des trib. de comm.*, 83.614] — Vavasseur, t. 2, n. 890; Houpin, t. 2, n. 855; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 795.

4862. — La responsabilité des commissaires de surveillance est en principe individuelle. Mais elle peut aussi être collective, et les commissaires de surveillance peuvent être condamnés chacun *in solidum* à réparer le préjudice qu'ils ont causé, s'ils ont commis une faute commune et indivisible, de telle sorte qu'il soit impossible de déterminer la part que chacun y a prise. — Houpin, t. 2, n. 855; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 841; Ruben de Couder, *v° cit.*, n. 392; Pont, t. 2, n. 1698; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 794. — V. *suprà*, n. 4810, 4816.

4863. — Bien que l'art. 43 ne parle de la responsabilité des commissaires qu'à l'égard de la société, sans viser les tiers, comme le font les art. 42 et 44 lorsqu'il s'agit des administrateurs, on admet généralement que la responsabilité des commissaires existe envers les tiers, par application du principe général contenu dans les art. 1382 et 1383 et s. — Cass., 13 janv. 1869, et 4 juin 1883, précités. — Trib. Avesnes, 14 mai 1891, [*Pand. fr.*, 92.2.111] — Trib. Seine, 8 janv. 1885, [*Rev. des soc.*, 86.166] — Boistel, n. 323; Pont, t. 2, n. 1697; Ruben de Couder, n. 394; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 841; Houpin, t. 2, n. 855; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 794; Rousseau, t. 1, n. 2318. — *Contrà*, Bédarride, n. 489.

4864. — Les commissaires de surveillance peuvent être poursuivis pénalement, notamment à raison de la distribution de dividendes fictifs, si du moins leur mauvaise foi est établie. — Cass., 28 avr. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.353] — Lyon, 26 mai 1887, [*Mon. jud. Lyon*, 18 juin 1887] — Vavasseur, t. 2, n. 890; Houpin, t. 2, n. 855. — Sur la complicité en matière de distribution de dividendes fictifs, V. *suprà*, n. 4604.

CHAPITRE V.

DROITS COLLECTIFS OU INDIVIDUELS DES ACTIONNAIRES. ASSEMBLÉES GÉNÉRALES. — EXERCICE DES ACTIONS JUDICIAIRES.

4865. — Les actionnaires, au point de vue de l'exercice de leurs droits, doivent être envisagés à un double point de vue : en tant que formant par leur réunion une collectivité délibérante, représentant en quelque sorte le pouvoir législatif, en face du pouvoir exécutif, dévolu aux administrateurs ou gérants (Thaller, n. 555); en tant qu'individus investis de droits propres, susceptibles d'être exercés indépendamment de la collectivité, et parfois à son encontre. Nous avons à avons à examiner ce double point de vue.

SECTION I.

Des assemblées générales d'actionnaires.

4866. — La collectivité des actionnaires a pour organe *l'assemblée générale*. « L'assemblée n'est pas une pure juxtaposition d'actionnaires. Elle forme un être de raison, l'expression de la personne morale dans le fonctionnement intérieur de la société. Elle statue à des conditions déterminées et suffisantes, comme en droit public un corps électif quelconque » (Thaller, n. 569). « L'assemblée, écrit d'autre part le même auteur, forme au regard des actionnaires pris séparément le pouvoir délibérant d'une synthèse de pensées convergentes. Elle constitue l'âme même de la personne morale, réglant les intérêts de la collectivité » [note sous D. 93.1.105] — V. aussi Clément, *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires*, p. 41; Girard, *Du droit d'assister aux assemblées d'actionnaires*, p. 21; Jacquier, *Des assemblées générales d'actionnaires*, p. 9.

4867. — L'assemblée générale puise dans son mandat le droit de prendre des délibérations obligatoires pour tous. Mais son droit ne peut aller jusqu'à annihiler, en chaque actionnaire, les droits propres et individuels qu'il tient, soit de sa qualité d'associé, soit des obligations qui ont pu être contractées envers lui, *ex contractu* ou *ex delicto*, par les gérants, administrateurs, ou membres du conseil de surveillance. De là des conflits, parfois délicats à résoudre, entre la collectivité et l'actionnaire individuellement envisagés. — V. à cet égard, *infrà*, n. 5074 et s., 5248 et s.

4868. — Par suite d'une singularité, dont il serait difficile de donner une explication rationnelle, la loi réglemente assez complètement, dans les art. 27 et s., les assemblées générales dans les sociétés anonymes; tandis qu'elle garde un silence complet

sur la tenue des assemblées dans la société en commandite, sauf en ce qui concerne les assemblées constitutives appelées à délibérer sur la vérification des apports (art. 4). D'où la nécessité d'étudier séparément le fonctionnement des assemblées dans chaque type de société.

§ 1. *Des assemblées générales dans les sociétés anonymes.*

4869. — On distingue trois catégories d'assemblées générales d'actionnaires : les *assemblées générales constitutives*, appelées au début de la société et avant toute opération sociale à vérifier l'accomplissement des formalités imposées aux fondateurs, à statuer sur les apports et avantages particuliers, et à nommer les premiers fonctionnaires de la société, administrateurs ou commissaires de surveillance; les *assemblées générales ordinaires*, qui se réunissent au moins une fois l'an, et dont la fonction essentielle est d'approuver le compte annuel des administrateurs, et d'autoriser s'il y a lieu la distribution d'un dividende; enfin les *assemblées générales extraordinaires*, appelées à statuer, au cours de la vie sociale, sur les questions importantes excédant les pouvoirs de l'assemblée ordinaire, et spécialement à délibérer sur les modifications aux statuts, en tant du moins que ces modifications n'altèrent pas la substance même du pacte social et ne nécessitent pas l'adhésion unanime des actionnaires.

4870. — Nous avons à exposer ici d'abord les règles communes aux assemblées d'actionnaires en général, puis les règles spéciales aux assemblées ordinaires. — En ce qui concerne les assemblées constitutives, V. *suprà*, n. 3407 et s. — En ce qui touche les assemblées extraordinaires, dont l'étude ne saurait être détachée de la théorie des modifications et changements aux statuts, V. *infrà*, n. 5246 et s.

1° *Règles communes à toutes les assemblées générales d'actionnaires.*

4871. — I. *Composition des assemblées générales.* — L'assemblée générale est, avons-nous dit, l'organe légal, le porte-parole de la collectivité des associés; elle ne peut donc, par définition même, comprendre que des actionnaires. Restent par conséquent en dehors de l'assemblée : 1° les *obligataires*, sauf clause contraire des statuts sociaux. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 844; Houpin, t. 2, n. 859; Rousseau, t. 1, n. 2323; Girard, *op. cit.*, p. 56. — Sur les assemblées d'obligataires, et leur fonctionnement sous le régime actuel, V. *suprà*, n. 2742 et s.

4872. — 2° Les porteurs de *parts de fondateurs* (V. *suprà*, n. 2493 et s.), sauf dans l'opinion où ces parts devraient être assimilées à des actions. — V. *suprà*, n. 2452 et s.

4873. — Par contre, le droit des actionnaires à faire partie des assemblées générales est absolu, sous réserve toutefois des dispositions prohibitives de la loi (V. *suprà*, n. 3419 et s.), ou des clauses des statuts sociaux qui peuvent, pour certaines assemblées, subordonner ledit droit à la possession d'un certain nombre d'actions (les détenteurs d'un nombre inférieur au chiffre statutaire ayant d'ailleurs, d'après la loi de 1893, la faculté de grouper leurs titres).

4874. — De ce principe, découle toute une série de conséquences : 1° les actions *de jouissance* doivent être assimilées, au point de vue du droit d'assister aux assemblées, aux actions de capital. — Deloison, n. 445; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 844; Vavasseur, t. 2, n. 904; Houpin, t. 2, n. 859; Rousseau, t. 1, n. 2324; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 740; Girard, p. 40.

4875. — 2° Tout actionnaire assistant régulièrement à une assemblée générale puise dans sa qualité le droit de prendre part à la discussion et au vote des actes de gestion, alors même qu'il serait personnellement intéressé dans ces actes. — Cass., 26 oct. 1896, Clément, [S. et P. 97.1.37, D. 98.1.65]

4876. — La privation de ce droit ne résulte pas de l'art. 4, § 5, L. 24 juill. 1867, qui, lorsqu'il défend aux associés ayant fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée de prendre part au vote, vise les assemblées générales relatives à la constitution de la société, et non celles concernant son administration. Le droit appartenant, de ce chef, aux actionnaires ne pourrait leur être enlevé que par une clause formelle des statuts sociaux. — Même arrêt. — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 886; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 846; Labbé, note sous Cass., 27 juill. 1881, [S. 83.1.337, P. 83.1.833]; Rousseau, t. 1, n. 2335; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 746.

4876 *bis.* — En conséquence, le gérant d'une société en commandite par actions peut prendre part à la délibération et au vote d'une assemblée générale ordinaire portant sur une indemnité à lui reconnaître, à raison de certains actes particuliers de gestion. — Même arrêt.

4877. — Pareillement, le gérant d'une société en commandite a le droit de prendre part comme associé à la discussion et à l'approbation des comptes de la gérance. — Cass., 27 juill. 1881, Cintract, [S. 83.1.337, P. 83.1.833, D. 83.1.25]

4878. — Il appartient tout au moins aux juges du fond de le décider de la sorte par une interprétation souveraine des dispositions combinées des statuts de la société. — Même arrêt.

4879. — Et la convention ainsi interprétée n'a rien de contraire à l'ordre public, l'approbation de l'assemblée générale ne faisant pas obstacle, d'ailleurs, à ce que les associés s'adressent aux tribunaux, en cas de fraude ou de dol de la part des gérants. — Même arrêt.

4880. — Jugé de même que les administrateurs d'une société anonyme peuvent valablement, en qualité d'actionnaires, prendre part au vote de la délibération qui approuve les comptes, alors surtout qu'il s'agit uniquement d'approuver le compte rendu annuel, et non point de donner *quitus* et décharge de leur mandat aux administrateurs. — Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, D. 98.2.158]

4881. — A plus forte raison, ne saurait-on exclure de l'assemblée le simple actionnaire à raison de l'intérêt personnel qu'il aurait dans l'affaire sur laquelle l'assemblée est appelée à se prononcer. Tel serait le cas de l'actionnaire qui, ayant stipulé du gérant certains avantages à prélever sur les profits de la gérance en rémunération de certains services, prétendrait prendre part à l'assemblée dans laquelle se discutent les comptes de gérance. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210]

4882. — Pour juridiques qu'elles soient, ces solutions, imposées par le silence de la loi, n'en sont pas moins très-regrettables. Il est urgent, selon nous, de modifier une législation qui, par son silence, peut autoriser, sinon favoriser, la fraude et le désordre dans la gestion d'intérêts parfois si considérables. Ainsi approuverions-nous l'introduction dans la loi française d'une disposition qu'on rencontre dans d'autres législations, notamment dans la législation allemande (C. comm., art. 221 et 190, 2e al.), interdisant à tout actionnaire, sous peine de nullité de la délibération, de prendre part au vote d'avantages dans lesquels il est personnellement intéressé. Quelles garanties peut bien présenter un pareil vote au point de vue de la justice et de la meilleure administration de la société? Et non seulement pour le vote de l'actionnaire lui-même, mais encore pour l'influence qu'il peut exercer sur d'autres actionnaires qui, souvent, seront sous sa dépendance?

4883. — 3° L'actionnaire (dans l'espèce, un agent de change) n'est pas déchu de son droit, alors même qu'il aurait acquis des titres en contravention de ses devoirs professionnels, pourvu que son acquisition ne soit pas entachée de nullité. — Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161]

4884. — 4° Tout actionnaire a le droit de voter, alors même qu'il ne devrait conserver la propriété de ses actions que pour un temps limité. Ainsi, le report s'analysant en une vente à réméré ayant pour résultat de rendre celui qui a acheté les titres au comptant, le reporteur, légitime propriétaire de ces titres, il en résulte que le reporteur a les mêmes droits que tout autre actionnaire. — Cass., 3 févr. 1862, Demollon, [S. 62.1.369, P. 62.707, D. 62.1.163] — Paris, 19 avr. 1875, précité et les conclusions de M. l'avocat général Hémar; — 14 mars 1891, De Terbeck, [S. 91.2.220, P. 91.1.1211] — Paris, 6 juill. 1892, Chénon, [S. et P. 93.2.235, D. 94.2.598] — *Sic*, Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 126; Buchère, *Traité des valeurs mobil.*, n. 812; Houpin, t. 1, n. 744, et t. 2, n. 864; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 845; Mollot, *De la Bourse*, n. 477; De Prat, *Des reports*, p. 75; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 420, et *Suppl.*, n. 197; Vavasseur, t. 2, n. 90; Rousseau, t. 1, n. 2329. — *Contra*, Bédarride, *Bourses de comm.*, n. 109 *bis*; Bozérian, *De la Bourse*, t. 1, n. 88; Pont, t. 2, n. 1552 et *Petits contrats*, t. 1, n. 625.

4885. — Il importe peu d'ailleurs que l'opération de report ait été inspirée par le désir des reporteurs de faire partie de l'assemblée générale, dès lors qu'il n'est pas établi que le but de

cette combinaison avait été de fausser les votes de l'assemblée générale et de constituer une majorité factice. — Cass., 18 juin 1895, Crépon, [S. et P. 99.1.335, D. 95.1.479] — Paris, 6 juill. 1892 précité.

4886. — Le fait même que des personnes auraient pris en report de la société elle-même des actions qu'elle détenait, uniquement en vue d'assister à l'assemblée générale, et auraient reçu de la société, à titre d'indemnité, une somme équivalant aux charges imposées aux reporteurs, ne saurait vicier la délibération de l'assemblée générale à laquelle elles ont pris part, et qui a prononcé la réduction du capital social, alors, d'une part, qu'aucune intention de fraude n'a présidé à cette opération, et que le report a été régulièrement effectué à la Bourse; alors, d'autre part, que la société a eu seulement en vue, par cette mesure, d'assurer le succès de la réunion de l'assemblée générale, dont une première convocation avait échoué, faute de représentation d'un nombre de titres suffisant; et alors, enfin, que la réduction du capital social a été prononcée à la presque unanimité des voix, et a été profitable à la société. — Mêmes arrêts.

4887. — Jugé, conformément au même principe, que le propriétaire d'actions, qui les a données en report, n'a pas qualité pour figurer à l'assemblée générale, et que ces actions ne sauraient par suite entrer en compte pour le calcul du *quorum* nécessaire pour la validité d'une assemblée générale extraordinaire, alors, d'une part, qu'il résulte des circonstances de la cause que le report a eu le caractère d'un transfert de propriété, et non d'un simple prêt sur nantissement, et alors, d'autre part, que, le report eût-il présenté ce dernier caractère, l'actionnaire n'aurait pu produire, pour assister à l'assemblée générale, les actions mises en report qu'à la condition d'être autorisé par son cocontractant à s'en servir à cet effet, autorisation qu'il n'a ni obtenue, ni même sollicitée. — Paris, 19 janv. 1897, De Hirsch, [S. et P. 1901.2.295] — V. aussi le rapport de M. le conseiller Crépon, sous Cass., 1er mars 1897, [S. et P. 97.1.220]

4888. — Jugé également que la vente d'actions d'une société, alors même que cette vente est annulée par la suite, — dans l'espèce, comme ayant été faite à la société elle-même, — doit être considérée comme contenant, au profit de l'acheteur, le mandat d'exercer le droit de vote du vendeur à l'assemblée générale. — Caen, 11 mai 1880, Alabarbe, [S. 82.2.121, P. 82.1.678]

4889. — En conséquence, le vendeur ne peut pas, lorsqu'il y a eu annulation de la vente, attaquer une délibération de l'assemblée générale admettant la prorogation de la société, en se fondant sur ce qu'il n'y a pas voté et n'y a pas été représenté. — Même arrêt.

4890. — 5° Tout actionnaire a le droit de vote, de quelque manière qu'il ait acquis la propriété de ses actions. Ainsi les actions attribuées en représentation d'un apport en nature ne peuvent être négociées que deux ans après la constitution de la société, mais elles peuvent être cédées immédiatement par les voies civiles (V. *suprà*, n. 2142). Dans ce cas, le cessionnaire se trouve dans la situation d'un actionnaire ordinaire et peut, par suite, prendre part aux assemblées générales de la société. — Bouvier-Bangillon, p. 141.

4891. — La question est cependant controversée. Il a été jugé en sens contraire qu'en interdisant la négociation des actions d'apport avant l'expiration d'un délai de deux ans, le législateur avait entendu qu'au regard de la société l'apporteur demeurât propriétaire des titres pendant tout ce délai; qu'en conséquence, l'apporteur seul a le droit de figurer aux assemblées générales, même après qu'il a effectué la cession du titre par les voies civiles : que le cessionnaire n'y pourrait être admis que comme mandataire dudit apporteur et muni d'un pouvoir de celui-ci. — Trib. comm. Seine, 16 oct. 1901, [*Gaz. Pal.*, 1901.2.548]

4892. — Serait nulle en conséquence la délibération d'une assemblée générale dans laquelle la majorité légale ou statutaire n'aurait été obtenue qu'à l'aide de voix attribuées à un cessionnaire d'actions d'apport, admis *proprio nomine* à figurer à l'assemblée. — Même jugement.

4893. — Telle est aussi l'opinion de M. Houpin (t. 2, n. 865, et *J. des soc.*, 1895, p. 241). Mais cet auteur estime que rien n'empêcherait de stipuler dans les statuts que les cessionnaires des actions d'apport pourraient prendre part aux assemblées générales, avant l'expiration des deux ans qui suivent la constitution de la société. Une telle stipulation n'aurait rien d'illicite et rendrait inattaquables les décisions de l'assemblée.

4894. — Les acquéreurs en Bourse d'actions au porteur d'une société anonyme, vendues sur exécution d'actionnaires en retard de faire les versements requis, et après l'accomplissement des formalités prescrites par les statuts, sont bien et légalement devenus actionnaires de la société, ayant, comme tels, le droit de prendre part aux assemblées générales. — Paris, 30 juin 1883, Dubouchez et autres, [D. 85.2.18]; — 15 avr. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009 et la note de M. J. E. Labbé, D. 86.2.89] — V. en ce sens, Pont, t. 2, n. 949 et s.; Beslay et Lauras, n. 364 et s.; Rousseau, t. 1, n. 2334; Vavasseur, t. 1, n. 371 et 519; Jarjavay, *Des dr. et des obligat. des actionn.*, p. 193; Boistel, *Précis*, n. 227; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 845; Ruben de Couder, *Dict. de dr. commerc.*, v° *Sociétés anonymes*, n. 168, 179, 185 et s.

4895. — D'ailleurs, ces acquéreurs, en versant leur prix d'acquisition, reçoivent des titres entièrement libérés à leur égard; tous droits réservés à la société pour le solde contre les actionnaires exécutés. — Paris, 15 avr. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888, précité. — En tout cas, les juges du fait, qui, par une interprétation souveraine des statuts, décident que les titres ont été vendus en Bourse comme titres libérés, rendent une décision échappant au contrôle de la Cour de cassation. — Cass., 20 févr. 1888, précité.

4896. — De même encore, le cessionnaire d'un titre nominatif est saisi de la propriété de ce titre à l'égard de la société par le transfert opéré sur les registres de la société : par suite, lorsque le transfert a eu lieu, mais qu'une formalité accessoire prescrite par les statuts, savoir la signature des administrateurs sur le registre des transferts, a été omise par leur négligence, l'omission de cette formalité n'empêche pas les acquéreurs d'être légitimes propriétaires; dès lors, ils votent valablement aux assemblées générales. — Cass., 21 juill. 1887, Mer, [S. 88.1.307, P. 88.1.752, D. 87.1.469]

4897. — Mais encore faut-il que l'acquéreur soit d'ores et déjà investi de toutes les prérogatives attachées au titre d'associé. Ainsi, les souscripteurs d'actions nouvelles dans une société dont le capital a été augmenté ne doivent pas être appelés aux assemblées générales antérieures au jour où ils commencent à être intéressés dans les opérations sociales. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210]

4898. — D'un autre côté, si tout actionnaire a le droit de prendre part aux assemblées générales, il est évident qu'un même titre ne peut conférer ce droit qu'à une seule personne. — Aix, 20 janv. 1880, [*J. des soc.*, 81.128] — D'où les conséquences suivantes :

4899. — *a*) Doit être tenue pour nulle l'assemblée générale à laquelle ont participé des porteurs d'actions au porteur délivrées en exécution d'un vote régulier de conversion, si l'exécution de ce vote n'a pas été accompagnée des mesures destinées à assurer l'annulation des titres convertis, et à constater leur remplacement par des nouveaux titres. En pareil cas, en effet, il est à craindre que pour la même action ne se présentent à l'assemblée deux personnes, l'une avec un titre nominatif que l'on a omis d'annuler, l'autre avec un titre au porteur. — Paris, 10 avr. 1900, [*J. La Loi*, 16 juin 1900]

4900. — *b*) Lorsqu'une action appartient pour l'usufruit à une personne et pour la nue propriété à une autre personne, les deux ayants-droit ne sauraient prendre part l'un et l'autre aux assemblées générales. Ils peuvent s'entendre, la société étant à cet égard désintéressée, pour se faire représenter à ces assemblées, soit par l'un d'eux, soit par un mandataire commun. — Aix, 20 janv. 1880, [*J. des soc.*, 81.228] — A défaut d'une telle convention, il faut décider, semble-t-il, conformément aux termes de notre article qui parle des propriétaires d'actions, que le droit de vote appartient au nu propriétaire, à l'exclusion de l'usufruitier. — Alger, 17 nov. 1884, *J. des soc.*, 85.222 — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 845; Rousseau, t. 1, n. 2326; Jacquier, *Des assemblées générales d'actionnaires*, p. 31.

4901. — La question, toutefois, est controversée. Certains auteurs, prenant le contrepied de la thèse précédente, et partant de l'idée, fort contestable à notre avis, surtout pour les assemblées extraordinaires, que le vote de l'actionnaire à l'assemblée ne constitue jamais qu'un acte d'administration, décident qu'à défaut de convention, ou de stipulation statutaire contraire, c'est à l'usufruitier qu'il convient de reconnaître le droit de vote. — — Girard, *Du droit d'assistance aux assemblées d'actionnaires*, p. 83.

4902. — Enfin, un parti important dans la doctrine propose

la distinction suivante. S'agit-il d'actions au porteur, le droit de vote dans l'assemblée appartiendra à celui qui le premier aura effectué le dépôt. — Wahl, *Titres au porteur*, n. 1160; Houpin, t. 2, n. 861; Clément, *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires*, p. 20; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 742; Vavasseur, n. 904. — Il est en effet à présumer que le dispesant agit au vu et du consentement de l'autre partie.

4903. — Les actions sont-elles nominatives au contraire, les conventions devront être adressées conjointement au nu propriétaire et à l'usufruitier, lesquels devront s'entendre avant l'assemblée pour déterminer celui d'entre eux qui exercera le droit de vote inhérent au titre. Si l'entente ne se fait pas, ils seront exclus de l'assemblée l'un et l'autre, à moins que le tribunal, à la requête de l'un d'eux, ne tranche le conflit en désignant l'un d'entre eux. Pour cette désignation, le juge tiendra compte de l'intérêt plus ou moins considérable que présente l'assemblée pour le nu propriétaire ou l'usufruitier : pour une assemblée ordinaire, dont le mandat principal est de voter le dividende, il donnera la préférence à ce dernier, et au premier, au contraire, s'il s'agit d'une assemblée générale extraordinaire, susceptible d'exercer une influence grave sur l'orientation et l'avenir de l'entreprise. — Mêmes auteurs.

4904. — c) Les mêmes principes doivent être appliqués lorsque des actions ont été constituées en gage. En conséquence, le créancier auquel le propriétaire d'actions nominatives d'une société anonyme a donné ses titres en nantissement ne saurait être admis à exercer le droit de vote de son débiteur à l'assemblée générale des actionnaires de la société. — Lyon, 21 nov. 1894, Berne et Poisson, [S. et P. 95.2.18] — V. aussi Trib. Alger, 17 nov. 1884, [*J. des soc.*, 85.222] — Trib. comm. Seine, 13 févr. 1899, [*J. Le Droit*, 30 mars 1899]

4905. — ... Alors du moins que le titulaire des actions ne lui a ni cédé son droit de vote, ni donné mandat de prendre part à l'assemblée générale en ses lieu et place. — Lyon, 21 nov. 1894, précité. — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 862; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 845; Ruben de Couder, v° *Soc. en n.*, *Suppl.*, n. 195; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 743; Girard, *op. cit.*, p. 73.

4906. — Jugé, dans le même sens, que l'exercice des droits inhérents au titre, et spécialement du droit de prendre part à l'assemblée, continue à appartenir au propriétaire, encore que ce titre ait été donné en gage à un créancier ou frappé de saisie-arrêt, tant que le gage n'a pas été réalisé ou la saisie validée par un jugement définitif portant attribution des fonds de la saisie au saisissant. — Paris, 6 janv. 1897, [*Gaz. des Trib.*, 26 mars 1897]

4907. — La qualité d'actionnaire étant nécessaire pour participer aux assemblées générales, il en résulte que quiconque veut y être admis doit au préalable justifier de cette qualité. — Girard, p. 97. — C'est ainsi que l'accès de l'assemblée est à juste titre refusé aux actionnaires qui ne se présenteraient pas munis d'une carte d'admission, alors que d'après les statuts la délivrance préalable de cette carte par le conseil d'administration est la justification que l'actionnaire satisfait à toutes les conditions statutaires. — Trib. comm. Seine, 13 mai 1901, [*Mon. jud. Lyon*, 1er août 1901]

4908. — Le plus souvent les statuts prescrivent le dépôt par les actionnaires, dans la caisse sociale ou dans tout autre endroit, par exemple chez le banquier de la société, de leurs titres, un certain nombre de jours avant la date fixée pour la réunion de l'assemblée générale. Cette formalité a pour objet de faciliter la tenue de l'assemblée générale, en permettant de vérifier à l'avance la qualité des actionnaires qui se présentent pour y prendre part, et l'on pourrait refuser l'entrée de l'assemblée à l'actionnaire qui ne s'y serait pas conformé. Mais si cet actionnaire avait été admis, il ne semble pas que cette violation des statuts puisse vicier la composition de l'assemblée : il ne s'agit ici en effet que d'une formalité d'ordre purement intérieur, à l'inobservation de laquelle on ne saurait attacher une sanction aussi grave que celle de la nullité. — Paris, 6 juill. 1892, Chénon, [S. et P. 93.2.235, D. 94.2.598]

4909. — En conséquence, le fait que certains actionnaires auraient déposé, non les titres mêmes, mais des récépissés de dépôt de ces titres dans une banque, n'est pas de nature à vicier la composition de l'assemblée générale. — Paris, 6 juill. 1892, précité. — Trib. comm. Marseille, 23 déc. 1885, [*J. des soc.*, 87.149] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 870; Vavasseur, t. 2, n. 905.

4910. — Jugé, d'autre part que la loi ne réglementant nullement le dépôt des titres en vue d'être admis à l'assemblée générale, c'est au conseil d'administration qu'il appartient, à défaut de clauses expresses des statuts, d'en régler librement les conditions. — Trib. comm. Lyon, 29 oct. 1902, [*Mon. jud. Lyon*, 5 déc. 1902]

4911. — Les actionnaires ne sont pas obligés d'exercer leurs droits en personne : ils peuvent, en principe, se faire représenter par des mandataires munis d'une procuration authentique ou sous seing privé. Les statuts peuvent cependant supprimer ce droit ou le restreindre, soit en n'admettant que des mandataires actionnaires, soit en décidant que le mandataire ne pourra être admis que [illegible] authentiques. — [illegible], t. 2, n. 861; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 847; Pont, t. 2, n. [illegible]; Vavasseur, t. 2, n. [illegible]; Girard, p. 149; Rousseau, t. 2, n. 2346. — ... Auquel cas l'assemblée dans laquelle la majorité n'aurait été obtenue qu'en tenant compte des votes irrégulièrement émis par des mandataires étrangers, devrait être tenue pour nulle. — [illegible] 1893, [*J. des soc.*, 94.[illegible]] — Trib. comm. [illegible], 1898, [*J. des soc.*, 98.280]

4912. — Les statuts pourraient même disposer que, au cas où une procuration sous seing privé serait donnée, la légalisation serait nécessaire; mais les avis de convocation devraient faire mention de cette particularité. Conséquemment, le fait par le conseil d'administration de prendre une décision portant que les pouvoirs des mandataires devront être légalisés, si cette décision n'a été prise et portée à la connaissance des intéressés qu'au moment où le temps matériel faisait absolument défaut pour leur permettre de satisfaire à ces exigences tardives, constitue une manœuvre qui peut vicier les conditions dans lesquelles a été tenue l'assemblée générale, alors surtout qu'elle a eu pour objet et pour but d'évincer un grand nombre d'actionnaires. — Paris, 23 févr. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.578] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 871.

4913. — II. *Convocation des actionnaires.* — En ce qui concerne la convocation des actionnaires, il y a lieu de distinguer les diverses espèces d'assemblées. L'assemblée constitutive doit être convoquée par les fondateurs de la société (V. *supra*, n. 3407 et s.). Quant aux autres assemblées, ordinaires ou extraordinaires, elles ne peuvent être convoquées que par les administrateurs ou, en cas d'urgence, par les commissaires de surveillance. — V. *supra*, n. 484 et s.

4914. — Mais ce droit n'appartient pas aux actionnaires, quelle que soit la fraction du capital social qu'ils représentent. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 840; Pont, t. 2, n. 1543; Houpin, t. 2, n. 874; Vavasseur, t. 2, n. 753 ; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 753. — *Contra*, Agen, 15 janv. 1879, [*J. des soc.*, 80.477]

4915. — Ce n'est pas à dire toutefois que, dans le cas d'inertie frauduleuse et concertée des administrateurs et des commissaires, les actionnaires soient désarmés. Il leur reste toujours la ressource d'assigner administrateurs et commissaires, à la suite d'une mise en demeure infructueuse, devant le tribunal de commerce, à l'effet de voir dire qu'ils devront, dans un délai déterminé, convoquer l'assemblée générale. — Paris, 14 déc. 1894, [*Gaz. Pal.*, 28 décembre] — Trib. comm. Seine, 24 févr. 1881, [*J. des soc.*, 84.204]

4916. — Si cette décision n'était pas exécutée, soit par suite du refus des administrateurs ou commissaires de s'y conformer, soit à raison d'une démission concertée de ceux-ci, les actionnaires pourraient obtenir du tribunal la désignation des mandataires de justice, avec mission de se substituer aux représentants légaux de la société et de convoquer immédiatement l'assemblée, qu'ils présideront. — Paris, 21 févr. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.587] — Trib. comm. Seine, 24 févr. 1881, précité; — 5 déc. 1890, [*J. des soc.*, 91.91] — V. Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 753.

4917. — Les actionnaires pourraient-ils, en cas d'urgence, s'adresser au juge des référés? Le jugement précité du tribunal de commerce de la Seine (24 févr. 1881) s'est prononcé pour l'affirmative. Mais l'opinion dominante est qu'en pareille matière le tribunal de commerce est seul compétent. Sa décision peut d'ailleurs, en cas d'urgence, être très-rapidement obtenue; et l'on admet qu'elle peut être déclarée exécutoire nonobstant appel. — Paris, 14 déc. 1894, précité.

4918. — Mais il importe de ne pas se méprendre sur la portée des pouvoirs dévolus de ce chef au tribunal. Celui-ci ne doit intervenir qu'en cas d'inertie manifeste et frauduleuse ou au moins suspecte des administrateurs, qui, contrairement aux prescriptions légales ou statutaires, se refuseraient à convoquer l'assemblée. Mais le tribunal ne saurait, ni d'office, ni à la

requête de certains actionnaires ou administrateurs, dessaisir le conseil d'administration des pouvoirs qu'il tient des statuts, et convoquer lui-même à date fixe l'assemblée générale, ou autoriser un administrateur isolé à effectuer cette convocation, pour de simples questions d'opportunité, et alors que le respect de la loi ni des statuts n'est en jeu. — Trib. comm. Seine, 16 janv. 1899, [J. *La Loi*, 28 mars 1899]; — 29 janv. 1899, [*J. des trib. de comm.*, 99.307]; — 19 mai 1899, [J. *La Loi*, 27 mai 1899]

4919. — Les administrateurs ne peuvent d'ailleurs convoquer régulièrement l'assemblée générale que dans les conditions déterminées par les statuts. Si donc l'assemblée générale est convoquée par un conseil d'administration réduit à quatre membres, alors qu'il devrait, d'après les statuts, se composer de six, cette convocation peut être considérée comme irrégulière et nulle. En effet, lisons-nous dans un arrêt du 24 janv. 1889 (J. *Le Droit*, 8 février), « si les administrateurs d'une société anonyme ont qualité pour imposer leur volonté collective à l'universalité des actionnaires, c'est à la condition qu'ils soient constitués et qu'ils agissent dans les limites rigoureuses du pacte social dont ils tirent leur autorité ».

4920. — Mais cette irrégularité ne saurait constituer une nullité d'ordre public; elle peut être couverte par les votes d'une assemblée régulièrement composée et délibérant dans les conditions prescrites par la loi. — Cass., 20 juill. 1897, Picq, [S. et P. 97.1.409, D. 98.1.241] — V. aussi Trib. comm. Seine, 18 juill. 1898, [*J. des trib. comm.*, 1900.206]

4921. — Les formes et les délais de la convocation sont réglés par les statuts sociaux. Toutefois, le délai de la convocation aux assemblées générales annuelles ne saurait être inférieur à quinze jours francs, étant donné qu'aux termes de l'art. 35 de la loi de 1867, tout actionnaire a le droit de prendre communication au siège social, quinze jours au moins avant l'assemblée, de l'inventaire, du rapport des commissaires et autres pièces énumérées. — Vavasseur, t. 2, n. 906; Houpin, t. 2, n. 875, *in fine*.

4922. — D'autre part, les administrateurs d'une société anonyme, tenus, en cas de perte des trois quarts du capital social, de provoquer la réunion de l'assemblée générale des actionnaires pour se prononcer sur la dissolution de la société, ne sont obligés par aucun texte de loi d'adresser aux propriétaires d'actions au porteur des convocations individuelles : une telle prescription ne saurait être observée, soit à raison du nombre parfois considérable des actionnaires de cette catégorie, soit à raison des facilités qu'ils ont de transmettre leurs titres à l'insu des administrateurs. — Douai, 22 nov. 1895, sous Cass., 29 avr. 1897, Dubois, [D. 98.1.106] — Sur la convocation des actionnaires en cas de perte des trois quarts du capital social (art. 37), V. *infrà*, n. 5584 et s.

4923. — Une convocation collective par la voie de la presse est la mesure la plus efficace dont puissent faire usage les administrateurs pour prévenir les actionnaires; et, sur ce point, les obligations que la loi leur impose n'ont point été modifiées par la disposition de la loi de 1893 conférant aux actionnaires, porteurs fût-ce d'un seul titre, le droit de se grouper pour assurer leur représentation à l'assemblée. — Même arrêt. — V. Houpin, t. 2, n. 876.

4924. — L'inobservation des formes et délais de la convocation est de nature à entraîner la nullité des délibérations de l'assemblée. — Trib. comm. Seine, 17 mars 1885 et 28 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.335]

4925. — Mais ici encore cette nullité peut être couverte par une ratification ultérieure. — Bordeaux, 25 janv. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.317] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 875. — V. *suprà*, n. 4920.

4926. — III. *Composition du bureau.* — La loi n'imposant à cet égard aucune règle, la composition du bureau est réglée par les statuts, et, à leur défaut, par l'assemblée générale elle-même. — Alauzet, t. 2, n. 743; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 850; Mathieu et Bourguignat, n. 209; Pont, t. 2, n. 1685; Ruben de Couder, v° *Soc. comm.*, n. 402.

4927. — En principe, les prescriptions statutaires doivent être observées à peine de nullité. Ce principe comporte toutefois certains tempéraments. Ainsi, au cas où les statuts ne peuvent être observés quant à la présidence des assemblées, par suite de la révocation du conseil d'administration, l'assemblée est entièrement maîtresse de composer, comme elle l'entend, le bureau qui doit présider à ses délibérations. — Cass., 5 juill. 1893, De Saint-Genieys, [S. et P. 93.1.377, D. 94.1.41]

4928. — Et le choix, comme président de l'assemblée générale, du directeur général de la société, n'étant interdit ni par la loi, ni par les statuts, le fait de cette présidence ne saurait être une cause de nullité de l'assemblée. — Même arrêt.

4929. — IV. *Feuille de présence.* — Aux termes de l'art. 28 de la loi de 1867, « il est tenu une feuille de présence; elle contient les noms et domiciles des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant ». Dans la pratique, la feuille de présence, préparée par les soins du conseil d'administration, et présentée au début de la séance à la signature de chaque membre de l'assemblée, comprend quatre colonnes : 1° les noms et domiciles des titulaires des actions nominatives, ou des détenteurs d'actions au porteur en ayant effectué le dépôt; 2° le nombre des actions déposées par chacun des ayants-droit; 3° le nombre de voix correspondant, d'après les statuts; 4° un espace libre pour les signatures. Au bas de la feuille ainsi libellée, sont apposés à l'issue de la séance les signatures des membres du bureau de l'assemblée.

4930. — Toutes les formalités imposées par l'art. 28 ne sauraient être considérées comme substantielles, et leur omission n'entraîne pas toujours la nullité des délibérations, alors surtout qu'il peut y être suppléé par des formalités subséquentes.

4931. — Ainsi, la délibération d'une assemblée générale n'est pas nulle, parce que la feuille de présence des actionnaires, qui ont pris part à la délibération, ne serait pas certifiée par la signature de tous les membres du bureau, conformément à l'art. 28, L. 24 juill. 1867, alors que le procès-verbal, signé par tous les membres du bureau, constate que cette feuille, annexée audit procès-verbal, a été examinée et vérifiée par les membres du bureau, ce qui équivaut à une certification indirecte. — Paris, 15 avr. 1885, sous Cass., 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009, et la note de M. J.-E. Labbé, D. 86.2.89] — *Sic*, De Courcy, *Des sociétés anonymes*, p. 116; Houpin, t. 2, n. 879.

4932. — Jugé également que, dans le silence d'une loi qui a pris soin de déterminer tous les cas de nullité, on ne saurait tenir pour nulle l'assemblée dont la feuille de présence et le procès-verbal n'ont pas été signés par le bureau entier, mais seulement par le président et le secrétaire. — Trib. comm. Seine, 4 déc. 1899, [J. *La Loi*, 17 janv. 1900]

4933. — Il a même été décidé que la feuille de présence requise par l'art. 28 peut être remplacée par le procès-verbal de l'assemblée, alors qu'il mentionne les noms de tous les actionnaires présents et porte la signature de tous les membres du bureau. — Trib. comm. Alger, 17 nov. 1884, [*J. des soc.*, 85.223]

4934-4940. — Jugé toutefois, en sens contraire, que la tenue d'une feuille de présence constitue une formalité substantielle dont l'omission doit nécessairement entraîner la nullité de la délibération elle-même et, par voie de conséquence, la nullité des décisions prises par le conseil d'administration nommé dans cette assemblée. — Trib. civ. Bourgoin, 21 mai 1898, [*Rev. des soc.*, 99.147] — V. Houpin, t. 2, n. 879; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 763. — Sur la communication de la feuille de présence aux actionnaires et la question de savoir si le droit de prendre communication emporte le droit de prendre copie, V. *infrà*, n. 5047 et s. — Sur le juge compétent pour ordonner la communication, V. *infrà*, n. 5061 et s.

4941. — V. *Délibérations.* — A. *Majorité nécessaire.* — Aux termes de l'art. 28, § 1, « dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises *à la majorité* des voix », c'est-à-dire à la majorité absolue (moitié plus un des votants). Les statuts pourraient d'ailleurs exiger une majorité plus importante : par exemple, des deux tiers ou des trois quarts. — Vavasseur, t. 2, n. 901; Pont, t. 2, n. 1667; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 851; Houpin, t. 2, n. 882.

4942. — Toute assemblée, de plus, suppose un *quorum* de présence, c'est-à-dire la présence d'une proportion déterminée d'actionnaires (V. art. 4), ou d'un chiffre quelconque d'actionnaires représentant une quote-part déterminée du capital, au moins pour la première assemblée, et sauf à se contenter d'un nombre quelconque de votants si le *quorum* n'a pas, dès l'abord, été obtenu. Le *quorum*, ainsi qu'on l'a vu *suprà*, est d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social (art. 30), pour les assemblées constitutives (V. *suprà*, n. 3435 et s.). — Il en est de même pour les assemblées extraordinaires (art. 31) (V. *infrà*, n. 5545 et 5546). — Pour les assemblées générales ordinaires (art. 29), il suffit qu'elles comprennent *ab initio*, un nom-

bre d'actionnaires représentant le quart du capital social.

4943. — On ne peut compter dans le calcul des voix que celles émises par les actionnaires présents ou dûment représentés : le vote par correspondance n'est pas admis (Houpin, t. 2, n. 882). — Sur la représentation des actionnaires, V. *suprà*, n. 4911.

4944. — Les délibérations prises régulièrement par l'assemblée générale à la majorité légale ou statutaire (sous réserve de la question de savoir si les changements substantiels au pacte statutaire ne nécessitent pas l'unanimité, à moins de clause expresse dans les statuts conférant pleins pouvoirs à cet effet à l'assemblée, V. *infrà*, n. 5248 et s.) lient la minorité, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dissidents et les absents. — Cass., 23 févr. 1885, Perron, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. Labbé, D. 85.1.413] — Aix, 18 août 1818, [D. *Rep. Suppl.*, v° *Soc.*, n. 1666] — Paris, 12 mars 1885, [*Rev. des soc.*, 85.680] — Trib. comm. Seine, 29 mai 1899, [J. *Le Droit*, 21 juin 1899] — Cette solution, universellement admise sous la réserve indiquée plus haut, découle du droit même dévolu à l'assemblée générale, organe de la collectivité, investie à cet effet des pouvoirs nécessaires pour parler en son nom, dans la limite déterminée par la loi ou les statuts. — Thaller, n. 569.

4945. — Et il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les actionnaires antérieurs ou postérieurs à la délibération : ces derniers, en effet, en acquérant leurs actions, ont adhéré tacitement tant aux statuts qu'aux délibérations qui ont pu les modifier. — Paris, 7 juin 1888, [*Rev. des soc.*, 88.481]

4946. — Il a été jugé, par application de ce principe : 1° Que si l'on n'établit pas l'existence de manœuvres dolosives, on doit tenir pour ratifiées en parfaite connaissance de cause les opérations comprises dans les bilans, rapports ou comptes présentés aux assemblées générales et approuvés par elles. — Trib. comm. Seine, 9 janv. 1901, [J. *Le Droit*, 30 janv.] — 2° Que le refus par le président du conseil d'administration d'une société anonyme de signer le procès-verbal de l'assemblée, d'ailleurs régulièrement tenue, ne saurait mettre en échec la décision prise par celle-ci à la majorité et en empêcher la mise à exécution. — Amiens, 1er avr. 1896, [*Rec. Amiens*, 97.242]

4947. — 3° Que le vote de l'assemblée générale statuant sur le dividende à répartir est opposable à tous les actionnaires, à moins qu'il ne soit entaché de fraude. — Trib. corr. Seine, 19 févr. 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.429]

4948. — L'intrusion, dans une assemblée générale d'actionnaires, de personnes sans qualité pour y prendre place, n'est même point par elle-même une cause de nullité des délibérations. — Cass., 20 juin 1898, De Bouvier, [S. et P. 99.1.257, et la note de M. Alb. Wahl, D. 99.1.233]

4949. — Et il suffit, pour que les résolutions auxquelles ont participé ces personnes soient valables, que ces résolutions aient été votées par des majorités telles que, défalcation faite des suffrages irrégulièrement émis, il subsiste, pour chacune de ces résolutions, une majorité dans le sens de son adoption. — Même arrêt.

4950. — Il en est ainsi spécialement : 1° Dans le cas où des *actionnaires fictifs* se seraient glissés dans l'assemblée générale. La chambre civile a décidé qu'il y a lieu seulement de défalquer leurs suffrages de ceux qui se sont prononcés en faveur de la résolution prise par l'assemblée; si le nombre des suffrages valables atteint le minimum fixé par la loi ou les statuts (on peut ajouter : et si le nombre des suffrages qui se sont prononcés en faveur de la résolution forme la majorité des suffrages valables), il n'y a pas de nullité. — V. Cass., 14 juill. 1873, Schwabacher, [S. 74.1.425, P. 74.1084] — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210] — Trib. comm. Seine, 16 mai 1889, [*J. des soc.*, 90.98; *Rev. des soc.*, 89.461] — Trib. comm. Lyon, 17 févr. 1898, [*J. des soc.*, 99.280] — Houpin, *Tr. gén. des soc.*, 3e éd., t. 2, n. 891. — *Contrà*, Bonfils, *Rev. crit.*, 1895, p. 560. — Ces décisions ne donnent pas de motif; mais il est facile d'y suppléer : la loi ne s'occupe pas du sort des résolutions auxquelles ont participé des actionnaires fictifs; c'est donc le droit commun qu'il faut appliquer. Or, le bon sens commande de supprimer purement et simplement les suffrages irréguliers; comme il est impossible de savoir, en raison du caractère secret du vote, dans quel sens se sont prononcés ces suffrages, ils doivent être déduits de ceux qui se sont prononcés en faveur de la résolution adoptée, ainsi qu'on le fait, pour la même raison, en matière d'élections politiques.

4951. — 2° Dans le cas où, contrairement aux art. 4 et 24, L. 24 juill. 1867, les associés qui ont fait un apport ou stipulé des avantages particuliers auraient pris part au vote de l'assemblée générale appelée à vérifier l'apport ou les avantages (V. *suprà*, n. 3419 et s.), la chambre civile a admis la même solution que dans l'hypothèse précédente. — V. Cass., 6 nov. 1894, Alépée et Derriey, [S. et P. 95.1.113] — La chambre des requêtes a été d'un avis différent. — Cass., 17 déc. 1894, De Goldschmidt, [S. et P. 95.1.113] — Aucune d'elles n'a invoqué le moindre motif à l'appui de sa décision. Mais le premier des deux systèmes est généralement admis. — V. Paris, 17 nov. 1891, Alépée et Derriey, [S. et P. 92.2.281]; Lyon-Caen, notes sous Cass., 8 nov. et 17 déc. 1894, précités; Thaller, n. 428.

4952. — 3° Dans le cas où l'accès de l'assemblée générale aurait été ouvert indistinctement à tous les actionnaires, sans excepter ceux qui ne possédaient pas le nombre minimum des actions requis à cet égard par les statuts. — Cass., 20 janv. 1898, de Bouvier, [S. et P. 99.1.257] — V. aussi Bruxelles, 20 mars 1852, [*Belg. jud.*, 52.721]; — 10 juin 1880, [*Pasicr. belg.*, 80.308] — *Sic*, Houpin, *J. des soc.*, 1898, p. 491; Siville, *Tr. gén. des soc. anon. belges*, t. 1, n. 1150.

4953. — Cette jurisprudence se heurte à une objection. Le vote dans les assemblées générales, peut-on dire, intervient dans des circonstances tout autres que le vote politique; il est précédé d'une discussion plus ou moins longue, dans laquelle les actionnaires peuvent faire assaut d'arguments et d'éloquence pour faire prédominer leur opinion; si on se contente de retrancher un nombre de suffrages égal au nombre des actionnaires qui ont irrégulièrement voté, on s'expose à maintenir une résolution prise sous l'influence de ces actionnaires. Ces considérations ne nous paraissent pas exactes. Rien dans les travaux préparatoires ne permet d'affirmer que le législateur se soit jamais préoccupé de l'influence que les actionnaires privés du droit de vote pourraient exercer sur les autres actionnaires. Il eût été, d'ailleurs, singulier que le législateur prît ombrage de l'influence que les actionnaires privés du droit de vote peuvent exercer sur les autres actionnaires; d'abord, comme nous le dirons plus loin, cette influence ne peut se produire que si elle est sollicitée ou acceptée d'avance par ces derniers; elle n'a donc rien d'immoral; ensuite, il est fort naturel que tous les actionnaires puissent être appelés à donner leur avis sur des mesures qui touchent aux intérêts communs de tous les porteurs de titres.

4954. — Il est une autre considération développée par M. Wahl [note sous Cass., 20 juin 1898, S. et P. 99.1.257] qui nous paraît déterminante. Au fond, l'opinion qui annulerait le vote revient à soutenir que la participation d'une personne qui n'a pas le droit de voter aux discussions de l'assemblée générale suffit à faire réputer non avenues ces délibérations et le vote qui en a été la suite, alors même que ces personnes n'auraient pas pris part au vote. Or, il est généralement reconnu, — et la pratique est constante en ce sens, — qu'on peut introduire dans l'assemblée générale, avec le consentement des actionnaires qui sont appelés à y délibérer, un tiers quelconque, chargé de développer un avis éclairé sur une résolution à prendre, de fournir une consultation technique, de rendre compte d'une mission, et c'est ce qui se produit journellement. — Wahl, *Etudes sur les parts de fondateurs*, n. 16.

4955. — Le principe qui vient d'être posé comporte toutefois un tempérament nécessaire pour le cas de fraude. Ainsi, les délibérations de l'assemblée générale doivent être annulées si, à l'intrusion dans l'assemblée générale de personnes sans qualité, s'ajoutent des manœuvres frauduleuses. — Cass., 20 juin 1898, précité.

4956. — Mais les manœuvres dont la preuve doit être offerte par les demandeurs en nullité doivent être appréciées souverainement par les juges du fond; ce grief ne peut donc être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation. — Même arrêt.

4957. — B. *Ordre du jour.* — Les assemblées générales ne peuvent en principe valablement délibérer que sur les questions mentionnées à l'ordre du jour dans les convocations des actionnaires. — Cass., 23 févr. 1885, Perron, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. Labbé, D. 85.1.413]; — 28 févr. 1888, Liquid. de la Soc. Lussigny et Cie, [S. 91.1.298, P. 91.1.737, D. 88.1.427]; — 10 avr. 1889, Synd. du comptoir financier et industriel de Paris, [S. 90.1.25, P. 90.1.38, D. 90.1.305]; — 5 juill. 1893, De Saint-Genieys, [S. et P. 93.1.377, D. 94.1.41]

— *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 906 *bis;* Deloison, t. 2, n. 427; Houpin, t. 2, n. 878.

4958. — Jugé, en conséquence, qu'une assemblée générale ne délibère pas valablement sur une augmentation du capital social ou sur un nouveau mode d'admission des actionnaires, lorsque l'ordre du jour porte simplement « modifications aux statuts ». — Trib. comm. Seine, 26 déc. 1894, [*Rev. des soc.*, 95.240]

4959. — ... Que l'ordre du jour d'une assemblée générale d'une société concessionnaire de tramways, portant qu'il sera délibéré « sur des traités d'affermage et d'exploitation », n'appelle pas suffisamment l'attention des actionnaires sur un projet d'abandon de l'exploitation de la concession à un tiers, projet qui doit être soumis à l'assemblée générale. — Paris, 19 juin 1885, Soc. d'exploitation des tramways, [S. 86.2.61, P. 86.1.445]

4960. — Il suffirait cependant que la question qui fait l'objet d'une délibération fût implicitement contenue dans l'ordre du jour pour que cette délibération fût valable. Ainsi l'énonciation, dans la convocation adressée par le commissaire de surveillance aux actionnaires, que l'assemblée générale est réunie pour statuer sur « l'examen de la situation et des mesures à prendre » suffit à faire comprendre aux actionnaires et aux membres du conseil d'administration que l'assemblée générale sera saisie de la question du remaniement de l'administration de la société. — Paris, 13 nov. 1890, Froment, [S. et P. 92.2.210, D. 92.2.159] — V. sur le principe, Nancy, 10 mars 1900, [J. *Le Droit*, 15 mai 1900]

4961. — Jugé également que l'ordre du jour joint à la convocation adressée aux actionnaires pour une assemblée générale, et mentionnant la vérification à faire du versement des deux premiers quarts sur le montant des actions et les modifications qui pourraient être apportées aux statuts, appelle suffisamment leur attention sur la mesure de la conversion des titres, qui doit être soumise à l'assemblée. — Cass., 20 janv. 1885, Synd. de la soc. *la Banque de la Nouvelle-Calédonie*, [S. 86.1.52, P. 86.1.119, D. 85.1.453]

4962. — ... Que l'avis donné aux actionnaires qu'ils sont convoqués à l'effet de délibérer sur l'acceptation de la démission de l'ancien conseil comporte implicitement, mais nécessairement, qu'ils auront en même temps à décider si cette acceptation doit ou non être entourée de certaines réserves. — Trib. civ. Seine, 7 mars 1900, [J. *La Loi*, 25 avr. 1900]

4963. — ... Que, lorsqu'il est dit dans les statuts que les convocations pour les assemblées extraordinaires doivent faire connaître sommairement l'objet de la réunion, la mention « avenant aux statuts » peut être considérée comme suffisante, et qu'il n'est pas indispensable de préciser quelles seront les modifications proposées. — Trib. comm. Seine, 18 mai 1898, [*J. des trib. comm.*, 1900.140]

4964. — Il rentre, d'ailleurs, dans les pouvoirs souverains des juges du fait, d'interpréter les termes des ordres du jour contenus dans les lettres de convocation adressées aux actionnaires, et d'apprécier s'ils se réfèrent d'une façon suffisante à l'objet soumis à la délibération. — Cass., 23 févr. 1885, précité.

4965. — Spécialement, il appartient aux juges du fait de décider, par une appréciation souveraine, que les mots « vote sur l'approbation des comptes », qui figurent dans l'ordre du jour d'une assemblée générale d'actionnaires, comprennent la question de savoir si un *quitus* serait, ou non, donné aux administrateurs à raison des faits de leur gestion. — Même arrêt.

4966. — Spécialement encore, il appartient aux juges du fait de constater souverainement que, si le conseil d'administration d'une société anonyme a pris une résolution réduisant au chiffre d'actions réellement souscrites le montant d'une émission d'un plus grand nombre d'actions faite en exécution d'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires portant augmentation du capital social, cette résolution n'a obtenu la ratification de l'assemblée générale que par surprise, au moyen d'un vote irrégulier, pris en dehors de l'ordre du jour de la séance et en opposition aux énoncés de ce document. — Cass., 10 avr. 1889, précité. — V. Cass., 15 juill. 1895, Hennion, [S. et P. 95.1.349, D. 96.1.31]

4967. — Au principe que nous venons de formuler, il y a lieu d'apporter une exception pour le cas où il se produirait, au cours d'une assemblée, des incidents imprévus rendant nécessaire l'adoption de mesures urgentes. Ainsi, est déclarée à bon droit valable, bien que la question ne fût pas à l'ordre du jour, la délibération portant révocation ou remplacement des administrateurs (ou d'un liquidateur) à la suite d'un incident survenu au cours d'une assemblée où l'ordre du jour s'est trouvé bouleversé par une irrégularité provenant du fait de ces administrateurs. — Cass., 5 juil. 1893, précité; — 15 juill. 1895, précité. — Douai, 18 févr. 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.798] — Pau, 10 avr. 1900, [J. *Le Droit*, 8 juillet] — Trib. comm. Seine, 15 juill. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.604]; — 15 déc. 1890, [*Rev. des soc.*, 91.272] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 906 *bis;* Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 213; Houpin, t. 2, n. 878; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 758; Rousseau, t. 1, n. 2372.

4968. — Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, d'une part, le point de savoir si une question sur laquelle il a été délibéré et voté se trouvait inscrite à l'ordre du jour, et, d'autre part, si des circonstances exceptionnelles avaient pu autoriser à voter sur une question qui n'y était pas portée. — Cass., 15 juill. 1895, précité.

4969. — VI. *Procès-verbal.* — Les délibérations prises en assemblée générale doivent être constatées par un procès-verbal soumis à la signature de tous les membres du bureau, au même titre que la feuille de présence des actionnaires. — Houpin, t. 2, n. 887; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 767.

4970. — Jugé à cet égard que les procès-verbaux revêtus de toutes les signatures réglementaires font foi à l'égard des actionnaires jusqu'à inscription de faux. — Trib. comm. Seine, 31 mars 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.613]; — 12 août 1897, [*J. Trib. comm.*, 99.105]

4971. — Par contre, une délibération qui n'est revêtue d'aucune signature doit être considérée comme nulle; et il n'y peut être suppléé, ni par les déclarations de ceux qui auraient dû signer, ni par des présomptions même appuyées d'un commencement de preuve par écrit. — Lyon, 26 nov. 1863, Aochet, [S. 64.2.202, P. 64.951, D. 64.2.233]

4972. — Mais l'omission de quelques signatures n'entraînerait pas la nullité. Jugé, en conséquence, que la délibération d'une assemblée générale d'actionnaires autorisant un emprunt avec affectation hypothécaire, n'est pas nulle par cela seul qu'elle n'aurait pas été signée, conformément aux statuts, par tous les membres du bureau, si elle est d'ailleurs valable et régulière en elle-même. — Cass., 28 janv. 1878, Syndic. Boursetti, [S. 78.1.450, P. 78.1184, D. 78.1.230] — V. aussi Cass., 20 juill. 1897, Picq et Virey, [S. et P. 97.1.409, D. 98.1.241]

4973. — En tout cas, il appartient aux juges du fond d'annuler la délibération d'une assemblée générale d'actionnaires dont le procès-verbal contient des mots nuls et des additions non approuvées, ainsi qu'une mention finale venant contredire l'unanimité du vote précédemment déclarée. — Cass., 28 févr. 1888, Liquid. de la société Lussigny, [S. 91.1.298, P. 91.1.737, D. 88.1.427] — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 230.

4974. — VII. *Effets des délibérations.* — *Conséquences des irrégularités commises.* — Ainsi que nous l'avons fait observer *suprà*, n. 4944, toute délibération régulièrement prise dans la limite des pouvoirs dévolus à l'assemblée par les statuts, est obligatoire pour l'ensemble des associés, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les présents et les absents, entre les membres de la majorité et les dissidents, entre ceux qui étaient détenteurs de titres au moment du vote et ceux qui ne sont entrés dans la société que depuis lors. Ces derniers en effet sont réputés avoir pris connaissance avant de devenir actionnaires, soit des statuts, soit des délibérations successives de l'assemblée générale constituant en quelque sorte la trame de la vie sociale. — Paris, 7 juin 1888, [*Rev. soc.*, 88.481] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 889.

4975. — L'assemblée aurait d'ailleurs le droit de rapporter son vote antérieur, si toutefois ce vote n'avait encore reçu ni publicité ni commencement d'exécution; dans le cas contraire, il aurait créé des droits acquis, auxquels l'assemblée n'aurait pas la faculté de porter atteinte. — Anvers, 15 oct. 1885, [*J. des soc.*, 90.107] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 889.

4976. — Les tiers peuvent attaquer les délibérations, même régulières en la forme, de l'assemblée générale, à la condition d'établir qu'elles ont été prises en fraude de leurs droits, c'est-à-dire de démontrer, d'une part, que l'assemblée a agi de mauvaise foi à leur égard, par exemple qu'elle s'est proposé de soustraire à leur gage une valeur sociale, et d'autre part qu'il en est résulté pour eux un préjudice (art. 1167).

4977. — En dehors de l'action paulienne de l'art. 1167, qu'ils exercent de leur chef, les créanciers peuvent aussi, conformément au principe général de l'art. 1166, intenter du chef de la société débitrice l'action en nullité de la délibération dont celle-ci sera investie, dans le cas où elle négligerait d'en faire usage. Rappelons du reste, à cet égard, que si la société est en faillite, le syndic de la faillite sociale, représentant concurremment la société et la masse des créanciers, a qualité pour exercer les actions sociales, et notamment les actions en annulation de délibérations irrégulièrement prises par l'assemblée. — Paris, 19 janv. 1897, Le Hirsch, [S. et P. 1901.2.295, D. 1900.2.169] — Sur l'exercice des actions sociales par le syndic, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 801 et s., 978 et s., et *infrà*, n. 5078.

4978. — Quant aux causes de nullité de la délibération, dont plusieurs ont été déjà signalées chemin faisant, nous signalerons notamment : 1° Le défaut de *quorum* légal ou statutaire. — Même arrêt.

4979. — 2° Le défaut de liberté des actionnaires qui ont pris part à la délibération, ou de certains d'entre eux. Tel serait le cas où un certain nombre d'actionnaires aurait formé un groupe ou *consortium*, dont les membres auraient abdiqué toute indépendance individuelle et se seraient engagés par avance à voter dans le sens adopté par la majorité du groupe. La loi de la majorité n'est reconnue que dans l'assemblée elle-même; celle-ci ne saurait, sans de graves inconvénients, se subdiviser en plusieurs sous-assemblées ou groupes, opposés les uns aux autres. — Trib. comm. Lyon, 20 oct. 1902, [*Mon. jud. Lyon*, 5 nov. 1902]

4980. — Toutefois le simple fait, de la part du conseil d'administration, de consulter un certain nombre d'actionnaires, préalablement à la tenue de l'assemblée, sur l'opportunité de la réduction du capital, ne saurait être considéré comme pouvant servir de base à une annulation de la délibération, pour défaut de liberté du vote, alors même qu'à l'issue de la consultation les actionnaires se seraient engagés à voter dans un sens déterminé et auraient effectivement tenu leur engagement. — Même jugement.

4981. — En tout cas, un actionnaire ne peut demander la nullité de l'assemblée générale, ni réclamer des dommages-intérêts aux administrateurs à raison de l'irrégularité de l'inventaire, sous prétexte que cet inventaire ne contient point le détail des débiteurs et créanciers de la société, lequel est englobé sous la rubrique *divers*, et qu'il est impossible de se rendre compte de la valeur des créances de la société, si cette société, étant une compagnie d'assurances, ne peut avoir que deux sortes de débiteurs et de créanciers, ses assurés et ses agents, et s'il n'apparaît nullement, étant donnée la modicité des sommes généralement dues à ces tiers ou par eux, que l'indication détaillée de ces sommes eût contribué en quoi que ce fût à mieux faire apprécier la situation sociale. — Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, D. 98.2.153]

4982. — A première vue, cette décision paraît malaisément conciliable avec l'art. 34, L. 24 juill. 1867 : « Il est établi chaque année, conformément à l'art. 9, C. comm., un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société » (V. *suprà*, n. 4460 et s.). — V. aussi Houpin, *J. des soc.*, 1896, p. 318. — Mais elle s'explique, si l'on remarque que l'inobservation de cette disposition n'est pas une cause de nullité de l'assemblée générale à laquelle a été soumis l'inventaire et qui a approuvé les comptes des administrateurs. La Cour a eu tort de n'écarter l'action en nullité qu'en fait. Il ne semble même pas que l'absence d'inventaire entraîne cette nullité; elle n'est pas prononcée par la loi, et il résulte des art. 41 et 42 combinés de la loi du 24 juill. 1867 que, seule, l'inobservation des art. 22 à 25 de cette loi entraîne la nullité de l'assemblée. Le seul droit des actionnaires, en cas d'absence d'inventaire, est donc de demander des dommages-intérêts aux administrateurs (L. 24 juill. 1867, art. 44); mais les actionnaires n'ont droit à des dommages-intérêts que si un préjudice leur a été causé. — Cass., 10 janv. 1898, Consorts Arbel, [S. et P. 98.1.217, D. 1900.1.536]

4983. — Jugé, d'autre part, que l'art. 32, L. 24 juill. 1867, d'après lequel l'approbation du bilan et des comptes doit, à peine de nullité, être précédée du rapport des commissaires, étant spécial aux assemblées générales annuelles d'une société fonctionnant dans les conditions ordinaires de ses statuts, doit, ainsi que la nullité qu'il prononce, être rigoureusement restreint aux cas pour lesquels il a été édicté, qu'il ne peut être étendu, par analogie, à la reddition des comptes définitifs par les administrateurs d'une société en liquidation. — Cass., 20 juill. 1897, Pecq et Virey, [S. et P. 97.1.409, D. 98.1.241]

4984. — Cette action ne saurait avoir lieu qu'en vertu d'une clause formelle des statuts. Et l'interprétation par les juges du fond des statuts d'une société étant souveraine, les juges peuvent décider, par interprétation des statuts, que la reddition des comptes définitifs d'une société, ne comportait pas nécessairement la convocation en assemblée de tous les actionnaires, et que l'assemblée appelée à délibérer sur ces comptes, à défaut de dispositions contraires des statuts, a été régulièrement composée, comme elle l'était pendant l'existence de la société, seulement des actionnaires détenant le nombre d'actions prévu par ces statuts. — Même arrêt.

2° *Assemblées générales ordinaires.*

4985. — Aux termes de l'art. 27, « il est tenu, *chaque année au moins*, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur... Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux ». Cette dernière disposition a été ajoutée au texte par la loi du 1er août 1893. Examinons successivement : 1° les attributions de l'assemblée générale ordinaire; 2° les règles de forme concernant la tenue de cette assemblée.

4986. — I. *Attributions de l'assemblée.* — Le rôle de l'assemblée générale est d'assurer le fonctionnement régulier de la société, de présider à la vie sociale, dans les limites déterminées par la loi et les statuts. En conséquence, ses principales attributions sont les suivantes : 1° Nomination, remplacement, réélection, et s'il y a lieu révocation des administrateurs, ainsi que d'un ou des commissaires.

4987. — 2° Audition du rapport des administrateurs et des commissaires, examen et approbation du bilan et des comptes, fixation, s'il y a lieu, du dividende annuel.

4988. — 3° Examen des actes de gestion des administrateurs, suivi, s'il y a lieu, d'une décharge ou *quitus*, englobant l'ensemble de la gestion prise au jour de l'assemblée, et faisant obstacle à toutes actions en responsabilité, sauf aux actions individuelles fondées sur un préjudice personnel éprouvé par tel ou tel actionnaire.

4989. — 4° Autorisation des actes d'administration excédant les pouvoirs des administrateurs, et n'impliquant pas cependant un changement aux statuts, lesquels nécessitent l'intervention de l'assemblée générale extraordinaire et même l'approbation unanime des actionnaires. Il convient de revenir quelque peu sur la deuxième et la quatrième attributions précédemment définies.

4990. — A. *Audition du rapport et approbation des comptes.* — La lecture à l'assemblée du rapport du commissaire est une formalité essentielle, dont l'omission aurait pour résultat de vicier la délibération. En principe, ce rapport est lu par le commissaire; cependant, en cas d'empêchement de ce dernier, l'assemblée ne devrait point être annulée si son rapport, rédigé et envoyé par lui, avait servi de base à la délibération. — Lyon, 11 nov. 1887, [*J. des soc.*, 90.74] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 840 ; Houpin, t. 2, n. 901.

4991. — Mais la délibération devrait être annulée s'il n'était pas établi, par le procès-verbal ou autrement, que le rapport des commissaires a été précédemment déposé dans les délais légaux. — Trib. comm. Seine, 9 mars 1887, [*Rev. des soc.*, 87.34]; — ... ou que l'inventaire n'a pas été dressé comme la loi l'exige. — Lyon, 11 nov. 1887, précité. — V. *suprà*, n. 4460 et s.

4992. — ... Ou que les actionnaires n'ont pu, dans les quinze jours avant la réunion, prendre, au siège social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, formalité substantielle imposée par l'art. 35 (V. *infrà*, n. 5041 et s.). — Trib. comm. Seine, 26 mai 1897 [*J. des soc.*, 97.463] — V. cependant Trib. comm. Seine, 16 janv. 1899, [*J. des soc.*, 99.227]

4993. — Ajoutons que l'assemblée générale a le droit de rectifier l'inventaire et le bilan, de substituer à une évaluation des administrateurs une estimation paraissant plus conforme à la

réalité, de pratiquer certains amortissements dont le conseil d'administration aurait négligé de faire état.

4994. — B. *Autorisation des actes d'administration excédant les pouvoirs des administrateurs.* — L'assemblée générale ordinaire a qualité, en principe, pour accorder aux administrateurs l'autorisation de passer les actes excédant leurs pouvoirs : aliénations d'immeubles, emprunts, constitution d'hypothèque, transactions sur les actions sociales, etc. — V. *suprà*, n. 4181 et s.

4995. — Le droit reconnu à l'assemblée générale comporte du reste une double limitation : *a*) L'assemblée générale ordinaire ne saurait être admise, sous couleur d'approbation ou ratification d'actes accomplis ou à accomplir par les administrateurs, à modifier les statuts sociaux même sur un point secondaire. Toute modification aux statuts rentre par définition même dans la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, statuant sous les conditions de majorité spéciale déterminées par l'art. 31 de la loi de 1867 ; les changements substantiels nécessitent même l'approbation unanime des associés (V. sur cette distinction *infrà*, n. 5246 et s.). — V. Houpin, t. 2, n. 900 ; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 781. — *Adde*, Jacquier, p. 117 et s.

4996. — *b*) L'assemblée générale ne saurait, sans méconnaître l'esprit et même la lettre du pacte statutaire, empiéter sur les attributions dévolues en propre au conseil d'administration, et se substituer à lui pour l'accomplissement d'actes juridiques rentrant dans lesdites attributions. Jugé notamment en ce sens que, lorsque les statuts confèrent exclusivement au conseil d'administration le choix du directeur et la fixation de son traitement, l'assemblée générale excéderait son pouvoir en faisant droit de sa propre autorité à une demande d'augmentation d'honoraires émanée de ce dernier. — Paris, 26 nov. 1896, [*J. des soc.*, 97.434]

4997. — L'assemblée générale ordinaire peut être appelée à se prononcer sur les mesures à prendre à l'occasion de la liquidation ou de la faillite de la société. Ainsi jugé que les mesures à prendre au sujet de la liquidation judiciaire de la société sont des actes de pure administration. Il en est de même du simple échange de vues aboutissant, non point à un vote ferme, mais à une motion invitant le conseil d'administration à étudier les réformes utiles en vue de rétablir sur des bases nouvelles l'exploitation sociale, après obtention d'un concordat. Fût-elle qualifiée d'extraordinaire, cette assemblée, convoquée *extraordinairement*, c'est-à-dire en dehors de l'assemblée annuelle, est en réalité ordinaire, et n'a pas besoin de réunir le *quorum* de la moitié des actions, exigé par l'art. 31. — Trib. comm. Seine, 1er août 1900, [J. *Le Droit*, 5 sept. 1900]

4998. — II. *Règles de forme concernant la tenue des assemblées générales ordinaires.* — En principe, tout actionnaire a le droit de prendre part à ces assemblées et ne possède qu'une seule voix, quel que soit le nombre de ses actions.

4999. — Mais ce principe n'est pas absolu : aux termes de l'art. 27, les statuts peuvent y déroger (et en fait ils y dérogent le plus souvent), soit en n'accordant le droit de vote qu'aux actionnaires ayant un certain nombre d'actions), soit en attribuant à ces actionnaires un nombre de voix proportionnel au nombre de leurs actions. — Houpin, t. 2, n. 883 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 854 ; Pont, t. 2, n. 1676 ; Boistel, n. 319.

5000. — Et ces prescriptions statutaires doivent être rigoureusement observées. D'où il résulte que les délibérations de l'assemblée générale doivent être considérées comme nulles, soit lorsque certains actionnaires possédant le nombre d'actions fixé par les statuts ont été exclus... — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 854.

5001. — ... Soit, à l'inverse, lorsque des actionnaires, ne possédant pas le nombre statutaire, y ont été indûment admis. — Trib. comm. Seine, 2 sept. 1885, [*J. des soc.*, 86.374]

5002. — Néanmoins, le fait par une société, sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 1er août 1893, d'admettre à l'assemblée générale des porteurs d'un nombre d'actions inférieur au nombre minimum fixé par les statuts (cinq en l'espèce), ne constitue point une nullité qui puisse être invoquée par ceux qui en ont bénéficié ou en leur nom. — Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185]

5003. — En tout cas, les porteurs d'actions, appelés irrégulièrement à l'assemblée, ne peuvent invoquer la nullité, si aucune manœuvre frauduleuse n'est imputable aux administrateurs, et si les décisions de l'assemblée ont été ultérieurement ratifiées par une autre assemblée, à laquelle n'ont pris part que les actionnaires qui avaient le droit d'y assister. — Même arrêt.

5004. — D'autre part, les délibérations prises par une assemblée générale ordinaire à laquelle ont participé des actionnaires ne possédant pas le nombre d'actions fixé par les statuts, n'en sont pas moins valables, s'il est établi par la feuille de présence et le procès-verbal de la séance qu'elles ont été votées par des majorités telles que, défalcation faite des suffrages irrégulièrement émis, il subsiste un appoint dans le sens de leur adoption. — V. *suprà*, n. 4948 et s.

5005. — Mais, dans le cas où les statuts attribuent aux actionnaires un nombre de voix variable suivant le nombre de leurs actions, il devient indispensable de procéder à l'appel nominal lors de chaque vote, afin de pouvoir compter le nombre des voix émises. En conséquence, doit être considérée comme nulle la délibération close par un vote à mains levées. — Bruxelles, 12 mars 1877, [J. *Le Droit*, 7 avr. 1877] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 902 ; Houpin, t. 2, n. 884.

5006. — Sous l'empire de la loi de 1867, les petits actionnaires ne pouvaient se grouper à l'effet de réunir sur une seule tête le nombres d'actions exigé par les statuts pour prendre part aux assemblées ordinaires. Ce droit leur a été accordé par le nouvel alinéa que l'art. 4 de la loi de 1893 a ajouté à l'art. 27. Le législateur de 1893, par cette disposition nouvelle, a entendu à l'exemple de la majorité des lois étrangères (L. belge de 1873, art. 61, C. comm. allem., art. 190 à 215) empêcher que des gros actionnaires n'annihilent entièrement les intérêts des petits porteurs. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 854 *bis*.

5007. — Etant donné l'esprit de la réforme, il est incontestable que la faculté de groupement accordée aux petits porteurs est une disposition d'ordre public et qu'elle ne saurait leur être enlevée par aucune clause contraire des statuts. — Bouvier-Bangillon, p. 112 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 42 ; Houpin, t. 2, n. 869.

5008. — Les petits actionnaires qui veulent faire usage de la faculté de groupement ne peuvent, à la différence de ceux qui possèdent le nombre d'actions statutaires (V. *suprà*, n. 4941 et s.) faire choix d'un mandataire quelconque. Aux termes mêmes de la disposition nouvelle, ils doivent se faire représenter par l'un d'eux. — Houpin, t. 2, n. 869 ; Genevois, p. 114 ; Faure, p. 97. — *Contrà*, Vavasseur, t. 2, n. 905 ; Bouvier-Bangillon, p. 120.

5009. — D'autre part, les actionnaires ne pourraient pas non plus se grouper, soit à l'effet de réunir sur une seule tête un nombre d'actions lui attribuant plus d'une voix (par exemple, les statuts exigeant un minimum de 10 voix, un actionnaire possédant 15 voix ne pourrait emprunter 5 voix à un actionnaire qui en possède 25, afin d'avoir lui aussi 2 voix), soit à l'effet de conférer à l'un d'eux un droit personnel de vote que son chiffre d'actions ne comporterait pas (par exemple, les statuts exigeant le minimum de 5 voix, emprunt d'une action par un actionnaire n'en possédant que 4, à un actionnaire qui en possède 6). De telles combinaisons seraient contraires au texte et à l'esprit de la loi de 1893, qui n'a autorisé d'entente en vue du vote qu'entre actionnaires *dont aucun ne possède le chiffre statutaire*, et s'est proposé, par conséquent, non point de permettre aux actionnaires d'augmenter le nombre de leurs voix ou d'en modifier la répartition (V. *infrà*, n. 5033 et s.), les pénalités edictées contre les manœuvres tendant à fausser le vote), mais uniquement de donner aux petits porteurs le moyen de participer à l'administration de la société, dont ils seraient exclus sans cette faculté de groupement. — Houpin, t. 2, n. 869 ; Bouvier-Bangillon, p. 119.

5010. — Il a été jugé, relativement à cette faculté de groupement qu'en présence d'une disposition des statuts d'après laquelle les convocations aux assemblées générales sont faites à tous les actionnaires ayant le droit d'y assister, la société prévient suffisamment, par l'insertion dans les journaux, les porteurs d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis à l'assemblée générale, et n'a pas à leur adresser de convocations individuelles, le droit pour ces porteurs de se faire représenter à l'assemblée générale résultant précisément de ce groupement, que la société ne peut connaître au moment des convocations. — Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, 98.2.153] — Trib. comm. Seine, 12 juin 1895 (1er jugement), sous cet arrêt.

5011. — Cette solution a été contestée. Les petits action-

naires, a-t-on dit, ont le droit d'assister à l'assemblée par l'intermédiaire d'un représentant commun à plusieurs d'entre eux; ils devaient donc être convoqués par lettres — Houpin, t. 2, n. 873; Genevois, *Le nouv. rég. des sociétés*, n. 55. On peut répondre que dans l'espèce, les statuts portaient que des convocations par lettres devaient être adressées à chacun des actionnaires, *ayant le droit d'assister à l'assemblée*, et qu'au moment où les convocations sont adressées, on ne sait pas encore si les petits actionnaires chercheront ou parviendront à se grouper, c'est-à-dire à assister à l'assemblée; pour pouvoir exiger une convocation, il faut au préalable justifier non seulement d'un droit éventuel, mais d'un droit actuel à assister à l'assemblée, conformément aux statuts. La convocation suivant nous ne peut donc être exigée que si le groupement a déjà été formé au moment des convocations, et a été porté à la connaissance des administrateurs.

5012. — La disposition de la loi de 1893 conférant aux petits actionnaires la faculté de groupement a-t-elle, ou non, un effet rétroactif? Peut-elle, en d'autres termes, être invoquée même par les petits actionnaires de sociétés constituées sous l'empire de la loi ancienne, et contrairement aux statuts formels desdites sociétés, ou ne régit-elle que les sociétés nouvelles? La question est vivement controversée.

5013. — La non-rétroactivité a prévalu devant la Cour de Paris, par laquelle il a été jugé que les lois n'ayant pas d'effet rétroactif, à l'exception des lois pénales ou de celles concernant la capacité des personnes, l'art. 4 de la loi du 1er août 1893, d'après lequel « tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un deux », n'est pas applicable aux assemblées, postérieures à la mise en vigueur de la loi, des actionnaires des sociétés constituées antérieurement à la loi. — Paris, 19 févr. 1897, précité.

5014. — Dans ce premier sens, on invoque les statuts, c'est-à-dire une convention librement consentie entre tous les membres d'une société: cette convention détermine notamment les conditions nécessaires pour prendre part aux assemblées générales, autrement dit au contrôle et à la direction des affaires sociales; n'y a-t-il pas, dans ces conditions du contrat, quelque chose de fixe que le consentement des intéressés peut seul modifier, des droits acquis au profit de ceux qui les remplissent vis-à-vis de ceux qui ne les remplissent pas? Lorsque, conformément aux statuts, j'ai acheté trente actions afin de pouvoir voter dans les assemblées générales, pourrai-je me voir enlever la part d'influence que me donne cette situation par l'arrivée en masse des porteurs d'un nombre d'actions quelconque, par l'application du suffrage universel à l'administration des sociétés? Que le législateur, pour l'avenir, ait le droit d'imposer, aux assemblées générales des sociétés, un mode de composition et de votation qu'il considère comme sauvegardant au mieux les intérêts de tous, c'est incontestable. Cela est encore possible, pour le passé, parce qu'après tout, le législateur est omnipotent, mais, au moins faut-il qu'il le dise, et d'une manière d'autant plus formelle que les dispositions nouvelles se heurtent à plus d'intérêts, se croyant sauvegardés par des principes de droit commun plus certains. — Houpin, t. 2, n. 869; Thaller, n. 690; Bouvier-Bangillon, p. 121.

5015. — La thèse de la rétroactivité a trouvé, cependant d'ardents défenseurs. On a fait valoir, tout d'abord, le caractère d'intérêt général et d'ordre public des dispositions de la loi de 1893, qui, en permettant aux petits porteurs de se grouper et de se faire représenter aux assemblées générales, a eu pour objet de sauvegarder leurs droits vis-à-vis des gros porteurs. L'intérêt général exige qu'une pareille loi soit immédiatement applicable. Cette raison n'a pas, croyons-nous, la valeur qu'on lui attribue. Nous en avons donné la raison, *suprà*, v° *Lois*, n. 526 et s.

5016. — En réalité, la question se ramène à celle de savoir si la rétroactivité lèse des droits acquis. Comme l'a dit M. Labbé (note sous Dijon, 24 avr. 1885, S. 86.2.1, P. 86.1.79) : « Tout problème de non-rétroactivité se ramène à la détermination des droits acquis, des attentes sérieuses et respectables, à une balance entre le trouble, le mal qui en résulterait, et le bien qu'on espère d'une application immédiate de la loi aux faits antérieurs ». Or la loi de 1893, en autorisant les petits porteurs à se faire représenter, a-t-elle lésé un droit acquis? On le conteste. On voit très-bien qu'en fait, les porteurs du chiffre d'actions déterminé par les statuts puissent avoir intérêt à arguer de nullité la délibération à laquelle auraient pris part, dans les conditions admises par la loi nouvelle, les petits porteurs. Mais un intérêt n'est pas *un droit*. Il n'est jamais entré dans l'esprit du législateur de 1867 de conférer aux gros actionnaires, contrairement au principe d'égalité, un *droit* dont les petits seraient dépouillés. Il n'a pas été, dit-on, dans la pensée du législateur de 1893 d'enlever aux gros actionnaires un droit exclusif et préférentiel qu'ils ne possédaient nullement sous l'empire de la loi antérieure. — Faure, p. 200; Bonfils, *Rev. crit.*, 95.559; Genevois, p. 99; Wahl, note sous Paris, 19 févr. 1897, [S. et P. 99.1.185]; Lacour, note sous Paris, 19 févr. 1897, [D. 98.2.153]; Clément, n. 22; Vavasseur, n. 898. — V. Douai, 22 nov. 189[illegible], *J. des soc.*, 96.309. — Sur la rétroactivité de la loi de 1893, V. Pic, note sous Douai, 8 juill. 1895, Comp. mines d'Anzin, [D. 98.2.481]

5017. — La Cour de cassation n'a pas tranché la question, qui cependant lui avait été posée; elle s'est bornée à lui donner une solution de fait, en s'inspirant de sa jurisprudence antérieure d'après laquelle l'intrusion dans l'assemblée de personnes sans qualité ne suffit point à faire annuler la délibération si, d'ailleurs, la majorité n'a pu être déplacée par ce fait (V. *suprà*, n. 4948 et s.). Jugé, à cet égard, que lorsqu'il est constaté que les petits porteurs d'actions qui se sont présentés à l'assemblée générale y ont été admis, et que leur présence n'a été ni l'objet d'aucune protestation, ni le résultat d'aucune manœuvre frauduleuse, la demande en nullité de l'assemblée comme irrégulièrement composée a pu être rejetée sans violation de la loi. — Cass., 29 juin 1899, Winter, [S. et P. 99.1.409, D. 99.1.233]

5018. — Dans l'arrêt précité, la cour de Paris avait admis subsidiairement, qu'à supposer que la loi de 1893 eût un effet rétroactif, le mode de convocation et de représentation des unités groupées restait en tout cas régi par les statuts sociaux, en tant que ces statuts ne sont pas inconciliables avec l'art. 4, L. 1er août 1893. — Paris, 19 févr. 1897, précité.

5019. — Spécialement, il y a lieu, en présence de statuts antérieurs à la loi du 1er août 1893, disposant que les porteurs de cinq actions au moins seront seuls admis à l'assemblée, et que les mandataires désignés par eux doivent avoir le droit d'assister personnellement à l'assemblée, c'est-à-dire posséder cinq actions, de décider que les représentants des groupements d'actionnaires propriétaires de moins de cinq actions ne peuvent, depuis la loi du 1er août 1893, assister à l'assemblée, s'ils ne sont pas eux-mêmes propriétaires de cinq actions. — Trib. comm. Seine, 12 juin 1895 (1er jug.), sous Paris, 19 févr. 1897, précité. — Ces solutions ne nous paraissent pas pouvoir être approuvées. Si, en effet, on tient la loi de 1893 pour rétroactive, il faut nécessairement l'appliquer dans son esprit. Or, il résulte et de l'esprit et du texte même de la disposition nouvelle, que les actionnaires qui font usage de la faculté de groupement *doivent* être représentés par l'un d'eux.

5020. — III. Quorum *légal ou statutaire.* — Aux termes de l'art. 29, « les assemblées générales qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est convoquée dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts, et elle délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représenté par les actionnaires présents ». Les deux articles suivants se réfèrent : le premier (art. 30), aux assemblées constitutives; le second (art. 31), aux assemblées extraordinaires appelées à délibérer sur les projets de modification aux statuts. L'un et l'autre exigent la présence d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social (V. *suprà*, n. 3435 et s., et *infrà*, n. 5545 et 5546). L'art. 29, malgré sa formule générale en apparence, ne vise donc en définitive que les assemblées générales ordinaires.

5021. — Il convient de faire remarquer que l'art. 29 exige uniquement que les actionnaires, présents *quel qu'en soit d'ailleurs le nombre*, représentent le quart au moins du capital social, tout au moins lors de la première réunion. Il suffira donc de la présence d'un nombre infinitésimal de gros porteurs pour que l'assemblée soit en nombre. Il est certain d'ailleurs que, pour parer à cet inconvénient et éviter que la direction effective de l'entreprise ne passe exclusivement aux mains des gros actionnaires, les statuts sociaux pourraient exiger un *quorum* numérique de présence, décider, par exemple, que l'assemblée ne pourra délibérer valablement que si elle comprend le quart, en nombre,

des actionnaires, abstraction faite du nombre de titres possédés par les votants (Arg., art. 4 de la loi de 1867, lequel, tout au moins pour la commandite par actions, subordonne la régularité de l'assemblée constitutive appelée à délibérer sur les apports à la réunion d'un double *quorum*, quart des actionnaires *en nombre*, représentant le quart du capital social en numéraire).

5022. — Si la première assemblée n'est pas en nombre, la délibération qu'elle pourrait prendre serait entachée de nullité. — Paris, 19 janv. 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.205] — Le bureau doit donc, régulièrement, surseoir à toute délibération, et convoquer dans les formes et délais statutaires, une nouvelle assemblée qui, elle, pourra statuer à une majorité quelconque. Cette seconde assemblée ne peut délibérer que sur les questions qui étaient portées à l'ordre du jour de la première (V. *suprà*, n. 4967 et s.). — Houpin, t. 2, n. 899. — Sur les pièces dont les actionnaires peuvent, préalablement à la tenue de l'assemblée (art. 35) exiger communication, V. *infrà*, n. 5041 et s.

§ 2. *Des assemblées générales dans la société en commandite par actions.*

5023. — Par une bizarrerie singulière, le législateur de 1867, qui a réglementé avec quelques détails la tenue des assemblées générales dans les sociétés anonymes, déterminé les majorités requises, etc., garde un silence complet sur les assemblées générales dans la commandite par actions (exception faite pour l'assemblée prévue à l'art. 4, appelée à statuer sur l'approbation des apports et avantages particuliers) (V. *suprà*, n. 3407 et s.). D'où il suit nécessairement que les fondateurs ont pleine liberté pour déterminer à leur gré le nombre d'actions nécessaire pour prendre part à l'assemblée, la proportionnalité du nombre de voix au nombre d'actions, ainsi que le *quorum* nécessaire pour la régularité de l'assemblée, en nombre ou en sommes. — Pont, n. 1520; Rousseau, t. 1, n. 2393; Houpin, t. 1, n. 739; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1016. — V. Cass., 14 juill. 1873 (motifs), Schwabacher, [S. 74.1.425, P. 74.1084, D. 76.1.160]

5024. — Le plus souvent les rédacteurs des statuts s'inspirent, pour réglementer la tenue des assemblées, des prescriptions de la loi relative aux sociétés anonymes. Mais s'ils n'ont édicté aucune prescription à cet égard, il semble impossible d'étendre par analogie à la commandite des dispositions prises exclusivement en vue de la société anonyme. C'est ainsi en particulier que l'assemblée générale ordinaire devra être tenue pour régulière, quel que soit le chiffre des actionnaires présents et quelque faible que puisse être la proportion du capital représenté. — Houpin, *loc. cit.*, Rousseau, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1019; Mornard, p. 190; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. en comm.*, n. 338. — V. cep. Vavasseur, n. 426; Wahl, *J. des soc*, 1900, p. 200. — Pour les assemblées extraordinaires, V. *infrà*, n. 5569 et 5570.

5025. — Par identité de motifs, les petits actionnaires, dans les sociétés en commandite, ne pourront pas profiter de la faculté de groupement qui leur est accordée dans les sociétés anonymes par l'art. 27 de la loi de 1867, modifié par la loi de 1893. Cet article, spécial aux sociétés anonymes, ne paraît pas pouvoir être étendu aux autres sociétés (Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 199; Houpin, t. 2, n. 869; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *append.*, n. 43). En conséquence, la disposition des statuts interdisant le droit de vote aux actionnaires ne possédant pas un minimum déterminé de titres devra recevoir son plein effet, même dans les sociétés en commandite par actions constituées depuis la loi de 1893. — Mêmes auteurs.

5026. — La question est cependant controversée, et quelques auteurs, faisant prévaloir l'esprit de la loi sur la lettre, considérant d'autre part que les raisons qui militent en faveur de la faculté de groupement existent aussi bien dans la commandite que dans la société anonyme, appliquent ici l'art. 27. — Faure, p. 98; Bouvier-Bangillon, p. 117.

5027. — L'assemblée générale annuelle est de droit, dans la commandite par actions comme dans la société anonyme. La loi ne s'en explique pas formellement : mais cette solution s'induit jusqu'à l'évidence de la disposition de l'art. 12, conférant à tout actionnaire, *quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale*, la faculté de prendre communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance.

5028. — Les attributions de l'assemblée générale ordinaire sont identiquement les mêmes que celles de cette même assemblée la société anonyme (V. *suprà*, n. 4986 et s.), à une exception près : l'assemblée, à moins d'une clause expresse et formelle des statuts lui en conférant le pouvoir, n'a pas qualité pour révoquer le gérant statutaire. — V. *suprà*, n. 3529.

5029. — En principe, la convocation de l'assemblée émane du gérant. Ce droit n'appartient aux actionnaires ni individuellement, ni collectivement (V. *suprà*, n. 4914). — Amiens, 16 janv. 1875, Synd. Cungniez, [S. 75.2.193, P. 75.800, et la note de M. Bourguignat] — Toutefois, en cas de refus du gérant de procéder à la convocation de l'assemblée imposée par la loi ou les statuts, le conseil de surveillance, obligé de par la loi de présenter un rapport à l'assemblée, aurait la faculté de la convoquer. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1017. — V. *suprà*, n. 4711 et s.

5030. — Quant aux actionnaires, si la loi ne leur reconnaît pas, même en se groupant, la faculté de convoquer eux-mêmes l'assemblée (*Contrà*, Code allemand, art. 188, d'après lequel ce droit appartiendrait à un groupe d'actionnaires représentant le dixième au moins du capital), du moins pourraient-ils, en cas d'inaction concertée du gérant et du conseil, les assigner pardevant le tribunal de commerce pour voir dire que, faute par eux de procéder aux convocations exigées par la loi dans un délai fixé par justice, le tribunal désignera un administrateur provisoire chargé de procéder aux convocations. — V. *suprà*, n. 4915.

5031. — Pas plus dans la commandite par actions que dans la société anonyme, il n'est interdit aux actionnaires ayant un intérêt direct ou indirect dans la question soumise aux délibérations de l'assemblée de prendre part au vote (V. *suprà*, n. 4875 et s.). Cette règle, d'ailleurs très-critiquable, est absolue; et le gérant lui-même est admis, à moins d'interdiction expresse des statuts, à prendre part comme associé à la discussion et à l'approbation des comptes. — Cass., 27 juill. 1881, Tintract, [S. 83.1.337, P. 83.1.833, D. 83.1.25]; — 26 oct. 1896, Clément, [S. et P. 97.1.37, D. 98.1.65, et la note de M. Thaller] — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

5032. — Sur les questions concernant la composition du bureau, la feuille de présence, l'ordre du jour, le procès-verbal, etc., V. *suprà*, n. 4926 et s.

§ 3. *Des délits relatifs à la tenue des assemblées générales.*

5033. — Aux termes de l'art. 13 de la loi de 1867 (étendu aux sociétés anonymes par l'art. 45), sont passibles d'une amende de 500 à 10,000 fr. « ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une *majorité factice* dans une assemblée générale, sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers; ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux. Dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée ».

5034. — Par cette disposition, la loi a entendu assurer rigoureusement la sincérité du vote, et prohiber toutes les combinaisons tendant à assurer des déplacements de voix, et conséquemment à soustraire les gérants ou administrateurs aux responsabilités encourues par eux. Tomberait, par exemple, sous le coup de la loi le fait, de la part d'un gros actionnaire, en présence d'une disposition statutaire limitant à dix le maximum des voix pouvant appartenir à chaque membre de l'assemblée, de répartir toutes les actions qu'il possède, en excédent du chiffre dont il a besoin pour arriver au maximum, entre des hommes de paille qui voteront suivant ses instructions.

5035. — La prescription de l'art. 13 est générale. Elle permet donc d'atteindre aussi bien les fraudes commises dans les assemblées constitutives que celles commises au cours d'une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire. — Paris, 16 juill. 1895, [*Rev. des soc.*, 95.616] — *Sic*, Vavasseur, n. 721; Houpin, t. 1, n. 744; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 772.

5036. — Jugé cependant, en sens contraire, que l'art. 13, § 3, L. 24 juill. 1867, punit exclusivement ceux qui, se présentant comme propriétaires d'actions ne leur appartenant pas, créent frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale tenue postérieurement à la constitution définitive de la société, et non pas les souscripteurs fictifs qui ont simplement pris part aux assemblées constitutives d'une société anonyme ou en

commandite. — Riom, 27 avr. 1898, sous Cass., 21 juill. 1898, Deslinières, [S. et P. 1901.1.537] — Mais cette distinction, contraire au texte et à l'esprit de la loi, nous paraît inadmissible.

5037. — L'existence du délit est subordonnée à la réunion de deux conditions : 1° la constatation de la *fraude*. Ainsi, ne serait passible d'aucune peine l'actionnaire qui, pour éviter de faire les frais d'une procuration notariée, remettrait ses titres à un ami en l'autorisant à se présenter à sa place comme actionnaire. Cette pratique est irrégulière, mais elle ne cause de préjudice à personne, le pseudo-actionnaire ayant le même nombre de voix que celui dont il tient la place. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 852.

5038. — Jugé également qu'il n'y a pas délit de majorité factice, lorsqu'il n'est pas établi, d'une part, que des reporteurs introduits dans l'assemblée générale fussent des actionnaires fictifs interposés, et que, d'autre part, les administrateurs qui les y ont convoqués ont pu, de très-bonne foi, se croire autorisés par de nombreux précédents à agir ainsi. — Cass., 12 juin 1891; Chénon, [D. 93.1.430] — *Sic*, Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 772; Houpin, t. 1, n. 744 et t. 2, n. 864. — Sur le droit pour les reporteurs de prendre part aux assemblées, comme propriétaires des titres, V. *suprà*, n. 4884 et s.

5039. — 2° La preuve d'une majorité *factice*. Le délit n'existe, en d'autres termes, que si la majorité a été faussée. Si donc la majorité n'avait pas été faussée (les pseudo-actionnaires ayant voté avec la minorité), ou si la majorité existait en dehors des voix de ceux qui ont fait usage de titres ne leur appartenant pas, il y aurait une simple tentative, qui ne serait pas punissable aux termes de l'art. 3, C. pén. — Paris, 4 juill. 1890 [*J. des soc.*, 91.492]; — 8 août 1895 (motifs) [*J. des soc.*, 96.32] — Riom, 27 avr. 1898, précité. — *Sic*, Pont, n. 1551; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 852; Mathieu et Bourguignat, n. 134; Houpin, t. 1, n. 744; Rousseau, t. 2, n. 3256; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 772.

5040. — Toutefois, dans un autre arrêt, la cour de Paris a décidé que la participation de ces faux actionnaires au vote suffit à rendre applicables les peines prononcées par l'art. 13, sauf dans l'hypothèse très-peu pratique où les votes auraient eu lieu nominalement. « Le vote en assemblée générale, dit cet arrêt, ayant eu lieu au scrutin secret et après un échange contradictoire de vues, la majorité acquise dans de telles conditions dérive d'éléments qui échappent à toute constatation matérielle comme à toute analyse, et dont l'action s'exerce dans des proportions nécessairement indéterminées; ainsi, et sans qu'il y ait à prendre en considération le nombre de voix dont les prévenus ont pu disposer par rapport au nombre total des suffrages exprimés, la majorité est factice, au sens de l'art. 13, par le seul fait que des résolutions prises sont le résultat d'une délibération et d'un vote auxquels ont participé dans une proportion quelconque un ou plusieurs porteurs non propriétaires d'actions ». — Paris, 16 juill. 1895, [*J. des soc.*, 96.118]. — La cour de Paris n'a donc fait qu'étendre à une question de droit pénal la solution qui l'emporte sur le point de savoir à quelles conditions la présence d'actionnaires fictifs rend nulle la délibération prise par une assemblée générale. Cette présence suffit-elle pour entraîner la nullité, ou faut-il qu'ils aient participé au vote, ou doit-on décider que les actionnaires fictifs sont réputés avoir voté en faveur de la résolution qui l'a emporté, défalquer leurs suffrages de la majorité, et admettre, par conséquent, que la délibération est nulle si, après cette défalcation, il ne reste pas une majorité en faveur de la résolution prise? Cette dernière solution a toujours été admise. V. les décisions citées en note sous Cass., 20 juin 1898, [S. et P. 99.1.257] — D'une manière plus générale, on décide de même dans toutes les circonstances où certaines personnes ont, sans en avoir eu le droit, pris part aux délibérations d'une assemblée générale d'actionnaires. — V. Cass., 20 juin 1898, De Bouvier, [S. et P. 99.1.257, D. 99.1.233]; — 18 oct. 1899, Martin et autres, [S. et P. 1901.1.81] — *Sic*, les notes de M. Albert Wahl sous ces deux arrêts. — V. aussi *suprà*, n. 4950. — Il est pourtant fort douteux que cette solution soit de quelque valeur pour l'interprétation de l'art. 13, qui prononce une peine et par conséquent doit être interprété restrictivement. Il subordonne cette peine à la condition que la majorité ait été créée par les actionnaires. La preuve semble donc devoir être apportée que, sans leur participation, il n'y aurait pas eu de majorité, c'est-à-dire qu'ils ont fait partie de cette majorité.

Section II.

Droit individuel de contrôle dévolu aux actionnaires

§ 1. *Sociétés anonymes.*

5041. — « Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, décide l'art. 35 de la loi de 1867, tout actionnaire peut prendre, au siège social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires ». La loi a voulu qu'avant de voter, chaque actionnaire pût se faire une idée personnelle, aussi exacte que possible, de la marche des affaires sociales, et par conséquent de la valeur des propositions à soumettre à l'assemblée.

5042. — Cette expression « quinze jours *au moins* » est équivoque. Prise à la lettre, elle signifierait que dès avant la première quinzaine, l'actionnaire pourrait se faire communiquer les pièces dont il s'agit. Mais on s'accorde généralement à écarter cette interprétation littérale, et à interpréter l'article comme s'il disait « quinze jours *au plus* » ou même « dans les quinze jours ». En d'autres termes, on admet que les actionnaires ont le droit de prendre communication ou de se faire délivrer copie des pièces et documents qu'il énumère, seulement dans les quinze jours qui précèdent la réunion de l'assemblée générale et jusqu'au jour de cette réunion. — Pont, t. 2, n. 1671; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 856; Houpin, t. 2, n. 896.

5043. — La disposition de l'art. 35 est d'ordre public; doit donc être considérée comme entachée d'une nullité radicale la disposition statutaire qui tendrait à paralyser l'exercice de ce droit de contrôle individuel des actionnaires. Doit, en conséquence, être écartée la fin de non recevoir opposée par la société à l'action en nullité d'une assemblée générale, formée par un actionnaire à raison du refus de communication des pièces réglementaires, et fondée sur ce que les statuts sociaux interdiraient aux actionnaires d'agir en justice contre la société sans y avoir été préalablement autorisés par l'assemblée générale (V. *infrà*, n. 5163 et s.). — Paris, 28 déc. 1899, [J. *La Loi*, 16 juin 1900]

5044. — Jugé cependant que la clause des statuts d'une société anonyme, d'après laquelle « aucun actionnaire ne pourra intenter une demande en justice contre la société sans que cette demande ait été préalablement soumise à l'assemblée générale des actionnaires, dont l'avis devra être soumis aux tribunaux en même temps que la demande elle-même », est licite et que son observation s'impose à l'actionnaire qui veut introduire une action contre la société, alors du moins qu'aucun motif d'ordre public ne s'oppose à ce que l'exercice de l'action en justice intentée par l'actionnaire soit subordonné à l'avis préalable de l'assemblée générale. — Trib. comm. Seine, 25 oct. 1894, Winter, [S. et P. 95.2.115] — Spécialement, l'art. 28, L. 24 juill. 1869, disposant que la liste des actionnaires présents à l'assemblée générale doit être communiquée à tout requérant (V. *suprà*, n. 4929 et s.), un actionnaire auquel cette communication a été offerte, mais auquel la société a refusé de laisser prendre copie de ladite liste, ne saurait actionner en justice à l'effet de l'obliger à leur laisser prendre copie d'un document sans avoir préalablement soumis sa demande à l'assemblée générale : l'obligation de la communication, imposée par la loi, ayant été remplie dans l'espèce, aucun motif d'ordre public ne fait obstacle à ce que la clause des statuts subordonnant l'action en justice à l'avis préalable de l'assemblée générale réserve son application. — Même jugement.

5044 *bis*. — Le droit conféré par l'art. 35 appartient à tous les actionnaires, même à ceux qui ne posséderaient pas le nombre d'actions nécessaires, d'après les statuts, pour prendre part personnellement aux assemblées générales annuelles. — Trib. comm. Seine, 26 mai 1897, [*Gaz. des Trib.*, 16 juin 1897] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1672; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 858; Houpin, t. 2, n. 896; Boistel, n. 324.

5045. — En conséquence, est viciée dans son principe la constitution de l'assemblée, s'il est prouvé que les prescriptions légales ont été violées et qu'un actionnaire a été, par la faute des directeurs et administrateurs, dans l'impossibilité d'exercer avant l'assemblée un pouvoir de contrôle et d'investigation, sans qu'il soit même nécessaire de rechercher si le vote du demandeur, même présent, eût pu déplacer la majorité. — Même

jugement. — V. cep. Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99. 2.185, D. 98.2.153]

5046. — Et cette nullité emporte celle des délibérations prises dans l'assemblée, sans que ces irrégularités puissent être couvertes par l'approbation des comptes émanés d'une assemblée ultérieure, sans préjudice du droit pour l'actionnaire, privé de la faculté qu'il tient de la loi, de réclamer de ce chef des dommages-intérêts. — Même jugement. — Sur cete action en dommages-intérêts, V. Trib. comm. Angers, 24 janv. 1896, [*J. des soc.*, 97.80]

5047. — L'actionnaire a-t-il le droit de *prendre copie* des documents dont la loi prévoit la communicaton? Une partie de la jurisprudence se prononce pour l'affirmative, par le motif que la simple communauté pourrait être insuffisante pour permettre aux actionnaires de contrôler sérieusement la régularité de l'assemblée. — Paris, 19 févr. 1897, précité. — Trib. Seine (référés), 24 mars 1883, [*J. des soc.*, 84.529]; — 14 juin 1890, [*J. des soc.*, 91.14] — Trib. comm. Seine, 15 janv. 1894, [*J. des soc.*, 94.419] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 856. — V. aussi notes sous Bordeaux, 22 mars 1893, [S. et P. 94.2.47] — et sous Trib. comm. Seine, 25 oct. 1894, [S. et P. 94.2.115]

5048. — Une fraction de la doctrine, et notamment M. Houpin (t. 2, n. 879 et 897), se prononce en sens contraire. Il faut reconnaître que les arguments mis en avant par ce dernier auteur sont de nature à faire naître la plus sérieuse hésitation. D'abord, dit-il avec raison, le mot de communication, dans son sens naturel, désigne simplement la mise de documents à la disposition d'un tiers pour qu'il puisse s'assurer de ce qu'ils contiennent; prendre communication, c'est prendre lecture. En outre, si l'on permettait aux intéressés de prendre copie des documents qui leur sont communiqués, on provoquerait les inconvénients que la loi a redoutés et dont elle a manifesté la crainte en empêchant les intéressés de réclamer une copie à la société elle-même. Lorsqu'il a été question de modifier la loi du 24 juill. 1867, les rapporteurs du Sénat et de la Chambre ont été d'accord pour déclarer que le droit de prendre copie des documents sujets à communication ne pouvait être reconnu, d'une manière absolue, aux intéressés; il est inadmissible, a-t-on dit, que les noms des actionnaires puissent être livrés à la publicité sans leur consentement; la divulgation des inventaires ferait connaître aux concurrents tous les secrets de la société; sa situation commerciale serait discutée dans les journaux, etc. — V. les passages cités par Houpin, *loc. cit.* — Ces arguments, nous le répétons, sont très-forts. Pourtant, nous ne les croyons pas décisifs. L'expression de prendre communication est opposée par la loi à celle de se faire délivrer copie; il est donc permis de croire que le seul droit refusé aux intéressés qui peuvent prendre communication est celui d'*exiger* qu'une copie leur soit délivrée par les soins de la société. D'autres textes prouvent que le droit de prendre communication d'une pièce implique celui d'en prendre copie. Ainsi d'après l'art. 188, C. proc., chacune des partie peut réclamer la communication des pièces dont une autre parties veut se servir contre elle dans l'instance; on ne doute pas que ce droit d'exiger la communication n'implique droit de prendre copie (V. *Communication de pièces*, n. 104). — V. en ce dernier sens : Paris, 19 févr. 1897, précité. — Trib. comm. Seine, 14 juin 1890, [*J. des soc.*, 91.14]; — 15 janv. 1894, précité. — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 750; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. anon.*, n. 426; Vavasseur, t. 2, n. 817; Rousseau, t. 1, n. 2409.

5049. — Certains arrêts laissent toutefois aux tribunaux le soin d'apprécier suivant les circonstances, s'il y a lieu ou non d'autoriser les actionnaires à prendre copie des pièces dont la communication seulement leur est due. Si un refus non justifié par les circonstances de fait est opposé à l'actionnaire, lisons-nous dans l'arrêt précité, il appartient aux tribunaux de statuer et d'accorder d'urgence les autorisations personnellement, dans des conditions de nature à éviter des abus des deux parts. — Paris, 19 févr. 1897, précité.

5050. — Jugé également qu'une distinction essentielle doit être faite, sur l'art. 35, entre les pièces dont copie est due et celles dont simple communication doit être donnée. Une société peut donc être fondée à refuser, dans certaines circonstances de fait qu'il appartient au tribunal d'apprécier, de laisser prendre des notes sur son inventaire et sur la liste de ses actionnaires. Un tel refus ne saurait en conséquence servir de base à une action en nullité de l'assemblée générale. — Trib. comm. Lyon, 20 oct. 1902, [*Mon. jud. Lyon*, 5 nov. 1902] — V. Houpin, t. 2, n. 897.

5051. — De quelle liste d'actionnaires s'agit-il ici? L'art. 35 ne précise pas, mais il ne peut évidemment être question de la liste des actionnaires présents à l'assemblée générale, qui doit se tenir quinze jours plus tard. La liste visée est donc, nécessairement, la liste générale et nominative, annexée à l'acte constitutif déposé aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix, conformément à l'art. 55 de la loi de 1867. — Trib. comm. Seine, 15 janv. 1894, [*J. des soc.*, 94.253] — *Sic*, Pont, n. 1672; Rousseau, t. 1, n. 2407; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 773 *bis*. — V. *supra*, n. 3302 et s.

5052. — Jugé, relativement à cette liste qu'un actionnaire ne peut demander la nullité d'une assemblée générale, ni réclamer des dommages-intérêts aux administrateurs à raison de ce qu'une liste d'actionnaires a été dressée moins de quinze jours avant l'assemblée générale et n'a pu lui être communiquée dans le délai imparti par la loi, s'il n'établit point que le retard imputable à la société lui ait causé un préjudice quelconque, ou l'ait empêché de faire un usage utile de la communication qui lui était faite. — Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, D. 98.2.152] — V. Cass., 29 juin 1899, [S. et P. 99.1.409]

5053. — Cette circonstance peut cependant être prise en considération par les juges, lorsqu'il s'agit de répartir les dépens entre les parties. — Paris, 19 févr. 1897, précité.

5054. — La communication prescrite par la loi doit être une communication sérieuse, susceptible de renseigner utilement les requérants. Ainsi, ne constituerait pas une communication suffisante la remise d'un inventaire ne mentionnant aucun élément du passif, et résumant, sans aucun détail la situation active. Les explications orales, fournies à l'assemblée, ne sauraient suppléer aux documents prescrits par la loi, d'abord parce qu'elles sont tardives, ensuite parce qu'elles ne s'adressent point à tous les actionnaires, mais seulement à ceux qui possèdent un nombre d'actions suffisant pour être admis à l'assemblée. — Trib. comm. Seine, 16 janv. 1899, [*Journ. trib. comm.*, 1900.302]

5055. — Les pièces énumérées par l'art. 35 sont les seules dont les actionnaires puissent prendre connaissance. C'est ainsi qu'ils ne pourraient pas exiger communication du rapport du conseil d'administration, qui d'ailleurs est de peu d'utilité pour eux, ce rapport ne faisant guère que paraphraser les résultats de l'inventaire et du bilan. — Houpin, t. 2, n. 896; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 896; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 774.

5056. — Jugé également qu'ils n'ont pas droit à la communication des procès-verbaux des assemblées des actionnaires, et des annexes de ces procès-verbaux, feuilles de présence et états d'émargement. — Paris, 9 juill. 1866, Lefebvre-Colomban, [S. 67.2.262, P. 67.934, D. 66.2.138]

5057. — Il en est autrement, toutefois, sur ce dernier point depuis la loi de 1867, en ce qui concerne les *feuilles de présence*, qui doivent, ainsi qu'on l'a vu plus haut (n. 4929 et s.) être communiquées à tout requérant.

5058. — Notons également que, d'après (l'opinion générale, tout actionnaire d'une société en commandite et il en serait de même par identité de motifs de l'actionnaire d'une société anonyme) a le droit d'exiger communication du rapport fait par des *experts*, en exécution d'une délibération de l'assemblée générale, sur la situation de la société et l'administration des gérants. — Lyon, 17 nov. 1869, Decour et Vincent, [S. 71.2.26, P. 71. 99, D. 71.2.133] — *Sic*, Pardessus, n. 1018; Bédarride, t. 2, n. 431; Mathieu et Bourguignat, n. 44; Rousseau, t. 1, n. 2413.

5059. — Toutefois la disposition de l'art. 35 n'est pas exclusive du droit qui, dans des circonstances exceptionnelles, peut être reconnu aux actionnaires agissant individuellement, de réclamer en justice (en dehors du cas spécial prévu par ledit article), lorsqu'ils justifient qu'ils ont un intérêt sérieux à en prendre connaissance, la communication, au siège social, de la comptabilité, du portefeuille et de tous autres documents sociaux. Cette faculté dérive pour eux du droit qui leur appartient d'agir en responsabilité contre les fondateurs, administrateurs et commissaires de surveillance; l'exercice de ce droit serait souvent illusoire si les actionnaires ne pouvaient prendre communication des livres de la société par eux-mêmes ou par leur mandataire. — Cass., 3 déc. 1872 Chapuis, [S. 73.1.33, P. 73. 51, D. 73.1.191] — Trib. comm. Seine, 4 nov. 1886, [*Rev. des soc.*, 87.87]

5060. — Vainement objecterait-on que cette faculté de contrôle appartient aux commissaires de surveillance, agissant dans

l'intérêt collectif de tous les actionnaires. Chacun de ceux-ci a des droits propres à exercer; d'où la possibilité pour le juge, dans des circonstances exceptionnelles dont il est souverain appréciateur, d'autoriser un ou plusieurs d'entre eux à prendre communication des livres et valeurs de la société, voire même de prendre copie de certaines pièces. — Lyon, 30 mai 1900, [*Mon. jud. Lyon*, 4 sept. 1900]

5061. — C'est une question controversée que celle de savoir quel est le tribunal compétent pour ordonner, en cas de contestation, la communication des pièces réclamées par l'actionnaire. Dans un premier système, on décide que le juge des référés est compétent pour ordonner, sur la demande d'un actionnaire d'une société anonyme, dans le délai fixé par l'art. 35, L. 24 juill. 1867, la communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires. — Bordeaux, 22 mars 1893, Soc. des produits chimiques agricoles, [S. et P. 94.2.47, D. 93.2.528] — V. aussi Lyon, 17 nov. 1869, précité. — Trib. Seine (référés), 24 mars 1883, [*J. des soc.*, 84.529]; — 14 juin 1890, [*J. des soc.*, 91.14] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 817; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 856. — Sur la compétence du juge du référé, V. Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, *C. proc. civ. ann.*, sur l'art. 806.

5061 *bis*. — Jugé également que la communication des listes d'actionnaires présents à l'assemblée pouvant être demandée, aux termes de l'art. 28, par tout requérant invoquant un intérêt légitime, ne saurait être considérée comme constitutive d'une contestation entre associés rentrant, en vertu de l'art. 631, C. comm., dans la compétence des tribunaux consulaires. En conséquence, bien que le juge des référés soit incompétent en matière commerciale, il est cependant compétent pour statuer sur une demande à fin de communication de ladite liste. — Paris, 7 juin 1894, Comp. gén. transatlantique, [S. et P. 95.2.305] — *Contrà*, Houpin, t. 2, n. 879, *in fine*.

5062. — Mais la Cour de cassation a jugé au contraire que le juge des référés n'est compétent que dans les matières dont peuvent connaître les tribunaux civils et qu'il ne peut statuer sur les contestations dont la connaissance est réservée aux tribunaux de commerce par l'art. 631, C. comm. Or les termes généraux et absolus de cet art. 631 comprennent, dans l'expression de contestations entre associés, la demande formée avant la réunion de l'assemblée générale par un actionnaire, c'est-à-dire par un associé, contre les administrateurs de la société, à l'effet d'avoir communication et de prendre copie des documents destinés à établir la situation de la société. En conséquence, le juge des référés est incompétent pour statuer sur cette demande. — Cass., 25 juill. 1895, Soc. des prod. chimiques agric., [S. et P. 95.1.333, D. 96.1.180] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 898, et *J. des soc.*, 1893, p. 460]

5063. — Vainement invoquerait-on, en faveur de la compétence du juge des référés, le caractère urgent de la demande, les art. 417 et 439, C. proc. civ., donnant aux tribunaux de commerce la possibilité de satisfaire à toutes les exigences de célérité des affaires portées devant eux. — Même arrêt.

5064. — Dans tous les cas, si l'on admet la compétence du juge des référés, l'art. 35 étant complètement muet sur la forme et l'étendue de la communication aux actionnaires, il ne peut appartenir aux tribunaux compétents de déterminer ni de limiter leurs droits. En conséquence, si une contestation s'élève sur l'étendue du droit de communication, les administrateurs entendant la borner à la remise d'une copie du bilan résumant l'inventaire et à la simple communication de la liste des actionnaires, sans laisser prendre au demandeur ni notes, ni copies, le juge du référé ne saurait, sans préjuger le fond et excéder ses pouvoirs, autoriser l'actionnaire, non seulement à prendre des notes écrites sur les documents à lui communiqués, mais à en tirer une copie intégrale. — Bordeaux, 22 mars 1893, précité. — V. Rousseau, t. 1, n. 2415.

§ 2. *Sociétés en commandite par actions.*

5065. — De l'art. 35, précité, il convient de rapprocher l'art. 12 de la loi de 1867, spécial à la commandite par actions, ainsi conçu : « Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, par lui ou par un fondé de pouvoirs, au siège social, communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance ».

5066. — La comparaison des deux textes fait ressortir trois différences principales, dont aucune d'ailleurs ne comporte d'explication satisfaisante : 1° La loi n'exige ni la communication de la liste des actionnaires, ni celle de la feuille de présence, contrairement à la règle admise en matière de sociétés anonymes. — Bordeaux, 12 mai 1897, [*J. des soc.*, 97.510] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 741. — Il est à noter, d'ailleurs, que les actionnaires pourraient prendre connaissance et copie soit chez le notaire, soit aux greffes, de la liste des souscripteurs, si cette liste avait été annexée en fait à la déclaration des souscripteurs, bien que ce dépôt ne soit pas légalement obligatoire.

5067. — 2° Les actionnaires ne peuvent exiger copie d'aucune pièce, la loi ne parlant que de communication, au siège social. — Sur le droit pour eux de prendre copie, à leurs frais, en tout ou en partie, des pièces dont ils peuvent exiger la communication, et sur la controverse que cette faculté a fait naître, V. *suprà*, n. 5047 et s.

5068. — 3° A défaut de communication ou même de rapport du conseil de surveillance, la délibération prise par l'assemblée générale n'en serait pas moins valable. La loi de 1867 (art. 32) prononce, il est vrai, en matière de société anonyme, la nullité des délibérations non précédées du rapport complémentaire des commissaires, et l'on a pu logiquement en conclure à la nullité de la délibération non précédée de la communication aux actionnaires prescrite par l'art. 35. Mais aucune disposition de ce genre ne figure dans les articles de la loi relatifs à la commandite par actions; or, il n'y a pas de nullité sans textes. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1006.

5069. — A tous autres points de vue, les règles formulées par l'art. 35 doivent être étendues à la communication de pièces prescrite par l'art. 12. C'est ainsi, tout d'abord, que le droit à la communication appartient même aux actionnaires qui ne posséderaient pas le nombre d'actions prescrit par les statuts pour prendre part aux assemblées générales. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1006; Houpin, t. 1, n. 741. — V. *suprà*, n. 5044.

5070. — D'autre part, la disposition de l'art. 12, qui prescrit la communication aux actionnaires des bilans, inventaires et rapports du conseil de surveillance, quinze jours au moins avant la réunion des assemblées générales, n'est pas exclusive du même droit qui pourrait être exercé dans des circonstances exceptionnelles en dehors de cette période. — V. *suprà*, n. 5059. — V. aussi *suprà*, n. 1606 et s.

5071. — Mais l'exercice par les actionnaires, d'un droit d'investigation, en dehors du cas spécial prévu par l'art. 12, est soumis au contrôle des tribunaux, qui en apprécient souverainement l'opportunité. — Cass., 3 déc. 1872, précité.

5072. — Dans le cas où la communication des livres sociaux demandée par un actionnaire est reconnue nécessaire, celui-ci est valablement autorisé (comme cela a lieu dans le cas prévu par l'art. 12) à se faire assister par un comptable. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 1616.

5073. — De ce que la dissolution de la société aurait été prononcée par l'assemblée générale, il n'en résulte pas que les actionnaires soient sans intérêt et sans droit pour obtenir cette communication. Ce droit subsiste pour eux comme conséquence de celui qui leur appartient, soit de s'opposer à la dissolution en attaquant la délibération qui l'a ordonnée, soit de critiquer, en demandant des dommages-intérêts, la gestion du gérant et les opérations du conseil de surveillance. — Même arrêt.

Section III.

Exercice des actions judiciaires par les actionnaires.

5074. — Cette question soulève un double problème, d'une complexité extrême : *a*) Dans quels cas, et pour quelles causes les actionnaires peuvent-ils exercer, soit les actions sociales, soit les actions individuelles, issues d'un préjudice particulier éprouvé par le demandeur; *b*) comment, par quels modes légaux ces deux catégories d'actions peuvent-elles être exercées, et de quelles fins de non recevoir sont-elles susceptibles? — La difficulté de cette matière, l'une des plus obscures du droit commercial, ne provient pas seulement du laconisme de nos lois sur l'exercice des actions intéressant la société, mais aussi et surtout de la difficulté de proposer un critérium satisfaisant permettant de distinguer l'action sociale de l'action individuelle. Nous allons essayer de le déterminer.

§ 1. *Du critérium de la distinction des actions sociales et des actions individuelles.*

1° *Le critérium.*

5075. — Les systèmes les plus divergents ont été proposés à cet égard, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Il ne saurait être question de passer ici en revue toutes les variantes proposées. — Pour l'étude complète de la question, V. notamment : Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Vavasseur, t. 1, n. 743; Houpin, t. 1, n. 761; Rousseau, t. 2, n. 2663; Floucaud Pénardille, t. 2, n. 169; Labbé, notes sous Cass., 3 déc. 1883, [S. 85.1.97, P. 85.1.225], sous Cass., 23 févr. 1885, [S. 85. 1.337, P. 85.1.849]; et sous Cass., 18 mai 1885, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137]; Thaller, notes sous Paris, 6 mai 1885, [D. 86.2.25], sous Cass., 1er juill. 1897, [D. 98.1.569], et *Traité*, n. 454 et 545; Pic, *Faillite des sociétés*, p. 95, et note sous Paris, 31 mai 1892, [D. 93.2.249]; Levillain, note sous Paris, 28 janv. 1888, [D. 90.2.321]; Boistel, notes sous Lyon, 28 janv. 1890, [D. 92.2. 33], sous Angers, 19 mai 1891, [D. 92.2.81], et sous Cass., 19 mars 1894, [D. 94.1.485]; Valery, note sous Cass., 3 mars 1893, [D. 93.1.449]; Lacour, note sous Paris, 19 févr. 1897, [D. 98.2.153] — V. aussi Villemin, *Des actions sociales et individuelles;* Perroud, *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires, étude de jurisprudence française*; note sous Cass., 12 août 1889, [S. et P. 92.1.348]

5076. — Au surplus, tous ces systèmes, à part des divergences de détail, peuvent se ramener à deux principaux entre lesquels hésitent les auteurs et les arrêts : 1° Seraient *sociales* toutes les actions résultant d'un préjudice atteignant la société entière, c'est-à-dire tous les sociétaires ou actionnaires, et provenant d'une faute commise par les gérants ou les membres du conseil d'administration dans l'exercice de leur mandat; seraient *individuelles* toutes les actions nées à l'occasion d'un dommage particulier subi par un ou plusieurs sociétaires, mais n'atteignant pas l'universalité des associés. — V. notamment en ce sens : Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2. 33] — V. aussi Cass., 21 déc. 1875, Lagelouze, [S. 79.1.97, P. 79.241, D. 77.1.17]; — 11 nov. 1885, Wattier, [S. 88.1.455, P. 88.1.849, D. 85.1.413] — Paris, 20 mai 1879, Synd. Regnault, [S. 79.2.209, P. 79.852, D. 80.2.42] — Rennes, 1er août 1900, Watts-Ward, [D. 1901.2.300] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 743; Pont, t. 2, n. 1563; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Boistel, n. 313 *bis;* Perroud, p. 8 et s.

5077. — Jugé en ce sens : que les créanciers d'une société en commandite par actions, déclarée en état de faillite, sont sans qualité pour exercer individuellement et personnellement contre les membres du conseil de surveillance une action tendant au paiement du montant des pertes par eux subies dans la faillite, alors que cette action est fondée non sur une faute dont les demandeurs auraient ressenti un préjudice distinct et particulier, mais sur une cause de préjudice *commune à tous les créanciers* composant la masse de la faillite et représentés par les syndics. — Cass., 21 déc. 1875, précité.

5078. — ... Que le syndic d'une société en faillite représente la masse, et a seul qualité pour exercer les actions intéressant cette masse, notamment l'action intentée contre les fondateurs par un actionnaire ou un créancier, et ayant pour objet principal de faire déclarer nulle la société, à raison du défaut de souscription intégrale et de versement du quart des actions, et, comme conséquence, d'obtenir la réparation du préjudice causé au demandeur par cette nullité, l'action ainsi formulée n'étant pas fondée sur des actes préjudiciables au demandeur seul, et intéressant au même degré tous les actionnaires et les créanciers de la société. — Cass., 11 nov. 1885, précité. — Orléans, 20 mars 1884, Ordener et Coppens de Nortland, [S. 85.2. 145, P. 85.1.]

5079. — ... Qu'une double action en responsabilité est ouverte aux actionnaires contre les gérants et membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions : l'action sociale qui résulte d'un préjudice atteignant la société entière, c'est-à-dire tous les sociétaires actionnaires; l'action individuelle, s'il s'agit d'un dommage particulier subi par un ou plusieurs actionnaires, et qui n'atteint pas l'universalité des sociétaires. — Lyon, 28 janv. 1890, précité. — De ces deux actions, la première, en cas de faillite de la société, est rigoureusement réservée aux syndics. — Mêmes arrêts. — V. aussi Cass., 23 févr. 1870, Berthon, [S. 71.1.242, P. 71.745, D. 71.1.229]

5080. — 2° D'après un second système, le critérium de la distinction résiderait non point dans le nombre plus ou moins grand des intéressés, dans la nature individuelle ou collective du préjudice allégué, mais uniquement *dans la cause de l'obligation*. Suivant la formule proposée par M. Pic (note sous Paris, 31 mai 1892, Mamet et autres, [D. 93.2.249]) : « S'agit-il de mettre en jeu la responsabilité contractuelle des gérants ou des administrateurs, d'exercer contre eux l'action de mandat née en la personne de l'être social, l'action est *sociale*, même quand elle est exercée isolément par un ou plusieurs associés. S'agit-il, au contraire, d'un fait de responsabilité délictuelle, d'un délit ou d'un quasi-délit imputable aux gérants ou aux administrateurs, l'action en dommages-intérêts, née de délit ou quasi-délit, est une action individuelle, même dans le cas où le préjudice serait égal pour tous les actionnaires. S'agit-il d'un fait complexe, tel qu'une violation de la loi ou des statuts, constituant à la fois une faute contractuelle au regard de la société, et un délit au regard de chacun des associés individuellement envisagés, ce même fait donnera naissance concurremment à une action sociale et à des actions individuelles *ex delicto*, indépendantes de l'action sociale, et en nombre égal à celui des intéressés ». — Cass., 7 mai 1872, Pereire et consorts, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.2.233]; — 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1. 1137, rapp. de M. le conseiller Babinet, et la note de M. Labbé, D. 88.1.59] — V. dans le même sens, Lacour, note sous Paris, 19 févr. 1897, Winter, [D. 98.2.153]; Labbé, notes précitées; Villemin, p. 38. — V. aussi Houpin, t. 1, n. 761.

5081. — Ainsi jugé que la demande en indemnité des actionnaires imputant la perte de leurs versements au conseil de surveillance qui, notamment, ne les a pas appelés à délibérer sur la dissolution de la société dès le jour où le premier quart du capital a été perdu, *comme le prescrivent les statuts*, et qui, par ses rapports inexacts, a entretenu les actionnaires dans la plus dangereuse sécurité jusqu'à la catastrophe finale, est fondée sur un dommage distinct personnellement subi par ces actionnaires, et que l'indemnité allouée, indépendante de celle allouée en même temps à la masse sur la poursuite des liquidateurs, doit être attribuée personnellement auxdits actionnaires. — Cass., 19 mars 1894 (3 arrêts), Liquid. de la Soc. Talvande et Cie, Portet-Lavigerie, et Carrel et Chappée, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465]

5082. — Peut également être invoquée, dans le sens de ce second système, une double série d'arrêts qui ont admis, dans les deux cas suivants, qu'une action individuelle pouvait naître au profit des actionnaires, de faits ayant causé cependant un égal préjudice à la collectivité, à savoir : 1° Dans les cas où les administrateurs ne se seraient pas rendus coupables d'une simple faute de gestion, mais d'une *violation de la loi ou des statuts*, chaque associé pouvant se prétendre individuellement lésé par cette violation des statuts, et intenter de ce chef contre les administrateurs une action individuelle *ex delicto*, indépendante de l'action sociale de mandat appartenant au syndic. — Cass., 7 mai 1872, précité; — 18 mai 1885, précité; — 19 mars 1894, précité; — 1er juill. 1897, Mutuelle des sucres, [D. 98.1.569, et la note de M. Thaller] — Lyon, 12 mars 1885, Perraud et autres, [S. 86.2.241, P. 87.1.1245, D. 86.2.136] — Paris, 6 févr. 1896, Georges et Bulté, [S. et P. 97.2.132, D. 96.2.518]

5083. — 2° En ce qui concerne l'*action en nullité* pour vice de constitution et les actions en responsabilité se rattachant par un lien de cause à effet à cette action en nullité. Ces actions intéressent la collectivité, elles présentent pour l'ensemble des actionnaires un intérêt identique ; et cependant une fraction importante de la doctrine les envisage comme des actions individuelles. N'est-il pas en effet contradictoire de qualifier de sociale une action tendant précisément à établir que la société n'existe pas légalement? Une action sociale ne se conçoit que née en la personne de la société, issue du mandat qu'elle confère à ses représentants. Suivant la formule de M. Thaller (n. 454) « une telle action appartient d'autant moins à la société qu'elle est basée sur l'inexistence de celle-ci. Le fait que la mesure du préjudice est le même pour tous ne les empêche pas d'exercer chacun un droit propre, et non un droit syndiqué ». — V. en ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 789; Levillain, *loc. cit.*; Pic, *loc. cit.*; Villemin, *loc. cit.*

5084. — Jugé, en ce sens, qu'en cas de nullité d'une société anonyme illégalement constituée, à raison de la déclaration men-

songère de la souscription intégrale du capital et du versement du quart, l'action en responsabilité exercée contre un administrateur, par un souscripteur d'actions, qui a dû en verser le montant, n'est pas une action sociale. — Cass., 18 mai 1885, précité.

5085. — ... Que l'on doit considérer comme une action individuelle l'action en nullité des délibérations qui auraient été prises par l'assemblée générale des actionnaires en dehors de ses pouvoirs ou au mépris des formalités prescrites par la loi. — Bourges, 6 avr. 1892, Soc. anon. du gaz de Saint-Amand, [S. et P. 93.2.213, D. 93.2.347]

5086. — ... Que lorsque des actes et des délibérations modificatives d'une société anonyme, d'ailleurs régulièrement constituée, sont, à raison de ce qu'ils n'ont pas été publiés conformément à la loi du 24 juill. 1867, susceptibles d'être argués de nullité par les intéressés, cette nullité et l'action en responsabilité qui en dérive contre les administrateurs, n'intéressent les créanciers que pris individuellement; que, dès lors, elles ne sauraient, même en cas de faillite de la société, être poursuivies que par chacun d'eux; qu'en conséquence, le syndic y est tout à la fois non recevable et mal fondé. — Toulouse, 26 déc. 1876, sous Cass., 16 janv. 1878, Synd. de la Soc. des Verreries de Gaillac, [S. 78.1.441, P. 78.1169] — V. Trib. Cahors, 31 juill. 1885, sous Agen, 19 mars 1886, [S. 88.2.191, P. 88.1.997] — V. cependant en sens contraire, Cass., 11 nov. 1885, précité. — Orléans, 20 mars 1884, — Lyon, 12 mars 1885, précité. — Sur les pouvoirs du syndic de faillite pour l'exercice des actions sociales, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 979 et s.

2° Principales applications du criterium proposé.

5087. — I. *Action en nullité de la société pour vice de constitution, et action en responsabilité découlant de la nullité.* — V. *suprà*, n. 3732 et s.

5088. — II. *Action en responsabilité pour faute de gestion, ou pour violation des statuts.* — L'action en dommages-intérêts exercée contre les administrateurs d'une société anonyme (et contre les gérants d'une société en commandite) en réparation du préjudice causé *à la société* pour faute commise dans leur gestion, est incontestablement une action sociale, à quelque système que l'on se rallie sur la question étudiée précédemment. Il s'agit, en effet, ici d'un dommage subi par la collectivité des associés, et d'un dommage se rattachant à l'exécution du mandat social, donnant par conséquent ouverture, par définition même, à l'action *mandati*. — Cass., 20 févr. 1877, Liquid. de la Soc. anon. des mag. gén. de Bordeaux, [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.221]; — 21 juin 1881, Pazat, [S. 85.1.107, P. 85.1.242, D. 81.1.465]; — 23 févr. 1885, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. Labbé, D. 85.1.413]; — 9 juill. 1888, Thouroude, [S. 89.1.361, P. 89.1.894, D. 88.1.321]; — 12 août 1889, Bideau, [S. et P. 92.1.348, D. 90.1.457]; — 6 août 1894, Péramy, [S. et P. 94.1.496, D. 95.1.144] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 485; Houpin, t. 1, n. 761; Mathieu et Bourguignat, n. 99; Vavasseur, t. 1, n. 940; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 873; Villemin, p. 38; Pic, *Faill. des soc.*, p. 86; Thaller, n. 544; Perroud, p. 8; Rousseau, t. 2, n. 2669; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 175; notes précitées de MM. Labbé, Levillain, Boistel, Thaller, Pic, Lacour.

5089. — Ainsi, est sociale l'action intentée contre le gérant en réparation du préjudice causé à la société pour fautes commises dans sa gestion, car il s'agit alors du dommage subi par la collectivité des associés dans l'exécution du mandat social. — Cass., 12 août 1889, précité.

5090. — Mais il en est autrement lorsque les actionnaires ont subi un préjudice personnel et distinct du préjudice social par suite des manœuvres frauduleuses des gérants ou des administrateurs. Dans ce cas, l'action en dommages-intérêts qui appartient aux intéressés a sa source dans le quasi-délit commis par les gérants ou les administrateurs, à l'encontre de chaque actionnaire personnellement : elle est exercée, non plus en vertu du mandat donné par la société, mais en vertu de l'art. 1382, C. civ., et, par suite, elle doit être considérée comme une action individuelle. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.2.233]; — 3 déc. 1883, Maslier, [S. 85.1.97, P. 85.1.225, et la note de M. Labbé, D. 84.1.389] — Paris, 16 avr. 1870, Monnot et autres, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121]; — 28 juin 1894, Calmanes, [D. 95.2.523] — Bourges, 25 févr. 1891, sous Cass., 28 juin 1892, Regnault, [S. et P. 94.1.330] — Auteurs précités.

5091. — Spécialement, lorsque l'entrée des sociétaires dans une société anonyme, au moyen d'un achat d'actions, n'a été déterminée que par des rapports et bilans frauduleux émanant des administrateurs, et dont l'objet était de dissimuler la situation mauvaise de l'association, ces sociétaires sont recevables à agir en dommages-intérêts contre les administrateurs, encore bien que la société ait transigé avec ceux-ci quant aux responsabilités de toutes sortes pouvant résulter de leur gestion. — Mêmes arrêts.

5092. — ... Ou, encore que, pour la décharge de toutes les suites de leur mandat, la société ait reçu d'eux une somme d'argent, sauf le recours des administrateurs contre la société, s'ils sont plus tard condamnés à des dommages-intérêts envers les tiers que, dans l'exécution de ce mandat, ils auraient lésés individuellement. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

5093. — Mais les actionnaires ne peuvent agir individuellement en dommages-intérêts contre les administrateurs ou gérants, en raison du préjudice qu'ils leur auraient causé en les attirant dans la société, qu'à la condition de prouver le dol et la fraude personnelle de ces administrateurs ou gérants. — Paris, 27 juin 1888, sous Cass., 21 janv. 1890, Canadell y Villa Vecchia, [S. 90.1.404, P. 90.1.972]

5094. — En conséquence, la demande en dommages-intérêts formée par les associés contre les administrateurs ou gérants et fondée seulement sur le dol et la fraude par lesquels l'associé prétend avoir été induit à souscrire des actions de la société, est à bon droit repoussée lorsqu'il est établi que les administrateurs ont été de bonne foi et qu'ils n'ont trompé les associés sur aucun point. A cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Cass., 21 janv. 1890, précité.

5095. — D'autre part, chacun de ceux qui font partie, ou ont fait partie, d'une société anonyme ne peut, de son chef et en vertu de l'art. 1382, C. civ., agir en responsabilité contre les administrateurs, qu'à la charge de démontrer que les fautes par lui imputées à ces administrateurs, ont eu une influence préjudiciable, soit sur son entrée dans la société lors de l'achat de ses actions, soit sur sa sortie par une revente, et lui ont directement causé préjudice. — Cass., 3 déc. 1883, Maslier, [S. 85.1.97, P. 85.1.225, et la note de M. Labbé, D. 84.1.339] — Sur la relation que doit avoir la faute commise avec le préjudice causé, V. *suprà*, n. 4327 et s.

5096. — Spécialement, si l'on peut admettre que l'actionnaire d'une société en commandite, argumentant de ce qu'un bilan mensonger a été la cause de son entrée dans la société, est un tiers auquel l'approbation du bilan ne peut être opposée, et que, comme tel, il a le droit d'invoquer les art. 1382 et s., C. civ., contre le gérant et le président du conseil de surveillance, c'est à la condition essentielle que les fautes par lui alléguées aient déterminé la formation d'un lien de droit entre la société et lui et son entrée dans ladite société. — Cass., 5 mai 1890, Léo, [S. et P. 93.1.889]

5097. — En conséquence, la demande en responsabilité de l'actionnaire ne saurait être accueillie lorsque la date de son entrée dans la société et les circonstances dans lesquelles il est devenu actionnaire prouvent que ce n'est pas la considération du bilan produit et par lui incriminé qui a déterminé sa souscription; et, à cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Même arrêt.

5098. — En tout cas, l'action des associés contre les administrateurs d'une société anonyme, fondée sur l'art. 1382, C. civ., constitue, non une action personnelle, mais une action sociale, lorsque les associés n'ont souffert aucun dommage personnel et particulier, et qu'aucun fait, présentant un caractère privé ou ayant engendré un préjudice distinct de celui souffert par la société, n'est imputé ou établi à la charge des administrateurs, en dehors des actes accomplis par eux dans l'exercice de leur mandat social. — Paris, 30 juin 1883, sous Cass., 23 févr. 1885, Perron, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. Labbé, D. 85.2.18]

5099. — C'est une question controversée que celle de savoir si les fautes de gestion commises par les administrateurs ou gérants *en violation des statuts ou de la loi*, doit être considérée comme une action sociale ou comme une action individuelle, ou, plus exactement, si d'une telle violation ne naissent pas, en dehors de l'action sociale *mandati*, autant d'actions individuelles

qu'il y a d'intéressés, c'est-à-dire d'actionnaires? Une première opinion, à laquelle la Cour suprême s'était d'abord ralliée, considère qu'une faute de gestion, même compliquée d'une violation de la loi ou des statuts, ne saurait donner lieu qu'à une action sociale (réserve faite cependant pour le cas où la violation des statuts toucherait aux bases essentielles des statuts, que la majorité des actionnaires ne peut pas modifier; V. chap. 6, *infrà*). — Jugé en ce sens que l'action dirigée par le propriétaire d'actions d'une société anonyme, contre les administrateurs de cette société, à l'effet de faire déclarer les administrateurs responsables de fautes commises dans l'exercice de leur mandat (spécialement, d'avances faites sans nantissement à une autre société, contrairement aux prescriptions des statuts) est une action sociale, qui ne peut être exercée individuellement par l'associé, après que l'assemblée générale des actionnaires a déclaré renoncer, à titre de transaction, à toute action sociale contre les administrateurs, moyennant le versement d'une somme déterminée. — Cass., 21 juin 1881, Pazat, [S. 85.1.107, P. 85.1.242, D. 81.1.465] — V. Paris, 5 mai 1891, [*Ann. du dr. comm.*, 91.1.137] — Trib. comm. Seine, 24 août 1898, [*J. des trib. de comm.*, 1900.237] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 761; Rousseau, t. 2, n. 2669; Perroud, p. 11 et s. — V. *infrà*, n. 5155.

5100. — Il importe peu que la transaction ait eu pour effet de couvrir la violation, par les administrateurs, de certaines prescriptions du pacte social. Si, en effet, les assemblées, même générales et extraordinaires, ne peuvent imposer aux actionnaires des dispositions qui, en modifiant les conditions fondamentales d'une société, en changent l'essence, il en est différemment d'une délibération qui a pour objet de mettre fin à une contestation, née ou imminente, entre la société et les administrateurs, à raison d'une faute commise par ceux-ci, et d'assurer la réparation du préjudice causé par cette faute. — Cass., 21 juin 1881, précité.

5101. — Jugé également que lorsque les administrateurs sont recherchés en leur qualité de mandataires pour l'inaccomplissement des obligations que leur mandat impliquait *et la violation des statuts sociaux*, l'action est exclusivement sociale, le préjudice éprouvé personnellement par chaque intéressé se confondant avec celui qui atteint la société entière et n'en pouvant être séparé au gré des intérêts et des convenances de chacun. — Trib. comm. Nantes, 11 déc. 1897, [*Mon. jud. Lyon*, 1er et 3 janv. 1898]

5102. — Dans un second système, au contraire, qui prévaut en doctrine et auquel la Cour de cassation (revenant d'ailleurs à un principe admis par elle dans un arrêt déjà ancien du 20 févr. 1877, Liquid. de la soc. anon. des mag. gén. de Bordeaux, [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.221]), s'est implicitement ralliée, la violation des statuts et de la loi par les gérants ou administrateurs donnerait simultanément ouverture à deux séries d'actions : d'une part l'action sociale de mandat, dont la société a la libre disposition, et d'autre part autant d'actions individuelles *ex delicto* qu'il y a d'actionnaires. En effet « quand le conseil ou le gérant sort de ses attributions légales, il porte atteinte au lien qui unit chaque actionnaire à la société; de là pour chaque actionnaire, une action individuelle dont l'assemblée, statuant à la majorité, ne peut pas disposer puisqu'elle n'appartient pas à la société ». — Pic, *Faill. des soc.*, p. 102, et note sous Paris, 31 mai 1892, Mamet et autres, [D. 93.2.249] — V. aussi Labbé, note sous Cass., 3 déc. 1883, [S. 85.1.97, P. 85.1.225]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Villard, p. 129; Vavasseur, t. 1, n. 746; Lacour, note sous Paris, 19 févr. Winter, [D. 98.2.153]; Villemin, p. 38.

5103. — Jugé en ce sens que les actes d'impéritie ou de mauvaise gestion des administrateurs d'une société anonyme, *lorsqu'ils ne constituent pas une infraction aux statuts*, peuvent être couverts, au regard des actionnaires, par l'approbation de l'assemblée générale (il s'agissait en l'espèce d'administrateurs qui n'avaient pas pris de précautions suffisantes pour exiger l'exécution d'une convention au profit de la société, c'est-à-dire d'une faute de gestion simple). — Cass., 20 févr. 1877, précité.

5104. — ... Qu'un actionnaire d'une société anonyme ou en commandite par actions peut exercer contre les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de cette société une action individuelle en responsabilité, malgré l'approbation ou le *quitus* qui leur a été donné par l'assemblée générale des actionnaires, si les faits sur lesquels se fonde l'action en responsabilité consistent dans la violation des statuts ou de la loi, et par conséquent du mandat que la société et chacun de ses membres avaient conféré aux membres du conseil d'administration ou de surveillance. — Paris, 6 févr. 1896, Georges et Bulté, [S. et P. 97.2.132, D. 96.2.518]

5105. — ... Que la violation des statuts par les administrateurs peut donner lieu à une double action : une action sociale fondée sur l'intérêt collectif, et une action individuelle au profit de chacun des actionnaires, personnellement lésés par cette violation. — Cass., 19 mars 1894, Soc. Talvande, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465]

5106. — La signification véritable de cet arrêt se précise, si on veut bien remarquer que les faits de violation des statuts allégués par les actionnaires à l'appui de leur action séparée étaient des faits ayant causé à tous les associés un préjudice *identique*. C'est donc bien (V. sur les motifs allégués *suprà*, n. 5081), se fondant sur la méconnaissance des statuts que la Cour a admis l'existence de ces actions individuelles, distinctes de l'action sociale. Cette thèse se fortifie encore par la lecture du passage suivant des conclusions de M. l'avocat général Rau : « Les infractions dont les mandataires d'une société, gérants, administrateurs, commissaires de surveillance, se rendent coupables, peuvent, indépendamment de la faute contractuelle, présenter le caractère de véritables délits ou quasi-délits. Il en sera ainsi lorsque l'inobservation des devoirs du mandataire *aura été accompagnée d'une violation, soit des statuts, soit de la loi spéciale aux sociétés, soit enfin de la loi commune.* Il est aisé de comprendre qu'un fait illicite de cette nature puisse causer un double dommage : à la société, corps moral, et aux actionnaires en tant qu'individus. Comme l'auteur d'un quasi-délit est tenu à la réparation de tous les ordres de préjudice résultant de sa faute, ce double dommage engendrera nécessairement une double action : 1° celle de la collectivité dans laquelle l'actionnaire est intéressé pour sa part; 2° celle de l'actionnaire lésé comme particulier. Cette dernière action est qualifiée, dans la technologie de la matière : action *individuelle* ou *personnelle* ».

5107. — La Cour de cassation a, d'ailleurs, consacré à nouveau la même doctrine en qualifiant expressément d'action individuelle, que les actionnaires peuvent exercer contre les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société, malgré l'approbation ou le *quitus* qui lui a été donné par l'assemblée générale des actionnaires, l'action en responsabilité fondée sur ce que les membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société d'assurances mutuelles ont violé les statuts et les dispositions de l'art. 16, Décr. 22 janv. 1868, en s'abstenant, pendant toute une année, de convoquer l'assemblée générale, et ont contrevenu aux prescriptions de l'art. 33 du même décret, en tolérant que les fonds appartenant à la société fussent représentés par des titres au porteur au lieu de l'être par des valeurs immatriculées au nom de la société. — Cass., 1er juill. 1897, Mutuelle des sucres, [D. 98.1.569, et la note de M. Thaller] — V. dans la même affaire, Paris, 6 févr. 1896, précité. — Sur les sociétés d'assurances régies par le décret du 22 janv. 1868, V. *infrà*, v° *Sociétés d'assurances*

5108. — L'action en responsabilité est soumise à la prescription de trente ans, et non pas à la prescription de trois ans des art. 637 et 638, C. instr. crim., laquelle ne s'applique à l'action civile que si elle a pour base unique et nécessaire un délit correctionnel et non un délit purement civil. Ainsi, cette dernière prescription est inopposable à l'action en responsabilité dirigée par l'obligataire d'une société anonyme contre le fondateur ou les administrateurs de cette société à raison d'une faute consistant à avoir déclaré que la souscription d'actions nouvelles émises par la société était réalisée par le versement du quart du capital, tandis qu'il en avait été fait compte aux souscripteurs par un jeu d'écritures sans que la société eût rien encaissé. — Cass., 6 mars 1893, Otlet, [S. et P. 95.1.483, D. 93.1.73] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 833; Houpin, t. 2, n. 830. — V. sur le principe, Cass., 28 avr. 1896, Coutard, [S. et P. 96.1.312]; — 27 déc. 1897, Grandgérard, [S. et P. 99.1.81, et la note de M. Le Poittevin]

5109. — Peu importe que cette infraction à l'art. 1, L. 24 juill. 1867, doive entraîner ou non la nullité de la société. — Cass., 6 mars 1893, précité.

5110. — De même encore, l'administrateur reconnu coupable d'avoir, par des manœuvres dolosives, recruté des ouvriers pour une exploitation de *placers* dans un pays insalubre, et d'avoir laissé mourir certains d'entre eux faute de soins, ne saurait opposer la prescription triennale à l'action de la veuve de l'ou-

vrier, sous prétexte que cette action serait fondée sur un délit d'homicide par imprudence, alors que l'action de la veuve n'a pas pour source unique et nécessaire le délit, mais dérive aussi des fautes graves commises par les administrateurs de la société, et, parmi eux, l'administrateur actionné, dans l'exécution du contrat de louage de services de leurs ouvriers. — Cass., 20 janv. 1902, Hersent, [S. et P. 1902.1.280]

5111. — D'autre part, la prescription de cinq ans, édictée par l'art. 64, C. comm., ne protège les anciens associés que contre les actions auxquelles ils seraient exposés à raison d'engagements sociaux dont ils sont tenus contractuellement; mais le bénéfice de cette faveur ne doit pas être étendu aux administrateurs d'une société anonyme poursuivis comme responsables de leur quasi-délit, que la faute par eux commise ait ou non pour sanction la nullité de la société. — Même arrêt. — Sur la prescription quinquennale de l'art. 64, V. *suprà*, n. 899 et s.

5112. — La prescription de l'action en responsabilité dirigée par des souscripteurs d'actions contre les administrateurs ou commissaires de surveillance d'une société anonyme, pour avoir obtenu des souscriptions à l'aide de moyens frauduleux, commence à courir du jour de la souscription. — Bourges, 25 févr. 1891, sous Cass., 28 juin 1892, Regnault, [S. et P. 94.1.330] — C'est, en effet, au jour de la souscription que naissent les droits et les obligations du souscripteur. C'est, dès lors, à ce moment que ses actions commencent à devenir prescriptibles.

5113. — Cette prescription est suspendue pendant la durée de l'instance correctionnelle intentée contre les administrateurs ou commissaires, alors même que celle-ci a abouti à leur acquittement (Bourges, 25 févr. 1891, précité), par application de la règle : « Le criminel tient le civil en état ». — V. *suprà*, v° *Action civile*, n. 571 et s.

5114. — III. *Action en révocation du gérant*. — L'action en révocation d'un gérant de société en commandite est une action sociale, puisque le gérant, mandataire commun et général des associés, ne peut être révoqué que par la société de laquelle il tient son mandat, ou, en cas de contestation, sur la poursuite de celle-ci. — Cass., 12 août 1889, Bideau, [S. et P. 92.1.348, D. 90.1.457] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 761; Pont, t. 2, n. 1573. — En ce qui concerne les conditions de révocation des gérants, statutaires ou non, V. *suprà*, n. 3529 et s.

5115. — Il en est de même de l'action intentée contre le gérant en réparation du préjudice causé à la société pour fautes commises dans sa gestion, car il s'agit alors d'un dommage subi par la collectivité des associés dans l'exécution du mandat social. — Même arrêt.

5116. — Dans une société en commandite par actions, de semblables demandes ne peuvent être formées par des membres du conseil de surveillance; les pouvoirs des membres de ce conseil, tels qu'ils sont définis par les art. 10 et 11, L. 24 juill. 1867, ne comprenant pas l'exercice des actions sociales sans mandat spécial de l'assemblée générale. — Cass., 12 août 1889, précité.

5117. — Et les membres du conseil de surveillance ne sauraient trouver ce pouvoir dans un article des statuts qui les charge de ce qui pourrait intéresser la société; un mandat aussi vague et si mal défini ne les autorise pas à représenter la société en justice. — Même arrêt. — La clause des statuts, qui, dans l'espèce, était insuffisante, pourrait être plus précise, et investir expressément le conseil de surveillance du droit d'intenter toutes actions contre le gérant. Une pareille clause serait-elle valable? V. dans le sens de la négative, Pont, *Sociétés civiles et commerciales*, t. 2, n. 1573. « Dans aucun cas, dit-il, les actionnaires ne peuvent constituer un mandataire permanent. Le projet de 1838, amendé par la commission de la Chambre des députés, portait, dans son art. 32, que les actionnaires, dans le cas donné, procéderaient en justice à la diligence de commissaires nommés spécialement pour chaque affaire. La loi actuelle est évidemment conçue dans la même pensée ».

5118. — Les membres du conseil de surveillance ne sont pas mieux fondés à former les demandes en question en agissant en leur nom personnel et comme actionnaires pour le compte et dans l'intérêt de la société; si, en certains cas spécialement déterminés par l'art. 17 de la loi de 1867, un actionnaire peut agir en responsabilité contre le gérant, c'est seulement lorsque son intérêt propre, distinct de celui de la collectivité des actionnaires, a été lésé par les fautes de gestion. — Même arrêt. — Sur le droit pour les actionnaires d'exercer *ut singuli* l'action sociale, V. *infrà*, n. 5130 et s.

5119. — Jugé même que l'intervention dans la cause d'un mandataire spécialement délégué par l'assemblée générale aux fins de déclarer qu'elle s'appropriait au besoin les demandes et conclusions des membres du conseil de surveillance et des actionnaires, et la déclaration conforme à son mandat faite en justice par ce délégué, n'ont pu rendre valable et efficace une demande principale nulle en elle-même et dans son principe, comme intentée par des demandeurs sans droit ni qualité. — Même arrêt. — V. sur le principe, Poitiers, 27 mai 1880, Chaniaud, [S. 82.2.21, P. 82.1.111, D. 81.2.18]

5120. — Comment donc devra-t-on procéder pour engager l'instance régulièrement? Une seule voie (réserve faite de la faculté pour les actionnaires d'intenter *ut singuli* l'action sociale) est ouverte aux membres du conseil de surveillance : ils provoqueront la réunion, d'urgence, d'une assemblée générale extraordinaire; et cette assemblée, organe de la société, désignera un ou plusieurs mandataires *ad litem* (elle pourrait choisir précisément les membres du conseil de surveillance), à l'effet d'intenter l'action.

5121. — IV. *Action en dissolution*. — Sur l'action en dissolution de la société, V. *infrà*, n. 5583 et s.

5122. — V. *Action en annulation de souscriptions extorquées par fraude*. — Cette action, basée sur un préjudice particulier éprouvé par certains souscripteurs, préjudice variable suivant les circonstances de fait dans lesquelles le titre a été acquis, à l'émission, en Bourse ou en banque, suivant la date de cette acquisition, le taux de l'achat, etc... peut être considérée comme le type de l'action individuelle, basée sur l'art. 1382. Elle appartient en propre à l'actionnaire victime du dol, et la société ne saurait sous aucun prétexte être admise à en disposer par une transaction, ou un *quitus*, qui serait nécessairement *res inter alios acta* au regard de l'ayant-droit. — Cass., 7 mai 1872, Monnot, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.2.233]; — 20 juill. 1898, Devos (motifs), [S. et P. 99.1.85, D. 98.1.421] — Paris, 16 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121]; — 30 juin 1883, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. Labbé, sous Cass., 23 févr. 1885, D. 85.2.18]

5123. — A plus forte raison faut-il considérer comme une action rigoureusement individuelle, non susceptible d'être intentée par le syndic de la faillite, ni paralysée par un acte de disposition émané de celui-ci, l'action en annulation de souscription ou en dommages-intérêts formée par un obligataire qui se plaint d'avoir été induit en erreur sur la situation véritable de la société et sur la valeur des titres par les manœuvres des administrateurs, ou membres du conseil de surveillance d'une commandite. — Cass., 20 juill. 1898, précité. — Paris, 7 avr. 1887, Sauvalle, [S. 90.2.238, P. 90.1.1339, D. 89.2.41] — Sur la survie de l'action individuelle des obligataires à la faillite sociale, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 979 et s.

§ 2. *Intérêts pratiques de la distinction des actions sociales et individuelles.*

1° Au point de vue des personnes admises à exercer l'action.

5124. — I. *Action sociale*. — L'action sociale appartient exclusivement à la société; il en résulte qu'en principe elle ne peut être exercée qu'au nom de la société et par ses représentants légaux : assemblée générale des actionnaires pendant la durée de la société, syndic ou liquidateur après sa faillite ou sa liquidation. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Houpin, t. 1, n. 761; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 167 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 874; Villemin, p. 43 et s. — Nous n'étudierons ici, en principe, que l'exercice des actions sociales appartenant à une société *integri status*. — Pour le cas d'une société en faillite ou en liquidation judiciaire, V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 979 et s.

5125. — Jugé, à cet égard, que les administrateurs d'une société anonyme ayant pour mandant la collectivité des actionnaires, à laquelle seul appartient le droit d'exercer contre les administrateurs en faute l'action de mandat, la majorité du conseil d'administration n'a point qualité pour intenter, de son chef, une action en responsabilité contre un administrateur auquel des fautes personnelles sont imputées. — Rouen, 30 mars 1885, Banque rouennaise de dépôts, [S. 85.2.209, P. 85.1.1230]

5126. — Pour qu'il soit dérogé à cette règle de droit commun, il ne suffit pas qu'un article des statuts confère au conseil d'administration l'exercice de toute action judiciaire au nom de la société; cet article doit être entendu des actions sociales contre des tiers. — Même arrêt. — C'est à l'assemblée seule qu'il appartient de disposer de l'action, à laquelle elle pourrait valablement renoncer en donnant *quitus* à l'administrateur coupable, ou au moyen d'une transaction. C'est donc à elle qu'il appartient de la mettre en mouvement. — V. Rouen, 15 janv. 1897, [*Rec. de Rouen*, 98.1.15]

5127. — Mais qui suivra la procédure au nom de l'assemblée? Certaines décisions judiciaires ont reconnu à l'assemblée le droit de désigner des mandataires *ad litem*, chargés d'intenter l'action en son nom et de suivre l'instance. — Lyon, 24 déc. 1881, Franville, [D. 83.2.241] — Paris, 12 juill. 1894, [*Rev. des soc.*, 94.532]

5128. — Mais la régularité de cette procédure est très-contestée, et l'opinion dominante est que la société, tant qu'elle existe, ayant pour mandataires légaux ses administrateurs ou gérants en exercice, n'a pas à désigner pour plaider en son nom des mandataires spéciaux. Vainement argumenterait-on en sens contraire de l'art. 17 de la loi de 1867, cet article se référant à l'exercice individuel de l'action sociale par un groupe d'actionnaires et non à l'exercice de cette action au nom de la collectivité. — Paris, 21 févr. 1874, Chavoutier, [S. 74.2.143, P. 74.613, D. 76.1.387]; — 8 mai 1895, [*Rev. des soc.*, 95.419] — Trib. comm. Seine, 23 déc. 1891, [*Rev. des soc.*, 92.152] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1566; Vavasseur, t. 1, n. 734; Houpin, t. 1, n. 747.

5129. — Pratiquement, l'assemblée générale procédera donc tout d'abord à la révocation des gérants ou administrateurs coupables; puis elle donnera mandat aux nouveaux administrateurs ou gérants d'engager l'instance contre leurs prédécesseurs révoqués.

5130. — Mais l'action sociale peut-elle être exercée par les actionnaires individuellement, ou suivant l'expression consacrée, *ut singuli?* On a soutenu la négative en se fondant sur ce que l'action sociale, appartenant à la collectivité, ne peut, dès lors, être mise en mouvement que par les représentants légaux, et non par les membres de cette collectivité. — Orléans, 20 mars 1884, Ordener, [S. 85.2.145, P. 85.1.812, D. 86.2.85] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Villard, p. 157; Labbé, note sous Cass., 3 déc. 1883, [S. 85.1.97, P. 85.1.225] — V. aussi Cass., 12 août 1889 (motifs), Bideau, [S. et P. 92.1.348, D. 90. 1.457] — Pic, *Faill. des soc.*, p. 100.

5131. — Décidé, également, que, en matière de sociétés anonymes, un actionnaire ne peut, par son action individuelle, mettre en mouvement l'action sociale; qu'il y a dans ce cas nécessité de s'adresser au préalable à l'assemblée générale des actionnaires; et qu'on ne peut laisser compromettre par le porteur d'une action, qui peut être un spéculateur, les intérêts de la société et son existence même. — Toulouse, 18 janv. 1887, Durban, en sous-note, sous Cass., 27 nov. 1888, [S., P., D. 89. 1.447]

5132. — Mais l'opinion qui prévaut au contraire aujourd'hui, tant en doctrine qu'en jurisprudence, est que chaque actionnaire peut exercer l'action sociale en cas d'inaction des représentants légaux de la société : cette interprétation, dit-on, s'induit logiquement de l'art. 17, lequel dans sa disposition finale (étendue par l'art. 39 aux sociétés anonymes) réserve à chaque actionnaire le droit d'agir individuellement contre les gérants, membres du conseil de surveillance ou administrateurs, sans distinguer entre l'action individuelle et l'action sociale. — Cass., 20 févr. 1877, Liquid. de la Soc. anon. des mag. gén. de Bordeaux, [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.221]; — 3 déc. 1883, Maslier, [S. 85.1.97, P. 85.1.225 et la note de M. Labbé, D. 84 1.39]; — 6 août 1894, Hue, Liquid. de *l'Assurance financière*, [S. et P. 94.1.496, D. 95.1.114]; — 31 juill. 1895, Angleys, [S. et P. 99.1.447, D. 95.1.260] — Paris, 30 juin 1883, sous Cass., 23 févr. 1885, Perron, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. Labbé, D. 85.2.18] — Rouen, 30 mars 1885, Du Boullay et autres, [S. 85.2.209, P. 85.1.1230] — Bordeaux, 24 mai 1886, Bideau, [S. et P. 92.1.349, sous Cass., 12 août 1889, D. 87.2. 115] — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2. 33, et la note de M. Boistel] — Paris, 31 mai 1892, Mamet, [D. 93.2.249, et la note de M. Pic] — Bourges, 25 févr. 1891, sous Cass., 28 juin 1892, Regnault, [S. et P. 94.1.330] — Rouen, 15 janv. 1897, [*Rec. de Rouen*, 98.1.15] — Paris, 2 févr. 1900, [*J. des trib. de comm.*, 1900.485] — *Sic*, Boistel, n. 312 *bis*, et note sous Angers, 19 mai 1891, [D. 92.2.81]; Pont, t. 2, n. 1563 et 1706; Houpin, t. 1, n. 761; Thaller, n. 545 et note sous Paris, 6 mai 1885, [D. 86.2.25]; Valabrègue, n. 155, *in fine;* Vavasseur, t. 1, n. 745; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. anon.*, n. 171; Valéry, note sous Cass., 3 mars 1893, [D. 93. 1.449]; Rousseau, t. 2, n. 2667; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 876; Villemin, p. 54; Perroud, p. 93. — Sur la question de savoir si, dans leur demande, les actionnaires agissant *ut singuli* peuvent, du chef de la société, réclamer des dommages-intérêts adéquats à l'intégralité du préjudice éprouvé par celle-ci, sauf à reverser dans la caisse sociale tout le profit de l'acte, ou s'ils ne peuvent conclure qu'en leur propre et privé nom et dans la mesure de leur intérêt personnel, V. *infrà*, n. 5171.

5133. — Jugé notamment, en ce sens, que des actionnaires d'une société à responsabilité limitée, agissant tant en leur qualité d'actionnaires qu'en qualité de mandataires d'autres actionnaires représentant avec eux plus du vingtième du capital social, peuvent actionner en justice les administrateurs de la société et leurs héritiers pour se voir déclarer solidairement tenus du préjudice résultant pour lesdits actionnaires des fautes commises par les administrateurs dans l'exercice de leur mandat, et s'entendre condamner envers les demandeurs, dans la proportion de leurs actions, à leur payer des dommages-intérêts; qu'en pareil cas, les demandeurs poursuivent, dans leur intérêt particulier, la réparation du dommage causé à la société par les fautes de gestion des administrateurs. — Cass., 31 juill. 1895, précité.

5134. — ... Que l'action sociale, qui n'appartient qu'à l'assemblée générale, pendant l'existence de la société, et au liquidateur ou au syndic, au cas de liquidation ou de faillite, peut néanmoins, lorsqu'elle n'est pas épuisée, être exercée par les actionnaires *ut singuli*, dans la limite de leur intérêt personnel, et notamment contre d'anciens administrateurs et d'anciens commissaires, pour réparation du préjudice à eux personnellement causé; qu'il en est ainsi notamment au cas d'obtention de souscriptions à l'aide de moyens frauduleux. — Bourges, 25 févr. 1891, précité. — Sur la question de savoir si le droit d'exercer l'action *ut singuli* survit à la faillite sociale, V. *infrà*, n. 5172 et s.

5135. — ... Qu'il n'y a pas, en pareil cas, à distinguer entre les souscripteurs et les acheteurs d'actions, ces derniers agissant en réparation d'un préjudice personnel. — Même arrêt.

5136. — ... Qu'un associé peut, en vertu de l'art. 17 de la loi de 1867, intenter une action en dommages-intérêts contre le président du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, pourvu qu'il cantonne son action dans les limites de son intérêt personnel dans la société. Cette action est recevable tant que l'assemblée générale, si la société est *integri status*, tant que le syndic ou le liquidateur, si la société est en faillite ou liquidation judiciaire, ne l'ont pas exercée ou n'en ont pas disposé. — Rouen, 15 janv. 1897, précité.

5137. — Mais les actionnaires ne sont admis à exercer l'action sociale qu'autant qu'ils sont encore en possession de leurs titres : ceux qui les ont aliénés soit avant l'instance, soit même pendant cette instance, ne peuvent plus s'en prévaloir pour agir dans l'intérêt d'une société dont ils ont cessé de faire partie. — Cass., 3 déc. 1883, précité. — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1706; Vavasseur, t. 1, n. 745; Boistel, n. 313 *bis*; Houpin, t. 1, n. 761; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 828.

5138. — D'autre part, l'action sociale, spécialement l'action en responsabilité contre les administrateurs d'une société anonyme pour fautes dans leur gestion, ne peut être exercée par un actionnaire isolé, lorsqu'elle a déjà été exercée par les représentants légaux de la société. — Cass., 3 déc. 1883, Maslier, [S. 85. 1.97, P. 85.1.225, D. 84.1.339] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 761, notes 2-3.

5139. — Jugé, en ce sens, que la demande de dommages-intérêts formée par certains actionnaires contre les gérants et les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, à raison de la nullité de la société ou du moins de celle de l'augmentation de son capital, pour défaut de souscription de ce capital et de versement du quart, doit être rejetée, si cette demande se confond avec l'action sociale antérieurement exercée par le syndic de la faillite de la société. — Paris, 12 août 1892, sous Cass., 30 oct. 1894, Baffoy et autres, [S. et P. 97.1.186]

5140. — ... Que l'actionnaire d'une société anonyme ayant

pour objet l'exploitation de la concession d'un chemin de fer, est recevable à agir en son nom personnel, après la mise en liquidation de la société et le refus du liquidateur d'exercer lui-même l'action sociale contre les fondateurs, pour les faire déclarer responsables vis-à-vis de lui, et dans la mesure du préjudice qu'il en a personnellement souffert, de l'inexécution des obligations contractées par eux lors de la constitution de la société, inexécution qui a entraîné la déchéance de la concession. — Cass., 6 août 1894, précité.

5141. — De plus, les actionnaires agissant *ut singuli* ne peuvent plus exercer l'action sociale si les actes critiqués ont été ratifiés en connaissance de cause, et sans fraude, par l'assemblée générale des actionnaires. Jugé, à cet égard, en matière de société anonyme, que, lorsque l'action sociale en responsabilité, contre les administrateurs, est éteinte au regard de tous les intéressés, en raison du *quitus* donné à ces administrateurs par l'assemblée générale, les actionnaires sont à bon droit déclarés non recevables à exercer *ut singuli* des poursuites en responsabilité contre les administrateurs, ces poursuites constituant l'exercice de l'action sociale désormais éteinte. — Cass., 23 févr. 1885, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. J.-E. Labbé, D. 85.1.413] — V. Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *cit.*, n. 173; Houpin, t. 1, n. 761, t. 2, n. 829.

5142. — ... Qu'une action en responsabilité ne peut plus être exercée contre les administrateurs, dans le cas où ceux-ci n'ont pas pris des précautions suffisantes pour assurer l'exécution d'une convention au profit de la société, dans le cas où ils ont indûment spéculé avec des fonds sociaux destinés à des journalistes pour frais de publicité et de réclame, enfin dans celui où, en faisant assurer contre l'incendie les immeubles sociaux, ils ont négligé de couvrir les risques de recours des voisins, alors que ces divers actes ont été soumis à l'assemblée générale et approuvés par elle. — Cass., 20 févr. 1877, Liquid. de la Soc. anon. des mag. gén. de Bordeaux, [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.221]

5143. — ... Que l'approbation d'un bilan par l'assemblée générale des actionnaires rend ces actionnaires non recevables à remettre en question l'exactitude dudit bilan et l'autorité qui s'attache à son approbation régulière, alors qu'il n'est pas prouvé que ce document contenait des énonciations mensongères et frauduleuses, desquelles l'actionnaire puisse tirer un grief personnel. — Paris, 28 mars 1888, sous Cass., 5 mai 1890, Léo, [S. et P. 93.1.189]

5144. — ... Que si l'action sociale peut être exercée par un actionnaire agissant *ut singuli*, c'est à la condition qu'elle existe encore; que cette action peut être éteinte du fait et de la volonté de la société, manifestée par un vote des actionnaires convoqués à cet effet. — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33, et la note de M. Boistel]

5145. — Spécialement, que l'action sociale en responsabilité contre les gérants de la société en commandite ne peut être exercée par un actionnaire agissant *ut singulus* lorsque l'assemblée générale, appelée par une convocation spéciale à délibérer sur la responsabilité encourue à raison des faits qui motivent l'action du sociétaire, a déchargé les gérants de toute responsabilité. — Même arrêt.

5146. — ... Que l'action sociale ne peut être intentée et poursuivie par chaque associé individuellement dans la limite de son intérêt privé, que si elle n'est pas exercée par la société elle-même, et si elle est encore entière; qu'elle a cessé d'être entière, partant est devenue non recevable de la part d'associés agissant individuellement, lorsque la société, dans une délibération qui, étant conforme à ses statuts, lie tous ses actionnaires, a renoncé, moyennant certaines réparations consenties par les administrateurs, à exercer contre eux l'action sociale dérivant des fautes ou fraudes qu'ils auraient commises dans l'exécution de leur mandat. — Paris, 16 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121] — V. Vavasseur, n. 240; Mathieu et Bourguignat, n. 99.

5147. — ... Que l'approbation d'un bilan par l'assemblée générale des actionnaires rend un actionnaire non recevable à remettre en question l'exactitude dudit bilan et l'autorité qui s'attache à son approbation régulière, alors qu'il n'est pas prouvé que ce document contenait des énonciations mensongères et frauduleuses, desquelles l'actionnaire puisse tirer un grief personnel. — Paris, 28 mars 1888, précité.

5148. — Mais le vote de l'assemblée générale, qui a déchargé de toute responsabilité les gérants, ne saurait être invoqué par les membres du conseil de surveillance, alors que leur responsabilité personnelle n'a été soumise ni à l'examen, ni à la décision de l'assemblée. — Lyon, 28 janv. 1890, précité.

5149. — Au surplus, l'action sociale en responsabilité pour fautes de gestion, poursuivie contre les administrateurs par des actionnaires commis pour représenter la société, se trouve éteinte, et devient, par suite, irrecevable, pour tout ce qui concerne le dommage afférent à la période de leur administration comprenant les exercices dont les comptes et opérations ont été antérieurement soumis à l'assemblée générale des actionnaires, qui les a vérifiés et approuvés sans réserve et en connaissance de cause, et qui a donné auxdits administrateurs décharge et *quitus*. A cet égard, l'appréciation des juges du fait est souveraine. — Cass., 9 juill. 1888, Thouroude, [S. 89.1.361, P. 89.1.894, D. 88.1.321]

5150. — Par conséquent, lorsque le directeur révoqué d'une société anonyme plaide contre la société, pour obtenir le *quitus* de sa gestion, la mission du juge-rapporteur et de l'expert, auxquels l'examen des comptes est renvoyé, doit être limitée aux faits de l'exercice non encore apuré au moment de la révocation, et ne pas s'étendre aux exercices antérieurs approuvés, en connaissance de cause, par le conseil d'administration et par l'assemblée des actionnaires. — Rouen, 30 mars 1885, Du Boullay et autres, administrateurs de la Banque rouennaise de dépôts et de crédit, [S. 85.2.209, P. 85.1.1230]

5151. — A l'égard du dommage éprouvé pendant une période postérieure, dont les exercices n'ont pas été soumis à l'approbation de l'assemblée générale, l'action sociale en responsabilité, contre les mêmes administrateurs, peut, sans être déclarée irrecevable, cependant être rejetée, quand à présent, comme prématurée, lorsque la société se trouve dans l'impossibilité actuelle d'établir les fautes qui auraient été commises et le préjudice qui aurait été causé par les administrateurs...; spécialement, lorsque la détermination de ces fautes et de ce préjudice implique l'appréciation d'actes prétendus délictueux du directeur, et, par suite, la solution d'un procès séparé, actuellement pendant, sur ce dernier chef, entre la société et ce directeur. — Même arrêt.

5152. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que le *quitus* donné par l'assemblée générale aux administrateurs et aux membres du conseil de surveillance n'éteindrait pas l'action sociale s'il n'avait pas eu lieu avec connaissance des faits critiqués, et, par suite, avec l'intention de les couvrir. — Bordeaux, 24 mai 1886, [S. et P. 92.1.349, De Baillot, Blanc et Pompéry, sous Cass., 12 août 1889, D. 87.2. 115]

5153. — Il faut aussi que ce *quitus* soit définitif; au cas où il serait subordonné au versement, par les administrateurs, de certaines sommes, les actionnaires pourraient agir individuellement contre eux pour inexécution des conditions mises à leur décharge. — Labbé, note sous Cass., 23 févr. 1885, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1849]

5154. — La demande formée individuellement par les actionnaires doit d'ailleurs être repoussée à défaut de justification, par lesdits actionnaires, d'un préjudice particulier par eux éprouvé, circonstance de fait souverainement constatée par les juges du fond. — Cass., 30 oct. 1894, Baffoy et autres, [S. et P. 97.1.186]

5155. — De même, l'action sociale ne peut plus être exercée par les actionnaires agissant *ut singuli* si elle a été éteinte par une *transaction* passée par la société ou par ses représentants légaux. — Cass., 20 févr. 1877, Liquid. de la Soc. anon. des mag. gén. de Bordeaux, [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.201]; — 21 juin 1881, Pazat, [S. 85.1.107, P. 85.1.242, D. 81.1.465]; — 3 déc. 1883, Maslier, [S. 85.1.97, P. 85.1.225, D. 84.1.339]; — 21 déc. 1892, Burel, [D. 93.1.361] — Paris, 22 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121]; — 30 juin 1883, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, sous Cass., 23 févr. 1885, D. 85.2.18]; — 6 mai 1885, Durand et consorts, [D. 86.2. 25, et la note de M. Thaller] — Rouen, 13 juin 1887, sous Cass., 9 juill. 1888, Thouroude, [S. 89.1.361, P. 89.1.894] — Lyon, 28 8 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 93.2.33, et la note de M. Boistel] — V. *suprà*, n. 5099.

5156-5161. — En d'autres termes, la société, maîtresse de son action *mandati*, peut en disposer librement, et l'action sociale, une fois éteinte par voie de transaction, renonciation ou autrement, ne peut revivre, au profit d'un actionnaire, l'exerçant

ut singulus. — Rouen, 13 juin 1887, sous Cass., 9 juill. 1888, précité. — V. aussi *suprà*, n. 2099.

5162. — Mais l'action sociale, exercée par les demandeurs dans la limite de leur intérêt personnel, ne saurait être considérée comme ayant cessé d'exister, et comme ayant été épuisée par l'assemblée générale au moyen d'une transaction, si la transaction a été faite par l'assemblée générale avec un débiteur de la société, et non avec les administrateurs, et si l'assemblée générale s'est bornée à déclarer qu'elle ne chargeait pas les liquidateurs d'exercer l'action sociale, mais qu'elle réservait pour chaque actionnaire le droit d'agir par groupe ou isolément. — Cass., 31 juill. 1895, Angleys, [S. et P. 99.1.474, D. 96.1.260

5163. — D'autre part, l'action sociale ne peut être exercée par les actionnaires agissant *ut singuli* que dans les limites qui sont déterminées par les statuts sociaux. D'où il résulte, d'une part, que les actionnaires ne sont plus recevables à exercer cette action, dans le cas où il est stipulé par les statuts de la société qu'elle ne pourra être intentée qu'au nom de la masse des actionnaires et en vertu d'une délibération de l'assemblée générale. — Cass., 3 déc. 1883, précité. — Angers, 19 mai 1891, Soc. Talvande, [D. 92.2.81, et la note de M. Boistel] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1564; Vavasseur, t. 1, n. 740; Thaller, note sous Paris, 6 mai 1885 précité, [D. 86.2.25]; Houpin, t. 1, n. 757; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827 *bis*. — V. cependant Labbé, note sous Cass., 3 déc. 1883, précité. — V. aussi *suprà*, n. 5043 et 5044.

5164. — Et, d'autre part, il peut être valablement stipulé par les statuts sociaux qu'un actionnaire ne pourra exercer l'action sociale qu'après avoir provoqué au préalable l'avis de l'assemblée générale. Cette clause d'ailleurs, ne doit pas être confondue avec la précédente : elle ne subordonne pas l'exercice de l'action sociale par l'actionnaire à l'autorisation de l'assemblée générale ; elle a simplement pour effet de réserver à la majorité l'alternative de prendre les devants en dirigeant elle-même l'action sociale, ou d'émettre un avis opposé, mais qui ne lie pas l'actionnaire qui veut exercer cette action (V. *infrà*, n. 5168). — Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161] — Nancy, 10 mars 1900, [J. *Le Droit*, 15 mai 1900] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 757; Pont, t. 2, n. 1564; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827 *bis*; Labbé, note, § 2, sous Cass., 3 déc. 1883 précité.

5165. — Jugé en ce sens que, si l'action personnelle d'un actionnaire contre les administrateurs d'une société ne peut être arrêtée par une fin de non recevoir tirée des statuts, il n'en est point de même de l'action sociale, dont l'exercice peut être subordonné aux prescriptions des statuts dans tous les cas où l'ordre public n'est point intéressé. — Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, et la note de M. Wahl]

5166. — ... Que lorsqu'il s'agit d'une simple difficulté concernant le fonctionnement de la société, et non d'une question intéressant l'ordre public, il convient de donner effet à la clause des statuts obligeant à soumettre au président du conseil d'administration, qui doit à son tour prendre l'avis de l'assemblée générale, toute contestation touchant à l'intérêt de la société : d'où il suit que la demande portée directement par l'actionnaire devant le tribunal doit être déclarée irrecevable. — Trib. comm. Seine, 6 oct. 1897, [J. *La Loi*, 25 oct. 1897]

5167. — Mais l'action personnelle d'un actionnaire contre les directeurs et administrateurs, basée sur la violation de prescriptions légales essentielles, telles que celles formulées par les art. 35 et 63 de la loi de 1867, ne saurait (même si on l'envisage comme une action purement sociale) être arrêtée par une fin de non recevoir déduite des statuts, ceux-ci ne pouvant prévaloir contre le respect dû à la loi. — Trib. comm. Seine, 26 mai 1897, [*Gaz. des Trib.*, 16 juin 1897]

5168. — Il est à remarquer, d'autre part, que la clause du pacte social imposant à l'actionnaire qui veut intenter également l'action sociale l'obligation de se pourvoir au préalable de l'avis de l'assemblée générale n'a d'autre but, même dans le cas où elle est susceptible de produire effet, que de faire connaître à la société l'action qui l'intéresse afin, suivant les cas, de provoquer une transaction si elle le juge opportun; mais il n'en résulte nullement une interdiction absolue pour l'actionnaire d'agir au cas d'avis défavorable de l'assemblée. En présence de ce refus, et si celle-ci n'a pas disposé de l'action sociale par une transaction, il demeure donc libre d'agir. — Trib. comm. Seine, 16 oct. 1901, [*Gaz. Pal.*, 1901.2.548]

5169. — Si le droit de l'actionnaire a été restreint par une clause spéciale des statuts, cette restriction doit être rigoureusement maintenue dans les termes où elle a été formulée. — Cass., 3 mai 1893, Brasserie de Limoux, [S. et P. 93.1.246, D. 93.1.449]

5170. — Ainsi, lorsqu'une disposition des statuts oblige l'actionnaire, qui veut intenter une action contre la société, à prendre l'avis de l'assemblée générale, cette disposition est inapplicable à l'action introduite contre les administrateurs, pris personnellement pour les fautes par eux commises. — Même arrêt.

5171. — En tout cas, l'action sociale, spécialement l'action dirigée contre les administrateurs d'une société anonyme en réparation du préjudice causé par leur mauvaise gestion, ne peut être légitimement exercée par un actionnaire, qu'autant que cet actionnaire ne conclut pas au nom de la société, mais en son privé nom et dans la mesure du préjudice dont il a pu personnellement souffrir. — Cass., 9 mars 1874, Verdavainne, [S. 74.1.296, P. 74.765, D. 76.1.387]; — 12 août 1889, Bideau, [S. et P. 92.1.348, D. 90.1.457]; — 3 mai 1893, précité; — 6 août 1894, Huc, Liquid. *Assur. financ.*, [S. et P. 94.1.496, D. 95.1.114]; — 30 oct. 1894, Baffoy et autres, [S. et P. 97.1.186] — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33, et la note de M. Boistel] — Sur les critiques que cette solution, à peu près constante en jurisprudence, a soulevées au point de vue doctrinal, V. *infrà*, n. 5208.

5172. — Nous n'avons jusqu'ici raisonné que dans l'hypothèse d'une société *integri status*. Lorsque la société est en faillite, l'opinion dominante est que l'exercice des actions sociales se concentre entièrement aux mains du syndic, et que les actionnaires perdent le droit de les exercer *ut singuli*, même dans la limite de leur intérêt propre. — V. les arrêts cités *suprà*, v° *Faillite*, n. 990. — V. spécialement Cass., 21 déc. 1875, Lagelouze, [S. 79.1.97, P. 79.241]; — 23 févr. 1885, Perron, [S. 85.1.337, P. 85.1.849 et la note de M. Labbé, D. 85.1.413]; — 11 nov. 1885, Wattier, [S. 88.1.455, P. 88.1.812, D. 88.1.1132] — Orléans, 20 mars 1884, Ordener, [S. 85.2.143, P. 85.1.872, D. 86.2.85] — V. cep. en sens contraire, Bourges, 25 févr. 1891, sous Cass., 28 juin 1892, Regnault et autres, [S. et P. 94.1.330] — Rouen, 18 janv. 1897, [*Rec. Rouen*, 98.1.15] — Labbé, notes sous Cass., 21 déc. 1875, Lagelouze, [S. 79.1.97, P. 79.241] et sous Cass., 23 févr. 1885, précité. — Villard, p. 180; Lyon-Caen et Renault, t. 8, n. 1185.

5173. — Dans ce système, les seules actions dont l'exercice serait laissé aux actionnaires, nonobstant l'état de faillite de la société, seraient les actions individuelles (V. *suprà*, v° *Faillite*, *loc. cit.*). Et encore convient-il de remarquer que certaines décisions judiciaires ont, par l'assimilation d'ailleurs contestable à l'action sociale proprement dite de l'action dite *de masse* (action individuelle présentant un intérêt commun pour l'ensemble des créanciers de la masse), restreint singulièrement le domaine réservé au libre exercice des actions individuelles.

5174. — Jugé, en ce sens, que le syndic de la faillite sociale, même si la société déclarée en faillite, irrégulièrement constituée, n'est plus qu'une société de fait, n'en a pas moins qualité pour représenter la masse des créanciers dans les actions qui ont pour tous un seul et même intérêt, notamment dans les actions tendant à la déclaration de nullité de la société et à la condamnation solidaire des fondateurs et administrateurs au paiement des dettes sociales (actions qui, sauf controverse, ont le caractère d'actions individuelles). — Cass., 25 févr. 1879, Vautier, [S. 81.1.461, P. 81.1.1187, D. 80.1.20]

5175. — ... Que le syndic de la faillite d'une société, représentant la société et la masse de ses créanciers, a qualité pour exercer à la fois l'action sociale et l'action de la masse. — Paris, 19 janv. 1897, De Hirsch, [S. et P. 1901.2.295] — Il est, par suite, recevable, comme exerçant l'action sociale, à demander la nullité d'une assemblée générale de la société à raison du défaut de *quorum* légal et statutaire. — Même arrêt.

5176. — ... Qu'il est également recevable, comme exerçant l'action de la masse des créanciers, à demander la nullité d'une délibération de l'assemblée, par laquelle a été votée la réduction du capital social, cette nullité devant profiter sans distinction à tous les créanciers de la faillite, antérieurs ou postérieurs à cette délibération, vu l'égalité des droits de tous sur l'actif de la société soit en vertu de l'art. 2092, C. civ., soit en vertu de la règle d'égalité absolue entre tous les créanciers en matière de faillite. — Même arrêt.

5177. — Remarquons, toutefois que, sur ce dernier point,

la cour de Paris paraît s'être écartée de la doctrine admise par la Cour suprême. Effectivement, la Cour de cassation, par arrêt du 27 juin 1899, Banque de Chinon et du Poitou, [S. et P. 99.1.345], a distingué à cet égard entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la réduction. D'après cet arrêt, les créanciers postérieurs à la réduction du capital ne pouvant conserver le droit de poursuivre le remboursement de leurs créances sur le capital primitif qu'à la condition d'établir comment ils ont traité avec la société et quel préjudice leur a été causé par la réduction du capital social, leur action est une action individuelle, qui ne peut être exercée par les liquidateurs ou syndics représentant la masse des créanciers. Au contraire, il résulte implicitement de l'arrêt de cassation du 27 juin 1899, précité, que les syndics ou liquidateurs ont qualité pour attaquer la réduction du capital social au nom et comme représentant les créanciers antérieurs à cette réduction, en vertu de l'art. 1167, C. civ., comme faite en fraude des droits de ceux-ci. — V. au surplus, sur l'exercice de l'action paulienne en cas de faillite du débiteur, *suprà*, v° *Faillite*, n. 1718 et s.

5178. — II. *Actions individuelles.* — L'action individuelle, à la différence de l'action sociale, appartient en propre aux actionnaires, et, par suite, elle ne peut être exercée que par eux, à l'exclusion de la société et de ses représentants, sans qu'il y ait à distinguer à cet égard entre la société *integri status* et la société en faillite ou en liquidation judiciaire. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Houpin, t. 1, n. 762; Rousseau, t. 2, n. 2683; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 884; Perroud, p. 20 et s.; Villemin, p. 65. — V. aussi, *suprà,* v° *Faillite,* n. 979 et s. — Spécialement, le syndic de la faillite d'une société anonyme n'est pas recevable à intenter, contre les administrateurs de la société, une action en responsabilité fondée sur ce qu'ils auraient commis une faute, en annonçant une émission d'obligations, dans des circulaires ou prospectus offrant des garanties apparentes aux souscripteurs, sans avoir vérifié l'état de la société; une telle action doit être exercée individuellement par ceux des obligataires à qui ces circulaires ou prospectus ont porté préjudice, en les amenant à souscrire. — Paris, 7 avr. 1887, Sauvalle, Synd. de la soc. de charronnage du matériel d'agriculture et de transport, [S. 90.2.238, P. 90.1.1339, D. 89.2.41]

5179. — En effet, quoique, aux termes de l'art. 443, C. comm., le syndic de la faillite d'une société anonyme en soit le seul représentant légal et ait seul l'exercice des actions appartenant à la collectivité, néanmoins, les créanciers de la société et les actionnaires peuvent, à défaut de l'action sociale, exercer, s'il échet, l'action personnelle fondée sur les art. 1382 et 1383, C. civ., laquelle reste toujours ouverte à chacun. — Paris, 30 juin 1883, sous Cass., 23 févr. 1885, précité.

5180. — De même, l'action, par laquelle des obligataires d'une société en commandite par actions en faillite ou en liquidation judiciaire réclament des dommages-intérêts aux membres du conseil de surveillance de cette société pour les avoir déterminés à souscrire des obligations à l'aide des procès-verbaux par eux signés et présentant la société comme extrêmement prospère, alors qu'elle était voisine de la faillite, et pour avoir ainsi, par leur négligence, fait perdre à ces obligataires les sommes qu'ils avaient versées à la caisse sociale, constitue l'exercice d'un droit propre et personnel à ces obligataires, et leur action est recevable malgré la faillite de la société. — Cass., 20 juill. 1898, Devos et autres, [S. et P. 99.1.85, D. 98.1.421

5181. — Il en est ainsi, alors qu'il est prétendu et établi que le conseil de surveillance n'a jamais fait les vérifications imposées par la loi et les statuts, qu'il a approuvé et couvert d'une complaisance inconsciente des budgets mensongers, des bilans inexacts, cachant les dissimulations les plus audacieuses, les virements et les prélèvements les plus coupables, et surtout des distributions de dividendes fictifs destinées à faire croire à la prospérité de la société. — Même arrêt.

5182. — Mais encore faut-il, pour que l'action individuelle soit recevable, que le demandeur justifie d'un dommage personnel. Elle serait sans objet si aucun fait présentant un caractère privé ou ayant engendré un préjudice distinct de celui souffert par la société, n'était imputé ou établi à la charge des administrateurs, en dehors des actes accomplis par eux dans l'exercice de leur mandat social. — Cass., 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137, rapport de M. le conseiller Babinet, et note de M. Labbé, D. 88.1.59]

5183. — En tout cas, à supposer que le syndic de la faillite d'une société anonyme ait seul le droit d'exercer, au nom des actionnaires ou des créanciers, l'action en responsabilité contre les fondateurs, administrateurs et commissaires de la société, le moyen tiré du défaut de qualité d'un demandeur, à la fois actionnaire et obligataire, pour exercer une pareille action, ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 4 juin 1883, Ordener, [S. 84.1.113, P. 84.1.252, D. 83.1.285]

5184. — Peu importe d'ailleurs que les actionnaires aient ou non aliéné leurs titres : l'action individuelle appartenant à tout actionnaire qui a subi un préjudice spécial par le fait des administrateurs ou des commissaires de surveillance, est par cela même indépendante de la détention actuelle du titre, et, par suite, elle peut être exercée par l'actionnaire lésé, alors même qu'il s'est dessaisi de ses actions. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 828; Houpin, t. 1, n. 762, *in fine.*

5185. — Jugé, en ce sens, que l'allocation des dommages-intérêts dus par les administrateurs d'une société anonyme aux porteurs d'actions qui, sous l'empire des manœuvres dolosives pratiquées par les premiers, ont acheté leurs titres à un prix exagéré, n'a pas pour condition nécessaire la remise de ces titres aux parties condamnées, si, les porteurs ayant revendu leurs titres sans fraude ni préjudice pour celles-là, l'indemnité qui leur a été allouée consiste dans la différence entre le prix d'achat et le prix de revente. — Cass., 27 mars 1878, Salvador, [S. 79.1.24, P. 79.37]

5186. — Cette revente n'a pu, d'ailleurs, comprendre le droit à des dommages-intérêts né en la personne des acheteurs trompés par suite du délit des administrateurs : droit parfaitement distinct de ceux qui pouvaient leur appartenir en qualité d'associés. — Même arrêt.

5187. — Jugé également que le droit à indemnité que peuvent avoir des actionnaires d'une société anonyme contre les administrateurs de cette société qui, au moyen de manœuvres dolosives ou fautives, les ont déterminés à souscrire de nouvelles actions en doublement du capital, constitue un droit personnel à ces actionnaires, distinct des actions souscrites et qui ne se transmet pas de plein droit avec elles. — Cass., 11 nov. 1873, Chevalier, [S. 74.1.97, P. 74.241, et la note de M. Labbé, D. 76.1.425] — Paris, 28 juin 1870, (4 arrêts), sous Cass., 11 nov. 1873, [S. et P. *ibid.*]

5188. — Par suite, les tiers qui ont acheté en Bourse, au prix du cours, les actions déjà souscrites et dépréciées et qui n'ayant éprouvé aucun préjudice des manœuvres des administrateurs, n'ont contre eux de leur propre chef aucune action en indemnité, ne peuvent non plus agir comme cessionnaires des droits de leurs vendeurs, les associés souscripteurs. — Cass., 11 nov. 1873, précité.

5189. — Décidé dans le même sens que l'actionnaire, qui, au moment où la mauvaise situation d'une société est notoire, cède des actions à un tiers, peut être présumé renoncer au droit de se plaindre du dol dont il a pu être victime de la part des fondateurs de la société, et, que dès lors, il ne transmet point ce droit à son cessionnaire ; qu'en conséquence, celui-ci n'est pas recevable à poursuivre, de ce chef, la nullité de la société. — Cass., 25 janv. 1881, Richard, [S. 81.1.451, P. 81.1.1170, D. 81.1.252]

5190. — Jugé cependant, en sens contraire, que celui qui, postérieurement à la constitution de la société, a acheté des actions est substitué aux droits de son cédant et a, en conséquence, qualité pour invoquer toutes les nullités qui vicient le pacte social. — Paris, 14 avr. 1892, De Goldschmidt, [S. et P. 93.2.140, D. 92.2.347]

5191. — D'autre part, l'action individuelle des actionnaires ne saurait être entravée ou paralysée, ni par le fait que les représentants légaux de la société auraient antérieurement exercé l'action sociale contre les mêmes administrateurs et épuisé ainsi le droit de la société.. — Cass., 16 janv. 1878, Syndic. de la Soc. des verreries de Gaillac, [S. 78.1.541, P. 78.1169, D. 79.1.209] — Paris, 28 juin 1894, Ve Coleman, [D. 95.2.523]

5192. — ... Ni par une délibération de l'assemblée générale. — Ainsi un actionnaire d'une société anonyme ou en commandite par actions peut exercer contre les membres du conseil de surveillance de cette société une action individuelle en responsabilité malgré l'approbation de la gestion qui leur a été donnée par l'assemblée générale des actionnaires, si les faits sur lesquels se fonde l'action en responsabilité consistent dans la violation

des statuts ou de la loi, et par conséquent du mandat que la société et chacun de ses membres avaient conféré aux membres du conseil d'administration ou de surveillance. — Paris, 6 févr. 1896, Georges et Bulté, [S. et P. 97.2.132, D. 96.2.518] — *Sic*, Deloison, t. 2, n. 455; Houpin, t. 1, n. 762; Labbé, note sous Cass., 3 déc. 1883, [S. 85.1.97, P. 85.1.225]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 827; Vavasseur, t. 1, n. 746; Villard, p. 75; Pic, note sous Paris, 31 mai 1872, Mamet, [D. 93.2.249] — Sur la question controversée de savoir si l'action exercée pour fautes de gestion commises en violation des statuts sociaux ou de la loi doit être considérée comme une action individuelle ou sociale, V. *suprà*, n. 5099 et s.

5193. — Il en est ainsi, spécialement, de l'action en responsabilité fondée sur ce que les membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société d'assurances mutuelles ont violé les statuts et les dispositions de l'art. 16, D. 22 janv. 1868, en s'abstenant, pendant toute une année, de convoquer l'assemblée générale, et ont contrevenu aux prescriptions de l'art. 33 du même décret, en tolérant que les fonds appartenant à la société fussent représentés par des titres au porteur, au lieu de l'être par des valeurs immatriculées au nom de la société. — Même arrêt.

5194. — ... Ni par l'abandon des poursuites exercées par les syndics ou par les liquidateurs en qualité de représentants de la société tombée en faillite. — Lyon, 18 mars 1884, Canavy, [D. 84.2.211] — Bourges, 2 août 1888, Perraud, [D. 89.2.49]

5195. — ... Ni par une transaction intervenue entre les défendeurs et les représentants légaux de la société, ceux-ci ne pouvant disposer des droits individuels des actionnaires. Jugé, à cet égard, que l'abandon par une société anonyme de l'action en responsabilité dérivant contre les administrateurs des faits d'exécution du mandat à eux confié, laisse subsister au profit de ceux des sociétaires à l'égard desquels les mêmes faits présentent le caractère d'un *quasi-délit*, le droit d'en poursuivre la réparation, une demande de cette dernière catégorie constituant l'action individuelle fondée sur l'art. 1382, C. civ. et non l'action sociale *mandati*. — Cass., 7 mai 1872, Pereire, [S. 72.1.123, P. 72.285, D. 72.2.233] — Paris, 16 avr. 1870, Monnot, [S. 71.2.169, P. 71.552, D. 70.2.121]

5196. — Ainsi, lorsque l'entrée de sociétaires dans une société anonyme, au moyen d'un achat d'actions, n'a été déterminée que par des rapports et bilans frauduleux émanant des administrateurs, et dont l'objet était de dissimuler la situation mauvaise de l'association, ces sociétaires sont recevables à agir en dommages-intérêts contre les administrateurs, encore bien que la société ait transigé avec ceux-ci quant aux responsabilités de toutes sortes pouvant résulter de leur gestion. — Cass., 7 mai 1872, précité. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

5197. — ... Ou encore que, pour la décharge de toutes les suites de *leur mandat*, la société ait reçu d'eux une somme d'argent, sauf le recours des administrateurs contre la société, s'ils sont plus tard condamnés à des dommages-intérêts envers les tiers que, dans l'exécution de ce mandat, ils auraient lésés individuellement. — Paris, 16 avr. 1870, précité.

5198. — Jugé également qu'en cas de nullité d'une société anonyme illégalement constituée, à raison de la déclaration mensongère de la souscription intégrale du capital et du versement du quart, l'action en responsabilité exercée contre un administrateur, par un souscripteur d'actions, qui a dû en verser le montant, n'est pas une action sociale. — Cass., 18 mai 1885, Welesley, [S. 85.1.473, P. 85.1.1137 (rapport de M. le conseiller Babinet, et note de M. J.-E. Labbé), D. 88.1.59] — Sur les personnes admises à exercer les actions en nullité et en responsabilité nées de la nullité, V. *suprà*, n. 3749 et s. — Sur le caractère de ces actions, V. *suprà*, n. 4047 et s.

5199. — Et la transaction conclue entre l'administrateur et le syndic de la société en faillite n'est pas opposable à l'actionnaire, le syndic n'ayant pas qualité pour le représenter... alors surtout que, d'après les termes de la transaction, il n'a été stipulé ni avantage, ni réparation, au profit des actionnaires, collectivement ou isolément, et que cette transaction porte sur les condamnations et réparations que la faillite peut avoir à exercer contre ledit administrateur. — Même arrêt.

5200. — Enfin les statuts sociaux ne pourraient ni interdire aux actionnaires l'exercice des actions individuelles, ni même le limiter d'avance en obligeant les actionnaires à demander au préalable l'avis de l'assemblée générale. — Paris, 19 avr. 1875 Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161]; — 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, D. 98.2.153] — Trib. Cahors, 31 juill. 1885, sous Agen, 19 mars 1886, Ebel et Senil, [S. 88.2.191, P. 88.1.997] — *Sic*, Thaller, note sous Paris, 6 mai 1885, [D. 86.2.25]; Levillain, note sous Paris, 28 janv. 1888, [D. 90.2.321]; Pic, note sous Paris, 31 mai 1892, Mamet, [D. 93.2.249]; Houpin, t. 1, n. 762; Vavasseur, t. 1, n. 712 et 740.

5201. — Spécialement, la clause des statuts d'une société anonyme qui impose aux actionnaires l'obligation, avant d'introduire une action judiciaire contre la société, de soumettre préalablement leur demande à l'assemblée générale des actionnaires, ne s'applique pas au cas où la demande a pour objet de faire prononcer la nullité de la société. — Trib. Cahors, 31 juill. 1885, précité.

5202. — Jugé toutefois, en sens contraire, que la clause des statuts d'une société obligeant tout actionnaire, avant d'introduire une action contre la société, à demander, au préalable l'avis de l'assemblée générale, n'a pas pour but, ni pour effet, d'enlever le droit d'agir à ceux auxquels il appartient, mais seulement d'empêcher les dommages que pourraient causer à la société des actions légèrement introduites. Dans ces termes, la clause, qui n'a en soi rien d'illicite, doit s'appliquer, *sans qu'il y ait à rechercher si l'action est sociale ou individuelle*, ni si elle touche ou non à l'ordre public. — Cass., 29 juin 1899, Winter, [S. et P. 99.1.409]

5203. — La jurisprudence affirmée par l'arrêt précité de la Cour suprême nous paraît des plus critiquables. Elle aboutit en effet en certains cas, à supprimer le droit propre de l'actionnaire, et à subordonner l'exercice d'actions individuelles, nées de son chef, au bon plaisir de la société, alors cependant que ces actions n'appartiennent nullement à cette dernière. La Cour suprême consacre ainsi un véritable empiètement de la collectivité.

2° Au point de vue des effets juridiques de l'action.

5204. — I. *Effets de l'action sociale.* — Lorsque l'action sociale est exercée par les représentants légaux de la société, les dommages-intérêts auxquels les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance peuvent être condamnés doivent être versés dans la caisse sociale : ils sont ainsi affectés tout d'abord au paiement des créanciers sociaux, et les actionnaires ne peuvent y prétendre individuellement qu'après l'extinction du passif social. Sur ce point, aucune contestation n'est possible.

5205. — Mais que faut-il décider lorsque l'action sociale est exercée, non pas *ut universi* ou *nomine sociali* par les représentants légaux de la société, mais *ut singuli* par un actionnaire isolé ou par un certain nombre d'actionnaires syndiqués agissant par l'entremise d'un mandataire *ad litem*, conformément à l'art. 17 (V. *suprà*, n. 5132 et s., et *infrà*, n. 5213 et s.)? L'opinion dominante en jurisprudence est que le ou les actionnaires qui exercent l'action sociale *ut singuli* n'agissent qu'en leur privé nom, dans la mesure du préjudice qu'ils ont subi, qu'ils ne peuvent par conséquent obtenir de condamnation que dans la mesure de leur intérêt personnel dans la société (V. *suprà*, n. 5171), mais que, dans cette mesure, le bénéfice de la condamnation doit leur profiter personnellement à l'exclusion des créanciers sociaux. — Cass., 9 juin 1874, Verdavainne, [S. 74.1.296, P. 74.765]; — 23 févr. 1885, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1.849]; — 12 août 1889 (motifs), Bideau, [S. et P. 92.1.348, D. 90.1.347]; — 3 mai 1893, Pariot, [S. et P. 93.1.246, D. 93.1.449]; — 6 août 1894, Péramy, [S. et P. 94.1.496, D. 95.1.144]; — 31 juill. 1895, Angleys, [S. et P. 99.1.447] — Paris, 19 mai 1892, Duquenne Stopin, [D. 92.2.359]; — 31 mai 1892 (motifs), Mamet, [D. 93.2.249]; — Bourges, 25 févr. 1891, Regnault, sous Cass., 28 juin 1892, [S. et P. 94.1.330] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 761; Rousseau, t. 2, n. 2667.

5206. — En d'autres termes, le droit que les art. 17 et 39, L. 24 juill. 1867, donnent à chaque actionnaire de poursuivre les administrateurs n'est légitimement exercé qu'autant que l'actionnaire ne conclut pas au nom de la société, mais conclut en son privé nom, et dans la mesure du préjudice qu'il a pu personnellement souffrir. — Cass., 6 août 1894, précité.

5207. — Spécialement, l'actionnaire d'une société anonyme ayant pour objet l'exploitation de la concession d'un chemin de fer, est recevable à agir en son nom personnel, après la mise en liquidation de la société, et le refus du liquidateur d'exercer lui-même l'action sociale contre les fondateurs pour les faire dé-

clarer responsables vis-à-vis de lui, et dans la mesure du préjudice qu'il en a personnellement souffert, de l'inexécution des obligations contractées par eux lors de la constitution de la société, inexécution qui a entraîné la déchéance de la concession. — Même arrêt.

5208. — Jugé toutefois, en sens contraire, que le montant de la condamnation obtenue par un actionnaire, exerçant *ut singulus* l'action sociale, ne doit pas lui être attribué en propre, même jusqu'à concurrence de son intérêt personnel, mais au contraire doit être versé dans la caisse sociale pour recevoir l'affectation indiquée par l'assemblée générale. — Lyon, 28 janv. 1890, Juhard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33, et la note de M. Boistel] — Cette solution nous paraît juridique. La Cour suprême, en effet, nous semble faire une confusion entre l'action individuelle et l'action sociale exercée *ut singuli*. Lorsqu'un actionnaire exerce l'action sociale, c'est en vertu du mandat tacite de contrôle et de surveillance qu'il puise dans sa qualité d'associé; il agit donc de ce chef dans l'intérêt de la société, non de son propre chef. D'où les deux conclusions suivantes, contraires à celles de la jurisprudence : 1° L'actionnaire demandeur peut obtenir une condamnation adéquate au préjudice éprouvé par la société, et non point une condamnation limitée à son intérêt personnel, condamnation insignifiante si le demandeur ne possède qu'une action, par exemple; 2° cette condamnation ne doit profiter, pour aucune partie, à l'actionnaire; le montant doit en être versé intégralement dans la caisse sociale, par application de ce principe général que tout associé doit compte à ses coassociés de l'intégralité des gains qu'il réalise dans la gestion des affaires sociales. — *Sic*, Boistel, note sous Lyon, 28 janv. 1890, [D. 92.2.35]; Pic, note sous Paris, 31 mai 1892, Mamet, [D. 93.2.249]

5209. — En d'autres termes, l'action sociale, exercée *ut singuli*, doit être assimilée, au point de vue qui nous occupe, à l'action oblique de l'art. 1166. De même que l'action sociale, exercée par les créanciers en vertu de cet article, doit profiter à la masse et non pas exclusivement à celui qui l'intente, de même l'action sociale exercée par l'actionnaire ne peut avoir d'autre résultat que de faire rentrer dans le fonds commun, c'est-à-dire dans la caisse sociale, le montant des dommages-intérêts alloués. — Trib. comm. Nantes, 11 déc. 1897, [*Gaz. Pal.*, 98.1.28] — V. aussi Rennes, 1er août 1900, [J. *Le Droit*, 8 août 1900]

5210. — II. *Effets de l'action individuelle.* — L'action individuelle étant exercée, non pas dans l'intérêt de la société, mais dans l'intérêt de l'actionnaire lésé et pour obtenir réparation du préjudice qu'il a personnellement subi, il en résulte que les dommages-intérêts auxquels les administrateurs et autres peuvent être condamnés sur cette action reviennent exclusivement à l'actionnaire qui l'a exercé, sans que les créanciers sociaux puissent y prétendre aucun droit. — Amiens, 19 mai 1891, sous Cass., 19 mars 1894, Soc. Talvande, [S. et P. 96.1.260, D. 92.2.81]

5211. — Spécialement, la demande en indemnité des actionnaires imputant la perte de leurs versements au conseil de surveillance qui, notamment, ne les a pas appelés à délibérer sur la dissolution de la société dès le jour où le premier quart du capital a été perdu, comme le prescrivaient les statuts, et qui, par ses rapports inexacts, a entretenu les actionnaires dans la plus dangereuse sécurité jusqu'à la catastrophe finale, est fondée sur un dommage distinct, personnellement subi par ces actionnaires; et l'indemnité allouée, indépendante de celle allouée en même temps à la masse sur la poursuite des liquidateurs, doit être attribuée personnellement auxdits actionnaires. — Cass., 19 mars 1894, Soc. Talvande, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465, et la note de M. Boistel]

5212. — D'ailleurs, les actionnaires qui ont fait partie d'un syndicat à l'effet d'obtenir une indemnité égale au montant des actions dont ils étaient titulaires, ne sont pas recevables à poursuivre en leur nom personnel et par action distincte, une nouvelle indemnité basée sur le même motif, alors qu'ils ne justifient pas d'un plus ample dommage que celui que les autres actionnaires ont subi. — Même arrêt.

§ 3. *De la faculté de groupement des actionnaires pour l'exercice des actions judiciaires.*

5213. — L'art. 14, L. 17 juill. 1856, sur les sociétés en commandite par actions, décidait que lorsque deux ou plusieurs actionnaires auront une action à exercer soit contre le gérant, soit contre les membres du conseil de surveillance, ces actionnaires seront représentés par un mandataire *ad litem* ou commissaire qui, à défaut d'entente entre les intéressés, serait désigné par le président du tribunal de commerce. Toutefois, nonobstant la nomination des commissaires, chaque actionnaire conservait le droit d'intervenir personnellement dans l'instance, à la charge de supporter les frais de son intervention.

5214. — Il était admis que cet article n'avait d'autre objet que la simplification des procédures et la diminution des frais, mais qu'il ne contenait aucune dérogation au droit commun en ce qui concerne le fond du droit, et que, par suite, il ne privait pas chaque actionnaire isolé du droit d'agir individuellement en réparation du préjudice personnel qu'il pouvait avoir éprouvé. — Cass., 12 avr. 1864, Claireau, [S. 64.1.169, P. 64.780, D. 64.1.377] — Angers, 26 avr. 1866, Compt. de l'industrie minière, [S. 67.2.103, P. 67.457, D. 66.2.198] — V. aussi Lyon, 23 mai 1863, Dechandon, [P. 63.760, D. 65.2.148] — V., sur la signification du texte : Pardessus, t. 4, n. 1546; Rivière, n. 118; Bédarride, n. 166.

5215. — S'inspirant de cette disposition, la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés anonymes dites en responsabilité limitée avait à son tour organisé un système de représentation collective des actionnaires, pour l'exercice des actions en justice (art. 22). Toutefois, le régime institué par la loi de 1863 différait de celui de la loi de 1856 à un double point de vue : 1° les actionnaires agissant dans un intérêt commun avaient la *faculté*, mais non l'obligation de prendre un mandataire commun; 2° cette faculté n'existait point pour un groupe quelconque d'actionnaires, mais seulement pour un groupe important d'actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social.

5216. — C'est le système de la loi de 1863 qu'ont reproduit presque textuellement l'art. 17 de la loi de 1867 pour la commandite par actions, et l'art. 39 pour les sociétés anonymes. Cet art. 17 est ainsi conçu : « Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel ».

5217. — Ce système de représentation a pour but de simplifier la procédure et de diminuer les frais, en ce qu'il permet aux actionnaires d'ester en justice par les soins et au nom des mandataires désignés par eux, sans avoir à se soumettre aux complications résultant de la règle : « Nul en France ne plaide pas procureur » (V. *suprà, v° Action en justice*, n. 187 et s.). — Cass., 28 déc. 1886 (motifs), Agombart, Cheval et Delvigne, [S. 90.1.157, P. 90.1.373, D. 87.1.497] — *Sic*, Alauzet, t. 2, n. 715; Bédarride, t. 1, n. 306; Boistel, n. 299; Bourguignat, note sous Cass., 26 mars 1878, Pereire, Salvador et consorts, [S. 79.1.17, P. 79.24] — Houpin, t. 1, n. 746; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 829; Mathieu et Bourguignat, n. 155 et s.; Pont, t. 2, n. 1560 et s.; Rivière, n. 123 et s.; Rousseau, t. 2, n. 1882 et s.; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 458 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 634; Rousseau, t. 2, n. 2701; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 887; Perroud, p. 71.

5218. — Quelques auteurs font remarquer que, l'art. 17 se référant exclusivement à la procédure et non point au fond du droit, la faveur faite aux actionnaires par cette disposition ne présente pas un bien grand intérêt pratique. L'art. 17 n'existerait pas que les actionnaires ayant des intérêts identiques n'en auraient pas moins le droit de se grouper pour intenter l'action ensemble; il en résulte simplement une diminution de frais. — V. Cass., 26 mars 1878, précité. — Tout autre serait la portée de l'article s'il autorisait les actionnaires syndiqués à agir en responsabilité contre la société, même après approbation des comptes par l'assemblée générale. « Faire l'assemblée maîtresse souveraine de l'action, fait observer M. Thaller (p. 327, note 1) cela est incontestablement logique. On sauvegarderait mieux les intérêts de la société en déviant un peu d'une logique rigoureuse. La majorité peut se composer de personnes faibles, inexpérimentées en affaires, ou à la dévotion des administrateurs. Les membres de la minorité devraient, à la condition de faire inscrire leur protestation sur le procès-verbal de l'assemblée, pouvoir porter la question du *quitus* et de la responsabilité devant la justice... Le tribunal, appréciant les conditions de la gestion incriminée, aurait ainsi pouvoir à l'effet d'annuler le

vote de décharge soit pour fautes caractérisées (droit qui lui fait incontestablement défaut sous la législation actuelle, V. *suprà*, n. 5141 et s.), soit à plus forte raison pour violation des statuts ou de la loi (droit qui lui est actuellement reconnu par quelques arrêts, mais dénié par d'autres) (V. *suprà*, n. 5099 et s.). On se confirmera dans la pensée d'une réforme pareille, en étudiant la législation allemande. — V. aussi Villemin, p. 58.

1° Sous quelles conditions et dans quels cas la loi autorise ce groupement.

5219. — Les conditions mises par la loi au groupement des actionnaires sont les suivantes : 1° Le texte de l'article ne vise que les contestations qui intéressent les actionnaires des sociétés commerciales. Par suite, il ne s'applique pas aux obligataires de ces sociétés, non plus qu'aux actionnaires des sociétés civiles. — Cass., 26 mars 1878, précité.

5220. — Mais si l'acte par lequel des obligataires, ayant chacun à former contre les mêmes administrateurs d'une société anonyme une demande semblable en dommages-intérêts, fondée sur les mêmes moyens, se sont associés pour soutenir leur procès à frais communs et ont délégué l'un d'eux à cet effet, ne peut constituer une société civile proprement dite, dans le sens de l'art. 1832, C. civ., c'est-à-dire ayant le droit d'ester en justice sous le nom de son gérant, cet acte a pu, du moins, donner pouvoir au délégué de représenter les mandants en justice, et notamment, d'interjeter valablement appel pour eux, dès que chacun d'eux a été désigné en l'acte d'appel, ainsi que dans les qualités de l'arrêt, ultérieurement intervenu, par ses noms, profession, domicile : il n'y a rien là de contraire à la maxime que : « Nul en France, ne plaide par procureur ». — Même arrêt. — V. *suprà*, v° *Action (en justice)*, n. 187 et s.

5221. — 2° Les actionnaires ne peuvent nommer un mandataire *ad litem* qu'autant qu'ils représentent au moins le vingtième du capital social. En conséquence, le mandataire qui se présente en justice comme représentant d'un syndicat d'actionnaires doit justifier de sa qualité par la production d'un pouvoir de ses mandants dûment enregistré conformément aux prescriptions de l'art. 23, L. 22 frim. an VII, et de l'art. 16, L. 23 août 1871, et de tous titres établissant que ses mandants sont réellement propriétaires du vingtième au moins du capital social. — Trib. comm. Saint-Etienne, 27 oct. 1903, Admin. des pompes funèbres, [*Mon. jud. de Lyon*, 6-7 déc. 1903]

5222. — Le tribunal saisi d'une action en responsabilité contre les administrateurs d'une société anonyme par un demandeur se disant mandataire *ad litem* d'un syndicat d'actionnaires constitué dans les termes de l'art. 17 peut donc surseoir à statuer jusqu'à ce que le mandataire ait présenté les justifications nécessaires; il peut même lui impartir un délai déterminé pour viser aux débats les pièces dont il s'agit. — Même jugement.

5223. — Néanmoins, des actionnaires peuvent valablement, alors même qu'ils ne représentent pas le vingtième du capital social, charger un tiers d'agir pour eux contre le gérant ou contre le conseil de surveillance, si ce tiers a déjà reçu pareil mandat d'un autre groupe d'actionnaires représentant plus du vingtième. — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 736; Houpin, t. 1, n. 749.

5224. — 3° Il faut enfin que les actionnaires syndiqués agissent *dans un intérêt commun*. Si plusieurs actionnaires, représentant ensemble plus du vingtième du capital social, avaient des griefs différents à faire valoir, ils ne pourraient pas faire usage de la faculté que leur confère l'art. 17 et devraient agir individuellement. A plus forte raison, un seul actionnaire, même dans le cas où il représenterait le vingtième du capital social, ne serait-il pas recevable à user du bénéfice de l'article. Il ne lui serait pas interdit de choisir un mandataire; mais le nom du mandant devrait figurer dans les actes de procédure : les motifs qui ont déterminé la mesure de faveur de l'art. 17 sont en effet sans application ici. — Angers, 26 avr. 1866, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 829; Pont, t. 2, n. 1569; Houpin, t. 1, n. 750.

5225. — Ces conditions remplies, il y a lieu d'appliquer l'art. 17, non seulement aux contestations entre les actionnaires et les gérants ou le conseil de surveillance, mais aussi aux procès qui pourraient s'élever entre des groupes d'actionnaires plaidant les uns contre les autres : les motifs sur lesquels repose notre article existent également dans cette hypothèse. — Bédarride, t. 1, n. 312 et s.; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 174; Garsonnet, *Traité de procéd.*, t. 1, p. 490; Houpin, t. 1, n. 748; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 831; Mathieu et Bourguignat, n. 160; Pont, t. 2, n. 1567. — *Contrà*, Vavasseur, t. 1, n. 734; Rivière, n. 131. — Spécialement, certains actionnaires sont fondés à réclamer à d'autres actionnaires le remboursement de dividendes indûment touchés par eux, en recourant à la procédure de l'art. 17. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, p. 622, note 4. — D'autre part, et du moment que les actionnaires poursuivent un intérêt commun, peu importe, pour l'application de notre article, que l'action qu'ils exercent contre le gérant et contre les membres du conseil de surveillance soit une action *individuelle* ou une action *sociale*. L'art. 17, en effet, ne distingue pas : pourvu que les actionnaires agissent *dans un intérêt commun*, la loi est satisfaite. Or cette condition est réalisée, soit dans le cas d'actionnaires exerçant *ut singuli* l'action sociale, soit dans le cas d'actionnaires qui se syndiquent et désignent en commun un mandataire *ad litem* en vue d'actions individuelles leur appartenant à chacun en propre, mais procédant de la même cause (par exemple : souscripteurs à une émission d'actions nouvelles se plaignant des manœuvres dolosives à l'aide desquelles leurs souscriptions ont été extorquées; actionnaires exerçant une action en nullité pour vice de constitution ou une action en responsabilité connexe à cette action en nullité, etc.). — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 747; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 887; Thaller, p. 327. — V. cependant Rousseau, t. 2, n. 2705; Vavasseur, t. 1, n. 744. — Ces derniers auteurs n'admettent, contrairement à la généralité du texte, les créanciers à se syndiquer que pour l'exercice des actions sociales.

5226. — En ce qui concerne la faculté pour les actionnaires d'exercer, en se syndiquant dans les formes prévues par l'art. 17, l'action sociale (pourvu que la société n'en ait pas disposé, V. *suprà*, n. 5138), il y a presqu'unanimité, en jurisprudence tout au moins. — Cass., 19 mars 1894, Soc. Talvande et Cie, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.465]; — 31 juill. 1895, Angleys, [S. et P. 99.1.447, D. 96.1.260] — Lyon, 28 janv. 1890, Juliard, [S. et P. 93.2.52, D. 92.2.33] — En doctrine, il y a quelques dissidences; les auteurs qui refusent aux actionnaires le droit d'exercer *ut singuli* l'action sociale leur déniant naturellement ce droit, même lorsqu'ils prétendent l'exercer sous forme de syndicat. — Sur cette controverse, V. *suprà*, n. 5130 et s. — V. aussi certains considérants, assez équivoques et peu conciliables en apparence avec la thèse dominante, du droit pour les actionnaires d'exercer l'action sociale en se syndiquant conformément à l'art. 17, d'un arrêt de la Cour suprême du 12 août 1889, Bideau, [S. et P. 92.1.348, D. 90.1.457]

5227. — On s'accorde aussi, très-généralement, pour les motifs indiqués plus haut, à admettre l'exercice, en syndicat, des actions individuelles fondées sur un intérêt commun, procédant d'un même fait dommageable.

5228. — Jugé, en ce sens, dans l'hypothèse dont nous avons parlé *suprà*, n. 5211, que les actionnaires peuvent valablement procéder en justice en se syndiquant dans les formes prévues par l'art. 17, L. 24 juill. 1867, comme agissant dans un intérêt commun. — Cass., 19 mars 1894, Baussard et Radais, [S. et P. 96.1.260, D. 94.1.471 et la note de M. Boistel]

5229. — ... Et que l'action du syndicat est recevable en tant que constituant l'exercice d'un droit propre aux syndiqués. — Même arrêt.

5230. — Mais les actionnaires, qui ont fait partie d'un syndicat à l'effet d'obtenir une indemnité égale au montant des actions dont ils étaient titulaires, ne sont pas recevables à poursuivre, en leur nom personnel et par action distincte, une nouvelle indemnité basée sur le même motif, alors qu'ils ne justifient pas d'un plus ample dommage que celui que tous les autres actionnaires ont subi. — Même arrêt. — Dès l'instant en effet que les actionnaires ont agi en syndicat, ils ont épuisé leur droit, à moins qu'ils n'aient, en dehors de l'action intentée en commun et fondée sur un préjudice éprouvé par l'ensemble des demandeurs, un grief personnel à faire valoir, grief non encore déduit en justice.

5231. — Jugé également que les actionnaires peuvent user du droit que leur confère l'art. 17 pour agir en commun contre le gérant et les membres du conseil de surveillance, même si la société est dissoute, encore que dans ce cas la société conserve sa personnalité morale pendant la liquidation et qu'elle ait

un représentant légal, le liquidateur. — Paris, 6 févr. 1891, Wormser ès-noms, [D. 92.2.385 et la note de M. Boistel]; — 12 juill. 1894, [Rev. des soc., 94.532] — V. Lyon, 24 déc. 1881, Franville, [D. 83.2.242]

5232. — Mais jugé en sens contraire que les actionnaires d'une société en commandite ne peuvent valablement conférer à des commissaires l'exercice d'une action sociale contre les anciens gérants et membres du conseil de surveillance : qu'une telle action est non recevable lorsqu'elle n'est pas exercée par le gérant en fonctions. — Paris, 21 févr. 1874, Chavontier et Wunsch, [S. 74.2.143, P. 74.613, D. 76.2.215] — Trib. comm. Seine, 23 déc. 1891, [D. *Rép. Suppl.*, v° *Soc.*, n. 1618] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 734; Pont, t. 2, n. 1566; Alauzet, t. 2, n. 720.

5233. — D'autre part, les actionnaires d'une société ne sauraient, par application de l'art. 17, conférer à un ou plusieurs mandataires l'exercice d'une action formée contre des tiers dans l'intérêt exclusif de la société, et alors que cette société n'a été mise en cause que pour consacrer et exécuter, par des écritures et des mesures d'administration, la décision à intervenir sur les conclusions prises contre les tiers assignés. — Paris, 8 mai 1895, Pinaud, [D. 95.2.302] — *Sic*, Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Société anonyme*, n. 362; Houpin, t. 1, n. 747.

5234. — Mais l'art. 22, L. 23 mai 1863 (et il en est de même de l'art. 17 de la loi de 1867) ne fixe aucune limite de durée au droit qu'il accorde aux actionnaires de charger, dans un intérêt commun, des mandataires d'intenter une action contre les administrateurs à raison de leur gestion, et ne supprime pas ce droit pour le cas où cette action serait dirigée contre les héritiers d'un administrateur. — Cass., 31 juill. 1895, précité. — *Sic*, Houpin, *Traité général des sociétés*, 3e éd., t. 1, n. 747.

5235. — La disposition de l'art. 17 est, comme celle de la loi de 1863 dont elle procède, une mesure de faveur pour les actionnaires. Ceux-ci sont donc libres d'y renoncer et d'exercer personnellement, chacun de son côté, leur action contre la société. — Cass., 27 janv. 1890, Roger, [S. 90.1.157, P. 90.1.373] — Lyon, 23 mai 1863, Déchandon, [S. 63.2.225, P. 63.760, D. 65.2.148] — Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161]

5236. — Et cette renonciation peut résulter de l'adhésion donnée par un associé aux statuts qui confèrent à une commission ou à son président le pouvoir d'assurer le recouvrement des cotisations dues par chacun des associés. — Cass., 27 janv. 1890, précité.

5237. — Les mandataires *ad litem* sont nommés par la majorité de l'assemblée générale ou du groupe d'actionnaires qui fait le procès : ils ne peuvent pas, comme sous l'empire de la loi de 1856, être désignés par le tribunal de commerce. — Pont, t. 2, n. 1571; Vavasseur, t. 1, n. 736; Houpin, t. 1, n. 752. — Ils peuvent être choisis en dehors des actionnaires. Mais ils doivent être nommés *pour chaque affaire* : la loi ne reconnait pas de mandataires *ad litem* permanents. — Vavasseur, t. 1, n. 737 *bis*; Houpin, t. 1, n. 752.

2° *Effets du mandat* ad litem.

5238. — Le mandat *ad litem* dérogeant à la règle d'après laquelle : « Nul en France ne plaide par procureur », il s'ensuit que le mandataire ainsi institué peut faire et recevoir la signification de tous actes de procédure, exploits d'assignation, conclusions et autres, nécessaires à la marche de l'instance et s'y rattachant légalement. — Cass., 28 déc. 1886, Agombart, Cheval et Delvigne, [S. 90.1.157, P. 90.1.373, D. 87.1.497]

5239. — Il peut notamment recevoir la signification du jugement ou de l'arrêt rendu. Vainement dirait-on que le mandataire, n'ayant pas le droit d'acquiescer par un acte exprès et formel au jugement ou à l'arrêt, ne doit pas pouvoir rendre définitive et à l'abri de tout recours une décision intéressant son mandant, en laissant expirer les délais d'appel ou de pourvoi en cassation : cette considération n'empêcherait pas l'effet de la signification, sauf aux mandants leur recours contre le mandataire. Et en conséquence, il y a lieu de mettre à la charge de la partie adverse les frais de la signification faite, à sa requête, par copie séparée, à chacun des actionnaires. — Même arrêt.

5240. — Mais la signification faite à toutes les parties représentées par le mandataire *ad litem* ne serait pas nulle. — Lyon, 10 nov. 1871, [D. 72.2.187] — Chambéry, 12 avr. 1897, [*Rev. soc.*, 97.541] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 830; Pont, t. 2, n. 1576; Vavasseur, t. 1, n. 708; Houpin, t. 1, n. 753.]

5241. — Les pouvoirs du mandataire *ad litem* sont d'ailleurs déterminés par le droit commun du mandat. En conséquence, ce mandataire ne pourrait sans un pouvoir spécial, ni se désister, ni acquiescer pour ses mandants au jugement intervenu ou à intervenir. — Amiens, 16 août 1884, sous Cass., 28 déc. 1886, précité. — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1573; Vavasseur, t. 1, n. 738; Houpin, t. 1, n. 753. — *Contrà*, Rivière, n. 135. — Sur les pouvoirs du mandataire en matière d'acquiescement, V. *suprà*, v° *Acquiescement*, n. 182 et s.

5242. — Jugé également que le mandat, ainsi conféré pour une instance spéciale, prend fin avec cette instance; et que, si le mandataire *ad litem* a qualité pour requérir, en vertu du jugement, l'hypothèque judiciaire qui en est l'accessoire, il n'a pas qualité pour donner mainlevée de cette hypothèque et consentir à la radiation de l'inscription. — Rennes, 14 mars 1892, Etienne, [S. et P. 93.2.60, D. 93.2.397]

5243. — L'instance une fois engagée par le mandataire *ad litem* au nom de ses mandants prend, pour tous ceux qui sont en cause, un caractère d'indivisibilité qui ne permet pas de distinguer la part de chacun d'eux dans le litige. En conséquence, le jugement rendu entre le gérant, ou le syndic de la faillite de la société et des actionnaires représentés par un mandataire *ad litem* est en premier ressort, même à l'égard de ceux des actionnaires dont l'intérêt est inférieur à 1,500 fr., si l'intérêt collectif des mandants dépasse ce chiffre. — Angers, 18 janv. 1865, Tessier, [S. 65.2.211, P. 65.857, D. 65.2.57] — Pau, 18 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.2.178, P. 66.705]

5244. — Mais le mandataire *ad litem* ne peut pas, sans un pouvoir spécial, interjeter appel ou se pourvoir en cassation. — Vavasseur, t. 1, n. 738. — *Contrà*, Pont, t. 2, n. 1573; Rivière, n. 135. — V. aussi, *suprà*, v° *Appel* (mat. civ.), n. 1514.

5245. — Quant aux rapports du mandant et du mandataire *ad litem*, ils sont régis par le droit commun du mandat, en ce sens que les actionnaires sont responsables des fautes commises par le mandataire qu'ils ont librement choisi. En conséquence, les juges du fait, après avoir constaté qee le mandataire des actionnaires, ès-qualités qu'il agissait, s'était livré à des attaques personnelles contre les parties adverses et à des imputations, versées aux débats, excédant la limite de ce qu'autorisait la défense de ses droits et de ceux des sociétaires, ses mandants, ont pu prononcer, à raison de ces faits, une condamnation solidaire à des dommages-intérêts contre le mandataire et tous les actionnaires qu'il représente, sans violer l'art. 17 de la loi de 1867, ni le droit commun, auquel la loi de 1867 n'a pas dérogé sur ce point. — Cass., 15 janv. 1889, Degand-Santerne, [S. 91.1.197, P. 91.1.487, D. 90.1.471]

CHAPITRE VI.

DES CHANGEMENTS ET DES MODIFICATIONS AUX STATUTS. POUVOIRS DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES EXTRAORDINAIRES.

5246. — La question des changements et des modifications aux statuts est l'une des plus complexes de toute la matière des sociétés, l'une de celles qui ont soulevé le plus de difficultés et de controverses, à raison du laconisme des textes. Un seul article, l'art. 31, d'ailleurs spécial aux sociétés anonymes, se réfère à la question; encore semble-t-il ne trancher qu'un seul point, la détermination du *quorum*, et laisser dans l'ombre la question la plus délicate, celle de l'étendue des pouvoirs dévolus aux assemblées générales extraordinaires. Nous examinerons tout d'abord ce problème juridique en nous plaçant plus spécialement au point de vue des sociétés anonymes. Puis nous rechercherons dans quelle mesure les principes consacrés par la jurisprudence relativement aux sociétés anonymes peuvent être étendus à la commandite par actions, et si ces principes ne comportent pas certains tempéraments, à raison, d'une part, de l'inapplicabilité de l'art. 31 à la commandite; et, d'autre part, de la situation particulière et prépondérante faite par les statuts aux associés en nom, et spécialement au gérant statutaire.

Section I.

Des changements et des modifications aux statuts dans les sociétés anonymes.

5247. — L'art. 31 qui règle la question est ainsi conçu : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ». Pris à la lettre, ce texte ne résout qu'une seule question, la question du *quorum* légal requis pour la régularité de l'assemblée générale extraordinaire, mais il ne fournit pas un critérium précis permettant de déterminer les pouvoirs dévolus à ladite assemblée en matière de modifications aux statuts. Nous aurons à rechercher cependant s'il n'en préjuge pas implicitement la solution, et s'il ne présuppose pas le droit pour l'assemblée générale, même dans le silence des statuts, d'apporter au pacte social certaines modifications, la question de savoir quelles seront ces modifications restant à résoudre d'après les principes généraux du droit.

§ 1. *Les assemblées extraordinaires ont-elles le pouvoir, dans le silence des statuts, d'apporter des modifications au pacte social?*

5248. — La question de savoir si, dans le silence des statuts, l'assemblée extraordinaire puise dans notre article le pouvoir de modifier les statuts sociaux, est vivement controversée. D'après un premier système, admis par une fraction importante de la doctrine et par un petit nombre d'arrêts, l'art. 31, en fixant le mode de composition de l'assemblée générale extraordinaire, n'a pas eu pour objet de définir les pouvoirs de cette assemblée, mais seulement de régler les conditions du vote, quand il s'agit de modifications autorisées par les statuts. Dès lors, et à défaut de dipositions contraires des statuts, il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit, et de décider, en conséquence, que les statuts sociaux ne peuvent être modifiés, dans notre hypothèse, que du consentement unanime des associés, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer suivant que ces modifications touchent ou non aux bases essentielles de la société. — Paris, 20 mai 1869, Noisel et consorts, [D. 70.2.12]; — 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161, et les concl. de l'avocat général Hémar — Besançon, 29 juill. 1889, Soc. coopér. de dégrossissage, [S. 91.2.107, P. 91.1.584, D. 90.2.331]; — 30 juill. 1891, [*Rev. des soc.*, 92.107] — Douai, 30 déc. 1891, Comp. des tramw. du Nord, [S. et P. 92.2.317, D. 94.1.313], sous Cass., 29 janv. 1894. — *Sic*, Ballot, *Rev. prat.*, t. 6, 1858, p. 109 et s.; Beudant, *Rev. crit.*, 1870, p. 120; Labbé, note sous Cass., 27 juin 1881, Soc. des bons hypothécaires, [S. 81.1.441, P. 81.1.1153]; Lyon-Caen, *J. des soc.*, 1880, p. 277, et note sous Cass., 30 mai 1892, Soc. gén. des fournitures militaires, [S. et P. 92.1.561]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 864; Vavasseur, t. 1, n. 167, et t. 2, n. 908; Boistel, n. 320, et note sous Paris, 6 févr. 1891, [D. 92.2.385]; Houpin, t. 2, n. 906, et *J. des soc.*, 1880, p. 542; Pont, t. 2, n. 906; Pascaud, *Rev. des soc.*, 1895, p. 569; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 436; Bonfils, *Rev. crit.*, 1893, p. 415; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 586; Rousseau, t. 2, n. 2432; Jarjavay, *Des droits et des obligations des actionnaires*, p. 137.

5249. — Ce premier système s'appuie sur un double argument, argument de texte et argument de principe, que nous résumons ci-après, d'après M. Lyon-Caen (note sous Cass., 30 mai 1892, S. et P. 92.1.561) : « L'art. 31, dit-on, n'a nullement pour but de déterminer les pouvoirs de l'assemblée générale, et d'indiquer qu'ils comprennent celui de modifier les statuts, mais uniquement de fixer le *quorum* nécessaire dans le cas où l'assemblée générale, en ayant le pouvoir, statue sur des modifications à y apporter. Cela résulte du texte de l'art. 31 lui-même et de la disposition de l'art. 29, qui, dans ses premiers mots, indique la portée des deux articles suivants. L'art. 29 dit, en effet, que les assemblées générales, qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. Cela semble bien impliquer que, dans les deux articles suivants, il s'agit d'une question de la même nature que dans l'art. 29, c'est-à-dire de la question de savoir quelle partie du capital doit être représentée dans une assemblée générale pour qu'elle délibère valablement. Il est d'autant plus naturel de reconnaître cette portée restreinte à l'art. 31, L. 24 juill. 1867, qu'il est exorbitant de donner à une majorité d'actionnaires le droit de modifier les statuts, contrairement à l'avis de la minorité. La révocation d'un contrat suppose le consentement de tous les contractants (C. civ., art. 1134). Il en est de même des modifications, qui ne sont que des sortes de révocations partielles. C'est là le principe général qui, à défaut d'une dérogation expresse dans nos lois, doit être appliqué à la société anonyme, comme il l'est à toutes les autres sociétés ». — V. auteurs précités.

5250. — Dans un second système, consacré par la jurisprudence, au moins depuis l'arrêt de principe du 30 mai 1892, l'assemblée extraordinaire délibérant sous les conditions de majorité déterminées en l'art. 31 aurait, au contraire, de plein droit, le pouvoir d'apporter des modifications aux statuts, à une double condition, à savoir : 1° que ce pouvoir ne lui soit pas expressément dénié par les statuts; 2° que, d'autre part, ces modifications ne portent pas atteinte aux bases essentielles de la société. — Cass., 30 mai 1892, Soc. gén. des fournit. milit., [S. et P. 92.1.561, D. 93.1.105]; — 29 janv. 1894, Comp. des tramways du Nord, [S. et P. 94.1.169, D. 94.1.313]; — 18 juill. 1894, Liquid. de la soc. *l'Assurance financière*, [S. et P. 94.1.409, et concl. de M. l'avocat général Desjardins]; — 29 mars 1898, Soc. des charbonnages du Poirier, [S. et P. 1901.1.70, D. 99.1.595]; — 18 oct. 1899, Martin Volf et Rounet, [S. et P. 1901.1.81]; — 16 juill. 1901, Montay, [S. et P. 1902.1.257, et note de M. Lyon-Caen] — Paris, 13 mars 1884, Banque française et belge, et 13 janv. 1885, Comp. *l'Avenir français*, [S. 91.2.105, P. 91.1.581, en sous-note sous Paris, 15 mars 1890, D. 95.2.14 et 184]; — 6 févr. 1891, Wormser, [D. 92.2.385, et la note de M. Boistel] — Lyon, 30 déc. 1892, [*J. des soc.*, 94.17] — Angers, 15 janv. 1894, [*Rev. des soc.*, 94.178] — Lyon, 23 juill. 1895, [*J. des soc.*, 96.556] — Paris, 19 janv. 1897, [J. *Le Droit*, 30 janv. 1897]; — 13 juin 1900, [*J. des soc.*, 1901.351] — Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléanaise d'éclair. par le gaz et l'électricité, [D. 1903.2.201, et la note de M. Fraissaingea] — Riom, 2 févr. 1901, [*Rev. des soc.*, 1901.443] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 412; De Courcy, p. 125; Lyon-Caen et Renault, 1re éd., t. 1, n. 491; Mathieu et Bourguignat, n. 202; Rivière, n. 230; Thaller, 3e éd., n. 690 et s., notes sous Cass. 30 mai 1892, [D. 93.1.105, et sous Cass., 26 nov. 1894, [D. 95.1.57]; Pic, *Dissert. Ann. de dr. comm.*, 1893, p. 414, et 1895, t. 2, p. 329; Wahl, *Augmentation du capital dans les sociétés anonymes*, n. 10 et s.; Lacour, note sous Cass., 29 janv. 1894, [D. 94.1.313]; Jacquier, *Des assemblées générales*, p. 149 et s.; Bousquet-Pontié, *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale d'une société anonyme et les droits individuels de l'actionnaire*, p. 43 et s.; Clément, *Des pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes relativement aux modifications du pacte social*, p. 52; P. Appleton, *Du droit pour les assemblées extraordinaires, dans les sociétés par actions, de modifier les statuts sociaux*, p. 70 et s. (et la bibliographie détaillée jointe à cet ouvrage); Sée, *De la réduction du capital social*, p. 61; Boursan, *De l'administration des sociétés anonymes*, p. 136.

5251. — Cette jurisprudence se rattache à une conception nouvelle du rôle de l'assemblée générale. La société, comme le dit M. Thaller (note sous Cass., 30 mai 1892, [D. 93.1.105], « forme un organisme autonome, elle a dans l'assemblée son représentant fondamental. Ce représentant peut prendre par voie de délibération collective, telle mesure recommandée par les événements et amender les statuts, ce qui n'aboutit pas au remplacement de la société par une société nouvelle... *Modifier les statuts, c'est non rompre un contrat, c'est perfectionner un organisme* » (Thaller, *Traité*, 3e éd., n. 690. — En d'autres termes, l'assemblée générale n'est pas seulement une réunion accidentelle d'associés, un agrégat d'individus, c'est un *organisme corporatif* distinct des individualités dont il se compose, et pouvant avoir une volonté propre, volonté qui n'est autre que celle exprimée par la majorité légale.

§ 2. *Quelles sont les modifications susceptibles d'être apportées au pacte statutaire par l'assemblée extraordinaire.*

5252. — Depuis un certain nombre d'années tout au moins, les fondateurs de sociétés ont toujours soin d'insérer dans les sta-

tuts une clause autorisant l'assemblée générale à modifier le pacte primitif, la question examinée au paragraphe précédent ne se pose donc plus que très-rarement. Mais tantôt cette clause détermine expressément les modifications susceptibles d'être apportées aux statuts par l'assemblée, tantôt elle se borne à autoriser en termes généraux l'assemblée à apporter aux statuts les modifications qu'elle jugera utiles à la marche de la société, ou toute autre formule vague de ce genre. D'où une double question : 1° lorsque les statuts autorisent expressément certaines modifications, la clause doit-elle être interprétée restrictivement ou extensivement? 2° lorsque les statuts autorisent, en *termes généraux*, l'assemblée à modifier les statuts, ou complètent une énumération des modifications autorisées expressément par une clause vague conférant à l'assemblée le pouvoir de statuer sur les cas non prévus, à quelles modifications s'étendra cette autorisation implicite?

1° *Modifications expressément autorisées par les statuts.*

5253. — Les statuts, en tant qu'ils ne contreviennent point à une disposition légale impérative ou prohibitive, sont la loi des parties. Les clauses qui autorisent l'assemblée générale à apporter telles modifications spécialement déterminées aux statuts doivent donc être observées, sans qu'il y ait à distinguer suivant que les modifications permises touchent ou non aux bases essentielles de la société.

5254. — Mais pendant longtemps la jurisprudence a fait prévaloir, pour l'interprétation de ces clauses, le principe de l'interprétation la plus restrictive, ne tenant pour autorisées que les clauses expressément visées par les statuts. Jugé en ce sens que les clauses dont il s'agit présentant un caractère exceptionnel et dérogatoire au droit commun, doivent être interprétées restrictivement : que le pouvoir de l'assemblée générale n'existe plus en dehors des cas prévus, ou tout au moins qu'il ne peut s'appliquer qu'à des changements qui se forment dans les limites des règles d'administration ou d'organisation de la société sans en altérer les bases constitutives. — Paris, 19 avr. 1875, précité. — V. aussi Paris, 18 mars 1862, Caisse générale des actionnaires, [S. 62.2.161, P. 62.712] — Rouen, 8 août 1868, Dufour et Masurier, [S. 69.2.236, P. 69.993, D. 59.2.211] — Aix, 14 juin 1879, [*J. des soc.*, 80.203] — Besançon, 29 juil. 1889, précité — Paris, 5 mai 1891, [*Rev. des soc.*, 91.433] — Paris, 30 nov. 1899, Simon ou Siméon, [S. et P. 1903.2.313, D. 1901.2.234] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 908; Deloison, t. 2, n. 908; Rousseau, t. 2, n. 2334; Boursan, p. 137; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 587.

5255. — ... Que la clause du pacte social autorisant l'assemblée générale, d'accord avec le gérant, à arrêter des modifications aux statuts, doit s'entendre dans le sens restreint qui borne le mandat aux actes d'administration; que cette clause ne donnerait pas à l'assemblée générale le droit de modifier les conditions essentielles de la société. — Rouen, 18 juill. 1881, Lecomte, [S. 82.2.6, P. 82.1.87]

5256. — Il en est ainsi, encore bien que les statuts portent que l'assemblée générale représente l'unanimité des associés, et que ses délibérations, prises à la majorité des voix, seront obligatoires pour tous, absents ou dissidents. — Même arrêt.

5257. — Mais cette clause permet à l'assemblée générale, autorisée à régler le mode de liquidation en cas de dissolution anticipée, de déroger aux statuts en substituant au mode de vente des immeubles et du mobilier industriel, qui devait avoir lieu aux enchères publiques, un mode de vente amiable ou l'apport de ces valeurs par voie de cession ou de fusion à une société nouvelle. — Même arrêt.

5258. — Jugé, dans le même sens, que la clause des statuts d'une société en commandite par actions, qui donne à l'assemblée générale des actionnaires le pouvoir de « faire toutes modifications qu'elle jugera convenables, décider l'augmentation du capital social, l'émission de nouvelles actions et la fusion avec toute autre société », ne renferme pas le pouvoir de changer la forme de la société, notamment de la convertir en société à responsabilité limitée ou en société en nom collectif. — Aix, 30 janv. 1868, Soc. du Grand-Hôtel de Cannes, [S. 68.2.343, P. 68.1247]

5259. — En conséquence, si une telle transformation a été effectuée par l'assemblée générale, les sociétaires qui ne l'ont point approuvée sont libres de s'en retirer en exigeant la restitution de leur apport social. — Même arrêt.

5260. — L'adhésion donnée par lettre, par un associé, à des statuts nouveaux introduisant dans les statuts anciens des modifications subordonnées à cette adhésion, peut, d'ailleurs, être considérée comme définitive, bien qu'elle ait été accompagnée d'un engagement de ratification en assemblée générale, s'il est constaté en fait qu'elle n'était pas, dans l'intention du sociétaire, subordonnée à cette ratification. — Cass., 24 mai 1869, Couvet, [S. 70.1.125, P. 70.288, D. 69.1.323]

5261. — Jugé, d'une façon générale, que, les statuts d'une société ne pouvant recevoir, sans l'assentiment de tous les associés, d'autres modifications que celles qu'ils ont expressément autorisées, les clauses contenant cette autorisation doivent être interprétées limitativement. — Douai, 30 déc. 1891, Comp. des tramways du dép. du Nord, [S. et P. 92.2.317, D. 94.1.313, sous Cass., 29 janv. 1894]

5262. — En conséquence, la clause des statuts donnant en termes généraux à l'assemblée générale pouvoir de modifier les statuts ne comporte d'autre droit que celui de faire des modifications de détail ayant le caractère d'actes d'administration, et non celui de toucher aux parties essentielles du contrat. — Même arrêt.

5263. — La clause des statuts, qui permet l'augmentation, ne comporte donc pas la réduction. Spécialement, cette clause générale ne permet pas à l'assemblée générale de réduire les actions au dixième de leur valeur, et d'imposer aux actionnaires l'obligation d'échanger leurs actions dans la proportion de dix actions anciennes contre une nouvelle. — Même arrêt. — V. aussi Toulouse, 14 juin 1887, [*Rev. des soc.*, 88.40]

5264. — Par identité de motifs, la clause aux termes de laquelle « l'assemblée générale délibérant dans les conditions indiquées à l'art. 31 peut, sur la proposition du conseil, apporter aux statuts toutes modifications qui seraient utiles, et notamment autoriser l'augmentation ou la réduction du capital social, la prolongation de la durée de la société ou sa dissolution anticipée, la fusion avec d'autres sociétés ou la cession sous une forme quelconque de l'actif mobilier et immobilier de la société, soit contre espèces, soit contre actions entièrement libérées », ne doit pas être appliquée en dehors de ses termes précis. Elle n'implique donc point le droit pour l'assemblée générale de modifier la répartition des bénéfices. — Trib. comm. Seine, 20 juill. 1899, [*Gaz. Pal.*, 99.2.435]

5265. — Jugé de même que, lorsque les statuts d'une société anonyme permettent de modifier l'importance du capital social et la forme ou la coupure des actions, l'assemblée générale ne peut ordonner la création d'actions, dites de priorité, devant jouir d'un prélèvement d'intérêts ou d'autres avantages, alors que, d'après les statuts, se référant aux dispositions de l'art. 34, C. comm., l'action devait donner droit à un partage égal de bénéfices. De pareilles dérogations à la loi du contrat de société ne peuvent être valables que si elles ont été consenties par l'unanimité des actionnaires. — Paris, 19 avr. 1875, précité.

5266. — Mais depuis quelques années la jurisprudence se montre sensiblement plus libérale dans l'interprétation des clauses des statuts relatives aux modifications autorisées. Cette évolution, commencée dès 1878 par un arrêt de la Cour suprême, s'est nettement dessinée postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation de 1892, qui a nettement condamné la thèse déniant tout pouvoir à l'assemblée extraordinaire, en cas de silence des statuts (V. *suprà*, n. 5250). — V. P. Appleton, *op. cit.*, p. 93.

5267. — Ainsi, jugé que la clause des statuts, donnant à l'assemblée générale le droit de délibérer « sur la vente partielle ou totale du fonds social ou sur la fusion de la société avec d'autres exploitations ou industries », renferme pour l'assemblée générale le droit de voter de nouveaux statuts conférant aux assemblées générales le pouvoir d'autoriser tous emprunts et d'augmenter le fonds social par la création d'actions nouvelles. Du moins les juges du fond, qui le décident ainsi par interprétation des premiers statuts, se livrent à une appréciation souveraine. — Cass., 13 mars 1878, Préand. [S. 78.1.401, P. 78.1054, D. 78.1.315]

5268. — Jugé de même : 1° Que la clause des statuts autorisant l'augmentation du capital peut, dans certaines circonstances, être considérée comme impliquant la faculté d'en opérer la réduction. — Lyon, 30 déc. 1892, [*J. des soc.*, 94.17]

5269. — 2° Que lorsque les statuts confèrent à l'assemblée générale le droit d'apporter aux statuts *toutes les modifications qui seront jugées utiles ou nécessaires*, ils lui confèrent le droit de

changer la répartition des bénéfices. — Nancy, 10 mars 1900, [J. *Le Droit*, 15 mai 1900] — 3° Que la clause autorisant l'assemblée générale à apporter aux statuts « les modifications dont l'expérience lui aura fait reconnaître l'utilité » emporte le droit de décider la suppression du droit de préférence accordé aux actionnaires de souscrire *au pair* à une émission d'actions nouvelles. — Trib. comm. Seine, 28 juin 1900 [J. *La Loi*, 29 août 1900]

5270. — Si les statuts ont le droit de conférer à l'assemblée générale les pouvoirs les plus étendus, même en ce qui concerne les modifications touchant aux bases essentielles de la société, ces mêmes statuts peuvent en revanche restreindre les pouvoirs de cette assemblée et lui enlever jusqu'au droit d'apporter au pacte social des modifications secondaires, droit, qui, dans le silence des statuts (d'après la jurisprudence tout au moins, V. *suprà*, n. 5250), lui eût appartenu virtuellement.

5271. — Jugé, en ce sens, que, si les assemblées générales extraordinaires des sociétés par actions ont le pouvoir d'en modifier les statuts dans celles de leurs dispositions qui ne sont pas de l'essence même desdites sociétés, c'est seulement à défaut d'une clause contraire du pacte social, duquel il dépend d'interdire tout changement au régime statutaire primitivement adopté, ou d'y mettre telles conditions que paraît réclamer la sécurité des intéressés. — Cass., 16 juill. 1901, Montay et consorts, [S. et P. 1902.1.257, et la note de M. Ch. Lyon-Caen]

5272. — Par suite, en présence de statuts d'une société coopérative stipulant que l'assemblée générale ne pourra délibérer sur un projet de modifications sans l'agrément préalable d'un comité de garantie composé d'un certain nombre de souscripteurs d'actions, c'est à bon droit que les juges annulent une délibération de l'assemblée qui a modifié les statuts sans que l'avis du comité eût été pris. — Même arrêt.

5273. — Il ne faudrait cependant pas conclure du principe posé par l'arrêt précité que toute dérogation à la règle selon laquelle l'assemblée générale a le pouvoir de modifier les statuts est valable. Des distinctions sont à faire. Dans l'espèce, le pouvoir de modifier les statuts n'était pas retiré à l'assemblée des actionnaires pour être conféré à un autre corps délibérant; l'agrément préalable d'un comité d'actionnaires était seulement imposé pour que des projets de modifications pussent être soumis à l'assemblée générale. Ce n'était pas ce comité qui décidait de la modification projetée; il pouvait arrêter un projet de modification, non le faire aboutir lui-même. Mais on peut concevoir que l'on ait l'idée de stipuler dans les statuts qu'ils ne pourront être modifiés que par un comité du genre de celui dont il s'agissait dans l'espèce, ou par le conseil d'administration. Une pareille stipulation dépouille l'assemblée des actionnaires d'un pouvoir qui, d'après la loi interprétée par la jurisprudence, appartient à cette assemblée. Ce pouvoir peut sans doute lui être retiré, comme nous l'admettons avec l'arrêt de la chambre des requêtes, mais il ne saurait être conféré à d'autres qu'à l'assemblée des actionnaires. C'est elle qui a la souveraineté; celle-ci ne saurait lui être enlevée pour être transportée à d'autres (V. C. comm. allem. de 1900, art. 274). — Lyon-Caen, note sous Cass., 16 juill. 1901, [S. et P. 1902.1.257]

2° Pouvoirs de l'assemblée dans le silence des statuts, ou en présence de clauses autorisant, en termes généraux, les modifications statutaires. — Critérium de la jurisprudence.

5274. — Nous avons établi *suprà*, n. 5250, que, même dans le silence des statuts, l'assemblée générale extraordinaire tient de la loi et de la volonté présumée des parties, le pouvoir d'apporter aux statuts certaines modifications. A plus forte raison ce pouvoir ne saurait-il lui être dénié lorsqu'il lui est conféré formellement par une clause des statuts qui, sans spécifier les modifications permises, autorise l'assemblée *en termes généraux*, plus ou moins vagues, à modifier les statuts. Mais ce point de départ étant admis, la difficulté n'est que reculée. La difficulté est, en effet de savoir, en présence d'une modification *non expressément visée par les statuts*, si elle rentre ou non dans les pouvoirs normalement dévolus à l'assemblée générale.

5275. — Deux systèmes principaux ont été proposés : l'un, qui est le système de l'avenir, celui que consacrent la plupart des législations récentes, ainsi que le projet de loi de 1903, mais qui, bien que défendu avec talent par plusieurs auteurs récents, n'a pas encore pénétré dans la pratique; l'autre, consacré par une jurisprudence constante, malgré les incertitudes et les difficultés d'application considérables qu'il présente. Le premier consiste à déclarer licite tout ce qui n'est pas interdit, soit par les statuts, soit par la loi. Le second fait une distinction essentielle entre les modifications secondaires et les changements substantiels, susceptibles de porter atteinte aux bases essentielles de la société.

5276. — I. *Premier système.* — ***Validité de toutes les modifications, quelles qu'elles soient, non interdites par une clause statutaire, ou par la loi.*** — Cette thèse, défendue par M. P. Appleton (*op. cit.*, p. 113 et s.), peut se résumer dans la formule suivante : « *Tout ce qui n'est pas interdit* aux assemblées générales, soit par une clause formelle des statuts, soit par la loi (textes précis ou principes généraux de droit), est licite ». En d'autres termes, et sous cette double réserve, l'assemblée générale extraordinaire, délibérant sous les conditions de majorité déterminées par l'art. 31, a pouvoir pour apporter aux statuts primitifs toutes les modifications qu'elle jugera utiles, sans qu'il y ait à distinguer entre les modifications secondaires et les changements dits substantiels. Ce système, dit-on, se justifie, d'abord par la netteté du critérium proposé et par les avantages pratiques qui en découlent, ensuite par les textes eux-mêmes. — V. aussi en ce sens : concl. de M. l'avoc. gén. Desjardins, sous Cass., 29 janv. 1894; Comp. des tramways du Nord, [S. et P. 94.1.169, D. 94.1.313]; rapp. de M. le conseiller Cotelle à la Ch. des req., à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt précité de la cour d'Orléans, du 9 janv. 1901; Fraissangea, *Rec. de l'Acad. de législ.*, 1901-2; et note sous Orléans, 9 janv. 1901, Société, Orléanaise d'éclairage par le gaz et l'électricité, [D. 1903.2.201]; Thaller, 3e éd., n. 693.

5277. — Il se justifie d'abord, dit-on, par la netteté du critérium proposé. Rien n'est plus vague et incertain, en effet, ainsi qu'on le verra *infrà*, que le critérium de la jurisprudence; il n'est pour ainsi dire pas une modification dont le caractère n'ait été contesté, et qui n'ait été, suivant les circonstances du fait, considéré comme substantielle ou comme secondaire. Cette incertitude a, dans la pratique, les plus graves inconvénients. Nombre de sociétés anciennes se sont trouvées, par suite de la précision insuffisante de leurs statuts, dans l'impossibilité d'apporter au pacte primitif les modifications organiques reconnues nécessaires, ou ont vu leur fonctionnement paralysé par l'annulation imprévue de modifications votées à la majorité spéciale de l'art. 31, modifications que leurs gérants et administrateurs avaient cru, de bonne foi, parfaitement régulières. Vainement objecterait-on que, dans le doute, les sociétés n'ont qu'à s'assurer de l'adhésion unanime des actionnaires. Il est en effet trop évident que, dans une société possédant un grand nombre d'actions, cette unanimité est pratiquement irréalisable, quelle que soit l'urgence démontrée de la modification projetée, surtout si les titres sont au porteur, disséminés à l'étranger, etc.; or la présence d'un seul dissident suffit à rendre le changement légalement impossible. Sans doute les fondateurs des sociétés récentes, avertis par les déboires des anciennes, ont soin d'insérer dans les statuts, relativement aux pouvoirs des assemblées générales, des clauses de plus en plus explicites et détaillées. Mais il ne faut pas se dissimuler que ces précautions seront toujours vaines dans bien des cas; quelque habilement rédigés que soient les statuts, quelque détaillées que soient les clauses, il est impossible de tout prévoir, et les meilleurs statuts ne préserveront pas les sociétés récentes des écueils juridiques sur lesquels un si grand nombre d'entre elles ont sombré.

5278. — La conclusion rationnelle s'impose : tenir pour licites toutes les modifications non interdites, soit par les statuts, soit par la loi. Telle est, ajoute-t-on, la règle formellement consacrée par la plupart des législations étrangères. L'Allemagne, dans son nouveau Code de comm. (art. 275) reconnaît à l'assemblée extraordinaire les pouvoirs les plus larges; il en est de même en Italie (C. comm., art. 157), en Autriche (règlement sur les sociétés anonymes du 20 sept. 1899), en Suisse (Cod. féd. des oblig., n. 126), en Belgique (L. 18 mai 1873, art. 59), en Angleterre (LL. 7 août 1862, 23 juill. 1877, 15 août 1879, 18 août 1890). — V. pour plus de développements : Appleton, p. 175 et s.

5279. — La loi française, au surplus, impose-t-elle l'interprétation restrictive? Nullement, dit-on. Loin d'interdire à l'assemblée extraordinaire toutes modifications touchant à l'essence de la société, lorsque les statuts ne les ont pas expressément prévues, l'art. 31 mentionne expressément, parmi les modifica-

tions susceptibles d'être votées, la prorogation et la dissolution avant terme, qui, comme nous le verrons, d'après la doctrine dominante sont classées comme des changements portant atteinte aux bases essentielles de la société. Qu'est-ce à dire, sinon qu'en principe tout changement est permis?

5280. — Ce point de vue est nettement affirmé dans un arrêt, resté isolé, de la Cour de Lyon, du 30 déc. 1892 [*J. des soc.*, 94.17] : « Considérant, lisons-nous dans cet arrêt, que, dans ses termes généraux, l'art. 31 de la loi du 24 juill. 1867 n'établit aucune distinction entre les modifications que les sociétaires réunis régulièrement en assemblée générale peuvent apporter aux statuts; *qu'il n'édicte aucune restriction* ; et qu'ainsi, à moins d'interdiction formelle écrite dans les statuts, l'assemblée est investie du droit de prendre toutes les mesures qu'elle juge utiles à l'intérêt social...; *qu'elle a pu ainsi valablement faire ce qui ne lui était pas défendu par une stipulation expresse*, etc. ».

5281. — Au surplus, conclut-on, cette interprétation extensive vient d'être consacrée législativement par la loi du 9 juill. 1902, amendée par la loi des 16-17 nov. 1903, sur les *actions de priorité*. Le texte et les travaux préparatoires de ces deux lois condamnent formellement la jurisprudence antérieure, qui interdisait à l'assemblée générale, à moins de clause expresse, le droit de créer des actions de priorité, une telle création touchant doublement à l'essence même de la société puisqu'elle a modifié la répartition des bénéfices et porté atteinte au principe d'égalité entre les actionnaires : le texte d'abord, puisqu'il reconnait à l'assemblée générale de toute société par actions, *même antérieure à sa promulgation* (art. 1 et 2, loi de 1903), le droit de créer des actions de priorité, *à moins que les statuts n'interdisent, par une prohibition directe et expresse, la création d'actions de priorité*. Les travaux préparatoires, surtout ceux de la loi complémentaire de 1903, ne sont pas moins nets. Cette loi, sur laquelle nous reviendrons plus loin, a eu pour but de combler certaines lacunes de la loi de 1902 et de trancher certaines controverses auxquelles son application avait donné lieu, notamment sur la question de savoir si ladite loi était applicable aux sociétés antérieures à sa promulgation. La loi de 1903, dans son art. 2, a posé le principe de la rétroactivité. Or, pour le justifier, M. Girard, rapporteur de la loi au Sénat, s'est appuyé « sur la doctrine unanime qui enseigne *que les lois interprétatives s'appliquent toujours rétroactivement* et échappent à l'application de l'art. 2, C. civ. » (Rapp. Girard, *Sén.*, *Doc. parl.*, ann. n. 22, 14 mai 1903, p. 41). N'est-ce pas dire que l'art. 31 avait jusqu'ici été interprété d'une manière inexacte par la jurisprudence, et qu'il consacrait implicitement la thèse d'après laquelle l'assemblée générale a tous les pouvoirs qui ne leur sont pas expressément refusés? — Appleton, p. 191. — V. aussi Thaller, *Ann. de dr. commerc.*, 1902.1.203.

5282. — II. *Second système : distinction de la jurisprudence entre les modifications secondaires et les changements portant atteinte aux bases essentielles de la société.* — D'après la jurisprudence, au contraire, une distinction essentielle doit être faite entre les *modifications secondaires*, et les *changements substantiels*, c'est-à-dire les changements susceptibles de porter atteinte *aux bases essentielles de la société :* les premières peuvent être votées par l'assemblée générale, même dans le silence des statuts, et à plus forte raison en présence d'une clause des statuts autorisant, en termes généraux, la modification des statuts; les seconds exigent le consentement *unanime* des associés, dès l'instant qu'ils n'ont pas été spécialement prévus par les statuts sociaux. — V. notamment, sur le principe, en dehors des nombreuses applications citées *infrà :* Cass., 30 mai 1892 (motifs), Soc. gén. des fourn. milit., [S. et P. 92.1.361, D. 92.1.105]; — 18 juill. 1894, Liquid. de la Soc. *l'Assur. financière*, [S. et P. 94.1.406, D. 95.1.113]; — 26 nov. 1894, Clavé, [S. et P. 95.1.133]; — 29 déc. 1896, Soc. anon. des mines d'Arre, [S. et P. 99.1.484, D. 97.1.125]; — 18 oct. 1899, Rousset, [S. et P. 1901.1.81, D. 99.1.567]; — 29 oct. 1902, [*Gaz. Pal.*, 1903.1.122]; — 6 janv. 1903, Oudin, [*Gaz. Pal.*, 20 mai 1903] — Paris, 19 avr. 1875, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2. 161] — Besançon, 29 juill. 1889, Soc. coopér. de dégrossissage, [S. 91.2.107, P. 91.1.584, D. 90.2.331] — Bourges, 6 avr. 1892, Gaz. de Saint-Amand, [S. et P. 92.2.313, D. 93.2.347] — Orléans, 9 janv. 1903, Soc. Orléanaise, [D. 1903.2.201] — Trib. comm. Seine, 25 juill. 1901, [*Gaz. Pal.*, 1901.2.480]

5283. — Si, sur le principe, la jurisprudence est fixée, la détermination du critérium précis permettant de distinguer les modifications secondaires des changements substantiels se heurte à des difficultés presqu'insurmontables. Sans doute, de nombreuses formules ont été proposées, celle-ci entre autres, que nous empruntons à M. Floucaud-Pénardille (t. 2, n. 588) : « Quelles sont, dit-il, les modifications dont on peut dire qu'elles altèrent les bases constitutives de la société? Ce sont celles qui apportent à la société un changement dans ses caractères essentiels, qui la modifient dans son but, dans son objet, dans ses caractères juridiques, dans l'importance de son capital, dans sa durée, dans la situation faite aux actionnaires ». Cette formule paraît précise; mais l'apparence est trompeuse, car si l'on s'accorde à tenir pour substantiel le changement complet de l'objet de la société, il y a doute sur la simple extension de l'objet primitif; même controverse en ce qui concerne les modifications relatives au montant du capital, à la durée du pacte social. Les questions d'espèce priment souvent ici les questions de principe, et il est d'autant plus délicat de proposer un critérium applicable à toutes les modifications usuelles, que la jurisprudence évolue peu à peu, sous l'empire des nécessités économiques ambiantes, et qu'elle a une tendance non dissimulée, encouragée par le législateur lui-même (V. *suprà*, n. 5281), à élargir de plus en plus les attributions normales de l'assemblée générale, à restreindre par conséquent au minimum la liste des changements substantiels, pour lesquels l'unanimité est nécessaire.

5284. — Cette évolution est intéressante à noter, car elle seule permet d'expliquer les variations de la jurisprudence, que nous aurons l'occasion de relever dans l'étude des principales applications faites par cette jurisprudence du critérium par elle adopté. — V. au surplus, sur ce critérium, outre les ouvrages précités de Floucaud-Pénardille et Appleton : Labbé, note sous Cass., 27 juin 1881, Soc. des bons hypothécaires, [S. 81.1.441, P. 81.1.1153]; Thaller, notes sous Cass., 30 mai 1892, [D. 93.1.105], et sous Cass., 26 nov. 1894, [D. 95.1.57]; Lacour, note sous Cass., 29 janv. 1894, Comp. des tramways du Nord, [D. 94.1.313]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 865; Houpin, t. 2, n. 907; Wahl, notes sous Cass., 18 oct. 1899, Martin Vogt et Rousset, [S. et P. 1901.1.81, et sous Riom, 2 févr. 1901, Kuhn, [S. et P. 1903.2.57]

5285. — Par suite de cette évolution, les deux systèmes divergents, celui de la doctrine récente, favorable à la thèse la plus libérale, et celui de la jurisprudence, se rapprochent peu à peu, bien que procédant d'un point de départ très-différent. Les partisans les plus convaincus de l'omnipotence de l'assemblée, en effet, admettent à leur principe certains tempéraments et leur refusent : soit le droit de transformer l'objet de la société et d'en faire une société entièrement nouvelle, « car, écrit M. Wahl (note sous Cass., 18 oct. 1899 : S. et P. 1901.1.81), ce ne serait plus alors de la modification à une société existante, c'est de la création d'une société qu'il s'agirait »; soit le droit de dépouiller l'actionnaire des droits essentiels qu'il tient de sa qualité (droit de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son apport, etc.). — V. Appleton, p. 195 et s.). — Et, réciproquement, les arrêts récents ne reculent pas devant l'admission du droit pour l'assemblée générale d'étendre l'objet primitif du pacte, d'augmenter ou de réduire le capital, même au prix d'autres atteintes à l'égalité théorique des actionnaires, de proroger la durée de la société, etc. Ces symptômes ne sont-ils pas significatifs, et ne permettent-ils pas de pronostiquer, avec M. Thaller (3e éd., n. 692), « que la thèse libérale finira par triompher, et que même l'assemblée extraordinaire, malgré le silence des statuts, disposera d'une quasi-omnipotence n'ayant d'autres limites que la défense de charger l'actionnaire de nouvelles prestations, de le déposséder de son titre, ou encore de dénaturer l'objet de la société ».

5286. — L'unification de la jurisprudence en ce sens s'accomplira d'autant plus aisément, même si le législateur s'abstient de poser un principe général (comme le proposent les auteurs du projet de 1903), que la Cour suprême envisage comme une question de droit la détermination du critérium permettant de distinguer la modification secondaire du changement substantiel. — V. not. Cass., 27 juin 1900, Comp. du gaz de Bordeaux, [S. et P. 1900.1.457] — Wahl, note précitée sous Cass., 18 oct. 1899, [S. et P. 1901.1.81]

5287. — Remarquons d'autre part que, même dans les cas où, à raison du caractère substantiel de la modification et de l'absence de clause explicite dans les statuts, l'unanimité est déclarée nécessaire, ce consentement unanime peut résulter non

seulement de la présence et du vote de ces derniers à l'assemblée générale, mais aussi des adhésions ultérieures et séparées qui seraient données par les actionnaires absents ou dissidents lors de la réunion de l'assemblée. — Cass., 11 mars 1868, Deleuze, [S. 68.1.211, P. 68.511, D. 68.1.207] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 921. — Sous le bénéfice de ces observations, nous pouvons maintenant passer en revue les applications les plus usuelles du critérium admis par la jurisprudence.

3° Applications principales du critérium jurisprudentiel.

5288. — Ainsi que nous l'avons fait observer précédemment, rien n'est plus difficile que de tirer une ligne de démarcation précise entre les deux catégories de modifications possibles : modifications touchant aux bases essentielles de la société, modifications secondaires. Sans doute, la jurisprudence procède de certaines idées directrices, dont les deux principales sont : 1° l'impossibilité, pour l'assemblée générale, de transformer radicalement l'objet de la société; 2° l'obligation pour l'assemblée de respecter les *droits propres de l'actionnaire*. Cette théorie des droits propres de l'actionnaire, *Das sonderrecht des aktionærs*, est depuis longtemps classique en Allemagne (Bing, *La société anonyme en droit allemand*, p. 241). Développée ultérieurement en France, par plusieurs auteurs (Thaller, *Traité de dr. comm.*, 3e éd., n. 692; Clément, p. 59; Rousseau, *Rapp. au congrès intern. de 1900*, Compte rendu, p. 403, etc.), cette théorie s'est solidement implantée chez nous : et l'on y peut rattacher toutes les solutions données *infrà*, sur l'impossibilité pour l'assemblée, à moins d'une clause statutaire formelle, de modifier la répartition des bénéfices, de porter atteinte à la loi d'égalité entre les actionnaires, tout au moins pour les actionnaires d'une même catégorie; d'imposer aux actionnaires des charges non prévues par eux lors de leur souscription, etc. « Quant à la défense de grever l'actionnaire d'une dette d'apport supérieure à sa dette primitive, ou quant à la nécessité de ne pas l'exproprier de sa part, elles s'expliquent par un principe simple et équitable : le respect dû au droit individuel dans la mesure où il n'a pas voulu s'enchaîner... La volonté de la majorité, dont j'ai bien accepté les effets *en tant qu'il s'agit du gouvernement de la société*, ne peut pas s'exercer à mes dépens sur mon avoir, au delà du point où s'arrête le sacrifice de mon propre individu ». — Thaller, *Traité*, 3e éd., n. 692. — V. aussi pour l'exposé et la critique de la théorie, Appleton, p. 200 et s., 241 et s.

5289. — Mais ces deux idées sont loin de résoudre toutes les controverses. D'une part, en effet, on peut se demander s'il n'y a pas lieu de distinguer entre la transformation complète de l'objet, chose rare en pratique, et l'extension des opérations sociales, fait très-fréquent et souvent nécessité par l'évolution industrielle et le perfectionnement des procédés techniques; d'autre part, il n'est pas toujours facile de dire où s'arrête le droit de la collectivité, et où commence le droit intangible de l'actionnaire; et le législateur de 1902, en autorisant la création d'actions de priorité par l'assemblée générale, n'est pas sans avoir ébranlé quelque peu la théorie des droits propres de l'actionnaire. D'un autre côté, les deux idées fondamentales indiquées plus haut ne fournissent aucune base de décision pour certaines modifications très-fréquentes dans la pratique, telles que l'augmentation ou la réduction du capital, la prorogation ou la dissolution anticipée du pacte, etc. Nous sommes ainsi amenés à diviser, pour la clarté de l'exposition, les modifications usuelles en trois catégories : 1° les changements considérés en général comme substantiels ; 2° les modifications généralement considérées comme secondaires; 3° les changements dont la nature est controversée.

5290. — I. *Changements considérés en général comme substantiels.* — A. *Changement de l'objet de la société : tranformation et extension.* — On s'accorde unanimement à admettre qu'un changement complet, une *transformation* dans l'objet de l'entreprise sociale porte atteinte aux bases essentielles de la société et ne peut être effectué que du consentement unanime des associés. — Cass., 20 déc. 1882, Soc. *la Foncière calédonienne*, [S. 83.1.198, P. 83.1.490, D. 83.1.301]; — 27 juin 1900, Comp. du gaz de Bordeaux, [S. et P. 1900.1.457, D. 1901.1.516] — Besançon, 29 juill. 1889, Soc. coop. de dégrossissage, [S. 91.2.107, P. 91.1.584, D. 90.2.331] — Bourges, 6 avr. 1892, Gaz de Saint-Amand, [S. et P. 93.2.213, D. 93.2.347] — Paris, 29 déc. 1897, Gaz de Bordeaux, [S. et P. 99.2.111, D. 98.2.445] — Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléan. pour l'écl. au gaz, [D. 1903.2.201] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Vavasseur, t. 1, n. 167; Pont, t. 2, n. 1687; Boistel, n. 320; Houpin, t. 2, n. 908; Thaller, n. 692; Ruben de Couder, v° *Soc.*, *Suppl.*, n. 170; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 601 ; Rousseau, t. 1, n. 2442; Appleton, p. 156; Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, Martin Vogt, [S. et P. 1901.1.81]; Fraissaingea, note sous Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléan. pour l'écl. au gaz, [D. 1903.2.201]

5291. — L'assemblée générale ne saurait donc être admise, bien qu'elle soit autorisée par l'acte de société à modifier les statuts, à changer le but de l'entreprise, alors surtout que ce changement doit avoir pour effet de donner à la société un but illicite. — Paris, 18 mars 1862, Caisse générale des actionnaires, [S. 62.2.161, P. 62.712]

5292. — De même, lorsqu'une société anonyme à capital variable a exclusivement pour objet, d'après ses statuts, le dégrossissage des boîtes de montres, est nulle la modification apportée aux statuts par l'assemblée générale, et qui autorise la société à se livrer « à la fabrication des boîtes de montre et de tous autres produits en métaux précieux et autres ». — Besançon, 29 juill. 1889, précité.

5293. — Il en est ainsi surtout alors que la société, formée entre des monteurs de boîtes de montre, avait, d'après ses statuts, le caractère d'une société coopérative, destinée à fournir aux seuls associés les matériaux nécessaires à leur industrie, tandis que les statuts modifiés auraient donné à la société le caractère d'une société industrielle. — Même arrêt.

5294. — Mais, si l'assemblée générale ne peut, sans excéder ses pouvoirs, changer l'objet et le but de la société, le *transformer* en un mot, il n'en est plus de même des délibérations qui ont simplement pour but de modifier, *par voie de restriction ou par voie d'extension*, le cercle des affaires sociales telles qu'elles avaient été déterminées par les statuts sociaux. De pareilles modifications sont à considérer comme secondaires, au même titre que celles affectant le chiffre du capital. La jurisprudence de la Cour suprême paraît fixée en ce sens, comme le faisait remarquer à la chambre des requêtes, dans son rapport concluant au rejet d'un pourvoi formé contre l'arrêt précité de la cour d'Orléans (pourvoi retiré par suite d'une transaction), M. le conseiller Cotelle, lorsqu'il rappelait « l'importante dissertation de M. Thaller, note sous Cass., 30 mai 1892, [D. 93.1.105], qui semble avoir trouvé la formule définitive de la théorie vers laquelle tendait la jurisprudence, en professant que les assemblées peuvent faire subir à la société toutes les évolutions qui n'en altèrent pas la *personnalité* et lui laissent son *identité* ». — « *Dénaturer* l'objet de la société, fait observer aussi M. Thaller (3e éd., n. 692), serait en réalité détruire celle-ci pour la remplacer par une autre; étendre l'objet ancien, joindre à l'exploitation primitive une industrie connexe, n'aboutirait pas au même résultat et devrait constituer une modification licite ». — V. Concl. de M. l'av. gén. Desjardins, sous Cass., 29 janv. 1894, Lacour, [D. 94.1.315]; Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, Martin Vogt, [S. et P. 1901.1.81]; Fraissaingea, note sous Orléans, 9 janv. 1901, précité; Appleton, p. 234. — V. aussi Cass., 27 juin 1900, et la note jointe à l'arrêt. — Orléans, 9 janv. 1901, précité.

5295. — Jugé, à cet égard, que la clause des statuts d'une société qui, en donnant à l'assemblée générale des actionnaires les pouvoirs les plus étendus, l'autorise spécialement à voter toutes réunions, fusions ou alliances avec d'autres compagnies, renferme le pouvoir de changer le mode d'exploitation jusque-là suivi, et de confier temporairement cette exploitation à une autre compagnie ayant son individualité distincte et indépendante; qu'une telle modification ne touche en rien aux conditions fondamentales de la société non plus qu'à l'objet pour lequel elle continue à rester constituée. — Cass., 8 mars 1882, Comp. Hecht, [S. 82.1.296, P. 82.1.734, D. 83.1.81] — Sur la fusion, V. *infrà*, n. 5376 et s.

5296. — ... Que l'assemblée générale d'une société ayant pour objet des fournitures militaires, qui a, en vertu des statuts, le pouvoir d'étendre l'objet de la société, vote valablement l'extension aux fournitures et confections civiles. — Trib. comm. Seine, 4 avr. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.336]

5297. — ... Que, dans une société par actions, dont l'objet principal était de faire des opérations se rattachant aux industries agricoles, mais dont toutes les opérations de banque permises par les statuts ne se rattachaient pas exclusivement aux industries agricoles, l'assemblée générale des actionnaires a pu,

à la majorité, en vertu d'un article des statuts qui permettait l'extension des opérations sociales, donner une plus grande extension aux opérations de banque étrangères aux industries agricoles. — Cass., 23 févr. 1885, Perron et consorts, [S. 85.1.337, P. 85.1.849, et la note de M. J.-E. Labbé, D. 85.1.403]

5298. — ... Qu'une société anonyme, dont l'objet principal était de faire des prêts hypothécaires et diverses opérations se rattachant aux industries agricoles, mais dont les statuts prévoyaient et permettaient l'extension des opérations sociales, peut, par une interprétation juridique des actes et documents de la cause, être considérée comme n'ayant pas été reconstituée, et étant demeurée légalement la même, bien que, par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires (d'ailleurs régulièrement composée), elle ait été autorisée à faire des opérations de banque et d'escompte. En conséquence, au point de vue de l'établissement du passif, il n'y a pas à distinguer entre les opérations précédentes, et celles faites à la suite et en exécution de la délibération dont il s'agit. — Cass., 14 janv. 1885, Lambert, [S. 85.1.159, P. 85.1.383, D. 85.1.403]

5299. — Et un actionnaire ne peut exciper de la modification apportée aux statuts pour se soustraire à son obligation de verser le complément de ses actions. — Même arrêt.

5300. — Jugé également que l'augmentation du capital social d'une société à responsabilité limitée, le changement de qualification ou même une modification des statuts ayant pour résultat d'étendre l'objet des statuts sans en altérer l'essence n'entraînent pas nécessairement la dissolution de cette société lorsqu'ils rentrent dans les prévisions des statuts. — Paris, 28 mai 1869, Synd. de la Soc. de crédit gén. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335, D. 69.2.145]

5301. — Mais si les modifications apportées à l'étendue des affaires sociales sont d'une nature et d'une importance telles, qu'elles constituent en réalité, non pas seulement une extension ou une restriction naturelle de l'objet de la société, mais bien une transformation de cet objet, elles ne peuvent alors être prises que du consentement unanime des associés, et non à la majorité fixée par l'acte de société ou par la loi pour les simples modifications aux statuts. Il en est ainsi spécialement au cas de l'extension de l'exploitation, exclusivement limitée par les statuts primitifs à un charbonnage désigné, à l'exploitation d'autres charbonnages déjà acquis et de tous autres que la société pourra acquérir dans la suite, par concession, achat, fusion, échange ou autrement. — Cass., 26 nov. 1894, Clavé et Marcotte, [S. et P. 95.1.133, D. 95.1.57] — *Contrà*, Thaller, note sous cet arrêt, [D. 95.1.59]; Ruben de Couder, v° *Soc. Suppl.*, n. 180.

5302. — De même l'étendue des opérations d'une société, telle qu'elle a été déterminée par les actes qui l'ont constituée, ne peut être restreinte ni par les administrateurs qui n'ont reçu que des pouvoirs généraux de gestion, ni même par la majorité de l'assemblée générale des actionnaires, malgré la résistance de la minorité, et cela alors même que ces restrictions auraient pour objet le plus grand avantage des associés, si elles ont pour effet de changer l'objet même de la société. — [Cass., 14 févr. 1853, Fréret et autres, [S. 53.1.424, P. 54.1.459, D. 53.1.45]; — 17 avr. 1855, Gérente, [S. 55.1.652, P. 55.1.598, D. 55.1.213]; — Orléans, 20 juill. 1853, Fréret et autres, [S. 53.2.485, P. 54.1.459, D. 54.2.31]

5303. — Spécialement, lorsqu'une société a été fondée pour l'établissement et l'exploitation de deux chemins de fer partant d'un même point et arrivant à deux destinations différentes, la majorité des actionnaires ne peut restreindre la société à l'établissement et à l'exploitation d'un seul chemin. — Mêmes arrêts.

5304. — En un tel cas, les actionnaires dissidents sont déliés de leurs obligations, et ont le droit de demander la restitution des sommes par eux versées dans la société. — Mêmes arrêts.

5305. — Toutefois, lorsque la majorité des actionnaires d'une société fondée pour l'établissement et l'exploitation de deux chemins de fer avait d'abord décidé de se restreindre à l'exécution d'un seul de ces chemins, les actionnaires dissidents ne peuvent plus demander pour cette cause la nullité de la société à leur égard, et la restitution des sommes par eux versées sur le montant de leurs actions, lorsque, par suite d'une décision régulière ultérieure, la société a cédé à une autre compagnie la concession de l'autre chemin de fer. — Cass., 19 mai 1857, Gérente, [S. 57.1.849, P. 57 748, D. 57.1.397]

5306. — En pareille hypothèse, si la société, sur le refus des actionnaires dissidents de compléter le versement du montant de leurs actions, a fait vendre ces actions, elle peut valablement se libérer envers les actionnaires dont il s'agit, en leur restituant des actions de l'ancienne société en nombre égal à celles qui ont été vendues, à la charge par eux de faire ces versements dont le refus avait motivé la vente de leurs actions, ainsi que ceux qui deviendraient exigibles.

5307. — Dans les hypothèses précédentes, il semble bien que les tribunaux aient confondu transformation avec extension. La même confusion a été faite pendant longtemps, pour les compagnies concessionnaires du gaz ou autre mode d'éclairage : puis la théorie nouvelle s'est précisée, et la jurisprudence la plus récente en est venue à admettre l'extension, par décision de l'assemblée extraordinaire, de l'objet primitif de la compagnie, limité à un seul mode d'éclairage, à un autre mode d'éclairage des villes.

5308. — Dans un premier système, il a été jugé que la clause des statuts d'une société anonyme portant que « la société a pour objet l'éclairage et le chauffage au gaz », doit être interprétée en ce sens que l'objet de la société est, non pas d'une façon générale et indéterminée l'éclairage et le chauffage par un procédé quelconque, mais bien, d'une façon spéciale, l'éclairage et le chauffage au gaz. — Bourges, 6 avr. 1892, Soc. anonyme du gaz de Saint-Amand, [S. et P. 93.2.213, D. 93.2.347] — Paris, 29 déc. 1897, Gaz de Bordeaux, [S. et P. 99.2.111, D. 98.2.445]

5309. — Et l'adjonction par la société de l'éclairage par l'électricité à l'éclairage au gaz constitue une modification de l'objet de la société, et, par suite, une atteinte au pacte social qui ne peut être décidée que par l'unanimité des actionnaires. — Bourges, 6 avr. 1892, précité.

5310. — En conséquence, est nulle, si elle n'a pas été prise par l'unanimité des actionnaires, la délibération par laquelle l'assemblée générale de la société a décidé d'adjoindre à ses opérations l'éclairage par l'électricité. — Même arrêt.

5311. — Vainement la société invoquerait la clause des statuts qui autorise l'assemblée générale, convoquée extraordinairement à cet effet, à modifier les statuts : cette clause doit être interprétée restrictivement, et ne saurait comporter le pouvoir, par l'assemblée générale, de modifier, en dehors du consentement unanime des actionnaires, le pacte social, par l'introduction, dans ce qui constitue l'objet même de la société, d'un élément nouveau, affectant l'essence de celui-ci, et pouvant être lui-même considéré comme un objet distinct. — Même arrêt.

5312. — Vainement encore la société invoquerait la clause du traité passé par elle avec la ville dans laquelle elle est établie, et qui stipule « qu'au cas où un système nouveau d'éclairage viendrait à être adopté à titre définitif par une autre ville, la société serait tenue de l'employer », alors, d'une part, qu'il résulte des circonstances de la cause que la ville en question n'a pas modifié son système d'éclairage, ni adopté définitivement l'éclairage à l'électricité, et alors, d'autre part, que, le traité étant postérieur en date aux statuts, la clause de l'acte social, qui autorise la modification des statuts, n'a pu être inspirée par la disposition susvisée du traité. — Même arrêt.

5313. — Vainement on alléguerait que l'éclairage électrique, que la société s'est engagée à fournir, étant produit au moyen du gaz, cette entreprise rentre dans l'objet de la société, qui est l'exploitation du gaz, alors que l'objet de la société est, non l'exploitation du gaz, mais l'éclairage et le chauffage par le gaz. — Paris, 29 déc. 1897, précité.

5314. — Vainement encore on invoquerait une clause du cahier des charges en vertu duquel la ville a concédé l'éclairage par le gaz à la société, et qui s'est incorporée aux statuts, clause d'après laquelle la ville se réserve de faire tous essais pour l'éclairage et le chauffage par tous systèmes qui pourraient se produire, sur une longueur ne dépassant pas 1,000 mètres de voie publique, sans que les tiers autorisés à faire ces essais puissent faire concurrence à la société du gaz pour la vente des produits obtenus, alors que l'éclairage électrique, dans les conditions où la société du gaz s'était engagée vis-à-vis de la ville à le substituer à l'éclairage au gaz, ne peut être considéré comme un essai rentrant dans les stipulations du cahier des charges. — Même arrêt.

5315. — Mais la Cour de cassation décide, au contraire, plus juridiquement selon nous, que pour apprécier si une com-

pagnie concessionnaire de l'éclairage par le gaz d'une ville n'a pas changé l'objet de la société en appliquant la lumière électrique à un certain nombre de monuments et de voies de la ville, les juges ne doivent pas se placer au point de vue absolu de la substitution de l'éclairage électrique à l'éclairage par le gaz, lorsque, dans les conditions où se poursuit le débat, se pose la question de savoir si, en appliquant ainsi l'éclairage électrique à un certain nombre de voies, la société n'a pas simplement réalisé, dans le service qui lui était confié, une amélioration que ni ses statuts, ni sa concession, ne lui interdisaient d'entreprendre. — Cass., 27 juin 1900, Comp. du gaz de Bordeaux, [S. et P. 1900.1.457]

5316. — Dans ce cas, les juges du fond doivent examiner, d'une part, si, dans les conditions où elle a eu lieu, l'application faite de l'éclairage électrique par la compagnie du gaz constituait une simple amélioration de son service, et, d'autre part, si la nature de sa concession lui interdisait ou non d'entreprendre cette amélioration : au lieu de faire cet examen, les juges ne sauraient se borner, pour déclarer changé l'objet social, à constater qu'un article des statuts constituait une société de chauffage et d'éclairage par le gaz. — Même arrêt.

5317. — Jugé, conformément à la doctrine de la Cour suprême, qu'une société ne modifie pas l'objet et la nature de ses entreprises, si, créée en vue d' « exploiter une concession d'éclairage public et privé dans une ville », elle adjoint à l'éclairage au gaz l'éclairage à l'électricité. Il n'y a là qu'une simple extension de l'objet primitif de l'entreprise, susceptible d'être votée par l'assemblée générale extraordinaire. — Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléanaise pour l'éclairage au gaz et à l'électricité, [D. 1903.2.201]

5318. — En d'autres termes, lorsqu'une société se constitue pour exploiter une concession administrative émanée de l'Etat, d'un département ou d'une ville, le juge appelé à interpréter les statuts de la société ne saurait perdre de vue l'objet essentiel de la concession. Or quel est l'objet essentiel des concessions municipales d'eau ou de gaz? Nullement de conférer à une compagnie financière le monopole *exclusif* de la fourniture de l'eau ou du gaz, mais bien plutôt d'*assurer un service public*. Or le service public « *éclairage* » doit évidemment se développer au fur et à mesure que se transforment les procédés scientifiques d'éclairage; et il est, *a priori*, inadmissible que la résistance intéressée d'une compagnie, fût-elle étayée sur la lettre de la concession ou de ses statuts, strictement interprétée, puisse tenir en échec la détermination d'une municipalité de mettre ses services en harmonie avec les nécessités économiques, et les progrès généraux de l'industrie. — V. la note sous Cass., 27 juin 1900, précité.

5319. — Partant de ce point de vue, le Conseil d'Etat, dans ses arrêts les plus récents, a assigné pour limite au monopole revendiqué par la compagnie concessionnaire le droit supérieur de la municipalité concédante, lorsque ce droit s'appuie sur les nécessités du *service public*, dont la compagnie a la gestion temporaire. D'où le droit reconnu aux villes, qui auraient concédé l'éclairage urbain à une compagnie de gaz, d'assurer le service de l'électricité en régie ou par l'entremise d'une compagnie rivale, dans le cas où la compagnie dûment mise en demeure se refuserait à réaliser elle-même cette transformation reconnue nécessaire. — Cons. d'Et., 22 juin 1900, Commune de Maromme, [Leb. chr., p. 415]; — 10 janv. 1902, Commune de Deville-les-Rouen, [S. et P. 1902.3.17, D. 1903.3.19] — Il y a aujourd'hui sur ce point parfaite concordance entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat. — V. Fraissaingea, note sous Orléans, 9 janv. 1901, [D. 1903.2.203]; Crépon, J. *Le Droit*, du 5 sept. 1900; Clément, p. 71; Wahl, *Pouvoirs des assemblées générales*, n. 25 et *J. des soc.*, 1900, p. 250. — V. aussi sur le caractère relatif des monopoles municipaux : Pic, *Tr. de législ. industr.*, 2e éd., n. 670.

5320. — Remarquons, en terminant nos explications sur cette délicate matière du changement d'objet, que, lorsqu'une opération est attaquée comme ayant été faite en dehors de l'objet de la société tel que l'avaient déterminé les statuts sociaux et que, par suite, cette opération ne pourrait être couverte par la ratification d'une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, mais seulement par l'unanimité des associés, l'arrêt doit s'expliquer sur ce grief ainsi formulé, et, que faute par lui de répondre aux conclusions prises sur ce chef, il encourt la cassation pour défaut de motifs. — Cass., 5 avr. 1892, [*Rev. des soc.*, 92.287]

5321. — B. *Transformation du caractère juridique ou type légal de la société : dénationalisation.* — Le caractère juridique d'une société constitue un des éléments essentiels de cette société, qui ne peut être modifié que du consentement unanime des associés, à moins qu'il n'y ait à cet égard une clause formelle et spéciale dans les statuts sociaux. En effet, la société transformée n'est plus identique à elle-même, c'est vraiment une société *nouvelle*, et l'on ne concevrait pas qu'à moins d'y avoir consenti par avance, les actionnaires dissidents puissent être liés par le vote de transformation. La loi de 1867 (art. 19) fournit d'ailleurs un argument en ce sens; cet article subordonne en effet le droit pour la majorité de transformer une société en commandite par actions antérieure à ladite loi, à la présence dans les statuts d'une clause formelle autorisant la transformation. Il est vrai que la loi de 1893 n'a pas subordonné à cette condition la transformation des sociétés civiles, antérieures à sa promulgation, en sociétés commerciales soumises au régime nouveau, et qu'elle autorise au contraire toutes les sociétés *dont les statuts ne s'y opposent pas* à effectuer cette transformation. Mais il y a là, semble-t-il, une disposition de faveur qu'il ne convient pas de généraliser. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Houpin, t. 2, n. 911; Thaller, n. 696; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 605. — *Contrà*, Appleton, p. 256. — Sur les dispositions transitoires destinées à faciliter la transformation des sociétés constituées sous l'empire d'une loi abrogée en sociétés régies par la loi nouvelle, V. *infrà*, n. 5643 et s.

5322. — Spécialement est nulle, faute d'avoir été prise à l'unanimité, la délibération d'une assemblée générale d'actionnaires dont l'objet est une modification aux statuts devant avoir pour effet d'imposer à un certain nombre d'associés la qualité d'associés en nom collectif, au lieu d'associés commanditaires, c'est-à-dire, vis-à-vis d'eux, de changer la nature de la société. — Cass., 28 févr. 1888, Liquid. de la Soc. Lussigny et Cie, [S. 91.1.298, P. 91.1.737, D. 88.1.427]

5323. — Il en est ainsi, alors surtout que la modification projetée n'avait pas été indiquée dans les lettres de convocation pour l'assemblée générale. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 4957 et s.

5324. — Pareillement la transformation d'une société en commandite par actions en société anonyme ou en société en nom collectif équivaut à la constitution d'une société nouvelle, et ne saurait avoir lieu sans le consentement unanime de tous les actionnaires. — Aix, 30 janv. 1868, Soc. du Grand-Hôtel de Cannes, [S. 68.2.343, P. 68.1248] — Lyon, 6 févr. 1868, Fusy, [S. 68.2.165, P. 68.698, D. 68.2.63] — V. aussi par analogie, Cass., 29 juill. 1890, Soc. anon. des mines de Pontpéan, [S. 91.1.183, P. 91.1.418, D. 91.1.54] — V. Houpin, t. 1, n. 651 et t. 2, n. 919.

5325. — Et il en est ainsi, alors que les statuts donnent à l'assemblée générale le pouvoir de faire telles modifications qu'elle jugera convenables, et notamment de décider l'augmentation du capital social, l'émission de nouvelles actions et la fusion avec toute autre société : ce pouvoir ne renferme pas celui de changer la forme de la société. — Aix, 30 janv. 1868, précité.

5326. — Il en est de même de la transformation d'une société civile en une société anonyme sous l'empire de la loi de 1867. — Cass., 26 nov. 1894, Clavé et Marcotte, [S. et P. 95.1.133, D. 95.1.57, et la note de M. Thaller] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 646; Vavasseur, t. 1, n. 446; Ruben de Couder, *loc. cit.*, n. 171. — *Contrà*, Thaller, note précitée. — Pour la transformation des sociétés civiles, depuis la loi de 1893, V. *infrà*, n. 5809 et s.

5327. — A plus forte raison faut-il considérer comme un changement substantiel le *changement de nationalité de la société* et la substitution, à l'avenir, d'une loi étrangère (loi belge en l'espèce) à la loi française pour régir la société. — Cass., 26 nov. 1894, précité; — 29 mars 1898, Soc. des charbonnages du Poirier, [S. et P. 1901.1.70, D. 99.1.595] — Dénationalisée, et soumise à un statut nouveau (ce qui suppose d'ailleurs, ainsi que nous le verrons, le transfert du siège social à l'étranger), la société est vraiment une société nouvelle; il est inadmissible qu'un tel changement puisse être imposé aux dissidents par la minorité. — Houpin, t. 2, n. 911; Ruben de Couder, *loc. cit.*, n. 172. — *Contrà*, Thaller, note précitée. — Sur la nationalité des sociétés, V. *infrà*, n. 6479 et s.

5328. — Il est toutefois une modification du type juridique

qui n'est pas considérée comme substantielle, c'est la transformation d'une société anonyme autorisée, constituée avant la mise en vigueur de la loi de 1867, en société anonyme dans les termes de cette loi. Cette transformation, expressément prévue et autorisée par l'art. 46 de la même loi, n'a pour but que de permettre à la société qui existait, et qui continue à exister *sous le type de société anonyme,* de jouir des avantages de la nouvelle loi; il ne s'agit là que d'une modification secondaire, comme l'indique l'art. 48 lui-même, lequel décide que cette transformation pourra s'effectuer « en obtenant l'autorisation du Gouvernement et en observant les formes prescrites *pour la modification de leurs statuts* ». — Cass., 24 janv. 1893, Comp. d'assur. marit. *la Sphère,* [S. et P. 93.1.266, D. 93.1.455]

5329. — C. *Modifications relatives aux droits des actionnaires* (*répartition des bénéfices, principe d'égalité, droits propres des actionnaires*). — Trois types de modifications distincts, quoique connexes, sont à rapprocher sous cette rubrique : les modifications tendant à changer la répartition statutaire des bénéfices, celles qui ont pour effet de porter atteinte aux principes d'égalité, en modifiant la situation respective des divers groupes d'actionnaires, et celles dont le résultat serait d'aggraver les charges de certains actionnaires ou de leur enlever certains droits inhérents à leur qualité d'associé.

5330. — *a*) *Répartition des bénéfices.* — Les stipulations des statuts relatives au partage des bénéfices doivent être considérées comme essentielles, en ce sens que c'est en vue des bénéfices, tels qu'ils devaient être répartis d'après les statuts, que les associés ont donné leur consentement. Tout souscripteur d'actions a pour objectif essentiel un placement rémunérateur; les clauses déterminant la quotité de cette rémunération sont donc, à son égard, substantielles, et aucune d'elles ne saurait être modifiée sans son consentement, à moins que les statuts ne contiennent une clause explicite autorisant l'assemblée générale à modifier la répartition des bénéfices. — Cass., 29 déc. 1896, Soc. des mines d'Arre, [S. et P. 99.1.484, D. 97.1.125] — Rouen, 8 août 1868, Dufour, [S. 69.2 236, P. 69.993, D. 69.2. 211] — Paris, 30 nov. 1899, Simon ou Siméon, [S. et P. 1903. 2.313, D. 1901.2.234] — Trib. comm. Seine, 28 juin 1900, [*J. des soc.*, 1901.82] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Deloison, n. 437; Houpin, t. 2, n. 918, et *J. des soc.*, 1880, p. 544; Vavasseur, t. 1, n. 167; Ruben de Couder, *op. cit.*, n. 173; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 599; Wahl, note sous Riom, 2 févr. 1901, Kuhn, [S. et P. 1903.2.57] — V. cependant Appleton, p. 261.

5331. — Ainsi, est nulle, la délibération par laquelle l'assemblée générale d'une société en commandite par actions, sur la proposition du gérant, décide, à la majorité seulement, que le dividende afférent à chaque action sur les bénéfices annuels, au lieu d'être attribué aux actionnaires, conformément aux statuts, sera appliqué à l'acquisition d'un immeuble pour le compte de la société. — Rouen, 8 août 1868, précité.

5332. — L'assemblée générale ne peut pas davantage accélérer l'amortissement des actions. — V. Trib. comm. de Bruxelles, 15 févr. 1897, [*J. des soc.*, 97.285] — Wahl, *Etude sur les pouvoirs des assemblées générales*, n. 63 (*J. des soc.*, 1900, p. 299 et 300). — V. cep. Trib. comm. Seine, 18 mars 1896, [*J. des soc.*, 96.287] — Sur l'amortissement des actions, V. *suprà*, n. 4630 et s.

5333. — Spécialement, lorsque les statuts autorisent limitativement l'assemblée générale à augmenter, diminuer ou céder l'actif social, l'assemblée générale ne peut changer la répartition des bénéfices, en décidant un prélèvement sur les bénéfices avant toute distribution en vue de l'amortissement annuel du capital-actions au moyen du remboursement au pair, par voie de tirages au sort, d'un certain nombre d'actions, et la création d'actions de jouissance en faveur des propriétaires d'actions amorties. — Paris, 30 nov. 1899, précité.

5334. — Au surplus, cette modification crée une inégalité entre les associés, par la création de deux catégories d'actions, les actions ordinaires et les actions de jouissance, et par l'établissement d'un tirage au sort, lequel introduit un classement nouveau et différent des associés en dehors des statuts, qui avaient écarté tout aléa, en assurant 5 p. 0/0 aux actionnaires avant tout prélèvement autre que la réserve légale. — Même arrêt.

5335. — A plus forte raison l'assemblée générale ne peut-elle diminuer les bénéfices des actionnaires, par exemple en créant des parts de fondateurs. — V. Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 918, p. 123; Wahl, *op. cit.*, n. 45, et *J. des soc.*, 1900, p. 290.

5336. — ... Ou en décidant que les intérêts statutaires, au lieu d'être pris sur les frais généraux, c'est-à-dire d'être prélevés en l'absence même de bénéfices (V. *suprà*, n. 4620 et s.), seront prélevés seulement sur les bénéfices. — V. Wahl, *op. cit.*, n. 47, et *J. des soc.*, 1900, p. 291; Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 726, et t. 2, n. 918, p. 122. — V. Paris, 9 août 1877, Requillart, [S. 78.2. 225, P. 78.966, D. 79.2.193]

5337. — ... Ou en reportant sur les exercices ultérieurs une distribution de bénéfices, c'est-à-dire en créant des réserves non prévues par les statuts. — Trib. comm. Seine, 22 mars 1900, [J. *Le Droit*, 13 mai 1900] — V. Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 918, p. 122; Wahl, *op. cit.*, n. 53; *J. des soc.*, 1900, p. 293.

5338. — Jugé cependant, en sens contraire, que l'assemblée générale peut, après avoir opéré sur les bénéfices le prélèvement prévu par les statuts pour le fonds de réserve, former une nouvelle réserve (*réserve extraordinaire* ou *supplémentaire*) prélevée, soit sur tous les bénéfices à distribuer, soit sur la seule part des actionnaires sans y faire participer le directeur et les administrateurs. — Aix, 18 août 1878, Rossolin, [S. 80.2.315, P. 80. 1209] — V. Appleton, p. 149. — Mais cet arrêt est doublement critiquable, d'abord en ce qu'il considère comme une modification secondaire un changement dans la répartition des bénéfices, ensuite en ce qu'il tient pour licite une atteinte au principe d'égalité (V. *infrà*, n. 5348 et s.) consistant à ne prélever la réserve extraordinaire que sur la part des associés non administrateurs. — Sur les réserves légale ou extraordinaire, V. *suprà*, n. 4429 et s.

5339. — Décidé encore que l'assemblée générale des actionnaires, chargée par les statuts de fixer les dividendes à répartir, a la faculté de ne pas comprendre dans ces dividendes telle ou telle portion des bénéfices, si les actionnaires, qui sont les meilleurs juges de leur intérêt, estiment avoir avantage à donner à cette partie des bénéfices une autre affectation. — Paris, 13 juin 1900, Soc. des cirages français, [S. et P. 1903.2. 313]

5340. — Par suite, l'assemblée générale extraordinaire peut, par voie de modification aux statuts, décider la création d'une réserve spéciale, alimentée par les prélèvements que l'assemblée générale ordinaire pourra exercer sur les bénéfices annuels, réserve destinée à pourvoir à des prévisions de dépenses, notamment au développement des affaires sociales. — Même arrêt.

5341. — Il en est ainsi, du moins, si la constitution de cette réserve a été motivée chaque année par des nécessités particulières, et si, en fait, les fonds prélevés sur les bénéfices ont été affectés au paiement d'acquisitions reconnues indispensables au développement des affaires sociales, qui ont augmenté du double sans emprunt en quinze ans, grâce aux sacrifices momentanés que se sont volontairement imposés les actionnaires. — Même arrêt.

5342. — La jurisprudence la plus récente s'arrête à un moyen terme. Elle tient pour licite la constitution d'une *réserve spéciale*, à la double condition que cette réserve n'absorbe qu'une quote-part des bénéfices, et qu'elle doive *également* profiter à tous les associés. — Cass., 29 oct. 1902, [*Gaz. Pal.*, 12 mai 1903]; — 6 avr. 1903, [*Gaz. Pal.*, 20 mai 1903] — V. *Annal. de dr. comm.*, *Bull. jud.*, 1903, v° *Société*, n. 60 et 62.

5343. — Jugé cependant, en sens contraire, que l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme peut, après avoir assuré le service des actions et de la réserve, substituer aux jetons de présence de 12 fr. 50 par mois, alloués aux administrateurs par les statuts, un tant pour cent sur les bénéfices, alors que, le directeur, qui devait s'occuper de tous les détails de la fabrication, et l'ingénieur qui, touchant un traitement relativement élevé, avait la haute main sur les affaires, ayant cessé d'exercer leurs fonctions, les administrateurs se sont vus obligés de consacrer beaucoup plus de temps à la surveillance et à la direction de l'usine, et de se rendre, à tour de rôle, tous les jours à l'usine. Il n'y a pas là une modification au mode de répartition des bénéfices, mais seulement la rémunération d'un travail, d'une fonction, votée par une mesure d'ordre intérieur qui rentre manifestement dans les pouvoirs de l'assemblée générale. — Riom, 2 févr. 1901, Kuhn, [S. et P. 1903.2.57, et la note de M. Wahl]

5344. — Au fond, la mesure approuvée par l'arrêt précédent

ne tend à rien moins qu'à déclarer licite la clause tendant, soit à allouer aux administrateurs des bénéfices plus élevés que ceux que leur attribuaient les statuts primitifs, soit à autoriser l'assemblée générale à convertir en une part de bénéfices le traitement fixe ou les jetons de présence prévus par les statuts. Or cette solution nous semble inacceptable. Si les actionnaires ne peuvent être dépouillés par l'assemblée générale d'une part de leurs bénéfices au profit de parts de fondateurs, correspondant généralement à des apports faits ou à des services rendus à la société par des tiers, ils ne peuvent pas, à plus forte raison, pouvoir en être dépouillés au profit des administrateurs, qui doivent déjà leurs services à la société. Enfin, l'influence que les administrateurs exercent dans les assemblées générales, soit par leur situation, soit par les actions dont ils disposent, prêterait, si l'assemblée générale pouvait leur allouer une part de bénéfices, à des abus considérables. On peut même ajouter que, les administrateurs étant nécessairement actionnaires, l'allocation d'une part de bénéfices aux administrateurs pourrait déguiser une rupture, effectuée à leur profit, de l'égalité entre les actionnaires. — *Sic*, Trib. Seine, 20 juill. 1899, [*J. des soc.*, 99.509] — Wahl, [*J. des soc.*, 1900, p. 339, et note sous Riom, 2 févr. 1901, précité.

5345. — Nous estimons, au contraire, avec M. Wahl (note précitée) que même à titre de rémunération de services spéciaux, même pour prix d'un marché passé avec la société conformément à l'art. 40 de la loi du 24 juill. 1867, cette allocation d'une part de bénéfices ne peut être légitimement consentie par l'assemblée générale. Les administrateurs sont, à cet égard, des tiers ; or, une part de bénéfices ne peut être accordée par l'assemblée générale à un tiers, comme prix d'un service (V. Wahl, *op. cit.*, n. 45, et *J. des soc.*, 1900, p. 290); car, en la lui accordant, on l'enlève aux actionnaires. Ceux-ci ont droit à une quote-part des bénéfices, fixée par les statuts; puisque ce droit rentre dans les bases essentielles du contrat, il ne peut être amoindri par l'assemblée générale.

5346. — Selon nous, le seul pouvoir que l'on puisse en pareil cas reconnaître à l'assemblée serait celui de transformer la part de bénéfices allouée aux administrateurs par les statuts en un traitement fixe, V. Wahl, *op. cit.*, n. 77, et *J. des soc.*, 1900, p. 340. — V. cep., Trib. de la Seine, 16 janv. 1893, [*J. Le Droit*, du 31 mars, cité par Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 918, p. 122 et Houpin, *ubi suprà*) — ou d'augmenter le traitement fixe que leur accordent les statuts (V. Wahl, *op. cit.*, n. 76, et *J. des soc.*, 1900, p. 339; Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 920; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 2, n. 866 *bis*). Car, dans tous ces cas, les actionnaires continuent à toucher intégralement la quote-part des bénéfices à laquelle ils ont droit, et les frais généraux de la société sont seuls augmentés.

5347. — Jugé, cependant, qu'une assemblée générale ne pourrait pas à la majorité et sans le consentement unanime des actionnaires allouer au gérant des appointements fixes annuels prélevés sur les frais généraux, alors qu'aux termes des statuts, il n'avait droit à rémunération que sur les bénéfices acquis. — Trib. Senlis, 8 févr. 1893, [*Rev. des soc.*, 93.393]

5348. — b) *Principe d'égalité entre les actionnaires.* — Ce principe, souvent invoqué en jurisprudence, signifie qu'il ne dépend pas de l'assemblée générale de modifier la situation respective des actionnaires, telle qu'elle résulte des statuts, et que tous ceux qui ont acquis leurs titres dans des conditions identiques, doivent pouvoir prétendre aux mêmes droits. Il existe une affinité étroite entre ce principe et la règle précédente, concernant la répartition des bénéfices; car si l'on peut imaginer aisément une modification dans la répartition qui ne porte aucune atteinte au principe d'égalité (par exemple, la création d'une réserve extraordinaire prélevée sur les bénéfices de *tous* les actionnaires sans exception), en revanche toute atteinte au principe d'égalité se traduit, directement ou indirectement, par une inégalité dans la répartition des bénéfices, ou par une rupture d'équilibre dans les charges, ce qui pratiquement revient au même. — Sur l'affirmation du principe, V. notamment, Cass., 30 mai 1892, Soc. des fourn. milit., [S. et P. 92.1.561, D. 93.1.105]; — 18 juill. 1894, Liquid, de la Soc. *l'Assurance financière*, [S. et P. 94.1.409, D. 95.1.113]; — 29 déc. 1896, Soc. des mines d'Arre, [S. et P. 99.1.484, D. 97.1.125] — Lyon, 23 juill. 1895, [*Rev. des soc.*, 97.17] — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 867; Houpin, t. 2, n. 918; Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, [S. et P. 1901.1.81]

5349. — Jugé notamment, en ce sens, que, dans le cas où l'assemblée générale extraordinaire a reçu le pouvoir de modifier les statuts de la société, il ne lui est permis de le faire qu'en respectant les bases essentielles du pacte social et notamment l'égalité entre les associés, laquelle serait rompue si certains avantages étaient attribués aux uns au détriment des autres. Spécialement, l'assemblée générale extraordinaire ne peut exonérer les actions de capital de l'obligation des versements restant à effectuer, alors que cette mesure est votée à la veille d'une liquidation reconnue nécessaire et qu'elle a pour but et pour résultat de favoriser les actions de capital aux dépens des actions d'apport, en frustrant celles-ci de l'émolument que leur eût assuré la réalisation du solde des mises engagées par les souscripteurs. — Cass., 29 déc. 1896, précité.

5350. — Il convient, du reste, de ne pas exagérer la portée du principe d'égalité. Il ne saurait s'agir ici d'une égalité absolue entre tous les porteurs d'actions. On s'accorde, en effet, à admettre que l'art. 34, C. comm., n'est nullement une disposition d'ordre public et que l'on peut créer différentes catégories d'actions; la loi elle-même en décide ainsi, puisqu'elle réglemente spécialement les actions d'apport. — Sur les divers types exceptionnels d'actions, V. *suprà*, n. 2039 et s.

5351. — L'égalité dont il est ici question, c'est, d'une part, l'égalité entre tous les actionnaires d'une même catégorie, par exemple, entre tous les porteurs d'actions de capital, et, d'autre part, le maintien sans modification du rapport établi par les statuts primitifs entre les droits, égaux ou inégaux, des diverses catégories d'actionnaires. — Trib. comm. Seine, 13 nov. 1899, [*J. des soc.*, 1900.135 — Thaller, note [D. 93.1.110]; Appleton, p. 241 et s.

5352. — Encore convient-il d'ajouter que, même ainsi limité, le principe d'égalité vient d'être fortement battu en brèche par la promulgation des lois des 9 juill. 1902 et 16 nov. 1903, qui ont formellement reconnu à l'assemblée générale le droit d'émettre au cours de la société, aux conditions de *quorum* de l'art. 31, et pourvu que les statuts ne contiennent pas une clause prohibitive expresse, des *actions de priorité*. Or une telle création déroge à la fois au principe d'égalité, puisqu'elle crée des catégories là où les statuts n'en admettaient pas, et à la loi de répartition des bénéfices, puisqu'elle confère aux nouveaux actionnaires un droit de préférence sur les bénéfices annuels, voire même sur le capital (L. de 1902, amendée en 1903). — Sur la loi de 1902, V. *suprà*, n. 2057 et s.

5353. — Remarquons d'ailleurs que le législateur de 1902-1903 s'est efforcé, dans la réalisation de la réforme consacrée par lui, de respecter dans une certaine mesure la loi d'égalité *par catégories*, ainsi qu'en témoigne la disposition finale de la loi de 1902, amendée en 1903. — V. *suprà*, n. 2063.

5354. — L'influence de la thèse libérale, affirmée dans les lois de 1902-1903, s'est fait déjà sentir en jurisprudence. La Cour de cassation vient en effet d'apporter au principe du maintien de la répartition statutaire des bénéfices, combiné avec la loi d'égalité entre les actionnaires, un tempérament qui en atténue singulièrement la portée, en décidant : d'une part, que l'on doit considérer comme changement substantiel celui qui affecte *la totalité des bénéfices*, d'ou il suit que l'assemblée générale pourrait distraire des bénéfices annuels une source distincte de revenus (en l'espèce le produit d'une coupe de pins) pour lui donner une affectation spéciale; 2° que cette mise en réserve ou affectation spéciale d'une quote-part des revenus ne serait critiquable qu'autant qu'elle ne serait pas de nature à profiter également à tous les actionnaires. — V. les indications données *suprà*, n. 4436 et s., sur les réserves spéciales. — Sur le droit des porteurs de parts de fondateur à l'égard des délibérations constituant une réserve spéciale, V. *supra*, n. 2501 et s. — Cass., 6 janv. 1903, *Gaz. Pal.*, 20 mai 1903.

5355. — A plus forte raison doit-on tenir pour régulières les délibérations qui, tout en respectant la loi d'égalité, tendent simplement à régulariser certains actes de gestion des directeurs ou administrateurs. Ainsi, à supposer qu'elles aient un caractère statutaire, rentrent dans le pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire d'une société d'assurance financière, les délibérations portant ratification du rachat de bons privilégiés opéré par le directeur au-dessus du prix fixé par les statuts, et décident l'imputation du prix de rachat sur la réserve spéciale; il n'y a pas là une atteinte au principe de l'égalité de traitement des sociétaires, dès lors que le prix de rachat des bons n'est pas imputable sur le fonds de capitalisation. — Cass., 18 juill. 1894, précité.

5356. — c) *Droits propres des actionnaires.* — L'assemblée générale ne saurait, sans excéder ses pouvoirs, augmenter les charges de certains actionnaires telles qu'elles résultent des statuts, soit directement, soit indirectement (par l'effet d'un dégrèvement indûment accordé à quelques associés privilégiés), pas plus qu'elle ne pourrait les priver des droits qu'ils tiennent de leur qualité même d'associés (droit aux dividendes, droit de prendre part aux assemblées, etc.). En agissant ainsi, en effet, « elle ferait plus qu'une modification, elle dépouillerait l'actionnaire, dans une mesure déterminée, de sa propriété, elle dérogerait à l'inviolabilité de la propriété privée, et prononcerait une sorte d'expropriation ». — Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, [S. et P. 1901.1.81] — Sur les droits de l'actionnaire, V. *suprà*, n. 2016.

5357. — Jugé, en ce sens, que la majorité ne peut pas imposer à la minorité qui s'y refuse une délibération par laquelle, en cas de retard par les associés de payer leur part contributive dans les dépenses, la part des retardataires dans les produits sera de plein droit dévolue à la masse, moyennant un prix fixé à l'avance, et employée à l'acquit de leur contingent dans ces dépenses; que ce n'est pas là un simple acte d'administration que la majorité puisse rendre obligatoire à l'égard de tous les associés. — Cass., 10 mars 1841, Michaud, [S. 41.1.357, P. 41.1.87] — Riom, 21 janv. 1842, Michaud, [S. 42.2.260, P. 42.2.641]

5358. — ... Que l'assemblée générale n'a pas le droit d'augmenter le chiffre de la souscription fixé par l'acte social, ni de modifier les conditions du versement de cette souscription. — Paris, 18 mars 1862, Caisse gén. des actionnaires, [S. 62.2.161, P. 62.712] — *Sic*, Troplong, n. 181; Bédarride, n. 289; Alauzet, t. 1, n. 169; Vavasseur, n. 212; Wahl, note précitée. — V. cependant Pardessus, n. 913.

5359. — ... Que doit être déclarée nulle, comme contraire aux statuts d'une société en commandite par actions portant que les actionnaires ne peuvent être soumis, sous quelque prétexte que ce soit, à un appel de fonds, la délibération par laquelle l'assemblée générale, sur la proposition du gérant, décide, à la majorité seulement, que les intérêts échus et les bénéfices existants seront laissés provisoirement dans la caisse sociale, et que le compte de chacun des actionnaires sera crédité d'une somme représentant sa part d'intérêts et de bénéfices et productive d'intérêts jusqu'au jour du remboursement qui sera indiqué par une décision ultérieure. — Angers, 26 avr. 1866, Comptoir de l'industrie linière, [S. 67.2.103, P. 67.457, D. 66.2.198]

5360. — Mais cette nullité, n'étant pas d'ordre public, ne peut être invoquée par l'actionnaire qui a assisté à la délibération et consenti aux modifications proposées. — Même arrêt.

5361. — Jugé, toutefois que, nonobstant la clause insérée aux statuts primitifs d'une société anonyme, pour réserver à l'un des fondateurs de la société le droit de reprendre ses apports en nature à la dissolution de la société, le droit de proroger la société au delà du terme fixé d'abord a pu être conféré aux assemblées générales extraordinaires d'actionnaires par de nouveaux statuts, votés à l'unanimité en assemblée générale extraordinaire, sans que pour cela le droit de reprise de l'apporteur dépende d'une condition purement potestative, dans les termes de l'art. 1174, C. civ., alors que le fondateur, étant porteur de la majorité des actions, aurait toujours pu s'opposer aux mesures contraires à ses intérêts, et alors qu'en outre le droit de prorogation n'est pas absolu, mais subordonné à certaines formalités, et que, d'ailleurs, la société peut, dans certains cas, se dissoudre avant d'arriver au terme fixé. — Trib. Marseille, 21 nov. 1896, sous Cass., 9 janv. 1900, Roux et D^lle Criottier, [S. et P. 1902.1.233]

5362. — En pareil cas, et lorsqu'une délibération d'une assemblée générale extraordinaire a prorogé la société, les juges du fond, qui tirent des faits et circonstances de la cause, lesquels ne sont d'ailleurs appréciés par eux que supplétivement à des écrits émanés de l'apporteur, la conclusion que, dans l'intention de celui-ci, les prorogations qui pourraient être votées auraient pour conséquence d'ajourner d'autant l'exercice de son droit de reprise sur ses apports, se sont renfermés dans un usage légitime du pouvoir souverain dont ils sont investis pour interpréter les conventions. — Cass., 9 janv. 1900, précité.

5363. — En conséquence, si les nouveaux statuts ont modifié la situation de l'apporteur, ce dernier ayant concouru personnellement et par suite adhéré à ce changement sans autre intérêt que celui d'accroître la valeur des actions de la société dont il possédait la plus grande partie, il n'y a pas lieu, de ce chef, à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 4, L. 24 juill. 1867, pour l'approbation des apports. — Même arrêt.

5364. — Les solutions de l'arrêt qui précède ne sont nullement en contradiction avec le principe posé. Il est incontestable, nous l'avons établi, que l'assemblée extraordinaire ne peut prendre aucune délibération susceptible de causer un préjudice spécial à certains actionnaires. A plus forte raison, l'assemblée générale ne pourrait-elle, par une délibération quelconque, *même prise à l'unanimité*, nuire au droit des tiers qui ont contracté avec la société. Les droits acquis aux tiers doivent être intégralement maintenus, tant que les intéressés eux-mêmes n'ont pas consenti d'en faire l'abandon. — *Sic*, Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, [S. et P. 1901.1.81] — Par conséquent, une assemblée générale n'a pas le pouvoir de modifier, au détriment d'un apporteur, la clause du pacte social aux termes de laquelle ce dernier a le droit de reprendre son apport en nature après la dissolution de la société. D'une part, elle violerait le pacte social, en enlevant à cet actionnaire les droits spéciaux qu'il s'est fait assurer. D'autre part, on peut soutenir que l'apporteur, en tant qu'il stipule la reprise de ses apports, est un tiers; car il a, indépendamment des droits et des obligations qui résultent pour lui de sa qualité d'actionnaire, passé une convention spéciale avec la société, convention qui lui assure la reprise de ses apports en nature. Mais si l'apporteur vote, dans l'assemblée générale, en faveur de la mesure nouvelle qui modifie son droit de reprise, ou même s'il se contente d'adhérer à la délibération prise en ce sens par l'assemblée générale, il a assuré une pleine validité à cette délibération, qui lui est opposable; elle ne lui est inopposable par elle-même qu'à raison de l'inviolabilité des droits d'autrui et du principe d'après lequel le titulaire d'un droit peut seul renoncer à ce droit; par conséquent, l'apporteur s'enlève à lui-même la faculté de résister à la délibération de l'assemblée générale, s'il y participe ou y adhère.

5365. — D. *Changement dans la durée du pacte.* — Jusqu'à ces dernières années, il était communément admis que la durée de la société est un des éléments essentiels du pacte social, et que, par suite, elle ne peut être modifiée (sauf clause expresse des statuts) que par un vote unanime des associés, qu'il s'agisse d'un vote de *prorogation*, ou, au contraire, d'une *dissolution anticipée*. — Cass., 29 avr. 1897, Soc. anonyme des mines de Giromagny, [S. et P. 99.1.481, et la note de M. Lyon-Caen, D. 98.1.106]; — 9 janv. 1900, précité. — Paris, 20 mai 1869, Noisel et consorts, [D. 70.2.12]; — 30 juill. 1891, [*J. des soc.*, 92.17] — Douai, 22 nov. 1895, [*J. des soc.*, 96.309] — Trib. comm. Seine, 14 févr. 1901, [*Gaz. des Trib.*, 12 avr. 1901] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 167; Houpin, t. 2, n. 909, et *J. des soc.*, 1880, p. 544; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 606; Rousseau, t. 1, n. 621 et 2450.

5366. — Quelques auteurs, cependant, proposaient une distinction entre la prorogation et la dissolution avant terme. D'après MM. Lyon-Caen et Renault (t. 2, n. 866), « l'assemblée n'a pas le pouvoir de prolonger la durée de la société; car cela conduirait à retenir dans les liens sociaux des associés qui n'ont entendu y rester que pendant le temps fixé par les statuts. Mais l'assemblée des actionnaires a le pouvoir d'abréger la durée de la société en prononçant sa dissolution anticipée; des causes très-légitimes peuvent exiger qu'une société prenne fin avant d'arriver au terme assigné à sa durée ». — V. Guillouard, *Soc.*, n. 286 (cet auteur envisage la société prorogée comme une société *nouvelle*).

5367. — Cette distinction n'a prévalu ni en doctrine, ni en jurisprudence. Rationnellement, en effet, elle est malaisée à justifier; car si la prorogation d'une société au delà de son terme statutaire est une modification substantielle, on ne conçoit guère que sa dissolution avant terme, qui peut léser de très-graves intérêts et arrêter l'entreprise en pleine phase de développement organique, puisse être envisagée comme secondaire. Au surplus, sur le terrain des textes, il est même plus facile de trouver des arguments assez spécieux, sinon décisifs, en faveur du caractère substantiel de la dissolution anticipée qu'en faveur de la prorogation. Les deux principaux arguments de texte invoqués par la jurisprudence sont, en effet, l'un et l'autre, spéciaux à la dissolution avant terme : le premier est un argument *a contrario* tiré de l'art. 37, lequel, en autorisant dans un cas seulement (perte des trois quarts du capital social) l'assemblée générale à voter la dissolution, semble avoir entendu dénier à cette assemblée, en toute autre occurrence, le droit de la prononcer; le se-

cond est un argument de même ordre, basé sur l'art. 37, *in fine*, combiné avec l'art. 1871, C. civ., aux termes duquel l'assemblée ne saurait être compétente, en dehors du cas spécial prévu par l'art. 37, pour décréter la dissolution, puisque c'est au tribunal qu'il appartient dans les autres cas, à la requête individuelle de l'un quelconque des intéressés, de prononcer par jugement la dissolution *pour justes motifs*. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 899 et s.

5368. — Aussi ne peut-on, avant l'arrêt d'Orléans de 1901 (V. *infrà*, n. 5374), citer aucun arrêt ayant statué directement sur le droit de l'assemblée générale en matière de prorogation (l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janv. 1900, et le jugement du tribunal de commerce de la Seine du 14 févr. 1901, précités, ont statué dans des cas où la prorogation avait été prononcée en exécution d'une clause expresse du pacte social); tandis que nombre de décisions judiciaires ont eu à statuer sur la validité de dissolutions anticipées, décrétées en l'absence de toute clause statutaire, par l'assemblée générale extraordinaire, et la plupart se sont prononcées dans le sens de la nullité.

5369. — Ainsi jugé que l'assemblée générale ne peut voter à la majorité la dissolution avant terme de la société que dans les conditions de l'art. 37 de la loi de 1867, c'est-à-dire en cas de perte des trois quarts du capital social; que cette faculté ne peut être étendue à d'autres hypothèses qu'en vertu d'une clause formelle des statuts. — Cass., 29 avr. 1897, précité.

5370. — ... Que, lorsque les statuts d'une société autorisent la dissolution anticipée en cas de perte de la moitié du capital social, l'assemblée générale ne peut prononcer la mise en liquidation de la société si celle-ci est seulement en état de gêne, mais sans que la quotité du capital social prévue par les statuts ait été perdue. — Paris, 30 juill. 1891, [*Rev. des soc.*, 92.72]

5371. — ... Sauf le droit pour les associés de s'adresser aux tribunaux et de demander la dissolution anticipée de la société pour de justes et légitimes motifs, conformément à l'art. 1871, C. civ. — Cass., 29 févr. 1888, Fouzès et consorts, [S. 89.1.417, P. 89.1.1036, et note de M. Chavegrin, D. 88.1.424] — Sur les motifs qui peuvent légitimer la dissolution anticipée de la société et sur le pouvoir des tribunaux à cet égard, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 909 et s.

5372. — Il est à noter que cette thèse n'avait jamais prévalu d'une façon absolue, et que quelques arrêts, appuyés par une fraction importante de la doctrine, se refusaient à voir dans la dissolution anticipée un changement substantiel. — Paris, 24 juin 1884, [*J. des soc.*, 85.7] — Trib. comm. Marseille, 9 juin 1885, [*J. des soc.*, 87.296]

5373. — On peut faire remarquer en ce sens : 1° que la dissolution anticipée, comme aussi la prorogation, peuvent être des actes de bonne gestion, destinés soit à prévenir la ruine complète des actionnaires, soit au contraire à faire bénéficier l'entreprise d'opérations de longue haleine qui, sans une prorogation, ne pourraient pas être engagées; 2° que les textes ne commandent nullement la solution contraire. D'une part, en effet, l'art. 37 n'a pas eu pour but, dit-on, de limiter à un seul cas le droit pour l'assemblée de prononcer la dissolution, mais simplement d'obliger les administrateurs, sous peine d'engager gravement leur responsabilité, à poser à l'assemblée la question de dissolution lorsque le capital social se trouve réduit des trois quarts. D'autre part, il n'est nullement démontré que le droit individuel reconnu aux associés de demander individuellement la dissolution pour justes motifs soit exclusif, dans les sociétés par actions, du droit par l'assemblée générale de la prononcer. Il semble au contraire que l'art. 31, en mettant sur le même plan les modifications aux statuts, en général, et « les propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme », ait entendu conférer pleins pouvoirs à l'assemblée générale pour décréter ces mesures, à moins que les statuts ne le lui interdisent, et que le droit individuel d'action reconnu à l'actionnaire ne doive lui être reconnu *qu'à titre subsidiaire*, c'est-à-dire faute seulement par les administrateurs d'avoir saisi de la question l'assemblée générale. — Thaller, note [D. 93.1.113], *La dissolution de la société anonyme pour justes motifs* (*Annales de dr. comm.*, 94.2, p. 130), et *Traité*, 3e éd., n. 700; Jacquier, *Des assembl. génér.*, p. 188; Wahl, *Pouv. des assembl. génér.*, n. 102, et *J. des soc.*, 1900, p. 389; Fraissaingea, note sous Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléanaise pour l'éclairage au gaz, [D. 1903.2.201]; Appleton, p. 166 et s. — V. C. comm. all. de 1900, art. 202; C. comm. ital., art. 157; C. belge de 1873, art. 59; loi anglaise de 1862, art. 129, etc.

5374. — Il a été jugé récemment, en ce sens, que la prorogation de la durée de la société rentre dans les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, pourvu qu'elle ne soit pas prohibée par les statuts. — Orléans, 9 janv. 1901, précité. — V. aussi Bordeaux, 4 févr. 1901, [*Rev. des soc.*, 1902.482]

5375. — Or il est intéressant de noter que, dans ses rapports à la Chambre des requêtes concluant au rejet du pourvoi formé contre l'arrêt d'Orléans, M. le conseiller Cotelle s'est rallié nettement à la thèse de l'arrêt par le motif « que l'identité de la personne morale, la persistance de son individualité, n'est point altérée par le recul du terme assigné à ses opérations ». Ce motif serait également exact pour la dissolution anticipée, et s'il venait à être admis par la Cour suprême, celle-ci se verrait obligée de revenir sur sa jurisprudence de 1897.

5376. — E. *Fusion de sociétés.* — A la question précédemment traitée des dissolutions anticipées de sociétés se rattache le problème, beaucoup plus complexe, du caractère juridique et des conditions de validité des *fusions de sociétés*. La difficulté provient ici, à la fois, du silence du législateur français qui, à la différence des lois étrangères, s'est abstenu de réglementer les fusions (sauf sur un point visé par la loi de 1902), et des formes multiples qu'elles peuvent affecter.

5377. — Dans la pratique, les fusions deviennent de plus en plus fréquentes, non seulement dans le domaine du droit administratif (fusion de deux ou plusieurs compagnies concessionnaires de voies ferrées, présupposant l'intervention des pouvoirs publics, mais aussi dans l'industrie privée. — Les fusions (et les syndicats) sont un des aspects les plus ordinaires de la concentration capitaliste qui caractérise l'industrie contemporaine : concentration due à des causes multiples; désir pour les entreprises similaires qui fusionnent de mettre fin à une concurrence ruineuse, ou d'accroître leurs bénéfices par une réduction de leurs frais généraux, nécessité d'accroître leurs ressources pour appliquer les procédés perfectionnés de la technique moderne, procédés ruineux pour les petits industriels, source de bénéfices considérables au contraire pour la grande production.

5378. — L'utilité de ces transformations est aujourd'hui si universellement reconnue que les fondateurs des sociétés nouvelles ont toujours soin de prévoir dans leurs statuts la possibilité d'une fusion, et d'indiquer à quelles conditions elle pourra se réaliser. Par contre, les statuts des sociétés anciennes sont le plus souvent muets sur ce point: de là toute une série de questions, que nous avons à examiner.

5379. — a) *A quelles conditions, dans le silence des statuts, une fusion de deux ou plusieurs sociétés peut être considérée comme licite?* — La réponse à cette question découle de la définition même de l'opération. D'une manière générale, la fusion consiste essentiellement dans la réunion en une seule de deux ou plusieurs sociétés, jusqu'alors distinctes et indépendantes. Tantôt il y a *fusion complète*, c'est-à-dire dissolution de chacune des sociétés anciennes et création d'une société nouvelle issue du groupement des valeurs dont se composait le patrimoine des sociétés fusionnantes. Tantôt il y a *annexion* d'une ou de plusieurs sociétés à une société plus puissante, qui subsiste seule, mais avec un capital majoré de l'actif de la ou des sociétés absorbées. — V. Thaller, n. 702; Houpin, t. 1, n. 626 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 610 et s.; Appleton, p. 160. — V. aussi de Noaillat, *Etude sur la fusion des sociétés*.

5380. — C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier, dans chaque espèce, si l'on est en présence d'une fusion complète ou d'une annexion. — Pont, n. 1093; Houpin, t. 1, n. 628.

5381. — L'opération que nous étudions ne doit d'ailleurs être confondue ni avec la cession *à forfait*, par le liquidateur d'une société dissoute, à une autre société, de l'actif réalisé en fin de liquidation, attendu que dans toute fusion (ou annexion) l'actif n'est point *vendu*, mais constitue un *apport social*, en échange duquel les actionnaires de la ou des sociétés absorbées reçoivent un nombre déterminé de titres de la société nouvelle ou de la société annexante. — Thaller, *op. cit.*

5382. — ... Ni avec l'entrée de la société, comme individualité associée, dans une autre société, auquel cas les deux sociétés conservent chacune son autonomie, la première ayant simplement, dans l'entreprise gérée par la seconde, un intérêt plus ou moins considérable représenté par le nombre d'actions qu'il lui

a plu de souscrire. — Sur la validité de cette combinaison, V. Cass., 10 déc. 1878, Lafoux, D. 79.1.5 ; — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 344; Rousseau, t. 2, n. 2636.

5383. — Supposons tout d'abord une fusion complète de deux ou plusieurs sociétés, qui se dissolvent simultanément pour donner naissance à une société nouvelle, plus vaste, dans laquelle elles s'absorbent et se confondent. Il nous paraît bien difficile de contester qu'une opération de ce genre ne constitue, au regard de chaque société fusionnée, une modification substantielle, touchant à ses bases essentielles, et partant non susceptible d'être votée par l'assemblée générale, à moins d'une clause expresse des statuts. Vainement objecte-t-on en faveur des droits de l'assemblée générale, que, si la dissolution anticipée d'une société peut n'être pas considérée comme substantielle (V. *suprà*, n. 5366 et s.), il en doit être de même, lorsque deux sociétés fusionnent, de la double dissolution qui est à la base de l'opération (Appleton, p. 160 et 260). Ce raisonnement nous paraît omettre un facteur essentiel : la fusion de deux sociétés n'implique pas seulement une double dissolution, mais deux dissolutions préparant la *création d'un organisme nouveau*, unique, qui va prendre la place des organismes disparus. Comment admettre que les actionnaires des sociétés appelées à disparaître puissent être, malgré eux, englobés dans cet organisme nouveau?

5384. — Il est une autre objection, plus spécieuse, formulée par M. Thaller (n. 704) : « On présente généralement, dit-il, la fusion comme un de ces actes affectant les bases essentielles du pacte social... Ce n'est pas exact. La fusion est une *opération de liquidation*. La société étant par hypothèse d'ores et déjà dissoute, elle ne constitue même pas une modification aux statuts. Elle forme une mesure très-grave, il est vrai, mais rentrant dans les pouvoirs de l'assemblée *ordinaire*, comme y rentrerait l'aliénation globale de l'actif à titre de vente ». Ce point de vue nous paraît inadmissible. La fusion, en effet, est loin d'être normalement un incident de liquidation ; le plus souvent, elle est le résultat d'un traité entre deux ou plusieurs sociétés existantes qui disparaissent uniquement pour renaître sous une forme nouvelle; l'analogie avec la cession à forfait, en cours de liquidation, de l'actif à une autre société n'est donc qu'apparente. — V. *suprà*, n. 5381.

5385. — Aussi, tout au moins pour le cas de fusion complète, la jurisprudence et la grande majorité des auteurs s'accordent-ils à qualifier la modification de *substantielle* et à tenir pour nulle la fusion non votée par l'unanimité des membres de chaque société. — Paris, 4 avr. 1881 [*J. des soc.*, 81.284], — 24 juin 1884, [*J. des soc.*, 85.719] — Douai, 17 déc. 1888, [*J. des soc.*, 91.511] — Trib. Seine, 7 juill. 1882, [*J. des soc.*, 83.640] — Trib. comm. Seine, 14 mai 1892 [*J. des soc.*, 93.60] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 428; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 337; Pont, *n.* 1090; Houpin, t. 1, n. 627; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 612; Rousseau, t. 2, n. 2610. — V. Code ital., art. 194.

5386. — Pour le cas d'*annexion* d'une société à une société plus importante, laquelle subsiste (en apparence du moins), la question n'est pas susceptible d'une réponse absolue. Il y a évidemment changement substantiel par rapport à la société qui disparaît; mais au regard de la société annexante, la solution dépend des circonstances particulières de la fusion. C'est aux juges du fond à apprécier si la société annexante, malgré l'extension de son champ d'opérations et l'accroissement de son capital, demeure semblable à elle-même, auquel cas l'assemblée générale peut valablement voter le traité, ou s'il n'y a pas, du fait de la fusion, transformation véritable de la société et naissance d'une société nouvelle.

5387. — Cette distinction, a été nettement mise en relief dans un arrêt de la cour de Paris, aux termes duquel la fusion d'une société en commandite par actions (il en serait de même d'une société anonyme), avec d'autres sociétés de même nature ayant pour objet l'exploitation d'une industrie semblable, constitue, non point une simple modification aux statuts sociaux, mais la formation d'une société nouvelle, alors que cette fusion est suivie, indépendamment d'une notable extension des affaires sociales, d'une augmentation importante du capital primitif, et qu'un changement profond et essentiel s'est opéré dans les personnes et dans les biens de la société. — Paris, 24 mars 1859, Rolin, [S. 59.2.437, P. 59.635, D. 59.2.146] — V. aussi Paris, 2 mars 1883, [*Rev. des soc.*, 83.236] — Douai, 11 août 1887, [*Rev. des soc.*, 88.15]

5388. — Il est à remarquer du reste que le plus souvent le changement sera considéré comme substantiel, la fusion, même lorsqu'elle se réalise sous forme d'annexion, se présentant généralement comme la synthèse des diverses modifications précédemment exposées : transformation de l'objet, atteinte au principe d'égalité, répartition différente des bénéfices, prorogation, sans compter l'augmentation du capital qui, pour la société inexistante, est la suite nécessaire de la fusion. Ce caractère substantiel s'impose principalement lorsque la fusion interviendra entre deux sociétés de types différents ou plus ou moins différents par leur objet. — Sur la légitimité de la fusion en pareil cas, V. Nîmes, 15 janv. 1878, sous Cass., 10 déc. 1878, Lafoux, [D. 79.1.5] — Houpin, t. 1, n. 626 ; Rousseau, t. 2, n. 2624. — V. cep. Cass., 10 déc. 1878, précité.

5389. — Jugé, conformément à ces principes, que le liquidateur ne puise pas dans ses pouvoirs, et ne peut même pas obtenir de l'assemblée générale, sauf clause statutaire expresse, le droit d'apporter à une nouvelle société l'actif et le passif de la société dissoute, en échange de la remise aux actionnaires de l'ancienne société d'actions de la nouvelle. — Cass., 20 mars 1860, Bardey, [S. 61.1.61, P. 61.605, D. 60.1.398] ; — 17 août 1875, Jaugot, [S. 76.1.454, P. 76.1159, D. 76.1.359] — Rouen, 7 févr. 1888, Maison et autres, [D. 89.2.67] ; — 12 mai 1896, [*J. des soc.*, 96.392] — V. Rousseau, t. 2, n. 2610 et s.

5390. — ... Que le refus par les actionnaires d'une société dissoute, ou par certains d'entre eux, des actions créées par la société nouvelle en représentation de l'actif de l'ancienne société a pour effet de rendre nulle la société nouvelle, faute de souscription intégrale de son capital. — Paris, 4 avr. 1881, [*J. des soc.*, 81.284] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 627.

5391. — On s'est demandé si, au cas de liquidation judiciaire, le liquidateur ne pouvait recevoir du tribunal plein pouvoir à l'effet de céder l'actif social à une société nouvelle, moyennant la remise des titres de cette dernière aux actionnaires de l'ancienne. Plusieurs décisions judiciaires se sont prononcées en ce sens. — Cass., 19 févr. 1890, consorts Guillon, [S. 91.1.321, P. 91.1.775] ; — 12 nov. 1896, [*J. des soc.*, 96.392] — Trib. comm. Seine, 31 août 1887, [*J. des soc.*, 87.594]

5392. — Mais cette solution paraît très-contestable; il est en effet, *a priori*, difficile d'admettre que le tribunal puisse ainsi, de sa propre autorité, introduire dans le pacte social un changement substantiel que l'assemblée ne pourrait voter. Le tribunal pourrait autoriser une vente à forfait, non une fusion ou la substitution d'une société nouvelle à une société dissoute. — Rousseau, t. 2, n. 2614 et s. — V. aussi sur les pouvoirs des liquidateurs, *suprà*, v° *Société civile*, n. 1082.

5393. — b) *Dans quelles formes la fusion peut-elle se réaliser?* — La solution de cette seconde question découle du principe posé ci-dessus. Soit qu'il y ait fusion complète, c'est-à-dire substitution à toutes les sociétés anciennes d'une société nouvelle, soit qu'il y ait simplement annexion, la validité de l'opération est subordonnée, en principe (et sous la seule réserve indiquée, *suprà*, n. 5386) à l'approbation unanime des associés de chacune des sociétés. Ces associés doivent délibérer séparément en assemblée générale extraordinaire, et c'est seulement dans le cas où l'assemblée de chaque société approuve *à l'unanimité* (sauf clause contraire dans les statuts) le projet de fusion, que ce projet peut être mis à exécution, après avoir été publié au préalable par les modes légaux.

5394. — Pour cette consultation, les administrateurs ou gérants ont le choix entre deux procédés : ou bien élaborer à l'avance un projet de traité et le faire ratifier par chacune des assemblées; ou bien se faire autoriser à l'avance par celles-ci à traiter sur des bases à débattre ultérieurement entre les représentants des sociétés fusionnantes. — Vavasseur, n. 428; Houpin, t. 1, n. 627.

5395. — S'il y a fusion complète et création d'une société nouvelle, il convient d'observer toutes les formalités constitutives requises par la loi. Dans le cas d'annexion, au contraire, il suffira de publier la dissolution anticipée de la société annexée, et de se conformer, pour l'augmentation du capital de la société annexante, aux formalités exigées en pareil cas (V. *infrà*, n. 5450 et s.). Mais les statuts de la société annexante, sauf les modifications nécessitées par cet accroissement du capital, resteront en vigueur, et le personnel directeur de ladite société sera maintenu en fonctions, à moins de disposition contraire dans le traité.

5396. — Du principe, qu'au cas de fusion, il est nécessaire de se conformer aux prescriptions légales concernant la consti-

tution des sociétés par actions découlent notamment les conséquences suivantes : 1° Le capital annoncé doit être intégralement souscrit; la société serait donc nulle si, par divers artifices, les négociateurs de la fusion s'efforçaient de dissimuler l'existence ou le chiffre du passif dont une des sociétés était grevée (Houpin, t. 1, n. 631). Tel n'est pas cependant le point de vue de la jurisprudence. Ainsi serait valable, d'après la Cour suprême, une société à laquelle une société se fusionnant aurait apporté son actif, à charge d'acquitter le passif qui le grevait, bien que le capital social, représenté par des actions remises aux associés de l'ancienne société, eût été fixé à une somme correspondant à la valeur intégrale de l'actif brut, le passif non déduit. — Cass., 4 nov. 1885, Darquié, [S. 88.1.459, P. 88. 1. 1139, et la note de M. Labbé]

5397. — 2° Si le capital de la société nouvelle, issu de la fusion de deux ou plusieurs sociétés anciennes, comprend une fraction en numéraire, émise dans le public, il y a lieu à vérification, dans les formes déterminées par l'art. 4 de la loi de 1867, des apports effectués par les sociétés fusionnantes (V. *suprà*, n. 3390 et s.). On est ici, en effet, en présence d'un capital social provenant de deux sources : d'une souscription en numéraire, d'une part, d'apports en nature, d'autre part, et les souscripteurs qui paient leurs titres argent comptant ont évidemment le droit de vérifier la valeur des apports, en échange desquels les actionnaires de chacune des sociétés dissoutes vont recevoir sans bourse délier des actions entièrement libérées de la société nouvelle. — Houpin, t. 1, n. 628; Rousseau, t. 2, n. 2629.

5398. — Il en serait différemment, d'après l'opinion générale tout au moins, si le capital de la société nouvelle était composé *uniquement* de la mise en commun des valeurs actives provenant de chacune des sociétés fusionnantes. C'est ici le cas, en effet, d'appliquer la disposition finale de l'art. 4 de la loi de 1867, aux termes de laquelle « les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée *entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis* ». — Cass., 26 avr. 1880, Soc. d'assur. *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.1.5, D. 80.1.267] — Paris, 24 mars 1891, [*J. des soc.*, 92.78] — *Sic*, Thaller, n. 703; Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1896, p. 26; Rousseau, t. 2, n. 2628. — *Contrà*, Houpin, t. 1, n. 628. — V. *suprà*, n. 3363, 3498 et s.

5399. — 3° Avant que la société nouvelle ne fonctionne, *tous* les actionnaires devront être convoqués en assemblée constitutive à l'effet de désigner les premiers administrateurs et commissaires de la société nouvelle. — Lyon, 6 févr. 1868, Fusy, [S. 68.2.165, P. 68.698, D. 68.2.68] — Vavasseur, n. 441; Houpin, t. 1, n. 629. — Les administrateurs pourraient, d'ailleurs, avoir été désignés dans les statuts mêmes de ladite société (art. 25 de la loi de 1867).

5400. — Si l'on appliquait les principes généraux, les actions libérées de la société nouvelle, remises aux actionnaires des diverses sociétés fusionnantes en représentation de l'actif apporté par chacune d'elles seraient des *actions d'apport*, régies à leur égard par l'art. 3 de la loi de 1867, amendé en 1893. En d'autres termes, ces actions ne pourraient être détachées de la souche et ne seraient négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (V. *suprà*, n. 2133 et s.). Une telle solution, pour juridique qu'elle fût en apparence, était susceptible d'apporter à la réalisation d'une fusion reconnue nécessaire un obstacle insurmontable; comment en effet les porteurs des titres de sociétés déjà anciennes, titres jusqu'alors circulant et cotés en Bourse, consentiraient-ils à recevoir des titres nouveaux non négociables? Et ne voit-on pas que cette innégociabilité générale des titres de la société nouvelle risquerait de frapper l'entreprise de discrédit sur le marché financier au moment précis où elle aurait le plus besoin de l'appui de la banque pour le classement de ses valeurs? Au surplus, et tout au moins lorsqu'il n'y a pas d'émission d'actions en numéraire, la raison même qui a déterminé le législateur de 1893 à interdire la négociation des actions d'apport pendant deux ans disparaît.

5401. — Ces considérations ont déterminé l'insertion, dans l'art. 2 de la loi du 9 juill. 1902, modifiée par la loi du 16 nov. 1903, d'une disposition ainsi libellée : « Le § 3 de l'art. 3 de la loi du 24 juill. 1867, modifié par la loi du 1er août 1893, est ainsi complété. En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de création d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs sociétés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions ayant, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence ».

5402. — *La fusion est-elle opposable aux tiers, aux créanciers des sociétés fusionnantes et sous quelles conditions?* — Il est de principe que les modifications aux statuts ne sauraient préjudicier aux tiers ayant des droits acquis antérieurement. — Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, Martin Vogt et Rousset, [S. et P. 1901.1.81] — D'où cette conclusion logique qu'en thèse générale la fusion de deux ou plusieurs sociétés est, au regard des créanciers de chacune d'elles, *res inter alios acta*, et ce, même dans le cas où le traité a été accepté par l'unanimité des associés de chaque groupe.

5403. — Ce principe s'applique sans réserve au cas de fusion complète impliquant substitution d'une société nouvelle, unique, aux sociétés anciennes. Si, dans les rapports des associés entre eux, la personnalité de chacune des sociétés fusionnantes s'est évanouie, cette personnalité survit intacte, au contraire, au point de vue des créanciers, dont le gage ne saurait être modifié, ni à plus forte raison détruit, et qui, par conséquent, conservent le droit de se faire payer respectivement sur l'actif de la société débitrice, à l'exclusion de tous autres. Jugé en ce sens que, lorsqu'une assemblée générale, après avoir prononcé la dissolution de la société, vote l'apport intégral de son actif à une autre société sans lui imposer comme charge l'acquittement de son passif, cette résolution est inopposable aux créanciers sociaux dont le gage ne saurait être ni détruit, ni détourné de sa destination par un acte unilatéral de volonté de la société débitrice. — Trib. comm. Seine, 7 avr. 1884, [*J. des soc.*, 86.478] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 341; Wahl, note précitée; Houpin, t. 1, n. 631; Rousseau, t. 2, n. 2630.

5404. — Ce droit reconnu aux créanciers n'est pas sans entraîner fréquemment des complications regrettables, et sans mettre obstacle parfois à des projets de fusion avantageux, dont la masse créancière elle-même aurait pu bénéficier. Aussi certaines législations étrangères ont-elles pris des mesures pour cumuler les droits des créanciers et les intérêts de la société. C'est ainsi que, d'après le Code italien (art. 195-96) les créanciers ont un délai de trois mois pour former opposition au traité de fusion; passé ce délai, le traité leur devient opposable, et doit recevoir pleine et entière exécution, la société nouvelle étant d'ailleurs subrogée passivement à toutes les charges des sociétés anciennes.

5405. — La loi française ne contenant aucune disposition de cette nature, le principe d'après lequel les dettes ne sont pas susceptibles d'être cédées sans l'adhésion du créancier s'applique sans modification. D'où nécessité pour les administrateurs de chaque société d'engager des négociations avec tous les créanciers, et, s'ils ne peuvent les désintéresser pleinement, et sans délai, d'acheter leur adhésion par des sacrifices ou des promesses plus ou moins onéreux.

5406. — *Quid en cas d'annexion?* Une distinction s'impose en pareil cas entre les créanciers de la société annexante et ceux de la société annexée. Ces derniers peuvent tenir la fusion pour non avenue et réclamer leur paiement par préférence sur l'actif de la société absorbée; les premiers, au contraire, doivent subir le concours des créanciers de la société annexée, à moins qu'ils ne soient en mesure d'établir que la fusion a été faite en fraude de leurs droits (C. civ., art. 1167). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 341. — V. Houpin, t. 1, n. 632.

5407. — Le qualificatif générique de fusion sert souvent à désigner, dans la pratique, une opération un peu différente, qui consiste, non dans le groupement de deux ou plusieurs sociétés préexistantes, mais dans la substitution, à une société en liquidation, d'une société nouvelle qui se constitue pour prendre la suite de l'ancienne, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, sauf à se procurer le fonds de roulement qui lui est nécessaire par une émission d'actions de numéraire, en dehors des actions libérées remises aux actionnaires de la société en liquidation.

5408. — Cette opération est à rapprocher de la précédente, d'abord en ce qu'elle constitue un changement substantiel, puisqu'il y a, par hypothèse, dissolution anticipée de la société ancienne et création d'une société nouvelle, ayant-cause de l'ancienne, ensuite en ce qu'à l'instar de la fusion proprement dite elle ne saurait être opposée aux créanciers sociaux sans leur consentement. La novation par changement de débiteur impli-

que, d'après les principes généraux du droit [illegible], art. 127[illegible], V. *supra*, v° [illegible], [illegible] créancier (Aubry et Rau, t. 4, § 359 *bis*). Vainement la [illegible] nouvelle assume [illegible] charge [illegible] en liquidation; si les créanciers ne consentent pas à donner décharge au liquidateur, ils deviennent créanciers de la société nouvelle sans perdre pour autant leur qualité de créanciers de l'ancienne, et conservent par conséquent le droit d'exiger leur paiement sur l'actif, tel qu'il se comporte au moment de la dissolution, sans avoir à subir le concours des créanciers [illegible]. — Cass., 28 mars 1877, Prévost, [D. 77.1.501] — Paris, 24 [illegible] 1884, [*J. des soc.*, 85.719] — Rouen, 7 avr. 1886, [*J. des soc.*, 86.520] — Paris, 16 févr. 1887, [*Rev. des soc.*, 87.576] — Pour plus de détails sur les formes diverses que cette combinaison, assez fréquente dans la pratique, peut affecter, V. Houpin, t. 1, n. 631, p. 505 et 506.

5409. — [illegible] *Unions de producteurs; cartels et trusts.* — La pratique moderne a vu se développer, concurremment avec les fusions, et sous l'empire des mêmes causes, les formes les plus diverses d'ententes entre chefs d'industrie; ententes éphémères, en vue de spéculer sur un produit, et d'en provoquer artificiellement la hausse; ententes durables, soit sous formes de cession à bail ou amodiation d'un établissement ou d'une concession, soit sous les formes plus modernes, et parfois difficiles à classer au point de vue juridique, des *cartels* ou syndicats de [illegible], ou des *trusts* (genre américain) ou syndicats d'accaparement et de monopolisation d'un brevet d'industrie. Nous n'avons pas à présenter ici la théorie des syndicats de producteurs, cartels ou trusts, soit au point de vue juridique, soit au point de vue économique, mais simplement à rechercher si, et dans quels cas, ces ententes, intervenant entre sociétés industrielles ou commerciales, peuvent être considérées comme des fusions, impliquant, à défaut de clause statutaire formelle, le concours unanime des actionnaires de chacune des sociétés intéressées. — Pour l'étude complète de la question, V. notamment Brouilhet, *Essai sur les ententes industrielles ou commerciales*; De Rousiers, *Les syndicats industriels de producteurs en France et à l'étranger*; Pic, *Traité de lég. industr.*, 2e éd., n. 590 et s.; *Les syndicats de coalition de producteurs et la loi pénale* (*Rev. polit. et parlem.*, nov. 1902, p. 276 et s.), et la bibliographie jointe à cet article; *Cartels et trusts* (*Quest. pratiques de législ. ouvrière*, 1903, p. 97 et 142); Martin-Saint-Léon, *Cartels et trusts*.

5410. — Supposons d'abord qu'il s'agisse d'une coalition éphémère de producteurs en vue de spéculer sur un produit déterminé (syndicat des cuivres, des laines, etc.). Cette coalition (*corner ring* ou *pool*), limitée et quant à son objet et quant à sa durée, respecte l'individualité de chaque société; un tel accord, à raison des charges souvent très-lourdes qu'il entraîne pour les sociétés adhérentes et des risques auxquels il les expose, dépassera le plus souvent les pouvoirs du conseil d'administration, mais il n'excède évidemment pas les droits de l'assemblée générale.

5411. — S'agit-il, au contraire, d'un accord durable, conclu pour un certain nombre d'années, la question n'est pas susceptible d'une réponse absolue. Il faut, non pas s'attacher aux apparences, mais rechercher en fait si l'intention des parties n'a pas été, au fond, de réaliser une fusion, ou de créer tout au moins une communauté d'intérêts si étroite qu'elle équivaut à une fusion.

5312. — L'opération peut d'abord se présenter sous l'aspect d'un contrat de *bail* ou d'amodiation. En ce cas, en principe, nous sommes plutôt en présence d'une modification plus ou moins grave dans le mode d'exploitation que d'un changement véritable. Ainsi, jugé que constitue, non pas un changement dans l'objet de la société, ni une altération dans son essence, mais une modification relative simplement au mode d'administration et d'organisation, le traité par lequel une société, fondée pour l'achat, la mise en œuvre et le traitement des carrières et gisements de phosphates, cède à une autre société l'exploitation de ses carrières et gisements dans des conditions et pour une période déterminées, la société cédante devant continuer à faire le commerce des phosphates en vue duquel elle a été instituée. — Bordeaux, 22 mai 1889, sous Cass., 12 juill. 1892, Soc. des phosphates du sud-ouest et du centre, [S. et P. 94.1.333, D. 93.1.390]

5413. — Le pouvoir étendu conféré au conseil d'administration par les statuts, « pour la gestion des affaires sociales, pour [illegible] l'exploitation et la [illegible], comporte [illegible] un pareil traité [illegible], n'ayant pas pour effet [illegible] et constituant [illegible] les limites du mandat [illegible] les statuts de la société; il s'ensuit que [illegible] la réunion d'une assemblée générale extraordinaire dans les termes de l'art. 31 [illegible] 1867. — [illegible], 12 juill. 1892 [illegible]. — V. Houpin, [illegible] Pont[illegible], t. 2, n. 925; Rousseau, t. 2, n. 2[illegible].

5414. — Il en peut [illegible] fusion [illegible] que le traité, par lequel une [illegible] de tramways abandonne à une autre société l'exploitation de la concession, pendant toute sa durée, constituant u[illegible] l'un des éléments essentiels de la [illegible] est nul si la délibération de l'assemblée générale [illegible] approuvé n'a pas été prise dans les formes prescrites par l'art. 31, L. 24 juill. 1867. — Paris, 19 [illegible] 1885, [illegible] des tramways, [S. 86.2.61, P. 86.1.[illegible], D. 86.2.18[illegible]]

5415. — I[illegible] est ainsi [illegible] entre les deux sociétés une fusion des intérêts sociaux, et que les statuts prescrivent d'observer les formes de l'art. 31, L. 24 juill. 1867, pour les assemblées générales ayant [illegible] sur les projets d'union ou de fusion avec d'autres sociétés, et sur les modifications aux statuts. — Même arrêt.

5416. — *Quid* de la constitution d'un syndicat de défense ou *cartel* (*Kartell* du droit allemand)? Cette forme d'entente, très répandue en Allemagne, s'est beaucoup développée aussi en France dans ces dernières années (V. les auteurs cités *suprà*, n. 5409). Le cartel est « un accord plus ou moins étroit, mais durable, entre les industriels fabriquant le même produit, en vue de prévenir la surproduction et l'avilissement des cours, par diverses combinaisons, dont les plus usuelles sont : la fixation d'un prix commun, tout au moins pour la vente à l'intérieur, la répartition des commandes,... et (le plus souvent) la création d'un organisme commun (*Comité directeur*, *Comptoir de vente*, etc.), destiné à faciliter et à régler l'écoulement des produits des usines syndiquées ». — Pic, *Traité*, n. 593.

5417. — De cette définition, il ressort que dans le cartel (et il en est de même des combinaisons variées dites *alliances*, *unions*, *omniums*), tous les adhérents conservent leur individualité, sinon leur indépendance; ils acceptent, mais seulement dans une certaine mesure, l'impulsion du comité de direction et conservent d'ailleurs leur pleine liberté pour la fabrication de certains articles constituant les spécialités de la maison (V. Pic, *op. cit.*; Martin-Saint-Léon, *op. cit.*). Nous ne sommes donc pas ici en présence d'une fusion, mais d'une entente, pouvant, suivant les statuts, excéder les pouvoirs du conseil d'administration, mais susceptible en principe d'être votée par l'assemblée générale.

5418. — Nous inclinerions à donner une solution différente pour le *trust*, genre américain (trust du pétrole, de l'acier, de l'Océan, etc.). En effet, dans le trust, il y a fusion presque complète de toutes les maisons adhérentes, absorption presque absolue de ces établissements dans un organisme unique, autocratiquement dirigé par un comité directeur qui ressemble fort à une gigantesque société anonyme, née de la fusion de toutes les maisons concurrentes, même lorsque les fondateurs laissent à chaque maison syndiquée une apparence d'autonomie (Pic, *op. cit.*; Martin-Saint-Léon, *op. cit.*; De Rousiers, *op. cit.* — V. aussi Thaller, *Traité*, n. 705). La constitution d'un *trust* doit donc, logiquement, être soumise aux mêmes conditions que la fusion pure et simple.

5419. — Au surplus, et en admettant même que les conditions de majorité ou d'unanimité nécessaires, suivant la teneur des statuts, aient été remplies, il n'est nullement démontré que le *trust* (et il en serait de même du *corner* ou syndicat de spéculation), doive, *a priori*, être considéré comme juridiquement constitué. Il reste, en effet, à rechercher s'il ne tombe pas sous l'application de l'art. 419, C. pén., réprimant le délit d'accaparement. — Sur les éléments constitutifs de ce délit, V. *suprà*, v° *Accaparement*. — V. Pic, *Traité*, n. 600 et s., et *Les syndic. ou coal. de prod. et la loi pénale*; Jay, note sous Paris, 28 févr. 1888, [S. 89.2.49, P. 89.1.322]; Dolléans, *L'accaparement*; Cauwès, *Les ententes commerciales et la loi pénale* (*Réforme économique*, 16 févr. 1902); Percerou, *Des syndicats de producteurs*

[*Ann. de dr. comm.*, 1897, p. 271). — V. aussi Cass., 12 juill. 1892, précité. — Grenoble, 1er mai 1894, Soc. des tuileries, [S. et P. 94.2.227, D. 95.2.24] — Lyon, 21 avr. 1896, A... et autres, [S. et P. 96.2.164] — Bordeaux, 2 janv. 1900, Comp. gén. de chaux de Saint-Astier, [S. et P. 1901.2.225, D. 1901.2.150]

5420. — ... Sans préjudice des sanctions civiles, spécialement de la nullité des accords intervenus, comme contraires au principe de la liberté commerciale et à l'ordre public (L. 2-17 mars 1791, art. 1131 et 1133, C. civ.), nullité susceptible d'être prononcée même à raison d'actes échappant à la sanction pénale. — Cass., 11 févr. 1879, Cournerie, [S. 79.1.198, P. 79.4901, D. 79.1.349] — Grenoble, 1er mai 1894, précité. — Bordeaux, 2 janv. 1900, précité. — V. Percerou, *loc. cit.*; Pic, *op. cit.*

5421. — II. *Modifications considérées en thèse générale comme secondaires.* — Il est très-généralement admis que les modifications relatives *à l'organisation intérieure de la société* ne touchent pas aux bases essentielles du pacte social, et qu'elles rentrent, par suite, dans les pouvoirs de l'assemblée générale. Cette assemblée a donc le droit, en vertu d'une clause générale des statuts, d'augmenter ou de diminuer le nombre des administrateurs et des commissaires de surveillance, de modifier la durée de leurs fonctions dans les limites déterminées par la loi, de changer l'époque de la clôture de l'exercice annuel pour les comptes et le paiement des dividendes, de réglementer à nouveau l'organisation et les pouvoirs des assemblées générales, en un mot, de prendre toutes mesures intérieures que bon leur semble, sous la seule réserve de ne pas porter atteinte aux *droits propres* des actionnaires (V. *suprà*, n. 5356 et s.). — Cass., 18 oct. 1899 (2 arrêts), Martin et autres et Thévenon, [S. et P. 1901.1.81, D. 99.1.567] — Paris, 7 août 1880, Maillard, synd. de la Soc. des forges de Liverdun, [S. 81. 2.93, P. 81.1.470] — Rouen, 18 juill. 1881, Lecomte, [S. 82.2.6, P. 82.1.87] — Amiens, 29 juin 1895, [*J. des soc.*, 96.176] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Houpin, t. 2, n. 920; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 608; Wahl, note sous Cass., 18 oct. 1899, précité.

5422. — Jugé, à cet égard, que, si la clause du pacte social autorisant l'assemblée générale, d'accord avec le gérant, à arrêter des modifications aux statuts, doit s'entendre dans le sens restreint qui borne le mandat aux actes d'administration, et ne donne pas à l'assemblée générale le droit de modifier les conditions essentielles de la société, alors même que les statuts portent que ladite assemblée représente l'unanimité des associés, et que ses délibérations, prises à la majorité des voix, seront obligatoires pour tous absents ou dissidents, néanmoins, cette clause permet à l'assemblée générale, autorisée à régler le mode de liquidation en cas de dissolution anticipée, de déroger aux statuts en substituant au mode de vente des immeubles et du mobilier industriel, qui devait avoir lieu aux enchères publiques, un mode de vente amiable ou l'apport de ces valeurs par voie de cession ou de fusion à une société nouvelle. — Rouen, 18 juill. 1881, précité.

5423. — L'assemblée générale, constituée dans les conditions de l'art. 31, pourrait également augmenter ou restreindre les pouvoirs des administrateurs et des commissaires de surveillance. Jugé, en ce sens, qu'elle peut autoriser les administrateurs à hypothéquer seuls les immeubles sociaux, par dérogation aux statuts primitifs qui ne leur conféraient ce droit d'hypothèque qu'avec l'assentiment de l'assemblée générale, une telle modification [illegible] des bases constitutives de la société — Paris, 7 août 1880, préc[illegible] — *Sic*, Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° Soc., *Suppl.*, n. 1[illegible]77. — *Contra*, J.-E. Labbé, note sous Cass., 27 juin 1881, Soc. de[illegible]s bons hypothécaires, [S. 81.1.441, P. 81.1.1153]

5424. — ... Que lorsqu[illegible]une société anonyme, notamment une société d'assurance financière, a fait immatriculer une inscription de rente lui appartenant avec la mention que ce titre ne serait susceptible d'aliénation que dans certains cas et sous certaines conditions prévues par les statuts, et que, postérieurement, une assemblée générale extraordinaire a décidé que le titre serait vendu et le prix employé en d'autres valeurs statutairement déterminées, ne saurait être déclaré responsable le notaire qui, en vue du transfert, a délivré un certificat de propriété attestant que la mention portée sur le titre y figurait à tort et par erreur. — Cass., 18 juill. 1894, [illegible] Assurance financière, [S. et P. 94.1.409, D. 95.1.113]

5425. — Il en est ainsi lorsque, d'ailleurs, d'après les constatations des juges du fait, la mention dont il s'agit se référait à des clauses statutaires non opposables aux tiers, fixant limitativement les cas où les fonds des sociétaires pourraient être aliénés, et n'avait aucune raison d'être sur le titre, et que le certificat du notaire ne contenait ainsi rien de contraire à l'exactitude des faits. — Même arrêt.

5426. — On ne saurait incriminer le notaire d'avoir délivré ce certificat sans être détenteur de la minute des actes sur lesquels il est basé, alors qu'il l'a délivré sur le vu d'extraits de délibérations, mis au rang des minutes, et que ces pièces avaient été déposées par les représentants légaux de la société dans les formes prescrites par les statuts pour assurer la sincérité de leur contenu. — Même arrêt.

5427. — Dans ce cas, le juge qui décide que les tiers ne sont tenus par aucune disposition légale ou conventionnelle de surveiller le remploi des valeurs sociales, n'a pas à s'expliquer plus amplement sur le reproche adressé au notaire d'avoir attesté cette dispense de remploi dans son certificat, sans vérifier à cet égard l'original du registre des délibérations de la société. — Même arrêt.

5428. — Les clauses des statuts de la société, relatives à l'aliénation et au remploi des valeurs sociales, n'ayant qu'un caractère purement conventionnel, les tiers ne sont pas soumis, en principe, aux responsabilités que leur impose le défaut de remploi, lorsque c'est la loi elle-même qui limite, soit la capacité du vendeur, soit les conditions d'aliénabilité de la chose vendue. — Même arrêt.

5429. — Jugé également qu'on ne saurait considérer comme une disposition touchant aux bases essentielles et fondamentales de la société, et n'étant pas, en conséquence, susceptible d'être modifiée par l'assemblée générale extraordinaire, la clause des statuts portant que l'ingénieur appelé à se prononcer sur les chances de succès de l'entreprise sera désigné par le directeur de l'Ecole des mines de Paris. — Cass., 18 oct. 1899 (2 arrêts), précités.

5430. — Par suite, l'assemblée générale extraordinaire n'excède pas ses droits, en se chargeant, au refus du directeur de l'Ecole, de faire cette désignation. — Mêmes arrêts.

5431. — La clause des statuts d'une société portant que la dissolution aura lieu de plein droit s'il est reconnu par un ingénieur que la concession ne peut être exploitée avantageusement, et que cette constatation devra être faite au plus tard dans un délai de dix-huit mois de la constitution définitive de la société, peut d'ailleurs être interprétée souverainement par les juges du fond, en ce sens que le délai dont il s'agit s'applique à la nomination des experts et non pas à l'achèvement de leur mandat. — Mêmes arrêts.

5432. — III. *Changements dont la nature est sujette à discussion, et varie d'ailleurs suivant les modalités dont ils sont affectés.* — On peut classer dans ce troisième groupe le déplacement du siège social, l'augmentation ou la réduction du capital.

5433. — A. *Déplacement du siège social.* — Une fraction de la doctrine et de la jurisprudence considère cette modification comme substantielle. — Trib. Marseille, 23 déc. 1885 et 20 sept. 1886, [*Rev. soc.*, 87.138] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Houpin, t. 2, n. 800; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 604.

5434. — Mais ce point de vue nous paraît inexact, et il nous semble plus juridique d'envisager ce déplacement (que nous supposons effectué sans fraude) comme une modification secondaire, rentrant dans les attributions normales de l'assemblée générale extraordinaire. Que la société ait son siège dans une ville ou dans une autre, elle n'en demeure pas moins identique à elle-même, et son individualité n'est nullement modifiée. « Il faut, dit avec raison M. Thaller, note sous Cass., 30 mai 1892, Soc. générale des fournitures militaires, [D. 1893.1.105], la comparer à un industriel qui peut déplacer son centre d'affaires sans que sa maison ancienne se convertisse pour autant en une nouvelle ». — V. aussi Wahl, note précitée. — V. Cass., 23 mars 1898, Soc. des charbonnages du Poirier, [S. et P. 1901.1.70, D. 99.1.595]

5435. — Cette règle n'est vraie toutefois que lorsque le déplacement s'effectue dans l'intérieur du territoire. Si le siège social était transféré *à l'étranger*, il en résulterait une dénationalisation de la société, par conséquent une transformation du caractère juridique de l'entreprise, et l'unanimité serait nécessaire. — Cass., 26 nov. 1894, Clavé et Marcotte, [S. et P. 95.1.133, D. 95.1.57] ; — 23 mars 1898, précité. — V. *suprà*, n. 5327.

5436. — B. *Augmentation du capital.* — Les questions que soulève l'augmentation du capital de la société sont des plus fréquentes dans la pratique.

5437. — a) *L'augmentation du capital social donne-t-elle, par elle seule, naissance à une société nouvelle?* — Bien que l'augmentation du capital social soit soumise aux mêmes conditions que la constitution de la société (V. *infra*, n. 5451), il est très-généralement admis qu'elle ne donne pas, en principe du moins, et par elle seule, naissance à une société nouvelle. — Cass., 24 mai 1869, Couvet, [S. 70.1.125, P. 70.288, D. 69.1.323]; — 12 févr. 1879, Després et autres, [S. 79.1.217, P. 79.521, D. 79.1.281] — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206] — Angers, 5 juill. 1876, Bondu, [S. 77.2.263, P. 77.1039, D. 77.2.30] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 377; Houpin, t. 1, n. 657 et note sous Cass., 19 oct. 1892, Liquidat. de la soc. financière de Paris, [S. et P. 93.1.89]; — Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 589 *bis*; Rousseau, t. 2, n. 2464; Rubat de Mérac, n. 232; Clément, n. 88.

5438. — Il en est ainsi, surtout, si l'augmentation du capital social est expressément prévue par les statuts, qui accordent, en outre, à l'assemblée générale des actionnaires, le droit de « modifier les statuts ou d'y ajouter ». — Angers, 5 juill. 1876, précité.

5439. — En d'autres termes, l'augmentation du capital social n'a pas pour effet de substituer une société nouvelle à la société originaire, bien qu'on ait liquidé l'exercice expiré pour en attribuer le bénéfice aux premiers actionnaires exclusivement, si d'ailleurs il n'a rien été changé ni à la constitution de la société, ni à son objet, ni à sa raison sociale. — Grenoble, 28 déc. 1871, précité.

5440. — L'augmentation du capital social n'entraînerait la création d'une société nouvelle qu'autant qu'elle coïnciderait avec une importante extension des affaires sociales et des modifications profondes dans la constitution primitive de la société, telles que celles pouvant résulter d'un traité de fusion, ou plus exactement d'annexion à la société du capital de sociétés similaires qui viennent s'absorber dans la première. — Paris, 24 mars 1859, Rolin, [S. 59.2.437, P. 59.635, D. 59.2.146]; — 2 mars 1883, [*Rev. des soc.*, 83.236] — Douai, 11 août 1887, [*Rev. des soc.*, 88.45] — Sur la fusion et ses divers aspects, V. *suprà*, n. 5376 et s.

5441. — Il appartient d'ailleurs aux juges du fond de décider, par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, que la prorogation de l'existence d'une société et l'augmentation du capital social par une nouvelle émission d'actions doivent être considérées comme la continuation de l'ancienne société ou comme la constitution d'une société nouvelle. — Cass., 12 févr. 1879, précité.

5442. — b) *L'augmentation du capital est-elle ou non un changement substantiel?* — D'après un premier système, le capital social serait un élément essentiel de la société, et ne pourrait dès lors être augmenté que du consentement unanime des actionnaires, à moins que cette augmentation n'ait été spécialement autorisée par les statuts sociaux. — Lyon, 9 janv. 1870, Borde, [S. 70.2.235, P. 70.910, D. 71.2.111] — V. aussi Paris, 5 mai 1891, [*Gaz. des Trib.*, 19 juill.] — *Sic*, Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 121; Houpin, t. 1, n. 657, et t. 2, n. 912; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Vavasseur, t. 1, n. 167; Lyon-Caen, note sous Cass., 30 mai 1892, Soc. générale des fournitures militaires, [S. et P. 92.1.561]; — Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 589; Rousseau, t. 1, n. 2461.

5443. — Spécialement, la clause des statuts d'une société qui donne à l'assemblée générale le droit de se « prononcer souverainement sur tous les intérêts de la société et de conférer au conseil d'administration les pouvoirs nécessaires pour les cas imprévus », ne renferme pas le pouvoir d'augmenter le capital social par un appel de fonds. — Lyon, 9 janv. 1870, précité. — Il en est de même de la clause qui autorise le conseil d'administration à emprunter. — Même arrêt.

5444. — En conséquence, la délibération de l'assemblée générale qui ordonne un appel de fonds n'est point obligatoire pour les associés qui ne l'ont pas voté. — Même arrêt.

5445. — D'après un second système, qui tend aujourd'hui à prévaloir, l'augmentation du capital social ne touche en aucune manière aux bases essentielles de la société. C'est toujours la même société qui continue avec un capital plus élevé, mais sans que, pour cela, sa constitution soit modifiée, et, dès lors, cette augmentation peut être valablement votée par l'assemblée extraordinaire dans les conditions prescrites par l'art. 31 de la loi de 1867. — Cass., 13 mars 1878, Préaud, sol. implic., [S. 78.1.401, P. 78.1054, D. 78.1.345]; — 29 janv. 1894 (motifs), Comp. de tramw. du Nord, [S. et P. 94.1.169, D. 94.1.313] — Paris, 13 mars 1884, Banque franç. et belge, et 13 janv. 1885, Cie d'assur. *l'Assur. française*, [S. 91.2.105, P. 91.1.581, en sous note sous Paris, 15 mars 1890, D. 85.2.14 et 184] — Bordeaux, 25 janv. 1888, [*Rev. des soc.*, 88.318] — Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléan. pour l'éclairage, [D. 1903.2.201] — *Sic*, Thaller, *Traité*, n. 694, et note sous Cass., 30 mai 1892, [D. 93.1.105]; Wahl, *Augmentation du capital social dans les sociétés par actions*, n. 2, 12, 18 et s.; Ruben de Couder, v° *Soc.*, *Suppl.*, n. 187; Bourgeois, *J. des soc.*, 1888, p. 46; Concl. de M. l'avocat général Desjardins, sous Cass., 29 janv. 1894, précité; Lacour, note sous Cass., 29 janv. 1894, [D. 94.1.313]; Fraissaingea, note sous Orléans, 9 janv. 1901, [D. 1903.2.201]; Bossy, *De l'augmentation et de la réduction du capital*; Appleton, p. 259.

5446. — Cette solution est la seule qui soit en harmonie avec les nécessités de la pratique. Une telle mesure peut être rendue indispensable soit par l'extension des opérations sociales, soit par la nécessité de pourvoir à certaines dépenses urgentes sans faire appel au crédit et sans augmenter (par une émission d'obligations par exemple) le passif social, véritable *poids mort* qu'une société prévoyante doit toujours s'efforcer d'alléger (Auteurs précités). Aussi les différentes législations étrangères qui ont prévu la question s'accordent-elles à admettre la compétence de l'assemblée générale (C. comm. all. de 1900, art. 275; C. ital., art. 157-5°; C. belge, art. 59, etc.; L. angl. de 1862, art. 12). — V. rapp. de M. Rousseau au Congrès de 1900 (compte r. sténogr., p. 403).

5447. — Toutefois, même dans ce dernier système, l'assemblée générale cesserait d'être compétente et le consentement unanime des actionnaires deviendrait indispensable, à moins d'une clause formelle des statuts, si l'augmentation projetée était de nature à porter atteinte aux *droits propres des actionnaires* (V. sur le principe, *suprà*, n. 5356 et s.). Il en serait ainsi notamment, dans le cas où l'assemblée déciderait, pour augmenter le capital social, que chaque action serait doublée ou triplée, de telle sorte que, pour chacune de leurs actions, les actionnaires seraient obligés de verser une somme double ou triple de celle qui était fixée par les statuts, à peine d'exécution de leurs titres : un pareil procédé modifie évidemment les bases sur lesquelles les actionnaires ont traité, et, par suite, ne peut être employé que de leur consentement unanime. — Paris, 26 juill. 1887, Pinet, syndic de la Soc. du Crédit de France, [D. 88.2.145] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 873; Houpin, t. 1, n. 657; Rousseau, t. 1, n. 2456; Wahl, n. 29, 116, 119; Appleton, p. 259.

5448. — Il en serait de même en ce qui concerne l'augmentation du capital social susceptible de porter atteinte au principe d'égalité, notamment par voie d'actions de priorité (du moins avant les lois de 1902 et 1903, V. *suprà*, n. 5351 et s.). — Paris, 19 avr. 1875, Oudin, [S. 76.2.113, P. 76.467, D. 75.2.161]

5449. — Quoi qu'il en soit, les juges du fond décident souverainement, en interprétant les clauses des statuts et en recherchant l'intention des parties, la question de savoir si l'assemblée générale a ou non le pouvoir d'augmenter le capital social. Spécialement jugé que la clause des statuts, donnant à l'assemblée générale le droit de délibérer « sur la vente partielle ou totale du fonds social ou sur la fusion de la société avec d'autres exploitations ou industries », renferme pour l'assemblée générale le droit de voter de nouveaux statuts conférant aux assemblées générales le pouvoir d'autoriser tous emprunts et d'augmenter le fonds social par la création d'actions nouvelles. — Cass., 13 mars 1878, précité.

5450. — c) *L'augmentation étant régulièrement décrétée, quelles sont les formalités nécessaires pour la réaliser?* — D'après un premier système, il n'y aurait pas lieu de soumettre l'augmentation du capital social aux mêmes conditions qui sont requises pour la constitution de la société. — Montpellier, 8 févr. 1880, [*J. des soc.*, 80.193] — *Sic*, Beslay et Lauras, n. 145 et s.; Pont, t. 2, n. 876; Vavasseur, t. 1, n. 376.

5451. — Un second système, adopté par la presqu'unanimité des arrêts et des auteurs, assimile au contraire l'augmentation du capital social et la constitution de la société, et exige la réunion des mêmes conditions pour l'une et pour l'autre opé-

ration. — Cass., 27 janv. 1873, Syndic Copin, [S. 73.1.163, P. 73.383, D. 73.1.331]; — 5 nov. 1879, Lamouroux et consorts, [S. 80.1.172, P. 80.382, D. 80.1.126]; — 6 juin 1885, Saurin, [S. 87.1.284, P. 87.667]. — 17 juill. 1885, Bouchet, [S. 87.1. 286, P. 87.1.669, D. 86.1.273]; — 2 mai 1887, Lefebvre, [S. 87.1. 318, P. 87.1.770, D. 87.1.198]; — 19 oct. 1892, Fontaine, [S. et P. 93.1.89, et la note de M. Houpin, D. 92.1.593] — Orléans, 9 mars 1876, sous Cass., 13 nov. 1876, Nicolas, [S. 78.1.201, P. 78.510] — Amiens, 5 août 1882, [J. des soc., 84.364] — Paris, 15 juin 1883, [J. des soc., 84.354]; — 28 déc. 1886, Miégeville, [S. 88.2.37, P. 88.1.221]; — 28 juill. 1887, Actionnaires de la Banque nouvelle, [D. 88.2.129]; — 1er juill. 1890, [Rev. des soc., 91.147] — Bordeaux, 16 févr. 1903, Mon. jud. Lyon, 15 avril — Trib. civ. Seine, 14 sept. 1883, [J. des soc., 85.14]; — 28 mai 1886, [J. des soc., 90.135] — Trib. comm. Seine, 9 avr. 1884, [J. des soc., 90.139]; — 16 mai 1887, [J. des soc., 88.206] — *Sic*, Beudant, *Rev. crit.*, t. 36, p. 221; Alauzet, t. 2, n. 448; Boistel, n. 254; Bourguignat, note sous Cass., 8 mars 1876, Liquid. du comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051]; Buchère, *J. des soc.*, 1883, p. 47; Deloison, t. 2, n. 343; Houpin, t. 1, n. 662; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 870; Rousseau, t. 1, n. 2465; Thaller, *Traité*, n. 694, *Rev. crit.*, 1883, p. 310, et *J. des soc.*, 1880, p. 303; Vavasseur, n. 123; Wahl, *Étude sur l'augment. du capit.*, n. 15; Levillain, note sous Paris, 9 févr. 1888, époux Juin, [D. 90.2.266]; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 186 et *Soc. en comm.*, n. 112 et 165.

5452. — Il importe peu, à cet égard, que l'augmentation n'implique pas, en principe, création d'une société nouvelle (V. *suprà*, n. 5437). La vérité est que l'esprit de la loi de 1867, sinon son texte précis, exige impérieusement cette assimilation de l'augmentation du capital au pacte originaire, au point de vue des formalités à accomplir. S'il en était autrement, en effet, les fondateurs de société pourraient tourner trop facilement les prescriptions que la loi a établies dans l'intérêt commun des tiers et des actionnaires. Ils n'auraient qu'à constituer la société avec un capital restreint, sauf ensuite à l'augmenter librement et dans contrôle, par des séries d'émissions d'actions nouvelles, et l'on verrait ainsi renaître les fraudes et les abus que les prescriptions légales ont eu pour but de prévenir. — Mêmes arrêts (motifs), et auteurs.

5453. — Faisons maintenant l'application de notre principe aux principales formalités constitutives. — Pour l'énumération complète et l'étude de ces formalités, V. *suprà*, n. 2872 et s.

5454. — 2° *Taux minimum des actions nouvelles.* — Lorsqu'une société se propose d'augmenter son capital primitif, c'est le capital social tout entier, et non pas seulement le montant de l'augmentation projetée qui doit servir à déterminer le taux minimum des nouvelles actions. Si donc le capital entier, en y comprenant les actions nouvelles, ne dépasse pas 200,000 fr., ces actions nouvelles pourraient, comme les anciennes, être émises au taux de 25 fr. Mais, dans le cas contraire, le taux de 100 fr. s'imposera (Wahl, n. 33; Houpin, t. 1, n. 659). La société aura ainsi deux séries d'actions de valeur différente, les anciennes au taux de 25 fr., les nouvelles au taux de 100 fr.; mais ce résultat n'a rien de contraire à la loi, le principe de l'égalité des coupons, posé dans l'art. 34, n'ayant nullement le caractère d'une disposition d'ordre public.

5455. — Jugé à cet égard, sous l'empire de la loi de 1867, que, dans le cas où l'assemblée générale d'une société anonyme dont le capital est de 50,000 fr. a donné mandat à ses administrateurs de porter ce capital jusqu'au chiffre de 500,000 fr., mais les a autorisés en même temps à limiter l'augmentation à un chiffre moins élevé, suivant leur appréciation, il y a lieu de tenir compte uniquement du capital *réellement émis* pour déterminer le chiffre minimum jusque auquel on peut abaisser la division du capital en actions. En conséquence, si le capital a été porté par les administrateurs de 50,000 à 200,000 fr. seulement, les actions nouvelles ont pu être valablement émises à 100 fr., au lieu de 500 fr. — Cass., 2 févr. 1892, Huchot, [S. et P. 92. 1.409, D. 92.1.225, et la note de M. Boistel]

5456. — Si au contraire le capital nouveau devait être supérieur à 200,000 fr., les actions nouvelles devraient être émises au taux minimum de 500 fr. (avant la loi de 1893). — Même arrêt (motifs). — V. *suprà*, n. 3018 et s.

5457. — Nous avons raisonné jusqu'ici, soit dans l'hypothèse d'une société constituée sous l'empire de la loi de 1893, soit à l'inverse dans le cas d'une société constituée sous la loi de 1867, et dont l'augmentation elle-même est intervenue sous l'empire de cette même loi. Mais que faudrait-il décider si une société, constituée sous l'empire de la loi de 1867, voulait augmenter son capital postérieurement à la promulgation de la loi de 1893? Faudra-t-il se référer à la loi ancienne (taux de 500 ou 100) ou à la loi nouvelle (100 ou 25) pour déterminer le taux minimum des actions nouvelles? — Pour la solution, controversée, de cette question transitoire, qui se rattache au principe de la non-rétroactivité des lois, V. *infrà*, n. 5675 et s.

5458. — Les actions nouvelles ne peuvent être émises *au-dessous du pair*. Il est évident en effet que, s'il était loisible à la société d'émettre à 80 fr. des actions dont le taux nominal est de 100 fr., la loi qui exige que la société dont le capital excède 200,000 fr. n'émette aucune action au-dessous de 100 fr. serait manifestement violée. — Trib. comm. Seine, 13 nov. 1899, [*J. des soc.*, 1900.135] — Houpin, t. 1, n. 444 et 659.

5459. — Jugé cependant qu'il n'y a pas violation de la loi dans le fait du banquier intermédiaire de prendre les titres en bloc à 450 fr., soit avec 50 fr. de commission par titre, si, d'ailleurs, les souscripteurs paient 500 fr. — Paris, 9 août 1895, [*J. des soc.*, 96.370] — Cette solution nous paraît des plus contestables. Sans doute, on écarte ainsi, en faisant la souscription au pair, les coureurs de primes au rabais; mais la combinaison dont il s'agit n'en est pas moins irrégulière, comme contraire au principe de la souscription intégrale, dont l'objectif est de faire entrer dans les caisses sociales ou tout au moins de mettre à la disposition de la société l'*intégralité* du capital nominal.

5460. — Si l'émission au-dessous du pair est interdite, rien ne s'opposerait au contraire à une émission au-dessus du pair, ou avec prime, la prime étant généralement portée au fonds de réserve. — Trib. comm. Seine, 22 juill. 1893, [*J. des soc.*, 94.197] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 659. — ... ou affectée à la rémunération du banquier chargé de l'émission.

5461. — 3° *Souscription intégrale du capital nouveau.* — Le capital nouveau, comme le capital initial, doit être *intégralement* et *réellement* souscrit (V. *suprà*, n. 3038 et s.). Si les actions nouvelles n'étaient souscrites que partiellement, ou encore si certaines souscriptions étaient purement fictives, les souscripteurs qui n'ont adhéré à la société qu'en considération de l'augmentation du capital social, telle qu'elle avait été annoncée, ne seraient pas liés et pourraient invoquer l'inexistence de leurs engagements pour se soustraire à leur exécution. — Houpin, t. 1, n. 663; Wahl, p. 38; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 870; Rousseau, t. 1, n. 2466.

5462. — Il a été jugé en ce sens : 1° Que les prescriptions de la loi du 23 mai 1863, suivant lesquelles le capital social originairement émis doit être entièrement souscrit, à peine de nullité pour la société, sont applicables à l'augmentation de ce capital, après la constitution de la société. — Orléans, 9 mars 1876, sous Cass., 13 nov. 1876, Nicolas et Cézard, [S. 78.1.201, P. 78.510]

5463. — ... Spécialement que les administrateurs nommés au moment où le capital social est augmenté (cette augmentation fût-elle autorisée par les statuts) sont responsables, dans les termes prévus par la loi de 1863, de la constitution vicieuse du nouveau capital social, s'ils ont accepté sans vérification et fait publier dans les formes légales les déclarations mensongères relatives à la souscription intégrale des nouvelles actions, et à leur réalisation jusqu'à concurrence de plus du quart de leur valeur nominale. — Cass., 27 janv. 1873, Synd. Copin, [S. 73.1.163, P. 73. 383, D. 73.1.331

5464. — ... Que c'est à tort qu'on prétendrait les considérer comme soumis seulement à une action individuelle en dommages-intérêts à raison des fautes qu'ils auraient pu commettre dans leurs fonctions. — Même arrêt.

5465. — 2° Que les prescriptions de l'art. 1, L. 24 juill. 1867, relatives à la constitution des sociétés en commandite par actions, et spécialement à la souscription intégrale du capital originaire, s'appliquent aux augmentations de ce capital autorisées par l'assemblée générale des actionnaires; que par suite, lorsque la totalité des actions nouvelles n'a pas été souscrite, les nouveaux actionnaires ont le droit de demander la nullité de leurs souscriptions. — Cass., 8 mars 1876, Liquid. du comptoir commercial de la Sarthe, [S. 76.1.409, P. 76.1051]; — 5 nov. 1879, Lamouroux et autres, [S. 80.1.172, P. 80.382, D. 80.1.126

5466. — ... Et que si, faute par les membres du conseil de surveillance d'avoir contrôlé les souscriptions et signalé les irré-

gularités commises, les souscripteurs tenus dans l'ignorance de la situation n'ont pu demander la nullité de leurs souscriptions, et ont été obligés de les verser intégralement à la société en faillite, les membres du conseil sont à bon droit déclarés responsables du préjudice ainsi occasionné aux souscripteurs. Dans ce cas, la relation entre la faute et le préjudice est suffisamment établie. — Mêmes arrêts.

5467. — 3° Que, lorsque l'augmentation du capital social d'une société anonyme, par voie d'émission nouvelle d'actions, a été autorisée par l'assemblée générale des actionnaires et n'a pas été intégralement souscrite, la résolution du conseil d'administration réduisant le montant de l'émission au chiffre d'actions réellement souscrites n'est pas valable, alors d'une part que cette résolution n'a obtenu la ratification de l'assemblée générale que par surprise, au moyen d'un vote irrégulier pris en dehors de l'ordre du jour de la séance, et en opposition aux énoncés de ce document, et alors, d'autre part, que, en fait, la souscription des actionnaires aux parts nouvellement émises n'a été déterminée que par l'annonce de l'augmentation du capital de la société. — Cass., 10 avr. 1889, Synd. comptoir financ et et industriel de Paris, [S. 90.1.25, P. 90.1.38, D. 90.1.305] — V. Pont, t. 2, n. 881; Vavasseur, t. 1, n. 362; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Soc. anon.*, n. 56.

5468. — Et dans ce cas, le principe en vertu duquel la nullité d'une société n'est opposable ni aux créanciers de la société, ni au syndic qui les représente, ne saurait faire obstacle à ce que l'action, dirigée par le syndic de la faillite contre lesdits souscripteurs en paiement du solde des actions par eux souscrites, soit valablement rejetée, sur le motif que, à défaut de souscription intégrale des actions émises en augmentation du fonds social primitif, la société au nouveau capital, dont ces souscripteurs avaient entendu faire partie, ne s'est jamais formée, de telle sorte qu'ils y sont demeurés étrangers, et que leur engagement, comme souscripteurs, est resté à l'état de simple projet et ne les a point liés; il n'y a là aucune violation de l'art. 7, L. 24 juill. 1867, lequel est ici sans application. — Même arrêt.

5469. — Mais la nullité desdites souscriptions ne pourrait être invoquée ni par les actionnaires qui auraient voté la réduction des actions souscrites de l'augmentation du capital dans une assemblée régulièrement tenue, ni même par les actionnaires qui, sans avoir pris part à la délibération de cette assemblée, auraient, par la suite, fait acte d'actionnaires de la nouvelle société en figurant dans une assemblée générale postérieure ou en donnant à un tiers le mandat de les y représenter. — Paris, 9 févr. 1888, Epoux Juin, [D. 90.2.265, et la note de M. Levillain]

5470. — D'autre part, il est généralement admis que l'assemblée pourrait, au lieu de décréter une émission immédiate d'actions, conférer aux administrateurs la faculté d'émettre des actions nouvelles quand ils le jugeront opportun, en une ou plusieurs fois, jusqu'à concurrence d'un *maximum* dès maintenant fixé par elle. — Cass., 25 mai 1886, Dalbon, [S. 87.1.268, P. 87.1.640, D. 87.1.379]; — 2 févr. 1892, Huchot fils, [S. et P. 92.1.403]; — 19 oct. 1892, [*Ann. de dr. comm.*, 93.1.9] — *Sic*, Wahl, n. 25; Houpin, t. 1, n. 663; Bossy, p. 30. — *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 692. — A plus forte raison, l'assemblée peut-elle, en fixant immédiatement le chiffre du capital nouveau, décider que l'émission dudit capital aura lieu en plusieurs fois, au gré du conseil d'administration.

5471. — Ces diverses combinaisons ne constituent pas une violation du principe de la souscription intégrale; en effet, d'une part, les termes mêmes de la délibération de l'assemblée dûment publiée, informent les tiers de l'éventualité de l'augmentation et de son chiffre. D'autre part, le capital ne s'augmente *qu'au fur et à mesure des émissions effectuées par les soins* du conseil, et chacune de ces augmentations est elle-même publiée, après versement du quart, vérification de la sincérité de la souscription par l'assemblée convoquée à nouveau, et accomplissement des diverses formalités dont la loi entoure toute modification au capital. Il n'y a de ce chef, ni surprise pour les intéressés, ni préjudice pour les tiers. L'opération est donc licite, et ne saurait être confondue avec le procédé, condamné par la jurisprudence, des émissions par séries successives, dans lesquelles on présente faussement au public, comme capital *actuel*, le capital réel augmenté du capital *à émettre*. — Mêmes auteurs. — V. *suprà*, n. 3057.

5472. — Si le procédé déclaré licite par la jurisprudence permet au conseil d'évoluer dans les limites d'un minimum et d'un maximum, et par conséquent de réduire le nouveau capital au montant des sommes réellement souscrites, dans le cas où l'émission ne réussirait que partiellement, du moins est-il indispensable que les statuts ou l'assemblée générale extraordinaire confèrent à cet égard au conseil d'administration ou au gérant une délégation explicite, exempte de toute équivoque. Or, on ne saurait considérer comme impliquant un pareil droit la faculté accordée au gérant par une résolution de l'assemblée autorisant celui-ci à émettre des actions au fur et à mesure des besoins sociaux, si cette résolution est intervenue antérieurement à celle qui a définitivement fixé le chiffre de l'émission nouvelle et en a précisé les conditions. — Bordeaux, 16 févr. 1903, [*Mon. jud. Lyon*, 15 avr. 1903]

5473. — Dans ce dernier cas, l'augmentation, limitée par décision du gérant aux sommes réellement souscrites, est nulle, et cette nullité ne peut cesser d'exister que par la réalisation complémentaire des souscriptions et versements restant à effectuer sur le montant de l'émission décrétée par l'assemblée générale. — Même arrêt.

5474. — Et, a supposer que le gérant ait, pour couvrir la nullité, convoqué une assemblée extraordinaire qui a ratifié la décision du gérant, on soutiendrait vainement que la seule convocation de cette assemblée a suffi à élever contre l'action en nullité une fin de non recevoir, par application de l'art. 3, § 4, L. 1er août 1893, alors que ladite assemblée a été convoquée non pour accomplir une formalité omise, mais pour remédier, par certains expédients, au vice résultant du défaut de souscription intégrale. — Même arrêt. — V. cependant, Paris, 27 déc. 1899, Aff. du Casino de Biarritz, [D. 1900.2.505, et la note de M. Claro, en sens contraire de l'arrêt]

5475. — Rappelons, au surplus, que les souscriptions ne comptent qu'autant qu'elles sont réelles et sérieuses (V. *suprà*, n. 3080 et s.). Jugé, en conséquence, qu'une société, qui met en souscription le doublement de son capital sous forme d'actions nouvelles, ne peut pas prendre part elle-même à cette souscription, même en y employant ses dépôts et réserves : car il n'y a là qu'un virement qui n'ajoute rien à son actif réalisé. — Paris, 19 mars 1883, Bontoux et Féder, [S. 83.2.97, P. 83.1.566, D. 83.1.425] — *Sic*, conclusions de M. l'avocat général Calary, et note sous cet arrêt, [S. et P. *ibid.*]; Houpin, t. 1, n. 663; Thaller, *Rev. crit.*, 1883, p. 308; Wahl, n. 42. — Est-ce à dire que l'on ne pourrait pas, sous certaines conditions, effectuer une augmentation de capital, soit par voie de transformation de créances contre la société en actions, soit par une transformation du fonds de réserve? — Sur ces deux questions, V. *infrà*, n. 5499 et 5500.

5476. — γ) *Versements immédiats sur les actions nouvelles.* — Les actions émises en vue de l'augmentation du capital social doivent être immédiatement libérées dans les mêmes proportions que celles qui sont émises lors de la constitution de la société. — V. *suprà*, n. 3135 et s.

5477. — Sur le point de savoir comment doit être effectué le versement, V. *suprà*, n. 3170 et s.

5478. — On s'accorde généralement à reconnaître aux souscripteurs d'actions nouvelles le droit de se libérer en monnaie de *compensation*, c'est-à-dire d'affecter jusqu'à due concurrence à la libération de leurs titres la somme liquide ou exigible dont ils peuvent être redevables vis-à-vis de la société. En effet, fait observer Houpin (t. 1, n. 664) « le paiement par compensation équivaut à un versement en espèces. Il produit le même résultat que si le souscripteur versait réellement le montant de la souscription et si la société employait les fonds ainsi versés à éteindre sa dette envers le souscripteur ».

5479. — Vainement objecterait-on que la loi de 1893 proscrit implicitement ce mode de libération pour les actions émises lors de la constitution de la société (V. *suprà*, n. 3206). L'objection ne porte pas, d'abord parce que l'art. 1 ne statue *in terminis* que pour l'hypothèse de constitution, ensuite et surtout parce que les conditions de la compensation légale (réciprocité de deux dettes opposées l'une à l'autre) ne sauraient être réunies lors du versement initial, une société qui n'a pas encore fonctionné ne pouvant avoir des dettes, tandis qu'elles pourront aisément se rencontrer lors de l'augmentation du capital d'une société ancienne, grevée nécessairement d'un certain passif. — V. Vavasseur, (*Rev. des soc.*, 90.463); Bouvier-Bangillon, p. 59; Wahl, n. 47 et 118; Bossy, p. 37. — V. *suprà*, n. 3207.

5480. — En tout cas, les versements ne sauraient être fictifs, à peine de nullité. Jugé en conséquence que l'art. 1 de la loi du 24 juill. 1867, portant qu'une société ne peut être constituée que lorsqu'il y a tout à la fois souscription, c'est-à-dire obligation personnelle des actionnaires pour le capital entier du versement, et exécution de cette obligation à concurrence du quart, s'applique également en cas d'augmentation du capital social, et que, par suite, cet article exclut toute opération de compte pour tenir lieu du versement, à moins que l'actionnaire, étant créancier pour des causes antérieures à sa souscription, ne se trouve libéré d'icelle par la compensation. — Paris, 19 mars 1883, précité. — Sur les versements fictifs lors de la constitution de la société, V. *suprà*, n. 3171 et s.

5481. — De même le versement du quart, en cas d'augmentation du capital social, doit être réputé fictif lorsqu'il a été opéré au moyen d'une somme portée au crédit du souscripteur par la société en suite d'une ouverture de crédit à lui consentie, alors, d'une part, que la société se trouvait dans l'impossibilité de mettre à la disposition du souscripteur des sommes équivalentes au montant des versements à effectuer sur les actions par lui souscrites, et que, d'autre part, le souscripteur avait donné en garantie de ladite ouverture de crédit les actions mêmes qu'il s'agissait de libérer du premier quart. — Paris, 26 juill. 1887, Pinet, syndic de la Soc. du Crédit de France, [D. 88.2.145]; — 28 juill. 1887, Actionnaires de la Banque nouvelle, [D. 88.2.129]

5482. — Mais le versement sur chaque action peut être fait dans tous les cas à un mandataire de la société. Jugé, en conséquence, que la nullité des versements ne peut être invoquée lorsque le banquier de la société, qui est, à ce titre, dépositaire de ses fonds, s'est reconnu débiteur vis-à-vis d'elle de la somme représentant la moitié des actions par lui souscrites, et que non seulement il a tenu cette somme à la disposition de la société, mais que, de plus, il la lui a remise au fur et à mesure de ses besoins. — Cass., 20 janv. 1885, Faillite de la Banque de la Nouvelle-Calédonie, [D. 85.1.453] — Sur la question de savoir à qui et par qui les versements doivent être faits lors de la constitution de la société, V. *suprà*, n. 3225 et s.

5483. — Bien plus, si le souscripteur d'actions est en compte courant avec le banquier de la société et qu'il lui donne mandat d'effectuer des versements sur les actions par lui souscrites, il ne saurait être déclaré n'avoir fait qu'un versement fictif, alors que le banquier a accepté ce mandat, s'est débité de la somme correspondant au versement à opérer, et a tenu cette somme à la disposition de la société, de la même manière et au même titre que les sommes qu'il avait reçues des souscripteurs. — Paris, 28 juill. 1887, précité. — V. *suprà*, n. 3236.

5484. — Peu importe, dans ces conditions, que la société ne se soit pas fait remettre immédiatement les sommes qui lui étaient dues, ou même qu'elle ait été dans l'impossibilité de les toucher par suite de l'insolvabilité survenue postérieurement de son banquier : de pareilles circonstances ne sauraient produire aucun effet sur la validité d'une inscription régulièrement opérée. — Même arrêt.

5485. — Il appartient aux juges du fond de déclarer si, en fait, les prescriptions relatives à l'augmentation du capital social ont été observées. — Cass., 21 janv. 1895 (sol. impl.), De Panisse et synd. de la Soc. des laits purs de Nice, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112]; ... et notamment, si, en fait, les actions ont ou n'ont pas été libérées du quart. — Même arrêt.

5486. — Ainsi, lorsque l'assemblée générale des actionnaires d'une société en commandite a prorogé, et même constitué de nouveau cette société pour un temps déterminé, et que les gérants, en déposant les statuts, ont déclaré que le nouveau capital social était entièrement souscrit, réalisé et versé, ce capital peut être considéré comme ayant été formé avec les anciennes actions libérées. Du moins, les juges du fait, qui le décident ainsi par interprétation des actes produits, se livrent à une appréciation souveraine. — Cass., 3 août 1881, Synd. de la faillite de la caisse commerciale de Lisieux, [S. 83.1.367, P. 83.1.940, D. 82.1.395]

5487. — En conséquence, le syndic de la faillite de la société transformée ne peut, au nom des créanciers, intenter contre les actionnaires une demande en versement du capital de leurs actions. — Même arrêt.

5488. — Le syndic ne peut pas davantage, au nom des créanciers, intenter contre les actionnaires une demande en dommages-intérêts, pour avoir présenté comme existant le nouveau capital social, si, lors de sa transformation, la société était au-dessus de ses affaires et si son capital-actions était intact. — Caen, 28 déc. 1880, sous Cass., 3 août 1881, précité. — Sur l'augmentation du capital résultant d'une *fusion*, V. *suprà*, n. 5395 et s.

5489. — δ) *Autres formalités constitutives (déclaration notariée, vérification des apports*, etc.). — L'augmentation du capital étant soumise aux mêmes conditions que sa constitution, il en résulte que la souscription du nouveau capital et les versements opérés sur chacune des actions nouvelles doivent être également constatés par une déclaration faite devant notaire, avec annexe d'un état contenant les noms des souscripteurs, le nombre d'actions souscrites et le montant des versements effectués par chacun d'eux. — Douai, 22 févr. 1882, [*J. des soc.*, 87.456] — Paris, 15 juin 1883, [*J. des soc.*, 84.354]; — 26 juill. 1887, [*J. des soc.*, 90.152] — Trib. Seine, 28 mai 1886, [*J. des soc.*, 90.135] — *Sic*, Wahl, n. 50; Houpin, t. 1, n. 665. — V. *suprà*, n. 3264 et s.

5490. — Mais il n'est pas nécessaire d'annexer à l'acte de déclaration un double ou une expédition de l'acte de société ; cet acte est ici remplacé par une copie de la délibération de l'assemblée générale décidant l'augmentation du capital. — Wahl, n. 52; Houpin, t. 1, n. 665.

5491. — Si la société est anonyme, il appartient à la première assemblée de vérifier la sincérité de la déclaration notariée (V. *suprà*, n. 3677 et s.). Jugé à cet égard que les formalités d'ordre public prescrites à peine de nullité, par les art. 1, 2, 3, 4 et 24, L. 24 juill. 1867, doivent être observées lorsqu'une société se transforme par l'augmentation de son capital, auquel cas le rôle de fondateur est rempli par le conseil d'administration; tous les actionnaires anciens et nouveaux ont alors un intérêt égal et commun à contrôler la sincérité de la déclaration faite en vertu de l'art. 1 ; et l'assemblée générale à laquelle incombe ce contrôle doit être ouverte, conformément à l'art. 27, à tout actionnaire de l'une ou de l'autre catégorie, sous la seule réserve des abstentions imposées par l'art. 4 pour l'appréciation des apports en nature et des avantages particuliers dont certains d'entre eux sont appelés à profiter. En conséquence, sont nulles les nouvelles émissions d'actions, si les actionnaires primitifs n'ont pas été convoqués aux assemblées générales chargées d'en vérifier la sincérité. — Cass., 19 oct. 1892, Fontaine, [S. et P. 93.1.89, et la note de M. Houpin, D. 92.1.593]

5492. — Sur la nomination des administrateurs et des commissaires de surveillance, V. *suprà*, n. 3585 et s., 3671.

5493. — Sur la vérification des apports en nature et des avantages particuliers, V. *suprà*, n. 3312 et s. — V. aussi Houpin, note précitée.

5494. — ε) *Sanction des irrégularités commises*. — Il est de principe que les irrégularités commises lors de l'augmentation du capital social peuvent entraîner la nullité des délibérations qui ont voté cette augmentation, mais non la nullité de la société elle-même. — Cass., 16 janv. 1878, Syndic. société des Verreries de Gaillac, [S. 78.1.441, P. 78.1169]; — 21 janv. 1895, De Panisse, [S. et P. 95.1.77, D. 95.1.112] — Paris, 23 mars 1887, [*Ann. de dr. comm.*, 88.33]; — 28 déc. 1891, [*J. des soc.*, 92.393] — Limoges, 27 juill. 1888, [*J. des soc.*, 89.30] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 871; Houpin, t. 1, n. 671.

5495. — Devraient toutefois être considérées également comme nulles les augmentations ultérieures, attendu qu'elles auraient été nécessairement votées par des assemblées générales auxquelles assistaient sans doute les nouveaux actionnaires dont les souscriptions étaient irrégulières. — Paris, 26 juill. 1887, [*Gaz. Pal.*, 87.2.35] — *Sic*, Wahl, n. 97; Houpin, *Suppl.*, t. 1, n. 671.

5496. — Que si, par exception, l'augmentation du capital intervenue dans des conditions telles que la société au capital ainsi émis dût être considérée comme une société nouvelle, cette société nouvelle serait nulle, mais la société ancienne revivrait en quelque sorte avec son capital ancien. — Cass., 15 janv. 1889 (motifs), Degang-Santerne, [S. 91.1.191, P. 91.1.487, D. 90.1.471] — *Sic*, Loubers, concl. sous Paris, 2 mars 1883, [*J. des soc.*, 83.266]; Wahl, n. 87; Houpin, t. 1, n. 671. — Sur les caractères de la nullité, V. *suprà*, n. 3787 et s. — Sur les responsabilités encourues, V. *suprà*, n. 3891 et s.

5497. — Sur la nécessité de publier toutes les modifications du pacte social, et spécialement les délibérations portant augmentation du capital, V. *suprà*, n. 122 et s.

5498. — Sur la question de savoir si les dispositions des lois nouvelles doivent être appliquées aux sociétés antérieurement constituées, V. *infrà*, n. 5643 et s.

5499. — d) *De quelques procédés particuliers d'augmentation du capital.* — Il est un procédé, parfois usité, sur la légitimité duquel des doutes ont été émis, c'est le procédé qui consiste à augmenter le capital social par la conversion, en actions, de créances contre la société, par exemple d'obligations, avec l'agrément, bien entendu, des créanciers intéressés. L'opinion qui tend à prévaloir est que cette combinaison est licite : « Ce procédé, dit M. Wahl, n'a rien d'illégal; il constitue simplement une augmentation du capital, réalisée au moyen d'une compensation entre les actions nouvelles émises et les dettes de la société envers les nouveaux actionnaires ». — Wahl, n. 120; Vavasseur, *De la transformation des dettes sociales en actions*, *Rev. des soc.*, 1890, p. 462). Or, le versement légal sur les actions nouvelles peut, à la différence du versement matériel, s'effectuer en minimum de compensation, V. *suprà*, n. 5478 et 5479.

5500. — Un autre procédé consiste à transformer en actions nouvelles, la réserve supplémentaire qui aurait pu, en dehors de la réserve légale, être constituée en exécution des statuts ou en vertu d'une délibération spéciale de l'assemblée générale extraordinaire (à supposer que l'assemblée ait le pouvoir, à la majorité, de créer ainsi une réserve spéciale, V. *suprà*, n. 4436 et s.). On décide assez généralement qu'à moins d'y être autorisée par les statuts, l'assemblée extraordinaire ne pourrait opérer cette transformation, sans l'adhésion unanime de ses membres. — Houpin, t. 1, n. 657; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1895, p. 241. — V. aussi Rousseau, t. 1, n. 2570 *bis*.

5501. — C. *Réduction du capital.* — Les auteurs qui envisagent l'augmentation du capital social comme une modification touchant aux bases essentielles de la société étendent la même solution à la réduction du capital social, et décident, en conséquence, que cette réduction ne peut être opérée que du consentement unanime des actionnaires, à moins qu'elle n'ait été spécialement autorisée par les statuts sociaux. — Cass., 30 mai 1892, Soc. gén. des fournit. militaires, [S. et P. 92.1.561, D. 93.1.105]; — 14 avr. 1893, [*J. des soc.*, 94.72] — Toulouse, 14 juin 1887, [*Rev. des soc.*, 88.40] — Paris, 15 mars 1890, Perdrix, [S. 91.2.105, P. 91.1.581, D. 93.1.105, sous Cass., 30 mai 1892] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 866; Vavasseur, t. 1, n. 167; Houpin, t. 2, n. 913; Lyon-Caen, note sous Cass., 30 mai 1892, précité; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 590.

5502. — Jugé, en ce sens, que la clause des statuts d'une société anonyme qui donne pouvoir à l'assemblée générale de délibérer sur « l'augmentation du fonds social, et généralement sur tous les cas non prévus par les statuts », n'autorise pas l'assemblée générale à prescrire la réduction du capital social, surtout par une annulation d'actions sans remboursement; d'une part, en effet, la faculté d'augmenter le capital social n'implique pas celle de le diminuer, et, d'autre part, le pouvoir de statuer sur les « cas non prévus par les statuts » ne confère pas à l'assemblée générale le droit de porter atteinte aux bases essentielles de la constitution de la société. — Paris, 15 mars 1890, précité.

5503. — La réduction du capital social, en pareille hypothèse, ne serait valable que si elle était votée par l'unanimité des actionnaires. Par suite, un actionnaire, titulaire de deux actions, est recevable à demander la nullité de la délibération par laquelle l'assemblée générale a ordonné la réduction du capital social, en prescrivant que cette réduction s'opérerait par l'échange de trois actions anciennes contre deux actions nouvelles. — Même arrêt.

5504. — La jurisprudence de la Cour de cassation décide, au contraire, que la réduction du capital social ne touche, pas plus que son augmentation, aux bases essentielles de la société, et qu'elle peut être opérée par l'assemblée extraordinaire, dans les conditions de l'art. 31, à moins de clause contraire dans les statuts sociaux. — Cass., 30 mai 1892, précité; — 31 oct. 1893, Soc. des brasseries et malteries de France, [S. et P. 94.1.12, D. 94.1.320]; — 29 janv. 1894, Comp. des tramways du Nord, [S. et P. 94.1.169, D. 94.1.313] — Riom, 2 févr. 1901, Kuhn, [S. et P. 1903.2.57, D. 1902.2.65] — V. aussi, pour la période antérieure à 1867 : Cass., 29 mars 1864, Kalb, [S. 64.1.489, P. 64.1250, D. 65.1.59] — *Sic*, Thaller, n. 695, et note sous Cass., 30 mai 1892, [D. 93.1.105]; concl. de M. l'avocat général Desjardins, sous Cass., 29 janv. 1894, précité; Bourgeois, *J. des soc.*, 1888, p. 46; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 187; Lacour, note sous Cass., 31 oct. 1893, [D. 94.1.313]; Rousseau, t. 1, n. 2488; Appleton, p. 141; Clément, p. 183; Wahl, n. 18, *J. des soc.*, 1900, p. 345, et note sous Riom, 2 févr. 1901, [S. et P. 1903.2.57] — V. aussi Sée, *De la réduction du capital social.*

5505. — Il en est ainsi, du moins, toutes les fois que le procédé employé pour effectuer la réduction n'est pas de nature à porter atteinte soit aux droits propres dont aucun actionnaire ne saurait être dépouillé sans son consentement (V. *suprà*, n. 5356 et s.), soit au principe d'égalité (V. *suprà*, n. 5345 et s.); et d'autre part, la réduction, même régulière dans les rapports des actionnaires, ne doit en aucun cas préjudicier aux tiers. — Thaller, *op. cit.*, Wahl, *op. cit.* — Il en résulte, au droit pour l'assemblée extraordinaire de prononcer la réduction, de graves restrictions, dont la portée apparaîtra mieux quand nous aurons passé en revue les diverses circonstances dans lesquelles une société peut avoir intérêt à réduire son capital, ainsi que divers procédés susceptibles d'être employés dans ce but.

5506. — a) *Réduction consécutive à des pertes subies.* — Une première hypothèse, de beaucoup la plus fréquente, est celle d'une réduction intervenant à la suite de pertes plus ou moins considérables, en vue de mettre le capital nominal de l'entreprise en harmonie avec la véritable consistance de l'actif. Cette combinaison a l'avantage d'assainir en quelque sorte la situation financière de la société, et de consolider son crédit en l'allégeant du poids mort que constitue nécessairemennt pour une entreprise en perte un capital nominal ne correspondant plus à la valeur réelle de l'actif réalisable. Grâce à cette réduction, les bénéfices des exercices ultérieurs, au lieu d'être affectés à la reconstitution du capital, pourront être immédiatement distribués, sous la seule déduction de la réserve légale.

5507. — Jugé, en ce sens, qu'on ne saurait admettre qu'une délibération porte sur les bases essentielles de la société, et doive, par suite, être prise par l'unanimité des actionnaires, lorsque cette délibération tendait uniquement, à la suite de pertes subies, à mettre l'estimation du fonds social d'accord avec la réalité des faits, en réduisant le capital social. — Cass., 31 oct. 1893, précité. — Lyon, 23 juill. 1895, sous Cass., 29 déc. 1896, Soc. anon. des min. d'Arras et d'Anglas, [S. et P. 99.1.484 et la note de M. Lyon-Caen]

5508. — Pour enlever à l'assemblée, constituée conformément à l'art. 31 de la loi de 1867, le pouvoir de faire cette estimation et de prescrire toutes les mesures qui pourraient en être la conséquence, il faudrait une prohibition expresse écrite dans les statuts de la société. — Cass., 31 oct. 1893, précité.

5509. — Jugé également que l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme a le droit de voter la réduction du capital social, à la condition d'être d'accord avec la réalité des faits et de ne pas créer d'inégalité entre les actionnaires. — Riom, 2 févr. 1901, précité. — Spécialement, lorsqu'il est nécessaire de transformer presque entièrement l'usine que la société a pour objet d'exploiter, d'abandonner l'installation, devenue inutilisable à cause, soit de ses défectuosités, soit de son ancienneté au moment de la constitution de la société, et de transformer le matériel alors en mauvais état, l'assemblée générale, qui a réduit le capital par la diminution du montant nominal de chaque action, n'a pas rompu le pacte social, mais seulement mis l'estimation de ce capital d'accord avec une réalité nouvelle. — Même arrêt. — Il en est ainsi surtout, alors que les statuts autorisent l'assemblée générale à apporter aux statuts les modifications dont l'utilité serait reconnue, notamment l'augmentation du capital social, ce qui implique, par voie de conséquence, le droit de réduire le capital social (motifs). — Même arrêt.

5510. — Jugé, dans le même sens, que si, d'après l'art. 4, L. 24 juill. 1867, l'approbation donnée aux apports dans les formes prescrites par ce texte ne laisse place à aucun recours ultérieur, si ce n'est en cas de dol ou de fraude, cela n'empêche pas que si, plus tard, pour des causes quelconques, le fonds social dans lequel sont entrés lesdits apports est reconnu n'avoir point la valeur que les statuts lui ont attribuée, l'assemblée générale extraordinaire, investie du pouvoir de modifier lesdits statuts, ne puisse réduire la valeur nominale de ce fonds, et, par suite, celle des actions qui la représentaient de manière à la faire concorder avec la vérité. — Cass., 3 févr. 1903, Kuhn, [S. et P. 1904.1.329] — Spécialement si les juges du fond trouvant des éléments suffisants pour s'éclairer dans les documents de la cause, dans les inventaires et bilans de la société, en déduisent, par une appréciation de fait souveraine, que l'importance du

fonds social n'excédait pas le cinquième de la somme à laquelle elle avait été primitivement fixée, ainsi que l'avait constaté une assemblée générale extraordinaire, et que, par conséquent, les actions existantes, sans aucune différence entre elles, devaient être réduites au cinquième de leur taux primitif, la combinaison ne porte aucune atteinte aux bases essentielles de la société, et n'excédait pas, par conséquent, les attributions de l'assemblée générale extraordinaire... Alors du moins que, les actions tant d'apport que de capital étant entièrement libérées, et n'étant pas allégué qu'aucune ait été depuis lors amortie par tirage au sort, il y avait parité complète entre tous les titres de l'une et l'autre origine et, si par suite, la combinaison a été faite dans des conditions d'égalité parfaite entre tous les actionnaires. — Même arrêt. — Il en est ainsi même si la différence entre la valeur primitivement attribuée à l'apport et sa valeur actuelle provient non pas d'une dépréciation de l'actif social, mais de ce que le premier chiffre était supérieur à la valeur réelle de l'apport (sol. impl.). — Même arrêt.

5511. — La réduction, dans ces différentes hypothèses, apparaît plutôt comme une mesure de bonne gestion, rentrant dans les attributions normales de l'assemblée, que comme un changement essentiel. Aussi voit-on certains auteurs, adversaires en principe de la théorie admise par la jurisprudence sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, faire exception à leur doctrine rigoureuse pour le cas où la réduction s'opérerait à la suite de pertes et aurait pour but de mettre le capital social nominal en harmonie avec l'actif qu'il représente. — Houpin, t. 2, n. 916.

5512. — Il y a cependant des dissidences, en doctrine tout au moins, et, à l'encontre de M. Houpin, M. Wahl, partisan cependant en principe du droit pour l'assemblée générale de voter la réduction, estime que la réduction du capital en suite de pertes subies est incompatible avec le principe du respect des droits propres des actionnaires. « Ce qui est particulièrement grave, dit-il (note sous Riom, 2 févr. 1901, précité), c'est qu'en cas de dépréciation de l'actif, la réduction du capital ne peut jamais avoir pour but que de léser les actionnaires, en les privant d'une partie des avantages pécuniaires auxquels ils ont droit et sur lesquels ils ont compté. Une société, même quand elle est en perte, n'a aucun intérêt à réduire son capital au point de vue de la facilité de son fonctionnement. Si ce fonctionnement est entravé par l'insuffisance de l'outillage ou du fonds de roulement, par l'importance des frais généraux, par des contrats onéreux, la réduction du capital, qui ne procure aucun capital nouveau à la société, la laisse elle-même en présence de ces difficultés. Elle ne les diminue que par l'allègement qu'elle apporte dans la charge de l'amortissement du capital, ou dans la constitution des réserves, ou dans le service des intérêts statutaires, en un mot, par les pertes qu'elle fait subir aux actionnaires. Or, une société n'a, en aucun cas, le droit d'enlever à ses actionnaires une partie de leurs droits aux bénéfices ou à l'amortissement ». Quelle que puisse être la valeur pratique de ces considérations, la doctrine de la jurisprudence sur le droit de réduction en cas de perte peut être considérée comme définitive, le pourvoi formé contre l'arrêt de Riom, du 2 févr. 1901, précité, ayant été rejeté par arrêt du 9 févr. 1903, précité.

5513. — Au surplus, la question de savoir s'il y a perte d'une partie du capital et si la réduction correspond à la réalité des faits rentre dans le domaine du pouvoir d'appréciation des juges du fond. — Cass., 9 févr. 1903, précité.

5514. — Mais l'assemblée générale pourrait-elle, par une seule et même délibération, *réduire, d'une part, le capital originaire, et augmenter, d'autre part, ce même capital par une émission d'actions nouvelles?* La raison d'être de cette modification à double face, contradictoire en apparence, est facile à dégager. On réduit le capital ancien pour mettre le capital nominal en harmonie avec la situation réelle de l'actif, amoindri par les frais de premier établissement et les pertes de certains exercices ; et l'on augmente le capital ainsi réduit pour procurer à la société, dont le fonds primitif se trouve plus ou moins immobilisé dans les opérations en cours, le fonds de roulement dont elle peut avoir besoin, sans cependant le grever d'un passif supplémentaire, ce qui serait la conséquence immédiate d'une émission d'obligations. — Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1890, p. 462; Congrès des soc. par actions de 1900, *passim*.

5515. — L'opération peut donc être, en fait, très-avantageuse. Est-elle licite? L'affirmative nous paraît s'imposer. Puisqu'il est permis à l'assemblée générale, d'une part, de réduire, d'autre part, d'augmenter le capital, il doit lui être également loisible, si elle le juge opportun, de réduire et d'augmenter simultanément, ou à intervalles rapprochés, le capital social.

5516. — La jurisprudence est fixée en ce sens. Jugé en effet qu'une assemblée générale constituée conformément à l'art. 31, qui, d'après cet article reproduit dans les statuts, délibère souverainement sur les modifications au pacte social, et qui, en outre, a reçu des statuts pouvoir de prononcer sur tous les intérêts de la société, peut décider, à la majorité des suffrages : 1° de réduire l'évaluation du capital social, en la ramenant du chiffre originaire de 5,500,000 fr., à celui de 500,000 fr., par l'annulation de 200 actions de fondateurs et par la substitution de 1,000 actions aux 10,000 anciennes, à raison d'une action nouvelle attribuée aux associés en échange de 10 anciennes; 2° de relever le capital social ainsi réduit au chiffre de cinq millions par la création de 9,000 actions nouvelles. — Cass., 29 janv. 1894, précité. — *Sic*, Thaller, note sous Cass., 30 mai 1892, Soc. gén. des fournitures militaires, [D. 93.1.105]; Lacour, note sous [D. 94.1.313]; Pic, *Chron. des Annales de dr. commerc.*, 94.2.311; Sée, p. 109.

5517. — Il en est ainsi du moins alors, d'une part, que la réduction prescrite, ne faisant que mettre l'estimation du capital social d'accord avec la réalité des faits, ne porte aucune atteinte aux bases de la société, et a lieu suivant un mode rentrant dans les pouvoirs de l'assemblée générale d'après les statuts, et d'autre part, que l'augmentation du capital est expressément autorisée par lesdits statuts, et qu'enfin l'ensemble de l'opération n'a créé aucune inégalité entre les associés. — Même arrêt.

5518. — b) *Réduction non motivée par des pertes.* — Une société dont le capital est intact peut avoir intérêt à réduire son capital si le chiffre moyen de ses affaires ne nécessite pas une immobilisation aussi considérable, et ne lui permet pas d'assurer à chacun de ses titres une rémunération assez élevée. La jurisprudence n'hésite pas à reconnaître à l'assemblée générale le droit, dans cette seconde hypothèse, de prononcer la réduction. — Cass., 30 mai 1892 et 31 oct. 1888, précités.

5518 *bis*. — A plus forte raison, cette réduction est-elle régulière si elle est, même implicitement, autorisée par les statuts. Jugé en ce sens que la clause des statuts d'une société anonyme disposant que « le capital social est fixé quant à présent, à... », et que l'assemblée générale des actionnaires peut être appelée à statuer « sur l'importance du capital social », doit être interprétée en ce sens que l'assemblée générale a le droit de prononcer la réduction du capital social. — Paris, 6 juill. 1892, Chenon, [S. et P. 93.2.235, D. 94.2.598]

5519. — Et cette réduction peut être effectuée par la voie du rachat d'actions de la société, alors que, la société ayant, préalablement au rachat, acquitté toutes ses dettes, les droits des créanciers sociaux n'ont pu être lésés. — Même arrêt.

5520. — c) *Des divers procédés susceptibles d'être employés pour réaliser la réduction.* — Après avoir décidé, dans la limite de ses pouvoirs, la réduction du capital social, l'assemblée générale peut employer des procédés de diverse nature pour la réaliser. Elle peut d'abord diminuer le taux ou capital nominal des actions, soit en libérant les actionnaires du complément de leurs mises lorsqu'ils n'ont fait que des versements partiels, soit en remboursant proportionnellement chaque actionnaire, soit enfin au moyen d'une simple opération d'écritures, lorsque, une partie du capital ayant été perdue, on décide que le capital sera réduit à son chiffre actuel. — Thaller, n. 675; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 877; Lyon-Caen, note, 3e col. sous Cass., 11 mai 1880 et Paris, 4 févr. 1881, [S. 82.2.121, P. 82.1.678] — V. cep. Wahl, note précitée.

5521. — Dans ce cas, le taux de chaque action nouvelle ne peut être inférieur au minimum fixé par les lois de 1867 et de 1893 (V. *suprà*, n. 3015 et s.). Mais on admet généralement que l'assemblée générale peut descendre à ce minimum, même pour les sociétés constituées avant la loi de 1893. Soit une société ancienne dont le capital, supérieur à 200,000 fr., était divisé en actions de 500 fr.; cette société pourra, depuis la loi de 1893, remplacer, en suite d'un vote de réduction, des actions de 500 par des actions de 100, voire même par des actions de 25 fr. si le capital réduit est inférieur ou au plus égal à 200,000 fr. — Houpin, t. 2, n. 916. — *Contrà*, Wahl, *J. des soc.*, 1900, p. 262 et 350.

5522. — L'assemblée générale peut aussi diminuer le nombre des actions sans diminuer le capital de chacune d'elles. Elle arrivera à ce résultat, soit en rachetant en Bourse un certain

nombre d'actions qui sont ensuite annulées (opération inattaquable puisqu'elle ne lèse aucun associé, Wahl, note précitée), soit en décidant que deux ou plusieurs actions n'en vaudront désormais plus qu'une.

5523. — Mais ici surgit une grave difficulté : l'assemblée générale peut-elle, comme conséquence du vote de la réduction du capital, imposer à tout actionnaire ne possédant pas un nombre d'actions divisible par un autre chiffre (trois, par exemple) l'obligation de compléter ou au contraire de réduire le nombre de ses titres, afin de les échanger contre des titres nouveaux? La Cour suprême, dans son arrêt précité du 30 mai 1892, s'est nettement prononcée pour la parfaite légitimité de cette mesure. Mais la majorité de la doctrine est en sens contraire, et envisage ce procédé de réduction comme portant atteinte au principe du respect des *droits propres de l'actionnaire*. — V. *suprà*, n. 5356 et s.

5524. — La doctrine de la Cour de cassation, écrit M. Lyon-Caen (note sous Cass., 30 mai 1892, S. et P. 92.1.561) « est inadmissible. Sans doute, si la réduction du capital impliquait nécessairement une option de cette sorte imposée aux actionnaires, il serait exact de dire que cette option peut être imposée par une délibération de l'assemblée générale, par cela même que cette assemblée a le pouvoir de réduire le capital social. Mais il n'en est nullement ainsi. Il y a des procédés de réduction, très-usités même, qui ne conduisent pas à obliger des actionnaires à choisir entre l'acquisition d'actions et l'aliénation de tout ou partie de celles qui leur appartiennent. Ainsi, on peut, en réduisant le taux nominal des actions, rembourser une partie de leur montant aux actionnaires, ou les libérer quand ils n'ont fait que des versements partiels. Une société peut aussi racheter des actions et les annuler (V. *suprà*, n. 4630 et s.). La clause qui donne à l'assemblée générale le pouvoir de réduire le capital est donc susceptible de produire des effets, encore qu'on n'admette pas que les actionnaires puissent se voir imposer l'option dont il s'agit. Cette option obligatoire a un caractère exorbitant ; elle conduit à une véritable expropriation des actionnaires qui ne veulent pas acquérir des actions nouvelles. Aussi est-il naturel de n'admettre ce procédé de réduction que lorsque les statuts l'ont expressément visé ». — Bourgeois, *op. cit.*, p. 46; Houpin, t. 2, n. 916; Thaller, note précitée; Wahl, *J. des soc.*, 1900, p. 350 et note précitée; Clément, n. 108. — V. aussi Lacour, note précitée. — Cet auteur propose un système intermédiaire : il tient le procédé pour régulier, à la condition que la société offre leur remboursement à ceux des actionnaires qui ont des titres en excédent du chiffre arrêté pour l'échange par l'assemblée générale. Cette distinction n'a pas prévalu ; car cette offre de remboursement (à prix réduit) est une forme d'expropriation ; or les actionnaires ne sauraient être expropriés de leurs droits.

5525. — A plus forte raison, et sur ce point la jurisprudence et la doctrine sont d'accord (théoriquement au moins, car pratiquement l'arrêt précité crée une inégalité entre les porteurs d'actions divisibles par un chiffre déterminé et les autres), à plus forte raison, disons-nous, l'assemblée générale ne peut-elle recourir à un procédé de réduction susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement qui doit régner entre les associés (V. *suprà*, n. 5348 et s.). — Cass., 29 janv. 1894, Comp. tram. Nord, [S. et P. 94.1.169, D. 94.1.313]

5526. — C'est ainsi qu'il ne saurait être permis à l'assemblée générale, sous couleur de réduction du capital, d'attribuer certains avantages à certaines catégories d'actionnaires au détriment des autres. — Lyon, 23 juill. 1895, et sur pourvoi Cass., 29 déc. 1896, Soc. anon. des mines d'Arras et d'Anglas, [S. et P. 99.1.484, et la note de M. Lyon-Caen]

5527. — Ainsi, est nulle la délibération qui exonère les actions de capital des versements restant à opérer pour la libération de ces titres, en vue de favoriser les actions de capital au détriment des actions d'apport, en frustrant celles-ci de l'émolument que leur eût assuré la réalisation du solde des mises engagées par les souscripteurs. — Même arrêt.

5528. — Jugé de même que, lorsque les brevets et procédés industriels apportés par l'un des associés ont conservé leur valeur et que cette valeur, d'après l'évaluation qui en est faite et sur la sincérité de laquelle aucun grief n'est formulé, dépasse de beaucoup le chiffre auquel l'assemblée a réduit le capital social, l'assemblée excède ses pouvoirs, et que sa décision viole l'égalité qui doit régner entre les actionnaires, si la valeur des apports est abusivement réduite et si cette réduction n'est pas en rapport avec la réalité des faits. — Paris, 24 juill. 1895, *Rev. des soc.*, 96.59]

5529. — 4° *Droits des créanciers.* — La réduction du capital social, valable entre les actionnaires, ne saurait être, en principe, opposée aux tiers qui, ayant *antérieurement* traité avec la société, ont des droits acquis au maintien du capital primitif. En conséquence, si la réduction a lieu par voie de libération des actionnaires pour les versements non effectués, les *créanciers antérieurs* n'en ont pas moins le droit de réclamer à ces actionnaires le paiement du non versé, nonobstant la réduction du capital social. — Cass., 30 nov. 1892, D..., [S. et P. 93.1.469, D. 94.1.83] — Paris, 17 juil. 1888, *Rev. des soc.*, 89.6 ; — 6 févr. 1891, Wormser, [D. 92.2.385, et la note de M. Boistel] — Orléans, 29 juill. 1896, *Rev. des soc.*, 99.493. — Sic, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 875; Thaller, note sous Cass., 30 mai 1892 [D. 93.1.105]; Houpin, t. 2, n. 914; Appleton, p. 141.

5530. — A ce principe, la Cour de cassation a apporté un tempérament très-grave, en décidant que si les créanciers antérieurs à la réduction du capital social peuvent conserver le droit de poursuivre le remboursement de leurs créances sur le capital social primitif, c'est à la condition d'établir comment ils ont traité avec la société et quel préjudice leur a été causé par la réduction du capital. — Cass., 27 juin 1899, Banque de Chinon et du Poitou, [S. et P. 99.1.345]

5531. — En d'autres termes, d'après la Cour suprême, les créanciers même antérieurs au vote de réduction ne peuvent le tenir pour non avenu à leur égard que s'ils peuvent établir qu'au moment où ils ont traité avec la société, ils ont compté sur l'existence de ce capital primitif, que le capital tel qu'il existait à ce moment a été la condition de leurs conventions avec la société, et qu'ils ont subi un préjudice du fait de la réduction. Sinon, une réduction régulière du capital leur est opposable, comme tout acte du débiteur est opposable à ses créanciers qui sont ses ayants-cause (C. civ., art. 1165) ; la réduction du capital conforme à l'acte social s'impose aux créanciers, comme l'acte social lui-même. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 914.

5532. — A ce point de vue, la situation de tous les créanciers antérieurs à la réduction du capital n'est pas identique, les conditions de leurs contrats étant variables ; il s'ensuit que l'action de ces créanciers est une *action individuelle*, qui doit être exercée par chacun d'eux séparément, et non par un liquidateur en tant que représentant la masse des créanciers, même en vertu d'un mandat, lequel ne peut ici être qu'individuel. — Cass., 27 juin 1899, précité.

5533. — Au surplus, si une société anonyme *in bonis* a le droit de réduire son capital à l'effet de s'exonérer de la charge d'un capital exagéré, il en est autrement lorsque, la société étant complètement au-dessous de ses affaires, la réduction de son capital n'a d'autre but que de libérer les actionnaires du montant restant dû sur leurs actions. — Paris, 19 janv. 1897, Vve De Hirsch, [S. et P. 1901.2.295, D. 1900.2.170]

5534. — En conséquence, est nulle à l'égard des tiers, et, par suite, de la masse des créanciers de la faillite de la société, la délibération de l'assemblée générale qui a voté cette réduction. — Même arrêt.

5535. — Dès lors, les actionnaires, porteurs de titres libérés seulement pour partie, sont restés obligés à les libérer entièrement et à répondre à l'appel de fonds fait par le syndic de la faillite. — Même arrêt.

5536. — Quant aux créanciers postérieurs à la réduction du capital social, comme ils ne peuvent, pour attaquer la réduction du capital social, exciper que de l'art. 1167, C. civ., il n'importe que la réduction du capital social ait constitué un contrat commutatif à titre onéreux ou un contrat à titre gratuit, dès lors qu'il n'a existé de fraude de la part d'aucun des intéressés. — Cass., 27 juin 1899, précité.

5537. — En pareil cas, si non seulement les liquidateurs n'ont prouvé de la part des actionnaires ou des administrateurs de la société aucune fraude en vue de porter préjudice aux intéressés futurs, mais encore s'il résulte des faits et documents de la cause que tous les intéressés considéraient alors la société comme étant en état de faire face à ses obligations et de continuer ses affaires aussi bien après qu'avant la réduction du capital, c'est à bon droit que les juges refusent de prononcer la nullité de la délibération décidant la réduction du capital en réparation du préjudice intentionnellement causé aux créanciers futurs, et parce que cette réduction aurait empêché le fonctionnement de la société. — Même arrêt.

5538. — Et la délibération réduisant le capital social, qui a été prise en conformité des statuts et par une assemblée générale régulièrement composée, et qui n'a été accompagnée d'aucune fraude, peut à bon droit être considérée comme ayant eu pour effet, et à titre de conséquence du vote de la réduction de deux actions en une seule, sur laquelle devaient se réunir les deux versements, de chacun un quart, précédemment effectués, de libérer de moitié les actions subsistantes, et, par suite, d'autoriser la conversion des actions nominatives en actions au porteur. — Même arrêt.

5539. — Il est à remarquer, toutefois, que la délibération prise à fin de réduction du capital social, notamment au moyen du remboursement d'actions par la société, n'est opposable aux créanciers postérieurs qu'autant qu'elle a été publiée conformément aux dispositions de l'art. 61 de la loi de 1867, cette délibération ayant pour effet de modifier les dispositions statutaires qui, par la fixation du capital, forment l'assiette du crédit de la société. — Cass., 1er août 1893, Soc. des mines de Pont-Péan, [S. et P. 94.1.22, D. 94.1.126] — Sur la publicité des modifications apportées aux statuts sociaux, V. *suprà*, n. 122 et s.

5540. — IV. *Synthèse de plusieurs changements non substantiels.* — Lorsque l'assemblée générale extraordinaire, au lieu de modifier les statuts sur un point, apporte au pacte primitif plusieurs changements dont aucun envisagé isolément ne serait substantiel, ne peut-on pas considérer que cette pluralité de changements a pour résultat de transformer complètement la physionomie de la société, d'en faire à vrai dire une société nouvelle, et, par conséquent, de nécessiter l'intervention unanime des intéressés? Posée en ces termes, la question n'est pas susceptible d'une réponse absolue, et doit être envisagée dans chaque espèce eu égard aux circonstances particulières de la cause.

5541. — Il est bien évident que la décision ne peut être régulièrement prise qu'à l'unanimité si, des changements proposés, l'un du moins touche aux bases essentielles de la société. Il en est ainsi spécialement aux cas : de la transformation d'une société civile en société anonyme; de la substitution à l'avenir d'une loi étrangère (de la loi belge, dans l'espèce) à la loi française, pour régir la société; de l'extension de l'exploitation, exclusivement limitée par les statuts primitifs à un charbonnage désigné, à l'exploitation d'autres charbonnages déjà acquis et de tous autres que la société pourra acquérir dans la suite, par concession, achat, fusion, échange ou autrement. — Cass., 26 nov. 1894, Clavé et Marcotte, [S. et P. 95.1.133]

5542. — Que si aucune des modifications projetées n'est substantielle, on peut admettre évidemment que, de l'ensemble de ces modifications coordonnées, résulte une transformation profonde, susceptible d'imprimer à la société le caractère de société nouvelle. Mais, dans la pratique, les tribunaux, ainsi qu'on a pu le voir précédemment par divers exemples, n'admettent pas volontiers l'idée d'une société nouvelle (Wahl, n. 8; Houpin, t. 1, n. 656). C'est ainsi que la cour d'Orléans n'a pas admis qu'une société, qui avait *simultanément* étendu le cercle de ses opérations, augmenté son capital et prorogé sa durée, fût une société nouvelle, et a en conséquence reconnu à l'assemblée extraordinaire pleins pouvoirs pour apporter au pacte primitif ces divers changements, à la seule condition de se conformer aux conditions de majorité de l'art. 31. — Orléans, 9 janv. 1901, Soc. orléan. d'éclair., [D. 1903.2.201 et la note de M. Fraissaingea]

5543. — Devant la chambre des requêtes, saisie d'un pourvoi (retiré par la suite) contre le précédent arrêt, M. le conseiller Cotelle a formellement approuvé la solution de la cour d'Orléans et repoussé en bloc, après avoir combattu chacun d'eux isolément, cette *confédération* de motifs. — V. Fraissaingea, note précitée. — V. aussi Pic, *Chron. des Ann. de dr. comm.*, 1895, 2e part., p. 330.

§ 3. *Des assemblées générales extraordinaires. Formalités;* quorum *légal.*

5544. — Nous n'avons pas à revenir sur les formalités à observer pour la tenue de l'assemblée générale extraordinaire. Ces formalités, communes à toutes les assemblées générales d'actionnaires, ordinaires, extraordinaires, ou constitutives, ont été examinées déjà avec tous les développements qu'elles comportent (V. *suprà*, n. 4871 et s.). Deux questions seulement sont à étudier à cette place : 1° quel est le *quorum* légal exigé pour la régularité d'une assemblée extraordinaire? 2° quelle est la composition de l'assemblée : quels actionnaires ont le droit d'y prendre part?

1° Quorum *légal.*

5545. — Aux termes de l'art. 31 de la loi de 1867, « les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ». Cet article exigeant d'une manière absolue et sans réserve que l'assemblée appelée à modifier les statuts sociaux soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social, il en résulte que ce *quorum* est obligatoire même dans le cas où une seconde assemblée serait convoquée à raison de ce que la première n'aurait pas réuni un nombre suffisant d'actionnaires.

5546. — On ne saurait appliquer ici, ni l'art. 29 relatif aux assemblées générales ordinaires, ni l'art. 30 relatif aux assemblées constitutives qui permettent à une seconde assemblée représentant un capital inférieur à la première de délibérer valablement. La disposition de l'art. 31 est impérative, et les statuts sociaux n'y pourraient apporter aucune dérogation. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 863 *bis*; Mathieu et Bourguignat, n. 203; Pont, t. 2, n. 1685; Ruben de Couder, vo *Soc. anon.*, n. 430; Houpin, t. 2, n. 903. — V. cependant Vavasseur, t. 2, n. 899.

2° *Composition de l'assemblée.*

5547. — On admet, dans un premier système, qui théoriquement nous paraît préférable, que tous les actionnaires ont le droit de prendre part aux assemblées extraordinaires, sans que les statuts sociaux puissent subordonner ce droit à la possession d'un certain nombre d'actions. Ce système s'appuie d'abord sur deux arguments de texte : 1° Un argument *a contrario* tiré de l'art. 27. Cet article autorise les statuts à déterminer, pour les assemblées générales *ordinaires*, le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder pour y être admis; qu'est-ce à dire, sinon que l'accès de toutes les autres assemblées est ouvert à tous les actionnaires, même possesseurs d'un seul titre? L'art. 27, *in fine*, s'en explique formellement pour les assemblées constitutives; mais il y a même raison de décider pour les assemblées extraordinaires; 2° Un argument tiré de l'art. 37. Cet article déclare formellement qu'en cas de perte des trois quarts du capital social, tous les actionnaires doivent être convoqués en assemblée générale pour statuer sur la dissolution de la société. Ce que décide expressément l'art. 37 pour une assemblée extraordinaire doit être étendu à toutes, par identité de motifs. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 863; Lyon-Caen, note sous Cass., 30 mai 1894, Franquelot, [S. et P. 94.1.306]

5548. — Ce système, d'ailleurs, n'est pas seulement conforme aux textes de la loi de 1867; il se justifie par des considérations puissantes qui le recommandent au point de vue législatif. Les délibérations des assemblées extraordinaires ont une gravité très-grande; elles apportent des modifications aux statuts, et imposent à la minorité des conditions nouvelles qui auraient peut-être éloigné de la société ceux qui la composent s'ils avaient pu supposer qu'un jour elles seraient introduites. Il est juste qu'au moins, tous aient le droit de faire entendre leurs observations et leurs protestations. Que deviennent, dans le système contraire, les droits, si respectables pourtant, de la minorité et des petits actionnaires? Ils sont anéantis. — Mêmes auteurs.

5549. — Au reste, avec la solution adverse, on peut se heurter parfois à des difficultés insurmontables pour satisfaire à la condition de l'art. 31. Si les statuts peuvent stipuler que, même pour les assemblées extraordinaires, la possession d'un certain nombre d'actions est nécessaire, la tenue d'une assemblée de cette nature est impossible dans le cas où les actions qui se trouvent entre les mains d'actionnaires en possédant chacun un assez grand nombre pour participer aux délibérations, ne représentent pas au total la moitié du capital. — Lyon-Caen, note précitée.

5550. — D'après un second système, qui a prévalu en jurisprudence, les assemblées extraordinaires devraient au contraire être assimilées à ce point de vue aux assemblées ordinaires, et les statuts sociaux pourraient (sous réserve de la faculté de

groupement conférée par la loi de 1893 aux petits actionnaires (V. *suprà*, n. 5006 et s.) subordonner le droit de voter à la possession d'un nombre d'actions déterminé. L'art. 37 n'interdit nullement cette solution, car il édicte une règle toute exceptionnelle qui s'explique par la gravité particulière des délibérations que l'assemblée extraordinaire est appelée à prendre en présence d'une situation grave attestée par l'anéantissement des trois quarts de l'actif, et qui, comme telle, ne saurait être généralisée. Ce n'est pas, en d'autres termes, dans l'art. 37, mais dans l'art. 27, § 1, qu'il faut chercher le droit commun, et la dérogation qui y est apportée par l'art. 27, *in fine*, pour les assemblées constitutives ne saurait être étendue aux assemblées extraordinaires. — Cass., 30 mai 1894, Franquelot, [S. et P. 94.1.305] — *Sic*, Boistel, n. 298, et note sous Cass., 30 mai 1894, [D. 94.1. 553]; Bédarride, t. 2, n. 412; Pont, t. 2, n. 1006; Rivière, p. 124; Houpin, t. 2, n. 868; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 563; Vavasseur, t. 2, n. 899; note anonyme sous Cass., 30 mai 1894, [S. et P. 94.1.305]

5551. — Jugé, en ce sens, que si le § 2 de l'art. 27 de la loi de 1867 donne le droit de prendre part aux délibérations des assemblées à tous les actionnaires, quel que soit le nombre des actions dont ils sont porteurs, lorsqu'il s'agit de vérifier les apports, de nommer les premiers administrateurs et de vérifier la sincérité de la déclaration des fondateurs de la société, ce droit, conféré à l'universalité des actionnaires, doit être strictement limité aux cas spécifiés. — Cass., 30 mai 1894, précité. — V. Aix, 28 janv. 1886, *Rev. des soc.*, 86.453 — Douai, 22 nov. 1895, sous Cass., 29 avr. 1897, Soc. anon. des mines de Giromagny, [S. et P. 99.1.481, D. 98.1.106] — Trib. comm. Seine, 2 sept. 1885, [*J. des soc.*, 86.374]

5552. — Et l'on ne saurait assimiler à ces cas celui où les assemblées ont à délibérer sur des modifications aux statuts; l'art. 31 de la loi de 1867, qui vise cet objet particulier de délibération, se bornant à déclarer que les assemblées devront représenter la moitié du capital social, il s'ensuit que, dans cette limite, la composition des assemblées doit avoir lieu conformément aux statuts, qui, par application de l'art. 27, § 1, déterminent le nombre d'actions nécessaires pour être admis dans les assemblées générales. — Mêmes arrêts.

5553. — Dans ce cas, ne saurait être déclarée régulière, sous prétexte de la gravité exceptionnelle des intérêts engagés, la délibération de l'assemblée à laquelle ont été admis à voter tous les actionnaires, quel que soit le nombre de leurs actions, alors qu'il est établi que, dès le début de la délibération, les porteurs du chiffre d'actions déterminé par les statuts pour faire partie des assemblées étaient en nombre suffisant pour composer une assemblée représentant la moitié du capital. — Cass., 30 mai 1894, précité.

5554. — Pour maintenir une pareille délibération d'assemblée générale, il ne suffit pas aux juges du fait de déclarer qu'il résulte des documents produits qu'en éliminant les actionnaires qui ne devaient pas prendre part au vote, il en restait assez pour que le capital social fût représenté dans les conditions prévues par la loi et les statuts, lorsque ces documents ne sont pas indiqués, ni produits; le contrôle de la Cour de cassation ne pouvant alors s'exercer. — Même arrêt.

5555. — Au surplus, les statuts peuvent déclarer qu'au cas d'insuffisance d'actionnaires porteurs du nombre d'actions exigé, l'assemblée pourra être complétée par l'admission de porteurs d'un nombre moindre d'actions, en proportion décroissante, jusqu'à ce que la moitié du capital social, qui est requise par l'art. 31 ait été atteinte.

5556. — Ainsi donc, lorsque, d'après les statuts, le directeur de la société ne peut être remplacé que par une assemblée extraordinaire représentant au moins la moitié du capital, est à bon droit déclarée régulière une assemblée dans laquelle ont été admis des actionnaires porteurs d'une seule action, s'il est constaté que, sans cette admission, la représentation de la partie du capital prévue était impossible. — Cass., 5 juill. 1893, De Saint-Genieys, [S. et P. 93.1.377, D. 94.1.41]

5557. — Il semble que cette faculté de compléter l'assemblée devrait être admise, même en l'absence d'une clause statutaire formelle, car il est *à priori* inadmissible que l'assemblée extraordinaire ne puisse être utilement réunie. Telle est du reste la solution qui s'induit très-nettement de l'arrêt précité de la Cour de cassation, du 30 mai 1894. Cette importante concession atténue singulièrement la portée de la controverse et renforce notablement, à notre avis, le premier système, qui donne accès en tout cas à l'assemblée extraordinaire, où se discutent des intérêts aussi graves que dans les assemblées constitutives, la totalité des actionnaires.

5558. — Une autre atténuation de la théorie de la jurisprudence résulte de la loi de 1893. Cette loi, en vue d'assurer aux petits actionnaires la part d'influence à laquelle ils ont droit, autorise, nous l'avons dit, les porteurs d'un nombre d'actions, inférieur au minimum statutaire, à se grouper pour se faire représenter à l'assemblée par un mandataire commun (V. *suprà*, n. 5006 et s.). Il est de toute évidence, si l'on assimile au point de vue de leur composition, les assemblées extraordinaires aux assemblées ordinaires, que l'on doit également admettre, dans les unes comme dans les autres, les petits porteurs à se faire représenter par des mandataires.

Section II.

Des changements et modifications dans les sociétés en commandite par actions.

§ 1. *Principe.*

5559. — Ainsi que nous l'avons fait observer *suprà*, n. 5023, le législateur de 1867 a presque complètement négligé de légiférer sur les assemblées générales, dans la société en commandite par actions. C'est ainsi en particulier que l'art. 31 paraît bien spécial aux sociétés anonymes. Mais, comme la théorie de la jurisprudence sur la distinction des modifications secondaires et des changements substantiels s'appuie moins sur le texte de l'art. 31 que sur les principes généraux, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à la considérer comme applicable indistinctement aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions. — Cass., 29 déc. 1897, [*J. des soc.*, 98.211 et la note de M. Houpin]; — 18 oct. 1899 (motifs), Martin, Voit et Bonnet, [S. et P. 1901.1.81, D. 99.1.567] — Rouen, 8 août 1868, Dufour, [S. 68.2.236, P. 69.993, D. 69.2.211] — Trib. comm. Seine, 16 janv. 1893, [*J. Le Droit*, 31 mars 1893]; — 6 mars 1901, [*J. des soc.*, 1901.330] — V. aussi Houpin, t. 1, n. 743; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1018; Rousseau, t. 2, p. 679, Appleton, p. 67.

5560. — Faisons l'application de cette théorie à certains changements spéciaux à la commandite par actions, c'est-à-dire aux changements tendant à modifier la situation juridique et les droits des commandités, et particulièrement du gérant. D'une manière générale, toute modification relative *aux associés en nom et à la raison sociale* tient aux bases essentielles de la société. La personnalité des associés en nom constitue en effet la condition même du succès de l'entreprise et de son crédit, soit au regard des commanditaires, soit au regard des tiers. Dès lors, comment admettre qu'on puisse, sans son consentement exprès, retirer à un actionnaire la garantie sur laquelle il a principalement compté, celle qui a été la cause déterminante de son accession à la société. — V. rapp. de M. le conseiller Crépon, sous Cass., 29 déc. 1897, Armand et Tessier, [S. et P. 98.1.75, D. 98.1.539]

5561. — Jugé, en ce sens, que la désignation des associés en nom collectif, dans l'acte de constitution d'une société en commandite par actions, doit être considérée comme une des bases essentielles de la société; dès lors, il ne saurait appartenir à une assemblée générale extraordinaire, ne représentant qu'une majorité d'actionnaires, de modifier la partie des statuts relative aux associés en nom collectif, et de permettre à l'un de ces associés, s'il n'y est pas autorisé par une clause spéciale du pacte social, de sortir de la société (quand les statuts ont seulement prévu sa démission comme gérant). — Cass., 29 déc. 1897, précité.

5562. — Et le nom de cet associé en nom collectif, figurant à la raison sociale, conformément à l'acte constitutif de ladite société en commandite par actions, et représentant ainsi plus particulièrement la société, ne saurait être effacé de la raison sociale sans l'assentiment de tous les commanditaires, lesquels ne peuvent se voir enlever les garanties qu'ils ont cru trouver dans la raison sociale. — Même arrêt.

5563. — Les juges du fait, en déclarant que les statuts, prêtant d'ailleurs à interprétation, d'une société en commandite par actions, n'autorisaient pas l'un des deux gérants de ladite société à cesser d'être associé en nom collectif le jour où il abandonnerait la gérance, font de ces statuts une interprétation souveraine, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. — Même arrêt.

5564. — Réciproquement, est nulle, faute d'avoir été prise à l'unanimité, la délibération d'une assemblée générale d'actionnaires dont l'objet est une modification des statuts devant avoir pour effet d'imposer à un certain nombre d'associés la qualité d'associés en nom collectif, au lieu d'associés commanditaires, c'est-à-dire, vis-à-vis d'eux, de changer la nature de la société. — Cass., 28 févr. 1888, Liq. de la soc. Lansigny et Cie, [S. 91.1.298, P. 91.1.737, D. 88.1.427]

5565. — Il en est ainsi, alors d'ailleurs que la modification projetée n'avait pas été indiquée dans les lettres de convocation pour l'assemblée générale. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 4957 et s.

5566. — Si la position respective des commandités et commanditaires ne peut être modifiée par l'assemblée générale, à moins que celle-ci n'en ait reçu pouvoir exprès, à plus forte raison celle-ci ne saurait-elle être admise à proposer des mesures tendant à modifier la situation juridique du gérant statutaire, et à plus forte raison à supprimer la gérance, par une transformation de la société en commandite en une société anonyme. — Cass., 28 févr. 1888, précité. — Trib. comm. Seine, 2 août 1902, [*J. des soc.*, 1903.32] — V. *suprà*, n. 5321 et s.

5567. — Est-ce à dire que les statuts ne pourraient, par une clause expresse, autoriser l'assemblée générale, sous certaines conditions de majorité, à supprimer la gérance par la transformation de la commandite en société anonyme? L'affirmative a été soutenue, par le motif que dans la commandite par actions l'assemblée générale ne représenterait pas la société entière, mais seulement la collectivité des actionnaires, à l'encontre des commandités, qui formeraient une sorte d'individualité juridique distincte. — Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1893, p. 469.

5568. — Mais cette conception de l'assemblée générale est purement conjecturale. Ainsi que le fait remarquer M. Thaller, aucun texte ne la représente « comme étant l'organe d'un groupe d'associés, les actionnaires, en face de l'associé ou des associés indéfiniment responsables. Elle délibère sur les intérêts sociaux pris au regard de tous les ayants-droit... Les actionnaires, même envisagés dans leur ensemble, ne forment pas une unité juridique, si on les détache de l'associé en nom à défaut duquel ils n'auraient pas originairement contracté ». — Thaller, *Le consentement du gérant de la société en commandite par actions aux délibérations prises par l'assemblée générale* (*Ann. de dr. comm.*, 1903, p. 203). — V. Arthuys, *Rev. crit.*, 1899, p. 339; Houpin, t. 1, n. 743.

§ 2. Quorum *et composition de l'assemblée.*

5569. — Ainsi que nous l'avons fait observer *suprà*, n. 5559 l'art. 31 ne saurait être étendu à la commandite par actions; il n'existe donc, pour l'assemblée extraordinaire de ce type de société, aucun *quorum légal*. Les fondateurs sont libres de déterminer par les statuts la majorité requise pour la validité des assemblées; la volonté ainsi exprimée est souveraine, et ne comporte même pas (sauf controverse) le tempérament institué par la loi de 1893 (art. 27, § 2), aux termes duquel les petits actionnaires ne possédant pas le nombre d'actions nécessaire pour figurer à l'assemblée peuvent se grouper pour se faire représenter par un mandataire commun (V. *suprà*, n. 5006 et s.). — Houpin, t. 1, n. 738; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 41. — *Contrà*, Bouvier-Bangillon, p. 117; Faure, p. 98.

5570. — Ici surgit une question déjà examinée à propos de la société en commandite. Supposons que les statuts, reproduisant la prescription de l'art. 31, subordonnent la régularité de l'assemblée extraordinaire à la présence d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social, et que ce *quorum* ne puisse être atteint par suite de la dissémination des titres aux mains de petits porteurs ne possédant pas le nombre d'actions déterminé par les statuts. Ne convient-il pas en ce cas d'appeler à l'assemblée tous les porteurs d'actions, nonobstant la clause statutaire contraire? Cette solution nous paraît la plus conforme à l'esprit de la loi. — Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1889, p. 2.1. — V. cependant Houpin, t. 1, n. 743. — V. *suprà*, n. 5549, 5554 et s.

SECTION III.

Publicité des modifications aux statuts.

5571-5574. — Nous avons eu l'occasion d'étudier la disposition de l'art. 61, C. comm., soumettant aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56, tous actes et délibérations ayant pour objet « la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés et tout changement de la raison sociale ». Il nous suffira de renvoyer aux principes précédemment exposés. — V. *suprà*, n. 122 et s.

5575. — D'une manière générale, les modifications apportées aux statuts d'une société ne sont opposables aux tiers qu'autant qu'elles ont été approuvées et publiées dans les formes prescrites par la législation sous l'empire de laquelle cette société fonctionne, et les tiers peuvent toujours invoquer la nullité desdites modifications, sans être passibles d'aucune exception tirée de la prescription trentenaire. — Cass., 3 avr. 1892, Soc. anonyme du cercle d'Aix-les-Bains, [S. et P. 93.1.33, et la note de M. Ed. Meynial]

5576. — Mais cette règle n'a point d'application dans les rapports des associés entre eux. Si chacun d'eux a le droit d'actionner la société à fin de nullité des additions ou modifications pour lesquelles on n'aurait pas accompli les formalités légales, cette action, qui prend naissance du jour où les modifications ont été adoptées par la société, tombe nécessairement sous le coup de la prescription trentenaire de l'art. 2262, C. civ. — Même arrêt.

5577. — Et cette prescription peut être opposée à l'action du cessionnaire de l'associé qui a laissé périr son droit faute de l'avoir exercé en temps utile, et n'a pu transmettre à son cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait lui-même. — Même arrêt.

5578. — Il n'importe que, les statuts sociaux ne faisant nulle mention de la modification introduite par ladite délibération, le cessionnaire ait pris en vain connaissance de ces statuts et n'ait été informé de ladite délibération qu'après la livraison des titres de son cédant sur lesquels elle se trouvait mentionnée; la société ne saurait souffrir de l'ignorance dans laquelle le cédant aurait laissé son cessionnaire. — Même arrêt.

SECTION IV.

Réformes nécessaires.

5579. — Les développements qui précèdent nous ont permis de mettre en relief l'insuffisance du critérium de la jurisprudence et les inconvénients multiples de l'incertitude qui, à l'heure actuelle, pèse sur la régularité de la plupart des modifications, chacune d'elles pouvant être envisagée, suivant les circonstances de fait, comme une modification secondaire ou un changement substantiel (V. *suprà*, n. 5283 et s.). Nous avons constaté, d'autre part, que par un singulier illogisme, le législateur de 1867 avait réglementé les assemblées générales dans la société anonyme, et s'était abstenu de parler des mêmes assemblées dans les commandites par actions (exception faite pour les assemblées de vérification : V. *suprà*, n. 5023, 5559). Des réformes profondes s'imposent donc, ne fût-ce que pour mettre la loi française au niveau des réglementations étrangères récentes.

5580. — A ce point de vue, les rédacteurs du projet de 1903 ont fait preuve d'une réelle hardiesse, qui présente un contraste curieux avec la timidité des réformes proposées, par exemple, en ce qui concerne la vérification des apports. D'après le texte proposé, le pouvoir de modifier les statuts « *dans toutes leurs dispositions* » appartiendrait de droit à l'assemblée générale, aussi bien dans la société en commandite par actions que dans la société anonyme, à moins d'une disposition contraire dans les statuts. — V. Appleton, *op. cit.* — Seuls, *les changements de nationalité* et l'augmentation des engagements des actionnaires (principe des *droits propres* des actionnaires) excéderaient, dans le silence des statuts, les pouvoirs de l'assemblée.

5581. — On peut même se demander si dans cette voie les rédacteurs du projet, désireux de se conformer aux vœux émis par le Congrès international des sociétés par actions, n'ont pas dépassé le but. Telle est l'opinion d'un auteur, partisan cependant d'une large extension des pouvoirs de l'assemblée, M. Thaller : « La disposition est bonne, mais excessive. L'assemblée générale peut même changer *l'objet* de la société. Va-t-on ainsi pouvoir, en dehors de l'unanimité, métamorphoser une société métallurgique en une banque ou en un théâtre? Il me semble; cela passe la mesure. Les seules modifications d'objet qui sont du ressort de l'assemblée générale devraient être celles qui étendent l'objet statutaire et non pas celles qui le dénaturent ». — *L'œuvre de la Commission extraparlementaire des sociétés* (*Ann. de dr. commerc.*, 1903, p. 300).

5582. — Rappelons, en terminant, que le législateur de 1902-1903 a fait un premier pas dans la voie nouvelle, si largement frayée par le projet, en autorisant l'assemblée générale, dans *toute société par actions* anonyme ou en commandite, peu importe, à créer des actions de priorité, à moins d'une clause contraire et expresse dans les statuts (L. du 9 juill. 1902, amendée par la loi du 16 nov. 1903). — V. *suprà*, n. 2063.

CHAPITRE VII.

DISSOLUTION ET LIQUIDATION.

5583. — Nous avons eu l'occasion d'étudier déjà, à propos des *sociétés commerciales en général* (V. *suprà*, n. 423 et s.), les règles qui président à la dissolution, à la liquidation, et au partage, ainsi qu'à la prescription des actions entre associés. Il nous suffira donc de présenter ici le commentaire des art. 37 et 38 de la loi de 1867, qui prévoient, pour les sociétés anonymes, deux modes spéciaux de dissolution, et de signaler certaines particularités de la liquidation.

Section I.

Dissolution.

§ 1. *Société anonyme.*

1° *Perte des trois quarts du capital social.*

5584. — « En cas de *perte des trois quarts du capital social*, dit l'art. 37 de la loi de 1867, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. La résolution de l'assemblée est, dans tous les cas, rendue publique. A défaut par les administrateurs de réunir l'assemblée générale, comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux ».

5585. — Quand pourra-t-on dire qu'il y a perte des trois quarts du capital social? Sur ce point, on s'accorde à décider que la perte prévue par l'art. 37 doit être calculée sur l'ensemble du capital nominal de la société, et non pas seulement sur le capital réalisé ou réalisable (capital dont le versement est obligatoire). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 906; Alauzet, t. 2, n. 753; Mathieu et Bourguignat, n. 226; Pont, t. 2, n. 1918; Rivière, n. 246; Houpin, t. 2, n. 947; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, n. 455; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 898; Rousseau, t. 2, n. 2573.

5586. — Dans ce cas, l'obligation de convoquer l'assemblée générale des actionnaires pour statuer sur la dissolution de la société incombe aux administrateurs. A leur défaut, la convocation pourrait être faite par les commissaires de surveillance, en vertu de l'art. 33 de la loi de 1867. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*; Vavasseur, t. 2, n. 914; Alauzet, t. 2, n. 752. — *Contrà*, Rivière, n. 252.

5587. — Remarquons, du reste, qu'en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs, tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale des actionnaires appelés à se prononcer sur la dissolution de la société, ne sont pas obligés d'adresser aux propriétaires d'actions au porteur des convocations individuelles à l'assemblée générale, une convocation collective par la voie des journaux suffit; même depuis la loi du 1er août 1893, qui a accordé le droit de se grouper aux petits actionnaires. — Douai, 22 nov. 1895, sous Cass., 29 avr. 1897, Soc. anonyme des mines de Giromagny, [S. et P. 99.1.481, D. 98.1.106]

5588. — Ces solutions semblent juridiques. En effet, aucune disposition légale ne fixe le mode de convocation des actionnaires aux assemblées générales. Aussi est-ce aux statuts de chaque société à le déterminer; il y a la convocation individuelle par lettres et la convocation par la voie des journaux (V. C. comm., art. 492 et 504). — A l'égard des propriétaires d'actions nominatives, on conçoit que l'un ou l'autre mode de convocation soit exigé, ou que l'on aille jusqu'à les exiger cumulativement, comme le font les art. 492 et 504, C. comm., pour les convocations de créanciers en matière de faillite. — V. Paris, 19 févr. 1897, Winter, [S. et P. 99.2.185, D. 98.2.153] — Mais la nature des choses fait qu'à l'égard des propriétaires d'actions au porteur, la convocation individuelle est impossible; on ne les connaît pas. Il faut, pour eux, recourir à la convocation collective par la voie des journaux. La loi du 1er août 1893 n'a rien changé à cet égard. — Pour plus de développements sur les formes et délais de convocations des assemblées, V. suprà, n. 4921 et s.

5589. — L'assemblée générale n'est nullement obligée de prononcer la dissolution de la société, même si elle constate que la perte subie par la société atteint réellement ou même qu'elle dépasse les trois quarts du capital social. Elle jouit à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation. — Douai, 30 déc. 1891, Comp. des tramw. du dép. du Nord, [S. et P. 92.2.317]

5590. — Mais elle ne pourrait, d'après l'opinion dominante, prononcer la dissolution en dehors des conditions de l'art. 37 et au cas où la perte du capital social serait inférieure aux trois quarts. Ce droit ne saurait être étendu à des hypothèses autres que celle prévue par la loi, si ce n'est en vertu d'une clause formelle des statuts. — Cass., 29 avr. 1897, précité.

5591. — En conséquence, lorsque les statuts d'une société se bornent à reproduire l'art. 37 de la loi de 1867, sans rien ajouter aux pouvoirs dont ce texte investit l'assemblée générale relativement à la dissolution, la majorité des actionnaires ne peut prononcer cette dissolution, quels que soient les embarras pécuniaires de la société, s'il n'est point établi, ni même allégué dans la procédure que les trois quarts du capital aient été perdus. — Même arrêt.

5592. — Il est à remarquer que l'arrêt précité tranche ainsi dans le sens de l'affirmative la question fort délicate de savoir si la dissolution anticipée est à considérer comme un changement substantiel. Or cette question, ainsi que nous l'avons fait observer, est vivement controversée, et une fraction importante de la doctrine estime au contraire que la dissolution anticipée n'affecte point les bases essentielles du pacte et peut être prononcée par l'assemblée générale extraordinaire, même en dehors du cas spécial de l'art. 37 et en l'absence de toute clause expresse des statuts. — V. *suprà*, n. 5365 et s.

5593. — Si l'assemblée générale n'est pas convoquée ou si elle n'a pu se constituer régulièrement, tout intéressé a le droit de s'adresser aux tribunaux et de leur demander la dissolution de la société. Ce droit appartient non seulement aux actionnaires, mais aussi aux créanciers sociaux, et il constitue à leur profit un droit individuel que les statuts ne pourraient ni supprimer, ni même subordonner, à des conditions restrictives. Notamment l'action en dissolution ne pourrait être écartée par une fin de non recevoir tirée d'un article des statuts stipulant que toutes contestations entre associés touchant l'intérêt général et collectif de la société doivent être soumises à l'assemblée générale et peuvent être repoussées par elle sans qu'aucun actionnaire puisse les reprendre dans son intérêt particulier. — Douai, 30 déc. 1891, précité. — Paris, 6 févr. 1894, Soc. du journal *Le XIXe siècle*, [D. 94.2.545, et la note de M. Boistel] — V. Houpin, t. 2, n. 947. — V. *suprà*, n. 5164.

5594. — Mais si l'assemblée générale a été régulièrement convoquée et si elle a refusé de prononcer la dissolution de la société, les intéressés ne peuvent plus agir en justice, *pour la même cause*, en dissolution de la société, et il n'appartient pas aux tribunaux de réformer la décision de l'assemblée générale. Vainement objecterait-on la disposition de l'art. 1871, C. civ., aux termes duquel la dissolution peut toujours être demandée en justice, par un associé quelconque, pour *justes motifs* laissés à l'appréciation du tribunal (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 899 et s.). En effet, le contexte même de l'art. 37 démontre que l'on a entendu, précisément pour le cas de perte des trois quarts du capital, déroger au droit commun, et conférer à l'assemblée générale le droit de prendre à cet égard une décision souveraine qui s'impose aussi bien à la justice qu'aux associés individuellement, pourvu que cette assemblée ait été régulièrement constituée. — Cass., 29 janv. 1894, Comp. des tramw. du Nord, [S. et P. 94.1.169, D. 94.1.313, et la note de M. Lacour] — Douai, 30 déc. 1891, précité. — *Sic*, Boistel, n. 326; Mathieu et Bourguignat, n. 228; Rivière, n. 113; Houpin, t. 2, n. 947; Vavasseur, t. 2, n. 915; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 253. — *Contrà*, Pont, t. 2, n. 1919, et les concl. de M. l'avoc. gén. Desjardins, sous Cass., 29 janv. 1894, précité. — Sur la faculté pour les actionnaires de réclamer judiciairement la dissolution, pour justes motifs autres que la perte des trois quarts du capital, V. *infrà*, n. 5601 et s.

5595. — Que si la demande en dissolution était introduite

avant que l'assemblée ne fût réunie, elle devrait suivre son cours sans pouvoir être arrêtée par une délibération de l'assemblée repoussant la dissolution de la société. Il en est ainsi surtout alors que la délibération dont il s'agit est postérieure de plus d'un an à l'introduction de la demande, et de près d'un an à une décision judiciaire qui, avant faire droit, a ordonné des mesures d'instruction. — Paris, 6 févr. 1894, précité. — *Contrà*, Boistel, note sous Paris, 6 févr. 1894, [D. 94.2.545]

5596. — En tout cas, il est purement facultatif pour les tribunaux comme pour l'assemblée générale, de prononcer la dissolution qui leur est demandée. — Alauzet, t. 2, n. 252; Rivière, n. 253; Vavasseur, t. 2, n. 914.

2° Nombre insuffisant d'associés.

5597. — Aux termes de l'art. 38 : « La dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept ». Il résulte des termes de l'article que la dissolution de la société, en pareil cas, n'a pas lieu de plein droit. Elle n'est pas non plus, comme dans l'hypothèse précédente, prononcée par l'assemblée générale, d'ailleurs réduite à sa plus simple expression par suite du petit nombre de porteurs de titres; elle doit être demandée en justice par l'un quelconque des intéressés (associé ou créancier) et le tribunal est libre de ne pas la prononcer. — Houpin, t. 2, n. 948.

5598. — Au surplus, depuis la loi du 1er août 1893, la dissolution ne pourrait plus être demandée, alors même que le nombre des associés aurait été inférieur à sept pendant plus d'un an, si ce nombre avait été complété avant l'introduction de la demande.

5599. — Il est un cas toutefois où, par la force des choses, la société devra être considérée comme dissoute *ipso facto*, c'est le cas où une seule personne aurait concentré entre ses mains tous les titres de la société sans exception. — Cass., 9 août 1859, Channebot, [S. 60.1.470, P. 62.534, en note sous Cass., 3 déc. 1861]; — 10 avr. 1867, De Kerveguen, [S. 67.1.277, P. 67.728, D. 67.1.397]; — 7 févr. 1881, Mary, [S. 81.1.276, P. 81.1.652, D. 81.1.267] — Trib. comm. Seine, 18 nov. 1890, [*Rev. des soc.*, 91.109] — Une société suppose au moins deux associés : l'acquéreur de tous les titres n'aura qu'à justifier de sa prise de possession régulière pour établir le fait de la dissolution. Il n'est même pas nécessaire de faire intervenir ici le tribunal. On admet, dans le silence des textes, que l'actionnaire unique pourrait se borner à faire dresser un acte notarié constatant : 1° le fait de sa possession exclusive, attesté par la production des titres et la justification des circonstances de leur acquisition; 2° la dissolution, conséquence nécessaire de cette possession exclusive (Houpin, t. 2, n. 949; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 896). Le tribunal pourrait d'ailleurs intervenir, le cas échéant, pour contrôler la sincérité de cette déclaration.

5600. — Il convient de remarquer que l'actionnaire unique qui, après avoir reçu les comptes du liquidateur, a détruit les actions et s'est mis en possession de tout l'actif social, est responsable du passif envers les créanciers non intégralement désintéressés. — Bruxelles, 16 mars 1889, [*J. des soc.*, 90.461] — Il prend, en effet, au point de vue passif, les lieu et place de la société disparue.

3° Dissolution judiciaire pour justes motifs.

5601. — On a parfois contesté l'applicabilité de l'art. 1871 en matière de sociétés anonymes. « Qui ne voit, écrit l'auteur anonyme de la note sous Cass., 29 janv. 1894, [S. et P. 94.1.169], que l'art. 1871, C. civ., a été écrit pour ces petites sociétés où les individus, les personnes, prennent une importance particulière, dans lesquelles on se réunit à cause de l'intelligence de celui-ci, des aptitudes particulières de celui-là, des garanties que l'habileté et la probité de tous peuvent offrir? Dans ces conditions étroites et singulièrement restreintes, on conçoit que le législateur ait pu considérer comme des causes de dissolution anticipée le manquement par un associé à ses engagements, l'infirmité habituelle qui le rend inhabile aux affaires de la société, ou *autres cas semblables*, et qu'il ait confié aux tribunaux le soin d'en apprécier la légitimité et la gravité. Mais, dans les sociétés anonymes, telles qu'on les pratique de nos jours, les individus disparaissent pour ne plus laisser apparaître que l'association des capitaux; les individus disparaissent si bien, qu'au moment de la formation d'une société anonyme, on ne sait même pas à qui en seront confiées la gérance et l'administration; ce seront là questions remises à la décision souveraine des actionnaires délibérant dans les formes prévues et prescrites par la loi. Où trouver alors place pour l'application des dispositions contenues dans l'art. 1871? » — V. aussi Toulouse, 18 janv. 1887, Durban, [S. 90.1.54, P. 90.1.1257, en sous-note sous Cass., 27 nov. 1888, D. 87.2.131]

5602. — Mais ce point de vue n'a pas prévalu, et la presque unanimité de la jurisprudence et de la doctrine reconnaît aux actionnaires le droit de demander en justice la dissolution pour un juste motif sur le fondement de l'art. 1871, sous la seule réserve indiquée *suprà*, n. 5594, à propos de l'art. 37. C'est qu'en effet, l'assemblée générale ne saurait être omnipotente. Les actionnaires ont individuellement envisagé des droits propres auxquels la collectivité ne saurait porter atteinte, droits reconnus d'ailleurs expressément par l'art. 17 de la loi de 1867, et parmi ces droits, l'un des plus importants, des plus essentiels, est précisément celui de s'adresser à la justice pour mettre fin aux conflits, aux dissensions intestines qui parfois paralysent absolument la marche de la société, et rendent presque impossible la tenue d'une assemblée régulière. — *Sic*, Thaller, *La dissolution de la société anonyme pour justes motifs; assemblée générale et justice* (*Annales de dr. commerc.*, 94.2.177). — V. aussi Alauzet, t. 2, n. 702; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 332; Houpin, t. 1, n. 762; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 895.

5603. — Jugé, en ce sens, qu'en dehors de la cause de dissolution prévue par l'art. 37, les associés peuvent demander la dissolution pour un juste motif, abandonné à l'appréciation du tribunal conformément à l'art. 1871, C. civ. L'action en dissolution qui leur appartient de ce chef doit être considérée, non comme une action sociale, mais comme une action individuelle. — Cass., 29 avr. 1897, Soc. anon. des mines de Giromagny, [S. et P. 99.1.481 et la note de M. Lyon-Caen, D. 98.1.106]; — 27 avr. 1898, Cassan et Sabatié, [S. et P. 1902.1.492, D. 99.1.449] — Lyon, 16 févr. 1881, Mathieu de Charrin et autres, [S. 90.1.521, P. 90.1.1257, en sous-note sous Cass., 27 nov. 1888, D. 82.2.108]

5604. — D'où il suit que les associés ne peuvent renoncer au droit de demander la dissolution en vertu des dispositions de cet article. C'est donc vainement qu'on opposerait à une demande de dissolution formée pour manquement aux engagements, la clause des statuts qui interdit aux associés de former une action contre la société, sans avoir préalablement pris l'avis de l'assemblée générale. D'une part, en effet, cette clause impliquant un simple avis à formuler par l'assemblée générale, et non la nécessité d'une autorisation préalable, ne s'impose pas au juge lorsqu'elle n'est pas invoquée par la société défenderesse; et d'autre part, elle ne saurait prévaloir contre le droit qui résulte, pour tout associé, de l'art. 1871, dont les dispositions touchent à l'ordre public. — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Cottu et De Montdésir, [S. 89.2.47, P. 89.1.237, D. 90.2.233]

5605. — Il en est ainsi surtout, lorsque la demande en dissolution n'a été formée qu'après une tentative de réunion de l'assemblée générale des actionnaires, convoquée pour prononcer la dissolution de la société, et qui n'a pu être valablement constituée. — Même jugement.

5606. — Vainement encore on opposerait la clause des statuts d'après laquelle la dissolution de la société doit être prononcée par l'assemblée générale des actionnaires, dans les conditions spécifiées par les mêmes statuts, une pareille clause n'impliquant pas nécessairement que le droit de prononcer la dissolution n'appartient qu'à l'assemblée générale, et ne pouvant pas, d'ailleurs, faire échec au droit des associés d'invoquer les dispositions de l'art. 1871. — Même jugement.

5607. — Jugé, dans le même sens, que le sociétaire mutualiste, poursuivi par la compagnie en paiement de sa prime, qui oppose comme moyen de défense la résiliation de ses engagements, provenant de la dissolution de ladite société survenue de plein droit, suivant lui, dans les conditions prévues par les statuts, exerce une action individuelle rentrant exactement dans les termes de sa police, et ne peut, dès lors, être déclaré non recevable, sous prétexte qu'il exercerait ainsi une action sociale intéressant la collectivité. — Cass., 27 nov. 1888, Comp. d'Assurance mutuelles *le Languedoc*, [S. 90.1.521, P. 90.1.1257]

5608. — ... Que tout actionnaire ayant, d'après l'art. 17, L. 24 juill. 1867, le droit de demander en son nom personnel la dissolution de la société, sauf le droit des intéressés, associés

ou créanciers sociaux, de former tierce opposition à la décision qui l'a prononcée, il s'ensuit que le jugement prononçant la dissolution et la liquidation de la société à la requête d'actionnaires (pour mauvais état des affaires de la société), qui n'a été l'objet d'aucun recours et est devenu définitif, est opposable aux créanciers sociaux. — Cass., 27 avr. 1898, précité.

2° Causes de dissolution inapplicables à la société anonyme.

5609. — Si l'art. 1871, C. civ., est applicable aux sociétés anonymes comme aux sociétés de personnes, il n'y a certainement pas lieu d'admettre pour les sociétés anonymes toutes les causes de dissolution indiquées par le Code civil. On ne saurait invoquer, pour en justifier l'admission, le principe généralement proclamé selon lequel, dans le silence de la loi commerciale, le Code civil est applicable. Il y a des causes de dissolution consacrées par les art. 1865 et s., C. civ., qui tiennent à ce que les sociétés civiles, que ces articles ont surtout en vue, sont des sociétés de personnes; ces causes de dissolution sont sans application aux sociétés de capitaux, dont la société anonyme est le type. Il en est ainsi de toutes celles qui consistent dans des faits ou événements se produisant dans la personne d'un associé, comme la mort, la faillite, la déconfiture, l'interdiction. Mais, en dehors des causes de dissolution de cette nature, dont l'exclusion pour les sociétés anonymes est certaine, faut-il en écarter encore d'autres pour ces sociétés? Ainsi, selon l'art. 1865-5°, et les art. 1869 et 1870, C. civ., la société, quand elle est à durée illimitée, se dissout par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. Cette cause de dissolution doit-elle être admise dans les sociétés anonymes? Il ne le semble pas. Cette faculté a un caractère exorbitant, attendu qu'en règle générale, un contrat ne peut être révoqué que du consentement mutuel des contractants (C. civ., art. 1134). Elle se justifie pourtant par cette considération que, sans elle, les sociétés à durée illimitée présenteraient les inconvénients attachés aux communautés d'intérêts, qui durent indéfiniment. Mais cette considération n'a pas de valeur pour les sociétés par actions; les actionnaires qui veulent se soustraire au lien social ont un moyen fort simple de le faire, c'est de céder leurs actions.

5610. — Jugé, en ce sens, que le droit individuel de dissolution conféré par l'art. 1869, C. civ., aux membres des sociétés dont la durée n'est pas limitée, est réputé remplacé dans les sociétés d'actionnaires par la faculté qu'ont ces derniers de liquider leur situation en négociant leurs titres, lorsque les statuts ne mettent pas d'entraves à la liberté de les aliéner. — Cass., 29 avr. 1897, précité. — V. aussi Cass., 6 déc. 1843, Bosc, [S. 44.1.22, P. 44.1.55]; — 1er juin 1859, Granier, [S. 61.1.113, P. 61.305, D. 59.1.244] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 997 *ter*; Lyon-Caen, note précitée; Alauzet, t. 1, n. 489; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 420; Boistel, n. 376. — *Contrà*, Pont, t. 1, n. 741, et t. 2, n. 1913.

§ 2. *Commandite par actions.*

5611. — Au point de vue des causes de dissolution, la commandite par actions tient le milieu entre la commandite par intérêt et la société anonyme. Les événements affectant la personne des commandités et particulièrement du gérant (mort, faillite, etc.), sont, dans la commandite par actions comme dans la commandite simple, des causes de dissolution, sauf clause contraire dans les statuts. Si ces mêmes événements affectent un commanditaire, ils sont indifférents, l'*intuitus personæ* n'existant pas pour les actionnaires. A ce point de vue, la commandite par actions se rapproche de la société anonyme. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1022; Houpin, t. 1, n. 763.

5612. — Le droit pour chaque associé, commandité ou actionnaire, de demander la dissolution judiciaire pour justes motifs, existe dans la commandite par actions comme dans la société anonyme. Il convient même de faire remarquer que, dans la commandite par actions, l'action individuelle de l'actionnaire fondée sur la perte d'une fraction importante du capital ne saurait être paralysée par une fin de non recevoir tirée du droit supérieur de l'assemblée générale, l'art. 37 étant spécial aux sociétés anonymes.

5613. — Ce droit propre de l'actionnaire n'est en rien limité par la disposition de l'art. 11, conférant au conseil de surveillance le droit de convoquer l'assemblée générale, et, conformément à son avis, de provoquer la dissolution judiciaire de la société. Le tribunal pourra donc être saisi d'une action en dissolution, soit par un actionnaire isolément, soit par un groupe d'actionnaires syndiqués conformément à l'art. 17, soit par le conseil de surveillance agissant en conformité de l'avis émis par l'assemblée générale. — V. Houpin, t. 1, n. 763; Pont, n. 1924; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1008. — V. aussi Paris, 17 avr. 1890, [*Rev. des soc.*, 1890, p. 367]

5614. — L'art. 38 de la loi de 1867 n'est pas plus applicable aux commandites par actions que l'art. 37. Il semble donc que la société puisse subsister tant qu'il reste deux associés, un commanditaire et un commandité; c'est dire que la concentration de toutes les actions aux mains d'un seul commanditaire ne mettrait pas nécessairement fin à la société. Rappelons toutefois que, d'après certains auteurs, toute commandite par actions devrait avoir au moins quatre associés : un commandité et trois commanditaires pour composer le conseil de surveillance, conformément aux indications de l'art. 5 de la loi de 1867 (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 978). — La réduction du nombre des associés au-dessous de quatre, ou des actionnaires au-dessous de trois (en supposant plusieurs commandités) devrait par suite être considérée comme une cause légitime de dissolution. — Mêmes auteurs, t. 2, n. 1025. — V. *suprà*, n. 3011 et s.

§ 3. *Publicité légale.*

5615. — Aux termes de l'art. 61 de la loi de 1867, sont soumis à publicité « tous actes et délibérations ayant pour objet la dissolution avant le terme ». Cette disposition ne permet pas le doute; il n'en résulte pas, sans doute, que les associés puissent, en s'abstenant de constater la dissolution par un acte écrit, échapper à la nécessité de la publication, mais il en résulte que, si un acte n'a pu être rédigé, la publication n'est pas exigée. L'argument tiré des termes employés par la loi se fortifie encore, si on remarque qu'à côté de la dissolution anticipée, l'art. 61 mentionne un certain nombre d'événements qui tous peuvent être constatés par un acte, et dont, en conséquence, il est permis d'exiger la publication sans injustice.

5616. — La doctrine et la jurisprudence, sans être entièrement d'accord sur toutes les questions de détail, ont, en général, consacré les distinctions que nous venons de proposer. — V., outre les arrêts cités plus loin? Bédarride, t. 2, n. 483 et s.; Pardessus, t. 2, n. 1088; Delangle, t. 2, n. 580; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 433 et s.; Rivière, n. 387; Vavasseur, 4e éd., t. 2, n. 1038; Pont, n. 1194 et 1199; Boistel, 3e éd., n. 378; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 356. — V. cep. Troplong, *Tr. des soc. civ. et comm.*, n. 903; Alauzet, 3e éd., t. 2, n. 481 et s.

5616 *bis*. — Ainsi, on décide que la dissolution opérée par la mort d'un associé est opposable aux tiers sans publicité. — V. Cass., 10 juill. 1844, Martin, [S. 44.1.763, P. 44.2.113]; — 15 déc. 1880, Legendre, [S. 82.1.5, P. 82.1.5, et la note de M. Labbé] — *Adde*, en ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 356; Boistel, n. 378. — L'arrêt du 15 déc. 1880 dit expressément que « la publication, n'est exigée que dans les cas où la dissolution procède du fait volontaire des associés ».

5617. — De même, on admet généralement que la dissolution par la perte du fonds social n'a pas besoin, pour être opposable aux tiers, d'être publiée (Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 356; Pont, t. 2, n. 1198. — *Contrà*, Pardessus, t. 3, p. 251, *in fine*, n. 1088), et qu'il faut en dire autant de la dissolution par la faillite ou l'interdiction d'un associé. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 355.

5618. — Il semblerait même résulter de la formule adoptée par la Cour de cassation en 1880 que la dissolution prononcée par un jugement est dispensée de publicité parce qu'elle ne constitue pas, un fait volontaire des parties. — Bordeaux, 3 mars 1856, Courau, [S. 57.2.126, P. 57.777] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1200; Houpin, t. 1, n. 616. — Mais l'opinion contraire paraît préférable; le jugement est un acte au sens large du mot, et la publication en est nécessaire, *parce qu'elle est possible*. — V. Boistel, n. 378, *in fine*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 356; Wahl, note sous Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289]

5619. — Jugé cependant que peut être déclarée irrégulière et nulle à l'égard des tiers la publication de la dissolution anticipée d'une société commerciale, effectuée par le dépôt aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix d'un acte qui mentionne seulement que la société sera dissoute à partir du moment où les derniers travaux auront été parachevés, alors que l'acte postérieur et complémentaire qui fixe la date exacte de la

dissolution de la société n'est pas déposé auxdits greffes. — Cass., 19 avr. 1893, Filliol, [S. et P. 94.1.289, et la note de M. Alb. Wahl, D. 93.1.417] — Cet arrêt, ainsi que le fait observer M. Wahl, est difficilement conciliable avec la jurisprudence exposée plus haut. Dans l'espèce, la dissolution devait s'opérer et s'était effectivement opérée par la fin des travaux entrepris par la société. Or, d'une part, la fin des travaux commencés n'est pas un fait volontaire des associés; elle n'est pas plus volontaire que la perte du fonds social ou la faillite d'un associé; elle est subordonnée à un certain nombre de circonstances accidentelles et auxquelles les associés sont étrangers. D'autre part, la fin des travaux est un simple fait qui n'est pas habituellement constaté par une convention ou par un acte. Il est vrai que dans l'espèce un acte avait constaté la fin des travaux; mais la loi ne s'est pas inquiétée de ce qui se passe en fait; elle n'a exigé la publicité que de la dissolution résultant d'une convention ou d'un acte qui soit de nature à être constaté par écrit. Ne pourrait-on pas dire aussi bien que, si la faillite ou la perte du fonds social est constatée par écrit, la publication de la dissolution qui en a été la suite deviendra nécessaire?

5620. — En tout cas (et à supposer que la cause de dissolution dont il s'agit doive être publiée), il importe peu qu'un extrait de l'acte déposé aux greffes soit publié dans un journal, et fixe une date précise pour la dissolution de la société, alors du moins que cette date est inexacte (le 20 sept. au lieu du 27 sept.), et qu'en outre, ledit extrait est lui-même irrégulier, en ce qu'il omet d'indiquer la date du dépôt aux greffes de l'acte de dissolution. — Même arrêt.

5621. — Les juges du fait, qui, en retenant toutes ces incorrections, déclarent une telle publication irrégulière au point d'être nulle au regard de tous tiers intéressés, font une appréciation des faits et de leurs conséquences qui échappe à la révision. — Même arrêt.

5622. — Jugé d'autre part que, lorsqu'une société anonyme a été dissoute avant terme, sans que la dissolution ait été portée à la connaissance des tiers, par l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 55, 56 et 61, L. 24 juill. 1867, la dissolution est sans effet à l'encontre des créanciers sociaux, au regard desquels la société doit être considérée comme ayant continué d'exister, et qui peuvent, dès lors, la faire déclarer en faillite. — Rouen, 25 juin 1887, Perignon, [S. 90.2.53]

5623. — Il importe peu que s'agissant d'une compagnie de chemins de fer qui s'est dissoute à la suite de la cession de ses lignes à une autre compagnie, avis de la cession ait été mentionné dans les journaux de la région, s'il n'est pas établi que les tiers aient eu une connaissance suffisante de ces faits. — Même arrêt.

5624. — Jugé même que les juges n'ont pas à rechercher si le tiers qui se prévaut de la nullité de la publication a eu, en fait, connaissance de la dissolution de la société; la loi, en prescrivant des formalités de publicité, a voulu écarter les contestations qui auraient pu s'élever sur la bonne ou la mauvaise foi des tiers, et, dans ce dessein, elle a créé, selon qu'il y a eu observation ou inobservation des formalités, une présomption de connaissance ou d'ignorance des actes, dont la nature exclut toute preuve contraire. — Cass., 26 mai 1886 (motifs), Cazant et Debotas, [S. 88.1.215, P. 88.1.518] — 19 avr. 1893, précité. — Delangle, t. 2, n. 579; Alauzet, t. 2, n. 837; Pont, t. 2, n. 1207; Boistel, n. 359; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 440; Houpin, t. 1, n. 618, *in fine*; Ruben de Couder, v° *Société*, n. 420. — *Contra*, Dijon, 22 juill. 1855, sous Cass., 29 janv. 1858, Series, [S. 58.1.612, P. 58.1.499] — Paris, 1er juin 1854, De Codaslion, [S. 54.2.535, P. 55.2.223, D. 56.2.230] — Malepeyre et Jourdain, p. 306; Troplong, t. 2, n. 909. — Sur le principe général, d'après lequel les tiers peuvent se prévaloir de la nullité résultant du défaut de publication dans les termes des art. 56 et s. de la loi de 1867, lors même qu'ils auraient eu connaissance de l'acte ou du fait soumis à publication, V. *suprà*, n. 389.

5625. — Par suite, la prescription de cinq ans, qui, aux termes de l'art. 64, C. comm., court au profit de l'associé non liquidateur du jour de la dissolution de la société, si l'acte de dissolution a été affiché et enregistré », ne peut prendre son point de départ dans la publication jugée irrégulière, et ce, malgré la connaissance que les tiers ont acquise de la dissolution. — Cass., 19 avr. 1893, précité. — Sur la prescription quinquennale de l'art. 64, V. *suprà*, n. 5... et s.

Section II.

Liquidation.

5626. — Les principes généraux de la liquidation, applicables aux sociétés par actions comme aux sociétés par intérêts, ont été exposés *suprà*, n. 564 et s., avec les développements qu'ils comportent. Il nous suffira donc de signaler ou de rappeler ici, brièvement, certaines particularités de la liquidation des sociétés par actions, en commandite ou anonymes. Et tout d'abord, pour ces sociétés comme pour les autres (V. *suprà*, n. 605 et s.), il est constant qu'une société dissoute n'en subsiste pas moins pour les besoins de la liquidation. — V. not., Cass., 3 janv. 1900, [S. et P. 1900.1.391] — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, 3e éd., t. 2, n. 366; Ruben de Couder, *Suppl.* au *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, t. 2, v° *Société (en général)*, n. 204; Houpin, *Tr. des soc.*, 3e éd., t. 1, n. 151, Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1872, n. 21. — Jugé que la société anonyme annulée pour infractions à la loi du 24 juill. 1867 n'en subsiste pas moins pour les besoins de la liquidation. — Cass., 18 févr. 1903, Comp. paris. des transports, [S. et P. 1901.1.191] — Paris, 8 févr. 1904, *Gaz. des Trib.*, 11 mai]

5627. — Il est un autre principe, qui domine toute la matière, c'est que, lorsque la liquidation d'une société se poursuit en vertu d'une décision de justice, et non point par la convention des associés, le liquidateur ne doit pas être considéré comme tenant ses pouvoirs du pacte social, mais bien d'une mission judiciaire dont il appartient aux juges du fond de préciser les limites. — Cass., 23 déc. 1889 (1er arrêt), Labat et Rodiès, [S. 91.1.321, P. 91.1.775, D. 90.1.169]; — 19 févr. 1890, Guillon, [*Ibid.*] — V. Paris, 31 déc. 1884, Liquid. du Crédit marit. de France, en sous-note sous Cass., 20 oct. 1886, Syndic du compt. fin. et ind., [S. 87.1.49, P. 87.1.113, D. 87.1.117] — Rouen, 27 juill. 1892, sous Cass., 13 mai 1896, Chevreux, [D. 96.1.382]

5628. — Spécialement, le juge peut, sans méconnaître ni l'autorité des statuts, ni les règles du mandat, décider que l'exécution d'un traité conclu entre un tiers et une société anonyme par actions avant la dissolution de celle-ci constitue un mode de liquidation rentrant dans les limites des pouvoirs du liquidateur de cette société, et qu'en conséquence ce mode de liquidation doit être maintenu, encore bien que le traité n'ait pas été soumis à la ratification d'une assemblée générale des actionnaires, comme l'eussent voulu les statuts dans le cas d'une liquidation amiable. — Cass., 23 déc. 1889, précité; — 19 févr. 1895, précité.

5628 *bis*. — Le mandataire de justice, commis pour la gérer, avec les pouvoirs les plus larges pour en réaliser l'actif, en éteindre le passif et régler les droits des tiers et des intéressés, par conséquent, pour défendre aux actions qui seraient exercées par des créanciers, à qui ladite nullité ne pourrait être opposée, a qualité pour consentir, sans excéder la mesure de ses pouvoirs, une transaction ayant le caractère d'un acte de liquidation. — Cass., 18 févr. 1903, précité. — Spécialement, l'arrêt qui déclare abusive la concurrence faite à une compagnie rivale par la société en liquidation, ne dût-il pas avoir l'autorité de la chose jugée à l'encontre des futurs acquéreurs du fonds de commerce, formant un préjugé très-nuisible aux efforts tendant à sa vente, les juges du fond ont pu déclarer valable, comme faite dans la limite de ses pouvoirs, et obligatoire indépendamment de la ratification des actionnaires, en ce qu'elle a le caractère d'un acte de liquidation, la transaction passée par le liquidateur judiciaire, dont l'objet et le résultat ont été de substituer aux dispositions de l'arrêt un *modus vivendi* moins rigoureux pour la continuation parallèle des deux exploitations. — Même arrêt. — En tout cas, la nullité résultant de ce que la transaction aurait dépassé la compétence du liquidateur serait couverte, conformément à l'art. 1998, C. civ., par l'exécution que les actionnaires de la société annulée ont eux-mêmes donnée en pleine connaissance de cause, ainsi que le déclarent les juges du fond, à la transaction dont il s'agit. — Même arrêt. — En pareil cas, il n'y a pas lieu de s'arrêter au moyen pris de la violation de l'art. 1338, C. civ., lequel n'est pas applicable à la ratification de ce qui a été fait par un mandataire au delà de son pouvoir. — Même arrêt.

5629. — D'autre part, le liquidateur nommé à une société annulée et dissoute par un jugement publié et non attaqué, étant par suite investi de tous les pouvoirs nécessaires pour liquider la communauté d'intérêts remplaçant, au regard des actionnaires entre eux, l'ancienne société, peut poursuivre contre eux la libé-

ration des actions qu'ils ont souscrites. — Paris, 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889, précité.

5630. — Et les actionnaires ne peuvent opposer à son action, soit la nullité de la société, laquelle est inopposable aux tiers. — Trib. comm. Seine, 22 mars 1886, sous Cass., 23 déc. 1889, précité.

5631. — ... Soit une demande de sursis jusqu'à l'issue d'une action en responsabilité à intenter contre les fondateurs et administrateurs de la société anonyme. — Même jugement.

5632. — ... Soit la nullité, comme entachées de dol et de fraude, des conventions qui les ont rendus titulaires de leurs actions. — Paris, 28 avr. 1887, sous Cass., 23 déc. 1889, précité.

5633. — ... Soit, enfin, le défaut de justification du passif à acquitter, alors que l'appel de fonds est réellement nécessité par les besoins de la liquidation. — Paris, 28 avr. 1887, précité. — V. sur le principe que le liquidateur peut exiger des actionnaires les versements complémentaires non encore effectués sur les titres, sans qu'on puisse exiger de lui un compte préalable de l'emploi des fonds à provenir de ces versements. — V. *suprà*, n. 2240 et s.

5634. — Jugé de même que le liquidateur d'une société peut réclamer aux actionnaires, sur le montant non versé de leurs actions, les fonds nécessaires pour éteindre le passif, sans que ceux-ci puissent alléguer que le liquidateur doit agir contre les fondateurs, lesquels sont responsables du passif de la société irrégulièrement constituée, mais seulement à l'égard des créanciers sociaux, non de la société, le liquidateur exerçant les droits de la société, non ceux des créanciers sociaux. — Cass., 9 nov. 1892, Bineau et autres, [S. et P. 93.1.361, D. 93.1.75] — V. en ce sens, Cass., 2 avr. 1890, Cornuty et autres, [S. et P. 92.1.483] — Paris, 28 avr. 1887, précité.

5635. — D'autre part, le porteur d'actions d'une société, qui en est devenu propriétaire à la suite de la remise à lui faite par la société desdites actions et du paiement du prix par lui effectué dans les mains de la société, devant être considéré comme ayant définitivement réglé l'opération et n'ayant dès lors aucune action en répétition, quelque irrégulière qu'ait été l'opération comme faite sous le ministère d'un agent de change, ce porteur ne peut opposer la prétendue irrégularité de la négociation au liquidateur de la société qui l'actionne en libération de ses actions; l'action du liquidateur est une action sociale qui a son origine dans un mandat de justice, et n'a aucune relation avec les négociations antérieures, passées entre parties, et depuis longtemps liquidées. — Cass., 5 mars 1890, Cazeaux, [S. et P. 93.1.503, D. 90.1.431]

5636. — Lorsqu'une société par actions est mise en liquidation, les actionnaires qui se sont réparti l'actif social avant le paiement intégral du passif sont tenus de rapporter à la caisse sociale ce qu'ils en ont prématurément retiré, ou de subir chacun pour le tout, jusqu'à concurrence de la somme qu'ils ont indûment reprise, l'action des créanciers. — Cass., 2 déc. 1891, Soc. de la Vieille-Montagne, [S. et P. 93.1.473, et la note de M. Appert]

5637. — Ainsi, lorsqu'une compagnie de chemins de fer a cédé sa ligne à une autre compagnie, et s'est de la sorte confondue avec elle, et que la compagnie cédante a attribué une certaine partie du prix de cession à ses actionnaires en remboursement de leurs actions, ces actionnaires doivent rapporter à la caisse sociale de la société cédante, déclarée en faillite, ce qu'ils ont prématurément retiré au préjudice des créanciers sociaux, ou subir, chacun pour le tout, l'action de ces derniers, jusqu'à concurrence de la somme qu'ils ont indûment reprise. — Même arrêt. — Pour plus de développements sur les effets juridiques de la *fusion de sociétés*, notamment à l'égard des créanciers, V. *suprà*, n. 5402 et s.

5638. — De la fusion de deux ou plusieurs sociétés, il convient de rapprocher la substitution d'une société nouvelle à la société dissoute, intervenant comme incident de liquidation. Remarquons à ce sujet que la convention par laquelle une société, se substituant à une autre société en liquidation dont elle déclare prendre la situation active et passive, s'oblige à faire face à tous les engagements de celle-ci, contient, alors même que la société en liquidation a stipulé également et principalement pour son intérêt, une stipulation licite pour autrui, autorisant les créanciers de l'ancienne société à agir directement et personnellement contre la nouvelle. — Cass., 17 févr. 1879, Vitali, [S. 80.1.449, P. 80.1134]

5639. — Cette stipulation donne spécialement aux commanditaires de la société en liquidation le droit de revendiquer contre la nouvelle société, des titres que la première est tenue de leur restituer. — Même arrêt.

5640. — Et, en pareil cas, la nouvelle société est engagée solidairement avec l'ancienne à cette restitution [illegible], alors qu'il est établi que, au moment du contrat, elle [illegible] connaissance de l'objet et des [illegible] de la revendication. — Même arrêt.

5641. — Cette solidarité résulte d'ailleurs [illegible] de la stipulation pour autrui, de cela seul que [illegible] ciété s'est manifestée [illegible] le liquidateur de l'ancienne société [illegible] social et de bureaux, par la similitude apparente [illegible], par une immixtion et une collaboration [illegible] liquidateur les dehors d'un associé en nom collectif, et, [illegible] ment, de ce que la nouvelle société s'est emparée [illegible] diqué par les commanditaires de l'ancienne, dont il constitue la propriété, et s'est refusée comme le liquidateur [illegible] le restituer. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 5383 et s.

TITRE IV.

DE CERTAINS TYPES EXCEPTIONNELS DE SOCIÉTÉS

5642. — Les types exceptionnels de société sont fort nombreux. On peut faire rentrer sous cette dénomination [illegible] 1° les sociétés régies par des lois antérieures au [illegible] actuellement en vigueur; 2° les sociétés à forme commerciale et à objet civil; 3° les sociétés d'assurances mutuelles ou à primes fixes, et de capitalisation; 4° les associations en participation; 5° les sociétés à capital variable, ou sociétés coopératives, avec leurs multiples variantes (coopératives de consommation, de production, de crédit, sociétés fromagères, etc.); 6° les sociétés d'habitations à bon marché; 7° les sociétés de crédit agricole ou populaire; 8° les sociétés de crédit foncier; 9° les sociétés de secours mutuels; 10° les sociétés ou caisses de secours, de retraite et de prévoyance constituées au profit des ouvriers ou employés; 11° les sociétés étrangères; 12° les sociétés ou compagnies de colonisation. Nous n'étudierons sous le présent titre que les deux premiers types de sociétés. Les sociétés étrangères sont étudiées, *infrà*, n. 6499 et s. Tous les autres types font l'objet de mots distincts. — V. notamment *suprà*, v° *Assurances mutuelles*, *Crédit agricole*, *Crédit foncier*, *Habitations à bon marché*, *Secours mutuels* [illegible], et *infrà*, v° *Sociétés coopératives ou à capital variable*, *Sociétés d'assurances*, *Sociétés de capitalisation*, *Société en participation*, etc.

CHAPITRE I.

SOCIÉTÉS RÉGIES PAR LES LOIS ANCIENNES. — DISPOSITIONS TRANSITOIRES. — TRANSFORMATION DE SOCIÉTÉS ANCIENNES EN SOCIÉTÉS D'UN TYPE NOUVEAU.

5643. — Les sociétés dont il sera presque exclusivement question sont les sociétés par actions, dont la législation a été remaniée depuis le Code de commerce (L. 17 juill. 1856 sur la commandite par actions; du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, du 24 juill. 1867, du 1er août 1893 sur les sociétés par actions, etc.).

Section I.

Sociétés constituées antérieurement à la loi du 24 juill. 1867.

§ 1. *Sociétés anonymes constituées sous le régime du Code de commerce (autorisation préalable).*

1° [illegible] 1867.

5644. — Aux termes de l'art. 46, § 1er, « les sociétés anonymes actuellement existantes continueront à être soumises, pendant toute leur durée, aux dispositions qui les régissent ». L'art. 46 ne fait ici qu'appliquer, aux sociétés anonymes anciennes, le

principe de la non-rétroactivité des lois. — Sur le sens et la portée de ce principe, V. *suprà*, v° *Lois et décrets*, n. 475 et s. — V. aussi Mailher de Chassat, *Traité de la rétroactivité des lois;* Demolombe, *Code civ.*, t. 1, n. 66; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ.*, t. 1, § 30; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité de dr. civ.*, *Des personnes*, n. 141; Beudant, *Cours de dr. civ.*, t. 1, p. 140; Fuzier-Herman, *C. civ. ann.*, sur l'art. 2.

5645. — A ce principe, l'art. 45 apporte toutefois une dérogation, basée sur un motif d'ordre public, en ce qu'il déclare applicables aux sociétés anciennes les dispositions pénales des art. 13, 16 de la loi de 1867 (émissions irrégulières, majorités factices, fraudes destinées à provoquer des souscriptions, distributions de dividendes fictifs, etc.), ainsi que les prescriptions de l'art. 10 sur l'action civile en répétition des dividendes fictifs distribués en l'absence de tout inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. — V. *suprà*, n. 4530 et s.

5646. — Il existe donc encore aujourd'hui un certain nombre de sociétés anonymes fonctionnant sous le régime, institué par le Code de commerce, de l'autorisation administrative préalable. D'où la nécessité pour nous de résumer ici très-brièvement les principes qui, d'après la jurisprudence commerciale ou administrative, président aux rapports de ces sociétés avec l'administration, et à leur fonctionnement intérieur.

5647. — La première loi des sociétés anonymes de ce type consiste dans l'observation des statuts approuvés par l'ordonnance royale (ou le décret) qui a autorisé la société. Il n'est surtout pas permis aux sociétés de violer les stipulations de leurs statuts qui ont pour objet l'intérêt public et l'intérêt des tiers. — Cass., 16 juill. 1838, Caisse hypothécaire, [S. 38.1.589, P. 38.2.178]

5648. — Par identité de motifs, les décrets et arrêtés destinés à compléter et réglementer la constitution d'une société doivent être considérés comme s'incorporant au pacte social et comme faisant loi pour les parties qui en ont accepté les clauses. — Paris, 21 avr. 1896, Coquelin, aîné, [S. et P. 97.2.9, D. 97.2.177] — V. pour le décret tendant à modifier le pacte primitif. Cons. d'Et., 25 juin 1817, Collignon, [S. chr., P. adm. chr.]

5649. — En conséquence, les associés ont le droit d'invoquer, les uns à l'égard des autres, les dispositions de ces décrets et règlements, pourvu qu'ils y aient intérêt. — Paris, 21 avr. 1896, précité.

5650. — Ainsi, par exemple, la caisse hypothécaire ne peut être reçue à exiger, en dehors des garanties immobilières autorisées par ses statuts, des nantissements mobiliers ou autres conditions onéreuses. De pareilles conditions imposées en fraude de la loi sont sujettes à réduction. — Paris, 6 févr. 1833, Tranquerel, [S. 33.2.136, P. chr.]

5651. — L'ordonnance royale, approbatrice des statuts d'une société anonyme, en réservant au Gouvernement le droit de révoquer l'autorisation, en cas de non-exécution ou de violation des statuts, ne porte d'ailleurs aucune atteinte au droit qui appartient aux tiers de poursuivre devant les tribunaux la réparation du préjudice qui pourrait leur être causé par la violation des statuts. — Même arrêt.

5652. — Toutefois, les statuts d'une société anonyme, quoique publiés et insérés au *Bulletin des lois* avec le décret d'autorisation, ne peuvent être considérés comme des lois dont l'interprétation puisse tomber sous la censure de la Cour de cassation : ces statuts ne sont que des conventions privées souverainement interprétées par les juges du fond. — Cass., 7 avr. 1862, Chem. de fer de Lyon, [S. 62.1.984, P. 63.176, D. 63.1.167] — Malepeyre et Jourdain, *Soc. comm.*, p. 189 et 190; Ruben de Couder, *Dict. dr. comm.*, v° *Soc. anon.*, n. 171; Troplong, *Soc.*, n. 474; Delangle, *id.*, n. 489.

5653. — Et, comme il s'agit d'interpréter les statuts eux-mêmes, contrat privé, et non le décret d'autorisation, les juges du fond compétents sont non point l'autorité administrative, mais les tribunaux judiciaires. — Cass., 13 déc. 1852, La Ligérienne-Tourangelle, [S. 53.1.97, P. 53.1.259, D. 52.1.332] — *Sic*, Chauveau, *Compét. et jurid. administrative*, t. 1, n. 692; Troplong, *Soc.*, t. 1, n. 474.

5654. — ... Ou, en tant qu'il s'agit de litiges entre associés, la juridiction arbitrale. — Caen, 7 août 1844, Bedouin, [S. 45.2.292, P. 45.1.637, D. 45.2.33] (juridiction remplacée, depuis la loi du 17 juill. 1856, supprimant l'arbitrage forcé, par le tribunal de commerce).

5655. — On ne peut, d'autre part, être admis à attaquer devant la Cour de cassation l'interprétation donnée par les juges du fond aux statuts d'une société anonyme, lorsque ces statuts ne sont pas produits devant elle. — Cass., 16 mai 1859, Conserv. des hypot. d'Alençon, [S. 60.1.889, P. 60.637, D. 60.1.338]

5656. — Ainsi, lorsque le juge du fond a décidé, par interprétation des statuts d'une société anonyme, que le directeur de cette société avait le pouvoir de recevoir les sommes appartenant à la société et de donner la mainlevée des hypothèques inscrites qui en garantissaient le paiement, on ne peut être admis à prétendre devant la Cour de cassation que ces statuts, qui ne lui sont pas produits, ne confèrent pas à ce directeur le pouvoir de consentir la radiation des inscriptions prises dans l'intérêt de la société. — Même arrêt.

5657. — Lorsque plusieurs sociétés anonymes autorisées se proposaient de fusionner, le traité de fusion ne pouvait recevoir son exécution qu'en vertu d'un nouveau décret du chef de l'Etat. Mais à qui incombait le passif des sociétés fusionnées? Il a été décidé, à cet égard, que si, en principe, la société anonyme représentant diverses sociétés fusionnées, est un être moral distinct de ces sociétés, et n'est pas par suite tenue des engagements antérieurs au décret qui autorise son existence, ce principe reçoit exception alors qu'il s'agit d'engagements pris par les sociétés ultérieurement fusionnées, relativement à des travaux ou démarches qui avaient pour objet et qui ont eu pour résultat la création même de la société anonyme. — Cass., 18 juill. 1865, Comp. gén. de navigation, [S. 65.1.370, P. 65.963, D. 66.1.88] — V. en ce sens, Delangle, t. 2, n. 484 et s.

5658. — En pareil cas, ces engagements doivent être considérés, au moins en ce qui concerne les sociétaires, qui en profitent et qui leur doivent la constitution de la société, comme une charge naturelle du capital social. — Même arrêt.

5659. — Quand une société anonyme s'est mise en liquidation et qu'elle a cessé, par suite, de faire les opérations prévues par ses statuts, il n'y a plus lieu, pour le ministre, de maintenir auprès d'elle un commissaire du Gouvernement conformément à l'ordonnance ou au décret d'autorisation, et de mettre à la charge de la société le traitement de ce commissaire. — Cons. d'Et., 2 juin 1864, Caisse hypothécaire, [S. 65.2.23, P. adm. chr., D. 64.3.84]

5660. — En dehors du contrôle officiel, les administrateurs des sociétés anonymes sont toujours soumis, par les statuts, à un contrôle plus ou moins sévère des actionnaires eux-mêmes. En principe, les droits de ces commissaires de surveillance doivent être interprétés assez largement. Ainsi le droit conféré aux commissaires par les statuts, de vérifier les livres de l'administration emporte celui de vérifier le livre de caisse et, par suite, celui de vérifier la caisse elle-même. — Bordeaux, 7 juin 1842, Bridon, [S. 43.2.79, P. 43.2.611]

5661. — Le Gouvernement saisi d'une demande d'autorisation jouissait d'une entière liberté pour accueillir ou refuser l'autorisation sollicitée, et pouvait en subordonner l'octroi à certaines conditions, telles que la suppression ou la modification de certains articles des statuts proposés à son agrément. Il pouvait même, les circonstances s'étant modifiées, accepter par la suite des clauses d'abord rejetées par lui. Jugé, en ce sens, que de ce que le Gouvernement a refusé d'autoriser les statuts par lesquels une société anonyme qui succède à une société en commandite déclare se charger à forfait de l'actif et du passif de cette société, il ne s'ensuit pas qu'après l'approbation des statuts desquels a été retranchée la clause relative à ce traité, ce même traité ne puisse valablement avoir lieu, si les circonstances dans lesquelles il est fait sont autres que celles dans lesquelles la clause y relative avait été insérée. — Cass., 9 mars 1841, Mines du Creusot, [S. 41.1.554, P. 44.1.484]

5662. — Dans ce cas, le traité intervient valablement entre les membres de la société en commandite qui sont devenus membres de la société anonyme et les autres membres de cette dernière société, bien que les premiers soient en majorité (Sol. implic.). — Même arrêt.

5663. — Ces quelques notions générales sur le fonctionnement des sociétés anonymes demeurées soumises au régime de l'autorisation étant dégagées, examinons les conséquences pratiques du principe de non-rétroactivité posé dans l'art. 46, § 1. De ce que les sociétés anonymes constituées antérieurement à la loi de 1867 restent soumises aux dispositions qui les régissent, il résulte qu'une société de ce genre, établie sous l'empire du Code de commerce sans l'autorisation du Gouvernement, n'a pas d'existence légale (C. comm., art. 37). Dès lors, les administra-

teurs doivent être réputés, à l'égard des tiers, membres d'une société en nom collectif, et sont tenus solidairement de tous les engagements sociaux, alors surtout que, du commencement à la fin de son existence, la société n'a été, dans son organisation et dans sa gestion, qu'une œuvre indivisible de dol et de fraude — Cass., 25 févr. 1879, Vautier et autres, [S. 81.1.461, P. 81.1.1187, D. 80.1.20]

5664. — Et ces administrateurs sont solidairement responsables des dettes sociales, quelle que soit la période de temps pendant laquelle ils sont restés investis de leurs fonctions, lorsqu'ils ont tous participé ensemble ou successivement à la faute commune, par une coopération indivisible, et sans qu'il soit possible d'assigner à aucun d'eux une responsabilité particulière et limitée (V. *suprà*, n. 4373). — Même arrêt. — Sur les responsabilités encourues, sous l'empire de la loi de 1867, par les fondateurs et premiers administrateurs à raison de la nullité de la société (art. 42), V. *suprà*, n. 3914 et s.

5665. — Il est à remarquer d'ailleurs, à ce sujet, que l'obtention de l'autorisation du Gouvernement, nécessaire pour la constitution des sociétés anonymes sous l'empire de l'art. 37, C. comm., n'était soumise à aucun délai. Il suffisait que cette condition fût remplie avant toute demande en nullité de la société pour défaut d'autorisation. — Douai, 12 févr. 1848, Divuy, [S. 49.2.670, P. 49.1.46, D. 50.2.8] — Pour le régime nouveau des nullités introduit par la loi du 1er août 1893 (art. 8, § 3), V. *suprà*, n. 3792 et s.

5666. — Jugé aussi, par application du principe de non-rétroactivité, que, pour les sociétés anonymes antérieures à la loi de 1867, les statuts, dûment approuvés et publiés conformément aux lois de l'époque, ont pu autoriser les titulaires d'actions non libérées à se décharger de l'obligation de répondre aux appels ultérieurs de fonds en cédant leurs titres, et déterminer les conditions moyennant lesquelles le transfert desdites actions, opérant novation par changement de débiteur, délivrerait le cédant de ses engagements envers la société. — Cass., 19 févr. 1878, Caisse gén. des assur. agricoles, [S. 80.1.77, P. 80.160, D. 79.1.332]; — 4 janv. 1888, Chevreau, [S. 88.1.254, P. 88.1.615, D. 88.1.37, et la note de M. le conseiller Cotelle]; — 20 févr. 1894, Faill. *Crédit viager*, [S. et P. 94.1.185, D. 94.1.289] — Paris, 5 juin 1889, Synd. de la Soc. du *Crédit viager*, [S. 90.2.69, P. 90.1.346]

5667. — ... Que, dans une société anonyme constituée avant la loi de 1867, il n'y a rien d'illicite à ce que des actionnaires s'acquittent du montant des actions qu'ils ont souscrites, par compensation avec le prix d'immeubles vendus par eux à la société, alors d'ailleurs que ni les statuts sociaux, ni le décret d'autorisation n'interdisent aux administrateurs d'affecter les actions de la société au paiement de ces achats d'immeubles, prévus et mentionnés dans le pacte social. — Cass., 20 févr. 1877, Liquid. de la soc. gén. des mag. génér., [S. 77.1.445, P. 77.1192, D. 77.1.201]

5668. — ... Que les dispositions de la loi du 24 juill. 1867, auxquelles les sociétés anonymes par actions, *antérieurement* existantes, sont soumises par l'art. 45 de cette loi, sont seulement les art. 13 à 16, concernant la répression pénale de certaines infractions qui peuvent se produire soit au moment de la fondation, soit pendant la durée des sociétés, et non les art. 1 à 3, relatifs à la constitution des sociétés à fonder, desquels il n'est fait aucune mention en cet art. 45; qu'en conséquence, encore que ce serait postérieurement à la loi de 1867 et en contravention avec les art. 1 à 3, rendus applicables par son art. 24 aux sociétés anonymes, que l'une de ces sociétés déjà existantes aurait procédé à l'augmentation de son capital, la nullité prononcée par l'art. 41 pour l'inobservation des dispositions citées en dernier lieu, ne saurait frapper cette augmentation, uniquement régie par la législation en vigueur au moment de la fondation de la société, alors surtout que l'augmentation dont il s'agit était prévue aux statuts primitifs. — Cass., 9 janv. 1878, Gargan, [S. 78.1.409, P. 78.1067, et la note de M. Bourguignat, D. 79.1.10]

2° Transformation des sociétés anonymes du type ancien en sociétés du type nouveau.

5669. — Si les sociétés anonymes constituées sous l'empire du Code de commerce restent soumises à la loi de leur constitution, du moins l'art. 46, § 2, leur concède-t-il le droit, sous certaines conditions, de transformer ces sociétés anonymes dans les termes de la loi de 1867. Mais, d'une part, cette transformation ne peut avoir lieu que dans les formes et conditions prescrites pour la modification de leurs statuts; d'autre part, la transformation en est en outre subordonnée, comme l'était auparavant leur constitution, à l'autorité du Gouvernement qui est donnée par décret rendu sur l'avis du Conseil d'Etat. — Houpin, t. 1, n. 641; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 912.

5670. — Toutefois, ces conditions sont inapplicables au cas où la dissolution d'une société (la *Société générale du Crédit mobilier*, dans l'espèce), a été prononcée, où il a été procédé à sa liquidation, et où il s'est formé une société nouvelle (la société du *Crédit mobilier*) ayant sa raison sociale et son capital social distincts. — Cass., 17 août 1875, Jangot, [S. 76.1.454, P. 76.1159, D. 76.1.369] — *Sic*, Houpin, t. 1, n. 641, *in fine*. — Cette nouvelle société, née sous le régine nouveau, est à considérer comme affranchie de toute tutelle administrative.

5671. — Remarquons du reste que l'autorisation administrative requise par l'art. 46 au moment de la transformation est la dernière manifestation de la tutelle de l'Etat. Une fois transformée, la société est désormais autonome, et elle « sera admise à pourvoir à toutes autres modifications en dehors d'un décret, comme si sa charte de constitution s'était formée sous le droit nouveau ». — Thaller, n. 698.

§ 2. Sociétés à responsabilité limitée.

5672. — Comme les sociétés anonymes autorisées, les sociétés à responsabilité limitée créées sous l'empire de la loi de 1863 restent soumises à leur loi d'origine, même dans le cas où des modifications seraient apportées aux statuts sociaux, à la condition toutefois que ces modifications ne touchent pas aux bases essentielles de la société et n'aient pas pour effet de substituer une société nouvelle à la société préexistante. Ainsi, l'augmentation du capital social d'une société à responsabilité limitée, le changement de qualification ou même une modification de statuts ayant pour résultat d'étendre l'objet de la société sans en altérer l'essence, n'entraînent pas nécessairement la dissolution de cette société, lorsqu'ils rentrent dans les prévisions des statuts et que les parties ont d'ailleurs manifesté l'intention de conserver à la société primitive son existence commerciale. — Cass., 9 janv. 1878, précité.

5673. — Il n'importe que les administrateurs aient cru devoir remplir les formalités de publicité exigées pour la constitution d'une société nouvelle, s'ils ont indiqué dans leurs publications qu'il ne s'agissait que de modifications apportées aux statuts. — Paris, 28 mai 1869, Soc. des crédits gén. de Saint-Nazaire, [S. 70.2.69, P. 70.335, D. 69.2.145]

5674. — Comme les sociétés autorisées, les sociétés à responsabilité limitée peuvent se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la loi de 1867, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts (Loi de 1867, art. 47).

§ 3. Sociétés en commandite par actions.

1° Abrogation de la loi de 1856 : non-rétroactivité; exceptions.

5675. — I. *Principe de non-rétroactivité.* — L'art. 20 de la loi de 1867 déclare « abrogée la loi du 17 juill. 1856 ». Mais, conformément au principe de non-rétroactivité des lois, il est certain qu'en principe cette abrogation n'a d'effet *que pour l'avenir*. De même que la loi du 17 juill. 1856 avait été reconnue inapplicable aux sociétés en commandite antérieures (sauf l'exigence de la constitution d'un conseil de surveillance, V. *infrà*, n. 5690), de même les sociétés en commandite par actions constituées antérieurement à la promulgation de la loi de 1867, doivent-elles être considérées comme non soumises aux dispositions nouvelles de ladite loi. — Cass., 29 mars 1864, Kalb, [S. 64.1.489, P. 64.1250, D. 65.1.59]; — 12 févr. 1879, Deprès, [S. 79.1.217, P. 79.521, D. 79.1.281]; — 20 févr. 1894, précité.

5676. — C'est ainsi que les sociétés en commandite déjà constituées à l'époque de la promulgation de la loi du 17 juill. 1856 ne sont pas soumises à l'application des art. 1 et 11 de cette loi, qui défendent de diviser le capital des sociétés en actions ou coupons d'actions de moins de 500 fr., lorsque ce capital excède 200,000 fr. — Cass., 29 mars 1864, précité.

5677. — Au reste, l'émission, par une société, de titres d'ac-

tions réunissant chacun cinq parts sociales émises à raison de 125 fr. par chaque part, titres déclarés indivisibles et non susceptibles d'émission partielle, ne peut être considérée comme contraire aux prohibitions de la loi du 17 juill. 1856. — Même arrêt.

5678. — Les mêmes solutions doivent prévaloir, même dans le cas où des modifications seraient apportées par la suite aux statuts sociaux, à la condition toutefois que ces modifications ne touchent pas aux bases essentielles de la société et n'aient pas pour effet de substituer une société nouvelle à la société préexistante. Jugé, en ce sens, que les formalités prescrites par la loi du 17 juill. 1856, pour la validité des sociétés en commandite par actions, de même que la responsabilité qu'elle impose aux membres des conseils de surveillance, en cas d'inaccomplissement de ces formalités, ne concernant que les associations postérieures à cette loi, ne sauraient être appliquées à la société qui, constituée régulièrement avant la loi dont il s'agit, n'a fait, depuis, que se réorganiser, et s'est continuée avec le même capital social, sans émission d'actions nouvelles et sans autres modifications que celles autorisées par les statuts. — Cass., 26 mai 1869, Bellotiny, [S. 70.1.78, P. 70.288, D. 69.1.401] — V. en ce sens, Alauzet, t. 1, n. 445; Bédarride, t. 2, *Append.*, n. 168; Vavasseur, n. 295; Houpin, t. 1, n. 656. — Sur les modifications aux bases essentielles des statuts, V. *supra*, n. 5288 et s.

5679. — ... Que des modifications de détail (spécialement, l'élimination et l'abrogation de certaines dispositions accessoires des statuts d'une société en commandite par actions, constituée avant la loi de 1856), ne suffisent pas pour soumettre cette société aux formalités édictées par les lois de 1856 et de 1867, en ce qui concerne la souscription intégrale et le versement du quart du capital social, et vicier ainsi sa constitution originelle. — Trib. Orléans, 2 janv. 1882, sous Orléans, 5 août 1882, Conseil de surveillance de la Caisse d'escompte d'Orléans et consorts, [S. 84.2.57, P. 84.1.332, D. 84.2.31]

5680. — ... Que la prorogation, votée depuis la loi du 17 juill. 1856, d'une société en commandite par actions formée antérieurement, ne constitue pas, alors même qu'elle aurait été accompagnée d'un accroissement de capital arrêté du consentement unanime des actionnaires, une société nouvelle, soumise aux prescriptions de cette loi, et notamment au versement du quart exigé par l'art. 1. — Cass., 24 mai 1869, Couvet, [S. 70.1.125, P. 70.288, D. 69.1.323]

5681. — ... Que la prorogation du terme d'une société, l'augmentation du capital social et la distribution du fonds de réserve aux anciens actionnaires n'ont pas pour effet de substituer à la société ancienne une société nouvelle soumise aux prescriptions de la loi du 17 juill. 1856 et de celle du 24 juill. 1867. — Angers, 5 juill. 1876, Bondu et Maury, [S. 77.2.263, P. 77.1039, D. 77.2.30]

5682. — ... Qu'il en est ainsi surtout si l'augmentation du capital social est expressément prévue par les statuts, qui accordent, en outre, à l'assemblée générale des actionnaires, le droit de « modifier les statuts ou d'y ajouter ». — Même arrêt.

5683. — ... Qu'il importe peu, d'ailleurs, qu'on ait liquidé l'exercice expiré, pour en attribuer le bénéfice aux premiers actionnaires exclusivement, si d'ailleurs il n'a rien été changé ni à la constitution de la société, ni à son objet, ni à sa raison sociale. — Grenoble, 28 déc. 1871, Schwabacher, [S. 72.2.37, P. 72.210, D. 72.2.206]

5684. — ... Qu'au cas où les fondateurs d'une société en commandite par actions, formée à une époque où la loi du 17 juill. 1856 n'était encore qu'en projet, se sont engagés par avance à observer les prescriptions de la loi projetée, la société n'est point nulle, bien que, depuis la promulgation de cette loi, l'assemblée générale des actionnaires ait, par une délibération contenant règlement définitif des statuts, adopté diverses dispositions contraires à la loi nouvelle. — Paris, 18 mars 1862, Caisse générale des actionnaires, [S. 62.2.161, P. 62.712]

5685. — ... Que l'on doit tenir pour valable la transformation d'une société en commandite en société anonyme, encore bien qu'au moment où cette transformation a été opérée, les actions fussent descendues, par suite de la diminution du capital social, au-dessous du taux minimum fixé par l'art. 1, L. 24 juill. 1867 : cette transformation n'équivalant pas à la création d'une société nouvelle. — Besançon, 15 juin 1869, Ménans, [S. 70.2.105, P. 70.453, D. 70.2.13]

5686. — C'est aux juges du fond qu'il appartient de décider, par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, que l'assemblée générale d'une société constituée avant la loi de 1856 et 1867, en votant la prorogation de l'existence de la société et l'augmentation du capital social par une nouvelle émission d'actions, s'est bornée à user d'une faculté stipulée par les statuts et n'a pas entendu créer une société nouvelle. — Cass., 12 févr. 1879, Desprès et autres, [S. 79.1.217, P. 79.521, D. 79.1.281]

5687. — Par suite, la nouvelle émission d'actions n'est pas astreinte aux formalités et conditions prescrites par la loi de 1856 et 1867, et l'omission de ces formalités ne saurait avoir pour effet d'annuler la société. — Même arrêt. — *Sic*, Faure, p. 189; Houpin, t. 1, n. 656 et 658. — *Contrà*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 57; Genevois, p. 56; Bouvier-Bangillon, p. 59.

5688. — II. *Exceptions au principe de non-rétroactivité.* — Le principe de non-rétroactivité comporte, d'après la loi de 1867 elle-même, certaines restrictions. C'est ainsi tout d'abord que les dispositions de l'art. 10, relatives à la répétition des dividendes fictifs, ayant le caractère de prescriptions d'ordre public, s'applique indifféremment aux sociétés anciennes et aux sociétés nouvelles, en tant du moins que les distributions incriminées sont intervenues depuis la promulgation de la loi (Arg., art. 10, *in fine*).

5689. — C'est ainsi, en second lieu, que les dispositions pénales des art. 13 à 16, à raison également de leur caractère d'ordre public, doivent être appliquées aussi bien aux sociétés anciennes qu'aux sociétés nouvelles (Arg., art. 45, L. de 1867), sous réserve bien entendu du respect du principe posé par l'art. 4, C. pén. — V. *suprà*, v° *Lois et décrets*, n. 943 et s.

5690. — Rappelons, enfin, la disposition de l'art. 18 de la loi de 1867, aux termes duquel « les sociétés antérieures à la loi du 17 juill. 1856 et qui ne se seraient pas conformées à l'art. 15 de cette loi, seront tenues, dans un délai de six mois, de constituer un conseil de surveillance, conformément aux dispositions qui précèdent. A défaut de constitution du conseil de surveillance dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société ».

5691. — Pour bien comprendre la portée de cette disposition, il convient de rappeler que, d'après l'art. 15, L. 17 juill. 1856, les sociétés en commandite par actions préexistantes, et qui n'avaient pas de conseil de surveillance, étaient tenues d'en constituer un dans un délai de six mois; à défaut de quoi, chaque actionnaire avait le droit de faire prononcer la dissolution de la société, à moins que ce délai ne fût jugé trop court par les tribunaux. Notre article accorde un nouveau délai de six mois auxdites sociétés pour se mettre en règle, et il confirme en même temps le droit des actionnaires de demander la dissolution de la société; mais il ne maintient pas le droit pour les tribunaux de prolonger le délai légal. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1029.

5692. — L'action en dissolution doit être considérée, non comme une action sociale, mais comme une action individuelle, que chacun des actionnaires peut exercer de son propre chef. — Sur la distinction des actions sociales et individuelles, V. *suprà*, n. 5075 et s.

5693. — Dans cet ordre d'idées il a été jugé d'ailleurs que la disposition de l'art. 15, L. 17 juill. 1856, qui a imposé aux sociétés en commandite par actions alors existantes, et qui n'avaient pas de conseil de surveillance, l'obligation d'en constituer un dans le délai de six mois, était applicable à une société qui se trouvait déjà pourvue d'un conseil, si ce conseil n'était pas simplement établi pour le contrôle et la surveillance des opérations de la société suivant le vœu de la loi de 1856, mais s'il avait de plus le droit et le devoir de s'immiscer dans ces opérations et de participer à la gestion. — Cass., 31 déc. 1860, Odier, [S. 61.1.286, P. 61.503, D. 61.1.73] — Rouen, 25 juill. 1861, Odier, [S. 62.2.118, P. 63.397] — *Contrà*, Paris, 28 mars 1859, Comp. des glaces de Montluçon, [S. 59.2.438, P. 59.353, D. 59.2.150, cassé par l'arrêt précité du 31 déc. 1860).

5694. — L'art. 18 ne s'explique pas sur la mesure de la responsabilité incombant aux membres du conseil de surveillance des sociétés antérieures à la loi de 1856. Mais la jurisprudence s'accorde à admettre que la responsabilité édictée par l'art. 10 de la loi de 1856 est inapplicable aux faits accomplis avant sa promulgation. — Cass., 5 août 1862, Zangroniz, [S. [illegible], P. [illegible]] — Rouen, [illegible] 1861, sous Cass., 3 mars 1863, Lemaitre, [S. et P. *ibid.*, D. 62.2.107]

5695. — De même, les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions n'étaient, avant la loi du 17 juill. 1856, responsables, comme mandataires à titre gratuit, que des fautes graves commises dans l'accomplissement de

leur mandat et qui avaient préjudicié aux tiers : la loi postérieure de 1856 ne saurait leur être appliquée. — Douai, 26 mai 1865, Mouton, [S. 66.2.157, P. 66.686]

5696. — Mais les clauses d'irresponsabilité stipulées en faveur des membres du conseil de surveillance dans les statuts des sociétés en commandite antérieures à la loi de 1856 ont cessé d'avoir effet à partir de cette loi. — Douai, 29 juin 1861, Caisse comm. du Nord, [S. 61.2.547, P. 62.227] — *Sic*, Bédarride, t. 2, *Append.*, n. 170 ; Romiguière, n. 171 ; Rivière, *L. de 1856*, n. 147.

2° Transformation de société en commandite en société anonyme.

5697. — Aux termes de l'art. 19, « les sociétés en commandite par actions antérieures à la présente loi, dont les statuts permettent la transformation en société anonyme autorisée par le Gouvernement, pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes déterminés par le titre 2 de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées dans les statuts pour la transformation ».

5698. — L'article n'exige qu'une seule condition pour la transformation des sociétés en commandite par actions antérieures à la loi de 1867, en sociétés anonymes, à savoir que cette transformation soit opérée dans les conditions déterminées par les statuts sociaux. Cette transformation ne constitue donc que la continuation de l'ancienne société et non la création d'une société nouvelle, et par suite elle n'a pas besoin d'être votée par une assemblée constitutive, alors du moins que les statuts ont conféré à une assemblée générale ordinaire le pouvoir de voter la transformation. — Lyon, 6 févr. 1868, Fusy, [S. 68.2.165, P. 68.698, D. 68.2.15] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1029 *bis*; Vavasseur, t. 1, n. 759; Houpin, t. 1, n. 634.

5699. — Spécialement jugé à cet égard, que la transformation d'une société en commandite antérieure à la loi de 1867 en société anonyme est valable encore bien qu'au moment où cette transformation a été opérée, les actions fussent descendues, par suite de la diminution du capital social, au-dessous du taux minimum fixé par l'art. 1, L. 24 juill. 1867 ; qu'une telle transformation n'équivaut pas à la création d'une société nouvelle. — Besançon, 15 juin 1869, Ménans et Dubost, [S. 70.2.105, P. 70.453, D. 70.2.13]

5700. — Jugé également que la transformation d'une société anonyme autorisée, constituée avant la mise en vigueur de la loi du 24 juill. 1867, en société anonyme dans les termes de cette loi, transformation expressément prévue et autorisée par l'art. 46 de la même loi, n'a pour but que de permettre à la société qui existait et qui doit continuer à exister, de jouir des avantages de la nouvelle loi. — Cass., 24 janv. 1893, Comp. d'assur. marit., *la Sphère*, [S. et P. 93.1.266, D. 93.1.455]

5701. — Il en est ainsi même si la transformation de la société est accompagnée d'une réduction du capital social, alors que cette réduction a été prévue dans les statuts primitifs de la société, précisément pour le cas où, la société venant à être prorogée et un certain nombre d'actionnaires refusant de continuer à en faire partie, il y aurait lieu de rembourser la part afférente à leurs actions. — Même arrêt.

5702. — Sur la question de savoir si, en dehors de l'hypothèse transitoire prévue par notre article, la transformation d'une société en commandite par actions doit être considérée comme la création d'une société nouvelle. — V. *suprà*, n. 3111 et s.

5703. — La loi n'a pas examiné l'hypothèse plus rare, mais d'ailleurs parfaitement licite, de la transformation d'une commandite par actions en commandite simple. Signalons à ce propos un arrêt de la Cour suprême portant que lorsqu'une société en commandite par actions a déclaré se transformer en commandite simple ou par intérêt, et a, en conséquence, revisé ses statuts, la Régie ne saurait contester la réalité de la transformation, en invoquant certaines clauses des statuts relatives au nombre, à la forme et à la transmissibilité des parts d'intérêt, et suffisantes, selon la Régie, pour imprimer à la société le caractère d'une société de capitaux, et non de personnes, si les circonstances relevées par la Régie ne sont pas de nature à prévaloir nécessairement contre la dénomination donnée à la société par les parties. — Cass., 10 août 1887, Vion et comp., [S. 89.1.33, P. 89.1.52]

5704. — Il en est ainsi, notamment, lorsque les statuts ne prescrivent ou ne permettent, pour ces parts, la délivrance d'aucun titre individuel, signé de l'acte social et sur lequel puisse être apposée l'empreinte du timbre. — Peu importe que, par ces statuts nouveaux, la société ait autorisé le transport des parts d'intérêt par acte notarié, si elle ne l'a fait qu'en se conformant aux prescriptions de l'art. 1861, C. civ., c'est-à-dire en exigeant l'agrément des gérants, constitués mandataires des associés. — Même arrêt.

Section II.

Sociétés constituées antérieurement à la loi du 1er août 1893.

5705. — L'art. 7, L. 1er août 1893, contient toute une série de dispositions transitoires, qui peuvent se grouper en trois séries : la première se bornant à déduire certaines applications du principe de non-rétroactivité, aux termes duquel les sociétés constituées avant la promulgation de la loi de 1893 demeurent soumises au régime de 1867 (V. dispositions relatives à la conversion des actions nominatives en titres au porteur); la seconde dérogeant au principe ou tout au moins formulant certaines règles interprétatives qui, d'après les principes généraux, doivent être reconnues applicables même aux sociétés anciennes (caractère et étendue de la responsabilité consécutive à la nullité ; la troisième relative à la transformation des sociétés civiles antérieures en sociétés par actions soumises au régime nouveau. — V. sur ce dernier point, *infra*, n. 5800 et s.

§ 1. Conversion des actions et libération des titres.

5706. — Aux termes du § 1er de l'art. 7, les sociétés antérieures à la loi du 1er août 1893 restent soumises, en ce qui concerne la conversion de leurs actions en titres au porteur, aux règles de la législation sous l'empire de laquelle elles se sont constituées : et cette disposition doit s'appliquer même aux actions qui seraient émises par ces sociétés depuis la promulgation de la loi de 1893. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 740, et *Append.*, n. 60. — V. *suprà*, n. 2152 et s.

5707. — Quant aux obligations des souscripteurs et cessionnaires intermédiaires des actions, il y a lieu de distinguer suivant que la conversion a été votée par l'assemblée générale des actionnaires avant ou depuis la promulgation de la loi de 1893. Dans le premier cas, les règles posées par l'art. 3 de la loi de 1867 continuent de recevoir leur application : les souscripteurs primitifs et les cessionnaires antérieurs à l'assemblée générale de conversion seront donc libérés deux ans après cette assemblée : les cessionnaires postérieurs à ladite assemblée seront libérés par le seul fait de l'aliénation de leurs titres. — Houpin, t. 1, n. 319; Bouvier-Bangillon, p. 174. — V. *suprà*, n. 2307 et s.

5708. — Dans le second cas, c'est-à-dire si la conversion des titres nominatifs en titres au porteur n'a été votée que depuis la loi de 1893, les cessionnaires postérieurs à l'assemblée de conversion bénéficieront encore de l'art. 3 de la loi de 1867, en ce sens qu'ils seront libérés de plein droit, conformément à cet article, par le seul fait de l'aliénation de leurs titres. — Houpin, *loc. cit.*; Bouvier-Bangillon, p. 174.

5709. — Quant aux souscripteurs et aux cessionnaires antérieurs à l'assemblée de conversion, ils sont également libérés deux ans après cette assemblée. Mais de plus, ils peuvent invoquer, leurs actions étant restées nominatives, la disposition finale de l'art. 3 de la loi de 1867, modifiée par la loi de 1893, aux termes duquel « tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé ses titres cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés ». Ce même droit appartient également aux souscripteurs et aux cessionnaires des actions des sociétés anciennes qui ne remplissent pas les conditions prescrites pour leur conversion par l'art. 3 de la loi de 1867 et qui, comme telles, doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 60; Houpin, *op. cit.*

5710. — La prescription de deux ans de la loi de 1893 court à partir de la cession, si cette cession est postérieure à la loi nouvelle. Si, au contraire, la cession a été effectuée avant cette loi, la prescription ne court, aux termes du 2e alinéa de notre article, qu'à partir de l'entrée en vigueur de ladite loi, à l'égard tout au moins des créanciers antérieurs et de la société, et sauf application de l'art. 2257, C. civ., pour les créances conditionnelles ou à terme et les actions en garantie. — Lyon-Caen et Renault,

loc. cit.; Houpin, t. 1, n. 319; Goirand, n. 351; Bouvier-Bangillon, p. 170.

§ 2. *Actions en nullité et en responsabilité.*

1° *Action en nullité.*

5711. — D'après l'art. 7, § 4, l'action en nullité résultant des art. 7 et 41 de la loi de 1867 ne peut plus être exercée contre les sociétés constituées sous l'empire de cette loi de 1867, lorsque la cause de nullité a cessé d'exister au moment de la promulgation de la loi nouvelle. Notre article étend ainsi aux sociétés anciennes les règles nouvelles édictées en matière d'actions en nullité par la loi de 1893. — V. *suprà*, n. 3792 et s.

5712. — Cet article ne comporte d'ailleurs qu'un effet rétroactif *partiel*, en ce sens qu'il ne s'applique qu'aux sociétés constituées depuis la loi de 1867, mais *non aux sociétés antérieures à cette loi*. Ces sociétés n'étant pas visées par notre article restent soumises, en ce qui concerne la nullité dont elles peuvent être affectées et les caractères de cette nullité, à la loi sous l'empire de laquelle elles ont été constituées. — Houpin, t. 1, n. 566. — *Contrà*, Goirand, n. 387.

5713. — Mais s'il s'agit de sociétés postérieures à la loi de 1867, elles doivent être assimilées, au point de vue de l'action en nullité, aux sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1893. Ainsi, bien que notre article ne parle que du cas où la cause de nullité a cessé d'exister au moment de la promulgation de la loi nouvelle, on est d'accord pour admettre, *a fortiori*, que sa disposition doit également s'appliquer au cas où la nullité n'aurait été couverte que depuis la nouvelle loi. — Houpin, *loc. cit.*

5714. — Il faut observer toutefois que la nullité ne peut plus être couverte, alors que l'action en nullité a déjà été exercée, sans qu'il y ait à distinguer d'ailleurs suivant que l'action a été introduite avant ou depuis la loi de 1893. — Genevois, n. 50; Goirand, n. 387; Houpin, *loc. cit.*; Rousseau, *Man. des soc.*, n. 615; Bouvier-Bangillon, p. 83. — *Contrà*, Faure, p. 198.

5715. — D'autre part, si la cause de nullité n'a pas cessé ou ne cesse pas d'exister, l'action en nullité s'éteint par la prescription de dix ans (V. *suprà*, n. 3823 et s.). Mais cette prescription ne court que du jour de la promulgation de la loi du 1er août 1893.

2° *Action en responsabilité.*

5716. — L'art. 7, § 3, des dispositions transitoires étend aux sociétés constituées sous l'empire de la loi de 1867 les règles nouvelles établies par la loi de 1893 sur la responsabilité résultant de la nullité des sociétés, avec cette réserve toutefois, édictée par le 5e al. du même article, que l'action en responsabililité ne cessera d'être recevable, pour les faits dont la nullité résultait, que trois ans après la promulgation de la loi nouvelle. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 62; Houpin, t. 1, n. 613 *bis*. — Sur cette responsabilité, V. *suprà*, n. 3891 et s.

5717. — Il résulte de ce principe que, pour les sociétés anonymes constituées sous l'empire de la loi de 1867, les fondateurs et premiers administrateurs ne seront responsables envers les créanciers sociaux, comme envers les actionnaires, que dans la mesure du préjudice que leur a causé la nullité de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 62; Houpin, t. 1, n. 599. — V. *suprà*, n. 3995 et s.

5718. — *Quid*, si l'action en responsabilité avait été intentée avant la promulgation de la loi de 1893? La question est controversée. La Cour de cassation, partant du principe que la loi nouvelle a un caractère *interprétatif*, décide qu'à cet égard la rétroactivité est absolue, et que, par conséquent, la disposition légale limitant la responsabilité au préjudice doit s'appliquer aussi bien aux instances introduites antérieurement au 1er août 1893, qu'à celles qui n'ont pris naissance que postérieurement, dès lors que la société a été constituée sous l'empire de la loi de 1867. — Cass., 17 févr. 1896, Synd. de la grande distillerie du Midi, [S. et P. 96.1.257, et la note de M. Lyon-Caen, D. 96.1.128]; — 10 nov. 1897, Messimy et Jacquand, [S. et P. 97.1.505] — et sur pourvoi, Dijon, 19 mars 1902, [*Mon. jud. de Lyon*, 29 avr. 1902] — *Sic*, Faure, p. 200; Genevois, n. 63; Percerou, *Fondat. des soc. anon.*, p. 65; Vavasseur, [*Rev. des soc.*, 1896, p. 49 et 145]; Pic, note sous Douai, 8 juill. 1895, Comp. Mines d'Anzin, [D. 98.2.481]; Ruben de Couder, v° *Soc. anon.*, *Suppl.*, n. 240.

5719. — Par suite, lorsqu'il est constaté qu'une société a été constituée sous l'empire de cette dernière loi, que la contestation pendante entre les parties porte sur l'étendue de la responsabilité qui doit incomber aux fondateurs en vertu de l'art. 42 de la loi de 1867, et que les dommages éprouvés par les tiers n'ont pas pour cause l'annulation de la société, c'est à bon droit que les fondateurs sont déchargés de la responsabilité qu'on entendait faire peser sur eux à raison de leur qualité. — Cass., 17 févr. 1896, précité.

5720. — Est, par suite, nul l'arrêt qui, sous prétexte que la loi de 1893 n'a pas d'effet rétroactif, condamne les fondateurs et premiers administrateurs d'une société à supporter tout le passif social, sans rechercher quel effet a pu avoir eu la nullité de la société sur le dommage dont la réparation est demandée. — Cass., 10 nov. 1897, précité.

5721. — Mais l'arrêt ne doit être annulé qu'en cette partie seulement, et, par voie de conséquence, en la partie qui a trait à la répartition de la responsabilité, le surplus de l'arrêt (à savoir la partie relative à la nullité résultant de ce que le notaire rédacteur de l'acte constitutif a pris un intérêt dans la société et de ce qu'il n'y a pas eu vérification sérieuse des apports, ainsi que celle établissant la qualité de fondateurs et administrateurs des parties en cause), demeurant à l'abri de la cassation. — Même arrêt.

5722. — Jugé cependant, en sens contraire, que la disposition de l'art. 42, L. 24 juill. 1867, modifié par l'art. 5, L. 1er août 1893, d'après laquelle les fondateurs et administrateurs d'une société anonyme déclarée nulle ne sont responsables envers les tiers que du dommage résultant de l'annulation, n'a le caractère ni d'une loi pénale, ni d'une loi de procédure. — Douai, 8 juill. 1895, Comp. des mines d'Anzin, [S. et P. 96.2.213, D. 98.2.381]

5723. — ... Ni d'une loi interprétative de la disposition ancienne de l'art. 42. — Lyon, 14 juin 1895, Audisio et autres, [S. et P. 96.2.213] — Douai, 8 juill. 1895, précité.

5724. — ... Qu'en conséquence, cette disposition n'a pas d'effet rétroactif. — Mêmes arrêts. — *Sic*, Lyon-Caen, note sous Cass., 17 févr. 1896, [S. et P. 96.1.257]; Houpin, t. 1, n. 599, et *J. des soc.*, 1895, p. 501, 1896, p. 69 et 216; Goirand, n. 434.

5725. — Et, si l'art. 7, L. 1er août 1893, dispose que l'art. 42, nouveau, de la loi de 1867 s'applique aux sociétés déjà constituées, ce n'est qu'autant que le droit des tiers n'était pas encore ouvert au moment de la promulgation de la loi du 1er août 1893. — Douai, 8 juill. 1895, précité.

5726. — Ainsi l'art. 42, nouveau, de la loi de 1867 doit être appliqué pour déterminer la responsabilité, à l'égard des tiers, des fondateurs et des administrateurs d'une société antérieure à la loi de 1867, lorsque ces fondateurs et administrateurs n'avaient pas été encore actionnés en responsabilité au moment de la promulgation de la loi du 1er août 1893. — Même arrêt.

5727. — Mais il en est différemment, et l'art. 42, ancien, est seul applicable, lorsque l'action en responsabilité a été intentée avant la promulgation de la loi du 1er août 1893. — Lyon, 14 juin 1895, précité. — Douai, 8 juill. 1895, précité.

CHAPITRE II.

DES SOCIÉTÉS A FORME COMMERCIALE ET A OBJET CIVIL.

5728. — Avant la loi de 1893, la question de savoir quel était le critérium permettant de déterminer le caractère civil ou commercial des sociétés avait été vivement débattue. Mais la jurisprudence s'était finalement ralliée à cette idée, qu'il convenait de s'attacher exclusivement à l'objet civil ou commercial de la société, *abstraction faite de sa forme*. Partant de ce point de départ, elle décidait que toute société ayant pour objet des opérations civiles n'était et ne pouvait être qu'une société *civile*, alors même qu'elle se serait constituée sous l'une des formes établies par le Code de commerce. — Cass., 27 mars 1866, Denis, [S. 66.1.211, P. 66.541, D. 66.1.428]; — 18 déc. 1871, Sicard, [S. 71.1.196, P. 71.608, D. 72.1.9]; — 18 déc. 1871, Bravay, [*Ibid.*]; — 26 févr. 1872 (2 arrêts), Soc. des eaux du Midi et Riche, [S. 72.1.175, P. 72.402, D. 72.1.9]; — 21 juill. 1873, Comp. d'irrigat. de France, [S. 73.1.456, P. 73.1159, D. 74.1.127]; — 12 mai 1875, Cail et comp., [S. 76.1.376, P. 76.858, D. 75.1.375]; — 28 janv. 1884, De Marc et Donnat, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147, et la note

de M. Lyon-Caen, D. 84.1.145]; — 12 déc. 1887, Cordier, [S. 88.1.319, P. 88.1.772, D. 88.1.429]; — 8 nov. 1892, Soc. des lignes ferrées intern. des Alpes, [S. et P. 93.1.32, D. 93.1.78]; — 21 oct. 1895, Favier, [S. et P. 98.1.43, D. 96.1.417] — Paris, 15 févr. 1868, Millaud, [S. 68.2.329, P. 68.1223, D. 68.2.192]; — 17 août 1868, De Preigne, [Ibid.]; — 29 août 1868, Deteure, [Ibid.] — Caen, 28 mars 1887, Simon, [S. 88.2.231, P. 88.1.1227] — Rouen, 16 juin 1890, Morin, [S. et P. 92.2.309] — *Sic*, Pardessus, n. 966; Duvergier, n. 481; Malepeyre et Jourdain, p. 174; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 180; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 91; Vavasseur, t. 1, n. 11; Guillouard, *Société*, n. 92; Houpin, t. 1, n. 278; Pic, *Faill. des soc.*, p. 18. — V. cependant Delangle, n. 28; Bédarride, n. 97.

5728 *bis*. — Jugé qu'a un objet purement civil, et doit être en conséquence considérée comme une société civile, la société formée en vue de l'acquisition d'immeubles dans lesquels existe une institution d'enseignement ou des immeubles qui seraient nécessaires au fonctionnement de cette institution et en vue de l'exploitation de l'institution, en dehors de toute pensée de spéculation commerciale. — Montpellier, 20 mai 1903, Guinard, [S. et P. 1904.2.69] — Sur le critérium général des sociétés civiles et commerciales, et les nombreuses applications qui en ont été faites par la jurisprudence, V. au surplus, *suprà*, v° *Société en (général)*, n. 345 et s.

5729. — Il ne saurait donc dépendre de la seule volonté des parties qui créent une société de faire que cette société soit civile ou commerciale. Et cependant, la société civile présentant dans un grand nombre de cas des inconvénients, soit parce que sa forme se prête peu à la réunion d'un capital social important, soit parce que son existence subordonnée au décès d'un associé a forcément une durée assez restreinte, soit encore parce que le doute planant sur l'existence de sa personnalité civile, et l'absence de publicité rendent son crédit plus difficile, les membres d'une société de cette nature pouvaient avoir souvent intérêt à revêtir la société qu'ils créaient des formes commerciales. Aussi, dès avant la loi du 1er août 1893, alors que, contrairement à ce qui existait dans beaucoup de législations étrangères, notre législation française était muette sur ce point spécial, se posait-on la double question de savoir : 1° si cet emprunt des formes commerciales par une société civile était licite; 2° quels pouvaient être, cette première question une fois résolue affirmativement, les effets de cet emprunt, tout particulièrement dans les rapports des associés entre eux et dans leurs rapports avec les tiers traitant avec la société. A côté de ces deux questions, les plus importantes de la matière qui nous occupe, s'en posait une série d'autres, la plupart relatives à l'application ou à la non-application des règles édictées par la loi de 1867 aux sociétés civiles ainsi commercialisées.

5730. — La loi de 1893 est venue, pour l'avenir, trancher, semble-t-il, la difficulté, en décidant formellement, contrairement à la jurisprudence établie, que, « quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce » (art. 68, nouveau). Mais il résulte de la formule même de cet article, et spécialement du futur dont il se sert, qu'il ne statue que *pour l'avenir* et qu'il ne s'applique pas aux sociétés antérieurement constituées. Les travaux préparatoires sont également formels en ce sens. — Alger, 11 déc. 1897, [J. *La Loi*, 3 nov. 1898] — *Sic*, Bouvier-Bangillon, p. 30; Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 63; Houpin, t. 1, n. 278; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 1023; Faure, p. 203; Ruben de Couder, v° *Soc. en gén.*, *Suppl.*, n. 31.

5731. — Les sociétés à objet civil et à forme commerciale qui existaient dès avant la loi de 1893 restent donc aujourd'hui ce qu'elles étaient sous l'empire de la jurisprudence antérieure : des sociétés purement civiles en raison de leur objet et en dépit de leur forme commerciale. Elles ne bénéficient de la loi nouvelle et ne sont commercialisées que si elles le veulent et dans les conditions de l'art. 7 ci-après de la loi de 1893. — Mêmes auteurs. — V. *infrà*, n. 5809 et s. — Il en est de même des sociétés à objet civil qui, même constituées sous le régime de la loi de 1893, adopteraient une forme commerciale autre que la commandite ou l'anonymat, ainsi que nous le verrons. Pour ces deux catégories de sociétés, les questions posées, *suprà*, n. 5729, ont donc conservé toute leur actualité. D'où la nécessité de passer en revue successivement trois points : 1° quelle est la condition juridique des sociétés antérieures à la loi de 1893; 2° des sociétés constituées depuis sa promulgation; 3° de la commercialisation facultative des sociétés antérieures à la loi de 1893.

SECTION I.

Situation juridique des sociétés à objet civil et à forme commerciale constituées antérieurement à la loi de 1893.

§ 1. *L'emprunt des formes commerciales par une société civile était-il licite?*

5732. — En ce qui concerne les sociétés n'ayant point un but de lucre, c'est-à-dire en ce qui concerne les associations ayant plus spécialement un objet scientifique, littéraire, artistique ou religieux, la question était controversée. Parmi les auteurs, les uns proposaient de la résoudre négativement. — Dreyfus, *Des sociétés civiles à forme commerciale*, p. 141 et 161; Faure, p. 145 et 146; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1091.

5733. — Les autres étaient d'un avis contraire. — Nourrisson, *Des libéralités aux établissements religieux*, p. 148; Benoist, D'Herbelot et Pagès, *Constitution des sociétés en vue d'établissement d'écoles libres*. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 352 et s.

5734. — Posée au point de vue des sociétés civiles proprement dites, la question était surtout controversée touchant la possibilité pour ces sociétés d'adopter la forme anonyme ou la forme de la commandite par actions. On était, en effet, d'accord pour reconnaître qu'une société civile pouvait sans difficulté revêtir la forme de la société en nom collectif, autre type des sociétés commerciales. Car, il faut bien le remarquer, c'est, avant tout l'intérêt des tiers qui préoccupait les adversaires du système permettant à une société ayant un objet civil de revêtir la forme commerciale. Or, l'adoption de la forme de la société en nom collectif, en établissant une obligation solidaire entre les associés au lieu d'une obligation conjointe, loin de restreindre les garanties offertes aux tiers, a tout au contraire pour résultat de les accroître. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1077 *bis*; Pont, t. 1, n. 655.

5735. — Par contre, la loi du 23 mars 1863, abrogée d'ailleurs par celle de 1867, qui avait créé la *société à responsabilité limitée*, ayant fait expressément de cette société une société commerciale, la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour reconnaître qu'une société civile ne pouvait revêtir cette forme. Mais on n'allait point jusqu'à en faire une cause de nullité de la société. Seules les clauses des statuts empruntées aux règles édictées par la loi de 1863 étaient réputées non écrites. — Cass., 17 août 1868, De Preigne, [S. 68.2.329, P. 68.1223] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 351.

5736. — Pour l'association en participation qui ne comporte ni formes se révélant aux tiers, ni personnalité, ni fonds social, aucune objection sérieuse ne paraissait pouvoir être soulevée quant à la possibilité de l'utiliser pour une opération civile. — V. *infrà*, v° *Société en participation*.

5737. — Enfin en ce qui concernait la société en commandite, si la solution admise touchant la société en nom collectif devait à ce point de vue faire trancher la question par l'affirmative, la présence d'associés tenus seulement du montant de leur mise sous forme d'actions ou de parts d'intérêt faisait dépendre le parti définitif à prendre de celui qu'on adoptait sur la légitimité ou la non-légitimité de l'adoption, par une société civile, de la forme anonyme ou en commandite par actions : point qu'il nous reste maintenant à examiner.

5738. — Envisageant d'abord la question à un point de vue général, un certain nombre d'auteurs la résolvaient par la négative en se fondant sur la nécessité absolue de faire régir une société civile par les règles du droit civil. Pour eux, l'énumération de l'art. 1835, C. civ., est limitative; cet article ne parlant que des sociétés universelles et particulières, la forme commerciale se trouve nécessairement exclue, et l'adopter serait s'exposer à l'inexistence même de la société ainsi formée. D'ailleurs c'est principalement et presqu'uniquement pour pouvoir diviser son capital en actions et prendre la forme de l'anonymat ou de la commandite par actions qu'une société civile voudra recourir à la forme commerciale : or, et sur ce point les auteurs partisans du système que nous exposons se montrent encore plus intransigeants, rien, plus que les règles édictées pour la société anonyme ou la société en commandite par actions, n'est en con-

tradiction avec les principes régissant les obligations des débiteurs en matière civile. — Vincens, *Législation commerciale*, t. 1, p. 349 et s.; Delangle, t. 1, n. 28 et s., et 424; Bédarride, t. 1, n. 97 et 123; Nouguier, *Compétence des tribunaux de commerce*, t. 2, p. 213, n. 6; *Traité des actes de commerce*, t. 1, n. 197, *in fine*; Malepeyre et Jourdain, p. 8; Orillard, *Tribunaux de commerce*, p. 51.

5739. — Tout d'abord, et pour répondre aux considérations générales invoquées dans le système qui précède, nous ferons remarquer qu'à moins d'envisager les règles édictées par le Code civil en matière de société, comme des règles intéressant l'ordre public, ce qui ne saurait être sérieusement soutenu, on ne voit pas pourquoi le principe de la liberté des conventions ne s'appliquerait point en cette matière comme en toute autre. Il faut donc en conclure que, sauf dans les cas où le législateur a expressément réservé une forme de société aux opérations de commerce (société à responsabilité limitée, L. 23 mai 1863), rien ne doit, à ce premier point de vue, exclure pour une société civile la possibilité de revêtir la forme commerciale. Le législateur lui-même a consacré cette solution dans plusieurs textes, notamment dans la loi sur les mines du 20 avr. 1810 (art. 8) et dans celle du 5 juin 1850 (art. 14).

5740. — Quant à dire que l'énumération de l'art. 1835 serait limitative, c'est une affirmation, rien de plus. Bien au contraire, si l'on se reporte aux travaux préparatoires, on voit que l'art. 11 du projet présenté au Conseil d'Etat, qui tendait précisément à réserver aux opérations strictement commerciales certains types de société, telles que la société en nom collectif ou la société anonyme, fut modifié sur l'observation du tribun Gillet, parce que ces distinctions n'intéressaient point la « nature même du contrat de société ». On doit donc écarter à ce premier point de vue les conclusions du système de la négative.

5741. — Nous ne croyons pas non plus qu'il faille s'arrêter aux objections formulées dans ce même système touchant l'impossibilité pour une société civile de diviser son capital en actions. Ces objections peuvent se ramener à quatre : 1° le Code civil ne parle nulle part de l'action, qui est seulement prévue par le Code de commerce; 2° la société qui émet des actions à ordre ou au porteur fait évidemment un acte de commerce : elle devient donc nécessairement commerciale par cela seul qu'elle divise son capital en actions; 3° il est de l'essence de la société civile d'être basée sur l'*intuitus personæ;* or la cessibilité des actions fait précisément disparaître ce caractère fondamental de toute société civile; 4° enfin cette cessibilité, alors surtout qu'elle s'effectue par la simple remise du titre, lorsqu'il s'agit de valeurs au porteur, est contraire aux règles du Code civil en matière de cession de droits incorporels.

5742. — La première de ces objections nous paraît devoir être facilement écartée par la seule considération que nous invoquons plus haut, sur le principe de la liberté des conventions. Au surplus, la loi elle-même prévoit l'émission d'actions par les sociétés civiles (V. *suprà*, n. 1954).

5743. — Nous ferons la même réponse en ce qui concerne la troisième de ces objections tirée de l'*intuitus personæ*, qui doit être le fondement de toute société civile. Pourquoi les parties en formant une société ne pourraient-elles point convenir que leurs droits respectifs dans cette société pourront se transmettre à des associés nouveaux venant prendre leurs lieu et place en acquérant leurs actions? Et si rien ne s'oppose à un semblable accord, on doit bien reconnaître qu'en acceptant la division du capital en actions, les futurs associés admettent par là même tacitement cette substitution d'associés nouveaux aux associés anciens (V. art. 1861 à 1868, C. civ.).

5744. — Reste alors la double objection tirée, d'une part, de ce que l'émission d'actions est un acte de commerce et, d'autre part, de ce que la cession par voie d'endossement ou par la seule remise du titre est contraire aux règles du droit civil sur la cession des droits incorporels. Sur le premier point, nous répondrons que la nature civile ou commerciale d'une société se déterminant par l'objet même de cette société (V. *suprà*, n. 5728), nous ne voyons point qu'on puisse soutenir, l'émission d'actions par une société n'étant évidemment pas son objet, que le fait par une société civile d'émettre des actions en ferait une société commerciale. Quant au second, nous ferons observer que les actions des sociétés civiles peuvent être déclarées librement cessibles suivant les formes commerciales. En principe, un associé ne peut, sans le consentement de ses coassociés, céder tout ou partie de ses droits dans une société civile à une personne qui prendrait sa place (C. civ., art. 1861). Mais la loi permet la cession avec le consentement des associés. Or, ce consentement peut être donné, soit à propos de chaque transmission, soit d'avance par les statuts. — Paris, 28 janv. 1868, [S. 69.2.105, P. 69.468, et la note de M. Lyon-Caen] — *Adde*, Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1861, n. 27 et s.; et l'on reconnaît généralement qu'il résulte implicitement de la division du capital en actions. — V. Pont, *Tr. des soc. civ. et comm.*, 2e éd., t. 1, n. 598; Guillouard, *Tr. des soc.*, n. 254 et 367; Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 106; et notre *C. civ. annoté*, sur l'art. 1861, n. 29. — V. cep. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Des sociétés*, 2e éd., n. 235. — D'un autre côté, même pour constater des droits de nature civile, il peut être créé des titres nominatifs ou au porteur, transmissibles comme tels suivant les formes commerciales. — V. en ce qui concerne les titres d'obligations : Cass., 7 mai 1879, [S. 79.1.421, P. 79.1087]; — Cass., Turin, 16 juill. 1897 et Cass. Rome, 1er févr. 1898, [S. et P. 99.4.13] — *Adde*, Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 420. — Les actions des sociétés civiles peuvent donc être stipulées négociables suivant les formes commerciales.

5745. — En un mot, le système que nous soutenons peut se résumer en disant que sous l'empire de la loi de 1867, une société, bien qu'ayant un objet civil, pouvait, au lieu de se constituer dans les formes et sous les conditions indiquées au Code civil, adopter pour sa constitution la forme commerciale de la commandite ou de l'anonymat et diviser son capital en actions. Ce système était depuis longtemps consacré par une imposante jurisprudence : c'est également en sa faveur que se prononçaient et se prononcent encore aujourd'hui la très-grande majorité des auteurs. — Cass., 27 mars 1866, Denis, [S. 66.1.211, P. 66.541, D. 66.1.428]; — 21 oct. 1895, Favier, [S. et P. 98.1.43, D. 96.1.417] — Paris, 15 févr. 1868, Millaud, [S. 68.2.329, P. 68.1223, D. 68.2.208] — Dijon, 19 mars 1868, Soc. de Bonnevie, [S. 68.2.333, P. 68.1231] — Paris, 17 août 1868, De Preigne, [S. 68.2.329, P. 68.1223, D. 68.2.192]; — 8 mars 1889, Liquid. de la soc. du canal interocéan. de l'isthme de Panama, [S. 89.2.225, P. 89.1.1218, D. 90.2.233] — *Sic*, Duvergier, n. 485; Troplong, t. 1, n. 143 et 328; Molinier, t. 2, n. 512; Alauzet, t. 11, n. 512; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 190 et s.; Pont, t. 1, n. 104 et s.; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 26, n. 218 et s.; Boistel, n. 165 *bis*; Vavasseur, t. 1, n. 7 et 11; Deloison, t. 1, n. 14; Dreyfus, p. 103; Houpin, t. 1, p. 230, n. 278; Rousseau, t. 1, n. 1075. — V. Cass., 8 nov. 1892, Soc. des lignes ferrées intern. des Alpes, [S. et P. 93.1.32, D. 93.1.78]

5745 *bis*. — Mais à quels signes reconnaîtra-t-on qu'une société qui a émis des actions s'est constituée sous la forme civile ou sous la forme commerciale anonyme? C'est là une question de fait et d'appréciation. Il a été jugé, à cet égard, que constitue une société anonyme la société ayant un objet civil, qui n'est désignée par les noms d'aucun des associés, mais par une dénomination tirée de l'objet de l'entreprise, dont le capital est divisé en actions d'une valeur égale, cessibles par voie de transfert, et dont les statuts portent que la société n'est pas dissoute par le décès d'un ou plusieurs associés, que les associés ne seront tenus à aucun appel de fonds ni à aucune responsabilité, et que les tiers ne pourront exercer leurs droits que sur l'actif social, encore bien que les statuts ajoutent que tous actes portant engagement au nom de la société devront contenir textuellement cette disposition, à défaut de quoi les membres qui les auront signés ou autorisés en seront seuls responsables. En conséquence, la société dont il s'agit est nulle, si elle n'a pas été constituée et publiée conformément aux lois des 24 juill. 1867 et 1er août 1893. — Besançon, 27 mars 1903, Schlumberger, [S. et P. 1904.2.89] — La cour de Besançon fait résulter l'adoption de la forme anonyme des circonstances ci-après : 1° désignation de la société par l'objet de l'entreprise, comme la société anonyme (C. comm., art. 29 et 30) ; 2° division du capital en actions cessibles par un transfert sur les registres sociaux ; 3° continuation de la société malgré la mort de l'un des associés, contrairement à l'art. 1865; 4° limitation de la responsabilité des associés au montant de leur intérêt dans la société. La circonstance que les statuts de la société civile ont emprunté diverses formes de la société anonyme, comme l'adoption d'une dénomination, l'organisation d'un conseil d'administration et d'assemblées générales d'actionnaires, est insuffisante pour faire attribuer à la société le caractère anonyme. La division du capital en actions

n'implique pas non plus l'existence d'une société anonyme, puisque, comme nous venons de le dire, il n'existe aucune loi interdisant la création d'actions dans les sociétés civiles. L'argument tiré de l'art. 1865, C. civ., d'après lequel « la société finit... par la mort naturelle de quelqu'un des associés », est sans valeur. Si en principe, la société finit par la mort de l'un des associés, l'art. 1868 permet de stipuler que la société continuera avec les héritiers. Une stipulation expresse n'est même pas indispensable. — V. *Suppl.*, v° *Société civile*, n. 210 et s. — La volonté des associés de former une société civile soumise aux dispositions du Code civil, et non une société anonyme régie par le Code de commerce et par les lois de 1867 et de 1893, résulte pour nous de l'ensemble des stipulations des statuts, et notamment de ce double fait : 1° que les associés ont déclaré expressément constituer une société civile particulière; 2° que la clause limitant la responsabilité des associés devait, pour produire ses effets à l'égard des tiers, être rapportée dans les actes portant engagement au nom de la société. La décision de la Cour de Besançon, qui attribue le caractère anonyme et commercial à la société constituée dans ces conditions, ne nous paraît donc pas fondée. L'adoption de la société anonyme n'est soumise à aucune formule sacramentelle. Mais, lorsque l'objet de la société est civil, la volonté des associés de constituer une société anonyme doit résulter d'une manière certaine et non équivoque des stipulations du pacte social. Dans le doute, on doit considérer que la société reste civile en la forme et au fond, surtout si les associés ont déclaré former une société civile.

§ 2. *Des effets juridiques de l'adoption, par une société à objet civil, de la forme commerciale.*

5746. — Si les sociétés constituées avant la loi de 1893 sont des sociétés civiles lorsque leur objet est civil, ne faut-il pas admettre cependant que la forme commerciale qu'elles ont adoptée doit exercer une certaine influence sur leur situation juridique, et entraîner l'application à ces sociétés d'un certain nombre de dispositions de la loi commerciale? On paraît d'accord en jurisprudence pour résoudre cette question par une distinction entre les règles de fond et les règles de forme des sociétés de commerce, les secondes seules étant reconnues applicables aux sociétés civiles qui ont revêtu la forme commerciale. — Cass., 28 janv. 1884, De Marc et Donnat, liquid. de la soc. des charbonnages du Nord, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147, et la note de M. Lyon-Caen, D. 84.1.145] — Mais c'est un critérium qui ne va pas sans soulever dans l'application de sérieuses difficultés, ainsi qu'on le verra.

5747. — Un autre critérium a été proposé par M. Thaller (*Traité*, 3e éd., n. 747), qui divise les prescriptions de la loi des sociétés en dispositions interprétatives de volonté, et prescriptions relevant de l'ordre public; les premières seules seraient susceptibles d'être étendues aux sociétés à objet civil et à forme commerciale. La distinction est ingénieuse; nous en signalerons chemin faisant certaines applications.

1° *Qualité de commerçant et ses conséquences.*

5748. — Les règles qui tiennent à la qualité de commerçant sont incontestablement des règles de fond, et aussi des dispositions d'ordre public. Aussi s'accorde-t-on à admettre que les sociétés civiles à forme commerciale ne sauraient ni y être soumises, ni s'en prévaloir. C'est ainsi, tout d'abord, qu'elles ne sont pas obligées de tenir des *livres de commerce*. — Houpin, t. 1, n. 278; Vavasseur, t. 1, n. 352; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1079; Thaller, n. 746.

5749. — ... Et ne peuvent être déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire. — Cass., 28 janv. 1884, précité. — Paris, 14 avr. 1883, De Marc, Galitzin et autres, [D. 84.2.127]; — 10 juill. 1894 (Sol. impl.), [S. et P. 96.2.57 et la note de M. Wahl] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 8, n. 1136; Pic, *Faill. des soc.*, p. 7 et s. — V. *suprà*, v° *Liquidation judiciaire*, n. 94.

5750. — C'est ainsi également qu'elles sont justiciables des tribunaux civils et non des tribunaux de commerce. — Cass., 21 juill. 1873 (Sol. impl.), [S. 73.1.456, P. 73.1159] — 28 mars 1887, Simon, dir. de l'École de dressage de Séez, [S. 88.2.231, P. 88.1.1227] — Paris, 8 mars 1889, précité. — Trib. civ. Seine, 4 févr. 1889, Cottu et de Montdésir, [S. 89.247, P. 89.1.237]

2° *Personnalité morale.*

5751. — La jurisprudence qui considère les sociétés purement civiles, comme des personnes morales (V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 517 et s.), devait à plus forte raison reconnaître cette personnalité aux sociétés civiles à forme commerciale. — Bestel, n. 167; Aubry et Rau, t. 1, p. 188, § 54, et t. 4, p. 546, § 377; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 132 et 1084; Lyon-Caen, notes sous Paris, 18 déc. 1885, [S. 87.2.121, P. 87.1.674], et sous Cass., 23 mai 1887, [S. 88.1.161, P. 88.1.380]; Pont, t. 1, n. 124, *in fine*; Ruben de Couder, v° *Soc.*, n. 97; Thaller, n. 298; De Casteras, *Soc. civ. à forme comm.*, p. 61; Vandermotte, *De l'organis. des soc. civ. dans leurs rapp. avec les tiers*; Dreyfus, p. 84. — V. aussi Masset, *Soc. civ. à forme commerc.*; Bouquillard, *Soc. civ. à forme comm.* — *Contrà*, Houpin, t. 1, n. 14; Guillouard, n. 23; Laurent, t. 26, n. 221.

5752. — Jugé, à cet égard, qu'une société civile à forme commerciale constituant une personne morale dont l'existence persiste jusqu'à sa liquidation, le droit de mutation et de transcription auquel donne lieu la vente des immeubles de cette société à une société nouvelle entièrement distincte est dû pour la totalité du prix, encore que cette société nouvelle soit composée en majeure partie des membres de l'ancienne; il n'y a pas lieu de déduire du prix de vente, pour la perception des droits de mutation, une part proportionnelle à la part de nouveaux associés dans l'ancienne société. — Cass., 3 févr. 1868, Saint-Saloi, [S. 68.1.185, P. 68.421, D. 68.1.225]

5753. — En tout cas, les sociétés civiles établies sous forme de sociétés à capital variable sont incontestablement des personnes morales (art. 53). — V. *infrà*, v° *Sociétés coopératives*.

3° *Constitution et fonctionnement des sociétés. Formalités constitutives, publicité, responsabilité.*

5754. — Il semble bien que les formalités constitutives prescrites par la loi de 1867 (souscription intégrale, versement du quart, etc.) doivent être imposées aux sociétés civiles qui adoptent la forme commerciale. Et il en doit être de même, par identité de motifs, des règles de publicité. D'une part, en effet, ces conditions touchent plutôt à la forme qu'au fond, et, d'autre part, les principes d'ordre public, qui ont fait édicter ici un ensemble de formalités rigoureuses, ont aussi bien leur raison d'être en matière de sociétés civiles que de sociétés commerciales, dès l'instant que les associés ont entendu profiter des avantages de la forme commerciale.

5755. — I. *Publicité.* — Jugé, en ce sens, qu'une société qui a pour objet un établissement d'enseignement secondaire est assujettie à la publicité prescrite par les art. 55 et s. de la loi de 1867, si elle s'est constituée sous forme de société commerciale. — Toulouse, 23 mars 1887, Fages, [D. 87.2.233] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1083; Vavasseur, t. 1, n. 352; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 192; Dreyfus, p. 146; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 1022. — V. cep. Rouen, 16 juin 1890, Morin et joints, [S. et P. 92.2.309]

5756. — Si l'on admet cette solution, il faut décider que l'acte de société doit être déposé au greffe du tribunal de commerce, et non à celui du tribunal civil. Il n'existe, en effet, aucun lien nécessaire entre le lieu du dépôt et la juridiction. Nous en trouvons la preuve dans ce fait que la loi exige également le dépôt au greffe de la justice de paix, alors cependant que ce magistrat est radicalement incompétent en matière commerciale. — De Casteras, p. 69; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1083.

5757. — II. *Formalités constitutives.* — Il a été jugé, par application du même principe, que les sociétés civiles qui se sont constituées sous forme de sociétés anonyme ou de commandite par actions, sont soumises à toutes les conditions requises par la loi de 1867 pour la validité des sociétés commerciales par actions. — Toulouse, 23 mars 1887, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1083; Vavasseur, t. 1, n. 352; Dreyfus, p. 147; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 191; De Casteras, p. 77; Houpin, t. 1, n. 278.

5758. — ... Spécialement, que les sociétés civiles à forme anonyme ne sont valablement constituées qu'autant qu'elles ont observé l'art. 1 de la loi de 1867 prescrivant la souscription intégrale du capital social et le versement du quart sur chaque action. — Toulouse, 23 mars 1887, précité. — Trib. Lille, 15 juin 1885, [*Rev. des soc.*, 85.552]

5759. — ... Qu'une société civile, constituée sous la forme anonyme (dans l'espèce, une société de mines), est soumise aux prescriptions de la loi du 24 juill. 1867, spécialement en ce qui concerne les formes de la vérification des apports. — Trib. Seine, 20 juill. 1886, sous Paris, 21 mai 1892, Soc. des mines d'Haminate, [S. et P. 92.2.270, D. 92.2.325]

5760. — ... Qu' il importe peu que les statuts de la société ne se réfèrent expressément qu'à certaines dispositions de la loi du 24 juill. 1867 (sans faire mention des dispositions relatives à la vérification des apports). — Trib. Seine, 20 juill. 1886, précité.

5761. — ... Qu'il est nécessaire d'observer les prescriptions de la loi de 1867, en ce qui concerne la nomination des commissaires de surveillance par la première assemblée générale. — Toulouse, 23 mars 1887, précité.

5762. — Jugé toutefois, en sens contraire, que les sociétés civiles à forme commerciale n'ont pas à se soumettre aux formalités constitutives prescrites par la loi de 1867, notamment en ce qui concerne le versement préalable du quart sur chaque action, et alors même qu'il serait imposé par une clause des statuts, s'il n'est pas expressément requis à peine de nullité. — Aix, 11 janv. 1887, Chauvier et Masséna, duc de Rivoli, [D. *Rép., Suppl.*, v° *Soc.*, n. 2139] — V. aussi Rousseau, t. 1, n. 1073.

5763. — Quelques auteurs distinguent. Ainsi, M. Thaller (n. 748), tout en décidant en principe que les sociétés civiles à forme par actions ne sont point soumises aux prescriptions de la loi de 1867, fait exception pour le cas où les statuts eux-mêmes en imposeraient l'observation. En pareil cas, dit-il, la loi de 1867 n'aura pas sans doute *autorité légale*, mais elle aura force de *contrat*.

5764. — III. *Responsabilités légales.* — Plus discutée encore est la question de savoir si la responsabilité civile ou pénale des fondateurs et administrateurs d'une société civile à forme commerciale doit s'apprécier d'après le droit commun, ou au contraire d'après les règles spéciales formulées par la loi de 1867. Toutefois, la jurisprudence, considérant comme exorbitantes et d'une rigueur exceptionnelle les prescriptions de ladite loi, a une tendance très-marquée à en écarter l'application et à se référer au droit commun. — Cass., 25 juin 1900, [S. et P. 1900.1.329]

5765. — Jugé, en ce sens, que la *solidarité*, édictée en matière de société commerciale, est exclue des sociétés civiles, à moins de conventions contraires. En conséquence, un tribunal ne saurait condamner solidairement les fondateurs d'une société envers les tiers, sans s'expliquer sur la commercialité de la société, ou sans constater que les fondateurs ont pris, vis-à-vis des tiers, un engagement solidaire, ou qu'ils ont commis une faute commune, d'où pourrait résulter la solidarité. — Cass., 7 avr. 1886, Chabrier du Goll, [S. 89.1.463, P. 89.1.1161, D. 86.1.420]; — 21 oct. 1895, Favier, [S. et P. 98.1.43, D. 96.1.417] — Orléans, 28 juill. 1887, Chabrier du Goll, [S. 90.2.42, P. 90.1.231, D. 88. 2.258] — Trib. Lille, 15 juin 1885, précité. — *Contrà*, Toulouse, 23 mars 1887, précité. — Thaller, n. 748.

5766. — La responsabilité solidaire ne pourrait être encourue par les fondateurs et administrateurs d'une pareille société qu'à raison d'une faute commune. — Orléans, 28 juill. 1887 (sol. implic.), précité.

5767. — Par suite, il n'y a pas lieu de leur appliquer la solidarité, lorsque la condamnation qu'ils encourent est prononcée, non à titre de dommages-intérêts pour réparation d'une faute, mais à titre de restitution du prix d'une chose indûment vendue et livrée, par suite d'une erreur ou d'un vice de consentement. — Même arrêt.

5768. — Jugé de même que, les sociétés à objet civil constituées sous la forme anonyme avant la loi de 1893 n'ayant point perdu le caractère de sociétés civiles, la responsabilité, envers un obligataire de la société, des fondateurs et associés, à raison de la nullité, à eux imputable, de la société, restait soumise au droit commun, et n'était pas régie par l'art. 42, L. 24 juill. 1867, applicable seulement aux sociétés commerciales. — Cass., 21 oct. 1895, précité.

5769. — Dans ce cas, les juges du fond limitent à bon droit l'importance des dommages-intérêts au montant des versements effectués par l'obligataire, lorsqu'ils déclarent, en fait, que la créance de celui-ci n'a de cause légitime que dans cette mesure, qui correspond, en même temps, au préjudice qu'il a éprouvé. — Même arrêt.

5770. — Mais la constatation que le capital d'une société civile constituée sous la forme anonyme était fictif, que les apports étaient nuls et que la vérification en a été dérisoire, que les rapports ayant servi de base à leur approbation ont été dolosifs, que l'apparente mise en commun d'une chose devant être l'objet de la société n'a été qu'un moyen employé par les associés pour forcer la confiance et la crédulité des tiers, et qu'enfin l'entreprise a été frauduleuse et a abouti à un désastre, suffit pour justifier la condamnation à des dommages-intérêts prononcée contre les fondateurs envers un obligataire de la société, par application des art. 1382 et s., C. civ. — Même arrêt.

5771. — Jugé également, dans le même sens : 1° Que les dispositions des art. 15 et 45 de la loi de 1867 qui frappent des peines de l'escroquerie certaines fraudes commises en matière de sociétés anonymes, étant exceptionnelles en ce qu'elles punissent des faits qui peuvent ne pas présenter tous les caractères du délit d'escroquerie, doivent être restreintes aux hypothèses qui rentrent directement dans les prévisions de la loi et ne sauraient être étendues aux sociétés civiles à forme commerciale, notamment aux sociétés civiles anonymes d'assurances sur la vie. — Cass., 28 nov. 1873, Jarry, [S. 75.1.281, P. 75. 660, D. 74.1.441]; — 9 mai 1879, Cassin, [S. 79.1.329, P. 79.803, D. 79.1.315] — Trib. Seine, 25 nov. 1892, [*Rev. des soc.*, 93.140] — Trib. Toulouse, 30 déc. 1895, [*J. des soc.*, 96.284] — *Sic*, Bédarride, t. 1, n. 321 ; Vavasseur, t. 1, n. 13. — *Contrà*, Alauzet, t. 1, n. 277; Beslay, t. 5, n. 71; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1085 *bis;* Lyon-Caen, note sous Cass., 28 nov. 1873, précité; Mathieu et Bourguignat, n. 260; Pont, t. 1, n. 97; Houpin, *J. des soc.*, 1891.512.

5772. — ... 2° Que, le mode de représentation des actionnaires admis par l'art. 17 de la loi de 1867 étant une exception au principe du droit commun d'après lequel « nul en France ne plaide par procureur », son application doit être restreinte aux sociétés pour lesquelles a statué la loi de 1867, c'est-à-dire aux seules sociétés de commerce. — Trib. Seine, 8 avr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.379]

4° Rapports des associés entre eux.

5773. — Le principe de la liberté des conventions doit recevoir son application tant que les tiers ne sont pas en cause; par suite, les rapports des associés entre eux, notamment au point de vue de la contribution aux dettes sociales, doivent être réglés d'après la forme commerciale qui a été choisie. Si les associés ont fait choix de la forme anonyme ou en commandite, l'associé administrateur ne pourra faire contribuer au passif social les commanditaires ou les actionnaires que dans les limites de leur apport. — Vavasseur, t. 1, n. 344; Brésillon, note sous Toulouse, 23 mars 1887, [D. 87.2.234]; Dreyfus, p. 109.

5774. — D'autre part, les actions émises par les sociétés civiles à forme commerciale sont cessibles dans les mêmes conditions que celles des sociétés de commerce. Jugé en ce sens que la cession d'actions nominatives d'une société civile s'opère en vertu du transfert inscrit sur les registres sociaux : il n'importe même que le transfert ne soit pas signé par le cédant, s'il est accompagné d'une lettre de celui-ci l'autorisant. — Lyon, 8 août 1873, Rapp, [S. 74.2.105, P. 74.473, D. 74.2.201] — Cette solution ne saurait être sérieusement contestée. Ainsi que le fait observer M. Thaller (n. 748), « la faculté de négocier un droit incorporel suivant les voies commerciales peut être insérée dans tous les titres de créances civils ou commerciaux. C'est une règle rentrant dans l'autonomie des contractants ».

5° Rapports des associés avec les tiers ayant contracté avec la société.

5775. — Doit-on, pour déterminer la mesure dans laquelle les associés d'une société civile à forme commerciale peuvent être engagés vis-à-vis des tiers qui auraient traité avec la société dont ils faisaient partie, se reporter aux règles du droit civil ou à celles du droit commercial? Il suffit pour comprendre l'importance de la question de se rappeler combien ces règles sont différentes. Dans la société civile, il y a pour chaque associé : responsabilité personnelle, *pro parte virili*, et dans une mesure indéfinie vis-à-vis des tiers ayant traité avec la société; responsabilité intégrale de l'associé qui a traité en son nom personnel ou même s'il n'avait pas pouvoir des coassociés, au nom de la

société, sauf alors l'action « *de in rem verso* » contre les associés restés étrangers à la convention.

5776. — Dans la société commerciale, au contraire, chaque associé, actionnaire ou commanditaire, n'est tenu que dans la mesure de son apport, les tiers contractants ayant seulement sur le fonds social un droit de préférence à l'encontre des associés et de leurs créanciers personnels. L'intérêt de la question est donc considérable; quant à la solution, il y a controverse. Mais il convient avant de l'examiner d'éliminer certains points non controversés.

5777. — Il est certain, tout d'abord que les associés, membres d'une société civile, peuvent, par une convention spéciale avec les créanciers, stipuler qu'ils ne seront tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence du montant de leur mise; en d'autres termes, que le créancier n'aura d'action que sur les biens sociaux, et non sur les biens personnels des associés en dehors de leur mise. — Cass., 21 févr. 1883, Chatillon, [S. 84.1.361, P. 84.1.929, D. 83.1.217]; — 26 juin 1900, Schabawer, [S. et P. 1900.1.329, D. 1900.1.592] — Douai, 18 juin 1883, sous Cass., 2 juill. 1884, Beaucourt, [S. 86.1.169, P. 86.1.394] — *Sic*, Pont, t. 1, n. 662; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1076; Dreyfus, p. 109.

5778. — Une pareille convention n'a même pas besoin d'être expressément formulée; elle peut s'induire de l'ensemble des accords spéciaux intervenus entre *certains* créanciers et la société. Ainsi, les juges du fait, saisis de l'interprétation d'un contrat intervenu entre les administrateurs d'une société civile et un créancier de cette société, peuvent, appréciant souverainement cette convention et interrogeant son texte et son esprit, déclarer que les parties ont eu en contractant l'intention de déroger à l'art. 1863, C. civ., alors d'ailleurs que cette interprétation ne dénature le sens clair et précis d'aucune des clauses du contrat. — Cass., 21 févr. 1883, précité.

5779. — Jugé même que les obligataires d'une société civile, qui ont accepté des titres d'obligations où se trouve expressément constaté le caractère anonyme de la société, doivent être réputés avoir renoncé conventionnellement au bénéfice de l'art. 1863, C. civ. — Trib. Seine, 9 avr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.505]

5780. — Il est très-généralement admis, à l'inverse, que, dans les sociétés civiles qui, *sans se constituer sous forme de société commerciale*, ont divisé leur capital social en actions, la clause qui restreint les obligations des associés, telles qu'elles sont déterminées par la loi civile, est inopposable aux tiers, qui n'ont pas *spécialement* consenti à une limitation de leurs droits. — Cass., 21 févr. 1883, précité. — *Sic*, Pont, t. 1, n. 656, et *Rev. crit.*, t. 4, p. 524; Guillouard, n. 242; Dreyfus, p. 170; Vavasseur, t. 1, n. 345, et *Rev. des soc.*, 1883.393. — *Contra*, Labbé, note sous Cass., 21 févr. 1883, précité, [S. et P. *loc. cit.*] — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1078.

5781. — Jugé, en ce sens, que la clause de l'acte constitutif d'une société civile portant qu' « aucune solidarité n'existe entre les actionnaires qui ne pourront être soumis à aucun appel de fonds au delà du montant de la valeur d'émission de leurs actions », ne peut être opposée aux créanciers de la société par un actionnaire pour limiter sa responsabilité au montant de sa mise que si, dans les engagements contractés, l'obligation de l'actionnaire a été spécialement restreinte sur le pied de sa part dans la société, conformément à l'art. 1863, C. civ. — Douai, 23 mars 1878, Lefevre, [S. 78.2.305, P. 78.1255, D. 79.2.109] — Bruxelles, 2 févr. 1882, Delloye et Cie, [D. 83.2.1]

5782. — Et il importe peu que les créanciers (des associés, dans l'espèce), aient connu ou pu connaître ladite clause des statuts, cette connaissance ne pouvant suppléer la déclaration spéciale exigée par ledit art. 1863. — Douai, 23 mars 1878, précité.

5783. — D'après d'autres statuts, la clause de l'acte constitutif d'une société civile non revêtue de la forme anonyme, portant qu' « il n'existe aucune solidarité entre les associés, lesquels ne sont engagés que pour le montant des actions qu'ils souscrivent », ne serait pas complètement dénuée d'effet. Elle devrait être entendue, non pas en ce sens que les associés seraient affranchis de toute responsabilité personnelle à raison des pertes sociales qui excéderaient leurs apports, mais en ce sens seulement que cette responsabilité, au lieu d'être encourue par chaque associé pour sa part virile, conformément à l'art. 1863, serait pour chacun d'eux proportionnelle au nombre et au montant de ses actions. — Lyon, 8 août 1873, précité. — Paris, 23 juin 1882, [*J. des soc.*, 83.133] — Douai, 23 août 1882, Caplain ès-qualité, [D. 85.2.105]; — 24 déc. 1883, *Ibid.* — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 344; Buchère, *Valeurs mobilières*, n. 447.

5784. — Jugé également que la clause portant que « la société se compose d'un nombre déterminé d'actions *exemptes d'aucun appel de fonds* », s'applique à la limitation du capital social, et signifie seulement que le capital est irrévocablement fixe, et non pas que les actionnaires sont affranchis de la responsabilité des emprunts contractés en personne ou par mandataires. — Douai, 18 juin 1883, précité. — Une pareille décision rentre, en tout cas, dans les limites du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fait. — Cass., 2 juill. 1884, précité.

5785. — La question est plus douteuse dans le cas où la société civile a revêtu une forme commerciale, alors surtout que les statuts sociaux qui limitent la responsabilité des associés au montant de leurs apports ont été publiés conformément à la loi de 1867. En effet, les tiers sont avertis par la publicité : ils contractent en connaissance de cause, et, dès lors, ils ne peuvent se plaindre si les associés leur opposent les clauses des statuts qu'ils ne devaient pas ignorer. — Lyon, 8 août 1873, Rapp, [S. 73.2.105, P. 74.473, D. 74.2.201] — Toulouse, 23 mars 1887, Fages, [D. 87.2.233] — Trib. Seine, 26 déc. 1895, [*J. des soc.*, 96.371] — Marseille, 21 févr. 1896, [*J. des soc.*, 98.331] — Rouen, 27 déc. 1899, [*J. des soc.*, 1900.306] — *Sic*, Alauzet, t. 1, p. 332; Labbé, note sous Cass., 21 févr. 1883, [S. 84.1.361, P. 84.1.929]; Laurent, t. 26, n. 218; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1077 *bis*; Pont, t. 1, n. 123; Vavasseur, t. 1, n. 352; Houpin, t. 1, n. 278; Thaller, n. 753.

5786. — Cette solution a l'avantage d'être la plus équitable. La responsabilité *in-infinitum* place les actionnaires dans une situation très-périlleuse, et tout à fait imprévue pour la plupart d'entre eux. Qui dit *action*, dit responsabilité *limitée*, et c'est méconnaître la loi implicite du contrat de souscription que de réclamer à l'actionnaire plus que son apport. Vainement objectet-on l'art. 2092, d'après lequel les débiteurs sont tenus sur leur patrimoine entier. Cette disposition, en effet, n'est pas d'ordre public, et rien n'empêche le débiteur de limiter par avance l'étendue de son obligation, et d'assigner, par exemple, à son créancier telle fraction de son patrimoine comme gage; or cette limitation est précisément sous-entendue dans toute souscription d'actions. — Mêmes auteurs.

5787. — La Cour de cassation décide cependant, en sens contraire, qu'avant la loi du 1er août 1893, les fondateurs d'une société civile, tenus envers les créanciers sociaux pour une somme et part égales par application de l'art. 1863, C. civ., n'étaient pas fondés à invoquer la forme anonyme par eux donnée à cette société pour restreindre dans les limites de leurs mises leur responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux; que cette responsabilité est restée soumise au droit commun. — Cass., 21 oct. 1895, Favier, [S. et P. 98.1.43, D. 96.1.417] — Rouen, 16 juin 1890, Morin et joints, [S. et P. 92.2.309] — Riom, 5 janv. 1893, [*Rec. Riom*, 92-93.193] — Trib. civ. Seine, 9 avr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.505]

5788. — En conséquence, chaque associé est tenu indéfiniment pour sa part dans les dettes sociales. — Rouen, 16 juin 1890, précité. — Il importe peu que les statuts sociaux aient limité la contribution de chaque associé aux dettes de la société au montant de son apport; cette stipulation, licite entre associés, est sans valeur à l'égard des tiers qui n'ont pas accepté, par une convention spéciale, cette dérogation au droit commun. Même arrêt. — Il importerait même peu que les statuts de la société eussent été publiés conformément aux prescriptions de la loi du 24 juill. 1867, la publication des statuts, qui n'est pas prescrite pour les sociétés civiles, n'ayant pu modifier les droits des tiers au regard des associés. — Même arrêt. — V. aussi Brésillon, note sous Toulouse, 23 maars 1887, précité.

5789. — A plus forte raison les fondateurs ne peuvent-ils invoquer à cet effet une clause des statuts sociaux, portant que toutes les actions seront au porteur et que les actionnaires ne seront responsables qu'à concurrence du montant de leurs actions, lorsque la société est annulée comme frauduleusement constituée; en pareil cas, les statuts ne sont pas opposables par ceux-là mêmes qui ont été les auteurs ou les complices de la fraude. — Cass., 21 oct. 1895, précité.

5790. — Jugé, dans le même sens, que pour les sociétés civiles qui ont pris la forme anonyme antérieurement à la loi du 1er août 1893, la responsabilité des associés vis-à-vis des tiers

reste soumise au droit commun, tel qu'il est déterminé par l'art. 1863, C. civ.; mais il est loisible aux tiers créanciers de renoncer au bénéfice de cet article. — Cass., 26 juin 1900, Schabawer, [S. et P. 1900.1.329, D. 1900.1.592]

5791. — Cette renonciation peut résulter de ce que le créancier a connu les conditions de la constitution de la société, qu'il a traité avec le président du conseil d'administration agissant en cette qualité, et de ce que sa correspondance indique qu'il savait avoir pour débiteur une société anonyme, et qu'il serait payé sur ses bénéfices futurs. — Même arrêt.

6° Dissolution et liquidation de la société.

5792. — Les causes de dissolution doivent être ici déterminées d'après la forme commerciale que la société a adoptée. On ne concevrait pas que, dans une société civile à forme anonyme, les causes de dissolution procédant de l'*intuitus personæ* pussent être invoquées. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1086. — Sur les causes de dissolution des sociétés commerciales et leur liquidation, V. *suprà*, n. 431 et s., 564 et s.

5793. — En ce qui concerne la *prescription* quinquennale de l'art. 64, au contraire, l'opinion dominante est qu'elle n'a été édictée que pour les sociétés commerciales et ne saurait être étendue aux sociétés civiles à forme commerciale. — Cass., 28 janv. 1884, De Marc et Donnat, Liquid. Soc. des charbonnages du Nord, [S. 86.1.465, P. 86.1.1147, D. 84.1.145] — Toulouse, 28 mars 1887, [*J. des soc.*, 88.2] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1088; Lyon-Caen, note sous Cass., 28 janv. 1884, [S. et P. *loc. cit.*]; Houpin, t. 1, n. 215, et t. 2, n. 962. — *Contrà*, Pont, t. 2, n. 2003; Thaller, n. 748. — Sur la prescription quinquennale, V. *suprà*, n. 899 et s.

Section II.

Des sociétés à objet civil et à forme commerciale constituées depuis la loi de 1893.

§ 1. *A quelles sociétés s'applique l'art. 68.*

5794. — La commercialisation établie par l'art. 68 (V. *suprà*, n. 5730) s'applique incontestablement à toutes les sociétés à objet civil qui se constituent sous forme de société anonyme ou de commandite par actions.

5795. — Pour les sociétés, qui, au contraire, adoptent la forme de la *commandite simple*, il y a controverse. Une fraction importante de la doctrine décide que ces sociétés demeurent soumises au régime ancien. En effet, d'une part, les travaux préparatoires de la loi de 1893 ne paraissent avoir visé que les commandites par actions. D'autre part, la forme par actions est la forme commerciale par excellence, c'est celle qui se prête le mieux aux spéculations, et qu'il importe le plus de réglementer étroitement dans un intérêt supérieur de crédit public et de protection pour l'épargne; on s'explique donc fort bien que les sociétés *par actions* aient été, de par la volonté du législateur, déclarées commerciales, abstraction faite de leur objet, et que le droit commun ait continué à s'appliquer aux sociétés civiles, commercialisées sous un autre type. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 51; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc. en gén.*, n. 39; Thaller, n. 758.

5796. — Dans un second système, au contraire, on assimile la commandite simple à la commandite par actions. L'art. 68 en effet parle de la *commandite*, sans rien spécifier, et l'interprète n'a pas le droit d'ajouter au texte, et d'en restreindre arbitrairement la portée. — Perrin, *Les soc. par act.*, p. 25; Bouvier-Bangillon, p. 26; Rousseau, t. 1, n. 1087.

5797. — Sont également commerciales, quel que soit leur objet, les sociétés à capital variable qui se constituent sous la forme anonyme ou de la commandite. — Lyon-Caen et Renault, *Append.*, n. 46. — V. *infrà*, v° *Sociétés coopérative ou à capital variable.*

5798. — Restent au contraire civiles, alors même qu'elles ont été créées depuis la loi de 1893 : 1° Les sociétés à objet civil, ordinaires ou à capital variable, qui ont adopté la forme de la société en nom collectif ou de l'asociation en participation. — V. auteurs précités.

5799. — 2° Les sociétés civiles qui se contentent de diviser leur capital social en actions, sans d'ailleurs revêtir les formes de l'anonymat ou de la commandite. Il en est ainsi spécialement des sociétés ayant pour objet l'exploitation des charbonnages du Nord et du Pas-de-Calais. — Lyon-Caen et Renault, *Append.*, n. 64; Vavasseur, *Comm. de la loi de 1893*, p. 33; Faure, p. 144; Wahl, *J. des soc.*, 1897.241; Houpin, note sous Besançon, 27 mars 1903, Schlumberger, [S. et P. 1904.2.89] — En d'autres termes, la situation créée par la loi de 1893 aux sociétés civiles par actions est la suivante : ces sociétés peuvent se constituer suivant les formes civiles, ou suivant les formes commerciales de la commandite ou de l'anonymat. Dans le premier cas, elles restent civiles, se constituent librement, déterminent, comme elles le jugent convenable, la forme, le taux, l'émission, la libération et la transmission des actions; elles sont soumises aux principes généraux du Code civil, et notamment à l'art. 1863, en ce qui concerne la responsabilité individuelle des associés envers les tiers. Dans le second cas, elles deviennent commerciales, et sont soumises aux lois et usages du commerce, notamment, pour leur constitution et leur fonctionnement, aux lois de 1867 et de 1893. — V. en ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1084; Houpin, t. 1, n. 278, p. 231; Genevois, *Le nouveau régime des sociétés*, p. 116, 117; Rousseau, t. 1, n. 1087; Wahl, *Et. sur les soc. civ.*, etc. (*J. des soc.*, 1901, p. 244 et s.); Houpin, *loc. cit.*

5799 *bis*. — Jugé que, lorsqu'il ne résulte d'aucune disposition des statuts d'une société, qualifiée de civile dans l'acte de constitution, et ayant un objet civil, que les associés aient entendu soumettre la société au régime des lois du 24 juill. 1867 et 1er août 1893, cette société ne saurait être considérée comme une société anonyme, et, par suite, annulée pour inobservation des règles des lois de 1867 et 1893, soit parce que le capital aurait été divisé en actions de valeur égale, nominatives ou au porteur, la faculté d'émettre des actions même sous la forme au porteur n'étant pas juridiquement incompatible avec les conditions d'existence des sociétés civiles, — Montpellier, 20 mai 1903, Guinard, [S. et P. 1904.2.89, et la note de M. Houpin]; — soit parce que les statuts limiteraient la responsabilité des actionnaires au montant de leurs actions, alors qu'ils ajoutent qu'en conséquence de cette stipulation, tous actes portant engagement au nom de la société devront rapporter textuellement cette disposition des statuts, à défaut de quoi les membres qui les auront signés en seront responsables au delà de leur part sociale, en telle sorte que la limitation de la responsabilité des actionnaires n'a réellement d'effet qu'entre les associés, et n'est pas opposable aux tiers, qui, par le fait ou la faute des représentants de la société, ne l'auraient pas connue ou acceptée. — Même arrêt.

5800. — Sur ce point, toutefois, il y a controverse. On a soutenu, en effet, que le législateur de 1893 a entendu faire disparaître pour l'avenir les sociétés civiles par actions constituées en dehors des formalités protectrices édictées par la loi de 1867, et *obliger* les sociétés à objet civil qui voudraient ultérieurement se constituer sons la forme par actions à se commercialiser, en se conformant aux conditions déterminées par ladite loi de 1867. — Trib. comm. Nantes, 27 mars 1899, [*Rec. Nantes*, 1900.1.110] — *Sic*, Rousseau, t. 1, n. 1087.

5801. — Remarquons au surplus que ces diverses espèces de sociétés (sociétés en nom collectif, en commandite simple sauf controverse, sociétés par actions constituées en dehors de la loi de 1867 si la chose est possible) ont la faculté de se commercialiser dans les conditions déterminées par l'art. 7. — V. *infrà*, n. 5809 et s.

§ 2. *De la condition juridique des sociétés régies par l'art. 68.*

5802. — Ces sociétés, dit la loi, sont « commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». D'où il suit : 1° Qu'elles doivent satisfaire à toutes les formalités constitutives imposées par le Code de commerce et les lois de 1867 et 1893, sous les sanctions civiles et pénales que ces lois comportent. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 48; Houpin, t. 1, n. 278.

5803. — 2° Qu'elles sont soumises, dans leur fonctionnement, à toutes les prescriptions légales dérivant de la qualité de commerçant : obligation de tenir les livres de commerce prescrits par les art. 8 et s., C. comm., compétence commerciale tout au moins pour les contestations entre associés, prescription quinquennale, responsabilité envers les tiers déterminée d'après la loi commerciale, soumission, en cas de cessation de paiements, au régime de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

5804. — Mais faut-il aller jusqu'à dire que les actes accomplis par ces sociétés doivent être considérés *comme des actes de commerce*, ou au contraire y a-t-il lieu de décider qu'ils conservent, à raison de leur objet propre, leur caractère civil? La question est vivement controversée; sa solution présente un intérêt pratique considérable, notamment aux points de vue suivants : 1° les actions exercées par les tiers contre la société sont-elles de la compétence des tribunaux de commerce ou des tribunaux civils? 2° la preuve peut-elle être administrée par les modes commerciaux de l'art. 109, C. comm., ou seulement par écrit et dans les termes des art. 1341 et s., C. civ.? 3° le taux de l'intérêt des emprunts effectués par la société est-il libre, conformément à la loi du 12 janv. 1886, ou faut-il appliquer la loi du 3 sept. 1807 limitant ce taux à 5 p. 0/0? 4° le gage constitué par la société est-il régi par les dispositions des art. 2073 et s., C. civ., ou par celles des art. 91 et s., C. comm.? 5° enfin, les ventes mobilières et les marchés de travaux doivent-ils être, en cas de procès, enregistrés au droit proportionnel, ou seulement au droit fixe institué par la loi du 11 juin 1859? — V. Lacour, note sous Paris, 10 janv. 1894, [D. 95.2.105] et *suprà*, v^is *Acte de commerce*, *Commerçant*.

5805. — Un premier système dénie tout caractère commercial aux actes des sociétés commercialisées par la loi de 1893. Les sociétés, en effet, ont été seules déclarées commerciales par la loi nouvelle, mais le législateur ne s'est point occupé du caractère des actes de ces sociétés considérés en eux-mêmes : ces actes conservent donc leur caractère civil. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 49; Lyon-Caen, *Rev. du comm. et de l'ind.*, 1894, p. 148; Bouvier-Bangillon, p. 20, et *J. des soc.*, 1895.291; Goirand, n. 35; Lamache, *Rev. de la législ. des mines*, 1895, p. 265; De Casteras, p. 106; Pelloux, *Commercialisation des sociétés civiles*, p. 57.

5806. — Un second système soutient, au contraire, que la commercialisation des sociétés à objet civil, anonymes ou en commandite, s'étend nécessairement aux actes accomplis par ces sociétés, de telle sorte que ces actes doivent être considérés comme des actes de commerce. — Trib. comm. Seine, 28 oct. 1896, [*J. des trib. de comm.*, 98.138] — Sic, Faure, p. 42; Arthuys, *Rev. crit.*, 1897, p. 283; Houpin, t. 1, n. 278; Lacour, *loc. cit.*; Wahl, note sous Paris, 10 janv. 1894, [S. et P. 96.2.33] — Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc.*, n. 45; Thaller, n. 760.

5807. — Cette opinion s'appuie d'abord sur les travaux préparatoires de la loi de 1893, et notamment sur les rapports au Sénat et à la Chambre, qui paraissent s'être prononcés pour la compétence absolue des tribunaux de commerce (V. S. et P. *Lois annot.*, 1895, p. 576, col. 1, n. 2). D'autre part, l'esprit de la loi nouvelle, qui est de favoriser le crédit des sociétés et d'empêcher que les tiers ne soient trompés par la forme commerciale par elles adoptée, commande également cette solution. Il est certain, en effet, que le crédit des sociétés ne peut que gagner à la commercialisation de tous leurs actes, et que ce serait tromper les tiers qui ont traité avec une société commerciale que de leur enlever le bénéfice de la juridiction consulaire sur lequel ils avaient pu compter. Enfin, la logique impose cette solution. Il n'est pas plus extraordinaire de qualifier de commerciaux des actes civils que de qualifier la société elle-même de commerciale, alors que son objet est purement civil. C'est la conséquence logique de la substitution du critérium formel au critérium objectif. Nous sommes dans le domaine des fictions légales : ces fictions, pour être efficaces, doivent être admises avec toutes leurs conséquences.

5808. — M. Thaller a proposé un système intermédiaire (*Ann. de dr. commerc.*, 94.2, p. 129). Cet auteur, bien qu'admettant en principe le caractère commercial des actes accomplis par une société commercialisée, apporte à ce principe une restriction considérable en matière immobilière. Les achats et ventes d'immeubles, dit-il, constituent des actes nécessairement civils : la qualité même de la chose s'oppose à la commercialité, et le titre de commerçant de celui qui en trafique n'y peut rien changer. Cette distinction ne paraît pas fondée, car elle ne tendrait à rien moins qu'à paralyser l'efficacité de la réforme pour une classe très-importante de sociétés civiles auxquelles le législateur de 1893 a certainement songé, à savoir les sociétés immobilières (sociétés minières, de construction, d'achats et ventes d'immeubles, d'exploitations agricoles, etc.). La société étant commerciale, ses opérations doivent, par répercussion, participer de son caractère légal. — Lacour, *loc. cit.*

Section III.

Commercialisation facultative des sociétés civiles constituées antérieurement à la loi de 1893.

5809. — Cette commercialisation facultative résulte du paragraphe final de l'art. 7 de la loi de 1893 (*Disposition transitoire*) ainsi conçu : « Les sociétés civiles actuellement constituées sous d'autres formes pourront, si leurs statuts ne s'y opposent pas, se transformer en sociétés en commandite ou en sociétés anonymes par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée et réunissant les conditions tant de l'acte social que de l'art. 31 ci-dessus ».

§ 1. *Quelles sociétés ont la faculté de se commercialiser?*

5810. — Le paragraphe précité, qui autorise cette commercialisation sous les conditions ci-après indiquées, ne vise expressément que les sociétés civiles qui se sont constituées *sous une forme autre que l'anonymat ou la commandite*, par exemple, les sociétés civiles qui ont revêtu la forme de la société en nom collectif, ou qui, tout en gardant la forme civile, ont divisé leur capital en actions. Mais il est hors de doute que cette disposition doit également s'appliquer aux sociétés civiles qui étaient constituées sous forme de sociétés anonymes ou de commandite. Du moment en effet qu'une société, quelle que soit sa forme, peut se commercialiser en *devenant* société anonyme ou en commandite, *à fortiori* en est-il de même pour les sociétés qui ont toujours eu la forme, plus spécialement commerciale, de la commandite ou de l'anonymat, et qui, constituées depuis la loi de 1893 au lieu de l'avoir été antérieurement, eussent été *ipso facto* commerciales à raison même de l'adoption de cette forme. — Paris, 10 janv. 1894, Soc. des immeubles de France, [S. et P. 96.2.33, et la note de M. Wahl, D. 95.2.105 et la note de M. Lacour] — *Sic*, Goirand, p. 191; Houpin, t. 1, n. 648, et *J. des soc.*, 1895.27; Mack, *Rev. des soc.*, 1894, p. 207; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, 1894, p. 132; Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Soc.*, n. 52. — V. aussi Pelloux, *Commercialisation des sociétés civiles*; Lamache, *De la transformation des sociétés civiles et spécialement des sociétés minières* (*Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 336); Delecroix, *Questions nouvelles relatives à la transformation des sociétés civiles en sociétés anonymes* (*Rev. de législ. des mines*, mars-avr. 1897); Lyon-Caen, *Commercialisation des sociétés par actions ayant un objet civil* (*Ibid.*, juill.-août 1897).

§ 2. *Conditions de la commercialisation.*

5811. — Aux termes de l'art. 7, § 6, de la loi de 1893, deux conditions sont nécessaires pour que la société civile puisse se commercialiser. Il faut d'abord que les statuts sociaux ne s'opposent pas à cette commercialisation. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils la prévoient et l'autorisent : il suffit qu'ils ne contiennent aucune interdiction à cet égard. — Houpin, t. 2, n. 49; Bouvier-Bangillon, p. 37.

5812. — Que si les statuts s'opposent à la commercialisation, il est évident que les associés peuvent les modifier. Mais comme il s'agit ici d'une modification aux bases essentielles de la société, elle ne pourra être votée qu'à l'unanimité des actionnaires; la disposition finale de notre article qui se contente, pour la commercialisation de la société, d'une assemblée réunissant les conditions de l'art. 31, c'est-à-dire la moitié du capital social, ne saurait s'appliquer dans le cas où les statuts s'opposent à cette mesure. — Sur le caractère substantiel de la transformation du caractère juridique de la société, V. *suprà*, n. 5321 et s.

5813. — Il faut, en second lieu, qu'une assemblée générale soit spécialement convoquée à l'effet de délibérer sur la commercialisation de la société, et que cette assemblée remplisse les conditions de l'art. 31 de la loi de 1867 (réunion d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social), ou même des conditions *plus rigoureuses* que les statuts pourraient exiger.

5814. — Cette seconde condition s'applique-t-elle à toutes les sociétés qui désirent se commercialiser? L'affirmative est certaine pour les sociétés civiles qui, sans adopter intégralement une forme commerciale, se sont contentées de diviser leur capital social en actions; ce sont en effet les sociétés de cette forme hybride, fécondes en surprises fâcheuses pour les actionnaires

notamment au point de vue de l'obligation aux dettes *in infinitum* (V. *suprà*, n. 5787 et s.), que vise particulièrement le texte que nous étudions.

5815. — Même solution pour les sociétés civiles constituées sous forme de société anonyme. L'art. 31 de la loi de 1867 a en effet pour objet de réglementer les assemblées appelées à modifier les statuts dans les sociétés anonymes : il doit donc logiquement s'appliquer à la commercialisation ainsi qu'à toute autre modification que l'on voudrait apporter aux statuts sociaux. — Paris, 10 juill. 1894, précité.

5816. — Pour les sociétés civiles constituées sous forme de commandite, la question ne laisse pas que d'être délicate. Assurément, ces sociétés ne peuvent se commercialiser, non plus que modifier à tout autre point de vue leurs statuts, qu'à la condition de réunir une assemblée générale d'actionnaires. Mais il paraît difficile d'admettre que cette assemblée soit régie par l'art. 31 de la loi de 1867. Dans les sociétés en commandite, en effet, il est de principe que les statuts sont libres de réglementer comme ils l'entendent les assemblées générales, à l'exception toutefois de l'assemblée constitutive de la société, et notre paragraphe ne contient pas une disposition assez formelle pour déroger à ce principe. Il faut donc décider, semble-t-il, que la commercialisation de la société pourra être valablement votée par une assemblée tenue dans les conditions des statuts sociaux, et, en cas de silence des statuts, par une assemblée réunissant un nombre quelconque d'actionnaires. — Bouvier-Bangillon, p. 35. — V. cependant Houpin, t. 1, n. 649.

5817. — De même, l'art. 31 de la loi de 1867 ne saurait recevoir son application en matière de sociétés civiles constituées sous forme de société en nom collectif. Ici, en effet, il ne peut être question d'assemblée d'actionnaires; et, dès lors, il faut bien revenir au droit commun, aux termes duquel les statuts ne peuvent être modifiés que par l'unanimité des associés. — Houpin, t. 1, n. 649; Bouvier-Bangillon, p. 41. — *Contrà*, Faure, p. 206.

5818. — Il faut d'ailleurs, aux conditions requises par notre paragraphe, en ajouter d'autres. D'une part, en effet, les sociétés qui veulent se commercialiser doivent remplir toutes les conditions prescrites par les lois de 1867 et de 1893 pour la constitution des sociétés anonymes ou en commandite et notamment les conditions de publicité. — Mêmes auteurs.

5819. — D'autre part, une société civile dissoute ne peut évidemment se transformer en société commerciale; car, pour se transformer, il faut d'abord exister légalement; or une société dissoute n'existe plus.

5820. — On a cependant soutenu que, même après sa dissolution et tant que la liquidation n'était pas terminée, la société pouvait se transformer en société commerciale. En effet, dit-on, une société en liquidation subsiste pour les besoins de cette liquidation (V. *suprà*, n. 605 et s.); or, c'est précisément en vue de favoriser et de faciliter leur liquidation, que la loi autorise la transformation en sociétés commerciales, des sociétés civiles antérieures au régime nouveau. — Wahl, note sous Paris, 10 juill. 1894, Soc. des imm. de France, [S. et P. 96.2.58]

5821. — Mais il nous semble que ce système exagère la portée de la fiction d'après laquelle une société dissoute est censée se survivre à elle-même jusqu'à l'achèvement de sa liquidation. Cette fiction n'est applicable que dans la mesure où elle est reconnue nécessaire pour sauvegarder les droits des tiers et les intérêts des associés; or, cette nécessité n'apparaît pas en l'espèce.

5822. — En tout cas, tant que la dissolution n'est pas acquise, soit *ipso jure*, en vertu des faits spécialement prévus par la loi ou les statuts, soit par un jugement dans les cas où l'appréciation des causes de dissolution appartient aux tribunaux (C. civ., art. 1871), la transformation demeure possible.

5823. — Jugé, en ce sens que, la transformation d'une société civile en société commerciale peut être opérée, alors même que cette société est déjà en déconfiture au moment où elle décide sa transformation, son état de déconfiture ne lui enlevant pas la capacité de contracter. — Paris, 10 juill. 1894, précité. — *Sic*, Wahl, note sous cet arrêt. — Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 1025. — *Contrà*, Pelloux, *op. cit.*, p. 57.

5824. — De même, et à supposer que la perte de son capital social entraîne la dissolution de la société, et lui enlève ainsi le droit de réclamer sa transformation en société commerciale, il faut tout au moins que cette perte ait été reconnue par toutes les parties intéressées, ou judiciairement constatée. — Même arrêt.

5825. — Elle n'est pas suffisamment constatée par le bilan de la société accusant un déficit supérieur au capital social, cette situation pouvant être modifiée par une plus-value obtenue à l'aide de la réalisation de l'actif, ou par la liquidation d'une société sur laquelle la société en déconfiture possède une créance considérée peut-être à tort comme entièrement perdue. — Même arrêt.

5826. — Peu importe, d'autre part, le but dans lequel la société veut se transformer en société commerciale. La loi de 1893 ne faisant à cet égard aucune distinction, cette transformation peut s'opérer dans le but spécial de soumettre la liquidation de la société, rendue nécessaire et inévitable, aux principes et aux règles de la faillite ou de la liquidation judiciaire. — Même arrêt. — *Sic*, Arthuys, *Rev. crit.*, 1897, p. 280.

§ 3. *Des effets juridiques de la commercialisation.*

5827. — Les sociétés commercialisées dans les conditions déterminées par la loi sont, pour l'avenir, dans la même situation juridique que les sociétés à objet civil qui se sont constituées sous forme de société anonyme ou de commandite depuis la loi de 1893 et que cette loi a commercialisées de plein droit. La commercialisation produit dans les deux cas des conséquences identiques. — Sur ces effets, V. *suprà*, n. 5802 et s.

5828. — Toutefois, la commercialisation n'a pas d'effet rétroactif et ne saurait porter atteinte aux droits antérieurement acquis. Lors donc que des créanciers ont traité avec la société antérieurement à sa commercialisation, les associés demeurent obligés à leur égard chacun *pro parte virili*, dans les conditions des art. 1862 et 1863, C. civ. La volonté contraire des associés serait ici impuissante à priver ces créanciers du gage qu'ils avaient en vue en contractant et sur la foi duquel ils ont fait crédit à la société. — Mack, p. 270; Bouvier-Bangillon, p. 39; Faure, p. 205.

5829. — Mais le respect des droits acquis aux créanciers antérieurs doit-il aller jusqu'à interdire de déclarer la faillite ou la liquidation judiciaire de la société commercialisée contre le gré et au préjudice des créanciers antérieurs? Deux situations sont à distinguer. On peut supposer tout d'abord que la société dont il s'agit a des dettes commerciales, antérieures ou postérieures à sa commercialisation. La faillite, en ce cas, peut certainement être déclarée, même contre le gré des créanciers civils antérieurs, et cette faillite peut englober l'intégralité du passif social, de quelque nature que soient les dettes et à quelque époque qu'elles aient pris naissance. Cette solution, conséquence nécessaire du principe de l'unité du patrimoine et de l'indivisibilité de la faillite (principe auquel la jurisprudence ne déroge qu'exceptionnellement), est admise unanimement pour les individus commerçants; elle reçoit application, même au cas où un individu qui n'avait que des dettes civiles devient ensuite commerçant : ses créanciers civils n'ont pas de droit acquis au régime de la déconfiture et sont compris dans la faillite. Or ce qui est vrai pour les particuliers l'est également pour les sociétés commerciales. — Wahl, note précitée. — Lacour, note sous Paris, 10 juill. 1894, [D. 95.2.106] — V. aussi Pic, *Faill. des soc.*, p. 61, et note sous Paris, 4 mars 1891, [D. 92.2.281]

5830. — Supposons en second lieu que la société qui s'est commercialisée n'ait que des dettes civiles antérieures à sa commercialisation. La question de savoir si une telle société peut, à raison de sa transformation en société commerciale, se placer sous le régime de la faillite ou de la liquidation judiciaire est vivement controversée. On fait remarquer, en faveur de la négative : 1° que les créanciers civils ont un droit acquis au régime de la déconfiture; 2° qu'il est de principe qu'un débiteur, même commerçant, qui n'a que des dettes civiles en souffrance, ne peut être déclaré en faillite. — Houpin, t. 1, n. 650; Lacour, note précité; Bouvier-Bangillon, p. 39, et *J. des soc.*, 1895, p. 294.

5831. — Dans un second système, qui nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi nouvelle, la circonstance que la société commercialisée n'aurait que des dettes civiles antérieures à sa transformation ne serait pas un obstacle à sa mise en faillite ou en liquidation. La commercialisation de la société doit, en effet, avoir pour conséquence de rendre nécessairement, par une sorte de novation *sui generis*, toutes ses dettes commerciales *in globo*; sinon, on serait en présence de cette situation paradoxale et

contradictoire d'une société devenue commerciale sans avoir fait aucun acte de commerce, c'est-à-dire commerciale seulement de nom. — Paris, 10 juill. 1894, Soc. des imm. de France, [S. et P. 96.2.57, D. 95.2.105] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, *Rev. du comm. et de l'ind.*, 1894, p. 848; Wahl, note sous Paris, 11 juill. 1894, [S. et P. 96.2.57]; Arthuys, *Rev. crit.*, 1897, p. 280; Goirand, n. 37; Ruben de Couder, v° *Soc.*, *Suppl.*, n. 56.

5832. — Au surplus, et à supposer même que les dettes sociales conservent leur caractère civil, la solution ne varierait pas pour autant. Il semble bien en effet que la loi de 1893, édictée en vue des sociétés seulement et non des individus, ait entendu créer une situation spéciale et dérogatoire au droit commun. Son objectif essentiel a été de faciliter la liquidation des sociétés par les modes commerciaux : son but ne serait pas atteint si la circonstance que la société en état de cessation de paiements n'a que des créanciers civils, nés sous l'empire de la loi ancienne, lui interdisait de se prévaloir des modes de liquidation institués par la loi commerciale. — Mêmes auteurs.

5833. — Il se peut qu'une société commercialisée demande le bénéfice de la liquidation judiciaire peu après sa transformation. En ce cas, le délai de quinzaine dans lequel elle doit déposer son bilan aux termes de l'art. 2, L. 4 mars 1889, ne courra que du jour de sa transformation, alors même que la cessation de ses paiements remonterait à une date antérieure. — Même arrêt. — Cette solution est conforme à l'esprit de la loi de 1889, qui est d'obliger le commerçant à déposer son bilan dans le plus bref délai possible à partir du jour où il a pu le faire, et ce, dans le but d'éviter les fraudes. Or, si le jour où le bilan peut être déposé est le jour de la cessation des paiements lorsque le débiteur était alors commerçant, dans le cas contraire, ce ne peut être que le jour où il est devenu commerçant. — Même arrêt. — *Sic*, Wahl, note précitée, *in fine*; Ruben de Couder, v° *Soc.*, *Suppl.*, n. 60.

5834. — De toute façon, et quelle que soit la solution donnée à la controverse ci-dessus exposée, la prescription quinquennale de l'art. 64 doit, en cas de dissolution de la société commercialisée, être appliquée à tous les créanciers, même à ceux avec lesquels elle aurait traité avant sa commercialisation. En effet, une prescription en cours, et *a fortiori* une prescription qui n'est pas encore commencée, ne sauraient constituer, pour les tiers un droit acquis. — Houpin, t. 1, n. 650; Bouvier-Bangillon, p. 39. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 27 et s.

TITRE V.

DE LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

5835. — Les deux principaux textes qui régissent la matière sont : 1° l'art. 631-3°, C. comm., aux termes duquel « les tribunaux de commerce... connaîtront des *contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce* »; 2° l'art. 59, § 5, C. proc. civ., décidant que le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile « *en matière de société, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle est établie* ». Nous n'avons pas à présenter ici le commentaire approfondi de ces deux textes (V. *suprà*, v° *Compétence civile et commerciale*, n. 336 et s., 851 et s.). Il nous suffira de rappeler quelques principes, ainsi que les quelques décisions qui dominent la matière. Nous envisagerons successivement la compétence *ratione materiæ* et la compétence *ratione personæ* des tribunaux consulaires.

CHAPITRE I.

COMPÉTENCE « RATIONE MATERLÆ » DES TRIBUNAUX CONSULAIRES.

Section I.

Procès entre la société et des tiers.

5836. — Il faut appliquer ici le droit commun, sans restrictions. Si l'opération litigieuse est commerciale au regard des deux parties, le tribunal de commerce sera compétent; si elle n'est commerciale qu'au regard du demandeur, la compétence appartiendra au tribunal civil; enfin, si elle n'est commerciale qu'au regard du défendeur, l'autre partie aura le choix entre le tribunal civil et le tribunal de commerce. — Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 361; Thaller, n. 316.

Section II.

Procès entre des tiers et des gérants administrateurs ou membres du conseil de surveillance (actions en responsabilité).

5837. — Le caractère de ces actions a donné lieu à de vives controverses. Certains auteurs, partant du principe que les actions *ex delicto* ont un caractère civil, attribuent compétence exclusive au tribunal civil. — Angers, 12 mars 1873, Desprey, [S. 74.1.214, P. 74.994]; — 3 juin 1875, Synd. Goulmin, [S. 76.2.4, P. 76.83] — Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 834.

5838. — Quelques arrêts, appliquant ici le principe d'après lequel tout demandeur non commerçant a le droit d'option en ce qui concerne la juridiction, lui accordent la facilité de choisir entre le tribunal civil et le tribunal de commerce. — Cass., 26 juin 1867, Chassenoix, [S. 67.1.290, P. 67.750]; — 21 juill. 1873, Duchayne, [S. 73.1.446, P. 73.1143] — Angers, 12 mars 1873, précité.

5839. — Enfin, une fraction importante de la jurisprudence applique ici la théorie de l'accessoire, aux termes de laquelle les délits ou quasi-délits présentant un lien de connexité avec l'exercice d'un commerce participent de ce caractère commercial, et attribuent compétence au tribunal de commerce pour connaître des actions en responsabilité dirigées par des tiers contre les administrateurs, gérants, etc. — Cass., 26 mai 1869, Roussel, [S. 69.1.430, P. 69.1103, D. 69.1.361]; — 4 déc. 1871, Laffitte, [S. 71.1.195, P. 71.607, D. 72.1.121]; — 3 janv. 1872, Dufour, [S. 72.1.33, P. 72.52, D. 72.1.304]; — 23 juill. 1877, Chartier, et autres, [S. 79.1.108, P. 79.261, D. 78.1.455] — Paris, 2 août 1870, sous Cass., 11 nov. 1873, Chevalier, [S. 74.1.97, P. 74.241, et la note de M. Labbé, D. 76.1.425]; — 22 déc. 1873, Damars, [S. 74.2.40, P. 74.215, D. 74.2.147] — V. Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 892.

5840. — Jugé spécialement, en ce sens, que de ce que les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite sont investis d'un mandat commercial, et de ce que la masse de la faillite constitue une collectivité commerciale, il suit que l'action en responsabilité dirigée par le syndic de la faillite d'une société en commandite contre les membres du conseil de surveillance de la société en raison de l'inexécution prétendue de leur mandat, a un caractère commercial tant vis-à-vis du syndic demandeur que vis-à-vis des défendeurs. Cette action appartient dès lors nécessairement à la juridiction commerciale. — Cass., 23 juill. 1877, précité.

Section III.

Contestations entre associés.

5841. — Sous l'empire du Code de commerce et d'après les art. 51 et s., les contestations entre associés pour raison d'une société de commerce étaient soumises à l'*arbitrage forcé*, et les tribunaux de commerce étaient incompétents *ratione materiæ* pour en connaître. L'arbitrage forcé ayant été aboli par la loi du 17 juill. 1856, les tribunaux de commerce sont devenus compétents pour juger ces contestations comme toutes celles qui s'élèvent en matière de sociétés commerciales. — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, *Compétence civile et commerciale*, n. 851 et s.

5842. — L'art. 631-2° s'applique aux rapports des associés dans les sociétés à objet civil qui, depuis la loi du 1er août 1893, se sont constituées sous la forme commerciale. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, *Append.*, n. 47 et s. — V. *suprà*, n. 5794 et s.

5843. — La compétence des tribunaux de commerce en matière de société commerciale ou commercialisée comporte d'ailleurs les mêmes restrictions que leur compétence vis-à-vis des commerçants. Il faut que le procès dans lequel un associé se trouve directement ou indirectement intéressé soit relatif à un acte de commerce, ou, tout au moins, à un acte ayant trait au commerce. — Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 365; Houpin, t. 1,

n. 751; Thaller, n. 317; Rousseau, t. 2, n. 2718 et s.; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 892 et s.

5844. — Ainsi, il n'y a pas lieu de faire application de l'art. 631-2° au procès engagé par un associé contre la société ou réciproquement, en vue de faire exécuter un contrat que l'associé a passé comme tiers et non comme associé. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

5845. — De même, le tribunal de commerce est incompétent pour statuer entre un associé et l'héritier de son coassocié sur l'interprétation d'un écrit laissé par ce coassocié, l'héritier soutenant que l'acte, simple sous seing privé ordinaire, l'a substitué comme associé à son auteur, tandis que l'associé survivant prétend que cet acte constitue un testament olographe révoqué par un testament postérieur. Le tribunal de commerce, saisi de la question de savoir si l'acte visé a ou non les caractères d'un testament, est incompétent *ratione materiæ* pour en connaître. — Rouen, 6 déc. 1877, Deparis, [S. 79.2.294, P. 79.1146, D. 78.2.146]

5846. — Il en est ainsi, du moins, lorsque la prétention de l'associé survivant de faire considérer l'acte comme un testament, repose sur des données sérieuses : par exemple, si cet acte offre tous les caractères d'un testament olographe. Et le tribunal de commerce ne saurait se déclarer compétent par application de la maxime : « Le juge de l'action est juge de l'exception », l'objet essentiel de l'action étant ici de faire statuer sur la nature et l'efficacité de l'acte. — Même arrêt.

5847. — D'une manière plus générale, l'art. 631-2° ne s'applique pas, et la question reste soumise aux principes du droit commun, dans les hypothèses où le procès ne se continue pas entre associés, mais où l'on y voit figurer comme demandeur ou défendeur un tiers quelconque, tel qu'un créancier ou un débiteur de la société. — V. sur ce principe, Cass., 3 mars 1863, Lemaître, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 63.1.125]; — 8 mai 1867, Carron, [S. 67.1.253, P. 67.642, D. 67.1.193]; — 25 oct. 1900, Liquid. de la Banque centrale, [S. et P. 1900.1.65, et la note de M. Lyon-Caen] — Angers, 18 janv. 1865, Tessier, [S. 65.2.211, P. 65.857, D. 65.2.67] — Paris, 8 août 1866, Chem. de fer central Argentin, [S. 67.2.101, P. 67.453] — Bourges, 21 août 1871, Métairie, [S. 71.2.257, P. 71.831, D. 73.2.34] — Lyon, 31 juill. 1889, [*J. des soc.*, 91.39] — Bordeaux, 11 déc. 1893, [*J. des soc.*, 94.257]

5848. — Faisons l'application de ces principes à quelques actions usuelles, au sujet desquelles de vives controverses se sont élevées, la difficulté portant non sur le point de départ, mais sur le caractère civil ou commercial de l'acte litigieux. Il est tout d'abord une action dont la commercialité ne saurait être extérieurement discutée, c'est l'action en nullité de la société, cette action est de la compétence du tribunal de commerce quelle que soit la personnalité du demandeur, associé ou tiers, peu importe. — Cass., 17 avr. 1834, Mallez, [S. 34.1.276, P. chr.]; — 16 nov. 1835, Fauchon, [S. 36.1.387, P. chr.]; — 10 nov. 1897, Messimy-Jacquard et autres, [S. et P. 97.1.505] — Lyon, 30 juill. 1832, Bonnebouche, [S. 33.1.104, P. chr.] — *Sic*, Despréaux, *Compét. des trib. de comm.*, n. 577; Orillard, *Compét. et procéd. des trib. de comm.*, n. 542; Nouguier, *Des trib. de comm.*, n. 21; Houpin, t. 1, n. 501.

5849. — Jugé, en ce sens, que l'action en nullité d'une société commerciale, introduite par le syndic de la faillite de cette société contre les fondateurs, administrateurs et apporteurs, a un caractère essentiellement commercial, qui la fait rentrer dans la compétence des tribunaux consulaires. — Cass., 10 nov. 1897, précité.

5850. — Il importe peu que, parmi les moyens invoqués à l'appui de cette demande, il s'en trouve un tiré de l'application d'une loi spéciale sur le notariat, ce moyen ne changeant pas le caractère de la demande, et, par suite, la compétence du juge. — Même arrêt.

5851. — Il en doit être de même des actions en responsabilité consécutives à l'annulation. Si l'action en nullité est commerciale, l'action en responsabilité contre les fondateurs, administrateurs, etc., responsables de la nullité ne saurait être civile. — Mêmes arrêts (motifs), et auteurs cités *suprà*, n. 5848.

5852. — En ce qui concerne les actions en paiement du non versé sur les actions, au contraire, il y a controverse. Un certain nombre d'arrêts et d'auteurs se refusent à admettre le caractère commercial de la souscription d'actions dans une société commerciale, et attribuent compétence aux tribunaux civils pour connaître des difficultés nées de cette souscription. — Dijon, 4 août 1857, Jolivet, [S. 58.2.195, P. 57.915, D. 58.2.117] — Angers, 18 janv. 1865, précité; — 12 mars 1873, Desprey et autres, [S. 74.2.214, P. 74.994] — Paris, 26 janv. 1874, Pereire et Salvador, [S. 76.2.3, P. 76.82] — Lyon, 31 juill. 1889, précité. — Bordeaux, 11 déc. 1893, précité. — *Sic*, Nouguier, t. 1, p. 374; Alauzet, n. 2967; Buchère, *Valeurs mobil.*, n. 352; Boistel, p. 146.

5853. — Toutefois, l'opinion dominante est que la souscription doit être considérée comme un acte de commerce, entraînant compétence de la juridiction consulaire; même si le souscripteur n'est pas négociant. — Cass., 13 août 1856, Crémieu, [S. 56.1.769, P. 57.55, D. 56.1.343]; — 25 oct. 1899, précité. — Grenoble, 25 févr. 1857, Marcet, [S. 58.2.693, P. 58.659, D. 58.2.343] — Metz, 25 août 1857, Benoit Mayer, [S. 58.2.196, P. 57.1106] — Bourges, 26 déc. 1870, Métairie, [S. 70.2.318, D. 70.2.222] — Paris, 21 mai 1884, De Brantes, [S. 85.2.97, P. 85.1.562, D. 85.2.177]; — 7 déc. 1893, [*J. des soc.*, 94.125] — *Sic*, Malepeyre et Jourdain, p. 138; Bédarride, n. 241; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 246; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 470 et 686 *bis*; Houpin, t. 1, n. 454. — V. aussi Rousseau, t. 2, n. 2752. — Pour plus de développements, V. *suprà*, n. 2954 et s.

5854. — Même controverse en ce qui concerne la question de savoir si l'obligation pour le commanditaire ou actionnaire de restituer les *dividendes fictifs*, indûment touchés par lui, est ou non commerciale. — V. pour l'affirmative, Cass., 3 mars 1863, Lemaître, [S. 63.1.137, P. 63.644, D. 63.1.125] — Caen, 16 août 1864, Lecœur, [S. 65.2.33, P. 65.217, D. 65.2.194] — Pau, 18 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.2.178, P. 66.708] — Bourges, 21 août 1871, précité. — Et pour la négative, Cass., 8 mai 1867, précité.

5855. — En ce qui concerne les actions en responsabilité dirigées par la société ou certains associés contre les administrateurs pour fautes de gestion, la commercialité ne semble pas douteuse, car il s'agit au premier chef d'une action *entre associés*, et se rattachant à la gestion des affaires sociales. Aussi les auteurs mêmes qui dénient le caractère commercial à l'action en responsabilité, *ex delicto*, émanée des tiers (V. *suprà*, n. 5837 et s.), s'accordent-ils à tenir pour commerciale cette même action, intentée *pro socio*. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 834; Thaller, n. 316 et s. — V. Angers, 21 janv. 1857, Comp. *la Concorde*, [S. 57.2.252, P. 57.149] — Paris, 2 août 1870, sous Cass., 11 nov. 1873, Chevalier, [S. 74.1.97, P. 74.241, et la note de M. Labbé, D. 76.1.425]

5856. — Ainsi, et spécialement, le tribunal de commerce est compétent pour statuer sur une action en indemnité formée par un actionnaire contre d'anciens administrateurs de la société anonyme, commerciale par son objet, dont il était membre, et fondée sur des fautes commises dans leurs fonctions d'administrateurs, fût-ce avant l'achat de ses actions. — Paris, 2 août 1870, précité.

5857. — Certains auteurs, cependant, proposent ici une distinction entre l'*action sociale* de mandat intentée par les représentants actuels de la société, exerçant *ut singuli* l'action sociale, conformément à l'art. 17, et l'action individuelle intentée par certains actionnaires à raison d'un préjudice particulier qu'ils auraient éprouvé. Ils seraient en ce dernier cas à considérer comme des tiers, et devraient en conséquence avoir l'option entre la forme commerciale et la forme civile. — Rousseau, t. 2, n. 2761. — V. *suprà*, n. 5075 et s.

5858. — Nous avons vu que la question de savoir si le juge des *référés* est compétent en cas d'urgence pour statuer sur des matières rentrant par leur nature dans la compétence des tribunaux de commerce, et spécialement sur des contestations entre associés, est controversée. — V. *suprà*, vº *Référé*, n. 556 et s.

5859. — Depuis 1880, tout au moins, la Cour de cassation est fixée dans le sens de l'incompétence du juge des référés. S'il lui est interdit de connaître des affaires commerciales, il lui est interdit, par cela même, de connaître des contestations entre associés; les termes de l'art. 631, C. comm., sont formels et absolus; ils attribuent ces contestations aux tribunaux de commerce. — Bertin, *Ordonn. de référé*, n. 214; De Belleyme, *Ordonn. sur req. et sur référé*, t. 1, p. 388; Bonfils, *Trait. d'organ. judic. et de procéd.*, n. 1261; Lyon-Caen et Renault, t. 1, n. 419 *bis*; Houpin, t. 1, n. 788; Pic, note sous Paris, 7 juin 1894, [D. 98.2.17] — V. *suprà*, vº *Référé*, n. 561.

5860. — Les termes généraux et absolus de l'art. 631, C. comm., d'après lequel les tribunaux de commerce connaissent des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce comprennent, comme portant sur la gestion et l'état des affaires sociales, la demande formée, avant la réunion d'une assemblée générale par un actionnaire, c'est-à-dire par un associé, contre les administrateurs de la société, pour avoir communication, avec faculté d'en prendre copie, des documents destinés à établir la situation de la société. — Même arrêt.

5861. — Le président du tribunal civil, juge des référés, est donc incompétent pour connaître de cette demande. — Même arrêt.

5862. — Vainement invoquerait-on, en faveur de la compétence du juge des référés, le caractère urgent de la demande, les art. 417 et 439, C. proc. civ., donnant aux tribunaux de commerce la possibilité de satisfaire à toutes les exigences de célérité des affaires portées devant eux. — Même arrêt. — V. cependant en sens contraire, Paris, 7 juin 1894, Comp. générale transatlantique, [S. et P. 95.2.305, D. 98.2.17]

5863. — Que si la société est industrielle, les contestations entre la société et ses ouvriers seront de la compétence du conseil des prud'hommes dans les conditions de la loi du 18 mars 1806.

5864. — Jugé en ce sens que, les sociétés étant civiles ou commerciales suivant les mêmes règles que celles qui déterminent la condition des individus, la société à laquelle un département a concédé la construction et l'exploitation d'un tramway peut être actionnée dans la personne de son administrateur par un de ses ouvriers en paiement de son prix de main-d'œuvre devant le conseil des prud'hommes, lequel ne saurait, sur la demande de l'administrateur, se déclarer incompétent par cet unique motif que la société, étant concessionnaire de travaux publics, était une société civile (V. *suprà*, v° *Prud'hommes*, n. 96 et s.). — Cass., 15 janv. 1900, Roy, [S. et P. 1900.1.317, D. 1900.1.97] — Sur la compétence *ratione materiæ* des conseils de prud'hommes, V. *suprà*, v° *Prud'hommes*, n. 76 et s. — V. aussi Pic, *Traité de législ. industr.*, 2e éd., n. 1277 et s.

CHAPITRE II.

COMPÉTENCE « RATIONE PERSONÆ ».

TRIBUNAL DU PRINCIPAL ÉTABLISSEMENT : SUCCURSALES.

5865. — Le tribunal compétent pour statuer sur les litiges en matière de société est le tribunal du lieu où la société a établi son principal établissement, lequel se confond en général avec le siège social ou statutaire. Les difficultés nombreuses que soulève dans la pratique la détermination du tribunal compétent ayant déjà été étudiées *suprà*, vis *Compétence civile et commerciale*, n. 336 et s., *Faillite*, n. 432 et s., il nous suffira de rappeler brièvement les principes.

SECTION I.

Étendue de la compétence du tribunal du principal établissement.

5866. — L'art. 59, C. proc. civ., attribue compétence à ce tribunal, tant que la société existe; mais on s'accorde à admettre, par application du principe d'après lequel une société dissoute est censée subsister pour les besoins de la liquidation (V. *suprà*, n. 605 et s.), que la compétence est prorogée jusqu'à l'achèvement de la liquidation. — Cass., 11 mars 1884, Liquid. de la soc. J.-F. Cail et Comp., [S. 85.1.447, P. 85.1.1073, D. 84.1.199] — Pau, 2 févr. 1870, Rey, [S. 70.2.139, P. 70.579] — Paris, 11 août 1874, Chatard et Pécarrere, [D. 75.1.38] — *Sic*, Garsonnet, *Traité de procédure*, t. 1, p. 718; Houpin, t. 1, n. 758; Floucaud-Pénardille, t. 2, n. 892.

5867. — Ce principe de compétence cesserait de s'appliquer, soit en matière réelle immobilière, soit dans le cas où la société serait demanderesse. — Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, v° *Compétence*, n. 68.

5868. — D'autre part, si, aux termes de l'art. 69, C. proc. civ., les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, doivent être assignées devant les juges du lieu où elles sont établies, elles n'en restent pas moins soumises, comme tous les autres commerçants, à la compétence spéciale réglée par l'art. 420 du même Code. — Cass., 21 févr. 1887, Comp. Algérienne, [S. 87.1.119, P. 87.1.278, D. 88.1.38] — *Sic*, Thaller, n. 316.

SECTION II.

De la détermination du principal établissement.

5869. — En principe, avons-nous dit, le principal établissement ou domicile social attributif de compétence se confond avec le siège social ou statutaire. Jugé, en ce sens, que le principal établissement de la société est au lieu du siège social, d'où émanent la direction et le contrôle, où les assemblées des actionnaires et le conseil d'administration se réunissent, et non pas au lieu où cette société a son usine unique, sous la direction d'un agent révocable au gré du conseil d'administration, et recevant ses ordres. — Cass., 30 janv. 1882, Soc. des pâtes et papiers de l'Ain, [S. 82.1.150, P. 82.1.362, D. 83.1.223] — V. aussi Paris, 29 déc. 1885, sous Cass., 14 nov. 1887, Synd. Union syndic. des banquiers, [S. 90.1.153, P. 90.1.367, D. 89.1.20]

5870. — De même le principal établissement d'une société sucrière se confond avec le siège social, lorsque c'est à ce siège qu'on trouve la direction des affaires de la société; spécialement lorsque c'est du siège social que partent les instructions et les ordres au personnel, les conventions passées avec les fournisseurs, les marchés conclus pour la vente des sucres, les avis d'expédition aux acheteurs, la création et le mouvement des effets de commerce destinés à régler les affaires de la société, et enfin, lorsque c'est au siège social que se réunissent les assemblées générales et le conseil de surveillance. Et cette situation n'est pas modifiée par l'existence, dans un arrondissement différent, de l'usine pour l'exploitation de laquelle la société a été créée. — Cass., 9 août 1881, Sucrerie de Frégicourt, [S. 82.1.150, P. 82.1.361, D. 82.1.408]

5871. — Toutefois, ce principe n'est vrai qu'autant qu'il s'agit d'un siège social réel et sérieux, et non d'un établissement fictif, ayant pour but de donner le change aux intéressés sur la situation véritable de l'affaire. — Cass., 29 avr. 1885, *The imperial land Cy of Marseille*, [S. 86.1.118, P. 86.1.260, D. 85.1.225]; — 25 févr. 1895, Soc. *l'Office des rentiers*, [S. et P. 95.1.180] — Sur l'application de ce principe aux sociétés françaises possédant un siège fictif à l'étranger, V. *infrà*, n. 6498.

5872. — Jugé, en ce sens, que l'indication dans les statuts d'une société (une société de mines) que le siège en est fixé dans tel lieu déterminé, doit être considérée comme purement fictive et nominale, lorsque, en réalité, le siège de la société était dans un autre lieu, où la société se faisait adresser toute sa correspondance, d'où elle tirait les effets mis par elle en circulation, d'où, sentant péricliter les affaires sociales, le conseil d'administration a envoyé des lettres de convocation aux créanciers pour leur proposer un arrangement, en même temps qu'il sollicitait du président du tribunal de ce même lieu la nomination d'un séquestre judiciaire. — Cass., 25 févr. 1895, précité.

5873. — La jurisprudence admet même qu'en dehors de toute fraude, une société commerciale qui a son siège social dans un lieu déterminé, peut avoir son domicile social ou principal établissement dans un autre endroit (tout au moins lorsque le conflit de compétence n'existe qu'entre deux tribunaux français). En d'autres termes, lorsqu'une société a son siège social réel, son centre administratif dans le ressort d'un tribunal, et le centre de son exploitation dans un autre ressort, la question de savoir si l'on doit attribuer compétence au premier ou au second de ces tribunaux, dépend des circonstances, le siège social devant d'ailleurs l'emporter en cas de doute. — Cass., 16 avr. 1883, Soc. Raoul Pictet, [S. 83.1.271, P. 83.1.647, D. 84.1.87]; — 17 févr. 1885, Georgi, [S. 85.1.248, P. 85.1.622, D. 86.1.14] — V. Cass., 5 déc. 1877, Chem. de fer du vieux port et de la banlieue de Marseille, [S. 78.1.220, P. 78.543]

5874. — Jugé aussi que le fait, par les intéressés d'une société anonyme, de décider que le conseil d'administration de cette société se réunira dans un autre lieu que celui précédemment choisi, ne saurait suffire pour déplacer le siège de la société, lequel doit demeurer au lieu où se font les principales affaires et où se traitent les principaux intérêts. — Cass., 30 juill. 1888, Pasteau, [S. 89.1.414, P. 89.1.1032, D. 89.1.208]

Section III.

Des succursales.

5875. — La pratique a tranché la difficulté que soulève la détermination du principal établissement d'une société en considérant comme attributifs de compétence, non seulement le principal établissement pris dans le sens de *domicile* (siège social ou centre d'exploitation suivant les cas), mais aussi les établissements secondaires ou *succursales* jouissant d'une certaine autonomie, et pouvant, à raison de l'indépendance relative et des pouvoirs étendus dévolus aux préposés qui les dirigent, être considérés comme *principaux* eu égard aux contestations nées des contrats passés par les préposés. — Cass., 30 mai 1876, Comp. des allumettes, [S. 76.1.358, P. 76.869, D. 76.1.372]; — 18 nov. 1890, Soc. des gîtes de fer, [S. et P. 93.1.22, D. 92.1.414] — Amiens, 26 avr. 1893, Soc. des produits chim. de Saint-Denis, [D. 94.2.8] — Rouen, 14 févr. 1894, Chem. de fer de l'Ouest, [S. et P. 95.2.216] — Lyon, 4 nov. 1896, Chem. de fer de P.-L.-M., [S. et P. 97.2.279, D. 97.2.327] — Paris, 25 déc. 1896, Chem. de fer de l'Ouest, [S. et P. 97.2.279, D. 97.2.126] — *Sic*, Chauveau, sur Carré, *Quest. de proc.*, *Suppl.*, n. 370; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, t. 1, n. 137; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 3199; Rousseau, t. 2, n. 2729 et s. — V. aussi *suprà*, v^is *Compétence civile et commerciale*, n. 405 et s.; *Faillite*, n. 449 et s.

5876. — Ainsi, et spécialement, une société commerciale, telle qu'une compagnie de chemin de fer, peut, indépendamment du domicile social fixé par les statuts, avoir d'autres domiciles distincts, sinon dans toutes les localités où elle possède une gare, du moins aux lieux où elle a un établissement ou centre important d'opérations et d'administration; mais ces divers domiciles n'entraînent juridiction que relativement aux intérêts et aux affaires qui y sont traités, sans absorber et détruire le domicile social eu égard aux questions et aux différends affectant la société tout entière. — Cass., 26 mai 1857, Chem. de fer d'Orléans, [S. 58.1.263, P. 57.1211, D. 57.1.246]; — 5 avr. 1859, Chem. de fer de Lyon, [S. 59.1.673, P. 60.168, D. 59.1.147] — Rouen, 14 févr. 1894 et Lyon, 4 nov. 1896, précités. — V. *suprà*, v° *Chemin de fer*, n. 6386 et s. — Sur l'application du même principe aux agents des compagnies d'assurances, V. *suprà*, v° *Assurances* (*en général*), n. 972 et s.

5877. — Mais une société commerciale ne peut être assignée devant le tribunal d'un autre lieu que celui de son siège social, qu'autant qu'elle y a formé un établissement principal. — Aix, 4 avr. 1862, De Lahante, [S. 63.2.51, P. 63.527]; — 18 févr. 1863, Rousseau, [*Ibid.*]

5878. — Et on ne peut considérer comme établissement principal celui qui n'a pas sa direction propre et se suffisant à lui-même, et où la société n'a ni un agent judiciaire, ni un domicile élu. — Aix, 4 avr. 1862, précité.

5879. — Jugé, d'autre part, qu'une société minière qui a créé dans un arrondissement distinct de celui du siège social un établissement principal où se trouvent les mines qu'elle possède, où elle entretient un personnel d'exploitation, où elle traite les affaires relatives à l'extraction des minerais, où se font les livraisons, et où est installé en qualité de directeur un agent principal chargé de la représenter, doit être considérée comme ayant un domicile dans cet arrondissement, qui la rend justiciable du tribunal de l'arrondissement pour répondre aux demandes relatives à l'exploitation de ses mines. — Cass., 18 nov. 1890, précité.

5880. — En conséquence, bien qu'un contrat ait été passé au siège social de la société, le tribunal du lieu du principal établissement est compétent, si le contrat doit y recevoir son exécution. — Même arrêt.

5881. — Mais une société commerciale, telle qu'une compagnie de paquebots, qui a une succursale dans un lieu distinct de celui du siège social, ne peut être assignée devant le tribunal du lieu de cette succursale pour obligations autres que celles contractées par les agents de la succursale ou payables en ce lieu. — Bordeaux, 23 févr. 1863, Florinoy, [S. 63.2.252, P. 64.277]

5882. — Jugé, également, que si, par exception au principe d'après lequel les sociétés commerciales doivent être actionnées devant le juge du lieu où elles ont leur principal établissement, les succursales d'une société constituent, dans la localité où elles sont établies, un domicile de juridiction, c'est uniquement au profit des tiers qui ont traité avec la société, sans que les agents de la société puissent se prévaloir de cette dérogation à la règle générale pour assigner la société devant le tribunal du lieu où la succursale est établie. — Alger, 2 mars 1896, Agence Havas, [S. et P. 96.2.249, D. 98.1.478, sous Cass., 25 oct. 1897] — V. Cass., 3 janv. 1870, Comp. des lits milit., [S. 73.1.60, P. 73.132]; — 28 mai 1877, Béghin, [S. 79.1.452, P. 79.1188] — V. *suprà*, v° *Asssurance (en général)*, n. 1101 et s. — V. cep. *suprà*, v^is *Compétence civile et comm.*, n. 389; *Chemin de fer*, n. 6440 et s.

5883. — Spécialement, le tribunal du lieu où une société de commerce a installé une succursale est incompétent pour connaître de l'action formée contre la société par l'agent qui dirigeait cette succursale, à l'effet de contester la régularité de la révocation dont il a été l'objet. — Alger, 2 mars 1896, précité.

5884. — Les parties peuvent, dans l'acte de société, attribuer compétence à un tribunal autre que celui du siège social (C. proc. civ., art. 59-6°). — Thaller, n. 320. — Mais la disposition des statuts, portant que toutes les actions dirigées par les actionnaires contre la société devront être portées devant tel tribunal indiqué, n'oblige que les actionnaires; elle n'oblige pas les créanciers sociaux, qui ne sauraient être liés par une convention à laquelle ils sont restés étrangers. — Cass., 25 févr. 1895, Soc. l'*Office des rentiers*, [S. et P. 95.1.180]

5885. — En conséquence, le tribunal du lieu où se trouve en réalité le siège social est le tribunal compétent pour statuer sur la demande en dissolution intentée par un créancier. — Cass., 25 févr. 1895, précité.

TITRE VI.

LÉGISLATION COMPARÉE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

CHAPITRE I.

LÉGISLATION COMPARÉE.

§ 1. *Allemagne*.

5886. — Le nouveau Code de commerce allemand mis en vigueur en 1900 prévoit cinq espèces de sociétés : 1° la société à responsabilité illimitée (ou en nom collectif); 2° la société en commandite simple; 3° la société anonyme; 4° la société en commandite par actions; 5° la société tacite (ou en participation). La loi reconnaît en outre les sociétés dites à responsabilité limitée et la société coopérative.

5887. — I. *Sociétés à responsabilité illimitée ou en nom collectif.* — A. *Conditions de forme.* — Le Code est muet sur la nécessité ou l'inutilité d'un acte écrit, mais la formation de la société doit être dénoncée à fin de transcription sur le registre du commerce au tribunal de commerce du lieu de son principal établissement, en même temps que les noms des associés, la raison sociale, la date de la fondation (art. 106), et s'il y a lieu, les noms des associés qui seraient exclus de la gestion (art. 125). Toutes modifications sur ces points essentiels doivent être également notifiées (art. 108).

5888. — B. *Rapports des associés entre eux.* — Le Code allemand ne donne pas à la société en nom collectif la qualité de personne morale, et la jurisprudence ne semble pas non plus la lui reconnaître. Les associés sont tenus pour le préjudice qui serait causé par leur fait à la société; ils ne peuvent faire leur profit personnel des affaires sociales, ni faire concurrence à la société sans s'exposer à des dommages-intérêts (art. 111 à 113).

5889. — Sauf dispositions contraires, chaque associé a le droit de participer à la gestion des affaires sociales; toutefois, les décisions extraordinaires ou sortant du cadre des affaires habituelles de la société ne peuvent être prises qu'à l'unanimité. Les gérants peuvent, mais à l'unanimité seulement, choisir un fondé de pouvoirs (art. 114 et 116).

5890. — Les associés ont droit à l'intérêt de leurs mises à 4 p. 0/0 (art. 121); quant au partage de l'excédent, sauf stipulations contraires de l'acte de société, la jurisprudence exige qu'il soit fait par tête et non proportionnellement aux apports.

5891. — C. *Rapports des associés avec les tiers.* — La société n'a d'effet à l'égard des tiers qu'à dater de sa transcription au registre du commerce (art. 123). Les associés sont res-

ponsables à l'égard des tiers sans limitation; toute disposition contraire serait inopposable à ceux-ci (art. 128); tout associé communément capable de représenter la société en général a pouvoir pour l'engager vis-à-vis les tiers (art. 125 et 126). Quiconque entre dans une société déjà existante est responsable des obligations assumées avant son accession (art. 130).

5892. — D. *Dissolution de la société.* — Les causes de dissolution sont la faillite, la mort ou la faillite de l'un des associés, le consentement mutuel, l'expiration du terme, la volonté d'un associé ou de ses créanciers, si la société est d'une durée indéterminée, enfin une décision judiciaire à la requête d'un associé s'il y a de justes causes de résolution (art. 131-135). La société peut continuer après la retraite d'un ou de plusieurs des associés (art. 138). Toute dissolution ou retraite d'associé doit être inscrite au registre du commerce (art. 143). L'inscription dans le cas de faillite a lieu d'office (art. 32); si la faillite est rapportée ou s'il y a concordat, la continuation de la société doit être mentionnée au registre (art. 144).

5893. — E. *Liquidation.* — La mission de liquidateurs appartient en principe aux associés ou à leurs représentants. Pour motifs graves, la justice peut choisir des personnes étrangères à la société (art. 146). Les liquidateurs, comme en notre droit, ont seulement les pouvoirs nécessaires pour réaliser l'actif, éteindre le passif et distribuer aux associés le reliquat. Leurs noms doivent être inscrits au registre du commerce (art. 148).

5894. — F. *Prescription.* — Les actions contre les associés après le partage de l'actif *se prescrivent* par cinq ans (art. 159).

5895. — II. *Sociétés en commandite simple.* — Les principes en cette matière sont très-simples et se rapprochent beaucoup de ceux qui sont admis en notre droit. La société doit être publiée comme une société à responsabilité illimitée. La publication ne doit contenir que le nombre des associés; leurs noms et le montant des commandites ne sont pas publiés (art. 162).

5896. — Si la société a fonctionné avant sa publication, les commanditaires peuvent être déclarés personnellement responsables envers les tiers si ceux-ci ont ignoré leur qualité de simples commanditaires (art. 176).

5897. — La gestion appartient aux commandités; au cas de pluralité de commandités, les règles admises pour la société illimitée leur sont applicables (art. 161, § 2).

5898. — Les commanditaires n'ont pas qualité pour représenter la société (art. 170); ils peuvent seulement se faire communiquer le bilan annuel et en contrôler l'exactitude par l'examen des livres et papiers : le droit d'exercer ce contrôle à toute époque ne leur appartient donc que pour motifs graves et après autorisation du tribunal de commerce (art. 166).

5899. — Tout commanditaire nouveau est tenu des obligations de la société antérieure à son admission (art. 173).

5900. — Toute augmentation ou réduction de commandite doit être inscrite au registre du commerce (art. 175); la réduction ne devient opposable aux tiers qu'après l'exécution de cette formalité (art. 174). Les commanditaires sont personnellement responsables des actes de commerce qui auraient été accomplis avant l'inscription de la société (art. 176).

5901. — La mort du commanditaire n'entraîne pas la dissolution de la société (art. 177).

5902. — III. *Sociétés anonymes.* — A. *Dispositions générales.* — L'art. 179 établit pour les actions la division en titres nominatifs ou au porteur, indivisibles. Tout titre provisoire ne peut être que nominatif. Le capital nominal de chaque action ne peut être inférieur à 1,000 marcs; il peut toutefois être abaissé jusqu'à 200 marcs pour une entreprise d'utilité publique et après autorisation du Conseil fédéral (les actions dans ce cas restent nominatives), ou bien encore lorsqu'il s'agit d'actions d'une entreprise pour laquelle un établissement public garantit sans limites ni conditions un revenu déterminé; enfin, les actions nominatives qui ne peuvent être cédées sans le consentement de la société peuvent être souscrites à un capital nominal inférieur à 1,000 marcs, mais qui ne saurait descendre au-dessous de 200 marcs (art. 180).

5903. — B. *Formation de la société.* — Les statuts doivent être rédigés par cinq actionnaires au moins, en forme notariée ou judiciaire, c'est-à-dire reçus par un notaire ou un tribunal statuant en matière de juridiction gracieuse. Ils doivent contenir, outre la raison sociale et le siège de la société, la désignation de l'objet de l'entreprise, le montant du capital social et des actions de chaque catégorie, la manière dont sera nommé et réuni le comité de direction, la forme dans laquelle sera convoquée l'assemblée générale des actionnaires et dans laquelle seront faites les communications émanant de la société (art. 182). Les publications sont insérées au *Moniteur de l'Empire*, outre tous autres modes de publicité facultatif (art. 182).

5904. — On ne peut émettre d'actions à un taux inférieur au capital nominal (art. 184). Les statuts doivent pour les différentes catégories d'actions stipuler des droits différents (art. 185). Les actionnaires qui ont rédigé les statuts ou qui ont effectué des apports autrement qu'en numéraire sont considérés comme fondateurs (art. 187).

5905. — Doivent être mentionnées dans les statuts toutes conditions relatives aux avantages spéciaux, aux apports en nature et aux récompenses ou avantages dus aux fondateurs, à peine d'être inopposables à la société (art. 186). Les fondateurs doivent consigner dans une déclaration écrite les motifs essentiels qui justifient de la convenance de ces avantages (art. 191).

5906. — Si les fondateurs ne s'attribuent pas toutes les actions, les bulletins de souscriptions en vue de l'émission publique doivent être signés en double exemplaire et mentionner les indications exigées par les art. 182 et 186, et, en outre, la date des statuts, le chiffre du capital représenté par chaque catégorie d'actions, les noms, qualités et domiciles des fondateurs, le taux d'émission de l'action et le montant du capital appelé, le délai après lequel la souscription sera nulle faute de constitution de la société. Ces mentions sont requises à peine de nullité, nullité qui toutefois est couverte par le vote du souscripteur à l'assemblée générale ou tout autre exercice de ses droits (art. 189).

5907. — Toute société anonyme doit avoir, outre son comité de direction constitué pour la première fois par les statuts ou par une assemblée générale convoquée après la souscription complète de l'émission, un conseil de surveillance nommé par l'assemblée ou par les fondateurs s'ils souscrivent à eux seuls tout le capital (art. 190). Les membres de ce comité et de ce conseil contrôlent les diverses phases de la fondation et dressent un rapport; si l'un d'entre eux est en même temps fondateur ou s'il bénéficie d'un avantage stipulé par les statuts, le contrôle et ces rapports doivent être faits par des commissaires spéciaux nommés soit par la chambre de commerce, soit à son défaut par le tribunal (art. 192, 193).

5908. — La société doit alors être déclarée, à fin de transcription au registre du commerce du tribunal dans le ressort duquel elle a son siège, par l'ensemble des fondateurs et des membres du conseil de surveillance et du comité de direction; à cette déclaration doivent être annexés les statuts, les pièces justificatives des apports, de la souscription, de la nomination des organes administratifs, des versements, enfin les rapports des commissaires du contrôle et, s'il y a lieu, le document justifiant l'autorisation de l'Etat relative au taux réduit des actions; les directeurs doivent aussi déposer leur signature (art. 195).

5909. — Si les fondateurs n'ont pas souscrit l'intégralité du capital, le tribunal de commerce convoque une assemblée générale des actionnaires à qui il appartient de déclarer fondée la société; cette assemblée doit comprendre au moins le quart des actionnaires, représentant le quart du capital social; le vote unanime des présents est nécessaire pour modifier les clauses des statuts (art. 196).

5910. — La société anonyme n'est réputée exister en cette qualité qu'à compter de sa transcription au registre du commerce de son siège (art. 200); elle doit être en outre publiée, avec l'indication qu'il peut être pris connaissance au tribunal des divers documents déposés (art. 199); enfin elle doit être inscrite également au registre du commerce de chacune de ses succursales (art. 201).

5911. — D'après les art. 202 à 204, la responsabilité de toute déclaration fausse ou imprudente incombe aux fondateurs; les tiers sont responsables de toute complicité dans ces déclarations et de toute publication inexacte provenant de leur propre fait; les membres du conseil de surveillance et du comité de direction sont responsables de leur négligence dans l'exercice de leurs attributions. Les actions de la société qui résultent de ces responsabilités se prescrivent par cinq ans à dater de l'inscription au registre du commerce (art. 206). Les art. 207 et 208 réglementent les acquisitions d'établissements ou immeubles dans les deux ans qui suivent la publicité donnée à la fondation de la so-

ciété. Les titres provisoires ne peuvent être que nominatifs (art. 209).

5912. — C. *Rapports entre la société et ses membres.* — La société anonyme jouit de la personnalité civile; elle est commerciale quel que soit son objet (art. 210). Outre les versements de capital, les statuts peuvent imposer aux actionnaires des prestations périodiques (art. 212); les actionnaires n'ont de droits, tant que dure la société, que sur les bénéfices nets (art. 213); si le capital appelé n'est pas le même pour toutes les actions, il est distribué d'abord un intérêt de 4 p. 0/0 sur la somme à répartir (art. 214); il ne peut être stipulé d'intérêt fixe en dehors du bénéfice qu'exceptionnellement pendant la période de préparation de l'entreprise (art. 215).

5913. — La responsabilité des actionnaires est limitée au capital nominal des actions, ou au taux d'émission si ce dernier lui est supérieur (art. 211), sauf le cas où ils auraient reçu des paiements interdits par la loi, hypothèse dans laquelle ils seraient solidairement responsables (art. 217). L'associé qui ne verse pas en temps utile un capital appelé peut être, après mise en demeure, déclaré déchu de ses droits (art. 219), sans pouvoir opposer aucune compensation (art. 221); les propriétaires antérieurs des actions en cause sont tenus du versement appelé pendant un délai de deux ans à compter de la transcription du transfert au registre des actions (art. 220). Le transfert des actions nominatives doit être notifié à la société pour cettre transcription (art. 223); l'autorisation du conseil de surveillance et de l'assemblée générale est nécessaire quand la valeur du titre est inférieure à 1,000 marcs sans que la société soit déclarée d'utilité publique ou qu'elle jouisse d'une garantie d'intérêt (art. 222). — V. *suprà*, n. 5902.

5914. — Une société anonyme ne peut acquérir ses propres titres provisoires; elle ne peut acquérir ses titres définitifs, si ce n'est pour l'exécution d'une commission (art. 226). L'amortissement des actions ne peut avoir lieu que s'il a été prévu par le contrat de société originaire ou par une modification ultérieure des statuts (art. 227).

5915. — D. *Constitution et gestion de la société.* — Le comité de direction représente judiciairement et extrajudiciairement la société anonyme (art. 231). Quand une manifestation de volonté doit être notifiée à la société, il suffit qu'elle le soit à l'un des membres du comité de direction (art. 232). Toute modification dans ledit comité, toute délégation de pouvoir à l'un des directeurs doivent être notifiées pour être transcrites au registre du commerce (art. 234). Les membres du comité de direction ne peuvent, sans l'assentiment de la société, exploiter un commerce dans la branche des affaires de celle-ci; la société peut, en cas de contravention à cette obligation, réclamer pour son propre compte les affaires ainsi conclues ou exiger des dommages-intérêts : cette action se prescrit par trois mois (art. 236). Le comité de direction ne peut nommer de fondé de pouvoir qu'avec l'assentiment du conseil de surveillance (art. 238).

5916. — Si un bilan établi en fin ou en cours d'exercice vient à accuser la perte de la moitié du capital, le comité doit convoquer sans retard l'assemblée générale ; s'il résulte d'un bilan que l'actif ne couvre plus le passif, il doit provoquer immédiatement la déclaration de faillite (art. 240).

5917-5997. — Les membres du comité de direction doivent apporter à leur gestion la diligence qu'on est en droit d'attendre d'hommes d'affaires sérieux; ils sont solidairement responsables devant la société du dommage qui résulterait pour elle du manquement à leurs obligations et devant les tiers si par leur négligence ceux-ci ne peuvent obtenir satisfaction de la société : cette responsabilité se prescrit par cinq ans (art. 241).

5998. — Le conseil de surveillance se compose de trois membres au moins, élus pour quatre exercices au plus, sauf pour le premier conseil de surveillance dont les pouvoirs sont limités au premier exercice ; ses membres peuvent être révoqués par une assemblée générale à la majorité des trois quart du capital représenté (art. 243); leurs noms doivent être publiés et inscrits au registre du commerce (art. 244). Le conseil de surveillance a mandat de veiller à la conduite des affaires sociales dans toutes les branches de l'administration ; il peut à tout moment vérifier les livres, la caisse et les marchandises (art. 246); il peut intenter une action contre les membres du comité de direction (art. 247). Les membres du conseil de surveillance ne peuvent en même temps faire partie d'une manière permanente du comité de direction, ni gérer les affaires sociales en qualité d'employés (art. 248); ils sont responsables de leurs négligences dans leur contrôle, et cette responsabilité se prescrit par cinq ans (art. 249).

5999. — Les délibérations de l'assemblée générale doivent être prises à la majorité simple des suffrages exprimés, sauf dans les cas où la loi ou les statuts exigent d'autres conditions (art. 251). Chaque action confère le droit de vote, mais le droit d'une personne propriétaire de plusieurs actions peut être réduit et les droits attachés aux diverses catégories d'actions peuvent être différents (art. 252). L'assemblée générale est convoquée par le comité de direction, le conseil de surveillance, ou sur réquisition d'actionnaires représentant le vingtième du capital social (art. 254). La convocation est faite conformément aux statuts, et deux semaines au moins avant la réunion ; si le dépôt des titres est exigé pour prendre part à l'assemblée, il suffit d'effectuer ce dépôt chez un notaire (art. 255). L'ordre du jour doit figurer sur la convocation ; les actionnaires ont le droit d'y faire ajouter un sujet quelconque, à condition qu'il puisse être notifié huit jours avant l'assemblée (art. 256). Pour être valables, les délibérations de l'assemblée générale doivent être rédigées en un procès-verbal judiciaire ou notarié ; une expédition authentique de ce procès-verbal est aussitôt déposée au registre du commerce par le comité de direction (art. 259).

6000. — Le comité doit présenter au conseil de surveillance dans les trois premiers mois de l'année sociale le bilan de l'exercice clos, un état des profits et pertes et un rapport sur la situation de la société ; ces documents doivent être ensuite communiqués à l'assemblée générale (art. 260). Dans l'établissement du bilan il doit être tenu compte de la dépréciation des établissements et effets servant à l'exploitation, et les valeurs et marchandises doivent être inventoriées au prix d'achat ou au cours du jour si ce dernier est inférieur (art. 261). Un fonds de réserve doit être constitué : 1° par le prélèvement du vingtième des bénéfices annuels jusqu'à ce que la réserve atteigne le dixième du capital; 2° par les sommes qui proviendraient de l'émission d'actions au-dessus du pair ; 3° par les versements spéciaux effectués par des actionnaires en retour d'avantages attachés à leurs actions si ces versements n'ont pas été affectés à des dépenses extraordinaires (art. 262).

6001. — A la majorité simple, l'assemblée générale peut nommer des commissaires chargés de vérifier le bilan ou la gestion de la société ; ils peuvent aussi être nommés par le tribunal à la requête d'actionnaires représentant le dixième du capital social (art. 266). Les commissaires doivent déposer au registre du commerce du siège social un rapport qui est présenté à la plus prochaine assemblée (art. 267). Les actions contre les fondateurs, le comité de direction ou le conseil de surveillance doivent être intentées par l'assemblée générale sur un vote émis à la majorité simple ou par une minorité d'actionnaires représentant au moins un dixième du fonds social et possédant leurs actions depuis six mois au moins; dans ce dernier cas, la minorité doit déposer le dixième du capital social (art. 268-269). Toute décision de l'assemblée générale peut être attaquée dans le délai maximum d'un mois, si elle est contraire à la loi ou aux statuts, par tout actionnaire (non convoqué à l'assemblée ou qui a fait consigner sa protestation ; le même droit appartient au conseil de surveillance et au comité de direction si sa responsabilité est mise au jour (art. 271). Le tribunal peut ordonner que les demandeurs fournissent caution (art. 272).

6002. — E. *Modifications aux statuts.* — Toute modification aux statuts doit être votée à la majorité des trois quarts du capital représenté à l'assemblée, sauf disposition contraire des statuts; s'il s'agit de modifier les droits d'une catégorie d'actions seulement, une décision conforme des actionnaires lésés doit être obtenue au préalable par un vote séparé (art. 275). Toute modification adoptée doit être déclarée au registre du commerce à fin d'insertion (art. 277). Le capital social ne peut être augmenté avant d'avoir été entièrement libéré, exception faite toutefois pour les compagnies d'assurances (art. 278).

6003. — La délibération relative à l'augmentation du capital doit être inscrite aux registres du siège et des succursales, ainsi que sa réalisation après la clôture de la souscription (art. 280, 284, 286). Il ne peut être délivré d'actions ou de titres provisoires sur la partie augmentée du capital avant cette formalité (art. 287).

6004. — La réduction du capital social exige la même majorité pour son approbation ; elle est soumise de même à l'inscrip-

tion au registre; de plus elle doit être portée par trois publications à la connaissance des créanciers, qui peuvent demander des sûretés pour leurs créances (art. 288-289).

6005. — F. *Dissolution et nullité de la société.* — La société anonyme est dissoute (art. 292) : 1° par l'échéance du terme prévu aux statuts ; 2° par décision de l'assemblée générale à la majorité des 3/4 du capital représenté ; 3° par la faillite.

6006. — Sauf le cas de faillite, la dissolution doit être transcrite au registre du commerce et recevoir trois publications dans les journaux désignés, contenant sommation aux créanciers de produire (art. 293 et 297).

6007. — Le rôle de liquidateur appartient aux membres du comité de direction, à moins de disposition contraire des statuts, ou résolution de l'assemblée générale, ou décision de justice (art. 295) : les noms des liquidateurs doivent être inscrits au registre du commerce (art. 296). Les liquidateurs ont les droits et devoirs du comité de direction, sous le contrôle du conseil de surveillance, mais ils ne peuvent déléguer leurs pouvoirs (art. 297). Ils dressent d'abord un premier bilan, puis un bilan annuel tant que durent leurs opérations : ces bilans doivent, comme en temps ordinaire, être présentés à l'assemblée, qui peut en faire opérer la vérification (art. 299).

6008. — La répartition de l'actif ne peut avoir lieu qu'un an après la troisième publication de la dissolution (art. 301). L'extinction de la raison sociale doit être transcrite au registre, et les livres de la société sont déposés pour être conservés pendant le temps prescrit par la loi au lieu désigné par le tribunal de commerce (art. 302).

6009. — Enfin, une société anonyme peut se dissoudre sans liquidation par translation de son actif en bloc soit à l'un des États confédérés, soit à une commune, soit à une autre société anonyme, après délibération de l'assemblée générale à la majorité des 3/4 du capital représenté. Dans le cas de translation à une autre société, la fusion ne peut avoir lieu que lorsque les créanciers de la société dissoute ont été désintéressés, ou lorsqu'un an s'est écoulé après la troisième publication de la dissolution sans qu'ils se soient présentés : le montant de leurs créances doit alors être consigné (art. 303-306).

6010. — Enfin, si les statuts ou l'administration d'une société anonyme présentent un vice quelconque résultant de la non-observation de la loi, tout actionnaire et tout membre du comité de direction ou du conseil de surveillance peuvent demander en justice la nullité de la société. Si cette nullité est prononcée, les règles précédentes relatives à la liquidation sont appliquées (art. 309-311). Les art. 312 à 319 sont consacrés à diverses dispositions pénales.

6011. — IV. *Société en commandite par actions.* — Les rapports des associés responsables entre eux, avec l'ensemble des commanditaires et avec les tiers, sont régis par les dispositions visant la société en commandite simple; au surplus, les règles des sociétés anonymes sont applicables, sauf les modifications résultant du remplacement du comité de direction par les commandités (art. 320). Tous les associés responsables doivent prendre part à la rédaction des statuts, et ceux-ci doivent être arrêtés en la forme judiciaire ou notariée par cinq associés au moins : ne peuvent y participer en dehors d'eux que des commanditaires (art. 321). Les statuts doivent indiquer les noms des commandités, ainsi que la valeur de leurs apports en nature et les avantages qui leur seraient attribués (art. 322). Les certificats de souscription doivent porter également les noms des associés responsables (art. 323). La disposition de l'art. 236 relative aux opérations commerciales de la même nature que celles faisant l'objet de la société, qui sont interdites au comité de direction, s'applique ici aux commandités (art. 326).

6012. — Les associés responsables, même s'ils possèdent des actions, ne peuvent voter à l'assemblée générale que dans les cas où leur acquiescement est requis : dans ce cas seulement les délibérations prises par l'assemblée doivent être inscrites au registre du commerce (art. 327). Sauf disposition contraire des statuts, les décisions des commanditaires sont exécutées par les soins du conseil de surveillance (art. 328). Il ne peut être payé aux associés responsables aucune part de profit, en dehors de celle qui reviendrait à leurs actions, s'il existe un déficit dépassant le montant de leurs apports en nature, le prélèvement pour le fonds de réserve a lieu également sur les bénéfices qui leur reviennent d'après les statuts (art. 329).

6013. — La dissolution doit être votée ou approuvée par l'assemblée générale à la majorité des 3/4 du capital représenté; elle doit être inscrite au registre, de même que la retraite de tout associé responsable (art. 330). Sauf stipulation contraire, il est procédé à la liquidation par les soins de tous les commanditaires et d'un ou plusieurs représentants des commanditaires nommés par l'assemblée (art. 331). Toute société en commandite par actions peut être transformée en société anonyme par une délibération des associés responsables et de l'assemblée générale, celle-ci réunissant une majorité au moins égale au quart du capital-actions n'appartenant pas aux commandités (art. 332).

6014. — La notification de cette transformation à fin d'inscription doit contenir les noms des membres du comité de direction; un bilan doit y être annexé (art. 333). Aussitôt après la transcription, ce bilan doit être publié par trois fois dans les feuilles désignées, avec mise en demeure aux créanciers de produire leurs créances; il doit être fourni des sûretés à ceux dont les titres seraient antérieurs à la troisième publication et qui le demanderaient (art. 334).

6015. — V. *Société tacite.* — Quiconque s'intéresse en qualité d'associé tacite à un commerce exercé par un tiers doit effectuer son apport de telle sorte que cet apport rentre dans le patrimoine de ce dernier (art. 335). L'acte de société peut exclure des pertes l'associé tacite, mais il ne peut l'exclure du bénéfice (art. 336). L'associé tacite n'est tenu des pertes qu'à concurrence de l'apport par lui versé ou promis (art. 337). Ses droits se bornent à celui de demander communication écrite du bilan annuel et d'en vérifier l'exactitude en compulsant les livres et papiers (art. 338).

6016. — Sa mort ne provoque pas la dissolution de la société (art. 339). En cas de faillite, il peut produire comme créancier pour le montant de son apport qui dépasserait la part de pertes qui lui incombe, mais il doit, si son apport réellement versé est inférieur, le compléter jusqu'à concurrence de ladite part (art. 341).

6017. — Si l'associé tacite a retiré dans l'année qui précède l'ouverture de la faillite tout ou partie de son apport, ou si par convention avec le propriétaire du fonds de commerce il a été déchargé des pertes, cette restitution ou cette remise peuvent être attaquées, à moins que les faits motivant la faillite ne soient postérieurs (art. 342).

6018. — VI. *Société à responsabilité limitée.* — Ce nouveau genre de société a été introduit par la loi du 20 avr. 1892 (*Ann. de législ. étr.*, 1893, p. 150), modifiée dans un certain nombre de ses dispositions par l'art. 11 de la loi du 10 mai 1897 sur la mise en vigueur du nouveau Code de commerce (*Ann. de législ. étr.*, 1899, p. 166).

6019. — La société à responsabilité limitée est intermédiaire entre la société en nom collectif et la société anonyme; elle est faite surtout pour les entreprises créées par un petit nombre de personnes qui veulent rester associées d'une façon durable sans engager leur responsabilité sur tous leurs biens comme dans la société en nom collectif. On a pensé aussi au cas où les associés, soit en raison de leur nombre, soit pour toute autre cause, ne peuvent s'occuper tous directement de la direction; au cas de transmission à des héritiers ou à des créanciers; enfin au cas où il peut être utile soit d'augmenter, soit de restreindre le capital.

6020. — A. *Constitution de la société.* — L'acte de société doit être fait en la forme judiciaire ou notariée (art. 2) et doit indiquer : 1° le siège de la société et la raison de commerce qui peut être le nom d'un ou de plusieurs des associés accompagné des mots « à responsabilité limitée »; 2° l'objet de l'entreprise; 3° le montant du capital de fondation, qui doit être de 20,000 marcs au moins ; les apports des associés, qui peuvent varier pour chacun d'eux, mais sans être inférieurs à 500 marcs; les apports en nature doivent être évalués en argent.

6021. — La société doit avoir un ou plusieurs gérants, associés ou non (art. 6). Elle doit être déclarée à fin d'inscription au registre du commerce du siège et des succursales ; mais la déclaration nécessaire ne peut avoir lieu que lorsque sur chaque apport il a été *mis à la disposition* au moins le quart (ou au moins 250 marcs pour les apports inférieurs à 1,000 marcs); le versement *en espèces* n'est pas exigé pour la déclaration (art. 7). Les administrateurs doivent déposer leurs signatures pour être conservées au tribunal de commerce (art. 8). Le contrat de société est publié en extraits par les soins du tribunal (art. 10). Avant l'inscription au registre du commerce, la société à responsabilité limitée ne vaut pas comme telle (art. 11)

6022. — B. *Rapports entre la société et les associés.* — Les créanciers de la société n'ont d'action que sur le patrimoine social (art. 13). La société à responsabilité limitée est commerciale, quel que soit son objet (art. 14).

6023. — L'aliénation de parts sociales ne peut avoir lieu que par acte notarié ou judiciaire et doit être notifiée à la société (art. 15-16); le cédant reste tenu avec le cessionnaire pour les prestations restant dues, et cela pendant un délai de cinq ans après la transmission du titre (art. 22). L'aliénation de fractions de parts ne peut avoir lieu en général qu'avec l'autorisation écrite de la société (art. 17), et ces fractions doivent être d'au moins 500 marcs.

6024. — Comme dans les sociétés en commandite par actions et anonymes, chaque associé doit verser son apport en temps opportun, sous peine de déchéance, un mois après sommation faite par lettre recommandée (art. 20 et 21). Si le paiement ne peut être obtenu du possesseur antérieur ou par vente de la part en question aux enchères publiques, les autres associés doivent l'effectuer ensemble, au prorata de leurs apports (art. 24).

6025. — Il peut être stipulé, dans l'acte de société, le droit pour la société de décider des versements supplémentaires, au delà du montant du capital social (art. 26). Les associés sont tenus de les effectuer dans les mêmes conditions que les versements des parts sociales et au prorata de leurs apports. Cependant, au delà d'un maximum fixé par les statuts ou dans le cas où les statuts seraient muets sur ce point, un associé a le droit de refuser d'effectuer un versement supplémentaire, en mettant sa part sociale à la disposition de la société (art. 27).

6026. — La répartition des bénéfices a lieu en proportion des parts sociales et sans réserve légale, sauf dispositions contraires des statuts (art. 29).

6027. — La société ne peut acquérir des parts sociales non libérées; elle peut acquérir des parts libérées ou les amortir, si les statuts le prévoient, mais sur les bénéfices seulement.

6027 *bis*. — C. *Représentation et gérance de la société.* — La société acquiert des droits et s'engage par le fait des gérants, qui signent sous la raison sociale en y joignant leurs noms. Les gérants ne sont pas responsables personnellement vis-à-vis des tiers, mais ils sont responsables vis-à-vis de la société s'ils dépassent leur mandat (art. 35, 36 et 37).

6028. — Les gérants sont révocables en tout temps (art. 38); leur remplacement doit être notifié pour être inscrit au registre du commerce, avec dépôt des signatures des nouveaux gérants (art. 39).

6029. — Les gérants veillent à la tenue des livres; ils doivent présenter chaque année en janvier, au greffe du tribunal de commerce, l'état des associés avec leurs apports; ils doivent dresser un bilan dans les trois premiers mois de l'année : les statuts peuvent porter ce délai à six ou neuf mois (art. 40 à 42).

6030. — Sauf disposition spéciale des statuts, les droits des associés quant à la direction des affaires sociales sont réglés par les art. 47 à 52. En particulier ils ont à se prononcer sur la répartition du bénéfice en suite du bilan, l'appel des versements supplémentaires, le remboursement d'apports supplémentaires, l'amortissement, la nomination et la révocation des gérants.

6031. — Les décisions sont prises à la majorité des voix exprimées; il est conféré une voix par 100 marcs de part sociale (art. 47).

6032. — La convocation d'une assemblée n'est même pas nécessaire si les associés font connaître par écrit leur approbation des décisions à prendre, lesquelles leur sont notifiées par lettres recommandées, huit jours d'avance au moins (art. 49 et 51).

6033. — En cas de pertes, un groupe d'associés dont les pertes réunies atteignent le dixième du capital social peuvent demander la convocation d'une assemblée (art. 50).

6034. — Un conseil de surveillance peut être établi par les statuts, mais il n'est pas exigé par la loi (art. 52).

6035. — D. *Modification aux statuts.* — Toute modification aux statuts doit être adoptée par décision des actionnaires, prise à la majorité des trois quarts des suffrages exprimés, constatée en la forme notariée ou judiciaire et inscrite au registre du commerce, à peine de nullité (art. 53, 54).

6036. — S'il s'agit d'une augmentation du capital, la société peut admettre à fournir le nouvel apport, soit les associés, soit d'autres personnes; lorsque le nouveau capital a été couvert, il y a lieu à une nouvelle inscription au registre du commerce (art. 55 et 57).

6037. — La réduction du capital social (lequel doit toujours être égal à 20,000 marcs au moins) ne peut avoir lieu qu'après trois publications de la décision des actionnaires par les soins des gérants; en outre les créanciers qui n'y adhéreraient pas doivent être désintéressés (art. 58).

6038. — E. *Dissolution et nullité.* — La dissolution peut avoir lieu pour les cinq causes suivantes, sauf la prévision par les statuts de cas plus nombreux (art. 60 et 75) : 1° par l'échéance du terme fixé aux statuts; 2° par délibération des associés à la majorité des trois quarts des voix exprimées (sauf disposition contraire spéciale): 3° par décision judiciaire rendue sur requête d'associés représentant au moins le dixième du capital social s'il y a pour cela des motifs importants, ou sur requête de l'autorité administrative supérieure au cas de résolutions illicites; 4° par l'ouverture de la faillite, sauf continuation de la société après inscription au registre du commerce s'il y a concordat ou cessation des poursuites; 5° par l'inscription au registre du commerce de la nullité de la société prononcée sur la demande d'un ou plusieurs associés, d'un gérant ou d'un membre du conseil de surveillance si l'acte de société ne contient pas les dispositions essentielles requises.

6039. — Les gérants doivent provoquer la déclaration de faillite dès que la société cesse ses paiements ou dès que l'insolvabilité résulte d'un bilan (annuel ou établi en cours d'exercice), sous peine d'être tenus envers la société des sommes payées après ce moment (art. 64). Hormis le cas de faillite, la dissolution doit être inscrite au registre du commerce; la dissolution doit recevoir trois publications par la voie de journaux (art. 65); les règles prescrites par les art. 66 à 73 sont les mêmes que celles établies pour les sociétés anonymes. Les noms des liquidateurs doivent être inscrits au registre du commerce et leurs signatures déposées. Après l'achèvement des opérations, les livres et papiers de la société sont remis à un associé ou à un tiers, désigné soit par les statuts, soit par les associés, soit par justice, et qui doit les conserver dix ans à la disposition des associés (art. 74).

6040. — F. *Transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée* (art. 80 et 81). — Cette transformation peut avoir lieu sans liquidation de la société anonyme si, après avertissement donné aux associés, le capital représenté par ceux qui adhèrent est au moins des trois quarts du fonds social et si ce capital est d'au moins 20,000 marcs. Mais les associés non adhérents doivent être remboursés de la part qui leur revient sur l'actif, et les créanciers qui n'acceptent pas la transformation doivent être payés ou recevoir une garantie. Ces dispositions ont été insérées pour faciliter cette transformation; on a pensé en effet que celle-ci serait fréquente de la part de sociétés ayant adopté, à défaut d'autre, la forme anonyme sans qu'elle convînt à leur objet.

6041. — VII. *Loi sur les porteurs d'obligations.* — Une loi du 4 déc. 1899 est venue réglementer l'exercice des droits des obligataires : son but est de faciliter l'action de ces derniers en les groupant pour la défense de leurs intérêts communs (*Ann. de dr. comm.*, 1900, p. 310).

6042. — Toutes les fois que le montant nominal d'une émission d'obligations atteindra 300,000 marcs, le nombre des titres étant en même temps au moins égal à 3,000, il devra être institué une assemblée générale des obligataires qui sera tenue, tant que le capital en circulation restera supérieur à 100,000 marcs et le nombre des titres supérieur à 1,000. Cette assemblée pourra élire un représentant permanent dont elle déterminera les pouvoirs, et dans ce cas elle pourra supprimer le droit de chaque obligataire à une action séparée.

6043. — La convocation ordinaire de l'assemblée sera faite par le débiteur, qui devra en outre y procéder extraordinairement sur la demande écrite du mandataire en fonctions ou de créanciers représentant le vingtième au moins du capital en circulation; à défaut par lui de le faire, le tribunal pourra autoriser les requérants à faire eux-mêmes la convocation.

6044. — La tenue de l'assemblée sera précédée de deux convocations par la voie des journaux désignés, avec un intervalle de quinze jours au moins entre la deuxième publication et la date fixée, afin de permettre aux obligataires de déposer leurs titres, soit à la Banque de l'Empire, soit chez un notaire, soit dans un établissement autorisé à cet effet, deux jours au moins avant la réunion.

6045. — Toute délibération doit être consignée dans un procès-verbal judiciaire ou notarié et doit être prise à la majorité des voix présentes ou représentées; le débiteur qui posséderait lui-même un certain nombre de titres n'a pas le droit de voter. Toute délibération touchant les droits des obligataires doit, toutefois, pour être valable, être adoptée par les trois quarts des voix émises, et représenter la moitié au moins ou les trois quarts de la valeur des titres en circulation, suivant que cette valeur dépasse ou ne dépasse pas 12 millions de marcs. Les résolutions prises doivent être publiées par la voie des journaux.

6046. — Le ou les représentants élus par l'assemblée sont révocables par elle; ils ont le droit, si le débiteur est une société, de prendre part aux délibérations dans les réunions d'associés.

6047. — En cas de faillite du débiteur, le juge de la faillite convoque et préside l'assemblée des obligataires, et ceux-ci nomment un mandataire pour faire valoir leurs droits.

6048. — Enfin, des pénalités sont établies contre ceux qui, par l'intermédiaire d'hommes de paille, fausseraient les délibérations des assemblées. La présente loi n'est pas applicable aux obligations émises par les Etats confédérés ou les corporations de droit public.

6049. — VIII. *Sociétés étrangères* (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 111 et s.). — Toute société anonyme régulièrement constituée à l'étranger possède en Allemagne le droit d'ester en justice. Mais, si cette société fait créer un comptoir sur le territoire de l'Empire, elle doit en demander l'autorisation (qui peut être refusée) et publier au registre du commerce certaines indications relatives à l'organisation et à l'objet de la société. — V. *infrà*, v° *Sociétés d'assurances*.

6050. — IX. *Mouvement dans un sens de réglementation plus sévère des sociétés* (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 227). — A la suite de la faillite de la Leipziger Bank et de désastres financiers nombreux, un mouvement se produit actuellement dans le sens d'une réglementation plus sévère des sociétés, afin de défendre les actionnaires contre l'esprit aventureux ou le défaut de scrupule des administrateurs et des directeurs. On a proposé, entre autres moyens, d'exiger que les administrateurs et directeurs soient possesseurs d'un nombre déterminé et important d'actions qu'ils ne pourraient vendre avant d'avoir reçu décharge de leur gestion par délibération de l'assemblée générale.

§ 2. ANGLETERRE.

6051. — I. GRANDE-BRETAGNE. — La loi anglaise, qui s'applique à la fois à l'Angleterre, à l'Ecosse et à l'Irlande, reconnaît les formes de sociétés suivantes (Houpin, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 3e éd., t. 2, p. 316) : 1° les *partnership* ou sociétés en nom collectif; 2° les *joint stock companie* ou sociétés anonymes; 3° les *corporations* auxquelles la personnalité morale doit être accordée par lettres patentes du souverain ou par le Parlement; 4° certaines sociétés constituées suivant des usages locaux (généralement sociétés de banque); 5° les sociétés ouvrières régies par des lois spéciales; 6° les sociétés de construction régies par la loi du 25 août 1894 (*Ann. de législ. étr.*, 1895, p. 161). Pour les quatre dernières catégories qui ont un caractère particulier, nous renvoyons aux traités spéciaux.

6052. — A. *Sociétés en nom collectif.* — Les sociétés dites *partnership* sont régies par une loi du 14 août 1890 (*Ann. de législ. étr.*, 1891, p. 74), qui a été plutôt une codification de dispositions antérieures que l'établissement de règles nouvelles. La *partnership* tient à la fois de notre société en nom collectif pour la responsabilité des associés et de notre société civile pour le reste. Les héritiers d'un *partner*, qui jouissent par ce fait de ses droits, ne sont pas pour cela membres de la société, ni soumis à la responsabilité que cette qualité comporte; il en est de même des ouvriers d'une entreprise ou d'un prêteur intéressé aux bénéfices (art. 2). La société possède une raison sociale, mais, sauf en Ecosse, elle n'est pas une personne légale distincte des associés (art. 4). Par sa seule signature, tout associé engage la société vis-à-vis des tiers pour les actes relatifs à son objet, à moins d'une restriction ou d'une disposition contraires connues de ces derniers; il en est de même des personnes non sociétaires mais dûment qualifiées; les associés sont alors solidairement responsables (art. 5 à 12). Toutefois, l'associé qui emploie à tort, aux affaires de la société, la propriété à lui remise à titre fidéicommissaire n'engage pas les autres sociétaires, s'ils n'ont pas connu le manquement au fidéicommis (art. 13). L'associé nouvellement admis n'est pas tenu des engagements de la société antérieure à sa réception (art. 17).

6053. — L'art. 21 porte qu'à moins de disposition contraire, tout bien acheté par la société sera réputé avoir été acquis à son compte. D'après l'art. 23, qui ne s'applique pas à l'Ecosse, les tribunaux peuvent ordonner la saisie et la vente des immeubles et capitaux pouvant revenir à l'un des sociétaires, mais les autres associés ont toujours le droit d'acquérir les immeubles saisis. En l'absence de convention contraire, chaque sociétaire a part égale aux profits et aux pertes; il ne peut réclamer aucune rétribution pour la conduite de l'affaire; il n'a droit qu'au dividende résultant de sa part d'associé, sauf pour les apports effectués par lui en sus de ses engagements, lesquels produisent à son profit intérêt à 5 p. 0/0; la majorité décide de toute question relative à la conduite de l'affaire; l'unanimité est nécessaire pour ce qui touche à la nature de la *partnership*, à l'exclusion et à l'admission des associés (art. 24 et 25). Tout associé qui poursuit sans autorisation une entreprise de même nature que celle de la société doit compte à ses coassociés des profits qu'il a pu faire de la sorte (art. 30). Le cessionnaire d'un associé ne peut intervenir dans la gestion, ni inspecter les livres, mais il a droit aux profits revenant au cédant et à sa part sociale en cas de dissolution (art. 31).

6054. — La dissolution de la *partnership* a lieu par l'échéance du terme, ou à défaut de terme fixé, par la volonté de l'un des associés signifiée par écrit; elle a lieu aussi par la mort ou la faillite de l'un d'eux et peut être prononcée par les tribunaux à la demande d'un sociétaire (art. 32 à 35). De l'art. 4 il résulte que la société, du moins en Angleterre, ne peut être mise en faillite, puisqu'elle n'est pas une personne morale. Toute modification aux statuts ne peut être opposable aux tiers si elle n'a été insérée à la *Gazette* de Londres, Edimbourg ou Dublin, suivant que le siège de la société est en Angleterre, en Ecosse ou en Irlande (art. 36). La dissolution d'une *partnership* ou le retrait d'un de ses membres peuvent être rendus publics par tout associé (art. 37). L'actif subsistant après le paiement des dettes sociales est partagé entre les sociétaires, au besoin par la voie judiciaire (art. 38), et au prorata de leur part dans les profits, sauf disposition contraire. Si l'actif ne suffit pas à solder le passif, les associés doivent le compléter, également en proportion de leurs parts, et toujours sauf convention contraire (art. 44). Si le contrat de société n'en a disposé autrement, la part de l'associé sorti ou décédé devient une dette qui prend date du jour de la dissolution ou de la mort (art. 43). Enfin, d'après le *bankruptcy act* de 1883, mais pour l'Angleterre proprement dite seulement, les créanciers personnels d'un associé sont remboursés sur sa part de l'actif par préférence aux créanciers sociaux.

6055. — B. *Sociétés anonymes.* — a) *Notions historiques.* — En droit anglais, les sociétés anonymes ou *joint stock companies* sont réglementées encore par la loi du 7 août 1862, qui a abrogé toutes les réglementations antérieures, mais cette loi de 1862 a subi, depuis, de nombreuses modifications par la superposition de dispositions nouvelles. La première loi qui fit sortir du droit commun certaines sociétés par actions, les *joint stock banks*, en 1826, et celle postérieure du 5 mai 1844 sur les sociétés par actions en général, consacraient le principe de la responsabilité absolue de tous les actionnaires. La loi du 8 mai 1845 établit la première, pour les sociétés ayant pour but une entreprise d'utilité publique, la responsabilité limitée des actionnaires, laquelle fut étendue en 1857 aux compagnies d'intérêt privé.

6056. — Ce principe de la responsabilité limitée fut confirmé par la loi du 7 août 1862, puis par celle du 20 août 1867, qui, complétant la précédente, permit d'introduire dans les statuts la clause de la responsabilité absolue des administrateurs, créa les actions au porteur, et autorisa la réduction du capital. Mais les lois de 1862 et 1867 exigeaient des sociétés à responsabilité limitée l'adjonction du mot *limited* à la raison sociale : ce fait et les formalités nouvelles introduites firent que la plupart des sociétés préférèrent l'ancien mode de la responsabilité entière, dans la crainte de diminuer leur crédit.

6057. — A la suite de désastres financiers qui ruinèrent un nombre considérable de personnes par suite de la solidarité de tous les actionnaires, une loi nouvelle fut adoptée le 15 août 1879 pour donner plus de garantie aux créanciers dans les sociétés à responsabilité limitée et amener le plus grand nombre possible de sociétés à adopter la nouvelle forme. Une loi du 24 mars 1880 fit un pas de plus dans cette voie, tout en permettant de dégager

la caisse sociale de capitaux inutiles pour la gestion des affaires. Notons aussi trois lois importantes du 18 août 1890 : 1° sur la liquidation des sociétés; 2° sur la responsabilité des fondateurs et administrateurs relativement aux prospectus d'émission; 3° sur la modification des statuts.

6058. — Une commission officielle désignée en 1894 par le *Board of Trade* élabora un projet de modifications aux lois sur les sociétés, qui vint en 1896 devant la Chambre des lords (*Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 146; 1897, p. 417). Il contenait des dispositions rendant plus explicites et plus détaillés les prospectus d'émission ; il fixait les premiers versements au dixième au moins de la valeur nominale des titres; il exigeait l'enregistrement des hypothèques consenties par la société dans les sept jours et par ordre de date ; il réduisait de quatre à un mois le délai prévu par la loi de 1867 pour la réunion de la première assemblée générale, avec communication aux actionnaires de tous documents utiles dans les huit jours précédant l'assemblée; il prescrivait la publication et le dépôt du bilan ; surtout il rendait les administrateurs responsables s'ils ne s'étaient pas acquittés de leurs fonctions « avec tous les soins d'un homme raisonnable », etc. La Chambre des lords renvoya ce projet à un comité spécial d'instruction, la responsabilité imposée aux administrateurs lui ayant en particulier semblé excessive et de nature à terroriser le monde des affaires par le caractère vague et dangereux de la formule proposée.

6059. — Enfin, ces études aboutirent à la loi du 8 août 1900 qui, mise en vigueur le 1er janv. 1901, a fait entrer la législation anglaise des sociétés anonymes dans une nouvelle phase, en modifiant surtout les conditions à remplir pour l'émission de titres et en réglant les formalités de publicité pour les divers actes de la société (*Ann. de dr. commercial*, 1901, p. 144).

6060. — Nous allons étudier succintement dans leurs détails les dispositions qui résultent de la juxtaposition des diverses lois que nous venons d'énumérer.

6061. — b) *Constitution de la société.* — D'après la loi du 8 août 1900, les fondateurs doivent, comme le prescrivait déjà la loi de 1862, faire enregistrer au bureau des sociétés le *memorandum* d'association, en y joignant la déclaration d'un *sollicitor* de la Cour suprême constatant l'exécution des prescriptions de la loi, ainsi que les noms des administrateurs s'il doit y avoir émission des titres dans le public. Les administrateurs doivent déclarer leur acceptation et s'engager à souscrire le nombre d'actions prévues au *memorandum*.

6062. — Des actions ne peuvent être émises dans le public tant qu'un minimun d'actions n'a pas été souscrit et que les versements correspondants, lesquels doivent être de 5 p. 0/0 au moins du capital nominal de chaque titre, n'ont pas été effectués. Les statuts doivent prévoir pour la réussite de l'émission un maximum de temps après lequel les souscriptions devront être remboursées avec intérêts.

6063-6064. — Il résulte d'une formule insérée à la suite de la loi de 1862 que les fondateurs doivent être au nombre de sept au moins et que le *memorandum* doit contenir : 1° le nom de la société suivi du mot *limited* ; 2° l'indication du siège social (en Angleterre, Écosse ou Irlande); 3° l'objet de la société; 4° les limites de responsabilité des actionnaires : faute d'une stipulation expresse, leur responsabilité sera *un limited ;* elle peut au contraire être indiquée comme restreinte soit au montant des actions, soit à une somme supérieure qui ne serait appelée qu'en cas de liquidation; 5° le capital nominal de la société et le nombre des actions. En même temps que le *memorandum*, doivent être enregistrées au *Joint Stock Companies office* les statuts de la société, dont la loi de 1862 donne un modèle sous le nom de table A ; ce texte modèle n'est du reste pas obligatoire. Les formalités préliminaires accomplies, le *registrar* (greffier du bureau des sociétés) en délivre une attestation, et dès lors seulement la société possède une existence juridique.

6065. — c) *Du capital.* — Le capital social peut comprendre des actions d'apport, c'est-à-dire attribuées en représentation d'apports réels ou de concours donnés à la compagnie. Il peut être créé également des actions de préférence, c'est-à-dire jouissant, par rapport aux autres actions, d'un droit de priorité pour la répartition d'un dividende et pour le remboursement en cas de liquidation : les droits privilégiés de ces titres peuvent être modifiés ultérieurement s'ils résultent dés statuts, mais non s'ils résultent du *memorandum*.

6066. — Le capital d'une société anonyme peut être augmenté par de nouvelles émissions. Il peut être stipulé également que le capital nominal sera augmenté par l'adjonction des bénéfices effectivement distribués, lesquels pourront être rappelés en cas de liquidation, mais dans ce cas seulement (L. 15 août 1879).

6067. — La loi de 1867 a permis la réduction du capital, à condition qu'elle soit autorisée par tous les créanciers et par la cour compétente, qui fixera une durée pendant laquelle le nom de la société devra être suivi des mots *and reduced*. D'après la loi de 1879, une résolution peut également déclarer que toute partie du capital non encore appelée ne pourra plus l'être qu'en cas de liquidation. Enfin, la loi du 24 mars 1880 permet à toute société ayant un fonds de réserve important de l'appliquer jusqu'à due concurrence au paiement des versements que les actionnaires restent devoir sur leurs actions, sans modifier, du reste, leur responsabilité en cas de liquidation.

6068. — d) *Des émissions.* — Le *prospectus* de souscription, signé des administrateurs, est soumis à l'enregistrement; il doit contenir toutes les indications de nature à renseigner le public : parts de fondateurs attribuées, minimum des souscriptions à obtenir (car il n'est pas nécessaire que tout le capital prévu soit souscrit), total des actions autres que celles de numéraire, frais de constitution prévus, propriétés acquises ou à acquérir, contrats passés depuis trois années (s'il y a lieu), commissions à allouer aux souscripteurs ou aux personnes procurant des souscriptions, etc.

6069. — En cas d'énonciations inexactes du prospectus, les souscripteurs ont un recours : 1° contre la société, dont ils peuvent exiger le remboursement de leurs versements; 2° contre les fondateurs et les administrateurs en charge au moment de l'émission auxquels ils peuvent demander des dommages-intérêts, à moins que les énonciations fausses du prospectus n'aient été tirées du rapport d'un expert en lequel lesdits fondateurs ou administrateurs pouvaient avoir confiance. L'action contre la société ne peut avoir lieu passé un délai raisonnable, ni lorsque la société est entrée en liquidation.

6070. — La souscription terminée, les noms des souscripteurs doivent être publiés au bureau des sociétés, ainsi que la liste des actions ne correspondant pas à des versements en numéraire.

6071. — La souscription ne comporte aucune formule et peut même se faire verbalement; elle peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée par un avis de la compagnie. La souscription peut avoir lieu à forfait, par l'intermédiaire de syndicats de garantie, qui restent actionnaires s'ils ne peuvent placer leurs titres, ou conditionnellement sans engagement ferme de la part du preneur. La répartition (*allotment*) n'a pas lieu comme en France proportionnellement aux demandes de titres : en Angleterre, toute souscription n'est définitive que lorsqu'elle a été acceptée, et les fondateurs peuvent accepter et refuser celles qu'il leur plait.

6072. — e) *Des titres.* — Tout membre de la société reçoit un *certificat* indiquant les actions dont il est bénéficiaire. Des titres au porteur ne peuvent être délivrés que pour des actions entièrement libérées; cette forme n'est pas acceptée pour les titres que doivent déposer statutairement les administrateurs ou autres agents d'une compagnie.

6073. — Sauf disposition contraire, le droit d'appeler les versements appartient aux administrateurs, et, en cas de liquidation, au liquidateur. Les versements peuvent être faits par anticipation et produire intérêts. Tout retard expose le porteur à la déchéance et à des poursuites de la part de la société.

6074. — La négociation des titres peut se faire directement, sans agent intermédiaire et même sans aucun acte écrit; elle devient définitive par le transfert sur les registres de la compagnie, qui établit un nouveau certificat.

6075. — Les actions peuvent être transformées en titres d'une valeur plus élevée ou divisées en titres d'une valeur moindre par autorisation d'une assemblée générale. Elles peuvent aussi être converties en stock : cette opération consiste dans la réunion des actions en groupes donnant lieu chacun à la délivrance d'un certificat de propriété nominatif ou au porteur, qui remplace les anciens titres, mais qui est libellé de façon à représenter leur valeur globale et non pas leur nombre. La conversion opérée, les associés ne possèdent donc plus un nombre déterminé d'actions, mais une certaine somme de capital. Le caractère du stock

est d'être divisible, c'est-à-dire que, par exemple, le propriétaire de 20 livres sterling de capital pourra céder 5 livres sur sa part : il recevra de la société un nouveau certificat de 15 livres et son cessionnaire un titre de 5 livres.

6076. — La conversion des actions en stock exige que ces actions soient entièrement libérées et que l'opération soit prévue par les statuts ou décidée par une résolution de l'assemblée générale à la majorité des trois quarts des actionnaires représentés, résolution qui doit être confirmée par la majorité des présents dans une deuxième assemblée tenue à quatorze jours d'intervalle. — V. *Ann. de dr. comm.*, 1900, p. 64.

6077. — Les *joint stock companies* peuvent hypothéquer leurs immeubles et émettre des obligations. Toute hypothèque ou tout privilège destiné à garantir une émission d'obligations doit être enregistré, dans les vingt et un jours, sur un registre spécial, au bureau du *registrar*, qui en délivre certificat. Le transfert des obligations se fait comme celui des actions, mais il exige un acte écrit. Les parts de fondateur, qui peuvent être attribuées aux promoteurs d'une société et ne procurent aucun capital, ont droit à un dividende au détriment des actions ordinaires.

6078. — f) *Administration.* — L'administration d'une société anglaise anonyme appartient à des *directors*, que nous traduisons par *administrateurs*, bien que ce mot ne soit pas une traduction exacte, les *directors* anglais cumulant en quelque sorte les pouvoirs des administrateurs et des directeurs de nos sociétés. Les premiers administrateurs, pour la période de constitution de la société, sont désignés par les fondateurs ; ils sont nommés ensuite par l'assemblée générale et renouvelés tous les ans par tiers. Les statuts peuvent établir que les administrateurs devront posséder et déposer en garantie un nombre d'actions déterminé. Les administrateurs ont des pouvoirs très-étendus, mais ils ne peuvent agir séparément, sauf à donner mandat à l'un d'entre eux si les statuts l'autorisent ; ils peuvent être rémunérés d'une façon fixe ou par une participation aux bénéfices. Leur responsabilité vis-à-vis des actionnaires est limitée à ceux d'entre eux qui ont participé à la délibération incriminée ; vis-à-vis des tiers, les administrateurs ne sont engagés que comme les autres associés, sauf disposition spéciale des statuts qui, d'après la loi de 1867, peuvent établir leur responsabilité solidaire et illimitée.

6079. — Dans une société importante, les administrateurs peuvent choisir une personne (*secretary*) qui remplit les fonctions du directeur de nos sociétés françaises pour l'administration intérieure, et un homme technique (*manager*) qui exerce le commerce au nom de la société : ces agents sont responsables de leurs fautes.

6080. — Des commissaires des comptes ou *audits* rémunérés et nommés, par les administrateurs pour la première fois, puis par l'assemblée générale annuelle ou par l'office du commerce, sont chargés de vérifier les livres et de faire un rapport à l'assemblée générale.

6081. — La loi exige expressément la tenue de trois livres indispensables : 1° registre des membres tenu à la disposition du public, indiquant en face des numéros des titres les noms et adresses des possesseurs successifs jusqu'à leur conversion en titres au porteur ; 2° registre des nantissements et hypothèques consentis par la société, tenu à la disposition des créanciers de cette dernière ; 3° registre des procès-verbaux des assemblées générales et des réunions des administrateurs.

6082. — A la fin de chaque année, sept jours avant l'assemblée, une copie du bilan doit être adressée à chaque membre ; un compte rendu annuel portant la liste des actions, le montant des dettes hypothécaires, les noms des administrateurs, doit être par ces derniers adressé au *registrar*. Enfin, pour les compagnies comme pour les particuliers, beaucoup de contrats ne sont pas réguliers si, avec les signatures, les contractants n'y ont pas apposé le sceau de la société.

6083. — g) *Assemblées.* — L'assemblée générale n'a pas, en droit anglais, un rôle aussi capital qu'en droit français ; son rôle est néanmoins prépondérant. Elle peut être ordinaire, spéciale ou extraordinaire. Entre la fin du premier mois et celle du troisième mois après l'accomplissement des formalités préliminaires de fondation (L. 8 août 1900), a lieu l'assemblée constitutive. Sept jours au moins auparavant, les administrateurs provisoires ont dû déposer au bureau du *registrar* et faire parvenir aux actionnaires un rapport contenant, outre les indications du *prospectus*, celles des sommes encaissées, des dépenses faites et des contrats à faire approuver. Tout actionnaire a droit de discussion, et l'assemblée peut s'ajourner à une date ultérieure une ou plusieurs fois.

6084. — Tous les ans il doit être tenu une assemblée générale ordinaire à la date fixée par les statuts, ou, à défaut d'indication, le deuxième mardi de février, après avis individuel aux actionnaires envoyé sept jours d'avance.

6085. — Le nombre des présents nécessaire pour la validité des délibérations varie de cinq à vingt, suivant le nombre total des actionnaires. Chaque membre a droit à une voix par action jusqu'à dix, plus une voix par cinq actions de dix à cent, et une voix par dix actions au-dessus de cent. Une procuration ne peut être donnée qu'à un actionnaire. L'assemblée ordinaire ne peut qu'adopter ou repousser après discussion le rapport présenté par le conseil d'administration ; elle statue sur le dividende proposé, qu'elle peut réduire mais non augmenter.

6086. — Toute proposition spéciale doit avoir été indiquée sur les lettres de convocation, être votée par les trois quarts au moins des présents et être confirmée par une deuxième assemblée réunie dans un délai de quatorze jours à un mois ; toutefois dans cette deuxième assemblée la majorité relative suffit. Copie des deux délibérations doit, dans la quinzaine, être envoyée au *registrar*.

6087. — Enfin, l'assemblée extraordinaire est celle tenue en dehors de l'assemblée générale annuelle ; elle peut être convoquée sur l'initiative du conseil d'administration ou à la demande d'un groupe d'actionnaires possédant au moins le dixième du capital émis ; ce groupe peut procéder directement à la convocation si les administrateurs ne l'ont pas fait dans les vingt et un jours (L. 8 août 1900).

6088. — h) *Liquidation des sociétés.* — Les *joint stock companies* ne peuvent être mises en faillite. La loi de 1862 prévoit pour les sociétés en général trois formes de liquidation : 1° la liquidation volontaire, qui résulte de l'échéance du terme ou d'un vote des actionnaires, et doit être enregistrée et publiée dans les quinze jours à la *Gazette*. La cour peut nommer les liquidateurs ou remplacer ceux désignés. Les liquidateurs soldent le passif et établissent la répartition de l'actif restant ; ils ne peuvent transiger avec les débiteurs ou vendre l'actif à une autre société qu'en vertu d'une résolution spéciale ; enfin ils doivent être autorisés par la cour pour poursuivre les administrateurs ou les directeurs. Les opérations terminées, une assemblée générale convoquée un mois d'avance par avis inséré à la *Gazette* statue sur le rapport des liquidateurs ; le procès-verbal est transmis au *registrar* et la société est dissoute définitivement trois mois après ; 2° la liquidation sous la surveillance de la cour, presque délaissée aujourd'hui, qui peut être prononcée par les tribunaux à la demande de créanciers en cours d'une liquidation volontaire ; 3° la troisième forme de liquidation judiciaire est actuellement régie par une loi du 18 août 1890. Elle peut être prononcée par la cour sur la demande de créanciers ou d'actionnaires, ou lorsque l'actif ne couvre plus le passif, ou encore lorsque la cour le juge utile ; elle a lieu également faute de constitution d'une société en formation dans les délais fixés, ou lorsque le nombre des actionnaires tombe au-dessous de sept. La liquidation arrête les poursuites des créanciers.

6089. — La cour nomme un liquidateur provisoire qui est l'*Official Receiver* attaché à son siège ou est pris parmi les personnes désignée par l'Office du commerce (*Board of Trade*).

6090. — Le liquidateur provisoire fournit à la cour le bilan établi par les administrateurs en y joignant un rapport personnel ; puis il convoque en assemblées séparées les créanciers et les porteurs d'actions nominatives, sur le fait de savoir s'il y a lieu de nommer un autre liquidateur et un comité de contrôle.

6091. — Le liquidateur définitif, s'il y a lieu, est nommé par la cour, le comité par les intéressés, et ces nominations sont publiées dans la *Gazette*. Le comité est révocable par ceux qui l'ont nommé ; s'il n'en a pas été établi, le *Board of Trade* en remplit les fonctions.

6092. — Le liquidateur définitif adresse un rapport à la cour sur la gestion et la responsabilité des administrateurs et directeurs, qui peuvent être condamnés par la cour à des dommages-intérêts.

6093. — Des réunions séparées de créanciers et d'actionnaires ont lieu également de temps à autre, et leurs procès-verbaux sont conservés sur un livre tenu par le liquidateur et communiqués à la cour.

6094. — Les pouvoirs du liquidateur judiciaire ne sont pas aussi étendus que ceux du liquidateur amiable ; en particulier,

il ne peut ester en justice au nom de la compagnie sans une autorisation de la cour. Les fonds encaissés par lui doivent en règle générale être déposés à la Banque d'Angleterre et ne peuvent être touchés par l'ayant-droit que sur mandat du *Board of Trade.*

6095. — Le liquidateur doit envoyer deux fois l'an au *Board of Trade* un état de ses paiements et de ses encaissements; il doit fournir au *registrar* un état de liquidation si celle-ci dure plus d'un an.

6096. — En cas d'insuffisance d'actif, les dettes sont payées dans l'ordre suivant : frais de liquidation, sommes dues à l'État, impôts régionaux, appointements, salaires, obligataires, actionnaires. Les opérations terminées, le liquidateur fournit un rapport à l'Office du commerce, qui lui donne *quitus.*

6097. — C. *Biais employé pour suppléer aux sociétés en commandite* (*Ann. de dr. comm.*, 1897, p. 302 et 1899, p. 256). — La législation anglaise ne reconnaît pas la société en commandite. Il existe bien parfois dans la société en nom collectif les *sleeping partners* ou associés dormant, dont le nom ne figure pas dans la raison sociale et qui se bornent à apporter des capitaux sans prendre part à la gestion, mais les risques encourus par eux sont identiques à ceux des associés gérants, même si leur coopération est tenue secrète. De là la nécessité de recourir à la forme de la société par actions, si l'on veut éviter la responsabilité absolue de tous les membres.

6098. — Mais il n'est pas nécessaire pour cela que la compagnie qui sera formée dans ce but soit ouverte à tous. A côté des *public companies* faisant appel au crédit public il existe, en effet, des *private companies*, caractérisées par le petit nombre des actionnaires, et dont les statuts contiennent des dispositions destinées à leur conserver leur caractère privé : par exemple restreignant le droit de transfert des actions, prévoyant les conditions dans lesquelles s'exercera la direction, réservant même aux associés la faculté d'exclure l'un d'entre eux.

6099. — Ces sociétés sont, du reste, soumises aux mêmes règles que les compagnies publiques, la loi n'établissant entre elles aucune distinction.

6100. — Bien plus, le nombre des actionnaires d'une société anonyme doit être de sept au moins, mais il suffit pour être actionnaire de posséder une seule action et la valeur des actions peut être aussi petite que l'on voudra. Il peut donc n'y avoir qu'une seule personne ayant un intérêt réel dans la société : c'est le cas de la compagnie dite d'un seul homme, *One man company*, dont la légitimité a été consacrée par la Chambre des lords en 1894, à la suite d'un procès retentissant.

6101. — En résumé, les *private companies* tiennent à la fois des sociétés en nom collectif et des sociétés anonymes : elles sont en même temps, comme les premières, des associations de personnes qui peuvent toutes prendre part à la direction de l'entreprise, et comme les secondes, des associations de capitaux où la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs actions. Elles sont, en quelque sorte, comme des sociétés en commandite françaises, dans lesquelles les associés responsables seraient supprimés et où les commanditaires auraient droit à la gestion.

6102. — D. *Sociétés étrangères.* — La loi anglaise est très-large à leur égard, puisqu'elle accueille même les sociétés enregistrées dans les îles Normandes, alors que leur intention visible est de ne faire le commerce que dans le Royaume-Uni. En ce qui concerne la France, la convention du 15 mai 1862 reconnaît aux sociétés des deux pays le droit d'ester en justice dans le pays voisin en se conformant aux lois qui y sont établies.

6103. — II. CANADA (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 166). — La législation des sociétés dans les provinces occidentales du *Dominion* est très-fortement inspirée de la loi anglaise. Il n'en est pas de même des législations des autres provinces, telles que celles d'Ontario, de Québec, qui exigent l'autorisation préalable pour la constitution des sociétés par actions.

§ 3. *AUTRICHE.*

6104. — La législation autrichienne reconnaît comme associations commerciales : 1° la société en nom collectif; 2° la société en commandite simple; 3° la société en commandite par actions; 4° la société anonyme; 5° la société coopérative (V. ce mot).

6105. — Les dispositions qui régissent les sociétés anonymes en Autriche datent du 20 sept. 1899 (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 278) : elles ne résultent pas d'une loi, mais d'un règlement ministériel.

6106. — La législation autrichienne a toujours pour base l'ancien Code de commerce allemand de 1862, rendu obligatoire en Autriche en 1863, et qui comporte le principe de l'autorisation gouvernementale. A plusieurs reprises des projets de réforme ont été présentés, mais aucun n'a abouti. L'autorisation est donnée par une commission qui dépend du ministère de l'Intérieur, et c'est ce fait qui a permis de se passer d'un vote parlementaire pour l'établissement du règlement de 1899.

6107. — Ce nouveau règlement présente en quelque sorte un canevas de statuts pour les sociétés anonymes commerciales; il ne s'occupe ni des sociétés en commandite par actions, ni des sociétés anonymes non commerciales.

6108. — A. *Constitution de la société.* — L'autorisation gouvernementale est toujours exigée, mais elle a changé complètement de nature : tandis qu'avant 1899, elle s'exerçait sans règle déterminée, les pouvoirs publics n'ont plus aujourd'hui qu'à vérifier si les statuts sont dressés conformément au règlement, s'ils ne contiennent rien de contraire aux lois et si le but de la société n'est pas de nature à troubler l'ordre public; ils n'ont donc plus à considérer les chances plus ou moins grandes de réussite de l'entreprise, à moins qu'elle leur paraisse notoirement dangereuse pour l'épargne.

6109. — Les sociétés qui se proposent de faire une émission d'actions dans le public doivent demander tout d'abord à l'administration régionale une autorisation provisoire, valable pour un an, et pour cela déposer un projet de statuts avec indication des noms des promoteurs, les apports effectués et les avantages particuliers concédés, le taux des premiers versements à faire. Les promoteurs peuvent alors lancer des prospectus d'émission.

6110. — La demande en autorisation définitive doit contenir la liste des souscripteurs, le chiffre des actions souscrites, et un rapport justificatif des apports effectués et de leur rémunération, ainsi que les résultats obtenus dans les deux dernières années s'il s'agit de la mise en actions d'une entreprise déjà existante. Une vérification de ce rapport peut être faite ou ordonnée par des réviseurs choisis par les fondateurs sur une liste émanant des chambres de commerce, mais cette vérification n'est pas obligatoire dans tous les cas.

6111. — Une assemblée générale, dont l'administration doit être avisée huit jours au moins d'avance, est convoquée pour déclarer la société constituée; les fondateurs y justifient de la souscription intégrale du capital et des versements prévus aux statuts; l'assemblée élit un conseil de surveillance et nomme au besoin les premiers administrateurs. Le procès-verbal est établi en forme notariée ou judiciaire et les statuts sont transcrits au registre du commerce. Les statuts doivent contenir les noms des fondateurs. La raison sociale ne peut contenir les noms d'anciens associés qu'avec leur agrément.

6112. — B. *Des actions et du capital.* — Toute augmentation du capital doit être autorisée par l'Etat et elle n'est possible que si les premières actions sont entièrement libérées.

6113. — La diminution du capital peut s'effectuer soit par une acquisition d'actions de la société par elle-même, soit par la réduction du montant des titres en cas de pertes éprouvées. Les créanciers doivent être avertis par trois publications et ont un délai de trois mois à partir de la dernière pour adhérer ou demander garantie.

6114. — Toute émission d'obligations doit être autorisée par le ministre des Finances.

6115. — Les actions peuvent être nominatives ou au porteur; les statuts doivent indiquer si les transferts de titres doivent recevoir l'autorisation de la société. Les actions sont indivisibles sauf stipulation contraire des statuts. Les titres ou leurs coupons doivent être de 200 couronnes au moins (100 couronnes dans le cas d'entreprises locales dont les actions sont nominatives) et, en cas de réduction du capital, doivent y être ramenées par la fusion de plusieurs titres en un seul.

6116. — Les émissions au-dessous du pair sont prohibées; celles au-dessus du pair profitent à la société.

6117. — En principe, toutes les actions doivent être entièrement libérées avant la constitution définitive de la société, sauf des cas spéciaux où le premier versement peut être réduit à 40 p. 0/0 ou 25 p. 0/0; mais dans ces derniers cas ce premier versement doit être au moins de 200 couronnes (50 couronnes pour

les petites sociétés à titres dont le transfert exige une autorisation de la société). Les titres provisoires doivent être nominatifs.

6118. — D'après le § 26, les actions de priorité ne peuvent dépasser les 2/3 du capital, ni prélever un dividende supérieur à 5 p. 0/0; le report de ce dividende sur l'exercice suivant ne peut avoir lieu pour plus de cinq années.

6119. — Le § 30 traite des actions représentant des prestations en nature : cette espèce d'actions n'existe que pour les entreprises agricoles, elles doivent être nominatives et ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de la société.

6120. — L'amortissement par tirages au sort peut être prévu par les statuts; si le cours est inférieur au pair, il peut être remplacé par le rachat des titres. Le rachat d'actions, en dehors de ce cas ou d'une diminution de capital, ne peut avoir lieu que pour couvrir la société d'une créance, par exemple si un actionnaire ne verse pas un capital appelé : dans ce dernier cas les actions doivent être immédiatement revendues.

6121. — D'après le § 33, les actions amorties peuvent être remplacées, comme en France, par des actions de jouissance.

6122. — C. *Administration.* — *Assemblées.* — La durée des fonctions des administrateurs est de cinq ans au plus; leurs fonctions cessent au moment de l'assemblée générale correspondante. Le premier conseil peut être nommé par les fondateurs. Un conseil exécutif peut être détaché du conseil d'administration. Le § 35 règle les conditions des marchés entre la société et les membres du conseil. Un conseil de direction peut être institué pour prendre certaines décisions sans recourir à la convocation de l'assemblée générale.

6123. — Les membres du conseil de surveillance ne peuvent être en même temps administrateurs; cette institution n'est pas indispensable et ils peuvent être remplacés par deux réviseurs des comptes, nommés également par l'assemblée et avec la même incompatibilité.

6124. — L'assemblée générale a dans ses attributions l'approbation des contrats passés dans les trois premières années de la fondation, les augmentations ou réductions du capital, la prorogation ou la dissolution de la société, sous réserve de l'autorisation administrative.

6125. — Un nombre d'actionnaires représentant 1/10[e] du fonds social peut requérir la convocation d'une assemblée générale dans les trente jours, en faisant connaître la proposition à lui soumettre, ou, en cas d'assemblée ordinaire, l'insertion à l'ordre du jour d'une question à trancher.

6126. — Les actionnaires peuvent, trois jours avant l'assemblée, prendre connaissance au siège social des projets à discuter; ils ont auparavant un délai de huit jours pour déposer leurs titres au porteur, si cette condition est prévue par les statuts.

6127. — Comme en droit allemand, chaque action donne droit à une voix, sauf disposition contraire des statuts, mais le nombre des suffrages attribué à plusieurs actions réunies aux mains d'une même personne peut être réduit dans une certaine limite. Le droit de vote des actions de jouissance doit être déterminé par les statuts.

6128. — Pour délibérer valablement, l'assemblée doit représenter au moins 1/10[e] du capital social, sauf le cas où elle serait convoquée après une assemblée qui n'aurait pas réuni ce chiffre. Toutefois la majorité devra être du quart du capital, des trois quarts au moins des suffrages exprimés, s'il s'agit de statuer sur les apports ou les contrats d'acquisition de matériel dans les trois premières années de la fondation, ou s'il s'agit de modifications aux statuts (par exemple, de voter la liquidation anticipée).

6129. — Quant à la fusion avec une autre société, elle ne peut être décidée en principe que par un vote unanime.

6130. — S'il y a plusieurs espèces d'actions et qu'il s'agisse de modifier leurs rapports entre elles, chaque catégorie vote séparément, avec les mêmes conditions de majorité que ci-dessus.

6131. — Les règles pour l'établissement du bilan annuel sont bien moins précises que dans le Code allemand. Son dépôt peut n'être effectué que six mois, parfois même douze mois après la clôture de l'exercice. L'assemblée peut en renvoyer l'approbation pour vérification.

6132. — Un fonds de réserve doit être constitué par le vingtième des bénéfices nets, les primes résultant d'émissions au-dessus du pair et les versements faits par des actionnaires en vue d'obtenir un droit de préférence.

6133. — Lorsque le fonds de réserve dépasse le dixième du capital, l'excédent peut servir à distribuer un dividende qui ne doit pas dépasser 5 p. 0/0.

6134. — A côté du fonds de réserve peut être constitué un fonds d'accumulation.

6135. — Enfin, le règlement de 1899 se termine par quelques dispositions relatives à la surveillance de l'administration sur les sociétés anonymes.

§ 4. Belgique.

6136. — I. *Généralités.* — Les sociétés commerciales sont régies en Belgique par la loi du 18 mai 1873, dont certains articles ont été modifiés par la loi du 22 mai 1886. Il existe cinq espèces de sociétés commerciales possédant une individualité propre, distincte de celles des associés : 1° la société en nom collectif; 2° la société en commandite simple; 3° la société anonyme; 4° la société en commandite par actions; 5° la société coopérative (V. ce mot). Ajoutons les associations commerciales momentanées et les associations en participation, auxquelles la loi ne reconnait aucune individualité juridique (art. 3).

6137. — Les sociétés en nom collectif, ou en commandite simple, ou coopératives, doivent être formées par acte public ou privé à peine de nullité; les sociétés par actions doivent l'être par acte public, c'est-à-dire notarié.

6138. — Les actes de sociétés doivent être déposés aux mains de l'autorité compétente dans la quinzaine de leur date, pour être publiés au *Moniteur* dans les dix jours suivants; ces dépôt et publications ont lieu par extraits pour la société en nom collectif ou en commandite simple, en entier pour les sociétés par actions ou coopératives. Les mêmes règles sont applicables aux modifications apportées aux statuts.

6139. — Les associations momentanées ou en participation ne sont pas soumises à ces dispositions.

6140. — II. *Sociétés en nom collectif.* — Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale; tous les associés sont solidaires et se trouvent engagés par la signature sociale donnée par l'un d'eux.

6141. — III. *Sociétés en commandite simple.* — La raison sociale doit comprendre les noms d'un ou de plusieurs associés responsables, à l'exclusion de ceux des commanditaires. Les commanditaires ne sont tenus que du montant de leurs apports, mais ils ne peuvent faire aucun acte de gestion, à peine d'être solidairement engagés avec les associés responsables.

6142. — La cession des parts ou intérêts que le contrat autorise ne peut être faite que d'après les formes du droit civil et ne peut avoir d'effet quant aux engagements de la société antérieurs à sa publication (art. 24). En cas de décès ou d'incapacité du gérant, s'il a été stipulé que la société continuerait, le président du tribunal civil peut nommer un administrateur provisoire pour faire les actes urgents, sans que la durée de ses fonctions puisse dépasser un mois (art. 25).

6143. — IV. *Sociétés anonymes.* — Elles sont désignées par l'objet de leur entreprise ou toute qualification particulière, à l'exclusion des noms des associés. Conditions à remplir : minimum de sept associés, capital entièrement souscrit, versement de un dixième au moins sur chaque action (art. 29). La souscription peut être couverte par les fondateurs seuls, comparaissant devant notaire, ou par voie d'émission dans le public. Dans ce dernier cas, les statuts doivent être auparavant dressés en forme authentique et les bulletins de souscription en doivent reproduire les principales dispositions; ils doivent indiquer également la date de l'assemblée constitutive qui devra être tenue devant notaire et dans les trois mois, et à laquelle il appartiendra de déclarer la société constituée. Jusqu'à ce moment, les fondateurs sont personnellement responsables envers tous intéressés (art. 34).

6144. — Les actions peuvent être nominatives ou au porteur et divisées en coupures. Un registre des actions nominatives est tenu au siège social. L'action au porteur doit contenir diverses indications sur la société, les apports et avantages des fondateurs, et indiquer le jour et l'heure de l'assemblée générale annuelle (art. 38). Les actions ne peuvent être cédées valablement vis-à-vis de la société tant qu'elles ne sont pas libérées du cinquième au moins; elles restent nominatives jusqu'à leur entière libération (art. 40). Les souscripteurs et acquéreurs d'actions sont responsables pour le montant de leurs titres; le cédant reste tenu pour les dettes de la société antérieures à l'inscription du

transfert aux registres de la société (art. 42). Une situation annuelle doit être publiée indiquant les noms des actionnaires et les versements effectués (art. 41).

6145. — L'administration appartient à des mandataires révocables élus par l'assemblée pour six ans au plus, mais rééligibles sauf stipulation contraire ; leur nombre doit être de trois au moins. Chacun d'eux doit déposer dans le délai d'un mois un certain nombre d'actions comme garantie de sa gestion. Les premiers administrateurs peuvent être désignés par les statuts, mais chacun d'eux doit posséder en actions, et déposer en garantie la cinquième partie du capital social, sans que cette part puisse dépasser 50,000 fr. valeur nominale.

6146. — Les administrateurs ne sont pas tenus personnellement des engagements de la société, mais ils sont responsables de l'exécution de leur mandat. Tout administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société doit en prévenir le conseil. La gestion journalière des affaires de la société peut être déléguée à des directeurs, associés ou non (art. 53). La surveillance doit être confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non associés, révocables, désignés pour six ans au plus par l'acte constitutif, puis par l'assemblée générale (art. 54). Ils ont le droit de vérifier à tous moments les livres et comptes de la société et fournissent un rapport à l'assemblée générale. Le dépôt d'un cautionnement leur est imposé comme aux administrateurs (art. 58).

6147. — L'assemblée générale annuelle a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes intéressant la société. S'il s'agit de délibérer sur des modifications aux statuts, l'assemblée doit représenter au moins la moitié du capital social ; mais à défaut une deuxième réunion peut être convoquée qui peut délibérer quelle que soit la portion du capital représentée (art. 59).

6148. — Une assemblée extraordinaire peut être provoquée par les administrateurs et les commissaires ou par un nombre d'actionnaires représentant le cinquième du fonds social. Les convocations doivent contenir l'ordre du jour et être publiées, au plus tard quinze jours et huit jours d'avance, par deux insertions dans le *Moniteur*, un journal de Bruxelles et un journal de la province où se trouve le siège de la société. Si toutes les actions sont nominatives, les convocations peuvent avoir lieu par lettres recommandées. A défaut de dispositions des statuts déterminant le mode de délibération de l'assemblée et le droit de vote des actionnaires, on suit la règle ordinaire des assemblées délibérantes.

6149. — Un fonds de réserve doit être constitué par prélèvement de un vingtième des bénéfices nets annuels jusqu'à ce qu'il atteigne le dixième du capital.

6150. — L'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes sont remis aux commissaires de surveillance un mois avant l'assemblée et tenus à la disposition des actionnaires quinze jours avant la réunion ; le bilan et le compte sont adressés aux porteurs d'actions nominatives avec le rapport des commissaires ; ils doivent être publiés dans un délai de quinze jours après adoption par l'assemblée générale (art. 62 et 65).

6151. — La dénomination de la société dans toutes pièces émanées d'elle doit être accompagnée des mots « société anonyme », à peine pour le mandataire de la société d'être déclaré personnellement responsable (art. 66 et 67).

6152. — Une société anonyme ne peut émettre d'obligations pour une somme supérieure à son capital. En cas de liquidation, les obligations ne sont admises au passif que pour le capital obtenu en ramenant à leur valeur actuelle, au taux de 5 p. 0/0, les annuités d'intérêts et d'amortissement qui restent à échoir (art. 68-69).

6153. — Les obligataires peuvent assister aux assemblées générales, mais avec voix consultative seulement (art. 70).

6154. — Les sociétés anonymes ne peuvent être formées pour plus de trente ans, sauf s'il s'agit de l'exploitation d'une concession donnée par l'Etat pour une durée plus longue, mais elles peuvent être successivement prorogées pour un nouveau terme expirant dans le même délai de trente ans (art. 71).

6155. — La dissolution doit être proposée par les administrateurs si le capital se trouve réduit de moitié ; elle peut être prononcée par une minorité du quart des actions représentées à l'assemblée si la perte atteint les trois quarts.

6156. — V. *Sociétés en commandite par actions.* — Elles sont soumises aux mêmes règles que les sociétés anonymes, avec quelques modifications. Les associés gérants sont personnellement responsables, les actionnaires ne le sont que pour le montant de leurs titres. La raison sociale contient les noms d'un ou plusieurs des gérants, auxquels peut être jointe une dénomination particulière ou la désignation de l'objet de l'entreprise.

6157-6174. — Les droits des gérants sont réglés par les statuts ; la surveillance de la société doit être confiée à trois commissaires au moins ; l'assemblée générale des actionnaires ne prend de décisions, sauf stipulations contraires, que d'accord avec les gérants. Si la société prend une dénomination particulière, elle doit être accompagnée des mots « commandite par actions ». La société prend fin à la mort du gérant, mais, sauf dispositions contraires des statuts, les commissaires peuvent nommer un administrateur provisoire, qui doit, dans la quinzaine de sa nomination, convoquer l'assemblée générale.

6175. — VI. *Associations momentanées et en participation.* — Les conventions des parties règlent seules leurs conditions. Dans l'association momentanée (sans raison sociale), tous les associés sont solidaires envers les tiers (art. 108).

6176. — VII. *Dispositions générales diverses.* — Les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation ; toutes pièces qui en émanent doivent mentionner que la société est en liquidation (art. 111). A défaut de nomination de liquidateurs par l'assemblée générale ou les tribunaux, ce rôle incombe aux associés gérants responsables ou aux administrateurs, suivant la nature de la société. Les liquidateurs sont responsables de leur mandat ; ce dernier rempli, ils font un rapport à l'assemblée générale, qui dans une deuxième réunion statue d'après le rapport de commissaires nommés à cet effet. La clôture de la liquidation est publiée au *Moniteur*.

6177. — Aucun jugement à raison d'engagements de la société ne peut être pris contre les associés responsables en nom collectif ou en commandite qu'après condamnation contre la société elle-même. Dans toute société les créanciers peuvent faire décréter les versements prévus aux statuts si cela est nécessaire à la conservation de leurs droits. Sur requête d'actionnaires ou de participants possédant un cinquième du capital social, le tribunal de commerce peut ordonner la vérification des livres et comptes. En général, toutes actions personnelles contre les associés, administrateurs, gérants, commissaires, liquidateurs, se prescrivent par cinq ans (art. 127). Enfin les art. 131 à 135 édictent diverses dispositions pénales.

6178. — VIII. *Sociétés étrangères.* — Les art. 128 à 130 les classent en deux catégories : 1° celles ayant leur siège à l'étranger, qui peuvent opérer en Belgique à la seule condition d'être régulièrement constituées dans leur pays d'origine, mais sont soumises, si elles ont une succursale en Belgique, aux lois de police et à la publication de leurs statuts et bilans ; 2° celles ayant leur siège principal en Belgique, qui doivent se conformer entièrement à la loi belge.

6179. — IX. *Sociétés mutualistes.* — Une loi du 23 juin 1894 (*Ann. de législ. étr.*, 1895, p. 520), portant modification de celle du 3 avr. 1851 sur les sociétés mutualistes a étendu le but que peuvent se proposer les sociétés de ce genre : ce n'est plus le secours mutuel seul, mais encore l'assurance des personnes ou des choses, le prêt mutuel et l'achat en commun. Celles de ces sociétés qui se constituent en vue de poursuivre à la fois plusieurs de ces buts doivent être autorisées par le Gouvernement (art. 2). Dès que les fonds réunis atteignent soit 5 fr. par membre, soit le chiffre de 1.000 fr., ils doivent être déposés à la caisse d'épargne sous la garantie de l'Etat (art. 18).

§ 5. *Brésil.*

6180. — Les sociétés commerciales sont régies au Brésil par le Code de commerce du 25 juin 1850, modifié par une loi du 4 nov. 1882 (*Ann. de législ. étr.*, 1883, p. 1080), qui a refondu la matière des sociétés anonymes et des sociétés en commandite, libérant les premières de l'autorisation gouvernementale et donnant aux secondes le droit d'émettre des actions, droit qui leur avait été refusé par un décret du 13 déc. 1854. Un long règlement du 30 décembre, même année, en 168 articles, a précisé et développé les dispositions contenues dans les 42 articles de la loi. Enfin, un décret du 17 janv. 1890 a réformé différents articles de ladite loi dans le but de donner plus de liberté aux actionnaires et aux sociétés et de rendre souveraines les décisions des assemblées générales (*Ann. de législ. étrang.*, 1891, p. 932).

6181. — I. *Sociétés anonymes.* — Les sociétés anonymes ayant un but civil ou commercial peuvent se former sans l'autorisation du Gouvernement; toutefois exception est faite pour les banques d'émission, les associations religieuses, les caisses de retraite et d'épargne, les sociétés d'assurances mutuelles, les sociétés anonymes pour la fourniture de substances alimentaires, les sociétés anonymes étrangères (art. 1). D'après le décret de 1890, ces dernières doivent réaliser les trois quarts de leur capital nominal dans les deux ans de leur autorisation et doivent, à peine de nullité, observer toutes les règles d'enregistrement et de publication imposées aux sociétés nationales. Les actionnaires ne sont responsables que pour le montant de leurs actions (art. 2). Pour que la société soit constituée, il faut d'abord que tout le capital ait été souscrit et que le dixième au moins ait été versé sur chaque action. Les fondateurs, dont le nombre minimum est fixé à sept, peuvent former seuls la société par acte notarié, en souscrivant l'intégralité du capital, ou recourir à une émission publique; dans ce dernier cas, une assemblée générale est appelée à approuver les statuts et les apports. L'acte notarié ou les statuts, et les pièces justifiant de l'accomplissement des formalités ci-dessus doivent être transcrits au secrétariat de la junte commerciale ou à défaut au bureau des hypothèques; les statuts ou l'acte constitutif doivent être publiés dans divers journaux (art. 3). Alors seulement la société est constituée et acquiert son existence légale (art. 4). Toute modification ultérieure aux statuts est soumise aux mêmes règles de transcription et de publicité (art. 6). Les actions ne peuvent être négociées avant le versement du cinquième de leur valeur nominale, ni être mises au porteur avant leur entière libération; la responsabilité du cédant d'actions, qui se prescrivait par cinq ans, prend fin, d'après le décret de 1890, dès que l'assemblée a approuvé les comptes annuels; les actions peuvent être divisées en coupures, mais restent indivisibles par rapport à la société pour l'inscription au registre des associés et pour l'exercice des droits qu'elles confèrent (art. 7 et 8). Les statuts fixent le mode de nomination des administrateurs, actionnaires ou non, leurs pouvoirs, la durée de leur mandat qui ne peut excéder six ans, leur cautionnement, etc. (art. 9 et 10). Les administrateurs ne sont responsables personnellement que de l'exécution de leur mandat et des prescriptions de la loi et aucune action ne peut être intentée contre eux par des actionnaires pour des actes sur lesquels l'assemblée générale aurait déjà statué (art. 11). Ils doivent prévenir leurs collègues et s'abstenir de délibérer quand ils ont un intérêt opposé à celui de la société (art. 12).

6182. — L'assemblée générale nomme chaque année trois ou plusieurs commissaires, associés ou non, chargés de surveiller la gestion des administrateurs et de faire un rapport à la prochaine assemblée; en cas d'empêchement de leur part ou de refus d'acceptation de leur nomination, ils sont remplacés d'office par le président de la junte commerciale (art. 14). La convocation de l'assemblée générale annuelle doit être annoncée au moins quinze jours d'avance par la voie des journaux; elle ne peut délibérer dans une première réunion que si elle représente le quart du capital social et les deux tiers dans certains cas; les résolutions sont prises à la majorité des voix représentées; les statuts fixent les droits de vote correspondant à tel et tel nombre d'actions, mais tout actionnaire possède le droit de discussion, même s'il n'a pas le droit de voter; les administrateurs et membres du conseil de surveillance ne peuvent être mandataires d'autres actionnaires, ni voter sur l'approbation de leurs propres actes ou rapports (art. 15); tout fondé de pouvoir d'actionnaires absents doit être lui-même actionnaire (Décr. 17 janv. 1890).

6183. — L'assemblée générale doit être extraordinairement convoquée sur la demande de sept actionnaires au moins représentant le cinquième du capital réalisé; si les administrateurs ne procédaient pas à cette convocation, les demandeurs pourraient le faire eux-mêmes huit jours après avec autorisation du juge, trois mois après sans autorisation; dans les cas où la convocation est ordonnée par la loi ou les statuts, un seul actionnaire peut la requérir si elle a été différée pendant plus de deux mois (art. 15, § 9, modifié). Un mois avant la réunion de l'assemblée ordinaire, la liste des actionnaires, l'inventaire et autres documents utiles doivent être mis à la disposition des actionnaires au siège social; le rapport des administrateurs, le bilan et le rapport du conseil de surveillance doivent être publiés par la voie des journaux la veille de l'assemblée générale au plus tard.

6184. — Le procès-verbal de l'assemblée doit être également publié dans le mois après sa réunion (art. 16, modifié). Les sociétés anonymes sont dissoutes par l'expiration du terme, le vote de l'assemblée unanime ou le commun accord de tous les associés, par la réduction du nombre des actionnaires au-dessous de sept, par l'insolvabilité ou la suspension de paiements, par l'impossibilité reconnue de remplir le but social. En cas de perte de la moitié du capital, les administrateurs sont tenus de convoquer l'assemblée; en cas de perte des trois quarts, tout actionnaire peut demander en justice la liquidation (art. 17). Les sociétés anonymes ne sont pas soumises à la faillite; la liquidation forcée peut avoir lieu sur la demande d'un actionnaire dans les cas ci-dessus ou par un créancier en cas de cessation de paiements (art. 18, 19). Dans ce cas, le juge de commerce nomme parmi les plus forts créanciers deux syndics pour dresser le bilan et l'inventaire de la société ou les vérifier et faire un rapport; il convoque ensuite par voie d'affiches les créanciers afin de délibérer sur le concordat ou la liquidation (art. 20, 21). Si le concordat est rejeté, les syndics procèdent à la liquidation, sauf destitution sur requête de créanciers représentant plus de la moitié des créances (art. 24). Une disposition originale est celle de l'art. 25, d'après lequel un groupe représentant les deux tiers des créanciers peut continuer les affaires de la société, ou la céder à une autre société. Les art. 26 à 30 indiquent des pénalités contre les fondateurs ou administrateurs coupables d'infractions à la loi ou aux statuts ou de manœuvres frauduleuses. Il est interdit aux sociétés anonymes d'acheter ou de vendre leurs propres actions (art. 31). Elles peuvent émettre des obligations pour un montant égal à celui du capital social et contracter des emprunts à l'étranger : les obligataires sont remboursés en cas de liquidation, de préférence à tout créancier, même hypothécaire (art. 32, modifié), mais le droit qu'ils possédaient avant 1890 de nommer un membre du conseil de surveillance leur a été enlevé.

6185. — II. *Sociétés en commandite par actions.* — Les noms des gérants doivent être indiqués dans l'acte constitutif; ils sont solidairement responsables, ainsi que tout associé usant de la signature sociale autrement que par procuration ou dont le nom figurerait à la raison sociale (art. 35). La société est formée par acte authentique ou sous seing privé signé de tous les associés; son existence légale est subordonnée à la souscription entière du capital et au versement du dixième sur chaque action (art. 36). Sauf clause contraire des statuts, l'assemblée générale ne peut traiter avec les tiers que d'accord avec les gérants (art. 38). Sur délibération de l'assemblée, les commissaires de surveillance peuvent représenter la société en justice contre les associés solidaires (art. 39). Mêmes formalités de transcription et de publicité que pour les sociétés anonymes; mêmes règles relativement à la nomination du conseil de surveillance, aux assemblées générales, aux causes de dissolution; même restriction quant à l'autorisation gouvernementale pour certaines sociétés.

§ 6. *Bulgarie.*

6186. — Le Code de commerce bulgare, publié le 12 janv. 1898, s'est inspiré surtout du Code italien en ce qui concerne les sociétés. Le registre du commerce fonctionne d'après les principes du droit allemand.

6187. — La société par actions (anonyme ou en commandite) et les associations doivent être autorisées par le tribunal, après vérification que toutes les dispositions de la loi ont été observées.

6188. — L'associé gérant a le pouvoir d'accomplir tous actes juridiques, même de disposition, et le contrat de société ne peut lui enlever ce droit. Tout associé exclu ou qui se retire ne peut réclamer que la valeur en argent de sa part sociale, sans pouvoir provoquer la dissolution.

6189. — Pour qu'une société par actions se constitue, il est nécessaire que le capital soit entièrement souscrit et qu'il soit versé sur chaque action au moins 30 p. 0/0 déposés à la caisse nationale ou dans les caisses agricoles. Les actions doivent être de 50 ou de 100 fr. au minimum, suivant que le capital social est supérieur ou non à 200,000 fr. Les actions sont nominatives ou au porteur. Le souscripteur ou l'actionnaire qui cède un titre non libéré entièrement est responsable des versements restant à effectuer, tant que le transfert n'a pas été inscrit aux registres

de la société ; après cette formalité, le cédant reste encore tenu jusqu'à 50 p. 0/0 de la valeur du titre transmis.

6190. — Il ne peut être stipulé d'intérêts au profit des actionnaires en dehors des bénéfices, si ce n'est pour la période de préparation de l'entreprise. La direction d'une société anonyme doit être composée de trois membres au moins.

6191. — Le Code consacre des dispositions spéciales aux associations mutuelles ou coopératives, qui peuvent être à responsabilité limitée ou illimitée. Les sociétaires ont le droit, sauf stipulation contraire des statuts, de céder leurs parts après avis donné à la direction.

6192. — Enfin, les art. 226 à 233 sont consacrés aux sociétés étrangères par actions. Pour établir une succursale en Bulgarie, elles doivent justifier de leur constitution régulière dans leur pays d'origine, et il est nécessaire que ce pays accorde aux sociétés bulgares le régime de réciprocité. Elles doivent en outre faire enregistrer au tribunal d'arrondissement leur raison sociale et désigner un représentant et un conseil d'administration de trois membres, tous quatre sujets bulgares.

§ 7. *Chili.*

6193. — La matière des sociétés est toujours régie au Chili par le Code de commerce promulgué le 23 nov. 1865 et mis en vigueur le 1er janv. 1867 (art. 348 à 511) auxquels quelques modifications seulement ont été apportées depuis, relativement aux sociétés anonymes, par la loi du 6 sept. 1878, sur le transfert des actions, et par celle du 12 sept. 1887 sur la nomination des commissaires de surveillance. Ledit Code reconnaît les sociétés en nom collectif, anonymes, en commandite (simple ou par actions) et consacre quelques articles aux associations en participation.

6194. — I. *Sociétés en nom collectif.* — La société en nom collectif, considérée pour ainsi dire comme la société-type, est très-longuement étudiée (art. 348 à 423); en ce qui la concerne, le Code reproduit en les corrigeant et en les complétant les dispositions des anciennes ordonnances espagnoles de Bilbao de 1737. Toute société en nom collectif se forme et se prouve par acte public inscrit au registre du commerce, affiché pendant trois mois au greffe du tribunal et publié par les journaux ou par voie d'affiches; les modifications ultérieures de l'acte social sont soumises aux mêmes formalités (art. 350 et 355) : le tout à peine de nullité entre les associés (art. 357). Les règles générales concernant la raison sociale, les rapports des associés entre eux et avec les tiers sont analogues, sauf quelques points de détail, à celles du droit français. Sauf stipulation contraire, celui qui n'a apporté dans la société que son industrie a droit à une part des bénéfices égale à celle du plus faible apporteur en capital, mais sans supporter aucune part dans les pertes (art. 383). Si les associés ont le droit d'administrer, chacun d'eux peut s'opposer à la réalisation des actes projetés par un autre, à moins qu'ils n'aient uniquement pour objet la simple conservation des choses communes (art. 388). L'arbitrage forcé, supprimé en France par la loi du 17 juill. 1856, s'est au contraire fortement développé au Chili : y sont soumises toutes difficultés auxquelles donnerait lieu la présentation du compte de l'associé gérant, ou du liquidateur en cas de dissolution, et, sauf disposition contraire du pacte social, toutes contestations entre les associés durant le cours de la société (art. 414-415). Enfin, les actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans à compter du jour de la dissolution, ou, si la créance est conditionnelle, à dater de la réalisation de la condition (art. 419).

6195. — II. *Sociétés anonymes.* — Les sociétés anonymes existent en vertu d'un décret du Président de la République qui les autorise, et cette autorisation est également nécessaire pour toute modification ultérieure des statuts ou pour la prorogation (art. 427). La requête à fin d'autorisation doit être signée par un nombre d'actionnaires représentant au moins le tiers du capital et accompagnée d'une expédition authentique de l'acte de société et des statuts approuvés par l'assemblée générale des souscripteurs (art. 428). Une partie du capital social doit être affectée à un fonds de réserve (art. 433). Le Président de la République peut nommer un commissaire chargé de surveiller la gestion des administrateurs (art. 436). Le décret d'autorisation doit, dans les trente jours être transcrit au registre du commerce, affiché et publié, ainsi que les statuts ; il en est de même des actes modificatifs qui peuvent intervenir par la suite : le tout à peine de nullité (art. 440-441). Le fonds social peut être divisé en actions de capital et en actions d'industrie formant deux séries distinctes ; dans ce cas, les actions d'industrie ne confèrent aucun droit au partage du capital (art. 446-447). Les possesseurs d'actions ou titres provisoires sont transmissibles même avant l'obtention de l'autorisation gouvernementale (art. 450). Les actions définitives peuvent être nominatives ou au porteur (art. 451). Le cédant d'un titre provisoire ou définitif reste responsable vis-à-vis de la société et des tiers pour les dettes sociales contractées avant la publication qui doit être faite du transfert (L. 7 sept. 1878). Les administrateurs, mandataires temporaires et révocables, peuvent être pris en dehors des actionnaires (art. 457); ils doivent déposer dans l'office de l'administration le bilan et l'inventaire annuels, ainsi que toutes autres pièces justificatives huit jours avant la réunion de l'assemblée générale à laquelle ils seront présentés (art. 461). Il est interdit de distribuer des dividendes avant d'avoir complété le fonds de réserve prévu par les statuts ou par le décret d'autorisation (art. 463). La perte de 50 p. 0/0 du capital social entraine la liquidation (art. 464). Les compagnies anonymes étrangères ne peuvent établir d'agents au Chili sans une autorisation du Président de la République, à peine pour ces agents d'être personnellement tenus de l'exécution des contrats qu'ils passeraient (art. 468).

6196. — III. *Sociétés en commandite simple.* — Les dispositions qui les régissent (art. 474 à 490) sont analogues à celles du Code de commerce français. L'apport d'un commanditaire peut consister dans la communication d'un secret, d'un art ou d'une science, pourvu que ledit commanditaire ne coopère pas directement à son application (art. 478). Tout commanditaire peut céder ses droits, mais sans transférer à son cessionnaire la faculté qu'il possède d'examiner les livres de la société (art. 482); il ne peut faire aucun acte d'administration, mais il peut contracter avec les associés gérants et faire le commerce dans une place différente de celle où se trouve le siège social (art. 484, 487).

6197. — IV. *Sociétés en commandite par actions.* — Les règles des sociétés en commandite par actions sont inspirées de la loi française des 17-23 juill. 1856. Les actions ou coupons d'actions ne peuvent être d'une valeur inférieure à 100 ou 500 pesos, suivant que le capital ne dépasse pas ou dépasse 50,000 pesos (art. 492). Les sociétés en commandite ne sont légalement constituées qu'après souscription intégrale du capital et versement du quart au moins sur chaque action, lesquels sont prouvés par déclaration du gérant faite par acte public (art. 493). Les actions ne sont négociables qu'après versement des deux cinquièmes de leur valeur (art. 495), et ne peuvent être mises au porteur avant leur complète libération (art. 494). Les souscripteurs sont responsables, nonobstant toute stipulation contraire, du montant intégral des actions qu'ils ont prises (art. 495). Même disposition qu'en droit français relativement à l'approbation par l'assemblée de la valeur attribuée aux apports, à la constitution du conseil de surveillance et à ses attributions. Quant à l'action contre les gérants ou les membres du conseil de surveillance appartenant aux actionnaires (art. 506), le Code chilien n'impose pas comme condition au groupe de ces derniers de représenter une portion déterminée du capital social, mais l'instance est à leurs frais.

§ 8. *Espagne.*

6198. — Le Code de commerce du 22 août 1885, mis en vigueur le 1er janv. 1886, consacre aux sociétés ses art. 116 à 243. Non seulement il donne les règles générales à appliquer dans les différentes formes de sociétés : en nom collectif, en commandite, anonymes, en participation : mais, seul de tous les codes de commerce, il étudie spécialement et séparément les sociétés de crédit, les banques d'émission et d'escompte, les compagnies de chemins de fer et autres travaux publics, les sociétés de magasins généraux, les banques de crédit foncier, les banques agricoles.

6199. — Est commerciale et possède la personnalité juridique toute société constituée conformément aux dispositions du Code de commerce, quel que soit son objectif (art. 116). Une société commerciale, avant de commencer ses opérations, doit faire constater sa constitution et les dispositions qui la régissent par acte authentique qui est présenté à l'inscription sur le registre du commerce; toute modification ultérieure au contrat primitif est soumise aux mêmes formalités (art. 119).

6200. — Les compagnies mutuelles d'assurances contre l'incendie, sur la vie, etc., et les sociétés coopératives de production, de crédit et de consommation, ne sont considérées comme commerciales que si elles se livrent à des actes de commerce étrangers à la mutualité ou se convertissent en sociétés à prime fixe (art. 124).

6201. — I. *Sociétés en nom collectif.* — L'acte constitutif doit contenir les noms des associés, en indiquant ceux qui jouissent de la signature sociale, le montant des apports de chacun d'eux, la raison sociale, la durée de la société (art. 125). Toute personne non associée dont le nom figurerait dans la raison sociale serait solidairement responsable (art. 126). Sauf clause contraire du contrat, la gestion appartient à tous les associés; aucune obligation nouvelle non prévue au contrat ne peut être contractée sans l'accord unanime des administrateurs (art. 129-130). L'associé exclu de la gestion n'engage pas la société, même en agissant sous son nom (art. 128). Celui à qui la gérance a été attribuée par le pacte social ne peut être révoqué de ses fonctions, mais, dans le cas de mauvaise administration manifeste de sa part, un administrateur peut lui être adjoint et la rescision du contrat peut être demandée devant les tribunaux (art. 132).

6202. — Les associés qui ne sont pas administrateurs ont le droit de vérifier les livres et la comptabilité (art. 133). Les associés ne peuvent employer les fonds sociaux ou la signature sociale à leur profit personnel, à peine de perdre au profit de la société les bénéfices par eux réalisés de cette manière, ou même à peine d'exclusion (art. 135). Un associé ne peut faire pour son compte personnel aucune opération de commerce du genre de celles de la société, et même aucun commerce en général, si l'objet de la société n'est pas déterminé, ou s'il s'agit d'un associé n'apportant que son industrie (art. 136, 137, 138). Sauf stipulation contraire, les bénéfices sont partagés proportionnellement aux apports, la part d'un associé industriel étant égale à celle du plus faible apporteur en capital (art. 140); il en est de même pour les pertes, sauf qu'elles ne sont pas supportées par l'associé industriel (art. 141).

6203. — II. *Sociétés en commandite.* — Les règles précédentes s'appliquent aux sociétés en commandite. Quant aux associés commanditaires, ils ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leurs apports, à moins que leurs noms ne figurent dans la raison sociale, ce qui entraînerait leur responsabilité solidaire sans leur conférer toutefois des droits égaux à ceux des commandités. Ils ne peuvent faire aucun acte d'administration, même comme fondés de pouvoirs des gérants, et ne peuvent examiner l'état de la société qu'aux époques et dans les conditions prévues, soit au moins une fois par an.

6204. — III. *Sociétés anonymes.* — L'acte constitutif d'une société anonyme, destiné à être inscrit au registre du commerce, doit énoncer les noms des contractants, ceux des administrateurs, la dénomination de la société, sa durée, son objet, le capital social et le nombre des actions, le mode de convocation des assemblées générales, les majorités requises et leur mode de calcul (art. 151). Aucun minimum n'est établi pour le nombre des associés et, sauf pour les compagnies de chemins de fer et autres travaux publics, aucune obligation n'est imposée aux fondateurs de justifier que le capital a été intégralement souscrit, ni qu'une fraction déterminée a été réellement versée. — V. *infrà*, n. 6212.

6205. — Les administrateurs de la société anonyme sont désignés par les associés dans la forme déterminée par le contrat social, par les statuts ou par les règlements (art. 155); ils sont de simples mandataires et leur responsabilité est réglée par les règles du mandat (art. 156). Un bilan doit être publié chaque mois dans la *Gazette* (art. 157), mais les actionnaires ne peuvent procéder à la vérification des opérations de la société qu'aux époques et dans la forme prescrites par les statuts ou les règlements (art. 158). Le Code ne contient aucune prescription relative à l'établissement d'un fonds de réserve.

6206. — IV. *Des actions.* — Le capital d'une société anonyme ou le montant de la commandite dans une société en commandite peuvent être représentés par des actions nominatives ou au porteur (art. 160). Les actions ne peuvent être que nominatives tant qu'elles ne sont pas libérées d'au moins 50 p. 0/0. Les actions nominatives sont inscrites sur un registre spécial où sont mentionnés les transferts, et leurs propriétaires successifs sont solidairement responsables des versements à effectuer. Les actions au porteur sont détachées d'un registre à souche : leurs propriétaires apparents sont seuls tenus des versements appelés, la société a le droit d'annuler les titres sur lesquels un versement ne serait pas fait et dont les propriétaires seraient inconnus; elle peut même établir des duplicata de ces titres et les vendre au compte des possesseurs en retard.

6207. — Il ne peut être émis une nouvelle série d'actions tant que celles précédemment émises n'ont pas été entièrement libérées (art. 165). Les sociétés ne peuvent acheter leurs propres actions que sur les bénéfices réalisés et pour les amortir; toutefois, en cas de réduction du capital social, l'amortissement peut avoir lieu avec une partie dudit capital (art. 166).

6208. — Les sociétés ne peuvent prendre en gage leurs propres actions (art. 167). L'augmentation ou la réduction du capital ne peuvent être décidées que par une assemblée générale convoquée à cet effet et dans laquelle le capital représenté ne pourra être inférieur aux deux tiers du capital social, ni le nombre des actionnaires présents inférieur aux deux tiers du nombre total des associés (art. 168).

6209. — V. *Droits et obligations des associés.* — L'associé qui n'effectue pas un apport ou versement auquel il s'est engagé est tenu des intérêts; la société a en outre le droit soit de faire saisir ses biens pour se payer, soit de rescinder en ce qui le concerne le contrat de société en conservant les sommes qui pourraient lui revenir dans la masse sociale (art. 170-171); dans le cas où il s'agit d'un apport en nature non évalué dans le contrat de société, la valeur en est déterminée par experts (art. 172). Les créanciers d'un associé, même en cas de faillite de ce dernier, ne peuvent saisir que la part lui revenant dans les bénéfices ou dans la liquidation : cette disposition ne s'applique pas aux titres au porteur des sociétés anonymes, à moins que la qualité de leur légitime propriétaire soit établie d'une manière certaine (art. 174).

6210. — VI. *Règles spéciales à diverses espèces de sociétés.* — A. *Sociétés de crédit.* — Les sociétés de crédit peuvent émettre des obligations à terme fixe pour une somme égale à celle qui est représentée par leurs valeurs en portefeuille : ce terme ne peut être inférieur à trente jours.

6211. — B. *Banques d'émission.* — Le Code de commerce proclame la liberté des banques d'émission. Les banques ne peuvent faire d'opérations à plus de quatre-vingt-dix jours, ni escompter des valeurs qui ne seraient pas garanties par deux signatures (art. 178). Elles peuvent émettre des billets au porteur, mais le cours de ces billets n'est pas forcé et ils doivent être remboursés en espèces par la banque à simple présentation (art. 179-181). L'art. 180 impose aux banques d'émission l'obligation de conserver en espèces, comme fonds de réserve, le quart au moins des dépôts à elles confiés, des comptes courants et des billets en circulation; de plus, ces dépôts, comptes courants et billets en circulation ne peuvent jamais dépasser le montant de la réserve métallique et des valeurs en portefeuille réalisables dans le délai maximum de quatre-vingt-dix jours (art. 182). Enfin les banques d'émission doivent publier chaque mois dans la *Gazette* l'état de leur situation (art. 183).

6212. — C. *Compagnies de chemins de fer et de travaux publics.* — Les compagnies de chemins de fer et autres travaux publics ne peuvent être constituées avant la souscription intégrale et le versement du quart du capital social (art. 185); quant au chiffre même du capital, il doit, augmenté de la subvention s'il y a lieu, être au moins égal à la moitié du prix d'estimation des travaux.

6213. — Les compagnies de travaux publics peuvent émettre des obligations, nominatives ou au porteur : ces émissions doivent être inscrites au registre du commerce et, si elles sont garanties par une hypothèque, au registre de la propriété ; si la concession dont jouit la compagnie est temporaire, ces obligations doivent être amorties dans le délai de la concession (art. 186-187).

6214. — D. *Magasins généraux.* — Les art. 193 à 198 s'occupent des sociétés de magasins généraux de dépôt. Les récépissés délivrés par ces sociétés sont négociables et transmissibles par voie d'endossement; le possesseur des récépissés jouit d'un droit de propriété absolu sur les marchandises déposées et est affranchi de toute responsabilité hors des frais de transport et magasinage.

6215. — E. *Sociétés de crédit foncier.* — Les opérations des banques de crédit foncier sont de deux natures : 1° prêts à terme sur les immeubles remboursables par annuité ; 2° émissions

d'obligations hypothécaires (art. 199). En outre des prêts sur immeubles consentis aux particuliers pour une période de cinq ans au moins, des prêts peuvent être consentis à l'Etat, aux provinces et aux communes, garanties seulement par des rentes, des droits ou des impôts spéciaux : leur durée peut être inférieure à cinq ans (art. 202). Le montant des prêts ne peut dépasser la moitié de la valeur des biens hypothéqués (art. 203). Quant aux obligations hypothécaires émises par les banques de crédit foncier, leur montant ne peut dépasser celui des prêts consentis par lesdites banques sur ses immeubles; il peut être émis des obligations spéciales pour le montant des prêts faits à l'Etat, aux provinces et aux communes (art. 206). Les banques de crédit foncier peuvent également consentir des prêts hypothécaires pour une durée inférieure à cinq ans, mais ces prêts n'autorisent pas l'émission d'obligations correspondantes (art. 209). Enfin, les associations mutuelles de propriétaires fonciers sont soumises aux mêmes règles que les banques proprement dites (art. 211).

6216. — F. *Banques agricoles.* — Les banques agricoles, auxquelles le Code consacre les art. 212 à 217, ont pour but principal de consentir aux cultivateurs, pour une durée ne dépassant pas trois ans, des prêts garantis par leurs récoltes ou toute autre espèce de gage. La moitié de leur capital social doit être affectée à cet objet; quant au surplus, il peut être employé à faciliter les opérations de défrichement, dessèchement, etc., ayant pour but le développement de l'agriculture, ou à faciliter aux cultivateurs par la garantie de la société la négociation d'effets exigibles dans le délai maximum de quatre-vingt-dix jours.

6217. — VII. *Fin et liquidation de la société.* — Le Code de commerce espagnol distingue la dissolution partielle et la dissolution totale de la société. La rescision partielle du contrat a lieu dans toute société en nom collectif ou en commandite contre l'associé qui ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent d'après l'acte de société ou qui enfreint les dispositions de la loi (art. 218). La rescision n'est pleinement valable que lorsqu'elle a été inscrite au registre du commerce (art. 220). La dissolution complète résulte naturellement, pour toute société, de l'échéance du terme, de la perte du capital et de la faillite (art. 221); il faut ajouter à ces causes de dissolution, pour les sociétés en nom collectif ou en commandite : la mort, la démence ou la faillite d'un associé responsable (art. 222). Pour être opposable aux tiers, la dissolution doit être inscrite au registre du commerce (art. 226), sauf dans le cas de dissolution par échéance du terme. Une société ne peut être prorogée tacitement : elle doit être constituée à nouveau, comme une société en formation (art. 223). Si elle a été fondée pour une durée illimitée, tout associé peut en provoquer la dissolution, à condition seulement d'agir de bonne foi (art. 224).

6218. — La mission de liquidation appartient aux administrateurs, sauf résolution contraire des associés ; leurs pouvoirs se bornent à activer les opérations engagées, à réaliser l'actif et à solder le passif; ils doivent présenter dans les vingt jours un inventaire et un bilan, et communiquer ensuite tous les mois aux associés l'état de la liquidation (art. 228 à 230). La liquidation terminée, la répartition de l'actif est faite par les liquidateurs, sous réserve du droit des associés d'attaquer en justice ladite répartition (art. 232-233). Aucune part ne peut être payée tant que toutes les créances n'ont pas été soldées ou garanties par le dépôt d'une somme suffisante (art. 235).

6219. — En cas d'insuffisance d'actif, dans une société en nom collectif, tout créancier social doit d'abord exécuter contre la société avant de poursuivre les associés sur leurs biens personnels (art. 237).

6220. — VIII. *Des comptes en participation.* — Les associations en participation peuvent avoir pour objet une série d'opérations indéterminées. Aucun écrit n'est exigé et la participation peut se prouver par tous les modes de preuve ordinairement admis. Aucune raison sociale commune aux participants ne peut être adoptée ; seul l'associé en nom est obligé vis-à-vis des tiers et seul il a une action contre eux; la liquidation se fait par ses soins, à charge seulement pour lui de rendre compte du résultat.

§ 9. *États-Unis.*

6221. — Si l'on se bornait à donner le texte des lois américaines sur les sociétés, comme du reste sur la plupart des autres matières du droit, on n'aurait qu'une idée imparfaite des règles qui, pratiquement, dominent la jurisprudence aux Etats-Unis. Le droit, en ce pays, se divise en effet en deux parties, conformément à la tradition britannique : 1° le droit proprement dit ou la loi; 2° l'équité. Les procès de droit et d'équité sont différents. Le caractère propre de l'équité est d'une part de donner aux intentions une importance plus grande que la loi par rapport aux faits, de mettre en vigueur les droits qui reposent sur la confiance et la bonne foi; d'autre part, de fournir un remède plus spécial et qui s'adapte mieux aux circonstances des cas à envisager (*Ann. de dr. comm.*, 1886-1887, p. 362).

6222. — Le rôle de l'équité par rapport aux sociétés commerciales est important, par exemple dans le cas où il n'y a pas de contrat écrit ou quand le contrat est mal fait : un tribunal ordinaire ne pourra juger que sur les pièces produites; au contraire, devant un tribunal d'équité, les parties seront obligées de s'expliquer en entrant dans des détails qui permettront de connaître la vérité. Autre exemple : si un associé n'effectue pas un apport promis, le tribunal ordinaire ne pourra que le condamner à des dommages-intérêts; au contraire, le tribunal d'équité pourra ordonner l'exécution de l'apport stipulé au contrat. Le tribunal d'équité peut également, ce qui n'appartiendrait pas à un tribunal ordinaire, ordonner la dissolution anticipée d'une société ou fixer sa durée si celle-ci n'a pas été déterminée, selon ce qui paraîtra juste d'après les circonstances, et cela, même s'il n'y a eu aucune violation des conditions de l'acte d'association.

6223. — Le tribunal d'équité pourra décider qu'un immeuble acheté au nom d'un des associés, mais faisant en réalité partie du capital de la société, sera considéré comme appartenant au fonds social et servira de gage aux créanciers. Il fera payer les créanciers de la société sur l'actif de cette dernière par préférence aux créanciers personnels des associés; il attribuera au contraire les biens privés d'un associé à ses créanciers personnels avant d'admettre les créanciers sociaux.

6224. — I. *Ohio.* — Une loi du 14 avr. 1900 détermine le régime dans l'Etat d'Ohio des sociétés par actions étrangères (*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 119). Toute société étrangère par actions doit déclarer au secrétaire d'Etat le nombre et la valeur de ses actions, le lieu de ses établissements dans l'Etat, la valeur comparée du montant de son actif situé dans l'Etat et au dehors. Une taxe de 0,10 p. 0/0 est perçue sur l'actif situé dans l'Etat, excepté : 1° pour les sociétés étrangères de banque, assurances, etc., qui déposeraient 25,000 $ et paieraient 0,10 p. 0/0 sur les revenus nets de leur exploitation dans l'Etat; 2° pour les compagnies de transport entre l'Ohio et d'autres Etats de l'Union; 3° pour les sociétés étrangères ne traitant leurs affaires que par voyageurs ou par correspondance. Les sociétés intérieures sont d'ailleurs soumises au même régime fiscal.

6225. — II. *Illinois.* — L'acte du 18 avr. 1872 sur les associations contient la réglementation de sociétés de genres très-différents; il laisse toutefois en dehors les sociétés de banque, les compagnies de chemins de fer, les sociétés d'assurances, qui sont réglées par des lois spéciales (*Ann. de lég. étrang.*, 1873, p. 118).

6226. — Les fondateurs, au nombre de trois au moins et de sept au plus, doivent dresser un acte authentique définissant le nom et l'objet de l'association projetée, son siège, le montant du capital, le nombre des actions à émettre, enfin, la durée de la société, qui ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans. Cet acte, déposé au bureau du secrétaire d'Etat, donne lieu à la délivrance d'une licence permettant d'ouvrir des registres de souscription (art. 2). Aussitôt le capital souscrit, l'assemblée générale doit être convoquée par les commissaires à l'effet d'élire les administrateurs : la convocation est faite par lettre dix jours au moins à l'avance. Chaque action donne droit à une voix par administrateur à élire, et le possesseur d'une action peut reporter sur un même nom toutes les voix dont il dispose. Le vote peut avoir lieu par procuration (art. 3). Les commissaires dressent alors un rapport relatant les opérations faites, qui doit être affirmé par serment par la majorité d'entre eux et déposé à la secrétairerie d'État : celle-ci en délivre un certificat destiné à être enregistré par le conservateur des actes du comité du siège social; après l'enregistrement, la société peut commencer ses opérations (art. 4).

6227. — Les associations ainsi formées jouissent de la personnalité morale, avec tous les droits qui en découlent, cepen-

dant, les immeubles qui surviendraient à la société, autres que ceux pouvant servir à ses opérations, devront être mis en vente dans l'année aux enchères publiques, et la vente pourra avoir lieu par autorité administrative si elle n'a pas eu lieu dans le délai de cinq ans (art. 5).

6228. — Le conseil d'administration est chargé d'établir les règlements intérieurs de la société, à condition seulement d'observer les lois de l'État (art. 6).

6229. — Les coupons d'actions ne peuvent être d'une valeur inférieure à 10 dollars (50 fr.), ni supérieure à 100 dollars (500 fr.). La société peut poursuivre les actionnaires qui n'effectueraient pas leurs versements, mais le produit de la vente des titres sera toujours remis à l'actionnaire en retard, déduction faite des versements arriérés (art. 7). Tout transfert d'action non libérée doit être enregistré au bureau du conservateur des actes du siège de la société; l'ancien propriétaire reste tenu des versements à effectuer, conjointement avec l'endosseur nouveau (art. 8).

6230. — Toute association constituée sous le régime de la loi du 18 avr. 1872, qui se dissout par l'arrivée du terme ou autrement, conserve sa personnalité pendant deux ans encore pour procéder à la liquidation (art. 10).

6231. — Tout actionnaire a droit à la communication des livres en temps opportun (art. 13). Le défaut de nomination des administrateurs aux époques voulues n'entraîne pas la dissolution de la société (art. 14). Les apports des versements doivent toujours être faits au même taux sur toutes les actions (art. 15).

6232. — Si, à un moment donné, le passif venait à dépasser le capital social, les administrateurs et agents qui auraient engagé ainsi l'association seraient personnellement et solidairement responsables de l'excédent (art. 16).

6233. — Chaque année, dans les vingt premiers jours de décembre, un état écrit de la situation financière, affirmé sous serment, doit être, après enregistrement, déposé à la sous-secrétairerie d'État (art. 17). Les administrateurs ou agents qui auraient indûment distribué des dividendes seraient solidairement responsables des dettes, tant antérieures qu'ultérieures à la distribution, contractées par la société pendant la durée de leur charge (art. 19). Ils sont également responsables du préjudice causé par les documents erronés qu'ils auraient signés (art. 21).

6234. — Des actionnaires détenteurs des deux tiers du capital peuvent requérir la réunion d'une assemblée générale par une convocation déposée entre les mains du directeur ou du secrétaire de l'association et contenant un état de leurs noms et des actions qu'ils possèdent; cette convocation doit être publiée par la voie de la presse trois semaines au moins avant la date fixée pour la réunion (art. 22).

6235. — Tout dépositaire d'une action à titre d'exécuteur testamentaire, administrateur légal, tuteur, créancier-gagiste, etc., jouit du droit de prendre part aux assemblées générales, mais le propriétaire de l'action continue à être seul responsable comme actionnaire (art. 23, 24). En cas de dissolution de la société, lorsqu'un actionnaire ne peut faire face à un versement encore dû, le montant de sa contribution est réparti entre les autres actionnaires solvables (art. 25).

6236. — Les associations étrangères faisant des affaires dans l'Illinois sont soumises aux mêmes obligations et prescriptions que les associations analogues formées dans l'État (art. 26).

6237. — Enfin, les art. 29 à 34 traitent spécialement des associations dont le but n'est pas un bénéfice à recueillir, et, les art. 35 à 49, des associations religieuses.

6238. III. *Louisiane.* — Une loi du 29 juin 1888 (*Ann. de lég. étrang.*, 1889, p. 936) autorise toute association de trois personnes au moins à créer des sociétés anonymes. Dans toute pièce émanée d'une société anonyme, la raison sociale doit être accompagnée du mot *limited*, à peine de responsabilité illimitée pour tous les associés.

6239. IV. *New-York.* — Nous citerons parmi les lois sur les sociétés dans l'État de New-York : une loi de 1868 sur les sociétés en nom collectif (*Partnership*), la loi du 21 juin 1857 sur les sociétés en commandite par actions, et la loi du 17 févr. 1848 sur les sociétés anonymes.

6240. — Une loi du 28 mai 1881 (*Ann. de législ. étr.*, 1882, p. 787), modifiant la loi de 1868, permet à toute société limitée (*limited partnership*) formée à l'avenir, d'user de la raison sociale de toute société précédente sous certaines conditions déterminées.

6241. — Une autre loi du 27 mai 1881 décide, dans le même ordre d'idées, que le droit à la raison d'un commerçant établi depuis cinq ans au moins [illegible] peut passer à son successeur.

6242. — La loi du 16 avr. 1883 (*Ann. de législ. étr.*, 1884, p. 815) a apporté quelques modifications à la loi de 1875 sur les sociétés anonymes : le capital social ne doit pas dépasser 5.000.000 dollars et la valeur nominale de chaque action ne peut être supérieure à 100 dollars ni inférieure à 10 dollars. Les actionnaires qui n'opèrent pas leurs versements en temps voulu peuvent, après un avis par lettre, être déclarés déchus de leurs actions, qui sont vendues aux enchères.

6243. — Les corporations commerciales ou industrielles (*business corporations*), d'après une loi du 7 juin 1890, ne peuvent se constituer sans réunir les conditions suivantes (*Ann. de lég. étr.*, 1891, p. 836) : 1° présence de cinq associés au moins, dont la moitié au moins doivent être citoyens de l'État de New-York et y résider; 2° souscription de la moitié du capital ; 3° versement de 10 p. 0/0 au moins de la moitié souscrite ; 4° adoption des statuts par une assemblée générale des actionnaires. Sous peine de dissolution, la moitié du capital-actions doit être versée dans la première année et la seconde dans les deux années qui suivent l'incorporation.

6244. — Deux *business corporations* exploitant des entreprises analogues peuvent fusionner après délibérations conformes de leurs assemblées générales respectives, dans lesquelles les membres présents doivent représenter au moins les deux tiers du capital.

6245. — Enfin, diverses lois du 18 mai 1892 ont trait aux sociétés (*Ann. de lég. étr.*, 1893, p. 918); nous signalerons : 1° la loi générale sur les associations, en 37 articles ; 2° la loi sur les sociétés par actions, en 55 articles, contenant des dispositions sur les actes que les sociétés peuvent faire, sur le mode d'élection, les obligations et la responsabilité des directeurs et administrateurs, sur le capital et sur les droits et la responsabilité des actionnaires ; 3° la loi sur les banques, très-étendue, en 216 articles ; 4° la loi sur les assurances, également très-développée, en 993 articles ; 5° la loi sur les sociétés commerciales, en 16 articles.

§ 10. *Hongrie.*

6246. — Le Code de commerce hongrois promulgué le 19 mai 1875 et mis en vigueur le 1er janv. 1876, divisé en deux parties, consacre aux sociétés les tit. 2 à 10 de la première partie (art. 61 à 257). Il reconnaît la société en nom collectif, en commandite simple, par actions (sociétés anonymes), et les associations, en particulier, les sociétés coopératives). Il ne consacre que quelques lignes aux associations en participation ; il ne s'occupe pas de la société en commandite par actions, car cette espèce de société n'a eu à l'origine d'autre utilité que de dispenser de l'autorisation gouvernementale dans certains pays où elle était exigée pour les sociétés anonymes, et le Code hongrois n'exige pas cette autorisation.

6247. — I. *Sociétés en nom collectif* (art. 64 à 124). — Le Code de commerce hongrois n'exige pas que l'acte de société soit rédigé par écrit (art. 64), mais il édicte l'inscription de la société au registre du commerce tenu au tribunal du ressort du siège social (art. 65); tout changement dans la raison sociale, les noms des associés, le siège de la société doivent aussi y être inscrits (art. 66). Les autres dispositions les plus originales sont les suivantes. Pour le partage des bénéfices en fin d'exercice, à défaut d'accord entre les associés, les parts revenant à ceux qui n'ont apporté que leur industrie ne sont pas, comme en droit français, égales à la part du plus faible apporteur en capital : c'est le tribunal qui fixe les honoraires à leur allouer (art. 84). L'inscription de la société sert de point de départ aux rapports entre les associés : il serait inutile de déclarer que la société ne commence que postérieurement (art. 87) ou que les associés entrés plus tard ne seront pas tenus des dettes antérieures à leur entrée (art. 89). Tout associé engage valablement la société vis-à-vis des tiers, à moins que l'exclusion de ce droit ait été rendue publique ; toute signification à la société est valable faite à un associé dans les mêmes conditions (art. 90 à 93).

6248. — Les créanciers de la société sont privilégiés sur les biens sociaux (art. 97). La faillite d'un associé n'entraîne pas celle de la société, mais sa dissolution peut être demandée par les créanciers dudit associé six mois après dénonciation (art. 101). Le tribunal peut du reste ordonner que la raison [illegible]

simplement exclu, et dans ce cas son apport lui sera restitué en espèces et non en nature (art. 102-103). Les art. 104 à 124 sont consacrés à la dissolution et à la liquidation. Dans certains cas, le tribunal peut nommer le liquidateur (art. 108); la dissolution et les actes importants doivent être inscrits au registre du commerce (art. 104 et 110). Les sommes disponibles doivent être versées au fur et à mesure aux associés (art. 116). La prescription contre les associés est de cinq ans ; elle compte à partir de la publicité donnée à la dissolution, sauf pour les créances non exigibles et les biens encore indivis (art. 121 et 122). Enfin tout acte contre un associé qui s'est retiré doit lui être personnellement signifié (art. 123).

6249. — II. *Société en commandite simple*). — Aucun acte écrit n'est nécessaire pour la constitution, mais l'inscription de la société et de tous ses changements est indispensable, sur le registre du commerce du siège social et de chacune des succursales (art. 126, 127, 130, 131). Même publicité, sous peine d'une amende, que pour la société en nom collectif (art. 129). Un commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion, mais il a droit à chaque instant de se rendre compte de la marche des affaires, et il peut être mandataire de la société, en exprimant dans ses actes cette qualité (art. 133-135). Il ne devient personnellement responsable que si la société a commencé ses opérations avant son immixtion, s'il reprend une partie de son apport, s'il reçoit des dividendes non justifiés, s'il figure dans la raison sociale (art. 139, 142). Mêmes règles que pour les sociétés en nom collectif relativement au partage définitif, à la dissolution, à la prescription (art. 146).

6250. — III. *Sociétés anonymes.* — Le prospectus d'émission doit indiquer les principales dispositions des statuts et en particulier le montant des actions de priorité qui seraient émises et les avantages à attribuer aux fondateurs et aux apporteurs en nature (art. 150). Le dixième au moins doit être versé immédiatement sur chaque action (art. 151), sous la responsabilité des fondateurs (art. 152). Les souscripteurs restent tenus dans tous les cas de 50 p. 0/0 sur les actions par eux souscrites (art. 153), même s'ils les cèdent ou si elles sont annulées pour défaut de versements (art. 171); exception est faite pour les actions nominatives lorsque leur transfert a été fait sur les registres de la société (art. 173).

6251. — L'assemblée générale doit être convoquée par les fondateurs dans les deux mois de la clôture de la souscription ; à défaut, ou si la souscription échoue, les versements faits doivent être intégralement restitués (art. 154). Cette première assemblée doit comprendre au moins sept souscripteurs formant le quart du capital (art. 155) ; il lui appartient de fixer la valeur des apports (art. 156). Les statuts, une fois approuvés, sont inscrits au registre du commerce et publiés (art. 158); la société doit justifier en même temps que tout le capital a été souscrit et que 30 0/0 au moins ont été versés (art. 159); elle est alors légalement constituée (art. 160).

6252. — La société ne peut acheter ni prendre en gage ses propres actions (art. 161) ; elle ne peut en émettre de nouvelles avant la libération complète de celles déjà existantes (art. 162). Les actions peuvent être au porteur sans condition spéciale pour leur libération plus ou moins complète (art. 164). Un intérêt peut être stipulé par exception, en dehors du bénéfice, pour la durée des travaux préparatoires de l'entreprise (art. 165); les obligations de priorité ont droit immédiatement à l'intérêt fixé (art. 166). L'assemblée générale ordinaire doit être convoquée au moins une fois par an (art. 177) ; une convocation extraordinaire doit être faite dans les huit jours à la demande d'actionnaires représentant un dixième du capital, faute de quoi il y est procédé par le tribunal (art. 178).

6253. — Toute modification apportée aux statuts doit être inscrite sur le registre du commerce (art. 181). Les administrateurs peuvent être choisis en dehors de la société (art. 182) ; leurs noms doivent être inscrits également au registre du commerce (art. 184); ils ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat. Si le capital social vient à être réduit de moitié par suite de pertes, ils doivent sans retard convoquer l'assemblée générale; la faillite doit être déclarée si le passif égale l'actif (art. 187). Un conseil de surveillance, nommé par l'assemblée dans son sein, la première fois pour un an, puis pour trois ans au plus, surveille la gestion, vérifie les livres à toute époque, signale les actes dangereux ; il se compose de trois membres au moins (art. 194-196), il est solidairement responsable de l'exactitude du bilan (art. 200). Le bilan annuel et le rapport qui doit être présenté à l'assemblée doivent être publiés huit jours avant la réunion de celle-ci (art. 198).

6254. — Les art. 201 à 209 ont trait à la dissolution, qui est produite par l'échéance du terme, par une résolution de l'assemblée, par la fusion ou par la faillite (art. 201). La dissolution doit être inscrite au registre du commerce et publiée par trois fois (art. 202); l'inscription est également requise pour les noms des liquidateurs et leurs actes importants.

6255. — Les créanciers sont avertis individuellement, puis par publication, et s'ils ne produisent pas, le montant de leurs créances est consigné, sous la responsabilité du liquidateur et de la direction (art. 205). Le partage de l'actif restant ne peut être fait que six mois après la troisième publication de la dissolution (art. 204). Jusqu'à la clôture des opérations, les liquidateurs doivent publier un rapport annuel (art. 206).

6256. — Toute fusion de société anonyme ne peut être consommée effectivement que six mois après les actes de publicité annonçant la dissolution de chacune d'elles et lorsque tous leurs créanciers ont reçu paiement ou sûreté (art. 208). Toute réduction de capital doit être approuvée par le tribunal, les créanciers entendus (art. 209).

6257. — IV. *Sociétés par actions étrangères.* — Le Code hongrois exige des sociétés étrangères désirant fonder des succursales en Hongrie l'existence dans le royaume d'une fraction du capital social et la constitution de représentants y domiciliés; en outre ces sociétés sont soumises à l'inscription, à la publicité, aux principales dispositions du Code, à la juridiction des tribunaux hongrois, et l'Etat étranger où elles sont constituées doit concéder la réciprocité aux sociétés hongroises.

§ 11. *Italie.*

6258. — Les art. 75 à 249, C. comm. italien, mis en vigueur le 1er janv. 1883, sont consacrés aux sociétés; ils ont beaucoup d'analogie avec les dispositions du Code belge de 1873. Le Code italien reconnaît les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple ou par actions et les sociétés anonymes (art. 75); les sociétés coopératives peuvent prendre l'une quelconque de ces formes; enfin il existe encore les associations en participation et les associations d'assurance mutuelle. Les sociétés civiles peuvent se constituer par actions; elles sont soumises aux dispositions du Code de commerce, sauf en ce qui concerne la faillite et la compétence (art. 227).

6259. — I. *Dispositions générales et formation du contrat.* — Les sociétés en nom collectif et en commandite (simple ou par actions) existent sous une raison sociale comprenant les noms d'un ou plusieurs des associés responsables; la société anonyme est qualifiée par une dénomination particulière ou l'objet de son entreprise. Le sociétaire nouveau d'une société déjà constituée est responsable de toutes les obligations contractées par la société antérieurement à son admission (art. 77). Le cessionnaire et l'associé du sociétaire n'ont aucun rapport juridique avec la société (art. 78). Le sociétaire en retard pour le versement de son apport est tenu à des dommages-intérêts (art. 82). Les créanciers particuliers d'un sociétaire peuvent faire saisir et vendre ses actions, mais, tant que dure la société, ils ne peuvent demander à cette dernière que les bénéfices revenant à leur débiteur et non le remboursement de sa quote-part (art. 84). La participation aux profits concédée à des employés ne leur donne pas la qualité de sociétaires (art. 85).

6260. — Le contrat de société doit être fait par écrit et, pour les sociétés en commandite par actions, anonymes ou coopératives, par acte public (art. 86). Les art. 87 et 88 déterminent les indications qui devront y être contenues. Un extrait de l'acte constitutif pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, l'acte en entier et les statuts pour les sociétés par actions, doivent être déposés dans les quinze jours de leur date au greffe du tribunal de commerce du siège de la société pour être transcrits au registre des sociétés et affichés dans les salles du tribunal, de la commune et de la Bourse la plus voisine (art. 89 et 90). Même publicité pour les sociétés par actions dans tous les lieux où sont institués une succursale ou un simple représentant (art. 91).

6261. — En outre, dans le délai d'un mois après l'accomplissement des précédentes formalités, publication, au journal des annonces judiciaires du lieu où se trouve le siège social

d'un extrait de l'acte constitutif pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, du même extrait et d'un extrait des statuts pour les sociétés par actions. Même publicité pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, dans tous les lieux où sont établis une succursale ou un représentant. Enfin l'art. 94 établit en outre un *Bulletin officiel des sociétés par actions* où doivent être insérés par extraits les actes constitutifs et les statuts.

6262. — Toute société n'est légalement constituée qu'après l'accomplissement des formalités de publicité (art. 95), à peine de nullité entre les associés, mais sans que cette nullité puisse être opposée aux tiers. Toutes modifications ultérieures de l'acte constitutif et des statuts, ou relatives aux noms des actionnaires, au capital, à la dissolution, fusion, prorogation, etc., sont soumises aux mêmes formalités, qui peuvent être accomplies aux poursuites et diligences d'un sociétaire quelconque (art. 96-97). Toute pièce émanée de la société et tout contrat où elle figure doivent contenir l'indication : « en commandite, anonyme ou coopérative ».

6263. — II. *Sociétés en nom collectif.* — Les dispositions qui régissent la société en nom collectif sont à peu près celles du Code de commerce français. D'après l'art. 108 chaque associé a une action contre la société pour les dommages qui résulteraient pour lui de son action comme associé. Aucun associé ne peut prélever sur le fonds social plus qu'il ne lui est assigné pour ses dépenses particulières (art. 110); aucun ne peut sans autorisation s'associer avec responsabilité illimitée dans une entreprise du même genre.

6264. — III. *Sociétés en commandite.* — Les art. 113 à 119 relatifs aux sociétés en commandite offrent également de grandes analogies avec les règles du droit français : responsabilité illimitée des commandités; responsabilité des commanditaires limitée à leur mise de fonds, sauf dans le cas où ils traiteraient pour la société; droit pour l'assemblée générale, dans une société en commandite par actions, de révoquer un administrateur, sauf à l'indemniser s'il n'y a pas de juste motif à sa révocation.

6265. — IV. *Sociétés anonymes.* — La société anonyme est administrée par un ou plusieurs mandataires révocables, associés ou non (art. 120), dont la responsabilité est limitée à l'exécution de leur mandat (art. 121) et qui doivent déposer chacun comme garantie la valeur en actions du cinquième du capital social (art. 122). Les administrateurs sont nommés par l'assemblé générale pour quatre ans au plus, pour deux ans sauf stipulation contraire. Le conseil d'administration est renouvelable par moitié par tirage au sort, mais les administrateurs sont rééligibles; le premier conseil d'administration peut être nommé par l'acte constitutif (art. 123). Il est pourvu au remplacement provisoire d'un administrateur par ses collègues ou par les syndics; s'il n'existait qu'un seul administrateur, l'assemblée devrait être réunie (art. 124).

6266. — V. *Dispositions spéciales aux sociétés par actions.* — Les fondateurs sont solidairement responsables de tous leurs actes en vue de la constitution de la société (art. 125); ils ne peuvent se réserver aucun avantage autre que le dixième au plus des bénéfices pendant cinq exercices au plus (art. 126). La société peut être constituée par acte public avec le concours de tous les souscripteurs de l'intégralité du capital social (art. 127) ou par souscription publique. Dans ce dernier cas, les fondateurs doivent déposer au greffe du tribunal de commerce du futur siège social, leurs souscriptions authentiques et un exemplaire du prospectus fixant un délai maximum pour la réussite de l'émission (art. 128).

6267. — La société ne peut être constituée que lorsque le capital social a été souscrit en entier et que trois dixièmes au moins ont été versés sur chaque action, sauf pour les sociétés d'assurances où il peut n'être que d'un dixième. Il ne peut être exigé de nouvelles actions au-dessous de leur valeur nominale et sans que les premières soient entièrement libérées (art. 130).

6268. — Lorsque l'émission est couverte, un avis inséré à la *Gazette du Royaume* et dans le journal des annonces judiciaires fixe un terme pour le versement, qui est fait à la Caisse des dépôts et prêts ou à un établissement légalement constitué (art. 131 et 132).

6269. — Les fondateurs convoquent alors l'assemblée générale, qui discute les statuts, reconnait les versements, nomme les administrateurs et syndics (art. 133). Il peut être demandé un sursis pour renseignements complémentaires (art. 134). Sont nulles toute vente ou cession d'actions avant la constitution définitive de la société (art. 136), et toute opération des fondateurs non approuvée par l'assemblée (art. 137).

6270. — Les administrateurs doivent notifier leur nomination au greffe du tribunal de commerce (art. 138). Ils doivent tenir, outre les livres de commerce prescrits à tous les commerçants, un livre des sociétaires, un livre des délibérations des assemblées générales et un livre des délibérations du conseil d'administration (art. 139); les deux premiers doivent être tenus à la disposition des sociétaires (art. 141). Pour délibérer, la présence de la moitié des administrateurs est nécessaire (art. 140). Si le capital vient à être réduit d'un tiers, l'assemblée doit être réunie pour statuer sur la résolution à prendre; s'il se trouve réduit des deux tiers, la dissolution est de droit, sauf nouveau versement ou réduction du capital décidé par l'assemblée ; enfin il appartient aux administrateurs de requérir la déclaration de la faillite (art. 145). Les administrateurs et le directeur, s'il y en a un, sont responsables solidairement envers la société et les tiers de la stricte observation des devoirs que leur imposent la loi, l'acte constitutif et les statuts (art. 146, 147); un administrateur peut décliner la responsabilité d'une décision prise, en faisant constater de suite son dissentiment sur le registre des délibérations (art. 148). Tout administrateur ayant un intérêt personnel contraire à celui de la société doit en donner avis à ses collègues et aux syndics et s'abstenir de délibérer, à peine de dommages-intérêts (art. 149). Tout administrateur est déchu s'il est déclaré en faillite, interdit ou incapable, ou s'il est condamné à une peine grave (art. 150). L'assemblée générale, sur un rapport des syndics, peut donner à ceux-ci mission d'intenter une action contre les administrateurs; un groupe d'actionnaire représentant le huitième du capital social peut, en cas de faits graves, intenter cette action directement devant le tribunal de commerce (art. 151-152).

6271. — La convocation de l'assemblée générale annuelle doit avoir lieu dans les trois mois qui suivent la clôture de l'exercice et être publiée avec le détail de l'ordre du jour quinze jours au moins d'avance, dans la *Gazette officielle du royaume* (art. 153 et 155). Les assemblées préliminaires, jusqu'à la constitution définitive, doivent réunir la moitié des souscripteurs, et les décisions être prises à la majorité absolue des présents, chaque souscripteur ayant une voix, quelle que soit l'importance de sa souscription (art. 155).

6272. — Mêmes conditions pour les assemblées suivantes, mais, sauf dispositions contraires, chaque actionnaire a une voix par 5 actions ou fraction de 5 jusqu'à 100, et une voix par 25 actions ou fraction au-dessus de 100. En cas d'absence du *quorum*, une deuxième assemblée peut délibérer valablement sans condition de minimum pour les présences (art. 156). Les administrateurs ne peuvent être mandataires ni voter sur l'approbation de leurs actes (art. 159, 160). L'assemblée doit être extraordinairement convoquée sur la demande régulière d'actionnaires représentant un cinquième du capital (art. 158). Il appartient à l'assemblée générale de délibérer sur l'approbation du bilan, de nommer les administrateurs et syndics et de déterminer leur rétribution, de se prononcer sur toute modification aux statuts (art. 153 et 157). Dans ce dernier cas, les trois quarts du capital doivent être représentés et la majorité doit être de la moitié du capital. Les opposants ont droit à leur remboursement s'il s'agit de fusion, de remboursement ou augmentation du capital ou de changement du but de la société. Le tiers des membres présents peut décider un renvoi à trois jours pour renseignements complémentaires (art. 161).

6273. — Les actions sont toutes de même valeur (art. 163); elles sont nominatives ou au porteur avant d'être complètement libérées (art. 165). A défaut de versement d'un capital appelé, les titres du sociétaire en retard peuvent être vendus quinze jours après avertissement insérés à la *Gazette officielle* et indépendamment de toute action contre le souscripteur (art. 167). Si une action nominative devient la propriété de plusieurs personnes, un titulaire unique doit être désigné vis-à-vis de la société (art. 169).

6274. — Les sociétés ne peuvent émettre d'obligations pour une somme excédant le capital versé et existant au dernier bilan, à moins que l'excédent serait garanti par des titres de rente nominatifs de l'Etat, des provinces et des communes (art. 170). L'émission d'obligations doit être votée dans les conditions de majorité prévues pour les modifications aux statuts (art. 171), et un prospectus d'émission doit être publié par les admi-

nistrateurs, indiquant la situation de la société, l'intérêt des obligations, etc. (art. 172).

6275. — Le bilan doit être présenté aux syndics un mois avant l'assemblée générale annuelle (art. 17[illegible]). Les sociétés de crédit doivent déposer chaque mois au tribunal de commerce une situation établie suivant modèle (art. 176). Le bilan et le rapport des syndics restent à la disposition des actionnaires quinze jours avant l'assemblée; après leur approbation et dans les dix jours, ils sont déposés au greffe du tribunal avec le procès-verbal de l'assemblée (art. 177 à 179). Un arrêté royal du 4 août 1894 a imposé la publication du bilan. Les dividendes ne peuvent résulter que des bénéfices, sauf pour les sociétés dont l'objet nécessite une mise en œuvre assez longue, auquel cas des intérêts peuvent être alloués en dehors de tout bénéfice constaté, à la condition de ne pas dépasser 5 p. 0/0 pendant trois ans au plus (art. 180). Un fonds de réserve égal au cinquième du capital social doit être constitué par le prélèvement du vingtième des bénéfices nets.

6276. — Les syndics, associés ou non, au nombre de trois ou cinq, plus deux suppléants, élus comme les administrateurs, ont pour mission de contrôler les actes de ces derniers en vérifiant le bilan et en surveillant les opérations sociales (art. 182 à 184).

6277. — VI. *Dispositions générales diverses.* — L'art. 185 détermine les cas où un sociétaire quelconque peut être exclu de la société en nom collectif ou en commandite. D'après l'art. 186, il est soumis aux pertes et a droit aux bénéfices jusqu'au jour de son exclusion, mais celle-ci n'entraîne pas la dissolution de la société : le sociétaire exclu ne peut retirer qu'une somme d'argent en représentation de ses droits; il reste tenu envers les tiers des opérations faites par la société jusqu'à la publicité donnée à son départ. Les causes de dissolution pour les diverses formes de sociétés (art. 188 à 191) sont à peu près les mêmes qu'en droit français. Entre autres causes, la dissolution a lieu par la fusion avec une autre société; la fusion doit être délibérée et publiée par chacune des sociétés fusionnantes suivant les règles établies pour la constitution des sociétés, et ne devient définitive que trois mois après ces formalités, sauf paiement préalable des dettes sociales ou consignation de leur montant (art. 192 à 195).

6278. — A défaut de stipulation des statuts ou d'accord unanime entre les actionnaires pour la nomination des liquidateurs, ces derniers sont nommés par autorité de justice; leur nomination doit être publiée dans les formes prescrites pour les constitutions de société (art. 196). La société en liquidation est soumise aux mêmes règles que les sociétés existantes; les actes qui en émanent doivent porter la mention *en liquidation;* après la publication de l'acte légal de liquidation, les liquidateurs représentent seuls la société (art. 197). Les liquidateurs sont soumis à toutes les règles du mandat (art. 204). La liquidation ne fait pas obstacle à la déclaration de la faillite (art. 206). Les opérations terminées, le bilan est établi; dans les sociétés par actions, il est déposé au tribunal de commerce avec un rapport des syndics, pour être publié. Tout sociétaire opposant pourra dans un délai de trente jours, provoquer un jugement; ce délai expiré sans réclamation, les liquidateurs sont libérés. Dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, le partage peut avoir lieu ensuite indépendamment du liquidateur (art. 207); dans les sociétés par actions, les répartitions non réclamées dans le délai de deux mois après la publication du bilan sont déposées à la Caisse des dépôts et prêts (art. 217).

6279. — Les livres doivent être conservés et remis aux mains des sociétaires désignés ou au tribunal de commerce suivant la forme de la société (art. 208 et 218).

6280-6302. — VII. *Sociétés étrangères.* — Des art. 227 à 230 il ressort que : 1° les sociétés constituées à l'étranger, mais ayant en Italie leur siège et l'objet principal de leur entreprise, sont considérées comme italiennes et soumises comme telles à toutes les lois de la monarchie, même celles relatives à la forme et à la validité de l'acte constitutif; 2° les sociétés étrangères qui veulent fonder en Italie une succursale sans y avoir leur siège doivent accomplir toutes les formalités de dépôt de leurs statuts et la publicité prescrites pour les sociétés italiennes. Quant aux sociétés ayant leur siège à l'étranger et ne possédant pas de succursale en Italie, elles doivent seulement être légalement constituées dans leur pays d'origine pour pouvoir ester en justice dans le royaume.

§ 12. *Luxembourg.*

6303. — Le Code de commerce luxembourgeois est le Code français de 1807, mais un décret de 1817 a supprimé les tribunaux de commerce. Une loi du 16 avr. 1879, copiant textuellement la loi française du 17 juill. 1856, a abrogé les art. 51 à 63 régissant l'arbitrage forcé, et a modifié le texte de l'art. 631. Le régime des sociétés anonymes a fait l'objet d'un arrêté grand-ducal du 18 nov. 1864.

§ 13. *Danemark.*

6304. — Il n'existe pas dans ce pays de loi spéciale aux sociétés anonymes, mais les tiers qui contractent avec une société de cette nature doivent être avertis que les personnes qui agissent pour elles n'ont pas l'intention de s'engager personnellement. Toutefois une loi du 23 janv. 1882 a prescrit le dépôt de la raison sociale et d'un extrait des statuts à la maison commune du siège de toute société anonyme, à peine de nullité. On observe d'une manière générale le droit commun tel qu'il était appliqué dans l'ancienne Allemagne.

§ 14. *Monaco.*

6305. — Une ordonnance du 5 mars 1895, en 33 articles, réglemente les sociétés anonymes et en commandite par actions sur le territoire de la principauté. Ces sociétés ne peuvent exister qu'avec l'autorisation du prince et sont soumises à la surveillance et au contrôle du Gouvernement. Elles doivent être formées par un acte notarié, dont une expédition doit être déposée au greffe du tribunal dans la quinzaine de la promulgation de l'autorisation financière supérieure, et dont un extrait doit être inséré, avec l'ordonnance d'autorisation, au *Journal de Monaco* (*Ann. de lég. étrang.*, 1896, p. 418).

§ 15. *Mexique.*

6306. — Le Code de commerce mexicain, promulgué le 15 sept. 1889 et mis en vigueur le 1er janv. 1890, contient de nombreuses dispositions sur les sociétés (liv. 2, tit. 2, art. 89 à 272). Il reconnaît les cinq sortes de sociétés habituelles : en nom collectif, en commandite simple, anonymes, en commandite par actions, coopératives ayant une personnalité juridique propre, et les associations momentanées et en participation, sans personnalité distincte de celle des associés (art. 89, 92). D'après les art. 93 à 97, tout contrat de société doit être dressé par acte public contenant certaines indications nécessaires, dont l'omission serait une cause de nullité, sans que toutefois cette nullité puisse être opposée aux tiers. La société doit être inscrite au registre du commerce (art. 18 et s.). Quant aux associations momentanées ou en participation, aucune formalité n'est requise pour leur constitution et elles ne sont pas soumises à l'inscription au registre du commerce (art. 98 et 99).

6307. — I. *Sociétés en nom collectif.* — Les art. 100 à 153 traitent de la société en nom collectif. Tous les membres sont responsables solidairement. Les règles que ces articles établissent reproduisent les principes consacrés par les Codes européens. La raison sociale, si les noms de tous les associés n'y figurent pas, doit contenir la mention « et Cie » (art. 101). D'après l'art. 106, la majorité des associés peut nommer un contrôleur aux associés chargés de l'administration. La fonction d'administrateur de la société ne peut être déléguée, sauf autorisation expresse (art. 120). A moins de stipulation contraire, l'associé qui n'a apporté que son industrie a droit à une part des bénéfices égale à celle du plus faible apporteur en capital, et il n'a pas à supporter les pertes (art. 126). L'art. 131 énumère les motifs qui peuvent provoquer l'exclusion d'un associé, et l'art. 133 les causes produisant la dissolution. Parmi ces dernières figurent la faillite et la perte des deux tiers du capital social, ou même d'un tiers seulement si un associé demande la dissolution. Les règles applicables à la liquidation (art. 138 à 153) la rapprochent sensiblement du Code italien. Les liquidateurs ne peuvent être [illegible] par l'acte de société, ni remplacés, que par le vote unanime des associés.

6308. — II. *Sociétés en commandite simple.* — Elles sont soumises aux mêmes règles que les sociétés en nom collectif, sauf les dispositions des art. 154 à 172, relatives aux comman-

ditaires. Notons l'art. 158, d'après lequel, en cas de décès ou d'incapacité de l'associé gérant, un commanditaire peut, à défaut d'autres commandités, prendre pendant un mois le gouvernement intérimaire de la société, sans engager sa responsabilité au delà des limites du mandat.

6309. — III. *Sociétés anonymes.* — Une société anonyme peut être constituée par deux ou plusieurs personnes signataires d'un acte constitutif dans lequel elles déclarent souscrire l'intégralité du capital, ou par voie d'émission publique (art. 166). Dans ce dernier cas, les fondateurs doivent publier un programme contenant le projet des statuts et tous les renseignements nécessaires pour éclairer le public (art. 168), et les souscriptions sont recueillies sur un ou plusieurs exemplaires dudit programme (art. 169). Le capital prévu doit être intégralement souscrit et il doit être versé au moins 10 p. 0/0 en numéraire, après quoi, s'il y a eu émission publique, une assemblée générale est convoquée pour vérifier les apports, approuver les statuts, nommer les administrateurs et commissaires; enfin le procès-verbal de l'assemblée constitutive et les statuts doivent être déposés aux minutes d'un officier public et transcrits au registre du commerce, pour que la société soit légalement constituée. Les actions, toutes d'égale valeur, peuvent être nominatives ou au porteur; la propriété des actions nominatives se prouve par l'inscription à un registre des actionnaires que doit tenir la société; les actions sont indivisibles; il est interdit aux sociétés anonymes d'acquérir leurs propres actions ou de consentir sur elles des prêts ou avances (art. 178 à 186). L'administration appartient à des administrateurs à temps, pris parmi les actionnaires, et à des directeurs; les statuts peuvent prévoir la nomination de conseils consultatifs auxquels serait dévolue la direction en dehors du siège social; les pouvoirs et la responsabilité de ces divers agents sont régis par les règles du mandat et n'offrent rien de particulier (art. 187 à 197). La surveillance est conférée à un ou plusieurs associés, nommés commissaires, qui ont le droit de vérifier en tout temps la gestion et doivent présenter un rapport à l'assemblée générale (art. 198 à 200).

6310. — L'assemblée générale a les pouvoirs les plus étendus; elle doit être convoquée annuellement par le conseil et les commissaires au moyen d'une annonce au *Journal officiel* de l'Etat, du district ou du territoire où la société a son siège; les droits de vote sont fixés par les statuts; sauf stipulation contraire, la représentation des trois quarts du capital social et le vote unanime d'actionnaires représentant la moitié au moins de ce capital est nécessaire pour toute modification de l'acte de société ou des statuts; toute prorogation, toute fusion, tout changement dans l'objet de l'entreprise, toute réduction de capital doivent être constatés par acte public et transcrits au registre du commerce; l'assemblée générale doit être convoquée extraordinairement sur la demande d'actionnaires représentant le tiers du capital; les mandataires d'associés absents peuvent être pris en dehors de la société; les administrateurs ne peuvent voter sur les résolutions concernant leur gestion ou leur responsabilité personnelle (art. 201 à 212).

6311. — Il ne peut être distribué de dividendes en dehors des bénéfices; toutefois les statuts peuvent prévoir l'allocation d'un intérêt de 6 p. 0/0 au maximum pendant les cinq premières années au plus (art. 213); 5 p. 0/0 des bénéfices nets doivent être versés annuellement à la réserve jusqu'à ce que celle-ci atteigne le cinquième du capital social (art. 214). Les sociétés anonymes doivent publier chaque année leur bilan au *Journal officiel* (art. 215).

6312. — La dissolution a lieu par l'échéance du terme, par le vote des actionnaires, par la déclaration de faillite; des liquidateurs nommés par l'assemblée ou par l'autorité judiciaire sont substitués aux administrateurs; le bilan final contenant la répartition de l'actif doit être publié pendant trente jours consécutifs par la voie de la presse, et les actionnaires ont quinze jours pour l'attaquer; deux mois après l'approbation de bilan, les sommes non réclamées sont versées à un établissement de crédit; les livres sont conservés au bureau du registre public de commerce (art. 216 à 225).

6313. — IV. *Sociétés en commandite par actions.* — Mêmes règles que pour les sociétés anonymes, sauf les dispositions principales suivantes : La société peut avoir pour titre les noms de commanditaires. L'administration appartient à un ou plusieurs des associés responsables, qui ne peuvent être révoqués. Le conseil de surveillance est composé de trois au moins des commanditaires, nommés par l'assemblée générale. Le bilan, l'inventaire et le rapport du conseil sont à la disposition des actionnaires un mois avant la réunion de l'assemblée. Les actions des commandités ne peuvent être au porteur.

6314. — V. *Fusion des sociétés.* — Les règles relatives à la fusion, analogues à celles du Code de commerce italien, s'appliquent à toutes les espèces de sociétés commerciales (art. 260 à 264).

6315. — VI. *Sociétés étrangères.* — Les sociétés étrangères qui désirent établir leur siège ou une succursale au Mexique doivent se faire inscrire au registre du commerce, déposer leurs statuts aux minutes d'un officier public et mentionner au registre leur dernier bilan et un certificat constatant qu'elles sont régulièrement constituées dans leur pays d'origine. Les sociétés par actions doivent en outre publier leur bilan annuel. Le tout à peine pour leurs représentants d'être personnellement engagés pour leurs opérations.

6316. — VII. *Emissions d'obligations.* — Une loi du 29 nov. 1897 est venue réglementer l'émission des obligations par les sociétés, dont le Code ne s'occupait pas (*Ann. de législ. étr.*, 1898, p. 919). Cette loi présente la plus grande actualité, car elle tranche des questions que les législations européennes ont complètement laissées dans l'ombre, touchant les garanties spéciales données à l'emprunt.

6317. — Les obligataires doivent être convoqués trente jours après la clôture de l'émission en une assemblée générale présidée par le président ou le vice-président de la société débitrice. Cette assemblée délibère à la majorité des voix, chaque obligation donnant droit à une voix; elle s'assure de la régularité de l'émission et nomme soit un représentant, soit un conseil de représentants auquel il appartient en particulier de convoquer les assemblées générales d'obligataires, d'assister avec voix consultative aux assemblées des actionnaires et de représenter les obligataires en justice quand il s'agit de l'exercice de leurs droits collectifs. Dans les décisions qui leur seront dictées par la majorité des obligataires, ces représentants engageront la responsabilité de tous ceux-ci. A défaut de la constitution de ces mandataires, des porteurs d'obligations représentant le quart au moins du capital souscrit peuvent s'adresser aux tribunaux afin qu'il y soit pourvu. La société ne pourra disposer des fonds provenant de l'emprunt qu'après la réunion de l'assemblée des souscripteurs moyennant la signature de leurs représentants. La loi décide enfin que les obligations émises à l'étranger par les sociétés établies dans les Etats-Unis du Mexique ne peuvent produire effet dans ces Etats que moyennant l'accomplissement des formalités prévues par cette loi.

§ 16. *Norvège.*

6318. — Les sociétés anonymes, soit civiles, soit commerciales, sont affranchies en Norvège de l'autorisation de l'Etat, mais elles ne sont pas encore légalement organisées par des dispositions particulières. Un projet a paru le 3 mai 1894 qui emprunte ses principales dispositions tant à la législation allemande qu'au projet suédois de 1890 devenu depuis la loi de 1895, (*Ann. de dr. comm.*, 1895, p. 228).

6319. — Dans le projet norvégien les actionnaires ne sont tenus que de la valeur nominale de leurs actions. Il doit y avoir au moins cinq fondateurs. Si les fondateurs souscrivent à eux seuls tout le capital, leurs actions restent inaliénables pendant deux ans.

6320. — Une assemblée déclare la société constituée et règle les divers détails d'administration; le procès-verbal doit énoncer le nombre d'actions fixé par chacun des associés. Dans le cas d'émission publique, le prospectus doit indiquer en particulier les actions réservées aux fondateurs; la souscription commence quinze jours après. Il n'y a pas nécessité à ce que le capital social indiqué soit entièrement souscrit : il suffit d'un minimum. Dans les six mois doit être réunie l'assemblée constitutive : tout souscripteur dispose d'une voix, les résolutions sont prises à la majorité, les statuts proposés ne peuvent être modifiés. Les fondateurs n'ont pas à justifier de l'estimation de leurs apports, et des experts ne peuvent être nommés que par une minorité déterminée.

6321. — La société constituée doit être inscrite au registre du commerce; elle n'a d'existence légale qu'à dater de cette formalité, et c'est à ce moment seulement que peut avoir lieu l'émission de certificats d'actions. Le montant minimum de chaque ac-

tion est fixé à 100 couronnes pour celles qui sont libérées entièrement de suite, et à 400 couronnes pour les autres. Le premier versement doit être de 25 p. 0/0 au moins pour l'action nominative; toute action au porteur doit être entièrement libérée.

6322. — En cas de non-versement d'un capital appelé, l'action est vendue et la responsabilité du retardataire subsiste pendant un an; l'acquéreur doit être une personne solvable.

6323. — S'il y a plus de vingt-cinq actionnaires, un conseil de surveillance doit être élu pour deux ans; il peut être décidé que les plus forts actionnaires en font partie de droit. La direction peut être révoquée à la majorité des deux tiers des voix.

6324. — Les statuts peuvent limiter la participation à l'assemblée générale; chaque action n'a pas droit nécessairement à une voix. S'il y a un conseil de surveillance, les actionnaires n'ont pas droit à une communication du bilan, dont la publicité n'est du reste exigée que pour les banques et sociétés d'assurance. Aucune distribution d'intérêts ni aucun amortissement ne peuvent avoir lieu en l'absence de bénéfices.

6325. — Les dispositions relatives à la dissolution et à la fusion, ainsi qu'à la manière dont s'exerce l'action en responsabilité sociale reproduisent à peu près celles du droit allemand.

6326. — Pour créer des succursales en Norvège, toute société étrangère doit être régulièrement constituée dans son pays d'origine et doit faire transcrire ses statuts au registre du commerce; c'est la loi norvégienne qui apprécie la responsabilité de ses représentants et la publicité des bilans.

§ 17. *Pays-Bas.*

6327. — La législation hollandaise reconnaît cinq sortes de sociétés ; les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes, les associations en participation et les sociétés coopératives. Les quatre premières sortes de sociétés sont encore régies par le Code civil et le Code de commerce (art. 14 à 53), publiées en 1838; quant aux sociétés coopératives, elles sont réglementées par la loi du 17 nov. 1876. — V. *infrà*, v° *Sociétés coopératives.*

6328. — I. *Sociétés en nom collectif.* — Les principes qui gouvernent les sociétés en nom collectif sont les mêmes qu'en droit français, soit relativement aux rapports des associés entre eux, soit quant à leur responsabilité personnelle et solidaire vis-à-vis des tiers. Cependant, s'il n'existe pas de disposition contraire dans l'acte de société, chaque associé peut obliger valablement la société en se servant de la signature sociale. Les sociétés en nom collectif doivent être constituées par acte écrit, authentique ou sous seings privés, mais les tiers sont admis à prouver l'existence d'une société de ce genre qui n'aurait pas été établie régulièrement par écrit, et entre associés la preuve testimoniale même est reçue. L'acte de société doit être transcrit au greffe du tribunal civil si le siège social est un chef-lieu d'arrondissement, au greffe du canton dans le cas contraire; les registres du commerce sont publics. Un extrait de l'acte de société doit être en outre inséré au *Journal officiel* et dans un journal du siège de chaque succursale. Toute modification ultérieure, toute prorogation ou dissolution anticipée ne sont pas opposables aux tiers si elles n'ont été transcrites et publiées dans les mêmes formes; en particulier, la société prorogée sans publicité est considérée comme une société nouvelle; les restrictions de l'acte social quant aux pouvoirs de ses membres n'ont plus de valeur. En cas de retraite ou de décès d'un associé, si la société est continuée, sa continuation est soumise aux mêmes formalités d'inscription et de publication.

6329. — A la dissolution de la société, les associés gérants sont chargés de la liquidation, à moins de stipulation ou d'accord contraires; en cas de désaccord, le liquidateur est nommé par le tribunal d'arrondissement. Il en est de même pour la désignation de la personne chargée de conserver les livres après la clôture des opérations. Si l'actif est insuffisant pour solder le passif, les associés doivent verser les sommes nécessaires, au prorata de leurs intérêts respectifs dans la société.

6330. — D'un jugement du tribunal d'Utrecht du 6 nov. 1895 il résulterait que la société ne peut faire faillite : ce sont ses membres qui font faillite, mais l'actif social doit être liquidé d'abord, de façon que les créanciers sociaux soient privilégiés sur les biens sociaux par rapport aux créanciers personnels des associés. Toutefois, cette jurisprudence ne semble pas absolument établie, et une commission instituée pour la révision du Code de commerce a même adopté le système opposé (*Ann. de dr. comm.*, 1892, p. 308).

6331. — II. *Sociétés en commandite.* — On distingue les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions, soumises à des règles semblables à celles des sociétés similaires françaises, avec les mêmes modifications que ci-dessus.

6332. — III. *Sociétés anonymes.* — L'acte de société doit être établi en forme authentique et approuvé par le Roi; il doit être transcrit dans son entier, avec l'autorisation royale, au registre des sociétés, et publié également *in extenso* au *Journal officiel* et dans un journal du siège de chaque succursale. Mêmes formalités d'autorisation, inscription et publication pour toute modification ultérieure des statuts. Les directeurs sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers tant que ces formalités de constitution n'ont pas été remplies. Les actions sont nominatives ou au porteur; elles ne peuvent être mises au porteur qu'après leur entière libération. Les premiers souscripteurs sont tenus du montant intégral de leurs titres non libérés qu'ils auraient cédés, à moins que les administrateurs de la société n'acceptent expressément la seule garantie du cessionnaire.

6333. — Les administrateurs, nommés à temps et révocables, ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat. Ils doivent convoquer extraordinairement l'assemblée générale si, par suite de pertes, le capital social se trouve réduit de moitié, et ils doivent déclarer le fait au greffe du tribunal d'arrondissement et le publier comme les modifications aux statuts. Si la perte est des trois quarts du capital, la dissolution est de droit. Les statuts peuvent stipuler la constitution d'un fonds de réserve. Les actionnaires n'ont droit qu'aux dividendes résultant des bénéfices, à l'exclusion de tout intérêt fixe.

6334. — Les fondateurs, pour obtenir l'autorisation royale, doivent souscrire au moins le cinquième du capital social; l'ordonnance fixe le délai dans lequel l'émission devra être couverte, mais ce délai peut être ensuite prolongé sur la demande des fondateurs. La société ne peut commencer ses opérations que lorsque le capital est entièrement souscrit et que le dixième au moins a été versé sur chaque titre.

6335. — Un même actionnaire ne peut disposer de plus de trois voix à l'assemblée si le nombre des actions est inférieur à cent, et de plus de six voix si ce nombre est supérieur. Les administrateurs ne peuvent être mandataires. Un inventaire annuel doit être établi avant l'assemblée générale annuelle, à laquelle il doit être communiqué.

6336. — Un arrêt de la Cour de cassation d'Amsterdam du 5 déc. 1873 a jugé que l'assemblée générale pouvait, à la pluralité des voix, proroger le terme d'une société anonyme au delà de celui prévu, si ce mode de prorogation était stipulé dans les statuts.

6337. — Il résulte d'un autre arrêt de la même Cour (29 déc. 1883) que l'actif disponible dans la liquidation, après paiement des créanciers et remboursement intégral du capital versé, doit être distribué proportionnellement aux versements réellement effectués par les actionnaires et non proportionnellement au montant nominal des actions.

§ 18. *Portugal.*

6338. — Le Code de commerce portugais, du 23 août 1888, traite des sociétés commerciales dans le tit. 2 de son livre 2 (art. 104 à 223).

6339. — I. *Dispositions générales.* — Le Code reconnait trois espèces de sociétés : 1° en nom collectif; 2° anonymes; 3° en commandite (simple ou par actions); il s'occupe en outre des sociétés coopératives.

6340. — Les sociétés civiles adoptant l'une de ces formes sont soumises aux règles du Code de commerce, sauf en ce qui concerne la faillite ou la juridiction (art. 106).

6341. — Les sociétés commerciales régulièrement constituées possèdent la personnalité juridique (art. 108).

6342. — D'après les art. 109 à 112, les sociétés étrangères sont soumises à toutes les règles du Code portugais si elles ont leur siège en Portugal; si elles n'y possèdent qu'une succursale, elles sont astreintes aux règles relatives à l'inscription, à la publication et aux pouvoirs de leurs représentants; enfin toute société étrangère régulière peut faire des actes de commerce dans la monarchie.

6343. — Le contrat de toute société commerciale et toute modification ultérieure audit contrat doivent être constatés par écrit, et par acte authentique s'il s'agit d'une société par actions (art. 113 et 116).

6344. — Si la société se constitue par acte sous seing privé, il doit être fait autant d'exemplaires qu'il y a d'associés (art. 115).

6345. — Tous les actes émanés d'une société doivent indiquer son espèce, son siège et, pour les sociétés par actions, le capital réalisé (art. 117).

6346. — Les art. 118 et 119, relatifs aux obligations et aux droits des associés, ne présentent rien de particulier, si ce n'est l'interdiction de stipuler des intérêts ou une part certaine en rémunération du capital ou de l'industrie de l'un d'eux.

6347. — Parmi les causes de dissolution (art. 120), il convient de noter la diminution du capital de plus des deux tiers et la fusion avec une autre société. En outre la dissolution d'une société anonyme peut être prononcée à la requête d'un associé après six mois de fonctionnement avec moins de dix actionnaires, et à la requête d'un créancier lorsque la moitié du capital a été perdue, à moins que ledit créancier ne reçoive une garantie de paiement suffisante. La fusion de deux ou plusieurs sociétés doit être délibérée et publiée par chacune d'elles et ne peut avoir d'effet que trois mois après cette publicité, sauf règlement plus rapide de toutes les créances constaté par acte authentique (art. 124 à 127). Toute société doit être prorogée par acte public du consentement de tous les associés, mais les créanciers personnels d'un associé peuvent dans les dix jours y former opposition (art. 128-129).

6348. — Les art. 130 à 144 réglant la liquidation ne présentent rien de particulier. Les liquidateurs doivent être nommés par la moitié au moins des associés représentant les trois quarts du capital (art. 131). D'après l'art. 135, le délai imparti aux liquidateurs pour l'achèvement de leurs opérations doit être déterminé par les associés ou, à défaut, par le tribunal, qui pourra en outre proroger ce délai de la moitié de sa durée primitivement fixée. D'après l'art. 137, les créanciers sociaux sont privilégiés sur les biens sociaux, mais les créanciers personnels d'un associé sont subrogés aux droits que leur débiteur pourrait avoir contre ses coassociés en raison des versements qu'il aurait faits en sus de sa part. La liquidation terminée, elle doit être publiée et inscrite sur le registre à ce destiné (art. 142).

6349. — L'art. 145 détermine les journaux où doivent être faites toutes publications prescrites pour les sociétés commerciales : dans la feuille officielle et dans un journal de la localité pour les sociétés ayant leur siège dans la partie continentale du royaume; dans la *Gazette officielle*, ou, à défaut, dans un journal de la localité pour les sociétés des villes adjacentes ou d'outremer. Les actions contre les sociétés appartenant aux actionnaires, au Gouvernement ou aux créanciers font l'objet des art. 146 à 149 ; elles se prescrivent par cinq ans (art. 150).

6350. — II. *Sociétés en nom collectif.* — Les dispositions spéciales qui régissent les sociétés en nom collectif (art. 151 à 161) sont analogues à celles généralement admises sur la matière relativement à la gestion des affaires sociales et à la responsabilité des associés. Si les gérants ont été désignés par l'acte constitutif, ils sont irrévocables, sous réserve du droit pour les autres associés de nommer un administrateur pour intervenir dans toutes les opérations, ou de demander la rescision de l'acte de société (art. 155). Toute personne non associée dont le nom figurerait dans la raison sociale serait responsable à l'égal des associés (art. 153). Toutes opérations commerciales analogues à celles faisant l'objet de la société sont interdites à ses membres, et même toutes opérations commerciales en général si la société n'exerce pas un commerce déterminé (art. 157-158). Tout retrait de fonds est prohibé en dehors des sommes allouées aux associés pour leurs dépenses personnelles (art. 159). Enfin, toute cession de parts doit être autorisée par tous les coassociés (art. 161).

6351. — III. *Société anonyme.* — Une société anonyme ne peut être définitivement constituée que si le nombre des associés est égal à dix au moins, si le capital a été souscrit entièrement et si 10 p. 0/0 ont été versés (5 p. 0/0 seulement pour les sociétés d'assurances et celles où le capital sert uniquement de garantie aux opérations sociales) ; en outre, les sociétés ayant pour objet l'acquisition d'immeubles doivent obtenir l'autorisation gouvernementale (art. 162). Le capital peut être souscrit par les fondateurs seuls ou par voie d'émission dans le public sur un programme de souscription dressé après publication et enregistrement provisoire de l'acte authentique de société (art. 163-164). Les fondateurs ne peuvent se réserver qu'un prélèvement sur les bénéfices égal au plus à 10 p. 0/0. Dans l'assemblée générale constitutive chaque souscripteur a droit à une voix, quel que soit le nombre de ses actions ; les décisions sont prises à la majorité absolue des présents.

6352. — Les actions ne peuvent être mises au porteur qu'après leur entière libération (art. 166). Un registre des actionnaires doit être tenu au siège social, indiquant les noms du souscripteur, les versements opérés, les transferts, etc. (art. 168). Les actions ne peuvent être prises partie en souscription particulière, partie en souscription publique; elles ne sont négociables qu'après versement de 30 p. 0/0 de leur valeur nominale, 10 p. 0/0 seulement pour les sociétés dans lesquelles le premier versement exigé n'est que de 5 p. 0/0 ; les sociétés ne peuvent acquérir leurs propres actions que si leurs statuts les y autorisent de façon expresse (art. 169). Les souscripteurs répondent du montant de leurs titres jusqu'à libération complète (art. 170).

6353. — Les administrateurs et les membres du conseil de surveillance (art. 171 à 177) sont élus parmi les associés pour trois ans au plus et sont toujours révocables; sauf dispositions contraires des statuts, ils sont rémunérés et ne sont pas rééligibles. La responsabilité des administrateurs est limitée à l'exécution de leur mandat; ils doivent fournir caution de leur gestion. Les sociétés anonymes jouissant d'une concession ou d'un monopole de l'Etat ou d'un corps administratif peuvent être contrôlées par les agents de l'Etat ou par ceux de ce corps (art. 178).

6354. — L'assemblée générale ordinaire annuelle doit se réunir dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice (art. 179). L'assemblée extraordinaire peut être convoquée par la direction et le conseil de surveillance et doit l'être dans les huit jours de la demande d'actionnaires représentant le vingtième du capital social; passé ce délai, la convocation est ordonnée par le tribunal (art. 180).

6355. — La convocation est faite au moyen d'annonces publiées quinze jours au moins avant l'époque fixée et suivant les conditions prévues aux statuts (art. 181). Sauf convention contraire, l'assemblée générale élit tous les deux ans un président, un vice-président, deux secrétaires et deux vice-secrétaires, tous rééligibles (art. 182). Aucun actionnaire ne peut représenter plus du dixième des voix attribuées à l'ensemble des actions émises, ni plus du cinquième des voix représentées; les actionnaires ne possédant pas un nombre d'actions suffisant pour prendre part au vote peuvent se grouper et se faire représenter par l'un d'eux (art. 183). Si le *quorum* exigé par les statuts n'est pas atteint, une deuxième assemblée est convoquée dans le délai de quinze à trente jours, laquelle peut délibérer sans condition de nombre (art. 184). Les délibérations prises n'engagent que les actionnaires acceptant (art. 185), les autres ayant le droit de les attaquer en justice. Lorsque 25 p. 0/0 du capital social auront été souscrits par des actionnaires résidant à l'étranger, ceux-ci, sans préjudice de leurs droits personnels, pourront nommer l'un d'entre eux à l'effet de recevoir copie des rapports et documents destinés à être présentés à l'assemblée et, après avoir discuté ces pièces en conférences, lui donner mandat de les représenter (art. 187).

6356. — Le bilan annuel avec l'avis du conseil de surveillance doit être envoyé à tout actionnaire qui a déposé ses titres entre les mains de la société huit jours au moins avant le jour fixé pour l'assemblée (art. 189). Sauf le cas de dissimulation dans les inventaires, les adminitrateurs et membres du conseil de surveillance sont libérés de toute responsabilité six mois après l'approbation des comptes (art. 190). Un fonds de réserve égal au cinquième du capital social doit être constitué par prélèvement du vingtième des bénéfices nets de chaque exercice (art. 191).

6357. — Est obligatoire la publication des statuts sociaux, de toute modification ultérieure, des bilans et des pièces à l'appui (art. 193-194). Les sociétés anonymes ne peuvent émettre des obligations que pour un chiffre égal au capital réellement existant d'après le dernier bilan (art. 196); elles doivent alors publier chaque mois un état de leur situation (art. 195).

6358. — IV. *Sociétés en commandite* (art. 199-206). — Les sociétés en commandite simple ou par actions sont soumises d'une manière générale aux règles des sociétés en nom collectif en ce qui concerne les commandités et, si elles sont par actions, aux règles des sociétés anonymes en ce qui concerne les commandi-

taires. Ne peuvent être gérants effectifs que les associés en nom collectif désignés par le contrat ou ceux nommés en remplacement par l'assemblée des commanditaires après révocation, mort ou interdiction des premiers; les gérants provisoires qui pourraient être désignés par le conseil de surveillance ne répondent que de l'exécution de leur mandat. Les commanditaires ne sont tenus que du montant des fonds pour lesquels ils se sont engagés, à moins que leurs noms ne fassent partie de la raison sociale, auquel cas leur responsabilité devient personnelle et solidaire.

6359. — V. *Sociétés de banque.* — Un décret du 12 juill. 1894 a réglementé le fonctionnement des sociétés de banque dont le Code civil s'occupait à peine et dont le Code de commerce ne parlait pas davantage (*Ann. de législ. étrang.*, 1895, p. 459).

6360. — Ainsi que l'indique l'exposé des motifs, ce décret s'inspire des dispositions du Code de commerce espagnol, de la loi allemande sur la matière et des mesures promulguées en Italie sur le même objet, et il a pour but d'empêcher les abus si faciles à naître, qui peuvent transformer en instruments de ruine des institutions dont la raison d'être est au contraire de favoriser le commerce et de venir en aide au travail.

§ 10. *République argentine.*

6361. — Le Code de commerce argentin, promulgué le 9 oct. 1889 et mis en vigueur le 1er mai 1890, consacre aux sociétés de commerce le tit. 3 de son livre 2 (art. 282 à 449).

6362. — Il s'occupe d'abord des règles générales concernant la formation des sociétés; puis il réglemente successivement les différentes sortes de sociétés : en nom collectif, anonymes, en commandite simple ou par actions, sociétés de capital et d'industrie, coopératives, en participation; enfin ses quatre derniers chapitres donnent des dispositions communes sur les droits et obligations des associés, la dissolution, la liquidation et l'arbitrage. Il s'inspire surtout des Codes de commerce portugais et italien.

6363. — I. *Dispositions générales.* — Sont commerciales toutes les sociétés constituées en vue de faire des actes de commerce, et les sociétés anonymes quel que soit leur objet (art. 282). Dans toute société, les associés ont en tout temps le droit d'examiner les livres (art. 284). Les art. 285 à 288 qui ont trait aux sociétés étrangères reproduisent identiquement les art. 109 à 112, C. comm. portugais. Tout contrat de société doit être rédigé par écrit s'il a pour objet une chose dont la valeur dépasse 1,000 pesos; les sociétés par actions doivent être constituées par acte public (art. 289). Ledit acte, qui doit contenir diverses indications exigées par le Code (art. 291-293) pour bien déterminer les conditions de fonctionnement de la société, doit être inscrit au registre du commerce du lieu du siège social et des succursales; il en est de même de toute modification ultérieure de l'acte social (art. 293-295) : le tout à peine de nullité. Tout associé d'une société non publiée peut se retirer quand il le juge convenable (art. 296); quant aux tiers, ils peuvent faire la preuve de l'existence de la société par tous les moyens autorisés en matière commerciale et ont une action contre tous les associés solidairement (art. 293-289). Toute personne étrangère qui tolère l'introduction de son nom dans la raison sociale est tenue de toutes les obligations contractées sous la signature sociale (art. 299).

6364. — II. *Sociétés en nom collectif.* — Les associés ne peuvent stipuler entre eux qu'ils ne seront pas solidairement obligés (art. 304). Ceux qui n'ont pas le droit de contracter pour la société d'après une clause expresse du contrat n'obligent pas la société, même en signant sous son nom, à condition qu'ils ne figurent pas dans la raison sociale (art. 305); mais dans ce cas, ils sont eux-mêmes responsables civilement et solidairement vis-à-vis des tiers et de leurs coassociés (art. 307). Les associés ne peuvent se livrer, sans autorisation, en dehors de la société, au genre de commerce qui fait son objet, ni à aucun autre genre de commerce si la société n'en a pas un spécialement déterminé, à peine de rapporter à la société les bénéfices ainsi réalisés par eux (art. [illegible]).

6365. — III. *Sociétés anonymes.* — Malgré sa date récente et bien qu'il se soit inspiré des réformes introduites par les divers États dans leur législation commerciale au moment de sa promulgation, le Code argentin soumet encore les sociétés anonymes à l'autorisation préalable du pouvoir exécutif; il est vrai que, d'après l'art. 318, cette autorisation sera accordée toutes les fois que la fondation, l'organisation et les statuts seront conformes aux dispositions du Code et que l'objet de la société ne sera pas contraire à l'intérêt public. L'art. 318 exige, en outre, pour qu'une société anonyme puisse se constituer, qu'elle réunisse dix associés au moins, que le cinquième du capital soit souscrit, que les souscripteurs aient versé au moins 10 p. 0/0 sur le montant de leurs souscriptions et que la société soit faite pour une durée déterminée. — Si les fondateurs remplissent à eux seuls ces conditions, ils peuvent constituer de suite la société en faisant inscrire l'acte social au registre du commerce et en le publiant pendant quinze jours ainsi que les statuts et l'autorisation gouvernementale (art. 319). Si au contraire, il y a lieu à émission publique, l'acte social doit également être inscrit, mais sa publication ne dure que dix jours, après quoi est rédigé un programme de souscription, contenant convocation de la première assemblée générale, qui doit avoir lieu dans un délai de trois mois (art. 320). Les fondateurs ne peuvent se réserver des avantages dépassant 10 p. 0/0 du capital ou des bénéfices nets pendant dix ans au plus (art. 321). Les statuts, après approbation par l'assemblée générale, sont soumis au pouvoir exécutif et, l'autorisation obtenue, ils sont publiés pendant quinze jours en même temps que ladite autorisation (art. 323).

6366. — Les fondateurs sont responsables de tous les actes accomplis par eux avant la constitution définitive et tenus de rembourser les souscriptions reçues si la société ne se constitue pas définitivement (art. 324). Toute prorogation de société entraîne les mêmes formalités d'autorisation, d'inscription et de publication qui sont exigées pour la première institution (art. 325).

6367. — Les actions ne peuvent être mises au porteur qu'après leur complète libération (art. 326). Outre le livre-journal, le livre d'inventaires et le copie de lettres, les sociétés anonymes doivent tenir un livre des actionnaires sur lequel doivent être inscrits les transferts d'actions nominatives (art. 329); le transfert d'un titre ne peut être fait qu'au nom d'un seul propriétaire (art. 331). — Les cédants d'actions non libérées entièrement sont tenus des versements qui restent à effectuer (art. 332); les administrateurs peuvent recevoir en outre le pouvoir de faire vendre dans un marché public les titres des actionnaires en retard (art. 333). Aucun intérêt ne peut être payé, sauf aux actions de préférence, et seulement sur les bénéfices réalisés et liquidés (art. 334).

6368. — Les administrateurs, toujours révocables, sont élus pour trois ans au plus parmi les actionnaires (art. 336); ils doivent verser un cautionnement à la garantie de leur gestion (art. 339), mais ils ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat; de plus, la responsabilité d'un administrateur au sujet d'une décision prise par la majorité est couverte s'il était absent lors de la délibération ou s'il fait connaître sa protestation avant d'avoir été l'objet d'une action en responsabilité (art. 337).

6369. — La surveillance des sociétés anonymes appartient à des syndics élus chaque année par l'assemblée générale et révocables à toute époque. Les syndics ont voix consultative au conseil d'administration et peuvent à chaque instant vérifier la caisse et les livres; sauf disposition contraire des statuts, ils sont rémunérés (art. 340-341). Enfin, comme dans le Code portugais, les sociétés anonymes jouissant d'un privilège ou d'une commission accordée par les autorités peuvent être contrôlées par les agents des autorités respectives (art. 342). Si la partie exécutive des opérations sociales est attribuée à un gérant par les statuts ou l'assemblée, ce gérant est responsable envers les associés et les tiers de l'accomplissement de ses devoirs, même s'il est subordonné à la surveillance du conseil d'administration (art. 344). Tout administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société doit en donner avis à ses collègues et aux syndics (art. 345).

6370. — L'assemblée générale ordinaire doit être réunie au moins une fois par an (art. 347). L'assemblée extraordinaire peut être convoquée par les administrateurs ou les syndics; elle doit l'être à la demande d'actionnaires représentant le vingtième du capital social, si les statuts ne fixent pas un chiffre plus bas (art. 348). La convocation a lieu par annonces publiées quinze jours d'avance (art. [illegible]). Les résolutions sont prises en général à la majorité des présents, aucun actionnaire ne pouvant représenter plus du dixième des voix totales et plus du cinquième des membres présents (art. 350). Comme cela a lieu d'après le droit portugais, les actionnaires qui n'ont pas droit de vote

peuvent assister aux assemblées et y prendre la parole (art. 352); de même, les art. 351, 353 et 358, C. com., reproduisent textuellement les art. 184, 186 et 187, C. port., sur la convocation d'une deuxième assemblée si la première n'est pas en nombre, sur le droit de la minorité d'attaquer en justice les décisions prises, sur les facilités accordées aux fonctionnaires résidant à l'étranger pour prendre connaissance des rapports et des comptes.

6371. — Les administrateurs ne peuvent être mandataires d'autres associés, ni voter sur l'approbation des bilans ou des actes ayant pour objet leur propre responsabilité (art. 355-356). Sauf disposition contraire des statuts, toute modification à l'acte constitutif exige le vote favorable d'actionnaires représentant la moitié du capital et la présence à l'assemblée des trois quarts au moins dudit capital (art. 354).

6372. — L'inventaire et le bilan annuels, avec le rapport des syndics, doivent être imprimés et distribués aux actionnaires dix jours au moins avant l'assemblée générale; après leur approbation, ils doivent être publiés dans un journal du siège de la société (art. 361-362). Un fonds de réserve égal à 10 p. 0/0 au moins du capital social doit être constitué par un prélèvement minimum de 2 p. 0/0 sur les bénéfices nets annuels (art. 363). Les sociétés anonymes ne peuvent émettre des obligations, soit au porteur, soit nominatives, que jusqu'à concurrence du capital existant conformément au dernier bilan (art. 365); elles doivent dans ce cas publier chaque mois un bilan de leur actif et de leur passif (art. 368).

6373. — Dès que le capital a éprouvé une perte de 50 p. 0/0, les administrateurs doivent le déclarer au tribunal de commerce et publier leur déclaration dans les journaux; si la perte atteignait 75 p. 0/0, la dissolution aurait lieu de plein droit (art. 369). La dissolution peut résulter également du retrait de l'autorisation par le pouvoir exécutif, s'il est prouvé que la société se trouve dans l'impossibilité d'atteindre son but (art. 370).

6374. — IV. *Sociétés en commandite.* — S'il y a plusieurs associés responsables, la société est en nom collectif à leur égard (art. 372). Il n'est pas nécessaire d'inscrire sur le registre du commerce les noms des commanditaires, mais il est indispensable d'y inscrire la somme totale des capitaux mis en commandite (art. 373).

6375. — La responsabilité des commanditaires est limitée aux apports qu'ils se sont obligés à faire (art. 376); ils ne seraient tenus solidairement avec les gérants que si leurs noms figuraient dans la raison sociale (art. 375) ou s'ils accomplissaient des actes de gestion au delà d'une simple surveillance et de simples conseils (art. 377-378).

6376. — La société en commandite peut émettre des actions nominatives ou au porteur (art. 380) : dans ce cas, les associés responsables sont soumis en outre aux obligations incombant aux administrateurs des sociétés anonymes, et les dispositions régissant ces dernières sociétés sont applicables, avec la modification résultant de l'existence d'associés à responsabilité illimitée (art. 381).

6377. — V. *Sociétés de capital et d'industrie ou* habilitaciones (art. 383-391). — L'*habilitacion* est une société dans laquelle certains associés apportent des capitaux, tandis que d'autres apportent seulement leur industrie. Les bailleurs de fonds peuvent être simples commanditaires, et alors leurs noms ne peuvent figurer dans la raison sociale; la société peut au contraire être en nom collectif entre bailleurs de fonds et associés industriels. Dans ce dernier cas, les parts des associés industriels dans les bénéfices doivent être, sauf stipulations contraires, égales à la part du moindre apporteur en capital; mais, d'un côté, ils ne peuvent contracter au nom de la société, et de l'autre ils ne sont pas responsables sur leurs biens personnels, sauf le cas de dol, fraude ou négligence.

6378. — VI. *Dispositions communes à toutes les sociétés.* — Les art. 403 à 418 traitent des droits et obligations des associés; ils consacrent les mêmes principes que les art. 1843 à 1864 du Code civil français sur la matière. Notons en outre les dispositions suivantes : L'associé qui n'effectue pas son apport peut être poursuivi sur ses biens ou exclu de la société (art. 404). Si l'estimation d'un apport fait en nature n'est pas réglée par l'acte social, elle doit être faite par experts (art. 406). L'apport d'une créance ne libère l'apporteur que lorsque la créance a été touchée (art. 407).

6379. — Sauf les règles particulières aux sociétés par actions, il faut l'unanimité des associés pour modifier les conventions sociales, mais dans tous les autres cas la majorité suffit, les [illegible] (art. 412). Le créancier particulier d'un associé ne peut saisir les fonds revenant à ce dernier dans la société qu'après [illegible] son action sur tous les autres biens libres de son débiteur; lorsqu'une même personne fait partie de deux sociétés et que l'une d'elles tombe en faillite, les créanciers de la compagnie en faillite ne peuvent exercer la part [illegible] dans la compagnie solvable qu'après [illegible] les créanciers de celle-ci (art. 417).

6380. — Les art. 419 à 421 énumèrent les cas où l'un des associés peut être exclu de la société : [illegible] de ses engagements, dol, fraude, ou encore décès ou démence; l'associé exclu reste responsable des actes accomplis avant l'inscription de la rescision partielle du contrat au registre du commerce. Les art. 422 à 433 traitent de la dissolution totale, provoquée par l'échéance du terme, le consentement unanime des associés, la perte de 75 p. 0/0 du capital dans les sociétés anonymes, la faillite, la volonté de l'un des associés si aucun terme n'a été fixé, la retraite [illegible] ou la mort d'un associé figurant dans la raison sociale. Sauf dans le cas où elle résulte de l'échéance du terme fixé, la dissolution doit, pour être opposable aux tiers, être mentionnée au registre du commerce et dûment publiée.

6381. — Sauf décision contraire, la mission de liquidateurs appartient aux associés-gérants ou administrateurs (art. 434). Les liquidateurs doivent dresser un inventaire et un bilan dans les quinze jours à dater de leur nomination, et le porter à la connaissance des associés (art. 436); la liquidation terminée et le projet de partage communiqué aux associés, ceux-ci ont un délai de dix jours pour les attaquer; des arbitres nommés amiablement ou par le tribunal tranchent les réclamations (art. 441). Aucune distribution de l'actif ne peut être faite tant que tous les créanciers n'ont pas été payés ou n'ont pas reçu garantie (art. 442). Les art. 448 et 449 établissent l'arbitrage forcé pour toutes les contestations entre associés.

§ 20. *Roumanie.*

6382. — Le Code de commerce roumain, promulgué le 16 avr. 1887 et mis en vigueur le 1er septembre de la même année, s'étend longuement sur le chapitre des sociétés (art. 77 à 269), s'inspirant des diverses législations des autres pays et particulièrement du Code de commerce italien de 1883. Il traite successivement : 1° des sociétés commerciales proprement dites (en nom collectif, en commandite simple, en commandite par actions et anonymes); 2° des sociétés coopératives; 3° des sociétés civiles et des sociétés étrangères; 4° des associations (en participation et d'assurance mutuelle).

6383. — La société anonyme est qualifiée sous une dénomination particulière, les autres sociétés commerciales sous les noms d'un ou plusieurs des associés responsables. Tout nouvel associé répond comme les anciens des engagements contractés avant son admission. Le contrat de société doit être fait par écrit, et par acte public pour les sociétés par actions. L'acte constitutif doit être, dans les quinze jours, déposé aux greffes des tribunaux du siège social et des succursales et affiché par extraits au tribunal, à la mairie et à la Bourse; de même, les statuts pour les sociétés par actions. Publication de l'acte constitutif doit être faite dans le délai d'un mois au *Moniteur officiel* et au *Journal des annonces judiciaires*. Mêmes formalités pour tout changement ultérieur dans la société.

6384. — I. *Sociétés en nom collectif.* — La responsabilité des associés est illimitée, mais les créanciers sociaux ne peuvent les actionner personnellement qu'après avoir épuisé leur action contre la société.

6385. — II. *Sociétés en commandite.* — La moitié plus un des administrateurs responsables devait être composée de citoyens roumains d'après le Code de 1887 : une loi du 31 mars 1900 a supprimé cette condition, à moins que la société ne comporte l'achat de terres. Le commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, à peine d'être personnellement responsable. Les gérants des sociétés en commandite par actions peuvent être révoqués par l'assemblée [illegible].

6386. — III. *Sociétés anonymes.* — Le nombre des associés doit être de sept au moins, sous le bénéfice de l'observation faite ci-dessus sur la nationalité des administrateurs. La responsabilité des administrateurs est limitée à l'exécution de leur mandat;

ils doivent fournir une caution qui ne peut être inférieure à 8,000 lires ou francs; ils sont renouvelables par moitié.

6387. — IV. *Dispositions spéciales aux sociétés par actions.* — Les fondateurs sont solidairement responsables de leurs actes relatifs à la constitution; ils ne peuvent se réserver comme avantages que le dixième des bénéfices nets pendant cinq ans au plus, sans que cette durée puisse dépasser le tiers de la durée de la société. La souscription peut être couverte immédiatement par les associés intervenant à l'acte initial, ou par voie d'émission publique sur un programme signé des fondateurs et déposé au greffe du tribunal de commerce. Le capital prévu doit être entièrement souscrit, et les trois dixièmes au moins doivent être versés sur chaque action *aux caisses publiques*, avant que l'assemblée générale puisse être convoquée. Cette assemblée arrêtera l'acte constitutif, qui devra être approuvé par le tribunal de commerce.

6388. — Les premiers administrateurs peuvent être statutaires; ils sont ensuite nommés par l'assemblée, leurs noms doivent être notifiés au greffe du tribunal de commerce. Ils doivent tenir, outre les livres prescrits à tous commerçants : 1° un registre des associés; 2° un registre des délibérations des assemblées; 3° un registre des délibérations des administrateurs. Si le capital social se trouve réduit du tiers, l'assemblée générale doit être convoquée; s'il se trouve réduit des deux tiers, la dissolution est de droit. Les administrateurs et les directeurs, s'il y en a, sont solidairement responsables de l'observation exacte des obligations qui leur sont imposées par la loi et par les statuts. Toutes les fois que leur intérêt se trouve opposé à celui de la société, ils doivent en informer leurs collègues et les syndics. Ils peuvent décliner la responsabilité d'une délibération en faisant consigner leur protestation.

6389. — L'assemblée générale ordinaire doit se réunir au moins deux fois l'an; la convocation doit être précédée d'un avis inséré au *Moniteur officiel* au moins quinze jours d'avance. Les réunions qui précèdent la constitution de la société sont convoquées par les fondateurs ou par une personne désignée par le programme; les réunions suivantes sont convoquées par les administrateurs.

6390. — Chaque associé dispose d'une voix par cinq actions jusqu'à cent, plus une voix par vingt-cinq actions au-dessus de ce nombre. Sauf disposition contraire des statuts, les décisions sont prises à la majorité absolue des présents, devant représenter la moitié au moins du capital social; la majorité doit représenter la moitié dudit capital s'il s'agit d'une modification à introduire à l'acte constitutif. Une assemblée extraordinaire doit être convoquée dans le délai d'un mois sur la demande d'actionnaires représentant le cinquième du capital social.

6391. — Les actions doivent être de valeur égale et ne peuvent être au porteur que lorsqu'elles sont entièrement libérées. Elles doivent être d'au moins 100, 200 ou 500 lires, suivant que le capital est inférieur à un million, compris entre un et cinq millions ou supérieur à cinq millions. Les cessionnaires successifs sont tous responsables du montant de leurs titres. Il peut être émis des obligations par décision de l'assemblée générale, mais seulement pour une somme égale au capital versé, à moins que l'excédent ne soit garanti par des rentes sur l'Etat, les provinces ou les communes.

6392. — Le bilan doit être présenté aux syndics un mois avant l'assemblée générale et être publié huit jours avant cette réunion. Les sociétés de crédit doivent déposer au tribunal de commerce un état mensuel de leur situation. Le bilan approuvé doit être déposé en copie dans les dix jours au greffe du tribunal avec le rapport des syndics à l'assemblée et le procès-verbal de cette dernière. Un intérêt maximum de 5 p. 0/0 peut être prélevé pendant trois ans au plus sur le capital dans le cas où la constitution de la société demanderait nécessairement un certain temps, mais, sauf dans ce cas spécial, il ne peut être distribué de dividende que sur les bénéfices nets.

6393. — L'assemblée constitutive et les assemblées ordinaires élisent trois ou cinq syndics, pris parmi les actionnaires et chargés d'examiner les livres et de surveiller les opérations; le cautionnement qu'ils doivent déposer doit être la moitié de celui des administrateurs.

6394. — V. *Liquidation des sociétés.* — L'exclusion d'un associé peut être prononcée pour diverses infractions à la loi ou s'il est déclaré en faillite, mis en curatelle ou interdit, mais sans que cela entraîne la dissolution de la société, sauf pour les sociétés en nom collectif ou en commandite dans les cas de mort, de faillite, d'interdiction ou de mise en curatelle d'un associé responsable ou d'un commanditaire. La dissolution est provoquée également par l'échéance du terme prévu, l'abaissement du capital social au-dessous du tiers, la faillite, la délibération des associés, la fusion.

6395. — En cas de fusion de plusieurs sociétés, chacune d'elles doit procéder séparément aux publications prescrites, et la fusion n'est définitive que trois mois après l'accomplissement des dernières formalités, à moins d'un consentement plus hâtif de tous les créanciers.

6396. — A défaut d'accord des sociétaires sur la nomination des liquidateurs, ceux-ci doivent être désignés par le tribunal; leurs devoirs et leur responsabilité sont les mêmes que ceux des administrateurs et ils représentent seuls la société pendant la liquidation.

6397. — La liquidation ne fait pas obstacle à la faillite. Les dispositions relatives à la clôture des opérations sont identiques à celles établies par le Code italien.

6398. — VI. *Sociétés étrangères.* — Les règles applicables aux sociétés étrangères sont analogues à celles établies par le Code italien. Toutefois, pour fonder une succursale en Roumanie, les sociétés par actions étrangères doivent, d'après le Code de 1887, obtenir l'autorisation du Gouvernement. Elles devaient déposer en outre un cautionnement qui ne pouvait être inférieur à 300,000 lires. Une loi du 31 mars 1900 a supprimé cette dernière condition.

§ 21. *Russie.*

6399. — I. Russie proprement dite. — La matière des sociétés est régie par le Code de commerce (art. 61 à 104), et quant aux sociétés anonymes par la loi du 6 déc. 1836. La loi russe reconnaît quatre formes de sociétés (C. comm. 1893, art. 63) : 1° les sociétés en nom collectif; 2° les sociétés en commandite simple; 3° les sociétés anonymes; 4° les sociétés d'artel.

6400. — Ces sociétés sont réputées commerciales lorsqu'elles ont pour objet des opérations de commerce (C. comm., art. 64). Les sociétés en commandite par actions ne sont pas mentionnées et par suite ne sont pas légalement reconnues. La rédaction d'un acte, qui n'est pas requise pour les sociétés civiles, est indispensable pour la formation d'une société de commerce : les fondateurs de toute société en nom collectif ou en commandite doivent présenter à l'administration municipale (à l'administration des commerçants dans la ville de Saint-Pétersbourg, Moscou et Odessa) un extrait de leurs actes de société indiquant : 1° l'espèce de la société; 2° les noms et résidences de tous les associés et des commanditaires qui le désirent; 3° les signatures des associés chargés de la gestion des affaires; 4° le montant du capital et l'apport de chaque commanditaire; ces extraits doivent être publiés par le moyen de circulaires imprimées : le tout à peine d'une amende de 500 roubles et de la dissolution de la société (C. comm., art. 67 à 69).

6401. — La personnalité civile des sociétés de commerce n'est pas expressément reconnue par la loi russe, mais elle est admise par la jurisprudence. Le fait de la participation d'un mineur à une société de commerce ne la rend pas nulle.

6402. — A. *Sociétés en nom collectif.* — Elles n'ont besoin pour être formées d'aucune autorisation. — Tout associé doit, en prévision de son décès, désigner une personne pour le remplacer jusqu'au partage ou jusqu'à la dissolution de la société (C. comm., art. 73), mais cette désignation peut être faite sous pli cacheté destiné à n'être ouvert qu'après le décès de l'associé (art. 75). Les associés sont tenus solidairement des dettes sociales sur tous leurs biens (art. 77). Si l'un d'eux vient à se retirer, sa retraite doit faire l'objet d'une publication, à peine d'être non avenue vis-à-vis des tiers. L'associé d'une maison de commerce ne peut faire partie d'aucune autre société, même ayant un objet différent (art. 78). Les conventions des parties règlent leurs obligations entre elles et envers les tiers (art. 79). Lorsque les extraits publiés de l'acte de société sont inexacts, c'est aux énonciations des extraits qu'on accorde la préférence. Les noms de tous les associés doivent figurer dans la raison sociale. La dissolution de la société a lieu sur la demande d'un associé, mais seulement pour motifs graves, par l'arrivée du terme prévu, par la mort d'un associé. Sauf convention contraire expressément stipulée, tout membre de la société

a le droit de se retirer; il peut être convenu que dans ce cas la société continuera entre les autres membres.

6403. — B. *Sociétés en commandite simple.* — Comme dans les sociétés en nom collectif, aucune autorisation n'est nécessaire. La raison sociale est composée des noms des associés avec la mention *et Cie* (art. 81). La loi n'édicte pas de sanction contre l'introduction du nom d'un commanditaire dans la raison sociale, mais, conformément au droit commun, ceux qui auraient de ce fait subi un préjudice peuvent poursuivre le commanditaire. Les associés sont soumis aux mêmes règles que dans la société en nom collectif (art. 82). Les commanditaires ne participent pas à l'administration (art. 83) et ne peuvent s'obliger au nom de la maison de commerce (art. 84). Ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports (art. 85). Le montant des commandites doit être indiqué dans les extraits de l'acte social présenté à l'administration et publié, mais les noms des commanditaires n'y peuvent figurer qu'avec leur consentement (art. 86).

6404. — C. *Sociétés d'artel* (ou artèle). — L'artel est une société entre ouvriers créée soit temporairement en vue d'accomplir un ouvrage déterminé, soit pour une durée illimitée en vue d'une industrie ou d'un service (art. 89 et 90). La composition et l'organisation des artels sont déterminées par des statuts ratifiés ou autorisés dans les formes nécessaires (art. 91). On distingue les artels de Bourse et les artels d'ouvriers des ports. Les premiers ont pour objet l'accomplissement de différents travaux à la Bourse, à la douane, le service des marchés et entrepôts (art. 94). Ils comprennent des membres proprement dits ayant effectué un apport en argent, et des novices et apprentis dont l'apport, constitué par prélèvements sur les bénéfices qui leur reviennent, n'est pas encore complet; ils sont désignés par les anciens ou *starostas* (art. 93 à 95). Les membres d'un artel sont solidairement responsables des pertes et dommages causés par l'un d'entre eux (art. 97). Le maître qui a embauché un artel pour un travail ne peut en embaucher un autre, mais l'artel qui a accepté d'effectuer le travail doit l'effectuer, quitte à engager des ouvriers étrangers à l'artel, fût-ce à un prix supérieur au salaire payé par le maître (art. 100). Les artels des ports, créés pour le chargement et le déchargement des marchandises, n'ont pas un droit exclusif pour ce travail; leurs statuts doivent être homologués par le ministre des Fnances. Les *starostas* doivent recevoir l'autorisation des autorités de douane, et une liste des membres doit être remise à l'autorité locale, qui a le droit de dissoudre l'artel en cas de contravention aux lois ou aux statuts (art. 104). — V. *infrà*, v° *Sociétés coopératives.* — V. aussi Pic, *Lég. ind.*, n. 518.

6405. — D. *Sociétés anonymes.* — Les règles fondamentales relatives aux sociétés anonymes remontent à la loi du 6 déc. 1836, leur organisation n'ayant pas subi depuis lors de modifications importantes; elles font l'objet des art. 2189 à 2198, C. civ., auquel le Code de commerce se borne à renvoyer.

6406. — Les sociétés anonymes sont soumises à l'autorisation gouvernementale; il est question de supprimer cette condition, mais pour les sociétés de nationalité russe seulement (*Ann. de dr. comm.*, 1898, p. 466). La demande d'autorisation doit être adressée au ministre dont la société relève par son objet (C. civ., art. 2189) et doit être accompagnée d'un projet de statuts revêtu des signatures des fondateurs (C. civ., art. 2190). L'ukase impérial qui autorise la formation de la société peut introduire dans ces statuts les modifications qui paraîtraient utiles pour sauvegarder les intérêts des associés, des tiers et du crédit public (art. 2193); il peut concéder à la société l'exemption de certaines taxes et même certains privilèges (art. 2141); mais une disposition du Code civil déclare expressément que l'autorisation gouvernementale accordée ne garantit nullement le succès de l'entreprise (art. 2142). Par exception, les sociétés de banque sont approuvées par le ministre des Finances seul, si toutefois leur capital ne dépasse pas 5 millions de roubles (20 millions de francs). Les mêmes autorisations sont nécessaires pour toute modification ultérieure des statuts (art. 2153).

6407. — Chaque compagnie anonyme doit être constituée sous une dénomination déterminée, tirée de l'objet ou de la nature de l'entreprise (art. 2148). Les statuts approuvés doivent être publiés dans les journaux officiels (art. 2197), après quoi est ouverte la souscription publique. Les actions sont d'égale valeur et la responsabilité de la société est limitée au capital social. Le délai pour la souscription ne peut être inférieur à six mois, afin de permettre aux habitants des villes éloignées d'y participer; d'autre part, si la souscription n'est pas couverte dans un temps déterminé, l'autorisation peut être retirée (art. 2154). Les fondateurs ne peuvent s'attribuer à titre de rémunération plus du cinquième des actions à émettre (art. 2165), mais ils conservent le droit de s'attribuer le cinquième des actions qui seraient émises ultérieurement. Les versements peuvent avoir lieu par acomptes, le premier acompte déterminé par les statuts, les suivants par les administrateurs ou l'assemblée générale, mais les titres définitifs ne sont remis qu'après libération complète (art. 2163) et les certificats provisoires ne peuvent être que nominatifs. Quant aux titres définitifs, on admet aujourd'hui qu'ils soient au porteur. Le défaut de versement d'un capital appelé entraîne la déchéance de l'actionnaire, avec perte des acomptes déjà versés (art. 2164). Les souscriptions et les versements sont enregistrés sur deux livres spéciaux soumis au visa de l'autorité et mis à la disposition des actionnaires; dès que les versements dépassent 300 roubles par titre, ils doivent être déposés dans une banque pour être retirés suivant les besoins (art. 2166). Les titres sont négociables par la voie du transfert (art. 2167). Un fonds de réserve peut être constitué (art. 2169). Le montant des actions n'est déterminé légalement que pour les sociétés de banque, où il ne doit pas être inférieur à 250 roubles.

6408. — La direction des opérations jusqu'à la première assemblée générale appartient aux fondateurs, à qui il incombe de convoquer cette dernière dès que le premier acompte a été versé (art. 2174 et 2175).

6409. — L'assemblée générale des actionnaires nomme les directeurs ou administrateurs et au besoin des fondés de pouvoirs (art. 2175).

6410. — La majorité nécessaire pour la validité des délibérations de l'assemblée est des trois quarts des actionnaires présents, les statuts déterminant leurs droits de vote (art. 2184); si cette majorité n'est pas obtenue, une deuxième réunion peut avoir lieu où la majorité simple sera suffisante.

6411. — Les administrateurs délibèrent à la simple majorité des voix (art. 2180). Les fondateurs peuvent faire partie du conseil d'administration, mais les fonctionnaires de l'État des trois premières classes ne peuvent ni fonder une société, ni en faire partie comme administrateurs ou directeurs, à peine d'être mis à la retraite d'office s'ils n'ont pas dans les trois mois donné leur démission. La loi russe ne fixe pas de maximum pour la durée des fonctions d'administrateur, mais elle n'admet pas la nomination à vie (art. 2177).

6412. — Pour les directeurs, la doctrine est divisée et la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer. Les actes des fondateurs antérieurs à l'assemblée générale constitutive n'engagent pas la société; d'après la jurisprudence, ils sont solidairement responsables soit vis-à-vis de la société, soit vis-à-vis des tiers.

6413. — Appartiennent à l'assemblée générale l'approbation des comptes présentés par les administrateurs, la nomination de réviseurs pour les vérifier, la fixation de la réserve et des dividendes à distribuer, les modifications à apporter aux statuts, la dissolution anticipée de la compagnie ou sa prorogation (art. 2182). La convocation de l'assemblée doit être publiée trois mois au moins à l'avance par la voie des journaux.

6414. — La dissolution de la société doit être également publiée. Entre autres causes, elle résulte de la faillite, aujourd'hui reconnue par la jurisprudence russe pour toute société par actions; elle résulte également de l'arrivée du terme prévu aux statuts, sauf prorogation par décision de l'assemblée générale, et d'un vote de dissolution anticipée. La liquidation est opérée par les soins du conseil d'administration; aucun actionnaire ne peut recevoir tout ou partie de la part pouvant lui revenir avant que la compagnie ait versé dans un établissement de crédit la somme nécessaire pour faire face à tous ses engagements (art. 2188).

6415. — Parmi les dispositions que le Gouvernement fait introduire dans les statuts figurent parfois la nécessité pour les administrateurs d'être de nationalité russe, l'interdiction d'acquérir des immeubles dans certaines provinces, le dépôt en garantie à la Banque de l'Empire et l'inaliénabilité des actions attribuées aux fondateurs, la publication des bilans et leur communication au ministre des Finances, la nécessité d'une autorisation pour l'admission des actions à la Bourse, laquelle ne sera donnée qu'après le premier inventaire, etc.

6416. — En fait, les sociétés par actions sont régies en Russie, grâce à l'ingérence du pouvoir, par des lois spéciales ou

par des statuts qui ont été reconnus pour chaque société en particulier. Plusieurs projets ont été présentés depuis 1861 pour remplacer la loi de 1836, peu en rapport avec les besoins actuels du commerce, mais ils n'ont pas abouti; nommée plus récemment, une commission a terminé en 1898 un projet en 124 articles, qui, tout en consacrant une partie des règles usuelles jusqu'alors en Russie, s'est fortement inspirée du Code de commerce allemand de 1897.

6417. — E. *Sociétés étrangères.* — Le principe qui domine la réglementation des sociétés étrangères par actions en Russie est la réciprocité. Ainsi, les sociétés françaises ont le droit d'ester en justice, à la condition d'être légalement constituées en France. Mais pour pouvoir établir une succursale en Russie, les sociétés étrangères doivent demander une autorisation, qui ne peut leur être accordée que par un ukase de l'Empereur et accomplir certaines formalités de publicité : elles doivent en particulier avoir en Russie un représentant spécial à pouvoirs très-étendus et ne peuvent acquérir des immeubles dans certaines portions de l'Empire. Cette dernière incapacité s'applique du reste à toutes les personnes de nationalité étrangère. Depuis quelques années, la Russie semble prendre ombrage de l'invasion des capitaux étrangers et leur être moins accueillante.

6418. — II. Finlande. — Les premiers documents législatifs finlandais spéciaux aux sociétés de commerce sont deux lois du 24 nov. 1864 (*Ann. de lég. étr.*, 1880, p. 734). Jusqu'à cette époque, les sociétés commerciales étaient régies par le droit commun, mais ce dernier ne contenait pas de dispositions sur les sociétés par actions.

6419. — A. *Sociétés anonymes.* — Les sociétés anonymes sont régies par la loi du 2 mai 1895 (*Ann. de lég. étr.*, 1896, p. 726), qui a remplacé la loi du 14 nov. 1866 sur la matière. L'acte social doit contenir entre autres énonciations le nom de la société, son objet, le montant du capital, le nombre des actions (nominatives ou au porteur) et leur valeur, le mode d'administration; il doit être présenté à la ratification du Gouvernement, qui se borne du reste à vérifier l'observation des prescriptions légales. Il faut trois fondateurs au moins; les actions ne peuvent être de moins de 100 marks lorsque le capital dépasse 4,000 marks; les administrateurs doivent être en majorité finlandais; la société n'est constituée que lorsque le capital est entièrement souscrit et le cinquième versé. Si l'autorisation est accordée, les statuts doivent être transcrits aux registres du commerce et publiés en forme succincte dans les *Journaux officiels;* les modifications ultérieures aux statuts sont soumises aux mêmes formalités.

6420. — Les actions au porteur doivent être entièrement libérées. Les actionnaires ne sont tenus que pour le montant de leurs titres; les fondateurs sont personnellement responsables avant l'accomplissement des formalités de constitution, mais les administrateurs ne sont responsables par la suite que de l'exécution de leur mandat; toutefois cette responsabilité devient solidaire si des dividendes ont été distribués aux dépens du capital, si les administrateurs ont contracté des dettes alors qu'ils connaissaient l'insolvabilité de la société ou si les statuts ont été violés. Des actionnaires représentant un dixième du capital social peuvent toujours demander la convocation de l'assemblée.

6421. — B. *Sociétés en commandite.* — La loi du 24 nov. 1864 qui concerne les sociétés en commandite ne fait que développer les art. 23 à 28, C. comm. franç. En outre, l'acte social doit être rédigé par écrit et indiquer : les noms, domiciles et apports des gérants responsables et des commanditaires, l'objet et la durée de l'entreprise, la raison sociale et le siège social, la manière dont les bénéfices seront répartis et si les commanditaires pourront ou non aliéner leurs parts. L'acte social doit être déposé aux registres du commerce pour être transcrit et publié.

6422. — C. *Sociétés de banque à responsabilité limitée.* — Les sociétés anonymes fondées en vue d'entreprises de banque sont régies par une loi du 15 janv. 1866. Le capital doit être d'au moins 1 million 1/2 de marks, et la moitié au moins des actionnaires et les trois quarts des administrateurs doivent être nationaux. — Un surveillant nommé par le Gouvernement et [illegible] par la société surveille les opérations et dresse des rapports périodiques.

6423. — La société ne peut émettre des billets au porteur qu'en déposant le montant de [illegible] à la Banque de Finlande. Sur les bénéfices doit être prélevée une réserve proportionnelle au capital social. Une perte de 50 p. 0/0 du capital entraîne sa dissolution. Une banque privée ne peut prêter sur ses propres actions, ni acheter des immeubles autres que ceux nécessaires pour l'installation de ses bureaux.

6424. — III. Pologne. — Les sociétés commerciales polonaises sont régies par le Code de commerce français de 1807. Toutefois, l'autorisation du Gouvernement est exigée, non seulement pour les sociétés anonymes, mais pour les sociétés en commandite par actions dont le capital dépasse 150,000 roubles.

§ 22. *Suède.*

6425. — Les sociétés sont régies en Suède par cinq lois du 28 juin 1895 entrées en vigueur le 1er janv. 1897 (V. *Ann. de lég. étr.*, 1896, p. 593 et s.).

6426. — I. *Sociétés en nom collectif et en commandite.* — Ces sociétés font l'objet de la première loi. Les art. 1 à 37 traitent de la société en nom collectif, dans laquelle tous les associés sont solidairement responsables; les art. 38 à 45 se rapportent aux associations en commandite, qui sont considérées comme un cas particulier des précédentes où la responsabilité de certains associés se trouve limitée.

6427. — La même loi (art. 45 à 53) s'occupe des sociétés dites *simples*, qui n'ont pas la personnalité civile et ne sont pas nécessairement commerciales ; elles acquièrent ce caractère par l'inscription au registre du commerce.

6428. — Dans la société en nom collectif, tout associé a le droit d'examiner les livres; sauf stipulation contraire de l'acte de société, les bénéfices et les pertes sont partagés par tête, après attribution de 5 p. 0/0 d'intérêt sur les apports ; tout associé est tenu d'indemniser la société des pertes et dommages résultant de son imprudence ou de sa négligence : cette obligation subsiste pendant un an à dater de l'inventaire suivant; tous les associés sont tenus personnellement et solidairement des obligations sociales.

6429. — La dissolution peut avoir lieu, dans certains cas prévus, sur la demande d'un associé; elle est provoquée par la faillite de la société et, sauf stipulation contraire, par la mort d'un associé ou sa propre faillite. Les sociétés de commerce sont justiciables du tribunal de première instance du lieu où elles ont leur principal établissement.

6430. — La mention *société en commandite* doit figurer dans la raison sociale de toute société de ce genre; les associés commanditaires sont tenus personnellement envers les tiers qui n'auraient pas connu le fait que leur responsabilité se trouvait limitée.

6431. — II. *Sociétés par actions (anonymes).* — La loi sur les sociétés par actions (2e loi du 28 juin 1895) abolit le système de l'autorisation gouvernementale qui avait été établi par l'ordonnance du 6 oct. 1848 (*Ann. de dr. comm.*, 1897, p. 223 et 312). Le capital doit être d'au moins 1,000 couronnes (la couronne vaut 1 fr. 40 environ), l'action doit être de 10 couronnes au moins (50 si le capital dépasse 1,000 couronnes). Si le capital est variable, il doit être établi un maximum, et le minimum, soumis du reste à la règle précédente, ne pourra descendre au-dessous du tiers. La société n'acquiert son existence que du jour de l'enregistrement.

6432. — Les actions sont nominatives, sauf autorisation royale ; elles doivent être libérées dans les deux ans de l'enregistrement de la société ; les titres provisoires ne peuvent être que nominatifs. Les actionnaires qui n'ont pas effectué leurs versements un mois après avertissement sont déclarés déchus et le capital social est réduit en conséquence, mais ils restent responsables si la société est mise en faillite dans un délai de deux ans. Les fondateurs, au nombre de cinq au moins, doivent résider en Suède. La raison sociale doit être accompagnée des mots *société par actions*. Si le capital n'est pas couvert entièrement par les fondateurs, un exemplaire des statuts doit être déposé avant l'émission au siège du Gouvernement provincial.

6433. — Une assemblée générale, convoquée dans les délais fixés au prospectus d'émission, vérifie les versements effectués et approuve les statuts à la majorité du quart des actionnaires et du quart du capital *souscrit;* l'unanimité est nécessaire pour la modification des statuts. La société est alors enregistrée, avec dépôt de la signature des administrateurs désignés. L'augmentation du capital ne peut avoir lieu qu'après entière libération des premières actions et doit être publiée. La réduction du

capital par amortissement, si elle est prévue aux statuts, ne peut faire descendre le capital au-dessous du minimum fixé par la loi. Il en est ainsi de toute réduction pour une autre cause, et dans ce cas la réduction doit être autorisée par le tribunal, si tous les créanciers y consentent.

6434. — Un fonds de réserve est constitué par un prélèvement de 10 p. 0/0 sur les bénéfices annuels jusqu'à atteindre le dixième du capital et par les primes résultant d'émissions au dessus du pair.

6435. — Tout actionnaire a droit de vote, sauf sur une question où il a un intérêt opposé à celui de la société. Toute résolution ayant pour objet des modifications aux statuts doit pour être valable réunir l'unanimité ; à défaut, une deuxième assemblée est convoquée qui statue à la majorité des trois quarts du capital social et des votants s'il s'agit du changement de l'objet de la société ou d'émission d'actions privilégiées, à la majorité des deux tiers pour tous les autres changements.

6436. — L'assemblée ordinaire a lieu dans les huit mois de la clôture de l'exercice; l'ordre du jour est communiqué huit jours à l'avance. Un nombre d'actionnaires représentant un dixième du capital peut provoquer la réunion de l'assemblée; le même nombre peut demander une deuxième réunion à deux mois d'intervalle pour vérification des comptes.

6437. — Les administrateurs doivent, sauf autorisation spéciale du Roi, être suédois ou norvégiens résidant en Suède. Ils sont nommés pour cinq ans et révocables. La limitation de leurs pouvoirs n'est pas opposable aux tiers. Ils délibèrent entre eux à la majorité.

6438. — Le bilan et le rapport du conseil de surveillance doivent être déposés un mois avant l'assemblée. Les membres du conseil d'administration restent responsables deux ans après le dépôt du rapport, s'il y a fausse déclaration de leur part ou déclaration de faillite dans ce délai, même après avoir reçu décharge.

6439. — Les membres du conseil de surveillance sont nommés pour deux ans; ils restent responsables ensuite pendant le même délai de l'exécution de leur mandat.

6440. — La dissolution de la société est de droit en cas de faillite, si le capital est réduit au tiers ou les associés à moins de cinq, et si la société n'a pas de représentant inscrit au registre.

6441. — Les administrateurs procèdent à la liquidation ; à la raison sociale doivent être ajoutés les mots *en liquidation*. Les immeubles ne peuvent être vendus que par vente publique.

6442. — La liquidation ne peut être attaquée que dans l'année après la clôture.

6443. — Enfin, un registre des sociétés par actions est tenu à Stockholm : toute disposition, tout fait qui n'y ont pas été publiés sont réputés inconnus des tiers.

6444. — III. *Sociétés anonymes d'assurances.* — Elles font l'objet de la quatrième loi, qui les assimile aux sociétés par actions sous réserve de l'approbation du Roi.

6445. — IV. *Sociétés de banque par actions.* — La cinquième loi établit quelques dispositions spéciales relatives à l'enregistrement des sociétés de banque par actions au registre des sociétés par actions, qui doit être précédé de l'approbation des statuts par le Roi. Les sociétés de banque continuent à être régies par la loi du 19 nov. 1886 (V. *Ann. de lég. étr.*, 1887, p. 594).

6446. — Enfin une sixième loi du 28 juin 1895 a modifié partiellement la loi du 13 juill. 1887 sur le registre du commerce, les raisons de commerce et les procurations (V. *Ann. de législ. étr.*, 1888, p. 722 et 1894, p. 638).

§ 23. *Suisse.*

6447. — Les sociétés sont régies en Suisse par le Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (art. 524 à 719). Le [illegible] de société dans la législation suisse n'implique nullement l'idée d'un bénéfice à réaliser; aussi les articles en question traitent-ils successivement : des sociétés dites *simples*, c'est-à-dire sans caractères spéciaux et sans personnalité civile (art. 524 à 551; V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1460 et s.); des sociétés commerciales proprement dites : en nom collectif (art. 552 à 589), en commandite simple (art. 590 à 611), anonymes (art. 612 à 675), en commandite par actions (art. 676 et 677); des associations poursuivant un but économique ou commercial sans adopter l'une des formes précédentes (art. 678 à 715), des sociétés ayant un but [illegible] intellectuel ou moral (art. 716 à 719).

6448. — Toute société, à quelque catégorie qu'elle soit [illegible], pour acquérir la personnalité civile, doit être inscrite au registre des sociétés.

6449. — I. *Sociétés en nom collectif.* — Toute société de ce genre doit être inscrite comme telle au registre du commerce du lieu de son siège social [illegible] ; les associés [illegible] doivent déposer en même temps leurs signatures. Sauf dispositions spéciales, les rapports des associés entre eux sont les mêmes que dans la société simple (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1462 et s.). [illegible] être établis chaque année (art. 5[illegible]). Un associé ne peut, sans autorisation, faire pour son compte ou pour celui de tiers des affaires de la même nature que celle de la société, ni commanditer une entreprise analogue (art. 558). Sauf stipulation contraire inscrite au registre du commerce, les tiers sont fondés à admettre que chaque associé a le droit d'agir pour la société (art. 5[illegible]), et les pouvoirs de chaque associé-gérant sont illimités (art. 561). Les associés sont tenus solidairement de tous les engagements de la société, mais les créanciers sociaux doivent d'abord poursuivre cette dernière (art. 564); tout nouvel associé est tenu des dettes antérieures à son entrée (art. 565).

6450. — En cas de faillite, les créanciers sociaux sont privilégiés sur les biens de la société (art. 566); les associés eux-mêmes viennent avec les créanciers pour les créances qu'ils posséderaient en dehors de leurs apports (art. 567). Les créanciers personnels des associés ne peuvent, avant la liquidation, saisir que les intérêts, honoraires et bénéfices revenant à leur débiteur (art. 569), mais ils peuvent provoquer la dissolution après avertissement, à moins qu'ils ne soient désintéressés par les autres associés (art. 57[illegible]).

6451. — Les règles relatives à la dissolution des sociétés en nom collectif sont les mêmes que celles des sociétés simples (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 1480 et s.); mais, si elle est provoquée par une cause personnelle à l'un des associés, les autres peuvent, en le remboursant, continuer les affaires pour leur compte. La dissolution, ainsi que la retraite d'un associé doivent être inscrites au registre du commerce (art. 579). Le rôle de liquidateur appartient aux gérants, sauf dans le cas de faillite ou de décision contraire amiable ou judiciaire; les noms des liquidateurs non gérants doivent être inscrits au registre du commerce (art. 580). Les liquidateurs ne peuvent vendre les immeubles sociaux qu'aux enchères publiques (art. 582); les capitaux sans emploi peuvent être distribués aux associés avant la clôture des opérations (art. 583). Les actions pécuniaires personnelles contre un associé de la part des tiers se prescrivent par cinq ans à dater de la dissolution, ou de la retraite de l'associé, ou de l'exigibilité de la dette, à moins que l'associé en cause n'ait repris les affaires en son nom.

6452. — II. *Sociétés en commandite.* — Toute société de ce genre doit être inscrite comme telle au registre des sociétés du lieu de son siège social; la demande d'inscription doit être signée même par les commanditaires; les associés responsables solidairement doivent déposer en même temps leurs signatures (art. 592). Les rapports des associés entre eux ainsi que leurs pouvoirs et leur responsabilité sont les mêmes que dans la société en nom collectif, sauf que les commanditaires n'ont aucune part à la gestion et que leur responsabilité est limitée aux apports qu'ils ont promis d'effectuer. Toutefois, les commanditaires sont personnellement responsables des actes qu'ils auraient accomplis avant l'inscription de la société (art. 599); le sont également ceux dont le nom figurerait dans la raison sociale (art. 600). La réduction de la commandite n'est opposable aux tiers que si elle a été inscrite au registre du commerce et dûment publiée (art. 604). Le commanditaire ne peut toucher d'intérêt que lorsque le capital de la commandite diminué par des pertes [illegible]. Tout nouveau commanditaire est tenu [illegible] commandite des obligations antérieures [illegible] de la société (art. 60[illegible]). Mêmes dispositions que pour la société en nom collectif [illegible] droits des créanciers [illegible] de l'associé, [illegible] commanditaire, et relativement à la liquidation de la société et à la prescription des actions contre les associés. — V. *suprà*, n. 6451.

6453. — III. *Sociétés anonymes.* — La société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale [illegible] par les noms des associés, dont le capital déterminé à l'avance est divisé en actions et dont les dettes ne sont garanties que par

l'avoir social, sans que les associés en soient tenus personnellement » (art. 612). Les actions sont indivisibles; elles sont au porteur ou nominatives (art. 614). La fondation de la société et les statuts doivent être constatés dans un acte authentique ou signé de tous les actionnaires; les souscriptions sont faites par une déclaration écrite se référant aux statuts (art. 615). Après la clôture de la souscription, sauf le cas où les statuts ont été signés de tous les actionnaires, une assemblée générale doit constater par acte authentique ou signé de tous les présents que le capital a été intégralement souscrit et que le cinquième au moins de chaque action a été versé (art. 618); elle a également à se prononcer sur l'approbation des avantages attribués aux fondateurs et pour les apports en nature; la majorité doit être du quart des actionnaires en nombre et du quart du capital social, chaque actionnaire représenté ayant une seule voix (art. 619). Les statuts doivent être déposés par les administrateurs aux mains du fonctionnaire préposé au registre du commerce et publiés par extraits (art. 621). De ce moment seulement la société acquiert la personnalité civile et peut délivrer ses actions (art. 623).

6454. — Les succursales doivent être inscrites également au registre du lieu où elles sont établies (art. 624), à la diligence de la direction desdites succursales. Toute modification aux statuts est soumise aux mêmes règles d'inscription et de publicité (art. 626); les résolutions relatives à l'extension de l'objet des opérations sociales ou à une fusion doivent en outre être adoptées par une assemblée comprenant au moins les deux tiers des actions et le tiers si une seconde convocation a dû être faite (art. 627). Les sociétés anonymes ne peuvent acquérir leurs propres actions qu'en vue d'un amortissement ou d'une réduction de capital décidés par l'assemblée générale, ou encore par suite d'une disposition des statuts ou pour obtenir paiement d'un capital appelé : dans les deux derniers cas lesdites actions doivent être revendues de suite (art. 628).

6455. — Les actionnaires ne peuvent jamais réclamer la restitution de leurs versements; en cas de dissolution, ils n'ont droit qu'à la part qui leur revient sur l'actif (art. 629). Il ne peut être prévu d'intérêts sur les actions que pour le temps nécessaire à la préparation de l'entreprise (art. 630); avant toute distribution de dividendes, le prélèvement prévu aux statuts pour les fonds de réserve doit être effectué (art. 631). Un actionnaire ne peut être déclaré déchu de ses droits faute du versement d'un capital appelé qu'après trois appels dûment publiés si les actions sont au porteur, ou trois avis par lettres recommandées si elles sont nominatives (art. 635).

6456. — Aucun titre provisoire ne peut être délivré avant le versement de 50 p. 0/0 de la valeur nominale des actions (art. 636).

6457. — Si les actions sont nominatives, le nom et la demeure de l'actionnaire doivent être inscrits sur le registre des actions de la société; le souscripteur originaire reste tenu dans tous les cas du montant de son titre non entièrement libéré s'il y a faillite dans l'année qui suit le transfert (art. 637). Toute publication officielle de la société doit indiquer le montant du capital réellement versé (art. 638).

6458. — Dans l'assemblée générale, toute action donne droit à une voix, mais le droit de vote des porteurs de plusieurs actions peut être limité (art. 640). Le bilan et le compte des profits et pertes doivent être à la disposition des actionnaires huit jours au moins avant l'assemblée (art. 641).

6459. — D'après l'art. 642, toute société anonyme comporte les organes suivants : assemblée générale, administrateur, contrôleur.

6460. — L'assemblée générale, pouvoir suprême de la société, est convoquée par les administrateurs ou les contrôleurs; c'est elle qui nomme ces deux catégories d'agents et à qui il appartient de modifier les statuts; elle délibère à la majorité absolue des voix sauf dispositions contraires. Un groupe d'actionnaires représentant le dixième du capital social peut provoquer sa réunion.

6461. — Les administrateurs doivent être actionnaires et sont nommés pour six ans; les premiers administrateurs peuvent être désignés par les statuts pour une durée de trois ans (art. 649). Il peut être nommé des directeurs par le conseil d'administration (art. 650). Toute personne autorisée à traiter pour la société doit déposer sa signature au registre du commerce (art. [illegible]); la société est tenue des actes accomplis dans la limite de leur mandat par ceux qui la représentent (art. 654). Les administrateurs doivent soumettre aux actionnaires le bilan annuel, dans lequel les immeubles, valeurs et marchandises ne doivent être comptés que pour leur prix d'acquisition, ou pour leur cours moyen dans le mois qui précède la date du bilan si ce cours est inférieur (art. 655-656).

6462. — Les administrateurs ne peuvent prendre part aux votes relatifs à la reddition des comptes et à la gestion. Si le capital vient à être réduit de moitié, les administrateurs doivent immédiatement convoquer l'assemblée; si l'actif vient à ne plus couvrir les dettes, ils doivent sans retard faire déclarer la faillite (art. 655). Les statuts doivent indiquer le nombre d'actions à déposer par les administrateurs en garantie de leur gestion (art. 656).

6463. — Les commissaires-vérificateurs, qui peuvent être pris en dehors de la société, ont pour mission de vérifier le bilan, les livres et la caisse; ils sont nommés pour cinq ans au plus, sauf les premiers contrôleurs qui sont nommés au plus pour un an (art. 659 à 663).

6464. — Sauf le cas de faillite, la dissolution doit être inscrite au registre du commerce et être publiée à trois reprises par les administrateurs, auxquels revient le rôle de liquidateurs, sauf décision contraire (art. 665 et 666). Les créanciers doivent être avisés par lettre recommandée; le montant des créances non réclamées ou litigieuses doit être déposé en justice; la répartition de l'actif entre les associés ne peut avoir lieu avant un an à dater de l'accomplissement des formalités de publicité (art. 667). Les livres de la société doivent être conservés pendant dix ans (art. 667).

6465. — Si une société est dissoute à raison de sa fusion avec une autre société anonyme, son actif doit être administré séparément jusqu'à ce que ses créanciers aient été payés ou aient reçu des sûretés (art. 669).

6466. — Les fondateurs de toute société anonyme sont responsables de tous leurs actes touchant la fondation en cas d'assertions mensongères de leur part; les administrateurs et contrôleurs sont responsables de tout dommage sciemment causé par leur négligence ou la violation de leurs devoirs; mais les tiers ne peuvent les poursuivre qu'après la mise en faillite de la société, à moins que leurs créances ne résultent de titres au porteur (art. 671 à 675).

6467. — IV. *Sociétés en commandite par actions.* — Mêmes règles que pour la société anonyme, sauf que la gérance appartient aux commandités, qui sont personnellement et solidairement responsables, mais envers les créanciers sociaux seulement, non envers la société (*Ann. de dr. comm.*, **1901, p. 102, jurispr.**); les commissaires-vérificateurs sont remplacés par un conseil de surveillance. La mort, la retraite ou l'incapacité juridique de tous les gérants entraine la dissolution (art. 676). — Toutefois, lorsque les parts des commanditaires sont déclarées intransmissibles, les règles à suivre sont celles des sociétés en commandite simple (art. 677).

6468. — V. *Des associations.* — Toute réunion de personnes qui, sans constituer une société commerciale proprement dite, poursuit un but économique ou financier commun doit, pour avoir droit à la personnalité civile, se faire inscrire au registre du commerce conformément aux dispositions du titre « des associations » (art. 678). Les statuts, signés par sept sociétaires au moins, doivent être déposés aux mains du fonctionnaire préposé au registre du lieu où est le siège social et publiés *in extenso* avec les noms des gérants (art. 679 à 681). Les modifications aux statuts doivent être déposées et publiées de même (art. 682). Les sociétaires ont le droit de se retirer (art. 684) ou peuvent être exclus (art. 685); de nouveaux sociétaires peuvent être admis, sauf disposition contraire des statuts (art. 683). La responsabilité des associés peut être limitée, à condition que cette disposition soit rendue publique (art. 688); dans le cas contraire, leur responsabilité est entière et solidaire (art. 689).

6469. — Cette responsabilité se prescrit par deux ans, à dater de son départ, pour le sociétaire exclu ou démissionnaire, ou à dater de la dissolution pour tous les autres associés (art. 691 et 692). Toute association doit avoir un ou plusieurs directeurs-gérants, associés ou non, qui la représentent sans restriction vis-à-vis des tiers. Un état des sociétaires doit être remis au fonctionnaire du registre, lorsque ceux-ci sont personnellement responsables : cet état est constamment tenu à jour (art. 702).

6470. — Si l'association a un [illegible], un bilan annuel

est établi (art. 703). Les directeurs doivent faire déclarer la faillite dès que l'actif ne suffit plus à couvrir les dettes (art. 704). Un comité de surveillance ou d'administration peut être adjoint aux directeurs (art. 705). L'assemblée générale est convoquée par la direction, le conseil, ou sur la réquisition du dixième des sociétaires; elle délibère à la majorité absolue, sauf disposition contraire, chaque sociétaire ayant une voix (art. 706-707).

6471. — La dissolution peut avoir lieu, outre les causes prévues aux statuts, par suite de faillite ou de décision judiciaire. L'ouverture de la faillite ou de la liquidation doit être inscrite au registre du commerce. Les créanciers une fois payés, l'actif est partagé par tête entre les sociétaires.

6472. — VI. *Compagnies de chemins de fer.* — Un projet de loi fédérale spéciale aux sociétés anonymes de chemins de fer a été présenté le 3 déc. 1894 et, adopté, est devenu la loi du 28 juin 1895 (*Ann. de dr. comm.*, 1895, p. 229; et 1896, p. 33 et 69). Cette loi ne s'applique qu'aux compagnies qui exploitent plus de cent kilomètres.

6473. — Afin d'empêcher que, grâce à des hommes de paille, on puisse tourner l'art. 640 du Code qui défend à un actionnaire d'avoir plus du cinquième des suffrages, le droit de vote dans les assemblées n'appartient plus qu'aux porteurs de titres nominatifs dont le transfert aux livres de la société date de six mois au moins (sauf le cas de transmission par héritage). De plus, interdiction est faite, avec pénalités rigoureuses, de diviser ses actions pour se faire représenter par plusieurs mandataires, et tout mandataire doit être lui-même porteur d'actions nominatives de la société.

6474. — Les titres au porteur peuvent être transformés en titres nominatifs sur la demande de leurs propriétaires, mais ils ne peuvent ensuite être rétablis au porteur.

6475. — Les quatre cinquièmes au moins des membres du conseil d'administration doivent être Suisses. Le conseil fédéral et les cantons intéressés nomment des administrateurs pris en dehors des actionnaires et absolument assimilés pour le reste à ceux élus par la société; le nombre des représentants cantonaux ne doit pas dépasser le tiers du conseil d'administration, et celui des représentants fédéraux et cantonaux réunis les deux cinquièmes. Les principaux emplois, tels que ceux de directeur, chef d'exploitation, ne peuvent être attribués à des étrangers qu'avec l'approbation du conseil fédéral.

6476. — Les délibérations, soit du conseil d'administration, soit de l'assemblée générale, doivent être transmises au conseil fédéral, qui peut les annuler, sauf recours à l'assemblée fédérale contre ses décisions.

6477. — Enfin un projet de loi a été présenté aux Chambres le 11 nov. 1895, qui modifierait la loi du 21 déc. 1883 sur les comptes des sociétés de chemins de fer, en rendant plus intime et plus étendu le contrôle de l'Etat.

§ 24. *Turquie.*

6478. — Une loi du 25 nov. 1887, en 14 articles, règle les conditions dans lesquelles les sociétés anonymes étrangères peuvent établir des agences et succursales en Turquie. L'autorisation préalable du Gouvernement impérial est nécessaire (art. 1), et la demande doit en être adressée au ministre du Commerce (art. 2), accompagnée d'une copie des statuts dûment légalisée par l'ambassade ou la légation dont relève la société (art. 3). Lorsque la société a obtenu l'autorisation, elle doit désigner un fondé de pouvoir et élire un domicile légal en Turquie (art. 6). Les agences déjà existantes ont été dispensées par la loi de demander l'autorisation, à condition de se faire inscrire au registre du commerce tenu au ministère du Commerce, et d'y inscrire les noms de leurs délégués et leur domicile légal (art. 7). Toute modification aux statuts doit être soumise au ministre du Commerce afin d'être autorisée (art. 9). Les autorisations ou refus d'autorisation seront portées à la connaissance de la société dans un délai de trois mois à partir de la demande (art. 8 et 9).

CHAPITRE II.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

SECTION I.

Critérium de la nationalité des sociétés

6479. — La question du critérium légal permettant de déterminer la nationalité des sociétés, et de différencier en cas de doute une société étrangère d'une société française est l'une des plus délicates de la matière. Parmi les systèmes proposés, il en est un que nous examinerons tout d'abord, c'est le système en vertu duquel la nationalité d'une société se déterminerait *d'après le lieu où l'acte constitutif a été dressé*. Un tel système serait un véritable encouragement à la fraude. Les fondateurs d'affaires véreuses n'auraient, pour échapper aux prescriptions gênantes de la loi du siège social, qu'à faire dresser leurs statuts dans un pays où les prescriptions légales sont plus souples, et pourraient ensuite impunément violer la loi territoriale. — Sur les dangers d'un tel système, V. Thaller, *Ann. de dr. commerc.*, 90.2.259; Weiss, *Dr. intern. privé*, p. 149; Pic, *De la faill. et de la liquid. judic. des soc. commerc., en droit internat. privé* (*Extr. du journ. du dr. intern. privé*, 1892, t. 1, p. 7).

6480. — Un second système décide que la nationalité des sociétés se détermine *par la nationalité des associés ou de la majorité d'entre eux*. Il est à remarquer tout d'abord que ce système ne peut convenir qu'aux sociétés de personnes. On ne concevrait pas son application aux *sociétés anonymes*, pures sociétés de capitaux, affranchies de tout *intuitus personæ*. — Lyon-Caen, *De la nationalité des sociétés par actions*, n. 7 (*J. des soc.*, 1880, p. 35); Pont, n. 1866; Weiss, p. 150; Chavegrin, note sous Paris, 4 nov. 1886, [S. 88.2.89, P. 88.1.472]; Cohendy, note sous Paris, 23 janv. 1889, [D. 90.2.1]; Pic, *op. cit.*, p. 8. — Sur la question de savoir si la nationalité des associés ne devrait pas cependant être prise en considération pour les *sociétés maritimes* (Arg., art. 12, loi du 11 juin 1845), V. Chavegrin, note précitée; Pic, *loc cit.*; Tissier, *Condit. des navires dans les rapp. internation.*, p. 120.

6481. — Jugé, conformément à ce principe, qu'une société fondée en Angleterre conformément aux stipulations des lois anglaises, et ayant son siège social dans ce pays, doit être considérée comme une société étrangère, sans qu'il y ait à se préoccuper, ni des agissements de cette société en France, où elle avait une succursale, ni de la nationalité de la majorité de ses administrateurs ou de ses actionnaires. — Paris, 23 janv. 1889, Sévrin, [S. 91.2.123, P. 91.1.695, D. 90.2.1]

6482. — Plus discutée est la question de savoir si, dans les sociétés *en nom collectif* tout au moins, la nationalité de la société ne doit pas dépendre de celle des associés. Jugé, en ce sens, que la société en nom collectif formée entre étrangers est étrangère, encore bien qu'elle soit établie en France, et que, par suite, l'exception *judicatum solvi* peut lui être opposée. — Trib. Seine, 26 mai 1884, Kilgour, [S. 88.2.89, P. 88.1.471] — *Sic*, Brocher, *Nouv. traité de dr. intern. privé*, t. 1, p. 193; Tissier, *op. cit.*

6483. — Mais cette décision est restée isolée et l'on s'accorde généralement à repousser ce système, qui d'une part est inconciliable avec le principe d'après lequel la société forme une personne morale indépendante des membres dont elle se compose, et qui d'autre part peut aboutir à des difficultés insolubles, dans tous les cas où tous les associés ne sont pas de même nationalité. — Trib. Nancy, 16 avr. 1883, Grafton et Cie, [S. 88.2.89, P. 88.1.471] — *Sic*, Lyon-Caen, *loc. cit.*; Chavegrin, note précitée; Cohendy, note précitée, Pic, *loc. cit.*; Renault, *Rev. crit.*, 1885, p. 604.

6484. — L'opinion la plus générale, et selon nous la plus juridique, considère qu'une société commerciale, constituant une personne juridique indépendante, un être moral absolument distinct de la personnalité de ses associés, doit avoir une nationalité propre, qui se détermine, non pas par la nationalité des associés ou de la majorité d'entre eux, mais par le lieu de son *domicile légal* ou *principal établissement* (C. civ., art. 102). — Cass., 20 juin 1870, Soc. du débarcadère de Cadix, [S. 70.1.373, P. 70.971, D. 70.1.416]; — 29 mars 1898, Soc. des charbonnages du Poirier, [S. et P. 1901.1.70, D. 99.1.595] — Paris, 23 janv. 1889, précité. — Trib. comm. Le Havre, 3 sept. 1874, Wachter et Cie, en note sous Paris, 4 nov. 1886, Corty, [S. 88.2.89, P. 88.1.471]; — Trib. Nancy, 16 avr. 1883, Grafton et Cie, précité. — *Sic*, Asser et Rivier, *Elém. de dr. intern. privé*, p. 197, n. 1; Bard, *Précis de dr. intern. privé*, n. 208; Boistel, n. 396 *ter*; Chavegrin, note précitée; Cohendy, note précitée; Chervet, *Des soc. commerc. en dr. intern. privé*, p. 124; Deloison, t. 1, n. 164; Gerbaut, *Compét. des trib. franç. à l'égard des étrang.*, n. 345; Houpin, t. 2, n. 1223; Lyon-Caen, note sous Cass., 4 mars 1885, S. 85.1.169, P. 85.1.393], et *National. des soc. par act.* (*J. des soc.*, 1880, p. 32); Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1165; Pic,

op. cit., p. 10, et note, [D. 1904.1.225]; Pont, t. 2, n. 1856; Rousseau, t. 2, n. 3333; Ruben de Couder, v° *Soc. étr.*, n. 1, et *Suppl.*, *eod. verb.*, n. 14; Weiss, *J. des soc.*, 1885, p. 429. — V. aussi Arminjon, *National. des pers. morales* (*Rev. de dr. intern. et de lég. comp.*, 1902). — V. aussi la série des rapports présentés aux congrès internationaux des *sociétés par actions*.

6485. — Spécialement, la société en nom collectif, établie en France entre des étrangers, est française et non étrangère; elle jouit, par là même, du privilège accordée par l'art. 14, C. civ., aux Français, de faire citer les étrangers devant le tribunal de leur résidence. — Trib. comm. Le Havre, 3 sept. 1874, précité.

6486. — De même, la société en nom collectif formée en France entre un étranger et un Français et qui a son siège social en France est française, et ne peut, dès lors, être tenue de fournir la caution *judicatum solvi* dans une instance par elle introduite contre un Français. — Trib. Nancy, 16 avr. 1883, précité.

6487. — Ainsi donc, la nationalité des sociétés dépend de leur domicile. Mais la difficulté n'est que déplacée; et une nouvelle controverse surgit lorsqu'il s'agit de déterminer où se trouve le véritable domicile d'une société. Nous avons indiqué déjà les doutes qui s'élèvent à cet égard en droit interne, au sujet du tribunal compétent *ratione personæ* (V. *suprà*, 5865). Mais la question est particulièrement délicate lorsque, de la détermination du domicile dépend, non seulement l'indication du tribunal compétent, mais celle de la nationalité de la société, et conséquemment du statut applicable.

6488. — D'après un premier système, admis par un certain nombre d'auteurs, les sociétés devraient être considérées comme étant domiciliées au lieu où elles ont le siège, le centre de leur exploitation commerciale ou industrielle, et comme ayant de plein droit, nonobstant toute manifestation de volonté contraire des fondateurs, la nationalité du pays où se trouve ce centre d'exploitation. — *Sic*, Lyon-Caen, *Condition des sociétés étrangères en France*, p. 35; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1167; Asser et Rivier, *op. cit.*; Boistel, n. 396 *ter*; Gerbaut, *loc. cit.*; Surville et Arthuys, *Dr. int. pr.*, p. 456; Weiss, *Tr. de dr. int. pr.*, t. 2, p. 419. — V. aussi Douai, 9 août 1882, Deliod de la Croix, [S. 84.2.26, P. 84.1.197]

6489. — Mais d'après un second système, qui prévaut en jurisprudence et tend aussi à prévaloir en doctrine, le domicile social, *attributif de nationalité*, est *au lieu où la société a fixé son siège social*. — Cass., 20 juin 1870, précité; — 29 mars 1898, précité. — Paris, 23 janv. 1889, précité. — *Sic*, Chervet, *op. cit.*, p. 124; Cohendy, note sous [D. 90.2.1]; Deloison, t. 1, n. 164; Lefèvre, *J. de dr. int. pr.*, 1882, p. 403; Pic, *op. cit.*, p. 13, et note précitée; Pipi, *Cond. lég. des soc. étrang. en France*, p. 166; Pont, t. 2, n. 1856; Thaller, n. 764, et *Ann. de dr. comm.*, 1890, t. 2, n. 257; Vavasseur, *J. de dr. int. pr.*, 1875, p. 345; Vincent et Pénaud, *Dict. de dr. int. pr.*, v° *Sociétés*, n. 5. — V. aussi Leven, *De la nationalité des sociétés et de ses effets juridiques*; Méplain, *Les sociétés étrangères en France*.

6490. — Ce système peut invoquer un double argument, un argument juridique, un argument d'intérêt public. Un argument juridique d'abord. Sans doute, les textes ne fournissent sur la question aucun éclaircissement, puisque la question est précisément de savoir si le *principal établissement* de la société dans le sens de l'art. 102, C. civ., se confond avec le siège social ou avec le centre d'exploitation (V. *suprà*, n. 5869 et s.). Mais l'interprétation favorable au siège social est la plus juridique, attendu que c'est au siège social que se trouve le nœud vital en quelque sorte de l'organisation sociale, puisque c'est là que la direction est exercée et que se décident les opérations sociales. Le système adverse, sous prétexte de remédier à des fraudes que le droit commun permet d'atteindre (car le siège social dont il s'agit doit être réel et non fictif, V. *infrà*, n. 6497), aboutit à ce résultat singulier de soustraire à l'application des lois françaises et au contrôle de nos tribunaux, des sociétés constituées en France avec des capitaux français, en vue d'exploiter à l'étranger telle ou telle branche d'industrie. — V. Thaller, *loc. cit.* — V. aussi Cohendy, note précitée; Deloison, *loc. cit.*; Chervet, *loc. cit.*

6491. — Le critérium du siège social n'est pas seulement le plus juridique, il est aussi le plus pratique. Il fournit en effet presque toujours une base solide de décision, tandis que celui du centre d'exploitation aboutit fréquemment à des complications presque insolubles. Ainsi que le fait remarquer M. Pic (*op. cit.*, p. 14), « même dans les hypothèses où l'exploitation aurait une connexité intime avec le sol (comp. minière, comp. de chemins de fer) ce critérium pourra se trouver en défaut s'il s'agit d'une société cosmopolite (*omnium*) constituée par exemple en vue de créer, dans divers Etats, des chemins de fer, des canalisations d'eau et de gaz, etc... A plus forte raison, le critérium du centre d'exploitation est-il insuffisant lorsque les opérations en vue desquelles la société a été constituée sont des opérations de pure spéculation (sociétés de banque ou d'assurances, par exemple), ne présentant avec le sol aucune connexité et susceptibles d'être simultanément entreprises en divers pays. L'importance respective des agences constituées en divers pays par une même société est un fait éminemment variable, qui ne saurait influer en aucune manière sur la nationalité de celle-ci ».

6492. — Jugé notamment, en ce sens, qu'une société civile, qui, bien que formée pour l'exploitation d'une mine en Belgique, a établi son siège, pour les relations entre associés, dans une ville de France, où chacun d'eux est obligé d'être domicilié, où doivent se tenir les assemblées générales, et où doit se constituer le tribunal arbitral appelé à statuer sur les différends entre la société et ses membres, est une société française et soumise aux lois françaises, quant aux effets juridiques du lien de droit formé entre les contractants, alors, d'ailleurs, que l'adoption du régime légal français a fait l'objet d'un article spécial des statuts, souverainement interprété en ce sens par les juges du fait. — Cass., 29 mars 1898, précité.

6493. — Il n'importe que le siège de la société ait été transféré en Belgique par une délibération de l'assemblée générale, cette délibération, protégée contre toute action en nullité par la prescription trentenaire, n'ayant pu avoir pour conséquence implicite l'abrogation de l'article des statuts portant adoption du régime légal français. — Même arrêt.

6494. — Si l'intention de considérer la société comme régie par les lois belges s'est manifestée pour la première fois lors de la convocation d'une assemblée générale ultérieure remontant à moins de trente ans, la prescription n'est pas acquise. — Même arrêt.

6495. — Dans ces conditions, la transformation de la société civile en société anonyme n'a pu être votée par la majorité des intéressés sur le fondement de la loi belge du 22 mai 1886, les pouvoirs de ladite assemblée générale devant être appréciés d'après les principes du droit français, lesquels ne permettaient pas à cette assemblée de porter atteinte aux bases essentielles du pacte social. — Même arrêt.

6496. — Jugé, également, qu'il appartient aux juges du fait de constater que, par un acte passé en France, une société en nom collectif à l'égard de deux associés, et en commandite simple à l'égard d'un troisième, a été formée entre ces trois personnes de nationalité étrangère, avec fixation du siège social à l'étranger, où elle avait son principal établissement, et que, dans ces circonstances, elle est une société étrangère. — Cass., 17 juin 1899, Ospina, [S. et P. 1900.1.339]

6497. — Le principe que la nationalité d'une société se détermine d'après la situation du siège social reçoit d'ailleurs exception en cas de fraude. Jugé, en ce sens, que si la nationalité d'une société dépend de son siège social et de son principal établissement, en quelque pays que se poursuivent les opérations dont s'alimente sa spéculation, c'est à la condition que ce siège social, effectif et sérieux, n'ait pas été transporté à l'étranger d'une manière purement fictive, dans le dessein d'échapper aux règles d'ordre public édictées par la loi française pour la création et le fonctionnement des sociétés. — Cass., 22 déc. 1896, Soc. dite *Construction limited*, [S. et P. 97.1.84, D. 97.1.159]; — 21 nov. 1889, Brunot de Rouvre, en sous-note sous cet arrêt. — Paris, 20 juin 1874, Soc. du Crédit foncier suisse, [D. 76.5.222] — Cons. fédéral de Berne, 20 janv. 1875, Soc. du Crédit foncier suisse, [D. 75.2.169] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1166; Vavasseur, t. 2, n. 951; Pic, p. 13; Houpin, t. 2, n. 1223; Deloison, t. 1, n. 164; Thaller, n. 765. — V. aussi, en matière de faillite, Cass., 29 avr. 1885, *The imperial land Cy of Marseille*, [S. 86.1.118, P. 86.1.260, D. 85.1.225]

6498. — Ainsi, est à bon droit considérée comme société française, et déclarée nulle pour inobservation des formes légales françaises, une prétendue société étrangère qui n'avait à l'étranger qu'un *siège nominal et fictif*, où jamais ne s'était trouvée centralisée son administration; qui n'entretenait à l'étranger qu'un secrétaire sans initiative, recevant les délibérations de

Paris où se réunissaient exclusivement les directeurs, qui n'avait aucun intérêt à l'étranger et n'y avait jamais exercé son activité ; et qui enfin n'avait imaginé l'apparence d'un siège social à l'étranger que pour soustraire la société aux formalités protectrices de la loi française. — Cass., 22 déc. 1896, précité.

Section II.

Des conflits de législation en matière de sociétés.

§ 1. *De la reconnaissance, en France, des sociétés étrangères.*

1° Sociétés étrangères en nom collectif ou en commandite simple.

6499. — L'existence légale de ces sociétés en France, régulièrement constituées par hypothèse suivant les lois de leur pays d'origine, n'a jamais été contestée. Ces sociétés sont en effet des sociétés de personnes, et comme telles, elles ont les mêmes droits en France que les personnes physiques étrangères. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1093 ; Pont, t. 2, n. 1857; Asser et Rivier n. 100, p. 198 ; Houpin, t. 2, n. 1231. — V. cependant Weiss, *Traité*, p. 142.

2° Sociétés anonymes étrangères.

6500. — Jusqu'à la loi du 30 mai 1857, l'Administration exigeait, pour que ces sociétés fussent admises à exercer leurs droits en France, qu'elles eussent obtenu au préalable l'autorisation du Gouvernement, qui était alors requise pour la constitution des sociétés anonymes françaises par l'art. 31, C. comm. Les tribunaux français, au contraire, n'avaient jamais refusé de reconnaître ces sociétés, et il ne semble même pas qu'on leur ait opposé une fin de non recevoir tirée du défaut de leur existence légale. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1085 ; Chervet, *loc. cit.*; Méplain, *loc. cit.* — V. aussi Bossert, *De la situation juridique en France des sociétés commerciales étrangeres*; Pineau, *Des sociétés commerciales en droit international privé*.

6501. — Mais la jurisprudence belge, en présence des dangers que faisait courir aux sociétés belges en France ce conflit de la jurisprudence et de la pratique administrative, se refuse à admettre les sociétés anonymes françaises à fonctionner en Belgique. C'est pour faire cesser cette situation, gravement préjudiciable aux intérêts français, que fut promulguée *la loi du 30 mai 1857*, dont les prescriptions sont encore actuellement en vigueur.

6502. — Aux termes de l'art. 1er de cette loi, les *sociétés anonymes belges* sont désormais reconnues en France, à la condition qu'elles aient été *préalablement autorisées* par le Gouvernement de leur pays. Cette dernière condition n'a plus de raison d'être depuis la loi belge du 1er mai 1873 qui, à l'instar de notre loi de 1867, a supprimé la nécessité de l'autorisation gouvernementale pour la constitution des sociétés anonymes. Il suffit donc, pour que les sociétés belges puissent fonctionner librement en France, qu'elles soient régulièrement constituées conformément au statut belge. — V. *suprà*, n. 6136 et s.

6503. — D'après l'art. 2 de la même loi, le Gouvernement français peut autoriser, dans les mêmes conditions, c'est-à-dire par décret rendu *collectivement* en Conseil d'Etat, au profit de toutes les sociétés anonymes d'un même pays, les sociétés anonymes de tous autres pays étrangers.

6504. — Les Etats dont les sociétés anonymes ont ainsi bénéficié, en France d'un décret collectif d'habilitation sont forts nombreux. Des autorisations ont été successivement accordées en cette forme : à la Turquie et à l'Egypte (D.D. 7 et 18 mai 1859) ; à la Sardaigne (Italie), D. 8 sept. 1860; au Luxembourg et au Portugal (D. 21 févr. 1861); à la Suisse (D. 11 mai 1861); à l'Espagne (D. 5 août 1861) ; à la Grèce (D. 9 nov. 1861) ; aux Pays-Bas (D. 24 juill. 1863) ; à la Russie (D. 25 févr. 1865) ; à la Prusse (D. 19 déc. 1866) ; à l'Autriche (D. 20 juin 1868) ; à la Suède et à la Norvège (D. 14 juin 1872); aux Etats-Unis d'Amérique (D. 6 août 1882).

6505. — L'objet propre de cette autorisation est de s'assurer non pas si telle ou telle société étrangère est sérieuse, mais si les sociétés de tel ou tel pays étranger, telles qu'elles sont réglementées par les lois de ce pays, sont susceptibles d'offrir des garanties à peu près équivalentes à celles fournies par la loi française. Ainsi s'explique le caractère collectif et global de l'autorisation accordée par un décret unique à toutes les sociétés anonymes d'un même pays.

6506. — Le Gouvernement ne pourrait même pas, en se fondant sur la loi de 1857, accorder à certaines sociétés étrangères une autorisation spéciale et individuelle; aucun texte ne lui confère ce pouvoir et les tribunaux seraient fondés à tenir une telle autorisation pour inopérante. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1099; Pont, t. 2, n. 1857; Houpin, t. 2, n. 1230; Ruben de Couder, v° *Soc. étrang.*, n. 17. — *Contrà*, [illegible] et Demangeat, t. 1, p. 623 ; Weiss, p. 156 ; Boistel, n. 303.

6507. — Par contre, rien n'empêcherait le Gouvernement d'exclure du bénéfice de l'autorisation certaines catégories de sociétés à raison de leur objet : par exemple les sociétés d'assurances sur la vie. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*

6508. — Cette autorisation, étant un acte unilatéral du Gouvernement français, peut d'ailleurs être révoquée dans la même forme que celle adoptée pour leur octroyer. — Mêmes auteurs.

6509. — A quelles conditions cette autorisation peut-elle être accordée? Il est certain que le Gouvernement aurait le droit d'autoriser les sociétés d'un pays étranger en France, alors même que les sociétés françaises similaires ne seraient pas reconnues dans ledit pays. La loi de 1857, en effet, n'a nullement subordonné à la condition de réciprocité la reconnaissance légale des sociétés étrangères en France. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1100 *bis*; Houpin, t. 2, n. 1230.

6510. — Mais est-il indispensable, pour que l'autorisation puisse être accordée, que les sociétés étrangères aient été au préalable autorisées par le Gouvernement de leur pays? L'affirmative semble, à première vue, résulter du texte de la loi, qui ne vise que les sociétés *ayant obtenu l'autorisation* du Gouvernement belge; on en a conclu, dans un premier système, aujourd'hui à peu près abandonné à raison des conséquences auxquelles il aboutissait, que les sociétés appartenant à un pays où l'autorisation gouvernementale n'est plus requise (or le régime de l'autorisation a disparu presque partout, sauf cependant en Autriche et en Russie (V. *suprà*, chap. 1), ne peuvent être habilitées en France par un simple décret; une loi seule aurait ce pouvoir. — Trib. comm. Seine, 14 oct. 1879, Cie *l'Etoile*, en sous-note sous Paris, 8 juill. 1881, Villary de Sajac, [S. 81.2.169, P. 81.1.937] — Trib. civ. Seine, 11 mars 1880, *J. des soc.*, 81.56 — *Sic*, Weiss, p. 162; Thaller, *J. des soc.*, 1881, p. 56.

6511. — A ce premier système, d'une rigueur excessive, fait antithèse une opinion diamétralement opposée, d'après laquelle, depuis la loi du 24 juill. 1867, les sociétés anonymes étrangères pourraient librement fonctionner en France sans avoir besoin d'être autorisées par le Gouvernement français. Cette autorisation se concevait à l'époque où les sociétés françaises devaient elles-mêmes être autorisées en vertu de l'art. 31, C. comm.; mais elle n'a plus de raison d'être depuis que l'autorisation exigée par le Code de commerce pour les sociétés françaises a été abrogée par la loi de 1867 (art. 21). — Paris, 8 juill. 1881, Villary de Sajac, [S. 81.2.169, P. 81.1.937. D. 82.2.201] — Lyon, 13 déc. 1889, [J. *Clunet*, 1892, p. 479] — *Sic*, Thaller, *op. cit.* (Cet auteur partait du premier système, et, le considérant comme pratiquement inacceptable, s'était finalement rallié à la thèse de l'abrogation de la loi de 1857); Pouillet, *La propriété industrielle* (1er août 1891, p. 102); Buchère, *J. du dr. int. privé*, 1882, p. 37.

6512. — Dans ce système, la loi du 30 mai 1857 ne subsisterait que pour les sociétés étrangères établies avant la promulgation de la loi du 24 juill. 1867, et pour les sociétés étrangères même constituées postérieurement qui, en raison de leur objet, devraient être autorisées, si elles étaient françaises, en vertu de l'art. 66 de la loi de 1867 (assur. sur la vie). — Paris, 8 juill. 1881, précité.

6513. — Spécialement, l'abolition du régime de l'autorisation préalable, pour les sociétés anonymes, en France et en Espagne, a eu pour conséquence de permettre aux sociétés anonymes françaises d'ester en justice en Espagne et aux sociétés espagnoles d'ester en France, à la seule condition d'être légalement constituées dans leur pays et sans avoir besoin de justifier d'un décret général d'admission. — Paris, 15 févr. 1882, Paganelli, [S. 84.2.214, P. 84.1.1131, D. 82.2.202]

6514. — Jugé, dans le même ordre d'idées, qu'une société légalement établie en France peut, par cela même, ester en justice en Belgique, sous la seule condition de réciprocité, aux termes de la loi belge du 14 mars 1855, correspondant à la loi

française du 30 mai 1857. — Bruxelles, 14 janv. 1857, sous Paris, 8 juill. 1881, précité.

6515. — Mais la jurisprudence de la Cour suprême française, suivie par la majorité des auteurs et la presque unanimité des cours d'appel, a rejeté ces deux systèmes absolus, et s'est arrêtée à une opinion transactionnelle, qui nous paraît la plus juridique, d'après laquelle, d'une part, la loi de 1857 n'aurait nullement été abrogée par la loi de 1867, et, d'autre part, ne nécessiterait point, pour son application, l'obtention préalable aujourd'hui impossible dans la plupart des Etats) d'une autorisation gouvernementale. — Cass., 7 nov. 1898, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 99.1.269, D. 1903.1.233 et la note de M. Pic]; — 28 avr. 1902 (Intérêt de la loi), Soc. des trains omnibus du Mans, [S. et P. 1904.1.9, et la note de M. Lévy, D. 1902.1.281, et les conclusions de M. le procureur général Baudoin] — Paris, 22 déc. 1892, Kratz-Boussac, [D. 93.2.157]; — 1er juill. 1893, sous Cass., 14 mai 1895, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 96.1.161, et la note de M. Lyon-Caen, D. 96.1. 249, et la note de M. Kœhler] — Rouen, 22 juill. 1896, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 97.2.115, D. 1903.1.237] — *Sic*, Arthuys, *Rev. crit.*, 1889, p. 589; Boistel, n. 303; Buchère, *J. du dr. int. privé*, 1882, p. 43; Despagnet, *Précis de dr. int. privé*, n. 69; Houpin, t. 2, n. 1231; Lescœur, *Législ. des soc. comm.*, n. 146; Lyon-Caen, *Condition légale des soc. étrang.*, n. 25, et notes sous Paris, 8 juill. 1881, [S. 81.2.169, P. 81.1.937], et sous Cass., 14 mai 1895, [S. et P. 96.1.161]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1104; Pont, t. 2, n. 1867; Pic, *Faill. des soc.*, p. 211, et note sous Cass., 7 nov. 1898, [D. 1903.1.233]; Rousseau, t. 2, n. 3343 et s.; Ruben de Couder, *v° cit.*, n. 15; Vavasseur, t. 2, n. 230; Weiss, *Traité*, t. 2, p. 432. — V. aussi Bossert, *op. cit.*, p. 67; Boullay, *Cond. jurid. des soc. étrang.*, p. 117; Leven, *op. cit.*, p. 138; L. Renault, *J. des soc.*, 1880, p. 152; Rateau, *Rev. crit.*, t. 2, p. 220.

6516. — Que la loi de 1857 n'ait pas été abrogée par la loi de 1867, c'est ce dont on ne saurait douter si l'on remarque que l'autorisation requise pour les sociétés étrangères par la loi de 1857 a un but tout autre que celui que poursuivait, pour les sociétés françaises, l'art. 37, C. comm. Cette dernière disposition présupposait une enquête individuelle et préalable sur l'entreprise; elle a été jugée superflue ou même dangereuse à cause des responsabilités morales qu'elle imposait à l'État et des illusions qu'elle pouvait faire naître dans le public. L'autorisation prévue par la loi de 1857, au contraire, a uniquement pour objet de s'assurer si les législations étrangères présentent des garanties analogues à celles de la loi française : son utilité étant restée la même depuis la loi de 1867; la suppression de l'une ne doit donc pas entraîner celle de l'autre. — Mêmes arrêts et auteurs.

6517. — Il ne paraît pas douteux non plus que cette autorisation collective du Gouvernement français puisse être accordée, même aux sociétés anonymes étrangères qui n'ont eu besoin d'aucune autorisation du Gouvernement de leur pays pour se constituer. Si la loi de 1857 parle de sociétés *autorisées* dans leur pays, c'est qu'à cette époque le système de l'autorisation préalable était usité presque universellement pour les sociétés de ce type. Ce régime ayant depuis lors été abrogé dans la plupart des pays et remplacé par un système de réglementation, réputé préférable, il est logique de décider que dorénavant le Gouvernement français pourra autoriser par décret les sociétés anonymes étrangères constituées régulièrement sous l'empire du régime nouveau, lequel ne comporte aucune autorisation. — Mêmes arrêts et auteurs. — V. spécialement Cass., 28 avr. 1902, précité. — V. aussi pour la Belgique, Bruxelles, 14 janv. 1857, en sous-note, sous Paris, 8 juill. 1881, Villary de Sajac, [S. 81. 1.17, P. 81.1.941 et la note de M. Lyon-Caen] et pour l'Italie : Gênes, 23 juill. 8186, Ballero, [S. 87.4.1, P. 87.2.1, et la note de M. Laisné]

6518. — Jugé, conformément aux règles précédentes, qu'une société anonyme établie dans le grand-duché de Bade ne peut poursuivre en France l'exécution de ses engagements qui y ont été passés par ses représentants, en l'absence d'un décret du Gouvernement français autorisant les sociétés de ce pays. — Paris, 22 déc. 1892, précité. — Sur la question connexe des sociétés françaises en Allemagne, et spécialement en Alsace-Lorraine, V. *infrà*.

6519. — L'autorisation nécessaire pour que les sociétés étrangères soient reconnues en France peut être accordée par un *traité diplomatique* passé entre la France et un pays étranger aussi bien que par un décret. Jugé, à cet égard, que les sociétés anonymes *anglaises*, qui sont reconnues en France par le traité franco-anglais du 30 avr. 1862, n'ont pas besoin, pour plaider devant les tribunaux français, d'avoir été, en outre, habilitées par un décret rendu en conformité de la loi de 1857 (art. 2). Cet article ne s'applique pas au cas où le chef de l'Etat juge à propos d'autoriser administrativement les sociétés étrangères à exercer leurs droits en France. — Cass., 19 mai 1863, Soc. anglo-franc. de Saint-Gaudens, [S. 63.1.353, P. 63.1022, D. 63.1. 218]; — 18 nov. 1876, Comp. Elias Howe, [S. 78.1.89, P. 78. 180] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1101; Houpin, t. 2, n. 1229.

6520. — Jugé même que l'art. 18 de la convention additionnelle franco-allemande du 11 déc. 1871 a eu pour effet de remettre en vigueur les traités qui existaient avant la guerre franco-allemande entre la France et certains Etats de la confédération germanique, et notamment les traités de commerce et de navigation des 4 mai et 9 juin 1865, dont le bénéfice avait été étendu à la Russie et à d'autres puissances européennes par le décret du 20 juin 1865. — Cass., 14 mai 1895, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 96.1.161, D. 96.1.249]; — 7 nov. 1898, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 99.1.269, D. 1903.1.233] — Rouen, 22 juill. 1896, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 97. 2.115] — *Sic*, Kœhler, note sous Cass., 14 mai 1895, [D. 96.1. 249] — Pic, note sous Cass., 7 nov. 1898, [D. 1903.1.233] — *Contrà*, Lyon-Caen, note sous Cass., 14 mai 1895, [S. et P. 96.1.161]

6521. — Ces traités reconnaissant aux sociétés commerciales des Etats contractants le droit d'ester en justice en France, une société anonyme allemande, et spécialement une société anonyme d'Alsace-Lorraine a le droit, tant en vertu de leurs dispositions qu'à raison de la clause de la nation la plus favorisée, écrite dans le traité de Francfort, d'ester en justice en France. — Mêmes arrêts.

6522. — Vainement on objecterait que, suivant les termes formels du protocole de la conférence de Francfort du 4 nov. 1871, le droit des sociétés d'Alsace-Lorraine devait être réglé par une entente diplomatique qui n'est jamais intervenue : cette déclaration n'ayant jamais été ratifiée ni publiée n'a pu exercer aucune influence sur la portée du traité de Francfort, ni par suite exclure du bénéfice des dispositions générales de l'art. 11 du traité, les sociétés commerciales d'Alsace-Lorraine. — Mêmes arrêts.

6523. — Mais la question de savoir si cette autorisation résulterait implicitement *du seul fait* de l'insertion dans un traité diplomatique de la *clause de la nation la plus favorisée* (clause figurant notamment dans le traité franco-suisse du 18 juill. 1828 ou dans le traité franco-allemand de 1871) est vivement controversée. — V. pour l'affirmative, Cass., 14 mai 1895, précité; — 7 nov. 1898, précité. — Rouen, 22 juill. 1896, précité. — Lyon, 13 déc. 1889 (*Propriété industr. de Berne*, 91.104). — *Sic*, Despagnet, n. 69; Kaufmann, *Des soc. anon. franç. en Als.-Lorraine* (*J. du dr. int. privé*, 82.129); Thaller, *Les comp. franç. d'assur. et le gouvern. d'Als.-Lorraine*, p. 36; Huvelin, *Les soc. étrang. et la clause de la nation la plus favorisée* (*Ann. de dr. commerc.*, 96.51); Kœhler, note précitée; Pic, note précitée; Pouillet, *La Propr. ind.*, 91.102; Weiss, t. 2, p. 441. — V. pour la négative, Cass., 1er août 1860, Caisse Franco-Suisse, [S. 60.1.865, P. 61. 101, D. 60.1.444] — Orléans, 10 mars et 19 mai 1860, Même partie, [S. et P. *ibid.*, D. 60.2.126] — Paris, 22 déc. 1892, précité; — 1er juill. 1893, sous Cass., 14 mai 1895, précité. — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1102; Lyon-Caen, note précitée; Surville, *Rev. crit.*, 96.232.

6524. — L'interprétation libérale du traité de Francfort, consacrée par la Cour de cassation et la majorité des cours d'appel et des auteurs français, n'a pas prévalu en Allemagne. Jugé en effet que la loi du 30 mai 1857 est restée applicable, après l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne, aux compagnies d'assurances françaises qui fonctionnent dans le pays. — Trib. d'appel Colmar, 12 déc. 1881, sous Trib. de l'Empire d'Allemagne, 14 avr. 1882, Comp. d'assur. terr. *le Phénix*, [S. 84.4.17, P. 84. 2.28, D. 83.2.9] — Sur le principe d'après lequel la législation du pays annexé reste en vigueur jusqu'à son abrogation ou son remplacement par la législation du pays annexant, V. *suprà*, v° *Annexion et démembrement de territoires*, n. 243 et s.

6525. — Ainsi ces compagnies, en l'absence d'une reconnaissance officielle de la part du Gouvernement allemand, n'ont

aucune existence légale en Alsace-Lorraine.. — Même jugement.

6526. — Vainement elles se prévaudraient pour faire reconnaître leur existence, soit d'un prétendu droit acquis antérieur à l'annexion, soit de la disposition du traité de paix franco-allemand du 10 mai 1871, portant que les sujets de l'un des pays jouissent, sur le territoire de l'autre, des avantages de la nation la plus favorisée. — Même jugement.

6527. — Cependant, ces compagnies ont conservé le droit d'agir en justice, non seulement à raison des contrats passés par elles avant 1871, mais encore à raison de ceux qu'elles ont pu conclure depuis 1871, par suite de la tolérance dont elles ont été l'objet; et ce droit n'a pu leur être enlevé par une décision de l'administration allemande, faisant défense aux sociétés d'assurances étrangères, non autorisées en Alsace-Lorraine, d'y continuer leurs opérations. — Trib. de l'Empire d'Allemagne, 14 avr. 1882, précité.

6527 *bis.* — En conséquence, une compagnie française peut agir, devant les tribunaux d'Alsace-Lorraine, en paiement des primes dues en exécution d'une police antérieurement conclue. — Même arrêt. — Sur les dispositions plus favorables des nouveaux Codes civil et de commerce allemand, en vigueur depuis le 1er janv. 1900 dans toute l'étendue de l'Empire, y compris le *Reichsland*, V. Keidel, *Le droit international privé dans le nouv. Code civ. allem.* (*Journ. du dr. int. pr.*, 1898, p. 867, 1899, p. 17 et 239); Pic, note précitée. — Sur les sociétés étrangères en droit allemand, V. aussi *suprà*, n. 6049.

6528. — La question délicate, soulevée par l'interprétation du traité de Francfort pour les sociétés allemandes, a cessé de se poser pour les sociétés *suisses*, le décret du 11 mai 1861, qui autorise ces sociétés à exercer leurs droits en France, ayant mis fin à la controverse qu'avait fait naître le traité de 1828. — Dijon, 19 mars 1868, Soc. de Bonnevie, [S. 68.2.333, P. 68.1231]

3° Sociétés étrangères en commandite par actions.

6529. — La question de savoir à quelles conditions les sociétés étrangères en commandite par actions ont une existence légale en France a donné lieu à plusieurs systèmes. On admet cependant, d'une manière unanime, que celles de ces sociétés qui, dans leur pays, sont soumises à une autorisation préalable de leur gouvernement, peuvent être autorisées par décret à exercer leurs droits en France. Cette autorisation leur est nécessaire et suffisante. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1106; Houpin, t. 2, n. 1231.

6530. — Mais il y a controverse relativement aux commandites par actions qui peuvent se constituer à l'étranger sans autorisation de leur Gouvernement. Les uns décident que ces sociétés ne peuvent avoir aucune existence en France; ils fondent leur opinion sur ce que la loi de 1857 ne visant pas ces sociétés, le Gouvernement français n'a pas le pouvoir de les autoriser, de telle sorte qu'il faudrait les laisser fonctionner librement en France, ce qui ne saurait être admis sans placer nos sociétés françaises similaires dans une véritable situation d'infériorité. — Weiss, *Traité élém.*, p. 166; Thaller, *J. des soc.*, 1881, p. 317.

6531. — La majorité des auteurs décide, au contraire, tout en reconnaissant les inconvénients pratiques du système, que les sociétés dont il s'agit doivent pouvoir librement fonctionner en France. Effectivement, avant la loi de 1857, la jurisprudence reconnaissait sans hésiter l'existence légale en France de toutes les sociétés étrangères en commandite par actions. Or la loi de 1857 n'a condamné cette jurisprudence que relativement aux commandites par actions soumises, à l'étranger, au régime de l'autorisation. Ne doit-on pas conclure logiquement à la liberté de fonctionnement de toutes les autres? — Lyon-Caen, *Cond. lég. des soc. étr.*, n. 26; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1106; Pont, t. 2, n. 1856; Vavasseur, t. 2, p. 181; Houpin, t. 2, n. 1231.

6532. — La meilleure solution ne serait-elle pas, ici encore, dans une solution transactionnelle analogue à celle qui a prévalu pour les sociétés anonymes (V. *suprà*, n. 6515)? Si la loi de 1857, en parlant des sociétés étrangères autorisées par leur Gouvernement, a voulu simplement marquer par cette expression que les sociétés dont il s'agit devaient être régulièrement constituées dans leur pays, n'est-il pas logique de dire que les commandites par actions, comme les sociétés anonymes, pourront fonctionner en France avec l'autorisation du Gouvernement français, sans qu'il y ait lieu de rechercher si elles appartiennent ou non à un Etat qui a maintenu le régime de l'autorisation?

§ 2. Situation juridique des sociétés étrangères reconnues en France.

1° Droit [illegible] en France.

6533. — Les sociétés étrangères reconnues peuvent, d'après les art. 1 et 2 cbn. de la loi de 1857, exercer tous leurs droits et ester en justice en France. Cette formule ne doit pas être prise à la lettre. Elle signifie simplement que ces sociétés ont les mêmes droits que les étrangers de même nationalité, avec les restrictions que ces droits comportent, notamment au point de vue de la faculté d'ester en justice.

6534. — Ainsi le principe en vertu duquel les tribunaux français sont incompétents, en matière personnelle et mobilière, pour connaître des contestations entre étrangers, est également applicable aux sociétés étrangères. Le droit qu'elles tiennent de la loi de 1857, ou des traités internationaux, les laisse soumises aux règles générales de compétence. — Cass., 17 juill. 1877, Comp. London Chatam, [S. 77.1.449, P. 77.1198, [D. 78.1.366] — Paris, 8 avr. 1865, Heutgen, [S. 65.2.210, P. 65.918] — Pau, 2 févr. 1870, Rey, [S. 70.2.139, P. 70.579, D. 70.2.10] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1116. — V. aussi Gerbaut, *op. cit.* — Sur la compétence des tribunaux français au regard des étrangers, V. *suprà*, v° *Etranger*, n. 605 et s.

6535. — Il importe peu que le débat s'agite entre des sociétés anglaises (Comp. de chemin de fer): le traité franco-anglais de 1862 n'ayant point modifié à cet égard les règles normales de la compétence. — Cass., 17 juill. 1877, précité.

6536. — D'autre part, les sociétés étrangères peuvent être actionnées par les Français devant les tribunaux de France, conformément à l'art. 14, C. civ., sans qu'il y ait à distinguer suivant que ces sociétés ont ou n'ont pas de succursale en France. — Lyon-Caen, *Cond. des soc. étr.*, n. 37; Pic, *Faill. des soc.*, p. 216.

6537. — Une agence importante d'une société étrangère doit être considérée comme une résidence. — Cass., 4 mars 1885, Banque ottomane, [S. 85.1.169, P. 85.1.393, D. 85.1.353] — Nîmes, 31 juill. 1885, Même partie, [S. 85.2.180, P. 85.1.993] — *Sic*, Lyon-Caen, note sous Cass., 4 mars 1885, [S. 85.1.169, P. 85.1.393]; Houpin, t. 2, n. 1239. — V. *suprà*, n. 5875 et s.

6538. — Dès lors, l'exception d'incompétence, qui est opposée à la demande formée par un Français devant le tribunal du domicile du demandeur contre une société étrangère ayant en France une agence importante, ne pourrait être repoussée par le motif que, en droit, pour un être moral, tel qu'une société, il ne peut y avoir de résidence distincte du domicile. — Cass., 4 mars 1885, précité.

6539. — Spécialement, le Français qui veut intenter une demande contre une société étrangère ayant en France une succursale importante, doit porter sa demande non devant le tribunal de son propre domicile, mais devant le tribunal du lieu de la succursale, considérée comme résidence légale de la société en France. — Même arrêt.

6540. — Mais un Français qui poursuit une société étrangère n'est pas tenu d'assigner cette société devant le tribunal d'une succursale qu'elle aurait en France, si l'action n'est pas née du fonctionnement de cette succursale; il peut l'assigner régulièrement devant le tribunal de son propre domicile. — Aix, 16 janv. 1883, Banque impér. ottomane, [S. 84.2.180, P. 84.1.910, D. 85.1.353, sous Cass., 4 mars 1885] — Limoges, 29 juin 1885, Chem. de fer du Nord de l'Espagne, [S. 87.2.81, P. 87.1.458, D. 85 2.265] — Sur le droit pour le Français actionnaire ou créancier d'une société étrangère, de renoncer au bénéfice de l'art. 14, C. civ., V. *suprà*, v° *Etranger*.

6541. — Enfin les sociétés étrangères reconnues en France peuvent agir comme demanderesses contre un Français devant les tribunaux de France; mais elles sont tenues, comme tout autre étranger demandeur contre un Français, de fournir la caution *judicatum solvi*, conformément à l'art. 16, C. civ., modifié par la loi du 5 mars 1895 (V. *suprà*, v° *Caution judicatum solvi*). En fait, l'adhésion d'un grand nombre d'Etats, parmi lesquels la France, aux conventions de La Haye de 1896-97 sur le droit international privé, conventions qui suppriment cette

caution dans les rapports des puissances signataires, a simplement atténué la portée du principe.

2° Du statut applicable aux sociétés étrangères.

6542. — Quel est le statut applicable aux sociétés étrangères? Dans quelle mesure, en d'autres termes, sont-elles tenues de respecter les lois françaises? L'art. 1er de la loi de 1857 portant que ces sociétés peuvent exercer leurs droits en France *en se conformant aux lois françaises*, certains auteurs en ont conclu que ces sociétés devaient observer les règles que prescrivent les lois françaises, soit quant à leur constitution, soit quant à leur fonctionnement. — Ameline, *Rev. prat.*, t. 24, p. 428; Mathieu et Bourguignat, n. 128 et 146.

6543. — Mais cette doctrine est aujourd'hui abandonnée. Les sociétés dont il s'agit se sont déjà conformées dans leur pays aux prescriptions de leurs lois nationales : il serait impossible de les soumettre à d'autres lois qui peuvent être différentes, contradictoires même, d'autant plus que ces sociétés sont souvent appelées à étendre leurs opérations à plusieurs pays dont les lois peuvent ne pas concorder. La formule de la loi de 1857 signifie simplement que les lois françaises s'appliquent aux sociétés étrangères dans la mesure où elles sont applicables aux étrangers d'après le principe posé en l'art. 3, c'est-à-dire *en tant que lois réelles et d'ordre public*. A tous autres égards, ces sociétés restent soumises à leur *statut personnel*, c'est-à-dire à leur loi nationale; cette loi les suit en quelque sorte sur le territoire français. — Cass., 1er août 1860, Caisse franco-suisse, [S. 60.1.865, P. 61.101, D. 60.1.444]; — 17 juill. 1899, Ospina, [S. et P. 1900.1.339, D. 1901.1.225, et la note de M. Pic] — Dijon, 19 mars 1868, Soc. de Bonnevie, [S. 68.2.333, P. 68.1231] — *Sic*, Boistel, n. 396 *bis*; Buchère, *Valeurs mobil.*, n. 510; Houpin, t. 2, n. 1234; Lescœur, n. 159; Lyon-Caen, *Cond. lég. des soc. étr.*, n. 39 et note sous Lyon, 7 janv. 1881, [S. 81.2.2, P. 81.1.193]; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1117; Pont, t. 2, n. 1880; Vavasseur, t. 2, n. 930; Ruben de Couder, v° *cit.*, n. 23 et *Suppl.*, n. 1.

6544. — ... D'où il suit, tout d'abord, que les sociétés étrangères sont soumises, pour la validité de leur constitution, même au regard d'actionnaires français, à la législation du pays où elles ont été fondées, si ce n'est quant aux dispositions qui seraient contraires à nos principes d'ordre public; le décret des 17-21 mai 1862 n'assujettit, en effet, les sociétés étrangères qu'aux lois françaises de procédure et de compétence lorsque ces sociétés veulent plaider en France. — Cass., 16 juin 1885, Rogès, [S. 85.1.251, P. 85.1.647, D. 86.1.153] — Paris, 7 mai 1870, sous Cass., 14 juill. 1872, Remy, [S. 72.1.321, P. 72.846, D. 72.1.244] — Lyon-Caen, *Soc. étrang.*, n. 41 et s.; Vavasseur, *Soc. par actions*, n. 377-380.

6545. — En conséquence, les actions émises par une société étrangère sont négociables en France dès qu'elles peuvent être négociées dans son pays, les conditions de négociabilité des actions d'une société étant intimement liées à celles de sa constitution. — Lyon, 7 janv. 1881, Gaudin-Crozier, [S. 81.2.25, P. 81.1.193, D. 81.2.153]

6546. — Spécialement ne sont pas nulles les négociations d'actions et de promesses d'actions de sociétés anglaises, alors même qu'elles ont été faites avant le versement du quart, si le versement du cinquième a eu lieu conformément à la loi anglaise. — Même arrêt.

6547. — Au reste, les juges du fond n'ont pas à examiner le point de savoir si, d'après la loi du pays où la société a été constituée, les actions pouvaient se négocier avant la constitution de cette société, et, notamment, avant le versement du quart, quand ils n'y ont pas été provoqués par des conclusions formelles prises à cet effet. — Cass., 16 juin 1885, précité.

6548. — Jugé de même, que le syndic de la faillite d'une société constituée en Savoie, avant l'annexion et sous l'empire de la loi sarde, n'est pas recevable à demander la nullité de cette société pour défaut de publicité et alors que les créanciers ont connu l'existence de cette société et qu'ils sont ainsi déchus, d'après la loi sarde, du droit de se prévaloir de ladite nullité. — Cass., 8 juill. 1868, Syndic Domingo, [D. 68.1.480]

6549. — ... Qu'est valable la clause d'un acte de société (anglaise dans l'espèce) qui donne à la société le droit de vendre les actions des souscripteurs en retard de verser leur mise et de s'approprier l'intégralité du prix, fût-il supérieur à la somme due par l'actionnaire. — Cass., 14 févr. 1872, précité.

6550. — ... Que les liquidateurs de cette société, nommés, soit en Angleterre, soit en France, à raison des intérêts français engagés dans la société et pour agir conjointement avec les liquidateurs anglais, ne peuvent adresser d'appel de fonds aux actionnaires sans s'être conformés aux prescriptions de la loi anglaise. — Paris, 23 janv. 1889, Févrin, [S. 91.2.123, P. 91.1.695, D. 90.2.1]

6551. — La même solution doit être proposée en ce qui concerne les modifications aux statuts : ces modifications ne seront valables qu'autant qu'elles auront été adoptées dans les conditions prescrites par la loi étrangère. C'est ainsi que les modifications apportées par l'assemblée générale des actionnaires aux statuts d'une société anonyme fondée et fonctionnant en Savoie sous l'empire de la loi sarde, ne sont valables qu'à la condition d'avoir été approuvées comme les statuts par le souverain, alors que ces modifications ont porté sur les bases essentielles de la société. — Chambéry, 25 juill. 1889, sous Cass., 3 avr. 1892, Soc. anon. du cercle d'Aix-les-Bains, [S. et P. 93.1.33 et la note de M. Meynial, D. 93.1.273]

6552. — Pareillement, les tribunaux du pays auquel appartient une société étrangère sont seuls compétents pour en prononcer la nullité. — Paris, 12 mai 1881, [*J. Clunet*, 82.317] — Cass. belge, 12 nov. 1888, [*J. des soc.*, 89 117] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1118 *ter*; Houpin, t. 2, n. 1235.

6553. — C'est également la loi étrangère qui détermine, soit les organes de fonctionnement de la société, et les pouvoirs qui leur sont dévolus, soit les causes de dissolution. — Chambéry, 1er déc. 1866, Chem. de fer Victor-Emmanuel, [S. 7.2.182, P. 67.702, D. 66.2.246]

6554. — De même encore, c'est à la loi étrangère qu'il appartient de décider si une société étrangère doit ou non être considérée comme une personne morale et quelles sont les conséquences de cette personnalité. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1125; Asser et Rivier, n. 100; Houpin, t. 2, n. 1236.

6555. — Par contre, les lois françaises s'appliquent aux sociétés étrangères, comme aux étrangers ordinaires, en tant qu'elles constituent des lois réelles ou des lois d'ordre public. C'est ainsi que les immeubles possédés par des sociétés étrangères sont régis par les lois françaises, que les impôts auxquels sont soumises les sociétés françaises frappent également les sociétés étrangères, sans préjudice des règles spéciales concernant la circulation en France des titres étrangers. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 578 et s., et *infrà*, v° *Valeurs mobilières*.

6556. — C'est ainsi, encore, que les sociétés étrangères qui ont un objet illicite ne sauraient être admises à exercer leurs droits en France. Tel serait le cas, par exemple, d'une société de jeux. — V. *suprà*, v° *Jeu et pari*, n. 740.

6557. — Sur la question de savoir si les formalités de publicité prescrites par la loi française (V. *suprà*, n. 106 et s.) doivent être remplies dans le cas où la société étrangère a des succursales en France, il y a doute, la loi de 1867 ayant, à la différence de la presque unanimité des lois étrangeres, négligé de se prononcer sur ce point essentiel. Les uns estiment que ces formalités, touchant à l'ordre public, doivent être imposées, dans l'intérêt des tiers qui traitent avec elle, à toute société étrangère possédant en France un établissement permanent : succursale ou agence. — Cohendy et Darras, *Code de comm. annoté*, 1re append., loi de 1867, n. 73.

6558. — Mais la plupart des auteurs estiment, au contraire, qu'en l'absence de texte, ces sociétés, qui, par hypothèse, ont satisfait aux prescriptions de leur loi nationale concernant la publicité, ne sauraient en outre, être obligées de faire les publications prescrites par les art. 55 et s., de la loi de 1867. — Pont, t. 2, n. 1879; Lyon-Caen, *Soc. étrang.*, n. 45; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1120; Houpin, t. 2, n. 1237.

6559. — En tout cas, les publications selon la loi française ne sauraient être exigées des sociétés étrangères qui se borneraient à agir devant les tribunaux français, ou à faire quelques opérations accidentelles en France sans y posséder aucune succursale. On se trouverait en effet, en pareil cas, dans l'impossibilité de déterminer le lieu où devraient être accomplies les formalités légales. — Mêmes auteurs.

6560. — Même controverse en ce qui concerne les pénalités spéciales, édictées en matière de sociétés par les art. 13 et s. de la loi de 1867. Certains auteurs distinguent entre les pénalités qui se rattachent à la constitution et au fonctionnement même de la société, et celles qui en sont indépendantes; en conséquence,

l'art. 15 s'appliquerait indifféremment aux sociétés françaises et étrangères, tandis que les art. 13 et 14 de la loi de 1867 ne s'appliqueraient qu'aux sociétés françaises. — Vavasseur, t. 2, n. 940; Pont, t. 2, n. 1880. — Sur ces pénalités, V. *suprà*, n. 4065 et s., 4530 et s., 5033 et s.

6561. — Mais cette distinction, assez arbitraire, est avec raison repoussée par la jurisprudence. D'une part, les pénalités sont de droit étroit; d'autre part, les peines établies en matière de sociétés présentent toutes un lien de connexité plus ou moins étroit avec leur constitution ou leur fonctionnement, de telle sorte que le même statut doit les régir toutes. Le principe étant admis, il semble impossible, à défaut de textes, d'étendre aux sociétés étrangères, constituées sous l'empire d'une loi étrangère et soumises le cas échéant aux pénalités qu'elle édicte, les dispositions répressives des art. 13 et s. Ce n'est qu'autant qu'un délit de droit commun, tel que le délit d'escroquerie, aurait été commis en France par les fondateurs, administrateurs ou gérants de la société étrangère ; et la répression d'un tel délit tomberait sous l'application des lois françaises. — Cass., 16 juin 1885, Rogès, [S. 85.1.251, P. 85.1.647, D. 86.1.153] — Paris, 15 juin 1872, Paradis, [S. 72.2.96, P. 72.471, D. 72.2.164] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1121.

6562. — Jugé spécialement, à cet égard, que les dispositions de la loi française qui punissent les distributions de dividendes fictifs ne sont pas applicables aux sociétés anglaises. — Paris, 22 févr. 1866, [*Gaz. des trib.*, 9 mars 1866]

6563. — En ce qui concerne la négociation en Bourse des valeurs émises par des personnes morales étrangères (Etats, établissements publics, sociétés), et les décrets qui la régissent (Décr. 6 févr. 1880, etc.), ainsi que le régime fiscal des sociétés étrangères, V. *suprà*, v° *Société* (*en général*), et *infrà*, v° *Valeurs mobilières*.

6564. — On s'est demandé si les dispositions de la loi française qui réglementent le compromis et interdisent la clause compromissoire (C. civ., art. 1020) devaient être considérées comme des dispositions d'ordre public, applicables même aux sociétés étrangères. C'est la négative qui a prévalu. Jugé, en ce sens, qu'il appartient aux juges du fait de constater que, aux termes d'un article des statuts, les trois associés sont convenus de faire juger leurs différends par des arbitres constitués facultativement, soit en France, soit à l'étranger, mais que, dans tous les cas, ils ont entendu, aussi bien en France qu'à l'étranger, être régis par la loi étrangère, à laquelle ils se sont référés pour la constitution de l'arbitrage, les délais et les formalités de la sentence; à cet égard, l'appréciation de la volonté des parties échappe à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 17 juill. 1899, Ospina, [S. et P. 1900.1.339, D. 1904.1.225, et la note de M. Pic]

6565. — Et, une telle convention n'ayant rien de contraire à ordre public, les juges saisis refusent valablement d'appliquer à la cause les prescriptions de la loi française. — Cass., 17 juill. 1899, précité. — V. aussi Cass., 28 déc. 1892, Venturini, [S. et P. 96.1.211, D. 95.1.81, et la note de M. Pic] — Weiss, *Traité élém. de dr. int. priv.*, p. 257; Duguit, *Des conflits de législ. relat. à la forme des actes civils*.

§ 3. *Situation juridique des sociétés étrangères non reconnues en France.*

6566. — La loi de 1857 n'avant pas cessé d'être en vigueur, il s'ensuit nécessairement que les sociétés anonymes étrangères appartenant à des Etats au bénéfice desquels n'est intervenu aucun décret général d'autorisation du Gouvernement français, et qui ne pourraient se prévaloir, d'autre part, d'aucun traité diplomatique susceptible de produire les mêmes effets qu'un décret, sont dépourvues en France de toute existence légale. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1132; Gerbaut, p. 216; Pic, *Faill. des soc.*, p. 222; Kœhler, note sous Cass., 14 mai 1895, [D. 96.1.249]; Pont, t. 2, n. 1870. — V. cependant, en sens contraire : Maillard, *Ann. de la propr. ind.*, 1891, p. 231 ; Pouillet, *La propr. ind. de Berne*, 1er août 1891 ; Alauzet, t. 1, n. 631.

6567. — En conséquence, ces sociétés sont irrecevables à agir devant les tribunaux français comme demanderesses, alors même qu'elles appartiendraient à des pays qui auraient passé avec la France des traités assurant à leurs sujets le droit d'agir en justice devant nos tribunaux : ces traités ne visent que les individus et non les personnes morales étrangères. — Cass., 1er août 1860, Caisse franco-suisse, [S. 60.1.865, P. 61.101, D. 60.1.444] — Orléans, 10 mars et 19 mai 1860, Caisse franco-suisse, [S. et P. *Ibid.*, en note, D. 60.2.126] — Aix, 17 janv. 1861, Beaucourt, [S. 61.2.335, P. 61.875, D. 61.2.177] — Paris, 15 mai 1863, Chem. de fer russes, [S. 63.1.352, en sous-note sous Cass., 9 déc. 1862, P. 63.1022, D. 63.1.219] ; — 22 déc. 1892, Kratz-Boussac, [D. 93.2.157] ; — 1er juil. 1893, sous Cass., 14 mai 1895, Banque d'Alsace-Lorraine, [S. et P. 96.2.161, D. 96.1.249]

6568. — Mais ces sociétés, bien que non reconnues en France, n'en existent pas moins comme sociétés de fait, et peuvent par conséquent figurer en justice comme défenderesses, soit à une poursuite individuelle, soit à une demande en déclaration de faillite. — Cass., 19 mai 1863, Soc. anglo-française de Saint-Gaudens, [S. 63.1.353, P. 63.1022, D. 63.1.218]; — 14 nov. 1864, Trône, [S. 65.1.135, P. 65.290] — Rouen, 23 nov. 1863, Picquot, [S. 63.2.268] — Amiens, 2 mars 1865, Trône, [S. 65.2.210, P. 65.919, D. 65.2.105] — Paris, 9 mai 1865, *Ibid.*]; — 23 nov. 1895 (motifs), Soc. The Valencia and Nord Eastern of Spain Railway, [D. 97.2.497] — Trib. civ. Seine, 11 mars 1880, [*J. Clunet*, 80.195] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 1, § 54, p. 188 ; Lyon-Caen, *Soc. étrang.*, p. 121 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1135 ; Pont, t. 2, n. 1873 ; Pic, *Faill. des soc.*, p. 222, et *Faill. et liquid. jud. des soc. en dr. intern.*, p. 25; Weiss, *Traité élém.*, p. 170 ; Surville et Arthuys, p. 500 ; Brocher, t. 3, p. 210 ; Kœhler, note précitée; Lesage, *De la compét. et des confl. des lois relativement aux soc. comm. étrang.*, p. 32; Travers, *L'unité de la faill. en dr. internat.*, p. 177. — V. en sens contraire, Aix, 17 janv. 1861, précité. — Paris, 15 déc. 1863, précité ; — 15 mars 1872, [*J. Clunet*, 74.127] — Chambéry, 1er déc. 1866, Chem. de fer Victor-Emmanuel, [S. 67.2.182, P. 67.702, D. 66.2.246] — V. Belloc, *Rev. prat.*, t. 17, p. 90.

6569. — Effectivement, les tiers qui traitent avec une société de fait ont toujours le droit de la considérer comme régulière en tant que leur intérêt l'exige (Arg., art. 7, loi de 1867). Il est inadmissible que l'on puisse retourner contre les Français, auxquels nos lois civiles ont pour principe de faire une situation privilégiée (Arg., art. 14, C. civ.), les mesures de protection établies dans leur intérêt, et leur interdire de demander compte à une société étrangère des agissements frauduleux ou suspects de celle-ci, sous le prétexte que cette société n'aurait pas d'existence légale en France. — Mêmes arrêts et auteurs.

Section III.

Condition des sociétés françaises à l'étranger. Projets de réforme

6570. — La condition des sociétés françaises dans les différents pays étrangers est déterminée par les dispositions législatives en vigueur dans chacun de ces Etats au regard des sociétés étrangères en général, ou par les traités pouvant exister entre ces pays et la France. Ces lois ayant été analysées pour chacun des pays dont nous avons fait connaître la législation, quelques observations sommaires suffiront ici.

6571. — D'une manière générale, les Etats étrangers ont renoncé au système de l'autorisation collective, pratiqué en France depuis la loi de 1857. Ce système n'existe guère qu'en Grèce (L. 10 août 1861), dans le Luxembourg (L. 17 nov. 1860), et en Alsace-Lorraine où la loi de 1857 serait toujours en vigueur d'après les tribunaux allemands, sauf à examiner si cette loi n'est pas devenue inconciliable avec les principes généraux des nouveaux Codes civil et de commerce allemands (V. *suprà*, n. 6523 et s.). L'Italie et la Belgique ont renoncé au système français.

6572. — Le système de l'autorisation particulière et individuelle prévaut encore, pour les sociétés étrangères comme pour les sociétés indigènes, en Russie, en Autriche, en Turquie (sauf certaines exceptions. — V. L. russe 9 sept. 1863; L. autrich. 27 juin 1878; Règlem. turc 25 nov. 1887. — V. *suprà*, n. 6106, 6406, 6478.

6573. — Mais la tendance générale des législations les plus récentes est d'établir une distinction essentielle entre les sociétés étrangères qui se bornent à faire certaines affaires dans le pays sans y avoir de succursale, et celles qui veulent y établir une succursale ou agence. Les premières peuvent librement contracter et ester en justice à raison des contrats par elles passés, sauf la nécessité pour elles de se conformer à certaines prescriptions plus ou moins rigoureuses, au sujet de la circulation de leurs titres, sauf aussi l'établissement d'un contrôle parfois très-rigoureux sur les opérations des sociétés d'assurances sur la vie

6574. — Les secondes doivent, soit obtenir une autorisation préalable pour l'établissement de leurs succursales ou agences, soit tout au moins satisfaire, préalablement à ces créations, à certaines conditions de publicité (L. belge de 1873, art. 130; italienne, C. comm., art. 228; allemande, C. comm., art. 179, etc.).

6575. — Les rédacteurs du projet français de 1903 sur les *sociétés étrangères par actions* se sont manifestement inspirés des prescriptions du dernier groupe de législations. Le projet tient pour valables les opérations faites en France par une société étrangère par actions, autrement que par le concours d'une succursale (par correspondance, par exemple), à la seule condition que cette société soit régulièrement constituée dans son pays d'origine (statut personnel).

6576. — Au contraire, les sociétés étrangères ne sont admises à établir en France de succursales que si elles peuvent se prévaloir soit d'un décret général d'autorisation du Gouvernement français, soit d'un traité diplomatique. — V. chron. des *Annal. de dr. comm.*, 1903, p. 303.

6577. — De plus, toute création de succursale est assujettie à une certaine publicité en France (déclaration au greffe du tribunal de commerce de la situation de la succursale et publication d'un extrait dans un journal d'annonces, sans préjudice de la publication intégrale des statuts sociaux au bulletin annexe du *Journal officiel*). — Sur ces bulletins annexes, V. *suprà*, n. 118 et s., chap. 3.

6578. — L'ouverture d'une succursale hors des cas autorisés, ou le commencement des opérations avant l'accomplissement des formes de publicité sont sanctionnés par la nullité des opérations, la fermeture par ordre de justice, et certaines pénalités pécuniaires contre les directeurs ou agents.

6579. — Le projet, d'ailleurs, ne définit pas la succursale, laissant aux tribunaux le soin de résoudre dans chaque espèce les difficultés qui pourront s'élever à cet égard. — V. aussi *infrà*, v° *Valeurs mobilières*. — Sur le régime projeté des sociétés d'assurances étrangères, V. *infrà*, v° *Sociétés d'assurances*.

SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES OU A CAPITAL VARIABLE.

Législation.

L. 24 juill. 1867 (*sur les sociétés*), tit. 3, art. 48 et s., 62; — L. 1er sept. 1875 (*ayant pour objet de déclarer que les dispositions de la loi du 29 juin 1872 ne sont pas applicables aux sociétés de commerce en nom collectif, ni aux associés-gérants des sociétés en commandite, ni aux sociétés dites de coopération*); — Décr. 4 juin 1888 (*fixant les conditions exigées des sociétés d'ouvriers français pour pouvoir soumissionner les travaux ou fournitures faisant l'objet des adjudications de l'Etat*); — L. 29 juill. 1893 (*qui admet les associations ouvrières françaises aux marchés de travaux et de fournitures à passer pour le compte des communes*); — L. 1er août 1893 (*portant modification de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés par actions*), art. 6; — L. 5 nov. 1894 (*relative à la création de sociétés de crédit agricole*); — L. 30 nov. 1894 (*relative aux habitations à bon marché*); — L. 31 mars 1896 (*modifiant l'art. 11 et complétant l'art. 5, L. 30 nov. 1894, sur les habitations à bon marché*); — L. 17 déc. 1897 (*portant prorogation du privilège de la Banque de France*); — L. 31 mars 1899 (*ayant pour but l'institution de caisses régionales de crédit agricole mutuel et les encouragements à leur donner, ainsi qu'aux sociétés et aux banques locales de crédit agricole mutuel*); — L. 25 déc. 1900 (*modifiant la loi du 31 mars 1899, ayant pour but l'institution de caisses régionales de crédit agricole mutuel et les encouragements à leur donner*); — L. 30 déc. 1903 (*portant fixation du budget général des recettes et dépenses de l'exercice 1904*), art. 21.

Bibliographie.

I. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 1879, 3e éd., 8 vol. in-8°, t. 2, n. 779 et s.; — *Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*, 1879, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 779 et s. — Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 1901, 5e éd., 5 vol. gr. in-8°, v° *Sociétés par actions*, n. 511 et s. — André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Société commerciale*, n. 85 et s. — Arnault, *Rapport de la commission extraparlementaire du 14 févr. 1887, à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés*, 1887, 1 vol. in-8°, p. 104. — Boistel, *Manuel de droit commercial*, 1899, 3e éd., 1 vol. in-8°, p. 207 et s.; — *Précis de droit commercial*, 1884, 1 vol. in-8°, n. 330 et s. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Manuel du droit commercial*, 1868, 7e éd., n. 126 et s. — Cauwès, *Cours d'économie politique*, 1892, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 3, p. 293 et s. — Clerc, *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, 1896-1903, 2 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 4992 et s. — Cohendy et Darras, *Code de commerce annoté*, 2 vol. in-8°, t. 1, et 1er fasc. du t. 2, parus, sur les art. 48 et s., L. 24 juill. 1867, p. 254. — Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1882, 2 vol. in-8°, n. 522 et s. — Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, 1875, 6e éd., 2 vol. gr. in-8°, v° *Société*, n. 131, 142, 397, 503, 579, 1324 et s., 1553, 1554. — Floucaud-Pénardille, *Les sociétés par actions. Traité pratique*, 1899, 2 vol. in-8°, p. 349. — Houpin, *Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 1901, 3e éd., 2 vol. gr. in-8°, n. 964 et s. — Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 1901, 6e éd., 1 vol. in-8°, n. 296; — *Traité de droit commercial*, 1889-1903, 3e éd., 8 vol. in-8° parus, t. 2, n. 1030 et s. — Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 3, n. 1986 *bis*. — Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les sociétés des 22-29 juill. 1867*, 1868, 1 vol. in-8°, n. 264 et s., 322 et s. — Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle, Les lois ouvrières*, 1903, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 1339 et s., 1370 et s. — Rambaud, *Eléments d'économie politique*, 1895, 1 vol. in-8°, p. 141 et s., 360 et s., 601, 672 et s. — Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juill. 1867 sur les sociétés*, 1868, 1 vol. in-8°, n. 313 et s.; — *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, 1882, 8e éd., 1 vol. in-8°, p. 128 et s. — Rogron, *Code de commerce expliqué*, 1892, 14e éd., 1 vol. in-18, sur les art. 48 et s., L. 24 juill. 1867. — Rosse (R.), *Manuel pratique et juridique du commerçant*, 1891, 1 vol. in-8°, n. 124 et s. — Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1902, 2 vol. in-8°, n. 2942 et s. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, 1877-1881, 3e éd., 6 vol. in-8°, et *Suppl.*, 1897-1898, 2 vol. in-8°, v° *Société à capital variable*. — Vavasseur, *Sociétés, syndicats, associations devant la justice*, 1900, 2e éd., 2 vol. in-8°, passim; — *Un projet de loi sur les sociétés*, 1876, in-8°, n. 959 et s.

II. Coopération en général. — Bertrand, *La coopération*. — Cabouat, *Syndicats et coopératives*, 1901. — Coutard (E.), *La production coopérative par les associations ouvrières*, 1900. — Dandé-Bancel, *Le coopératisme dans les écoles socialistes*. — Dupont (A.), *Projet de loi sur les sociétés coopératives de production, de crédit et de consommation*, 1895. — Duseigneur (M.), *Des corporations à Rome; des sociétés coopératives*, 1886. — Flotard, *Le mouvement coopératif à Lyon et dans le midi de la France*. — Gabriel, *Les sociétés coopératives et la réforme législative*, 1896. — Gallet (E.), *Projet de loi sur les sociétés coopératives et sur le contrat de participation aux bénéfices*, 1895. — Gruner (E.), *La coopération, son domaine et ses limites* (*Rapport*), 1891, in-8°. — Hubert-Valleroux, *Les associations coopératives en France et à l'étranger*, 1884, 1 vol. in-8°; — *Les diverses législations de l'Europe concernant les sociétés coopératives*, 1891, 1 vol. in-8°. — Peignot (E.), *De la coopération et de son avenir*, 1895. — Rozy, *Etude sur les sociétés coopératives et leur constitution légale*, 1866, 1 vol. in-8°.

Almanach de la coopération française (douze années parues). — *Le mouvement coopératif et la loi française* (d'Indy) : Le Correspondant, 1868. — *Des associations coopératives de consommation* (Antony Roulliet) : Le Correspondant, 1876, p. 550. — *Les sociétés coopératives* (Hubert-Valleroux) : Le Correspondant, 1884, p. 66. — *Les syndicats agricoles et les sociétés coopératives* (le comte de Rocquigny) : Le Correspondant, 1892, p. 61. — *La coopération agricole à l'étranger* (le comte de Rocquigny) : Le Correspondant, 1896, p. 565. — *Les coopératives socialistes* (Hubert-Valleroux) : Le Correspondant, 1898, p. 934 et 1087. — *Etude sur les lois relatives aux associations coopératives en France et dans les principaux Etats étrangers* (Hubert-Valleroux) : Bull. de la soc. de législ. comp., t. 20, p. 245 et s., 305 et s. — *Les sociétés coopératives en Angleterre* : L'Economiste français, 1885, t. 1, p. 296 et s. — *Les sociétés coopératives et l'Etat* (Arthur Mangin) : L'Economiste français. 1885, t. 1,

p. 613 et s. — *Où en est le mouvement coopératif* (Hubert-Valleroux) : L'Écon. franç., 23-30 août 1902. — *Les coopératives de consommation* (Fougerousse) : Le Globe, 1er févr. 1889. — *Concurrence et coopération* (Gide) : Musée social, 1899, p. 97. — *Coopération et mutualité* (Cheysson) : Réforme sociale, 1er déc. 1900. — *Le mouvement coopératif dans les dix dernières années* (Gide) : Rev. d'écon. polit., 1893, p. 1 et s. — *De la coopération et des transformations qu'elle est appelée à réaliser dans l'ordre économique* (Gide) : Rev. d'écon. polit., 1889, p. 473. — *Les premières associations coopératives en Grèce vers la fin du XVIIIe siècle et au commencement du XIXe siècle* (Rochetin, Eugène) : Rev. polit. et parl., 1899, t. 19, p. 91 et s. — Les associations ouvrières de production en France. Leur développement (Jules Mathorez) : Rev. polit. et parlement., 1899, t. 19, p. 570 et s. — *Les subventions communales aux coopératives* (M. Iweius) : Rev. polit. et parlement., 1901, t. 30, p. 336. — *Le mouvement coopératif en France* (Paoli) : Rev. soc., 1896. — *L'évolution du principe coopératif dans l'œuvre d'Urgo Rabbeno* (Fenicia) : Réforme sociale, févr. 1900.

III. Sociétés coopératives de consommation. — Brelay (E.), *La coopération.* — Clavel et Soria, *Guide pour l'organisation et l'administration des sociétés coopératives de consommation.* — Gide, *Les sociétés coopératives de consommation*, 1904. — Lecaisne (M.), *Etude juridique sur les coopératives de consommation*, 1899, 2e éd., 1 vol. in-18. — Mabilleau, *Rapport sur la classe 107* (*Sociétés de consommation*) *à l'Exposition de 1900.* — Nast, *Rapport au comité central de l'Union coopérative « sur la situation qui serait faite aux coopératives de consommation si on leur appliquait la patente ».* — Surcouf, *Les sociétés coopératives de consommation en France*, 1891. — Trémerel (G.), *Des sociétés coopératives de consommation à l'étranger et en France*, 1894. — *Comptes rendus des Congrès des sociétés coopératives de consommation.*

L'Union coopérative. Organe du comité central de l'Union coopérative des sociétés françaises de consommation, bi-mensuel; — *La forme juridique des coopératives de consommation* (Hayem) : Quest. pratiques de législ. ouvrière, janv. et févr. 1904.

IV. Sociétés coopératives de production. — Fontaine, *Rapport général de l'Exposition de 1900, classe 103.* — Guyétant, *Traité sur les fromageries de la Franche-Comté*, 1870, 1 vol. in-16. — Du Marousseau, *Les charpentiers de Paris.*

L'association ouvrière. Organe hebdomadaire de propagande coopérative et d'éducation sociale; — *Les associations professionnelles ouvrières* (publication de l'Office du travail); — *La verrerie ouvrière d'Albi* (De Seilhac) : Musée social, oct.-nov. 1900. — *Associations ouvrières de production* (Blancheville) : Rev. d'écon. pol., mai 1899. — *Les associations ouvrières de production* (Gide) : Rev. d'écon. pol., 1900, p. 1 et s. — *Associations ouvrières de production* (Mathorez) : Rev. polit. et parlem., 1899, t. 19, p. 570.

V. aussi *suprà*, v° *Association agricole.*

V. Sociétés coopératives de crédit populaire agricole. — Desloges, *Epargne et crédit populaire en France et à l'étranger*, 1900. — Durand (L.), *Des sociétés coopératives de crédit agricole*, 1900. — Georges, *Les caisses Raiffeisen*, 1898. — Rayneri, *Manuel des banques populaires.* — Souchon, *La propriété paysanne.*

Bulletin de l'Union des caisses rurales. — *Bulletin du crédit populaire* (centre fédératif, Menton).

V. aussi *suprà*, v° *Crédit agricole.*

Les banques coopératives Schulze-Delitzch et Raiffeisen (Rochetin) : Le Monde économique, 24 mars 1900. — *Solidarité dans le crédit* (P. de Besse) : Réf. soc., 1892, t. 1, p. 316. — *Le crédit populaire par le socialisme et l'association libre* (Rostand) : Réf. soc., 1893, t. 1, p. 813. — *L'acclimatation du crédit populaire en France* (Dufourmantelle) : Réf. soc., 16 nov. 1898. — *La coopération de crédit confessionnelle, erreur et danger du système* (Rostand) : Rev. de Paris, 1er févr. 1898.

VI. Sociétés coopératives de construction. — E. Cauthern, *Le logement de l'ouvrier.*

Publications de la société française des habitations à bon marché. — *Les habitations ouvrières* (Moindrot) : Quest. prat., 1901, p. 389; 1902, p. 40.

V. aussi *suprà*, v° *Habitations à bon marché.*

VII. Législation comparée et [illegible]. — Angleterre. — Chiousse, *Huit jours chez les coopérateurs anglais*, 1903. — Holyoake, *Histoire de la coopération à Rochdale.* — Vigano, *Histoire des pionniers de Rochdale.* — *La coopération en Angleterre* (d'après les travaux de S. Webb.) : Quest. prat. de lég. ouvrière, 1900, p. 304. — *Le mouvement coopératif en Angleterre* (Schultze-Gœvernitz) : Rev. d'écon. polit., août 1891.

Allemagne. — Blondel et Brouilhet, *Etude sur les populations rurales de l'Allemagne*, 1898. — Dr Lorenzoni, *La cooperazione agraria nella Germania moderna*, Trente, 1902. — Marteau, *Les banques populaires en Allemagne.* — *Les associations coopératives en Allemagne* (Raffalovich) : L'écon. fr., 25 oct. 1902. — *Les sociétés coopératives en Allemagne* (Dr Hans Crüger) : Rev. d'écon. pol. sept. 1892.

Belgique. — Bertrand, *Histoire de la coopération en Belgique*, 2 vol. — Gaget, *Etude sur le mouvement coopératif en Belgique*, 1901; — *Le Vooruit de Gand* : Musée soc., 1899. — *La maison du peuple de Bruxelles* (Gaget) : Quest. prat., 1900, p. 337. — *Le mouvement coopératif en Belgique et ses résultats* : Rev. d'écon. polit., août-sept. 1902. — *Les associations agricoles en Belgique* (Maze Sencier) : Rev. polit. et parlem., 10 janv. 1900.

Espagne et Portugal. — *Les sociétés coopératives en Espagne et en Portugal* (Piernas-Hourtad) : Rev. d'écon. polit., novembre 1892.

Italie. — Mabilleau, Rayneri et De Rocquigny, *Prévoyance sociale en Italie*, 1898. — *Le relèvement économique de l'Italie* (Mabilleau) : Ann. de la soc. d'écon. polit. de Lyon, 1899-1900. — *La coopération en Italie* (Wolff) : Economic journal, janv. 1902. — *Le mouvement coopératif en Italie* (Menghelli) : Rev. d'écon. polit., août 1892. — *Les sociétés coopératives en Italie* (Sbrogavacca) : Rev. d'écon. polit., décembre 1892.

Pays-Bas. — *Les coopératives hollandaises* (Hayem) : Rev. d'écon. polit., mars 1903. — *Sociétés coopératives, Pays-Bas* : J. du dr. int. priv., t. 4, p. 198.

Suisse. — *Les sociétés coopératives en Suisse* (Cernesson) : Rev. populaire d'écon. sociale, août-sept. 1902.

Les congrès internationaux. — *Comptes rendus du congrès de l'alliance coopérative internationale* (5e congrès) : Musée social. — *Congrès international de crédit populaire*, Paris, 1900. — Mütschler, *Le congrès coopératif de Hambourg* (Mouvement socialiste, 17 mai 1902). — De Seilhac, *L'alliance coopérative internationale* (*congrès de Manchester*), *Questions pratiques de législation ouvrière*, février-mars 1903.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

LA COOPÉRATION AU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE ET SOCIAL.

1. — Le mot « société coopérative ou à capital variable » semblerait indiquer qu'il existe entre ces deux termes une synonymie absolue. En réalité, ainsi que nous l'établirons, la société à capital variable est moins un type distinct de société, qu'une *modalité* légale susceptible de s'adapter aux types de sociétés les plus variées, et par conséquent d'être utilisée en vue d'un objet autre que la fondation d'une véritable coopérative au sens rigoureux du mot. Seulement, comme, d'une part, les rédacteurs de la loi de 1867 ont eu manifestement en vue, en réglementant les sociétés dites à capital variable, d'encourager les coopératives, et qu'en fait les coopératives forment la très grande majorité des sociétés affectées de cette modalité, il y a tout avantage à traiter concurremment de la coopération et de la variabilité du capital.

2. — La réglementation contenue dans les art. 48-54 de la loi de 1867, édictée à une époque où l'on ne pouvait même pas prévoir les progrès rapides de la coopération, est, ainsi que nous le verrons, radicalement insuffisante. Non seulement elle manque de souplesse; mais elle ne fournit aucun critérium sûr pour résoudre plusieurs problèmes très-graves que les lois étrangères se sont appliquées à solutionner, notamment en ce qui concerne l'imposition à la patente. Après avoir exposé, dans leurs grandes lignes, les principales lois étrangères, en vue de remédier aux lacunes dont nous venons de parler, nous ferons connaître les projets de réforme soumis au Parlement français.

Section I.

De la coopération en général. — Ses caractères distinctifs. Ses formes principales

3. — La *coopération*, dans son acception la plus large, est une forme d'association tendant à la suppression des intermédiaires : suppression de l'intermédiaire commerçant ou détaillant dans l'association coopérative *de consommation*, de l'intermédiaire patron ou chef d'industrie dans la coopérative *de production*, de l'intermédiaire banquier dans la *coopérative de crédit*. — V. Gide, *La coopération, conférences de propagande*; Hubert-Valleroux, *Les associations coopératives en France et à l'étranger*; Bancel, *La coopération dans les écoles sociales*; Cauwès, *Traité d'économie politique*, t. 3, p. 293; Bertrand, *La coopération*; Pic, *Traité élém. de législation industrielle, Les lois ouvrières*, 2e éd., n. 1340.

4. — Les coopératives de consommation, de production et de crédit sont les types les plus usuels; mais il existe plusieurs autres formes de coopération. M. Bertrand, dans son étude précitée, ne distingue pas moins de neuf types de sociétés coopératives; 1° de consommation; 2° de production; 3° de crédit; 4° de commerçants; 5° de construction; 6° d'approvisionnement et de matières premières pour les artisans; 7° de vente et d'emmagasinement (même catégorie de personnes); 8° d'assurances; 9° coopératives agricoles.

5. — En réalité certaines des catégories ci-dessus se rattachent à l'un des trois premiers types : c'est ainsi que l'on peut rattacher aux sociétés de consommation ou même d'approvisionnement les sociétés d'achat de matières premières pour les artisans, les coopératives agricoles ayant pour objet l'achat de semences, engrais, outils aratoires. Quant aux sociétés de commerçants, elles ne constituent pas un type bien défini, les commerçants de détail pouvant recourir à la coopération, soit pour acheter certains produits destinés à la revente, soit pour diminuer leurs frais de magasinage, soit pour se procurer du crédit. D'ailleurs une même société peut réunir plusieurs types : elle peut être concurremment société de consommation et société de production, société de production et société de crédit. — Pic, *Traité*, p. 990, note 2.

6. — On pourrait aussi classer les coopératives, non d'après leur objet, mais d'après leurs tendances. M. Gide, notamment, dans son *Rapport général sur l'économie sociale à l'Exposition de 1900* (p. 142 et s.), établit une antithèse intéressante entre les coopératives que l'on pourrait qualifier de bourgeoises, dont l'objectif modeste est simplement d'améliorer le coût de la vie pour

les adhérents, et les coopératives à tendance socialiste qui, au lieu d'employer tous leurs bonis en répartitions individuelles, en consacrent une notable portion aux œuvres de solidarité sociale ou de propagande. — V. aussi Hayem, *La forme juridique des coopératives de consommation* (*Questions pratiques de législation ouvrière*, janv. et févr. 1904). — Passons en revue les principaux types de coopératives, en nous attachant uniquement à leur objet, abstraction faite de leurs tendances.

7. — *Sociétés coopératives de consommation.* — Il y a société coopérative de consommation toutes les fois que plusieurs personnes s'entendent pour pourvoir en commun à leurs besoins individuels, mieux et plus économiquement. Par exemple, s'il s'agit de pain, le but est de fournir du pain de meilleure qualité, à plus juste poids et à meilleur marché que ne peuvent le fournir les boulangers. — Ch. Gide, *Les sociétés coopératives de consommation.*

8. — Les règles économiques fondamentales et généralement admises des sociétés de consommation sont les suivantes : 1° vente au prix du détail, c'est-à-dire au prix courant de la localité ; 2° répartition des bénéfices au prorata des achats; 3° un seul vote par actionnaire suivant le principe du suffrage universel : un homme, un vote; 4° vente au comptant. — Il est d'autres règles moins généralement adoptées en pratique ; ce sont : 1° la vente au public; 2° l'admission des membres de la famille qui aurait pour avantage d'intéresser à la coopération les femmes, obligées de devenir actionnaires, le mari l'étant seul actuellement; 3° la participation des employés aux bénéfices.

9. — Toute association de consommation bien administrée a les plus grandes chances de prospérer : à salaire égal, l'ouvrier qui en fait partie vit mieux et à meilleur compte que l'ouvrier indépendant; soit que le magasin coopératif lui cède les marchandises au prix de revient, augmenté seulement des frais généraux, soit que le consommateur les achète au prix courant, puisqu'en ce dernier cas il touche à la clôture de l'exercice un dividende plus ou moins élevé, ou qu'il bénéficie de fondations prévoyantes, caisses de secours ou de retraites, alimentées par un prélèvement sur les bénéfices nets. — P. Pic, *op. cit.*, n. 1341.

10. — *Sociétés coopératives de production.* — La société coopérative de production est la mise en commun du capital et de la main-d'œuvre nécessaire en vue de la fabrication de produits déterminés (maçonnerie, charpente, serrurerie, instruments de précision, etc.); dans ce type de société, les qualités, généralement dissociées, de patron (individu ou société), d'actionnaires et d'ouvriers se confondent, chacun des associés coopérant à l'œuvre commune par son apport financier et par son travail personnel, et chacun d'eux courant les bonnes et mauvaises chances de l'entreprise commune.

11. — Ce type de coopérative se heurte à des obstacles beaucoup plus considérables que le précédent, l'industrie nécessitant, d'une part, un certain capital que les ouvriers associés réuniront malaisément si leur tentative ne se greffe pas sur une société de consommation préexistante, et d'autre part, des connaissances techniques et un esprit de discipline qui trop souvent feront défaut aux coopérateurs. Mais si l'objectif est moins accessible, le résultat, lorsque la coopération de production parvient à triompher des difficultés du début, peut avoir une haute portée sociale, puisqu'il permet à tous les travailleurs qu'elle réussit à grouper, de sortir de la classe des salariés et de s'élever au rang d'associés.

12. — *Sociétés coopératives de crédit.* — Les sociétés coopératives de *crédit mutuel et populaire* (*urbain* ou *agricole*) sont les auxiliaires naturels des coopératives de consommation ou de production. Isolés, le travailleur agricole ou l'ouvrier d'industrie n'ont ni argent, ni crédit; associés, les ouvriers, artisans, agriculteurs, petits négociants, offrent à leurs coassociés, par leur nombre et par la puissance du lien de solidarité qui les unit, un gage des plus sérieux. Là est le secret du succès remarquable des institutions de crédit populaire en certains pays étrangers, spécialement en Allemagne et en Italie. — Rayneri, *Manuel des banques populaires;* Blondel et Brouilhet, *Etude sur les populations rurales de l'Allemagne;* Mabilleau, Rayneri et De Rocquigny, *Prévoyance sociale en Italie;* Desloges, *Epargne et crédit populaire en France et à l'étranger; Bulletin du crédit populaire*; Pic, *op. cit.*, n. 1343.

13. — Dans la Banque populaire allemande, système Schulze-Delitzsch, le capital de la banque est fourni par les adhérents eux-mêmes, artisans et ouvriers, qui sont tenus d'acquitter un droit d'entrée, et de verser une cotisation mensuelle payable jusqu'au complément d'une certaine somme fixée par les statuts, sans préjudice des versements facultatifs qui donnent droit à un dividende. Tout associé a le droit d'emprunter à la caisse une somme égale à son apport social augmenté des versements facultatifs qu'il a pu faire ; le prêt est généralement consenti pour trois mois, au taux de 4 p. 0/0, commission non comprise. La banque a pour garantie le fonds social et l'engagement *solidaire* des membres. — V. les auteurs précités.

14. — Les banques *Raiffeisen* s'occupent de crédit agricole. Leur capital ne se composant pas d'actions, mais simplement du produit des contributions périodiques des membres, est des plus faibles. La solidarité et la moralité des adhérents, qui ne sont admis dans une caisse Raiffeisen qu'après une enquête sérieuse, constituent les seules garanties de la banque. Le type Raiffeisen s'est rapidement répandu en Italie (caisses Wollemborg) et en France (caisses rurales).

15. — On a vu se développer concurremment en France, surtout à la suite du vote de la loi du 5 nov. 1894 sur les sociétés de crédit agricole, et sous l'impulsion du Centre fédératif de crédit populaire, un type un peu différent dans lequel le capital est formé à l'aide de parts nominatives de valeur inégale, la responsabilité des membres étant généralement limitée au montant de leurs apports par les statuts.

16. — *Fédérations nationales ou internationales.* — Depuis quelques années, les progrès de la coopération se sont accentués dans les différents pays par la constitution de groupements fédératifs, nationaux ou régionaux, ayant un double objectif : 1° étudier les moyens pratiques susceptibles de propager l'idéal coopératif et d'aider à la formation d'institutions nouvelles répondant à cet idéal; 2° former un trait d'union entre les coopératives de consommation, de production et de crédit, et créer « par superposition à leurs propres unités composantes, des sociétés de crédit, de fabrication ou autres, destinées à les alimenter elles-mêmes, et dans lesquelles ces unités tiendront la place de personnes juridiques coassociées ». — Thaller, *Traité élém. de dr. commerc.*, 3e éd., n. 789.

17. — A ce mouvement fédératif se rattachent : les fédérations régionales ou nationales de crédit agricole ou populaire; les unions coopératives françaises, anglaises, etc., ...; enfin l'Alliance coopérative internationale, qui s'est constituée récemment en vue de rapprocher les diverses fédérations nationales et d'imprimer plus d'unité au mouvement législatif et à l'action sociale des divers Etats dans le sens coopératif. — De Seilhac, *L'alliance coopérative internationale, et le congrès de Manchester de 1902* (*Quest. prat. de législ. ouvr.*, févr.-mars 1903).

18. — Mentionnons également les puissants groupements corporatifs d'Angleterre (*Wholesales*), ou de Belgique (Vooruit de Gand, Maison du peuple de Bruxelles, etc.). Le Wholesale britannique est un magasin de gros, une coopérative des coopératives, dont le capital est formé par les souscriptions de toutes les sociétés adhérentes, qui affectent à cet emploi les bonis non distribuées en espèces. La Grande-Bretagne a deux gigantesques *Wholesales*, l'une pour l'Angleterre, à Manchester, l'autre pour l'Ecosse, à Glascow. Grâce à cette organisation puissante, suivant la formule très-juste de M. Thaller (*op. cit.*, n. 789) « la coopération gagne l'échelle montante des intermédiaires et en abolit un plus grand nombre. Elle ne supprime pas seulement le détaillant, mais encore le marchand en gros, et même le fabricant, ainsi qu'on le voit dans les grandes fédérations de Manchester et de Glascow. Elle se constitue manufacturière, vise à équiper des navires, etc.; le tout en vue d'approvisionner les coopératives de consommation qui sont à sa base ».

19. — *Caractères propres de la coopérative en général.* — Si nous résumons maintenant, d'après les données précédentes, les caractères communs aux types les plus usuels de coopératives, nous constatons que ces caractères peuvent en somme se ramener à deux principaux : 1° *La prédominance du travail sur le capital.* Dans le régime coopératif, le travail apparaît au premier plan; le capital, ou bien se dissimule complètement (tel est le cas des coopératives dans lesquelles les associés ne mettent en commun que leurs bras, leurs connaissances techniques, et de modestes cotisations ne constituant pas un capital social véritable), ou bien est relégué au rang subalterne d'auxiliaire du

travail. « Tandis que dans l'ordre de choses actuel, écrit M. Gide, c'est le capital qui, étant propriétaire, touche les bénéfices, et c'est le travail qui est le salaire, dans le régime coopératif, par un renversement de la situation, c'est le travailleur ou le consommateur qui, étant propriétaire, touchera les bénéfices, et c'est le *capital qui sera réduit au rôle de simple salarié* ». — Gide, *Rev. d'écon. polit.*, 1889, p. 473. — V. aussi Waldeck-Rousseau, *Discours prononcé à Roubaix*, 2 mars 1898, cité par Pic, *op. cit.*, n. 582 et 1358.

20. — 2° Le cumul, dans la même personne, de deux qualités ordinairement distinctes (détaillant et consommateur, patron et salarié, créditeur et crédité). La coopérative, dans son acception la plus générale, peut donc se définir « une société qui approvisionne *ses propres membres* en denrées, en marchandises, ou qui leur procure l'habitation, les avances d'argent, ou encore qui trouve dans ses membres son personnel de main-d'œuvre ». — Thaller, n. 787.

21. — Supprimons ce cumul, supposons un certain nombre de travailleurs associés s'adjoignant, soit des ouvriers salariés, soit des bailleurs de fonds pris dans la classe des capitalistes (actionnaires ou obligataires) : la situation pourra demeurer voisine de la coopération pure, la loi pourra même par identité de motifs accorder à cette forme d'association les mêmes faveurs qu'aux coopératives pures (ainsi procède-t-elle au regard des associations ouvrières de production qui emploient concurremment des travailleurs associés à de simples salariés; mais il n'en est pas moins vrai que l'entreprise se différencie alors nettement, au point de vue économique tout au moins, de la coopération véritable.

22. — Ce qui fait précisément la force de la coopération, en effet, c'est cette réunion, en la même personne, de qualités ordinairement séparées. C'est parce qu'ils sont associés que les coopérateurs, dans l'association de production, sont aptes à fournir le maximum d'efforts ; si l'on suppose une association hybride dans laquelle une partie des ouvriers seront réduits au rang de simples salariés, on enlève par là même à l'entreprise un de ses éléments de vitalité et d'avenir. Aussi, dans l'organisation des sociétés de crédit agricole, le législateur de 1894 s'est-il strictement attaché au principe coopératif, en décidant que ces sociétés seraient constituées par les membres des syndicats professionnels agricoles (L. 5 nov. 1894 et 31 mars 1899 cbn.). — V. aussi les projets de loi tendant à subordonner le maintien des faveurs légales à l'admission aux bénéfices (sorte de demi-association) de tous les ouvriers ou employés, non associés, de la coopérative.

Section II.

Statistique comparative.

23. — A. *Sociétés coopératives de consommation.* — Pour ce premier type de coopération, l'Angleterre tient incontestablement la tête avec ses 1,462 sociétés de consommation groupant 1,793,770 membres (non compris les sociétés irlandaises), possédant un capital-actions de 550 millions de fr., vendant pour 1,331 millions de fr. de marchandises avec un bénéfice moyen de 15 1/2 p. 0/0 : avec ses deux magasins de gros (Wholesales) : un pour l'Angleterre, l'autre pour l'Ecosse, faisant pour près de 600 millions d'affaires par an, avec ses sociétés puissantes comme celles de Rochdale, la doyenne, faisant pour 7 millions d'affaires par an, ou de Leeds (50,000 membres et 38 millions d'affaires). — Chiffres fournis au congrès de Manchester par le conseil central de l'Union coopérative de la Grande-Bretagne (De Seilhac, *Quest. prat.*, p. 72, 1903); *Bull. off. trav.*, 1902, p. 900). — L'Allemagne vient au second rang avec 1,527 sociétés groupant 800,000 personnes et réalisant un chiffre de vente approximatif de 310 millions. La France la suit de près avec ses 1,641 sociétés, groupant 500,000 personnes et faisant pour 180 millions d'affaires. Puis viennent, classés par chiffre d'affaires, l'Autriche, 85 millions ; la Russie, 70 millions ; l'Italie, la Belgique et la Suisse, 50 millions; le Danemark, 35 millions. Les Etats-Unis possèdent également un certain nombre de coopératives de consommation. — De Seilhac, *loc. cit.*; Pic, *loc. cit.*

24. — Les chiffres précédents sont ceux fournis au congrès de l'alliance coopérative internationale, tenu à Manchester en 1902. Mais la progression s'est poursuivie depuis. D'après l'*Almanach de la coopération*, les coopératives de consommation atteignaient pour la France en 1903, le chiffre de 1,761, et en 1904, celui de 1,940.

25. — B. *Coopératives de production.* — Au 31 juill. 1903, les associations ouvrières de production étaient pour la France au nombre de 335 (au lieu de 323 en 1902), groupées en majorité autour de la Chambre consultative des associations ouvrières de production. Leur chiffre d'affaires était en 1897 de 40 millions de fr., il doit actuellement dépasser 60. D'après le *Board of trade*, les sociétés ouvrières de production s'élevaient en Angleterre, en 1901, au chiffre de 267, faisant un chiffre d'affaires à peu près équivalent à celui des sociétés françaises. — Pic, *op. cit.*, p. 994, note 1.

26. — Dans les autres pays, les coopératives de production ouvrières sont rares (Gide, *rapp. sur l'Expos.*, p. 282); elles sont inconnues aux Etats-Unis. Les seules coopératives de productions qui se soient développées dans un certain nombre de pays, notamment en Allemagne, en Danemark, en Belgique, en Italie, en Suisse, etc., sont les sociétés de production agricole. Le Danemark tient la tête ; mais la France occupe un rang honorable avec ses 2,200 sociétés de productions agricoles (fruitières ou fromagères, laiteries, etc.).

27. — La France, ici, paraît donc occuper le premier rang, ou tout au moins arriver à égalité avec l'Angleterre : résultat remarquable, si l'on veut bien noter que les sociétés ouvrières françaises n'ont pas, comme les sociétés similaires anglaises, le puissant appui des sociétés coopératives de consommation fédérées et disciplinées. Depuis quelques années, elles ont abordé résolument la grande production, avec l'Association des charpentiers de Paris, les Verreries ouvrières d'Albi et Rive-de-Gier, la Mine aux mineurs de Monthieux, la Mine des Petits-Châteaux, etc.

28. — A ces associations ouvrières pures, à forme *égalitaire*, il convient d'ajouter les associations de production *à forme inégalitaire*, créées le plus souvent par un patron qui, après son décès ou sa retraite, laisse sous certaines conditions la propriété de son entreprise aux employés ou ouvriers qu'il avait, de son vivant, intéressés à son entreprise (Bon Marché, Familistère de Guise); issues aussi parfois d'une altération du type primitif, par l'adjonction de simples salariés, participants, aux associés du début (Société des lunetiers de Paris, etc.). — Pic, *op. cit.*, n. 1346.

29. — C. *Coopératives de crédit.* — Ici la prééminence appartient à l'Allemagne, avec ses 936 sociétés de type Schulze-Delitzsch, fédérées, possédant un capital social de 164 millions de francs, et ses 8,000 caisses de crédit rural, faisant un chiffre d'affaires de 1,200 millions en chiffres ronds. Puis vient l'Italie, avec ses 700 banques populaires, type Luzzati (824 millions d'affaires) et ses nombreuses caisses rurales (type Wollemborg ou Raiffeisen).

30. — En France, les sociétés de crédit populaire urbain sont encore très-peu nombreuses (36 au 1er juill. 1903). Par contre, les coopératives de crédit agricole se sont rapidement développées depuis dix ans sous la double impulsion du *Centre fédératif* (214 sociétés, 41 millions de prêts pour 61 ayant fourni leur chiffre d'affaires), et de l'Union des caisses rurales (543 sociétés type Raiffeisen, 5 millions d'affaires d'après le *Bulletin de l'Union*). — Pour plus de détails, V. Pic, *op. cit.*, n. 1348.

31. — D. *Coopératives de construction.* — Il y a peu d'années, la construction des logements ouvriers était plutôt le fait des sociétés mi-philanthropiques, mi-commerciales, encouragées par la loi, que des coopératives. Mais, sur ce terrain, la coopération tend à se développer rapidement. Tandis qu'en 1889, il n'y avait que trois coopératives de construction, il en existe à ce jour cinquante-six, contre cinquante-trois sociétés non coopératives (*Bull. off. du travail*, 1904, p. 527). Ce chiffre, bien qu'encourageant, est infinitésimal en regard des 2,207 *building societies* anglaises, ou des 5,600 *building and loan societies* américaines (capital, 3 milliards; constructions édifiées, 315,000).

32. — Ces quelques chiffres, empruntés aux plus récentes statistiques, démontrent que dans tous les pays la coopération est en progrès. Sans doute, nous sommes loin de la République coopérative, idéal de l'école de Nîmes; les mœurs ne se transforment que lentement, et le salariat sera pendant longtemps encore la condition de la majorité des travailleurs. Mais il n'en appartient pas moins au législateur d'aider, par des moyens appropriés, à cette évolution vers un état social meilleur.

CHAPITRE II.

LA COOPÉRATION AU POINT DE VUE JURIDIQUE.

Section I.

Vue d'ensemble sur le régime légal des sociétés coopératives en France.

§ 1. *Historique des dispositions de la loi de 1867, sur les sociétés à capital variable.*

33. — Pour se constituer et se développer, les sociétés coopératives ont besoin d'une réglementation légale très-souple, qui permette aux associés, de situation peu stable, ouvriers ou modestes employés pour la plupart, d'entrer à leur gré dans la société ou d'en sortir aisément en retirant leur mise, et qui en facilite l'accès à la petite épargne, au moyen d'actions de taux peu élevé, payables par faibles acomptes.

34. — Pendant longtemps, le législateur français a méconnu ces principes. Les règles du Code civil, celles édictées par les lois du 17 juill. 1856 et du 23 mai 1863, mettaient un obstacle presque absolu à la constitution de ces sociétés, qui sont cependant l'un des meilleurs instruments d'amélioration du sort des classes ouvrières. La loi de 1856 fixait à 100 fr. le taux minimum des actions et exigeait le versement du quart sur chaque action pour qu'une commandite par actions fût constituée. Les sociétés anonymes étaient pour leur constitution soumises à l'autorisation du Gouvernement.

35. — Aussi, avant 1867, les sociétés coopératives durent-elles se constituer sous la forme de sociétés en nom collectif ou en commandite simple; sous ces deux formes, elles se heurtaient à des inconvénients ruineux, comme par exemple la publicité des retraites d'associés (si fréquentes, puisqu'elles sont une supériorité de ces sociétés), qui étaient soumises aux mêmes formalités que l'acte même de constitution.

36. — Une réforme s'imposait. D'où l'insertion dans le projet de loi sur les sociétés par actions d'un ensemble de dispositions destinées à favoriser le développement des sociétés coopératives, dispositions incorporées, sous les art. 48 à 54, dans la loi du 24 juill. 1867 (amendée par la loi du 1er août 1893).

37. — Le législateur de 1867 avait l'option entre deux procédés. Il pouvait, soit instituer un régime de faveur, comportant avant tout la variabilité du capital au profit des sociétés coopératives de toute catégorie, sauf à subordonner ses faveurs à certaines conditions, destinées à empêcher les sociétés de pure spéculation d'en bénéficier, soit au contraire réglementer spécialement chacun des principaux types de sociétés coopératives. Ce second procédé est celui qui a prévalu dans plusieurs législations étrangères récentes; le premier a obtenu les préférences du législateur français de 1867.

38. — Dans le projet primitif, un titre spécial devait être consacré aux *sociétés de coopération*. L'art. 51 du projet (art. 1 de ce titre) était institué en faveur des sociétés ayant pour objet « soit d'acheter pour les vendre aux associés, des choses nécessaires aux besoins de la vie ou aux travaux de leur industrie; soit d'ouvrir aux associés des crédits et de leur faire des prêts; soit d'établir, pour les associés, des ateliers de travail en commun et d'en vendre les produits, soit collectivement, soit individuellement ». — Prem. exposé des motifs. — Tripier, t. 1, p. 63.

39. — Si ce texte eût été adopté, le régime nouveau n'eût bénéficié qu'aux trois types les plus usuels de coopération : coopération de consommation, de production et de crédit. Mais, à la suite d'une vaste enquête ouverte auprès des industries, des organisations ouvrières et d'un certain nombre de jurisconsultes et économistes notables, la commission dut reconnaître que le cadre tracé par elle était trop étroit, et qu'il était indispensable d'adopter une formule assez large pour englober toutes les formes possibles, usitées ou non, de coopération (coopération de construction, d'achat de matières premières, coopération de vente, etc.), voire même certaines variétés de sociétés qui, pour n'être pas de véritables coopératives au sens économique du mot, méritaient également d'être encouragées à raison des services qu'elles étaient susceptibles de rendre à la classe des travailleurs, ouvriers, employés, et petits commerçants.

40. — D'où la substitution à la rubrique *sociétés de coopération*, de ce terme beaucoup plus compréhensif *sociétés à capital variable*, dénomination applicable non seulement aux sociétés coopératives proprement dites constituées sous le régime des art. 48 et s., mais aussi, — ainsi que nous le démontrerons — à toute société quelconque, abstraction faite de son objet et de ses tendances, qui se constituerait à l'avance avec un capital social « susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués ».

§ 2. *Autres textes législatifs, applicables aux coopératives.*

41. — En dehors du titre 3 de la loi de 1867, qui demeurera le texte fondamental sur la matière, tant que les projets de loi sur la coopération (V. *infrà*, n. 364 et s.) resteront en suspens, il existe un certain nombre de textes, les uns spéciaux à tel ou tel type de coopération, les autres étrangers en apparence à la coopération, mais susceptibles d'aider indirectement à son développement.

42. — Ces textes sont : la loi du 1er juill. 1901 sur le contrat d'association, les lois des 5 nov. 1894 et 31 mars 1899 sur le crédit agricole mutuel; la loi du 30 nov. 1894 sur les habitations à bon marché; le décret du 4 juin 1888 et la loi du 29 juill. 1893 sur l'admission des associations ouvrières aux adjudications de travaux et fournitures pour le compte de l'Etat ou des communes; la loi du 1er déc. 1875, art. 2, modifiant celle du 29 juin 1872, sur l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières; enfin, les subventions inscrites annuellement dans la loi de finances au profit des coopératives ouvrières.

43. — A. *Loi du 1er juill. 1901 sur les associations.* — Cette loi, en posant le principe de la liberté d'association, et en conférant à toutes les associations simplement déclarées une personnalité juridique restreinte (art. 5 et 6 de la loi), a donné aux fondateurs de coopératives des facilités nouvelles, et leur a permis, ainsi que nous le verrons, d'échapper dans une certaine mesure aux objections de principe susceptibles d'être élevées contre les coopératives de consommation n'ayant pas pour objet de répartir annuellement des bénéfices, coopératives auxquelles, dans un certain système, on dénie le caractère des sociétés.

44. — B. *Loi du 5 nov. 1894, sur les sociétés de crédit agricole.* — Nous n'avons pas à présenter ici le commentaire de cette loi, dont il convient de rapprocher la loi du 31 mars 1899 (modifiée par celle du 25 déc. 1900) tendant à instituer des *caisses régionales de crédit agricole mutuel* et d'encourager les banques locales de crédit agricole mutuel. — V. *suprà*, vº *Crédit agricole*, n. 20 et s. — V. aussi Cohendy et Darras, *C. comm. annoté*, vº *Société*, append. 3, p. 303 et s. — Mais il convient de noter le lien qui rattache cette matière à l'étude de la coopération, et d'indiquer les règles spéciales imposées à celles de ces sociétés de crédit qui adopteraient le forme de sociétés à capital variable.

45. — Certaines conditions sont imposées aux sociétés de crédit agricole qui entendent bénéficier des faveurs légales par une exemption de la patente et de l'impôt sur les valeurs mobilières (L. de 1894, art. 4); droit de souscrire par préférence aux parts des caisses régionales constituées en conformité de la loi de 1899; droit d'obtenir par l'entremise de ces caisses régionales des avances en espèces pour la constitution de leur fonds de roulement, à prendre sur les subventions de la Banque de France : L. 17 nov. 1897, etc.). Ces sociétés doivent, notamment, se conformer aux prescriptions de la loi concernant :

46. — a) *Le mode de constitution de leur capital social.* — Ce capital ne peut être fourni que par les membres d'un syndicat agricole, l'art. 1 de la loi de 1894 disposant que « des sociétés de crédit agricole peuvent être constituées, soit par la totalité des membres d'un ou de plusieurs syndicats professionnels agricoles, soit par une partie des membres de ces syndicats ». — Godde, *Le crédit personnel de l'agriculteur et les sociétés de crédit agricole*, p. 125; Brouilhet et Maurin, *Manuel pratique du crédit agricole*; Soustelle, *Le problème du crédit agricole*; Benoît-Lévy, *Manuel des sociétés de crédit agricole*; Pic, *Traité de législ. industr.*, n. 451 et 1379. — V. *suprà*, vº *Crédit agricole*, n. 67 et s.

47. — Ce capital ne peut être formé par des souscriptions d'actions. Il est divisé en *parts nominatives*, qui ne peuvent

être de valeur inégale, et ne sont transmissibles par voie de cession qu'aux membres des syndicats et avec l'agrément de la société. Cette prohibition absolue d'actions négociables, qui, ainsi que nous le verrons, n'existe pas pour les coopératives en général, a eu pour but d'empêcher les caisses locales de crédit de dégénérer en entreprises de spéculation. — V. *suprà*, v° *Crédit agricole*, n. 54 et s.

48. — b) *La rémunération du capital et la constitution de la réserve.* — Les trois quarts au moins des excédents de fin d'exercice, après acquittement des frais généraux et de l'intérêt servi au capital social, doivent être versés à la réserve, jusqu'à ce qu'elle ait atteint au moins la moitié du capital. Il est défendu de distribuer des dividendes proprement dits, les répartitions ne pouvant consister qu'en *bonis de restitution* (proportionnels au chiffre des opérations faites par chaque syndicat ou syndiqué adhérent (L. de 1894, art. 3).

49. — c) *La détermination, par les statuts, de l'étendue de la responsabilité encourue par les membres à raison des engagements sociaux.* — Cette responsabilité peut être limitée au chiffre des apports, comme en matière de commandite; limitée à un chiffre déterminé, supérieur aux apports; solidaire et limitée; solidaire et illimitée. — Houpin, t. 2, n. 1176; Godde, p. 129.

50. — Remarquons d'ailleurs que, bien que l'art. 1 de la loi de 1894 prévoie uniquement l'hypothèse de constitution d'une société de crédit agricole avec un capital social, rien ne s'oppose à ce qu'une société de ce genre se constitue sans capital social. Il résulte, en effet, des travaux préparatoires, spécialement des déclarations de M. Mir à la séance de la Chambre des députés du 20 juin 1892, que le capital social peut être remplacé par des cotisations annuelles, des dons, des subventions, voire même par la responsabilité solidaire et illimitée des membres (type Raiffeisen). — Houpin, t. 2, n. 1173; Godde, p. 129.

51. — d) Les *règles spéciales* imposées aux sociétés de crédit agricole qui voudraient emprunter la forme de sociétés à capital variable. — Pour l'exposé de ces règles, V. *infrà*, n. 128 et s.

52. — C. *Loi du 30 nov. 1894 sur les habitations à bon marché.* — On constate depuis quelques années, dans tous les pays civilisés, un mouvement très-marqué dans le sens de la construction, soit par des sociétés de capitalistes à visées philanthropiques, soit par des coopératives, de logements à bon marché pour la classe ouvrière.

53-59. — Le législateur français, suivant l'exemple de la Belgique (L. 19 avr. 1889), de l'Angleterre (L. 18 août 1890), etc., a, par la loi du 30 nov. 1894, assuré un certain nombre de faveurs légales aux sociétés constituées en vue de construire des logements de cette nature. — V. *suprà*, v° *Habitations à bon marché*.

60. — La loi de 1894 s'applique indistinctement aux sociétés coopératives, aux sociétés anonymes ordinaires, voire même aux constructeurs isolées, et par exemple au chef d'industrie qui construit pour son personnel des cités ouvrières.

61. — Les sociétés de construction d'habitations à bon marché peuvent, disons-nous, prendre la forme de sociétés à capital variable. L'inconvénient de cette forme, c'est que par suite du paiement échelonné des actions, ces sociétés n'ont pas de capitaux disponibles et sont forcément obligées de recourir au crédit. En effet, si un certain nombre d'ouvriers et d'employés se réunissent pour fonder une société à capital variable, ils versent seulement, conformément à la loi de 1867, le dixième de l'action en souscrivant, et le reste successivement par paiements échelonnés. Supposons un ouvrier qui veut avoir une maison de 3,000 fr. Il prendra 60 actions de 50 fr. dont il paiera le dixième, c'est-à-dire 300 fr. en souscrivant : il prend l'engagement de verser chaque année sur cette action de 50 fr. une somme de 1,20, c'est-à-dire pour 60 actions, 72 fr.; et moyennant d'autre part le paiement du loyer à raison de 4 p. 0/0, auquel il faut ajouter les frais généraux qui peuvent représenter 1 p. 0/0, soit en tout 150 fr., plus les 72 fr. d'amortissement, l'ouvrier aura libéré ses actions au bout de vingt-trois ans et pourra les échanger contre la maison, les titres de propriété lui étant donnés à titre d'attribution par lotissement. — Sur les avantages de la coopérative au point de vue du droit de transmission, V. *suprà*, v° *Habitations à bon marché*, n. 32.

62. — L'Administration s'est efforcée récemment, en mettant à la disposition des fondateurs de sociétés des *statuts-types* rédigés en conformité de la loi de 1894, de faciliter leur tâche, et d'aider au développement de ces organisations, dont la haute utilité ne saurait être contestée. — Sur les deux formules de statuts-type publiées par le ministère du Commerce, après avis du Comité permanent du conseil supérieur des habitations à bon marché, l'une pour les sociétés de construction et de crédit adoptant la forme anonyme à capital variable, c'est-à-dire la forme coopérative, l'autre pour les sociétés dont les fondateurs préfèrent la forme anonyme ordinaire, V. *Quest. prat. de législ. ouvr.*, 1903, p. 283.

63. — D. *Coopératives ouvrières de production.* — Depuis une quinzaine d'années, le législateur français s'est préoccupé de stimuler et d'encourager le mouvement coopératif ouvrier de production par deux ordres de mesures : 1° par une législation de faveur sur l'admission des sociétés ouvrières aux adjudications des travaux et fournitures pour le compte de l'État et des communes (Décr. 4 juin 1888, L. 29 juill. 1893); 2° par l'inscription au budget de subventions pécuniaires annuellement réparties.

64. — a) *Mesure de faveur dans les adjudications* (Décr. 4 juin 1888). — Les sociétés françaises d'ouvriers jouissent, aux termes du décret précité, de certaines prérogatives lorsqu'elles participent aux adjudications et marchés passés au nom de l'État et des départements. Il faut qu'elles soient constituées dans l'une des formes prévues par l'art. 19, C. comm., ou par la loi du 24 juill. 1867. Elles sont dispensées de fournir un cautionnement lorsque le montant prévu des travaux ou fournitures faisant l'objet du marché ne dépasse pas 50,000 fr. A égalité de rabais entre une soumission d'entrepreneur ou fournisseur et une soumission de société ouvrière, cette dernière doit être préférée. Des acomptes sur les ouvrages exécutés ou les fournitures livrées sont payés tous les quinze jours aux sociétés ouvrières, sauf les retenues prévues par les cahiers des charges. Enfin des marchés de gré à gré peuvent être passés avec les sociétés d'ouvriers pour les travaux ou fournitures dont la dépense totale n'excède pas 20,000 fr.

65. — Le décret du 4 juin 1888 a été rendu applicable aux adjudications *communales* par la loi du 29 juill. 1893.

66. — D'après la jurisprudence, la circonstance qu'une société coopérative ouvrière compte parmi ses membres des sociétaires non ouvriers n'est pas de nature à lui enlever le caractère de *société d'ouvriers* qui lui donne droit aux avantages concédés par le décret du 4 juin 1888, alors surtout que la majorité du conseil d'administration est composée d'ouvriers, que le directeur est ouvrier et que les membres ouvriers participent seuls au fonds de réserve, aux pensions de retraite et à l'assurance contre les maladies et accidents. — Cons. d'Ét., 19 juin 1901, [J. *Le Droit*, 12 août 1901]

67. — Jugé, dans le même sens, qu'une société de production ouvrière à personnel et capital variables peut, sans perdre son caractère, avoir recours à des employés ou à des ouvriers salariés ne participant même point aux bénéfices, à moins toutefois que l'emploi d'ouvriers auxiliaires ne soit expressément interdit dans les statuts primitifs. Il n'existe en effet, ni dans la loi du 24 juill. 1867, qui a réglementé les sociétés de production à capital variable, ni dans le décret de 1888 ou la loi de 1893, aucune prohibition de ce genre. — Lyon, 7 juill. 1902, [*Mon. jud. de Lyon*, 5 août 1902]

68. — Il appartient d'ailleurs à ces auxiliaires de prouver, conformément au droit commun, que leur consentement a été le résultat du dol, de l'erreur ou de la violence. Mais une telle allégation ne saurait être accueillie s'il est établi en fait : 1° qu'ils n'ont été embauchés qu'en qualité d'ouvriers auxiliaires; 2° qu'aucune contrainte susceptible de vicier leur consentement n'a été exercée contre eux. — Même arrêt.

69. — Mais, dans le doute, on doit attribuer à tous les travailleurs de la société ouvrière la qualité d'associés. Jugé, en ce sens, que si, dans une société minière de production ouvrière à personnel et à capital variables, les travailleurs de la mine doivent être, à défaut de toute stipulation ou clause restrictive, considérés comme des sociétaires, il en est autrement lorsque la société défenderesse produit une déclaration aux termes de laquelle les demandeurs ont expressément reconnu qu'ils n'étaient occupés que comme auxiliaires, suivant les règles admises par l'usage entre patrons et ouvriers. — Même arrêt.

70. — Et l'on ne saurait considérer comme une contrainte susceptible de vicier leur consentement la circonstance que ces ouvriers auraient été réduits en fait à accepter les conditions qui leur étaient offertes, par crainte de ne pas trouver d'autre emploi. Cette crainte leur est commune avec tous les travailleurs

vivant de leurs bras et dépourvus d'avances; elle ne saurait vicier le consentement, alors d'ailleurs qu'aucun acte de pression ou de violence n'est imputé à l'embaucheur. — Même arrêt.

71. — D. *Subventions.* — Un crédit annuel est ouvert au ministère du Commerce en vue d'attribuer des subventions aux associations ouvrières de production et de crédit. Les subventions accordées, en 1903, sur le budget de l'exercice 1902, se sont élevées au chiffre de 151,000 fr. — V. l'état des subventions accordées, dans le *Bulletin de l'office du travail*, 1903, p. 383.

72. — La répartition des subventions est faite par une commission spéciale instituée auprès du ministre.

73. — Cette commission, d'après les instructions récemment publiées, ne devra à l'avenir accorder de subventions qu'aux sociétés réunissant les conditions suivantes : 1° constitution régulière; fonctionnement d'au moins six mois; 2° nombre d'associés : sept au moins; 3° société administrée par des délégués nommés et révocables par l'assemblée générale des sociétaires; 4° au cas où la société comprendrait un certain nombre d'actionnaires n'étant ni ouvriers de l'industrie exercée, ni employés de l'entreprise : *a*) les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration devront être pris statutairement parmi les sociétaires ouvriers de la profession ou les employés de l'entreprise; *b*) les actions ne devront toucher qu'un intérêt fixe sur les capitaux versés, *sans autre participation dans les bénéfices*. A notre avis, cette clause est singulière; de telles actions ne seraient que des obligations mal qualifiées, surtout si l'intérêt était dû en l'absence de bénéfices) ; *c*) les actionnaires qui ne sont ni ouvriers, ni employés, ne devront pas avoir droit aux pensions de retraite ni aux secours de diverses natures; *d*) la société devra se réserver le droit de rembourser, au fur et à mesure de ses ressources, les actions appartenant aux actionnaires qui ne sont ni ouvriers de l'industrie, ni employés de l'entreprise. 5° Si la société emploie des ouvriers non sociétaires à titre d'auxiliaires, elle devra justifier qu'elle accorde à tous les travailleurs, associés ou non, au prorata des salaires touchés, ou du temps du travail fourni par chacun d'eux dans l'exercice, une participation aux bénéfices atteignant 40 p. 0/0 au moins des bénéfices nets. Ceux-ci sont calculés, défalcation faite des frais généraux, amortissements, charges d'emprunts, versements à tous fonds de secours profitant à la fois aux ouvriers sociétaires et auxiliaires, et après prélèvement d'un intérêt maximum de 5 p. 0/0 du capital, mais avant toute attribution aux réserves ou au capital-actions; 6° la somme totale distribuée en salaires aux auxiliaires ne doit pas être supérieure à la somme totale distribuée en salaires aux sociétaires; les tarifs de main-d'œuvre devront, bien entendu, attribuer aux uns et autres des salaires équivalents, pour des travaux de même nature; 7° les sociétés devront être assurées contre l'incendie.

74. — La Chambre consultative des associations ouvrières de production a protesté contre cette circulaire ministérielle, qui limite étroitement pour l'avenir la liberté d'appréciation de la commission de répartition, et, s'appuyant sur le rapport de M. Gide, à la section d'économie sociale à l'Exposition de 1900, a voté les conclusions suivantes : « Le conseil d'administration de la chambre consultative est d'avis que les associations ouvrières peuvent revêtir des formes diverses tout en poursuivant le même but de progrès social et d'émancipation ouvrière; il estime que l'examen seul des constitutions qui régissent les associations permet de reconnaître leur caractère nettement ouvrier et d'apprécier si elles sont suffisamment prémunies contre tout danger d'exploitation capitaliste; — ... En conséquence, elle émet le vœu que la répartition du crédit continue à se faire dans les mêmes conditions que précédemment, ainsi que l'examen des demandes des associations qui solliciteront la faveur d'y participer ». — *Quest. prat. de législ. ouvr.*, 1903, p. 275.

75. — Les municipalités peuvent, concurremment avec l'Etat, accorder aux coopératives certains encouragements. Mais leur liberté d'action de ce chef est étroitement limitée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, affirmé par le décret des 2-17 mars 1791, et dont la jurisprudence administrative a toujours très étroitement imposé l'observation.

76. — Ainsi il a été jugé que si l'intervention du conseil municipal peut, dans des circonstances exceptionnelles, être légitimée par la nécessité d'assurer l'alimentation publique, il ne peut, en l'absence de toute circonstance de cette nature, allouer, sans sortir de ses attributions légales, une subvention à une société coopérative de boulangerie. La délibération par laquelle il a cette subvention doit donc être déclarée nulle de droit. — Cons. d'Et., 1er févr. 1901, Deservik et autres boulangers de Poitiers, [S. et P. 1901.3.42 et la note de M. Hauriou, D. 1902.3.33] —

77. — Cet arrêt n'est qu'une autre face de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, au nom du principe de la liberté de l'industrie, s'est toujours opposé à l'exploitation en régie par les municipalités de boulangeries, boucheries et pharmacies municipales. — Avis du Conseil d'Etat, 3 août 1894. — Pic, *Traité de législ. indust.*, n. 669.

78. — Mais, la déclaration d'un préfet portant qu'il ne sera donné aucune suite à la délibération d'un conseil municipal attribuant une subvention à une société coopérative ne peut, à défaut d'annulation expresse, empêcher la délibération dont il s'agit de produire son effet. Par suite, il n'y a aucune fin de non-recevoir à opposer devant le Conseil d'Etat au recours des parties intervenues contre l'arrêté préfectoral qui a refusé de déclarer nulle la délibération du conseil municipal. L'intervention du conseil de préfecture est obligatoire dans tous les cas où les préfets ont à statuer sur les demandes en nullité des délibérations des conseils municipaux : en conséquence doit être annulé l'arrêté préfectoral qui n'a pas été pris en conseil de préfecture. — Cons. d'Et., 1er févr. 1901, précité.

79. — E. *Faveurs fiscales.* — L'art. 2, L. 1er déc. 1875, exonère de l'impôt sur le revenu les *parts d'intérêts* dans les sociétés de toute nature dites coopératives, formées exclusivement entre ouvriers et artisans. Telle est, à vrai dire, la seule faveur fiscale dont bénéficient les coopératives en l'état actuel de notre législation. Si certaines d'entre elles, en effet, échappent à la patente, spécialement les coopératives de consommation ne vendant qu'à leurs membres, ce n'est point en tant que coopératives, mais à raison de leur caractère non commercial. — V. *infrà*, sect. 2, et chap. 3.

80. — F. *Coopératives de consommation* (loi du 1er juill. 1901). — Nous reviendrons ultérieurement sur la question de savoir si, et sous quelles conditions les coopératives de consommation peuvent être considérées comme de véritables sociétés. Mais signalons dès maintenant les facilités nouvelles offertes aux fondateurs de sociétés de ce genre par la loi du 1er juill. 1901 sur les associations. — Hayem, *La forme juridique des coopératives de consommation* (*Quest. prat. de lég. ouvr.*, 1904, p. 19 et 48).

Section II.

Des sociétés à capital variable, d'après la loi de 1867.

§ 1. *Portée d'application du régime institué par la loi de 1867.*

81. — La portée d'application du régime institué par les art. 48 et s. de la loi de 1867 peut se résumer dans les trois formules suivantes : 1° La variabilité du capital n'est pas un type de société distinct, mais une modalité susceptible de s'adapter à tous les types légaux, civils et commerciaux; 2° une société peut être affectée de cette modalité sans être une véritable société coopérative; 3° à l'inverse, une société coopérative peut ne pas faire usage de la faculté inscrite dans l'art. 48. — Reprenons successivement ces trois points :

82. — 1° *La variabilité du capital n'est pas un type de société distinct, mais une modalité susceptible de s'adapter à tous les types légaux, civils ou commerciaux.* — En d'autres termes, la société affecte d'abord la forme qui découle soit de son objet, civil ou commercial, soit de la volonté de ses fondateurs : société civile pure, société civile à forme commerciale, société commerciale en nom collectif, en commandite, simple ou par actions, ou société anonyme; puis à cette forme, qui détermine les règles fondamentales applicables, vient s'ajouter une modalité, la *variabilité du capital*, entraînant certaines conséquences juridiques spécifiées *infrà*, toutes les fois que les rédacteurs des statuts ont cru opportun d'user de la faculté, inscrite dans l'art. 48 de la loi de 1867, de déclarer « le capital social susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission des associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués ». — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1033; Thaller, n. 806; Houpin, t. 2, n. 968; Pic, *Tr. de lég. ind.*, n. 1371.

83. — La solution qui précède ne saurait faire doute pour les sociétés commerciales. Mais quelques auteurs, s'appuyant sur

un passage assez équivoque des travaux préparatoires, ont cru pouvoir soutenir que les sociétés *civiles*, n'étant point des personnes morales, ne pourraient bénéficier du régime de faveur institué par les art. 48 et s., si ce n'est toutefois lorsqu'elles se constituent *sous une forme commerciale*. — Pont, t. 2, n. 1733; Hubert-Valleroux, *Rev. des soc.*, 1897, p. 549.

84. — Cette distinction est contraire au texte et à l'esprit de l'art. 48, lequel décide « qu'il peut être stipulé, dans les statuts *de toute société*... etc... », sans ajouter *civile*. Cette formule générale signifie bien évidemment que le législateur de 1867 a entendu statuer dans l'intérêt de toutes les sociétés coopératives, même de celles qui, à raison de leur objet, auraient un caractère *exclusivement civil*, et dont les fondateurs n'auraient pas jugé à propos d'emprunter une forme commerciale quelconque. — Mathieu et Bourguignat, n. 270; Lecaisne, *Etude juridique sur les coopératives de consommation*, p. 25; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1033; Houpin, *loc. cit.*; Rousseau, t. 2, n. 2948; Pic, p. 1013. — Remarquons, du reste, que l'argument tiré du défaut de personnalité civile des sociétés purement civiles ne porte pas, la jurisprudence étant fixée au contraire dans le sens de la personnalité desdites sociétés. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 523 et s.

85. — Ce qui est vrai toutefois, ainsi que le fait observer M. Thaller (n. 806), c'est que si l'entreprise est civile et quant à son objet et quant à sa forme (C. civ., art. 1832), la question de savoir si les art. 48 et s. s'appliquent ou non à cette société ne présente guère qu'un intérêt théorique. Effectivement, dans les sociétés purement civiles, affranchies de toute publicité, le principe de fixité du capital ne saurait s'appliquer; ce principe, corollaire de l'obligation imposée aux sociétés commerciales de publier leurs statuts et spécialement le chiffre de leur capital, est sans application aux sociétés civiles. Le seul intérêt pratique de la controverse, est que ces sociétés, si elles sont admises à bénéficier du régime des sociétés à capital variable, sont *incontestablement* des personnes morales (art. 54) Arg., L. de 1867,, tandis que leur qualité de personnes morales est controversée sous l'empire du droit commun. Encore cet intérêt disparaît-il si l'on admet avec la jurisprudence que toute société civile jouit de la personnalité morale.

86. — A plus forte raison, ne saurait-on prétendre que les dispositions du tit. 3 de la loi de 1867 concernent exclusivement les sociétés coopératives qui se constitueraient sous la forme *par actions*. Vainement le rapporteur de la loi, par une confusion singulière, a-t-il déclaré lors de la discussion que le législateur n'avait eu en vue que les sociétés par actions; cette déclaration, contredite par le texte, contraire également au but poursuivi par les inspirateurs du titre 3, doit être considérée, de l'avis unanime, comme dépourvue de toute valeur. — Mathieu et Bourguignat, n. 270; Ruben de Couder, v° *Soc. à cap. var.*, n. 5; Houpin, t. 2, n. 976; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1033.

87. — En résumé, presque tous les types de sociétés, civiles ou commerciales, comportent la modalité que nous étudions. Ce principe reçoit cependant exception en ce qui concerne les *sociétés anonymes d'assurance à primes*. Le décret du 22 janv. 1868 (art. 1, *in fine*) leur dénie en effet expressément la faculté de faire usage des dispositions du titre 3 de la loi de 1867. Le capital de ces sociétés étant une garantie indispensable de l'exécution de leurs engagements, il eût été contradictoire de les autoriser à faire clandestinement disparaître le gage sur lequel les associés ont le droit de compter.

88. — Mais encore faut-il, pour que le tit. 3 de la loi de 1867 puisse recevoir son application : 1° que le capital social soit variable dans les deux sens, et non pas seulement susceptible, soit d'augmentation, soit de diminution au gré des associés. Jugé, en ce sens, qu'il n'y a de sociétés à capital variable, autorisées comme telles à émettre des actions de 50 fr. (aujourd'hui 25 fr.), que les sociétés dont le capital est susceptible, non seulement d'augmentation, mais encore de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. — Lyon, 12 janv. 1872, Perret, [S. 73.2.65, P. 73.320, D. 72.2.176] — V. Mathieu et Bourguignat, n. 269; Alauzet, t. 1, n. 582; Boistel, n. 337; Houpin, t. 2, n. 371; Thaller, n. 810. — V. aussi Poitiers, 11 janv. 1901, [*Rev. des soc.*, 1901.235]

89. — Cette solution découle nettement de l'esprit de la loi, révélé par les travaux préparatoires. Il fallait, lisons-nous dans l'Exposé des motifs de la commission de 1867, « sous peine de méconnaître les habitudes, les besoins des classes appelées surtout à profiter des dispositions nouvelles, une loi qui permît aux intéressés, sans porter atteinte aux garanties dues aux tiers, d'entrer dans la société et d'en sortir, d'y apporter leurs épargnes *et de les en retirer*, le jour où ils voudraient chercher fortune ailleurs ». On comprend, écrit dans le même sens, mais avec plus de précision, M. Thaller (*op. cit.*), « que, dans les sociétés ouvrières, il est nécessaire de réserver aux adhérents le moyen de sortir à toute époque, afin de porter ailleurs leur travail, et inversement qu'on leur donne le moyen de fortifier leur groupement en obtenant de nouvelles adhésions ». — V. cep. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1049; Lecaisne, p. 88.

90. — ... 2° Que l'on soit en présence, non d'une association quelconque, mais d'une société véritable ayant un capital destiné à fructifier et à produire des bénéfices (V. sur le principe de cette distinction, *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 43 et s.). Jugé, à cet égard, que les sociétés coopératives de laiterie et les *associations fromagères*, n'ayant point de capital, ne constituent pas des sociétés à capital variable. Ce sont plus exactement des syndicats de propriétaires qui se réunissent pour vendre au mieux leurs produits, assurer la défense des intérêts collectifs de la corporation, et qui pourvoient aux frais de l'association par des cotisations ou un léger prélèvement sur la vente. — Besançon, 1er déc. 1897, Soc. fromagère du Coin d'Aval, [D. 98.2.195] — Poitiers, 11 janv. 1901, [*Rev. des soc.*, 1901.235] — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Soc. à cap. var.*, *Suppl.*, n. 9. — *Contrà*, Poitiers, 12 juill. 1894, sous Cass., 27 janv. 1896, Monnerie, [S. et P. 96.1.213] — Pour plus de développements sur les sociétés fromagères, V. *infrà*, n. 259 et s.

91. — Mais est-il indispensable, pour qu'il y ait *société* admise à se prévaloir des règles de faveur du tit. 3, que le bénéfice produit par la mise en œuvre du capital social soit un bénéfice destiné à être périodiquement distribué entre les membres, ou peut-on également considérer comme telle une société dont l'objectif serait d'améliorer la situation matérielle de ses membres en permettant à ceux-ci de se procurer les denrées nécessaires à l'existence au *prix de revient*? La question est délicate, elle ne tend à rien moins qu'à mettre en cause, théoriquement au moins, la situation légale d'un très-grand nombre de *coopératives de consommation*.

92. — Un parti important dans la doctrine dénie, aux coopératives de consommation qui ne distribuent pas de bénéfices entre leurs membres, le caractère de sociétés. — Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Tr. de la soc. du prêt, du dépôt*, n. 121, Lecaisne, *Etude jurid. sur les coopératives de consommation*; p. 13 et s.; Durand, *Rev. des soc.*, 1897, p. 376.

93. — Ces auteurs font remarquer que les associés ne recherchent pas un gain direct, mais veulent simplement réaliser une économie. Or, les personnes qui s'associent pour réaliser une économie font une association, et non une société. — Lyon-Caen, note, 1re col. sous Cass., 29 oct. 1894, [S. et P. 95.1.65]

94. — La même thèse a été récemment soutenue par M. Thaller (n. 799 et s.). « Si, dit cet auteur, la qualité de société ne peut être refusée à une société coopérative de consommation (même si cette société ne vend qu'à ses membres) qui alloue un intérêt au capital social, il en est différemment de celle qui n'attribue aucune rémunération directe à celui-ci. Supposons que, d'après les statuts « tout l'excédent de fin d'année soit *ristourné* à titre de boni de restitution. Ces bonis formant un trop payé sur les ventes ne constituent pas un bénéfice. L'organisme n'est donc plus même une société. Cela ne l'empêche pas d'être licite. *Mais il est douteux qu'elle puisse disposer de la personnalité juridique* ».

95. — Il en serait de même, à plus forte raison, d'après le même auteur, des coopérations poursuivant un but de propagande socialiste, et affectant tout ou partie des bonis annuels à des œuvres de solidarité sociale, au lieu de les distribuer en espèces. — V. Hayem, *La forme juridique des coopératives de consommation* (*Quest. prat. de législ. ouvr.*, 1904, p. 19 et 48). — V. aussi Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, p. 36.

96. — Même observative en ce qui concerne les sociétés de crédit mutuel, agricole ou urbain. Si ces sociétés ont uniquement pour but de procurer à leurs adhérents le crédit à bon marché, mais non de distribuer des bénéfices en fin d'exercice, il faudrait les envisager comme des associations, non comme des sociétés.

97. — Nous hésitons, pour notre part, à donner au mot société une signification aussi restreinte. Sans doute, l'art. 1832 exige, pour qu'il y ait société, la mise en commun des apports en

vue d'un partage de bénéfices; mais il ne spécifie pas sous quelle forme se réalisera ce partage, et il n'empêche même pas les associés d'affecter une fraction des bénéfices espérés à des œuvres désintéressées. Qu'une coopérative de consommation serve un intérêt à ses membres, ou qu'elle répartisse en fin d'exercice ses bonis annuels proportionnellement aux achats faits par chacun, en définitive tous les associés retirent un profit matériel de l'association, et cette circonstance suffit, semble-t-il, à légitimer l'application de la loi sur les sociétés. Celle-ci ne devrait être écartée que si la *totalité* des bénéfices, au lieu d'être distribuée, était affectée à des œuvres de solidarité non susceptibles de profiter directement aux adhérents. — V. Hubert-Valleroux, *Rev. des soc.*, 1897, p. 316; Vavasseur, t. 2, n. 1003; Houpin, t. 2, n. 966. — V. aussi Gide, *Les soc. coop. de consomm.*, p. 63 et 68. — Ce point de vue est, ainsi que nous le verrons en rapportant les décisions relatives au caractère civil ou commercial des coopératives, celui de la jurisprudence, aussi bien de la jurisprudence administrative que des tribunaux judiciaires. Aucun d'eux ne semble s'être préoccupé, pour l'application des règles du tit. 3, du mode de répartition des bénéfices.

98. — Cette solution s'impose avec plus de force encore si l'on consulte les travaux préparatoires, soit de la loi de 1867, soit de la loi de 1894 sur les sociétés de crédit agricole. Il est incontestable que, ni le législateur de 1867, ni celui de 1894 n'ont entendu restreindre le bénéfice des dispositions de faveur qu'ils édictaient au profit des coopératives de consommation et de crédit à celles de ces sociétés qui, conformément à la lettre de l'art. 1832, C. civ., se proposaient de distribuer directement des bénéfices; ils ont songé également à celles, plus nombreuses, dont le but est d'améliorer les conditions de la vie pour leurs membres, soit en diminuant pour eux le coût des denrées usuelles, soit en leur facilitant le crédit. Cette volonté, clairement manifestée du législateur, doit, à notre avis, sortir effet.

99. — L'intérêt de la controverse n'est pas, surtout depuis la loi de 1901 sur les associations, aussi considérable qu'il le semble à première vue. Avant cette loi, on pouvait se demander, d'une part, si ces associations, à supposer que le qualificatif de sociétés leur fût inapplicable légalement, jouissaient de la personnalité morale, si même elles étaient licites, et ne tombaient pas sous le coup des art. 291 et 292, C. pén. Mais, d'une part, jamais en fait ces articles n'avaient été appliqués, depuis la promulgation de la loi de 1867 tout au moins, aux coopératives de consommation qui avaient, à tort ou à raison, cru pouvoir se constituer sous le régime du titre 3 de la loi de 1867. — Lecaisne, p. 113.

100. — D'autre part, la majorité des auteurs qui se refusaient à envisager les coopératives dont il s'agit comme de véritables sociétés, leur reconnaissaient cependant le bénéfice de la personnalité morale. — Durand, *op. cit.*; Lyon-Caen, note sous Cass., 29 oct. 1894, [S. et P. 95.1.65] — V. aussi *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 50.

101. — En tout cas, la loi du 1er juill. 1901 a fait disparaître cette double difficulté. D'une part, en effet, cette loi a abrogé les art. 291 à 292, C. pén.; d'autre part, elle a concédé à toutes les associations, quel qu'en soit l'objet, qui auront effectué la déclaration prescrite par l'art. 5, le bénéfice de la personnalité restreinte (art. 6 de ladite loi). Pourront donc désormais se constituer sous l'empire de la loi de 1901 toutes les coopératives auxquelles ne saurait s'appliquer la loi de 1867, à savoir : 1° les coopératives poursuivant un but social entièrement désintéressé; 2° celles qui, sans distribuer de véritables *bénéfices*, se proposent de *faire réaliser des économies* à leurs membres, si l'on admet que les coopératives de cette catégorie ne peuvent se placer sous le bénéfice de la loi de 1867. — Hayem, *op. cit.*; *Alman. de la coopér.*, 1904, p. 23; Thaller, n. 800. — Sur les avantages et les inconvénients de l'adoption, par une coopérative, du type *association déclarée* de la loi de 1901, V. Gide, p. 69 et s.

102. — Si les sociétés à objet civil peuvent, sous les conditions et réserves qui viennent d'être formulées, se constituer sous la forme de sociétés à capital variable, comme les sociétés à objet commercial, il n'est cependant pas indifférent de savoir si une coopérative est civile ou commerciale. Dès l'instant, en effet, que, dans le régime actuel, la société à capital variable n'est pas un type distinct, mais une simple modalité (V. *suprà*, n. 82), il convient d'appliquer à chaque coopérative, abstraction faite de la variabilité de son capital, les règles propres découlant soit de son objet, soit de sa forme extérieure.

103. — C'est ainsi, en particulier, que seules les coopératives commerciales pourront être déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire; que seules elles pourront être imposées à la patente, et, enfin, que, suivant le caractère civil ou commercial de la société, le tribunal compétent sera le tribunal civil ou le tribunal de commerce du siège social de la société intéressée.

104. — Mais quel sera le critérium permettant de différencier la coopérative civile de la coopérative commerciale? Il convient d'appliquer ici, purement et simplement (et sous réserve de l'exception rappelée *infrà*, concernant les sociétés par actions), le critérium général servant à distinguer la société civile de la société commerciale (V. *suprà*, v° *Société* (*en général*), n. 345 et s.). Sera commerciale, en conséquence, la société à capital variable accomplissant professionnellement des actes de commerce; sera civile toute autre société. Faisons l'application de ce critérium aux coopératives de consommation, de production et de crédit.

105. — La doctrine et la jurisprudence françaises s'accordent à considérer comme des sociétés *civiles* les coopératives de consommation qui se bornent à acheter des denrées pour les livrer aux associés, soit en nature, soit en produits fabriqués, une pareille livraison ne pouvant être assimilée à une revente. En conséquence, ces sociétés ne sont pas soumises à la juridiction commerciale quant aux achats par elles faits. — Trib. comm. Nantes, 26 juin 1886, [*Rec. de Nantes*, 86.220; *J. des soc.*, 89.93] — Trib. Périgueux, 3 août 1887, [*Rev. des soc.*, 87.580] — Trib. Marseille, 24 juill. 1891, [*Rec. d'Aix*, 91.2.268] — Trib. comm. Marseille, 17 déc. 1895, [*J. Marseille*, 96.1.79] — Cons. d'Et., 29 juin 1877, Soc. coopérative de Guérigny, [S. 79.2.158, P. adm. chr., D. 77.3.100]; — 26 janv. 1895 (sol. impl.), Soc. ann. des forges d'Audincourt, [S. et P. 97.3.29, D. 96.3.8] — V. aussi Hauriou, note (4e col.), sous Cons. d'Et., 24 déc. 1897, Caisse rurale de Sermérieu, [S. et P. 99.3.17] — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. 1, n. 115, et t. 2, n. 1037; Thaller, *Courte étude sur les actes de comm.* (*Ann. de dr. comm.*, t. 9, 1895, doctr., p. 186), et *Tr. élém. de dr. comm.*, n. 16 et 646; Guillouard, *op. cit.*, n. 96; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n. 121; Lecaisne, *op. cit.*, t. 2, p. 36; Houpin, *op. cit.*, t. 2, n. 965. — V. également Laurin, n. 475; Pic, n. 1371. — *Contrà*, Cass. Rome, 13 janv. 1898, Piazza, [S. et P. 99.4.21] — V. aussi *suprà*, v° *Patentes*, n. 105 et s.

106. — Peu importe, d'ailleurs, que les objets soient livrés à un prix supérieur au prix de revient, la différence profitant à la société, et, par conséquent, aux acquéreurs eux-mêmes en leur qualité d'associés. — Bourges, 19 janv. 1869, Soc. coopérative de Guérigny, [S. 69.2.323, P. 69.1271, D. 69.2.133]

107. — Peu importe même que les statuts permettent de livrer des objets de consommation à des tiers, en échange des marchandises qu'ils auraient fournies à la société, ou des travaux qu'ils auraient faits pour elle, si d'ailleurs, ces tiers n'ont aucun droit aux bénéfices. — Même arrêt.

108. — Et la société ne perd pas le caractère civil par cela seul que des ventes d'objets provenant de ses magasins auraient été faites à des personnes qui lui sont étrangères, si ces ventes n'ont pas été faites par ordre de ses représentants légaux, mais bien à leur insu, au préjudice et en fraude des intérêts sociaux. — Même arrêt.

109. — Il n'y a donc pas lieu d'imposer à la patente la société coopérative qui ne livre ses denrées ou marchandises qu'aux personnes devenues sociétaires conformément aux statuts, et qui répartit les sommes représentant la différence du prix d'achat au prix de vente entre les associés au prorata de l'importance des ventes faites à chacun d'eux. — Cons. d'Et., 29 juin 1877, précité. — V. aussi *suprà*, v° *Patentes*, n. 108 et 109.

110. — Quant aux sociétés de *production*, elles sont commerciales en principe. Cette règle est absolue pour celles d'entre elles qui s'adonnent à une industrie manufacturière (Pic, n. 1371). Seules seraient civiles celles qui tendraient à l'exploitation d'une industrie, soit agricole, soit extractive, ces deux types d'industries ayant, de droit commun, le caractère civil. — V. *suprà*, v° *Acte de commerce*, n. 404 et s., et *Société* (*en général*), n. 409 et s.

111. — Pour les *coopératives de crédit*, il y a controverse. Quelques jurisconsultes considèrent le crédit mutuel comme une opération civile, par le motif que cette forme de coopération exclut l'intermédiaire banquier, et par conséquent supprime l'élément de spéculation. Il n'y aurait commercialité que si la société

intervenait entre négociants pour les besoins de leur commerce. — Hubert-Valleroux, *Rev. des soc.*, 1884, p. 251; Houpin, t. 2, n. 965. — V. *supra*, v° *Patentes*, n. 114 et s.

112. — D'autres estiment, au contraire, que les sociétés de crédit mutuel ont un caractère essentiellement commercial, attendu qu'elles font des opérations *de banque*; or ces opérations figurent dans l'énumération légale des actes de commerce (V. *supra*, v° *Acte de commerce*, n. 921 et s.). — Arthuys, *Rev. crit. de législ.*, 1895, p. 337. — V. aussi *suprà*, v° *Patentes*, n. 114 et s.

113. — La loi du 5 nov. 1894, sur les sociétés *de crédit agricole*, décide expressément dans son art. 4 que ces sociétés sont *commerciales*. — Sur les conséquences de la commercialité qui leur est légalement attribuée (compétence consulaire, faillite, etc., V. *suprà*, v^is *Crédit agricole*, n. 42 et s., et *Patentes*, n. 118. — V. aussi Brouilhet et Maurin, *Manuel pratique de crédit agricole*; L. Durand, *Le crédit agricole*; Rayneri, *Manuel des banques populaires*.

114. — Dans le cas où une société coopérative a le caractère commercial à raison de la nature de ses opérations, on admet assez généralement que ce caractère subsiste alors même qu'elle consacre ses bénéfices à une œuvre de bienfaisance ou à une œuvre d'assistance mutuelle entre les associés. Cette destination est en effet indépendante des opérations faites par la société, et ce sont les opérations seules qui doivent servir à déterminer sa nature. — Cons. d'Ét., 26 janv. 1895, Soc. anon. des forges d'Audincourt, [S. et P. 97.3.29, D. 96.3.5] — V. Hauriou, note sous Cons. d'Ét., 24 déc. 1897, *Caisse rurale de Sermérieu*, [S. et P. 99.3.17] — Thaller, *Ann. de dr. commer.*, 1895, p. 187. — V. aussi Cass., Rome, 13 janv. 1898, précité.

115. — Cette solution devrait toutefois être écartée, selon nous, dans le cas où les membres de la coopération ne seraient appelés à bénéficier en rien, ni directement ni indirectement, des bénéfices réalisés. Si ces bénéfices étaient exclusivement destinés à une œuvre de propagande sociale non susceptible de profiter matériellement aux membres, on serait alors en présence d'une association pure et non d'une société. Mais l'hypothèse est plus théorique que pratique, les coopératives, même à tendance socialiste, ne pouvant prospérer qu'à la condition de procurer à leurs adhérents certains avantages tangibles.

116. — Par exception au principe formulé ci-dessus, et conformément à la règle nouvelle affirmée dans l'art. 68 de la loi de 1867, amendée par la loi du 1er août 1893, doivent être considérées comme des sociétés commerciales, et soumises aux lois et usages de commerce, les sociétés à capital variable, même à objet civil, qui se constitueraient postérieurement à la promulgation de la loi de 1893, sous forme de société anonyme, ou de commandite par actions. Pour la société en commandite simple, il y a controverse, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 5795 et s.

117. — Les fondateurs d'une société coopérative de consommation ont donc l'option entre deux procédés : ou bien former entre eux une société civile à capital variable, ou recourir à l'un des deux types de sociétés par actions, spécialement à la *forme anonyme*. Cette dernière forme, ainsi que le fait justement observer M. Gide (*op. cit.*, p. 59), est beaucoup plus favorable aux quatre points de vue suivants : 1° La responsabilité des associés est limitée au montant de leur apport, tandis que les membres d'une société civile sont en principe responsables du passif au delà de leur apport. D'après l'opinion générale, dans une société civile, une telle limitation ne pourrait être le fait d'une clause même formelle et expresse des statuts ; pour être opposable aux tiers, ladite clause devrait être reproduite dans tous les contrats, dans tous les marchés conclus par la société. — Thaller, *Ann. de dr. commerc.*, 1903, p. 312. — V. aussi *suprà*, v° *Société civile*, n. 537 et s. — Il est inutile d'insister sur les complications et les difficultés pratiques qu'entraînerait une telle insertion.

118. — 2° Les actions sont essentiellement transmissibles et négociables, tandis que les parts d'intérêt sont en principe intransmissibles et incessibles, et qu'en tout cas leur cession, même autorisée par les statuts, est toujours entourée de restrictions gênantes.

119. — 3° La société anonyme jouit de la personnalité légale, tandis que pour la société purement civile il peut y avoir doute. Cet intérêt, il est vrai, a disparu en présence de la thèse admise par la jurisprudence sur la personnalité morale des sociétés civiles : mais encore est-il permis de se demander si cette thèse peut s'appliquer aux coopératives de consommation ayant le caractère d'associations, et non de sociétés.

120. — 4° Dans la société par actions, la vente au public est toujours possible. Or cette vente, si elle change parfois le caractère de l'opération, peut en revanche être la source de bénéfices considérables.

121. — En regard de ces avantages, la forme par actions, et spécialement la forme anonyme, présente, pour les coopératives de consommation en particulier, certains inconvénients : 1° La loi de 1867 assujettit toutes les sociétés par actions à des formalités gênantes, compliquées et coûteuses. Sans doute, le tit. 3 admet certaines simplifications pour les sociétés à capital variable ; mais, malgré tout, la constitution d'une coopérative sous le type civil sera toujours beaucoup plus simple, le Code civil laissant aux parties une entière liberté tant pour la rédaction des statuts, que pour la détermination et la réalisation du capital, ou pour le mode d'administration et de contrôle.

122. — 2° La forme par actions transforme, bon gré mal gré, la société coopérative en société commerciale, astreinte à toutes les obligations des commerçants, notamment au point de vue de la tenue des livres, passible de la faillite, etc. (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5730, 5802 et s.). Il y a là un risque qui peut faire hésiter les fondateurs.

123. — L'option entre la forme civile et la forme commerciale ne laisse donc pas que d'être embarrassante. Le Comité central de l'*Union coopérative des sociétés françaises de consommation* a essayé, il est vrai, dans les statuts-types proposés par lui aux coopératives qui voudraient se constituer à l'avenir, de combiner les avantages des formes civile et commerciale, et d'éliminer les inconvénients de chacune d'elles. Mais il est permis d'émettre les doutes les plus sérieux sur la valeur juridique du type proposé. Les sociétés conformes à ce type, dites « *sociétés civiles de consommation à capital variable* » sont en réalité des sociétés par actions mal qualifiées, nulles pour inobservation des formalités constitutives prescrites par la loi de 1867. Comment en effet ne pas voir que, en divisant le capital social en parts égales, cessibles ou même négociables par voie de transfert, les fondateurs de ces coopératives créent de véritables actions? Et en ce cas, de deux choses l'une : ou ils ont entendu créer une société par actions sans observer les règles légales, et en ce cas la société est nulle ; ou leur intention a été de créer des parts d'intérêt cessibles, et en ce cas les porteurs de parts pourront être poursuivis *in infinitum*, même au delà de leur apport, en paiement des dettes sociales, et ce, alors même que les statuts contiendraient une clause de limitation (V. *suprà*, n. 117). Les sociétaires se voient ainsi exposés à des poursuites dont ils croyaient être à l'abri, grâce à la forme adoptée.

124. — La conclusion, c'est que la condition des coopératives demeurera précaire tant que le législateur n'aura pas édicté pour elles une loi spéciale. Ainsi que le fait justement observer M. Thaller, « les conseils des œuvres coopératives se trouveront en face de cette alternative, aussi longtemps que la malheureuse loi, tant attendue, de ces sociétés n'aura pas reçu la sanction des pouvoirs publics. Ou bien ils proposeront de s'en tenir aux statuts Clavel (V. *suprà*, v° *Société de secours mutuels*), avec la chance pour les sociétaires de risquer une somme supérieure à la part sociale et impossible à déterminer d'avance. Ou bien ils recommanderont l'emploi de la forme anonyme, forme pointilleuse, avec l'assistance nécessaire d'un notaire et le piège de la nullité, s'il a été commis, sur un point même tout à fait secondaire, une infraction aux lois de 1867 et de 1893; de ces deux perspectives, quelle est la plus consolante? Ni l'une ni l'autre ne sont de nature à calmer les légitimes inquiétudes des hommes qui, en entrant dans une coopérative, sentent qu'ils peuvent se trouver entraînés, comme risques et comme dépenses, au delà d'un certain chiffre de prévisions ». (*Les sociétés coopératives de consommation dont le capital est divisé par parts nominatives* : *Ann. de dr. comm.*, 1903, p. 313). — V. Gide, p. 62.

125. — 2° *Une société peut être créée à capital variable, sans présenter les caractères d'une coopérative.* — Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, le législateur de 1867 avait tout d'abord songé uniquement à favoriser les coopératives ouvrières. Mais au cours de la discussion, on fit remarquer qu'il y aurait quelques inconvénients à proposer une législation de classe, édictée uniquement en vue d'une catégorie spéciale de citoyens, les ouvriers, ou en vue de sociétés poursuivant un but économique spécifié, la suppression des intermédiaires. Le terme même de coopérative disparut du texte définitif, et on adopta la formule large de l'art. 48 : « Il peut être stipulé, dans les statuts, de *toute société*, etc. »,

126. — Cette formule démontre, jusqu'à l'évidence, que les fondateurs d'une société quelconque peuvent, à leur gré, et alors même que leur intention ne serait nullement de réaliser une coopérative quelconque, adopter la clause de variabilité du capital. M. Thaller (n. 805) cite, par exemple, le cas d'un banquier qui s'associerait des commanditaires, avec réserve par ceux-ci de reprendre leur commandite à l'époque qu'il leur plairait de choisir (la commandite, ici, rappelle le dépôt à vue, bien qu'elle conserve le caractère de part d'associé), et réserve pour lui-même de s'adjoindre, s'il le juge opportun, de nouveaux commanditaires. — V. sur le principe, Houpin, t. 2, n. 963; Vavasseur, t. 2, n. 969; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1035.

127. — 3° *Les sociétés coopératives, elles-mêmes, peuvent ne pas faire usage de la faculté inscrite dans l'art. 48.* — Cette règle n'est pas moins certaine que la précédente. Le législateur de 1867 a entendu conférer aux coopératives qui se conformeraient aux prescriptions du tit. 3 certains avantages : mais il est de toute évidence que les coopérateurs peuvent, s'ils le préfèrent, demeurer sous l'empire du droit commun. Une coopérative de crédit ou de production, par exemple, peut avoir besoin, *ab initio*, de capitaux assez importants, et on conçoit assez aisément qu'elle ne puisse s'accommoder de la disposition impérative de l'art. 49, limitant à 200,000 fr., le chiffre maximum du capital. — Thaller, n. 799; Pic, n. 1371.

§ 2. *Fonctionnement des sociétés coopératives ou à capital variable.*

128. — La législation spéciale aux sociétés coopératives ou à capital variable a un double objet : d'une part, en effet, le législateur de 1867 a entendu favoriser les sociétés coopératives en les affranchissant de certaines formalités gênantes; d'autre part, il s'est préoccupé de prévenir certaines fraudes ou certains abus, et spécialement d'empêcher les sociétés de spéculation de bénéficier des faveurs légales.

129. — De ces prescriptions, les unes ne sont évidemment applicables qu'aux sociétés par actions (C. civ., art. 50). Pour les autres, il y a controverse. Quelques auteurs estiment que tous les autres articles du tit. 3 s'appliquent indistinctement à toutes les sociétés à capital variable, quelle que soit leur forme (Vavasseur, t. 2, n. 1044); mais l'opinion dominante, basée d'ailleurs sur les travaux préparatoires, est qu'il convient de distinguer entre les prescriptions légales destinées uniquement à sauvegarder les intérêts des tiers, et celles dont l'objectif principal est d'assurer le respect des prescriptions fondamentales de la loi de 1867 : ces dernières ne s'appliqueraient qu'aux sociétés par actions. — Boistel, n. 338; Mathieu et Bourguignat, n. 277; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1039; Houpin, t. 2, n. 985; Pont, t. 2, n. 1742.

1° *Dispositions spéciales aux sociétés coopératives ou à capital variable.*

130. — Ces dispositions se réfèrent : 1° à la variabilité du capital; 2° au taux des actions; 3° aux causes de dissolution; 4° à la personnalité civile, expressément reconnue à toutes les sociétés, même non commerciales, constituées sous le régime des sociétés à capital variable.

131. — I. *Variabilité du capital.* — Tandis que de droit commun le capital des sociétés commerciales est fixe, en ce sens que toute augmentation ou diminution du capital statutaire doit être publiée pour être opposable aux tiers, le capital des sociétés réglementées par le tit. 3 est essentiellement variable (art. 48, 52 et 62, cbn.). Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, cette variabilité, pour satisfaire au vœu de la loi, doit pouvoir s'exercer indifféremment dans le sens de l'augmentation ou de la diminution. Une société, susceptible uniquement d'augmentation, mais non de diminution par la reprise totale ou partielle des apports, ne serait point admise à bénéficier du régime de faveur institué par le tit. 3. — V. *suprà*, n. 88 et s. — Recherchons successivement comment pourra se produire soit l'augmentation, soit la diminution du capital.

132. — a) *Augmentation.* — L'augmentation du capital peut résulter, soit de l'adjonction de nouveaux membres, soit de l'augmentation des mises sociales. Cette faculté d'augmentation comporte toutefois un double cran d'arrêt : 1° elle cesse d'être possible lorsque le capital statutaire est atteint. Ou du moins, à partir de ce moment, l'augmentation n'est régulière que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire à la condition d'être dûment publiée, et, tout au moins s'il s'agit d'une société par actions, précédée d'une délibération de l'assemblée extraordinaire autorisant cette modification aux statuts. Lors donc que le capital statutaire a été effectivement versé en totalité, il n'est plus permis que de combler les vides résultant des retraites; mais tout dépassement du chiffre statutaire serait à considérer comme nul en l'absence des formalités précitées. — Pont, t. 2, n. 1746.

133. — 2° Lorsque la société est par actions, les augmentations de capital ne peuvent avoir lieu que d'année en année, et chaque augmentation ne peut excéder 200,000 fr. (art. 49).

134. — Nous avons dit qu'une société pouvait, sans cesser de pouvoir prétendre aux faveurs légales, employer des auxiliaires salariés, ouvriers et employés, concurremment avec les associés (V. *suprà*, n. 66 et s.). Mais les statuts d'une coopérative peuvent très-légitimement exclure cette combinaison, et disposer que tout nouvel ouvrier engagé aura, de plein droit, le titre d'associé. C'est aux tribunaux qu'il appartient de faire respecter les statuts ainsi libellés et de restituer aux salariés d'une coopérative le titre et les prérogatives des associés, que les associés de la première heure prétendraient, malgré les statuts, dénier aux nouveaux engagés. — Trib. Saint-Etienne, 5 févr. 1895, [*Rev. des soc.*, 95.365]

135. — b) *Diminution.* — La diminution du capital peut résulter de deux causes distinctes : les retraites volontaires, l'exclusion. — α) *Retraite volontaire.* — Le capital social, lisons-nous dans l'art. 48, est susceptible « de diminution par la reprise *totale ou partielle* des apports effectués ». Et l'art. 52 ajoute : « chaque associé pourra se retirer de la société lorsqu'il le jugera convenable, *à moins de conventions contraires* et sauf l'application du § 1 de l'article précédent (détermination par les statuts du chiffre au-dessous duquel le capital ne pourra être réduit par les reprises d'apport). De la combinaison de ces deux articles découlent les conséquences suivantes.

136. — Tout d'abord, la reprise d'apports peut être, au gré de l'associé, *totale ou partielle.* Il semble, à première vue, que, dans les sociétés par actions, ce droit de reprise partielle, consacré formellement par l'art. 48, se heurte à l'application du principe de l'égalité des coupures. Mais l'objection n'est nullement décisive, ainsi que l'a très-nettement démontré le ministre des Finances au cours de la discussion : « Sans doute, d'après l'art. 34 C. comm., les actions doivent être divisées par parts égales. Mais cela veut-il dire que, dans l'intérieur de la société, les retraits partiels du capital versé changeront la situation? Pas le moins du monde... Le Code de commerce dit bien qu'initialement, on divisera les actions en portions égales, mais il ne régit pas le mode de partager des bénéfices. Ce partage peut être incessamment variable. Ainsi, un ouvrier aura versé 25 fr.; il prendra ses bénéfices pour la part proportionnelle à son versement; un autre aura versé 5 fr. et prendra une part proportionelle à ce versement; un autre enfin, aura versé 50 fr., il prendra également une part proportionnelle à ce versement de 50 fr. La division initiale n'influe donc nullement sur les retraits partiels; ces retraits servent seulement à fixer la répartition des bénéfices sociaux ». — Houpin, t. 2, n. 973. — V. aussi Pont, t. 2, n. 1754.

137. — D'autre part, les statuts peuvent régler, soit l'opportunité, soit les conditions de la retraite des associés, en vue de prévenir les inconvénients graves qui pourraient résulter d'une faculté illimitée de sortie, chaque membre démissionnaire pouvant immédiatement et sans préavis retirer la totalité de sa mise. Mais il est universellement admis que l'on ne saurait appliquer à la lettre la disposition de l'art. 52, lequel, en faisant allusion à une *clause contraire*, semble admettre l'insertion dans les statuts d'une clause interdisant absolument la retraite volontaire des associés. Une telle interprétation est manifestement inadmissible. Non seulement en effet elle serait en contradiction avec le texte de l'art. 48, mais elle méconnaîtrait absolument l'esprit général du tit. 3. Le caractère essentiel des sociétés à *capital variable* est de faciliter la retraite volontaire des membres, et toute clause tendant à supprimer ce droit devrait être considérée comme nulle d'une nullité d'ordre public. — Bordeaux, 7 avr. 1897, [*J. des soc.*, 97.508] — V. Pont, t. 2, n. 1757; Houpin, t. 2, n. 972; Vavasseur, t. 2, n. 991; Thaller, n. 809; Pic, *op. cit.*, p. 1014, note 1.

138. — Les statuts pourraient simplement réglementer l'exercice du droit reconnu aux associés de se retirer *ad nutum*, soit en fixant un certain délai pour le remboursement des ap-

ports... — Paris, 19 févr. 1873, [*J. des trib. comm.*, 73.245]

139. — ... Soit en fixant un délai de préavis, c'est-à-dire en obligeant l'associé qui désire se retirer à prévenir la société un certain temps à l'avance (V. délai de préavis prévu par l'art. 1780, nouv., C. civ., dans le contrat de louage de services). — Mêmes auteurs.

140. — ... Soit en subordonnant la retraite de l'associé à l'approbation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale (Houpin, t. 2, n. 972; Pont, t. 2, n. 1757). Il y aurait toutefois des réserves à formuler sur cette dernière limitation. S'il était prouvé en fait que cette exigence apporte une entrave trop grande au droit de retraite des associés, les tribunaux pourraient se refuser à en tenir compte (Vavasseur, t. 2, n. 991). — Sur la mesure dans laquelle les clauses statutaires interdisant à l'ex-associé de se rétablir dans un commerce similaire, susceptible de concurrencer celui de la société, peuvent être tenues pour obligatoires, V. Pic, *Lég. industr.*, n. 276. — V. aussi Angers, 16 mai 1894 (motifs), Pasquet, [S. et P. 94.2.180] — V. aussi *suprà*, v° *Liberté du commerce et de l'industrie*, n. 195.

141. — Que peut réclamer l'associé qui se retire? Si l'on prend à la lettre le texte de l'art. 48, il semble que l'associé ne puisse se faire rembourser que le montant de ses apports, quel que puisse être le chiffre des bénéfices réalisés et mis en réserve par la société. Les travaux préparatoires semblent favorables à cette solution. « Il est bien évident, lisons-nous dans l'Exposé des motifs, que lorsqu'un associé aura repris sa mise entière, *il ne sera plus associé*. On n'est plus associé lorsqu'on a retiré son apport ». — Tripier, t. 1, p. 65. — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 973; Pont, t. 2, n. 1762.

142. — Cette interprétation littérale nous paraît très-contestable. En effet, l'associé qui se retire cesse d'être associé *hic et nunc*, mais sans rétroactivité. Demeurant dans une limite que nous déterminerons responsable du passif, n'est-il pas juste qu'en revanche il puisse prétendre à une quote-part des bénéfices proportionnelle aux droits qu'il avait dans la société? Si la société est en perte lorsqu'il effectue le retrait de sa mise, il subit sur celle-ci une réduction; la logique et l'équité exigent qu'il bénéficie de la plus-value si des bénéfices ont été réalisés. — Lecaisne, *op. cit.*, p. 90; Bédarride, n. 573; Thaller, n. 813.

143. — La solution précédente, en tout cas, ne saurait être contestée lorsque les statuts contiennent une clause obligeant la société à payer à l'associé qui se retire une somme correspondant à sa mise sociale accrue des bénéfices. En présence d'une telle clause, la société ne peut se dire libérée et retirer en conséquence le livret de l'ex-sociétaire qu'autant qu'elle a soldé le montant intégral de la somme ainsi calculée. — Lyon, 7 nov. 1894, [*Mon. jud. Lyon*, 15 mars 1895]

144. — La société pourrait, à l'inverse, par une clause expresse insérée dans les statuts, exclure l'associé du droit d'obtenir *sa part dans le fonds de réserve*, auquel cas il devra se contenter du retrait de sa mise, augmentée éventuellement des bénéfices correspondant aux exercices précédents, non incorporés au fonds de réserve. — Thaller, n. 813.

145. — Remarquons, d'autre part, que, si les statuts n'ont pas fixé de délai pour le remboursement, le sociétaire qui se retire a droit au remboursement immédiat; la société ne pourrait en ajourner le paiement jusqu'après la liquidation, ce qui équivaudrait à paralyser l'exercice de la faculté de retrait. — Paris, 19 févr. 1873, [*J. des trib. comm.*, 73.245]

146. — Vainement objecterait-on que les travaux exécutés par la société avant la retraite de l'associé donnent lieu à garantie pendant dix ans, alors que, d'une part, aucune réclamation n'est parvenue au bureau de la société à raison des travaux exécutés, et que d'autre part un fonds de réserve destiné à faire face aux actions en garantie a été prévu par les statuts et régulièrement constitué à l'aide d'un prélèvement annuel sur les bénéfices. — Même arrêt.

147. — Le droit pour les associés de retirer leur mise *ad nutum* doit toutefois se combiner avec les art. 1869 et s., C. civ., qui n'autorisent la renonciation, dans la société formée sans limitation de durée, qu'à la condition que cette renonciation soit de bonne foi et n'ait pas lieu à contre-temps. — Vavasseur, t. 2, n. 990; Houpin, t. 2, n. 972; Pont, t. 2, n. 1758. — *Contrà*, Boistel, n. 341. — Les travaux préparatoires sont en ce sens : « Si l'on demande notre sentiment, — a déclaré le rapporteur de la commission — sur l'hypothèse où plusieurs associés, par une sorte de coalition, c'est-à-dire par une fraude véritable, pour jeter la société dans des embarras, se retireront dans des conditions inopportunes, nous répondrons que la fraude fait exception à toutes les règles, et qu'il pourrait y avoir, dans ce cas, pour les tribunaux, si la question leur était soumise, lieu d'appliquer, en effet, les principes du droit commun ». — Tripier, t. 2, p. 449 — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 868 et s.

148. — 3° *Exclusion*. — « Il pourra être stipulé, — lisons-nous dans l'art. 52, § 2, — que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société ». Le législateur de 1867, en reconnaissant formellement aux sociétés à capital variable le droit de prononcer l'exclusion de leurs membres, n'a fait que confirmer et réglementer un usage presque constant des sociétés coopératives », usage imposé en quelque sorte par les nécessités mêmes du fonctionnement des coopératives. Les sociétés ouvrières de production ont besoin de la coopération active et intelligente de tous les associés; les coopératives de consommation et plus encore celles de crédit mutuel reposent sur la confiance et l'entente complète de leurs membres; l'intérêt supérieur de telles œuvres, basé essentiellement sur la solidarité et la coordination volontaire des efforts de chacun, exige donc impérieusement l'élimination des éléments perturbateurs, susceptibles d'en paralyser le développement. — Houpin, t. 2, n. 975; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1759.

149. — Des termes mêmes de l'art. 52, il résulte que cette faculté d'exclusion présuppose réunies deux conditions : 1° Une réserve expresse dans les statuts.

150. — En conséquence, serait nul et non avenu le vote d'exclusion d'un sociétaire qui ne s'appuierait point sur une clause statutaire formelle. — Trib. comm. Seine, 15 avr. 1897, [*J. des soc.*, 97.326] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 975; Pont, t. 2, n. 1759; Pic, p. 1014, note 2.

151. — 2° L'exclusion ne peut être prononcée que par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires. Serait nulle, en conséquence, la délibération du conseil d'administration prononçant, même en conformité d'une clause formelle des statuts, une exclusion de ce genre. — Poitiers, 12 juill. 1894, sous Cass., 27 janv. 1896, Monnerie, [S. et P. 96.1.213] — Lyon, 19 mars 1897, [*J. La Loi*, 18 nov. 1897] — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 992; Pont, t. 2, n. 1759; Houpin, t. 2, n. 975; Pic, p. 1014, note 2.

152. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que l'on doit tenir pour licite la clause des statuts d'une boulangerie coopérative portant que tout actionnaire qui cesserait de se fournir de pain à la coopérative perdra ses droits soit au remboursement de son action, soit à la répartition des bénéfices. — Trib. comm. Nantes, 9 déc. 1891, [*Jurispr. Nantes*, 92.1.82]

153. — Cette solution parait très-juridique en ce qui concerne les bénéfices; mais elle est plus difficilement défendable quant à l'apport lui-même. Cette confiscation de la mise, même intervenant à titre de sanction d'un manquement aux obligations de l'associé, nous semble contraire à l'esprit de la loi, d'après laquelle la mise de tout associé sortant de la société pour une cause quelconque doit lui être restituée, sous la seule déduction des pertes auxquelles il est tenu de contribuer pour sa part. — V. Houpin, t. 2, n. 975.

154. — En tout cas, lorsqu'une peine de ce genre est édictée par les statuts, la mission du conseil d'administration se borne à constater l'existence des faits reprochés à l'associé (sorte de mesure d'instruction préparatoire) et à déférer les faits incriminés à l'assemblée générale, qui statuera, et décidera s'il y a lieu de prononcer l'exclusion. — Lyon, 19 mars 1897, précité.

155. — Non seulement la régularité de l'exclusion est subordonnée par la loi à l'intervention de l'assemblée générale, mais encore il faut que celle-ci délibère dans les conditions de majorité fixées pour la modification des statuts. Rappelons à ce sujet que, dans la commandite par actions, ces conditions sont librement déterminées par les statuts, mais que, dans la société anonyme, aux termes de l'art. 31 de la loi de 1867, l'assemblée ne délibère valablement qu'autant qu'elle est composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. — V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 5545 et s., 5569 et 5570. — Cette prescription de l'art. 31 est impérative, et ne pourrait être écartée même par une clause expresse des statuts. — Cass., 31 oct. 1892, [*Rev. soc.*, 93.10] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1760; Vavasseur, t. 2, n. 992; Houpin, t. 2, n. 975.

156. — L'assemblée générale est souveraine dans la limite des pouvoirs que lui attribuent la loi ou les statuts (à supposer que ces derniers ne soient pas rédigés en violation des prescriptions impératives de la loi de 1867). Il n'appartient donc pas aux tribunaux, lorsqu'il est prouvé que l'assemblée a statué aux conditions de majorité prérappelées, et dans la limite de ses pouvoirs, d'apprécier l'opportunité de la mesure d'exclusion. — Trib. Blois, 5 mai 1897, [*J. des soc.*, 97.477]

157. — Mais l'autorité judiciaire a qualité pour rechercher, d'une part, si la majorité requise a été réellement obtenue; d'autre part, si l'exclusion n'a pas été prononcée pour une cause autre que celles prévues par les statuts. — Même jugement. — V. aussi Cass., 31 oct. 1892, précité. — V. Houpin, t. 2, n. 975; Vavasseur, t. 2, n. 992.

158. — Jugé, dans le même sens, que la légalité des peines statutaires étant admise, il appartient aux tribunaux de rechercher si un membre de la société a encouru les pénalités édictées et si la preuve de la faute qu'on lui reproche est faite. — Poitiers, 12 juill. 1894, précité.

159. — En tout cas, lorsque le sociétaire, loin de contester les pouvoirs des tribunaux, s'est borné, devant les juges du fond, à plaider sa non-culpabilité, et à demander qu'il fût déclaré que la faute n'était pas établie, et lorsqu'il s'agit d'ailleurs de déterminer le sens et la portée d'une clause insérée dans les statuts d'une société dont le caractère de société à capital variable n'est pas établi, le sociétaire ne saurait être admis, devant la Cour de cassation, à attaquer, pour excès de pouvoir, une décision rendue par des juges dont il a accepté la juridiction. — Cass., 27 janv. 1896, Monnerie, [S. et P. 96.1.213]

160. — Que peut réclamer l'associé exclu? La loi ne s'est pas prononcée expressément sur ce point. Mais l'application des principes généraux conduit à décider que, l'exclusion opérant logiquement au regard de l'exclu comme une dissolution, celui-ci doit pouvoir prétendre à une somme égale à celle qu'il aurait obtenue en cas de liquidation réelle du passif social. Il ne peut donc être réduit au retrait de sa mise, et peut réclamer sa quote-part des bénéfices, incorporés au fonds social ou à la réserve. — Houpin, t. 2, n. 975; Pont, t. 2, n. 1761.

161. — Cette liquidation peut entraîner de graves complications. Aussi les statuts pourraient-ils décider, par analogie de la règle admise pour le cas de règlement de la part revenant dans la société en nom collectif aux héritiers de l'associé décédé, que la part de l'exclu se calculera sur les bases du dernier inventaire. — Houpin, *loc. cit.* — V. aussi Thaller, n. 813.

162. — La variabilité du capital comporte, dans le sens de la faculté de retrait, une double limitation : 1° Les statuts peuvent déterminer une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par la reprise des apports autorisés par l'art. 48. Cette somme ne pourra être inférieure *au dixième du capital social* (art. 51). Si les statuts sont muets sur la question, c'est ce minimum qui servira de cran d'arrêt; mais il serait loisible aux rédacteurs des statuts de fixer un minimum plus élevé. — Pont, t. 2, n. 1756; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1041.

163. — La règle formulée par l'art. 51 est absolue et ne comporte aucune exception. A tort ou à raison, le législateur de 1867 a estimé qu'il était impossible, tant dans l'intérêt des tiers que dans celui de la société elle-même, d'autoriser des retraits qui réduiraient le capital à un chiffre inférieur au dixième du capital initial. Peu importe dès lors la cause première de la réduction du capital; même si elle provient de pertes considérables, et non point de retraits volontaires, la faculté de retrait n'en est pas moins paralysée jusqu'à ce que, par suite de circonstances favorables ou d'adhésions nouvelles, le minimum du dixième soit dépassé, et vienne ainsi laisser une marge nouvelle, plus ou moins considérable, aux retraits de fonds. — Pont, t. 2, n. 1756; Houpin, t. 2, n. 974; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1041 *bis*. — V. Paris, 22 déc. 1897 (motifs), [J. *Le Droit*, 8 mars 1898]

164. — 2° L'associé qui cesse de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment du retrait (art. 52, *in fine*). Cette disposition est facile à justifier. Si la retraite de l'associé avait entraîné libération immédiate, les associés auraient eu un moyen trop commode de réduire à néant, en cas de situation obérée, le gage des créanciers.

165. — Quant à l'étendue de l'obligation, elle diffère naturellement suivant la nature de la société. L'associé qui se retire est-il un associé en nom? il répondra solidairement avec ses coassociés du passif social pendant le délai de cinq années. L'associé démissionnaire ou exclu n'est-il qu'un commanditaire ou un actionnaire? son obligation ne peut excéder sa mise. Il ne risque donc que d'être actionné, dans les cinq ans, en complément du non-versé. — Vavasseur, t. 2, n. 993; Pont, t. 2, n. 1763; Houpin, t. 2, n. 976; Thaller, n. 813.

166. — Quel sera le point de départ du délai de cinq ans? La réponse à cette question découle implicitement de l'art. 62, aux termes duquel « ne sont pas assujettis aux formalités du dépôt et de publication » les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'art. 48, ou les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52.

167. — Les retraites des membres d'une société à capital variable n'étant assujetties à aucune publicité (une publicité quelconque rendrait en effet la variabilité du capital illusoire), on doit logiquement décider que les cinq ans, à l'expiration desquels l'associé qui se retire ou est exclu de la société cesse d'être responsable du passif social, courront du jour même de la retraite ou de la délibération de l'assemblée générale prescrivant l'exclusion. — Thaller, n. 813.

168. — Remarquons à ce sujet que la responsabilité de l'ex-associé ne se conçoit que pour les dettes sociales contractées antérieurement à son départ de la société. En cas de doute, c'est au créancier qui le poursuit à établir l'antériorité de son titre. — Riom, 1er juill. 1897, [*J. des soc.*, 98.74] — V. aussi Houpin, t. 2, n. 976.

169. — Il convient de remarquer que, pour les coopératives de crédit agricole, la loi du 5 nov. 1894 déroge au principe posé par l'art. 52. L'art. 2, *in fine*, de cette loi décide, en effet, que « les sociétaires ne pourront être libérés de leur engagement, qu'après la liquidation des opérations contractées par la société, antérieurement à leur sortie ». De ce texte, il résulte que les associés d'une société de crédit agricole ne peuvent jamais invoquer la prescription de cinq ans, établie par l'art. 52 de la loi de 1867 en faveur des associés qui se retirent d'une société à capital variable. Leurs obligations ne cessent que par l'extinction des obligations de la société. — Thaller, p. 420, note 1. — V. *suprà*, v° *Crédit agricole*, n. 89 et s.

170. — Toutefois, et malgré sa généralité apparente, l'art. 2, *in fine*, de la loi de 1894, ne s'applique pas à tous les types de sociétés pouvant rentrer dans le cadre de ladite loi. En effet, si la société de crédit est une société à responsabilité limitée, chaque sociétaire qui se retirera de la société sera libéré par ce fait qu'il aura payé le montant des apports promis. De même, dans le cas où les statuts auraient limité la responsabilité à la souscription annuelle, chaque associé pourra se retirer en abandonnant ses cotisations déjà versées et se décharger ainsi de toute responsabilité. — Godde, *Le crédit personnel de l'agric. et les soc. de créd. agric.*, p. 133.

171. — L'art. 2, *in fine*, ne s'appliquera donc qu'aux hypothèses dans lesquelles il est impossible de déterminer, lors de la retraite d'un sociétaire, sa situation pécuniaire exacte à l'égard de la société. C'est ce qui se produira si la société est : 1° une société à responsabilité solidaire illimitée; 2° si elle est une société à responsabilité proportionnelle au montant de la souscription; 3° si elle constitue une société dans laquelle la responsabilité de chaque associé a été portée par les statuts à une part multiple de sa souscription. — Godde, *loc. cit.*

172. — II. *Taux de l'action.* — Le taux minimum de l'action était, d'après la loi de 1867, de 50 fr. (art. 50, § 1). Il y avait là une disposition de faveur, le taux minimum admis par cette loi étant de 100 fr. La loi du 1er août 1893 ayant autorisé les sociétés dont le capital n'excède pas 200,000 fr. à créer des actions de 25 fr., la modification de l'art. 50 s'imposait; la clause limitant à 50 fr. le taux minimum du titre a été supprimée; d'où cette conséquence que, pour les coopératives comme pour les autres sociétés commerciales, le minimum légal est actuellement de 25 fr.

173. — Mais la condition des coopérateurs reste plus favorable que celle des actionnaires : 1° En ce sens que, même sur les actions de 25 fr. qui, de droit commun, doivent être intégralement libérées, il suffira du versement du dixième, soit 2 fr. 50. — Pic, *op. cit.*, n. 1373; Thaller, n. 816.

174. — 2° Que les coopératives auront le droit de créer des actions de 25 fr., même dans le cas où, par suite d'augmentations de capital décidées dans les conditions autorisées par l'art. 49, leur capital viendrait à excéder le taux maximum initial de 200,000 fr. — Thaller, p. 421, note 1.

175. — Cette solution est cependant controversée. Une fraction importante de la doctrine estime que la loi de 1893 a purement et simplement fait rentrer les coopératives sous l'empire du droit commun, au point de vue du taux de l'action; d'où cette conséquence que les actions de la seconde série devraient être de 100 fr., si le résultat de l'émission nouvelle devait être de porter le capital global à un chiffre supérieur à 200,000 fr. — Houpin, t. 2, n. 982; Lyon-Caen et Renault, t. 2, Append., n. 45. — V. *suprà*, v° *Sociétés commeriales*, n. 3015 et s.

176. — Mais cette interprétation littérale nous semble, *a priori*, inacceptable. La loi de 1893 s'est proposé d'accorder des facilités nouvelles aux coopératives, en les autorisant à créer des actions de 25 fr. avec versement d'un dixième; ce serait méconnaître son esprit que de créer ici des catégories nouvelles, alors que la loi de 1867 ne distinguait point, et autorisait en tout cas la création d'actions des sociétés à capital variable au taux de 50 fr. — Sur la portée des art. 49 et 50, sous l'empire de la loi de 1867, V. Pont, t. 2, n. 1743; Mathieu et Bourguignat, n. 286.

177. — 3° Que l'art. 51 n'exige pas le versement du dixième sur chaque titre, mais simplement un versement global correspondant au dixième du capital statutaire. En d'autres termes, à la différence de ce qui a lieu pour les sociétés ordinaires, il n'est pas nécessaire, pour qu'une société par actions à capital variable soit définitivement constituée, que chaque actionnaire ait versé le dixième des actions par lui souscrites; il suffit que le dixième du capital social soit versé dans la caisse sociale, quelle que soit la proportion dans laquelle il a été fourni par chaque actionnaire. — Boistel, n. 340; Ruben de Couder, v° *Société à capital variable*, n. 31; Vavasseur, t. 2, n. 989; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1044; Houpin, t. 2, n. 983. — V. cep. Pont, t. 2, n. 1745. — Sur le mode de versement d'après le droit commun, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 3150 et s.

178. — III. *Causes de dissolution.* — Tandis que, de droit commun, les sociétés par intérêt sont dissoutes de plein droit par la mort, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 448 et s.), ces divers événements laissent subsister les sociétés du même type lorsqu'elles sont à capital variable (art. 54).

179. — Sans doute, la société est à considérer comme dissoute au regard des héritiers de l'associé décédé et au regard de l'associé lui-même, interdit ou en faillite, et de ce chef une liquidation fictive sera nécessaire à l'effet d'établir le montant des droits revenant à la succession ou à la faillite. Mais la société subsiste au contraire, sans qu'il soit nécessaire d'insérer à ce sujet une clause expresse dans les statuts, entre les autres associés.

180. — Il est généralement admis que la disposition finale de l'art. 52 ne présente pas un caractère rigoureusement impératif. Les statuts peuvent donc stipuler qu'en cas de décès d'un des associés, la société continuera entre ses héritiers et les associés survivants. — Pont, t. 2, n. 1768; Rivière, n. 354; Mathieu et Bourguignat, n. 303; Boistel, n. 343; Lyon-Caen et Renanlt, t. 2, n. 1043; Houpin, t. 2, n. 978.

181. — *Quid*, en ce qui concerne les sociétés coopératives par actions? Il semble, à première vue, que l'art. 54 ne présente pour elles aucune utilité. Cependant quelques auteurs estiment que cet article est général. En d'autres termes, tandis que l'*intuitus personæ* est radicalement absent de la société anonyme ordinaire, et qu'il ne se manifeste dans la commandite par actions de droit commun qu'au regard des commandités, il y aurait toujours dans les sociétés à capital variable, même anonymes, un certain *intuitus personæ*. D'où cette conséquence que le droit des actionnaires ne se transmettrait point aux héritiers; en cas de décès d'un actionnaire, sa part serait liquidée, et la société ne continuerait qu'entre les survivants. — Pont, t. 2. n. 1769; Houpin, t. 2, n. 978.

182. — A d'autres points de vue, il convient de revenir au droit commun. C'est ainsi que l'on doit incontestablement faire application à la société à capital variable par actions de la disposition de l'art. 37, autorisant, en cas de perte des trois quarts du capital social, l'assemblée générale à prononcer la dissolution. — V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5584 et s.

183. — Rappelons à ce sujet qu'à défaut par les administrateurs de réunir l'assemblée générale, comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, *tout intéressé* peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux. Cette expression *tout intéressé* est beaucoup plus compréhensive que la formule *tout associé*. — V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 5593 et s.

184. — Ainsi, les anciens membres d'une société à capital variable qui ont cessé de faire partie de la société, soit par démission, soit par exclusion, sont recevables à en demander la dissolution et la liquidation. Ils justifient suffisamment qu'ils ont un intérêt pour introduire une telle demande ou pour y intervenir, par cela seul qu'en vertu de l'art. 52 de la loi du 24 juill. 1867 ils restent tenus pendant cinq ans envers les associés et envers les tiers de toutes les obligations existant au moment de leur retraite (V. *suprà*, n. 164 et s.). — Lyon, 8 juin 1900, [*Mon. jud. Lyon*, 19 juill. 1900]

185. — Aux termes de l'art. 37 de la même loi, le droit de demander devant les tribunaux la dissolution de la société en cas de perte des 3/4 du capital social appartenant non seulement aux associés, mais à tout intéressé, cette action n'a pas été subordonnée par la loi à la condition d'une mise en demeure préalable. C'est donc à tort qu'un ancien associé, demandeur en dissolution de la société, et les intéressés intervenants seraient déclarés non recevables à défaut par eux d'avoir préalablement provoqué la réunion d'une assemblée générale. Il y a lieu, au contraire, d'admettre leur demande en intervention comme recevable en la forme et d'en examiner le mérite au fond. — Même arrêt.

186. — Une demande en dissolution basée sur ce que les bilans et les comptes auraient été entachés d'irrégularités et d'erreurs pendant un certain temps n'est pas fondée, si la société justifie que dans une période suivante les pertes ont été presque entièrement amorties et qu'elle est enfin en état de faire face à toutes ses obligations. — Même arrêt.

187. — Dans le cas de liquidation d'une société coopérative, le fonds de réserve et de prévoyance doit se répartir entre les actionnaires en proportion du nombre d'actions que chacun possède, en conformité des règles du droit commun. Il importe peu à cet égard que les statuts aient décidé « que chaque actionnaire ne devrait en principe être propriétaire que d'une action; que dans le cas où le même sociétaire posséderait plusieurs actions il ne recevrait cependant qu'une seule part de bénéfices et pour les autres actions recevrait seulement l'intérêt de 5 0/0 », une telle clause restrictive des droits des porteurs d'actions ne pouvant être étendue au delà de ses termes exprès et ne s'appliquant, dans ces termes, qu'à la société en état de fonctionnement, et non à la société en état de liquidation. — Lyon, 21 oct. 1898, [*Gaz. comm.*, *Lyon*, 30 nov. 1899]

188. — IV. *Personnalité civile des sociétés à capital variable.* — Aux termes de l'art. 53, la société (à capital variable), quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs. Il ressort nettement de cette disposition que les sociétés à capital variable, civiles ou commerciales, constituent toujours des personnes morales. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 131 et 1042; Boistel, n. 343; Houpin, t. 2, n. 977. — V. cependant Trib. civ. Périgueux, 5 août 1887, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Soc.*, n. 2184] — Il convient d'ailleurs de remarquer que la faveur légale résultant de cette disposition n'est qu'apparente, si l'on admet avec la jurisprudence que les sociétés civiles elles-mêmes jouissent en droit commun, de la personnalité morale. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 521 et s.

189. — Mais si, conformément au principe général posé par l'art. 53, les sociétés anonymes commerciales à capital variable ont une personnalité propre et sont représentées en justice par leurs administrateurs, il ne s'ensuit pas que les noms de tous les administrateurs doivent être reproduits, à peine de nullité, avec la délibération leur conférant pouvoir d'agir, en tête des exploits signifiés à leur requête; aucune disposition de la loi ne l'exige, et il suffit, pour la régularité de l'ajournement, qu'il soit indiqué comme donné à la requête des administrateurs de la société, avec mention du nom de cette société et de son siège social. — Cass., 15 janv. 1896, Soc. coopér. de product. et de consomm. de la Charente-Inférieure, [S. et P. 96.1.77, D. 96.1.523]

190. — Cette solution découle, d'ailleurs, logiquement du principe d'après lequel la règle « Nul en France ne plaide par procureur » ne s'applique point aux sociétés revêtues de la personnalité morale. — V. *suprà*, v° *Action (en justice)*, n. 212.

191. — V. *Mesures légales contre la spéculation.* — Comme contre-partie des faveurs énumérées ci-dessus, le législateur de 1867 a cru devoir prendre tout un ensemble de prescriptions en vue d'empêcher, soit les sociétés coopératives véritables de dévier de leur but, soit des sociétés ne poursuivant nullement l'objectif coopératif, mais bien un but de spéculation, de bénéficier abusivement des faveurs réservées aux premières. Cette réglementation spéciale se réfère aux trois chefs suivants : *a*) le capital originaire ne pourra excéder 200,000 fr. Il pourra être augmenté par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année, mais chaque augmentation ne pourra être supérieure à 200,000 fr. (L. de 1867, art. 49).

192. — Bien que l'art. 49, par la généralité de ses termes, semble viser toutes les sociétés à capital variable, il faut cependant décider que les limites qu'il assigne au montant du capital primitif ainsi qu'aux augmentations qui peuvent y être apportées par la suite, ne s'appliquent qu'aux seules sociétés à capital variable *par actions*. C'est seulement en effet pour ces sociétés qu'il y a lieu de craindre des spéculations résultant, non seulement du taux des actions, mais aussi des versements minimes qui doivent être opérés lors de la constitution de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 985; Boistel, n. 338; Pont, t. 2, n. 1748; Houpin, t. 2, n. 985; Mathieu et Bourguignat, n. 277. — V. aussi Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, *L. de 1867*, sur l'art. 49, n. 1. — *Contrà*, Vavasseur, t. 2, n. 988. — Sur le taux minimum des actions, et sur le versement minimum à effectuer, sinon sur chaque titre, du moins sur l'ensemble, V. *suprà*, n. 172 et s., 177 et s.

193. — Les augmentations du capital social ne sont pas soumises, à la différence de ce qui a lieu pour les sociétés par actions ordinaires, à toutes les conditions prescrites pour la constitution de la société. Spécialement, il n'est pas nécessaire que le nouveau capital soit intégralement souscrit immédiatement, et réalisé à concurrence d'un dixième : les souscriptions obtenues sont définitives, et les titres d'actions remis aux souscripteurs au fur et à mesure de leurs souscriptions. — Pont, t. 2, n. 1747; Boistel, n. 340; Ruben de Couder, *Soc. à capit. var.*, n. 35; Houpin, t. 2, n. 986; Cohendy et Darras, *op. cit.*, sur l'art. 49, n. 2.

194. — Il y a lieu toutefois, dès que le capital nouveau sera intégralement souscrit et libéré d'un dixième, de remplir les formalités prescrites par la loi de 1867 : déclaration notariée, et vérification, pour les sociétés anonymes, de la sincérité de cette déclaration par l'assemblée générale des actionnaires. — Mêmes auteurs. — Sur les conditions de l'augmentation du capital social dans les sociétés ordinaires, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5450 et s.

195. — Cette limitation légale, soit du capital initial, soit des augmentations ultérieures du capital statutaire, n'est pas sans inconvénients pour les coopératives qui ont besoin d'un capital assez considérable : coopératives de production exigeant un outillage industriel coûteux, coopératives de crédit ayant besoin de capitaux de roulement assez élevés.

196. — Mais il importe de faire remarquer que la loi de 1867 n'interdit pas, dans une société par actions au capital de 500,000 fr. par exemple, de stipuler la variabilité du capital. Seulement, une telle société ne bénéficiera d'aucune des faveurs du tit. 3; elle devra se constituer et être publiée dans les conditions déterminées par les tit. 1, 2 et 4 de la loi de 1867. — V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1048.

197. — *b*) Les actions ou coupons d'actions sont *nominatifs*, et restent tels, même après leur entière libération. La négociation ne peut avoir lieu que par voie de transfert, et les statuts peuvent conférer au conseil d'administration et à l'assemblée générale le droit de s'opposer au transfert (art. 50).

198. — En prohibant la négociation des actions autrement que par voie de transfert et en permettant aux statuts de conférer le droit d'opposition au conseil d'administration ou à l'assemblée générale, l'art. 50 a eu pour but d'écarter de la société les personnes dont la présence pourrait être une cause de danger ou de mésintelligence. D'où il résulte que cette disposition doit s'appliquer aussi bien aux cessions par voie civile qu'aux cessions par voie commerciale. — Pont, t. 2, n. 1751; Ruben de Couder, n. 44; Boistel, n. 339; Houpin, t. 2, n. 990.

199. — Mais cette disposition ne s'applique pas au transfert qu'il y aurait lieu d'opérer en cas de décès de l'un des associés, au profit de ses héritiers. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1046; Houpin, t. 2, n. 990.

200. — D'autre part, le droit d'opposition étant dérogatoire au droit commun ne saurait être admis que dans les conditions de notre article. En conséquence, il ne peut être conféré par les statuts sociaux ni aux gérants, ni au conseil de surveillance. — Mathieu et Bourguignat, n. 290; Pont, t. 2, n. 1752; Ruben de Couder, n. 45; Houpin, t. 2, n. 990; Cohendy et Darras, *op. cit.*, sur l'art. 50, n. 5.

201. — Comme le fait justement observer M. Thaller (n. 818), la combinaison de ce droit d'opposition avec la faculté légale de retrait reconnue par la loi à tout associé aboutit logiquement au résultat suivant : « L'actionnaire aura toute faculté, lorsque le siège social refusera d'agréer le cessionnaire, de le contraindre à racheter lui-même l'action avec les ressources de la société : c'est une sorte de *préemption*, non volontaire de la part de la société, et qu'on lui impose, faute par elle d'accepter l'acheteur proposé ».

202. — Cette faculté pour le coopérateur de se retirer de l'entreprise, même si le cessionnaire qu'il offre n'est pas agréé, conduit parfois à des conséquences regrettables. Il est à craindre en effet que, par ces retraites successives sans contre-partie, la société, de coopérative qu'elle était au début, ne dégénère peu à peu en une société de capitaux pure et simple, ne différant d'une société de droit commun que par la présence, à sa tête, d'un petit nombre de coopérateurs du début. Cette évolution est très-nette dans certaines sociétés françaises, considérées à leur naissance comme des coopératives du type le plus pur : Société des lunetiers de Paris, Mine aux mineurs de Monthieux, etc. — Pic, n. 1351.

203. — *c*) L'extrait des statuts destiné à la publicité, ainsi que les factures et publications émanées de la société, doivent porter la mention *à capital variable* (L. de 1867, art. 58). Il est en effet indispensable que les tiers qui traitent avec la société ne risquent pas d'être trompés sur l'étendue de leur gage, et qu'ils en connaissent la variabilité.

204. — C'est pour le même motif que le même art. 58, § 3, décide que « l'extrait doit contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit ».

205. — Les formes légales de publicité étant imposées par la loi de 1867 (art. 55 et s.) à toutes les sociétés commerciales, il en résulte nécessairement que les règles spéciales précitées s'appliquent aussi bien aux coopératives constituées sous la forme de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, qu'aux coopératives qui adopteraient la forme par actions. — Cass., 26 avr. 1880, Soc. *la Créole*, [S. 81.1.5, P. 81.1.5, D. 80.1.268] — C. de La Réunion, 16 juin 1876, Même affaire, [S. 77.2.1, P. 77.79, D. 78.2.201]

206. — Seules les sociétés à capital variable constituées dans les formes civiles échappent aux prescriptions de l'art. 58. On objecterait vainement la généralité du texte. En effet, les sociétés civiles sont de droit commun, affranchies de toute publicité, et il faudrait un texte absolument explicite, lequel fait défaut, pour soumettre à la publicité les sociétés civiles à capital variable. — Houpin, t. 2, n. 994. — *Contrà*, Lecaisne, p. 52.

2° Dispositions du droit commun applicables aux sociétés à capital variable.

207. — I. *De la mesure dans laquelle les sociétés à capital variable sont soumises au droit commun.* — Sauf les dérogations établies par les articles commentés ci-dessus, les sociétés à capital variable sont régies par le droit commun et par les règles propres à la forme de société qu'elles ont adoptée. Jugé, à cet égard, qu'une société coopérative n'est, comme toute autre société, régulièrement constituée qu'après la souscription intégrale du capital social. — Lyon, 17 août 1867, Gardon et autres, [S. 68.2.243, P. 68.972] — *Sic*, Ruben de Couder, n. 28 et s.; Pont, t. 2, n. 1747; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1045; Houpin, t. 2, n. 984; Vavasseur, t. 2, n. 989; Thaller, p. 420, note 2. — *Contrà*, Lecaisne, p. 29. — V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 3038 et s.

208. — Et cette souscription intégrale, ainsi que le fait du versement du dixième prescrit par l'art. 51 (V. *suprà*, n. 173,

177, doivent faire l'objet d'une déclaration notariée, conformément à l'art. 1er de la loi de 1867. — Trib. comm. Lyon, 25 juin 1898, [*Mon. jud. Lyon*, 25 juill.] — *Sic*, Ruben de Couder, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Houpin, *loc. cit.*; Thaller, *loc. cit.* (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 3264 et s.). — En fait, les sociétés coopératives de consommation négligent le plus souvent de se conformer à cette prescription légale. Certains auteurs se sont efforcés de justifier leur abstention (Lecaisne, p. 29). En législation, cette thèse est très-soutenable; mais elle nous paraît inconciliable avec les textes qui régissent la matière. Avant d'être à capital variable, une coopérative est constituée suivant un type déterminé, et elle doit se conformer aux prescriptions légales qui gouvernent ce type, sous les seules exceptions expressément indiquées au tit. 3.

209. — Ce principe ne s'applique pas seulement aux formalités constitutives, mais aussi aux conditions de validité des modifications susceptibles d'être apportées au pacte primitif. — Sur la théorie générale des changements et modifications aux statuts, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, tit. 3, chap. 6.

210. — Il en est ainsi surtout, alors que la société avait, d'après ses statuts, le caractère d'une société coopérative destinée à fournir aux seuls associés les matériaux nécessaires à leur industrie, tandis que les statuts modifiés auraient donné à la société le caractère d'une société industrielle. — Besançon, 29 juill. 1889, Soc. coopér. de dégrossissage, [S. 91.2.107, P. 91.1.584, D. 90.2.331] — Cette particularité est déterminante. Il peut y avoir doute sur le point de savoir si la simple *extension* de l'objet primitif doit être considérée comme une modification substantielle (V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 5294 et s.). Mais lorsque le changement, même secondaire en apparence, a pour résultat de *transformer le caractère* de la société, et de faire d'une coopérative pure une société capitaliste ou une société d'un caractère mixte, le caractère substantiel du changement effectué ne nous semble pas contestable.

211. — Il convient également d'étendre aux sociétés à capital variable les règles du droit commun concernant la mesure de la responsabilité des fondateurs et premiers administrateurs, en cas d'annulation de la société pour vice de constitution, ainsi que le critérium de la qualité de fondateur. Ainsi jugé qu'on ne saurait considérer comme fondateur d'une société par actions (dans l'espèce, une société coopérative à capital variable), responsable à ce titre envers les actionnaires et les tiers du dommage résultant de l'annulation de la société, un actionnaire qui n'a donné sa signature, ni dans l'acte de société, ni dans le procès-verbal de l'assemblée constitutive, et qui n'a point, dès lors, entraîné la confiance des tiers. — Douai, 6 mars 1900, Davério, [S. et P. 1902.2.236, D. 1901.2.207] — Sur les responsabilités encourues en cas d'annulation d'une société par actions, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 3891 et s.

212. — Mais il en est différemment de l'actionnaire qui a été du nombre de ceux qui ont eu la première idée de la société, encore bien qu'il n'ait pas signé le procès-verbal de l'assemblée constitutive. — Même arrêt.

213. — Doit être également considéré comme fondateur celui qui a accepté les fonctions de premier administrateur de la société, et a signé les statuts et la liste des fondateurs. — Même arrêt.

214. — ... Et celui qui a signé les statuts et le procès-verbal de l'assemblée constitutive, et qui s'est d'ailleurs attribué la qualité de fondateur. — Même arrêt.

215. — D'autre part, et en présence de l'art. 42 de la loi de 1867, modifié par la loi du 1er août 1893, les fondateurs d'une société coopérative à capital variable déclarée nulle ne sauraient être déclarés responsables des pertes éprouvées par les créanciers et les actionnaires, alors que les nullités de pure forme dont était entachée la société, qui a fonctionné pendant plus de trois ans, n'ont pas été la cause génératrice des pertes éprouvées par les actionnaires et créanciers, ces pertes étant imputables à la mauvaise gestion d'un administrateur, l'insuffisance du capital, le peu d'importance de la fabrication et la faillite d'un banquier. — Même arrêt.

216. — Jugé également qu'un groupe d'ouvriers en bâtiments, réunis, antérieurement à la loi du 21 mars 1884, en chambre syndicale se livrant à des opérations d'entreprise de travaux et réunissant, au moyen de cotisations versées par les adhérents, un capital qui peut s'augmenter à chaque instant par l'accession d'ouvriers nouveaux constitue non un syndicat professionnel, mais une association commerciale qui est, en réalité, une société anonyme à capital variable. — Riom, 14 juin 1899, [*Rev. des soc.*, 1900.62]

217. — En conséquence, un administrateur de la société ne saurait être condamné au paiement des fournitures à elle faites, qu'autant que ces fournitures auraient été faites à cet administrateur personnellement ou que, la nullité de la société ayant été régulièrement prononcée, il serait établi que cet administrateur est responsable des vices de constitution ayant entraîné la nullité, et que le préjudice qui en est résulté lui est imputable. — Même arrêt.

218. — II. *Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.* — Les membres associés d'une coopérative de production, victimes d'un accident du travail rentrant dans la catégorie des accidents industriels prévus par la loi de 1898, peuvent-ils se prévaloir à l'encontre de la société des dispositions protectrices de ladite loi? La question est assez délicate. C'est en effet au chef d'industrie, au *patron* dans le sens le plus large du mot, individu ou société peu importe, qu'incombe la responsabilité du risque; or une coopérative, dont l'objectif est précisément de remplacer le patronat par l'association, d'assurer à tous les travailleurs la qualité d'associés participant aux bonnes comme aux mauvaises chances de l'entreprise commune, répond-elle bien à cette définition? Il est permis d'en douter en droit strict. Mais l'équité, à défaut du droit strict, commande l'affirmative, et c'est l'affirmative qui l'a emporté. — Pic, *Traité de lég. ind.*, p. 794, note 2; Sachet, *Accid. du trav.*, p. 113; Cabouat, *Accid. du trav.*, t. 1, p. 296. — V. *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 1854, 1892.

219. — Jugé sous l'empire de la loi ancienne, mais dans le même ordre d'idées, qu'une société coopérative de cochers est responsable, même envers ses membres, des vices de construction des voitures qu'elle leur donne à conduire; qu'elle doit donc réparer les dommages occasionnés par cette cause à l'un de ses associés. — Trib. Seine, 3 avr. 1895, [*Rev. des soc.*, 95.367]

220. — III. *Faillite.* — Dans quelle mesure le caractère de la société coopérative influe-t-il sur la question de faillite ou de banqueroute? Il faut distinguer suivant la forme adoptée. Une société coopérative constituée sous la forme de société en nom collectif ou en commandite ne peut être déclarée en faillite que si elle peut être, *par son objet*, qualifiée de commerciale.

221. — Mais il en est différemment des coopératives, même à objet civil, qui se sont constituées sous la forme de sociétés anonymes ou de commandite par actions (pour la commandite simple, il y a controverse). On sait, en effet, que les sociétés constituées sous l'une de ces formes, depuis la loi du 1er août 1893, *sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.* Elles sont donc passibles de la faillite (V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 5803). Cette solution s'applique incontestablement aux sociétés coopératives qui auraient revêtu l'une de ces formes. — Thaller, n. 799.

222. — Cette solution, semble-t-il, devrait être admise, même relativement aux sociétés coopératives susceptibles d'être considérées plutôt comme des associations que comme de véritables sociétés. Il est vrai qu'une association ne peut, en principe, échapper aux règles qui la gouvernent en adoptant les formes d'une société commerciale. Mais cela n'est pas exact, semble-t-il, des associations qui, légitimement, par application d'une disposition de la loi, revêtent les formes d'une société anonyme ou en commandite; la loi du 24 juill. 1867 (art. 48 et s.), permettant aux sociétés coopératives d'adopter la forme d'une société par actions, les soumet par là même aux conséquences ordinaires de ces formes.

223. — Quant aux directeurs de la société coopérative, il semble impossible d'admettre qu'ils puissent être eux-mêmes déclarés en faillite ou en banqueroute. De ce qu'une société est commerciale, il ne résulte pas que son directeur soit un commerçant; il n'est commerçant que s'il se livre personnellement à des actes de spéculation; tant qu'il ne fait que gérer la société, il n'est, dans les actes qu'il accomplit, que le préposé ou le mandataire de cette dernière, et, par suite, ne peut être réputé avoir fait des actes de commerce. Aussi est-il généralement reconnu qu'il ne peut être déclaré en faillite à raison de la suspension de paiements de la société qu'il administre. — V. la note sous Cass., 19 févr. 1884, De l'Aubespine-Sully, [S. 85.1.263, P. 85.1.647] — V. aussi Aix, 30 janv. 1890, [*J. Marseille*, 93.1.70] — Trib. Marseille, 26 août 1889, [*J. des soc.*, 90.271] — Trib. Gand, 15 déc. 1896, et Trib. Charleroi, 22 févr. 1897, [*Rev. prat. des soc. belges*,

1897, p. 213 et 215] — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 2, n. 204 *bis;* Houpin, *op. cit.*, n. 797 et 836. — V. cep. Trib. Nantes, 8 déc. 1883, [*J. des soc.*, 85.86] — Cass. Rome, 13 janv. 1898, Piazza, [S. et P. 99.4.21]

3° Règles spéciales aux sociétés de crédit agricole.

224-231. — Il résulte de l'art. 1er, dernier alinéa, L. 5 nov. 1894, que les sociétés de crédit agricole peuvent, comme les autres sociétés, se constituer sous forme de sociétés à capital variable (V. *suprà*, n. 46 et s.). En ce cas, elles sont soumises aux mêmes règles et bénéficient des mêmes faveurs, qui sont établies par les art. 48 et s. de la loi de 1867, à l'exception de celles qui seraient incompatibles avec les prescriptions de la loi de 1894. — V. à cet égard, *suprà*, v° *Crédit agricole*, n. 58 et s.

CHAPITRE III.

DISPOSITIONS FISCALES.

1° Enregistrement et timbre.

232. — La situation faite aux sociétés coopératives, par nos lois fiscales, doit être envisagée successivement : au point de vue de l'enregistrement, du timbre, de l'impôt sur le revenu, de la patente, et de l'application des règlements sur les poids et mesures.

233. — I. *Enregistrement.* — Les lois sur l'enregistrement s'appliquent, sans aucune modification, aux sociétés à capital variable. Il est donc perçu, conformément au droit commun, un droit proportionnel de 0,20 p. 0/0 sur le montant total des apports mobiliers ou immobiliers, déduction faite du passif (LL. 29 juin 1872, art. 1, et 28 avr. 1893, art. 19 cbn.). — V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 582 et s.

234. — Le même droit est perçu, en cas d'augmentation du capital social, sur les apports nouveaux. Par contre, la diminution du capital, par la retraite ou l'exclusion de certains membres, ne donne pas lieu à la perception d'un droit proportionnel de partage, mais seulement au droit fixe de 3 fr., édicté pour les actes innommés. — *Dict. des droits d'enregistrement*, v° *Soc. et assoc. particulières*, n. 78. — V. *suprà*, v° *Enregistrement*.

235. — II. *Timbre.* — Les mentions inscrites sur les carnets de chèques ou de comptes courants et les livrets de membres d'une société coopérative pour constater la remise des fonds déposés ne sont pas passibles du timbre de 10 centimes (Déc. min. Fin., 9 sept. 1881 : S. 81.2.272, P. 81.2.1272). Cette décision a été prise en suite des observations suivantes soumises au ministre par l'administration de l'Enregistrement. L'exigibilité de la taxe de 10 centimes pourrait se justifier si on considérait isolément les inscriptions des dépôts. En elles-mêmes, ces inscriptions constatent soit un reçu, soit une quittance délivrée à l'établissement de crédit. Ces reçus ou quittances étant rédigés par les agents de ces institutions rentrent ainsi dans la catégorie des signes conventionnels de libération ou des reçus prévus par l'art. 18, L. 23 août 1871. Mais il ne paraît pas possible d'envisager ainsi séparément chacune des mentions portées sur le carnet afin d'en déterminer le caractère, comme si chacune d'elles faisait l'objet d'un acte distinct. Ces inscriptions, en effet, ne sont que les éléments d'un acte complexe dont toutes les parties sont réunies pour former un seul instrument. Il n'est pas, ce semble, plus juridique de les isoler pour l'application du timbre qu'il le serait de décomposer un contrat synallagmatique en autant d'écrits qu'il y a d'engagements. Le carnet doit être considéré en lui-même et dans son ensemble pour recevoir sa qualification.

236. — Or, à ce point de vue, les principes de la législation du timbre conduisent facilement à reconnaître qu'un tel écrit ne tombe pas sous l'empire de la loi du 23 août 1871. En effet, ces carnets indiquent leur objet : ils rappellent les statuts de l'établissement en matière de compte courant, ils font connaître la signification réelle des mentions qu'ils contiennent, lesquelles, suivant leur inscription au débit et au crédit, se rapportent, soit à des reçus, soit à de véritables prêts productifs d'intérêts. Ces mentions se relient intimement les unes aux autres et elles forment un document unique destiné à faire ressortir, après chaque opération, la situation réciproque des deux correspondants. Ce carnet ainsi envisagé n'est donc que la reproduction du compte courant établi entre les parties. Or, le compte courant ouvert dans les écritures de la société rentre dans la catégorie des livres de commerce exemptés de la formalité du timbre par l'art. 4, L. 20 juill. 1837. La copie de ce compte n'a pas un autre caractère. Les mentions dont il se compose reproduisent uniquement celles des livres de commerce de la société. Elles ne confèrent pas au titulaire des comptes un titre distinct de celui qui résulte des livres eux-mêmes (C. civ., art. 1330) : elles n'ont d'autre objet et d'autre effet que de donner au titulaire du compte la certitude que l'opération est décrite sur ces livres. Dans ces conditions, soit que l'on considère le carnet comme constituant le double d'un livre de commerce, soit qu'on se borne à lui reconnaître le caractère de pièce d'ordre intérieur, il est exempt de la formalité du timbre, tout au moins dans ce dernier cas, jusqu'à production en justice (L. 13 brum. an VII, art. 30; 20 juill. 1837, art. 4). — V. *infrà*, v° *Timbre*.

2° Impôt sur le revenu.

237. — Aux termes de l'art. 2, L. 1er déc. 1875, sont exonérées de l'impôt de 3 (aujourd'hui 4 p. 0/0) sur le revenu des valeurs mobilières les *parts d'intérêt* dans les sociétés de toute nature dites coopératives, formées *exclusivement* entre ouvriers et artisans. Il convient de remarquer que cette formule est sensiblement plus restrictive que celle du décret sur l'admission aux adjudications des sociétés ouvrières de production. Telle société ouvrière, employant un certain nombre de salariés, pourra se prévaloir des dispositions de faveur du décret du 4 juin 1888 (V. *suprà*, n. 66 et s.), et se voir, à raison de la clause restrictive de la loi de 1875, assujettie néanmoins à l'impôt sur le revenu.

238. — C'est ainsi que l'on ne saurait admettre au bénéfice de l'immunité d'impôt que l'art. 2, L. 1er déc. 1875, réserve aux sociétés coopératives formées *exclusivement* entre ouvriers et artisans au moyen de cotisations périodiques, une société coopérative d'approvisionnements constituée entre patrons charcutiers achetant en gros pour revendre au détail, et dont le capital est divisé en actions. En conséquence, une telle société est passible de la taxe de 4 p. 0/0 sur les bénéfices ou revenus qu'elle répartit entre ses actionnaires, alors qu'il est établi que ces allocations, attribuées aux actionnaires en raison de leur seule qualité et en dehors de toute opération commerciale, constituent une véritable rémunération du capital et non une ristourne, ou restitution de *bonis* coopératifs. — Trib. civ. Seine, 22 févr. 1902, [*J. Enreg.*, art. 26372] — V. Thaller, n. 799.

239. — Sont exemptées également de la taxe, malgré leur caractère de sociétés commerciales, les sociétés de crédit agricole constituées conformément à la loi du 5 nov. 1894 (art. 4 de ladite loi).

3° Patente.

240. — La *patente* est, par définition, un impôt *professionnel*. Elle frappe donc, en thèse générale, les coopératives de production, qui font acte de commerce, puisqu'elles transforment des produits bruts en produits manufacturés. Elle épargne les coopératives de consommation, qui ne font d'opérations qu'avec leurs membres, attendu « qu'il est impossible de considérer les personnes qui se réunissent en vue d'acheter leurs denrées en commun comme exerçant une profession » (Thaller, n. 799). Elle épargne aussi les sociétés coopératives de crédit mutuel, toutes les fois du moins qu'elles ne se livrent à aucun commerce de banque. — V. *suprà*, v° *Patentes*, n. 105 et s.

241. — Toutefois, ces solutions, découlant des principes généraux et non d'un texte précis, n'ont rien d'absolu. C'est à la justice administrative qu'il appartient, dans chaque espèce, sans s'attacher à la dénomination de la société, peut-être inexacte ou mensongère, de scruter le but véritable, les procédés et les moyens d'actions de ladite société, et de décider en conséquence si elle doit ou non être imposée à la patente. Seules les sociétés de crédit agricole, bien que déclarées commerciales, bénéficient d'une dispense de la patente en vertu d'un texte exprès (L. 5 nov. 1894, art. 4, *in fine*). Reprenons successivement ces diverses propositions.

242. — I. *Sociétés coopératives de production.* — Commerciales en principe, à raison de leur objet immédiat (entreprise

de manufacture), ces sociétés sont, dans la généralité des cas, assujetties à la patente, et ce, quelle que soit l'affectation donnée par elles aux bénéfices qu'elles réalisent, et même dans le cas où elles consacreraient tout ou partie de ces bénéfices à des œuvres de solidarité sociale, au lieu de les distribuer en espèces. Ainsi, est à bon droit assujettie à la patente la société ouvrière par actions, exerçant la profession de tailleur de pierres fines à façon, en vue de réaliser des bénéfices, alors même que ceux-ci seraient réservés ou affectés à l'entretien de caisses de prévoyance ou de chômage. Le fait que cette société poursuivrait avant tout un but de prévoyance ou d'assistance mutuelle ne ferait pas disparaître l'objet immédiat de la société, qui est de réaliser des bénéfices par l'exercice d'une profession, fait tombant sous le coup de l'impôt. — Cons. d'Et., 12 juill. 1901, Soc. coopérative des diamantaires du Jura, [D. 1902.5.512]

243. — Jugé cependant que la contribution des patentes n'est due, aux termes des art. 1 et 22, L. 15 juill. 1880, que par les individus exerçant en France un commerce, une industrie, une profession ou par les sociétés affectées à une entreprise industrielle ou commerciale. En conséquence, ne saurait être assujettie à la patente une société coopérative à capital variable dont l'objectif exclusif est de procurer du travail à ses membres, lesquels travaillent en commun alors qu'aucune des opérations par elle réellement faites ne permet de la considérer comme une entreprise industrielle ou commerciale, au sens légal du mot. — Cons. préf. Jura, 10 oct. 1900, [*Rec. Besançon*, 1900.195] — Mais, tout équitable qu'elle soit, cette jurisprudence a été condamnée par l'arrêt précité du Conseil d'Etat. — V. aussi *suprà*, v° *Patentes*, n. 113.

244. — II. *Sociétés coopératives de consommation.* — Sont affranchies de la patente les sociétés coopératives de consommation qui ne livrent leurs denrées ou marchandises qu'aux personnes devenues sociétaires en conformité des statuts, et qui répartissent les sommes représentant la différence du prix d'achat au prix de vente entre les associés au prorata de l'importance des ventes faites à chacun d'eux (ristournes ou bonis coopératifs, et non bénéfices *stricto sensu*). — V. *suprà*, v° *Patentes*, n. 106 et s.

245. — Ainsi, ne saurait être imposée à la patente une société coopérative de consommation qui, d'après ses statuts, ne vend qu'à ses associés, alors que la qualité d'associé ne s'acquiert que par une décision du conseil d'administration prise sur la présentation d'un sociétaire, moyennant le versement d'un droit d'admission de 1 fr., et la souscription d'une part de 100 fr., productive d'intérêts, représentée par une inscription nominative sur les registres de la société; alors même que, par contravention aux statuts, des marchandises auraient été parfois livrées à des étrangers, pourvu qu'il ne s'agisse que de faits accidentels ne pouvant engager la responsabilité de la société, ni en modifier le caractère essentiel. — Cons. d'Et., 29 mars 1901, Casanova, [S. et P. 1901.3.73 et la note de M. Hauriou, D. 1902.3.79] — V. *suprà*, v° *Patentes*, n. 108 et 109.

246. — Il en est ainsi surtout lorsque les économies réalisées doivent, d'après les statuts, être réparties entre les associés, au prorata du chiffre de leurs achats annuels, déduction faite des frais généraux de l'intérêt des parts, et d'une faible indemnité allouée aux administrateurs et membres du conseil de surveillance. — Même arrêt.

247. — Par contre, doivent être imposées les sociétés coopératives qui vendent leurs produits non seulement aux associés ou actionnaires, mais encore à tous les clients qui, moyennant un versement minime, peuvent acquérir la qualité de membres, associés ou adhérents. — Cons. d'Et., 4 mars 1899, Soc. coopérative de Villeneuve-sur-Lot, [D. 1900.3.64]; — 23 févr. 1900, Soc. *l'Humanité*, [S. et P. 1902.3.60, D. 1901.3.33] — V. *suprà*, v° *Patentes*, n. 110 et s.

248. — Tel serait le cas d'une coopérative de boucherie qui vendrait ses produits à tous les ouvriers de la commune moyennant le paiement d'un droit d'entrée de 1 fr., et l'acquisition d'une action de 5 fr., produisant 2 p. 0/0 d'intérêts, et qui céderait les déchets à tout venant, et ce, alors même que les membres associés auraient droit en fin d'exercice à la répartition des bénéfices au prorata de leurs achats. — Mêmes arrêts.

249. — Jugé également que l'on ne saurait considérer comme un simple préposé de la société, mais comme un véritable négociant, imposable personnellement à la patente de marchand de vins au détail celui qui, en vertu d'un traité passé avec une société coopérative et dans des locaux dépendant de celle-ci, exploiterait à ses risques et périls, avec un personnel à ses gages, un commerce de vins et d'épicerie au détail, et ce, alors même qu'il aurait pris l'engagement de faire vérifier la qualité de sa marchandise par la société, de ne vendre qu'aux sociétaires, sans pouvoir dépasser un minimum convenu, et d'associer la société à ses bénéfices au moyen de remises proportionnelles sur le montant de ses ventes. — Cons. d'Et., 24 févr. 1899, Synd. des entrepreneurs de voitures de place du dép. de la Seine, [S. et P. 1901.3.97, D. 1900.3.60]

250. — III. *Sociétés de crédit mutuel.* — L'art. 1 et 22, L. 15 juill. 1880, ne soumettant à la patente que les individus exerçant en France un commerce, une industrie, une profession, ou les sociétés affectées à une entreprise industrielle ou commerciale, la société à capital variable ayant pour objectif exclusif de procurer du crédit à ses membres, doit être affranchie de la patente, alors d'ailleurs que cette société ne se livre à aucune opération d'entremise permettant de la considérer comme une entreprise de banque. — Cons. préf. Seine, 13 déc. 1895, [*Gaz. Pal.*, 1896. 1, Suppl., p. 20] — V. aussi *suprà*, v° *Patentes*, n. 114 et s.

251. — Mais il en serait autrement d'une société qui, loin de se borner à demander à des bailleurs de fonds étrangers les capitaux strictement nécessaires à la réalisation des emprunts effectués par ses membres, recevrait des dépôts à vue ou à terme et se livrerait à diverses opérations d'escompte et autres rentrant par définition dans le commerce de banque. — Cons. d'Et., 29 déc. 1900, *Caisse rurale de Dolomieu*, [D. 1902.3.39]

252. — A plus forte raison cette société serait-elle passible de la patente si les bénéfices réalisés par elle étaient affectés à la constitution d'un fonds de réserve, et si ce fonds, au lieu d'être exclusivement destiné à parer aux déficits éventuels, à réduire progressivement le taux de l'intérêt des sommes avancées aux membres, et à être réparti entre les intéressés au prorata de leurs opérations, pouvait être employé, dans le cas où il dépasserait une somme déterminée excédant les besoins sociaux, en faveur d'une œuvre étrangère à la société. — Même arrêt.

253. — Mais une société dont le but essentiel est de procurer à ses membres des produits d'alimentation et de consommation à bon marché ne saurait être assujettie à la patente à raison de ce seul fait qu'elle accepterait dans sa caisse, de ses sociétaires, des dépôts de fonds productifs d'intérêts, si d'ailleurs, il n'est pas justifié que ces dépôts doivent servir à des opérations de banque ou d'escompte. — Cons. d'Et., 29 mars 1901, précité.

254. — Il importerait peu, en pareil cas, que cette société eût, conformément à ses statuts, constitué un fonds de réserve, quand bien même ce fonds devrait, en cas de dissolution, être réparti entre les porteurs de parts, à l'exclusion des anciens sociétaires ou de leurs ayants-droit. — Même arrêt.

255. — IV. *Sociétés de crédit agricole.* — Les sociétés de crédit agricole, constituées en conformité de la loi du 5 nov. 1894, bénéficient, en vertu de l'art. 4 *in fine* de ladite loi, d'une dispense complète de la patente. Cette exemption fut vivement combattue au cours de la discussion par M. Doumer, qui fit remarquer qu'il était contradictoire d'affranchir de la patente un type de société dont par ailleurs la loi proclame le caractère commercial. — V. *suprà*, v° *Patentes*, n. 118.

256. — Il fut répondu par le rapporteur, M. Mir, que du moment que la Chambre avait exempté les sociétés coopératives de la patente, cette exemption s'imposait pour les sociétés de crédit agricole, constituées en conformité du principe coopératif Les sociétés dont il s'agit, en effet, s'interdisent de distribuer leurs bénéfices sous forme de dividendes; ces bénéfices ne peuvent être répartis qu'à titre de bonis coopératifs au prorata des opérations faites par chacun des syndicats ou des syndiqués adhérents (Ch. des dép., séance du 29 avr. 1893). Il n'en est pas moins vrai que le Parlement étant revenu, au cours de la discussion de la loi des patentes, sur la dispense primitivement accordée aux coopératives, les sociétés de crédit agricole semblent bien avoir bénéficié d'une faveur exceptionnelle.

4° *Poids et mesures.*

257. — C'est à l'administration préfectorale qu'il appartient d'apprécier dans chaque espèce si la société coopérative, eu égard aux conditions de fait dans lesquelles elle fonctionne, doit ou non être assujettie à la taxe de vérification des poids et mesures.

Jugé, en ce sens, qu'une société coopérative de panification peut être considérée comme exerçant, dans le sens du décret du 26 févr. 1873, une profession analogue à celle de boulanger, même si elle livre le pain exclusivement à ses membres, et être soumise en conséquence, par arrêté préfectoral, à la taxe de vérification des poids et mesures. — Cons. d'Et., 14 juin 1895, Soc. coop. de panification de Rouffiac, [D. 96.3.67] — V. *suprà*, v° *Poids et mesures*, n. 52, 54 et 63.

258. — Par contre, échapperait à cette taxe la société coopérative de boulangerie qui, dans les conditions de fait où elle fonctionne, ne paraîtrait pas pouvoir être assimilée à une boulangerie ordinaire, et qui, en fait, n'aurait été l'objet d'aucun arrêté préfectoral de classement parmi les professions assujetties. — Cons. d'Et., 4 déc. 1896, [J. *Le Droit*, 21 janv. 1897]

CHAPITRE IV.

SOCIÉTÉS OU ASSOCIATIONS FROMAGÈRES.

259. — La question de la législation applicable aux sociétés ou associations fromagères (*vulgò* fruitières), qui depuis un temps immémorial fonctionnent en diverses régions, notamment dans la région jurassienne, centre de la fabrication en France du fromage dit de Gruyère, en Franche-Comté, en Bugey et en Suisse, et qu'il faut envisager comme une survivance historique des *communautés taisibles* du Moyen âge, est, en l'absence de textes, l'une des plus controversées de notre droit. — Sur l'histoire des sociétés fromagères en France et à l'étranger, V. notamment, Dunod, *Traité de la mainmorte*; Munier, *Manuel des fromageries*; Tripard, *Des associations fruitières*; Garoustre, *Les fruitières*; L. Say et Chailley-Bert, *Dict. d'économ. polit.*, v° *Laiteries et fruiteries*; Guyétant, *Traité sur les fromageries*; Loiseau, *Traité des fromageries*; Max-Buchon, *Les fromageries franc-comtoises*; Gabet, *Des sociétés fromagères de Franche-Comté*, Lyon.

260. — Cette question a donné lieu, spécialement, à deux controverses toujours pendantes, et d'ailleurs connexes : la question de savoir si les sociétés fromagères sont des sociétés civiles, régies par le Code civil ou des associations *sui generis* régies exclusivement par les anciens usages; et celle de savoir s'il convient de leur appliquer, ou non, les prescriptions de la loi de 1867 (tit. 3) concernant les sociétés à capital variable.

§ 1. *Les sociétés fromagères sont-elles des sociétés civiles ou des associations* sui generis?

261. — Une fraction importante de la jurisprudence et de la doctrine envisage ces sociétés comme des sociétés civiles, soumises au droit commun des art. 1832 et s., C. civ. — Besançon, 12 juin 1863, [*Rec. de Besançon*, 62-65, n. 47] — Lyon, 1er déc. 1898, Soc. from. de Poizat, [S. et P. 99.2.265, D. 1900.2.187] — Trib. Pontarlier, 15 févr. 1898, [*Rev. des soc.*, 98.263] — *Sic*, Guillouard, *Tr. des soc.*, n. 85; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la soc.*, n. 41; Pont, *Des soc.*, t. 1, n. 138; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 26, n. 175; Huc, *Comm. théor. et prat. du C. civ.*, t. 11, n. 35. — V. aussi *suprà*, v° *Association agricole*, n. 99 et s.

262. — Les rédacteurs de nos Codes, dit, à ce sujet M. Guillouard (*op. et loc. cit.*), ont voulu, en édictant l'art. 1834, C. civ., d'après lequel « toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, si leur objet est d'une valeur supérieure à 150 fr. », faire table rase de la législation et des coutumes antérieures, et, pour arriver à une législation conforme, ils ont substitué aux règles diverses de chaque région une loi unique, s'étendant à toutes les parties du pays. La valeur de ce système peut être discutable et il a pour conséquence nécessaire, en rompant brusquement avec le passé, de léser bon nombre d'intérêts privés, tantôt dans une région, et tantôt dans une autre; mais, qu'on le discute ou qu'on le justifie par les circonstances dans lesquelles les rédacteurs de nos Codes ont été appelés à remanier la législation française, il est impossible de méconnaître que tel a bien été le but, et que tel est bien l'esprit de notre loi. Spécialement en ce qui concerne les anciennes sociétés taisibles, éparses dans les diverses parties de notre territoire de l'ancienne France, les rédacteurs du Code ont voulu les supprimer et les ont supprimées. Dédaigneusement qualifiées de « débris de nos institutions gothiques » par le tribunal d'appel de Paris, traitées plus respectueusement par le tribun Gillet, elles ont été nettement abrogées par l'art. 1834 : « toutes sociétés doivent être rédigées par écrit »; toutes, et par conséquent, les associations fromagères comme les autres sociétés taisibles. Cette confusion peut être fâcheuse, nous le reconnaissons, en ce qui concerne les sociétés fromagères, et il serait désirable que l'on pût continuer à contracter aussi simplement et aussi facilement qu'on le faisait avant 1804 des associations si utiles, si nécessaires même dans les montagnes du Jura; ... mais le remède à cette situation n'est pas dans une interprétation que nous considérons comme erronée du Code civil, mais dans une modification législative ».

263. — Du principe, affirmé par les autorités précitées, d'après lequel les sociétés fromagères seraient de véritables sociétés civiles, régies par le droit commun, tel qu'il résulte des art. 1832 et s., C. civ., découle toute une série de conséquences pratiques importantes : 1° Conformément à la règle posée par l'art. 1834, C. civ., d'après lequel « toutes sociétés doivent être rédigées *par écrit*, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 fr. », l'existence et les conditions de fonctionnement des associations fromagères doivent être constatées par écrit. — Besançon, 12 juin 1863, précité. — Lyon, 1er déc. 1898 (motifs), précité. — Trib. Pontarlier, 15 févr. 1898, précité. — *Sic*, Auteurs précités. — Sur le principe de l'art. 1834, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 65 et s.

264. — Doivent également être constatées par écrit toutes modifications au pacte social, et toutes adhésions nouvelles, alors surtout qu'un article des statuts porte que l'on ne peut être agréé dans la société qu'autant que l'on aura pris par écrit l'engagement de se conformer aux prescriptions statutaires. C'est ainsi qu'une association fromagère serait mal fondée à prétendre imposer à un cultivateur le paiement de certaines indemnités, alors, d'une part, que ces indemnités ne sont prévues que par des clauses additionnelles non acceptées par tous les sociétaires, et que, d'autre part, le cultivateur en question n'a pas adhéré par écrit aux statuts modifiés. — Trib. Pontarlier, 15 févr. 1898, précité.

265. — 2° Les art. 1869 et 1870, C. civ., s'appliquent aux sociétés fromagères comme aux autres sociétés civiles. Jugé, en conséquence, que, lorsqu'une société fromagère a été créée entre un certain nombre d'habitants d'une commune sans limitation de durée, chacun de ses membres a le droit de s'en retirer, à la condition de le faire de bonne foi et non à contretemps. — Lyon, 1er déc. 1898, précité. — Pour le commentaire des art. 1869 et 1870, C. civ., V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 847 et s.

266. — Un usage contraire, fût-il établi, ne saurait avoir pour effet de river à perpétuité et malgré eux à une association fromagère les habitants qui ont consenti à lui apporter leur laitage, sans prendre à cet égard aucune obligation pour un temps déterminé. — Même arrêt.

267. — L'associé, en pareil cas, n'est pas tenu, pour se retirer, de justifier d'un motif légitime; il suffit, pour que sa retraite ne puisse être critiquée par la société, que la notification par lui faite de sa volonté de cesser de faire partie de l'association ait eu lieu de bonne foi et dans des circonstances qui ne portent aucun préjudice à la société. — Même arrêt.

268. — Il en est ainsi, spécialement, lorsque la notification a été faite par lettre recommandée plus de trois mois avant la fin de l'exercice en cours de l'année fromagère et le commencement de la prochaine campagne, qu'elle a été connue de tous les sociétaires, et lorsque la retraite de l'associé a été motivée par la vente de ses vaches et le partage de ses biens entre ses enfants. — Même arrêt.

269. — Jugé de même que, lorsqu'une société fromagère est contractée *pour un temps illimité*, elle peut être dissoute par la volonté, dûment exprimée, de l'un quelconque des associés : auquel cas la licitation du chalet et des ustensiles possédés en commun doit être ordonnée. — Besançon, 12 juin 1863, précité.

270. — Mais, dans un second système, plus généralement admis par les juridictions franc-comtoises et par les auteurs qui ont étudié de près le fonctionnement et le rôle économique des *fruitières* dans la région jurassienne, les associations fromagères ne doivent point être envisagées comme des sociétés civiles ordinaires, mais bien comme des associations *sui generis* régies, à défaut de clauses expresses des statuts, par les usages

locaux, usages anciens pour la plupart, déterminés par le but qu'elles poursuivent, les nécessités de la fabrication en commun et la discipline qu'elle implique. — Besançon, 12 mars 1867, Fromagerie de Frames, [S. 67.2.281, P. 67.993]; — 1er déc. 1897, Soc. fromag. du Coin-d'Aval, [D. 98.2.195] — Trib. Pontarlier, 15 mai 1888, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Soc. fromag.*, n. 7] — Trib. Grenoble, 1er juill. 1899, [J. *La Loi*, 12 août 1899] — V. aussi Cass., 27 janv. 1896 (motifs), Monnier, [S. et P. 96.1.213] — *Sic*, Vavasseur, *Tr. des soc.*, t. 1, n. 54; Gabet, *op. cit.*, p. 24 et s.; Munier, *op. cit.*, p. 83 et s.; Guyétant, *op. cit.*, p. 45 et s.; Ruben de Couder, v° *Soc. à cap. var.*, *Suppl.*, n. 9.

271. — Cette doctrine s'appuie principalement sur ce fait qu'une association fromagère ne répond nullement à la définition donnée de la société par l'art. 1834, C. civ., attendu qu'on n'y trouve *ni contrat, ni mise en commun, ni partage de bénéfices*. Il n'y a pas de contrat proprement dit, mais une *société tacite ou taisible*, créée par des usages, souvent très-anciens, et se perpétuant avec les mêmes caractères de génération en génération. — Munier, p. 83; Gabet, p. 23.

272. — « Il n'y a pas de mise en commun, — dit M. Munier (*loc. cit.*); — le lait apporté chaque jour au chalet ne devient pas la propriété de la société; il est prêté par les sociétaires à celui d'entre eux qui a la *plus haute taille*, c'est-à-dire à celui dont le compte créditeur est, à ce moment, le plus élevé de tous; c'est pour ce sociétaire que le fromage est fabriqué, et c'est à lui seul qu'il appartiendra, à charge seulement de restituer le lait qui lui a été fourni par ses coassociés. Il n'y a pas non plus partage de bénéfices; car, dès qu'un fromage est fabriqué, il devient la propriété exclusive d'un des associés... d'où il suit évidemment que le bénéfice de la fabrication n'est pas mis en réserve pour être, dans un temps donné, partagé entre les associés. »

273. — Telle est aussi la thèse de l'arrêt précité de la Cour de Besançon du 1er déc. 1897. Les sociétés coopératives de laiterie, — lisons-nous dans les considérants de cette décision, — et les associations fromagères, n'ayant point de capital, ne constituent pas des sociétés à capital variable. Ce sont, plus exactement, des syndicats de propriétaires qui se réunissent pour vendre au mieux leurs produits, assurer la défense des intérêts collectifs de la corporation, et qui pourvoient aux frais de l'association par des cotisations ou un léger prélèvement sur la vente.

274. — De ce second système découlent les conséquences suivantes : 1° Les sociétés fromagères, fonctionnant en vertu d'usages locaux, peuvent être prouvées indépendamment de tout écrit. Vainement se prévaudrait-on de la nullité des sociétés taisibles, nullité découlant virtuellement de l'art. 1834, C. civ. : cette nullité ne saurait s'étendre aux associations fromagères, lesquelles demeurent en dehors du droit commun et sont exclusivement régies par les usages locaux. Réputées se proroger tacitement d'une année à l'autre, ces sociétés peuvent, sans jamais avoir fait l'objet d'un contrat en forme, se perpétuer indéfiniment. — Besançon, 12 mars 1867, précité; — 1er déc. 1897, précité.

275. — Il est d'ailleurs loisible aux habitants d'une commune, au lieu d'acheter ou de louer le chalet et les ustensiles nécessaires à la fabrication des fromages, de convenir que cette fabrication se fera chez chacun d'eux à tour de rôle; et, même dans ce cas, l'habitant qui a été admis à faire partie de l'association ne peut en être exclu sans une cause légitime, telle que l'altération du lait par lui remis à la fromagerie. — Besançon, 12 mars 1867, précité.

276. — 2° Le principe posé par les art. 1865 et 1869, C. civ., d'après lequel, dans les sociétés *à durée illimitée*, un associé peut se retirer à sa volonté, par une notification adressée à tous ses coassociés, pourvu que sa renonciation soit de bonne foi et non faite à contretemps, est inapplicable aux sociétés fromagères. En admettant même que ce principe soit une règle d'ordre public, ce que l'on conteste parfois (V. la note sous Lyon, 1er déc. 1898, Berthet-Bondet, S. et P. 99.2.265, et les autorités citées), tout au moins ne saurait-il être invoqué que si réellement les sociétés fromagères contractées sans durée fixe pouvaient être envisagées comme des sociétés à durée *illimitée*; or, c'est précisément ce que contestent les décisions judiciaires qui viennent d'être citées.

277. — Il ne saurait être question d'invoquer les dispositions précitées, dans la doctrine consacrée par la Cour de Besançon par son arrêt précité du 12 mars 1867, et d'après laquelle les sociétés fromagères sont réputées se proroger tacitement d'année en année; dans cette doctrine, en effet, l'association fromagère aurait une durée limitée à une année, et se renouvellerait chaque année par une sorte de tacite réconduction, de telle manière que l'engagement des associés à faire partie de l'association pourrait être résilié à l'expiration de chaque année, sans qu'il fût besoin pour celui qui veut se retirer d'une association fromagère de se prévaloir des dispositions des art. 1869 et 1870, C. civ. Mais, par contre, les associés seraient liés *pour l'année entière*, sans pouvoir user en cours d'exercice de la faculté de retraite *ad nutum* consacrée par les articles précités.

278. — Il est à remarquer du reste qu'eu égard au mode d'exploitation des sociétés fromagères, une démission survenant dans le courant de l'année, en dehors des époques déterminées par l'usage et les nécessités de la fabrication, devrait presque nécessairement être considérée comme faite *à contretemps*, dans le sens de l'art. 1870, C. civ.

279. — 3° Le droit des associés dans une société fromagère étant moins un droit de copropropriété qu'un droit *sui generis* d'une nature très-spéciale, il ne saurait être question d'appliquer ici les principes généraux de l'art. 815. Il y a au contraire entre eux indivision forcée, destinée à durer autant que l'association elle-même, laquelle est de nature à se perpétuer pendant une durée indéfinie. D'où il suit que l'associé qui se retire ne peut, ni provoquer le partage ou la licitation du chalet où se fabrique le fromage, ni réclamer une part quelconque du matériel et des ustensiles servant à la fabrication. — Besançon, 8 janv. 1851, [*Rec. Besancon*, 1849-52, n. 102]; — 1er déc. 1897, précité. — Trib. Pontarlier, 15 mai 1888, précité. — Trib. Grenoble, 1er juill. 1899, précité.

280. — Ce droit *sui generis* est, de sa nature, si intimement lié à la qualité de sociétaire qu'il naît et s'évanouit avec elle. L'associé démissionnaire, ou régulièrement exclu, perd donc, *ipso facto*, tous droits sur le chalet ou les ustensiles. — Mêmes arrêts.

281. — La renonciation à la qualité de sociétaire peut d'ailleurs être expresse ou tacite. Il y aurait renonciation tacite dans le fait, de la part d'un associé, d'une part, de cesser d'apporter au chalet le lait de ses vaches comme il s'y était engagé, pendant un temps assez long pour qu'il ne puisse subsister aucun doute sur ses intentions, et d'autre part de s'être fait inscrire à une société rivale, à laquelle il faisait régulièrement les apports qu'il avait négligé volontairement d'effectuer à l'ancienne. — Besançon, 1er déc. 1897, précité.

282. — 4° On doit se conformer aux usages locaux pour l'admission des membres (V. *suprà*, v° *Association agricole*, n. 104 et s.). Il convient à cet égard de remarquer que les associations fromagères ne sont nullement, comme on le prétend parfois, l'accessoire des associations de pâturages, lesquelles englobent généralement l'ensemble des habitants et propriétaires de la commune. Aucun obstacle de droit ne s'oppose en effet à la constitution de plusieurs sociétés fromagères distinctes dans une même commune. — Gabet, p. 22.

283. — Jugé, dans cet ordre d'idées, qu'un étranger ne peut être admis dans une société établie (dans le Doubs) pour la fabrication des fromages, sans l'assentiment de la majorité des sociétaires, lorsque cette condition est exigée par l'acte social. Peu importe, d'ailleurs, qu'il invoque la mise en communauté des terres de la commune dans laquelle il est propriétaire, en vue de la fabrication dont il s'agit et antérieurement à tout traité, s'il est prouvé, au contraire, qu'à différentes époques, des fromageries distinctes ont existé dans cette commune et qu'on y a même élevé dans ce but des constructions séparées. — Cass., 12 juin 1876, Mourot et Jeannin, [S. 76.1.371, P. 76. 891]

§ 2. *Les sociétés fromagères sont-elles des coopératives virtuellement régies par le tit. 3 de la loi de 1867?*

284. — La réponse à cette question dépend de la précédente. Si l'on envisage les associations fromagères comme des sociétés civiles, il faut naturellement les autoriser à se prévaloir des dispositions du tit. 3 de la loi de 1867. Si l'on se refuse à les considérer comme de véritables sociétés, elles ne pourront pas se placer sous l'empire de ces prescriptions légales, écrites, tout au moins dans l'opinion générale, en vue des sociétés à capital variable répondant à la définition légale de l'art. 1832, et non des

coopératives constituées en dehors de l'hypothèse que prévoit cet article (mise en commun d'apports, en vue de bénéfices à répartir). — V. Hayem, *La forme juridique des coopératives de consommation* (*Quest. prat. de lég. ouvr.*, janv.-févr. 1904).

285. — Or, nous l'avons démontré, une fraction importante de la doctrine et de la jurisprudence se refuse à voir dans les associations fromagères de véritables sociétés. Telle paraît bien être, au fond, la pensée de la Cour suprême, bien qu'elle n'ait pas été appelée à se prononcer nettement sur la question. — Cass., 27 janv. 1896, Menneru, [S. et P. 96.1.213] — Telle est, en tout cas, l'opinion nettement professée par M. le conseiller Reynaud, qui occupait le siège du ministère public dans l'affaire déférée à la Chambre civile. Pour être une société, dit-il, il faut d'abord que cette société *ait un capital*, or c'est précisément ce qui manque aux sociétés de laiterie et de fromagerie, qui ne sont, en définitive, que des syndicats de propriétaires se réunissant pour vendre eux-mêmes leurs produits et pourvoyant aux frais de l'association par un léger prélèvement sur la vente.

286. — L'intérêt de la question de savoir si les sociétés fromagères sont ou non des sociétés à capital variable, virtuellement soumises aux prescriptions du tit. 3 de la loi de 1867 n'est pas aussi considérable qu'il semble à première vue, les sociétés de cette catégorie n'étant point dans l'usage d'émettre des actions, puisqu'elles n'ont à vrai dire aucun capital statutaire. La question présente cependant de l'intérêt au double point de vue suivant :

287. — Si la société fromagère est une société à capital variable, l'exclusion d'un membre ne peut être valablement prononcée que par l'assemblée générale (L. de 1867, art. 2). — V. *suprà*, n. 150 et s. — Jugé en ce sens qu'est illégale la clause d'une association fromagère, qui donne pouvoir au conseil d'administration d'exclure de la société un membre coupable de fraude et de le frapper d'une peine pécuniaire; une telle clause constitue un compromis qui ne satisfait pas aux conditions de l'art. 1006, C. proc. civ., et elle renferme en outre une violation de l'art. 52, L. 24 juill. 1867, lequel, applicable aux sociétés coopératives, comme la société de l'espèce, ne permet de conférer qu'à l'assemblée générale le droit d'exclure un sociétaire à la majorité fixée pour les modifications des statuts. — Poitiers, 12 juill. 1894, sous Cass., 27 janv. 1896, précité.

288. — En conséquence, est nulle la délibération du conseil d'administration qui prononce en vertu de cette clause l'exclusion d'un sociétaire. — Même arrêt.

289. — Mais les sociétés coopératives, telles que les sociétés fromagères, ont la faculté d'édicter dans les statuts des mesures disciplinaires contre ceux des associés qui auraient commis des fautes déterminées, spécialement en falsifiant le lait, et à cet égard, celui qui sollicite son admission comme membre participant de la société, se soumet à l'observation et à l'application des statuts. — Même arrêt. — V. Lyon, 24 janv. 1899, [*Gaz. des Trib.*, 16 avr. 1899]

290. — Il appartient aux tribunaux de rechercher si un membre de la société a encouru les pénalités édictées, et si la preuve de la faute qu'on lui reproche est faite. — Poitiers, 12 juill. 1894, précité.

291. — Il est indéniable que la doctrine de la cour de Poitiers, si elle devait prévaloir, serait de nature à jeter une perturbation profonde dans les sociétés fromagères. Mais nous savons déjà que cette doctrine n'a point prévalu devant la Cour de Besançon et que celle-ci, par maints arrêts, a reconnu valable la clause insérée dans l'acte constitutif portant que les administrateurs seront juges de toutes les difficultés relatives à l'exécution du contrat et pourront prononcer contre l'associé qui se rendrait coupable de fraude, l'exclusion et une peine pécuniaire, le tout sans contrôle des tribunaux. — V. notamment en ce sens, Besançon, 9 janv. 1840, [*Rec. des arrêts de la C. de Besançon*, v° *Société de fromagerie*, n. 8]; — 11 août 1848, [*Recueil des arrêts de la C. de Besançon*, 1847-1848, n. 116]; — 11 févr. 1852, [*Rec. des arrêts de la cour de Besançon*, v° *Soc. de fromagerie*, n. 11]; — 17 mars 1853, [*Ibid.*, 1853-1854, n. 20]

292. — Cette espèce de juridiction créée au profit du conseil d'administration de la société doit d'ailleurs tenir compte des décisions rendues par l'autorité judiciaire proprement dite. C'est ainsi qu'il a été jugé que, si l'associé poursuivi devant la juridiction correctionnelle pour une fraude telle que l'altération du lait par lui remis à la fromagerie, a été acquitté, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que son exclusion soit prononcée pour le même fait. — V. Besançon, 12 mars 1867, Fromagerie de Fresnes, [S. 67.2.281, P. 67.998, D. 67.2.33] — De fait, s'il y eut jamais besoin d'une justice rapide et sommaire, c'est bien ici. La fraude dans la qualité des produits, l'altération du lait fourni par les sociétaires, c'est manifestement le danger auquel on est quotidiennement exposé, et cela, d'autant plus que l'association est plus nombreuse; c'est donc aussi le danger contre lequel il convient de se prémunir par les mesures les plus efficaces et de l'effet le plus prompt. L'exclusion de la société, accompagnée d'une peine pécuniaire, a toujours paru remplir le but poursuivi, mais à la condition de pouvoir être appliquée sans retard. Que s'il est nécessaire, à chaque fraude constatée, de convoquer une assemblée générale et de discuter devant elle l'opportunité ou la nécessité de la mesure, le but est manqué, au détriment non seulement de la société, mais du public.

293. — A l'argumentation de la cour de Poitiers, la cour de Besançon répond, tout d'abord, que l'art. 52 de la loi de 1867 est inapplicable, par le motif que les associations fromagères ne sont pas des sociétés véritables, susceptibles d'être régies par les prescriptions de cette loi; et, en second lieu, qu'il est inexact de prétendre que les usages précités aient pour résultat de constituer une véritable juridiction arbitrale, en dehors des conditions autorisées par l'art. 1006, C. proc. civ.

294. — La cour de Besançon a justement considéré qu'il ne s'agissait point de juridictions créées en dehors des prescriptions de la loi, mais bien de l'application, sous le contrôle des tribunaux, de conventions librement consenties et acceptées, conventions dont l'exécution tenait au fonctionnement et à l'existence mêmes de sociétés ayant un caractère spécial. Les règles concernant les compromis n'ont rien à voir ici. — V. Toulouse, 14 févr. 1895, Coine et Armengaud, [S. et P. 95.2.93, et la note *in fine*, D. 95.2.436]

295. — La Cour de cassation n'a pas été appelée à statuer *in terminis* sur la question tranchée par la cour de Poitiers, aucun pourvoi n'ayant été formé contre cette partie de l'arrêt de la cour; mais la chambre civile, tout en rejetant le pourvoi, tel qu'il avait été formé, ne s'en est pas moins expliquée sur la question qui vient d'être examinée. On remarquera, en effet, qu'elle a pris soin de constater que, s'agissant de déterminer le sens et la portée d'une clause insérée dans les statuts d'une société dont le caractère de société à capital variable n'est pas établi, le demandeur ne pouvait être admis à attaquer pour excès de pouvoir une décision rendue par des juges acceptés par lui. — Cass., 27 janv. 1896, précité.

296. — C'est, en définitive, la condamnation de la doctrine admise par la cour de Poitiers : point de société à capital variable, partant point d'application de l'art. 52 de la loi de 1867; simple association dont les statuts doivent être appliqués tels qu'ils ont été consentis et acceptés; tout cela est contenu dans l'arrêt de la Cour de cassation; il est impossible de n'y pas voir une contradiction aux principes énoncés par l'arrêt attaqué, dans sa première partie. En résumé, il n'y a rien de changé à la jurisprudence établie, depuis plus de cinquante ans, par la cour de Besançon, à l'égard des associations fromagères dont les sociétés coopératives de laiterie ne sont que des copies; non seulement il n'y a rien de changé, mais on peut dire que cette jurisprudence se trouve confirmée par la décision intervenue devant la Cour suprême.

297. — Les arrêts précités déclarent que le pouvoir du conseil d'administration d'exclure et de condamner à l'amende s'exerce sous le contrôle des tribunaux, en cas de refus du sociétaire de se soumettre à la décision du conseil d'administration. C'est encore une conséquence implicitement consacrée par l'arrêt ci-dessus, qui affirme son pouvoir de contrôle en statuant lui-même à la suite du conseil d'administration, bien qu'il paraisse écarter le moyen du pourvoi par une simple fin de non recevoir. Cette fin de non recevoir eût été inadmissible si l'on avait aperçu une question d'ordre public se rattachant, soit à l'ordre des juridictions, soit à des prescriptions d'intérêt général en matière de sociétés. Dès lors qu'on l'admet, il en résulte qu'on admet les statuts tels qu'ils sont établis et appliqués, ce qui n'est autre chose que la confirmation du mode d'application précédemment adopté.

298. — *b*) Si l'art. 52, L. 24 juill. 1867, lequel autorise les associés à se retirer à leur gré de la société, est inapplicable aux associations fromagères ou aux sociétés coopératives de laiterie,

les statuts de ces associations, lorsque la durée en est limitée statutairement, quoique renouvelable, peuvent subordonner la retraite des membres à telles conditions qu'il paraîtra nécessaire d'insérer. — Poitiers, 11 févr. 1901, [*Gaz. Pal.*, 1901.1.387] — Trib. Montmédy, 23 juill. 1902, [*Gaz. Pal.*, 1902.2.689] — V. aussi les arrêts précités de la cour de Besançon.

299. — Remarquons, en terminant, que si les coopératives fromagères ne sont pas de véritables sociétés, susceptibles d'invoquer ou pouvant se voir opposer les prescriptions du tit. 3 de la loi de 1867, sur les sociétés à capital variable, du moins peuvent-elles, à l'instar de certains types de coopératives de consommation, se constituer sous la forme d'associations déclarées, conformément aux prescriptions de l'art. 5, L. 1er juill. 1901.

CHAPITRE V.

LÉGISLATION COMPARÉE.

300. — Ainsi que nous l'avons fait observer, tandis que la France attend encore sa loi coopérative, il existe des lois d'ensemble sur la coopération dans un certain nombre de pays étrangers.

§ 1. *Allemagne.*

301. — La condition juridique des *sociétés coopératives* est réglementée par la loi fédérale du 1er mai 1889 (*Ann. législ. étr.*, 1890, p. 167), amendée par la loi du 12 août 1896 (*Ibid.*, 1897, p. 139). Ces textes déterminent : le mode de formation et les conditions de publicité de l'association, le droit de celle-ci, son mode d'administration, la faculté de retraite de ses membres, ses causes de dissolution, les règles particulières à la liquidation et à la faillite de l'association.

302. — I. *Mode de formation et conditions de publicité de l'association.* — Peuvent se constituer sous le régime des lois précitées : les associations coopératives de production ; les associations coopératives de consommation ; les sociétés de prêt ou de crédit mutuel ; les sociétés pour l'approvisionnement de matières premières ; les sociétés pour la vente en commun de produits agricoles ou industriels; les sociétés pour la construction d'habitations à bon marché; les sociétés pour l'acquisition et l'usage, au profit de la société, d'objets servant à l'exploitation industrielle ou agricole (Loi de 1889, art. 1).

303. — Ces sociétés peuvent affecter trois formes principales: responsabilité illimitée et solidaire de tous les associés, tant envers la société qu'envers les tiers créanciers (*eingetragenge Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht*); responsabilité illimitée et solidaire des associés envers la société, celle-ci pouvant seule être directement poursuivie par les tiers (*e. Genoss. mit unbeschränkter Nachschusspflicht*); responsabilité limitée des associés, même au regard de la société (*e. Genoss. mit beschränkter Haftpflicht*).

304. — Toute société coopérative doit avoir une *raison sociale*, ne renfermant aucun nom d'associé, mais indiquant le but poursuivi par elle et la mesure de la responsabilité de ses membres (art. 3). Les statuts, rédigés par écrit, doivent contenir obligatoirement un certain nombre de mentions énumérées en l'art. 7.

305. — Toute société coopérative est sujette à publicité. Celle-ci résulte de l'inscription des statuts, ainsi que des noms des membres de la direction, sur le registre des associations coopératives tenu auprès du tribunal dans la circonscription duquel l'association a son siège, tribunal déjà chargé de la tenue des registres du commerce. Les statuts sont publiés par extraits, par les soins du tribunal. Une publicité analogue est exigée pour chaque création de succursale.

306. — Les modifications aux statuts peuvent être votées par l'assemblée générale; mais celle-ci ne peut statuer valablement qu'à la majorité des trois quarts des membres présents. Les statuts modifiés ne peuvent être appliqués qu'après avoir été publiés dans les formes légales.

307. — II. *Droits de l'association.* — Toute société coopérative régulièrement constituée et dûment inscrite est une personne morale, jouissant du droit de posséder, capable de droits et d'obligations; elle est représentée en justice par un conseil de direction. — Sur la représentation judiciaire de la société par son conseil de direction, V. Trib. d'Empire, 17 nov. 1899, [*Ann. de dr. comm.*, 1901, p. 319] — En principe, les sociétés coopératives sont des commerçants, sous réserve des exceptions indiquées au texte.

308. — Les sociétés coopératives de consommation ne peuvent, sous certaines sanctions pénales, vendre qu'à leurs membres (Loi de 1889 et de 1896, cbn.). Les bénéfices et les pertes sont répartis en fin d'exercice, sauf disposition contraire des statuts, entre les associés au prorata de leurs versements, et, les versements une fois effectués intégralement, au prorata de leur part sociale. Aucun dividende ne peut être distribué, si des retraits ont été effectués, jusqu'à ce que le capital statutaire ait été reconstitué.

309. — III. *Mode d'administration.* — Toute association coopérative a un conseil de direction de deux ou plusieurs membres dont les statuts déterminent les pouvoirs. Les directeurs sont personnellement et solidairement responsables des fautes de gestion dont ils peuvent se rendre coupables dans l'exercice de leurs fonctions (art. 24 et s.).

310. — Toute association comporte également un conseil de surveillance composé de trois membres au moins, choisis par l'assemblée générale et révocables par elle. Les employés et directeurs sont inéligibles à ces fonctions. Le conseil de surveillance peut relever provisoirement de leurs fonctions les membres du conseil de direction, sauf approbation de l'assemblée générale; il représente l'association dans les marchés que celle-ci voudrait passer avec un des directeurs (art. 38).

311. — IV. *Faculté de retraite des membres.* — Chaque associé peut se retirer de la société moyennant une dénonciation, faite par écrit au moins trois mois d'avance, nonobstant toutes clauses contraires. Cette dénonciation n'a d'effet que pour la fin de l'exercice en cours. L'associé sortant a droit au remboursement de sa part ; son action de ce chef se prescrit par deux ans. Chaque associé peut également, à toute époque et même en cours d'exercice, à moins que les statuts ne l'interdisent, céder ses droits à un tiers, lequel prendra ses lieu et place comme associé.

312. — V. *Dissolution, liquidation et faillite.* — Les art. 76 et s., déterminent les causes de dissolution : vote de l'assemblée générale, statuant à la majorité des trois quarts des membres présents ; expiration du terme convenu ; décision de justice; ordre administratif, basé sur les illégalités commises par l'association, etc.

313. — Les liquidateurs sont nommés par les statuts, ou, à défaut de désignations statutaires, par le conseil de direction ou le tribunal. En cas d'insolvabilité, il y a lieu à déclaration de faillite. La faillite peut être demandée par les créanciers, par le conseil de direction, ou individuellement par chacun des membres dudit conseil. Elle emporte de droit dissolution de la société et ne comporte, dès lors, pas de concordat.

§ 2. *Autriche.*

314. — La loi coopérative autrichienne, du 9 avr. 1873 (*Ann. de lég. étrang.*, 1874, p. 222), présente une grande analogie avec la loi allemande. Toutefois, dans la législation autrichienne, la constitution d'un conseil de surveillance est facultative; mais par contre, suivant le procédé ordinaire du législateur autrichien, l'administrateur est investi de pouvoirs de contrôle et de surveillance très-étendus, qui dans sa pensée peuvent tenir lieu du contrôle exercé par les intéressés eux-mêmes.

315. — I. *Règles communes à toutes les coopératives.* — Toute société coopérative doit : 1° posséder des statuts écrits, rédigés suivant un modèle légal (art. 6 de la loi); 2° faire choix d'une raison sociale ; 3° faire enregistrer ses statuts au greffe du tribunal de commerce sur le livre des associations. Toute modification aux statuts doit être publiée en la même forme.

316. — Toute coopérative a un conseil d'administration, dont les statuts déterminent les pouvoirs, et qui la représente en justice. La nomination d'un conseil de surveillance est facultative.

317. — Dans les six premiers mois de chaque exercice, le conseil d'administration est tenu de publier l'arrêté des comptes et le bilan de l'exercice écoulé. Cette publication doit faire connaître le nombre d'associés faisant actuellement partie de l'association, ainsi que le nombre des associés entrés ou sortis au cours de l'exercice. Copie de ces pièces doit, dans les huit jours, être envoyée à l'autorité administrative locale.

318. — L'association peut être dissoute : par l'expiration du terme statutaire, par décision de l'assemblée générale, par la faillite, par décision de l'autorité administrative.

319. — II. *Règles spéciales aux associations à responsabilité illimitée.* — Les membres d'une association de ce genre peuvent être, en cas d'insuffisance de l'actif social, poursuivis personnellement et solidairement en paiement du passif, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le passif antérieur à leur entrée dans la société et le passif créé au cours de leur présence dans l'association.

320. — Les statuts déterminent les conditions de la retraite des membres. A défaut de clause contraire, l'associé ne peut se retirer qu'en fin d'exercice, et à la condition de prévenir quatre semaines à l'avance. L'associé sorti, ou ses ayants-droit répondent des dettes antérieures tant que ces dettes ne sont pas couvertes par la prescription. — Sur les particularités de la faillite des coopératives, V. les art. 60 et s.

321. — III. *Règles spéciales aux associations à responsabilité limitée.* — L'associé faisant partie d'une association de ce genre répond du passif social, en cas de faillite ou liquidation judiciaire de celle-ci, non seulement jusqu'à concurrence de cette part, mais, sur sa fortune personnelle, pour une somme égale au montant nominal de ladite part (art. 76).

322. — L'associé ne peut se retirer qu'à la fin de l'exercice annuel, et sous condition d'un avis préalable envoyé au moins quatre semaines à l'avance. Il est responsable du passif, dans la mesure qui vient d'être indiquée, pendant un an à compter de l'expiration de l'exercice.

§ 3. *Belgique.*

323. — Les sociétés coopératives sont réglementées, assez complètement, par la loi sur les sociétés du 18 mai 1873 (art. 85 et s.), amendée par la loi du 22 mai 1886. Toute société constituée dans les formes légales, avec responsabilité illimitée et solidaire, à responsabilité limitée de ses membres, jouit de la personnalité morale, à la condition que ses statuts soient rédigés par écrit, conformément au modèle légal (art. 87 et 88), et publiés au *Moniteur*. Cette publicité, ainsi que celle des modifications apportées après coup au pacte primitif, a lieu sans frais.

324. — Les associés peuvent se retirer à leur gré de la société, s'il n'en a été décidé autrement par les statuts. Ils n'en peuvent être exclus que par décision de l'assemblée générale, et pour les causes spécifiées aux statuts, ou, en cas de silence des statuts, pour inexécution de leurs obligations sociales. Tout sociétaire démissionnaire ou exclu reste personnellement tenu, dans la limite déterminée par la nature de la société, des engagements sociaux pendant cinq ans.

325. — Toute société coopérative doit tenir un registre mentionnant : 1° les statuts, organisés ou modifiés; 2° les noms, professions et demeure des sociétaires; 3° la date de leur admission, retraite ou exclusion ; 4° le compte des sommes versées ou retirées par chacun d'eux.

326. — Chaque année, à l'époque fixée par les statuts, la société dresse son inventaire et ses bilans. Ces pièces sont déposées au greffe du tribunal de commerce. Tous les six mois, doit être déposée au même greffe la liste mise à jour des membres de la société. Toutes ces pièces doivent être communiquées gratuitement aux requérants.

326 *bis*. — D'importantes faveurs sont faites, au point de vue fiscal, par la loi du 24 juin 1875, aux sociétés coopératives (exemption des droits de timbre, d'enregistrement, de greffe, etc.).

§ 4. *États-Unis.*

327. — Les sociétés coopératives sont régies, dans l'Etat de New-York, par une loi de 1867, n. 971, et par un amendement à cette loi du 29 mars 1878 (*Ann. de lég. étr.*, 1879, p. 714). Les statuts doivent déclarer le nom de la compagnie, le siège social, l'organisation des pouvoirs sociaux, la durée de la société qui ne peut dépasser vingt-cinq ans, le nombre des administrateurs et leur mode de nomination, la date à laquelle finit l'exercice annuel, le montant du capital qui ne peut être inférieur à 1,000 dollars. Le secrétaire d'Etat doit vérifier que le montant du capital indiqué a été véritablement souscrit et que le dixième au moins a été versé (art. 2). La direction des affaires appartient à un président, un conseil composé de trois directeurs au moins et un trésorier, élus chaque année par les sociétaires qui disposent d'une voix chacun. Le titre *coopérative* doit figurer sur tous les actes où figure le nom de la société (art. 5). Les administrateurs ont le droit de faire tous les règlements qu'ils jugent nécessaires et qui ne sont pas contraires aux lois (art. 6).

§ 5. *Grande-Bretagne.*

328. — Une législation de faveur a été édictée en faveur des sociétés coopératives, à responsabilité *limitée*, par l'Act du 12 sept. 1893, *Industrial and Provident societies act*, [*Ann. de lég. étr.*, 94.16] — La principale faveur accordée à ces sociétés consiste dans la dispense de l'*income tax.* Mais cette faveur n'est accordée qu'en échange de l'assujettissement de la société à un régime de surveillance très rigoureux.

329. — Pour obtenir le bénéfice de l'*enregistrement*, dans la catégorie des sociétés visées par l'article précité, la société doit satisfaire aux conditions suivantes : 1° grouper un minimum de 37 membres ; 2° fournir au *registrar* copie des statuts signée par sept membres et par le secrétaire; 3° avoir une dénomination originale, permettant de différencier immédiatement la société des sociétés similaires ; 4° faire suivre cette dénomination du mot *limited;* 5° s'il s'agit d'une coopérative de consommation, ne vendre qu'aux membres de la société. Enfin, nul membre, autre qu'une société enregistrée, ne doit avoir une part, dans le capital social, excédant 200 livres (soit 5,000 fr.).

330. — Le *registrar* peut, soit refuser l'enregistrement s'il estime que l'une des conditions prescrites n'est pas remplie, soit dissoudre la société de sa propre autorité, s'il considère que la société n'est plus en règle avec la loi. Les décisions du *registrar* peuvent, en tout cas, être frappées d'appel devant la cour de session. Toutes les modifications aux statuts doivent être notifiées au *registrar* et publiées dans les mêmes formes que l'acte constitutif.

331. — Les sociétés enregistrées ont le caractère de personnes morales, se manifestant extérieurement sous un nom social. Elles possèdent par l'entremise de *trustees*, lesquels ont également qualité pour les représenter en justice.

332. — Le bilan de la société doit être communiqué annuellement à un fonctionnaire administratif (*public auditor*), ou à deux personnes désignées par les statuts. Le *registrar* peut, de plus, soit d'office, soit sur la requête de dix membres au moins, faire procéder à un examen approfondi des livres par un expert (*accountant*) ou un actionnaire. Enfin, sur la demande du dixième des membres, ou de 100 membres dans toute société en comptant plus de 1,000, le *registrar en chef* pour l'Angleterre, les *assistants registrar* pour l'Écosse ou l'Irlande peuvent désigner un ou plusieurs inspecteurs chargés de faire une enquête générale sur les affaires de la société, de présenter un rapport à cet effet, et même, s'il y a lieu, de convoquer une assemblée générale extraordinaire. Des formalités spéciales sont imposées aux coopératives de crédit.

333. — Tout membre âgé de plus de seize ans a le droit, par un écrit de sa main déposé au siège social ou par une mention sur son livret de prêt, de désigner une personne qui, à son décès, prendra ses lieu et place dans la société. Toutes les mutations survenues dans le personnel doivent être inscrites sur un registre spécial tenu à la disposition des intéressés.

334. — Les sociétés coopératives sont à capital et à personnel variables. Le membre démissionnaire n'est tenu que jusqu'à concurrence des sommes restant dues sur les actions, et seulement en cas d'insuffisance des cotisations des membres présents pour faire face au passif. Cette dette limitée et subsidiaire s'évanouit elle-même, et l'ex-associé est à l'abri de tout recours lorsqu'un an s'est écoulé depuis sa retraite.

§ 6. *Hongrie.*

335. — Le Code de commerce hongrois de 1875 a réglementé assez complètement, dans ses art. 223 à 257, les sociétés coopératives en général. Nous n'exposerons pas cette réglementation, qui, dans ses grandes lignes, présente beaucoup d'analogie avec la réglementation autrichienne de la loi de 1873, analysée *suprà*, n. 314 et s.

336. — Mais une loi de 1898 (L. XXIII de l'exercice 98, *Ann. de lég. étrang.*, 99.1.364) a organisé, au profit des associations coopératives de crédit et en vue d'en favoriser le déve-

loppement, une législation spéciale, sous le bénéfice de laquelle les coopératives de cette catégorie sont libres de se placer, à la condition de se conformer aux prescriptions qu'elle édicte, à moins qu'elles ne préfèrent demeurer sous le régime du droit commun, c'est-à-dire sous l'empire du Code de commerce. Seules les coopératives de crédit constituées dans les conditions spécifiées par la loi de 1898 peuvent solliciter leur affiliation à l'association centrale de crédit dont il sera question ci-après. Il est intéressant de rapprocher cette législation hongroise de 1898 de la législation française sur les sociétés de crédit agricole, telle qu'elle résulte de la combinaison des lois des 5 nov. 1894, 17 nov. 1897 (sur le renouvellement du privilège de la Banque de France), 31 mars 1899 et 25 déc. 1900.

337. — Les sociétés coopératives de crédit du type 1898 ne peuvent se constituer qu'avec le concours de l'autorité administrative, d'une corporation publique (chambre de commerce, corporation industrielle, société agricole), ou de l'association centrale de crédit. Les statuts doivent spécifier que la société ne fait d'opérations qu'avec ses membres. Elle peut cependant accepter des dépôts d'épargne de personnes étrangères à la société. Les statuts déterminent également le maximum de crédit susceptible d'être ouvert à chaque membre, ainsi que les conditions sous lesquelles ce crédit peut être ouvert. La circonscription de la société est assez restreinte. Elle peut se limiter à une seule commune, ou englober plusieurs communes limitrophes, mais à la condition que ces communes appartiennent au même canton ou à deux cantons limitrophes.

338. — Les parts sont nominatives, et ne peuvent excéder une valeur nominale maxima de 100 couronnes. La valeur nominale des parts ne peut être, ni augmentée ni réduite au cours de l'existence de la société.

339. — Les parts sociales ne reçoivent pas d'intérêt fixe, mais seulement un dividende, dont le chiffre se détermine d'après les bénéfices nets, déduction faite de la réserve légale (10 p. 0/0 au moins jusqu'à ce que la réserve atteigne la moitié du capital social), et dont le maximum ne peut excéder 5 p. 0/0. Tous les bénéfices excédant ce chiffre de 5 p. 0/0 doivent grossir la réserve.

340. — Les associés sont responsables du passif social jusqu'à concurrence du quintuple de la valeur nominale de leur part. Cette responsabilité peut cependant, par une clause expresse des statuts, être élevée jusqu'au décuple. Cette responsabilité n'est que subsidiaire. Les associés ne peuvent, lorsqu'ils se sont intégralement acquittés du montant de leur part, être poursuivis sur leur fortune personnelle dans la mesure qui vient d'être déterminée, qu'en cas de faillite de la société, et à raison de l'insuffisance de l'actif social révélée par cette faillite, dont la loi réglemente en détail les différentes phases.

341. — L'associé ne peut se retirer de la société qu'après avis donné, par écrit ou verbalement, quatre semaines à l'avance au moins. Le délai de préavis peut être porté à six mois par les statuts. L'exclusion des membres ne peut être prononcée que par le conseil de direction, à la majorité des deux tiers des voix, et sous réserve de l'approbation du conseil de surveillance. Le remboursement de la part du membre démissionnaire ou exclu ne peut avoir lieu que six mois après la clôture de l'exercice en cours.

342. — Le membre démissionnaire ou exclu, ou les héritiers de l'associé décédé demeurent responsables envers les créanciers sociaux, dans la mesure déterminée, *suprà*, n. 340, en cas de faillite de la société prononcée moins de six mois après la clôture de l'exercice au cours duquel s'est produit l'événement qui a mis fin à la qualité d'associé (retraite, exclusion ou décès).

343. — Tous les membres de la société peuvent prendre part aux assemblées générales; chacun d'eux a une voix. Toutefois, les statuts peuvent subordonner le droit de vote au versement intégral ou partiel, dans une proportion minima qu'ils déterminent, de la part de l'associé, ou exclure de ce droit le membre qui serait en retard pour son versement.

344. — L'*association centrale de crédit*, créée par la loi de 1898, est une institution autonome, destinée à servir de lien entre toutes les caisses locales, et à renforcer le crédit de chacune d'elles en mettant à leur disposition, sous certaines conditions, les fonds de roulement dont elles ont besoin. Cette caisse est largement subventionnée par le pouvoir central (le ministre des Finances a été autorisé à souscrire des parts jusqu'à concurrence de 1,000,000 de couronnes, à contribuer pour 100,000 couronnes aux frais de premier établissement de la caisse, et à mettre à la disposition de celle-ci, à titre d'avances remboursables, 3,000,000 de couronnes pour gager l'émission des premières obligations à créer). Chaque société coopérative adhérente doit souscrire une part de 200 couronnes au moins. Chacune est responsable des engagements de l'association centrale jusqu'à concurrence du quintuple de la valeur nominale de la ou des parts souscrites par elle.

345. — L'association centrale, soumise elle-même à la surveillance directe du ministre des Finances, est chargée du contrôle et de la surveillance des sociétés adhérentes. Celles-ci, en retour, ont le double avantage de pouvoir transformer leurs créances (résultant des prêts faits à leurs membres) en obligations amortissables et productives d'intérêts émises par la banque centrale, et de participer aux bénéfices nets de celle-ci.

§ 7. *Italie.*

346. — Pas plus que la France, l'Italie n'a de véritable loi sur les sociétés coopératives. Les art. 219 et s., C. comm. ital., se bornent à poser quelques règles sur les sociétés à capital variable, très voisines de celles contenues dans le tit. 3 de la loi française de 1867. L'acte constitutif des sociétés coopératives, quelle que soit leur forme, doit indiquer les dispositions relatives à l'admission et à l'exclusion des sociétaires (C. comm., art. 219). Le livre des sociétaires doit indiquer en regard de leurs noms et de leurs signatures les versements et retraits de fonds effectués, et une liste extraite doit être déposée chaque trimestre au greffe du tribunal de commerce (art. 221). Les actions, s'il y en a, ne peuvent être de plus de 100 fr.; la part de chaque sociétaire ne peut dépasser 50,000 fr. (art. 222). Chaque associé dispose d'une seule voix quel que soit le nombre de ses actions (art. 223). La responsabilité des sociétaires est solidaire et illimitée, sauf disposition contraire de l'acte constitutif (art. 75). Le sociétaire exclu ou démissionnaire reste obligé pendant deux ans vis-à-vis des tiers (art. 225).

§ 8. *Mexique.*

346 *bis*. — La société coopérative est caractérisée par la variabilité du nombre des associés et du capital social (C. comm., art. 238). Les actions sont toujours nominatives et incessibles sans autorisation (art. 239). La responsabilité des associés peut être limitée ou illimitée (art. 240). A défaut de stipulations contraires des statuts, l'assemblée générale a seule le droit de prononcer la radiation ou l'admission de sociétaires, le montant des actions peut être versé par acomptes hebdomadaires, tous les associés ont droit de vote et la majorité requise pour les délibérations doit représenter la moitié du capital social (art. 244). Un livre des actionnaires doit indiquer les dates de leurs versements et retraits de fonds en regard de leurs noms et de leurs signatures (art. 245). L'associé qui se retire ou ses héritiers en cas de décès peuvent retirer la part qui lui revient d'après le dernier bilan, mais ils restent responsables pendant un an (art. 250 à 252). Les créanciers personnels des associés ne peuvent saisir avant la dissolution de la société que les bénéfices revenant à leurs débiteurs (art. 254). Les gérants de la société, qui peuvent être associés ou non, sont nommés à temps et révocables, ils doivent fournir une caution fixée par les statuts (art. 255 à 257). Mêmes dispositions relatives au conseil de surveillance que pour les sociétés en commandite par actions, mêmes prescriptions que pour les sociétés anonymes quant aux assemblées et à la dissolution.

§ 9. *Pays-Bas.*

347. — Les Pays-Bas ont une loi spéciale sur les coopératives (L. 17 nov. 1876 : *Ann. de législ. étr.*, 1877, p. 532). D'après cette loi, toute association de personnes qui peuvent être admises ou se retirer sans que la société prenne fin est une société coopérative (art. 2). En outre de ladite loi, la société coopérative qui fait des actes de commerce est régie par les lois commerciales. Il lui est permis d'étendre à des tiers ses opérations si ses statuts l'y autorisent. Le nom de la société doit comprendre l'indication *coopérative.* Tout ce qui concerne la constitution ou les modifications de la société doit être fait par acte notarié

(art. 4). L'acte constitutif et ses modifications ultérieures doivent être transcrits au greffe de la justice de canton du siège de la société, publiés au *Journal officiel* et annoncés dans un journal de la localité (art. 5). Les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables de tous actes faits par eux au nom de la société avant la transcription et la publication de l'acte constitutif, la société n'acquérant la personnalité civile qu'après l'accomplissement de ces formalités (art. 6). Entre autres indications, l'acte de société doit indiquer l'étendue de la responsabilité des associés, les conditions pour leur admission ou leur démission, la durée de la société, qui ne peut dépasser trente ans, sauf à être prorogée (art. 7). Les administrateurs, et les commissaires s'il y en a, sont élus par la société, et, à moins de dispositions contraires choisis parmi les membres; ils sont révocables, la qualité d'associé est personnelle (art. 8 et 9). Sur la demande du cinquième au moins des sociétaires, les administrateurs doivent convoquer l'assemblée générale; à défaut de convocation dans la quinzaine, les associés eux-mêmes peuvent la convoquer (art. 10). Un registre coté et paraphé, exempt du timbre, doit être tenu jour par jour au greffe du canton au siège social, indiquant les noms des administrateurs, des commissaires et ceux des associés avec leurs versements ou retraits de fonds (art. 11 et s.). Les comptes annuels doivent être présentés à l'assemblée dans les six mois de la clôture de l'exercice et déposés au greffe du canton dans les mois de leur approbation (art. 16).

348. — La société cesse par l'expiration du terme, la dissolution amiable ou la cessation de paiements, qui entraîne la faillite même si l'objet de la société n'est pas commercial (art. 18). En cas d'insuffisance de l'actif, les membres actuels et ceux qui se sont retirés dans l'année précédant la faillite sont tenus d'y suppléer par parts proportionnelles à leurs droits aux bénéfices, tout en restant conjointement responsables comme caution les uns des autres (art. 19 et 20). Dans le cas d'une simple liquidation volontaire, les liquidateurs sont nommés par l'assemblée générale, à moins qu'ils n'aient été désignés par les statuts.

§ 10. *Portugal.*

349. — Les sociétés coopératives sont caractérisées par la variabilité du capital et le nombre illimité des associés (C. comm., art. 207). Leur raison sociale doit contenir l'indication « *société coopérative à responsabilité limitée* » ou « *illimitée* « et, quelle que soit leur forme, les dispositions concernant les sociétés anonymes relatives à la publication de l'acte social et aux obligations des administrateurs leur sont applicables (art. 207). Le nombre des membres ne peut être inférieur à dix (art. 208). L'acte constitutif doit indiquer le capital minimum nécessaire et les conditions d'admission, de démission et d'exclusion des sociétaires (art. 208). Le paiement du capital peut avoir lieu par versements même hebdomadaires (art. 211); aucun membre ne peut avoir dans la société un intérêt supérieur à 500,000 reis (3.000 fr. environ), et les actions, toujours nominatives, ne peuvent dépasser 100,000 reis (environ 600 fr.). Chaque associé n'a qu'une voix et ne peut représenter plus du cinquième des voix à l'assemblée générale (art. 214). Un registre spécial doit indiquer, en regard de la signature des associés, tout ce qui les concerne : admission, versements, retraits, démission, etc. (art. 216, 217, 222). Les associés admis après la constitution de la société répondent de toutes les opérations antérieures à leur admission (art. 219).

§ 11. *Roumanie.*

349 *bis*. — Les sociétés à capital variable par suite du nombre également variable des sociétaires doivent être constituées par acte public, ce dernier indiquant les conditions d'admission et d'exclusion des associés. Les administrateurs doivent être sociétaires et peuvent être dispensés de déposer un cautionnement. Le capital social initial ne peut dépasser 200,000 lires, mais il peut être augmenté d'autant chaque année. La valeur des actions, toujours nominatives, ne peut être inférieure à 25 lires, ni supérieure à 100. Un registre des associés doit contenir, en regard de leurs signatures, l'indication de leurs versements ou retraits de fonds; une liste trimestrielle des sociétés à responsabilité illimitée doit être déposée au greffe du tribunal. A l'assemblée générale chaque sociétaire dispose d'une seule voix. La responsabilité d'un associé exclu ou démissionnaire subsiste pendant deux ans.

§ 12. *Russie.*

350. — Il n'existe pas en Russie de réglementation d'ensemble des coopératives. Mais le Code de commerce révisé en 1893, et le décret impérial du 14 juin 1902 (*Quest. prat. de lég. ouvr.*, 1902, p. 317), réglementent avec certains détails les *artèles* ou *artels*, sorte d'associations coopératives de production, sur lesquelles viennent se greffer parfois des coopératives de consommation ou de crédit.

351. — Les deux formes d'*artels* les plus répandus sont : 1° l'*artèle industrielle*, réunion d'ouvriers qui demeurent et travaillent ensemble et se partagent également le produit de leur travail (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 6404); 2° l'*artèle agricole*, réunion de paysans qui, trop pauvres pour acheter ou affermer isolément des terres, s'associent pour cette opération (V. communautés taisibles du Moyen âge, associations fromagères de France ou de Suisse). — Sur les artèles, V. notamment, *Des artèles* (publ. de l'*Off. de trav. franç.*, 1893); Apostol, *L'artèle, étude d'histoire économique;* De Schulze-Gävernitz, *L'industrie du coton à Moscou et à Vladimir;* Merles, *Les associations ouvrières et patronales*, p. 334; Pic, *Tr. de lég.ind.*, n. 518.

352. — Aux termes de l'art. 1 du décret de 1902, « toute association formée dans le but de faire des opérations spéciales, d'exercer une industrie ou d'exécuter des travaux ou entreprises en employant ses propres membres, ou pour leur avantage collectif et sous leur responsabilité, sera reconnue comme une artèle ». Les associations de ce genre peuvent se constituer, soit sous le régime de droit commun (C. comm.), soit suivant un type déterminé par le décret. Dans ce second cas, leurs statuts doivent être soumis à l'approbation du gouverneur du district; ils doivent nécessairement faire connaître si la responsabilité des membres est limitée ou illimitée.

353. — L'artèle est une personne morale. Elle peut donc acquérir des biens (y compris des biens fonciers), passer des contrats, exercer une industrie ou un métier quelconque, ester en justice par l'entremise de ses administrateurs.

354. — L'égalité la plus absolue règne entre les membres. Les cotisations sont les mêmes pour tous; elles peuvent être acquittées en argent ou en marchandises nécessaires à la société. Chaque membre a le droit de vote à l'assemblée générale; le vote par procuration est admis, pourvu que le mandataire soit lui-même un associé. Les décisions sont prises à la majorité absolue des votants.

355. — Les bénéfices nets de l'entreprise se répartissent entre les membres « proportionnellement au travail personnel de chacun, et ainsi que l'aura déterminé l'assemblée générale ». Cette dernière formule semble indiquer, non pas que l'assemblée pourrait établir un autre mode de répartition, mais que c'est à elle qu'il appartient de déterminer le mode de calcul ou de mesurage du travail personnel effectué par chaque associé.

§ 13. *Suède.*

356. — Les sociétés coopératives sont régies par la loi du 28 juin 1895 (*Ann. de lég. étr.*, 1896, p. 622). Cette loi présentant une grande analogie avec la loi allemande, étudiée *suprà*, il nous paraît superflu de l'analyser ici. L'enregistrement de ces sociétés a lieu sur des registres provinciaux.

§ 14. *Suisse.*

357. — Les sociétés coopératives sont régies, comme associations, par les art. 678 à 715, C. féd. des obligations. Cette législation s'applique aux sociétés fromagères, qui, jusqu'en 1883, date de la mise en vigueur du Code fédéral, étaient réglementées diversement par les législations cantonales. — Gabet, *op. cit.*, p. 105.

358. — Les statuts de la société doivent être dressés par écrit et signés de sept membres au moins. Elle est inscrite sur le registre du commerce du siège social; les statuts doivent être publiés intégralement ou par extrait dans la feuille officielle du commerce.

359. — Tout sociétaire a le droit, nonobstant toutes clauses contraires, de se retirer de la société. Mais on ne peut se retirer, à moins que les statuts ne l'autorisent expressément, qu'à la fin

d'un exercice annuel, et moyennant un préavis donné quatre semaines à l'avance. L'exclusion peut être prononcée par le juge, pour justes motifs.

360. — Les statuts peuvent limiter la responsabilité des membres au montant de leur part. Mais, à défaut de clause formelle sur ce point, c'est le principe de la responsabilité personnelle et solidaire des membres qui prévaut. Cette responsabilité n'est d'ailleurs que subsidiaire, et ne produit effet qu'en cas de faillite de la société et en cas d'insuffisance de l'actif de la liquidation pour faire face au passif.

361. — L'associé personnellement obligé qui se retire ou est exclu de la société reste tenu des engagements antérieurs, si l'association tombe en faillite moins de deux ans après l'inscription de sa sortie sur le registre du commerce. La même responsabilité incombe aux héritiers de l'associé décédé.

362. — Toute association doit avoir un directeur ou un conseil de direction. Les statuts ont la faculté de placer auprès du conseil de direction un conseil de surveillance, ou de confier à un ou plusieurs experts le contrôle de la gestion.

363. — Chaque associé a une voix dans l'assemblée générale, sauf stipulation contraire des statuts. Les délibérations sont prises à la majorité absolue des votants.

CHAPITRE VI.

PROJETS DE RÉFORME.

§ 1. *Projets tendant à réglementer les sociétés coopératives en général.*

364. — La loi de 1867, antérieure au développement des coopératives, ne répond évidemment plus aux nécessités économiques de l'heure présente; il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer même sommairement les prescriptions de cette loi aux dispositions inscrites dans les lois étrangères récentes. Parmi les nombreux griefs formulés par les coopératives contre le régime légal français, nous relevons notamment les suivants : 1° Le chiffre maximum du capital, 200,000 fr., est trop faible, surtout pour les coopérateurs de production, qui ont la légitime prétention d'étendre leur cercle d'opérations, et de s'attaquer à la grande industrie.

365. — 2° L'absence de toute définition légale des types les plus usuels de coopératives est un encouragement à la fraude, en ce qu'elle permet trop aisément à des entreprises purement commerciales de bénéficier sans droit des faveurs administratives, en se qualifiant abusivement de coopératives. Ces fraudes sont facilitées par le caractère illusoire de la publicité légale. Pourquoi ne pas astreindre, en échange des faveurs fiscales ou autres qui leur sont concédées, les sociétés coopératives à effectuer le dépôt annuel aux greffes de justice de la liste des membres et du chiffre du capital à cette date? Ainsi procèdent les lois étrangères récentes; ainsi procède la loi française de 1894 sur les sociétés de crédit agricole (art. 5); la généralisation de cette prescription n'aurait que des avantages.

366. — 3° Les frais de constitution d'une société à capital variable, dans les conditions prévues au tit. 3 de la loi de 1867, sont excessifs, surtout lorsque les fondateurs veulent adopter la forme anonyme. — V. sur ces différents points, Gide, *Le mouvement coopératif* (*Rev. d'écon. polit.*, 1893, p. 11), et *Les sociétés coopératives de consommation*, passim; Pic, *Lég. industr.*, n. 1371; Thaller, n. 820.

367. — C'est en s'inspirant de ces considérations que le Gouvernement avait, dès 1888, déposé sur le bureau de la Chambre un projet de loi assez complète sur les *sociétés coopératives* et le *contrat de participation aux bénéfices* (projet Floquet, Ch. 16 juill. 1888, annexe n. 1057, p. 2968). Une majorité se dessina immédiatement à la Chambre en faveur du projet, et le 8 mai 1893, la Chambre adoptait un texte conforme dans ses grandes lignes au projet du Gouvernement, dont nous résumons ci-après les dispositions essentielles.

368. — L'art. 1 du projet commence par définir la coopérative, ou plutôt les quatre espèces de sociétés coopératives appelées à bénéficier du régime de faveur institué par la loi, à savoir : 1° *Les sociétés coopératives de consommation* « qui ont pour but l'acquisition, la fabrication et la manutention par la société de toutes denrées, marchandises et autres objets destinés aux besoins personnels des sociétaires ou aux besoins de leur profession ou industrie. » Cette formule englobe les boulangeries coopératives, ainsi que les sociétés coopératives pour l'achat des outils, instruments, et matières premières destinées à l'industrie.

369. — Mais il eût été impossible, semble-t-il, de faire rentrer les sociétés d'approvisionnement constituées entre les petits commerçants (*Rohstoffvereine* allemands) et ayant pour objet de fournir aux associés les marchandises nécessaires à leur commerce. — Pic, *op. cit.*, p. 1016, note 3.

370. — 2° *Les sociétés coopératives de crédit.* — Il convient d'ailleurs de faire observer que, postérieurement à ce vote, une réglementation spéciale est intervenue au profit des sociétés *de crédit agricole*, par suite du vote des lois, précédemment rappelées, des 5 nov. 1894 et 31 mars 1899.

371. — 3° Les *sociétés coopératives de production.* — A noter du reste que, si ces sociétés n'ont fait l'objet encore d'aucune réglementation légale directe, le législateur les a encouragées, d'une part, en facilitant l'accès des sociétés ouvrières aux adjudications de travaux publics (Décr., 4 juin 1888; L. 29 juill. 1893. V. *suprà*, n. 63 et s.), d'autre part, en subventionnant la coopération de production.

372. — 4° *Les sociétés coopératives mixtes*, agricoles ou autres, qui réunissent les caractères des sociétés de consommation, de crédit et de production, ou de deux d'entre elles seulement.

373. — Il n'est pas fait mention, dans la classification projetée, des sociétés coopératives *de construction*, réglementées par la loi du 30 nov. 1894, qui était alors en discussion.

374. — Chacun de ces quatre types fait l'objet d'une réglementation spéciale (tit. 2 à 5). Le tit. 1, au contraire, contient un ensemble de prescriptions applicables à tous les types de coopératives. Certaines d'entre elles ne font que reproduire la loi de 1867. Toutefois, les formalités constitutives sont simplifiées, en ce sens que l'acte notarié devient facultatif, même pour la déclaration de souscriptions, et que la publicité coûteuse exigée par la loi de 1867 est remplacée par un simple dépôt au greffe de la justice de paix ou du tribunal de commerce. Le minimum de l'action est abaissé à 20 fr.; des immunités fiscales assez sérieuses sont accordées aux coopératives de divers types, spécialement aux sociétés de consommation.

375. — Le projet ne trouva pas grâce devant le Sénat à raison de la campagne très-vive menée par le commerce de détail contre la coopération, campagne qui aboutit à un vote du Sénat, du 13 mars 1896, refusant aux coopératives toutes immunités fiscales. Ce vote était la destruction du projet qui depuis n'a pas été repris.

376. — Six ans plus tard, le 13 févr. 1903, le Sénat persistant dans ses hostilités contre les coopératives, votait un texte tendant à assujettir à la patente *toutes les coopératives de consommation*, même celles qui, ne vendant qu'à leurs membres ne pouvaient être considérées comme des sociétés commerciales (V. *suprà*, n. 244). Le Sénat avait sans doute été impressionné par les doléances du petit commerce de détail; mais il n'avait pas pris garde qu'une législation aussi draconienne dépassait le but et qu'il suffisait, pour donner satisfaction au commerce, de subordonner l'exemption de la patente à certaines justifications. Autant il est juste, en effet, d'atteindre les entreprises de spéculation qui se dissimulent sous les apparences de la coopérative, autant il est urgent d'encourager les coopératives d'ouvriers ou de petits employés, qui par l'association s'efforcent de diminuer les charges qui pèsent sur les familles ouvrières.

377. — Ces considérations parurent décisives à la Chambre qui, le 2 déc. 1902, adopta au contraire, sur un amendement de M. Decker-David, un texte exemptant de la patente les coopératives de consommation, ainsi que les syndicats agricoles.

378. — Le Sénat, saisi à nouveau, proposa alors un texte transactionnel imposant à la patente les sociétés coopératives de consommation et les économats, au même titre que les sociétés et petits commerçants, lorsqu'ils possèdent des établissements, boutiques ou magasins pour la vente ou la livraison des marchandises. Sont exemptés les syndicats agricoles et les sociétés coopératives de consommation, dont le seul but est de grouper les commandes de leurs adhérents et de distribuer dans leurs magasins de dépôt les marchandises qui font l'objet de ces commandes. A la date du 17 déc. 1903, la Chambre des députés s'est ralliée à la rédaction du Sénat. Mais la loi des patentes,

ayant été remaniée sur d'autres points, a dû faire retour au Sénat, où elle est actuellement en discussion.

§ 2. *Projets de réglementation des sociétés fromagères.*

379. — Nous avons exposé *suprà*, n. 261 et s., la controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si les sociétés fromagères doivent être considérées comme des sociétés civiles, soumises au droit commun, ou comme des associations *sui generis*, gouvernées par des usages anciens, et échappant aux prescriptions, même impératives, des Codes civil ou de commerce. C'est en ce dernier sens que, désireuse de consolider les usages séculaires de la Franche-Comté, usages dictés par des nécessités économiques impérieuses, s'était prononcée, en 1865, la commission spéciale instituée en 1863 par le préfet du Doubs, sous la présidence de M. Loiseau, premier président de la cour de Besançon, en vue d'étudier et de coordonner les usages anciens relatifs aux sociétés fromagères. Des travaux de cette commission était issu un projet tendant à l'introduction dans le Code rural des dispositions suivantes :

380. — Art. 1. « Les associations fromagères ou fruitières, établies dans les départements de l'Est pour la fabrication des fromages dits *de Gruyère*, sont des sociétés civiles et d'une nature spéciale. Elles se constituent avec ou sans écrit, sont représentées vis-à-vis des tiers et en justice par leurs gérants et peuvent être prouvées par témoins. »

381. — Art. 2. « Il est défendu de déroger par des conventions particulières aux usages énumérés ci-après et qui doivent être considérés comme essentiels aux sociétés de cette nature : 1° dans les localités des hautes montagnes où, pour l'exploitation des terres, la nécessité a fait établir et maintient des fromageries dans l'intérêt de la généralité des habitants, chacun d'eux a droit de faire partie de l'association; 2° dans celles des localités ci-dessus déterminées où il existe plusieurs fromageries divisées par circonscriptions ou par quartiers, l'habitant d'un quartier ne peut, sans cause grave, passer en aucun temps dans la fromagerie d'une autre circonscription; 3° la société se proroge tacitement et de fait chaque année. Tout associé a la faculté de se retirer à la fin de la campagne; 4° le décès ou la retraite de l'un des associés ne met pas fin à l'association. L'associé qui, pour quelque cause que ce soit, se retire ou est exclu perd ses droits à la copropriété du chalet ou du mobilier d'exploitation. S'il rentre ultérieurement dans l'association, il n'a plus à payer une contribution nouvelle pour le fonds commun; 5° la licitation ou le partage du chalet et du mobilier d'exploitation ne peuvent être provoqués par aucun des intéressés tant qu'il existe un nombre suffisant d'associés faisant fruitière; 6° les altérations du lait et autres fraudes dans l'exécution des engagements sociaux peuvent entraîner, en outre des dommages-intérêts, l'exclusion temporaire et définitive suivant les cas. »

382. — Aucune suite n'a été donnée à cet intéressant projet, dont les parties du Code rural mises depuis lors en vigueur à différentes époques ne contiennent aucune trace.

SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS. — V. COMMUNAUTÉ CONJUGALE. — DOT.

SOCIÉTÉS D'ASSURANCES.

LÉGISLATION.

L. 24 juill. 1867 (*sur les sociétés*), art. 66 et 67 ; — Décr. 22 janv. 1868 (*portant règlement d'administration publique pour la constitution des sociétés d'assurance*); — L. 9 avr. 1898 (*concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*), art. 24 et s. — Décr. 28 févr. 1899 (*portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'art. 27, L. 9 avr. 1898*); — L. 24 mai 1899 (*étendant, en vue de l'application de la loi du 9 avr. 1898, les opérations de la caisse nationale d'assurances en cas d'accidents*); — Décr. 26 mai 1899 (*approuvant les tarifs établis par la caisse nationale d'assurances en cas d'accidents, en conformité de la loi du 24 mai 1899*); — L. 4 juill. 1900 (*relative à la constitution des sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles*); — Décr. 10 juill. 1901 (*modifiant le décret du 22 janv. 1868 portant règlement d'administration publique pour la constitution des sociétés d'assurance*); — L. 2 janv. 1902 (*relative à la compétence en matière d'assurances*).

BIBLIOGRAPHIE.

V. *suprà*, v^is *Assurance (en général)*, *Assurance contre les accidents*, *Assurance contre l'incendie*, *Assurances mutuelles*, *Assurance contre les risques agricoles*, *Assurance sur la vie*, *Responsabilité civile*, *Secours mutuels* (*société de*), *Société* (*en général*), *Société commerciale*.

Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 1879, 3e éd., 8 vol. in-8°, t. 2, n. 848 et s.; — *Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*, 1879, 2 vol. in-8°. — Louis Arnault, *Rapport de la commission extra parlementaire du 14 févr. 1882 à l'appui d'un projet de loi sur les sociétés*, 1884, 1 vol. in-8°, p. 134 et s. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, 1898, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 10, 557, 562, 562 *bis*, 569. — Bédarride, *Des sociétés*, 1876, 2e éd., 3 vol. in-8°, n. 15 et s., 113 et s. — Boistel, *Manuel de droit commercial*, 1890, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 328 et s.; — *Précis de droit commercial*, 1884, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 155, 368 et s. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Manuel de droit commercial*, 1868, 7e éd., 1 vol. in-8°, t. 1, p. 610 et s. — Cohendy et Darras, *Code de commerce annoté*, 2 vol. in-8°, sur les art. 66 et 67, L. 24 juill. 1867. — De Courcy, *Les sociétés anonymes*, 1869, 1 vol. in-18, p. 236. — Delangle, *Des sociétés commerciales*, 1843, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 3. — Deloison, *Traité des sociétés commerciales, françaises et étrangères*, 1882, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 12. — Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, 1875, 6e éd., 2 vol. gr. in-8°, v° *Société*, n. 1398 et s. — Guillouard, *Traité du contrat de société*, 1892, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 74 et s. — Houpin, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 1901, 3e éd., 2 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 1052. — Jacquand, *Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions*, 1886, 1 vol. in-8°, p. 254. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. 1, n. 260, p. 129; — *Traité de droit commercial*, 1889-1903, 3e éd., 8 vol. parus, t. 2, n. 914 et s. — Malepeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, 1833, 1 vol. in-8°, p. 7 et s., 196 et s. — Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24 juill. 1867*, 1868, in-8°, n. 328 et s. — Pic, *Faillite et liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé;* — *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, 1887, 1 vol. in-8°. — Pont, *Commentaire des sociétés civiles et commerciales*, 1880-1884, 2e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, n. 1074. — Rivière, *Commentaire de la loi du 24 juill. 1867, sur les sociétés*, 1868, 1 vol. in-8°, n. 499 et s.; — *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, 1882, 8e éd., 1 vol. in-8°, p. 67, n. 173 et s. — Rogron, *Code de commerce expliqué*, 1891, 14e éd., 1 vol. in-18, sur les art. 66 et 67, L. 24 juill. 1867. — R. Rousseau, *Manuel pratique des sociétés par actions*. 1900, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 1274 et s. — Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1902, 2 vol. in-8°, n. 2770 et s. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, 1877-1881, 3e éd., 6 vol. in-8°, et Suppl., 1897-1898, 2 vol. in-8°, v^is *Assurances mutuelles terrestres*, n. 4 et s., *Société*, n. 49, 86 et s. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1904, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 725 et s. — Vavasseur, *Sociétés, syndicats, associations devant la justice*, passim ; — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 1897, 2 vol. in-8°, n. 1056 et s. — Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1894-1901, 5 vol. in-8°, 4 parus, t. 2, p. 415.

Cheysson, *Mémoire présenté au nom de l'institut des actuaires au 32e congrès des sociétés savantes*, session de 1894. — De Courcy, *Les sociétés étrangères d'assurances sur la vie, suite de l'assurance par l'Etat*, 1883, 1 vol. in-8°. — Legris, *De la condition en France des sociétés d'assurances sur la vie étrangères et des réformes à y apporter*, 1901, 1 vol. in-8°. — Senès, *Les origines des compagnies d'assurances soit à primes, soit mutuelles fondées en France depuis le XVIIe siècle, jusqu'à nos jours*, 1900, 1 vol. in-8°. — Thaller, *Les compagnies françaises d'assurances et le gouvernement d'Alsace-Lorraine*.

Sociétés d'assurances sur la vie : du rôle du Conseil d'Etat (Vavasseur) : J. Le Droit, 23 avr. 1889. — *Assurances sur la vie et*

contre les accidents (de la Grasserie) : Fr. jud., 1895, p. 14 et s. — *Sociétés d'assurances* (Lecouturier) : J. des ass., 1902, p. 143. — *Procédure à suivre pour obtenir l'autorisation du Gouvernement* (Viteau) : J. des soc., 1883, p. 748. — *Rapport au Conseil d'État* (Chauchat) : Monit. des ass., 25 mars 1887. — *Rapport au 31e congrès des sociétés savantes* (Cheysson) : Monit. des ass., 1894, p. 481. — *Les assurances sur la vie* (De Courcy) : Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1883. — *Sociétés d'assurances mutuelles* (Astresse) : Rev. des ass. mut., 1901, p. 45. — *Les compagnies étrangères d'assurances sur la vie et le notariat français* (Lepage Evariste) : Rev. du not. et de l'enreg., 1899, p. 225 et s. — *Les compagnies étrangères d'assurances sur la vie* (Vavasseur) : Rev. des soc., 1898, p. 208 et s., 437 et s. — *De la compétence en matière d'assurance* (Eugène Fron) : Rev. des soc., 1902, t. 20, p. 293, 353, 398. — *Sociétés d'assurances* (Michaux Bellaire) : Rev. gén. du droit, 1878, t. 2, p. 8.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

1. — Les sociétés d'assurances, ou pour mieux dire, les opérations que font ces sociétés, peuvent être distinguées en deux catégories bien tranchées. Les unes garantissent des risques qui peuvent ne pas se réaliser, l'incendie, la grêle, les accidents : les primes qu'exigent ces sociétés sont minimes eu égard aux indemnités qu'elles promettent. Les autres, au contraire, sous diverses formes, garantissent un risque certain, la mort de l'individu, ou du moins elles se livrent à des opérations ayant pour base la vie humaine : elles mettent en jeu des capitaux considérables, elles s'adressent à l'épargne et présentent par là même un réel danger qui s'augmente de la manière dont elles se présentent au public. Sous le nom de sociétés d'assurances sur la vie à primes fixes, de sociétés mutuelles, de sociétés de rentes viagères, de sociétés de capitalisation, elles promettent soit un capital, soit une rente, dont le montant est toujours fixé d'après la durée moyenne de la vie humaine.

2. — Toutes, sans exception, doivent présenter une surface assez solide pour que les assurés puissent être certains que les engagements seront tenus et qu'eux ou leurs ayants-droit ne se trouveront pas en présence de contrats trop nombreux établis sur des bases fausses et dépassant beaucoup l'actif de la société : à cet égard, la première précaution à prendre, surtout à l'égard des sociétés étrangères, c'est d'exiger la constitution d'un fonds de réserve.

3. — Bien plus, beaucoup de ces sociétés, en particulier les sociétés de rentes viagères et de capitalisation, font aux particuliers des offres alléchantes, mais souvent trompeuses, promettent des avantages fantastiques dont l'impossibilité matérielle d'exécution apparaît au plus léger examen : mais elles savent exploiter merveilleusement la crédulité publique, et elles dégénèrent souvent en de scandaleuses escroqueries. Par suite, elles doivent être soumises à un régime des plus sévères, que nous avons à faire connaître.

CHAPITRE I.

DES SOCIÉTÉS D'ASSURANCES SUR LA VIE ET DES TONTINES.

4. — Déjà au XVIIe siècle, ces sortes de sociétés auxquelles on donnait le nom générique de *tontines* avaient été considérées comme illégales et contraires à la morale publique, parce que, disait une ordonnance de 1681, « on ne peut appliquer un prix à la vie d'un homme libre qui est au-dessus de toute évaluation ». En 1787, un arrêt du Conseil avait autorisé la *Compagnie Royale*. Le 1er avr. 1809, un avis du Conseil d'Etat avait soumis ces sortes de sociétés à l'autorisation spéciale du roi dans la forme des règlements d'administration publique : « Considérant, disait cet avis, qu'une association de la nature des tontines sort évidemment de la classe commune des transactions entre citoyens, soit que l'on considère la foule des personnes de tout état, de tout sexe ou de tout âge qui y prennent ou qui y peuvent prendre des intérêts, soit que l'on considère le mode dont ces associations se forment, mode qui ne suppose entre les parties intéressées, ni ces rapprochements, ni ces discussions si nécessaires pour caractériser un consentement donné avec connaissance, soit que l'on considère la nature de ces établissements qui ne permet aux associés aucun moyen efficace et réel de surveillance, soit enfin que l'on considère leur durée toujours inconnue et qui peut se prolonger pendant un siècle... ». — V. égal. Av. Cons. d'Et., 15 oct. 1809, 10 nov. 1810, et Ord., 14 nov. 1821.

5. — On avait contesté la légalité de cet avis (V. Toullier, t. 6, n. 182; Boulay-Paty, sur Emerigon, t. 1, p. 201); mais l'opinion contraire avait prévalu. — Limoges, 2 déc. 1836, Cramouzaud, S. 37.2.182] — Il était utile qu'une loi qui s'occupait des sociétés ne laissât pas dans l'ombre cette espèce toute particulière. C'est ce qu'a fait la loi de 1867 : encore n'a-t-elle pas prévu tous les dangers, et toutes les fraudes possibles : comme on le verra, à la suite de certains désastres scandaleux, des réformes s'imposent.

6. — Aux termes de l'art. 66, L. 24 juill. 1867, « les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie mutuelles ou à primes restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du Gouvernement ». Nous allons examiner d'abord en quoi consiste le régime de ces sociétés : nous rechercherons ensuite à quelles compagnies d'assurances il est exactement applicable.

SECTION I.

En quoi consiste le régime établi par l'art. 66, L. 24 juill. 1867.

7. — Avant la loi de 1867, les sociétés d'assurances sur la vie étaient soumises au régime de droit commun des sociétés, c'est-à-dire que seules, *les sociétés anonymes* étaient soumises à l'autorisation du Gouvernement (C. comm., art. 37). Pris à la lettre, les deux mots « *restent soumises* » de l'art. 66 de la loi de 1867 semblent indiquer qu'on a voulu simplement consacrer le régime antérieur. Il s'ensuivrait donc que seules les sociétés anonymes d'assurances continueraient à être soumises au régime exceptionnel. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 918.

8. — Cette interprétation littérale n'a pas prévalu. On s'accorde généralement à admettre que la nouvelle rédaction est défectueuse, le Gouvernement lui-même l'avait reconnu, et à faire prévaloir l'esprit sur le texte. Or, la préoccupation principale du législateur de 1867 a été l'objet de la société, abstraction faite de sa forme extrinsèque. Toutes les assurances sur la vie, non contrôlées, présentent les mêmes dangers; toutes par conséquent, sans aucune distinction entre les sociétés à forme anonyme et les autres, sont désormais soumises à l'autorisation et à la surveillance. — Couteau, *Tr. des assur. sur la vie*, t. 1, n. 227; Fey, *Code des assur. sur la vie*, n. 42; Herbault, *Tr. des assur. sur la vie*, n. 83; Houpin, t. 2, n. 1052, *in fine*; Vavasseur, t. 2, n. 1060.

9. — Une autre question générale se pose, celle de savoir si, en dehors des conditions que prévoit l'art. 66, les sociétés d'assurances sur la vie ne sont pas soumises également aux règles posées par les lois de 1867 et du 1er août 1893.

10. — La jurisprudence, qui d'ailleurs ne s'est prononcée que sur un point particulier, paraît vouloir poser en principe que ces lois sont inapplicables aux sociétés d'assurances sur la vie. Elle estime, en effet, que la loi de 1867 n'a eu pour objet que de régir les sociétés en commandite ou anonymes qui peuvent se constituer sans l'autorisation du Gouvernement. — Cass., 28 nov. 1873, Jarry, [S. 75.1.281, P. 75.660, et la note de M. Lyon-Caen, D. 74.1.441]; — 9 mai 1879, Cassin, [S. 79.1.329, P. 79.803, D. 79.1.315] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1052 et 1053.

11. — On soutient, dans une opinion, que les prescriptions de la loi de 1867 étant étrangères aux sociétés d'assurances sur la vie, les art. 15 et 45 de la loi de 1867 ne sauraient être appliqués aux fraudes commises lors de la constitution d'une société anonyme d'assurances sur la vie. Mais dans une espèce particulière il a été jugé que ces fraudes sont punies des peines de l'escroquerie par application des art. 15 et 45, si d'ailleurs elles réunissent les caractères de l'escroquerie, délit de droit commun, prévu par le Code pénal, et non par la loi des sociétés, qu'il n'y aurait là qu'une erreur dans la citation du texte visé, ne pouvant donner lieu à cassation. — Cass., 9 mai 1879, précité.

12. — On fait cependant une réserve pour la publication des statuts, conformément aux art. 55 et s. de la loi de 1867, parce que ces articles ont remplacé les art. 42 et s., C. comm., qui prescrivaient la publicité des sociétés, autorisées ou non par le Gouvernement. — Houpin, t. 2, n. 1052.

13. — D'une façon aussi absolue, mais en sens inverse, une autre opinion enseigne que les sociétés d'assurances sur la vie sont soumises à toutes les règles des lois de 1867 et de 1893 : le maintien de la tutelle administrative édicté par l'art. 66 pour ces sociétés, dit-on dans cette opinion, n'a pas pour objet de les soustraire au droit commun, il ne vise pas la réglementation édictée par ces lois. D'ailleurs ces lois créent un ensemble de prescriptions, s'adaptant aussi bien aux sociétés d'assurances sur la vie qu'aux autres : pourquoi, dès lors, laisser la formation de ces sociétés à l'arbitraire du Gouvernement? Tel ne peut avoir été le but de la loi. — Vavasseur, t. 2, n. 1060; Couteau, t. 2, n. 228.

14. — Enfin une troisième opinion, que nous croyons préférable, fait une distinction entre les dispositions de ces lois : elle part de cette idée que la loi de 1867 a supprimé l'autorisation gouvernementale, tout en remplaçant cette garantie par des règles minutieuses auxquelles les sociétés anonymes doivent se soumettre. Il est certain, dit-on, que ces règles ne doivent pas être appliquées aux sociétés d'assurances sur la vie pour lesquelles cette autorisation gouvernementale a été maintenue, attendu qu'elles feraient double emploi avec cette dernière. Mais il n'y a, au contraire, d'autre part, aucune bonne raison pour les soustraire aux règles de la loi de 1867 et de celle de 1893 qui n'ont nullement eu pour but de remplacer cette autorisation, et qui s'expliquent par des considérations d'un autre ordre. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 919.

15. — Partant de cette idée, on décide que les statuts peuvent fixer librement, sous réserve des conditions imposées par le décret d'autorisation, les règles concernant la constitution de la société : versements immédiats à effectuer par les actionnaires, vérification des apports en nature, conditions spéciales de majorité requises pour les assemblées constitutives, fixation de l'époque où les actions seront négociables et pourront être converties en titres au porteur.

16. — Devront au contraire être considérées comme applicables aux sociétés d'assurances comme aux autres sociétés, les règles concernant soit les conséquences civiles ou pénales de la distribution de dividendes fictifs, soit la nécessité de choisir les administrateurs parmi les associés possédant le nombre d'actions déterminé par les statuts, soit la publicité des sociétés. — Mêmes auteurs.

17. — I. *Autorisation.* — L'autorisation doit être demandée dans les formes prescrites par un règlement ministériel du 23 déc. 1807 complété par l'instruction du 22 oct. 1817. Il faut s'adresser au ministre du Commerce et lui remettre un projet de statuts et une liste de souscripteurs : le ministre fait porter son examen sur la solvabilité et l'honorabilité des souscripteurs. — Couteau, t. 2, n. 219 et s.; Houpin, t. 2, n. 1052; Viteau, *J. des soc.*, 1883, p. 748. — V. le texte complet de l'instruction ministérielle du 22 oct. 1817, dans Cohendy et Darras, *Code de comm. annoté*, note sous l'art. 66 de la loi de 1867.

18. — Le ministre peut tout d'abord refuser *de plano* l'autorisation, sans même la soumettre au Conseil d'Etat; sa décision est souveraine et ne saurait faire l'objet d'aucun recours contentieux. Jugé en ce sens que le Gouvernement n'est pas tenu de soumettre à l'examen du Conseil d'Etat une demande en autorisation de former une société anonyme, lorsqu'il ne croit pas devoir donner suite à la demande (C. comm., art. 37). — Cons. d'Et., 6 août 1861, Vallet, [S. 62.2.352, P. adm. chr., D. 61.3.84]

19. — S'il estime que l'autorisation peut être accordée, il saisit le Conseil d'Etat qui à son tour examine la demande en faisant porter son attention principalement sur les tarifs et la limitation des placements permis : l'autorisation doit en effet être donnée par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire le Conseil d'Etat entendu. — V. Vavasseur, *Sociétés d'assurances sur la vie; du rôle du Conseil d'Etat* (J. *Le Droit*, 23 avr. 1880). — V. Couteau, n. 229 *bis*; Houpin, t. 2, n. 1052.

20. — Si l'avis motivé émis par le Conseil d'Etat est favorable, le ministre donne presque toujours suite à la demande (bien qu'il n'y soit pas tenu), et soumet à la signature du chef de l'Etat un projet de décret d'autorisation.

21. — Le décret est inséré, avec les statuts approuvés, au *Bulletin des lois* : les statuts sont ensuite publiés conformément aux dispositions des art. 55 et s. de la loi de 1867. — Houpin, *loc. cit.*; Couteau, *loc. cit.*

22. — Lorsque l'autorisation a été accordée, ce n'est que dans le cas où des circonstances quelconques nécessiteraient une modification des statuts qu'il faudrait une nouvelle autorisation, dans les mêmes conditions et les mêmes formes. Sous cette seule réserve le décret initial d'autorisation vaut pour toute la durée de la société.

23. — Jugé, en ce sens, que la clause d'une police de souscription à une association mutuelle de survie n'a pas besoin d'être revêtue de l'autorisation du Gouvernement quand elle ne contient aucune modification aux statuts ni aux conditions d'existence de la société. — Cass., 28 oct. 1889, Noguès et Pierrot, [S. 90.1.384, P. 90.1.938, D. 90.1.52]

24. — Spécialement, lorsqu'une clause porte, en exécution d'un article des statuts de l'association régulièrement approuvée, que « la totalité des droits de commission est exigible au moment de la signature de ladite police, ces droits demeurant irrévocablement acquis à la compagnie, alors même que, pour une cause quelconque, le souscripteur ne donnerait pas suite à son engagement », l'engagement que cette clause constate est valable et obligatoire pour les parties contractantes, et le billet signé par le souscripteur à l'inspecteur de la compagnie, pour droits de commission, ne peut être déclaré nul comme étant sans cause. — Même arrêt.

25. — Quand l'autorisation a été refusée, la société n'a pas d'existence légale à l'égard des tiers. Jugé, en ce sens, qu'une société anonyme civile, spécialement une société d'assurances à primes fixes contre les faillites, qui n'avait pas été autorisée par le Gouvernement, n'a pu être représentée, comme être collectif, devant la justice, par son directeur agissant en cette qualité. — Cass., 21 juill. 1854, l'Avenir, [S. 54.1.489, P. 56.1.206] — Metz, 10 août 1858, Comp. d'assur. contre les faillites, [P. 58.1079] — Orléans, 21 juill. 1859, Leclère-Fleureau, [D. 61.2.29] — *Contrà*, Trib. corr. Seine, 21 août 1852, De Morny, en note sous Cass., 21 juill. 1854, précité.

26. — ... Que ce directeur, non recevable à demander comme tel l'exécution au profit de la société de polices souscrites par des

associés, n'a pu davantage agir en son nom privé contre lesdits assurés, ni conclure soit à la liquidation d'une communauté d'intérêts qui aurait existé de fait, soit à l'exécution d'engagements qu'ils auraient contractés vis-à-vis de lui ou vis-à-vis des associés personnellement. — Mêmes arrêts.

27. — ... Surtout si les engagements dont l'exécution était demandée avaient été pris non avec le directeur en cause, mais avec un précédent directeur dont le demandeur ne pouvait se dire l'héritier, le cessionnaire, l'ayant-cause, ou le mandataire. — Mêmes arrêts.

28. — Mais cette nullité n'empêche pas qu'il n'ait existé une société de fait qu'il est nécessaire de liquider. En conséquence, cette société peut être représentée en justice à l'effet de poursuivre les engagements antérieurement pris par un mandataire ou liquidateur nommé par les intéressés en assemblée générale et à la majorité des suffrages. — Orléans, 21 juill. 1859, précité.

29. — II. *Surveillance.* — Jusqu'en 1867, c'est-à-dire sous l'empire de l'art. 37, C. comm., le droit d'autorisation stipulait ordinairement le droit pour le Gouvernement de révoquer l'autorisation en cas de violation des statuts, et dans ce but imposait la remise, tous les six mois, d'un extrait de l'état de la situation de la société au ministre du Commerce, au préfet, au greffe du tribunal de commerce et à la chambre de commerce. Une circulaire ministérielle du 11 juill. 1818 avait même rendu obligatoire l'insertion de ces clauses dans toutes les ordonnances d'autorisation. — Rapport du commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat, 14 mai 1880, [Leb. chr., p. 462]

30. — Au contraire, pour les tontines, les détails de la surveillance administrative étaient réglés par une ordonnance du 12 juin 1842 rendue en Conseil d'Etat : une commission de cinq membres était nommée, chargée de contrôler et de surveiller la société d'une façon constante : les pouvoirs de cette commission étaient très-étendus (V. Duvergier, *Collect. des lois et décrets*, 1842, p. 238); le traitement des commissaires était à la charge des associations tontinières.

31. — Les prescriptions de l'ordonnance de 1842 étaient beaucoup plus complètes que celles de la circulaire ministérielle du 11 juill. 1818, dont le caractère obligatoire pouvait d'ailleurs être contesté. Mais l'ordonnance de 1842, ne visant que les tontines, ne pouvait pas être étendue aux sociétés d'assurances. Les décrets d'autorisation de ces sociétés ne contenaient que les deux clauses susvisées et la surveillance était à peu près illusoire.

32. — En 1875, le ministre de l'Agriculture et du Commerce, voulant organiser un système de contrôle effectif, soutint que l'art. 66 de la loi de 1867 lui donnait le droit d'appliquer aux sociétés d'assurances sur la vie le système de surveillance organisé par l'ordonnance du 12 juin 1842 pour les sociétés tontinières; l'art. 66 semble bien, en effet, disait-on en ce sens, vouloir que les mêmes règles soient suivies pour ces diverses institutions.

33. — Cette interprétation ne s'accordait guère avec l'exposé des motifs de l'art. 66, d'où il résulte qu'en disant que ces institutions « resteront soumises » aux règlements antérieurs, le législateur a entendu décider que rien ne devait être changé à la législation antérieure à la loi de 1867, qu'on leur appliquait respectivement. Les compagnies protestèrent, et le ministre, reconnaissant qu'un décret était nécessaire, envoya au Conseil d'Etat un projet de réglementation. Le Conseil d'État donna un avis défavorable. — V. *Rapport au Conseil d'Etat* de M. Chauchat (*Moniteur des assur.*, 15 mars 1887).

34. — Malgré cet avis, et après une lettre au ministre du Commerce (*Journ. des assur.*, 1877, p. 223), un arrêté ministériel des 12 mai et 29 juin 1877 créa une commission de surveillance des compagnies d'assurances sur la vie à primes fixes : les agents de cette commission avaient le droit de vérifier dans les livres mêmes des compagnies leurs comptes et opérations, d'examiner les états de situation ; en un mot leurs pouvoirs étaient à peu près les mêmes que ceux donnés par l'ordonnance de 1842 aux surveillants des associations tontinières.

35. — Les compagnies d'assurances se pourvurent alors devant le Conseil d'Etat qui donna tort au Gouvernement. Jugé, en ce sens, que s'il appartient au ministre du Commerce de soumettre les sociétés d'assurances sur la vie à des mesures propres à garantir la surveillance imposée auxdites sociétés, suivant le mode prévu par les actes d'autorisation, notamment à l'obligation de remettre périodiquement à l'Administration, suivant des modèles admis par elle, les éléments constitutifs de l'état de leur situation financière, le ministre ne peut pas, sans excès de pouvoirs, modifier la nature de cette surveillance, ni son mode d'exercice : par exemple, en faisant vérifier les comptes et opérations de ces sociétés par des agents spéciaux de surveillance. — Cons. d'Et., 14 mai 1880, l'Union, [S. 81.3.75, P. adm. chr., D. 81.3.93]

36. — Jugé, encore, que s'il appartient au ministre du Commerce d'exercer une surveillance sur les associations de la nature des tontines suivant le mode prévu par les actes d'autorisation et les statuts, ce ministre ne peut prescrire en dehors desdits actes et statuts le mode d'exercice de cette surveillance. — Cons. d'Et., 25 juill. 1884, De Briche, [S. 86.3.28, P. adm. chr., D. 86.3.6]

37. — En conséquence, c'est à tort que le ministre entend subordonner à son approbation la délibération des actionnaires d'une tontine, décidant la mise en liquidation de la société, et qu'il indique à quelles conditions cette approbation sera accordée. — Même arrêt.

38. — La décision par laquelle le ministre refuse dans ce cas son approbation ne fait pas obstacle à ce que la délibération dont il s'agit soit exécutée, et, par suite, cette décision ne peut être déférée au Conseil d'Etat. — Même arrêt.

39. — A plus forte raison, le Gouvernement ne pourrait pas, sous prétexte de surveillance, modifier les contrats passés entre la société et ses souscripteurs et imposer aux fonds encaissés une destination contraire à celle qui était prévue par ces contrats. — Cons. d'Et., 26 juill. 1889, le Conservateur, [S. 91.3.89, P. adm. chr., D. 91.3.21]

40. — La surveillance n'est donc en somme qu'un vain mot : elle reste ce qu'elle était avant 1867 et se borne, par conséquent, à la nécessité pour les compagnies d'assurances de présenter des états semestriels de gestion. Toutefois, le Gouvernement a le droit de retirer son autorisation lorsque la société n'observe pas ses statuts. — Houpin, t. 2, n. 1054, *in fine*; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 920 *bis*. — V. De Courcy, *Les sociétés anonymes*, p. 236.

41. — Cependant en 1894 une amélioration a été effectuée. Jusque-là les sociétés étaient libres de fournir au Gouvernement, dans l'ordre et sous la forme qu'elles voulaient, les états de situation exigés par les statuts : par suite, il y avait un grand désordre, et aussi impossibilité d'extraire de l'ensemble des comptes rendus des renseignements clairs et précis. — Rapp. de M. Cheysson au XXXI[e] Congrès des sociétés savantes (*Moniteur des assurances*, 1894, p. 481). — V. aussi *Moniteur des assurances*, 1894, p. 149.

42. — Sur la demande du ministre du Commerce, l'Institut des actuaires de France a nommé en 1893 une commission chargée d'établir les tableaux que doivent désormais contenir les comptes rendus des compagnies : ce modèle a été ensuite adressé le 15 mars 1894 aux conseils d'administration de ces sociétés; depuis cette époque il y a uniformité entre les divers documents fournis au Gouvernement. Ces tableaux comprennent : Modèle 1 : Compte général des profits et pertes; Modèle 2 : Comptes financiers relatifs aux diverses catégories d'assurances. 1° Crédit; 2° Débit; Modèle 3 : Balance générale des écritures; Modèle 4 : Etat des valeurs mobilières et immobilières comprises dans l'actif de la balance; Modèle 5 : Etat des réserves pour risques en cours au 31 décembre; Modèle 6 : Etat des réserves correspondant aux réassurances cédées à diverses compagnies; Modèle 7 : Mouvement des polices, capitaux et rentes assurés pendant l'exercice (réassurances non déduites); Modèle 8 : Mouvement des capitaux et rentes assurés pendant l'exercice (réassurances non déduites); Modèle 9 : Statistiques sommaires des décès survenus pendant l'exercice.

43. — Faisons remarquer, en terminant, que le retrait de l'autorisation a nécessairement pour effet d'entraîner la dissolution et conséquemment la liquidation de la société; mais qu'il n'emporte pas annulation des statuts sociaux. En conséquence, est valable la délibération de l'assemblée générale qui a nommé des liquidateurs en conformité desdits statuts, nonobstant la nomination de ces liquidateurs par le juge des référés. — Trib. Seine, 5 mars 1888, *Rev. pér. des assur.*, 88.426 — V. Houpin, t. 2, n. 1054.

Section II.

A quelles sociétés d'assurances ce régime est applicable.

44. — I. *Tontines.* — L'art. 66 de la loi de 1867 met tout d'abord sur le même plan les tontines et les assurances sur la vie. Il est vrai qu'autrefois on les confondait : il n'y a cependant entre elles aucune analogie. Non seulement les tontines ne constituent pas des sociétés, à la différence des compagnies d'assurances sur la vie, mais encore elles se livrent à des opérations tout à fait différentes. Les tontines s'occupent uniquement du placement des fonds d'autrui et tout se borne au partage entre les survivants, au détriment des héritiers naturels des associés prédécédés, de ce capital ainsi placé; les compagnies d'assurances, qui constituent des personnes morales, promettent à leurs assurés ou à leurs ayants-droit en échange du versement de primes un capital lors de l'accomplissement d'une condition. — Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 169; Delangle, *Soc. comm.*, t. 1, n. 3; Deloison, *Tr. des soc.*, t. 1, p. 12; Laurent, *Théorie et prat. des assur. sur la vie*, p. 133; Michaux-Bellaire, *Revue générale du droit*, 1878, t. 2, p. 8; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 260, p. 129, et *Traité*, t. 2, n. 915; Houpin, 3e éd., t. 2, n. 1051; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 10 et 557; Wahl, *Des soc. d'épargne et de capitalisation* (*Journ. des soc.*, 1899, p. 204, n. 11).

45. — En d'autres termes, on entend par tontine une association dans laquelle les associés versent chacun une somme déterminée qui devra appartenir au bout d'un certain temps aux derniers survivants : le caractère distinctif de cette association est que ses effets dépendent, pour ceux qui en font partie, de la durée incertaine de la vie des hommes. — Mêmes auteurs.

46. — Jugé, en ce sens, que les associations de la nature des tontines, soumises à l'autorisation préalable du Gouvernement, sont celles qui sont fondées sur des combinaisons aléatoires dans lesquelles entrent, comme base principale, des chances de mortalité. — Cass., 4 févr. 1868, Becker, [S. 68.1.133, P. 68.301]; — 25 févr. 1873, Becker, [S. 73.1.241, P. 73.609, et la note de M. Lyon-Caen]; — 8 avr. 1873, Comp. *la Bonne foi*, [S. 73.1.246, P. 73.617]; — 26 avr. 1876, Roques, [D. 77.1.63]

47. — Rappelons du reste que, dès avant la loi de 1867, les associations tontinières ne pouvaient légalement exister sans l'autorisation du Gouvernement (Av. Cons. d'Et., 1er avr. et 15 oct. 1809; Décr. 18 nov. 1810). — Paris, 30 nov. 1842, Banque philanthropique, [S. 43.2.285, P. 43.1.342]; — 26 janv. 1843, Caisse d'épargne, [S. 43.2.286, P. 43.1.342] — Amiens, 8 févr. 1843, Cayasse, [S. 46.2.392, P. 46.2.472] — Paris, 11 févr. 1843, Caisse d'épargne, [S. 43.2.286, P. 43.1.342]; — 23 févr. 1843, Banque des familles, [S. 43.2.286, P. 43.1.342]; — 14 juin 1843, Banque des écoles, [S. 43.2.287] — V. aussi Cass., 4 févr. 1868, précité.

48. — C'est ainsi que, sous l'empire de la loi ancienne, les sociétés d'assurances mutuelles contre le recrutement militaire étaient soumises à l'autorisation du Gouvernement lorsqu'elles affectaient la forme tontinière. — Cass., 25 févr. 1873 (sol. implic.), précité.

49. — Ne pouvait d'ailleurs être considérée comme une association de la nature des tontines et n'était pas dès lors assujettie à la nécessité de l'autorisation même sous la législation antérieure à la loi du 24 juill. 1867, la bourse commune créée pour faciliter aux jeunes gens appelés sous les drapeaux l'exonération du service militaire, alors que les opérations étaient distinctes pour chaque classe, et que les fonds n'étaient pas mis à la disposition du directeur de l'association, mais versés par chaque souscripteur à un dépositaire quelconque, chargé, après la clôture de l'opération, de les remettre à l'associé auquel le compte de liquidation les attribuait. Il n'importait qu'une indemnité fût stipulée au profit de l'association pour le cas de retard dans le dépôt des fonds ou dans la déclaration, soit du décès, soit d'une cause d'exemption spéciale des associés. — Cass., 25 févr. 1873, précité.

50. — De même, n'était pas de la nature des tontines et n'était pas assujettie à la nécessité de l'autorisation, la société créée pour faciliter aux jeunes gens appelés sous les drapeaux l'exonération du service militaire, alors que les opérations étaient distinctes pour chaque classe, que les fonds étaient déposés en mains tierces et restitués aux souscripteurs en cas de décès des assurés avant la réunion du conseil de révision. — Cass., 8 avr. 1873, précité.

51. — Peu importait que le montant de la souscription de chaque assuré pût être acquis à la société à titre de dommages-intérêts, à défaut de déclaration du décès dans un délai déterminé. — Même arrêt.

52. — Mais la société pour l'exonération du service militaire, qui, à la différence du contrat que forment entre eux des pères de famille à l'approche du tirage au sort, était placée sous la direction d'un gérant chargé de répartir le montant des souscriptions, avait des agents dans toute la France, assurait les enfants de tout âge, enfin présentait des éventualités de déchéances ainsi que des bénéfices à provenir soit des dommages-intérêts encourus dans certains cas, soit de décès parmi les associés, rentrait dans la classe des tontines, et par suite était soumise à l'autorisation préalable du Gouvernement. — Cass., 4 févr. 1868, précité; — 3 août 1871, Gendre, [S. 71.1.96, P. 71.238, D. 71.1.201]

53. — Jugé encore qu'une tontine est une association d'une nature particulière, dans laquelle, au moment où l'association se forme par l'effet seul de la convention, chaque associé aliène son droit de propriété au profit de la masse et du dernier survivant en se réservant l'éventualité d'un droit de survie. — Cass., 25 janv. 1897, Dames Bordereau, [S. et P. 98.1.55, D. 97.1.53]

54. — Rappelons, en terminant, qu'en ce qui concerne la surveillance, les tontines sont restées sous le régime de l'ordonnance de 1842.

55. — II. *Sociétés d'assurances sur la vie proprement dites.* — Le régime de l'autorisation préalable s'applique, en second lieu, aux sociétés d'assurances sur la vie proprement dites. Ce qualificatif désigne l'ensemble des sociétés qui ont pour objet d'assurer, moyennant une prestation unique ou périodique, au contractant ou à un tiers désigné dans le contrat encore incertain, une somme d'argent déterminée formant un capital ou une rente, soit à une époque convenue si telle personne est encore vivante à ce moment, soit au décès de telle personne désignée.

56. — Ces sociétés se divisent en sociétés d'assurances à primes fixes et en sociétés d'assurances mutuelles. Quant aux opérations auxquelles elles se livrent, elles comprennent des assurances en cas de vie et des assurances en cas de décès. Elles présentent les unes et les autres ce caractère commun, que leurs opérations sont aléatoires et ont pour base la durée incertaine de la vie humaine. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 916; Houpin, t. 2, n. 1051. — Sur la distinction des assurances à primes fixes et des assurances mutuelles, V. *suprà*, v^is *Assurance* (*en général*), n. 57 et s., et *Assurance mutuelle*, n. 1 et s. — Sur les diverses opérations des sociétés d'assurances sur la vie, V. *suprà*, v° *Assurance sur la vie*, n. 7 et s.

57. — A le caractère de sociétés d'assurances mutuelles dont les opérations sont aléatoires, en tant que basées sur l'incertitude de la vie humaine et ayant pour but la réparation du dommage causé par le décès, la société, qualifiée par les statuts d'assurances coopératives pour le cas de décès, qui se serait fondée spécialement en vue de constituer, moyennant une faible cotisation individuelle, un capital aux familles que la mort vient de priver d'un de ses membres, et d'une manière générale d'atténuer le préjudice causé par le décès. — Cass., 12 juin 1901, Bonin. Soc. *le Devoir des familles*, [S. et P. 1902.1.313, D. 1902.1.75]

58. — Il en est ainsi spécialement lorsque la société est formée de groupes distincts de 1,000 adhérents avec obligation pour chaque adhérent de payer quand un décès se produit dans le groupe où il est inscrit : 1° une cotisation de 5 fr. dont le produit capitalisé forme le capital statutaire à remettre aux ayants-droit de l'adhérent décédé; 2° une contribution progressive basée sur l'âge de chaque adhérent, contribution dont le taux est fixé par les statuts et dont le produit est affecté à l'entretien d'un fonds de réserve destiné à garantir les adhérents contre l'éventualité d'une mortalité anormale. — Même arrêt.

59. — Si, d'autre part, les statuts disposent que toute modification statutaire sera soumise à l'autorité administrative compétente; si, en outre, dans l'intention des parties contractantes, l'autorisation gouvernementale était l'une des conditions essentielles de la création et du fonctionnement de la société; si le Gouvernement, après avoir autorisé la société en vertu de l'art. 291, C. pén. (aujourd'hui abrogé) et de la loi du 10 avr.

1834, a refusé son approbation aux statuts modifiés par l'assemblée générale, et a invité la société à se pourvoir devant l'autorité compétente en se conformant au décret du 22 janv. 1868, mais tout en se déclarant disposé à maintenir l'autorisation précédemment donnée au cas où la société s'en tenait aux statuts primitifs; et si enfin le directeur a refusé de solliciter l'autorisation gouvernementale dans les termes précités, — il appartient aux juges du fond de décider que la société est une société d'assurances mutuelles sur la vie, soumise à l'autorisation préalable tant en vertu de l'art. 66, L. 24 juill. 1867, et Décr. 22 janv. 1868, que par la loi du contrat. — Même arrêt.

60. — ... Et de prononcer, par suite de l'inaccomplissement de cette formalité, la nullité de la société à dater des modifications apportées aux statuts par l'assemblée générale. — Même arrêt.

61. — Les juges du fait ne font ainsi qu'interpréter sans les dénaturer les statuts de la société et ne violent aucune loi. — Même arrêt.

62. — S'il résulte des déclarations souveraines des juges du fond qu'en stipulant que les statuts de la société et les modifications qui pourraient y être apportées seraient soumis à l'autorisation préalable du Gouvernement, les parties contractantes n'ont eu en vue que de s'assurer le contrôle de l'Etat, qu'elles ne se sont nullement préoccupées de la forme dans laquelle cette autorisation serait donnée, et que celle qui leur avait été accordée répondait exactement au but qu'elles s'étaient proposé; si d'autre part le demandeur n'a jamais demandé au juge de prononcer la nullité de la société depuis sa constitution à raison de ce qu'elle n'aurait pas été régulièrement autorisée par un décret rendu, le Conseil d'Etat entendu, on ne saurait reprocher aux juges du fond de n'avoir prononcé que la nullité des modifications pour lesquelles l'autorisation n'a pas été demandée. — Même arrêt.

63. — Mais il est certain, à l'inverse, que le régime de l'art. 66 de la loi de 1867 est inapplicable aux *sociétés d'assurances contre les accidents*. Sans doute, les sociétés de cette dernière catégorie ressemblent aux sociétés d'assurances sur la vie en ce que les unes et les autres prévoient le versement d'un capital en cas de décès. Mais il y a entre elles cette différence considérable que le décès au cas d'assurance sur la vie est un événement certain, l'aléa de l'opération reposant uniquement sur la durée incertaine de la vie humaine, tandis qu'en cas d'assurance sur les accidents le décès est incertain, et n'est envisagé que comme conséquence éventuelle, et en somme exceptionnelle de l'accident: dans le premier cas, pourrait-on dire, il y a contrat à terme incertain, dans le second, contrat sous condition. — Paris, 25 mars 1872, [*Journ. des assur.*, 73, p. 34]; — 25 mars 1873, Duval, [D. 75.2.17] — *Sic*, Houpin, t. 2, n. 1051, *in fine;* Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, t. 2, n. 917; Mathieu et Bourguignat, n. 331; Pont, t. 2, n. 1074; Ruben de Couder, n. 20. — *Contra*, Malapert, *J. des soc.*, 1883, p. 604, et 1884, p. 257. — V. aussi *suprà*, v° *Assurance contre les accidents*, n. 2 et s.

64. — Aussi les sociétés d'assurances contre les accidents ne sont elles pas soumises à l'autorisation et à la surveillance du Gouvernement. Elles rentrent parmi les sociétés d'assurances visées au deuxième alinéa de l'art. 66, et sont exclusivement régies par le décret du 22 janv. 1868. — Mêmes arrêts et auteurs.

65. — Sont seules assujetties à un contrôle spécial, tant par la loi du 9 avr. 1898 sur les *accidents du travail*, que par les décrets complémentaires de cette loi, les sociétés d'assurances-accidents fonctionnant en vue d'assurer le risque professionnel défini par ladite loi. Nous avons étudié le régime légal particulier de ce type nouveau de sociétés *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 2382 et s.

66. — Echappent également au régime de l'art. 66, et pour les mêmes raisons, les sociétés ayant pour objet l'assurance des militaires des armées de terre ou de mer contre les risques de guerre. — Av. Cons. d'Et., 6-27 oct. et 4 nov. 1870, *J. des soc.*, 1870, p. 467, 471 et 472] — Houpin, t. 2, n. 1051; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 917.

67. — Mais il y a doute sur le point de savoir si l'on peut considérer comme des sociétés d'assurances sur la vie auxquelles s'appliquerait le régime de la loi de 1867 certaines sociétés qui se livrent à des opérations d'un genre particulier : les sociétés de rentes viagères.

68. — Les opérations de rentes viagères proprement dites faites par les sociétés sont toujours à titre onéreux : elles consistent en ce qu'une personne (*débirentier*) s'oblige à acquitter une prestation périodique entre les mains d'une autre personne (crédirentier) jusqu'à la mort de cette dernière ou d'un tiers, et moyennant une somme fixe payée par elle, placée à fonds perdus. C'est l'abandon d'un capital et le paiement immédiat de la rente qui caractérisent cette opération que l'on peut ainsi distinguer d'autres opérations ayant également pour objet des rentes viagères, mais payables seulement à une certaine époque, et moyennant le paiement de primes périodiques jusqu'à cette époque : ces opérations ne sont pas autre chose que des opérations d'assurances. — V. notre définition précédente de l'assurance.

69. — Les sociétés de rentes viagères proprement dites sont-elles soumises à l'art. 66 ? Ce qui est certain, c'est que des sociétés de ce genre et en particulier la « *Rente viagère* » se sont constituées sans cette autorisation et qu'on les a laissées fonctionner ainsi. C'est ainsi que les fondateurs de la *Rente viagère* (Humbert-Daurignac) avaient spécifié dans leurs statuts que la société aurait pour objet diverses opérations parmi lesquelles figuraient notamment les acquisitions de biens meubles et immeubles avec constitution de rentes viagères. Mais ils ont pris soin d'ajouter « qu'elle s'interdisait les assurances sur la vie » et que, par suite, elle ne serait régie que par le tit. 2, L. 24 juill. 1867, c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'elle ne tomberait pas sous le coup de l'art. 66, qui figure dans le tit. 5.

70. — On a parlé d'une jurisprudence favorable à cette interprétation : en réalité, les tribunaux n'ont jamais eu, à notre connaissance, à se prononcer sur le point de savoir si ces sociétés étaient ou non soumises au même régime que les sociétés d'assurances sur la vie proprement dites. Ce qui est vrai seulement, c'est qu'ils se sont toujours refusés à assimiler les deux contrats, notamment au point de vue du *timbre*.

71. — Jugé, en ce sens, que les lois fiscales doivent être appliquées à la lettre, et qu'il n'est pas permis, sous prétexte d'analogie, d'étendre la perception de l'impôt des cas expressément prévus par leur texte à d'autres qui n'y sont pas mentionnés (LL. 22 frim. an VII, art. 1; 13 frim. an VII, art. 1). — Cass., 25 mai 1891, Soc. *l'Union* (trois arrêts), [S. et P. 92.1.33, D. 92.1.21]

72. — Spécialement, les textes ne soumettant au timbre par abonnement que les seuls contrats d'assurances sans viser les contrats de constitution de rentes viagères qui, par leur qualification comme par leur nature, sont distincts des contrats d'assurances, les contrats de rente viagère restent en dehors de l'application de la taxe et ne peuvent y être assujettis. — Mêmes arrêts.

73. — On peut, en effet, relever plusieurs différences entre les deux contrats. Voici, à notre avis, la principale : dans le contrat de rente viagère, ce qui est aléatoire, c'est le nombre de prestations périodiques imposées au débirentier : le crédirentier, en retour de ces prestations, fournit une somme fixe. Dans l'assurance sur la vie, ce qui est au contraire essentiellement aléatoire et conditionnel, c'est l'existence de la prestation à fournir par l'assureur à l'assuré. Le risque à courir, dit-on encore, qui est la caractéristique de l'idée d'assurance, ne se rencontre pas dans le contrat de rente viagère.

74. — On a proposé une autre différence, qui justifierait la non-applicabilité au contrat de rente viagère du régime de l'autorisation préalable : à savoir que l'on ne rencontrerait pas, dans ce dernier contrat, le risque à courir qui est la caractéristique de l'assurance. Mais ce point de vue nous paraît aussi inexact, en fait comme en droit, que périlleux par ses conséquences, puisqu'il aboutit à favoriser les spéculations les plus louches, la mise en coupe réglée des petites bourses, dont la loi devrait assurer la protection.

75. — Au fond, la différence que l'on veut faire entre les deux espèces de sociétés n'a pas la moindre raison d'être. Les deux contrats sont aléatoires : tous deux sont basés sur la probabilité de la vie humaine. Il est évident que si l'on a jugé nécessaire de prendre certaines précautions pour empêcher les fraudes auxquelles peuvent donner lieu les assurances, il n'y a pas de motifs pour ne pas appliquer les mêmes mesures aux rentes viagères. Qu'un petit employé verse chaque année 100 fr. à une compagnie pour laisser à sa mort quelques ressources à sa famille, ou que ce même petit employé verse ces mêmes 100 fr., pour avoir, à partir de soixante ans, une rente viagère,

ou que, ayant fait à quarante ans des économies, il les remette à la compagnie à charge de lui servir une rente viagère à partir de soixante ans, ou enfin que, arrivé à soixante ans, il confie son capital à une autre compagnie à charge par celle-ci de lui servir une rente viagère, la possibilité de fraudes est la même dans les quatre cas, et il est impossible d'apercevoir pourquoi, dans les trois premiers, la surveillance de l'État s'exerce, et pourquoi elle ne fonctionne pas dans le quatrième.

76. — Quoi qu'il en soit, la pratique est constante, et il suffit, d'après l'opinion générale, que la société se conforme aux prescriptions imposées aux sociétés anonymes, prescriptions d'ailleurs assez faciles à remplir, et qui l'ont été en fait par certaines d'elles. Ces fraudes si faciles s'exercent le plus souvent au préjudice de la petite épargne. Cette considération suffirait pour faire au législateur un devoir d'intervenir; nous ferons connaître ultérieurement les projets de proposition de loi tendant à faire disparaître cette lacune. — V. *infrà*, n. 193 et s.

77. — Sur la condition en France des sociétés d'assurances sur la vie étrangères, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 6307 et s., et *infra*, n. 234 et s.

CHAPITRE II.

SOCIÉTÉS D'ASSURANCES AUTRES QUE LES SOCIÉTÉS D'ASSURANCES SUR LA VIE.

78. — Nous avons déjà vu que l'art. 66 de la loi de 1867 avait nettement séparé ces sociétés des sociétés d'assurances sur la vie. Elles peuvent, d'après le § 2 de cet article, se constituer sans autorisation; mais elles sont soumises à des conditions particulières prévues par un règlement d'administration publique du 22 janv. 1868 : c'est donc sous le régime de ce décret que se trouvent placées d'une façon générale les sociétés d'assurances autres que les sociétés d'assurances sur la vie. Mais des lois spéciales ont créé un régime particulier pour certaines sociétés d'assurances : la loi du 9 avr. 1898 pour les sociétés d'assurances contre les accidents du travail, et celle du 4 juill. 1900 pour les assurances ou caisses d'assurances mutuelles agricoles.

79. — Le décret du 22 janv. 1868 établit une distinction essentielle entre les sociétés anonymes d'assurances à primes, et les sociétés d'assurances mutuelles. Examinons successivement ces deux types d'assurances.

SECTION I.

Sociétés anonymes d'assurances à primes.

80. — Le décret de 1868 n'est applicable qu'aux sociétés d'assurances à primes qui ont adopté la forme anonyme. La conclusion qui s'impose, c'est que les sociétés d'assurance qui adoptent la forme de la commandite par actions doivent simplement se soumettre aux règles générales du tit. 1, L. 24 juill. 1867, modifiées par la loi du 1er août 1893. — Lyon-Caen et Renault, n. 929; Houpin, t. 2, n. 936.

81. — Cependant il n'est pas douteux que c'est uniquement la nature des opérations faites par ces sociétés qui a entraîné l'organisation d'un régime spécial et non pas la forme qu'elles pourraient adopter : il est donc assez singulier que ce régime ne leur soit pas applicable, indépendamment de la forme qu'elles revêtent. — Houpin, *loc. cit.*; De Courcy, *Sociétés anonymes*, p. 239.

82. — *En règle générale*, ces sociétés sont soumises aux dispositions de la loi du 24 juill. 1867 et de celle du 1er août 1893 relatives à la constitution, à l'organisation et au fonctionnement des sociétés anonymes. Elles sont en outre régies par les dispositions exceptionnelles ci-après. — Houpin, t. 2, n. 935 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 922 et 1920.

83. — I. *Prohibition de se constituer sous forme de société à capital variable.* — Aux termes de l'art. 1 du décret de 1868, ces sociétés ne peuvent user des dispositions du tit. 3, L. 24 juill. 1867, particulières aux sociétés à capital variable.

84. — Il ne s'agit que de la constitution même de la société : en d'autres termes, il ne pourrait être stipulé dans les statuts que le capital social sera susceptible soit d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, soit de diminution par la reprise totale ou partielle des apports. — Houpin, *op. et loc. cit.*

85. — « Mais l'augmentation du capital par voie d'émission d'actions reste permise dans les termes de la loi de 1867 (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5590 et s.). La réduction du capital est aussi possible dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes ordinaires (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5501 et s.). Elle ne serait pas opposable aux tiers et notamment à tous ceux qui ont fait avec la société des contrats d'assurance : mais elle n'autoriserait pas, pour ce seul fait, les assurés à demander la résiliation de ces contrats ». — Houpin, *op. et loc. cit.* — V. Trib. Seine, 28 juin 1893, [*J. des soc.*, 94.206]

86. — II. *Capital de garantie.* — « La société n'est valablement constituée qu'après le versement d'un capital de garantie, qui ne pourra en aucun cas, et alors même que le capital social est moindre de 200,000 fr., être inférieur à 50,000 fr. » (art. 2 du décret). Il ne suffit donc pas que les versements prescrits par les lois de 1867 et de 1893 aient été opérés, si d'ailleurs ce minimum n'est pas atteint. — Houpin, t. 2, n. 937; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 923; Thaller, n. 735.

87. — En conséquence, les sociétés d'assurance à prime qui n'ont pas un capital de garantie de 50,000 fr. au moins sont frappées de nullité. — Paris, 4 avr. 1881, Huet, [S. 81.2.102, P. 81.1.50, D. 84.2.1]

88. — Il a été jugé aussi que le versement des fonds prescrits par l'art. 2 n'était effectué, au sens de cet article, que lorsque la somme versée avait reçu un des emplois déterminés par l'art. 5, et qu'il ne suffisait pas que le fonds de garantie fût représenté par des espèces ou valeurs réalisables au jour de la constitution de la société. — Trib. Seine, 27 mai 1882, [*J. des soc.*, 90.446]

89. — A notre avis, cette solution est trop rigoureuse et peu conforme au texte et à la loi : l'art. 5, en effet, et l'art. 2 constituent deux dispositions indépendantes : le premier est relatif au fonctionnement de la société, à l'emploi des sommes versées pendant sa durée; le second est relatif à sa constitution. C'est ajouter à la loi que d'exiger une pareille condition. — Houpin, *loc. cit.*

90. — En tout cas, il n'y a pas violation de l'art. 2 du décret du 22 janv. 1868 qui impose aux sociétés d'assurances l'obligation de posséder un capital de garantie ne pouvant être inférieur à 50,000 fr., lorsque le premier quart versé sur les actions, et non immédiatement employé, atteint ou dépasse ce chiffre. — Trib. comm. Seine, 22 avr. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.399]

91. — III. *Conversion au porteur des actions.* — Il faut distinguer à cet égard les sociétés antérieures à la loi du 1er août 1893 et celles constituées postérieurement à cette loi : a) *Sociétés antérieures à la loi de 1893.* Pour être valablement constituées, ces sociétés doivent d'abord obéir aux prescriptions de l'art. 3 de la loi de 1867, et, en outre, à la condition spécialement édictée par l'art. 3 du décret, à savoir que le fonds de réserve ait été au moins égal à la partie du capital social non encore versée.

92. — C'est ainsi qu'a été annulée la délibération d'une société d'assurances à primes fixes autorisant la mise au porteur des actions libérées par voie de réduction du capital, alors que le fonds de réserve n'était pas égal au moins à la partie du capital social non encore réalisée. — Paris, 26 nov. 1884, [*Rev. des soc.*, 85.331]

93. — b) *Sociétés constituées postérieurement à la loi de 1893.* — Pour celles-ci, leurs actions ne peuvent être converties au porteur qu'après leur entière libération, quel que soit d'ailleurs à ce moment le montant du fonds de réserve. — Houpin, t. 2, n. 1060; Thaller, n. 735. — V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 2193 et s.

94. — IV. *Fonctionnement de la société.* — Le décret de 1868 édicte certaines prescriptions spéciales relatives au fonctionnement de la société. — a) *Constitution d'un fonds de réserve.* — Un prélèvement annuel doit être effectué sur les bénéfices nets pour former un fonds de réserve : ce prélèvement doit être d'un cinquième (au lieu d'un vingtième), et il ne cesse d'être obligatoire qu'autant que le fonds de réserve a atteint le cinquième (au lieu du dixième) du capital social (art. 4 du décret). — Sur le fonds de réserve dans les sociétés anonymes ordinaires, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 1429 et s.

95. — b) *Placement des fonds.* — Ce placement n'est pas libre : il doit être effectué en valeurs déterminées par l'art. 5 du décret de 1868, modifié par le décret du 10 juill. 1901. D'après ces textes, le placement doit être fait : 1° jusqu'à concurrence des trois quarts au moins : en immeubles ou en prêts hypothécaires sur des immeubles situés en France ou en Algérie; en valeurs de l'Etat ou en valeurs ayant une garantie de l'État portant sur le capital ou sur le revenu ; en actions de la Banque de France; en prêts aux départements, aux communes, aux chambres de commerce de France ou d'Algérie ou en obligations émises par ces divers emprunteurs; en valeurs jouissant d'une garantie portant sur le capital ou le revenu de la part desdits départements, communes ou chambres de commerce régulièrement autorisés; en obligations foncières et communales émises par le crédit foncier de France; en prêts ou avances sur les effets publics ci-dessus désignés; 2° pour le surplus : en immeubles ou en prêts hypothécaires sur des immeubles situés dans les colonies françaises, les pays de protectorat ou à l'étranger; en prêts aux colonies françaises ou en valeurs garanties par ces colonies; en effets publics de toute nature, français ou étrangers, portés à la cote officielle de la Bourse de Paris et dont la liste sera arrêtée, chaque année, par l'assemblée générale des actionnaires ; en prêts ou avances sur les effets publics ci-dessus désignés; en valeurs étrangères exigées pour le dépôt de cautionnement dans chaque Etat étranger où la société réalise des opérations, pourvu que ces valeurs soient cotées à la Bourse de la capitale dudit Etat et comprises dans la liste annuellement arrêtée par l'assemblée générale.

96. — La responsabilité des administrateurs serait engagée si les fonds étaient placés en d'autres valeurs que celles spécifiées par le décret. — Houpin, t. 2, n. 940; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 926 , De Courcy, *Les soc. anon.*, p. 246 et s.

97. — Jugé à cet égard que l'assemblée générale ne peut autoriser le conseil à faire toutes opérations immobilières, ce qui modifierait l'objet social et les conditions d'emploi prescrites par l'art. 5. — Trib. Seine, 2 août 1887, [*J. des soc.*, 90.100; *Rev. des soc.*, 87.592]

98. — Il est fait exception à l'obligation du placement pour les sommes nécessaires aux besoins du service courant. En cas de doute, il appartiendrait aux tribunaux d'apprécier, eu égard au chiffre d'affaires de la société, quel est le chiffre maximum des sommes que le conseil d'administration peut ainsi conserver par devers lui sans engager sa responsabilité.

99. — c) *Enonciations des polices.* — Aux termes de l'art. 6 du décret, toute police doit faire connaître : 1° le montant du capital social ; 2° la portion de ce capital déjà versée ou appelée, et, s'il y a lieu, la délibération par laquelle les actions auraient été converties en actions au porteur ; 3° le maximum que la compagnie peut, aux termes des statuts, assurer sur un seul risque, sans réassurances ; 4° et, dans le cas où un même capital couvrirait, aux termes des statuts, des risques de nature différente, le montant de ce capital et l'énumération de tous ces risques. Il est admis que l'omission de ces mentions ne comporte d'ailleurs aucune sanction. — Houpin, t. 2, n. 941; De Courcy, *Les sociétés anonymes*, p. 249 à 255; Lyon-Caen et Renault, n. 928.

100. — d) *Communication des inventaires.* — Indépendamment de la publicité prescrite par les art. 55 et s. de la loi de 1867, « tout assuré peut par lui ou par un fondé de pouvoir, prendre à toute époque, soit au siège social, soit dans les agences établies par la société, communication du dernier inventaire. Il peut également exiger qu'il lui en soit délivré une copie certifiée, moyennant le paiement d'une somme qui ne peut excéder 1 fr. » (art. 7, du décret).

Section II.

Sociétés d'assurances mutuelles.

§ 1. *Nature et caractères distinctifs des sociétés d'assurances mutuelles.*

101. — En thèse générale, nous l'avons établi, ces sociétés ont un caractère *purement civil.* Jugé, en ce sens, que les compagnies d'assurances mutuelles, et spécialement les compagnies d'assurances mutuelles constituées sous la forme anonyme, ne doivent pas être considérées comme des sociétés commerciales, au cas du moins où elles ont pour unique objet la répartition des pertes entre les assurés. — Cass., 23 oct. 1889, Comp. d'ass. mut. *le Bâtiment de Paris*, [S. et P. 92.1.63, D. 89.1.474] — Paris, 18 févr. 1890, Arnoud, [S. et P. 92.2.316, D. 91.2.367] — Bordeaux, 28 mai 1901, *la Caisse centrale*, [S. et P. 1903.2.33] — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 53 et s. — V. aussi Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1832, n. 39 et s.

102. — Nous rappelons également que si la non-commercialité est de la nature, la *variabilité* de la cotisation est de l'essence de la mutualité. — Cass., 26 oct. 1892, Comp. d'ass. mut. *la Haute-Marne*, [S. et P. 93.1.31, D. 92.1.614] — *Contrà*, Besançon, 30 déc. 1891, Comp. d'ass. mut. *la Gironde*, [S. et P. 92.1.206, D. 92.2.155] — Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. comm.*, t. 2, n. 2051, p. 305, note 1. — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 60 et s.

§ 2. *Constitution et publicité.*

103. — On doit poser en principe que les sociétés d'assurances mutuelles sont exclusivement régies par les dispositions du décret du 22 janv. 1868; on ne saurait leur appliquer la loi du 24 juill. 1867 qui n'a réglementé ni la constitution, ni le fonctionnement de cette forme de société. — Cass., 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009, et la note de M. Labbé, D. 89.1.361] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 935; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Assur. mut. terr.*, *Suppl.*, n. 1; Houpin, t. 2, n. 1075. — *Contrà*, Clément, *Des ass. mut.*, p. 64.

Constitution de la société.

104. — I. *Statuts sociaux.* — Aux termes de l'art. 8 du décret, les sociétés d'assurances mutuelles peuvent se former soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé fait en double original, quel que soit le nombre des signataires à l'acte. Les projets de statut doivent contenir un certain nombre de mentions énumérées par l'art. 9 du décret, et le texte entier de ces projets doit être inscrit sur toute liste destinée à recevoir les adhésions (art. 10). — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 938; Houpin, t. 2, n. 1078. — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 109 et s.

105. — II. *Conditions de fond.* — Ces conditions sont analogues à celles qui sont requises par les lois de 1867 et 1893 pour la constitution des sociétés par actions. D'une part, d'après l'art. 9, *in fine*, chaque adhérent doit immédiatement verser la somme à valoir sur la contribution de la première année : cette somme est déterminée par les statuts sociaux.

106. — D'autre part, aux termes de l'art. 11, lorsque les conditions relatives à la rédaction des statuts sociaux et au versement ci-dessus ont été remplies, les signataires de l'acte primitif ou leurs fondés de pouvoirs doivent le constater par une déclaration par-devant notaire, à laquelle doivent être annexés certains documents énumérés par ledit article. — Houpin, t. 2, n. 1085; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 939.

107. — Enfin, une assemblée constitutive doit être convoquée, à la diligence des signataires de l'acte primitif, à l'effet de vérifier la sincérité de la déclaration notariée et de nommer les premiers administrateurs, s'ils ne l'ont été par les statuts sociaux, et, en tout, cas les premiers commissaires de surveillance (art. 12). Cette assemblée, aux termes de l'art. 19, doit être composée de la moitié au moins des membres ayant le droit d'y assister d'après les statuts sociaux : si ce *quorum* n'est pas atteint, une nouvelle assemblée doit être convoquée, qui délibère valablement pourvu qu'elle comprenne le cinquième des sociétaires ayant le droit d'y assister. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 940 et 957; Houpin, t. 2, n. 1087.

108. — Mais, si des avantages particuliers ont été faits à certains associés, il n'y a pas lieu de procéder à leur vérification conformément aux règles posées par les art. 4 et 30 de la loi de 1867. — Trib. Seine, 18 août 1883, [*J. des soc.*, 84.74] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 941; Houpin, t. 2, n. 1086.

109. — III. *Publicité.* — Les art. 38 et s., du décret de 1868 reproduisent à cet égard les règles édictées par les art. 55 et s., de la loi de 1867, soit au point de vue de la publicité originaire des statuts sociaux, soit en ce qui concerne la publicité permanente de la société. — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 10[illegible] et s.

110. — Il faut remarquer toutefois qu'aux termes de l'art. 38, le dépôt de l'acte notarié et de son annexe doit être effectué au

greffe du tribunal civil, alors même que la société aurait un caractère commercial, ce qui serait le cas par exemple d'une assurance mutuelle maritime. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 946, p. 693, note 2; Houpin, t. 2, n. 1090.

111. — D'autre part, l'extrait publié dans un journal d'annonces légales doit contenir certaines mentions spéciales, notamment l'indication du nombre d'adhérents, ainsi que le minimum des valeurs assurées au-dessous desquels la société ne pourrait être valablement constituée, et de plus indiquer si la société doit ou non constituer un fonds de réserve (art. 40).

112. — Enfin, l'art. 41, relatif aux modifications des statuts, ne soumet à la publicité, ni le mode de liquidation de la société, ni les changements ou retraites d'associés. D'où on a conclu que les révocations, démissions et nominations d'administrateurs, au cours de la société, n'étaient pas sujettes à publications. — Houpin, t. 2, n. 1093.

113. — IV. *Sanctions.* — Bien que le décret de 1868 ne reproduise pas les sanctions établies par la loi de 1867, il faut cependant décider que l'omission des conditions de fond prescrites par ledit décret entraîne la nullité de la société. Ces conditions doivent être considérées comme substantielles : elles correspondent à celles qui sont prescrites par la loi de 1867 pour la constitution des sociétés ordinaires, et, par suite, elles comportent la même sanction. — Trib. Seine, 18 août 1883, précité. — *Sic,* Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 942; Houpin, t. 2, n. 1095; Clément, p. 65. — Sur la nullité pour vice de constitution d'après la loi de 1867, V. *suprà*, v° *Société commerciale,* n. 3732 et s.

114. — Ainsi, une société d'assurances mutuelles pour la réfection mutuelle des immeubles des adhérents est nulle comme irrégulièrement constituée pour infraction aux art. 10, 28 et 38, Décr. 22 janv. 1868, si elle n'a recueilli ses adhérents qu'à l'aide de statuts tronqués, et en se bornant après coup à remettre à ses sociétaires la copie entière de ses statuts (V. *suprà*, n. 104). — Paris, 30 juin 1891, et Cass., 28 nov. 1892, Mantel, [S. et P. 94.1.505]

115. — Mais la nullité d'une telle société prononcée pour infraction aux art. 28 et 38, Décr. 27 janv. 1868, ne saurait être opposée par les associés aux tiers de bonne foi, qui ont traité avec le gérant pour des opérations conformes à l'objet licitement assigné par les statuts à ce groupement de capitaux. — Cass., 28 nov. 1892, précité.

116. — Et si les adhérents à une telle société, à ce titre simples abonnés, ne sont tenus de payer leurs primes annuelles qu'à la condition par la société et le gérant de pourvoir à l'entretien de leurs immeubles, il n'en est pas de même s'il résulte d'une appréciation souveraine de leurs polices souscrites et de leurs agissements, qu'ils ont été tout à la fois les clients et les participants de la société : qu'ils sont entrés en société et ont concouru à la formation d'un fonds commun : que le gérant passait des contrats avec des prêteurs et fournisseurs pour subvenir aux travaux, et qu'ils ont conféré au gérant le mandat implicite de disposer des fonds communs pour faire fonctionner l'association. Les tiers, fournisseurs ou prêteurs sont alors réputés avoir traité avec les souscripteurs eux-mêmes et ont contre eux une action directe et personnelle, laquelle est valablement exercée par le syndic de la faillite. — Même arrêt.

117. — Ces tiers créanciers, sans droit pour contrôler l'administration de l'entreprise, ne peuvent être rendus responsables de ce que leurs avances ou leur main-d'œuvre n'ont pas suffi pour couvrir la totalité des risques assurés par la société envers ses membres. — Même arrêt.

118. — Chacun des adhérents doit en pareil cas être déclaré tenu individuellement du passif de la société, pour une quote-part correspondant au chiffre de sa cotisation et jusqu'à concurrence du total des annuités restant à courir de cette cotisation. — Même arrêt.

119. — Mais l'art. 3, L. 1er août 1893, qui déclare irrecevable l'action en nullité d'une société, si, avant l'introduction de l'instance la cause de nullité a cessé d'exister, ne saurait en pareil cas recevoir application. — Même arrêt.

120. — Jugé, d'autre part, que la nullité ne saurait être appliquée d'une manière absolue aux irrégularités qui se rattachent plutôt au fonctionnement de la société qu'à sa constitution, et qu'il en est ainsi notamment de l'irrégularité provenant de la nomination des administrateurs non sociétaires : la nullité n'est ici que relative et elle peut être couverte par la nomination ultérieure d'administrateurs pris parmi les sociétaires. — Trib. Seine, 18 août 1883, précité. — *Sic*, Vavasseur, t. 2, n. 1061 *bis*; Houpin, t. 2, n. 1095.

121. — Par identité de motifs, l'inaccomplissement des formes de publicité prescrites par le décret aura, comme sous l'empire de la loi de 1867, pour sanction la nullité même de la société, ou, s'il s'agit d'actes modificatifs, la nullité de la modification. — Sur la nullité pour défaut de publicité, d'après la loi de 1867, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 251 et s.

122. — Jugé en ce sens que, de la combinaison de l'art. 66, § 2, L. 24 juill. 1867, sur les sociétés, et de l'art. 41, Décr. 22 janv. 1868, concernant les sociétés d'assurances mutuelles, il résulte que la sanction du défaut de la publicité prescrite par ce dernier article pour la prorogation des sociétés d'assurances mutuelles consiste, bien qu'elle ne soit pas édictée dans le même article, dans la nullité même de la prorogation. — Douai, 16 mars 1896, Comp. d'assur. mut. *la Ruche du Pas-de-Calais et du Nord*, [S. et P. 1901.2.97] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 948. — V. cep. Trib. Seine, 18 avr. 1883, précité. — Vavasseur, t. 2, n. 1061 *bis*; Houpin, t. 2, n. 1095.

123. — Le défaut de publicité de cette prorogation n'est pas couvert par la publicité donnée à une prorogation ultérieure, si la délibération de laquelle résulte cette dernière prorogation, pas plus que les publications qui en ont été faites, ne reproduisent la délibération relative à la première prorogation. — Même arrêt.

124. — Quant à la *responsabilité* des fondateurs et premiers administrateurs en cas de nullité de la société, elle doit être appréciée, non pas d'après les règles spéciales des lois de 1867 et de 1893, mais d'après les règles du droit commun. Cette responsabilité sera donc individuelle, à moins que la faute ne soit commune et indivisible. — Houpin, t. 2, n. 1096.

125. — A plus forte raison ne pourra-t-on pas appliquer aux fondateurs et administrateurs les dispositions pénales de la loi de 1867. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 942; Houpin, t. 2, n. 1095. — *Contrà*, Clément, p. 81. — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 138.

§ 3. *Fonctionnement de la société.*

1° Mode de nomination et pouvoirs des administrateurs et directeurs.

126. — I. *Nomination et pouvoirs des administrateurs et directeurs.* — Aux termes de l'art. 14 du décret, l'administration peut être confiée, soit à un conseil d'administration qui a le droit de nommer un directeur, soit à un directeur nommé par l'assemblée générale et assisté d'un conseil d'administration. — Sur leur nomination et leurs pouvoirs, V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 127 et s.

127. — II. *Responsabilité des administrateurs et directeurs.* — Les administrateurs sont responsables de leurs fautes de gestion, conformément au droit commun. Il est vrai que dans les sociétés d'assurances mutuelles, où le directeur a généralement des pouvoirs étendus, les obligations des administrateurs sont plus restreintes que dans les sociétés ordinaires : elles se bornent nécessairement à une surveillance générale, sans pénétrer dans les détails de la gestion. Mais si ces considérations peuvent atténuer la responsabilité des administrateurs, elles ne sauraient la faire disparaître : qu'il s'agisse d'une société anonyme ordinaire ou d'une société d'assurances mutuelles, le conseil d'administration est toujours institué pour concourir à la gestion de la société ou, tout au moins, pour surveiller et contrôler les actes des gérants; car autrement, il n'aurait aucune utilité pour les associés. — V. la note sous Cass., 10 janv. 1898, Arbel, [S. et P. 98.1.217] — V. aussi *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 137 et s.

128. — Jugé, en ce sens, qu'il appartient aux juges du fait, par une appréciation souveraine des statuts d'une société d'assurances mutuelles, de déterminer les obligations qui incombent aux administrateurs et de constater que l'inaccomplissement de ces obligations a rendu possibles les dilapidations du directeur qui ont amené la ruine de la société. Dans ce cas, les administrateurs sont à bon droit déclarés responsables du préjudice causé par leur négligence et leur incurie, et condamnés à le réparer. — Cass., 10 janv. 1898, précité.

129. — Un des administrateurs ne saurait se prévaloir vis-à-vis du liquidateur de la société de ce que la solidarité prononcée contre les administrateurs n'a pas été répartie entre eux, alors d'ailleurs que les juges du fait déclarent impossible la dé-

termination de la part de chacun des administrateurs dans la faute commise. — Même arrêt.

130. — Il appartient également aux juges du fait de déclarer, par appréciation des termes d'un ordre du jour d'une assemblée générale de la société et du vote émis par cette assemblée, qu'elle n'a été saisie que de certaines questions; et, dans ce cas, l'effet de la ratification par l'assemblée de la gestion des administrateurs est justement limité aux actes soumis à l'examen des actionnaires. — Même arrêt.

131. — La clause des statuts d'une société d'assurances mutuelles à primes fixes portant qu' « au cas d'insuffisance des cotisations et du prélèvement statutaire sur la réserve pour le paiement intégral des pertes, le produit de ces ressources sera réparti entre tous les indemnitaires au centime le franc des pertes, mais sans que, par le fait d'une incomplète répartition, ils puissent prétendre sur les exercices suivants à aucun recours », peut être interprétée en ce sens que chaque exercice doit donner lieu à une répartition calculée sur les ressources disponibles produites dans l'année de cet exercice, de façon qu'un déficit ne soit jamais possible. — Cass., 17 juin 1899, Rouzès et Comp. d'assur. mut. *la Garantie fédérale*, [S. et P. 1900.1.77]

132. — Par suite, commet une faute de gestion dont il est responsable, le directeur de la société qui prend sur le capital de garantie affecté à l'exercice d'une année des fonds pour payer des sinistres survenus dans les années antérieures. — Même arrêt.

133. — Et l'irrégularité des procédés qui a causé le déficit ne peut trouver sa justification dans le fait qu'elle s'est produite lors d'exercices précédents (sous la gestion du même directeur). — Même arrêt.

134. — De même, la participation des membres du conseil d'administration à la faute du directeur ne saurait non plus avoir pour conséquence d'affranchir celui-ci de la responsabilité qui lui incombe. — Même arrêt.

135. — Les juges, saisis d'une action sociale en responsabilité contre le directeur de la société d'assurances mutuelles pour faute de gestion consistant dans des actes contraires aux statuts et à la loi, ne sauraient d'ailleurs rejeter la demande par le motif que la gestion du directeur a été ratifiée par l'assemblée générale sans répondre aux conclusions par lesquelles le demandeur soutenait que les approbations invoquées étaient nulles et de nul effet, comme portant atteinte aux principes fondamentaux en matière de mutualité. — Même arrêt.

136. — L'action en responsabilité est du reste, tantôt une action sociale, tantôt une action individuelle, tantôt une action sociale conformément aux règles du droit commun. Jugé à cet égard qu'il convient de considérer comme une action individuelle susceptible d'être exercée par chaque actionnaire malgré l'approbation et le *quitus* donné par l'assemblée générale, l'action en responsabilité fondée sur ce que les membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société d'assurances mutuelles ont violé les statuts et les dispositions de l'art. 16, Décr. 22 janv. 1868, en s'abstenant, pendant toute une année, de convoquer les assemblées générales et ont contrevenu aux prescriptions de l'art. 33 du même décret en tolérant que les fonds appartenant à la société fussent représentés par des titres au porteur, au lieu de l'être par des valeurs immatriculées au nom de la société. — Cass., 1er juill. 1897, Georges et autres, [D. 98.1.569, et la note de M. Thaller] — Paris, 6 févr. 1896, Georges et Bulté, [S. et P. 97.2.132, D. 96.2.518]

137. — Vis-à-vis des tiers, les administrateurs et le directeur ne sont que mandataires. Jugé, à cet égard, que le directeur ne contracte aucune obligation personnelle relativement aux engagements qu'il a pris au nom de la société et ne peut, en conséquence, encourir *personnellement* des condamnations, à raison desdits engagements. — Cass., 19 juill. 1852, Singher, [S. 53.1.33, P. 54.1.257, D. 52.1.299]

2° Commissaires de surveillance.

138. — Les art. 21 et 22 du décret reproduisent purement et simplement les dispositions des art. 32 et 33 de la loi de 1867 en ce qui concerne la nomination et le pouvoir des commissaires de surveillance, sauf une différence : l'ordonnance pour la nomination ou le remplacement de ces commissaires est rendue, non par le président du tribunal de commerce, mais par le président du tribunal civil. — V. *suprà*, v° *Association mutuelle*, n. 174 et s.

3° Assemblées générales.

139. — Les art. 16 à 20 du décret, qui règlent la composition et les pouvoirs des assemblées générales, sont également la reproduction des art. 27 à 31, L. 24 juill. 1867, sauf uue différence relative au *quorum* nécessaire à la validité des délibérations. Tandis que dans les sociétés anonymes ordinaires, le *quorum* s'entend d'un nombre d'actionnaires représentant le quart ou la moitié du capital social, suivant qu'il s'agit d'assemblées ordinaires ou extraordinaires, dans les sociétés d'assurances mutuelles, le *quorum* doit comprendre, suivant la même distinction, le quart ou la moitié des sociétaires ayant le droit d'assister à l'assemblée.

140. — D'autre part, il semble difficile d'appliquer aux sociétés d'assurances mutuelles, qui sont uniquement régies par le décret de 1868, les dispositions ajoutées à l'art. 27 de la loi de 1867 par l'art. 4, L. 1er août 1893, et en vertu desquelles les petits actionnaires peuvent grouper leurs actions pour former le nombre requis par les statuts sociaux. — Houpin, t. 2, n. 1116; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, sur l'art. 62, L. de 1867, n. 69.

4° Placement des fonds sociaux.

141. — En vue de faire face aux indemnités qui peuvent être dues en cas de sinistre, il peut être créé trois fonds qui correspondent chacun à une utilité distincte : un fonds de prévoyance, un fonds de garantie, et un fonds de réserve (art. 29 et 32).

142. — I. *Fonds de prévoyance.* — Ce fonds est destiné au paiement des sinistres possibles de l'année en cours. Il se constitue (art. 29-2°) par le versement fait par les assurés, au début de chaque année, d'une portion de la contribution sociale dont le maximum est fixé par les statuts et qui est déterminé par l'assemblée générale annuelle dans la limite de ce maximum. Le fonds de prévoyance est facultatif. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 962; Houpin, t. 2, n. 1132.

143. — II. *Fonds de garantie.* — Ce fonds comprend le maximum de la contribution annuelle dont chaque sociétaire est passible pour le paiement des sinistres (art. 29). Sur ce maximum de cotisation annuelle, il peut être appelé, au commencement de chaque exercice, une partie pour la formation du fonds de prévoyance, le surplus n'étant réalisable à la fin de l'exercice qu'autant que le fonds de prévoyance est insuffisant pour assurer le règlement des sinistres de l'année. Toutefois, la société peut fort bien stipuler dans ses statuts que le maximum de la prime sera exigible dès le début de l'année, sauf à répartir le disponible entre les sociétaires en fin d'exercice : en ce cas, le fonds de prévoyance et le fonds de garantie se confondent. — Houpin, t. 2, n. 1071-1133; Clément, p. 118.

144. — Jugé, à cet égard, qu'une compagnie d'assurances mutuelles ne peut être annulée pour contravention aux dispositions des art. 29 et 32, Décr. 22 janv. 1868, sur le mode de fixation des primes dans les compagnies d'assurances mutuelles, puisqu'elle exige toujours de ses sociétaires, au commencement de l'année, le paiement du maximum de la prime, alors que d'après les statuts de cette compagnie les primes sont proportionnelles aux charges réelles, et qu'il doit être tenu compte annuellement aux sociétaires des bonifications pouvant leur revenir sur les primes acquittées. — Paris, 1er mars 1889, Brunard, [S. 90.2.233, P. 90.1.1329].

145. — III. *Fonds de réserve.* — Le *fonds de réserve*, qui d'ailleurs est facultatif, est constitué au moyen des économies réalisées annuellement sur les cotisations des sociétaires et sur la somme qui doit être allouée annuellement, d'après l'art. 31, pour les frais de gestion. Le montant en est fixé tous les cinq ans par l'assemblée générale, et il est destiné au paiement des sinistres imprévus, avec cette restriction que le prélèvement ne peut jamais excéder la moitié du fonds de réserve pour un seul exercice. A la dissolution de la société l'emploi du fonds de réserve est réglé par l'assemblée générale sur la proposition du conseil d'administration, et la délibération est soumise à l'approbation du ministre du Commerce (art. 32).

146. — IV. *Valeurs de placement.* — L'art. 33 du décret de 1868 énumère les vaieurs qui peuvent servir au placement des fonds. Cette énumération est limitative, du moins en ce qui concerne les valeurs mobilières. — Cass., 26 mai 1894, soi. impl. Gadot et consorts, [S. et P. 94.1.265, D. 94.1.556]

147. — Quant aux placements en *immeubles*, on décide, et

général, bien que l'art. 33 n'en parle pas, qu'ils sont permis aux sociétés d'assurances mutuelles. L'art. 5 du décret les autorise formellement pour les sociétés d'assurances à primes, et il y a d'autant plus de raison pour étendre cette solution aux sociétés d'assurances mutuelles que l'esprit de nos lois est en général plus favorable aux acquisitions immobilières qu'aux acquisitions mobilières. — Cass., 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009, et la note de M. Labbé, D. 89.1.304] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 966; Houpin, t. 2, n. 1139; Ruben de Couder, v° *Assur. mut.*, *Suppl.*, n. 9; Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, sur l'art. 66, n. 77. — *Contra*, Clément, p. 122.

148. — La sanction de l'art. 33 consiste dans la nullité des contrats passés par la société en contravention aux prescriptions de cet article. Mais, ces prescriptions étant édictées pour garantir les intérêts des membres de la société, la nullité qui les sanctionne est simplement relative. Elle ne peut être invoquée par les contractants avec la société ou, de leur chef, par les créanciers de ces contractants. — Cass., 26 mai 1894, précité.

149. — Il en est ainsi notamment des créanciers de celui qui a aliéné des droits successifs au profit d'une société d'assurances mutuelles à la charge d'une rente viagère. — Même arrêt.

§ 4. *Formation, effets, modes d'extinction de l'engagement social.*

1° *Formation et effets de l'engagement social.*

150. — On ne trouve, dans le décret de 1868, aucune prescription spéciale relativement à la formation de l'engagement social. D'après l'art. 25, c'est aux statuts qu'il appartient de déterminer le mode et les conditions générales suivant lesquels sont contractés les engagements entre la société et les sociétaires. Un acte écrit n'est donc pas nécessaire pour la validité du contrat d'assurances mutuelles, sauf cependant lorsqu'il s'agit d'une assurance mutuelle maritime. — Sur ce dernier point, V. Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, sur l'art. 332. — Sur la formation et les effets de l'engagement social, V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 196 et s., 267 et s.

2° *Modes d'extinction de l'engagement.*

151. — I. *Modes d'extinction de droit commun.* — L'engagement peut tout d'abord prendre fin par les modes d'extinction du droit commun, tels que l'expiration de sa durée ou la résolution du contrat pour inexécution de ses conditions par l'une des parties contractantes. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 971; Houpin, t. 2, n. 1150 et s. — V. aussi *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 366 et s.

152. — Ainsi, jugé qu'en admettant qu'une mutualité d'assurances ne présente pas tous les caractères légaux de la société, il se forme entre les intéressés un contrat synallagmatique; mais la condition résolutoire est sous-entendue en vertu de l'art. 1184, C. civ., pour le cas où l'une des parties ne pourrait obtenir des autres l'exécution de leurs engagements. — Cass., 6 mars 1899, Comp. d'ass. terr. *la Mutuelle agricole du Nord*, [S. et P. 1900.1.33, et la note de M. Tissier, D. 99.1.406] — V. *suprà*, v° *Condition*, n. 746 et s.

153. — Par suite, dans le cas où une société d'assurance mutuelle a été condamnée à payer à l'un de ses adhérents l'indemnité à laquelle il avait droit, celui-ci peut poursuivre la dissolution de l'association faute par elle de satisfaire à cette condamnation. — Même arrêt.

154. — Et l'action résolutoire ouverte par l'art. 1184, C. civ., au mutualiste vis-à-vis duquel les engagements sociaux restent en souffrance, n'est pas subordonnée, par l'art. 20, Décr. 22 janv. 1868, à un vote préalable de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. — Même arrêt.

155. — Mais l'associé qui a traité avec une compagnie d'assurances mutuelles ne peut se prétendre délié de ses engagements par le motif que cette société aurait cessé d'exister, si la société, après une crise dans laquelle son existence a été compromise, a surmonté les difficultés et n'a pas cessé de fonctionner, sinon normalement, au moins d'une façon ininterrompue. — Besançon, 30 déc. 1891, Comp. d'ass. mut. *la Gironde*, [S. et P. 92.2.206, D. 92.2.155]

156. — La résolution du contrat ne pourrait d'ailleurs être prononcée que si l'associé avait à se plaindre de l'inexécution des obligations prises envers lui par ses coassociés; en matière d'assurances mutuelles le lien de droit qui existe entre les coassociés ne peut être rompu que si les coassociés n'ont pas rempli leurs engagements synallagmatiques vis-à-vis de leurs coassociés. — Même arrêt.

157. — Et si l'associé, sans pouvoir invoquer l'inexécution des engagements pris à son égard, n'allègue uniquement des fautes commises dans l'administration de la société et imputables non à ses coassociés, mais au directeur ou au conseil d'administration de la société, ces fautes, à les supposer établies, ne lui ouvrent qu'une action personnelle en responsabilité contre leurs auteurs, et ne sauraient motiver la résolution du contrat. — Même arrêt.

158. — II. *Modes d'extinction spéciaux.* — Indépendamment de ces modes du droit commun, le décret de 1868 reconnaît certains modes de résiliation spéciaux. D'une part, aux termes de l'art. 25, § 1, les sociétaires ont le droit de se retirer tous les cinq ans, en prévenant la société un mois à l'avance : ce droit est réciproque pour la société (Houpin, t. 2, n. 1151). D'autre part, aux termes de l'art. 26, chaque associé a le droit de résilier son engagement lorsqu'une modification est apportée aux statuts sociaux relativement à la nature des risques garantis et au périmètre de la circonscription territoriale de la société : il doit exercer cette faculté dans un délai de trois mois à compter du jour où la modification lui a été notifiée dans les termes de l'art. 20. — V. *suprà*, v° *Assurance mutuelle*, n. 390 et s.

Section III.

Transformation des sociétés d'assurances antérieures au décret de 1868.

159. — Aux termes de l'art. 67, L. 24 juill. 1867, les sociétés d'assurances autres que les sociétés d'assurances sur la vie et les sociétés de la nature des tontines, pourront se placer sous le régime du décret (à intervenir alors) du 22 janv. 1868, *sans autorisation du Gouvernement*, à la seule condition d'observer les formes et conditions prescrites pour la modification de leurs statuts. — Av. Cons. d'Et., 8 avr. 1880, [D. 80.3.43] — Boistel, n. 329; Ruben de Couder, v° *Assur. terr.*, n. 12; Houpin, t. 2, n. 944; Lyon-Caen et Renault, n. 972; Pont, t. 2, n. 1075; Note sous avis du Cons. d'Et., 10 oct. 1872, [S. 72.2.255, P. adm. chr.]

160. — Cette formule est aussi générale que possible, et semble bien englober les sociétés à primes fixes comme les mutuelles. L'Avis du Conseil d'Etat, du 10 oct. 1872, précité, s'était, il est vrai, prononcé en sens contraire, et avait décidé que les sociétés anonymes d'assurances à primes n'étaient point régies par l'art. 67, mais bien par l'art. 46 de la loi de 1867, et que leur transformation, par conséquent, n'était possible qu'en vertu d'une autorisation du Gouvernement.

161. — Mais cette distinction, qui met à part les sociétés d'assurances à primes, a été unanimement repoussée comme contraire aux termes généraux de l'art. 67. Le Conseil d'Etat lui-même l'a abandonnée. — Cons. d'Et., 8 avr. 1880, précité. — *Sic*, Auteurs précités.

Section IV.

Sociétés d'assurances contre les accidents du travail.

162. — V. *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 2382 et s., et *infrà*, v° *Travail* (*services du*).

Section V.

Sociétés d'assurances mutuelles agricoles. Loi du 4 juillet 1900.

163. — Jusqu'à ces derniers temps, les cultivateurs, qui sont exposés aux calamités atmosphériques, n'avaient guère vu les pouvoirs publics s'occuper d'eux qu'au moment des désastres; et alors, l'intervention des pouvoirs publics se bornait à des secours tout à fait insuffisants. A diverses reprises cependant, des lois avaient prévu ce danger : sous la Convention, une loi du 20-23 févr. 1793 avait décidé que ceux qui, ne possédant qu'un revenu inférieur à 2,000 livres, auraient souffert de l'invasion, de l'intempérie des saisons ou d'autres accidents, pouvaient obte-

nir des secours. La loi du 19 vend. an VI assignait une somme de 15 millions pour secours aux citoyens des pays ravagés par la grêle, les inondations, les incendies, les épizooties, la guerre étrangère, la guerre civile (V. également les lois des 11 frim. an VII, 21 vent. an XI, 7 brum. an X, 15 sept. 1819).

164. — A partir de 1819, les lois de finances ont alloué annuellement au Gouvernement un crédit destiné à venir en aide aux habitants victimes de pertes résultant de divers événements tels que orages, grêle, épizooties, etc., etc. C'était absolument insuffisant et il fallait le plus souvent demander en outre des crédits spéciaux. — V. Exposé des motifs du premier projet de M. Viger, *J. off.*, 24 avr. 1894, Annexe, n. 558. — Rapport de M. Forni, Ch. des dép., séance 2 mars 1900, Annexe, n. 1482.

165. — Pour obtenir le résultat cherché, on s'est proposé d'encourager la création de caisses ou sociétés d'assurances mutuelles ou agricoles. Ce fut l'objet de la loi du 4 juill. 1900.

166. — Aux termes de cette loi, les sociétés des caisses d'assurances mutuelles agricoles, qui sont gérées et administrées gratuitement, qui n'ont en vue et qui, en fait, ne réalisent aucun bénéfice, sont affranchies des formalités prescrites par la loi du 24 juill. 1867 et le décret du 22 janv. 1868 relatif aux sociétés d'assurances : elles pourront se constituer en se soumettant aux prescriptions de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels. Les sociétés ou caisses d'assurances mutuelles agricoles ainsi créées seront exemptes de tous droits de timbre et d'enregistrement autres que le droit de 0 fr. 10 prévu par le § 1 de l'art. 18, L. 23 et 25 août 1871.

167. — Quelles sont les sociétés qui peuvent bénéficier des dispositions de cette loi? Trois conditions nous paraissent nécessaires et suffisantes :

168. — 1° La loi ne s'applique qu'aux sociétés d'assurances mutuelles : la loi y insiste d'une façon particulière en exigeant qu'elles ne réalisent en fait aucun bénéfice et on l'a formellement reconnu lors des travaux préparatoires : « il faut, a-t-on dit, qu'elles soient assises sur le principe de la mutualité, qui exclut la spéculation et la production des bénéfices ». — Rapport de M. Mir, *J. off.*, Doc. parl., Sénat, septembre 1900, p. 601. — V. Astresse, *Rev. des assurances mutuelles*, 1901, p. 45.

169. — 2° Il ne s'agit que des sociétés d'assurances *agricoles*, et il faut entendre par là rien que les sociétés et toutes les sociétés dont le but est de garantir les agriculteurs contre tous les risques de leur profession. « La loi est absolument générale, porte le rapport, elle s'applique à toute société mutuelle constituée entre agriculteurs, ayant pour but de garantir ses membres aussi bien contre les risques de l'incendie que contre toute espèce d'événements qui menacent leur profession. C'est aussi général que possible. Nous n'avons pas parlé des risques d'incendie, pas plus que d'épizooties, de gelées ou de grêles, parce que, tout en soumettant à certaines conditions les applications de la loi, nous n'avons entendu exclure aucun des risques contre lesquels peuvent avoir à se garantir les agriculteurs : tous les risques agricoles sans exception, l'incendie, les gelées, la mortalité des bestiaux et tous autres qui menacent la profession, peuvent faire l'objet d'une société mutuelle agricole bénéficiant des dispositions très-libérales et très-peu compliquées de la loi de 1884 sur les syndicats professionnels. Le champ d'action ainsi limité est aussi vaste que possible ». — Mir, Rapport précité, *J. off.*, 27 sept. 1900, Doc. parl., p. 600.

170. — Par suite, la loi nouvelle est applicable aux sociétés d'assurances mutuelles agricoles ayant pour objet la garantie du risque professionnel de la loi du 30 juin 1899 sur les accidents du travail agricole, à la condition pour ces sociétés de se conformer aux prescriptions du décret du 28 févr. 1899 et des arrêtés ministériels rendus en exécution de ce décret. — V. Astresse, *loc. cit.* — Sur les accidents agricoles, V. *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 1739 et s.

171. — 3° Enfin il faut que ces sociétés soient gérées et administrées gratuitement. « La loi entend ne viser que les petites sociétés d'assurances agricoles qui ne réalisent aucun bénéfice, et n'assurent à leurs administrateurs et à leurs directeurs ni traitement, ni allocations diverses, sauf cependant de très-minimes frais de bureau qui peuvent être accordés à leur secrétaire. Elle exclut formellement les grandes mutuelles, faisant un gros chiffre d'affaires et allouant des jetons de présence à leurs administrateurs, et un traitement à leur directeur ». — Chevallier, *Rapport offic.*, 1900; Chambre, Doc. parlem., p. 688.

172. — Il ne faudrait pas cependant considérer comme administrée non gratuitement une société qui donnerait des appointements fixes soit à des employés, soit même à un directeur, ou conseil technique, à la condition cependant que celui-ci fût lié à la société par un contrat de louage de services. — Astresse, *loc. cit.*

173. — On pourrait même en dire autant du cas où les administrateurs toucheraient des jetons de présence à titre d'indemnité de leurs débours. On peut s'appuyer sur un arrêt du Conseil d'Etat qui a considéré comme étant administrée gratuitement une entreprise de prévoyance dont les statuts attribuaient aux membres fondateurs 1 p. 0/0 du droit d'admission sur le montant brut des capitaux souscrits pendant toute la durée de l'association, si cette attribution n'était que la rémunération des apports faits par ces fondateurs et une compensation de leurs peines, soins et diligences. Il s'agissait précisément d'interpréter l'art. 17, § 4, L. 15 juill. 1880, sur les patentes, qui, de même que la loi du 4 juill. 1900, dispose que « ne sont pas assujetties à la patente les caisses d'épargne et de prévoyance non administrées gratuitement ». — Astresse, *loc. cit.*

CHAPITRE III.

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS D'ASSURANCES.

Section I.

Compétence « ratione materiæ ».

174. — V. *suprà*, v^is *Assurance en général*, n. 1708 et s.; *Assurance mutuelle*, n. 436 et s.; *Assurance sur la vie*, n. 768 et s.

Section II.

Compétence « ratione personæ ».

175. — Les règles de cette compétence ont été modifiées par la loi du 2 janv. 1902.

176. — Avant cette loi, les litiges nés d'un contrat d'assurance étaient gouvernés par les principes généraux de l'art. 59, C. proc. civ., par la règle *actor sequitur forum rei*. Par application de ces principes les contestations devaient par conséquent être déférées au tribunal du siège social de la société.

177. — Les compagnies avaient pris l'habitude d'inscrire dans leurs polices une clause attribuant compétence exclusive aux tribunaux du département de la Seine, et la jurisprudence avait maintes fois reconnu la validité de cette clause. — Cass., 30 juin 1874, Soc. *le Crédit viager*, [S. 76.1.475, P. 76.1195, D. 76.1.395]; — 25 juin 1878, Comp. d'assurances générales, [S. 79.1.357, P. 79.899, D. 79.1.212] — V. aussi Cass., 6 avr. 1886, Comp. *l'Ancienne Mutuelle*, [S. 86.1.269, P. 86.1.642, D. 86.5.97]

178. — La jurisprudence admettait cependant quelques tempéraments à cette règle absolue. Notamment on décidait que cette clause étant insérée dans l'intérêt de la société, celle-ci pouvait y renoncer même tacitement et que cette renonciation pouvait s'induire de circonstances particulières suffisamment précises et faisant nettement ressortir la volonté telle des parties. — Cass., 10 mars 1873, Comp. d'assurances générales, [S. 73.1.329, P. 73.1.803, D. 74.1.124]; — 20 mai 1873, Mêmes parties, [S. 73.1.329, P. 73.1.804]; — 25 juin 1878, précité.

179. — Mais d'autre part la jurisprudence traditionnelle donnant compétence au tribunal de la succursale ne pouvait être appliquée lorsque la police contenait cette clause. — Cass., 6 avr. 1886, précité.

180. — Cette clause avait été qualifiée de draconienne : c'est qu'en effet cette attribution de compétence au tribunal de la Seine entraînait des frais considérables : l'encombrement de ce tribunal retardait la solution de ces litiges, de sorte que les riches seuls pouvaient essayer de lutter contre les compagnies, tandis que les pauvres étaient obligés d'en passer par les propositions que celles-ci, dans leur toute puissance, consentaient à leur faire. — V. Rapport de M. Jounart à la Chambre des députés (*J. off.*, de juin 1899, p. 1673).

181. — D'ailleurs beaucoup de compagnies avaient d'elles-mêmes renoncé à cette clause : mais les petites compagnies,

celles-là mêmes avec lesquelles les procès sont les plus dangereux, l'avaient maintenue. C'est à cette pratique que la loi du 2 janv. 1902 a voulu remédier.

182. — La loi du 2 janv. 1902 ne vise que les assurances terrestres : il n'est pas dérogé aux lois qui régissent les assurances maritimes (art. 1, *in fine*).

183. — Le législateur de 1902 n'a fait que généraliser une disposition de la loi du 9 avr. 1898 attribuant compétence au tribunal du lieu de l'accident : le principe général, c'est la compétence du tribunal du lieu du sinistre. Rien de plus naturel : « La bonne administration de la justice demande que les litiges soient, dans la mesure du possible, appréciés et jugés par les tribunaux du lieu où se sont accomplis les faits qui leur donnent naissance et particulièrement du lieu du sinistre, au sens le plus compréhensif du mot en matière d'assurances. C'est là que pourront s'accomplir avec le plus de facilités, d'utilité et de rapidité, aux moindres frais, les constatations, expertises, enquêtes, visites de lieux, transports, toutes les mesures d'instruction en général nécessaires pour la solution du litige. C'est là où siègent, pour ainsi dire, les intérêts et les risques quels qu'ils soient que l'assurance a eu en vue de garantir ». V. Rapport de M. Legrand, au Sénat (*J. off.*, Doc. parlem., 1er avr. 1901, p. 153).

184. — Aux termes de l'art. 1, al. 1, en règle générale, le tribunal compétent pour les litiges auxquels donnent lieu les contrats d'assurances est le tribunal du domicile de l'assuré. Ce premier paragraphe nous paraît aussi général que possible : il ne distingue pas entre les litiges, et nous estimons par suite qu'il s'appliquera non seulement à l'instance relative aux indemnités dues, mais à toute espèce de litige né du contrat d'assurance.

185. — Le paragraphe 2 de ce même article apporte une double exception à ce principe : 1° pour les sinistres relatifs à des immeubles ou à des meubles par nature, ce sera le tribunal du lieu de leur situation ; 2° pour les accidents dont sont victimes les personnes ou les animaux objets d'une assurance contre les accidents, ce sera le tribunal du lieu de l'accident.

186. — Mais il ressort à notre avis très-nettement du texte que l'exception n'a pas une portée aussi générale que le principe du § 1er : il ne s'agit que de l'instance relative à la fixation et au règlement des indemnités dues. Pour tous autres litiges, par conséquent, on revient au principe général, à savoir la compétence du tribunal du domicile de l'assuré.

187. — L'art. 2 pose la sanction de ces principes : toute convention contraire est nulle de plein droit : mais il ne s'agit que des *conventions antérieures* à la naissance du litige : il faut bien observer en effet que nous sommes en matière de compétence *ratione personæ vel loci*, fondée sur l'intérêt des parties ; donc, le litige une fois né, les parties conservent le droit de s'entendre pour attribuer compétence à un tribunal autre que celui autorisé par la loi. — V. rapport de M. Legrand, précité. — Lecouturier, *J. des assur.*, 1902, p. 143.

188. — Le texte voté en premier lieu par la Chambre des députés admettait implicitement la rétroactivité de la loi nouvelle. Le Sénat y était opposé, et après une vive résistance, la Chambre des députés a fini par céder, uniquement par cette considération qu'il y avait urgence à modifier l'état de choses pour l'avenir. Pour qu'il n'y ait pas de doute, on a inséré dans l'art. 2 les mots : sauf l'effet des stipulations contenues dans les polices actuellement en cours. On a même écarté une disposition additionnelle, aux termes de laquelle les contrats en cours et contenant de telles clauses auraient pu être dénoncés dans le délai d'un an. Malgré cela, des difficultés pourront se présenter.

189. — Deux cas sont hors de doute : 1° La loi nouvelle s'appliquera immédiatement « même aux contrats en cours, sous la seule condition qu'une stipulation formelle et expresse de ces contrats n'aura pas spécifié conventionnellement une compétence déterminée, au bénéfice de l'une ou de l'autre des parties ou au bénéfice commun des deux ». — Rapport de M. Legrand, précité.

190. — 2° Elle s'appliquera également aux contrats renouvelés par tacite réconduction pour une nouvelle durée : la tacite réconduction constitue en effet un contrat nouveau, du moins quant à la durée. — Même rapport.

191. — Mais quand il s'agit d'assurances mutuelles, on sait que les sociétaires ont le droit de se retirer de la société après chaque période de cinq ans (Décr. 22 janv. 1868). Est-ce qu'à l'expiration de la période de cinq ans après la promulgation de la présente loi il faudra appliquer les nouveaux principes? Nous ne le pensons pas : il ne s'agit plus ici d'un nouveau contrat pour une nouvelle durée : il s'agit toujours du même contrat pouvant simplement se résilier à certains moments. — *Rev. des assur. mut.*, 1902, p. 52. — *Contrà*, Lecouturier, *op. et loc. cit.*, p. 141.

192. — Mais nous serions au contraire d'avis d'appliquer la loi nouvelle aux contrats dont l'essence même viendrait à être modifiée par un avenant. — Lecouturier, *op. et loc. cit.*

CHAPITRE IV.

PROJETS DE RÉFORME.

193. — Les lacunes du système français actuel se manifestent surtout à trois points de vue : 1° la surveillance dont parle l'art. 66, pour les sociétés d'assurances sur la vie et les tontines, n'existe pas en fait; 2° les sociétés de rentes viagères échappent en fait, sinon en droit, à ce régime; 3° les sociétés étrangères jouissent de la plus entière liberté.

194. — Avant d'examiner certains des projets de réforme, nous devons dire quelques mots des systèmes proposés par certains auteurs. M. de la Grasserie ne serait pas éloigné d'un monopole futur attribué à l'Etat : en attendant, il préconise un système dont les principes essentiels seraient une responsabilité collective des compagnies et le cautionnement de l'Etat : il y aurait une garantie mutuelle entre toutes les compagnies d'assurances : il y aurait une solidarité légale de toutes les compagnies d'assurances, qui les obligerait à supporter, proportionnellement au chiffre de leurs affaires, les engagements que l'une d'entre elles cesserait de pouvoir exécuter. — De la Grasserie, *Assurances sur la vie et contre les accidents* (*Fr. jud.*, 1895, p. 14 et s.).

195. — M. de Courcy voudrait garantir la sécurité des assurés sans porter atteinte à la liberté des sociétés et sans imposer à l'Etat de nouvelles charges : il maintient l'autorisation, mais il supprime la surveillance qui risque de tourner à l'inquisition arbitraire : il considère que le meilleur moyen d'atteindre le but désiré, c'est d'exiger des compagnies la publicité la plus complète des opérations auxquelles elles se livrent : une loi ne serait même pas nécessaire pour exiger cette publicité : l'expression vague de *surveillance* de l'art. 66 suffit à justifier de sérieuses mesures et la publicité effective serait faite par les compagnies elles-mêmes, qui auraient tout intérêt à rechercher dans les documents fournis par les sociétés concurrentes les irrégularités qu'elles peuvent commettre. — De Courcy, *L'assurance par l'Etat*, p. 90 et s.

196. — De nombreux projets et propositions de lois ont été déposés : nous n'analyserons que les principaux et les plus récents.

197. — Les principaux projets concernant les sociétés d'assurances sur la vie et de rentes viagères et les tontines sont : les propositions Mirman, Ferrette, Chastenet, Guieysse, le projet gouvernemental de M. Trouillot et le projet élaboré par la commission de la Chambre des députés.

198. — A. *Proposition Mirman* (*J. off.*, Ch. des dép., Doc. parl., 1902, Sess. ord., p. 458 et s.). — Cette proposition vise d'abord toutes les sociétés d'assurances sur la vie, quelles que soient les opérations auxquelles elles se livrent, en particulier les sociétés de rentes viagères ; d'autre part, elle est applicable aussi bien aux sociétés étrangères qu'aux sociétés françaises.

199. — Toutes les sociétés d'assurances sur la vie sont soumises à l'autorisation, à la surveillance et au contrôle de l'Etat : la proposition ne dit pas comment s'exerceront cette surveillance et ce contrôle : elle porte simplement (art. 3) que chaque année le 1er janvier, le ministre du Commerce adressera au Parlement et que l'*Officiel* publiera un rapport détaillé sur les opérations effectuées par les diverses sociétés et sur leur situation en France. Des règlements d'administration publique pourvoiront au détail d'exécution.

200. — Ces sociétés seront, en outre, astreintes à constituer des réserves mathématiques et cautionnements qui devront toujours demeurer en France. Que faut-il entendre par réserves? C'est la représentation actuelle des engagements contractés par la société envers ses associés : c'est la somme, ou plus généralement la valeur, qui permettrait à la société, à un moment quel-

conque, de faire face à ses engagements; sans doute, le calcul de cette réserve renferme certains éléments qui empêchent la certitude absolue, tels par exemple que le taux de l'intérêt et les tables de mortalité, mais on peut toujours arriver à établir le montant d'une réserve *minima*, et c'est cette réserve *minima* que l'Etat devra exiger de toutes les compagnies.

201. — Le montant de ces réserves et cautionnements sera affecté par privilège au paiement des assurés ou sociétaires domiciliés en France.

202. — La principale sanction de ces conditions est le retrait de l'autorisation prononcé par un arrêt du Conseil d'Etat, qui sera publié à l'Officiel dans huit numéros consécutifs et aux frais de la société.

203. — B. *Proposition Ferrette* (*J. off.*, Ch. des dép., Doc. parl., 1902, Sess. ord., p. 477 et s.). Elle est également applicable à toutes sortes de sociétés : l'*autorisation gouvernementale* est toujours nécessaire et peut être rapportée à toute époque, sans décision judiciaire. La proposition se distingue surtout par la création d'un comité consultatif et de commissaires-contrôleurs.

204. — L'art. 4 de la proposition institue près du ministre du Commerce un comité consultatif des assurances sur la vie, dont l'organisation sera réglée par arrêté du ministre. Ce comité sera consulté dans les cas spécifiés par la loi, notamment pour l'autorisation à donner aux sociétés ainsi que pour le retrait de l'autorisation.

205. — La surveillance sera exercée normalement par des commissaires-contrôleurs placés sous l'autorité du ministre : leurs pouvoirs se bornent à des vérifications et à des constatations, sans qu'ils puissent donner aucune instruction aux sociétés, ni apporter aucune entrave à leur fonctionnement : mais ils ont les plus larges pouvoirs de vérification, qu'ils peuvent faire porter au siège même de la société sur les contrats passés, la caisse, le portefeuille, les calculs des réserves, les répartitions des bénéfices aux adhérents, etc. (art. 9).

206. — L'art. 11 punit d'une amende de 1,000 à 10,000 fr., pouvant être doublée en cas de récidive, les fondateurs, administrateurs ou gérants coupables d'infractions aux diverses prescriptions de la proposition.

207. — Spécialement, les sociétés ayant leur siège à l'étranger devront d'abord se conformer aux mêmes règles que les sociétés françaises, et de plus elles devront accréditer auprès du ministre du Commerce un agent spécial pour les opérations faites en France, et verser préalablement à l'autorisation, à la Caisse des dépôts et consignations, un cautionnement de 500,000 fr., en rentes sur l'Etat français : le montant des réserves afférentes aux opérations françaises devra être également déposé à la même Caisse et employé en rentes sur l'Etat français et en fonds garantis par l'Etat, et aussi en acquisition d'immeubles situés en France suivant une quotité et des règles qui seront déterminées par un règlement d'administration publique.

208. — C. *Proposition Chastenet* (*J. off.*, Ch. des dép., Doc. parlem., 1902, sess. ord., p. 543 et s.). — Toutes les sociétés d'assurances sur la vie, quelles qu'elles soient, sont soumises à l'autorisation gouvernementale qui sera donnée ou retirée par décret rendu en la forme d'un règlement d'administration publique : le décret d'autorisation déterminera les opérations permises à la compagnie, ses tarifs, le mode de calcul des réserves, les conditions de répartition des bénéfices.

209. — Les sociétés étrangères devront avoir en France un mandataire général et verser un cautionnement de 500,000 fr., en rentes françaises sur l'Etat.

210. — Les réserves afférentes aux contrats passés en France seront employées, soit en valeurs françaises mobilières d'après une liste arrêtée par règlement d'administration publique, soit en immeubles situés en France, soit en première hypothèque sur des immeubles situés en France et pour une valeur n'excédant pas la moitié de ces immeubles. Elles sont affectées par privilège à la garantie des opérations effectuées en France.

211. — Tous contrats d'assurances sur la vie passés avec des personnes domiciliées en France seront, jusqu'à preuve contraire, réputés souscrits dans le pays, alors même qu'ils porteraient une mention de souscription à l'étranger.

212. — D. *Proposition Guieysse* (*J. off.*, Ch. des dép., Doc. parl., 1902, sess. ord., p. 576 et s.). — Cette proposition emprunte aux précédentes la nécessité de l'autorisation, de la surveillance (sans toutefois créer des commissaires-contrôleurs), des réserves, de la publicité des opérations, le comité consultatif dont elle précise l'organisation et les pouvoirs (art. 22 à 26), et toutes les prescriptions relatives aux sociétés étrangères : pour ces dernières, elle spécifie qu'elles ne pourront fonctionner en France que si les sociétés françaises sont admises à fonctionner dans le pays où elles sont constituées, et si, par mesure générale, il a été fait application aux sociétés du pays de l'art. 2, L. 30 mai 1857.

213. — E. *Projet de loi de M. Trouillot, ministre du Commerce* (*J. off.*, Ch. des dép., Doc. parl., 1902, dép. le 6 déc. 1902, sess. extr., p. 1210 et s.). — Ce projet est un résumé de l'avant-projet élaboré et adopté à l'unanimité par la commission extra-parlementaire instituée par arrêté du 26 avr. 1902. Il vise toutes les sociétés « dans les opérations desquelles intervient la considération de la vie humaine, quelle que soit la dénomination de ces sociétés » (art. 1).

214. — Le projet repousse, avec raison, croyons-nous, le système de l'autorisation préalable, qui risque de tourner à l'arbitraire et qui, en fait, ne donne aucune garantie aux assurés : il se préoccupe avant tout d'assurer aux clients de ces sociétés le plus de garantie possible. Voilà pourquoi il n'exige tout d'abord qu'un simple enregistrement après justification de conditions générales d'existence régulière et de bon fonctionnement technique.

215. — I. *Garanties.* — 1° Les sociétés d'assurances sur la vie devront d'abord suivre les lois générales sur la constitution des sociétés selon la forme qu'elles adopteront; elles relèveront donc soit du droit commercial, soit du Code civil, soit enfin, s'il s'agit de sociétés étrangères, de la loi du 30 mai 1857.

216. — Mais, de plus, elles devront se conformer aux prescriptions spéciales que le projet édicte à raison du but spécial qu'elles poursuivent. Les principales de ces prescriptions sont :

217. — *a*) Insertion obligatoire dans les statuts de certaines stipulations réglant leur organisation financière, limitant leur fonctionnement à une ou plusieurs opérations déterminées, spécifiant la dissolution obligatoire en cas de perte de la moitié du capital social, déterminant les modalités diverses d'engagements opposables aux adhérents ainsi que les bases certaines des prélèvements pour frais de gestion (art. 4).

218. — *b*) Capital social d'un minimum de 4 millions de francs et versement préalable d'un capital de garantie qui ne peut être inférieur à 500,000 fr. (art. 5).

219. — *c*) Constitution d'une réserve de garantie fixée par des décrets rendus après avis du comité consultatif et qui d'ailleurs pourra être rectifiée au plus tous les cinq ans, au vu des rapports annuels que les compagnies auront présentés pour établir la comparaison entre la mortalité réelle des assurés et la mortalité prévue par les tables admises pour le calcul de leurs réserves mathématiques et de leurs tarifs, ainsi qu'entre le taux de leurs placements réels et celui qui a été admis. Dans la mesure de ces réserves, l'actif des compagnies françaises est affecté par privilège au règlement des opérations, et celui des compagnies étrangères doit faire l'objet d'un dépôt sur lequel les intéressés auront un droit de gage dans les termes de l'art. 2073 C. civ. (art. 5, 6, 7 et 8).

220. — *d*) Les sociétés étrangères doivent avoir un siège spécial en France pour toutes les opérations qu'elles font en France, ainsi qu'un agent spécial domicilié en France et accrédité auprès du ministre du Commerce (art. 12).

221. — II. *Surveillance et contrôle.* — Nous retrouvons à ce point de vue l'institution d'un comité consultatif dans les mêmes conditions que le comité consultatif des assurances contre les accidents du travail, ainsi que de commissaires-contrôleurs chargés de fonctions analogues à celles que remplissent déjà les commissaires-contrôleurs chargés de la vérification des sociétés d'assurance contre les accidents du travail. — V. *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 2413 et s., 2461 et s., et *infrà*, v° *Travail* (*service du*).

222. — En outre, aux termes de l'art. 11, les sociétés sont astreintes à certaines productions destinées à renseigner le public et à permettre à l'Administration d'exercer son contrôle telles que, le compte-rendu annuel de leurs opérations avec état et tableaux annexes, avec publication d'un résumé au *Journal officiel* ainsi que du compte général des profits et pertes, de la balance générale des écritures et du mouvement général des opérations en cours.

223. — Spécialement pour les sociétés étrangères, tous les documents se rapportant à leurs opérations, conditions générales

et particulières des polices, avenants et tous autres documents se rapportant à l'exécution des contrats doivent être rédigés ou traduits en langue française, et une traduction doit en être remise au ministre du Commerce.

224. — III. *Pénalités.* — Les art. 14 à 19 édictent des amendes contre les entreprises, leurs administrateurs et leurs directeurs : ces amendes varient suivant la nature des dispositions qui ont été violées.

225. — F. *Projet de la commission parlementaire.* — La commission parlementaire de la Chambre des députés, saisie du projet de loi et des diverses propositions qui viennent d'être analysées, a élaboré à son tour un projet, conforme dans ses grandes lignes au projet gouvernemental, à part certains emprunts aux propositions Mirman, Chastenet et Guyesse (*J. off.*, Ch. des dép., Doc. parl., sess. ord., 1903, p. 745). Deux principes dominent le projet, que la Chambre des députés vient de voter après une intéressante discussion (7 juill. 1904) : 1° le régime de l'autorisation préalable est écarté, et remplacé par un régime de contrôle officiel combiné avec une réglementation minutieuse, au point de vue notamment du capital et des réserves; 2° les sociétés françaises ne jouissent d'aucun monopole, la commission ayant cru nécessaire d'empêcher les sociétés françaises syndiquées d'élever outre mesure leurs tarifs en faisant planer sur elles la menace de la concurrence étrangère (résultat obtenu, en matière d'accidents, par la réorganisation de la caisse officielle). Mais les sociétés étrangères, pour toutes leurs opérations en France, sont assujetties au même contrôle que les sociétés françaises similaires. — V. sur ce point le discours de M. Bonnevay à la Chambre, au début de la discussion générale (Ch., Déb. parl., séance, 21 juin 1904). — V. aussi en sens divers, les discours prononcés au cours de la discussion générale (21 et 23 juin) par M. Chastenet, rapporteur, et par MM. Ferrette et Congy (partisans de l'autorisation préalable).

226. — Le régime institué par le projet peut se résumer, en somme, dans les propositions suivantes : 1° enregistrement obligatoire; 2° capital social d'un minimum de deux millions pour les sociétés françaises (200,000 fr. seulement pour les sociétés à forme mutuelle ou à forme tontinière) et dépôt d'un actif correspondant aux opérations réalisées en France pour les sociétés étrangères; 3° dissolution de la société en cas de perte de la moitié du capital social; 4° constitution de réserves mathématiques; 5° constitution d'une réserve de garantie pour couvrir les écarts possibles entre les prévisions et les réalités; 6° réglementation de l'accumulation des bénéfices non répartis; 7° droit de privilège ou de gage au profit des associés; 8° comité consultatif et commissaires-contrôleurs; 9° production obligatoire de nombreux documents destinés à faciliter le contrôle; 10° assujettissement des sociétés étrangères au même régime de contrôle que les sociétés françaises.

227. — Il importe de remarquer que l'*enregistrement*, prévu par le projet de loi, se différencie nettement du système d'autorisation préalable auquel, sous l'empire du Code civil et jusqu'à la loi de 1867, étaient soumises toutes les sociétés anonymes (exception faite pour les sociétés à responsabilité limitée jusqu'à 1863), et sous lequel vivent encore, aux termes de l'art. 66 de la loi de 1867, les assurances sur la vie (proprement dites) et les tontines. En effet, tandis que l'autorisation administrative peut être *arbitrairement* refusée, sans recours contentieux possible, le ministre du Commerce, régulièrement saisi d'une demande d'*enregistrement* au *Journal officiel* accompagnée des pièces indispensables (statuts, calculs de capitalisation et tarifs), ne peut rejeter la demande que pour irrégularité de forme ou atteinte à la loi; et sa décision, rejetant la demande, peut être déférée au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. — V. Thaller, *Traité*, 3e éd., n. 741.

CHAPITRE V.

LÉGISLATION COMPARÉE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

SECTION I.

Législation comparée.

228. — Les législations étrangères peuvent se répartir en deux groupes différents : le système anglais, dans lequel le contrôle résulte avant tout de la publicité donnée aux opérations des sociétés; le système suisse et américain, basés sur un régime d'autorisation et de surveillance directe et effective de l'Etat.

229. — 1° *Système anglais.* — ANGLETERRE. — En Angleterre, les compagnies d'assurances sur la vie sont régies par les lois du 9 avr. 1870 et du 6 août 1871. Les sociétés se forment librement sans autorisation préalable : elles sont cependant soumises à certaines obligations, notamment au dépôt à la Cour de la chancellerie d'un cautionnement de 20,000 livres sterling, dépôt qui leur est d'ailleurs remboursé dès que les primes accumulées dépassent 40,000 livres sterling. Elles doivent en outre régulièrement fournir des états de situation annuels conformes à des modèles légaux. Tous les cinq ans un rapport général doit être fait et certifié par un *actuary* attitré. En outre, certaines institutions privées, comme les « Chartered accountant », se recrutant et s'administrant elles-mêmes, servent d'intermédiaire entre le public et les sociétés : elles se sont introduites dans les mœurs, ont gagné la confiance du public et toute opération où on ne laisse pas pénétrer l'*accountant* est par là même suspecte. — V. Cheysson, *Mémoire présenté au nom de l'Institut des actuaires au 32e congrès des sociétés savantes*, session de 1894.

230. — ITALIE. — Le but des associations d'assurances mutuelles est de répartir entre les associés les dommages résultant des risques qui font l'objet de l'association (C. comm., art. 237). L'association mutuelle commerciale doit être prouvée par écrit (art. 238); elle est soumise à toutes les règles de dépôt et de publicité requis des sociétés anonymes (art. 240); elle est administrée par des associés mandataires responsables dans la limite de leur mandat (art. 239). L'associé qui a perdu la chose pour laquelle il s'est associé cesse de faire partie de l'association, sans préjudice de son droit à l'indemnité qui lui compète (art. 242). L'interdiction ou la mort d'un associé ne l'exclut pas de l'association (art. 243).

231. — NORVÈGE. — La commission qui a élaboré le projet de loi sur les sociétés par actions a présenté, le 23 déc. 1895, un autre projet sur les sociétés d'assurances (*Ann. de dr. comm.*, 1898, p. 471). Sur cette matière, il n'existe jusqu'à ce jour qu'une ordonnance de 1810 qui oblige les fondateurs à soumettre leurs statuts au contrôle d'un comité d'Etat, qui ne peut du reste empêcher la constitution de la société. Le nouveau projet consacre le principe de la publicité, sans autorisation de l'Etat. Les sociétés mutuelles ne pourraient toutefois se constituer que par la *fondation successive*, c'est-à-dire qu'il devrait y avoir émission réelle d'actions, ceci afin d'éviter la création par un petit nombre d'associés de sociétés mutuellistes trop restreintes et sans fonds de garantie suffisants. Les compagnies d'assurance sur la vie seraient soumises au contrôle d'un office national qui publierait des rapports annuels.

232. — 2° *Système suisse et américain.* — AUTRICHE. — Un arrêté ministériel du 18 août 1880 (*Ann. de législ. étrang.*, 1881, p. 265) contient des règles sur les sociétés d'assurances par actions ou mutuelles, autrichiennes ou étrangères, dont les principales sont les suivantes : L'autorisation de l'Etat est nécessaire (art. 1). Le capital versé doit être pour les compagnies par actions d'autant de fois 100,000 fl. qu'il y a de branches d'assurances exploitées par la compagnie, avec un minimum de 300,000 fl., sauf dans des cas exceptionnels. Les actions au porteur doivent être libérées intégralement, les actions nominatives de 30 p. 0/0, le surplus garanti par des billets (art. 3). Dans les associations mutuelles, le capital doit être de 200,000 fl. au moins quand il s'agit d'assurances sur la vie (art. 4). Les capitaux des sociétés d'assurances doivent être placés en valeurs énumérées par l'arrêté en question (art. 13). Les associations mutuelles peuvent faire réassurer leurs risques, mais ne peuvent réassurer les risques d'autres compagnies (art. 16).

232 *bis*. — Les compagnies d'assurances sur la vie doivent dans leurs statuts fixer le montant des primes (art. 7); elles ne peuvent faire en même temps l'assurance d'un autre risque (art. 14); le commencement de leurs opérations est subordonné à la conclusion de contrats ayant une somme minima pour objet.

233. — ETATS-UNIS. — Aux Etats-Unis, il faut un cautionnement de 100,000 dollars, la production de tableaux détaillés qui servent à une grande publication annuelle du « département de l'assurance ». Les sociétés doivent placer leur cautionnement et leurs réserves en valeurs déterminées par la loi, à l'exclusion des immeubles. Elles doivent répondre à toutes les questions du

surintendant sous des peines très-sévères en cas de retard, de dissimulation ou de refus.

233 *bis*. — SUISSE. — En Suisse, c'est la loi du 25 juin 1885 qui régit la matière : les compagnies ne peuvent fonctionner qu'après une autorisation du bureau fédéral armé de pouvoirs à peu près discrétionnaires, et après examen de la situation financière, des méthodes, des tables de mortalité, etc. Cette autorisation est toujours révocable; si à la fin d'un exercice la situation est compromise on exige la cessation des opérations et la liquidation des anciens engagements : le capital des actionnaires sert de garantie. Toutes les compagnies sont tenues de produire des justifications très-circonstanciées et sont tenues d'acquitter une taxe pour les frais de cette surveillance.

233 *ter*. — 3° *Sociétés étrangères dans les divers pays*. — La plupart des législations étrangères ont pris des précautions sévères à l'égard des sociétés étrangères : presque toutes exigent une autorisation préalable et le dépôt d'un cautionnement très-élevé. En Prusse, l'arrêté du 22 décembre 1891 leur impose le placement de la moitié des primes en rentes prussiennes consolidées. En Italie, les compagnies d'assurances sont soumises à une surveillance étroite; l'art. 145 du nouveau Code de commerce de 1882 prescrit également le dépôt à la Caisse des dépôts et consignations en titres de la dette publique italienne de la moitié des sommes encaissées par les compagnies étrangères, tandis que pour les compagnies nationales ce dépôt n'est que du quart des mêmes sommes. En Russie, la somme qui doit être déposée à la Banque de Russie pour la garantie des indemnités à payer est proportionnelle à l'importance du chiffre des affaires, et c'est le ministère de l'Intérieur qui la détermine. — Sur la situation faite aux sociétés françaises d'assurances en Allemagne, V. spécialement Thaller, *Les compagnies françaises d'assurances et le Gouvernement d'Alsace-Lorraine;* Pic, note sous Cass., 7 nov. 1898, Banque d'Alsace-Lorraine, [D. 1903.1.233] et les autorités citées.

SECTION II.

Droit international privé.

§ 1. *Sociétés d'assurances étrangères en France.*

234. — Avant la loi du 30 mai 1857, les sociétés anonymes étrangères étaient soumises à l'art. 37, C. comm., c'est-à-dire à l'autorisation préalable et individuelle du Gouvernement comme les sociétés françaises. — Sur le critérium de la nationalité des sociétés, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 6479 et s. — V. Weiss, *Traité théor. et prat. de dr. intern. privé*, t. 2, p. 415; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1166; Houpin, t. 2, p. 352; Boullay, *Condit. jurid. des soc. étrang. en France;* Pic, *Faill. et liquid. judic. des soc. comm. en dr. intern. privé*, p. 7, et notes sous Cass., 7 nov. 1898, précité, et sous Cass., 17 juill. 1899, Ospina, [D. 1904.1.225], et les autorités citées.

235. — Cette loi de 1857 a inauguré pour les sociétés anonymes étrangères le régime nouveau de l'autorisation *collective* par décret du chef de l'Etat, le Gouvernement français se réservant, après enquête sur la législation de chaque pays étranger, d'autoriser en bloc à fonctionner en France toutes les sociétés étrangères dudit pays, pourvu qu'elles aient été régulièrement constituées dans leur pays. — Sur les difficultés multiples auxquelles a donné lieu l'interprétation de ce texte, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 6500 et s.

236. — Il est très-généralement admis que la loi de 1867, en remplaçant pour les sociétés anonymes françaises le régime de l'autorisation préalable par celui de la réglementation, a laissé subsister sans modification le régime d'autorisation collective pour les sociétés par actions étrangères, institué par la loi de 1857.

237. — Effectivement, bien que pour les sociétés françaises d'assurances ou autres, et pour les compagnies étrangères, on retrouve le même mot d'*autorisation* avec les mêmes effets légaux, il n'y a cependant aucune assimilation à faire entre les deux autorisations : celle qui doit être donnée à nos compagnies nationales est effective et sérieuse, parce qu'elle est individuelle; l'autre est factice, parce que collective. L'autorisation de la loi de 1857 a simplement pour but de permettre de s'assurer si les législations étrangères présentent des garanties analogues à celles de la loi française. — V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 6505.

238. — Le caractère illusoire de cette autorisation, par décrets, des sociétés étrangères est d'autant plus regrettable, en ce qui concerne spécialement les sociétés d'assurances étrangères, que l'autorisation gouvernementale ne se double d'aucune surveillance.

239. — Les compagnies d'assurances sur la vie étrangères peuvent donc se livrer à telles opérations qu'il leur plaira, présenter au public des prospectus aux promesses alléchantes garanties par un actif plus ou moins problématique, le Gouvernement n'a pas même à s'en inquiéter. Cette situation est d'autant plus dangereuse que ces compagnies ne sont obligées à aucun placement déterminé; de là une concurrence fort dangereuse, et absolument inique, pour les compagnies françaises; elles sont en effet astreintes à des placements qui, s'ils sont de tout repos, ne rapportent que de minimes revenus, tandis que les compagnies étrangères pouvant effectuer des placements plus rémunérateurs ont ensuite la facilité de diminuer proportionnellement le taux de leurs primes. — V. De Courcy, *Les assur. sur la vie* (*Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, 1883), et *Les soc. étrang. d'assur. sur la vie*, suite de *l'Assur. par l'Etat*, p. 90 et s.

240. — Ces quelques observations suffisent à mettre en relief l'insuffisance radicale de notre législation en matière d'assurances, et l'urgence de mesures réglementaires sérieuses, susceptibles de protéger l'épargne nationale, sans cependant interdire l'accès du territoire français aux compagnies étrangères qui viennent opérer en France. Tel est l'objet des divers projets ou propositions de loi analysés *suprà*, n. 196 et s.

§ 2. *Sociétés d'assurances françaises à l'étranger.*

241. — Pour les sociétés d'assurances françaises à l'étranger, V. *suprà*, n. 233 *ter*, et v° *Sociétés commerciales*, n. 6570 et s.

SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE. — V. CONTREFAÇON. — PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE. — SOCIÉTÉ (EN GÉNÉRAL).

SOCIÉTÉS DE CAPITALISATION.

LÉGISLATION.

V. *Secours mutuels*. — V. aussi L. 2 juill. 1904 (*modifiant le premier paragraphe de l'art. 16, L. 1er avr. 1898, sur les sociétés de secours mutuels*).

BIBLIOGRAPHIE.

Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Tontine*. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 1889-1903, 3e éd., 8 vol. parus, t. 2, n. 34 *bis*. — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e édit., 18 vol. in-4°, v° *Tontine*. — Pont, *Commentaire des sociétés civiles et commerciales*, 1880-1884, 2e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, n. 1074. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1904, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 741.

Hugues le Roux, *Histoire des trois fourmis*, 1903. — Rajon, *Des sociétés de capitalisation*, Lyon, 1900. — Sainctelette, *Des sociétés de capitalisation*. — Sarcey (F.), *Fourmi et la fourmilière. L'assurance à la portée de tous*, 1898.

Les sociétés de capitalisation (Pascaud) : Econ. franç., n. 11. — *Des sociétés d'épargne et de capitalisation* (Wahl) : J. des soc., 1899, p. 193 et s.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

CHAPITRE I.

SOCIÉTÉS DE RECONSTITUTION DES CAPITAUX OU DE CAPITALISATION PROPREMENT DITES.

1. — La meilleure définition générale que l'on puisse donner des sociétés dites de capitalisation, d'épargne, de reconstitution de capitaux, ou encore de prévoyance, sans entrer dans le détail des formes infiniment variées qu'elles peuvent revêtir, est à notre avis la suivante : « Ce sont des sociétés qui ont pour but de grouper les capitaux épargnés par les particuliers, et de les restituer ultérieurement aux déposants ou à leurs représentants, considérablement accrus par la capitalisation, sous forme soit d'une somme fixe, soit d'une pension annuelle ». — Wahl, *Des sociétés d'épargne et de capitalisation* (*J. des soc.*, 1899, p. 193 et s.); Sainctelette, *Des sociétés de capitalisation*, p. 4 et s.

2. — Cette définition nous paraît cependant convenir plus particulièrement aux sociétés de *reconstitution de capitaux* : nous croyons qu'il faut soigneusement les distinguer des autres sociétés, dans lesquelles il entre également une idée de capitalisation, et qu'on appelle plus spécialement *sociétés de prévoyance*, ou encore *sociétés civiles de retraites*, ou encore *sociétés chatelusiennes* du nom du fondateur de l'une d'entre elles. — V. *suprà*, v° *Secours mutuels*.

SECTION I.

Diverses formes de ces sociétés.

3. — Il est impossible d'examiner les formes variées que ces sociétés ont employées dans le but d'obtenir la faveur du public. Nous n'indiquerons que les principales. Au début leur forme était des plus simples : le premier système utilisé a été le système des bons commerciaux : certains commerçants donnaient à l'acheteur, en même temps que l'objet acheté, un bon portant le montant du prix d'acquisition et destiné à être remboursé par voie de tirage au sort à une échéance plus ou moins éloignée : c'était la reconstitution d'une dépense. — Wahl, *op. et loc. cit.*; Rajon, *Des sociétés de capitalisation*, Lyon, 1900, p. 9.

4. — Le principe se développa rapidement, particulièrement à Lyon puis à Paris, et c'est ainsi que se fondèrent : l'Assurance financière, l'Epargne populaire, l'Avenir des familles, la Fourmi, le Crédit à l'épargne, la Gauloise, la Gratuite, etc... — F. Sarcey, *Fourmi et Fourmilière, L'assurance à la portée de tous*, 1898; Hugues le Roux, *Histoire des trois fourmis*, 1903; Mirman, *Proposition de loi* (*J. off.*, Doc. parl., Chambre, 1902, t. 1, p. 469, annexe, n. 10).

5. — Le caractère spécial que l'on retrouve dans la plupart de ces sociétés, c'est qu'elles opèrent le plus souvent le remboursement des capitaux par voie de tirage au sort ; elles offrent ainsi au public des chances de lots : on comprendra de quelle façon, en étudiant le fonctionnement de quelques-unes d'entre elles. Si le facteur de loterie n'intervient pas, alors l'idée est très-simple : tout se borne à calculer la somme qui, placée à intérêts composés d'après le taux approximatif des placements possibles, est susceptible de produire la somme que l'on promet au bout du temps stipulé, dix, vingt, quatre-vingt-dix-neuf ans.

6. — *Le Crédit à l'épargne.* — Dans cette société, chaque associé doit verser 70 fr. comptant ou 75 fr. à terme, à raison de 1 fr. par mois : le taux de remboursement de la police est 500 fr. A quel moment aura lieu le remboursement? C'est ici qu'intervient l'élément aléatoire, la loterie, peut-on dire : il y aura quatre tirages trimestriels; à chaque tirage sera remboursée à 500 fr. une police sur 1,600; la durée de la société est de quatre-vingt-dix-neuf ans; il y aura donc dans un siècle 400 polices remboursées à 500 fr. Les 1,200 autres ne seront remboursées qu'au bout du siècle, résultat qu'on obtiendrait aussi facilement avec tout autre placement et avec plus de sécurité. Au surplus, les associés ont le droit de se retirer avant le temps fixé; ils toucheront alors pour un versement de 70 fr. : deux ans après, 35 fr. 81; dix ans après, 39 fr. 80; vingt ans après, 46 fr. 91; trente ans après, 57 fr. 43; alors qu'à la caisse d'épargne ils eussent touché au bout de dix ans, 94 fr.; au bout de vingt, 121 fr. 40; au bout de trente, 169 fr. 90. — V. Mirman, *loc. cit.*

7. — *La Gratuité.* — Cette société s'occupe de l'entreprise de fourniture des vêtements et du loyer : elle a commencé simplement par la fourniture du vin et du café : pour assurer en cas de décès à la veuve et à ses enfants mineurs une somme de 1,000 fr., il faut se faire livrer, pendant au moins un an sans interruption et par semaine, au moins sept litres de vin et 250 grammes de café.

8. — *L'Avenir des familles et l'Epargne lyonnaise.* — Il existe plusieurs tarifs, suivant le temps de remboursement. Voici la combinaison du tarif A : l'adhérent touchera au bout de quatre-vingt-dix-neuf ans, et plus tôt, si le sort le favorise, un capital vingt fois supérieur au montant de sa souscription : ainsi, pour 5 fr., il recevra une police de 100 fr. Il ne faut pas croire, d'autre part, que la capitalisation s'exerce sur la totalité de la souscription; bien au contraire, elle ne le fait que sur une minime partie, sur 1 fr.! De sorte qu'en prenant pour base le taux de 3 p. 0/0, on constate qu'en réalité, il est impossible à la société de rembourser plus que cette somme de 1 fr. capitalisée, soit 18 fr. 65, et que, par là même, l'adhérent éprouve sur sa police de 100 fr. une perte de 81 fr. 35, alors qu'en faisant la capitalisation lui-même des 5 fr., il aurait obtenu 93 fr. 25. Qui profite de cette perte? D'abord ceux qui auront été favorisés par le sort — peu nombreux à vrai dire — mais surtout les intermédiaires, agents de la société. Cette même observation peut être faite pour *le Crédit à l'Epargne*, où en réalité le versement étant de 70 fr., la capitalisation ne porte que sur 10 fr., avec cette différence toutefois qu'ici la capitalisation aboutira au taux de rembourse-

ment de la police. — V. Mirman, *loc. cit.*, et les motifs de deux arrêts de la cour de Lyon, sous Cass., 18 déc. 1899, *l'Avenir des familles et l'Epargne lyonnaise*, [S. et P. 1903.1.133, D. 1903.1.373, et la note de M. Thaller]; — 24 avr. 1902, Lejeune, [S. et P. 1903.1.156, D. 1903.1.373, et la note de M. Thaller]

Section II.

Validité de leurs opérations.

9. — On a fait à la validité de ces opérations les objections les plus sérieuses. Ces sociétés, en réalité, auraient un objet impossible; de plus, elles constitueraient une infraction à la loi sur les loteries.

10. — I. *Objet impossible.* — L'impossibilité de l'objet peut être envisagée à un double point de vue : 1° *La société sera dans l'impossibilité de tenir la plupart de ses engagements.* Ces sociétés, quand elles se forment, adoptent le plus souvent une durée fort longue, quatre-vingt-dix-neuf ans en général; mais chaque année, après la formation de la société, surviennent de nouvelles adhésions qui ont à leur tour un délai de quatre-vingt-dix-neuf ans; la limite de remboursement dépassera par conséquent la durée de la société elle-même; pour tenir ces engagements, la société sera donc obligée de se survivre à elle-même, ce qui est impossible. — V. en ce sens, Trib. Lyon, 1er avr. 1898, sous Lyon, 19 juill. 1898, Comp. d'assur. *l'Avenir des familles*, [S. et P. 1901.2.257, et la note de M. Wahl]

11. — Cette objection a été ainsi réfutée : « Les souscriptions dont il vient d'être parlé ne sont pas nulles et par conséquent leur existence n'entraîne pas la nullité des autres souscriptions, car rien n'empêche une société de contracter des engagements pour l'époque où elle n'existera plus; s'il en était autrement, les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les associations sans but lucratif ne pourraient jamais contracter d'engagements, puisqu'il est des événements qui, comme la mort d'un associé, y mettent fin inopinément; il en serait de même des sociétés à durée illimitée dont la dissolution peut, à tout moment, être demandée par l'un quelconque des associés. On ne peut même pas dire que la fin d'une société porte préjudice à ceux de ses créanciers dont les créances ne sont pas échues et les mettent dans une situation inférieure à celle des autres créanciers. La dissolution emporte déchéance du terme, c'est-à-dire produit au point de vue du droit des créanciers la même conséquence que la faillite ou la déconfiture de la société. Seul, quand il s'agit, comme dans l'espèce, de créances dont les intérêts en tout ou en partie se capitalisent pour être remboursés par voie de tirage au sort, le montant du remboursement donne lieu à des difficultés, et ces difficultés ont été tranchées par la jurisprudence ». — Cass., 2 févr. et 10 mai 1887, Briou et Delaumey, [S. 88.1.57, P. 1.126] — Wahl, note précitée.

12. — Cette réponse ne nous paraît pas péremptoire : peut-on dire que ce soit là l'exécution du contrat convenu entre les adhérents et la société au jour de la souscription de la police? Les adhérents ont compté que leur contrat durerait quatre-vingt-dix-neuf ans; par suite, il nous semble que l'on doit appliquer l'art. 1131, C. civ., et que les souscripteurs seraient fondés en outre à demander la nullité du contrat pour erreur sur l'objet de ce contrat. — V. Rajon, *loc. cit.*, p. 71.

13. — 2° *La capitalisation de la somme versée et son remboursement constituent en fait un objet impossible.* — Il s'agit ici de l'insuffisance de la portion des versements affectés à la capitalisation (V. *suprà*, n. 8); en fait, la portion des versements que la société déclare vouloir affecter à la capitalisation est insuffisante, et les adhérents éprouveront une perte considérable sur le taux nominal de leur police : il y a donc impossibilité à ce point de vue encore, et il faudrait appliquer l'art. 1131, C. civ. — Lyon, 19 juill. 1898, précité. — V. Rajon, *op. cit.*, p. 73 et s.

14. — Sur ce point, nous adhérons à la réponse formulée par M. Wahl : « Tout cela est arbitraire, rien ne permet d'affirmer qu'une société sera dans l'impossibilité de placer ses fonds à un taux supérieur à 3 p. 0/0; la plupart des placements industriels donnent un intérêt plus rémunérateur; la société peut, par l'usage de ses autres ressources, effectuer des bénéfices qu'elle devra consacrer à l'acquittement de ses dettes et notamment au remboursement des titres qu'elle a émis : les cotisations de ses membres honoraires, si elle en a, les libéralités qui lui sont faites (si elle peut en recevoir) viendront augmenter ses capitaux; la tendance qu'offrent les valeurs mobilières à une élévation de cours par suite même de la baisse de l'intérêt produira le même résultat; et si, avec la cour de Lyon, il est permis d'envisager l'éventualité d'un abaissement dans le taux de l'intérêt, l'élévation du taux a également chance de se produire ». — Wahl, note précitée.

15. — II. *Infraction à la loi sur les loteries.* — On peut voir dans ces opérations une infraction à la loi du 21 mai 1836 sur les loteries à un double point de vue.

16. — 1° *Le montant des remboursements varie suivant les tirages.* — En ce qui concerne ce premier point de vue, le doute ne paraît pas fondé. Dans ce cas il est incontestable qu'il y a infraction à la loi sur les loteries. La Cour de cassation a posé en principe que cette loi devait s'appliquer lorsque le tirage au sort porte sur le montant des remboursements. — Cass., 14 janv. 1876, Ropiquet, [S. 76.1.433, P. 76.1091, et la note de M. Villey, D. 76.1.185]

17. — 2° *Les remboursements, par voie de tirages au sort périodiques, portent sur des sommes invariables, quelle que soit l'époque de l'échéance déterminée par le tirage.* — Ici au contraire la question est très-discutée, la jurisprudence est indécise : il semble même qu'il y ait désaccord entre la Chambre des requêtes et la Chambre civile.

18. — *1er système.* — L'opinion qui soutient qu'il n'y a pas dans les opérations des sociétés de capitalisation infraction à la loi sur les loteries repose sur une distinction classique qui a été posée pour justifier les obligations à primes : il ne faut pas confondre l'inégalité *dans le montant* des remboursements et l'inégalité *dans l'époque* des remboursements. « Les lots dans le premier cas (émission d'obligations à lots) ne sont acquis qu'à un certain nombre d'obligations dont les numéros sont désignés par le sort, tandis que dans le second (émission d'obligations avec primes) la prime de remboursement est acquise sans distinction à tous les prêteurs dès qu'ils ont versé le montant de leurs prêts, et pour ceux-ci le sort n'intervient qu'à l'effet de déterminer l'époque du remboursement des obligations. La loi n'interdit que les opérations où la voie du sort est la condition de l'acquisition d'un gain, et non celles où le gain étant déjà acquis le sort ne fait que fixer le terme où il sera payé ». — Cass., 14 janv. 1876, précité. — Sur la validité des émissions d'obligations à primes, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 2645 et s.

19. — Les opérations faites par les sociétés de capitalisation peuvent, dit-on, être assimilées à l'émission d'obligations à primes. Et les auteurs qui adoptent cette opinion prennent bien soin de faire remarquer que la cour de cassation dans son arrêt de 1876 n'a fait aucune distinction entre le cas où le gain à réaliser n'est qu'un avantage accessoire de la combinaison et où au contraire il en est le but unique, le but principal. — Wahl, note précitée, et *J. des soc.*, *op. cit.*, p. 244 et s.; Sainctelette, p. 590.

20. — Ce système a été consacré par la chambre criminelle qui est ainsi demeurée fidèle à sa jurisprudence en décidant de nouveau que la loi de 1836 n'interdit que les opérations où la voie du sort est la condition de l'acquisition du gain et non celles où le gain étant déjà acquis le sort ne fait que fixer l'époque du paiement. — Cass., 24 avr. 1902, Lejeune, [S. et P. 1903.1.156, D. 1903.1.373]

21. — 2e *Système.* — Il y a infraction à la loi sur les loteries. La chambre des requêtes a décidé, en ce sens, que la loi du 21 mai 1836 interdit, en les assimilant aux loteries prohibées, toutes les opérations où la voie du sort est la condition de l'acquisition d'un gain; en fait, les opérations faites par la société *l'Avenir des familles* et par la société *l'Epargne lyonnaise*, avaient pour but unique d'offrir au public la chance d'un gain dépendant du hasard, et ce, au bénéfice de ceux des porteurs de police qui étaient favorisés par le sort et au préjudice de ceux dont les polices n'étaient remboursables qu'à l'échéance extrême fixée par la convention. — Cass., 18 déc. 1899, *l'Avenir des familles et l'Epargne lyonnaise*, [S. et P. 1903.1.133, D. 1903.1.373] — Lyon, 19 juill. 1898 et Trib. Lyon, 1er avr. 1898, précités.

22. — Il y a donc contradiction réelle entre la chambre criminelle et la chambre des requêtes : la première distingue l'inégalité sur le montant des remboursements et l'inégalité dans l'époque des tirages, sans faire attention au point de savoir si l'espoir du gain était le but principal ou accessoire de l'opéra-

tion : c'est au contraire cette dernière considération qui a entraîné la chambre des requêtes. On a bien tenté un essai de conciliation entre ces deux décisions : la chambre criminelle aurait été guidée par cette constatation que le *Crédit à l'épargne* présentait des garanties pécuniaires qui sauvegardaient entre les souscripteurs l'égalité, étant donné que tous les bons sont remboursables par la même somme, tandis que dans l'affaire de *l'Avenir des familles* le défaut de ces garanties créait entre les souscripteurs l'inégalité et faisait apparaître chez eux un pur mobile de hasard. — Thaller, note sous Cass., 18 déc. 1899 et 24 avr. 1902, [D. 1903.1.369] — Il est possible que la Cour de cassation se soit laissée influencer par ces considérations de fait, mais les deux décisions sont motivées en droit, et la contradiction nous paraît manifeste.

23. — La doctrine de la chambre des requêtes nous semble de beaucoup la meilleure : c'est la distinction entre le but principal et accessoire qui doit servir de critérium dans l'application de la loi sur les loteries. Nous adoptons complètement la théorie de la chambre criminelle sur les obligations à prime, parce que le but principal des souscripteurs de ces obligations c'est d'effectuer un placement : la prime n'est qu'un avantage accessoire. Dans les sociétés de capitalisation il en est tout autrement; il nous paraît impossible d'assimiler en aucune façon le souscripteur d'une obligation à prime avec l'adhérent à une société de capitalisation, qui souscrit par exemple à 5 fr. une police remboursable à 100 fr. en 99 ans : peut-on soutenir raisonnablement que ce n'est pas uniquement l'espoir d'être remboursé avant l'échéance et de réaliser un gain qui l'a guidé dans son opération? Sa police n'est pas pour lui un placement, c'est un simple billet de loterie. — Rajon, *op. cit.*, p. 103 et s. — V. Vavasseur, *Revue des sociétés,* 1894, p. 259; Labbé, note sous Cass., 20 févr. 1888, Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009]

24. — Nous ne saurions mieux faire que de reproduire à cet égard un passage de l'Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Mirman : « D'après la doctrine de la Cour de cassation (chambre criminelle), dit-il, voici ce qu'un entrepreneur pourrait faire demain : « Vendre des billets à 100 fr. l'un, donnant droit aux chances d'un tirage qui aura lieu après-demain et dont les gagnants recevront de suite 2,500 fr. chacun, avec cette condition que les billets non gagnants seront remboursés au même taux de 2,500 fr. au bout de 200 ans ». Le gain est le même pour tous les participants, chacun verse 100 fr., chacun touchera 2,500 fr.; l'un les touche aujourd'hui, les autres dans 200 ans, il n'importe; le sort n'intervenant que pour fixer l'époque du paiement, il n'y a pas de loterie selon la chambre criminelle. On voit alors sans peine l'organisation d'une telle entreprise : sur chaque versement de 100 fr., l'entrepreneur mettra 1 fr. à la réserve : ce franc unique capitalisé à 4 p. 0/0 deviendra théoriquement au bout de cent ans, 50 francs, au bout de deux siècles 2,500 fr. Il restera à l'entrepreneur dès aujourd'hui 99 fr. par billet : il consacrera 1 fr. à former les lots, ce qui lui permettra d'avoir un gagnant par 2,500 billets; 98 fr. sur 100 seront encore disponibles. L'opérateur se les attribuera en y mettant quelques formes, par exemple en réservant quelques minimes sommes pour couvrir les frais de gestion du franc qu'il lui faudra encore capitaliser pendant 200 ans : scrupule d'ailleurs bien excessif, car qui donc aujourd'hui, quel tribunal aura l'indiscrétion d'analyser les conditions d'une telle entreprise? Donc cette opération n'est pas une loterie. Qu'on se le dise : « billets à 100 fr. avec quoi on peut gagner demain un lot de 2,500 fr.; et en tout cas on est assuré du remboursement à 2,500 fr., dans un délai raisonnable et déterminé par les statuts. Billets à 10 fr. offrant à chaque épargnant une occasion de réaliser un gain de 250 fr. à une époque variable. Quelle affaire magnifique ! Un peu de réclame, quelques boniments de cynisme truculent dans la presse ou sur les murs, au besoin quelques administrateurs décorés, surtout la marque de la mutualité, et voilà comment, couvert par l'arrêt de la chambre criminelle, un audacieux coquin peut en quelques années faire fortune ».

Section III.

Nature juridique des sociétés de capitalisation.

25. — Comme nous avons essayé de le montrer, la question de la validité des sociétés de reconstitution des capitaux est très-discutée, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Tant qu'il ne sera pas intervenu de réglementation, c'est la théorie de la chambre criminelle qui paraît devoir être la vérité légale. En fait, ces sociétés ont fonctionné et fonctionnent encore : la chambre civile elle-même qui, il est vrai, n'a pas été appelée à se prononcer sur l'objection tirée du caractère de loterie, en a implicitement reconnu l'existence dans un arrêt du 20 févr. 1888 Miégeville, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009, D. 89.1.361]). Il est donc utile de déterminer la nature juridique de ces sociétés et le régime légal auquel elles sont soumises.

26. — 1° *Sont-elles des associations d'assurances mutuelles?* — On s'accorde généralement pour dire que les sociétés de capitalisation ne constituent pas des sociétés d'assurances mutuelles. En effet, qui dit assurance dit garantie de risques : or il est impossible de découvrir quel risque ces sociétés veulent couvrir; il n'y a pas plus de risques que dans un autre placement. — Wahl, *J. des soc., op. et loc. cit.*; Sainctelette, *op. et loc. cit.*; Labbé, note précitée; Rajon, *op. cit.*, p. 16 et s.

27. — Jugé, en ce sens, qu'une société qui se livre à des opérations de capitalisation pour le compte de ses adhérents en les faisant profiter de la chance d'un remboursement anticipé (par suite du tirage au sort) n'est pas une société d'assurances mutuelles, et ne peut prétendre, à ce titre, à l'exemption de la patente. — Cons. d'Et., 22 févr. 1889, Soc. *l'Assurance financière*, [Leb. chr., p. 268]; — 9 avr. 1892, Soc. *l'Assurance des familles*, [Leb. chr., p. 402]; — 7 mai 1897, Soc. *le Capital*, [S. et P. 99.3.54]

28. — Jugé cependant que la société d'assurance qui est reconnue, par appréciation des statuts, constituer une société mutuelle pour la reconstitution des capitaux, peut, la mutualité ayant ici pour effet d'assurer et de garantir les intéressés vis-à-vis les uns des autres, être déclarée soumise seulement à l'observation du règlement d'administration publique du 22 janv. 1868. — Cass., 20 févr. 1888, précité.

29. — Mais on peut dire que dans cet arrêt, la Cour de cassation ne s'est pas nettement prononcée sur la question qui nous occupe : elle a jugé d'après les constatations souveraines des juges du fond. Comme le dit M. Labbé dans sa note sous cette décision, « il est regrettable que la Cour de cassation n'ait pas été régulièrement appelée à développer dans le détail comment elle entendait la soumission d'une caisse fondée pour la reconstitution des capitaux, c'est-à-dire pour la réparation, par l'intérêt composé, d'une perte certaine ou mieux d'une dépense volontaire à des conditions tracées en vue d'une assurance ayant pour but la réparation éventuelle par indemnité d'une perte incertaine et fortuite. L'inspiration dominante des magistrats paraît avoir été de ne pas mettre obstacle à une expérience qui, diligemment et fidèlement conduite, aurait pu mener à de bons résultats ».

30. — Le même arrêt a en revanche très-nettement posé en principe que ces sociétés pouvaient adopter le décret de 1868 sur les assurances mutuelles comme loi régulatrice. Cette solution nous paraît contraire au caractère tout spécial de ce décret la Cour de cassation a posé ce point en principe alors qu'en réalité c'était là toute la question. Le décret de 1868 est une disposition de faveur pour certaines sociétés : nous l'avons déjà dit, les sociétés de capitalisation n'ont rien ni de l'assurance, ni de la mutualité. — Rajon, p. 22.

31. — D'ailleurs, il y a dans ce décret certaines conditions exigées à peine de nullité dans l'opinion courante, et avec lesquelles ces sociétés, par leur essence même, seront dans l'impossibilité absolue de se mettre en règle. Il en est ainsi de la mention de la classification des risques exigée par l'art. 9. On doit reconnaître également que l'art. 33, qui exclut le placement en immeubles, ne saurait leur être appliqué : les placements immobiliers sont parmi les meilleurs, et il est essentiel pour ces sociétés, à raison même de leur but, d'opérer de bons placements. — Cass., 20 févr. 1888, précité.

32. — 2° *Les associations de reconstitution des capitaux sont-elles de véritables sociétés?* — La question est importante à raison de son influence sur la personnalité morale avec toutes les conséquences qui en découlent.

33. — *a*) Si la société est constituée entre d'autres personnes que les souscripteurs, autrement dit en dehors des formes de la mutualité, il n'y a aucun doute : il y a un bénéfice à réaliser sur la différence entre le montant des souscriptions et celui des remboursements, il y a donc société. — Rajon, p. 34; Wahl, p. 197.

34. — Y a-t-il société commerciale? L'énumération de l'art. 631, C. comm., est limitative, et il paraît difficile d'assimiler les opérations des associations de capitalisation à des opérations commerciales. On pourrait peut-être arguer de l'extension, faite par la jurisprudence, de l'art. 631 en matière d'assurances maritimes, aux assurances terrestres : mais nous venons de montrer que les sociétés de capitalisation ne constituent pas des sociétés d'assurances. Il faut naturellement réserver le cas où ces sociétés auraient adopté la forme commerciale (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5794 et s.). — Rajon, p. 35; Wahl, p. 197.

35. — *b*) L'association est simplement formée entre les adhérents, sous la forme de la mutualité. Il est certain tout d'abord qu'elles ne sont pas des sociétés commerciales : elles n'ont pas en effet pour but la spéculation commerciale.

36. — Mais sont-elles seulement des sociétés? Nous pensons que la négative s'impose.

37. — Sans doute des conditions exigées pour qu'il y ait société, l'une se trouve accomplie, celle d'un apport. Mais nous n'y trouvons ni la condition des bénéfices à réaliser (il s'agit au contraire de pousser à l'épargne), ni la participation aux bénéfices et aux pertes (puisque c'est un capital fixe, déterminé à l'avance qui doit être remboursé) ni enfin l'*affectio societatis* qui n'est qu'une conséquence des autres conditions. — Wahl, p. 198 et s.; Rajon, p. 35 et s. — Sur les éléments constitutifs de la société, V. *suprà*, v° *Société en général*, n. 1 et s.

38. — 3° *Ces associations sont-elles des tontines?* — D'après les dernières définitions qui ont été données des tontines, et qui exigent des combinaisons aléatoires dans lesquelles entrent comme base principale des chances de mortalité, il ne saurait être question de leur assimiler les associations de reconstitution de capitaux. — Wahl, p. 202 et s.; Rajon, p. 41 et s. — V. *suprà*, v° *Sociétés d'assurances*, n. 4 et s.

39. — 4° *Sont-elles des associations en participation?* — Le caractère occulte de la participation fait ici absolument défaut. En outre l'idée de participation proprement dite est étrangère aux associations de reconstitution de capitaux. — Rajon, p. 43 et s. — V. *infrà*, v° *Sociétés en participation.*

40. — 5° *Sont-elles des sociétés à capital variable?* — Au sens de la loi de 1867, il n'y a société à capital variable que si le maximum est fixé à 200,000 fr., ou tout au moins si l'augmentation annuelle du capital ne dépasse pas 200,000 fr. Or, au contraire l'intérêt des associations de reconstitution de capitaux est de n'admettre aucune restriction au nombre de leurs adhérents. Il n'y a pas même de capital social puisqu'il n'y a pas d'actions; la variabilité perpétuelle de ce qu'on peut considérer comme le capital n'est qu'apparente. — Rajon, p. 39 et s.; Wahl, p. 207. — V. *suprà*, v° *Sociétés coopératives ou à capital variable.*

41. — 6° *Sont-elles des sociétés de secours mutuels?* — L'art. 1, L. 1er avr. 1898, limite les opérations auxquelles ces sociétés peuvent exclusivement se livrer ; nous ne pensons pas que les opérations des sociétés de reconstitution de capitaux puissent rentrer dans ce cadre. A supposer qu'il en fût ainsi, l'art. 2 de cette même loi s'opposerait à cette assimilation, puisqu'il interdit de faire des avantages particuliers à certains membres au détriment des autres (V. *suprà*, v° *Secours mutuels*, n. 68 et s.); or les associations de reconstitution des capitaux créent le plus souvent des parts de fondateurs au profit de leurs fondateurs ou de leurs administrateurs. — Wahl, p. 206.

42. — En résumé, il est impossible de ramener ces sortes d'associations à un type quelconque de société connue. Il s'agit d'associations *sui generis* où l'on peut distinguer deux sortes de personnes; les fondateurs et les adhérents; les premiers contractent une sorte d'emprunt à forfait vis-à-vis des seconds. — Rajon, p. 47 et s.

Section IV.

Effets du contrat.

43. — Nous avons à étudier maintenant les divers intérêts que ces associations peuvent mettre en jeu et les conflits qui peuvent en résulter.

44. — I. *Droits des créanciers de l'association.* — Si ces associations jouissaient de la personnalité, il n'y aurait rien à dire de particulier. Mais si l'on admet, avec nous, qu'elles ne sont ni des sociétés commerciales, ni des sociétés civiles jouissant de la personnalité, la question se pose de savoir comment les créanciers de l'association pourront faire valoir leurs droits. — Wahl, p. 295 et s.

45. — Il n'est pas douteux que ces créanciers pourront exercer leurs droits sur les biens de l'association ou plutôt de l'indivision : les membres de l'association, tous débiteurs, ont affecté tacitement ces biens au paiement de la dette, et parmi ces biens il faut comprendre les versements encore dus par les associés. — Rajon, p. 52; Wahl, p. 343.

46. — N'auront-ils pas également des droits sur les biens personnels des adhérents? La question est plus délicate; mais l'intérêt pratique en est peu considérable, car le plus souvent les statuts excluront expressément cette obligation. Dans le silence de la convention nous ne voyons pas comment les adhérents pourraient s'y soustraire, puisque l'association ne constitue pas une personne distincte : ils sont tenus comme s'ils s'étaient directement engagés. On a bien essayé de repousser cette doctrine en disant qu'ils sont des créanciers et non des associés, mais cette doctrine est insoutenable; dans leurs rapports avec les créanciers de l'association, ils sont bien des associés. — Wahl, p. 343. — *Contrà*, Rajon, p. 53.

47. — II. *Droits des créanciers personnels des adhérents sur les biens de l'association.* — Ils n'ont évidemment que la faculté de saisir les droits de leur débiteur; il faut pour cela que ces droits soient liquides et exigibles, soit par l'arrivée de l'échéance, soit par un tirage au sort. — Wahl, p. 345; Rajon, p. 54.

48. — III. *Conflits entre les créanciers de l'association et les adhérents.* — La solution de ces conflits sera tout à fait différente, suivant qu'au moment où ils se produiront les adhérents se trouveront dans les conditions fixées pour avoir droit à une somme ou à une pension; peu importe d'ailleurs que le conflit se produise soit après la dissolution de la société, soit avant cette dissolution en cas de faillite ou de déconfiture.

49. — 1er *Cas.* — Si les adhérents n'ont pas encore droit à la somme ou à la pension, ils ne sont, comme nous l'avons déjà dit que de simples associés n'ayant de droit sur les biens de l'indivision qu'une fois que les créanciers de l'association ont été payés : *non sunt bona nisi deducto ære alieno.* Leur sort est attaché à celui de l'indivision, et la masse indivise est affectée elle-même aux créanciers de l'association. — Wahl, p. 386 et 387; Rajon, p. 55 et 56.

50. — N'étant que des associés, ils ne sauraient se prévaloir de la déchéance du terme qui ne peut être invoquée que par les créanciers.

51. — 2e *Cas.* — Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque le droit au remboursement des adhérents a pris naissance au moment du conflit, le droit a complètement changé de nature : ce n'est plus un droit d'associé, c'est un droit de créancier : ils devront donc venir en concours avec les créanciers de l'association. — Wahl, *loc. cit.*; Rajon, *loc. cit.*

52. — Si la société est une véritable société, alors tous les adhérents, quels qu'ils soient, doivent être considérés comme des créanciers, venant en concours avec les créanciers de l'association. — Wahl, p. 387.

53. — IV. *Effets, au cas de dissolution anticipée, de la déchéance du terme.* — La faillite et la déconfiture entraînent la déchéance du terme au profit du créancier : dès lors, pour quelle somme pourront produire ceux des adhérents qui pourront revendiquer ce titre de créanciers? Une distinction s'impose d'après le droit commun.

54. — 1° *Le terme de remboursement est un terme fixe.* — Il n'y a qu'à appliquer les règles de la déchéance du terme; les adhérents viendront pour l'intégralité du chiffre de remboursement. — Wahl, p. 387 et 388; Rajon, p. 57.

55. — 2° *Le terme de remboursement dépend d'un tirage au sort.* — Il y aura lieu d'appliquer les règles posées par la jurisprudence pour les obligations à lots : le chiffre de remboursement sera la somme versée augmentée des intérêts accumulés. — Wahl, p. 388; Rajon, p. 58 et s. — V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 2823 et s.

Section V.

Dissolution de l'association. — Retraite des adhérents.

56. — I. *Dissolution.* — La dissolution ne pourra tout d'abord être demandée que par l'unanimité des adhérents : il ne pourrait

en être autrement que si les statuts avaient déterminé la composition de l'assemblée générale et la majorité nécessaire pour prononcer la dissolution; quant à la dissolution judiciaire, elle pourrra toujours être obtenue pour de justes motifs (placements malheureux, mauvaise administration). — V. Wahl, p. 392 et s.; Rajon, p. 64 et 65.

57. — II. *Droit de retraite des adhérents.* — Il n'y a aucune difficulté si l'association est contractée pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans ou pour une durée illimitée : dans ce cas, tout adhérent peut imposer la dissolution à ses associés conformément à l'art. 1869, C. civ.

58. — La solution est plus douteuse lorsqu'il s'agit d'une association qui n'est pas contractée pour une durée illimitée ou supérieure à quatre-vingt-dix-neuf ans. La question qui se pose est de savoir si les adhérents ne pourront pas toujours invoquer l'art. 815 qui s'applique, comme on le sait, à toutes les indivisions autres que les sociétés. Il faut observer que ce serait la ruine de ces associations, qui ont besoin pour vivre de faire des opérations de longue durée.

59. — A notre avis il ne s'agit pas ici d'une indivision ordinaire : elle résulte de la volonté des parties, et cette volonté s'est portée sur une durée déterminée : ne peut-on pas voir, par suite, dans ce consentement une renonciation au droit de se prévaloir de l'art. 815? Tout ce que l'adhérent pourrait faire, suivant nous, ce serait de demander son exclusion. Au surplus l'art. 815 autorise, peut-on dire, simplement le communiste à demander la transformation de son droit en un droit divis, mais sans qu'il puisse forcer ses communistes à subir la même transformation. — V. Wahl, p. 390; Rajon, p. 62.

60. — Si on lui reconnaît le droit de se retirer, quelle somme pourra demander l'adhérent? Nous ne pensons pas qu'il puisse réclamer la totalité de ses versements : la résiliation n'opère que pour l'avenir et non pour le passé, il n'en résulte ni la résolution, ni l'annulation des engagements contractés, il faut donc simplement procéder à une liquidation et rembourser à l'adhérent ce qui lui reviendrait si la société était liquidée au jour de la dissolution. — V. Cass., 20 oct. 1897, Soc. *l'Avenir des familles*, [S. et P. 99.1.43, D. 98.1.44]

CHAPITRE II.

SOCIÉTÉS DE PRÉVOYANCE. — SOCIÉTÉS CIVILES DE RETRAITE.

61. — V. *suprà*, v° *Secours mutuels* (*Sociétés de*), n. 68 et s.

CHAPITRE III.

PROJETS DE RÉFORME.

62. — Le législateur français n'a réglementé jusqu'ici qu'une seule catégorie de sociétés de capitalisation, les sociétés de prévoyance ou d'intérêts (L. du 3 févr. 1902). — Il ne serait pas moins urgent cependant, nous l'avons démontré, de réglementer avec soin les sociétés de reconstitution de capitaux (types *Crédit à l'épargne*, *Avenir des familles*, etc.), à raison des embûches que nombre de sociétés de cette catégorie tendent trop souvent à la petite épargne, et des combinaisons louches ou illégales qui se dissimulent sous les dehors philanthropiques de ces associations. — V. Pascaud, *Les sociétés de capitalisation* (*Economiste français*, n. 11, juin 1904, p. 854 et s.). — V. aussi Thaller, *Traité*, 3e éd., n. 741.

63. — Théoriquement, sans doute, on ne peut qu'approuver le point de départ des sociétés de reconstitution de capitaux : leur but est d'encourager à l'épargne, et de procéder à des opérations de capitalisation des intérêts que l'individu livré à lui-même ne songerait pas à faire; il est inutile, d'autre part, d'insister sur la puissance de l'idée de coopération. « Jusqu'ici, dit M. Labbé, les entreprises fondées pour l'application du principe que nous avons défini ont toutes échoué. Nous croyons néanmoins pouvoir affirmer que le système n'a pas encore été expérimenté. Dans toutes ces circonstances l'argent n'a pas fait défaut; il est venu en abondance. Malheureusement les sommes considérables ainsi réunies ont été non pas placées méthodiquement, mais détournées de leur but, compromises dans des spéculations aventureuses. Les annonces et les promesses faites semblent avoir été un prétexte pour récolter des capitaux et non des engagements sérieux, destinés à réaliser prudemment une œuvre utile d'économie et de capitalisation. Vienne un homme ou un groupe, ému d'un sentiment généreux, se dévouant à la réalisation d'une idée féconde, qui se contente des bénéfices statutaires, qui ne se laisse par griser par la possession facilement acquise de capitaux énormes, qui observe religieusement les statuts, l'expérience commencera. On pourra juger si le but mérite d'être poursuivi, si le moyen pour l'atteindre est efficace ». — Labbé, note sous Cass., 20 févr. 1888, [S. 88.1.401, P. 88.1.1009]; Thaller, note sous Cass., 18 déc. 1899 et 24 avr. 1902, [D. 1903.1.369]

64. — Mais il ne faut pas oublier que ces sociétés s'adressent à la petite épargne, aux travailleurs qu'il est indispensable de protéger, d'autant plus qu'ils sont plus faciles à exploiter. Or on sait quels doutes sérieux pèsent sur ces sortes d'opérations. Sont-elles seulement valables? Ce point lui-même est discuté (V. *suprà*, n. 9 et s.). Dans tous les cas, nous avons signalé les difficultés qu'on éprouve à caractériser ces associations, et par suite à déterminer le régime légal qui leur est applicable (V. *suprà*, n. 25 et s.). Il est de toute urgence, surtout après les catastrophes qui se sont produites, que le législateur intervienne.

65. — La plupart des projets et propositions de lois que nous avons examinés relativement aux sociétés d'assurances visent également les sociétés de capitalisation. Nous devons signaler spécialement la proposition de loi de M. Mirman qui tend à « considérer comme loteries et assujetties à ce titre aux dispositions de la loi du 21 mai 1836 les opérations au moyen desquelles certaines sociétés dites de capitalisation ou d'épargne attribuent par voie de tirage au sort à un certain nombre d'affiliés le capital que les autres ne doivent toucher qu'à la fin de la période de capitalisation » (*J. off.*, Doc. parlem., Ch. des dép., 1903, p. 271.

66. — Cependant, ni le projet Trouillot, ni le projet de la commission de la Chambre des députés actuellement soumis à la Chambre des députés ne s'occupent des sociétés de capitalisation proprement dites. La réglementation qu'ils édictent ne vise que les sociétés dans lesquelles intervient, à un titre quelconque, la considération de la vie humaine (assurance, tontine, rente viagère, etc.). Cette lacune, d'ailleurs, sera peut-être prochainement comblée, le Gouvernement ayant annoncé, dès le mois de janvier dernier, le dépôt prochain d'un projet spécial sur les sociétés de capitalisation.

67. — Dans quel sens la réglementation devra-t-elle être orientée? Les sociétés de capitalisation présentent, à notre avis, les mêmes dangers, peut-être même des dangers plus grands, que les sociétés d'assurances ordinaires. Nous estimons donc que le régime légal qui prévaudra devra être au moins aussi rigoureux que pour les sociétés d'assurances sur la vie ou assimilées : — autorisation préalable peut-être, — ou tout au moins enregistrement, et surveillance permanente et sérieusement organisée.

68. — Il faut éviter que ces œuvres, en apparence philanthropiques, dégénèrent en de véritables guet-apens. Il serait donc à désirer que les statuts fussent soumis à un examen minutieux de la part des pouvoirs publics qui donneraient ensuite l'autorisation; que ces sociétés fussent au fond et non pas seulement dans la forme de véritables mutuelles, où les directeurs et administrateurs ne toucheraient que la juste rétribution de leurs peines, afin que la majeure partie des sommes versées par les adhérents fût affectée à la capitalisation; par suite, que des réserves mathématiques fussent constituées et rigoureusement vérifiées; que la durée des opérations fût limitée; enfin que l'on déterminât exactement quelles opérations de loteries seront permises. Ce sont là, croyons-nous, des conditions essentielles qui seules permettront d'espérer que ces sociétés réalisent les promesses qu'elles font au public. — V. Wahl, *Des sociétés d'épargne et de capitalisation* (*J. des soc.*, 1899, p. 194); Thaller, note précitée, et *Traité*, n. 741, *in fine*.

69. — En fait, le projet gouvernemental, d'après les indications officieuses fournies à la presse, paraît devoir être conçu dans cet esprit. Les sociétés de capitalisation opérant en dehors de toute considération de durée de la vie humaine seraient, comme les sociétés d'assurances ou assimilées, soumises au ré-

gime, actuellement en discussion à la Chambre pour les sociétés de ce dernier type, de l'enregistrement et du contrôle officiel.

SOCIÉTÉ DE CHASSE. — V. Chasse. — Société (en général).

SOCIÉTÉ DE COURSES. — V. Courses de chevaux. — Jeu et pari.

SOCIÉTÉ DE CRÉDIT AGRICOLE. — V. Crédit agricole. — Société (en général).

SOCIÉTÉ DE CRÉDIT FONCIER. — V. Crédit foncier.

SOCIÉTÉ DE PATRONAGE. — V. Patronage des libérés.

SOCIÉTÉS DE PÊCHE.

1. — La loi du 20 janv. 1902 a ajouté à l'art. 10, L. 15 avr. 1829, le paragraphe suivant : « Il peut être dérogé, en faveur des sociétés de pêcheurs à la ligne, au principe de l'adjudication, dans les conditions déterminées par un règlement d'administration publique ». Le règlement d'administration publique prévu par cette loi a été promulgué le 17 févr. 1903.

2. — Il existe actuellement en France plus de 420 sociétés de pêcheurs à la ligne comptant ensemble plus de 300,000 membres (Lavertujon, *Rapport au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi, tendant à autoriser la pêche à la ligne les dimanches et jours de fêtes légales, pendant les périodes d'interdiction* : 29 janv. 1903; Labussière, *Du dépeuplement de nos cours d'eau et des moyens d'y remédier*, 1903). Parmi les sociétés de pêcheurs à la ligne qui se sont multipliées en ces dernières années, les unes sont un simple groupement de personnes que rapprochent les mêmes goûts et les mêmes habitudes; les autres ont un objet plus déterminé, qui est de concourir à la surveillance et au repeuplement des cours d'eau. Ces dernières sont les seules qui aient un caractère d'intérêt général et ce sont les seules aussi dont se soit préoccupé le législateur.

3. — D'après le décret du 17 févr. 1903, les sociétés de pêcheurs à la ligne peuvent obtenir certains avantages, mais à la condition de se placer au bénéfice des sociétés déclarées dans les termes de l'art. 5, L. 1er juill. 1901, c'est-à-dire jouissant de la capacité civile. Les autres sociétés sont ignorées du législateur et ne jouissent d'aucune faveur particulière.

4. — Les sociétés de pêcheurs à la ligne ainsi déclarées sont privilégiées en ce qui concerne l'affermage des lots de pêche concédés par l'Etat. Par exception, elles peuvent devenir concessionnaires sans adjudication publique, pourvu qu'elles prennent l'engagement de renoncer à l'emploi de tous engins autres que la ligne plombée ordinaire et la ligne flottante, chaque sociétaire ne pouvant se servir simultanément de plus de deux lignes à la fois (Décr. 17 févr. 1903, art. 1).

5. — Pour pouvoir invoquer leur privilège, les sociétés doivent adresser leurs demandes au préfet du département de la situation des lots, par lettre recommandée, six mois au moins avant l'expiration des baux en cours (sauf à abréger ce délai au cas d'adjudication en dehors de la période normale, art. 6), et justifier de ressources financières suffisantes pour assurer, au cours de la concession, la répression du braconnage, le repeuplement du cours d'eau, et les diverses améliorations qui peuvent engager l'administration à consentir la location amiable sollicitée (*Ibid.*, art. 2).

6. — Les lots qui peuvent être ainsi réservés aux sociétés de pêche sont déterminés par le ministre des Travaux publics ou par le ministre de l'Agriculture suivant la distinction établie, *suprà*, v° *Pêche fluviale*, n. 155 (*ibid.*, art. 3).

7. — La redevance à payer est fixée par les agents locaux du service intéressé, et, en cas de désaccord, arrêtée par le ministre des Finances (*Ibid.*).

8. — Dans les trente jours qui suivent la notification, faite par le préfet, des conditions de la location, la société doit faire connaître, par lettre recommandée, si elle accepte ces conditions. Elle doit, en outre, verser à la Caisse des dépôts et consignations, à titre de cautionnement, la moitié de la redevance annuelle mise à sa charge (*Ibid.*).

9. — Lorsque deux sociétés de pêche sont en concurrence sur un même lot, celle qui est en possession est préférée. Au cas contraire, il est procédé, entre les sociétés concurrentes, à une adjudication restreinte, d'où sont exclus les autres adjudicataires. Pour déclarer l'une des sociétés adjudicataire, de préférence aux autres, on se préoccupe non seulement du prix d'adjudication, mais encore des autres avantages offerts par la société en vue de l'amélioration des cours d'eau, de la répression du braconnage et du repeuplement (*Ibid.*, art. 4).

10. — L'affermage des lots attribués aux sociétés de pêcheurs à la ligne fait l'objet d'un acte administratif dressé par le chef du service intéressé et le représentant des domaines, et passé devant le préfet (*Ibid.*, art. 5).

SOCIÉTÉ DE PRÉVOYANCE. — V. Secours mutuels. — Société d'assurance. — Société de capitalisation.

SOCIÉTÉ DE SECOURS MUTUELS. — V. Secours mutuels.

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE. — V. Sociétés commerciales.

SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF. — V. Sociétés commerciales.

SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION.

Législation.

C. comm., art. 47 et s.

Bibliographie.

Alauzet, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 1879, 3e éd., 8 vol. in-8°, t. 2, n. 596 et s.; — *Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*, 1879, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 593. — Amiaud, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 1901, 5e éd., 5 vol. gr. in-8°, v° *Société commerciale*, n. 28. — André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Société commerciale*, p. 1508. — Bédarride, *Des sociétés*, 1876, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 422 et s. — Boistel, *Manuel de droit commercial*, 1899, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 364 et s.; — *Précis de droit commercial*, 1884, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 364 et s. — Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, 1888-1892, 2e éd., 6 vol. in-8°, t. 1, p. 376 et s. — Bravard-Veyrières et Demangeat, *Manuel de droit commercial*, 1868, 7e éd., 1 vol. in-8°, n. 85 et s. — Clerc, *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, 1896-1903, 2 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 4985 et s. — Cohendy et Darras, *Code de commerce annoté*, 2 vol. in-8°, sur les art. 47 et s. . — Dageville, *Commentaire du Code de commerce*, 1827, 4 vol. in-8°, t. 1, p. 152. — Delangle, *Des sociétés commerciales*, 1843, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 591 et s. — Deloison, *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1882, 2 vol. in-8°, n. 547 et s. — Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, 1875, 6e éd., 2 vol., gr. in-8°, v° *Société en participation*. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823-1824, 5 vol. in-4°, v° *Société*, p. 241. — Foureix, *Traité des sociétés commerciales*, 1856, 1 vol. in-8°, n. 192 et s. — Houpin, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, 1901, 3e éd., 2 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 244 et s. — Lecouturier, *Traité des parts de fondateurs*, 1903, 1 vol. in-8°, n. 72 et s. — Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 1901, 6e éd., 1 vol. in-8°, n. 307 et s.; — *Traité de droit commercial*, 1889-1902, 3e éd., 8 vol. in-8° parus, t. 2, n. 1050 et s. — Malepeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, 1833, 1 vol. in-8°, p. 257 et s. — Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 3, n. 1980 et s. — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Société*, p. 309. — Molinier, *Traité de droit commercial*, 1841, 1 vol. in-8°, n. 562 et s. — Négulesco, *De la personnalité morale des sociétés*, 1900, 1 vol. in-8°, p. 96. — Nicolin, *Notions élémentaires et pratiques de droit commercial*, 1868, 1 vol. in-8°, p. 68 et s. — Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1856-1857, 6e éd., 4 vol. in-8°, t. 3, n. 1045 et s. — Persil, *Des sociétés commerciales*,

1833, 1 vol. in-8°, p. 227 et s. — Rivière, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, 1882, 8e éd., 1 vol. in-8°, n. 147 et s. — Rogron, *Code de commerce expliqué*, 1891, 14e éd., 1 vol. in-18, sur les art. 47 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in-8°, t. 8, v° *Société commerciale*, n. 85. — Raoul Rosse, *Manuel pratique et juridique du commerçant*, 1891, 1 vol. in-8°, n. 133 et s. — Rodolphe Rousseau, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1902, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 2973 et s. — Ruben de Couder, *Dictionnaire du droit commercial*, 1877-1881, 3e éd., 6 vol. in-8° et *Suppl.*, 1897-1898, 2 vol. in-8°, v° *Société en participation*. — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1904, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 472 et s. — Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 1897, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 312 et s. — Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, 1834, 3 vol. in-8°, t. 1, p. 377 et s.

Folleville (D. de), *Etude sur les associations commerciales en participation. Leurs caractères distinctifs*, 1865, in-8°. — Poulle (G.), *Traité théorique et pratique des associations commerciales en participation*, 1887, 1 vol. in-8°.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES. — NATURE JURIDIQUE ET CARACTÈRES DISTINCTIFS DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

1. — A s'en tenir à l'art. 19, C. comm., il semblerait qu'il n'y eût que trois espèces de sociétés commerciales. Cependant l'art. 47 nous dit : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation ».

2. — Il faut remonter au moyen âge pour trouver l'origine de ces sortes de sociétés : on les rencontre dans les villes maritimes de l'Italie et de la France.

3. — En Italie le mot *participatio* et *participatione* désigne l'intérêt de chaque associé dans une association commerciale qu'on appelle *accomanda, accomandita*, convention qui a la même origine et la même nature que la commande. On en distingue deux sortes : l'*accomanda propria* et *regolare* et l'*accomanda impropria* et *irregolare*. C'est cette dernière seulement qui présente une analogie sensible avec notre association en participation : le gérant y acquiert la libre disposition des apports de chacun des associés, il en devient simplement comptable envers eux; c'est lui seul qui s'engage personnellement avec les tiers et c'est envers lui que les tiers se trouvent obligés. — Fierli, *Della Societate accomandita;* De Luca, *De credito dix.*, 89, n. 7. — V. Delamarre et Lepoitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. 6, p. 282; Rousseau, *Des soc. commerc. françaises et étrangères*, t. 2, n. 2977.

4. — Le titre IV de l'ordonnance de 1673, qui est consacré aux sociétés, ne fait aucune allusion à l'association en participation. Cependant nos anciens auteurs ont connu la participation, à laquelle ils donnaient le nom de société anonyme

5. — Savary indique quatre cas dans lesquels il reconnaît compte à demi, compte en participation : 1° un négociant trouve l'occasion de faire un bonne affaire en achetant un lot de marchandises pour les revendre, mais il lui faut des capitaux considérables, il les demande à une autre personne en lui proposant une part dans l'affaire; 2° dans une foire, des acheteurs s'entendent pour éviter la concurrence et la hausse du marché : ils mettront ensuite les marchandises en commun et partageront; 3° ou bien inversement ce sont des vendeurs qui s'entendent pour ne pas vendre au-dessous d'un certain prix; 4° dans une période de disette de blé, des négociants s'entendent et chargent l'un d'eux d'aller acheter à l'étranger du blé qui sera ensuite revendu. — Savary, *Parfait négociant.*

6. — Pothier définit la société anonyme ou inconnue qu'on appelle aussi compte en participation, celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul... La société anonyme se rapproche de la société en commandite en ce que dans l'une et dans l'autre il n'y a que l'un des associés qui contracte et qui s'oblige envers les créanciers de la société; l'autre associé, qui est l'associé inconnu dans les sociétés anonymes, de même que l'associé en commandite, n'y sont

obligés que vis-à-vis de leur associé principal. — Pothier, *Traité du contrat de société*, chap. 2, sect. 2, § 3, n. 61, 62 et 63.

7. — Une double question se pose : l'association en participation est-elle une véritable société? A quels signes peut-on la reconnaître? Cette deuxième question nous conduira à la comparer avec d'autres opérations similaires.

Section I.

L'association en participation est-elle une véritable société?

8. — L'intérêt de cette question consiste actuellement dans l'application ou la non-application aux associations en participation des règles du droit commun en matière de société, contenues dans les art. 1843 à 1872, C. civ. Avant la loi des 17-23 juill. 1856, il y avait encore un autre intérêt : si l'on reconnaissait à la participation le caractère de société, il fallait appliquer aux contestations entre coparticipants les règles de l'arbitrage forcé (anciens art. 51 et s., C. comm.).

9. — Si l'on s'en tenait à la tradition, il ne faudrait pas hésiter à dire que l'association en participation constitue une société : nos anciens auteurs, on l'a vu, la considéraient comme telle, et rien dans les travaux préparatoires n'indique que le Code de commerce ait voulu abandonner cette manière de voir. Cependant, on l'a contesté en s'appuyant sur des arguments de principes et de textes.

10. — On a d'abord prétendu que, si l'association en participation présente l'un des caractères essentiels des sociétés, le partage des pertes et des bénéfices l'autre caractère fait, au contraire, défaut, à savoir la communauté de biens entre les participants, le fonds social : ou bien la propriété des apports passe tout entière sur la tête de l'associé-gérant, ou bien chacun des membres de l'association reste propriétaire privatif de son apport; mais cette masse sociale qui est la caractéristique de la société n'existe pas. — Boistel, p. 249 et 250; Troplong, *Soc.*, t. 1, n. 500; Vincens, t. 1, p. 379, n. 4.

11. — A notre avis, il y a dans ce raisonnement une confusion entre la nécessité d'un apport de la part des associés, et la question de la propriété de ces apports; cette dernière dépend avant tout de la convention des parties qui est absolument libre, et aussi du point de savoir si la société est ou non une personne morale; mais elle n'a rien à voir avec la question qui nous occupe. Ce que l'art. 1832, C. civ., exige, c'est simplement la mise en commun de quelque chose : la société, c'est l'emploi de forces, de capitaux dans un but commun; or, l'association en participation remplit cette condition, la situation juridique des capitaux importe peu. — V. Paul Pont, *Soc. civ. et comm.*, t. 2, n. 1779.

12. — On a invoqué également des arguments de textes : l'art. 19, C. comm., ne mentionne pas les associations en participation, et l'art. 47 parle d'*associations* et non de *sociétés*.

13. — On pourrait d'abord répondre que l'art. 50 oppose l'association en participation aux *autres* sociétés. Mais, de plus, les travaux préparatoires donnent une explication lumineuse du silence de l'art. 19. Lors de la discussion au Conseil d'État, Treilhard avait en effet demandé pourquoi la participation ne figurait pas dans l'énumération de l'art. 19, et Regnault de Saint-Jean-d'Angély avait répondu que dans l'art. 19 il s'agissait des sociétés formées pour une suite d'opérations et que l'association en participation n'était qu'une association pour l'affaire d'un moment. Dira-t-on que c'est précisément ce qui prouve que l'association en participation n'est pas une véritable société? Mais alors il faudrait refuser le caractère de société à toute association, fût-elle sous la forme de société en nom, qui n'aurait pour but qu'une opération à réaliser.

14. — Nous croyons donc que l'association en participation est une société véritable, mais nous nous empressons d'ajouter qu'elle n'est une société que dans les rapports des associés entre eux et non à l'égard des tiers; nous le démontrerons dans un instant.

15. — Jugé que si, au regard des tiers, les membres d'une participation ne sont pas réputés unis par un lien de société, mais seulement comptables, les uns envers les autres, des opérations faites par chacun sous son nom propre, quoique dans un intérêt commun, leur situation juridique, dans les relations qu'ils ont ensemble, n'en est pas moins assimilée à celle de véritables associés. — Cass., 9 févr. 1903, Montagnon, [S. et P. 1903.1.115]

Section II.

Caractères distinctifs de l'association en participation.

§ 1. *Les divers systèmes.*

16. — *1er système.* — Ce système s'attache à son objet, et voit le caractère distinctif et essentiel de l'association en participation dans le nombre restreint et limité des affaires qu'elle poursuit. On invoque la tradition; nos anciens auteurs parlent d'une opération unique ou du moins d'un petit nombre d'actes à accomplir. On a déjà vu, d'autre part, que Regnault de Saint-Jean-d'Angély considérait la participation comme « un marché d'un moment relatif à quelque opération passagère ». Enfin l'art. 48, C. comm., lui-même démontre clairement que l'association en participation ne peut avoir pour objet tout une branche de négoce ou d'industrie. Ce doit être une société *momentanée* (*societas unius negotiationis* des jurisconsultes romains).

17. — En réalité la plus grande anarchie règne parmi les auteurs partisans de ce système : en effet, tandis que certains se contentent du caractère restreint, limité, des opérations, d'autres se préoccupent de la durée de l'entreprise, d'autres veulent les deux conditions réunies. — Pardessus, n. 1045; Malepeyre et Jourdain, *Soc. comm.*, p. 260; Persil fils, sur l'art. 47, n. 21; Delangle, t. 2, n. 606 et s.

18. — Il en est de même de la jurisprudence, qui a abouti à des décisions absolument contradictoires. Il a été jugé notamment : que les opérations de commerce qui embrassent une série d'affaires sur certaines espèces de marchandises telles que vins, eaux-de-vie, savons et huiles, et qui établissent entre les associés une communauté d'intérêts continue, ne constituent pas une association en participation, cette sorte d'association ne pouvant être relative qu'à une ou plusieurs opérations déterminées de commerce dont l'objet existe au moment de la convention. — Grenoble, 9 juill. 1831, Reymond, [S. 32.2.373, P. chr.] — Douai, 3 févr. 1875, Faucheur frères, [D. 77.2.140]

19. — ... Qu'il importe peu que l'acte de société ne désigne ni une raison sociale, ni un gérant, ni un fonds social, ni la durée de la société, et qu'il n'ait reçu aucune publicité, de telles circonstances ne permettant pas de ranger la société dans une catégorie à laquelle elle est étrangère par son objet. — Douai, 3 févr. 1875, précité.

20. — ... Qu'une société ayant pour objet, non une ou plusieurs opérations commerciales, mais embrassant dans un genre particulier d'industrie toutes les affaires qui peuvent se présenter, constitue une société en nom collectif, et non une société en participation..., telle une société pour le commerce d'une espèce d'animaux; qu'en conséquence l'existence de cette société ne peut être établie par témoins, mais doit être constatée par écrit. — Bordeaux, 5 mai 1829, Guerineau, [S. et P. chr.]

21. — ... Qu'une société de commerce, bien qu'elle ait été qualifiée société en participation dans l'acte par lequel elle a été constituée, et que le nom d'un seul des associés figure dans la raison sociale, n'en est pas moins une société en nom collectif, du moment qu'elle a son siège et une raison sociale et qu'elle a pour objet une succession d'opérations diverses : qu'en conséquence, une telle société est nulle, faute d'avoir été publiée dans la forme légale. — Bordeaux, 6 févr. 1849, Bollet, [S. 49.2.535, D. 51.2.229]

22. — ... Qu'une entreprise pour le transport des voyageurs par le moyen de bateaux à vapeur, formée pour plusieurs années, et qui de sa nature comporte des opérations successives et multipliées, ne peut être considérée comme une simple association en participation. — Bordeaux, 31 août 1831, Comp. des rives de la Garonne, [S. 32.2.19, P. chr.] — Caen, 8 juin 1836, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 1606-8°]; — 13 janv. 1841, [D. *Société*, n. 1606-7°]

23. — ... Qu'on ne saurait, pour le même motif, considérer comme une participation;... ni la société dont l'objet embrasse la totalité des opérations commerciales d'une maison (commerce de broderies), pour une période de neuf années avec l'obligation entre les associés de se rendre des comptes annuels; il y a là une véritable société en nom collectif. — Metz, 24 nov. 1819, Armand, [S. et P. chr.]

24. — ... Ni l'association ayant pour objet l'exploitation d'une usine à gaz à laquelle doit se rattacher l'exploitation en grand de fours à chaux embrassant une suite d'affaires. — Pau, 1er juin 1864, [*J. trib. comm.*, 64.470]

25. — ... Ni celle ayant pour objet l'exploitation pendant sept années consécutives du droit de chasse ou de pêche dont l'un des associés est adjudicataire. — Trib. comm. Seine, 28 mai 1862, [*J. trib. comm.*, 63.13]

26. — ... Ni la société ayant pour objet un ensemble d'exploitations d'une vaste étendue, tel que le dragage de tous les fleuves de France. — Trib. comm. Seine, 29 août 1863, [*J. trib. comm.*, 63.180]

27. — ... Ni l'association formée entre diverses personnes pour l'exploitation d'un théâtre ou d'un cercle, de telles entreprises présentant un caractère évident de permanence. — Paris, 29 janv. 1841, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 1606-10°] — Trib. comm. Seine, 12 mars 1886, [*J. trib. comm.*, 87.222]

28. — On ne rencontre pas davantage le caractère déterminé et temporaire qui constitue l'essence de la participation dans la société qui a pour objet la concession pour quatre-vingt-dix-neuf ans, la construction et l'exploitation d'une voie ferrée départementale. — Dijon, 28 mai 1880, Parent-Pécher, [*J. des soc.*, 80.501]

29. — Par contre, dans le système de l'association *momentanée*, il y a participation lorsqu'une société formée entre ouvriers ne s'applique qu'à un objet unique ou à une seule opération déterminée : par exemple à la fabrication et à la vente d'une pompe propre à soutirer le vin. — Poitiers, 11 mai 1825, Davin, [S. et P. chr.]

30. — Peu importe d'ailleurs que cette société ait été constituée sous une raison sociale ; cela ne lui fait pas revêtir le caractère de société en nom collectif. — Même arrêt.

31. — Il y a pareillement participation : lorsque deux personnes ont acheté, conjointement par un seul et même acte et sans division d'intérêt entre elles, des marchandises pour les revendre en commun. — Bordeaux, 19 juill. 1830, Pergusson, [S. 31.2.75, P. chr.]

32. — ... Lorsque deux commerçants offrent par lettre à d'autres commerçants un tiers d'intérêt dans un marché : par exemple dans une expédition de marchandises que les premiers se proposent de faire passer dans un autre pays, et que ces derniers ont déclaré par lettre accepter l'intérêt qui leur a été offert : cette convention, étant relative à une opération déterminée de commerce, constitue une participation dans les pertes et profits de l'opération, dans la proportion déterminée par le contrat. — Bordeaux, 9 janv. 1826, Flouret, [S. et P. chr.]

33. — ... Lorsqu'un négociant est intéressé avec un armateur dans une pacotille. — Rennes, 6 mai 1835, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 1605-4°]

34. — De même encore, constitue une association en participation l'association, formée pour un certain nombre d'années et pour des cas déterminés, ayant pour objet l'exploitation d'un appareil breveté pour la dessiccation des grains, quel que soit d'ailleurs le nombre des achats et des ventes de grains auxquels donne lieu la mise en œuvre du procédé, l'objet de l'exploitation étant restreint et circonscrit dans des limites connues à l'avance. — Amiens, 18 juin 1843, Manpeau, [S. 45.2.362, D. 45.4.486]

35. — Jugé, de même, qu'une association en participation n'a lieu qu'en vue d'une ou plusieurs opérations qui peuvent se succéder, mais dont chacune doit être suivie d'un compte de liquidation. — Paris, 22 mai 1841, [D. *Rép.*, v° *Société*, n. 1342-3°] — V. aussi Chambéry, 11 févr. 1880, Sandino, Regalio et Bone, [S. 81.2.237, P. 81.1.1125]

36. — ... Qu'il y a lieu de ne voir qu'une société à durée limitée, et, à ce titre, une participation dans l'association formée, même sans fixation de durée, par les propriétaires de navires pour entreprendre la pêche à la morue à Terre-Neuve, les usages de la baie de Saint-Brieuc étant que l'association est ici restreinte à la durée des navires mêmes qui en font l'objet. — Rennes, 26 févr. 1867, sous Cass., 13 juill. 1868, Allenou, [S. 68.1.449, P. 68.1194, D. 69.1.137] — V. cependant, au sujet de l'association formée pour l'acquisition et l'exploitation d'un bateau-chaland, Paris, 10 mai 1868, [*Journ. trib. comm.*, 69.174]

37. — L'anarchie est d'autant plus grande que la Cour de cassation a toujours considéré la question de savoir si une association commerciale constitue une simple association en participation ou une véritable société commerciale comme une question de fait dépendant exclusivement de l'appréciation des juges du fond. — Cass., 30 avr. 1828, Thérouenne, [S. et P. chr.]; — 7 déc. 1836, Lebru, [S. 37.1.650, P. 37.1.504]; — 8 janv. 1840, Morel, [S. 40.1.19, P. 40.1.168]; — 8 mai 1867, Dauzon, [S. 67.1.313, P. 67.849, D. 67.1.225]; — 21 mars 1876, Dumont, [S. 79.1.454, P. 79.1191, D. 76.1.198]; — 8 juill. 1879, Crotte, [S. 81.1.317, P. 81.1.768]; — 20 juin 1881, Allard-Rousseau et Cie, [S. 84.1.30, P. 84.1.47, D. 83.1.262]; — 31 juill. 1893, Loyer, [S. et P. 96.1.284, D. 94.1.264] — *Contrà*, Delangle, *Tr. des soc. comm.*, t. 1, n. 211 et s.; Em. Moreau, note sous Cass., 8 mai 1867, précité.

38. — Il faut en dire autant de la question de savoir quel est l'objet d'une société en participation et quelles sont les opérations qu'elle comprend, question qui est souverainement résolue par les juges du fond, d'après les faits et circonstances de la cause. — Cass., 20 juin 1881, précité.

39. — Jugé encore dans le même ordre d'idées que l'objet des associations en participation, leurs formes, les proportions d'intérêt et les conditions de leur existence reposent sur les conventions des parties, qu'il appartient aux juges du fait de déterminer par tous les moyens de preuve que la loi met à la disposition des tribunaux de commerce. — Cass., 28 avr. 1903, Demerson, [S. et P. 1903.1.472, D. 1903.1.272]

40. — C'est ainsi qu'il a pu être décidé, spécialement, qu'il appartenait aux juges du fait de décider, par interprétation de la commune intention des parties, qu'un pacte de participation conclu pour l'exploitation des gisements de guano du Pérou, était subordonné à la ratification officielle, par le Gouvernement du Pérou ou celui du Chili, devenu maître de ces gisements, des traités d'exploitation à passer avec ce Gouvernement dans l'intérêt des porteurs de bons des emprunts péruviens, et en conséquence, de constater qu'à défaut de cette ratification, ledit pacte était resté une lettre morte par défaillance de la condition à laquelle il était subordonné; qu'à cet égard, l'appréciation par le juge du fait de l'intention des parties, déduite de l'examen des faits et documents de la cause, était souveraine. — Cass., 20 févr. 1889, Gautreau frères, [S. 90.1.69, P. 90.1.147]

41. — ... Que les sociétés en participation ainsi projetées ne s'étant point formées et n'ayant, par suite, créé aucun lien de droit entre les parties, faute de la réalisation de l'éventualité à laquelle elle était subordonnée, les mandataires constitués par le conseil d'administration n'étaient point fondés à prétendre qu'ils ne pouvaient être révoqués par lui, sous prétexte qu'ils avaient des intérêts importants engagés dans l'entreprise. — Même arrêt.

42. — ... Qu'il appartient aux juges du fond de constater, en fait, qu'un traité constitue essentiellement une participation; qu'une partie n'y figure pas seulement comme prêteur, mais prend le rôle d'un associé; que la mise de fonds est effectuée en vue d'une opération de commerce précise et déterminée, ayant pour objet la vente au détail de marchandises achetées à un tiers; que l'associé intervient dans la surveillance et l'administration de l'affaire, exige que les ventes n'aient pas lieu sans son consentement, et se réserve les encaissements en stipulant le partage par moitié des bénéfices; et que, si la spéculation devait échouer, elle devait entraîner l'associé, au même titre et de moitié avec son participant, dans les responsabilités qui étaient les conséquences de l'insuccès. — Cass., 28 avr. 1903, précité.

43. — ... Que, dans ces conditions, les juges refusent légitimement audit associé en participation le droit de se faire restituer, en cas de résolution de la vente des marchandises faite à son coparticipant, une somme qu'il avait versée pour le prix de la vente au vendeur des marchandises, non comme prêteur, mais comme associé de son coparticipant. — Même arrêt.

44. — *2e système.* — Certains auteurs et un certain nombre d'arrêts ont reconnu à l'association en participation un double caractère : comme les partisans du premier système ils exigent que l'objet de la société soit limité à un nombre d'opérations restreint; mais, d'autre part, ils admettent qu'il faut aussi rechercher le critérium de ces sortes de sociétés dans un *caractère occulte* qui leur est propre, dans ce fait que la société n'existe pas aux yeux des tiers; d'après ces auteurs et ces arrêts, c'est là l'utilité spéciale à laquelle correspond l'association en participation. — Delangle, *op. cit.*, t. 2, n. 592; Foureix, n. 197 et s.; Pont, t. 2, n. 1788 et 1790.

45. — Ainsi, une société que ne constate aucun acte écrit, qui n'a point été contractée sous une raison sociale et qui a pour objet une seule opération déterminée (dans l'espèce, la construction d'une section de chemin de fer), constitue, non une société en nom collectif régie par l'art. 39, C. comm., mais l'association

commerciale en participation, régie par les art. 47 et s., même Code. — Cass., 30 juill. 1877, Rougier, [S. 77.1.473, P. 77.1279, D. 78.1.290]

46. — Constitue une association en participation la société ainsi qualifiée par les parties, dont l'objet est simple et déterminé, la durée limitée, et pour laquelle il n'a été établi, à l'égard des tiers, aucun signe distinctif, aucune raison sociale, ni aucun siège social. — Paris, 27 janv. 1876, De Jouvenel et autres, [S. 80.2.11, P. 80.95, D. 79.2.74]

47. — Et l'on ne saurait considérer comme siège social le local indiqué pour l'installation du bureau, des livres et de la comptabilité de l'association. — Même arrêt.

48. — Peu importe, du reste, que l'un des associés ait été qualifié de gérant, un autre de bailleur de fonds, et qu'un troisième ait plus particulièrement promis le secours de son influence et de ses relations. — Même arrêt.

49. — Il suffit, pour que l'association se maintienne dans la légalité de la participation, que chacun des coparticipants ne puisse s'obliger que personnellement au regard des tiers, sans obliger derrière lui une société qui n'existe pas pour ceux-ci ou ne leur est pas révélée. — Même arrêt.

50. — Il n'importe, à cet égard, que certains traités passés avec des tiers aient été signés collectivement par plusieurs associés, si rien n'indique que ceux-ci aient voulu traiter autrement qu'en leur nom personnel, et surtout si l'un des coparticipants n'y est point dénommé et ne les a point signés. — Même arrêt. — V. aussi Paris, 12 janv. 1872, [*J. trib. comm.*, t. 21, p. 114] — Chambéry, 11 févr. 1880, Sandino, Regalier et Bove, [S. 81.2.237, P. 81.1.1125] — Paris, 30 mars 1878, [*J. trib. comm.*, t. 27, p. 254] — Nancy, 13 juill. 1886, [*Rev. des soc.*, 86.502] — Paris, 9 févr. 1884, [*Rev. des soc.*, 85.9]

51. — Avant d'exposer le troisième système généralement admis aujourd'hui, il nous faut peser les arguments présentés par les partisans des deux premières théories. Tout d'abord, il est vrai que nos anciens auteurs présentent l'association en participation comme s'appliquant à une opération déterminée de courte durée : mais c'est là une pure circonstance de fait, qui ne constitue pas à leurs yeux le caractère essentiel, distinctif de cette opération : comme nous le verrons, leurs développements portent sur un autre caractère, tout juridique. On pourrait en dire autant des travaux préparatoires et des articles du Code que l'on indique : tout ce qu'on peut tirer de ces documents, c'est que dans la pensée des rédacteurs du Code l'association en participation devrait avoir le plus souvent pour objet des opérations limitées en nombre et en durée : c'est une constatation *et non un principe de droit*. Enfin l'art. 48 lui-même ne reconnaît-il pas aux parties la liberté la plus absolue quant à l'objet de la convention?

52. — *3e système.* — Il est généralement admis aujourd'hui que le caractère distinctif de l'association en participation, c'est son *caractère occulte*. Chacun des types de sociétés créées par le législateur a son utilité spéciale, répond à un but distinct : les parties choisissent suivant leur désir. Il doit en être de même de l'association : elle se reconnaîtra à son utilité spéciale, à son but propre, à la nature particulière de la responsabilité des associés. Déjà nos anciens auteurs l'avaient qualifiée d'une façon très-exacte de société *anonyme :* elle est en effet anonyme en ce sens qu'elle n'existe qu'entre les associés : elle n'a aucune existence à l'égard des tiers, elle est occulte. C'est sur ce caractère spécial que Savary et Pothier insistent d'une façon toute particulière. — V. *suprà*, n. 5 et 6.

53. — Cette théorie trouve sa confirmation dans l'examen attentif de l'intention du législateur : il faut bien remarquer en effet que les art. 49 et 50, C. comm., dispensent l'association en participation des conditions de formes et de publicité auxquelles sont soumises les autres sociétés de commerce : or ces formes, cette publicité ont été précisément édictées dans l'intérêt des tiers qui doivent connaître l'être moral avec lequel ils pourront entrer en relations : puisqu'on en dispense l'association en participation c'est qu'elle est indifférente aux tiers. Cette doctrine a fini par triompher tant en doctrine qu'en jurisprudence. — Alauzet, t. 1, n. 407, p. 550; Delamarre et Lepoitvin, t. 3, n. 30 et 32; Bédarride, t. 2, n. 431; Boistel, n. 366; Rousseau, t. 2, n. 178 et s.; Vavasseur, t. 2, n. 315 et 315 *bis;* Dutruc, vº *Société*, n. 1414; Ruben de Couder, vº *Société en participation*, n. 5, 29 et s.; Deloison, t. 2, n. 552 à 555; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1053; Poulle, *Traité théorique et pratique des associations commerciales en participation*, n. 54; Thaller, n. 374; Houpin, t. 2, n. 245.

54. — C'est ainsi qu'il a été jugé que la société en participation peut avoir pour objet une série d'opérations commerciales, dont la nature n'est désignée que par le genre d'industrie auquel elles appartiennent, et dont la durée n'est pas limitée autrement que par le terme assigné pour la durée de la société même : le caractère distinctif de cette espèce de société doit être cherché, non dans son objet, mais dans sa constitution et son mode d'action. — Rennes, 28 janv. 1856, Mazurier, [S. 57.2.10, P. 56.2.423, D. 56.2.182]

55. — ... Et en particulier dans ce fait que l'association ne s'est jamais révélée au public par une raison sociale, ni par des formalités de publicité, et que le gérant est seul apparu aux tiers, comme s'il s'était agit d'affaires le concernant individuellement. — Poitiers, 22 déc. 1887, Comp. nouvelle, [S. 88.2.1, P. 88.1.79]

56. — Spécialement, une société formée entre divers entrepreneurs de roulage établis dans une ville, à l'effet d'exploiter pendant un nombre d'années déterminé les routes aboutissant à cette ville, peut être considérée comme constituant une société en participation, et non une société en nom collectif, lorsqu'elle ne réunit pas d'ailleurs les autres conditions distinctives de ce genre de société. — Rennes, 28 janv. 1856, précité.

57. — Et à cet égard ne sont point exclusives des caractères de la société en participation et caractéristiques d'une société en nom collectif, ni la circonstance que la société a un fonds social, composé de la valeur du matériel d'exploitation appartenant à chacun des associés, lorsque ce fonds social est constitué uniquement au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes et que, d'ailleurs, chaque matériel reste la propriété de l'associé auquel il appartenait primitivement. — Même arrêt.

58. — ... Ni la circonstance que la société a un siège particulier et un conseil d'administration, lorsque ce siège et ce conseil sont constitués principalement pour l'établissement et pour l'ensemble de la direction, la concentration et le contrôle des factures, toutes choses d'administration intérieure et inconnue des tiers, et que chaque associé traite dans ses opérations avec les tiers *en son nom personnel* et sous sa raison particulière, quoique pour le profit de la société qui doit partager les bénéfices de l'opération entre ses membres. — Même arrêt.

59. — ... Ni la circonstance que des marchés ont été conclus d'une manière collective et dans l'intérêt de tous les associés, lorsque tous les associés y ont stipulé en personne ou que les présents s'y sont portés fort pour les absents par lettre adressée au directeur. — Même arrêt.

60. — On ne saurait non plus considérer comme une raison sociale la clause qui donne à l'un des participants le pouvoir de libérer avec sa seule signature les tiers engagés envers l'entreprise. — Chambéry, 11 févr. 1880, précité.

61. — Spécialement, jugé en ce sens qu'il faut considérer comme une association en participation l'association formée pour l'exploitation d'un établissement de bains, lorsqu'elle a un caractère occulte. — Cass., 5 juill. 1825, Duréal, [S. et P. chr.]

62. — ... La convention par laquelle deux personnes s'associent pour trois ans dans le but de faire le commerce des vins, et aux termes de laquelle l'une fournira les vins et les prendra sur les lieux et l'autre fournira les magasins, signera la vente, paiera les droits, moyennant partage des bénéfices, alors qu'il n'y a pas de raison sociale et que les associés ont toujours agi à l'égard des tiers en leur propre et privé nom. — Bruxelles, 20 nov. 1830, Wyleo, [S. 31.2.64, P. chr.]

63. — ... L'association formée pour l'exploitation d'un genre particulier d'industries, telles que la fabrique de coiffures et équipements militaires. — Cass., 7 oct. 1836, Lebrec, [S. 37.1.650, P. 37.1.504]

64. — Spécialement, l'association formée pour la fabrication des espèces monnayées constitue une société en participation, alors surtout que les associés n'ont pas pris de raison sociale, et qu'aucun des actes intervenus entre eux n'est de nature à imprimer à leur association le caractère d'une société en nom collectif. — Poitiers, 13 juill. 1837, sous Cass., 8 janv. 1840, Morel, [S. 40.1.19, P. 40.1.168]

65. — Doivent également être considérées comme des associations en participation : L'association contractée pour l'acquisi-

tion d'un bateau à vapeur dans le but, soit de le revendre, soit de l'exploiter en l'employant au transport des passagers. — Bordeaux, 14 mai 1841, Dubourdieu, [P. 41.2.540]

66. — ... L'association qui a pour objet l'exploitation, pendant un certain temps déterminé, d'un brevet d'invention relatif au mode de triturer les bois de teinture et à l'achat des matières nécessaires à cette exploitation, alors qu'il n'y a ni nom, ni raison ou signature sociale. — Rouen, 19 juin 1844, Roulland, [S. 44.2.393]

67. — ... L'association fondée pour l'exploitation d'un journal alors qu'elle n'a pas de raison sociale : les lois sur la presse ne s'y opposent pas. — Cass., 8 juill. 1879, Crotte, [S. 81.1. 377, P. 81.1.768]

68. — Et une société qualifiée de société en participation, formée entre deux individus pour la publication d'un journal, conserve son caractère de société en participation, et ne peut être considérée comme une société en nom collectif, même à l'égard des tiers, bien qu'elle ait pour objet une succession d'opérations diverses et ait été formée pour un certain nombre d'années..., surtout si elle n'a pas de raison sociale : peu importe d'ailleurs que la dissolution survenue de la société ait été publiée avec les formalités prescrites pour les sociétés en nom collectif. — Paris, 9 mars 1843, Dupont, [S. 43.2.273, P. 43.1. 633]

69. — ... La convention formée pour l'exploitation d'un théâtre lorsque l'un des associés se borne à fournir le terrain et à établir les constructions, et que le deuxième pourvoit seul et à ses frais à tous les détails de l'exploitation, moyennant une somme fixée à forfait, sans que l'autre puisse s'immiscer jamais dans l'exploitation, et avec stipulation que le produit net de chaque représentation sera partagé dans une proportion déterminée. — Paris, 1er juill. 1852, Arnault, [P. 52.2.211, D. 55.2.21]

70. — ... L'association formée entre plusieurs personnes pour le commerce de grains, bien qu'elle ait été qualifiée dans l'acte qui l'a constituée de société en commandite, si elle n'a pas de raison sociale, et si les parties sont convenues de supporter les pertes et de partager les profits par portions égales. — Agen, 23 nov. 1853, Ardennes, [S. 54.2.23, P. 55.2.488, D. 57. 1.303]

71. — Peu importe que cette société n'ait été limitée ni quant à l'étendue, ni quant à la durée de ses opérations. — Même arrêt.

72. — ... L'association formée entre deux personnes, sans apport social, sans caisse sociale, ayant pour objet des opérations particulières, effectuées tantôt par l'une, tantôt par l'autre et pour lesquelles elles se donnaient respectivement leur procuration. — Cass., 11 mai 1857, Sorel, [S. 57.1.843, P. 58.762, D. 57.1.303]

73. — ... La convention par laquelle deux négociants stipulent que l'un d'eux fera dans une localité des achats de marchandises, et que l'autre, à qui elles seront expédiées, les revendra dans la localité où il réside, avec partage entre eux des bénéfices et des pertes, alors qu'on n'y rencontre aucun caractère d'une société différente. — Cass., 4 juin 1860, Desmarais, [S. 61.1.75, P. 60.702, D. 60.1.267]

74. — ... La société ayant pour objet une suite d'opérations, par exemple l'exploitation d'agences de publicité, et formée pour un temps déterminé, alors que chacun des associés conserve l'exploitation de ses affaires et de sa clientèle particulière, à la charge seulement de rendre compte à la société des affaires par lui faites, de sorte que chacun d'eux continue à agir en son propre nom et non sous une raison sociale qui n'existe pas. — Cass., 4 déc. 1860, Havas, [S. 62.1.575, P. 62.1020, D. 61.1. 302]

75-79. — ... L'association formée pour la vente et l'achat des chiffons, dès lors qu'il a été convenu entre les parties que chacune signerait en son nom les engagements de l'association, qu'il n'a jamais été pris de raison sociale, que jamais l'existence de la société ne s'est révélée au public. — Paris, 7 févr. 1863, [*Journ. des trib. de comm.*, 63.439]

80. — ... La société formée pour la mise en activité et l'exploitation d'une usine, présentant les caractères suivants : constitution occulte de l'association, convention entre les parties d'en cacher l'existence, séparation d'intérêts pour toute autre cause, administration confiée à un seul des associés,... si, d'ailleurs, les circonstances de la cause établissent que l'intention des parties a été de former une société en participation. — Douai, 13 juill. 1877, Dutrecq, [S. 77.2.199, P. 77.844]

81. — ... L'association formée pour l'exploitation d'un brevet relatif à un nouveau matériel typographique obtenu par l'un des associés, dont l'autre est établi gérant, alors qu'il a été entendu expressément que les associés resteront à la tête de leur commerce respectif et que l'acte social oblige le gérant à opérer seul, à n'invoquer jamais le crédit ou l'action de l'associé non gérant, à ne soumettre ce dernier à aucune obligation personnelle vis-à-vis des tiers; qu'en outre, il n'y a aucune raison sociale. — Paris, 9 janv. 1884, [*J. trib. comm.*, 84.641]

82. — On devrait également voir une association en participation... soit dans la convention intervenue entre deux négociants à l'effet de revendre pour le compte commun des marchandises consistant en matières premières qui seront achetées par l'un d'eux en son nom et avec ses fonds; puis, après avoir été façonnées par l'autre, remises au premier pour être vendues, alors que dans l'association il n'y a ni raison sociale, ni siège social, et que la propriété des marchandises n'a point été attribuée à un être moral indépendant des associés... — Cass., 13 avr. 1864, Synd. Laprade et Forestier, [S. 64.1.173, P. 64.930, D. 64. 1.305]

83. — ... Soit dans la convention formée entre plusieurs personnes, par laquelle chacun s'engage à n'entreprendre aucune opération commerciale pour son commerce particulier sans avoir proposé aux autres d'y prendre part, mais demeure libre, si ces derniers refusent, de faire cette opération pour son propre compte : cette convention n'a point pour objet de créer une société en nom collectif, mais une série d'associations en participation dont la formation et la dissolution ne sont pas soumises aux formalités de publicité légale. — Cass., 21 juin 1864, Joannon, [S. 64.1.317, P. 64.1057, D. 64.1.389]

84. — Les accords sur lesquels la Cour suprême a eu à statuer dans les arrêts précités, déjà anciens, étaient les premières manifestations d'un régime de concentration industrielle qui caractérise la production contemporaine, et qui a abouti à la formation dans la plupart des pays, notamment en Allemagne, aux Etats-Unis, en Angleterre, en France à un moindre degré, de ces ententes plus ou moins étroites entre producteurs, qui, suivant leurs formes et leurs tendances plus ou moins monopolisatrices, prennent les noms de cartels, trusts, pools, etc.

85. — Ces ententes aboutissent parfois à la constitution d'une véritable société commerciale, dûment publiée, superposée ou juxtaposée aux diverses maisons syndiquées (comptoirs de ventes, bureaux de commandes, conseils de direction, etc.); mais souvent aussi elles demeurent occultes, et constituent, d'après la définition même donnée précédemment, de véritables associations en participation, licites ou illicites, suivant que les éléments constitutifs du délit d'accaparement prévu par l'art. 419, C. pén., sont ou non réunis en l'espèce. — Sur les formes juridiques diverses susceptibles d'être revêtues par ces ententes patronales, V. notamment : Pic, *Traité de législ. industr.*, *Les lois ouvr.*, 2e éd., n. 590 et s., et *Les syndicats ou coalitions de producteurs et la loi pénale* (*Rev. polit. et parlem.*, nov. 1902), et la bibliographie jointe à cette étude; Brouilhet, *Essai sur les ententes industrielles;* Percerou, *Des syndicats de producteurs* (*Ann. de dr. comm.*, 1897, p. 280). — V. aussi *supra*, v° *Accaparement*.

86. — Supposons maintenant, à l'inverse, qu'une société ne présente pas les caractères qui viennent d'être analysés; elle ne pourra plus être considérée comme une association en participation, et ce, alors même que les associés auraient qualifié leur société de participation. Cette qualification peut bien faire présumer la volonté des parties contractantes; mais elle ne saurait prévaloir sur la réalité des faits et empêcher le tribunal de reconnaître le véritable caractère de la société. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1054; Houpin, t. 1, n. 245.

87. — Jugé, en ce sens, qu'une société, bien qu'elle ait été qualifiée d'association en participation dans l'acte par lequel elle a été constituée, n'en est pas moins une société en nom collectif dès l'instant qu'elle a un siège et une raison sociales, signes caractéristiques d'un corps moral distinct de la personne même des associés. — Cass., 29 juill. 1863, Alazard, [S. 63.1.447, P. 64. 302, D. 64.1.27] — Bordeaux, 6 févr. 1849, Rollet, [S. 49.2.535, P. 50.1.180, D. 51.2.229] — Nancy, 25 avr. 1853, Magnin, [S. 55. 2.535, P. 55.1.438, D. 55.2.349] — Colmar, 23 juin 1857,

Branschwig, [D. 58.2.44] — Elle est donc nulle, si elle n'a pas été publiée. — Mêmes arrêts.

88. — Spécialement, la société formée pour la fourniture de fourrages militaires d'un département, entre l'adjudicataire et plusieurs personnes assujetties à une mise sociale, et qui toutes ont fait des achats et concouru à l'approvisionnement des magasins, est une société en nom collectif et non une simple association en participation, alors qu'elle a, quel que soit d'ailleurs le domicile de l'adjudicataire, un siège social où se trouvent le bureau de l'entreprise et la résidence de l'associé-directeur, lequel a entre les mains la raison sociale, les registres à souche, la comptabilité, le cachet de la société, et qui voyage pour l'entreprise, stipulant partout, avec les chefs militaires, les fournisseurs, banquiers, etc., au nom et pour le compte de la société qu'il représente. — Nancy, 25 avr. 1853, précité.

89. — En conséquence, tous les associés sont solidairement tenus des engagements contractés par un seul sous la raison sociale, alors surtout que ces engagements ont tourné au profit de la société et ont facilité sa spéculation. — Même arrêt.

90. — De même, lorsqu'à une convention qualifiée par les parties elles-mêmes d'association en participation, et formée pour l'exploitation d'une entreprise adjugée à une personne seule, laquelle agissait en réalité pour le compte de divers, a été substitué un acte de société réglant sur des bases nouvelles la situation de l'entreprise, fixant le capital social en le divisant en actions négociables en Bourse par le ministère d'agents de change et organisant tout le fonctionnement de l'entreprise par la création d'un conseil d'administration et d'un personnel salarié dont les pouvoirs et les responsabilités ont été minutieusement déterminés, les tribunaux peuvent décider que cet acte a eu pour but et pour effet de substituer à une participation une société proprement dite, une personne morale qui ne laisse plus subsister sur la tête des intéressés que des droits incorporels. — Cass., 23 déc. 1895, Consorts Favier, [S. et P. 96.1.533]

91. — Jugé encore qu'une société qui réunit tous les caractère d'une société civile dans sa constitution ne peut être considérée comme une association en participation, bien qu'elle ait été ainsi qualifiée par les fondateurs; que par suite elle est assujettie à la taxe sur le revenu lorsque son capital social a été divisé en actions. — Cass., 9 févr. 1887, Soc. civile interocéanique de l'isthme de Panama, [S. 88.1.177, P. 88.1.407, D. 87.1.439]

92. — ... Que le caractère de société en nom collectif peut être attribué à une association publique en participation, si ce caractère résulte des circonstances de la cause et, alors même que cette association aurait été formée sans raison sociale et par un acte secret révélé aux tiers, lesquels ont traité avec celui des associés qui gérait seul l'établissement. — Cass., 8 mai 1867, Dauzon, [S. 67.1.313, P. 67.849, D. 67.1.225] — *Contrà*, E. Moreau, note sous cet arrêt [S. et P. *ibid.*]

93. — ... Que l'acte par lequel une « société civile et particulière est formée pour la mise en valeur d'immeubles, et qui détermine les apports et règle le partage des bénéfices à réaliser, ne constitue pas une simple association en participation, mais présente les caractères essentiels du contrat de société, bien que la société n'ait ni siège social, ni raison sociale et qu'elle n'ait pas été publiée, si, d'ailleurs, les stipulations du pacte social, loin d'établir que les parties sont restées propriétaires de leurs apports, prouvent le contraire en parlant de l'administration et du partage de l'actif social. — Cass., 13 avr. 1886, Klein, Duclos et De Grammont, [S. 87.1.181, P. 87.1.415, D. 86.1.185]

94. — ... Qu'une société formée entre des entrepreneurs de construction, dans le but d'acheter des terrains et d'y élever des maisons pour les revendre, doit être considérée comme une société en nom collectif et non comme une simple association en participation, bien que l'acte constitutif n'indique aucune raison sociale, lorsque les associés réunis pour un même objet et pour une même direction se sont déclarés solidaires. Dès lors, les engagements pris par l'un des associés, en son nom seul, mais dans l'intérêt social, obligent les autres associés. — Trib. comm. Marseille, 17 déc. 1866, sous Cass., 3 févr. 1869, Curtil, [S. 69.1.217, P. 69.521]

95. — On a déjà vu que la Cour de cassation avait toujours reconnu aux juges du fond un pouvoir souverain en cette matière. Nous ne partageons pas cette manière de voir et nous pensons qu'il y a lieu de faire une distinction. Les juges du fait seront souverains en ce qui concerne la constatation des circonstances dans lesquelles se présente l'opération : ils trancheront souverainement la question de savoir si la société s'est ou non révélée au public, si elle est occulte, mais il y a lieu ensuite de tirer les conséquences légales de ces constatations, de se prononcer sur le point de savoir s'il y a ou non participation : or, il appartient à la Cour suprême de contrôler si les juges du fond ont exactement déduit les conséquences légales des faits constatés par eux. — V. dans ce sens, Alauzet, t. 1, n. 415; Pont, t. 2, n. 1337 et 1778; Ruben de Couder, n. 49; Vavasseur, t. 1, n. 316; Poulle, n. 49 à 53; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1054.

96. — Au surplus, la Cour de cassation elle-même a fait usage de ce droit de contrôle en cassant un arrêt qui avait indûment refusé de reconnaître à un contrat les caractères d'une association en participation. — Cass., 4 déc. 1839, Bonis, [S. 39.1.897, P. 39.2.569]; — 4 juin 1860, Desmarais, [S. 60.1.75, P. 60.702, D. 60.1.267] — V. aussi Cass., 30 juill. 1877, Rougier, [S. 77.1.473, P. 77.1.239, D. 78.1.290]

§ 2. *Conséquences juridiques du caractère occulte de la participation.*

97. — Des conséquences très-importantes découlent du caractère occulte de l'association en participation : a) *L'association en participation n'a pas de raison sociale.* — La raison sociale, c'est précisément le nom de la société, c'est elle qui révèle aux tiers l'existence non seulement d'une société, mais encore d'une société personne morale; or, nous le verrons, l'association en participation ne constitue pas une personne morale (V. *infrà*, n. 106 et s.). — Cass., 29 juill. 1863, précité. — Nancy, 25 avr. 1853, précité. — Chambéry, 11 févr. 1880, Sandino, Regalio et Bove, [S. 81.2.237, P. 81.1.1125] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 315; Deloison, t. 2, n. 548 et s.; Pont, t. 2, n. 1793; Poulle, n. 69; Ruben de Couder, n. 24; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1062 *bis*.

98. — Ne saurait être considérée comme raison sociale la clause qui donne à l'un des participants le pouvoir de libérer, avec sa seule signature, les tiers engagés dans l'entreprise. — Chambéry, 11 févr. 1880, précité.

99. — Il ne faudrait pas cependant exagérer cette conséquence au point d'y voir un caractère essentiel et indispensable de l'association en participation, de telle sorte qu'une société ayant une raison sociale ne pourrait jamais être considérée comme une association en participation, et inversement, qu'une société n'ayant pas de raison sociale devrait forcément constituer une association en participation.

100. — En d'autres termes, quand on dit que la participation est occulte, cela veut dire que *juridiquement* il faut que les associés n'aient rien fait pour révéler aux tiers l'existence d'un être moral; il faut et il suffit que le gérant n'ait usé que de son propre crédit, que les associés n'aient pas amené les tiers à compter sur le crédit de tous les membres; mais cela n'implique pas qu'ils aient fait mystère de leur opération, il peut très-bien arriver en fait que le public sache qu'il y a association en participation.

101. — C'est ainsi qu'il a pu être jugé que n'est pas exclusive du caractère de la société en participation la circonstance que la société a une raison sociale. — Rennes, 28 janv. 1856, Mazurier, [S. 57.2.10, P. 56.2.423, D. 56.2.182] — Paris, 31 mars 1863, [*J. des trib. de comm.*, t. 12, p. 481]; — 27 janv. 1876, précité; — 30 mars 1878, [*J. des trib. de comm.*, t. 12, p. 481]

102. — b) *L'association en participation n'a pas de siège social.* — On peut en donner les mêmes raisons; le siège social c'est le domicile de la société, être moral. Nous ferons toutefois ici encore les mêmes réserves que pour la raison sociale (V. *suprà*, n. 99 et s.). — V. aussi *suprà*, n. 46 et s.

103. — c) *L'association en participation n'est pas une personne morale.* — Nous aurons à déterminer les conséquences de ce principe, en étudiant le fonctionnement et les effets de l'association en participation. Il ne s'agit pour l'instant que de justifier le principe qui a été lui-même discuté. — Sur la personnalité des sociétés commerciales sujettes à publicité, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 466 et s.

104. — Il importe tout d'abord d'écarter un système mixte d'après lequel la participation constituerait une personne morale dans les rapports des associés entre eux, mais non dans les rapports des associés avec les tiers. La raison en serait « que l'as-

sociation n'a pas été révélée officiellement aux tiers, que par suite l'existence de l'être de raison que le contrat engendre ne leur est pas opposable et ne peut être invoquée par eux. Pour les associés, au contraire, ils connaissent évidemment le pacte social, et pour eux ce pacte donne naissance à un être de raison dont la personne et le patrimoine sont distincts des personnes et des biens des participants ». — Pardessus, n. 1045, 1066 et 1089; Malepeyre et Jourdain, p. 264 et s.; Bravard-Veyrières, p. 88. — On ne saurait admettre ce système : une société est personne morale *ergâ omnes*, ou elle ne l'est pas du tout. D'ailleurs l'intérêt qu'il y a a ce qu'une société soit personne morale est nul ou à peu près quand il s'agit des associés entre eux : c'est surtout quand il s'agit des rapports avec les tiers que la personnalité se traduit par des conséquences pratiques importantes.

105. — Certains auteurs ou arrêts ont affirmé la personnalité de l'association en participation. Elle est, dit-on, une société: elle doit donc avoir la personnalité au même titre qu'une autre société. D'ailleurs l'équité exige qu'il en soit ainsi; si on ne l'admet pas, en effet, les créanciers sociaux devront subir le concours de tous les créanciers de l'associé avec lequel ils ont traité, de ses ex-participants et de leurs créanciers; ce résultat inique ne peut être évité que si l'on décide que l'association en participation constitue un être moral avec un patrimoine distinct, avec des créanciers personnels. — Metz, 7 févr. 1822, Huart et Delcroix, [S. et P. chr.] — Caen, 9 févr. 1824, N..., [S. et P. chr.] — Paris, 26 juin 1824, Boubée, [S. et P. chr.]; — 9 août 1831, Vautier, [S. 31.2.259, P. chr.] — Bordeaux, 2 avr. 1832, Rev..., [S. 32.2.327, P. chr.] — Paris, 22 nov. 1834, Mourouet, [S. 35.2.69, P. chr.] — *Sic*, Malepeyre et Jourdain, *Société de comm.*, p. 2[illegible].

106. — Tout le monde reconnaît aujourd'hui que l'association en participation ne constitue pas une personne morale. Tirer ce principe de cette idée qu'elle constitue une société, ce n'est pas résoudre le problème, puisque toutes les sociétés ne sont pas, du moins sauf controverse, des personnes morales. L'argument d'équité peut être facilement retourné contre ceux qui l'invoquent. Il ne faut pas oublier en effet que la participation est essentiellement occulte : les tiers qui traitent avec l'un des participants ignorent, ou du moins sont censés juridiquement ignorer, qu'il est l'associé des autres ; ils ne doivent donc légitimement compter que sur son crédit personnel et ne pas s'étonner du concours de ses autres créanciers : ce seraient au contraire les créanciers des autres participants qui auraient le droit de se plaindre d'une autre situation. Il faut ajouter que l'idée de personnalité morale entraine celle de publicité : dans le système de la loi, la personnalité ne peut exister qu'autant qu'il y a eu une publicité destinée à faire connaître aux tiers l'existence d'un être moral avec lequel ils seront appelés à traiter par l'intermédiaire de ses représentants ; or, comme on le verra, la loi dispense l'association en participation de toutes formalités de publicité. — Duvergier, *Sociétés*, n. 407; Troplong, n. 494 et s., et 864; Delangle, t. 2, n. 593 et s.; Delamarre et Lepoitvin, *Contr. de comm.*, t. 2, n. 243 et s.; Massé, *Dr. comm.*, t. 5, n. [illegible] et s.; Devilleneuve et Massé, *Dictionn.*, v° *Société en participation*, n. 13 et 42; Molinier, *Dr. comm.*, t. 1, n. 595; Lyon-Caen et Renault, *Précis de dr. commerc.*, t. 1, n. 52[illegible]; Boistel, *Idem.*, n. 366; Rivière, *Répét. écr. sur le Code de comm.*, p. 150; Laurin, *Cours élém. de dr. commerc.*, n. 532; Ruben de Couder, *Dict. de droit commerc., industr. et marit.*, t. 6, v° *Société en particip.*, n. 25; Pont, *Tr. des soc. civ. et commerc.*, t. 2, n. 180[illegible]; Rousseau, *Des soc. commerc.*, t. 2, n. 1772 et s.; Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et commerc.*, t. 1, p. 122, n. 315; Poulle, *Tr. théor. et prat. des assoc. en particip.*, n. 73 et s.; Deloison, *Tr. des soc. commerc.*, t. 2, n. 552; Guillery, *Des sociétés commerc. en Belgique*, t. 1, n. 240, et t. 3, n. 1045 et s.; Thaller, *Tr. de dr. comm.*, n. 375.

107. — Depuis 1834, la jurisprudence est fixée en ce sens. — Cass., 2 juin 1834, Monroult, [S. 34.1.603, P. chr.] — 19 mars 1838, Monroult, [S. 38.1.343, P. chr.]; — 15 juill. 1846, Jennyot, [S. 49.1.280, P. 48.2.668, D. 46.1.273]; — 5 mai 1858, Bibas, [S. 59.1.22[illegible], P. 58.1206, D. 58.1.222]. — 19 févr. 1868, Beyret, [S. 68.1.297, P. 68.764]; — 22 [illegible] 1874, A[illegible], [S. 75.1.214, P. 75.517, D. 76.1.72]. — 27 juin 1893, [illegible], [S. et P. 94.1.25, D. 93.1.488]; — 5 févr. 1901, Ray[illegible], [S. et P. 1902.1.405, D. 1902.1.41] — Rouen, 19 janv. 1844, Roulland, [S. 44.2.393, P. 44.2.49[illegible]] — Paris, 17 nov. 1848, Rol[illegible], [S. 49.2.200] — Bastia, 25 avr. 1855, Patronelli, [S. 55.2.422, P. 55.2.346] — Caen, 18 mai 1864, Beau, [S. 65.2.103, P. 65.476] — Poitiers, 22 déc. 1887, Compagnie nouvelle, [S. 88.2.1, P. 88.1.79, et la note de M. Lyon-Caen]; — 8 déc. 1892, sous Cass., 27 juin 1893, Goupil, [D. 93.1.111]

108. — Jugé, spécialement, qu'une société en participation, en tant que société, n'a pas de personnalité juridique et n'est pas capable d'agir et de contracter. — Paris, 8 janv. 1900, Laplace, [S. et P. 1903.2.185]

109. — Et, si la société en participation n'est point assujettie à des règles particulières de forme ou de publicité, c'est parce qu'elle a pour caractère essentiel d'être occulte et sans intérêt pour les tiers qui traitent avec le gérant en son nom personnel, et qui n'ont que lui pour obligé. — Même arrêt.

110. — Une société ne peut, en effet, faire d'actes valables au regard des tiers qu'à la condition de revêtir l'une des trois formes réglementées par le législateur, celles de la société en nom collectif, de la société anonyme ou de la société en commandite. — Même arrêt.

111. — La première conséquence tirée par la jurisprudence de ce principe que l'association en participation, ne jouissant pas de la personnalité morale, ne peut valablement contracter, est qu'elle ne peut créer des parts bénéficiaires au porteur. — Même arrêt.

112. — Spécialement, lorsqu'un acte d'association en participation stipule la création d'un nombre déterminé de parts bénéficiaires au porteur, sans valeur nominale, et transmissibles par simple tradition, moitié desdites parts devant être répartie entre les tiers associés, et le surplus remis au gérant pour les vendre; lorsqu'aux termes du même acte, le gérant aura le droit de créer de nouvelles parts bénéficiaires venant diminuer les avantages accordés aux parts primitivement émises, en se faisant autoriser par une assemblée des porteurs de parts, convoquée et délibérant dans des conditions spécifiées; et lorsque, enfin, l'acte d'association confère aux plus forts porteurs de parts le droit de procéder avec les associés survivants, à la majorité des voix, au remplacement du gérant, en cas de décès, les porteurs de parts bénéficiaires, n'étant pas les sous-associés, croupiers ou intéressés de l'un des participants, mais acquérant des droits directs vis-à-vis de l'association en participation elle-même, dont ils sont devenus membres dans une certaine mesure, la création des parts bénéficiaires est nulle et de nul effet. — Même arrêt.

113. — Il en est ainsi surtout, alors que les titres destinés à être remis aux porteurs de parts indiquent qu'ils sont créés par une société en participation, et sont délivrés et certifiés en son nom par le directeur-gérant. — Même arrêt.

114. — Par suite, est nulle la vente de ces parts bénéficiaires, faite à un tiers par le gérant de l'association. — Même arrêt.

115. — En pareil cas, le syndic de la faillite du gérant, n'ayant pas qualité pour représenter les créanciers de l'association ou les porteurs de parts bénéficiaires, et ne pouvant avoir plus de droits que le gérant lui-même, n'est pas recevable à actionner l'acheteur de parts bénéficiaires en paiement du prix de la vente de ces parts. — Même arrêt.

116. — Mais dans sa dissertation sous l'arrêt précité, M. Wahl a longuement critiqué la solution donnée à la question soumise à la Cour. Après avoir refusé de voir de véritables parts de fondateurs dans les titres créés dans l'espèce, M. Wahl se demande ce qu'il serait advenu si des parts de fondateur avaient été réellement émises.

117. — 1° Supposons d'abord, dit-il, une association en participation où les participants, c'est-à-dire les associés véritables, ceux qui ont droit à l'actif, émettent des parts bénéficiaires au nom de l'association. Ces parts bénéficiaires peuvent être de véritables parts de fondateur, rentrant dans la définition que nous avons donnée plus haut des titres de cette nature (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 2434 et s.) : elles peuvent être aussi des titres donnant droit à l'administration de la société, comme ceux de l'espèce, et ne méritant pas le nom de parts de fondateur.

118. — *a*) Commençons par la seconde espèce de titres. Un premier point, a-t-on dit, est hors de doute. Si les promoteurs de l'entreprise avaient eu recours à cette combinaison pour créer des actions sous un nom déguisé et se soustraire de la sorte aux formalités exigées par la loi de 1867, il est certain que la société serait viciée d'une nullité radicale. Mais quelle peut être la raison pour laquelle, d'une manière générale, l'émission de

titres quelconques par une association en participation serait illicite? C'est simplement, suivant la cour de Paris, parce que la société en participation n'a pas de personnalité morale, et, par conséquent, ne peut faire d'actes valables vis-à-vis des tiers. Il y a là, suivant nous, une confusion très-facile à apercevoir. Sans doute, les sociétés en participation n'ont pas la personnalité morale (V. *suprà*, n. 106). D'où la conséquence certaine que l'association, en son nom propre, ne peut devenir, ni créancière, ni débitrice. La société en participation ne peut, par exemple, en son nom, émettre des obligations. Voilà l'argument de la cour de Paris. Mais, à supposer même qu'il s'agit, dans l'espèce, d'obligations, l'impossibilité pour une association en participation de créer des obligations ne justifierait peut-être pas la solution qui a triomphé devant la Cour. C'est le gérant qui avait émis, — et on ne concevrait pas qu'il pût en être autrement, — les titres. S'il les avait émis en son nom personnel, ils auraient été incontestablement valables, un particulier ayant le droit d'émettre des obligations. — V. Cass. Turin, 16 juill. 1897, Roggeri, et Cass. Rome, 1er févr. 1898, Galmelli, [S. et P. 99.4.13, et la note] — L'émission ne devait-elle pas être interprétée comme ayant été faite par le gérant, signataire des titres, en son nom personnel et au profit de l'association?

119. — En tout cas, ce n'est pas d'obligations qu'il s'agissait dans l'espèce, c'est de parts sociales attribuées à des tiers moyennant le versement d'un capital, et leur donnant droit à une portion correspondante de l'actif. Or, des coassociés ne sont pas des tiers; ce sont des copropriétaires. Les souscripteurs des parts sociales deviennent des participants. De ce que la société n'existe pas vis-à-vis des tiers, il résulte que ces souscripteurs ne sont pas associés vis-à-vis des tiers; mais, dans leurs rapports avec les participants, ce sont de véritables associés. De même que la société en participation lie les participants entre eux, elle lie également entre eux, vis-à-vis des participants, les souscripteurs des parts dites bénéficiaires. Comment peut-on songer à les traiter de tiers, alors qu'on ne traite pas ainsi les participants? Ils ont la même qualité que ces derniers, et ont simplement des titres différents. Est-ce à cause du caractère négociable des titres que l'émission de ces titres est nulle? Mais, à part les difficultés qui se sont élevées à propos des actions (et nous répétons que la cour de Paris n'assimile pas aux actions les parts qu'elle appelle bénéficiaires), tout le monde peut émettre des titres négociables, et même, comme dans l'espèce, des titres au porteur. Sans doute, la société en participation ne peut pas émettre des titres, mais elle peut se constituer, et elle ne fait pas autre chose que se constituer, par l'émission des parts sociales. Par l'émission, le gérant entre en relations avec des tiers, auxquels il remet les titres, et qui immédiatement deviennent ses coassociés.

120. — *b*) Quant aux parts de fondateur proprement dites, tout, après ce qui vient d'être dit, dépend de la nature juridique qui leur appartient (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 2434 et s.). Si ce sont, des droits de créance (V. les notes sous Paris, 16 juill. 1896, Comp. franç. des Mines de Laurianne, [S. et P. 98.2.89]; — 8 juin 1901, Comp. du bi-métal, S. et P. 1903.2.25), ce que nous avons dit plus haut des obligations leur est applicable. L'association en participation ne peut donc pas émettre des titres de cette nature. Mais nous avons montré que les titres peuvent être réputés émis pour le compte du gérant et sont alors valables. En tout cas, c'est trop s'avancer que de dire : « Si elle (l'association en participation) se révèle aux tiers de cette manière, elle cesse d'être une société en participation, et elle est exposée à être déclarée nulle pour ne s'être pas conformée aux prescriptions légales qu'elle a eu le tort d'éluder » (Lecouturier, *Tr. des parts de fondateur*). Une association valablement formée entre les participants ne devient pas nulle pour avoir outrepassé ses droits; l'acte par lequel elle a excédé ses droits est nul, l'association reste debout. Si les parts de fondateur sont, comme on l'a également soutenu, des parts sociales, sans être des actions (V. les autorités citées dans la note de M. Wahl, sous Paris, 16 juill. 1896, précité), leur validité ne fait pas de doute. L'émission de ces titres est, comme nous l'avons montré, un contrat par lequel de nouveaux membres entrent dans la société. Enfin, il en est de même si on regarde les parts de fondateur comme des actions (V. en ce sens, les autorités citées dans la note précitée), sauf la controverse dont nous allons parler, relativement au droit, pour les associations en participation, de se constituer par actions.

121. — Reste à examiner la question de savoir si une association en participation peut se constituer par actions. — V. pour l'affirmative, Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, 4e éd., t. 1, n. 355; Pouille, *Tr. théor. et prat. des assoc. comm. en participation*, n. 313 et 314; Wahl, *Tr. théor. et prat. des titres au porteur*, t. 1, n. 516. — En sens contraire, V. Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., industr. et marit.*, v° *Participation*, n. 43; Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 280; Rousseau, *Des soc. comm.*, t. 2, n. 2021, p. 156; De Folleville, *Tr. des titres au porteur*, n. 191. — On a également cité dans le sens de la négative la jurisprudence de la Cour de cassation. Mais la Cour de cassation ne s'est jamais préoccupée de la question. Elle a seulement décidé que, la société en participation n'ayant pas la personnalité morale, la cession des droits dans une société de cette nature n'est pas une « cession d'actions » soumise par la loi fiscale (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n. 6) à un tarif réduit. — V. Cass., 12 juill. 1842, Gride, [S. 42.1.595, P. 42.2.704] — Or, la loi fiscale ne vise pas seulement, suivant la Cour de cassation, les actions au sens du droit commercial; elle s'applique à toutes les divisions du capital social, quelle qu'en soit la dénomination, pourvu que la transmission puisse avoir lieu en faisant abstraction des meubles et immeubles appartenant à la société. — V. Cass., 14 nov. 1877, Trappistes de la Meilleraye, [S. 78.1.44, P. 76.69, D. 78.1.5] — Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, t. 1, n. 315. — La Cour de cassation a donc simplement voulu dire que l'association en participation n'est pas une personne morale.

122. — La doctrine du tribunal de commerce de la Seine part de l'idée qu'une société qui n'est pas soumise aux formes requises pour les sociétés anonymes ou en commandite par actions ne peut se constituer par actions. A supposer qu'en effet, ces formes fussent, d'une manière absolue, exigées pour toutes les actions, il en résulterait simplement que les sociétés d'espèces différentes qui créeraient des actions seraient tenues de s'y conformer, et non pas qu'il leur fût interdit de créer des actions. Mais cela n'est pas exact. La loi du 24 juill. 1867 mentionne simplement les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, c'est-à-dire les sociétés commerciales qui se constituent par actions. L'action n'étant qu'un titre social négociable, et toute personne pouvant, ainsi que nous l'avons rappelé, créer des titres négociables, l'action peut être utilisée par les autres sociétés.

123. — C'est du moins ce qu'a décidé la Cour de cassation, qui a reconnu que les sociétés civiles par actions ne sont pas soumises à la loi de 1867 (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 5728 et s.). Et cela est d'autant plus remarquable que la clause qui limite, dans une société civile, les obligations des associés, relativement aux dettes sociales, au montant de leur apport, est généralement regardée comme nulle. Aujourd'hui encore, bien que l'art. 68, ajouté à la loi du 24 juill. 1867 par l'art. 6, L. 1er août 1893, assimile aux sociétés commerciales les sociétés civiles à forme commerciale, on peut soutenir que les sociétés civiles peuvent, sans prendre la forme d'une société anonyme ou en commandite par actions, et sans obéir aux prescriptions de la loi de 1867, se constituer par actions (V. Wahl, *Des soc. civiles par actions constituées sans l'observation des formes prescrites par la loi commerciale : J. des soc.*, 1901, p. 242 et s.). Nous ne parlons pas des sociétés en nom collectif, pour lesquelles des raisons spéciales rendent la solution beaucoup plus douteuse. — V. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 2, n. 270 et 679 *ter*; Houpin, *op. cit.*, t. 1, n. 279; Wahl, *Tr. des titres au porteur*, t. 1, n. 514.

124. — Ce que peut faire la société civile, la société en participation peut le faire également, car le motif de décider, — à savoir que les actions ne sont pas réservées par les textes aux sociétés visées par la loi de 1867, — est le même. On n'objectera pas qu'à la différence des sociétés civiles, les sociétés en participation n'ont pas la personnalité morale. Nous avons montré que la personnalité est étrangère à la question. Au surplus, lorsque la Cour de cassation validait les émissions d'actions dans les sociétés civiles, elle n'avait pas encore rendu les arrêts qui ont reconnu la personnalité de ces dernières. — V. Cass., 23 févr. 1891, Banque générale des Alpes-Maritimes, [S. et P. 92.1.73, D. 91.1.337]; — 2 mars 1892, Soc. des forces motrices, terrains et immeubles de la gare de Grenoble, [S. et P. 92.1.497, la note de M. Meynial, D. 93.1.169] — Trib. de Saint-Etienne, 24 déc. 1883, sous Cass., 26 oct. 1892, Schneider et Cie, [S. et P. 93.1.321] — *Contrà*, Douai, 25 janv. 1899, Eloy, [S. et P. 1900.2.25]

125. — Il y a même un argument *a fortiori* pour autoriser les sociétés en participation à émettre des actions, et cet argument serait assez puissant pour le leur permettre, alors même qu'on ne le permettrait pas aux sociétés civiles. Les formalités auxquelles la loi de 1867 subordonne l'émission des actions ont presque exclusivement pour but de sauvegarder les intérêts des tiers, et surtout des créanciers de la société. L'obligation du versement du quart de la souscription intégrale, la défense de convertir les actions au porteur avant la libération intégrale, ne s'expliquent que par l'intérêt des tiers. Cet intérêt existe également dans les sociétés civiles; mais il n'existe pas dans la société en participation, qui est dépourvue de personnalité morale tant au profit des tiers que contre eux. La seule formalité qui s'inspire, en partie, de l'intérêt des actionnaires eux-mêmes, est la vérification des apports et avantages particuliers; mais, comme elle n'est pas exigée dans la plupart des sociétés, et notamment dans la société en participation, on comprend qu'elle ne le soit pas davantage quand la société en participation est divisée en actions. Les tiers, en somme, ne connaissent pas la société. Le gérant est, pour eux, seul et indéfiniment responsable. La société ne concerne que les rapports réciproques des associés, et, dans ces rapports, la convention est souveraine. — V. aussi *infrà*, n. 174 et s.

Section III.

Comparaison de l'association en participation avec d'autres contrats.

1° *Comparaison avec les sociétés civiles.*

126. — Ce serait une erreur de croire que l'association en participation est forcément commerciale, elle peut être aussi civile : le caractère commercial ou civil qui doit lui être attribué dépendra de la nature de son objet. — V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 362 et s. — Il est presqu'inutile de faire observer que la loi de 1893 est inapplicable. Comme exemple de participations civiles, V. Cass., 17 juill. 1861, Napias, [S. 62.1.374, P. 62.122, D. 62.1.118]; — 24 févr. 1872, Soc. des eaux du Midi, [S. 72.1.175, P. 72.402, D. 72.1.10] — Nous ne nous occuperons ici que des associations en participation ayant un caractère commercial. — Rappelons simplement que, d'après la jurisprudence (V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 466), les sociétés civiles sont des personnes morales, tandis que la participation est, par définition, dépourvue de toute personnalité. — V. *suprà*, n. 106.

127. — A cette première différence, controversée, vient s'en ajouter une autre, certaine, au point de vue du fonctionnement. La société civile, quoique non sujette à publicité, existe légalement au regard des tiers; l'association en participation, au contraire, ne crée aucun lien entre les tiers et les coparticipants autres que les gérants.

128. — Lorsque l'association en participation est commerciale par son objet, celui-ci permet de la différencier beaucoup plus nettement des sociétés civiles. Cette différence dans la nature de l'objet entraînera forcément des différences dans la situation des associés, notamment au point de vue de la compétence, au point de vue de la faillite; en outre, la preuve de la société civile devra être établie conformément aux règles du droit civil (art. 1834 et 1341 cbn.), tandis que la preuve de la participation se fera conformément aux modes usités en matière commerciale (art. 109 et 49, cbn.).

2° *Comparaison avec les sociétés commerciales.*

129. — A. Les sociétés commerciales sont des personnes morales, ayant un nom, une raison sociale, ou une dénomination particulière, ayant aussi un siège social. L'association en participation ne présente aucun de ces caractères.

130. — B. Les sociétés commerciales sont soumises à des conditions de forme et de publicité rigoureuses; l'association en participation en est dispensée.

131. — C. La dissolution des sociétés commerciales doit être publiée; celle de la participation n'est soumise à aucune publicité.

132. — D. Les moyens de preuve diffèrent. — V. *infrà*, n. 179 et s.

133. — C'est avec la société en nom collectif qu'on sera le plus souvent tenté de confondre l'association en participation. C'est qu'en effet, elles se rapprochent beaucoup l'une de l'autre si l'on envisage les rapports des associés entre eux. C'est ce qui explique que dans la plupart des décisions citées plus haut au sujet du caractère distinctif de la participation, la question se posait, le plus souvent, de savoir si l'opération constituait une société en nom collectif, ou simplement une association en participation.

134. — Il y a d'abord, à faire cette distinction, tous les intérêts que nous venons d'indiquer à séparer les sociétés commerciales de la participation. Mais de plus, dans la société en nom collectif, tous les associés sont commerçants : la participation au contraire ne suffit pas à elle seule à imprimer ce caractère aux participants, alors même qu'elle aurait pour objet des opérations commerciales : il faudrait que les participants fissent eux-mêmes, du commerce, leur profession habituelle.

135. — Il faudra s'en tenir, pour les distinguer, au caractère distinctif que nous avons établi, rechercher par conséquent si l'association est ou non occulte. Rappelons à ce sujet que la Cour de cassation laisse, à tort, avons-nous dit, un pouvoir souverain aux juges du fond. — V. *suprà*, n. 95 et 96.

3° *Comparaison de la participation avec d'autres conventions.*

136. — La jurisprudence a eu souvent à distinguer l'association en participation d'autres conventions telles que le contrat de mandat, de commission, de louage de services avec participation du commis aux bénéfices. C'est avant tout une question de fait, d'interprétation de la volonté des parties. Si les parties ne s'en sont pas expliquées d'une façon formelle, les tribunaux auront à rechercher si elles ont voulu faire une véritable association en participation, c'est-à-dire avec participation aux pertes comme aux bénéfices, ou simplement une convention se bornant à la reconnaissance d'un droit aux bénéfices pour le cas où il y en aurait, sans *affectio societatis*. — Sur la détermination des éléments constitutifs de la société, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 1 et s.

137. — Il est certain, tout d'abord, que le *commis intéressé* n'est pas un associé en participation. En d'autres termes, une lettre missive, par laquelle un négociant confie à un tiers le soin de gérer et diriger sa maison de commerce pendant un temps déterminé, moyennant un traitement fixe, ou une part déterminée dans les bénéfices, ne constitue point une société entre le négociant et son gérant. Il n'y a là qu'un mandat révocable à la volonté du mandant, sauf les dommages-intérêts à accorder au mandataire pour la perte que lui cause la révocation (C. civ., art. 1984, 1999 et 2004). — Rouen, 18 févr. 1818, Thuret, [S. et P. chr.] — Dijon, 26 mars 1874, Pain, [D. 76.2.203] — Paris, 14 févr. 1881, [*J. des trib. de comm.*, t. 30, p. 471] — Orléans, 11 août 1885, [*Rev. des soc.*, 86.20] — Sur la distinction à établir entre un commis intéressé et un associé, V. *suprà*, v° *Commis*, n. 37 et s., *Société (en général)*, n. 122 et s. — V. aussi Pic, *Tr. de lég. ind.*, 2e éd., n. 1367; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1832, n. 16 et s.

138. — Il a été jugé que l'acte par lequel deux personnes conviennent de donner une série de représentations théâtrales avec le concours d'artistes engagés par eux, ne constitue ni une société en nom collectif, ni une société en participation, dès lors qu'en qualité de directeur, l'un d'eux a pris à sa charge toutes les dépenses de l'entreprise et que l'autre n'a droit, pour toute rémunération, qu'à la moitié des bénéfices nets sans contribution aux pertes; ce dernier n'est qu'un simple employé avec part d'intérêt dans le succès de l'entreprise pour rétribution de ses peines. — Paris, 14 févr. 1881, précité.

139. — ... Que la convention par laquelle le titulaire d'un bureau de tabac en confie la gestion à un tiers, pendant un certain temps, moyennant une part dans les bénéfices et à la charge par le tiers de faire l'avance des fonds nécessaires pour l'exploitation du bureau, constitue un mandat salarié, et non une société en participation. — Bordeaux, 7 juin 1836, Bertrandet, [S. 37.2.365, P. chr.] — En conséquence, il peut poursuivre la révocation du mandat avec dommages-intérêts. — Même arrêt.

140. — ... Que la convention par laquelle des négociants chargent un tiers, moyennant l'attribution de la moitié des

bénéfices, de toutes les opérations d'achat et de revente relatives à une spéculation sur certaines marchandises, ne constitue pas une société en participation, mais un mandat salarié, si ces négociants ont tenu eux-mêmes les écritures, payé directement les achats et les dépenses d'exploitation, et touché le prix des reventes. — Poitiers, 6 juin 1871, Laurent, [S. 71.2.212, P. 71.669, D. 71.2.181]

141. — ... Que, par suite, si le tiers vient à tomber en liquidation judiciaire, ceux-ci sont fondés à réclamer la propriété exclusive des marchandises existant en magasin. — Même arrêt. — V. Cass., 23 janv. 1882, Goyer, [S. 85.1.23, P. 85.1.36, D. 83.1.245] — Paris, 21 nov. 1872, [*J. des trib. de comm.*, t. 22, p. 49] — Orléans, 25 avr. 1882, Fournier, [D. 83.2.124]

142. — ... Qu'on ne saurait considérer comme une société en participation la convention par laquelle un commerçant attribue à un tiers une créance ayant pour cause un droit de commission et pour objet unique la part dans les bénéfices d'un traité passé avec une compagnie industrielle, lorsque le tiers ne peut s'immiscer dans les affaires relatives à l'exécution de ce traité, ni participer aux pertes de l'exploitation. — Cass., 23 janv. 1882, précité.

143. — ... Ni la convention par laquelle le propriétaire d'un magasin le donne à bail, sous la condition qu'il aura la moitié du produit des droits du magasinage des marchandises reçues par le preneur. Il n'y a là qu'une simple modalité du contrat de bail à loyer, encore bien que le preneur doive tenir un livre-journal de toutes les marchandises entrant en magasin et dont le bailleur pourrait prendre connaissance. — Bordeaux, 2 juill. 1847, Dufour, [S. 48.2.247, P. 48.1.284]

144. — Par contre, la convention intervenue entre deux sociétés de crédit foncier, aux termes de laquelle l'une apporte ses capitaux, l'autre son industrie, dans le but de partager les bénéfices provenant des prêts à réaliser, la part de chacune des sociétés dans les bénéfices et les pertes étant nettement déterminée, constitue une association en participation, et non un louage d'industrie. Dans le louage d'industrie, en effet, l'une des parties agit pour le compte de l'autre. Ici, au contraire, chacune des parties *agit pour son propre compte,* a les mêmes droits et les mêmes obligations que l'autre. — Trib. Seine, 18 déc. 1891, [*Rev. des soc.*, 91.416]

145. — En conséquence, une pareille convention n'est pas assujettie au droit de 1 p. 0/0 sur les marchés entre particuliers (L. frim. an VII, art. 4, 14, § 4, et 69, § 3, n. 1). — Même jugement.

146. — De même, lorsqu'un individu exploite une usine appartenant à un tiers, ce dernier peut être déclaré associé participant, et non simple bailleur de fonds, d'après les circonstances de la cause, notamment : 1° lorsqu'il est notoirement connu pour être le bailleur de fonds et que l'usine ne marche que par son crédit; 2° qu'il s'est réservé la surveillance de la caisse, que tous les achats et les ventes doivent lui être soumis pour recevoir son approbation, qu'il touche les rentrées effectives provenant des produits de l'usine; 3° que les comptes et inventaires doivent être faits à des époques fixes, et lui être soumis, qu'il prélève une somme déterminée sur les bénéfices et reçoit une part sur le surplus desdits bénéfices, et qu'un tiers a été désigné pour trancher les difficultés auxquelles peut donner lieu leur répartition. — Cass., 26 mars 1817, Hom, [S. et P. chr.]

147. — Constitue encore une association en participation et non un mandat salarié ou un louage de services la convention par laquelle les propriétaires d'un hôtel meublé en confient la gestion à un tiers moyennant un traitement fixe et une part dans les bénéfices après prélèvement à leur profit, d'une portion de ces bénéfices. — Cass., 21 mars 1876 (motifs), Dumont, [S. 79.1.454, P. 79.1191, D. 76.1.197]

148. — De même encore, la convention par laquelle deux négociants stipulent que l'un d'eux fera dans une localité des achats de marchandises, et que l'autre, à qui elles seront expédiées, les revendra dans une localité différente, avec partage entre eux des bénéfices et des pertes, constitue, non un contrat de mandat ou de commission, mais une association en participation; surtout alors que les parties y ont déclaré renoncer à tout droit de commission pour les achats et les ventes. En conséquence, les contestations relatives à une telle convention ne sauraient être l'objet de la compétence exceptionnelle établie par l'art. 420, C. proc. civ. — Cass., 4 juin 1860, Desmarais, [S. 61.1.75, P. 60.702, D. 60.1.267] — Paris, 28 mai 1861, [*J. des trib. de comm.*, t. 10, p. 410] — Trib. Seine, 8 nov. 1887, [*J. Le Droit*, 7 déc. 1887]

149. — Et l'arrêt qui qualifie de commissions les conventions intervenues dans ces conditions, les dénature et encourt par suite la cassation. — Cass., 4 juin 1860, précité.

150. — Jugé, également, qu'il y a lieu de considérer comme ayant le caractère d'une participation le traité passé entre l'auteur d'un ouvrage littéraire et un imprimeur, par lequel celui-ci s'engage à imprimer l'ouvrage dont il s'agit à un nombre déterminé d'exemplaires, moyennant le partage égal avec l'auteur des bénéfices ou des pertes éventuelles de l'entreprise et prélèvement fait au profit de l'imprimeur des frais sur les bénéfices. — Paris, 16 févr. 1844, Kleffer, [S. 45.2.612, P. 44.1.379]

151. — ... La convention aux termes de laquelle le propriétaire de tableaux les remet à un marchand dans le but de les vendre, les bénéfices devant être partagés entre les parties. — Paris, 28 mai 1861, [*J. des trib. de comm.*, 61.411]

152. — ... La convention par laquelle des créanciers se réunissent pour donner à leur débiteur les moyens de continuer son commerce en s'engageant à supporter les pertes suivant une proportion déterminée, spécialement par portions égales. — Metz, 25 mars 1858, sous Cass., 11 mai 1859, Gontaut, [P. 60.273]

153. — En tout cas, une telle convention est licite et doit, par suite, recevoir son exécution entre les parties, qu'elle constitue une association en participation ou une société en nom collectif. — Cass., 11 mai 1859, Gontaut, [P. 60.273, D. 59.1.455]

154. — ... La convention par laquelle deux parties fondent, pour une durée déterminée, une maison de commerce que l'une doit gérer seule en y consacrant son temps et ses soins, tandis que l'autre y apporte le matériel et les marchandises dont elle se réserve d'être le fournisseur exclusif. — Cass., 18 mai 1896, Marie-Netter, [D. 97.1.249]

155. — Par suite, il y a lieu d'annuler cette association, comme constituant une société léonine, lorsque le contrat a mis l'apport de l'un des associés à l'abri de tous risques commerciaux ou quelconques, en lui assurant une prime de tant pour cent sur les ventes et a laissé l'autre supporter seul les charges et pertes du négoce exercé en son nom. — Même arrêt.

156. — Et l'on ne saurait, pour valider l'avantage ainsi fait à l'un des associés, le considérer comme formant, par addition aux intérêts stipulés dans l'acte, la rémunération d'avances en argent, attendu que le loyer de l'argent, bien que libre en matière commerciale depuis la loi du 12 janv. 1886, ne peut consister qu'en un tant pour cent du capital prêté. — Même arrêt.

157. — L'association en participation peut d'ailleurs avoir pour seul but l'achat en commun de certaines choses, sans revente en commun, et seulement dans la vue de partager ensuite en nature les objets achetés. Spécialement, la convention par laquelle plusieurs marchands se réunissent et chargent l'un d'eux d'acheter à une vente publique des choses qui font l'objet de leur commerce, pour se partager entre eux ces choses en nature, constitue une association en participation. — Cass., 4 déc. 1839, Bonis, [S. 39.1.897, P. 39.2.563] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 450; Delangle, n. 616; Dutruc, v° *Société*, n. 1437; Troplong, n. 487; Alauzet, t. 2, n. 606. — *Contrà*, Malepeyre et Jourdain, p. 262.

158. — Le même caractère devrait être reconnu à un marché de fournitures, notamment à un marché de fournitures de fourrages, effectué de compte à demi entre deux ou plusieurs personnes. — Cass., 26 août 1879, Galimon, [S. 79.1.454, P. 79.1191, D. 80.1.120]

CHAPITRE II.

CONSTITUTION ET PREUVE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

Section I.

Constitution de l'association en participation.

159. — « L'association en participation », porte l'art. 48, C. comm., « a lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les parties ». C'est la liberté la plus entière laissée aux parties.

160. — I. *Règles de fond.* — L'association en participation étant une société ne peut se former sans les éléments nécessaires à l'existence de toute société : consentement, intérêt commun, apport, objet licite. — Pour l'étude de ces conditions, V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 1 et s., 139 et s.

161. — Toute association ayant un objet ou une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sera donc frappée de nullité : il en sera ainsi de la participation formée en vue d'acheter et d'exploiter un office ministériel, une charge d'huissier, de notaire, d'avoué (V. *suprà*, v° *Office ministériel*, n. 156 et s. — Poulle, n. 89 et s. pour les agents de change, V. *suprà*, v° *Agent de change*, n. 97 et s.).

162. — Une association ayant pour objet le jeu de Bourse, la spéculation, c'est-à-dire des opérations faites sur des effets publics ou certaines marchandises et devant se solder par de simples différences serait-elle valable? La négative n'était pas douteuse avant la loi du 27 mars 1885. — Paris, 27 déc. 1875, [*J. des trib. de comm.*, t. 25, p. 279]

163. — Elle ne l'est pas davantage, selon nous, depuis la loi de 1885. Cette loi n'a voulu valider que les marchés à terme ordinaires conçus dans la forme ordinaire de ces conventions avec stipulation et date de livraison des titres ou des marchandises : elle n'a eu d'autre but que de soustraire ces marchés à l'action en nullité sous prétexte que leurs énonciations seraient mensongères. Elle n'a jamais entendu donner force obligatoire aux conventions qui affecteraient la forme d'un pari pur et simple, où l'on stipulerait par exemple que l'acheteur ne pourra pas exiger la livraison des marchandises ou des titres vendus. Dès lors, l'association en participation qui aurait pour objet des marchés à terme ordinaires sera bien valable : mais sera au contraire nulle celle dont l'objet ne serait autre que des paris sur la hausse ou la baisse des valeurs. — Sur cette distinction, V. *suprà*, v° *Jeu et pari*, n. 280 et s.; Frerejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 243.

164. — Une société d'assurances mutuelles ne pourrait davantage être établie sous forme d'association en participation, car celle-ci, à la différence de la société d'assurances mutuelles, a pour but essentiel la réalisation et le partage de bénéfices. — Poulle, n. 83; Bédarride, t. 2, n. 276.

165. — Pour la même raison, la jurisprudence a refusé de voir une association en participation dans la réunion de plusieurs personnes pour la création et la gestion d'un cercle. — Trib. comm. Seine, 12 mai 1886, [*J. des trib. de comm.*, t. 36, p. 222]

166. — Il en est de même des tontines dont le but n'est pas tant la réalisation et le partage des bénéfices, que le placement d'une mise en commun à fonds perdus au profit d'un dernier survivant, ce fonds commun restant d'ailleurs inaliénable. — Saglier, *Des associat. comm. en participat.*, p. 97; Poulle, *op. cit.*, n. 84.

167. — Au contraire, des sociétés d'assurances à prime pourraient être constituées sous forme d'association en participation, puisqu'il peut y avoir des bénéfices à répartir. — Saglier, n. 97; Poulle, n. 85; Ruben de Couder, n. 33, § 21.

168. — Une association en participation peut être formée entre sociétés commerciales comme entre simples particuliers : on les appelle alors plus spécialement syndicats de participation.

169. — L'association aura d'ailleurs une existence propre, distincte de celle des sociétés qui la composent, sans leur emprunter la moindre personnalité; il y aura un ou plusieurs gérants de l'opération qui seuls seront connus des tiers.

170. — Ces syndicats sont le plus fréquemment constitués : 1° pour la constitution d'une société par actions; les sociétés syndiquées en seront les fondateurs et en deviendront les actionnaires; 2° pour l'achat d'actions ou d'obligations en vue de les revendre avec une prime; 3° pour l'achat d'une société en liquidation ou en faillite en vue de la liquider au bénéfice des sociétés syndiquées; 4° pour la création et l'exploitation de grandes entreprises auxquelles elles coopéreront sous des formes diverses, par l'entremise du gérant de la participation. — V. Alauzet, t. 1, n. 407; Deloison, t. 1, n. 151. — Sur les syndicats d'émission de titres, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 2587 et s., 2985 et s. — Sur les syndicats de production (*cartels, trusts*, etc.), V. *suprà*, n. 84 et s.

171. — En ce qui concerne les proportions d'intérêts, les associés jouissent de la latitude la plus grande; il ne faut pas cependant oublier la règle d'ordre publiée en vertu de laquelle toute société léonine est nulle (V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 303 et s.). Il faudra donc appliquer à la participation les règles posées à cet égard pour les sociétés civiles ; en l'absence de conventions contraires, le principe sera la contribution aux bénéfices et aux pertes par parts proportionnelles à l'importance des mises. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 242 et s.

172. — Les parties seront également libres de régler comme elles l'entendront le fonctionnement de l'association, notamment pour ce qui concerne la nomination et les pouvoirs du gérant.

173. — II. *Règles de forme.* — Aucune forme n'est imposée pour la constitution d'une association en participation ; c'est un contrat purement consensuel, aucun écrit n'est nécessaire (C. comm., art. 48). De même il serait contraire à son caractère occulte qu'elle fût accompagnée d'une publicité quelconque. — Cass., 4 déc. 1860, Havas, [S. 62.1.575, P. 62.1020, D. 60.1.302]; — 21 juin 1864, Joannon, [S. 64.1.317, P. 64.1057, D. 64.1.389] — Paris, 27 janv. 1876, De Jouvenel, [S. 80.2.11, P. 80.95, D. 79.2.74] — Douai, 13 juill. 1877, Dutrecq, [S. 77.2.199, P. 77. 854] — *Sic*, Ruben de Couder, n. 23; Dutruc, n. 1448; Vavasseur, t. 1, n. 317; Poulle, n. 55 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1055.

174. — Nous avons examiné *suprà*, n. 121 et s., la question de savoir si l'association en participation pourrait être constituée en actions négociables. La négative, avons-nous dit, se fonde sur cette circonstance qu'une société par actions cesserait d'être occulte. — Vavasseur, t. 2, n. 355 ; Poulle, n. 313.

175. — Nous avons combattu cette opinion. Il n'est pas exact de dire, avons-nous fait observer, que l'association cesserait d'être occulte par le fait même de l'émission des actions; il ne faut pas en effet exagérer ce caractère occulte ; société occulte ne veut pas dire société *secrète*. Sans doute par l'émission des actions, l'association recevra une certaine publicité : mais il suffit que le public ait été averti qu'il ne s'agissait que d'une participation, et n'ait pas été trompé sur le véritable caractère de l'association.

176. — Conformément à cette opinion, il a été décidé que constitue une association en participation la société formée entre des entrepreneurs de roulage qui, en réservant la propriété de leurs maisons, se sont associés pour une exploitation commune et ont divisé en cent parts cette communauté d'intérêts. — Rennes, 28 janv. 1858, Mazurie, [S. 56.2.20, P. 56.2.423, D. 56. 2.183]

177. — . . La participation formée entre propriétaires de navires de pêche avec faculté pour chacun de se retirer de l'association en cédant sa part. — Rennes, 26 janv. 1867, sous Cass., 13 juill. 1868, Allenon, [D. 69.1.137]

178. — De même encore, la cour de Paris, par arrêt en date du 28 déc. 1898, [*Gaz. des Trib.*, 99.2.317], a reconnu la validité de la création, par une participation, de parts bénéficiaires au porteur, alors surtout qu'aucune valeur nominale ne leur avait été attribuée.

Section II.

Preuve de l'association en participation.

179. — Aux termes de l'art. 49, C. comm., « les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise ». Le législateur a simplement voulu reproduire ici la doctrine générale de l'art. 109, C. comm., en matière de contrats commerciaux. Il autorise les parties à établir la vérité des faits qu'elles allèguent par tous les moyens et notamment par témoins, ou tout au moins il accorde au juge le pouvoir d'admettre ce dernier mode de preuve dans tous les cas possibles. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1055; Houpin, t. 1, n. 253. — V. aussi Cohendy et Darras, *C. comm. ann.*, sur l'art. 109.

180. — Il est à remarquer d'ailleurs que l'art. 49, exclusivement relatif aux participations ayant pour objet des actes de commerce, ne s'applique pas aux participations civiles. Ces dernières [illegible] ne peuvent être prouvées que par écrit, conformément à l'art. 1834, C. civ., lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 fr. — Vavasseur, t. 1, n. 318; Poulle, n. 120. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 66.

181. — Mais, si la participation est commerciale, l'art. 49 ne comporte aucune distinction ; il doit donc être appliqué non seulement aux rapports des parties entre elles, mais encore aux rapports des parties avec les tiers. — Alauzet, t. 1, n. 418, p. 571 ; Ruben de Couder, n. 13 ; Dutruc, n. 144 ; Rousseau, t. 2, n. 1788 et 1789 ; Poulle, n. 107 à 119 ; Vavasseur, t. 1, n. 318.

182. — C'est dire que la participation commerciale pourra être prouvée : 1° Au moyen d'un *acte écrit* : cette solution est certaine malgré le silence de l'art. 49. — Bédarride, t. 2, n. 466; Pont, t. 2, n. 1816; Deloison, t. 2, n. 556; Ruben de Couder, n. 14 et s.; Rousseau, t. 2, n. 1790; Poulle, n. 121 et s.

183. — D'ailleurs, à ce point de vue, la rédaction de l'écrit sera soumise aux règles générales de rédaction : il faudra donc qu'on se soit conformé aux prescriptions de l'art. 1325, c'est-à-dire qu'il y ait autant d'originaux que d'intérêts distincts : l'écrit ne vaudra comme preuve qu'à cette condition, mais bien entendu il sera loisible au juge d'admettre les autres moyens de preuve, ou même de considérer cet écrit irrégulier comme un commencement de preuve par écrit ou comme une présomption. — Pont, t. 2, n. 1827 ; Dutruc, n. 1446; Ruben de Couder, n. 15; Poulle, n. 122 et 123; Deloison, t. 2, n. 556; Bédarride, t. 2, n. 466; Rousseau, t. 2, n. 1790. — V. cependant Houpin, t. 1, n. 253.

184. — Jugé, en ce sens, que l'art. 1325, C. civ., sur la nécessité des écrits doubles, triples, etc., pour constater des conventions synallagmatiques sous seing privé, est applicable même aux matières commerciales, notamment à une société en participation. — Colmar, 28 août 1816, Giovanelli, [S. et P. chr.]

185. — Un acte authentique n'est jamais exigé. La constatation par acte authentique d'une société, fût-ce une simple association en participation, formée entre un défunt et l'un de ses successibles, est seulement une condition impérieuse de la dispense de rapport, par le successible, des bénéfices qu'il a réalisés dans cette société. A défaut d'un tel acte, ce dernier est donc tenu de rapporter les bénéfices dont il s'agit, quand même l'existence de la société serait d'ailleurs certaine et qu'il ne serait argué d'aucune fraude. — Paris, 3 août 1860, sous Cass., 19 nov. 1861, Maillard, [S. 62.1.145, P. 62.399, D. 62.1.140]

186. — Mais en un tel cas, il y a lieu d'accorder au successible une indemnité pour sa participation aux affaires sociales, et le chiffre de cette indemnité est fixé souverainement par le juge. — Même arrêt.

187. — Cette indemnité peut même être évaluée à l'intégralité des bénéfices, si les juges reconnaissent en fait que ces bénéfices ne constituent que la représentation, soit du concours du successible aux affaires sociales, soit des risques commerciaux courus par ses capitaux. — Cass., 17 août 1864, Conti, [S. 65.1.121, P. 65.268, D. 65.1.304]

188. — 2° Par les *livres de commerce* des parties. Peu importe qu'il s'agisse des livres obligatoires ou des livres auxiliaires. — Bédarride, n. 458.

189. — Si les livres sont tenus régulièrement, ils feront preuve complète (C. comm., art. 12); sinon ils peuvent du moins constituer des présomptions, qui seront appréciées souverainement par le juge. — Bédarride, n. 459. — Ainsi, les tribunaux de commerce peuvent admettre à titre de présomptions, pour établir l'existence d'une association en participation, des livres de commerce irréguliers, par exemple des livres non visés ni parafés. — Cass., 3 janv. 1860, Bringuier, [S. 60.1.380, P. 60.8, D. 60.1.222]

190. — Jugé également que l'existence d'une telle société peut être reconnue et déclarée d'après les livres, calculs et observations respectives des parties, encore qu'il soit prétendu par l'une d'elles que les livres représentés par son adversaire n'ont aucune authenticité (C. comm., art. 49). — Aix, 1er mai 1818, Lieutard, [S. et P. chr.]

191. — Mais, comme nous l'avons déjà fait observer, l'art. 49, C. comm., a voulu simplement renvoyer aux principes généraux : les moyens de preuve qu'il autorise ne seront donc reçus que dans les conditions du droit commun. La conséquence logique est que les livres ne pourront être utilisés par un commerçant en vue de prouver l'existence de la participation avec un non-commerçant. — V. Aix, 1er juill. 1873, sous Cass., 18 mars 1874, Simonnet, [D. 76.1.279] — V. *suprà*, v° *Livres de commerce*, n. 167 et s.

192. — 3° Par la *preuve testimoniale*. La loi donne au juge le pouvoir d'admettre la preuve par témoins indépendamment de tout commencement de preuve par écrit : mais c'est simplement une faculté accordée au juge ; les parties ne pourront pas *de plano* administrer la preuve testimoniale, il faut que le juge les y autorise. — Cass., 30 avr. 1828, [S. et P. chr.]; — 30 juill. 1877, Rougier, [S. 77.1.473, P. 77.1239, D. 78.1.290]; — 29 avr. 1890, Roberteau, [S. et P. 93.1.511, D. 92.1.10] — Orléans, 11 août 1887, [Rec. des arr., n. 2] — Bédarride, t. 2, n. 461; Ruben de Couder, n. 11; Poulle, n. 115; Vavasseur, t. 1, n. 318; Rousseau, t. 2, n. 1787; Houpin, t. 1, n. 253.

193. — Jugé, à cet égard, que l'art. 49, C. comm., accordant au juge la faculté d'admettre telle preuve qu'il juge convenable pour établir l'existence d'une société en participation, il n'appartient pas à la Cour de cassation d'apprécier le mérite des faits qui ont déterminé les juges à reconnaître l'existence de cette société. — Cass., 26 mars 1817, Hom, [S. et P. chr.]; — 29 avr. 1890, précité.

194. — 4° La preuve testimoniale étant recevable, il en résulte que l'existence de l'association en participation peut aussi être prouvée au moyen de simples *présomptions*, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, conformément à l'art. 1353, C. civ. — Cass., 21 mars 1876, Dumont frères, [D. 76.1.198]; — 30 juill. 1877, précité; — 29 avr. 1890, précité. — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1819; Saglier, p. 142; Boistel, n. 368; Ruben de Couder, n. 16; Poulle, n. 128. — V. *infrà*, n. 199 et 200.

195. — 5° Par l'*aveu* ou le *serment*, dans les termes du droit commun. Jugé, à cet égard, que celui qui, assigné en délaissement ou en paiement du prix d'immeubles provenant d'une association en participation dont il n'existe aucune preuve, en avoue l'existence, mais déclare en même temps que les comptes de cette association ont été réglés et qu'il s'est complètement libéré, fait un aveu indivisible, en sorte qu'on ne peut se fonder sur la première partie de son aveu pour y trouver la preuve de l'association, et en rejeter l'autre partie pour prétendre qu'il est tenu de prouver sa libération. — Cass., 30 juill. 1862, Delacon, [S. 63.1.136, P. 63.658, D. 65.1.304] — Sur l'indivisibilité de l'aveu, V. *suprà*, v^is^ *Aveu*, n. 180 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1356, n. 31 et s.

196. — Jugé également qu'une société en participation, échappant à la formalité de l'écriture, peut être prouvée contre la partie qui la dénie par ses aveux antérieurs dans un essai de règlement de compte. — Colmar, 21 mai 1813, Weil, [S. et P. chr.]

197. — Les règles que nous venons de poser s'appliquent non seulement à la preuve de la constitution de la société, mais encore à la preuve des modifications ultérieures que peut recevoir le pacte social, de la retraite d'un des participants ou de la dissolution de l'association. — V. Bordeaux, 29 mars 1887, Condemine, [S. 89.2.33, P. 89.1.215, D. 88.2.228] — Alauzet, t. 1, n. 1419; Pont, n. 1818 et 1821; Rousseau, t. 2, n. 1785, 1792, 1849; Vavasseur, t. 1, n. 318; Deloison, t. 2, n. 556; Ruben de Couder, n. 21; Poulle, n. 129; Saglier, p. 142.

198. — Jugé à cet égard qu'en matière de sociétés en participation, la preuve testimoniale est admissible, même de la part des tiers, à l'effet d'établir non seulement l'existence de cette société, mais encore à l'effet d'établir que des opérations faites par l'un des associés ont eu lieu pour le compte même de la société, et non pour le compte personnel de cet associé. — Paris, 19 avr. 1833, Roger et Chavance, [S. 33.2.290, P. chr.]

199. — ... Que la dissolution d'une société en participation peut être prouvée par tous les mêmes genres de preuve que la loi admet pour constater son existence, c'est-à-dire, à défaut de convention écrite, par la preuve testimoniale ou à l'aide de simples présomptions, alors même que la société aurait été formée par un acte sous signature privée. — Cass., 10 janv. 1831, Balathier, [S. 32.1.207, P. chr.]

200. — ... Que les juges ont pu, sur le fondement de simples présomptions et par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, déduire de ces faits et documents l'existence d'un accord intervenu entre les associés pour laisser à l'un d'eux le pouvoir de régler la proportion suivant laquelle les bénéfices seraient partagés. — Cass., 30 juill. 1877, Rougier, [S. 77.1.473, P. 77.1239, D. 78.1.290]

201. — ... Et qu'ils ont pu également fixer la part de l'un des associés dans les bénéfices d'après les déclarations de l'autre, si, d'un côté, ils constatent l'existence de l'accord qui conférait à ce dernier le pouvoir d'opérer le règlement des parts, et si,

d'un autre côté, la perte allouée est proportionnelle à la mise de celui qui la reçoit. — Même arrêt.

202. — ... Qu'on peut établir par toute espèce de moyens la part revenant à chacun de ces participants, et qu'à cet égard les juges sont investis d'un pouvoir d'appréciation souverain. — Cass., 29 avr. 1890, précité.

203. — ... Que si, en principe, les associations en participation n'ont pas de siège social dans le sens de l'art. 59, § 5, C. proc. civ., les associés peuvent, néanmoins, se constituer un domicile social distinct du domicile réel de chacun d'eux et attributif de juridiction pour les difficultés qui pourront surgir entre eux ; et que la preuve de la convention intervenue à cet égard peut être établie soit par un acte synallagmatique ordinaire, soit par l'un des modes de preuve admis en matière d'association en participation par les art. 48 et 49, C. civ. — Cass., 6 mars 1877, Sarlin, [S. 77.1.253, P. 77.645, D. 77.1.103] — Bordeaux, 29 mars 1887, précité.

204. — Et les juges du fait ont pu décider, par une appréciation souveraine des circonstances, que le siège social, constitué par une société en participation, s'était appliqué par une extension naturelle à diverses opérations qui s'y étaient successivement rattachées. — Cass., 6 mars 1877, précité.

205. — Il est à remarquer, d'ailleurs, que les différents modes de preuve ci-dessus énumérés peuvent également être invoqués par les tiers, lorsqu'ils ont intérêt à établir soit l'existence, soit les conditions d'une participation. — Paris, 19 avr. 1833, précité. — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1814; Alauzet, t. 1, n. 418; Rousseau, t. 2, n. 1788; Ruben de Couder, n. 13; Vavasseur, t. 1, n. 318; Poulle, t. 2, n. 1814; Houpin, t. 1, n. 253. — V. cependant Bédarride, t. 1, n. 462.

CHAPITRE III.

FONCTIONNEMENT ET EFFETS DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

206. — Nous étudierons dans deux paragraphes les effets de l'association en participation dans les rapports des participants entre eux, et dans leurs rapports avec les tiers.

SECTION I.

Effets de l'association en participation dans les rapports des participants entre eux et avec le gérant.

207. — Tous les effets de l'association dans les rapports des participants entre eux découlent de ces deux idées essentielles : 1° l'association en participation est, entre les parties, une véritable société; 2° elle ne constitue pas une personne morale.

§ 1. *L'association en participation est*, inter partes, *une véritable société.*

208. — Ce caractère, nous l'avons déjà dit, et nous ne saurions trop y insister, n'existe *que dans les rapports des associés entre eux.* Mais il en résulte que l'association en participation produira à leur égard les effets ordinaires du contrat de société (C. civ., art. 1843 à 1862), sauf dérogations provenant tacitement ou expressément de la convention des parties, ou de la nature propre de notre contrat. Voici les principales conséquences de ces principes :

209. — 1° L'association en participation étant une société, chacun des associés doit effectuer, aux échéances convenues, le versement de l'apport qu'il a promis. — Pont, t. 2, n. 1829; Houpin, t. 1, n. 254.

210. — Le gérant de la participation a qualité pour exiger, de chacun des participants, le versement de sa mise. Ainsi, lorsque, dans une opération de compte à demi, l'un des associés s'est engagé à avancer toutes les sommes nécessaires pour faire face aux opérations engagées, l'associé-gérant peut le contraindre judiciairement à exécuter cette promesse. — Aix, 16 mai 1868, Cadde, [S. 70.2.332, P. 70.1199, D. 70.2.48]

211. — Mais le liquidateur d'une association en participation, nommé par justice avec mission d'assurer et régler les comptes résultant entre les associés de cette participation, n'a pas qualité pour poursuivre contre un associé, qui avait promis un apport au gérant de la participation, le recouvrement de cet apport, en vue d'éteindre le passif social.

212. — Le liquidateur n'a, en pareil cas, d'autre rôle que d'établir la situation respective des intéressés, sauf à celui d'entre eux qui resterait créancier de ses cointéressés, à poursuivre celui-ci. — Bordeaux, 8 juill. 1889, Pérard, [S. 90.2.208, P. 90.1.1189] — Sur la question de savoir à qui appartient la propriété des apports, V. *infrà*, n. 247 et s.

213. — 2° Aux termes de l'art. 1846, C. civ., « l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit, et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée, le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu ». Faudra-t-il appliquer cette disposition à l'associé en participation en retard pour effectuer son apport ?

214. — La négative est généralement enseignée. On prétend que l'art. 1846, C. civ., suppose forcément l'existence d'un fonds social, d'un être moral jouant le rôle de créancier au profit duquel la loi fait courir les intérêts de plein droit. Ceci ne peut se concevoir pour l'association en participation qui n'est pas un être moral. A qui l'associé en retard pourrait-il bien devoir les intérêts ? Il pourra simplement y avoir lieu à une demande de dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'inexécution de l'obligation. — Pont, t. 2, n. 1836; Alauzet, t. 1, n. 411, p. 558 ; Vavasseur, t. 1, n. 319; Rousseau, t. 2, n. 1808; Poulle, n. 134 à 137; Houpin, t. 1, n. 255.

215. — Nous croyons préférable l'opinion contraire. L'art. 1846 n'est nullement une conséquence de la personnalité morale; la meilleure preuve c'est qu'il a été écrit au sujet de la société civile, et que les auteurs mêmes qui combattent notre interprétation, admettent que la société civile ne constitue pas une personne morale (V. *suprà*, v° *Société (en général)*, n. 517). L'art. 1846 est simplement une conséquence de l'idée de société. Or nous savons que l'association en participation est une véritable société : au lieu d'avoir la société, être moral, comme créancière, l'associé en retard sera le débiteur de ses coassociés. N'y a-t-il pas au surplus une contradiction à soutenir, d'une part, que les intérêts légaux ne seront pas dus de plein droit parce qu'il n'y a pas de créancier, et à admettre ensuite qu'il pourra y avoir une demande de dommages-intérêts ? Ce sont bien les coassociés qui devront faire cette demande. — Delangle, n. 617; Ruben de Couder, n. 52. — V. Poitiers, 15 mai 1822, Dufour, [P. chr.]

216. — 3° Si l'associé a effectué son apport, ou fourni des fonds nécessaires à l'opération, a-t-il droit à l'intérêt de ses avances du jour où il les a faites ? Dans ses arrêts les plus récents, la Cour de cassation a admis que l'art. 2001, C. civ., aux termes duquel « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées », est applicable à l'associé. — Cass., 21 juill. 1884, Collette, [S. 86.1.291, P. 86.1.708, D. 85.1.471]; — 26 mars 1901, Mauvais, [S. et P. 1901.1.216, D. 1901.1.384] — V. en ce sens, Guillouard, *Tr. du contr. de soc.*, n. 166; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2° éd., n. 215.

217. — Toutefois, la majorité des auteurs, se fondant sur les caractères de la société en participation, décide que l'associé en participation n'a pas droit aux intérêts de ses avances avant d'avoir formé une demande en justice, conformément à l'art. 1153, C. civ. — Cass., 11 mai 1857, Sorel, [S. 57.1.843, P. 58.762, D. 57.1.303] — Poitiers, 15 mai 1822, précité. — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 319; Ruben de Couder, n. 53; Poulle, n. 139; Houpin, t. 1, n. 255, p. 210; Rousseau, t. 2, n. 1807. — Depuis la loi du 7 avr. 1900 on ferait, dans cette opinion, courir les intérêts à dater de la sommation.

218. — Spécialement jugé que l'armateur, non propriétaire du navire ou de la cargaison, mais créancier du fret et des frais d'armement, n'a droit à l'intérêt des sommes qui lui sont dues qu'à partir du jour de la demande; encore bien qu'après la perte du navire et de la cargaison, il dût être payé avec une indemnité attribuée aux propriétaires de l'un et de l'autre et qui serait elle-même exceptionnellement productive d'intérêts à partir d'une époque antérieure. — Cass., 7 août 1838, Glaize, [S. 38.1.691, P. 38.2.422]

219. — En tout cas, lorsqu'une société en participation, débitrice d'une autre société en participation, a été libérée de la moitié de sa dette, non productive d'intérêts, par une avance que lui a faite le gérant de la participation débitrice avec ses deniers propres, mais que, d'autre part, l'autre moitié n'ayant

pas été payée à l'échéance, la société débitrice est devenue aussi débitrice des intérêts y afférents en vertu d'une demande en justice du solde de la créance, il appartient aux juges du fond de déclarer, par appréciation des circonstances, qu'au moment de l'introduction de cette demande, si la première moitié n'avait pas été antérieurement avancée par le gérant, elle aurait été comprise dans la demande du solde et serait devenue ainsi productive d'intérêts en même temps et dans les mêmes conditions que la seconde moitié. — Cass., 20 mars 1900, Gautreau, [S. et P. 1902.1.321, et la note de M. Wahl, D. 1902.1.477]

220. — Et, dans ce cas, les juges du fond décident à bon droit que le gérant, qui a fait l'affaire de ses associés en éteignant la dette sociale, doit être indemnisé par eux dans la mesure de l'avantage que ces débours leur ont procuré, et que, par suite, son compte dans l'association doit être crédité, non seulement de la somme principale par lui avancée, mais encore des intérêts de cette somme à partir de ladite demande en justice, par application de la règle posée dans l'art. 2001, C. civ. — Même arrêt. — Ici, les deux systèmes aboutissent à des résultats identiques, la demande en justice étant nécessaire en pareil cas, à l'effet de constater le montant des avances alléguées.

221. — 4° Lorsqu'un des associés aura employé pour son usage personnel des fonds de l'association, en devra-t-il les intérêts de plein droit? On répond en général par la négative à raison de la nature spéciale de l'association en participation : pourvu que les associés encaissent le résultat de l'opération, peu leur importe que certaines sommes aient été employées par l'un d'eux à son usage personnel. Le but particulier de notre contrat entraînerait cette dérogation au principe posé par l'art. 1846-2° en matière de sociétés. — Cass., 11 mai 1857, précité. — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 319; Alauzet, t. 1, n. 411, p. 558; Rousseau, t. 2, n. 1809; Poulle, n. 138. — *Contrà*, Rennes, 6 mai 1835, Brizon, [P. chr.] — Paris, 15 mai 1868, [*J. des trib. de comm.*, t. 18, p. 175] — Ruben de Couder, n. 52.

222. — Si l'association en participation avait pour objet une seule opération, de courte durée, nous admettrions volontiers cette opinion; mais il est reconnu aujourd'hui que tel n'est pas son caractère et qu'elle peut avoir pour objet des opérations multiples et de longue durée. A cet égard il n'y a donc pas de différence entre elle et la société ordinaire, et il n'y a pas de raison d'écarter le deuxième alinéa de l'art. 1846, alors surtout qu'on applique le premier. Dans tous les cas, nous croyons qu'il faudrait l'appliquer si cet acte de l'associé avait eu pour conséquence de nuire à l'opération.

223. — 5° Autrefois les difficultés sur les associations commerciales en participation étaient, comme celles qui se produisaient dans toutes autres sociétés commerciales, du domaine de l'arbitrage forcé (C. comm., art. 51). — Bordeaux, 4 juill. 1831, Sarny, [S. 31.1.339, P. chr.] — Bruxelles, 27 déc. 1810, Deboy, [S. 31. 2.339, P. chr.] — V. Cass., 28 mars 1816, Barillon, [S. chr.]

224. — Cet intérêt a disparu depuis la loi du 17 juill. 1856 ; les parties ne pourraient même pas, par une convention expresse, stipuler à l'avance que les contestations qui s'élèveront entre elles au sujet de l'exécution du pacte seront dévolues à des arbitres. Il y aurait en effet là un pacte compromissoire, nul aux termes de l'art. 1006, C. proc. civ. — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 315 et s.

225. — Il leur serait seulement loisible, en présence d'une contestation née et actuelle, de déférer par un compromis spécial le litige à des arbitres, si d'ailleurs les parties engagées dans l'instance avaient toutes la capacité de transiger.

226. — 6° L'association en participation a, en principe, *un gérant*. Ici d'ailleurs, comme dans toute autre société, la gestion peut être confiée soit à un seul participant, soit à plusieurs, soit même à tous. Seulement les gérants doivent agir *en leur nom personnel*, sous peine de dénaturer la participation et de la transformer en une société en nom collectif. — Paris, 27 janv. 1876, De Jouvenel et consorts, [S. 80.2.11, P. 80.95, D. 79.2.74] — Sur la gestion des sociétés en nom collectif, V. *suprà*, v° *Société comm.*, n. 1101 et s. — Sur l'immixtion des participants non gérants dans la gestion et ses conséquences, V. *infrà*, n. 335 et s.

227. — Le gérant peut également (comme dans la société en nom collectif) être étranger à la participation. Jugé à cet égard que les participants peuvent charger un non participant de gérer la société et spécialement de contracter un emprunt pour son compte, et que ce gérant n'oblige que ses mandants et non lui-même vis-à-vis des tiers, conformément aux principes généraux du mandat, s'il leur a fait connaître la nature et les conditions de ses pouvoirs. — Cass., 3 déc. 1890, Synd. faill. de la Banque nationale, [S. et P. 94.1.389, D. 91.1.47]

228. — Le gérant peut aussi charger un mandataire, participant ou non, de diriger les affaires de la participation en ses lieu et place. Ce mandataire ne s'oblige pas personnellement à l'égard des tiers, conformément au droit commun, mais il peut, dans certains cas tout au moins, être considéré comme un mandataire substitué du gérant et poursuivi directement par les participants. — Rouen, 31 mars 1874, Castillon, [D. 76.2.71] — Sur le *mandataire substitué*, V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 412 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1994, n. 1 et s.

229. — En dehors de sa part dans les bénéfices, le gérant peut-il prétendre à une rémunération? L'affirmative est généralement admise. Jugé en ce sens que l'associé, gérant d'une participation, a droit à une rémunération, dont le juge peut arbitrer le chiffre quand il n'a pas été fixé par les parties. — Rennes, 29 avr. 1881, sous Cass., 1er août 1883, Ménard, [S. 86.1.20, P. 86.1.31, D. 84.1.357] — V. Douai, 1er mars 1850, Tutrice, [D. 50.2.190] — *Sic*, Ruben de Couder, v° *Société en nom collectif*, n. 256. — V. aussi en ce sens, Vavasseur, t. 1, n. 174; Pont, t. 2, n. 1348; Poulle, n. 205. — ... à moins toutefois qu'il ne résulte des circonstances que les associés n'ont voulu lui attribuer que sa part dans les bénéfices. — Mêmes auteurs.

230. — Décidé cependant, en sens contraire que le gérant coparticipant n'a pas droit à la commission sur les opérations qu'il fait pour la participation, mais qu'il peut seulement réclamer ses dépenses et les intérêts de ce dont il est reconnu créditeur depuis la date de clôture des opérations ainsi gérées. — Paris, 25 mars 1861, [*J. des trib. comm.*, t. 10, p. 360] — V. Houpin, t. 1, n. 260. — En somme, c'est là une question d'interprétation du contrat et de la volonté des parties.

231. — Quels sont les pouvoirs et les obligations du gérant? Le gérant est un mandataire : c'est lui qui traitera avec les tiers et sera seul responsable vis-à-vis d'eux, comme on le verra. S'il a fait un acte rentrant dans les limites de ses pouvoirs, les participants seront tenus d'en accepter toutes les conséquences quelles qu'elles soient; si au contraire il a outrepassé les termes de son mandat les associés pourront se refuser à subir les conséquences de l'acte accompli. Le point de savoir si le gérant a ou non excédé les limites de son mandat est une question de fait que le juge devra résoudre d'après la convention ou d'après l'intention des parties. — Sur les pouvoirs du gérant dans la société en nom collectif, V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 1119 et s.

232. — C'est ainsi que le gérant peut vendre les biens composant l'actif social, si du moins il en a la propriété (V. *infrà*, n. 247 et s). — Cass., 5 mai 1858, Bibas, [S. 59.1.223, P. 58. 1206] — Houpin, t. 1, n. 259; Poulle, n. 193; Ruben de Couder, v° *Soc. en part.*, n. 67.

233. — Mais lorsqu'aux termes d'un contrat de participation, les gérants ne devaient effectuer aucune réalisation des marchandises, objet de la participation, sans que les autres participants eussent été consultés sur son opportunité, et sans que les prix eussent été fixés d'accord avec eux, la vente de toutes les marchandises, que les gérants ont faite sans en aviser leurs coassociés, au cours de pourparlers engagés avec ceux-ci pour une demande d'avances, n'est pas régulière et valable à l'égard de ces coassociés, qui peuvent s'opposer à ce que les résultats en soient portés sur le compte de la participation. — Cass., 24 mars 1903, Ricard, [S. et P. 1903.1.456]

234. — Jugé, d'autre part, que les associés en participation ne sauraient se plaindre de ce que des ventes portant sur des marchandises avariées ont été opérées par le gérant de la société pour un prix au-dessous du cours, alors qu'il résulte des constatations souveraines des juges du fait que ces ventes ont eu lieu d'accord avec le liquidateur commis à l'abandon des biens des coassociés, au su de ces derniers eux-mêmes, et que la réalisation de ce prix a été un acte d'administration nécessaire, sage et avantageux. — Cass., 20 mars 1900, Gautreau, [S. et P. 1902.1.321, et la note de M. Albert Wahl, D. 1902.1.477]

235. — ... Que le gérant (qui est en même temps le banquier) d'une société en participation, qui, selon les constatations souveraines des juges du fond, s'est exonéré de la garde d'un capital appartenant à la participation, en le plaçant à une société de crédit sous la forme d'un compte de dépôt productif d'intérêts,

et qui l'a fait avec l'assentiment du commissaire nommé à la liquidation de l'actif de ses coparticipants, ledit commissaire usant des pouvoirs qu'il tenait tout à la fois de ces derniers et des créanciers, peut être considéré comme ayant agi légitimement, et qu'il n'y a pas lieu, pour lui, de procéder à des offres préalables de paiement, encore bien que des oppositions anciennement formées par l'un des créanciers de ses coparticipants subsistent sur les fonds par lui déposés. — Même arrêt.

236. — En pareil cas, bien qu'inscrits sur les livres de la société de crédit au nom du gérant, comme représentant au regard des tiers la participation qui n'a pas de personnalité juridique distincte, les fonds ainsi déposés du consentement de toutes les parties n'en sont pas moins devenus la propriété commune des associés. Par suite, le gérant, ayant cessé d'en être débiteur, n'a plus à servir les intérêts dont il aurait été tenu, soit en vertu de la convention, soit, depuis l'ouverture de l'instance engagée contre lui par ses coparticipants, en vertu de l'art. 1153, C. civ., et, pour le règlement des droits respectifs des associés, les fonds sont productifs d'intérêts au taux seulement payé par la société de crédit dépositaire. — Même arrêt.

237. — En ce qui concerne les intérêts dus par le gérant, il est certain qu'ils ont cessé de courir contre lui au taux de la convention par suite du dépôt qu'il a effectué, usant d'ailleurs en cela d'un droit légitime. Mais n'ont-ils pas recommencé à courir, par application de l'art. 1153, C. civ., après la sommation? La Cour de cassation a répondu par la négative ; sa solution nous paraît au moins douteuse, car à l'égard des tiers il est toujours resté seul propriétaire de ces fonds et seul débiteur par rapport à ses coparticipants qui n'ont aucune action contre l'établissement dépositaire. — V. sur ce point, Wahl, note sous Cass., 20 mars 1990, précité.

238. — Le gérant de la participation est responsable des fautes qu'il a commises dans sa gestion et de celles qu'a pu commettre son préposé. — Trib. comm. Nantes, 25 déc. 1885, [*Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes*, 1886, p. 168]; — 12 août 1885 [Même recueil, 1886, p. 261] — Trib. comm. Seine, 29 avr. 1890, [*J. des trib. de comm.*, t. 40, p. 190]

239. — Spécialement, le gérant d'une participation est à bon droit, déclaré responsable des malversations commises par un préposé infidèle, qu'il avait conservé auprès de lui, sachant qu'il était indigne de sa confiance. — Cass., 8 juill. 1887 (2 arrêts), Dreyfus frères, [S. 89.1.252, P. 89.1.628]

240. — Le gérant doit rendre compte de sa gestion : les participants ont une action pour le contraindre à exécuter cette obligation. — Paris, 26 janv. 1861 [*J. des trib. de comm.*, t. 10, p. 296] — *Sic*, Alauzet, t. 1, n. 412, p. 539 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1064; Deloison, t. 2, n. 560 ; Dutruc, n. 1467.

241. — Dans une société en participation, d'après la nature propre du contrat de sous-participation autorisé par l'art. 1861, C. civ., et en dehors de toute stipulation spéciale et formelle, l'associé participant doit être réputé avoir valablement représenté ses sous-associés ou croupiers, dans tous les actes de gestion et d'administration jugés utiles ou nécessaires à la bonne conduite de l'entreprise. Dès lors, le croupier n'est point recevable à former, contre le participant à la part duquel il est associé, une demande en reddition de compte des actes de gestion accomplis par la société ou son gérant. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander et Cie et Goguel, [S. 89.1.252, P. 89.1.628] — *Sic*, Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 26, p. 348, n. 337.

242. — Jugé, dans le même sens, que les tiers sous-participants ou croupiers d'un associé participant n'ont pas le droit de s'immiscer dans les faits de gestion et d'administration de la société, ni d'exercer un contrôle sur les résolutions prises par le comité de gérance; par suite ils ne sont point recevables à intenter contre le participant à la part duquel ils sont associés, une demande en reddition des comptes de la gestion de ce dernier. — Cass., 8 juill. 1887, Dreyfus, précité. — Orléans, 25 mai 1888, Dreyfus frères, [S. 89.2.155, P. 89.1.857]

243. — Spécialement, un jugement ne saurait prescrire à l'associé participant de laisser les croupiers prendre communication et copie des pièces et documents, pouvant leur permettre de contrôler la sincérité des bilans annuels et l'exactitude des comptes qui ont été régulièrement approuvés par les participants. — Orléans, 25 mai 1888, précité.

244. — Il en est ainsi, du moins, lorsque les conventions des parties, souverainement interprétées par le jugement lui-même, étaient exclusives du droit pour les croupiers de prendre part à l'établissement des comptes de gestion de la société, et que le même jugement, en se fondant sur l'interprétation de ces conventions, a rejeté la demande en reddition de comptes de gestion formée par des croupiers contre le participant à la part duquel ils sont associés. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander et Cie, et Goguel, précité ; — 8 juill. 1887, Dreyfus frères, précité.

245. — Il n'en pourrait être autrement, et les décisions et comptes des participants ne cesseraient d'être opposables aux croupiers, que si les croupiers alléguaient la mauvaise foi des participants. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander et Cie, et Goguel, précité ; — 8 juill. 1887, Dreyfus frères, précité. — Orléans, 25 mai 1888, précité.

§ 2. *L'association en participation n'est pas une personne morale.*

246. — Nous avons posé en principe *suprà*, n. 103 et s., que l'association en participation ne constitue pas une personne morale. Les conséquences de cette idée se manifestent surtout dans les rapports des associés et du gérant avec les tiers ; mais même dans les rapports des associés entre eux elle a de l'importance soit en ce qui concerne la propriété des apports et des choses achetées pendant la durée de la participation, soit quant à la compétence pour les procès entre associés.

247. — I. *Propriété des apports et des choses achetées pendant la durée de la participation.* — De ce que la participation n'est pas une personne morale, il résulte tout d'abord qu'il n'y a pas de fonds social distinct des patrimoines personnels des associés. Il ne saurait donc être question de propriété du fonds social. — Cass., 2 juin 1834, Mouroult, [S. 34.1.603, P. chr.]; — 13 mars 1838, Mouroult, [S. 38.1.343]; — 13 avr. 1864, Laprade, [S. 64.1.473, P. 64.930, D. 64.1.305]; — 17 mai 1861, Napias, [S. 62.1.374, P. 62.122, D. 62.1.118]; — 22 déc. 1874, Aubeau, [S. 75.1.214, P. 75.517, D. 75.1.255]; — 27 juin 1894, Gounil, [S. et P. 98.1.460, D. 95.1.166]; — 5 févr. 1901, Raynaud, [S. et P. 1902.1.405, D. 1902.1.41]; — 7 mai 1902, Granier, [S. et P. 1902.1.504, D. 1902.1.286] — Rouen, 19 janv. 1844, Roulland, [S. 44.2.393, P. 44.2.495] — Paris, 17 nov. 1848, Robin, [S. 49.2.200, P. 48.2.698] — Aix, 2 mai 1871, Brun, [S. 71.2.261, P. 71.837, D. 72.1.165] — *Sic*, Duvergier, n. 407; Troplong, *Soc.*, n. 494 et s., 861; Delangle, t. 2, n. 593 et s.; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 243 et s.; Massé, t. 3, n. 75 et s.; Devilleneuve et Massé, *Dict.*, vº *Soc. en part.*, n. 13 et 42; Molinier, *Dr. comm.*, t. 1, n. 595; Alauzet, t. 1, n. 408 ; Boistel, p. 250 ; Vavasseur, n. 479; Bédarride, n. 434 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1058; Poulle, n. 61 et s.; Rousseau, t. 2, n. 1732; Ruben de Couder, n. 25; Thaller, n. 277.

248. — Au surplus, l'un des associés ne saurait prétendre être copropriétaire du matériel employé par l'autre associé pour son commerce lorsque les juges du fait, par une interprétation souveraine des actes produits, déclarent que cet autre associé est seul propriétaire dudit matériel. — Cass., 7 mai 1902, précité.

249. — Il a été décidé cependant en sens contraire que l'association en participation forme, comme toute société en général, un être moral, distinct et en dehors des individus qui la composent. Les choses mises dans la société par chacun des associés cessent d'être leur propriété particulière pour devenir la propriété commune de l'association, et sont, comme telles, le gage des créanciers de l'association, à l'exclusion des créanciers personnels de chaque associé, même de l'associé-gérant : ceux-ci ne peuvent exercer de droits sur le fonds social qu'après que les créanciers de l'association ont été remplis de leurs créances. — V. les autorités citées *suprà*, n. 105. — Mais nous avons vu *suprà*, n. 106, que cette opinion, inconciliable avec le caractère occulte de la participation, peut être considérée aujourd'hui comme à peu près abandonnée.

250. — Si la société n'a pas de fonds social, à qui appartiennent donc soit les apports, soit les objets acquis pendant l'opération? Sont-ils la propriété indivise des associés, ou bien restent-ils la propriété de l'associé apporteur ou encore du gérant?

251. — En principe, et à moins de convention contraire, on s'accorde à admettre que les apports ne forment point une propriété indivise entre tous les associés. Chaque participant reste propriétaire de ses apports personnels, qu'il reprendra en entier à la dissolution, alors même qu'ils seraient destinés à l'opération

commune, sauf règlement ultérieur des comptes de cette opération commune. La même solution doit être donnée, par identité de motifs, au sujet des marchandises achetées pendant la durée de l'opération par l'un des associés, ou par le gérant. Ces marchandises demeurent la propriété, en principe, de celui qui a pris l'initiative de l'opération. — Mêmes arrêts et auteurs.

252. — Jugé, conformément à ces principes, que dans une association en participation ayant pour objet les bénéfices de la revente d'immeubles apportés par l'un des coparticipants, celui-ci conserve la propriété de ces immeubles, surtout lorsque les autres coparticipants n'ont pas effectué les versements à eux imposés comme condition de la participation. Dès lors, si l'un de ces coparticipants, faute de pouvoir remplir les obligations auxquelles il s'était soumis, consent plus tard à se retirer de l'association, les immeubles qui n'ont jamais été sa propriété ne sauraient être affectés de l'hypothèque légale de sa femme. — Cass., 17 juill. 1861, précité.

253. — De même, la société en participation, faite entre deux négociants à l'effet de revendre pour le compte commun des marchandises consistant en matières premières qui seront achetées par l'un d'eux, en son nom et avec ses fonds, puis, après avoir été façonnées par l'autre, remises au premier pour être vendues, ne forme pas un être moral distinct des individus qui la composent et ayant la propriété des objets qui entrent dans la participation. Ces objets continuent d'appartenir au participant qui, les ayant achetés de ses deniers et en son nom et étant chargé de les vendre, est par cela même le gérant de l'association dans laquelle l'autre associé a simplement apporté son industrie afin de donner aux matières premières la façon nécessaire pour en faire des marchandises ouvrées. — Cass., 13 avr. 1864, précité.

254. — Le principe que nous avons posé produit encore d'autres conséquences importantes. C'est ainsi que, par application de la règle *res perit domino*, les risques seront à la charge du coparticipant propriétaire, du moins quand il s'agira de risques étrangers à l'opération. — Molinier, *Dr. comm.*, n. 608; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm., marit. et industr.*, v° *Participation*, n. 63; Poulle, n. 161 et s.; Pont, t. 2, n. 1831 et 1832; Houpin, t. 1, n. 241-2°, p. 190; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1061. — *Contrà*, Delamarre et Lepoitvin, t. 6, n. 94 et s.

255. — Mais si, dans la participation, la perte de la chose fournie par un des participants doit rester exclusivement à sa charge, par application de la règle *res perit domino*, au cas où la perte provient d'un fait étranger à la négociation, il en est différemment au cas où elle procède d'événements ou de risques attachés aux opérations mêmes pour lesquelles l'association a eu lieu; en ce cas, la perte doit entrer dans le passif commun et se répartir entre les associés. — Poitiers, 8 déc. 1892, sous Cass., 27 juin 1894, précité.

256. — Du principe que l'association en participation n'établit entre les participants aucun droit de copropriété sur leurs apports respectifs, il résulte également qu'au cas de dissolution d'une association de ce genre ayant pour objet l'exploitation d'une chose mise en commun (une carrière, dans l'espèce), cette chose peut être réclamée en nature par l'associé qui l'a apportée, sauf par lui à faire raison à ses coassociés des sommes dépensées par eux pour son amélioration. — Cass., 22 déc. 1874, précité. — V. en ce sens, Alauzet, t. 1, n. 408, Rivière, p. 150 et s.; Hochster, Sacré et Oudin, *Man. de dr. comm. franç. et étrang.*, p. 145 et s.; Boistel, sur les art. 49 et 50, p. 250; Vavasseur, n. 479; Bédarride, t. 2, n. 434; Massé, *Dr. commerc.*, t. 3, n. 1781 et 1782. — V. toutefois les réserves faites par Pardessus, t. 3, n. 1046; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 378 et s.

257. — Il en serait autrement cependant, et le participant qui a acheté des marchandises n'en deviendrait pas propriétaire, s'il avait agi uniquement comme mandataire de son coassocié, avec des deniers et pour le compte de celui-ci. Ainsi jugé que l'associé bailleur de fonds est propriétaire des marchandises qui ont été acquises avec ses deniers par son coassocié, alors surtout que ces marchandises ont été placées dans ses propres magasins. — Bruxelles, 15 mars 1808, Brocta, [S. et P. chr.]; — Nancy, 5 juin 1869, May, [D. 72.2.115]

258. — D'autre part, les créanciers personnels de l'un quelconque des coparticipants peuvent encore saisir les choses que celui-ci a achetées personnellement au cours de l'association et dont il est seul propriétaire, sans que les autres participants puissent rien revendiquer des objets ainsi saisis. — Cass., 27 juin 1893, Cousin-Guibert, [S. et P. 94.1.25, D. 93.1.488] — V. Cass., 5 mai 1858, Bidois, [S. 59.1.223, P. 58.1206, D. 58.1.222]

259. — Mais l'intérêt le plus considérable se manifeste au cas de faillite, soit du participant qui a fait l'apport ou l'acquisition, soit de celui qui les a reçus.

260. — Au cas de faillite du participant qui a fait l'apport ou l'achat, ses coparticipants n'ont aucun droit de préférence ni sur l'apport, ni sur les marchandises achetées : s'ils ont donné des sommes, ils viendront comme simples créanciers chirographaires dans la masse de la faillite. — Poitiers, 13 juin 1870, Beauchamp, [D. 70.2.189] — Sic, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1060; Poulle, n. 153.

261. — Inversement, si les marchandises ont été expédiées à un autre participant tombé en faillite, elles ne doivent pas être vendues au profit de la masse, elles doivent être restituées à l'expéditeur.

262. — Jugé également que dans une société en participation pour la vente de marchandises, formée entre l'expéditeur de ces marchandises et le commissionnaire auquel elles sont adressées, si celui-ci n'a fait aucune mise de fonds, la propriété des marchandises formant l'objet de l'association continue de résider entièrement sur la tête de l'associé expéditeur, alors du moins que le coassocié commissionnaire ne saurait être considéré comme gérant de la société. Par suite, si cet associé vient à tomber en faillite, l'associé expéditeur est fondé à revendiquer la totalité des marchandises comme étant sa propriété, à la charge toutefois de tenir compte à la faillite du bénéfice que pourra produire l'opération, si bénéfice il y a (C. comm., art. 576 et s.). — Cass., 7 août 1838, Glaize, [S. 38.1.691, P. 38.2.122]; — 23 févr. 1864, Queyrel, [S. 64.1.63, P. 64.427, D. 64.1.136]

263. — Du moins, l'arrêt qui le décide ainsi, par interprétation des conventions des parties, échappe à la censure de la Cour de cassation. — Mêmes arrêts.

264. — Jugé de même que, lorsque l'un des associés en participation tombe en faillite avant d'avoir effectué sa mise sociale, les marchandises appartenant à la société n'en restent pas moins la propriété de cette société, en ce sens que les autres associés peuvent en demander la délivrance ou les revendiquer contre les détenteurs pour consommer l'opération faisant l'objet de la société, sauf à rendre compte aux syndics de l'associé failli : ceux-ci ne peuvent prétendre qu'il y a lieu au partage des marchandises entre les associés. — Rouen, 20 avr. 1810, Humann, [S. et P. chr.] — Lyon, 14 juin 1824, Mannoel, [S. et P. chr.]

265. — ... Que, dans une société en participation faite entre deux négociants à l'effet de revendre pour le compte commun des marchandises achetées par l'un et façonnées par l'autre, ce dernier, n'étant pas réputé copropriétaire des marchandises, n'est jamais fondé (lui ou le syndic de sa faillite) à en revendiquer le prix, ou à revendiquer les marchandises elles-mêmes, dans les mains de l'associé-gérant, qui a, dans tous les cas, le droit de les vendre et d'appliquer le prix au remboursement de ses avances : il ne peut que leur demander de rendre compte du résultat de l'opération pour prendre part aux bénéfices, s'il en a été obtenu. — Cass., 13 avr. 1864, Synd. Laprade et Forestier, [S. 64.1.173, P. 64.930, D. 64.1.305]

266. — ... Que l'un des coparticipants, en expédiant à l'autre des marchandises achetées de ses deniers pour être vendues à son compte, sauf à se régler avec son coparticipant sur les résultats de l'opération, n'a pas cessé d'en conserver la propriété, non seulement à l'égard de son coparticipant, mais encore à l'égard des créanciers de celui-ci, qui ne sauraient avoir sur cette marchandise plus de droits que leur débiteur. — Cass., 5 févr. 1901, Raynaud, [S. et P. 1902.1.405, D. 1902.1.41]

267. — ... Que si le syndic ou le liquidateur les a vendues, il a vendu ce qui n'appartenait pas au failli ou au liquidé, et il doit verser le prix au coparticipant expéditeur. Le coparticipant est en effet dans cette hypothèse créancier de la masse et non pas créancier dans la masse : la masse a encaissé une somme qui ne lui appartenait pas : c'est contre elle que l'action en répétition de l'indû doit être exercée. — Même arrêt (motifs).

268. — Jugé d'autre part, que si le liquidateur judiciaire de ce dernier réalise les marchandises, le produit en appartient au coparticipant qui les avait achetées; la réalisation ayant profité directement à la masse des créanciers de la liquidation judiciaire, et nul ne pouvant s'enrichir aux dépens d'autrui, cette masse

est tenue de la dette de remboursement, comme l'aurait été le liquidé lui-même. — Cass., 5 févr. 1901, précité.

269. — Et, chaque associé n'ayant aucun droit sur les objets qui proviennent de son coassocié, le paiement de ses avances qui lui serait fait par ce coassocié au moyen de la cession de la moitié du matériel apporté par ce dernier devrait être considéré comme une cession translative et non pas comme un simple partage ; si donc le coparticipant qui a consenti cette cession est déclaré en faillite, cette cession tombe sous le coup de l'art. 446, C. comm. et doit être déclarée nulle de droit en vertu de cet article, si elle est postérieure à la date fixée pour la cessation des paiements. — Dijon, 23 févr. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.699]

270. — Tel est donc le principe : les apports et les acquisitions ne sont pas la copropriété des participants. Mais les parties étant libres de régler la participation comme elles l'entendent peuvent convenir dans l'acte d'association que les apports et les acquisitions seront la propriété indivise des participants. En d'autres termes, si, dans la participation, à la différence des sociétés commerciales proprement dites, il n'y a pas de patrimoine propre à la société, rien ne s'oppose cependant à ce qu'il y ait *mise en commun* d'une chose, copropriété des apports, puisque la loi a laissé toute liberté aux participants pour régler à leur convenance leurs rapports individuels avec les tiers.

271. — Jugé, en ce sens, que si, en principe, chaque participant conserve la propriété de l'apport qu'il a fait à l'association, il en est autrement au cas de convention contraire et que l'objet ainsi transmis à l'association (dans l'espèce un brevet d'invention) devient alors la propriété commune des participants. — Cass., 27 juin 1894, Goupil, [S. et P. 98.1.460, D. 95.1.166] — V. Rennes, 28 janv. 1855, Mazurier, [S. 57.2.10, P. 56.2.423] — Poitiers, 4 févr. 1889, [*Rev. des soc.*, 89.205] — Rennes, 4 janv. 1894, [*Ibid.*, 1894, p. 299] — Pont, t. 2, n. 1778, qui cite en ce sens Dijon, 11 févr. 1874; Poulle, n. 61 et s., 142 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1060; Houpin, t. 1, n. 240.

272. — Mais cette copropriété, qui déroge au droit commun, doit être prouvée, sans qu'il soit besoin d'ailleurs d'une stipulation formelle à cet égard. — Cass., 22 déc. 1874, Auboin, [S. 75. 1.214, P. 75.517, D. 76.1.72] — *Sic*, Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1060.

273. — Jugé spécialement que l'associé qui a fourni au gérant les fonds destinés aux achats de marchandises opérés par ce dernier, a droit à la copropriété de ces marchandises, lorsqu'elles ont été placées dans un magasin distinct de ceux du gérant, loué en commun pour les recevoir et dont il possède une clef : que ces circonstances impliquent que les parties ont voulu réaliser l'acquisition pour compte commun. — Dijon, 11 févr. 1874, Poly, [D. 75.2.55]

274. — S'il en est ainsi, les conséquences que nous avons indiquées tout à l'heure ne seront plus évidemment les mêmes. Il est certain tout d'abord que, par une conséquence directe et immédiate de leur qualité de copropriétaires tous les participants supporteront la perte survenue. D'autre part, au cas de faillite de l'un des participants, les autres ne pourront revendiquer que leur part indivise.

275. — En d'autres termes, les biens indivis ne deviennent pas pour autant un fonds social que l'on puisse considérer comme la propriété de la participation : chaque participant en reste propriétaire dans la mesure de ses droits. Jugé que dans les associations en participation ayant pour objet l'exploitation d'une chose commune, chacun des associés conserve, vis-à-vis de ses coassociés, la part qui lui appartenait à l'origine, et qu'il y a seulement lieu à un compte de profits et pertes; en sorte que, malgré la faillite survenue de l'associé-gérant, les autres associés sont fondés, à l'encontre des créanciers du failli, à reprendre leurs parts dans la chose commune, ou dans son prix si elle a été vendue ... sauf déduction, toutefois, des sommes dont ils peuvent être débiteurs, par suite des opérations sociales. — Bordeaux, 22 août 1860, Pereyra, [S. 61.2.49, P. 61.326, D. 63.1.289] — Dijon, 11 févr. 1874, précité.

276. — Jugé également que, dans le cas où des biens ont été mis en commun par les participants en vertu d'une convention expresse, l'acte par lequel l'un des participants cède ses droits dans lesdits biens à ses coassociés pour le règlement des effets communs constitue un partage et non une vente : d'où il résulte, d'une part, qu'il n'y a pas lieu à l'action en restitution pour défaut de paiement du prix, et, d'autre part, que l'associé attributaire ou le syndic de sa faillite peut demander la délivrance des biens dont il s'agit, ou de leur part s'ils ont été aliénés, sous déduction toutefois des sommes qui auraient pu être affectées à l'extinction du passif. — Poitiers, 4 févr. 1889, [D. *Rép. Suppl.*, v° *Soc.*, n. 2030]

277. — Jugé aussi, dans le même ordre d'idées, que d'après les usages du commerce en matière de participation, les articles de débit et de crédit portés mutuellement sur les livres des associés à raison d'objets fournis par l'un d'eux ne constituent pas nécessairement une vente de ces objets : que ce n'est là qu'une mention ayant pour but de constater les avances faites par l'associé. — Cass., 7 août 1838, Glaize, [S. 38.1.691, P. 38 2. 422]

278. — Tant que les participants conservent la possession de leurs apports, ils en restent propriétaires, chacun individuellement, ou tous indivisément suivant les distinctions indiquées ci-dessus. Mais la situation n'est plus la même lorsque les participants ont versé leurs apports entre les mains de celui d'entre eux qui gère la participation. Cette livraison peut entraîner la transmission de la propriété et transformer le droit antérieur du participant en un simple droit de créance contre le gérant. A cet égard, il y a lieu de distinguer les apports en argent et les apports en corps certain.

279. — Dans le cas où les apports consistent *en argent*, le gérant en devient propriétaire par suite de leur livraison, sauf à en rendre compte aux participants. Ceux-ci ne peuvent prétendre qu'à un droit de créance contre le gérant. — Vavasseur, t. 1, n. 323 ; Pont, t. 2, n. 1841 ; Poulle, n. 188 ; Thaller, n. 378 ; Ruben de Couder, n. 60.

280. — Jugé à cet égard que la participation ne constituant pas une personne morale à laquelle appartienne l'actif de l'association, le gérant est seul propriétaire de cet actif à l'égard des tiers. Par suite, en cas de faillite du gérant, le coparticipant ne peut revendiquer sa part dans l'actif, alors même que cet actif aurait été acheté avec les deniers qu'il avait versés : il n'a dans la masse que les droits d'un créancier. — Cass., 27 juin 1893, Cousin-Guibert, [S. et P. 94.1.25, D. 93.1.488] — Poitiers, 22 déc. 1887, Compagnie nouvelle, [S. 88.2.1, P. 88.1.79, et la note de M. Lyon-Caen] — *Sic*, Bédarride, t. 2, n. 444 ; Boistel, n. 366 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 368; Houpin, t. 1, n. 257-1°; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1060; Alauzet, t. 2, n. 1060; Poulle, n. 153 ; Rivière, p. 151 ; Rousseau, t. 2, n. 1820 ; Ruben de Couder, n. 57.

281. — Le participant, devant supporter une partie des dettes, ne peut être colloqué dans la faillite du gérant que pour la somme dont la liquidation de la société établira qu'il est créancier après déduction de sa part dans les pertes. — Même arrêt.

282. — Mais à l'inverse, si la faillite du gérant tient à des opérations autres que celles de la participation, et si même la participation laisse ressortir un bénéfice, le participant aura alors le droit de produire, non seulement pour son apport, mais aussi pour sa part dans le gain de l'affaire en commun : la faillite du gérant ne s'y oppose nullement. — Thaller, n. 378.

283. — En tout cas, si les opérations de la liquidation sont de nature à se prolonger, le coparticipant peut alors se faire colloquer à titre provisoire pour le montant intégral de sa mise, sauf à déposer le montant de la collocation à la Caisse des dépôts et consignations ou à donner caution : ce droit, qui appartient à tout créancier conditionnel, doit à plus forte raison être accordé au participant dont la créance est plus qu'une créance sous condition. — Lyon-Caen, note sous Poitiers, 22 déc. 1887, précité.

284. — Le participant ne peut d'ailleurs produire à la faillite de son coassocié que comme créancier chirographaire : il n'a, pour obtenir le remboursement de ses fonds, aucun droit de préférence vis-à-vis des tiers. — Rouen, 19 janv. 1844, Roulland, [S. 44.2.393, P. 44.2.495] — Paris, 17 nov. 1848, Robin, [S. 49.2.200, P. 48.2.698]; — 22 déc. 1865, Boursier, [D. 66.2.23] — Poitiers, 13 juin 1870, Beauchamp, [D. 70.2.189]; — 22 déc. 1887, précité. — Dijon, 23 févr. 1885, [*Rev. des soc.*, 85.699]

285. — Et on doit le décider ainsi même dans le cas où l'acte d'association lui aurait attribué, en équivalent de sa mise, un droit à la copropriété des objets compris dans la participation et apportés par son coassocié, si ce droit de copropriété était subordonné à une condition qui ne s'est pas réalisée. — Cass., 15 juill. 1846, Jamyot, [S. 49.1.289, P. 48.2.668, D. 46.1.273]

286. — Dans le cas au contraire où les apports effectués

consistent dans des meubles corps certains, le gérant, détenteur de ces meubles, est, vis-à-vis de son coassocié, dans la même situation qu'un commissionnaire vis-à-vis de son commettant. Il a mandat de vendre, en son nom personnel, pour le compte commun, et par cela même il a le droit de disposer desdits meubles, comme s'il en était propriétaire à l'égard des tiers. Mais dans les rapports des participants et tant que les meubles ne sont pas vendus, c'est l'associé apporteur qui en reste propriétaire et qui peut les revendiquer en sa qualité de commettant. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1059; Thaller, n. 378, *in fine*; Houpin, t. 1, n. 256; Poulle, n. 189.

287. — Jugé que, lorsqu'un participant justifie avoir acheté lui-même et payé en son nom personnel des marchandises et outils trouvés dans les magasins du gérant lors de sa faillite, il a le droit de les revendiquer dans cette faillite. — Paris, 22 déc. 1865, précité. — V. aussi Limoges, 2 mars 1892, Desmond et Benbandy, [D. 94.2.189]

288. — Quant aux immeubles qui seraient apportés par un participant, le gérant ne paraît être investi de leur propriété, et du droit de disposer, qu'au moyen d'une transmission régulière suivie de la *transcription*, conformément aux règles du droit commun. — Bédarride, t. 2, n. 448; Troplong, t. 1, n. 512; Poulle, n. 176 et s.

289. — II. *Compétence.* — L'association en participation n'a pas de domicile distinct de celui des associés, elle n'a pas de siège social, il ne peut donc être question de lui appliquer l'art. 59, § 5, C. proc. civ., et les contestations entre coparticipants devront être portées devant le tribunal du participant défendeur. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes en ce sens. — Cass., 14 mars 1810, Pasquin, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 29 mars 1887, Condemine, [S. 89.2.33, P. 89.1.115] — *Sic*, Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Ajournement*, § 1, n. 4; Thomine-Desmazures, *Comment. Cod. proc.*, t. 1, n. 82; Pardessus, n. 976 et 1357, *in fine;* Vincens, *Législ. Cod. comm.*, t. 1, p. 378; Chauveau, sur Carré, quest. 261; Nouguier, *des Trib. de comm.*, t. 2, p. 384; Orillard, *Compét. comm.*, n. 601; Malepeyre et Jourdain, p. 263 et 264; Cadrès, *Cod. proc. comm.*, p. 29; Poulle, n. 69; P. Pont, t. 2, p. 692, n. 1791 et 1793; Vavasseur, t. 1, p. 122, n. 315; Rousseau, t. 2, n. 1732; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Société en participation*, n. 24; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, t. 2, v° *Compét.*, n. 61. — V. aussi *suprà*, v° *Compétence civile et commerciale*, n. 342.

290. — Ainsi il a été jugé qu'une société en participation n'ayant pas de siège social dans le sens de l'art. 59, § 5, C. proc. civ., il s'ensuit que la demande en dissolution de la société, formée par certains associés contre les autres, doit être portée, non devant les juges du lieu de l'exécution de l'entreprise, objet de la participation, mais devant les juges du lieu où les associés défendeurs ont leur domicile. — Cass., 16 août 1865, Nicolas, [S. 66.1.116, P. 66.287, D. 66.1.200]

291. — Mais la stipulation, par laquelle les associés conviennent que l'association aura un siège social qui deviendra le centre de ses opérations, n'a rien d'illicite, et elle a nécessairement pour résultat d'attribuer juridiction, dans les contestations auxquelles donne lieu l'association en participation, au tribunal du lieu où le siège social est ainsi fixé. — Bordeaux, 29 mars 1887, précité. — Poulle, n. 217; Vavasseur, t. 1, p. 122, n. 315; Rousseau, t. 2, n. 1926 et 1926 *bis;* Ruben de Couder, n. 24; Rousseau et Laisney, *op. cit.*, t. 2, v° *Compétence*, n. 62. — *Contrà*, P. Pont, t. 2, n. 1807.

292. — Jugé encore que si, en principe, les associations en participation n'ont pas de siège social dans le sens de l'art. 59, § 5, C. proc. civ., les associés peuvent néanmoins se constituer un domicile social distinct du domicile réel de chacun d'eux, et attributif de juridiction pour les difficultés qui pourront surgir entre eux. — Cass., 6 mars 1877, Sarlin, [S. 77.1.253, P. 77.645]

293. — La preuve de la convention intervenue à cet égard, peut être établie soit par un acte synallagmatique ordinaire, soit par l'un des modes de preuve admis en matière d'association en participation par les art. 48 et 49, C. comm. — Même arrêt.

294. — Et les juges du fond ont pu décider, par une appréciation souveraine des circonstances, que le siège social, constitué pour une société en participation, s'était appliqué par une extension naturelle à diverses opérations qui s'y étaient successivement rattachées. — Même arrêt.

295. — Alors même que les relations des parties se seraient réduites à la mesure d'une simple participation, les juges du fond ont pu, en n'examinant ce point que par rapport à son influence sur la compétence, tirer des circonstances de la cause, par appréciation des faits et de l'intention des parties, la preuve d'un accord pour la constitution d'un domicile commun, attributif de juridiction sur les difficultés à naître de l'exécution du contrat. — Cass., 16 juill. 1901, Chaumeil, [S. et P. 1903.1.236, D. 1902.1.464]

Section II.

Effets de l'association en participation dans les rapports des associés et du gérant avec les tiers.

296. — C'est surtout lorsqu'on considère les rapports des associés et du gérant avec les tiers que vont apparaître les conséquences de ce fait que l'association en participation est une société occulte, inconnue des tiers, dépourvue de personnalité. L'association est ignorée des tiers : ils ne connaissent que le participant, gérant ou autre, avec lequel ils traitent : si c'est le gérant, ils sont censés ne pas savoir qu'il y a derrière lui une collectivité pour laquelle il agit. Quelles sont les conséquences de ce défaut de personnalité?

297. — I. Dans une société ordinaire, les créanciers sociaux ont un droit de gage sur le fonds social et même un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels des associés. Il ne saurait en être ainsi en matière d'association en participation : les tiers n'auront d'autre gage que le patrimoine de l'associé avec lequel ils ont traité, et d'autre part ils n'ont aucun droit de préférence sur ce patrimoine, et sont réduits à subir le concours des créanciers personnels dudit associé. — Cass., 2 juin 1834, Monroult, [S. 34.1.603, P. chr.]; — 19 mars 1838, Monroult, [S. 38.1.343, P. 38.1.395]; — 15 juill. 1846, Jamyot, [S. 49.1.289, P. 48.2.668, D. 46.1.273] — Paris, 19 avr. 1831, Vautier, [S. 31.2.202, P. chr.] — Rouen, 19 janv. 1844, Roullaud, [S. 44.2.393, P. 44.2.495] — Orléans, 10 août 1885, [*Rev. soc.*, 86.20] — Dijon, 23 févr. 1885, [*Ibid.*, 85.699] — *Sic*, Troplong, n. 82, 512, 864; Delangle, n. 593 et s.; Bédarride, n. 433 et s.; Delamarre et Lepoitvin, *Cont. de commiss.*, n. 244 et s.; Alauzet, n. 247 et s.; Bravard-Veyrières, t. 1, p. 379; Massé, t. 3, n. 1781 et 1782; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1056; Pont, t. 2, n. 1801 et s.; Dutruc, n. 1414 et 1470; Rousseau, t. 2, n. 1772; Poulle, n. 226 et s.; Boistel, n. 366; Ruben de Couder, n. 90 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 315; Houpin, t. 1, n. 251; Thaller, n. 375-4°.

298. — 1° Nous disons tout d'abord que les tiers n'ont d'autre gage que le patrimoine de l'associé avec lequel ils contractent, mais ils auront tout ce gage. Or le plus souvent ils contracteront avec le gérant, et nous avons vu que la propriété de certains objets avait pu être transférée par les associés au gérant (V. *suprà*, n. 278 et s.). Les tiers auront donc pour gage tout ce dont le gérant a la propriété apparente. Si même la chose dont le gérant a reçu la propriété par l'acte social n'a pas encore été livrée, les tiers pourront la revendiquer, soit contre l'associé qui a transféré la propriété de la chose, soit même contre les tiers auxquels il l'aurait indûment transmise : seulement remarquons qu'ils pourront se heurter soit à l'exception de l'art. 2279 en matière mobilière, et en matière immobilière, à celle tirée du défaut de transcription, si le second acquéreur a fait transcrire son titre avant que le gérant n'ait fait transcrire le sien (L. 23 mars 1855).

299. — Nous avons déjà dit qu'en cas de faillite du gérant, les coparticipants ne pourront pas, à l'encontre des tiers, revendiquer les objets dont ils lui ont transmis la propriété : ils viendront simplement comme créanciers de la faillite. — Cass., 27 juin 1894, Cousin, [S. et P. 98.1.460, D. 95.1.166]

300. — 2° En second lieu les tiers n'ont aucun droit de préférence sur le patrimoine de l'associé, gérant ou non, avec lequel ils ont contracté : ils viennent à titre de simples créanciers chirographaires et subiront le concours des autres créanciers de l'associé; ces créanciers peuvent même être des coparticipants.

301. — Cette conséquence, qui paraît d'une logique rigoureuse, n'est cependant pas admise par la Cour de cassation; telle est du moins la signification apparente d'un arrêt relativement ancien, qui n'est pas d'ailleurs très-explicite. — Cass., 17 août 1864, Conti, [S. 65.1.183, P. 65.419, D. 65.1.302] — Il a été jugé par cet arrêt : Que l'arrêt qui rejette une demande formée contre des associés en participation par un créancier de la société à fin de condamnation solidaire au paiement des dettes de l'association, n'a pas l'autorité de la chose jugée sur le point

de savoir si ce créancier a ou non vis-à-vis des associés un droit de préférence sur une somme par lui saisie-arrêtée et représentant le bénéfice de l'association. Cette solution était juste, à notre avis, car la demande n'était pas la même, et, en outre, on peut dire, avec la Cour de cassation, que les parties (les défendeurs en l'espèce) n'agissaient plus en la même qualité. Mais, suivant nous, la question du droit de préférence du créancier sur les bénéfices à raison de ses avances restait entière. Elle paraît cependant avoir été résolue dans le sens de l'affirmative par la seconde partie de l'arrêt.

302. — Dans l'espèce, la Cour de cassation a en effet cassé l'arrêt de la cour d'appel, non pas seulement parce qu'il n'avait tenu aucun compte des saisies-arrêts formées par le créancier sur la somme représentant les bénéfices, alors surtout qu'au mépris de ces saisies-arrêts valant opposition il avait été procédé au partage des bénéfices hors de la présence du créancier, mais encore par application en cette matière de l'art. 1864, C. civ., aux termes duquel « la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société » : « Attendu, dit la Cour de cassation, que les sommes saisies-arrêtées étaient le gage de Conti (le créancier) aux termes des art. 1864 et 2093, C. civ., que le partage et l'attribution qui ont été faits desdites sommes au mépris des saisies-arrêts sont sans effet comme étant au préjudice des droits de Conti aux termes des art. 1165 et 1167, C. civ., ainsi que des art. 557, 558 et 579, C. proc. civ. » — Même arrêt.

303. — On ajoute à l'appui de cette solution : « Lors donc, que, comme dans l'espèce, il s'agit d'avances qui ont été la source des bénéfices sociaux, ces bénéfices ou, en d'autres termes, ces profits de l'entreprise sont vis-à-vis des coparticipants le gage exclusif de ceux qui ont avancé les sommes d'où ils proviennent, puisque les coparticipants sont liés envers ces derniers jusqu'à concurrence de leur part dans le profit. Il n'en serait autrement que si les bénéfices avaient fait l'objet d'une distribution effective opérée sans fraude et avant toute mesure régulièrement prise par les créanciers pour l'empêcher, parce qu'alors la réclamation des tiers devrait se produire contre les coparticipants déjà apportionnés, ce qui serait inadmissible puisque les tiers sont dépourvus d'action contre les associés avec lesquels ils n'ont pas traité; leur reconnaître le droit de poursuivre ces derniers serait aller à l'encontre des conséquences juridiques essentielles de l'association en participation ». — Même arrêt. — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 322.

304. — Nous ne croyons pas qu'on puisse dire en principe que l'art. 1864, C. civ., doit être appliqué en matière de participation. Cet article, en effet, prévoit les rapports des associés avec les tiers et présuppose l'existence d'une société. Or, nous l'avons dit, à l'égard des tiers la participation n'est pas une société. Il ne saurait donc y avoir, ainsi que nous le démontrerons plus loin, d'action directe même dans les limites de l'*in rem versum*.

305. — Les tiers doivent, avons-nous dit, venir en principe en concours avec les participants créanciers des bénéfices : si ceux-ci avaient touché ces bénéfices, la situation serait la même que celle d'un débiteur ordinaire payant certains de ses créanciers et non les autres. Mais il faut naturellement réserver le cas d'une saisie-arrêt et appliquer ici toutes les conséquences qui en résultent, si les bénéfices ont été distribués au mépris d'une saisie-arrêt pratiquée par le tiers, et cela, bien entendu, dans la limite des sommes dues à son débiteur. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que nous allons maintenant déterminer que les tiers auront action contre les coparticipants avec lesquels ils n'ont pas traité.

306. — II. De ce que l'association en participation n'a point d'existence à l'égard des tiers, il résulte encore qu'en principe, les tiers n'ont point d'action directe contre les participants avec qui ils n'ont pas traité : ces participants n'ont contracté envers eux aucune obligation. — Cass., 8 janv. 1840, Morel, [S. 40.1.19, P. 40.1.168]; — 21 mars 1876, Dumont, [S. 79.1.454, P. 79.1191, D. 76.1.198]; — 26 août 1879, Galinon, [S. 79.1.454, P. 79.1191, D. 80.1.120]; — 30 mars 1885, Carrence et Giraud, [S. 86.1.167, P. 86.1.390, D. 86.1.110] — Paris, 9 août 1831, Vautier, [S. 31.2.259, P. chr.] — Bordeaux, 13 avr. 1848, Batezac, [S. 48.2.397, P. 48.2.375, D. 48.2.162] — Aix, 16 mai 1868, Cadde, [S. 70.2.332, P. 70.1199, D. 70.2.48] — Orléans, 11 août 1885, [*Rev. des soc.*, 86.20] — Bruxelles, 18 nov. 1815, Rancq, [S. et P. chr.]; — 15 avr. 1848, Colmant, [D. 49.2.227] — *Sic*, Boistel, n. 371; Delamarre et Lepoitvin, t. 3, n. 32; Demangeat sur Bravard, t. 1, p. 390; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1062; Pont, t. 2, n. 1792; Houpin, t. 1, n. 270; Rousseau, t. 2, n. 1815; Ruben de Couder, n. 81.

307. — Il a été jugé, il est vrai, en sens contraire, que les créanciers d'une association en participation ont une action directe contre chacun des participants (autre que l'associé-gérant) pour leur part et portion; que du moins, cette action ne peut être exercée qu'après la liquidation de la société et en cas d'insuffisance du capital social. — Cass., 28 germ. an XII, Billaud, [S. et P. chr.]; — 18 nov. 1829, [D. *Rép.*, v° *Commissionnaire*, n. 45] — Bordeaux, 31 août 1831, Malineau, [S. 32.2.10, P. chr.]; — 23 févr. 1831, [D. *Rép.*, v° *Commissionnaire*, n. 874-2°] — Caen, 9 févr. 1824, N..., [S. et P. chr.] — Paris, 22 nov. 1834, Monroult, [S. 35.2.69, P. chr.] — Alger, 10 juin 1871, Barrec, [D. 72.2.207] — *Sic*, Pardessus, n. 1049. — Mais cette thèse peut être considérée comme absolument abandonnée aujourd'hui

308. — A plus forte raison, les associés en participation ne sont-ils pas solidairement tenus des engagements contractés par la société, s'il n'y a convention particulière entre eux à cet égard. Paris, 22 nov. 1834, précité. — V. Cass., 9 janv. 1821, Granier, [S. et P. chr.]; — 8 janv. 1840, précité]; — 10 août 1875, Duché, [S. 76.1.121, P. 76.281, D. 77.1.110]; — 30 mars 1885, précité. — Nancy, 3 févr. 1848, Portail, [S. 48.2.519, P. 48.2.183] — Lyon, 26 janv. 1849, Drevet, [S. 51.2.399, P. 51.1.216, D. 51.5.490] — Agen, 23 nov. 1853, Ardennes, [S. 54.2.23, P. 55.2.488, D. 55.5.422] — Bordeaux, 23 juin 1853, Audineau, [*Ibid.*] — Rennes, 4 mars 1880 (3 arrêts), Guitton, [S. 81.2.265, P. 81.1.1266, D. 81.2.210] — *Sic*, Savary, *Parf. nég.*, t. 1, 2e part., liv. 1, ch. 1; Bornier, sur l'art. 7, tit. 4, Ord. de 1673; Jousse, *ibid.*; Pothier, *Contr. de soc.*, n. 102; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Société*, ch. 3, sect. 1, § 4, n. 6; Delvincourt, *Inst. de dr. comm.*, t. 2, p. 56; Devilleneuve et Massé, v° *Soc. en part.*, n. 46; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 246 et s.; Troplong, *Sociétés*, n. 780 et s.; Delangle, t. 2, n. 603 et s.; Massé, *Dr. comm.*, t. 3, n. 76 et s.; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, *eod. verb.*, n. 67 et s.; Molinier, *Dr. comm.*, n. 597; Alauzet, t. 1, n. 413 et s.; Bédarride, t. 2, n. 441 et s.; Dutruc, n. 1478 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 330; Lyon-Caen et Renault, n. 1062; Houpin, t. 1, n. 253.

309. — Nous estimons qu'il en serait ainsi, alors même que les participants auraient profité de l'engagement. Nous avons déjà fait observer, en effet, qu'il ne saurait être question d'action *de in rem verso*, l'art. 1964, C. civ., étant inapplicable en la matière, puisque la participation est essentiellement occulte, et ne constitue pas une société à l'égard des tiers.

310. — Il ne pourrait en être autrement que si les participants qui n'ont pas traité avec les tiers avaient ratifié les opérations, ou encore s'étaient immiscés dans ces opérations, ou encore s'il était de notoriété publique qu'ils doivent être considérés comme des associés du gérant. — Sur ces diverses exceptions, V. les arrêts rapportés, *infrà*, n. 326 et s.

311. — Jugé notamment, en ce sens, qu'en principe, les tiers, qui ont traité avec l'un des participants, peuvent seulement exercer, du chef de l'associé qui a traité avec eux, les droits pouvant appartenir à ce dernier vis-à-vis de ses coparticipants; ils ne sauraient prétendre à aucune action directe, et, à plus forte raison, à aucune action solidaire, contre les autres participants, alors même que ceux-ci *auraient profité de l'opération*. — Rennes, 4 mars 1880, Guitton (3 arrêts), précité. — V. aussi Bordeaux, 13 avr. 1848, Batezac, [S. 48.2.397, P. 48.2.375, D. 48.2.162] — V. Cass., 30 mars 1885, Carrence et Giraud, [S. 86.1.167, P. 86.1.390, D. 86.1.110]

312. — Peu importe que l'association eût pour objet la construction et même l'armement des navires, ainsi que leur navigation. — Rennes, 4 mars 1880, précité.

313. — Il en est, toutefois, autrement, à compter du jour où les autres participants ont fait inscrire, sur l'acte de francisation, leurs noms et leur qualité de propriétaires des navires. — Même arrêt.

314. — Et encore, ce dernier fait n'exerce aucune influence sur le temps antérieur à son accomplissement; le changement résultant de la notoriété qui s'attache à l'acte de francisation, ne pouvant exister avant la cause qui l'a produit. — Même arrêt.

315. — En conséquence, si, au cas où la copropriété des navires a été constatée dans l'acte de francisation, les associés sont tenus solidairement de toutes les dettes sociales, ils ne sauraient, au contraire, être recherchés à raison de celles contractées antérieurement, vis-à-vis des tiers qui n'ont pas pu compter sur leur obligation, la participation étant jusque-là demeurée secrète entre les participants. — Même arrêt. — V. Cass., 27 févr. 187[illegible], Michel et fils (2 arrêts), [S. 77.1.209 et 213, P. 77.523, D. 77.1.209]

316. — Peu importe d'ailleurs que les tiers aient connu en fait l'existence de la participation. Ce seul fait, isolé, est insuffisant. Ainsi jugé que le créancier d'un des membres d'une association en participation n'a aucune action directe en paiement contre les autres participants, s'ils n'ont ni ratifié les engagements souscrits par le participant débiteur, ni fait naître ou laissé se répandre une notoriété, d'après laquelle les tiers auraient eu lieu de les considérer comme associés de celui-ci. — Cass., 31 juill. 1893, Leyer, [S. et P. 96.1.284, D. 94.1.261]

317. — Il convient de remarquer, à ce sujet, que l'arrêt qui rejette une demande formée contre des associés en participation par un créancier de la société à fin de condamnations solidaires au paiement des dettes de l'association, n'a pas l'autorité de la chose jugée sur le point de savoir si ce créancier a, ou non, vis-à-vis des associés, un droit de préférence sur une somme par lui saisie-arrêtée et représentant le bénéfice de l'association. — Cass., 17 août 1864, Conti, [S. 65.1.183, P. 65.419, D. 65.1.302]

318. — Suffira-t-il pour que les tiers aient action contre les coparticipants, que le gérant se soit présenté *nomine sociali*, comme agissant au nom de la société et dans son intérêt? Nous supposons qu'il n'avait reçu de ses associés aucun pouvoir à cet effet. La question est assez délicate et susceptible de diverses solutions.

319. — Signalons tout d'abord une opinion isolée d'après laquelle les coparticipants seraient tenus solidairement des engagements contractés au nom et dans l'intérêt de la société. — Bordeaux, 31 août 1831, Malineau, [S. 32.2.19, P. chr.] — Nous verrons plus loin que la solidarité ne peut être admise que dans des cas exceptionnels.

320. — D'après certains auteurs, le tiers aurait contre les coparticipants une action divise, non solidaire, née de la gestion d'affaires : le gérant qui a déclaré la participation aux tiers peut être considéré comme gérant d'affaires des associés qu'il a, par suite, engagés dans la mesure du profit qu'il leur a procuré. — Ruben de Couder, n. 87; Pont, t. 2, n. 1852.

321. — Suivant une autre opinion, le gérant, en agissant ainsi, a excédé ses pouvoirs : par conséquent les tiers n'auront aucune action contre les associés, qui ne sauraient en être responsables. Ils n'auront qu'une action en dommages-intérêts contre le gérant. — Paris, 28 juill. 1884, et sur pourvoi, Cass., 22 févr. 1886, Chauderlot, [D. 86.1.104] — Dijon, 17 juill. 1889, [*Gaz. des Trib.*, 13 sept. 1889] — Deloison, t. 2, n. 557; Troplong, n. 772; Delamarre et Lepoitvin, t. 2, n. 250 et s.; Poulle, n. 257.

322. — Cette dernière manière de voir nous paraît préférable. L'idée d'une gestion d'affaires, pas plus que l'art. 1864, ne peut expliquer l'admission d'une action *de in rem verso* contre les coparticipants. S'il y avait gestion d'affaires, les coassociés ne devraient pas être tenus seulement dans la mesure du profit, mais bien pour tout l'engagement.

323. — Dans tous les cas, nous estimons que les tiers pourront toujours invoquer l'art. 1166 et exercer les droits de leur débiteur contre ses associés. Sur l'action oblique que les créanciers de l'associé-directeur peuvent exercer contre les participants, du chef de leur débiteur, V. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1062; Vavasseur, n. 322; Dutruc, *Dict. du content. commerc.*, v° *Société*, n. 1480; Pont, t. 2, p. 723, n. 1850; Houpin, t. 1, n. 270; Poulle, n. 267; Ruben de Couder, n. 89.

324. — Mais cette action oblique ne procède point d'une obligation sociale. Elle ne peut être exercée que dans les limites des conventions qui lient les participants au maître de l'affaire. — Cass., 11 avr. 1849, Louchard, [P. 50.2.603, D. 54.5.519] — Rennes, 9 juin 1815, Bonnefin, [S. et P. chr.] — Mêmes auteurs.

325. — D'autre part, les créanciers ne pourront pas atteindre les coparticipants par une action réflexe comme exerçant les droits de leur débiteur, alors que la cause de la créance se rattache, de la part de ce dernier, à une spéculation personnelle, étrangère à la participation dont il était le gérant. — Cass., 31 juill. 1893, précité.

326. — III. *Des cas exceptionnels où les tiers auront une action directe.* — [illegible] le gérant [illegible] étranger, [illegible] *mandat* [illegible] des coparticipants, s'il se présente aux tiers muni de ce mandat [illegible] il n'est pas douteux que les tiers auront contre eux une action directe en vertu du mandat. — Cass., 10 nov. 1876, [illegible], [S. 77.1.121, P. 77.281, D. 77.1.110] — 3 déc. 1890, Synd. de la Banque [illegible], [S. et P. 94.1.389, D. 91.1.117]

327. — Lorsque les tiers auront aussi une action contre les coparticipants, cette action ne sera-t-elle pas solidaire? On peut répondre non en principe ; mais il est des cas où la solidarité doit être admise. Ainsi jugé que si, en principe, les participants non gérants ne sont pas obligés envers les tiers par les actes du gérant, il en est autrement dans le cas où ils ont donné au gérant le mandat de traiter en leur nom une ou plusieurs affaires de la participation. En pareil cas, ce sont les règles du mandat qui s'appliquent ; les mandants seront seuls tenus [illegible] tous si le gérant est étranger à la participation ; ils seront tenus solidairement avec le gérant dans le cas contraire. — Cass., 3 déc. 1890, précité.

328. — Jugé, à cet égard, que le tiré peut, malgré son refus d'acceptation, être condamné solidairement avec le tireur au paiement de la lettre de change, lorsqu'il est établi qu'il existait entre lui et le tireur une association commerciale en participation, et qu'il avait donné à ce dernier mandat spécial pour créer des lettres de change. — Cass., 19 avr. 1875, Bourjade et autres, [S. 75.1.250, P. 75.609]

329. — L'arrêt qui constate, d'après les faits, circonstances et actes de la cause, l'existence d'une telle société et d'un tel mandat échappe, comme statuant souverainement, à la censure de la Cour suprême. — Même arrêt.

330. — On peut supposer, par exemple, que les associés en participation aient voulu user de leur crédit commun pour mener à bonne fin une opération qui intéresse la société : les affaires entreprises nécessitant un emprunt important, et le gérant n'offrant pas assez de garanties pour obtenir en son nom seul une avance aussi considérable, les participants s'obligent alors tous ensemble ; cet engagement conjoint ayant un caractère commercial sera *par cela même solidaire*. — Cass., 10 août 1875, précité. — Bordeaux, 19 juill. 1830, Fergusson, [S. 31.2.75, P. chr.] — Colmar, 29 avr. 1850, Rutter, [S. 55.2.126, P. 52.1.254, D. 52.5.512] — Metz, 2 nov. 1854, Lavega, [S. 55.2.126, P. 54.2.424, D. 55.2.155] — Poitiers, 19 juin 1894, [D. *Rép., suppl.*, v° *Soc.*, n. 2069] — *Sic*, Pardessus, t. 4, n. 1049; Alauzet, t. 1, n. 412; Bédarride, t. 2, n. 441; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1063; Pont, t. 2, n. 1851; Poulle, n. 255; Rodière, *De la solidarité*, n. 260. — *Contra*, Bruxelles, 12 janv. 1822, Peermans, [S. et P. chr.]

331. — 2° D'une manière générale, la solidarité pourra s'induire d'un ensemble de circonstances permettant au juge, interprète de la volonté des parties, de décider que les participants ont entendu s'engager *collectivement*. — Paris, 25 juin 1861, [*J. des trib. de comm.*, t. 10, p. 357] — Aix, 16 mai 1868, Cadde, [S. 70.2.332, P. 70.1199, D. 69.2.242] — Poitiers, 6 avr. 1870, Beauchamp, [D. 70.2.192] — *Sic*, Vavasseur, t. 1, n. 322; Dutruc, n. 1478 et s.; Ruben de Couder, n. 83; Pont, t. 2, n. 1797 et s.; De Folleville, p. 62 et s.; Molinier, t. 1, n. 580; Rodière, *De la solidarité*, n. 260; Poulle, n. 245 et s.

332. — Spécialement, les participants sont tous tenus solidairement lorsqu'il ressort, soit des termes de la convention, soit des circonstances de la cause, que les associés ont stipulé collectivement sans aucune division entre eux, dans l'intérêt de l'affaire commune. — Cass., 10 août 1875, précité.

333. — Le traité consenti pour le chargement et le déchargement des navires et l'arrimage des marchandises par l'unique représentant en France d'une société étrangère en participation ayant pour objet une entreprise de transports maritimes, peut, à bon droit, en l'absence de toute preuve contraire, être considéré comme consenti collectivement par les participants : en sorte que le traité les oblige solidairement. — Même arrêt.

334. — Jugé encore que, lorsque l'existence d'une société, formée pour un commerce de fournitures, est de notoriété publique, que, bien que constituant en réalité une association en participation, elle a pour le public l'apparence et le caractère d'une

société en nom collectif, et que les tiers ont vendu des marchandises à livrer pour ces fournitures, ont regardé la fortune et le crédit d'un des associés comme étant pour eux un gage de sécurité, cet associé est tenu solidairement des obligations contractées séparément par un autre à raison des fournitures dont il s'agit, s'il a laissé naître et durer plusieurs années, sans contradiction, la croyance générale. — Cass., 23 juill. 1877, Verdier-David, [S. 77.1.405, P. 77.1077, D. 78.1.88] — V. Delamarre et Lepoitvin, *Dr. comm.*, t. 6, n. 102.

335. — 3° Enfin les coparticipants seront tenus solidairement lorsqu'ils auront commis des actes d'immixtion de nature à faire croire qu'ils s'engageaient collectivement. Il y a en effet entre l'association en participation et la société en commandite une analogie étroite : la situation du gérant de la participation correspond à celle de l'associé en nom de la commandite, la situation du non-gérant participant à celle du commanditaire : or aux termes des art. 22 et 28, C. comm., le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion sans s'exposer à être déclaré solidairement responsable de tout ou partie des engagements sociaux (V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 1659 et s.) : il faut en dire autant du participant non gérant qui s'immisce dans la gestion. — Nancy, 3 févr. 1848, Portail, [S. 48.1.519, P. 49.1.588, D. 48.2.183] — Aix, 16 mai 1868, précité. — Poitiers, 6 avr. 1870, précité. — Montpellier, 20 avr. 1891, Puech, [S. et P. 92.2.76, D. 93.2.533] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1797; Molinier, t. 1, n. 580; Vavasseur, t. 1, n. 322; Ruben de Couder, n. 83; Poulle, n. 245.

336. — Si l'associé en participation qui s'immisce dans la gestion des affaires de la société et les fait siennes peut être, suivant les circonstances, tenu solidairement avec le gérant vis-à-vis des tiers envers lesquels il a contracté conjointement avec le gérant, cette obligation ne peut résulter que d'un engagement formel, ou tout au moins de faits et de circonstances qui en fournissent la preuve. Mais il n'en est pas ainsi lorsque l'associé en participation n'a été qu'un simple intermédiaire entre le gérant et un tiers pour la transmission des fonds prêtés par ce tiers; en pareil cas, le participant ne saurait être considéré comme s'étant immiscé dans l'opération particulière du prêt et comme étant débiteur personnel du tiers. — Cass., 3 déc. 1890, Synd. de la faillite de la Banque nationale, [S. et P. 94.1.389, D. 91.1.117]

337. — 4° Il est un dernier cas où les tiers peuvent poursuivre directement les participants, c'est le cas où ceux-ci auraient *ratifié* les actes du gérant. Il en serait ainsi s'il était établi, en fait, que ceux-ci, indépendamment des pouvoirs étendus d'administration par eux conférés à l'associé qui a contracté, notamment, un emprunt avec un tiers, ont connu l'emprunt par lui fait... ont donné leur assentiment au versement des fonds dans la caisse sociale... ont approuvé et ratifié l'opération... ont payé les intérêts échus après la mort de leur associé... et sont devenus emprunteurs pour leur propre compte et engagés personnellement. — Cass., 30 mars 1885, Carrence et Giraud, [S. 86.1.167, P. 86.1.390, D. 86.1.110]

338. — IV. Réciproquement, c'est le coparticipant qui traite avec les tiers qui seul a action contre eux : la participation, restée inconnue, demeure inopposable aux débiteurs, qui repousseraient avec succès les poursuites dont ils pourraient être l'objet de la part des associés. — Vavasseur, t. 1, n. 322; Poulle, n. 277 et s.; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1062.

339. — Jugé, en ce sens, que, par cela même qu'il n'y a point d'être moral au nom duquel on puisse exercer des actions ou poursuites contre les tiers, l'un des participants n'est pas admissible à agir envers un tiers débiteur de son coparticipant, comme exerçant les droits et actions de la participation. — Bastia, 25 avr. 1855, Petronelli, [S. 55.2.422, P. 55.2.346] — V. aussi Bruxelles, 18 nov. 1815, Rancq, [S. et P. chr.]

340. — Mais, suivant nous, les participants créanciers du gérant pourraient se prévaloir de l'art. 1166 et exercer les droits et actions de leur débiteur, le gérant, contre les tiers. De plus ils auront action contre les tiers, lorsque le gérant aura traité à titre de mandataire. — V. Pont, t. 2, n. 1854; Delamarre et Lepoitvin, t. 3, n. 213 et s.; Poulle, n. 284 à 286.

341. — Jugé encore que, dans une association en participation, il n'y a pas de distinction entre la société, comme être moral, et l'associé gérant. En conséquence, si l'associé-gérant fait faillite, les créanciers de l'association ne sont pas fondés à demander la séparation du patrimoine de l'association d'avec le patrimoine personnel du failli, pour être payés sur le premier, à l'exclusion de tous autres créanciers du failli... surtout lorsque, d'abord seul propriétaire des biens de l'association, l'associé-gérant en est ainsi resté propriétaire ostensible. — Paris, 19 avr. 1831, Vautier, [S. 31.2.202, P. chr.]

342. — Ainsi encore, l'associé participant qui, par suite des opérations faites en participation par le gérant, se trouve créancier de ce dernier, n'a aucun droit de privilège ou préférence, à l'exclusion des autres créanciers de celui-ci, sur les sommes ou valeurs dues à la société. — Paris, 17 nov. 1848, Robin, [S. 49.2.200, P. 48.2.698]

CHAPITRE IV.

DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

343. — On a vu jusqu'ici qu'à divers points de vue très-importants l'association en participation se distinguait très-nettement des autres sociétés : en ce qui concerne la dissolution et ses conséquences, la différence est moins sensible et la raison en est facile à saisir : il s'agit en effet d'opérations intérieures entre les participants et nous avons déjà dit qu'entre eux il y a société. Nous allons constater que, sauf quelques exceptions, les règles sont les mêmes.

Section I.

Dissolution.

344. — Nous pouvons distinguer : 1° les causes qui agissent de plein droit; 2° les causes de dissolution purement facultatives; 3° la dissolution judiciaire. — Pour l'étude détaillée de ces diverses causes, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 585 et s., et v° *Sociétés commerciales*, n. 423 et s.

345. — I. *Modes de dissolution qui opèrent de plein droit.* — 1° *Expiration du temps pour lequel la société a été contractée*, art. 1865-1° C. civ. — Cette cause de dissolution sera peu fréquente en matière d'association en participation, puisque ces associations sont le plus souvent formées pour une ou plusieurs opérations déterminées dont la durée n'est pas fixée à l'avance. Mais rien n'empêche les parties de limiter cette durée, et, dans ce cas, évidemment, l'association en participation.

346. — 2° *Extinction de la chose.* — Ce mode d'extinction est encore applicable à l'association en participation. Mais, par extinction de la chose, il faut entendre sa perte totale; si la perte de la chose est seulement partielle, l'association en participation ne sera pas dissoute de plein droit, les associés devront alors s'adresser aux tribunaux qui apprécieront souverainement si la perte de la chose, bien que partielle, empêche la continuation de l'opération et entraine la dissolution.

347. — Une société en participation pour l'armement d'un navire est dissoute par la confiscation et la vente du navire; en conséquence, à partir de cette époque, le gérant de l'association ne peut plus obliger ses coparticipants. Et, si une indemnité a été accordée aux coparticipants à raison de la confiscation du navire, et que le gérant de la société ait cédé cette indemnité à un tiers, la cession ne peut valoir que pour sa part dans la société. — Cass., 17 avr. 1838, Mallet, [S. 38.1.845]

348. — 3° *Perte de l'apport, dont la propriété ou la jouissance ont été promises, avant que la mise en commun n'ait eu lieu* (art. 1867). — Cette cause de dissolution s'applique également en matière d'association en participation : mais il faut observer que le plus souvent la propriété et la jouissance seront transférées par la seule convention.

349. — 4° *Consommation de la négociation.* — Ce sera une des causes les plus fréquentes de dissolution de l'association en participation, puisque le plus souvent ces associations seront formées pour une ou plusieurs opérations déterminées.

350. — 5° *La mort naturelle de l'un des associés.* — Pour certains, il n'y aurait dissolution que si le défunt jouait un rôle actif nécessaire au fonctionnement de l'association.

351. — Jugé en ce sens que, dans une société en participation, le décès de l'un des associés n'est une cause de dissolution de la société qu'autant que cet associé était chargé d'un travail personnel qui ne pourrait plus être exécuté. — Bordeaux, 29 juill. 1862, Rœdel, [S. 63.2.31, P. 63.863] — V. aussi Cass., 1er mars

1886, Cavallier, [S. 89.1.468, P. 89.1.1171, D. 87.1.65] — V. en ce sens, Pardessus, t. 3, p. 192, n. 1058; Delangle, t. 2, n. 645; Vavasseur, t. 1, p. 128, n. 325; Rousseau, t. 2, p. 91, n. 1833 et s.; Guillery, *Des soc. commerc. en Belgique*, t. 3, n. 1087; Alauzet, t. 1, n. 474.

352. — L'opinion contraire nous paraît préférable : l'association en participation en effet repose, comme toute autre société de personnes, sur des sentiments réciproques d'amitié, d'estime et de confiance. — Pothier, édit. Bugnet, *De la société*, t. 4, n. 61; P. Pont, t. 2, n. 1775 et s.; Vavasseur, t. 1, n. 208 et s.; Poulle, *Tr. théor. et prat. des assoc. en particip.*, n. 62; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1067; Bédarride, t. 1, n. 67 *bis*; Pont, t. 2, n. 1808. — V. Bravard-Veyrières et Demangeat, t. 1, p. 365 et s.

353. — Mais, bien entendu, la convention des parties est encore ici libre et souveraine, et elle pourra écarter cette cause de dissolution, en décidant que l'association se continuera avec ou sans les héritiers du défunt : dans ce second cas, ils n'auront évidemment droit qu'à la part qui revenait au défunt au moment de sa mort.

354. — En tout cas, la clause de l'acte constitutif d'une association en participation, formée ouvertement entre plusieurs entrepreneurs, clause portant que, en cas de décès de l'un des associés, il y aura continuation de l'entreprise entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé, doit être étendue, dans ses effets, à la sous-participation, c'est-à-dire au traité par lequel l'un des membres participants de l'association principale a intéressé secrètement un tiers, comme croupier en sous-ordre, à sa part dans l'entreprise qui fait l'objet de cette association, — et cela, en ce sens que les héritiers du croupier décédé au cours de l'entreprise ont droit de participer aux bénéfices réalisés depuis le décès. — Lyon, 23 juin 1884, sous Cass., 1er mars 1886, précité.

355. — Et aucune réduction ne saurait être apportée à la part des héritiers dans les bénéfices, sous prétexte que la coopération du croupier a manqué à l'entreprise, si le croupier avait alloué un préciput à l'associé principal, à raison de ses peines et travaux dans l'affaire. — Même arrêt.

356. — Au surplus, il est constant que les héritiers du croupier décédé doivent être admis à participer, pour la part de leur auteur, aux bénéfices ultérieurs qui ont été la suite nécessaire de ce qui s'était fait avant le décès de celui-ci. — Cass., 1er mars 1886, précité.

357. — La renonciation d'un héritier mineur à son droit acquis auxdits bénéfices de la participation, en admettant qu'elle pût être valable et efficace, ne saurait, en tout cas, résulter que d'un acte exprès du tuteur de ce mineur, et non pas seulement d'une délibération du conseil de famille, contre laquelle le tuteur a d'ailleurs fait des réserves formelles. — Même arrêt.

358. — 6° *Mort civile, Interdiction* (C. civ., art. 1865-4°). — La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854. Quant à l'interdiction, nous n'avons qu'à reproduire ce que nous venons de dire de la mort naturelle.

359. — 7° *Déconfiture ou faillite d'un des associés.* — Il ne saurait tout d'abord être question de la faillite de l'association elle-même puisqu'elle ne constitue pas une personne morale. Il ne peut y avoir que des faillites ou des déconfitures des associés. Nous pensons qu'il n'y a aucune distinction à faire entre la déconfiture et la faillite. Ces événements, auxquels il faut assimiler la liquidation judiciaire, vont-ils entraîner la dissolution de la société? Trois cas peuvent être distingués.

360. — *A.* L'un des associés tombe en faillite avant que la société ait commencé ses opérations. Le contrat sera alors purement et simplement résolu. La société ne fera aucun acte et on procédera à la liquidation et au partage comme si toutes les opérations avaient été effectuées.

361. — *B.* Si l'un des associés tombe en faillite alors que la société a commencé à fonctionner, on s'accorde alors pour distinguer : si c'est le gérant, la société sera dissoute immédiatement et la liquidation devra s'opérer aussitôt : si, au contraire, c'est un membre inactif, alors la faillite entraînera bien la dissolution de l'association mais n'empêchera pas les opérations commencées de s'achever. — Ruben de Couder, n. 77; Poulle, n. 321 et s.; De Folleville, p. 55 et s. — V. Cass., 18 avr. 1893, Lhote, [S. et P. 96.1.339, D. 93.1.423] — *Contrà*, Pardessus, n. 1066.

362. — *C.* La faillite intervient une fois les opérations consommées. Le plus souvent l'association aura été dissoute à ce moment. Mais il peut se faire que le failli soit encore investi des objets des participants, soit en nature, soit simplement en valeur : la société sera alors dissoute, et dans le premier cas les participants pourront revendiquer; dans le second, ils ne viendront dans la faillite qu'à titre de créanciers chirographaires. — Poulle, n. 323, 324. — V. *suprà*, n. 259 et s.

363. — Dans toutes ces hypothèses la liberté des conventions permet aux participants d'éviter la dissolution, soit qu'il soit spécifié que l'association continuera malgré la faillite ou la déconfiture d'un des participants, soit que cela résulte des clauses du contrat. — Houpin, n. 272.

364. — Ainsi jugé que la déconfiture de l'un des associés en participation n'entraîne pas la dissolution de la société, lorsque les juges du fait décident, par interprétation des clauses de l'acte social, que telle a été l'intention des parties. — Cass., 18 janv. 1881 Revest, [S. 83.1.398, P. 83.1.1017, D. 81.1.244]

365. — II. *Causes de dissolution purement facultatives.* D'après l'art. 1865-5°, C. civ., la volonté d'un seul ou de plusieurs suffit pour dissoudre une société, mais il faut qu'il s'agisse d'une société à durée illimitée (C. civ., art. 1869). Ce cas se présente donc rarement dans les associations en participation. Mais rien n'empêche cependant une participation d'être à durée illimitée et il faudra alors appliquer cette cause de dissolution, à moins cependant que la convention n'ait admis la cessibilité des parts des participants, auquel cas ils peuvent se retirer de l'association quand bon leur semble.

366. — Jugé à cet égard que dans une association en participation formée sous l'empire des usages de la baie de Saint-Brieuc, chaque associé est toujours maître de se retirer de l'association, soit en cédant sa part d'intérêt, soit en acceptant une liquidation amiable qui lui serait offerte. — Rennes, 26 févr. 1867, sous Cass., 13 juill. 1868, Allenou, [S. 68.1.449, P. 68.1194, D. 69.1.137]

367. — Par suite, une telle association ne peut être réputée contractée pour un temps illimité, et comme telle être soumise aux art. 1865 et 1869, C. civ., d'après lesquels la dissolution de la société s'opère par la renonciation de bonne foi, et non faite à contretemps, notifiée par un associé aux autres associés. — Même arrêt.

368. — III. *Dissolution judiciaire.* — Il faut supposer une association à durée limitée : les associés qui auront à se plaindre du gérant pourront demander la dissolution par application de l'art. 1871. Il faudra qu'ils invoquent de justes motifs que les tribunaux apprécieront en toute liberté et souverainement. — Paris, 7 févr. 1863, [*J. des trib. de comm.*, t. 12, p. 439]; — 21 déc. 1863, [*Ibid.*, t. 13, p. 329]; — 11 avr. 1865, [*Ibid.*, t. 15, p. 124]; — 25 avr. 1865, [*Ibid.*, t. 15, p. 131]; — 26 mars 1866, [*Ibid.*, t. 16, p. 93]; — 16 mai 1889, [*Rev. des soc.*, 1890, p. 78] — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 899 et s.

SECTION II.

Liquidation.

369. — Une fois l'association dissoute, elle doit être liquidée. Jugé à cet égard que bien qu'une association en participation n'ait pas la personnalité civile, rien ne s'oppose, lorsqu'une société de ce genre a existé de fait, à ce qu'un tiers soit nommé par justice pour procéder à un règlement de comptes entre les participants. — Cass., 10 déc. 1895, Fabre et Bézien, [S. et P. 99.1.518, D. 96.1.20]

370. — Cependant ce défaut de personnalité est important en ce que la liquidation ne peut intéresser les tiers. C'est pourquoi on enseigne communément qu'en matière d'association en participation il est procédé non pas à une liquidation au sens strict du mot, mais à un *règlement de comptes.* — Poulle, *Assoc. comm. en particip.*, n. 343 et s.; Vavasseur, 4e éd., t. 1, n. 325; Houpin, t. 1, n. 256; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1070.

371. — Jugé, en ce sens, que la société en participation, n'ayant pas une personnalité distincte de celle des parties entre lesquelles elle a existé, n'est pas susceptible d'être l'objet d'une liquidation : les comptes auxquels elle a donné lieu peuvent seulement être soumis à une expertise. — Poitiers, 8 déc. 1892, sous Cass., 27 juin 1894, Goupil, [S. et P. 98.1.460, D. 95.1.166];

— 10 déc. 1895, précité. — Paris, 8 août 1870, Damielle et consorts, [D. 71.2.7]; — 22 nov. 1888, [*Rev. des soc.*, 89.188]; — 15 déc. 1889, [*Ibid.*, 90.135]; — 6 mars 1890, Wanneweich, [D. 91.2.219] — Aix, 2 mai 1871, Brun, [S. 71.2.261, P. 71.837, D. 72.2.165] — Bordeaux, 8 juill. 1889, Pérard, [S. 90.2.208, P. 90.1.1189]

372. — En tout cas, la liquidation d'une telle association est à bon droit refusée lorsqu'elle a été réglée par un arbitrage accepté par les deux parties et passé en force de chose jugée. — Cass., 27 juin 1894, précité. — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 1082, et *Chose jugée*, n. 204 et s.; Lacoste, *Chose jugée*, n. 204 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1351, n. 1 et 205 et s.

373. — ... Ou lorsqu'ayant fait l'objet d'une instance à part, le demandeur a reconnu lui-même qu'il n'y avait plus à s'en occuper. — Même arrêt.

374. — I. *Nomination du liquidateur.* — Tout d'abord les participants peuvent désigner dans la convention l'un d'entre eux pour procéder à la liquidation. S'il est décédé au moment de la liquidation, ou encore s'il n'en a pas été désigné, à défaut d'accord unanime entre eux, les associés devront s'adresser à la justice pour procéder à cette désignation : le liquidateur pourra être pris en dehors de la société. — Cass., 10 déc. 1895, [*J. des trib. de comm.*, 1896, n. 13521, p. 606]

375. — Jugé qu'au cas de dissolution d'une société en participation par la faillite de l'un des associés, l'autre associé n'a pas qualité pour procéder à la liquidation de la société en l'absence d'un mandat du syndic de la faillite ou de justice. — Cass., 18 avr. 1893, Lhote, [S. et P. 96.1.339, D. 93.1.423]

376. — Par suite, à défaut d'un tel mandat, cet associé ne saurait se faire indemniser par la faillite des pertes provenues, non du règlement d'opérations engagées de compte à demi avec son associé encore *in bonis*, mais de dépenses exposées sans l'aveu du syndic postérieurement à la cessation des paiements. — Même arrêt.

377. — II. *Pouvoirs du liquidateur.* — La mission du liquidateur, mandataire des associés, se borne à opérer le règlement de comptes, et à préparer le partage des bénéfices ou pertes.

378. — Jugé, en ce sens, que le liquidateur d'une association en participation, nommé par justice avec mission d'apurer et régler les comptes résultant entre les associés de cette participation, n'a pas qualité pour poursuivre contre un associé, qui avait promis un apport au gérant de la participation, le recouvrement de cet apport en vue d'éteindre le passif social; le liquidateur n'a, en pareil cas, d'autre rôle que d'établir la situation respective des intéressés, sauf à celui d'entre eux qui resterait créancier de son coïntéressé à poursuivre celui-ci. — Bordeaux, 8 juill. 1889, précité.

379. — Il n'a aucune qualité pour représenter l'association vis-à-vis des tiers : il représenterait une personne morale qui pour eux n'existe pas. — Paris, 8 août 1870, précité. — Aix, 2 mai 1871, précité. — Paris, 9 févr. 1884, [*Rev. des soc.*, 85.9] — *Sic*, Pont, t. 2, n. 1933, 1938, 1968 et 1988; Vavasseur, t. 1, n. 325; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1070; Dutruc, n. 1490; Ruben de Couder, n. 74; Rousseau, t. 2, n. 1841; Saglier, p. 107; Poulle, n. 375 et s.; Labbé, note sous Paris, 24 mai 1862, Broutta, [S. 63.2.201, P. 63.576]

380. — Jugé cependant que, bien que l'association en participation ne constitue pas une personne morale, néanmoins les associés en participation ont la faculté de nommer un liquidateur chargé de représenter la société après sa dissolution. — Paris, 24 mai 1862, précité.

381. — Et ce liquidateur a qualité pour soutenir en justice les droits de l'association, sans que les participants aient besoin d'être nominativement en cause; il peut notamment interjeter appel d'un jugement rendu tant contre lui en sa qualité de liquidateur, que contre les membres de l'association. — Même arrêt.

382. — Peu importe que les associés, ayant surabondamment figuré en première instance à côté du liquidateur, aient été condamnés sur un chef distinct et n'aient pas interjeté appel. — Même arrêt.

383. — Le liquidateur pourra procéder aux opérations qui seront utiles pour établir le compte des profits et pertes ou qui pourront le faciliter : il pourra, par exemple, vendre les meubles et les immeubles. L'essentiel, c'est qu'il ne proroge pas l'association en participation en mettant à la charge des coparticipants des obligations nouvelles; mais il pourra cependant achever les opérations qui étaient commencées au moment de la dissolution, recouvrer les créances et payer les dettes.

384. — Le gérant ou le liquidateur doit fournir le compte de la participation avec pièces à l'appui et, à notre avis, tous les modes de preuve sont admissibles.

385. — L'action en redressement d'un compte ne peut être admise que lorsqu'elle a pour objet la réparation d'une erreur matérielle ou de calcul, ou lorsqu'elle repose sur un titre qui est resté inconnu jusque-là, et n'a pu être discuté par les parties, ni apprécié par le juge : mais elle ne peut être exercée lorsqu'elle se fonde sur une erreur de droit. — Poitiers, 8 déc. 1892, sous Cass., 27 juin 1894, Goupil, [S. et P. 98.1.460, D. 93.1.111]

386. — III. *Comptes.* — *Règlement périodique des profits et pertes.* — Nous avons supposé que le compte était rendu en une seule fois après l'accomplissement et la liquidation des opérations sociales : mais cette règle n'a rien d'absolu et il peut être stipulé que le compte sera rendu soit à des époques fixées, soit, si la participation a pour objet plusieurs affaires distinctes, après la réalisation de chacune d'elles.

387. — Sans doute, dans la rigueur des principes, la répartition des bénéfices ou des pertes devrait être ajournée à la clôture définitive des opérations, car ce n'est qu'à ce moment qu'il est possible de dresser avec certitude le bilan de l'entreprise. Mais l'observation stricte de cette règle aurait eu les plus graves inconvénients, surtout lorsque la participation n'est pas limitée à une opération unique et doit se prolonger pendant un temps plus ou moins long. Aussi la jurisprudence et la doctrine s'accordent-elles à admettre qu'elle n'a rien d'obligatoire. — Deloison, t. 2, n. 560; Alauzet, t. 1, n. 412; Pardessus, t. 3, n. 999; Pont, t. 1, n. 428; Guillouard, n. 220; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1064; Houpin, t. 1, n. 267.

388. — Jugé, en ce sens, que dans le contrat de participation les associés sont libres de ne point ajourner, à la fin des opérations de la société, le règlement définitif des profits et pertes, et de stipuler, par le traité de participation, la liquidation annuelle des opérations sociales et la distribution des bénéfices pouvant résulter de chaque liquidation; que, dans ce cas, les bénéfices ainsi partagés sont définitivement acquis à ceux qui les ont perçus. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander, [S. 89.1.252, P. 89.1.628]

389. — Du reste, alors même que les participants sont convenus que les opérations de la société se liquideront, au point de vue de l'attribution des bénéfices, par des bilans annuels auxquels leur approbation imprimera un caractère définitif, ils n'en sont pas moins libres de s'écarter de cette convention par un accord en sens contraire; et les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation, pour constater que l'accord intervenu avait pour objet de réserver, non la distribution, pour une époque ultérieure, de bénéfices réputés définitivement acquis, mais, au contraire, l'examen et la solution de la question de savoir s'il ressortait, en réalité, un bénéfice certain, de l'excédent d'actif par lequel se soldait le compte profits et pertes des bilans arrêtés. — Cass., 8 juill. 1887, Dreyfus et Cie, [S. 89.1.252, P. 89.1.628]

Section III.

Partage.

390. — Avant de procéder au partage, les associés devront revendiquer les apports dont ils ont conservé la propriété, ou dont ils n'avaient concédé que l'usage.

391. — Après quoi, on procédera au partage des bénéfices et des pertes. Il ne saurait être question du partage du fonds social, puisque nous avons vu qu'il n'y avait pas de fonds social. Le gérant rendra compte aux participants des opérations passées par lui pour le compte commun; puis il partagera avec eux les bénéfices; s'il y a lieu, on exigera d'eux leur part contributive dans les pertes, sur les bases indiquées ci-après.

392. — D'une manière générale, la question de savoir dans quelle mesure les bénéfices et les pertes peuvent être répartis entre les associés est réglée par la convention des parties et par le droit commun des sociétés. — Pour le droit commun, V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 242 et s. — V. aussi Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1853 et s.

393. — Jugé en ce sens qu'un des participants ne peut pas convenir qu'il sera affranchi de toute contribution aux pertes; une telle convention entraînerait la nullité de la participation (C. civ., art. 1855). — Cass., 23 janv. 1882, Goyer, [S. 85.1.23, P.

85.1.36, D. 83.1.245]; — 18 mai 1896, fils Marie Netter, D. 97.1.249] — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 326 et s.

394. — Mais rien ne s'oppose à ce que la perte de l'un des participants dans les bénéfices ou dans les pertes soit plus ou moins forte que celle des autres associés. Ainsi jugé que la clause, par laquelle les participants stipulent qu'ils ne contribueront aux dettes qu'à concurrence du versement de leurs mises aux mains du gérant, est valable (C. civ., art. 1855) et doit recevoir son application lors même que la participation s'est fondue plus tard en une société d'assurance maritime, qui d'ailleurs est restée à l'état de société de fait pour inaccomplissement des formalités légales. — Paris, 18 avr. 1861, [*J. des trib. de comm.*, t. 14, p. 85]

395. — ... Qu'il peut être légalement stipulé entre associés en participation que les capitaux fournis par l'un d'eux, et qui sont productifs d'intérêts, lui seront remboursés avant tout partage des bénéfices; qu'une telle stipulation n'a rien de léonin ou d'usuraire. — Rouen, 19 janv. 1844, Roulland, [S. 44.2.393, P. 44.2.495]

396. — A défaut de stipulation réglant la répartition des bénéfices et des pertes, la part de chaque associé est en proportion de sa mise dans le fonds social conformément à l'art. 1853, C. civ. — Vavasseur, t. 1, n. 320; Bédarride, t. 3, n. 452; Delangle, n. 617; Pont, t. 2, n. 1834; Houpin, t. 1, n. 264. — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 256 et s.

397. — Mais on admet que cette règle de proportionnalité posée par l'art. 1853 s'applique seulement au cas où les mises sont fixées lors de la formation de la société, et non au cas où les mises, non convenues à l'avance, se sont composées d'apports successifs, versés suivant les besoins de l'opération, sur la demande du gérant; et qu'il en est ainsi spécialement en matière de société en participation. — Rennes, 29 avr. 1881, sous Cass., 1er août 1883, Ménard, [S. 86.1.20, P. 86.1.31, D. 84.1.357] — *Sic*, Bédarride, *loc. cit.*; Pont, *loc. cit.*; Vavasseur, *loc. cit.*

398. — En conséquence, lorsqu'une association en participation s'est formée entre deux associés, dont les apports non déterminés à l'avance devaient être effectués successivement, suivant les besoins de l'opération, la part de chacun peut être fixée à la moitié, sans avoir égard au chiffre de leurs versements respectifs. — Même arrêt.

399. — Jugé encore que tous les membres d'une société en participation ont droit à une part égale dans les bénéfices, à moins de convention contraire, bien que le matériel de l'entreprise ait été fourni par eux dans des proportions inégales, si d'ailleurs l'industrie de chacun constituait son véritable apport et si la fourniture du matériel n'était qu'accessoire..., sauf le droit pour chaque associé de se faire payer sur les produits les fournitures faites par lui. — Nancy, 14 mars 1868, Richard, [S. 69.2.214, P. 69.971, D. 69.2.92]

400. — En tout cas, il appartient aux juges du fait, interprétant, d'après les documents de la cause, les conventions des parties, de déclarer qu'un participant est intéressé, dans la participation, pour un quart du capital social, et non pour une somme déterminée, et de décider, comme conséquence de cette appréciation souveraine, qu'au cas où de nouvelles avances devront être faites en accroissement du capital primitif, le participant sera tenu d'y contribuer pour un quart, à moins qu'il n'ait été affranchi conventionnellement de cette obligation. — Cass., 8 juill. 1887, Hollander et Cie, et Goguel, [S. 89.1.252, P. 89.1.628]

401. — Il convient également d'appliquer à la participation l'art. 1854, C. civ., aux termes duquel, si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement doit être tenu pour obligatoire, « s'il n'est évidemment contraire à l'équité ». — Cass., 30 juill. 1877, Rougier (motifs), [S. 77.1.473, P. 77.1239, D. 78.1.290] — V. *suprà*, v° *Société civile*, n. 285 et s.

402. — Jugé également que l'art. 1353, C. civ., d'après lequel les juges peuvent se décider par des présomptions dans tous les cas où la loi admet la preuve testimoniale, est applicable aux associations en participation qui, suivant l'art. 49, C. comm., sont susceptibles d'être établies par cette preuve; et que dès lors, les juges, après avoir constaté l'existence d'une association de cette sorte, ont pu, sans violer le principe de l'art. 1341, C. civ., et par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, déduire de ces faits et documents l'existence d'un accord intervenu entre les associés pour laisser à l'un d'eux le pouvoir de régler la proportion suivant laquelle les bénéfices seraient partagés. — Même arrêt.

403. — Ces juges n'ont également pas violé les art. 1353 et 1354, C. civ., en fixant la part de l'un des associés dans les bénéfices, d'après les déclarations de l'autre, si, d'un côté, ils constatent l'existence de l'accord qui conférait à ce dernier le pouvoir d'opérer le règlement des parts, et si, d'un autre côté, la part allouée est proportionnelle à la mise de celui qui la reçoit. — Même arrêt.

404. — Le partage ne pourra d'ailleurs porter que sur des bénéfices définitivement acquis, ne comportant aucun caractère litigieux. — Poulle, n. 393.

405. — Ainsi il a été jugé qu'on ne saurait, dans la liquidation d'une société en participation, comprendre, à titre de bénéfice réalisé, une somme payée par un tiers avec lequel l'un des associés avait traité en son nom personnel, alors que cette somme, bien que versée en vertu d'un arrêté de compte, est, de la part de celui qui l'a payée, l'objet d'une demande en restitution. C'est donc à tort qu'un arrêt condamne l'associé qui l'a reçue et qui, en cas de succès de ladite demande, serait seul responsable envers le demandeur, à en verser la moitié à son coassocié, même à titre provisoire et sauf rapport dans le cas où la restitution serait ordonnée. — Cass., 20 mai 1874, Dufau, [S. 74.1.427, P. 74.1088, D. 75.1.29]

406. — Sur la situation des tiers, ou *croupiers*, à qui un participant aurait cédé tout ou partie de ses droits, V. *suprà*, v° *Sociétés commerciales*, n. 1191 et s. — V. aussi, Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, art. 1861, n. 6 et s.; Houpin, t. 1, n. 263.

407. — *Des pertes.* — En général et à moins d'une stipulation contraire, les participants sont tenus personnellement, et sur tous leurs biens, de leur part contributive dans les pertes vis-à-vis du gérant. Mais nous avons vu que la stipulation par laquelle on conviendrait que certains participants ne seront tenus qu'à concurrence de leurs mises serait parfaitement valable (V. *suprà*, n. 394); on serait donc en présence d'une espèce de participation en commandite. — Vavasseur, t. 1, n. 320; Alauzet, t. 1, n. 410; Deloison, t. 2, n. 558; Lyon-Caen et Renault, t. 2; n. 1065; Ruben de Couder, v° *Soc. en part.*, n. 54; Houpin, t. 1, n. 165.

408. — Si les participants sont tenus personnellement, ils ne sont pas tenus *solidairement*, à moins que l'intention contraire des parties ne résulte d'une stipulation formelle ou de l'ensemble des circonstances. — Cass., 8 juill. 1887, Dreyfus et Cie, [S. 89.1.252, P. 89.1.628] — V. *suprà*, n. 327 et s.

409. — Spécialement, dans une association où il y a trois participants, la répartition des pertes peut avoir lieu entre deux d'entre eux seulement lorsque le troisième est insolvable. — Cass., 29 mai 1845, Dupasseur, [S. 45.1.519, P. 46.1.206, D. 45.1.349]

410. — Toutefois cette solution ne pourrait être admise dans le cas où chacun des participants aurait traité individuellement avec le gérant, mais sans avoir aucune espèce de rapport avec les autres participants : ici, il y a, en réalité, autant de participations distinctes que de participants et par suite les participants ne sauraient être tenus les uns pour les autres. — Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1066; Poulle, n. 210.

411. — D'autre part, l'obligation des participants ne présente aucun caractère d'*indivisibilité*. Jugé à cet égard qu'il appartient aux juges de déclarer que cette obligation ne peut être, ni par sa nature, ni à raison du rapport sur lequel elle a été envisagée par les parties, considérée comme indivisible si rien dans la cause ne vient contredire une pareille appréciation. — Cass., 8 juill. 1887, précité.

412. — *Opérations du partage.* — Aux termes de l'art. 1872, C. civ., les règles sur le partage des successions sont applicables aux partages des sociétés : il en sera ainsi notamment des règles relatives à la garantie des lots, à la rescision du partage pour lésion de plus du quart, à la forme du partage qui sera par conséquent judiciaire au cas d'incapacité d'un des associés. Le partage aura lieu en nature toutes les fois que cela est possible et les lots seront attribués par le tirage au sort à moins d'entente entre les associés : en cas de contestations ils pourront avoir recours à un partage judiciaire. — V. *suprà*, vis *Partage*, *Société civile*, n. 1134 et s., *Sociétés commerciales*, n. 832 et s.

413. — Le principe de l'effet rétroactif du partage devra aussi s'appliquer. Mais à quel moment remonte cet effet? Si les cho-

ses avaient été mises en commun pendant l'association, il remontera au jour où l'indivision a commencé ; dans le cas contraire ce sera seulement au jour de la dissolution, car ce n'est qu'à ce moment-là que les biens sont entrés en indivision : pendant l'association ils étaient la propriété soit du gérant, soit des participants (V. *suprà*, n. 247 et s.). — Pont, t. 2, n. 1958 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 1071 ; Poulle, n. 403 et 404.

SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES. — V. Société (en général). — Sociétés commerciales.

SOCIÉTÉ FROMAGÈRE. — V. Association agricole. — Société (en général). — Société coopérative ou à capital variable.

SOCIÉTÉ LÉONINE. — V. Société civile.

SOCIÉTÉ LITTÉRAIRE ET SCIENTIFIQUE. — V. Association (droit d'). — Cercles. — Société (en général).

SOCIÉTÉ PAR ACTIONS. — V. Société (en général). — Sociétés commerciales.

SOCIÉTÉ PAR INTÉRÊT. — V. Sociétés commerciales.

SOCIÉTÉ SECRÈTE.

1. — La loi du 28 juill. 1848 a, par son art. 13, interdit les sociétés secrètes, et puni les adhérents à de telles associations d'une amende de 100 fr. à 500 fr., d'un emprisonnement de six mois à deux ans et de la privation des droits civiques pendant une durée d'un an à cinq ans.

2. — La loi ne spécifiant pas les caractères constitutifs de la société secrète, il appartient souverainement aux juges du fait de les déterminer. — Cass., 23 févr. 1877, Dupreux, [S. 78.1.336, P. 78.815]

3. — En tout cas, c'est à bon droit qu'une association ouvrière est qualifiée société secrète lorsque son caractère à la fois secret et politique est démontré par le mystère dont s'entourent les affiches, par le choix du lieu de réunion, les cérémonies qui accompagnent l'initiation, les questions et les menaces adressées aux candidats sur leurs opinions, et les affirmations exigées d'eux relativement à leurs croyances. — Même arrêt.

4. — V. aussi *suprà*, v° *Association internationale des travailleurs.*

SOCIÉTÉS TAISIBLES. — V. Société civile.

SOCIÉTÉ TONTINIÈRE. — V. Société d'assurance. — Société de capitalisation.

SOCIÉTÉ UNIVERSELLE. — V. Société (en général). — Société civile.

SOIE. — V. Conditionnement des laines et soies. — Vers à soie.

SOLDE DES TROUPES.

Législation.

L. 16 fruct. an III (*sur le régime des masses*) ; — L. 19 mai 1834, tit. 3 (*de la solde*) ; — Ord. 25 déc. 1837 (*sur le service de la solde*) ; — Décr. 19 nov. 1874 (*modifiant les dispositions qui régissent la solde des hommes de troupe des différentes armes*) ; — L. 17 août 1879 (*modifiant la loi du 21 mai 1834 pour la solde de réforme*) ; — Décr. 1er août 1881 (*portant modification aux règles d'allocation de la solde, de la haute-paie d'ancienneté et de la prime d'entretien*) ; — Décr. 29 mai 1890 (*sur la solde et les revues*) ; — Décr. 27 déc. 1890 (*modifiant certaines dispositions qui régissent le service de la solde et les revues*) ; — Décis. présid. 21 juill. 1891 (*sur l'indemnité en remplacement de vivres*) ; — Décis. présid. 12 févr. 1892 (*sur l'indemnité de monture*) ; — Décis. présid. 24 nov.-23 déc. 1892 (*sur l'indemnité de logement*) ; — Décis. présid. 23 déc. 1892 (*sur l'indemnité pour changement d'uniforme*) ; — Décis. présid. 5 mai 1893 (*sur l'indemnité de logement*) ; — Décr. 9 déc. 1893 (*portant modification des tarifs de solde et indemnités*) ; — Décis. présid. 16 janv. 1894 (*sur l'indemnité de logement*) ; — Décis. présid. 23 oct. 1897 (*sur la solde de réforme et la solde de présence pendant la durée du congé avant mise à la retraite*) ; — Décis. présid. 4 juin 1898 (*sur les délégations de solde*) ; — Décis. présid. 19 juin 1898 (*modifiant ou complétant certaines dispositions des tarifs de solde, comme conséquence de la loi de finances du 13 avr. 1898*) ; — Décr. 29 oct. 1898 (*sur les délégations de solde*) ; — Décr. 23 août 1899 (*modifiant certains tarifs de solde*) ; — Décis. présid. 29 nov. 1899 (*sur les délégations de solde*) ; — Décr. présid. 28 mai 1900 (*modifiant le décret du 29 mai 1890, sur la solde et les revues*) ; — Décis. présid. 8 mars 1901 (*sur l'indemnité aux troupes en marche ou en rassemblement*) ; — Décis. présid. 22 mars 1901 (*sur l'indemnité pour changement d'uniforme*) ; — Décis. présid. 6 juill. 1901 (*sur l'indemnité de rassemblement*) ; — Décis. présid. 16 nov. 1901 (*sur l'indemnité de logement*) ; — Décis. présid. 24 déc. 1901 (*sur l'indemnité de fonctions*) ; — Décis. présid. 6 mai 1901 (*sur les tarifs de solde des capitaines et assimilés*) ; — Décr. 29 déc. 1903 (*sur la solde des troupes coloniales*) ; — Décr. 4 févr. 1904 (*portant fixation des premières mises de la masse individuelle dans les troupes sénégalaises et malgaches de l'Afrique occidentale française, du Congo et de Madagascar*).

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

SOLDES.

§ 1. *Principe de l'unification des soldes.*

1. — Le service de la solde a pour objet de pourvoir à toutes les prestations qui entrent dans la composition du traitement en deniers, soit des militaires considérés individuellement, soit des corps de troupe et autres réunions considérées comme parties prenantes collectives du département de la guerre (Décr. 29 mai 1890, art. 1).

2. — Les prestations qui ressortissent au service de la solde sont : la solde, les indemnités, les hautes-paies, les masses, à l'exception toutefois de celles dont la charge incombe à des chapitres du budget autres que ceux relatifs à la solde (Même décr. art. 2).

3. — Avant 1889, il y avait de nombreuses inégalités dans les tarifs de soldes, d'après les armes, inégalités dont la plupart ne se justifiaient nullement. Ainsi le fantassin touchait 0 fr. 25 par jour; les dragons, les chasseurs à cheval, les hussards 0 fr. 28; le train des équipages militaires, 0 fr. 32, l'artillerie, 0 fr. 32; les cuirassiers, 0 fr. 33; les cavaliers de remonte, 0 fr. 38; le génie, les pontonniers, 0 fr. 40.

4. — Aussi, depuis longtemps, la question de l'unification des soldes avait-elle fait l'objet des préoccupations communes du Gouvernement et de l'armée. Dès 1885, le général Campenon avait présenté un projet à cet égard. Puis vint, en 1887, le projet du général Boulanger, qui fut amélioré par ses successeurs, et qui fit l'objet d'une discussion à la Chambre lors du débat sur le budget de l'exercice 1888.

5. — Sur la demande du baron Reille, le crédit du chapitre fut, à titre d'indication, augmenté de 100 fr.; le ministre de la Guerre prenait la responsabilité d'établir un nouveau tarif.

6. — Pour ce faire, le décret du 4 janv. 1889 posait le principe que les officiers et assimilés recevraient une solde unique par grade, quelle que fût l'arme, et que cette solde serait majorée d'une indemnité de monture dont le taux varierait proportionnellement aux charges de l'officier, c'est-à-dire suivant le nombre de chevaux dont il serait régulièrement pourvu. Un tableau A joint au décret présentait la solde unique à constituer par grade, ou selon la correspondance de grade, aux officiers, fonctionnaires ou employés militaires, quand la solde aurait été unifiée complètement. Un tableau B présentait les tarifs de solde qui seraient appliqués dès le 1er janv. 1889, tarifs constituant la somme d'améliorations qu'il était possible d'accorder aux soldes actuelles, pendant l'exercice 1889, avec les ressources accordées par les Chambres.

7. — Lors de la discussion du budget de 1889, les Chambres décidèrent que, pour arriver à l'unification des soldes, une somme de 3 millions serait accordée en trois ans, de manière à permettre de réaliser l'unification de la solde des officiers sans rien emprunter à la solde de la troupe; qu'une somme de 720,000 fr. serait affectée à l'amélioration progressive de la solde des capitaines de toutes armes; que l'unification de la solde de la troupe serait commencée, dès l'exercice 1889, par un relèvement de la solde de la portion des troupes de cavalerie et d'infanterie payées à cette époque sur le taux les plus bas (0 fr. 20 pour l'infanterie, 0 fr. 28 pour la cavalerie). Pour y faire face, on renonçait à l'économie réalisée par la suppression de la solde spéciale des soldats de 1re classe et de certaines soldes de faveur antérieurement accordées.

8. — La suppression des soldats de 1re classe permettait, en effet, de relever de 0 fr. 01 pendant le premier semestre et de 0 fr. 02 pendant le second semestre de 1889 les soldes à cette époque actuellement inférieures à 0 fr. 28 pour l'infanterie et à 0 fr. 30 pour la cavalerie, taux unifiés auxquels on désirait arriver.

9. — Le parlement ayant accordé de nouveaux crédits au ministre de la Guerre, un second pas fut fait dans la voie de l'unification par le décret du 16 août 1889. A partir du 1er janv. 1890, l'unification définitive fut accomplie pour les sous-lieutenants et assimilés, les officiers qui se trouvaient en possession d'une solde supérieure à la solde unifiée conservant, jusqu'à changement de grade, les droits acquis.

10. — En ce qui concerne les hommes de troupes, le décret du 16 août 1889 posait les bases sur lesquelles reposerait l'unification. Il disposait que la solde à pied serait de 0 fr. 28 par jour, soit 3 cent. de plus que la solde ancienne de l'infanterie; que la solde à cheval, applicable à tous les hommes montés ou équipés en hommes montés, serait de 0 fr. 30, soit 2 cent. en plus que la solde ancienne de la cavalerie. Mais, pour des raisons budgétaires, le décret n'édictait encore que des mesures transitoires (application aux hommes de troupes non gradés de l'infanterie d'une solde de 0 fr. 27). Toutefois, le rapport précédant le décret laissait entrevoir l'espérance d'une réforme complète en 1892.

11. — Grâce à la libéralité des Chambres, la date de la réforme fut un peu avancée. Les nouvelles ressources mises à la disposition du ministre par la loi de finances relative au budget de l'exercice 1891, permirent de réaliser, à dater du 1er janvier de ladite année, l'unification complète des soldes des officiers, des employés militaires, des sous-officiers employés militaires; elles permirent, en outre, de donner aux hommes de troupes à pied, à partir du 31 oct. 1891, la solde entière de 0 fr. 28.

12. — C'est le tarif annexé au décret du 27 déc. 1890 qui est actuellement en vigueur, sauf certaines modifications de détail introduites par décisions postérieures. La solde d'activité *à pied*, pour les hommes de troupe est, ainsi que nous l'avons dit, de 0 fr. 28, la solde d'activité *à cheval* est de 0 fr. 30.

§ 2. *Variations de la solde. — Différentes positions.*

13. — Les droits aux prestations de solde varient suivant les positions des militaires. Pour les officiers, il y a cinq espèces de solde : la solde d'activité, la solde de disponibilité, la solde de réserve, la solde de non-activité, la solde de réforme, la solde de disponibilité et la solde de réserve s'appliquant exclusivement aux officiers généraux, qui peuvent seuls être mis au cadre de disponibilité ou au cadre de réserve (V. *suprà*, v° *Etat des officiers*). — D'autre part, la solde d'activité se subdivise en solde de présence et solde d'absence. Il en est de même de la solde de non-activité.

14. — La position de présence est celle de tout militaire : 1° présent au corps ou au poste qui lui est assigné, ou en route pour s'y rendre; 2° en mission. En vertu d'une décision présidentielle du 23 oct. 1897, la solde de présence est, en outre, allouée pendant la durée du congé concédée pour attendre la liquidation de sa pension, au militaire proposé pour la retraite à raison d'infirmités contractées dans le service.

15. — La position d'absence est celle du militaire : 1° en permission ou en congé; 2° à l'hôpital; 3° en jugement ou en détention; 4° absent de son corps ou de son poste sans autorisation; 5° en captivité à l'ennemi (Décr. 29 mai 1890, art. 7). De plus, une décision présidentielle du 27 nov. 1898 attribue éventuellement la solde d'absence *après* la sortie de l'hôpital aux officiers de réserve ou de l'armée territoriale blessés ou atteints d'infirmités dans le service.

16. — Qu'il s'agisse d'un officier en activité ou en non-activité, la solde d'absence est toujours égale à la *moitié* de la solde de présence. La solde d'absence pour l'officier en non-activité est celle qui lui est applicable s'il est en traitement à l'hôpital.

17. — Pour les sous-officiers, la solde d'absence n'est due qu'aux rengagés et aux commissionnés. Enfin, il n'y a pas à distinguer la position de présence ou d'absence pour les soldats.

§ 3. *Solde d'activité.*

1° *Tarif.*

18. — Aux termes du tarif annexé au décret du 29 mai 1890 les généraux de division et assimilés reçoivent, par mois, 1,575 fr.; ceux de brigade et les assimilés, 1,050 fr.; les colonels et assimilés, 678 fr.; les lieutenants-colonels et assimilés, 549 fr.; les chefs de bataillon et d'escadron et les assimilés, 459 fr.; les capitaines et assimilés, après douze ans de grade, 417 fr.; après huit ans, 375 fr.; après cinq ans, 333 fr.; avant cinq ans, 291 fr.; les lieutenants en premier, 225 fr.; en second, 210 fr.; les sous-lieutenants, 185 fr.; les pharmaciens ou médecins stagiaires, 180 fr.; les aides-vétérinaires stagiaires, 150 fr.

19. — Ce qu'il faut relever dans ce tarif, c'est l'institution de la solde progressive des capitaines, institution qui a eu pour but de remédier aux retards d'avancement causé par l'encombrement des grades supérieurs, et la proportion peu considérable du nombre des chefs de bataillon par rapport au nombre des capitaines.

20. — Pour les cadres inférieurs et la troupe, on distingue la solde à pied et la solde à cheval. A pied, l'adjudant rengagé reçoit journellement 2 fr. 90; le non-rengagé, 2 fr. 65; le tambour-major, le sergent-major clairon ou chef de fanfare, 1 fr. 80, s'il est rengagé; 1 fr. 50, s'il ne l'est pas; le sergent-major, 1 fr. 50 ou 1 fr. 25, d'après la même distinction; le sergent et le sergent-fourrier, 1 fr. 20 ou 0 fr. 95; le caporal-fourrier, 0 fr. 75; le caporal-tambour, clairon ou sapeur, 0 fr. 45; le tambour, clairon ou sapeur, 0 fr. 30; le soldat, 0 fr. 28.

21. — La solde journalière des troupes à cheval est ainsi fixée : l'adjudant rengagé a 3 fr. 05; et le non-rengagé, 2 fr. 80; le maréchal des logis chef trompette, suivant la même distinction, 1 fr. 80 ou 1 fr. 55; le maréchal des logis chef, 1 fr. 65 ou 1 fr. 40; le maréchal des logis, 1 fr. 35 ou 1 fr. 10; le brigadier-fourrier, 0 fr. 95; le brigadier, 0 fr. 55; le trompette, 0 fr. 35; le cavalier, 0 fr. 30. Dans tous les emplois, cette solde est donc légèrement supérieure à celle des troupes à pied.

22. — Cette solde, les hommes de troupe ne la reçoivent pas intégralement. Elle est versée par les conseils d'administration au profit de qui elle est ordonnancée, ainsi qu'il sera dit plus loin, aux commandants des unités administratives. Ces commandants ne remettent aux hommes qu'une faible partie de la somme à eux destinée; la partie remise porte le nom de centimes de poche. Le reste forme un fonds commun destiné à l'alimentation des hommes. Le fonds commun, c'est l'*ordinaire,* géré par les capitaines. — V. *infrà,* v° *Subsistances militaires.*

2° *Règles de liquidation.*

23. — Les jeunes soldats appelés à l'activité en temps de paix entrent en jouissance de la solde qui leur est spéciale du jour où, étant formés en détachement, ils sont mis en route pour rejoindre le corps auquel ils sont affectés; mais la solde ne se cumule pas avec l'indemnité de route que le jeune soldat aurait reçue pour le jour de sa mise en route en détachement. Les engagés volontaires entrent en solde du jour même de leur incorporation, s'ils n'ont point eu droit pour ce jour à l'indemnité de route, ou du lendemain de leur arrivée au corps, quand ils ont eu droit à cette indemnité, alors même que les délais de route ne seraient pas expirés. — V. *infrà,* n. 30.

24. — Les jeunes soldats appelés en cas de mobilisation et formés en détachement entrent en solde du lendemain de leur arrivée au corps; ils reçoivent pour la route les allocations du service des frais de route.

25. — Les officiers, les employés militaires ayant rang d'officiers ou traités comme tels, les employés militaires sous-officiers, les sous-officiers rengagés ou commissionnés, les spahis indigènes de tous grades des régiments algériens entrent en solde de la date du décret, de la décision ou de l'ordre de nomination, ou de la date à laquelle le militaire prend rang d'après ces documents,

26. — Lorsqu'un officier est envoyé en mission, la solde de présence est allouée pendant toute la durée de la mission, y compris l'aller et le retour. Si, sans une cause légitime, l'officier dépasse le temps fixé pour sa mission, une décision ministérielle peut seule autoriser le rappel pour le nombre de journées d'absence irrégulière. Ces règles sont particulièrement applicables aux membres d'un conseil de révision ou d'un conseil d'enquête, et aussi aux officiers appelés en témoignage, avec cette modalité que si l'officier est en permission ou congé, lors de son appel en témoignage, la solde de présence lui est allouée pour les journées passées hors du lieu où il jouit de sa permission ou de son congé jusqu'à celui inclus de sa rentrée dans ses foyers ou à son corps. S'il est cité dans le lieu de son domicile, cette disposition ne lui est pas applicable, à moins qu'il ne soit retenu au delà du terme de sa permission, auquel cas il recouvre ses droits à la solde de présence à dater du lendemain de l'expiration de son absence régulière.

27. — L'officier ou employé militaire rentrant des prisons de l'ennemi, qui rejoint immédiatement son poste ou qui attend par ordre sa destination, a droit à la solde de présence du jour de sa rentrée en France, dûment constatée. S'il a été mis en non-activité, il reçoit la solde affectée à sa nouvelle position du jour où sa mise en non-activité lui a été notifiée. Les sous-officiers rengagés ou commissionnés recouvrent le droit à la solde de présence, dans les mêmes circonstances, à compter du jour de leur arrivée en France, dûment constatée, qu'ils soient mis en subsistance ou qu'ils voyagent isolément pour rejoindre leur corps.

28. — Tous les prisonniers de guerre, s'ils font partie d'une armée active, conservent les droits à la solde jusqu'au *jour inclus* du passage à la frontière ou du débarquement en France.

29. — Quelles sont, d'autre part, les règles d'allocation de la solde, durant les permissions ou congés? Dans le cas de permis-

sion, la solde de présence est accordée pour toute la durée de la permission, à moins que la permission ne soit prolongée au delà de trente jours, auquel cas la solde ne court plus durant la prolongation. Le militaire recouvre alors ses droits à la solde de présence à partir du lendemain de sa rentrée à son corps ou à son poste.

30. — Parmi les congés, on distingue ceux pour affaires personnelles (solde d'absence allouée pour tout le congé ne s'étendant pas au delà de six mois), ceux de convalescence (allocation de la solde de présence ou d'absence selon que le spécifie le titre ou la décision de l'autorité compétente), les congés pour aller faire usage des eaux ou des bains de mer (allocation de la solde de présence pour les journées de route et de tolérance et de la solde d'absence pour les journées qui n'auraient pas été passées aux eaux en dehors des délais précités), les congés pour aller aux colonies françaises (solde d'absence pendant un an, y compris les traversées), les congés pour aller à l'étranger (allocation d'une solde déterminée par le ministre), enfin les congés pour attendre la liquidation d'une pension (solde d'absence du jour du départ jusqu'au jour exclu de la date du décret de concession de la pension). Si les officiers, employés militaires, ou sous-officiers rengagés ou commissionnés sont rappelés avant l'expiration de leur congé, ils ont droit à la solde de présence, cumulativement avec l'indemnité de route, du jour de leur départ pour rejoindre leur corps ou leur poste. — V. *suprà*, n. 23.

31. — Il existe une nouvelle sorte de congé sans solde, c'est celle prévue par l'art. 64, L. fin., 30 mars 1902, par lequel, le ministre de la Guerre est autorisé à accorder, jusqu'à concurrence du chiffre fixé chaque année par la loi de finances, des congés de longue durée sans solde ne pouvant dépasser trois années aux officiers qui en feront la demande et qui compteront au moins huit ans de services dont quatre de grade d'officier. Le montant de la retenue de 5 p. 0/0 sur la solde budgétaire de ces officiers continuera à être versé au Trésor. L'officier titulaire d'un congé sans solde ne sera pas remplacé s'il reste à la disposition du ministre, peut être réintégré sur sa demande avant l'expiration de son congé, reste soumis aux règles de la discipline, et le temps passé dans cette position lui est compté pour la réforme et la retraite.

32. — Les officiers, employés militaires et les rengagés ou commissionnés perdent leurs droits à la solde le lendemain du jour de la notification de l'acceptation de la démission, s'ils sont présents, du jour de la radiation des contrôles, s'ils sont absents.

33. — En cas de renvoi des hommes de troupe dans leurs foyers, les droits à la solde s'éteignent du jour du départ.

34. — En cas d'admission à la retraite pour les officiers, et employés militaires, les droits à la solde cessent du jour de la notification du décret de concession de pension, s'ils sont présents, à la date même de ce décret, s'ils sont en permission ou à l'hôpital. Les sous-officiers rengagés ou commissionnés reçoivent, s'ils sont en permission ou en congé, la solde jusqu'au jour exclu du décret de concession, s'ils sont absents à ce moment par suite de libération provisoire et jusqu'au jour où ils ont été libérés définitivement, si cette libération est antérieure audit décret. S'ils sont à l'hôpital, ils conservent le droit à la solde jusqu'au jour de leur sortie de l'hôpital, date à partir de laquelle les arrérages de leur pension commenceront à courir. Les autres sous-officiers et les hommes de troupe cessent d'avoir droit à la solde à partir du jour de leur radiation des contrôles.

35. — Le décret du 29 mai 1890 prévoit le cas où l'intéressé admis à la retraite ou au cadre de réserve est maintenu provisoirement en fonctions ; dans cette hypothèse, il reçoit sur les fonds de la solde une indemnité, destinée à parfaire, avec le montant de sa pension, la solde d'activité.

36. — En cas de décès, la solde est due jusqu'au jour inclus du décès ou de la disparition ; la solde du décédé est acquise aux héritiers, à l'exception de celle due aux spahis indigènes décédés à l'hôpital, qui est acquise à l'Etat ; il en est de même de la solde des sous-officiers non rengagés ni commissionnés, des caporaux, brigadiers et soldats.

37. — Pour la réserve et l'armée territoriale, les règles d'allocation de la solde peuvent ainsi se résumer ; *a*) les officiers ont droit à la solde de présence pour les journées effectives de présence (alors même que l'un de ces jours serait le 31e jour du mois), *à partir* du lendemain de leur arrivée, s'ils ont reçu l'indemnité de route, et à *partir* du jour de leur arrivée, s'ils n'ont pas reçu cette indemnité. C'est le principe établi pour les convocations à des périodes d'instruction. Ce principe est étendu aux officiers convoqués pour un stage soldé, pour les conférences et cours pratiques sur le service des étapes, pour assister aux grandes manœuvres ou aux exercices à feu, etc., la date d'arrivée étant fixée par l'ordre de convocation. — *b*) La troupe a droit à la solde de présence à partir du lendemain de l'arrivée au corps et pour les journées effectives de présence ; cette solde de présence est encore due pour le jour du départ, si ce départ a lieu après le repas du matin. — *c*) En cas de mobilisation, les militaires de tous grades reçoivent toutes les allocations attribuées à l'armée active.

38. — Il y a lieu de signaler à ce propos qu'aux termes de l'art. 1, L. 1er juin 1878, les militaires de la réserve et de l'armée territoriale cumulent, en temps de paix, les traitements ou pensions dont ils jouissent avec la solde et les prestations qui leur sont attribuées pendant les exercices ou manœuvres auxquels ils sont convoqués.

3° *Règles d'ordonnancement et de paiement.*

39. — Ce qui caractérise la comptabilité de la solde des troupes, c'est que cette comptabilité forme une exception au principe d'après lequel les paiements ne peuvent être faits qu'au véritable créancier, et pour un service accompli ; les parties prenantes étant extrêmement nombreuses, et les allocations multiples, on a constitué entre le Trésor et les intéressés un intermédiaire, le conseil d'administration, auquel les paiements sont faits en *bloc* et d'avance, sauf vérification ultérieure des droits des parties prenantes.

40. — La solde des officiers sans troupe et des employés militaires en activité de service, des officiers des corps de troupe et des officiers en non-activité, en congé ou en permission se paie *par mois et à terme échu*. Les officiers et employés militaires changeant de corps, de service ou de résidence ou entrant en position d'absence peuvent être payés de leur traitement jusqu'au jour de leur départ exclusivement. L'officier qui rentre d'une position d'absence est payé, au moment de sa rentrée, des sommes qui lui sont dues pour les mois expirés. La solde de la troupe et les indemnités payables avec cette solde se perçoivent *par quinzaine et d'avance*. L'homme de troupe entrant dans la position d'absence reçoit ce qui lui est dû, jusqu'au jour de son départ. Le sous-officier rengagé ou commissionné en permission, en congé ou à l'hôpital, peut, comme l'officier, recevoir sa solde à la fin de chaque mois.

41. — Les fonctionnaires de l'intendance militaire sont chargés de l'ordonnancement de la solde et des prestations payables comme la solde. Les intendants ordonnancent la solde des officiers sans troupe et employés militaires et des officiers en non-activité, sauf la faculté de délégation totale ou partielle aux sous-intendants placés sous leurs ordres. Les sous-intendants militaires ordonnancent la solde des corps de troupe, fractions de corps ou détachements dont ils ont la surveillance administrative et celle des établissements considérés comme corps, soit les écoles militaires, les dépôts de déserteurs, ceux de convalescents, tous les autres dépôts généraux ou d'isolés composés d'hommes appartenant à divers corps, les établissements pénitentiaires et les dépôts de remonte.

42. — Tout paiement, à titre d'avance de solde, est, en principe, formellement interdit. Toutefois, en vertu de l'art. 21, Décr. 29 mai 1890, lorsque des officiers, des employés militaires ou des sous-officiers rengagés ou commissionnés ont été faits prisonniers de guerre, le ministre peut, dans le cas de nécessité absolue, autoriser leur famille à recevoir la moitié de la solde d'absence. Les autorisations accordées en vue de cette disposition ne peuvent avoir d'effet que pour une année, et elles ne sont pas renouvelables. Les paiements ont lieu à titre d'avance, et la retenue en est opérée sur le décompte de la solde des militaires lors de leur retour en France. — V. *infrà*, n. 67.

43. — De plus, certaines avances peuvent être faites aux militaires de tout ordre envoyés dans les colonies (Décr. 29 juill. 1897).

44. — La constatation des droits à la solde a lieu, vis-à-vis des ordonnateurs, au moyen de contrôles et de revues d'effectif.

45. — Au point de vue de la tenue des contrôles, il y a lieu de distinguer entre les officiers sans troupes ou employés militaires, d'une part, et les officiers et hommes de troupe, d'autre part. Ce sont les fonctionnaires de l'intendance qui sont char-

gés des contrôles de la première catégorie, avec cette modalité que les contrôles des officiers en non-activité ou en réforme sont mis au jour par le sous-intendant du chef-lieu de département. Les contrôles des officiers sans troupe ou employés militaires sont distincts par catégorie d'officiers sans troupes et d'employés militaires; ils doivent être renouvelés chaque année. En vue d'en assurer la mise au courant et la régularité, le décret de 1890 a édicté deux règles spéciales : 1° à chaque changement de résidence, les intéressés doivent, au départ et à l'arrivée, communiquer aux ordonnateurs les lettres d'avis ou de service; 2° l'officier le plus élevé en grade dans chaque catégorie, service ou place, adresse aux susdits un état mensuel de mutation.

46. — Les contrôles des officiers et hommes de troupe sont annuels; tous les militaires comptant à l'effectif doivent y figurer. On tient un contrôle particulier pour : 1° les subsistants d'autres corps; 2° les réservistes et les hommes de l'armée territoriale. En tout cas, il y a un contrôle spécial pour l'état-major, la section ou le peloton hors rang, un contrôle par escadron, compagnie ou batterie, dans lequel les militaires sont inscrits par grade, et, dans chaque grade, par numéro matricule. Les contrôles sont ici tenus par les commandants des unités administratives, les comptables des établissements pénitentiaires et des dépôts de remonte.

47. — Toutes les mutations sont mentionnées, les prisonniers de guerre sont rayés durant leur captivité, les absents irrégulièrement au bout de six mois, ou après jugement, d'où résulte qu'ils n'appartiennent plus au corps. Enfin les militaires condamnés à l'emprisonnement sont radiés et portés par ordre à la section ou peloton hors rang.

48. — D'autre part, pour constater l'effectif des hommes et des chevaux, les fonctionnaires de l'intendance militaire passent des revues d'effectif quand ils en reçoivent l'ordre du ministre de la Guerre et des généraux. La revue a lieu par appel nominal, à l'aide des contrôles. Pour les hommes qui ne répondent pas à l'appel nominal, le fonctionnaire de l'intendance s'assure de leur présence réelle; il se fait présenter l'état des hommes en permission n'excédant pas vingt-quatre heures, lesquels ne font pas mutation.

49. — Enfin la constatation des droits aux prestations en argent se complète au moyen : 1° des situations administratives et états de mutations, les premiers s'appliquant aux corps composés de plusieurs unités administratives, et où la comptabilité est numérique, les seconds aux corps ou établissements où la comptabilité est nominative; 2° des feuilles de journées. Les feuilles de journées servent à l'établissement des revues trimestrielles de liquidation, établies par les trésoriers et envoyées au sous-intendant militaire, qui procède à la vérification, les transmet à l'intendant qui les envoie au ministre.

50. — Dans les corps de troupe, l'appréciation du droit des parties prenantes appartient au chef de corps, de détachement ou d'établissement. Cette appréciation se fait au moyen d'un état de mutations signé chaque jour par le chef de corps ou de détachement. Pour les officiers sans troupes, les employés militaires les hommes de troupes isolées, l'appréciation des droits et l'ordonnancement sont dans les attributions des sous-intendants militaires et de leurs suppléants autres que les maires. Pour le personnel de l'artillerie et du génie, l'appréciation appartient aux directeurs.

51. — La responsabilité des généraux, des directeurs et des chefs de service, au point de vue des allocations non autorisées par les règlements, est celle qui est prévue par la loi sur l'administration de l'armée. Ils ont recours sur les parties prenantes; mais ce recours ne peut s'exercer que sur les officiers, les employés militaires et sur les militaires rengagés ou commissionnés en ce qui concerne l'indemnité de rengagement, la prime, les intérêts et la gratification. Les généraux, les directeurs et les chefs de service ne peuvent être constitués pécuniairement responsables qu'en vertu d'une décision du ministre de la Guerre.

52. — Les officiers sans troupe, les employés militaires et les officiers en non-activité sont payés de leur solde et des indemnité auxquelles ils ont droit par mandats individuels. Les mandats sont dressés sur les indications données par un état nominatif établi, le 25 de chaque mois, par l'officier ou l'employé militaire le plus élevé en grade dans chaque catégorie correspondant à un article du budget, dans chaque service, et dans chaque place. L'état nominatif comprend l'indication des mutations des officiers et employés militaires. Les mandats sont envoyés par l'ordonnateur aux auteurs des états nominatifs, avec un bordereau; la remise des mandats a lieu contre récépissé donné sur le bordereau, qui est renvoyé à l'ordonnateur avec les mandats non retirés avant le 10 de chaque mois. Cette remise a lieu avec les mêmes délais aux officiers en non-activité, sous peine de suspension de la solde jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné par le général commandant de corps.

53. — Pour les officiers des corps et ceux des établissements considérés comme tels, il est établi mensuellement des états de solde collectifs, mais nominatifs. Sont portés sur les mêmes états les allocations spéciales aux militaires rengagés ou commissionnés, l'indemnité de logement, et les allocations au titre des masses. Dans ce cas, les états ne sont nominatifs qu'en ce qui concerne l'indemnité et la prime de rengagement pour les sous-officiers rengagés.

54. — Tout autre est le système de comptabilité pour la solde des hommes de troupe. Ici : 1° l'état est collectif, et non nominatif; 2° l'état ne comprend pas des droits constatés, mais constitue un état de prévision. Il est établi, en effet, dans les derniers jours de chaque quinzaine pour la quinzaine suivante. Il est dressé en double expédition, dont une portant quittance, et l'autre déclaration de quittance.

55. — En outre, les personnes susceptibles de recevoir une solde tirée de leurs droits personnels ou des droits transmis (délégataires, créanciers, V. *infrà*, n. 61 et s.), parties prenantes collectives, corps de troupe, détachements ayant une administration distincte reçoivent un *livret*, sauf le militaire absent par congé ou en mission qui peut remplacer ce livret par un certificat de cessation de paiement délivré avant son départ. Le livret est destiné à recevoir l'inscription, par les agents des finances, des sommes payées; il est collectif pour les corps, individuel dans les autres cas. Les fonctionnaires de l'intendance le paraphent et le signent ainsi que la partie prenante ou le commandant du corps partie prenante. En cas de changement de résidence d'une partie ou d'un corps, le livret est arrêté avant départ.

56. — Le paiement des mandats, ou des états de solde a lieu à vue par l'agent des finances sur lequel il est tiré. Le mandat de solde est quittancé par la partie prenante isolée; l'état de solde collectif l'est par tous les membres du conseil d'administration ou par l'officier commandant, s'il n'existe pas de conseil d'administration.

57. — En ce qui concerne les refus de paiements les règles sont identiques à celles de la comptabilité ordinaire. — V. *suprà*, v° *Comptabilité publique*.

58. — Comment se centralise le contrôle des paiements? Les trésoriers-généraux adressent aux ordonnateurs des états trimestriels constatant les paiements effectués et les titulaires qui ne se sont pas fait payer. Chaque trimestre, les sous-intendants envoient au directeur de l'intendance un relevé des mandats, relevés trimestriels récapitulés plus tard en bordereaux annuels transmis du 1er au 10 mai après fin de l'exercice. Enfin les revues trimestrielles dont il est parlé plus haut servent de base à l'établissement d'un compte ouvert à chaque corps, le décompte de libération établi dans les bureaux de l'ordonnateur. On y inscrit, au débit du corps, tous les acquits qu'il a donnés, à son crédit, tous les droits constatés à son profit dans les revues; la balance fait ressortir les trop ou moins perçus qui sont imputés par l'ordonnateur sur le premier paiement.

59. — Le principe de la déchéance quinquennale s'applique à la solde comme aux autres créances envers l'Etat. Un arrêt du Conseil d'Etat a déclaré atteinte par la déchéance une demande en paiement de solde, formée plus de cinq ans après l'ouverture de l'exercice auquel elle se rattachait. — Cons. d'Et., 13 mai 1881, Brissy, [S. 82.3.84, P. adm. chr.]

60. — S'il y a contestation sur le chiffre de la solde allouée, le rappel de solde peut faire l'objet d'un pourvoi devant la juridiction contentieuse; mais ce rappel doit, en tout cas, être demandé préalablement au ministre. — Cons. d'Et., 12 mars 1875, Vimont, [S. 77.2.59, P. adm. chr., D. 75.3.107]

4° Délégations et retenues.

61. — Les officiers et les employés militaires ayant rang d'officiers ou de sous-officiers qui font partie d'une armée mobilisée ou d'un corps expéditionnaire opérant à l'extérieur (Décr. 29 mai 1890), ou se trouvant dans une place investie (Décis. président,

4 juin 1898), ont la faculté de déléguer une partie de leur solde. La quotité déléguable diffère suivant que la délégation est faite en faveur des femmes, des descendants ou des ascendants des parties prenantes, d'une part, ou seulement de membres de leur famille et même de tiers. Cette quotité est de la moitié au maximum dans le premier cas, du quart au maximum dans le second.

62. — D'autre part, aux termes des dispositions combinées des décrets des 23 nov. 1897 et 29 oct. 1898, des délégations peuvent être consenties par les officiers, sous-officiers rengagés ou commissionnés, les employés militaires ayant rang d'officier ou de sous-officier, détachés dans les colonies françaises ou pays de protectorat, en faveur de leurs femmes, ascendants ou descendants, et même de tiers, mais seulement dans le cas où elles sont destinées à pourvoir à l'entretien des personnes ci-dessus visées; ces délégations ne peuvent, en aucun cas, dépasser la moitié de la solde coloniale dégagée de tous les accessoires. Une réserve est faite pour les officiers par les textes précités; la faculté qui leur est offerte par le décret du 27 déc. 1890, de déléguer à des tiers, pour tous motifs, le quart de leur solde, subsiste ici.

63. — Cette faculté de délégation est soumise à une déclaration; elle est faite, d'après le décret du 27 déc. 1890, en ce qui concerne les officiers et sous-officiers des corps de troupe, au conseil d'administration du corps auquel ils appartiennent, et, en ce qui concerne les officiers sans troupe, aux sous-intendants; d'après le décret du 29 oct. 1898, aux conseils d'administration, dans le premier cas, au chef du service administratif dans le second.

64. — Les déclarations de délégations faites en vertu du décret du 27 déc. 1890 sont adressées par les soins des sous-intendants militaires, s'il s'agit d'officiers sans troupe et d'employés militaires, par les soins des conseils d'administration, s'il s'agit d'officiers de corps de troupe ou de sous-officiers, au général commandant le corps d'armée où les délégataires doivent être payés; cet officier général donne aux fonctionnaires de l'intendance les ordres nécessaires pour les paiements, lesquels doivent être effectués par mois et à terme échu. Le montant de la délégation mensuelle souscrite par un officier au profit d'un tiers ou d'un parent autre que la femme, les ascendants ou les descendants, n'est ordonnancé qu'après réception, par le fonctionnaire de l'intendance ordonnateur, du certificat de retenue transmis directement par l'autorité qui a reçu la demande de délégation.

65. — Dans le système des délégations de soldes coloniales, le mode de procéder consistant à faire liquider par l'administration métropolitaine les arrérages des délégations payables en France avait entraîné des inconvénients. Le décret du 29 oct. 1898 laisse à chaque colonie ou pays de protectorat le soin d'assurer directement le paiement desdites délégations. Les sommes déléguées doivent faire désormais l'objet d'une annotation sur les états de solde, et être de suite liquidées et payées au moyen d'un mandat délivré sur les caisses du Trésor.

66. — Aussi ces délégations n'ont-elles leur effet que pendant la durée du séjour colonial dans une même colonie, à moins d'une mention spéciale énoncée dans la déclaration de délégation. Au contraire, d'après l'art. 19, Décr. 29 mai 1890, la durée des délégations est déterminée par les délégants; mais leur effet ne peut se prolonger au delà de la limite d'un mois après la cessation de l'état de guerre; elles cessent également de plein droit à partir du jour où le sous-intendant militaire chargé du paiement est avisé du décès, si elles sont faites en faveur des femmes, des ascendants ou des descendants et du jour du décès pour les autres délégataires. Toutefois, la veuve et les orphelins délégataires d'un officier ou sous-officier décédé peuvent, après que le sous-intendant militaire de leur région a reçu avis du décès, obtenir, sur leur demande adressée à ce fonctionnaire, des avances mensuelles remboursables égales aux quatre cinquièmes de la pension ou du secours annuel auxquels ces intéressés pourront avoir droit.

67. — Enfin, lorsque des officiers, des employés militaires rengagés ou commissionnés ont été faits prisonniers de guerre, le ministre de la Guerre peut, dans les cas de nécessité absolue, autoriser leurs familles à recevoir la moitié de la solde d'absence. Les autorisations accordées en vertu de cette disposition ne peuvent avoir d'effet que pour une année, si elles ne sont pas renouvelées. Ces paiements ont lieu à titre d'avance, et la retenue en est opérée sur le décompte de la solde des militaires, lors de leur retour en France. En cas de décès d'un prisonnier de guerre, si les avances reçues par sa famille jusqu'au jour où elle est officiellement informée du décès, dépassent le montant du décompte de la solde d'absence, les paiements effectués sont considérés comme définitifs, et le trop perçu ne donne lieu à aucune reprise (Décr. 29 mai 1890, art. 21).

68. — Les retenues sur la solde se divisent en deux catégories : d'une part, les retenues au profit du Trésor, d'autre part, les retenues au profit de tiers.

69. — Une première retenue au profit du Trésor est faite sur la solde budgétaire des officiers et employés militaires en position d'activité et de disponibilité. La quotité de cette retenue est, en principe, de 5 p. 0/0 de cette solde. Toutefois, elle est seulement de 2 p. 0/0 pour les officiers généraux admis dans le cadre de réserve avant d'avoir atteint la limite d'âge, les officiers en non-activité, les gardiens de batterie, les portiers-consignes et les ouvriers d'état. Cette retenue n'est faite que sur la solde; les indemnités diverses, accessoires de solde, ne la subissent pas; l'art. 76, Décr. 29 mai 1890, édicte enfin une exception pour la solde des prisonniers de guerre. Le montant de la retenue de 5 p. 0/0 ou de 2 p. 0/0 est ordonnancé au profit du Trésor par les soins de l'administration centrale, d'après les résultats des revues de liquidation.

70. — En second lieu, les officiers et employés militaires auxquels un logement ou un baraquement est affecté avec ou sans meubles subissent sur leur solde des retenues déterminées par le tarif, que ces logements soient ou non occupés effectivement par eux. La retenue n'est exercée qu'à dater du premier jour de la deuxième quinzaine qui suit celle de l'affectation du logement ou du baraquement. Ce délai de grâce n'existe naturellement ni au profit des officiers de réserve de l'armée active ou de l'armée territoriale, ni au profit des fonctionnaires des services annexes des chemins de fer et de la télégraphie; ici, la retenue se décompte exactement par journée d'occupation. Pour tous, la retenue cesse au jour du départ pour raisons de service ou de santé, à moins d'une demande spéciale tendant à la continuation de l'occupation. Au cas d'absence volontaire, la quinzaine commencée se paie tout entière.

71. — Les retenues à exercer sur la solde des officiers ou employés militaires qui reçoivent le logement en nature sont effectuées sur le vu d'états trimestriels établis par le sous-intendant chargé des services du casernement. Le montant de ces retenues est porté en diminution dans les revues générales de liquidation.

72. — Ne subissent pas la retenue pour le logement les officiers et employés militaires dans les conditions ci-après : campés ou en manœuvres à l'intérieur; en Algérie ou en Tunisie, lorsqu'ils sont campés, baraqués, en manœuvres, en expédition ou en colonne; sur le pied de guerre, en non-activité écroués dans une prison militaire; s'absentant pour le service, et logés ou baraqués pendant la durée de ce service; employés aux travaux topographiques logés par réquisition aux frais de l'Etat.

73. — A la retenue pour logement peut s'assimiler la retenue pour emplacement de bureau opérée sur la solde des trésoriers, des officiers d'habillement et des officiers payeurs des corps de troupe, lorsqu'un bureau leur est fourni dans les bâtiments de l'Etat.

74. — Enfin, il y a des retenues pour dettes envers l'Etat. Elles peuvent avoir lieu même à l'égard des officiers réformés, en jouissance d'une solde de réforme. Elles sont fixées par le ministre de la Guerre seul, en cas de contestation sur le principe ou sur le chiffre, et ne peuvent, à moins de décision speciale du ministre, excéder le cinquième de la solde nette. Une comptabilité spéciale de ces retenues est tenue par l'intendant, qui en porte les motifs sur les mandats ou états de solde et sur les revues.

75. — Quant aux retenues au profit des tiers, on doit distinguer les retenues pour aliments, les retenues pour dettes en vertu d'oppositions ou saisies-arrêts. Les premières sont prescrites par le ministre de la Guerre dans les cas prévus par le Code civil, et ne peuvent excéder le tiers de la solde nette. Elles sont mandatées au profit des bénéficiaires suivant le mode fixé pour les délégations. Les secondes ne peuvent excéder le cinquième de la solde nette, sauf pour la prime de rengagement des sous-officiers qui est saisissable en totalité. La procédure est celle des oppositions sur traitements de fonctionnaires. Il y a lieu de signaler enfin les retenues exceptionnelles qui peuvent, en

dehors de toutes saisies-arrêts ou oppositions, être ordonnées par le ministre au profit de tiers : nous citerons à ce propos la retenue pour cercles ou lieux de réunion.

§ 4. *Solde de disponibilité et de non-activité.*

76. — La solde mensuelle de disponibilité, spéciale aux officiers généraux et assimilés est ainsi déterminée : généraux de division pendant six mois à partir de la mise en disponibilité, 1,575 fr.; durant les mois ultérieurs, 787 fr. 50; généraux de brigade, 1,050 fr. ou 525 fr., suivant la même distinction.

77. — La solde de non-activité est fixée : 1° pour l'officier sorti de l'activité par suite de licenciement de corps, de suppression d'emploi, de rentrée de captivité à l'ennemi, ou d'infirmités temporaires, à la moitié de la solde d'activité dégagée de tous accessoires ou de toute indemnité représentative; 2° pour l'officier sorti de l'activité par retrait ou suspension d'emploi, aux deux cinquièmes de la même solde. Par exception, les lieutenants et sous-lieutenants touchent, dans le premier cas, trois cinquièmes au lieu de moitié (L. 19 mai 1834, art. 16 et 17).

78. — La solde de non-activité mensuelle nette est ainsi fixée par les tarifs annexés au décret de 1890. 1er cas prévu par la loi du 19 mai 1834 : généraux de division, 813 fr.; généraux de brigade, 543 fr.; colonels, 351 fr.; lieutenants-colonels, 285 fr.; chefs de bataillon ou d'escadron, 237 fr.; capitaines, à douze ans de services, 216 fr.; à huit ans de services, 195 fr.; à cinq ans, 174 fr.; avant cinq ans, 153 fr.; lieutenants, 132 fr.; sous-lieutenants, 123 fr. — 2e cas : généraux de division, 651 fr.; de brigade, 435 fr.; colonels, 282 fr.; lieutenants-colonels, 228; chefs de bataillon, 192 fr.; capitaines, 174 fr., 156 fr., 138, 120 fr.; lieutenants, 87 fr.; sous-lieutenants, 81 fr.

§ 5. *Solde de réserve.*

79. — D'après l'art. 8, L. 4 août 1839, les officiers généraux de la deuxième section du cadre de l'état-major recevaient les trois cinquièmes de la solde de leur grade, sans les accessoires. Par suite de modifications dans le tarif des retraites, le traitement, qui, primitivement, était supérieur au maximum de la pension de ces officiers généraux, y était devenu notablement inférieur. Aussi les intéressés, en grand nombre, préféraient-ils la position de retraite à celle de réserve. C'est dans le but d'obvier à cet inconvénient que la loi du 14 janv. 1890 a modifié l'art. 8 de la loi du 4 août 1839, précité. Désormais les officiers généraux (et fonctionnaires assimilés), placés dans la deuxième section du cadre de l'état-major, *après* avoir atteint la limite d'âge fixée par la loi, reçoivent une solde égale au taux de la pension à laquelle ils auraient droit s'ils étaient retraités. Mais la réforme a été restreinte à ceux-là seulement, et la loi du 4 août 1839 continue à s'appliquer aux officiers généraux (et assimilés) placés dans la réserve *avant* limite d'âge.

80. — La solde des officiers généraux placés dans la deuxième section de l'état-major avant limite d'âge est ainsi fixée : généraux de division, 735 fr. par mois; généraux de brigade, 490 fr. 50.

§ 6. *Solde de réforme.*

81. — Nul officier réformé n'a droit à un traitement, s'il n'a accompli le temps de service imposé par la loi sur le recrutement. Tout officier réformé ayant moins de vingt ans de services reçoit, pendant un temps égal à la moitié de ses services effectifs, une solde de réforme équivalente aux deux tiers du minimum de la pension de retraite de son grade, conformément à ce qui a été déterminé par la loi en vigueur. La solde n'est que de la moitié de ce minimum, si l'officier a été réformé pour cause de discipline. L'officier ayant, au moment de sa réforme plus de vingt ans de service effectif, reçoit une pension de réforme dont la quotité est de un trentième du maximum de la pension de son grade par année de service.

82. — Le droit à la jouissance de la solde de réforme est suspendu : 1° par la condamnation à une peine afflictive ou infamante, pendant la durée de la peine ; 2° par les circonstances qui font perdre la qualité de Français, durant la privation de cette qualité ; 3° par la résidence hors du territoire français, sans autorisation, lorsque le titulaire est Français ou assujetti à se faire naturaliser (Décr. 29 mai 1890, art. 132).

83. — Au contraire de la solde d'activité, la solde de réforme peut se cumuler avec un traitement civil actif.

84. — Au point de vue du décompte de la solde de réforme, il a été jugé qu'un médecin aide-major, qui réclame une solde temporaire de réforme pour infirmités, est admis à faire entrer en compte le temps qu'il a passé comme élève de santé militaire et médecin stagiaire depuis son incorporation comme officier, ou son affectation pour ordre à un régiment. — Cons. d'Et., 17 juill. 1885, Goureau, [Leb. chr., p. 682]

85. — Cette solde de réforme peut subir des retenues : d'abord celle de 2 p. 0/0 au profit du Trésor dont il a été parlé plus haut; toutefois ladite retenue n'est exercée que sur les soldes de réforme excédant 500 fr. Il peut ensuite y avoir des retenues pour débet envers l'Etat, envers les corps ou pour dettes alimentaires (V. *suprà*, n. 74 et 75). Les retenues pour débets ne peuvent excéder un cinquième, et celles pour aliments un tiers. S'il y a plusieurs débets, l'ordre des retenues est le suivant : 1° retenues pour trop perçu; 2° pour autres débets envers l'Etat; 3° pour débet envers un corps de troupe. Les retenues pour aliments sont exercées concurremment avec les retenues pour débets.

86. — Les droits à la solde de réforme, dans les cas prévus par la loi du 19 mai 1834, sont l'objet d'une liquidation arrêtée par le ministre de la Guerre, après avoir été révisée par le Conseil d'Etat. Un titre officiel de liquidation est remis à l'intéressé, par l'intermédiaire du directeur du service de l'intendance du corps d'armée ou de la région où l'intéressé a fixé son domicile. Celui-ci a trois mois pour se pourvoir au Conseil d'Etat contre les bases de la liquidation, le délai de trois mois comptant à dater du premier paiement des arrérages.

87. — Les arrérages de la solde de réforme sont soumis, en principe, à la prescription ordinaire, mais il faut signaler ici une règle spéciale exorbitante du droit commun, énoncée par l'art. 144, Décr. 29 mai 1890 : la solde de réforme dont les arrérages n'ont pas été réclamés pendant une année révolue est considérée comme éteinte et ne peut être rétablie que par une décision du ministre de la Guerre. Les demandes en rétablissement sont transmises au ministre par le général commandant le corps d'armée, avec son avis appuyé des explications fournies par le réclamant et d'un certificat du maire de son domicile, vérifié par le préfet, constatant qu'il n'a pas résidé plus d'un an hors du territoire français depuis le dernier paiement ou que, dans le cas contraire, il en avait obtenu l'autorisation régulière.

88. — Comme pour la solde d'activité, la vérification des droits résulte des *contrôles*, mais ici ces contrôles sont tenus par l'intendant militaire directeur du service de l'intendance et par le sous-intendant militaire dans la circonscription duquel résident les officiers en réforme.

89. — La solde de réforme est payable par *trimestre* (c'est une différence avec la solde d'activité), et à terme échu, sur mandat des fonctionnaires de l'intendance, par le trésorier-général. Les paiements sont constatés par des revues trimestrielles.

90. — Pour permettre aux officiers ou employés militaires mis en réforme d'attendre le règlement définitif de leurs droits, il leur est alloué pendant six mois, et sauf prolongation par décision du ministre, une *allocation temporaire*, dont le montant sera précompté ultérieurement sur les arrérages de la pension ou de la solde de réforme à liquider. Ces allocations, dont les paiements ont lieu par trimestre, sont fixées aux deux tiers du minimum de la pension de retraite pour les officiers ou employés militaires mis en réforme à titre d'infirmités, et à la moitié seulement pour les officiers et employés militaires réformés par mesure disciplinaire.

CHAPITRE II.

INDEMNITÉS.

§ 1. *Énumération.*

91. — 1° *Indemnité aux troupes en marche.* — Plusieurs conditions sont requises pour l'allocation de cette indemnité : 1° elle n'est due qu'aux corps ou détachements comptant six hommes, tout au moins au départ d'un même corps marchant sous le commandement de l'un d'eux (exceptionnellement en bénéficient les officiers sans troupe appelés par leurs fonc-

tions à marcher effectivement avec les troupes en marche ; 2° il faut que la troupe ait franchi une étape, ou, en dehors de la ligne des étapes, une distance de 24 kilom. au moins, et ne reçoive pas de vivres de campagne comme faisant partie d'une armée ou d'un rassemblement sur le pied de guerre; elle est allouée pour toutes les journées de marche et de séjour n'excédant pas deux jours, y compris le jour du départ et de l'arrivée à destination. Pour les troupes voyageant par voie ferrée, si le trajet à parcourir se répartit sur deux journées, l'indemnité n'est pas allouée pour le jour du départ, s'il a lieu après le repas du soir. D'autre part, si la troupe se rend à une armée hors du territoire, le dernier jour d'allocation est celui de l'arrivée à la frontière ou au port d'embarquement. Les militaires de tous grades y ont droit.

92. — Par décision présidentielle du 18 mars 1901, l'indemnité aux troupes en marche, en corps ou en détachement est de 0 fr. 85 pour les adjudants et assimilés, de 0 fr. 25 pour les sous-officiers, de 0 fr. 10 pour les caporaux, brigadiers et soldats. Le général commandant un corps d'armée reçoit 15 fr., le général de division, 12 fr., le général de brigade, 10 fr., l'officier supérieur, 5 fr., l'officier subalterne, 3 fr.

93. — 2° *Indemnité à l'occasion de la fête nationale.* — Cette indemnité est réservée aux sous-officiers, caporaux, brigadiers ou soldats. Elle est allouée ledit jour aux militaires présents en station, ou voyageant en détachement à l'intérieur ou aux armées.

94. — A l'occasion de la fête nationale, les adjudants et assimilés reçoivent 1 fr. 50, les sous-officiers, 0 fr. 70, les soldats 0 fr. 30. En outre, l'indemnité représentative d'une ration de vin est attribuée aux troupes à l'intérieur et une ration en nature à celles de l'Algérie et de la Tunisie.

95. — 3° *Indemnité pour frais de bureau.* — Cette indemnité, pour laquelle nous renvoyons au tarif, ne comporte qu'une règle à signaler en ce qui concerne son allocation : l'officier qui s'absente régulièrement conserve le droit à l'indemnité pendant tout le temps de son absence, à charge par lui de pourvoir à la dépense de ses bureaux; en cas de vacance d'emploi, l'indemnité est due à l'intérimaire.

96. — 4° *Indemnité pour frais de service.* — L'indemnité prévue au tarif est accordée à partir du jour où l'officier prend possession de l'emploi pour lequel le tarif prévoit des frais de service. Il y a droit pour tout le temps de présence à son poste et pendant les deux premiers mois de son absence, si le déplacement est occasionné par le service, et pendant un mois, à charge de pourvoir aux frais de bureau, dans les autres cas. C'est à l'expiration de ces deux mois, ou de ce mois, que l'intérimaire perçoit l'indemnité à la place du titulaire, et jusqu'au jour où celui-ci reprend effectivement ses fonctions. L'officier dont la fonction ne comporte pas d'intérimaire conserve l'indemnité pendant la durée de l'absence, à charge par lui de pourvoir aux dépenses inhérentes à sa fonction. Enfin, le cumul des indemnités pour frais de service est, en principe, permis, s'il y a cumul de fonctions.

97. — Aux termes de la décision présidentielle du 26 févr. 1898, l'indemnité pour frais de service affectée à un emploi est due à l'officier qui est chargé de remplir cet emploi soit comme titulaire, soit par intérim en vertu d'une lettre de service; et, lorsqu'un emploi n'est pourvu d'aucun titulaire ni intérimaire, l'officier appelé momentanément à l'occuper à titre provisoire a droit, dans ce seul cas, au cinquième de l'indemnité. La décision du 27 nov. 1898 a modifié cette règle, au sujet des remplaçants à titre provisoire des titulaires d'un commandement appelé à occuper certaines fonctions *momentanées*, mais entraînant une absence prolongée. Dans ce cas, le remplaçant à titre provisoire reçoit la totalité de l'indemnité à la place du titulaire qui n'a plus droit alors, ni à cette indemnité totale, s'il y a lieu, ni au cinquième de cette indemnité.

98. — En vertu d'une décision ministérielle du 18 mars 1901, les officiers généraux en manœuvre ont, en sus d'une indemnité journalière de *dépenses personnelles*, lorsqu'ils remplissent les fonctions de direction ou d'inspection de manœuvres, droit à une indemnité forfaitaire pour frais de représentation, allant de 2,000 à 200 fr.

99. — 5° *Indemnité pour changement d'uniforme.* — Aux termes du décret du 29 mai 1890, l'indemnité pour changement d'uniforme était attribuée aux officiers inférieurs et adjudants passant d'un corps dans un autre sans promotion et par suite de circonstances indépendantes de leur volonté, exception faite toutefois au préjudice des officiers changeant de corps ou d'arme pour inaptitude ou par mesure disciplinaire. Une décision présidentielle du 23 déc. 1899 a étendu le bénéfice du décret du 29 mai 1890 aux officiers changeant dans les circonstances ci-dessus spécifiées. Le ministre détermine la quotité de l'indemnité dans chaque cas particulier.

100. — 6° *Indemnité aux officiers employés aux travaux topographiques ou géodésiques.* — A l'intérieur, cette indemnité est allouée pour toutes les journées passées sur le terrain, à partir du lendemain du jour de l'arrivée au point où doivent commencer les opérations jusqu'au jour exclu du départ pour rejoindre son corps ou son poste. L'officier envoyé de France en Algérie ou en Tunisie a droit à l'indemnité à partir du lendemain de son arrivée sur le sol de la colonie jusqu'au jour exclu de son embarquement pour rentrer en France; l'indemnité n'est pas due pour les journées pendant lesquelles il aurait été embarqué pour se rendre d'un point à un autre de la colonie, non plus pour que les journées d'absence. Le ministre de la Guerre peut substituer à l'indemnité journalière déterminée par le tarif une indemnité fixe pour l'accomplissement de la mission.

101. — L'indemnité journalière allouée aux officiers employés aux travaux géodésiques ou topographiques est ainsi fixée : 10 fr. pour les officiers de tous grades. De plus, une allocation journalière de 2 fr. est allouée pour chacun des chevaux que les officiers sont autorisés à emmener avec eux, y compris ceux de leurs ordonnances. Ces indemnités sont les mêmes pour les officiers envoyés en reconnaissance ; en manœuvres de brigades avec cadres ; en voyage d'état-major; chargés de réviser les états de logement et de cantonnement.

102. — 7° *Indemnité des vaguemestres.* — Les officiers employés comme waguemestres aux armées reçoivent 2 fr. par jour d'indemnité, s'ils sont vaguemestres du quartier général, 1 fr. 70 s'ils sont vaguemestres d'un corps d'armée, 1 fr. 35, s'ils sont vaguemestres d'une division, et enfin 0 fr. 75 comme aides-vaguemestres.

103. — 8° *Indemnité de première mise de harnachement.* — L'indemnité est attribuée à tout officier passant pour la première fois d'une position non montée à une position montée, même temporairement, sous la réserve que les intéressés seront régulièrement pourvus d'une monture et ne pourront recevoir une seconde fois cette allocation. Sont exceptés toutefois de cette mesure les officiers-payeurs, les officiers d'approvisionnement et les officiers d'administration montés temporairement pour les manœuvres, ainsi que les officiers de réserve et de l'armée territoriale, les intéressés ayant la faculté de recevoir le harnachement en nature avec la monture qui leur est délivrée. Sont également exceptés les officiers qui ont reçu la première mise d'équipement fixée pour les troupes à cheval.

104. — 9° *Indemnité de première mise d'équipement.* — Elle est allouée aux militaires promus à certains grades ou nommés à des emplois prévus au tarif.

105. — 10° *Indemnité d'entrée en campagne.* — Cette indemnité est déterminée aussi par grade ; les commandants en chef reçoivent 8,000 fr., et les lieutenants et sous-lieutenants 500 fr. Pour les autres grades l'indemnité varie entre ces limites extrêmes. Parmi les sous-officiers, certains seuls ont droit à cette indemnité ; ce sont les adjudants, les maîtres-selliers et chefs armuriers et les gardiens de batterie, pour lesquels l'indemnité est de 100 ou de 300 fr. (V. tarif annexé au décret du 27 déc. 1890). Elle est accordée aux militaires qui reçoivent l'ordre de se rendre à une armée active stationnée à l'extérieur ou hors du territoire, et qui exécutent cet ordre. Le même droit existe pour des militaires attachés à des places fortes, du jour où ces places auront été déclarées en état de siège, sous la réserve que l'indemnité ne sera pas accordée antérieurement à l'ordre de mobilisation générale. Elle n'est pas due aux militaires envoyés à l'armée pour y remplir une mission temporaire; mais celui qui est promu officier, ou est nommé à un emploi de sous-officier donnant droit à l'indemnité après l'entrée en campagne, en acquiert le bénéfice; et celui qui change de grade acquiert le bénéfice du supplément d'indemnité afférent à son nouveau grade.

106. — Les dispositions réglementaires ont prévu le cas de renvoi d'une armée entière autrement que par congé ou mission et d'ordre postérieur de rentrée en campagne. Dans ce cas, les intéressés n'ont droit à une nouvelle indemnité que s'ils ont séjourné plus d'un an à l'intérieur. Dans les mêmes circonstances,

la moitié de l'indemnité est allouée aux militaires qui doivent être montés en temps de guerre, s'ils ont séjourné moins d'un an à l'intérieur.

107. — Il a été jugé, sous l'empire de l'ordonnance du 25 déc. 1837, dont les dispositions ont été maintenues sur ce point par les décrets postérieurs, que l'indemnité, dont il vient d'être parlé, n'était pas applicable à un intendant qui, durant la guerre de 1870-1871, après la capitulation de Metz, avait pu revenir en France et avait été chargé d'organiser au Mans les différents services administratifs de l'armée, sa mission ne devant pas être considérée comme une interruption de service actif et un séjour à l'intérieur. — Cons. d'Et., 7 août 1874, Friant, [Leb. chr., p. 772]

108. — 11° *Indemnité de fonctions.* — C'est une indemnité qui n'est allouée qu'en des cas limitativement déterminés. Elle s'applique : 1° aux cadres des compagnies de discipline (1 fr. 12 aux adjudants, 0 fr. 75 aux sergents-majors, 0 fr. 45 aux fourriers, 0 fr. 35 aux caporaux, 0 fr. 23 aux tambours et clairons ; 2 aux chefs de bataillon, capitaines, lieutenants et sous-lieutenants du service de la justice militaire (ateliers, pénitenciers, prisons); 3° aux sous-officiers et élèves officiers de l'Ecole de Saumur non promus sous-lieutenants en fin de cours. L'indemnité est ici de 0 fr. 55 pour les sous-officiers rengagés dans les corps autres que les spahis algériens; de 0 fr. 80 pour les sous-officiers non rengagés dans les mêmes corps; 0 fr. 65 pour les sous-officiers rengagés ou non des régiments de spahis algériens.

109. — 12° *Indemnité pour perte d'effets.* — On distingue le cas de perte par suite de captivité, et le cas de perte dans un service commandé ou par cas de force majeure. Dans la première hypothèse, il y a toujours indemnité, si le prisonnier revenu de captivité reçoit l'ordre de rentrer immédiatement en campagne; autrement, le ministre décide. En cas de décès, les héritiers ont droit à l'indemnité qui aurait été régulièrement acquise aux décédés. L'indemnité pour pertes d'effets est fixée d'après un tarif gradué, elle s'élève à 3,000 fr. pour les généraux de division et ne se monte plus qu'à 400 fr. pour les lieutenants et les sous-lieutenants.

110. — 13° *Indemnité pour perte de chevaux.* — On distingue la perte de chevaux dans une action ou par suite de captivité, et la perte de chevaux à l'intérieur, en Algérie ou en Tunisie. Dans la première hypothèse, l'indemnité est de droit; dans la seconde, l'appréciation est réservée au ministre. Et cette distinction dans le principe en amène une autre dans le règlement de l'indemnité. Pour le premier cas, le calcul est établi indistinctement pour chaque cheval. Jusqu'à l'âge de dix ans, l'indemnité est égale au prix d'achat ou au montant de l'abonnement versé V. *suprà*, v° *Remontes*), si la somme a été inférieure au prix budgétaire fixé pour les chevaux de l'arme à laquelle appartient l'intéressé; elle est égale au prix budgétaire, si cette somme a été égale ou supérieure au prix budgétaire. A partir de dix ans, l'indemnité ainsi calculée est diminuée de 1/7e, par année, sans que la diminution puisse être supérieure aux 5/7es. Dans le second cas, l'indemnité est appréciée par le ministre, sans que jamais elle puisse dépasser les deux tiers du prix de remonte de l'arme.

111. — 14° *Indemnité en remplacement de vivres.* — L'indemnité de viande, calculée sur le prix de revient de la ration de 300 grammes et variable suivant la garnison, est allouée à tous les hommes de troupe et aux sous-officiers de la justice militaire pour toutes les journées effectuées de présence à leur corps et à leur poste. Une décision ministérielle détermine pour le pain, le vin, le sucre, le café et les légumes secs, les catégories de militaires qui participent à l'indemnité dont il s'agit, soit à titre permanent, soit à titre temporaire.

112. — 15° *Indemnité de monture.* — Cette indemnité est acquise aux officiers, autres que les officiers généraux, montés, dans toutes les positions de présence et d'absence, d'après le nombre des chevaux qu'ils doivent réglementairement posséder et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper, à ce point de vue, de l'existence réelle des montures. En cas de passage d'une position montée à une position non montée, et réciproquement, l'indemnité cesse d'être allouée, ou est allouée à partir de la date du décret de nomination ou de la décision prononçant la mutation. Le droit à indemnité est commun aux officiers de l'armée active et des réserves; toutefois, lorsque les officiers de réserve et de l'armée territoriale amènent des chevaux leur appartenant, ils reçoivent les indemnités de monture suivant le nombre de chevaux qu'ils amènent dans la limite réglementaire.

113. — Les officiers subalternes ou assimilés, possédant un ou plusieurs chevaux à titre gratuit, ont une indemnité mensuelle de monture de 15 fr.; les officiers supérieurs ou assimilés, possédant un cheval à titre onéreux, 30 fr.; possédant deux et plus à titre onéreux, 45 fr.

114. — 16° *Indemnité de logement (taux mensuel, 15 fr.).* — Elle trouve son origine dans la loi du 23 juill. 1881, et fait partie des avantages donnés aux sous-officiers rengagés ou commissionnés. Elle est réservée à ceux d'entre eux qui sont mariés ou veufs avec enfants et autorisés à loger en ville. Cependant, les adjudants, élèves d'administration et les maîtres ouvriers logés en ville, faute de place dans les bâtiments militaires, la reçoivent aussi. En outre de la position de présence, l'indemnité continue à être perçue quand la partie prenante est appelée à faire campagne ou est faite prisonnière de guerre; d'autre part, elle est allouée dans les positions ci-après : à l'hôpital, allant conduire des recrues ou faisant partie des commissions de recrutement, ou déplacé pour le service, allant aux eaux thermales ou aux bains de mer, allant en permission ou en congé. Cette indemnité est due à partir du jour où le militaire est logé à ses frais et reste due pour toute quinzaine commencée, à partir du 1er et 16 du mois.

115. — Il y a lieu de signaler une décision du 22 déc. 1892 qui, par assimilation à la situation des sous-officiers mariés des corps de troupes, supprime l'indemnité de logement pour les sous-officiers employés militaires logés aux frais de l'Etat.

116. — Une décision présidentielle du 7 janv. 1901 attribue l'indemnité de logement aux militaires premiers ouvriers, selliers, cordonniers, bottiers ou tailleurs, remplissant, à défaut de gradés, les fonctions de chefs d'ateliers dans les corps ou écoles. Une décision postérieure du 16 novembre assimile à ces ouvriers les premiers ouvriers maréchaux-ferrants et armuriers se trouvant en la même situation.

117. — Les sous-officiers rengagés, mariés ou veufs avec enfants, admis comme élèves dans une école militaire, continuent à recevoir l'indemnité de logement pendant la durée des cours (Décr. 24 nov. 1892).

118. — Consulté sur le point de savoir si le sous-officier rengagé, marié et logé en ville, qui obtient un congé en attendant la liquidation de sa pension, a droit à l'indemnié de logement pendant toute la durée de ce congé jusqu'à la radiation des contrôles, le ministre, par note du 13 janv. 1894, a émis l'avis que ce sous-officier devait cesser de recevoir cette indemnité à l'expiration de la quinzaine commencée au moment du départ en congé.

119. — 17° *Indemnité de rassemblement.* — L'indemnité de rassemblement est due pour les journées de position de présence passées soit en station, soit en marche, dans les places de rassemblement et les circonscriptions de rassemblement désignées dans un tarif annexé à la décision présidentielle du 6 juill. 1901, modifiant le tarif n. 14 du décret du 27 déc. 1890.

120. — La décision du 6 juill. 1901 a été prise à la suite de l'engagement pris par le ministre de la Guerre à la Chambre des députés de mettre à l'étude la question des indemnités à accorder aux officiers qui tiennent garnison dans plusieurs places et forts de l'Est, des Alpes et de la Corse, où les conditions de la vie sont matériellement et moralement plus pénibles que dans certaines villes de l'intérieur, pourvues cependant de ces indemnités. Elle a eu pour but, sans augmenter les charges, d'arriver à une répartition plus équitable des ressources. Les sept indemnités visées en 1890 (indemnité de résidence en Algérie et en Tunisie; indemnité pour cherté de vivres (régions sahariennes); indemnité de résidence dans Paris; indemnités de rassemblement n. 1, 2, 3, 4, ont été réduites à une indemnité *unique*, se divisant en quatre sections.

121. — L'indemnité varie, d'une part, suivant la place de rassemblement; ces places ont été divisées en quatre catégories; leur liste est annexée à la décision précitée. Elle varie, d'autre part, avec le grade. Pour les officiers généraux, le taux varie de 5 fr. à 1 fr. 50 par jour; pour les officiers supérieurs et assimilés, de 4 fr. à 1 fr.; pour les officiers subalternes, de 2 fr. 50 à 0 fr. 50, suivant la catégorie dans laquelle est rangée la place.

122. — Il y a des indemnités de rassemblement *momentanées et passagères*; elles sont allouées dans le cas où le militaire, résidant hors d'une place de rassemblement, s'y rend en service, en mission, ou pour faire partie de commissions, pour prendre

des ordres en vue d'une mission ou pour faire la remise de ses travaux; cette indemnité ne se cumule pas avec un versement sur le service des frais de route.

123. — D'autre part, l'indemnité reste acquise pendant les deux premiers mois au militaire qui quitte *momentanément* sa résidence pour le service, alors même que, pendant cette période, il entrerait à l'hôpital, ou obtiendrait une permission ou congé. Par contre, l'indemnité ne reste acquise que pendant un mois seulement, si l'absence a été motivée par toute autre cause que le service.

124. — Les employés militaires sous-officiers perçoivent une indemnité de rassemblement se modifiant aussi suivant les places. L'indemnité est subdivisée suivant qu'il s'agit de Paris, des territoires militaires algériens et tunisiens, ou enfin des régions sahariennes. Les sous-officiers rengagés ou commissionnés reçoivent les indemnités suivantes : adjudant et assimilé, 0 fr. 75 dans Paris, 1 fr. dans les régions sahariennes, 0 fr. 20 dans les autres régions; les autres, 0 fr. 40 dans Paris; 1 fr. dans les régions sahariennes, 0 fr. 10 ailleurs. Quant aux sous-officiers non rengagès, caporaux ou brigadiers et soldats, l'indemnité est unique par emploi, sauf pour les régions sahariennes; l'adjudant reçoit 0 fr. 20; le caporal, 0 fr. 10; le soldat, 0 fr. 05.

125. — 18° *Indemnités de frais de route.* — Le service des frais de route a pour objet de pourvoir : 1° aux dépenses occasionnées par les déplacements des militaires, fonctionnaires et employés militaires voyageant isolément pour cause de service, ou par ordre, ou pour des raisons de santé, toutes les fois que ces dépenses n'incombent pas au service des convois (V. *infrà*, v° *Transports militaires*); 2° à celles résultant des changements de garnison ou de résidence prononcés d'office. Les dépenses du service des frais de route sont, quant au point qui nous occupe : l'indemnité de route, l'indemnité de séjour, l'indemnité journalière exceptionnelle, les indemnités pour déplacements spéciaux, les secours aux militaires Français marchant ou séjournant isolément en pays étranger, les dépenses de rapatriement de ces militaires. Ces dépenses *peuvent* être soumises au système de *l'abonnement* au moyen d'une répartition des crédits entre les corps.

126. — L'indemnité de route comprend : les indemnités de transport, les indemnités journalières destinées à pourvoir à toutes les dépenses de déplacement autres que les frais de transport personnels, et les indemnités spéciales de repas ou de découcher. Dans certains cas exceptionnels limitativement énumérés au tableau n. 5 du tarif annexé au décret du 18 mars 1901 (militaires isolés ne pouvant, pendant les manœuvres, être mis en subsistance dans des corps de troupe, infirmiers accompagnant un malade, militaires allant chercher les jeunes chevaux dans les dépôts de remonte), l'indemnité journalière est remplacée par une indemnité exceptionnelle plus élevée (V. tarif annexé au décret).

127. — L'indemnité de transport se subdivise elle-même : 1° en une indemnité kilométrique allouée en raison des distances parcourues variant suivant les grades et les modes de transport (chemins de fer ou voitures publiques); 2° en une indemnité fixe pour déplacements temporaires, allouée au départ et à l'arrivée, et, en outre, pour tout séjour comportant l'obligation de passer au moins une nuit à l'hôtel (taux de 3 fr. pour tous officiers); 3° en une indemnité fixe pour changement de garnison ou de résidence, destinée à pourvoir aux frais de déménagement des officiers et assimilés, différente pour les officiers généraux supérieurs ou les officiers subalternes, et suivant leur situation de famille; 4° en une indemnité de bagages, basée sur le nombre de kilogrammes transportés, sans que ce nombre puisse dépasser celui indiqué au tarif.

128. — Quant aux modes de locomotion prescrits aux officiers, sous-officiers et soldats, V. *infrà*, v° *Transports militaires.*

129. — Le taux de l'indemnité journalière est fixé par grade (24 fr. pour les généraux de division, 8 fr. pour les officiers subalternes, 1 fr. 50 pour les soldats). Elle est allouée par déplacement de *vingt-quatre heures*; pour les déplacements d'une durée inférieure, les officiers *seuls* reçoivent une indemnité spéciale qui correspond, soit à chaque repas pris hors de la résidence, soit au découcher sous la réserve que le montant des indemnités de repas ou de découcher ne sera pas supérieur à celui de l'indemnité journalière. Cette indemnité spéciale se monte à 8 fr. pour un général de division, commandant de corps, à 7 fr. pour les autres, à 6 fr. pour les généraux de brigade, à 4 fr. pour les colonels, à 3 fr. 50 pour les lieutenants-colonels et les chefs de bataillon, à 3 fr. pour les officiers subalternes. L'indemnité journalière est *toutefois* toujours attribuée pour les officiers changeant de garnison.

130. — L'indemnité de séjour n'est autre que l'indemnité journalière afférente au grade. Elle est allouée, en cours de route, pour tout séjour obligé dans une localité par suite de circonstances de force majeure ou fortuites, constatées par l'autorité militaire, ou, à son défaut, par le commandant de la gendarmerie, qui mentionne sur la feuille de route la nécessité du séjour ou de sa durée; 2° en cas de mission ou de séjour temporaire dans une localité autre que la garnison ou la résidence normale. L'indemnité de séjour n'est acquise que jusqu'à concurrence des dix premiers jours de déplacement pour les militaires célibataires, et. pour les militaires mariés, veufs ou divorcés avec enfant ou vivant avec leur mère veuve, pour la moitié en sus du déplacement au delà des dix premiers jours. L'indemnité de séjour ne se cumule ni avec l'indemnité aux troupes en marche, ni avec les indemnités de rassemblement, autres que celles attribuées au point de départ.

131. — L'indemnité de route ne peut se cumuler avec aucune autre indemnité de déplacement; toute fourniture de vivres en nature ou d'indemnité représentative de vivres exclut également le droit à l'indemnité de route. De plus, les officiers qui voyagent sans un ordre spécial, pour l'exercice de leurs fonctions, dans l'étendue de leur circonscription de service, n'ont, en principe, pas droit à l'indemnité de route.

132. — La comptabilité du service des frais de route s'effectue au moyen de registres de route tenus par les trésoriers des corps de troupes, et les sous-intendants, en ce qui concerne les isolés. En outre, tout militaire qui se déplace est tenu d'avoir une *feuille* de route (V. *suprà, v° Feuille de route*), délivrée par l'autorité chargée de constater le droit des parties prenantes.

133. — En principe, le paiement est fait par anticipation à l'intéressé pour tout ce qui lui revient jusqu'à destination, sauf toutefois pour l'indemnité de bagages, dont le décompte est subordonné à la présentation de la lettre de voiture indiquant le nombre de kilogrammes transportés. Les indemnités qui n'ont pas été perçues au point de départ peuvent être touchées en route et même à l'arrivée à destination. Elles doivent être réclamées dans un délai de quarante-cinq jours après l'arrivée à destination ou après l'expiration de la mission; passé ce délai, l'autorisation du général commandant le corps d'armée est nécessaire.

134. — 19° Nous citerons enfin l'indemnité en cas de service extraordinaire, dont la quotité est déterminée par le ministre, l'indemnité pour nourriture de chevaux des ordonnances des officiers employés aux travaux géodésiques, l'indemnité, égale à un mois de solde, allouée aux officiers lorsque des colonnes expéditionnaires sont organisées en Algérie et en Tunisie.

§ 2: *Règles d'allocation.*

135. — Les indemnités autres que celles aux troupes en marche, aux militaires employés aux travaux géodésiques, topographiques, etc., en remplacement de vivres, ou pour nourriture de chevaux se décomptent par mois à raison de la douzième partie de la fixation annuelle, et par jour à raison de la trois cent soixantième partie de la même fixation. Les indemnités précitées se décomptent par jour.

CHAPITRE III.

PRIMES ET HAUTES-PAIES.

136. — Les primes et hautes-paies sont attribuées aux rengagés et commissionnés. Les dispositions relatives à leur attribution sont résumées *suprà*, v° *Rengagement militaire*. Nous nous bornerons à indiquer ici quelques règles d'allocation.

137. — La haute-paie est due pour toutes les journées donnant droit à une solde quelconque, et même dans le cas de congé sans solde, dans la limite de trente jours par mois, le mois de février étant compté pour trente jours.

138. — Les sous-officiers libérés avant la concession de la

pension cessent d'avoir droit à la haute-paie du jour où ils perdent le droit à la solde, c'est-à-dire du jour où les arrérages de leur pension commencent à courir. Les sous-officiers maintenus au corps après l'expiration de leur rengagement ou de leur commission, en attendant la notification de leur pension de retraite, ont droit à la haute-paie jusqu'au jour exclu de leur radiation des contrôles. Il en est de même des sous-officiers réformés qui attendent à leur corps leur titre d'admission à la gratification renouvelable.

139. — Les sous-officiers qui sont faits prisonniers de guerre sont, à leur retour en France, rappelés de la haute-paie pour le temps de leur captivité; elle est calculée sur le taux auquel ils avaient droit au jour où ils ont été faits prisonniers.

140. — En cas de décès sous les drapeaux d'un sous-officier rengagé des suites de maladies endémiques contractées aux colonies, les héritiers de ce sous-officier ont droit à l'attribution intégrale de sa prime de rengagement, ensemble des intérêts échus depuis le dernier paiement semestriel jusqu'au décès. — Cons. d'Et., 8 févr. 1893, Despan, [Leb. chr., p. 88]

CHAPITRE IV.

MASSES.

141. — Le système des masses, préconisé sous la Révolution par diverses lois, a été définitivement consacré par la loi du 26 fruct. an III après une suppression temporaire. L'art. 1 de cette loi dispose que les fournitures qui seront faites aux troupes, indépendamment de la solde, seront réglées, à partir du 1er vend. de l'an VIII, par un abonnement particulier pour chaque dépense, à raison de tant par homme, et dans la proportion relative à chacune de ces dépenses. La loi ajoutait que les dépenses qui pouvaient être réglées à tant par homme seraient divisées en neuf abonnements sous les dénominations de masses de boulangerie, de fourrage, des étapes, du logement, des hôpitaux, de l'habillement, de l'entretien et des remontes.

142. — Les allocations abonnataires destinées à constituer les fonds communs appelés masses diffèrent des deniers de la solde par leur destination et par leur nature. Les fonds de la solde sont destinés à la nourriture des hommes; les fonds des masses, à la satisfaction de certains besoins généraux inhérents aux diverses collectivités qui composent l'armée; les premiers doivent être remis intégralement aux hommes; les seconds doivent être employés à la satisfaction des besoins collectifs auxquels ils sont destinés à subvenir. En ce qui concerne les premiers, le rôle du conseil d'administration consiste à les faire parvenir en entier aux ayants-droit. Il doit, au contraire, garder et gérer les seconds en les employant au mieux des intérêts du corps. — Remy, *Traité de la comptabilité publique*, p. 481.

143. — On distingue actuellement huit grandes masses : 1° la masse d'habillement et d'entretien (V. *suprà*, v° *Habillement des troupes*); 2° la masse de harnachement et de ferrage; 3° la masse de chauffage (V. *infrà*, v° *Subsistances militaires*); 4° la masse de casernement (V. *suprà*, v° *Logement et couchage des troupes*); 5° la masse d'ordinaire et du Trésor dans les prisons militaires, réglementée par des décisions ministérielles des 30 oct. 1889 et 22 mars 1893; 6° la masse d'entretien en temps de guerre, dont l'instruction du 6 déc. 1889 définit les règles; 7° la masse de l'infirmerie régimentaire, destinée à améliorer le traitement des malades admis à un régime spécial par les médecins militaires (Règl. 25 nov. 1889, art. 83; 20 déc. 1892, sur le service intérieur); 8° la masse des écoles régimentaires, l'entretien du matériel de ces écoles.

144. — Jadis existait, pour les corps de troupe une masse, dite individuelle, destinée à l'achat, à l'entretien et au renouvellement des effets d'habillement, et de grand et de petit équipement. Cette masse est aujourd'hui supprimée en principe, et ne subsiste (Instr. 27 avr. 1894) que pour certains corps, comme la gendarmerie.

145. — L'administration de la gendarmerie comprend encore une masse qui lui est spéciale, c'est la masse d'entretien et de remonte.

146. — Nous devons signaler une dernière masse, dont la constitution ne correspond pas exactement à la définition de la loi de fructidor, d'après laquelle les allocations abonnataires doivent s'appliquer à la satisfaction des besoins de la troupe. C'est la *masse des machines* créée par décret du 20 déc. 1885 pour subvenir à l'entretien et à l'amélioration de l'outillage dans les manufactures d'armes.

CHAPITRE V.

SOLDE DES TROUPES COLONIALES, FRANÇAISES OU INDIGÈNES.

147. — Le décret du 29 déc. 1903 portant règlement sur la solde et les accessoires de solde des troupes coloniales à la charge du département des colonies contient : 1° sur l'objet du service de la solde; 2° sur les prestations ressortissant à ce service; 3° sur l'énumération des diverses positions des militaires; 4° sur la subdivision des positions des militaires de l'activité en position de présence et d'absence; 5° sur la définition de la position de présence et de la position d'absence, des dispositions analogues à celles du décret du 29 mai 1890. Il en est de même en ce qui touche celles qui concernent la proscription de toutes avances de solde contre l'Etat, et le cumul de la solde d'activité, de disponibilité ou de non-activité avec un traitement quelconque.

148. — Pour les troupes coloniales, on distingue cinq espèces de solde, comme pour les troupes métropolitaines, savoir : la solde d'activité, la solde de disponibilité, la solde de réserve, la solde de non-activité et la solde de réforme. Mais la solde d'activité se subdivise en *solde coloniale* (de présence ou d'absence) et en solde d'Europe (de présence ou d'absence).

149. — La solde coloniale est allouée aux officiers, employés militaires, sous-officiers, caporaux, brigadiers et soldats, pendant la durée de leur service *aux colonies*. Elle court du jour inclus du débarquement aux colonies jusqu'au jour exclu de l'embarquement pour rentrer en France. Les militaires qui sont envoyés en mission, soit dans la colonie où ils sont en service, soit de cette colonie dans une autre colonie ou en pays étranger, hors d'Europe, sans cesser d'appartenir au service de la colonie où ils sont détachés, continuent d'avoir droit à la solde coloniale, cumulativement avec les allocations auxquelles ils peuvent prétendre pour l'accomplissement de leur mission (art. 10 du décret).

150. — Les tarifs de solde coloniale sont dominés par deux principes. D'une part, la solde coloniale des officiers et des employés militaires ayant rang d'officiers ou traités comme tels est *double* de la solde sur le pied d'Europe. D'autre part, la solde des hommes de troupe est unique par grade ou emploi, *quelle que soit* l'arme à laquelle appartient le militaire. C'est ainsi que les adjudants des troupes à pied comme ceux des troupes à cheval reçoivent une solde de présence de 4 fr. 13 par jour, que les sergents-majors comme les maréchaux des logis chefs reçoivent 2 fr. 05, les sergents et sergents-fourriers, comme les maréchaux des logis et les maréchaux des logis fourriers, 1 fr. 40, les caporaux fourriers comme les brigadiers fourriers, 1 fr. 25; les caporaux comme les brigadiers, 1 fr. Cependant si les canonniers et les cavaliers perçoivent 0 fr. 63 par jour, les soldats ne perçoivent que 0 fr. 53; et cette allocation est réduite pour les fusiliers de discipline à 0 fr. 48.

151. — Les retenues sur la solde des troupes coloniales se divisent comme celles effectuées sur la solde des troupes métropolitaines en deux catégories : 1° les retenues au profit du Trésor qui se subdivisent en : retenues pour pensions, retenues d'hôpital, retenues pour logement en nature, retenues pour dettes envers l'Etat; 2° les retenues au profit de tiers qui se divisent en retenues pour aliments, retenues pour dettes en vertu d'oppositions juridiques ou saisies-arrêts, retenues pour dettes en vertu d'ordres de l'autorité militaire compétente.

152. — Il y a lieu de signaler, dans le décret du 29 déc. 1903, la création d'une retenue spéciale sur la solde, la *retenue d'hôpital*. Cette retenue est spéciale aux officiers, employés militaires, sous-officiers rengagés ou commissionnés. Ces militaires continuent à recevoir la solde à laquelle ils avaient droit au jour de leur entrée à l'hôpital, mais ils subissent, pendant la durée de leur traitement, une retenue journalière qui est de 12 fr. au maximum pour les généraux de division, de 3 fr. pour les sous-lieutenants, de 2 fr. pour les ouvriers d'état de 1re classe, et au minimum de 0 fr. 70 pour les fourriers. Dans aucune situation, la retenue opérée sur le traitement des militaires hospitalisés ne peut dépasser la moitié de la solde qui leur est concédée

ou le prix de remboursement de la journée d'hôpital pour la catégorie à laquelle ils appartiennent. La retenue est exercée pour chaque journée passée effectivement à l'hôpital depuis le jour inclus de l'admission jusqu'à celui de la sortie exclusivement.

153. — La retenue d'hôpital a été étendue aux militaires retraités, admis dans les hôpitaux, aux colonies, sur l'autorisation du gouverneur. La retenue est alors fixée d'après le grade ou l'emploi occupé par le militaire, lors de son admission à la retraite, sans toutefois pouvoir dépasser les 9/10es de la pension journalière. Ici, remarquons-le, la proportion maxima est plus forte que celle de la retenue des militaires en activité par rapport à leur solde.

154. — En ce qui concerne la retenue pour le logement en nature, réglementée aussi bien dans le décret du 29 mai 1890 que dans celui du 29 déc. 1903, il faut mentionner deux points spéciaux faisant l'objet de dispositions formelles du dernier décret. D'une part l'art. 21, après avoir déclaré que tous officiers ou assimilés auxquels un logement est affecté subissent une retenue sur leur solde, précise que, si le nombre des pièces du logement mis à la disposition de l'officier est inférieur au nombre de pièces réglementaires, la retenue est diminuée, pour chaque pièce en moins, de la quotité déterminée au tarif. D'autre part, les cas d'affranchissement de la retenue sont différents dans les deux textes précités. Aux termes de l'art. 12 du décret du 29 déc. 1903, ne subissent pas la retenue pour le logement les officiers et employés militaires : 1° sous la tente, en manœuvres, en expédition ou en colonne; 2° en service dans certaines régions déterminées par décision ministérielle. Toutefois la retenue peut être effectuée dans certaines localités ou pour certains logements dans ces régions d'exception, si le ministre le juge convenable.

155. — Au sujet des retenues pour dettes envers l'État, le décret du 23 déc. 1903 dispose qu'elles ne peuvent excéder le 1/5e de la solde nette pour les traitements supérieurs à 2,000 fr., à moins de décisions contraires du ministre; elles ne peuvent excéder le 1/10e pour les traitements ne dépassant pas cette somme (L. 12 janv. 1895). Généralement les retenues à exercer sur la solde des officiers et assimilés qui restent débiteurs envers le Trésor d'une partie de leur pension dans les diverses écoles militaires du Gouvernement sont fixées, savoir : au 1/5e de la solde pour les officiers supérieurs, au 1/10e pour les capitaines, au 1/20e pour les lieutenants. Toute retenue est ajournée pour les sous-lieutenants et assimilés jusqu'à leur promotion au grade supérieur.

156. — Les indemnités formant accessoires de solde versées aux militaires des troupes coloniales sont, d'après la liste annexée au décret du 29 déc. 1903, analogues à celles dont il a été parlé plus haut. Nous nous bornerons à signaler : 1° l'indemnité spéciale de résidence en certaines colonies, indemnité dont des décisions présidentielles fixent le tarif; 2° l'indemnité de départ colonial. Y ont droit les militaires qui ont séjourné six mois en France et ont reçu l'ordre de se rendre aux colonies. Elle est égale à un mois de solde nette d'Europe pour les officiers et assimilés et les employés militaires sous-officiers. Elle consiste pour les sous-officiers rengagés ou commissionnés mariés en un mois de la solde nette d'Europe sur le pied de l'infanterie coloniale, plus un mois de haute-paie d'Europe. Aucune indemnité n'est due au militaire qui, rentré en France, en permission, au cours d'une période de séjour dans une colonie, retourne achever cette période de séjour.

157. — Les allocations de premières mises d'entretien, primes d'engagement et de rengagement, gratifications annuelles et hautes-paies aux sous-officiers, caporaux, brigadiers et soldats engagés, rengagés ou commissionnés restent soumises aux règles spéciales qui leur sont applicables. — V. *suprà*, vis *Engagement volontaire*, *Marine*, *Rengagement militaire*, *Tirailleurs*.

158. — Il est attribué aux troupes coloniales, sous le nom de masses, certaines allocations en deniers destinées à subvenir à des dépenses de diverse nature. Des décrets fixent les bases des allocations applicables à chacune de ces masses. C'est ainsi qu'en vertu d'un décret du 4 févr. 1904, les premières mises de la masse individuelle des troupes indigènes de l'Afrique occidentale française, du Congo et de Madagascar sont de : 75 fr. pour l'infanterie indigène; 80 fr. pour l'artillerie; 115 fr. pour les spahis sénégalais et cavalerie indigène du Congo. Aucun supplément de première mise n'est alloué aux militaires promus à un grade supérieur.

159. — La solde des troupes indigènes, qui fait l'objet du titre 3, Décr. 29 déc. 1903, se divise en solde à pied et solde à cheval; le tarif est unique, par groupes de colonies, dans chacune de ces catégories, pour chaque grade ou emploi. Les hommes de troupe des cadres dans les corps ayant des fractions constituées montées reçoivent tous, quelle que soit d'ailleurs leur position réelle, la solde à cheval de leur grade. Les militaires indigènes des compagnies ou détachements mixtes d'ouvriers d'artillerie sont traités sur le même pied que les militaires des troupes à cheval. Toutefois les autres ouvriers, dont l'emploi n'a de correspondant dans aucune autre arme, reçoivent une solde spéciale (art. 28 du décret).

160. — D'après les tarifs annexés au décret, les colonies ont été divisées en trois groupes : le groupe de l'Indo-Chine, le groupe de l'Afrique occidentale, le groupe de l'Afrique orientale. Dans le premier groupe, l'adjudant d'infanterie a une solde de 2 fr. 89 par jour; le sergent, de 1 fr. 65; le caporal, de 1 fr. 05; le soldat de 1re classe, de 0 fr. 75; le soldat de 2e classe, de 0 fr. 60; l'adjudant d'artillerie, de 2 fr. 89; le maréchal des logis, de 1 fr. 95; le brigadier, de 1 fr. 20; le servant de 1re classe, de 0 fr. 75; le servant de 2e classe, de 0 fr. 60. La solde des troupes indigènes de l'Afrique occidentale est moins élevée. Le sergent perçoit 1 fr. 20, le soldat seulement 0 fr. 50; le maréchal des logis, 1 fr. 40, et le servant d'artillerie, 0 fr. 50. Dans le troisième groupe, on distingue les Sénégalais des Malgaches; les premiers, en outre de leur solde équivalente à celle des troupes du second groupe, bénéficient d'une indemnité complémentaire de 0 fr. 25 à 0 fr. 10 par jour, suivant les grades.

161. — La solde des officiers indigènes est unifiée. Elle s'élève journellement à 3 fr. 75, pour les lieutenants (1re moitié de la liste d'ancienneté), à 3 fr. 50 pour les lieutenants (2e moitié de cette liste), à 3 fr. 25 pour les sous-lieutenants.

SOLENNELS (Actes). — V. Acte authentique. — Contrat de mariage. — Donations entre-vifs. — Hypothèque. — Mariage. — Testament.

SOLIDARITÉ.

Législation.

C. civ., art. 1197 et s.

Bibliographie.

André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Solidarité*. — Arntz, *Cours de droit civil français*, 1879, 2e éd., 4 vol. in-8°. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897-1902, 5e éd., 4 vol. in-8° parus, t. 4, § 298 et s., p. 516 et s. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1904, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 964 et s. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, 1900-1902, 2e éd., 2 vol. in-8° parus, t. 2, n. 1107 et s. — Berriat-Saint-Prix, *Notes théoriques sur le Code civil*, 1845-1856, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 4444 et s. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, 1866, 6 éd., 7 vol. in-8°, t. 4, p. 466 et s. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1823, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 2, p. 133 et s., 712 et s. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 5, n. 127 et s. — Demolombe, *Cours de Code civil*, 32 vol. parus, t. 26, n. 99 et s. — Duranton, *Cours de droit français*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 11, n. 161 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Solidarité*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, et *suppl.* par Griffond, 1 vol. gr. in-8°, en cours de publication, sur les art. 1197 et s. — Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1785, 17 vol. in-4°, v° *Solidarité*. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 7, n. 295 et s. — Hudelot et Metman, *Des obligations. Sources. Extinction. Preuve*, 1901, 3e éd., 1 vol., in-8°, n. 330 et s. — Labbé, *De l'influence du fait ou de la demeure d'un débiteur sur le sort de ses codébiteurs*, broch. in-8°. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2e éd., 1885, 7 vol. in-8°, t. 3, sur les art. 1197 et s., p. 351 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8° et *suppl.* en cours de publication, t. 17,

n. 251 et s. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 4, sur les art. 1197 et s., p. 464 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1860, 5 vol. in-8°, t. 3, § 526 et s., p. 346 et s. — Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1874, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 3, n. 1902 et s. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 9 vol. in-4°, v° *Solidarité*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Solidarité*. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 722 et s. — Pothier, *Œuvres* (éd. Bugnet), 1861-1890, 11 vol. in-8°, *Traité des obligations*, n. 258 et s. (t. 2 des *Œuvres*, p. 120 et s.). — Poujol, *Traité des obligations*, 1846, 3 vol. in-8°, t. 1, p. 499 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1845, 9 vol. in-8°, v° *Solidarité*. — Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1902, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 114 et s. — Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-1846, 7 vol. in-8°, t. 4, p. 343 et s. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in8°, t. 3, n. 18 et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 6, n. 702 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil francais*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1438 et s.

Blondeau, *Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires*, 1819, 1 vol. in-8°. — Colland, *Des effets des obligations solidaires*, 1872, 1 vol. in-8°. — Compans, *De la solidarité*, Toulouse, 1851, 1 vol. in-8°. — Courot, *De la solidarité*, 1852, 1 vol. in-8°. — Créquy, *De la solidarité*, Versailles, 1856, 1 vol. in-8°, — Dabot, *De la solidarité*, 1854, 1 vol. in-8°. — Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*. — Du Bahuno du Liscoet, *De la solidarité en droit romain, dans le droit coutumier et en droit francais*, 1856, 1 vol. in-8°. — Ferlet, *De la solidarité civile en matière de contrats*, 1864, 1 vol. in-8°. — Galland, *Des effets des obligations solidaires*, 1852, 1 vol. in-8°. — Galliot, *De la solidarité*, 1872, 1 vol. in-8°. — Gérardin, *Etude sur la solidarité*, 1885, 1 vol. in-8°. — Lanusse, *De la solidarité*, 1865. 1 vol. in-8°. — Lervandowski, *De la solidarité*, 1866. 1 vol. in-8°. — Melon (A.-J.-B.), *De l'idée de solidarité entre codébiteurs*, 1898. — Parfait-Berthelot, *De la solidarité*, 1854, 1 vol. in-8°. — Planchenault, *De la solidarité*, 1854, 1 vol. in-8°. — Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilite en matière civile, en matière de procédure et en matière criminelle*, 1852, 1 vol. in-8°. — Sevestre, *De la solidarité*, 1854, in-4°. — Vernhes, *Des obligations solidaires*, Poitiers, 1874.

Etude sur la solidarité (Gérardin) : Nouv. rev. histor., 1884, 3e sér., t. 8, p. 237 et s. — *De la solidarité en matière de quasi-délit* (Magnier) : Rev. crit., 1852, t. 2, p. 571 et s. — *Examen doctrinal sur la solidarité en matière civile et commerciale* (Molinier) : Rev. crit., 1853, t. 3, p. 48 et s. — *Examen doctrinal sur la solidarité en matière criminelle* (Molinier) : Rev. crit., 1853, t. 3. p. 156 et s. — *Quelle est l'étendue du mandat que les codébiteurs solidaires sont censés s'être donné les uns les autres?* (Charmont) : Rev. crit., 1894, 2e sér., t. 23, p. 65 et s. — *Des conditions et des effets de la solidarité entre débiteurs* (Raoul de la Grasserie) ; Rev. crit., 1894, 2e sér., t. 23, p. 595 et s.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1. — Le plus souvent, il n'y a, dans une obligation, qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur. Mais l'obligation peut aussi être établie en faveur de plusieurs créanciers ou imposée à plusieurs débiteurs. On dit alors que l'obligation est conjointe ou solidaire. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 127 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 964; Demolombe, t. 26, n. 105; Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 6 et s.; Laurent, t. 17, n. 251; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, t. 2, n. 1107.

2. — En principe, lorsqu'une même chose est due à plusieurs ou par plusieurs, chacun n'est créancier ou débiteur que pour sa part; l'obligation conjointe se divise, activement ou passivement, en autant de parties civiles et distinctes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs. — Toullier, t. 6, n. 710; Larombière,

t. 3, sur l'art. 1197, n. 10; Laurent, t. 17, n. 251 et 252; Baudry-Lacantinerie, *Précis, loc. cit.;* Demolombe, t. 26, n. 110 et s.; Huc, t. 7, n. 295; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1108 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298, p. 16.

3. — Cette règle reçoit exception en cas de solidarité. — Demolombe, t. 26, n. 115; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 964; Laurent, t. 17, n. 253.

4. — La solidarité est une modalité de l'obligation en vertu de laquelle chaque créancier peut demander le paiement du total de la créance comme s'il était seul créancier, ou un seul débiteur est tenu d'acquitter la dette de plusieurs comme s'il était seul débiteur. — V. Demolombe, t. 26, n. 119; Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 13; Laurent, t. 17, n. 253; Planiol, t. 2, n. 722; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1115.

5. — Le mot solidarité dérive du latin *solidum* qui signifie tout, total, entier, parce qu'en effet chaque créancier peut demander le tout, ou chaque débiteur être poursuivi pour le tout. Mais la modalité qu'il sert à exprimer correspondait, en droit romain, à un état que les commentateurs ont pris l'habitude de désigner sous un autre vocable : le mot corréalité. Le mot obligation *in solidum* dont on se sert également correspond aujourd'hui plus spécialement à une variété particulière de solidarité. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 127 *bis*-I; Toullier, t. 6, n. 709; Demolombe, t. 26, n. 116; Larombière, *loc. cit.;* Huc, t. 7, n. 296; Planiol, t. 2, n. 723.

6. — Il y a deux espèces de solidarités : la solidarité active, c'est-à-dire la solidarité entre créanciers, la solidarité dans la créance, et la solidarité passive, qui est la solidarité entre débiteurs, la solidarité dans la dette. — Huc, t. 7, n. 298; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 964; Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 13.

7. — Il ne faut pas confondre avec le créancier solidaire celui qui, sans être créancier, figure néanmoins au contrat comme ayant qualité pour recevoir le montant intégral de la dette. Tel est le cas où, en contractant avec le créancier, on stipule que la chose ou la somme due sera payée soit entre ses mains, soit entre celles de telle autre personne désignée au contrat; cette personne n'a qualité pour recevoir que comme mandataire du créancier et comme indiquée au débiteur pour la commodité de l'un et de l'autre. C'est ce que les anciens docteurs appelaient un *adjectus solutionis causâ.* — Demolombe, t. 26, n. 141; Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 16.

8. — Les rédacteurs du Code civil ont consacré cette distinction. Dans le § 1, sect. 4, ils se sont occupés de la solidarité entre les créanciers (art. 1197 à 1199). Dans le § 2 de la même section (art. 1200 à 1216), ils ont traité de la solidarité entre les débiteurs. Nous suivrons également cet ordre.

CHAPITRE II.

DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LES CRÉANCIERS.

9. — L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les créanciers (C. civ., art. 1197).

SECTION I.

Conditions de la solidarité entre les créanciers.

10. — Il résulte de l'art. 1197, C. civ., que la solidarité active suppose la réunion des quatre éléments suivants : 1° plusieurs créanciers; 2° une seule et même chose due; 3° un seul et même acte; 4° le pouvoir pour chacun des créanciers de demander le paiement du total de la créance. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 17; Demolombe, t. 26, n. 128; Laurent, t. 17, n. 255.

11. — La solidarité active n'existe qu'en vertu d'un titre. A la différence de la solidarité entre les débiteurs, la solidarité active n'est jamais légale. Elle ne peut dériver que de la volonté des parties. — Toullier, t. 6, n. 710 et 720; Colmet de Santerre, t. 3, n. 128 *bis*-III; Demolombe, t. 26, n. 132; Huc, t. 7, n. 301; Laurent, t. 17, n. 254; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 19; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1126.

12. — Le mot *titre* est ici générique; il s'applique et aux contrats entre-vifs et aux testaments. La solidarité active peut, en effet, résulter aussi bien d'un acte de dernière volonté que d'une convention. — Huc, *loc. cit.;* Toullier, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.;* Demolombe, t. 26, n. 133; Planiol, t. 2, n. 726.

13. — Il faut que le titre stipule expressément la solidarité entre les créanciers. Celle-ci ne se présume pas (C. civ., art. 1197 et 1202). — Toullier, t. 6, n. 720; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 965; Colmet de Santerre, t. 5, n. 128; Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 12 et 18; Demolombe, t. 26, n. 134; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 19; Huc, t. 7, n. 301; Laurent, t. 17, n. 255; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1120.

14. — Aucune expression cependant n'est sacramentelle; il suffit que l'intention des parties d'établir la solidarité entre les créanciers résulte clairement de l'acte. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 18 et 19; Demolombe, t. 26, n. 135 et s.; Laurent, *loc. cit.*

SECTION II.

Effets de la solidarité entre les créanciers.

§ 1. *Effets de la solidarité dans les rapports des créanciers avec le débiteur.*

15. — Chacun des créanciers a le droit de demander au débiteur le paiement du total de la dette. Mais le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur à l'égard de tous, car il n'y a qu'une seule dette. — Laurent, t. 17, n. 259; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 1; Demolombe, t. 26, n. 130; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1133.

16. — Le débiteur peut payer entre les mains de celui des créanciers qu'il lui plaît de choisir. C'est ce qu'énonce l'art. 1198, C. civ., en ces termes : « Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires ». Cette disposition est établie dans l'intérêt et pour le plus grand avantage du débiteur. — Huc, t. 7, n. 300 à 302; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1137.

17. — Mais le même article ajoute : « Tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux ». La fin de l'article apporte donc un tempérament à la règle qui vient d'être posée et limite le droit d'option du débiteur au cas où aucune poursuite n'a été exercée contre lui. Si le débiteur a été poursuivi par l'un des créanciers, il ne peut plus payer qu'entre les mains de ce créancier. — Toullier, t. 6, n. 725-4°; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 965; Colmet de Santerre, t. 5, n. 129 *bis;* Demolombe, t. 26, n. 158 et 159; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 2; Huc, t. 7, n. 303; Laurent, t. 17, n. 259; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1137; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 21.

18. — Si les créanciers agissent en même temps et intentent ensemble une poursuite commune, le débiteur aura le droit de payer la totalité entre les mains de celui d'entre eux qu'il choisira, car on ne peut pas dire alors qu'il a été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 3; Demolombe, t. 26, n. 160; Huc, t. 7, n. 303, *in fine;* Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1143.

19. — Que décider en cas de poursuites séparées, mais exercées le même jour à la requête de plusieurs créanciers? Si les actes contiennent l'indication de l'heure de ces poursuites et permettent ainsi de fixer une antériorité, le débiteur ne pourra valablement payer qu'à celui des créanciers qui aura poursuivi le premier. Si, au contraire, les actes ne précisent rien quant à l'heure, le débiteur aura le droit de payer, à son choix, l'un ou l'autre des créanciers poursuivants. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 4; Demolombe, t. 26, n. 161; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1144.

20. — Par « poursuites » il faut entendre une citation en justice, un commandement, une saisie. Une simple sommation constituerait même une poursuite, au sens de notre article, car c'est un acte par lequel le créancier manifeste sa volonté d'être payé du total de la créance. — Demolombe, t. 26, n. 164; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 2; Huc, t. 7, n. 303; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1145. — A plus forte raison le déciderait-on ainsi depuis la loi du 7 avr. 1900 qui assimile la sommation de payer à la demande en justice en ce qui concerne le point de départ du cours des intérêts.

21. — D'après la majorité des auteurs, il faudrait en dire autant d'une citation en conciliation, même si elle n'avait pas été suivie d'un ajournement dans le délai fixé par l'art. 57, C. proc. civ. — Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.* — *Contra*, Rodière, n. 14.

22. — L'effet attaché par l'art. 1198 aux premières poursuites exercées par l'un des créanciers solidaires ne se produit que si ces poursuites sont régulières. Ce créancier ne pourrait réclamer aucun droit de priorité si ces poursuites étaient prématurées, si par exemple elles avaient été intentées avant l'échéance du terme ou avant l'accomplissement de la condition. Le débiteur conserverait alors la faculté de payer, à son choix, l'un ou l'autre des créanciers. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 5; Demolombe, t. 26, n. 162, 163; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1143.

23. — Le débiteur, touché par les poursuites de l'un des créanciers solidaires, ne peut certainement pas payer le total de la créance à un autre créancier. Mais pourrait-il valablement payer entre les mains d'un créancier non poursuivant la portion de dette dont le bénéfice devait revenir définitivement à celui-ci? Nous ne le pensons pas. Une semblable prétention serait la négation de toute solidarité. Avant les poursuites, le débiteur ne pouvait pas apporter à chaque créancier divisément sa part. « Comment se pourrait-il, dit Demolombe, qu'il eût, après les poursuites de l'un des créanciers, la faculté, qu'il n'avait pas avant, de diviser le paiement. Le débiteur qui paierait sa part à un créancier non poursuivant ne serait donc pas libéré par ce paiement envers le créancier poursuivant. — Demolombe, t. 26, n. 165 et 166; Laurent, t. 17, n. 260. — *Contra*, Rodière, n. 15; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 6; Huc, t. 17, n. 303, *in fine*.

24. — Après s'être occupé du paiement, l'art. 1198, C. civ., prévoit, en ce qui concerne les créanciers, un autre mode d'extinction des obligations : la remise de la dette, et il décide que « la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier ». C'est une extinction partielle de la dette que les autres créanciers sont obligés de respecter; ils ne peuvent plus demander le paiement total; ils sont tenus de déduire la part de celui qui a consenti la remise. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 966; Colmet de Santerre, t. 5, n. 128 *bis*-II, 130 et 130 *bis*-I; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 11; Laurent, t. 17, n. 258 et 265; Demolombe, t. 26, n. 176 et 179; Massé, t. 3, n. 1925; Marcadé, t. 4, n. 597 et 598; Huc, t. 7, n. 303; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 22; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1152. — V. *supra*, v° *Remise de dette*, n. 44.

25. — Toutefois, s'il s'agissait d'une remise de dette faite par un concordat après faillite du débiteur, cette remise serait opposable à tous les créanciers solidaires, bien qu'un seul d'entre eux eût pris part au concordat. L'homologation du concordat le rendant obligatoire pour tous les créanciers, absents ou présents, consentants ou refusants, les créanciers solidaires, qui seraient liés par ce concordat lors même qu'aucun d'eux n'y aurait consenti, ne peuvent se trouver dans une meilleure position parce que l'un d'eux y a pris part. — Massé, t. 3, n. 1926. — ... Sauf leur droit d'y former opposition. — Rodière, n. 20.

26. — L'art. 1365 pose, pour le serment, une règle analogue à celle établie par l'art. 1198 en matière de remise de dette : il dispose que « le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier ». L'action des autres créanciers subsiste donc pour le surplus. — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*; Massé, t. 3, n. 1927; Laurent, t. 17, n. 266; Demolombe, t. 26, n. 133; Rodière, n. 28; Colmet de Santerre, t. 5, n. 130 *bis*-II; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1153.

27. — Les dispositions des art. 1197, 1198 et 1365 que nous venons d'étudier s'écartent absolument des règles du droit romain et de notre ancien droit français d'après lesquelles chaque créancier solidaire avait le droit de disposer du total de la créance par une remise ou autrement. La doctrine du Code est toute différente : en droit français, le créancier solidaire ne peut disposer que de sa part dans la créance commune; pour ce qui excède sa part, il n'est que le mandataire de ses cocréanciers. Presque tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que dans notre droit, la solidarité active suppose entre les divers créanciers une société ou tout au moins une communauté d'intérêts. Comme associé, chaque créancier doit agir dans l'intérêt commun, il a donc mandat de poursuivre et de recevoir le paiement de ce qui est dû aux autres et de conserver leurs droits. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 20 et sur l'art. 1198, n. 10; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 20; Laurent, t. 17, n. 258; Marcadé, t. 4, n. 597 et 598; Colmet de Santerre, t. 5, n. 128 *bis*-II, 129 *bis* et 130; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n. 966; Massé, t. 3, n. 1917; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1130 et 1132; Planiol, t. 2, n. 729.

28. — Notre Code n'a indiqué que pour quelques actes, ce qui est permis au créancier solidaire : nous allons, d'après l'analogie des textes et les principes généraux, chercher à déterminer l'étendue du mandat conféré à chaque créancier solidaire et à préciser les actes qui lui sont autorisés ou défendus.

29. — *A*. Le premier acte que la loi permet au créancier solidaire, c'est d'exiger le paiement intégral de la créance. Le débiteur ne peut lui opposer l'exception de division. — Laurent, t. 17, n. 260; Toullier, t. 6, n. 725 1°; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 156; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1135.

30. — L'héritier unique de l'un des créanciers aura le même droit que le défunt; mais si celui-ci a laissé plusieurs héritiers, la créance se divisera entre eux et chacun d'eux ne pourra demander le paiement que pour sa part héréditaire. — Pothier, n. 324; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, t. 17, n. 261; Larombière, t. 3, sur l'art. 1199, n. 4; Demolombe, t. 26, n. 154; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1134.

31. — *B*. Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers (C. civ., art. 1199). C'est là un acte conservatoire qui, fait par l'un, peut être invoqué par les autres. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 966; Toullier, t. 6, n. 725 3°; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 21; Larombière, t. 3, sur l'art. 1199, n. 1; Demolombe, t. 26, n. 167, 168; Colmet de Santerre, t. 5, n. 131; Laurent, t. 17, n. 263; Massé, t. 3, n. 1932; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1147; Planiol, t. 2, n. 729. — V. *supra*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 802 et s.

32. — Mais l'interruption de la prescription au profit de l'un des héritiers d'un créancier solidaire ne l'interrompt pas au profit des autres héritiers (C. civ., art. 2249). — Duranton, t. 11, n. 180 et s.; Delvincourt, t. 2, p. 500; Laurent, *loc. cit.*, Larombière, t. 3, sur l'art. 1199, n. 4; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1148.

33. — *C*. De même encore, la demande formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit des autres (C. civ., art. 1199, 1206 et 1207). — Duranton, t. 11, n. 181; Colmet de Santerre, t. 5, n. 131 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 966; Huc, t. 7, n. 307; Laurent, t. 17, n. 262; Massé, t. 3, n. 1933; Larombière, t. 3, art. 1198, n. 9; Demolombe, t. 26, n. 172; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1150; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 21 et 22. — Il en serait de même aujourd'hui de la sommation de payer (L. 7 avr. 1900, art. 2).

34. — *D*. Par application de la règle d'après laquelle chaque créancier solidaire a mandat pour conserver la créance, en assurer le recouvrement, et faire tout ce qui peut conserver les droits de ses cocréanciers, il faut décider que les autres créanciers profiteront de la convention par laquelle l'un d'eux aura, pour mieux garantir la créance, stipulé des sûretés particulières, comme une hypothèque ou une caution, ou aura stipulé que la créance produira des intérêts. — Demolombe, t. 26, n. 173-175; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 9 et 14; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1150 et 1151.

35. — *E*. De même encore, la renonciation à la prescription acquise, faite par le débiteur à l'un des créanciers solidaires, profitera aux autres créanciers. — Demolombe, t. 26, n. 169; Larombière, t. 3, sur l'art. 1199, n. 2.

36. — *F*. La reconnaissance de la dette faite par le débiteur à l'un des créanciers profite également à tous les autres (V. C. civ., art. 1179). — Pothier, n. 260.

37. — Que faut-il décider en ce qui concerne la suspension de la prescription? Quelques auteurs pensent qu'elle a le même effet que l'interruption, et que la prescription suspendue vis-à-vis de l'un des créanciers solidaires l'est également vis-à-vis des autres. — Malleville, sur l'art. 1199; Duranton, t. 11, n. 180 et s.; Delvincourt, t. 2, p. 490; Larombière, t. 3, sur l'art. 1199, n. 3; Demolombe, t. 26, n. 170 et 171.

38. — Mais la majorité de la doctrine enseigne l'opinion con-

traire. En effet, si, d'après l'art. 1199, tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres, cela se conçoit : l'interruption est le résultat d'un acte fait par le mandataire tant dans son intérêt que dans l'intérêt des mandants, et qui doit par conséquent profiter à ceux-ci. Au contraire, la suspension est le résultat d'un fait personnel à celui au profit de qui elle a lieu, par exemple d'un fait de minorité ou d'interdiction, et si elle s'opère au profit du mandataire, elle ne peut évidemment profiter aux mandants. L'incapacité du mandataire, qui est la cause de cette suspension, ne peut servir aux mandants. Il faut donc conclure que, lorsque l'un des créanciers sera mineur ou interdit (C. civ., art. 2252), lorsqu'il sera l'époux ou l'épouse du débiteur (art. 2253), la créance ne sera conservée que pour la part de ce créancier, et que la prescription l'éteindra pour le surplus. — V. Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. 1, § 7, art. 2, et *Quest.*, *eod. v°*, § 14; Troplong, *Prescription*, n. 739; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1179; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 23; Rodière, n. 25; Colmet de Santerre, t. 5, n. 135 *bis*-II; Massé, t. 3, n. 1932; Leroux de Bretagne, *De la prescription*, t. 1, n. 612-613; Huc, t. 7, n. 307; Laurent, t. 17, n. 264; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1149; Planiol, t. 2, n. 729.

39. — La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. Ainsi jugé, en matière de vente de biens de mineurs faite sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, que quand deux vendeurs ont vendu conjointement et solidairement, il ne s'ensuit pas que l'action rescisoire contre la vente soit indivisible, et que cette action peut être prescrite à l'égard de l'un, et conservée à l'égard de l'autre; la conservation du droit dans la personne de l'autre ne profitant pas au premier. — Cass., 30 mai 1814, De Fargès et De Pontcarré, [S. et P. chr.]; — 6 déc. 1826, Douceur, [S. et P. chr.] — V. aussi *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 993.

40. — *G.* Les créanciers solidaires n'ayant pas le pouvoir de disposer, chacun individuellement, de la totalité de la créance, il faut en conclure : 1° Que, par analogie avec ce que l'art. 1198 décide pour la remise de dette (V. *suprà*, n. 24), la novation faite par l'un des créanciers solidaires ne libère également le débiteur que pour la part de ce créancier. En effet, la novation peut être considérée comme une remise de la dette, puisqu'elle l'éteint par le changement qu'elle opère soit dans l'essence même de l'obligation, soit dans la personne du débiteur ou du créancier. — V. *suprà*, v° *Novation*, n. 178 et 179.

41. — 2° Il en est de même pour la transaction. En effet, la transaction, impliquant une renonciation à un droit, ne peut être opposée à ceux des créanciers qui n'y ont pas été parties. — Duranton, t. 11, n. 177; Larombière, t. 3, sur l'art. 1198, n. 14; Demolombe, t. 26, n. 184; Massé, t. 3, n. 1930; Marcadé, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1157.

42. — 3° La même règle s'applique également au compromis. Un des créanciers n'aurait pas le droit de faire un compromis pour le tout, c'est-à-dire de soumettre à des arbitres le jugement d'une contestation avec le débiteur commun. S'il fait un compromis, il ne peut s'obliger que pour sa part. — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 184 et 185.

43. — La novation, la transaction et le compromis consentis par l'un des créanciers solidaires, peuvent-ils être opposés au débiteur par les autres créanciers si ceux-ci les trouvent avantageux pour eux? L'affirmative est soutenue par Aubry et Rau (*loc. cit.*); mais l'opinion contraire nous semble plus juridique. L'acte du créancier, dépassant ses pouvoirs, ne peut être, après coup, validé suivant l'intérêt des autres créanciers. La situation du débiteur serait, sans cela, par trop inégale. — Laurent, t. 17, n. 269; Colmet de Santerre, t. 5, n. 130 *bis*-III; Demolombe, t. 26, n. 187; Huc, t. 7, n. 307; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1158.

44. — 4° L'un des créanciers solidaires ne peut également, soit faire remise d'une sûreté (caution ou hypothèque), soit concéder ou proroger un terme que pour sa part, et non point pour la part de ses cocréanciers. — Demolombe, t. 26, n. 188; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 26, n. 1154.

45. — 5° Quelle est, relativement aux créanciers solidaires, l'effet de la chose jugée entre l'un d'eux et le débiteur? — V. sur ce point, *suprà*, v° *Chose jugée*, n. 615 et s.

46. — 6° Le paiement de toute la dette libère le débiteur aussi bien envers le créancier à qui il a été fait qu'envers les autres. En sera-t-il de même de la compensation? — V. *suprà*, v° *Compensation*, n. 137 et 138.

47. — 7° Une question identique se pose à propos de la confusion. Si l'un des créanciers solidaires devient héritier unique du débiteur ou si le débiteur devient héritier d'un des créanciers, il s'opère, dans la personne de l'héritier, une confusion des qualités de créancier et de débiteur. Quel sera l'effet de cette confusion? La presque unanimité des auteurs enseigne que cette confusion n'entraîne qu'une extinction partielle de la dette : celle-ci n'est éteinte que pour la part du créancier dans l'obligation. — Demolombe, t. 26, n. 195; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1198, n. 598; Laurent, t. 7, n. 270; Rodière, n. 17; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1163. — V. *suprà*, v° *Confusion*, n. 18 et s.

48. — 8° La créance solidaire s'éteint encore par la perte fortuite de la chose due. L'effet libératoire est alors absolu. Le débiteur est libéré vis-à-vis de tous les créanciers. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 130 *bis*-IV; Demolombe, t. 26, n. 197.

§ 2. *Effets de la solidarité dans les rapports des créanciers entre eux.*

49. — A raison même de leur qualité, les créanciers solidaires sont réputés associés. Le bénéfice de la créance doit donc se partager entre eux. Le créancier qui en a reçu la totalité est tenu de rendre à chacun des cocréanciers le montant de leurs parts respectives. Quelles sont ces parts? Il faut, sur ce point, se reporter au titre; s'il est muet le partage doit s'opérer par portions viriles ou égales. — Delvincourt, t. 2, p. 134, note 6; Toullier, t. 6, n. 727; Duranton, t. 11, n. 170 et s.; Larombière, t. 3, sur l'art. 1197, n. 20; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *bis*, p. 44; Massé, t. 3, n. 1923; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1197, n. 596; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 965; Huc, t. 7, n. 307; Laurent, t. 17, n. 252; Demolombe, t. 26, n. 147; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1164; Planiol, t. 2, n. 730.

50. — La division doit donc, en principe, s'opérer par portions égales. Le créancier qui prétendrait avoir droit à une part plus forte se placerait en dehors du droit commun et devrait apporter des preuves à l'appui de sa prétention, preuves qui ne pourraient être établies que suivant les règles générales; la preuve par témoins et les présomptions ne seraient admissibles que s'il s'agissait d'une chose d'une valeur moindre de 150 fr., ou s'il existait un commencement de preuve par écrit. — Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 148 et 149; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1165.

51. — Le créancier solidaire qui n'a demandé et reçu que sa part est-il tenu de partager ce qu'il a reçu avec ses cocréanciers dans le cas où, l'insolvabilité du débiteur étant survenue, ceux-ci ne peuvent se faire payer de ce qui leur est dû? Massé (t. 3, n. 1924) a proposé de résoudre cette question par la distinction suivante : dans les cas ordinaires, et spécialement en matière de solidarité conventionnelle, le créancier solidaire qui a la faculté de demander et de recevoir toute la créance a aussi bien évidemment le droit de ne demander que sa part, parce que le mandat que les créanciers sont présumés s'être donné réciproquement n'a rien de forcé, et qu'il ne dispense ni les uns ni les autres de veiller à leurs intérêts particuliers. Dans ce cas, le créancier solidaire qui, en recevant sa part, n'a reçu que pour lui, n'a aucun compte à rendre aux autres créanciers. Mais en matière de société, et lorsqu'il s'agit de la solidarité légale des associés, qui, dans l'acte de l'état social, ont le pouvoir et le devoir d'administrer l'un pour l'autre, et conséquemment de toucher les créances sociales, il faut décider que toute somme touchée par un associé est nécessairement partageable entre tous les coassociés, bien que cette somme ne représente que la part de l'associé qui l'a touchée. En effet, la société étant une personne morale, ceux qui sont engagés envers elle ne sont pas précisément les débiteurs des individus qui la composent, mais de cette personne morale : d'où la conséquence que, lorsque les débiteurs font un paiement à l'un des associés en sa qualité de représentant légal de la société, le paiement total ou partiel est réputé fait à la société, et que l'associé qui reçoit doit compte de ce paiement à la société, ou, ce qui revient au même, aux associés. Cette distinction n'a pas été adoptée par la doctrine; les auteurs décident généralement qu'en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier qui a reçu sa part est tenu de faire compte de cette part à ses cocréan-

ciers dans tous les cas, même s'il a donné quittance *pour sa part* (Arg., C. civ., art. 1849). — Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 156 et 157; Rodière, n. 33.

52. — Notons, en terminant sur la solidarité entre créanciers, que cette forme de solidarité est pour ainsi dire sans application en matière civile et même en matière commerciale : cela explique la rareté des décisions judiciaires qui sont intervenues sur cette matière.

CHAPITRE III.

DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LES DÉBITEURS.

Section I.

Observations générales

53. — Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier (C. civ., art. 1200).

54. — La solidarité établie entre les débiteurs a pour but de réaliser, au profit du créancier, l'unité d'obligation. Il en résulte que chacun des codébiteurs est tenu pour le tout envers le créancier, comme s'il était seul débiteur, et que tous les codébiteurs ensemble n'en sont tenus qu'une seule fois. — Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, n. 298 *ter*, p. 24; Huc, n. 308; Laurent, t. 17, n. 274 et 275; Demolombe, t. 26, n. 201.

55. — L'unité de l'obligation implique essentiellement l'unité de la chose qui en est l'objet : aussi est-il nécessaire que tous les codébiteurs soient obligés à une même chose (art. 1200, 1201). S'il en était autrement, il y aurait, non pas une seule obligation mais autant d'obligations distinctes que de choses différentes dues.

56. — Mais une obligation contractée solidairement par plusieurs débiteurs peut être constatée par des actes séparés; toutefois, dans ce cas, la solidarité n'existe vraiment qu'autant que les débiteurs ont déclaré dans chacun de ces actes se soumettre à la solidarité d'un commun accord. — Marcadé, sur l'art. 1201, n. 2; Demolombe, t. 26, n. 206, 209; Colmet de Santerre, t. 5, n. 134 *bis*-II; Larombière, t. 3, sur l'art. 1200, n. 5 et 6; Rodière, n. 39. — On trouve un exemple de cette solidarité établie par actes séparés dans l'obligation du tireur et des endosseurs successifs d'une lettre de change.

57. — Si l'obligation solidaire est unique au point de vue de la prestation qui en forme l'objet, elle est multiple sous le rapport des engagements contractés par les différents codébiteurs; il y a autant d'engagements distincts que de personnes obligées. Cela explique que, comme le dit l'art. 1201, C. civ., l'un des débiteurs puisse être obligé différemment de l'autre au paiement de la chose : par exemple, que l'un ne soit obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou que l'un jouisse d'un terme qui n'est point accordé à l'autre.

58. — De la multiplicité des engagements contractés, par les codébiteurs solidaires découle encore cette conséquence que la question de savoir si ces engagements sont valables s'apprécie pour chacun, indépendamment des autres. L'un d'eux peut être entaché de nullité pour incapacité ou vice du consentement, alors qu'aucune cause ne rend les autres annulables; et si le codébiteur qui a contracté soit en état d'incapacité, soit sous l'influence du dol, de la violence ou de l'erreur, se fait décharger de son obligation, ses codébiteurs demeurent obligés (Arg., C. civ., art. 1208). — Demolombe, t. 26, n. 215; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 38.

59. — L'obligation solidaire est donc unique quant à son objet, mais peut être multiple en ce qui concerne les engagements souscrits par les codébiteurs. Par ces deux caractères s'expliquent, nous le verrons, tous les effets qu'elle produit entre le créancier, d'une part, et les codébiteurs solidaires, d'autre part. Mais il nous faut auparavant déterminer les sources de la solidarité entre débiteurs.

Section II.

Dans quels cas a lieu la solidarité entre les débiteurs.

60. — Aux termes de l'art. 1202, C. civ : « La solidarité ne se présume pas; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi ». De ce texte, il ressort que la solidarité entre débiteurs peut résulter soit de la volonté de l'homme, soit de la loi. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1171.

§ 1. *De la solidarité conventionnelle.*

61. — La volonté de l'homme peut constituer la solidarité de deux manières : 1° par convention proprement dite; 2° par testament. En effet, l'art. 1202, C. civ., s'applique, par sa généralité, non seulement à la solidarité qui résulte d'une convention proprement dite, mais encore à la solidarité qui est imposée comme condition d'une disposition entre-vifs ou testamentaire. Le testateur peut donc charger solidairement tous ses héritiers ou quelques-uns d'entre eux d'acquitter un legs. — Pothier, n. 269; Delvincourt, t. 2, p. 502; Toullier, t. 6, n. 720; Larombière, t. 3, sur l'art. 1202, n. 3; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 526, note 6, p. 349; Demolombe, t. 26, n. 220; Colmet de Santerre, t. 5, n. 135 *bis*-I; Laurent, t. 17, n. 276; Huc, t. 7, n. 311; Planiol, t. 2, n. 734; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, n. 298 *ter*, p. 25; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1172.

62. — Mais c'est surtout dans les obligations conventionnelles que la solidarité entre les débiteurs joue un rôle considérable. Elle peut en effet être stipulée dans toutes les conventions, vente, société, louage, prêt, etc.

63. — Qu'elle résulte d'une convention ou d'un testament, la solidarité ne se présume pas. Elle doit être établie expressément (C. civ., art. 1202). Il résulte de là que, dans le doute, il faut se décider pour la non-solidarité. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 5, p. 349, § 526; Colmet de Santerre, t. 5, n. 135 *bis*-I; Demolombe, t. 26, n. 222; Huc, t. 7, n. 309; Laurent, t. 17, n. 280; Planiol, t. 2, n. 735; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1173.

64. — Cette règle est vraie en matière commerciale comme en matière civile. Il est donc inexact de prétendre qu'en matière commerciale la solidarité a lieu de plein droit. — Laurent, t. 17, n. 285; Massé, t. 3, n. 1908-1916. — *Contrà*, Paris, 3 févr. 1809, Normand, [S. et P. chr.] — Pardessus, *Dr. comm.*, t. 1, n. 190; Fremery, *Etudes de dr comm.*, p. 21 et s.; Delamarre et Lepoitvin, *Tr. du contr. de commission*, t. 2, n. 253; Rolland de Villargues, *Rép. du notar.*, v° *Oblig.*, n. 39; et surtout, Rodière, n. 232 et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, n. 1175.

65. — Jugé en ce sens que le commerçant qui a apposé sa signature au dos d'un simple billet souscrit par un tiers, et dans lequel ce dernier se reconnaît débiteur d'une certaine somme sous le cautionnement de ce commerçant, doit être réputé caution simple, et non caution solidaire. En admettant qu'il eût existé entre les signataires du billet une société en participation pour différentes opérations commerciales, ce fait n'entraînerait la solidarité qu'autant qu'il serait établi que les fonds remis à l'un des signataires par l'autre ont réellement été employés, lors de la souscription du billet, au su et du consentement du bailleur, aux susdites opérations. — Colmar, 22 mai 1844, Mederhauser, [P. 45.2.149] — V. aussi Paris, 25 juill. 1892, [*Gaz. Pal.*, 92.2.467]

66. — La jurisprudence a maintes fois appliqué cette règle que la solidarité ne se présume pas. Ainsi il a été jugé que les covendeurs d'un fonds de commerce indivis ne sont pas tenus à la garantie solidaire, lorsqu'aucune stipulation formelle ne se rencontre à cet égard dans l'acte de vente dudit fonds. — Paris, 11 déc. 1895, [*Gaz. Pal.*, 96.1.178]

67. — ... Que, les covendeurs d'un office d'agent de change ne sont pas tenus de la garantie solidaire envers l'acheteur, lorsqu'ils ne s'y sont pas obligés par une clause formelle. — Cass., 21 déc. 1853, Hygnard, [S. 54.1.477, P. 54.1.304, D. 54.1.170] — V. *supra*, v° *Office ministériel*, n. 412.

68. — ... Que les coacheteurs d'une chose indivise ne sont pas, à défaut d'une clause spéciale dans l'acte, tenus solidairement pour le paiement du prix. — Rouen, 24 nov. 1849, Richard, Guillemin et autres, [P. 49.2.30, D. 50.2.111]

69. — ... Que les covendeurs d'une chose indivise ne sont pas, à moins de stipulation formelle, soumis à la garantie solidaire, alors même que la vente a été conclue au profit de plusieurs acquéreurs qui se sont engagés solidairement envers eux. — Colmar, 23 juill. 1811, Clavey et Girard, [S. et P. chr.] — Rennes, 20 août 1811, Gohaut et Hyvert, [S. et P. chr.] —

Duranton, t. 11, n. 169; Laurent, t. 17, n. 282; Troplong, *De la vente*, n. 435; Demolombe, t. 26, n. 226.

70. — ... Que des copropriétaires ne sont pas de plein droit obligés solidairement envers les ouvriers ou entrepreneurs qui ont fait des réparations à l'immeuble commun, soit que tous les copropriétaires aient traité avec ces ouvriers, soit qu'un seul ait traité comme mandataire des autres : l'obligation contractée par les copropriétaires, à raison des travaux exécutés sur leur immeuble, ne peut être considérée comme indivisible. — Cass., 23 juin 1851, Duballay, [S. 51.1.603, P. 51.2.633, D. 51.1.165]

71. — ... Que l'entrepreneur qui, sous les ordres d'un expert commis par justice, a construit un mur mitoyen, n'a pas, pour le paiement de ses travaux, une action solidaire contre les deux propriétaires; qu'il n'a d'action personnelle contre chacun d'eux que pour sa part proportionnelle à son droit et à l'importance des travaux opérés dans son intérêt exclusif. — Paris, 15 janv. 1876, Brezet, [D. 77.2.7] — *Sic*, Laurent, t. 17, n. 283; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, note 11, p. 32; Demolombe, t. 26, n. 227. — *Contrà*, Rouen, 8 mars 1848, sous Cass., 23 juin 1851, précité. — Orléans, 3 avr. 1851, Nouvellon et autres, [S. 52.2.202, P. 51.1.635]

72. — ... Qu'il n'existe, en dehors de toute stipulation expresse, aucun lien de solidarité légale entre un débiteur et son propre débiteur, poursuivi par le créancier en vertu de l'art. 1166, C. civ.; que dès lors, le premier acquéreur d'un fonds de commerce, débiteur principal du prix, est toujours fondé à repousser une condamnation prononcée solidairement contre lui et un sous-acquéreur au profit du vendeur — Cass., 30 janv. 1889, Synd. Blateau, [S. 91.1.339, P. 91.1.806, D. 89.1.310]

73. — En se servant du mot « expressément », la loi n'a pas entendu dire que les expressions « solidaires, solidarité » soient sacramentelles. On peut les remplacer par des termes de même valeur, tels que ceux-ci : « l'un pour l'autre, un seul pour le tout, chacun pour le tout ». — Toullier, t. 6, n. 721; Pothier, n. 629; Duranton, t. 11, n. 190; Laurent, t. 17, n. 282; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 32; Demolombe, t. 26, n. 230 et 231; Larombière, t. 2, sur l'art. 1202, n. 5; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1170.

74. — Ainsi, la solidarité est expressément stipulée par la clause qui oblige conjointement deux personnes avec renonciation à tout bénéfice de division et de discussion. — Grenoble, 20 janv. 1830, Payer, [S. et P. chr.] — Cette décision est fondée sur ce qu'il a dû être dans l'intention commune des parties de s'obliger conjointement et solidairement, bien qu'il n'y ait pas eu stipulation expresse de solidarité.

75. — Jugé, encore, que la stipulation faite par deux époux qui s'obligent conjointement au remboursement d'une somme par les héritiers du dernier mourant comporte implicitement une obligation solidaire, en ce sens que si, par un événement de force majeure, il arrive que la somme devienne exigible avant le décès des deux époux, ils sont tenus tous les deux au remboursement et chacun pour le total. — Cass., 7 sept. 1814, Monin, [S. et P. chr.]

76. — En un mot, il suffit que les expressions dont se sont servis les contractants expriment sans équivoque leur volonté de stipuler la solidarité ou leur consentement à s'y soumettre. — Marcadé, t. 4, sur l'art. 1202; Massé, *Dr. comm.*, t. 5, n. 45 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 349, § 526, note 9.

77. — Il appartient aux juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de constater que la solidarité ressort clairement et nécessairement du titre constitutif de l'obligation, alors même que celle-ci n'a pas été qualifiée solidaire. Ainsi, la solidarité peut résulter des conventions et de la correspondance des parties. Par exemple, il a été décidé qu'il y avait solidarité lorsque les parties l'ayant déjà stipulée pour une autre somme importante, et faisant une exploitation en commun, elles ont, dans leur correspondance, demandé alternativement des fonds, arrêtant alternativement aussi les comptes, et écrivant au bailleur de fonds de ne faire qu'un compte, qu'il était convenu entre elles et lui qu'elles ne faisaient qu'un. — Cass., 9 janv. 1838, Loisel, [S. 38.1.746, P. 38.1.631]

78. — ... Qu'un arrêt a pu, en se basant sur l'ensemble des énonciations d'un acte, décider qu'un mari, s'obligeant avec sa femme, s'était, par cet acte, engagé envers les créanciers à leur payer la totalité de la rente qui leur était promise. — Cass., 4 août 1896, Bissuel de Saint-Victor, [S. et P. 1900.1.219, D. 96.1.456]

79. — ... Que la reconnaissance souscrite par un mari et par sa femme en échange d'un titre antérieur portant de leur part engagement solidaire, peut être réputée les obliger encore solidairement l'un et l'autre, bien que la solidarité n'y soit pas formellement exprimée, alors qu'il est reconnu par les juges que cette reconnaissance a été signée en vue d'une simple prorogation d'échéance, et que les parties n'ont pas entendu faire novation. — Cass., 23 août 1871, Poulain, [S. 71.1.133, P. 71.403]

80. — ... Que les juges ne violent point les principes de la solidarité lorsque, après avoir déclaré que les fournitures litigieuses, faites par un commerçant à une veuve et à son frère, leur avaient été livrées pour servir à leur ménage commun et que le frère en avait profité, ils décident, par une appréciation souveraine des déclarations faites par les parties lors de leur comparution personnelle à l'audience, que ce dernier avait pris l'engagement de payer le prix de ces fournitures solidairement avec sa sœur, dont l'insolvabilité aurait été un obstacle au crédit sollicité. — Cass., 4 févr. 1901, Hocquart, [S. et P. 1902.1.229, D. 1902.1.422]

81. — Mais on ne saurait conclure de cette formule de la citation « s'entendre condamner aux risques et périls l'un de l'autre à payer des dommages-intérêts » que le demandeur concluait à une condamnation solidaire contre les codéfendeurs. — Cass., 15 juill. 1896, Vve Maitre, [D. 97.1.109]

82. — Certains arrêts sont allés jusqu'à admettre la solidarité comme résultant soit de la nature de la dette, soit de l'intention des parties contractantes, même en l'absence de stipulation expresse.

83. — Ainsi il a été jugé que des époux peuvent être condamnés solidairement à l'exécution d'une obligation qui leur est commune, notamment aux frais d'éducation de leurs enfants. — Cass., 12 janv. 1820, Sartin, [S. et P. chr.] — V. Nîmes, 15 mars 1852, dame Darmin, [P. 53.2.661, D. 52.2.183]

84. — ... Et que le confesseur qui a reçu d'un malade une somme d'argent pour l'employer à des restitutions secrètes et la personne qu'il s'est adjointe pour l'exécution de ce mandat peuvent l'un et l'autre être condamnés solidairement à la restitution. — Caen, 12 mars 1827, Adelà et Dubuat, [S. et P. chr.]. — Mais ces décisions sont contraires à la disposition nettement restrictive de la loi, et, par suite, généralement critiqués. — Huc, n. 309; Laurent, t. 17, n. 284; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, note 12, *in fine*, p. 32. — V. au surplus, *suprà*, v° *Cassation* mat. c. v., n. 4187 et 4188.

85. — Lorsqu'un individu ne s'est obligé au paiement d'une dette que solidairement avec la succession du débiteur, il ne peut être poursuivi du vivant de ce dernier. — Cass., 29 flor. an VII, Henart, [S. et P. chr.]

86. — La solidarité conventionnelle se prouve par la production de l'acte convention ou testament où elle est stipulée.

87. — Elle n'est du reste soumise à aucun mode spécial de preuve dérogatoire aux règles du droit commun.

88. — Ainsi le juge peut la faire résulter d'un commencement de preuve par écrit complété par des présomptions. — Cass., 7 juin 1882, Rouxel, [S. 84.1.157, P. 84.1.373, D. 83.1.194]

89. — Et il a été jugé qu'en matière commerciale la solidarité peut être établie par témoins. — Cass., 26 mai 1829, Courot, [S. et P. chr.] — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, n. 298 *ter*, p. 32, note 12; Planiol, t. 2, n. 737; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1179.

90. — La solidarité ne se présumant pas (V. *suprà*, n. 63), les tribunaux doivent avoir soin, lorsqu'ils prononcent une condamnation solidaire, d'indiquer dans les motifs de leur jugement, la source (convention ou disposition de la loi) d'où dérive la solidarité. — V. comme application, *suprà*, v° *Société civile*, n. 530.

91. — Ainsi les dettes se divisant de plein droit entre les cohéritiers, sauf les cas de l'art. 1221, C. civ., il s'ensuit que les juges ne sauraient condamner plusieurs héritiers solidairement au paiement d'une dette héréditaire divisible de sa nature, sans donner du chef de la solidarité, aucun motif à l'appui de leur décision. — Cass., 11 févr. 1889, Troubat et Capeig, [S. 89.1.201, P. 89.1.494, D. 89.1.316]

92. — Manque également de base légale l'arrêt qui, sans relever d'ailleurs l'existence d'aucune des exceptions apportées par l'art. 1221, C. civ., au principe de la division des dettes, condamne les souscripteurs d'un bon de caisse à en payer soli-

dairement le montant, alors que ce bon ne contient aucune stipulation de solidarité. — Cass., 10 déc. 1895, Abdelkerim-ben-hadj-Mohamed-ben-Bachtarzi, [D. 96.1.387]

93. — La solidarité ne peut être prononcée d'office par le juge, même en vertu d'une obligation solidaire, lorsque le créancier n'y a pas conclu. — Rennes, 20 août 1811, Libert, [S. et P. chr.]

94. — Une condamnation prononcée en ces termes « condamne les héritiers X... tous ensemble » n'implique pas nécessairement une condamnation solidaire, mais peut s'appliquer à une condamnation conjointe, alors surtout que dans l'exploit de demande, rien n'indique l'intention des demandeurs de requérir une condamnation solidaire. — Cass., 25 oct. 1887, Peyre, [S. 87.1.411, P. 87.1.1027, D. 88.1.72]

95. — Faisons observer, en terminant, que le moyen tiré de ce que la solidarité a été à tort prononcée ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. Ainsi lorsque deux codébiteurs d'une somme qu'ils ne contestent pas devoir, sont condamnés, solidairement, en première instance, à la payer bien que la convention ne stipulât pas la solidarité, si, en appel, aucune contestation n'est soulevée par eux ni sur l'existence de la dette, ni sur la solidarité, et s'ils se sont bornés à réclamer reconventionnellement certaines compensations, le moyen pris de l'irrégularité de la condamnation solidaire ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. — Cass., 26 nov. 1900, Maudier, [S. et P. 1901.1.224, D. 1900.1.612]

96. — Mais il n'y aurait pas moyen nouveau si le débiteur avait, tant en première instance qu'en appel, soutenu ne rien devoir à la partie adverse; il pourrait alors critiquer devant la Cour de cassation la disposition qui a prononcé contre lui une condamnation solidaire. — Cass., 25 févr. 1872, Bertot, [S. 89.1.465, *ad notam*, P. 89.1.1161, *ad notam*, D. 72.1.240] — V. aussi *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 2559 et s.

§ 2. *De la solidarité légale.*

97. — La solidarité est, dans certains cas, établie par la loi. Nous trouvons, en effet, soit dans nos Codes, soit dans certaines lois spéciales, des dispositions créant de plein droit la solidarité entre plusieurs personnes, indépendamment de toute manifestation de volonté de leur part.

98. — *A*. Le Code civil contient actuellement six cas de solidarité légale.

99. — 1° *Solidarité entre la femme remariée et son second mari.* — Aux termes des art. 395 et 396, C. civ., la mère qui, à la suite du décès de son mari, est devenue tutrice légale de ses enfants, et qui veut se remarier, doit convoquer le conseil de famille pour faire décider si la tutelle lui sera conservée (V. *infrà*, v° *Tutelle*). Deux hypothèses peuvent alors se présenter. *1re hypothèse.* — La mère a convoqué le conseil de famille et elle a été maintenue dans la tutelle. Dans ce cas, son second mari, qui devient nécessairement son cotuteur, est solidairement responsable avec sa femme de la gestion de celle-ci, mais seulement de la gestion postérieure au mariage (C. civ., art. 396). — Demolombe, t. 7, n. 133 et s.; Marcadé, t. 2, sur l'art. 396; Aubry et Rau, 5e éd., t. 1, p. 640, § 99, texte et notes 34 et s.; Baudry-Lacantinerie, t. 1, n. 1185; Planiol, t. 1, n. 2325.

100. — Ainsi le second mari ne peut être considéré comme tenu solidairement avec sa femme des obligations qui pourraient peser sur celle-ci, au profit du mineur, soit à raison de la gestion antérieure au second mariage, soit pour toute autre cause qui ne se rattacherait pas à la gestion à laquelle il s'est trouvé associé par le fait de son mariage avec la mère tutrice. — Cass., 7 févr. 1871, Noël, [S. 71.1.121, P. 71.382, D. 72.1.353]

101. — *2e hypothèse.* — La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage. Elle cesse alors de plein droit d'être tutrice légale; mais il arrive souvent qu'en fait elle conservera la tutelle. L'art. 395 dit que, dans ce cas, « son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée ». La jurisprudence et la grande majorité des auteurs décident que, dans cette seconde hypothèse, le second mari, qui est tenu de toutes les suites sans exception, de la tutelle, répond solidairement des obligations résultant de tous les actes de la mère tutrice, même de ceux qui sont antérieurs au mariage. — Nîmes, 30 nov. 1831, Boubon, [S. 32.2.139, P. chr.] — Colmar, 26 nov. 1833, Meyer, [S. 34.2.231, P. chr.] — Douai, 16 juin 1862, Guérin, [S. 62.2.686, P. 63.711, D. 62.2.146] — Sic, Delvincourt, t. 1, p. 271; Grenier, *Hypoth.*, t. 1, n. 280; Duranton, t. 3, n. 426; Toullier, t. 2, n. 1098, note 6; Troplong, *Hypoth.*, t. 2, n. 426; Marcadé, t. 2, sur l'art. 395; Valette, sur Proudhon, t. 11, p. 290, obs. 2; Aubry et Rau, 5e éd., t. 1, p. 638, § 99 *bis*, texte et notes 25 et 26; Huc, t. 3, n. 275; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 1, n. 1187; Planiol, t. 1, n. 2325. — *Contrà*, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 1, n. 594 et 595; Demolombe, t. 7, n. 125; Laurent, t. 4, n. 389. — V. *infrà*, v° *Tutelle*.

102. — 2° *Exécuteurs testamentaires.* — « S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, dit l'art. 1033, C. civ., un seul pourra agir au défaut des autres, et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée ». — V. l'explication de ce texte, *suprà*, v° *Exécuteur testamentaire*, n. 231 et s. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1183.

103. — 3° Aux termes de l'art. 1442, C. civ., s'il y a des enfants mineurs lors du décès de l'un des époux, le survivant doit faire faire l'inventaire des biens de la communauté. En cas de défaut d'inventaire, le subrogé tuteur est solidairement tenu, avec lui, de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. — Sur cette disposition, V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 1606 et s. — V. également, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. 2, n. 889; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1184.

104. — 4° Dans le cas de prêt à usage, si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur (C. civ., art. 1887). — V. *suprà*, v° *Prêt*, n. 75.

105. — 5° L'art. 2002, C. civ., dispose que lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacun des mandants est tenu solidairement envers lui de tous les effets du mandat. Mais quand il y a plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée (art. 1995). — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 656 et s.

106. — C'est par application du principe posé par l'art. 2002, C. civ., que la doctrine et la jurisprudence ont reconnu qu'une action solidaire pour le paiement de leurs honoraires existait contre les personnes qui les avaient choisis, au profit de l'arbitre (V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 431 et s.), de l'avoué (V. *suprà*, v° *Avoué*, n. 867 et s.), de l'expert (V. *suprà*, vis *Dépens*, n. 83 et s., *Expertise*, n. 674), du notaire (V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 1096 et s.), de l'huissier. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1186 et s.; Larombière, t. 3, sur l'art. 1202, n. 13 et s.

107. — 6° Enfin, aux termes d'un récent arrêt de la Cour de cassation, un dernier cas de solidarité légale est établi par l'art. 1419, C. civ. La Cour suprême a décidé, en effet, qu'en disposant que le paiement de la dette contractée par une femme commune en biens, avec l'autorisation de son mari, peut, au choix du créancier, être poursuivi, pour la totalité, sur les biens personnels de l'un ou de l'autre époux, cet article crée entre ces derniers un lien de solidarité. — Cass., 16 juill. 1902, Jalabert, [D. 1903.1.401] — V. toutefois, Cass., 6 août 1894, Lecamus, [S. et P. 94.1.416, D. 95.1.199] — V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 1003 et s.; *Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, p. 183. — V. Cass., 23 avr. 1888, Corpet, [S. 89.1.25, P. 89.1.48, D. 89.1.233]

108. — L'art. 1734, C. civ., avait établi un autre cas de solidarité légale entre les colocataires en cas d'incendie du bâtiment loué. Cette espèce de solidarité légale a été abolie par la loi du 5 janv. 1883. — V. *suprà*, v° *Bail en général*, n. 1581 et s. — V. aussi S. *Lois annotées*, de 1881-1885, p. 409.

109. — *B*. Le Code de commerce a admis trois cas de solidarité légale : 1° Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (art. 22). — V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 4421. — V. aussi, *suprà*, v° *Société en participation*, n. 326 et s.

110. — 2° L'associé commanditaire qui a fait certains actes de gestion en activité suffisamment importants est obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société (art. 28). Cette solidarité,

inhérente à leur qualité d'associés, existe indépendamment de tout engagement ou de toute garantie personnelle. — Cass., 8 avr. 1903, Poeckès, [S. et P. 1903.1.352, D. 1903.1.208] — V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 1660 et s.

111. — 3° Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change ou un billet à ordre, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (C. comm., art. 140 et 187). — V. *suprà*, v^is *Acceptation de lettre de change*, n. 487 et s., 573 et s.; *Billet à ordre*, n. 107 et s.; *Lettre de change*, n. 721 et s.

112. — Dans le même ordre d'idées, nous devons signaler : 1° La loi du 1er août 1893, dont l'art. 5 établit un autre cas de solidarité à l'encontre des fondateurs auxquels la nullité de loi est imputable et des administrateurs en fonctions au moment où cette nullité a été encourue. — V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 4027 et s.

113. — 4° L'art. 4, § 2, L. 14 juin 1865, étend au chèque la solidarité établie par l'art. 140, C. comm., en matière de lettre de change. — V. *suprà*, v° *Chèque*, n. 103, 163 et s.

114. — *C*. Le Code pénal établit aussi un cas de solidarité légale. L'art. 55 de ce Code dispose, en effet, que « tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais » (V. art. 156, Décr. 18 juin 1811). — V. *suprà*, v^is *Action civile*, n. 293 et s., 324; *Amende*, n. 205 et s.; *Dépens*, n. 4021 et s. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1197.

115. — Quant aux dépens en matière civile, aucun texte de loi ne permet de les prononcer solidairement contre les parties qui succombent ensemble dans un même procès. La solidarité ne se présumant pas, ces dépens sont, en principe, personnels et divisibles. — Cass., 10 déc. 1895, Abdelkerim-ben-hadj-Mohamed-ben-Bachtarzi, [D. 96.1.387]; — 8 juill. 1896, Billey, [S. et P. 97.1.217, D. 97.1.361]; — 6 avr. 1898, Simon, [S. et P. 1902.1.460, D. 98.1.305] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 35, § 239 *ter*, texte et note 16 *bis*; Garsonnet et Cézar-Bru, 2e éd., t. 8, § 1108. — V. *suprà*, v° *Dépens*, n. 2095 et s.

116. — Il y a à cette règle deux exceptions : 1° Lorsque la condamnation principale elle-même est une condamnation solidaire, les dépens peuvent être mis solidairement à la charge des parties qui succombent. — V. *suprà*, v° *Dépens*, n. 2133, 2136 et s. — V. en outre, Cass., 1er févr. 1893, Ortis y Hermanos et consorts, [S. et P. 94.1.186, D. 94.1.278]; — 20 juill. 1896, Comp. havraise péninsulaire de navigation à vapeur, [S. et P. 97.1.364, D. 97.1.243]; — 25 nov. 1896, [*Gaz. Pal.*, 97.1.22] — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Garsonnet et Cézar-Bru, *loc. cit.*

117. — La cassation, même partielle, d'un jugement entraîne, par voie de conséquence, la cassation du jugement sur le chef relatif à la condamnation solidaire aux dépens. — Cass., 7 mai 1901, Puech, [S. et P. 1903.1.97]

118. — 2° Lorsque les dépens ont le caractère de dommages-intérêts alloués à titre de réparation d'une faute commune; le jugement doit, en ce cas, expressément énoncer en quoi consiste cette faute. — V. *suprà*, v° *Dépens*, n. 2161 et s. — V. aussi Cass., 13 janv. 1897, Cons. Despaignol, [S. et P. 1901.1.451, D. 97.1.151]; — 3 janv. 1899, Crouan et Deramond, [S. et P. 99.1.232, D. 99.1.48]; — 13 déc. 1899, Laurens, [S. et P. 1901.1.177, D. 1900.1.163]; — 29 juin 1903, Leclercq, [D. 1903.1.411] — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Garsonnet et Cézar-Bru, t. 3, § 1108, p. 505, texte et note 8.

119. — Décidé que le fait que « la demande a été intempestive » ne suffit pas pour justifier une condamnation solidaire aux dépens. — Cass., 13 janv. 1897, précité.

120. — ... Que les juges ne peuvent fonder une condamnation solidaire aux dépens sur cet unique motif que « la résistance des intimés aux demandes de l'appelant resultait d'une entente concertée dans un intérêt commun ». — Cass., 18 mai 1898, Juy, [D. 1900.1.326]

121. — Mais la Cour de cassation a regardé comme suffisante la déclaration que le procès était témérairement engagé. — Cass., 23 nov. 1892, Hérit. Schneider, [S. et P. 94.1.441, D. 93.1.201] — ... Ou que la contestation était injuste. — Cass., 7 nov. 1894, Goldberger, [S. et P. 98.1.509, D. 95.1.84] — ... Ou encore que la contestation n'était pas sérieuse. — Cass., 4 janv. 1898, Goldstadt, [S. et P. 99.1.441, D. 99.1.164]

122. — La solidarité n'est d'ailleurs encourue, devant les tribunaux civils comme devant les tribunaux de répression, en ce qui concerne les dommages-intérêts, restitutions et dépens, que par les individus condamnés pour un même délit ou quasi-délit. — Cass., 6 avr. 1898, précité.

123. — D. Quelques lois spéciales ont aussi créé des cas de solidarité légale. Ainsi, l'art. 32, L. 22 frim. an VII, établit la solidarité entre les cohéritiers pour le paiement des droits de mutation par décès. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1198. — V. *infrà*, v° *Succession*, n. 1923 et s. — De même, toutes les parties figurant dans un acte sont, aux termes mêmes de l'art. 31 de la même loi, tenus solidairement au paiement des droits dont cet acte est passible. — Cass., 20 juill. 1896, précité. — V. *suprà*, v^is *Enregistrement*, n. 994 et s.; *Mutation*, n. 68.

124. — Enfin, la loi du 4 avr. 1889, sur le Code rural (tit. 6), dispose, dans son art. 3, que « les propriétaires de chèvres conduites en commun sont solidairement responsables des dommages qu'elles causent ». — V. *suprà*, v° *Bestiaux*, n. 40.

125. — Les cas de solidarité légale sont de stricte interprétation. Cette solidarité ne peut résulter que d'une disposition claire et précise de la loi. « La solidarité ne se présume pas ». Cette règle est aussi vraie de la solidarité légale que de la solidarité conventionnelle. Aussi faut-il restreindre rigoureusement la solidarité légale aux cas expressément indiqués par un texte. En conséquence, il faut décider que le gérant d'affaires qui gère les intérêts communs de plusieurs maîtres n'a pas une action solidaire contre chacun d'eux. — Duranton, t. 11, n. 204; Larombière, t. 3, sur l'art. 1202, n. 52; Demolombe, t. 26, n. 254; Rodière, n. 219; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 441, p. 725; Laurent, t. 18, n. 288, et t. 28, n. 42; Huc, t. 8, n. 377; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1192; Guillouard, *Du mandat*, n. 179. — V. *suprà*, v° *Gestion d'affaires*, n. 160. — A l'inverse, s'il y a un seul maître et plusieurs gérants d'affaires, ceux-ci ne sont pas tenus solidairement. — V. *suprà*, *eod. verb.*, n. 119 et 120.

126. — De même, les déposants conjoints d'une même chose ne sont pas tenus solidairement envers le dépositaire (V. *suprà*, v° *Dépôt*, n. 593). Il en est ainsi également pour les dépositaires conjoints. — Demolombe, t. 26, n. 255.

127. — Pareillement, si la loi établit entre les exécuteurs testamentaires la solidarité (V. *suprà*, n. 102), celle-ci ne peut être étendue aux héritiers pour l'exécution d'un legs. Chaque héritier est tenu de l'acquittement des legs sans lien de solidarité avec les autres héritiers et seulement au prorata de sa part héréditaire. C'est donc à tort qu'un des cohéritiers a été condamné à délivrer à un légataire la totalité des legs dont celui-ci était gratifié. — Cass., 10 août 1885, Marchessaux, [S. 88.1.470, P. 88.1.1167, D. 86.1.212] — V. *suprà*, v° *Legs*, n. 761 et s., 1140.

128. — Jugé encore que des héritiers auxquels un légataire universel du défunt réclame la succession, ne peuvent être condamnés solidairement à faire cette restitution. — Lyon, 14 janv. 1870, Charmillon et Mayet, [S. 71.2.270, P. 71.893, D. 76.5.318]

129. — C'est par application du même principe que la solidarité ne peut pas être admise en matière de quasi-contrat. Ainsi, en matière de répétition de l'indû, il a été jugé que lorsque des sommes ont été payées indûment, mais divisément, à plusieurs personnes, la restitution ne peut en être ordonnée solidairement. — Cass., 22 juin 1824, Fitler et Dornal, [S. et P. chr.

130. — Parmi les dispositions qui établissent de plein droit la solidarité, il en est qui reposent sur des considérations d'ordre public ou d'intérêt général; telles sont les dispositions des art. 395, 1448, C. civ.; 11, 140, C. comm.; 55, C. pén.; 5, L. 1er août 1893. Les parties ne sauraient, dès lors, y déroger (C. civ., art. 6) et aucune convention ne pourrait, dans ces cas, les soustraire à la solidarité que la loi prononce contre elles.

131. — Mais il en serait différemment dans les cas où le législateur n'a établi la solidarité, pour ainsi dire, que par interprétation de la volonté des parties, comme celle entre plusieurs emprunteurs ou celle entre plusieurs mandants. Les parties peuvent, dans ces cas, déroger par une convention à la disposition de la loi. — Laurent, t. 17, n. 292; Demolombe, t. 26, n. 247 et 248.

§ 3. *De la solidarité en matière de délits civils et de quasi-délits.*

132. — Nous avons vu (*suprà*, n. 114) que l'art. 55, C. pén., prononce la solidarité contre les auteurs d'un même crime ou d'un même délit. Faut-il étendre la même règle aux coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit, et décider que ces coauteurs

sont tenus solidairement de réparer le dommage causé par eux? Notre Code civil ne contient aucune disposition sur cette question qui est très-vivement controversée.

133. — La doctrine se prononce en principe contre cette solidarité. Ce ne pourrait être qu'une solidarité légale; or il n'y a pas de solidarité légale sans loi qui l'établisse. Toullier, t. 11, n. 150 et 151; Duranton, t. 11, n. 194; Laurent, t. 17, n. 318-324; Huc, t. 7, n. 313 et 314. Mais, suivant un grand nombre d'auteurs, si on ne trouve pas, dans ce cas, une solidarité légale, il y a lieu d'imposer au moins aux différents débiteurs la responsabilité pour le tout, parce que chacune des personnes qui ont participé au fait dommageable a causé le dommage pour le tout et que le nombre des coupables ne peut pas diminuer la responsabilité de chacun d'eux. — Merlin, *Quest.*, v° *Solidar.*, § 2; Delvincourt, t. 3, p. 683; Pigeau, *Proc. civ.*, liv. 2, part. 3, tit. 5, chap. 1, art. 4, p. 532; Rolland de Villargues, v° *Responsab.*, n. 42 et 49; Sourdat, *Tr. de la responsab.*, t. 1, n. 143, 473 et s.; Rauter, *Dr. crim.*, t. 1, n. 181; Massé, t. 5, n. 5 et 107; Boncenne, t. 2, p. 545; Colmet de Santerre, t. 5, n. 135 *bis*-III; Demolombe, t. 26, n. 291 et s.; Marcadé, t. 4, n. 604; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1301. — V. Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, note 14 et s., p. 33 et 34. — MM. Larombière (t. 3, sur l'art. 1202, n. 22) et Planiol (t. 2, n. 900 et 901) sont les seuls qui admettent la solidarité proprement dite en matière de simples délits civils et de quasi-délits.

134. — La jurisprudence, au contraire, tant celle des cours et tribunaux que celle de la Cour de cassation, décide d'une façon constante que les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit sont tenus solidairement de réparer le préjudice qu'ils ont causé, lorsqu'il est impossible de déterminer la part pour laquelle chacun d'eux a contribué au dommage. La Cour de cassation a varié dans les motifs donnés pour expliquer cette solidarité (V. sur ce point, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1303 et 1304); mais il faut reconnaître qu'elle n'a pas hésité à poser le principe et qu'elle prononce toujours la solidarité lorsqu'elle trouve réunies ces deux conditions : 1° délit civil ou quasi-délit ; 2° impossibilité de déterminer la part de chacun des coauteurs dans la perpétration du délit ou du quasi-délit.

135. — Quand ces deux conditions sont remplies, la solidarité existe; à ce point de vue, la Cour de cassation assimile complètement le quasi-délit au délit. — V. Cass., 26 juin 1894, Farain et Prudenne, [S. et P. 96.1.167, D. 94.1.440]; — 6 avr. 1898, Simon, [S. et P. 1902.1.460, D. 98.1.305] — V. également dans ce sens, Rapp. de M. le conseiller Roussellier, [*Gaz. Pal.*, 92.1.500]

136. — La jurisprudence a fait application de ce principe dans de très-nombreuses espèces dont nous allons indiquer les plus importantes. — V. aussi *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 1110 et s.

137. — *A*. Tout d'abord la jurisprudence a prononcé la solidarité à la suite d'un concert frauduleux ou dolosif entre les auteurs du fait dommageable.

138. — Ainsi jugé qu'en matière de vente, lorsqu'il y a eu concert frauduleux entre le vendeur et les acquéreurs pour dépouiller les premiers vendeurs du prix et de la chose qu'ils avaient précédemment vendue, les acquéreurs peuvent être condamnés solidairement à la restitution des fruits. — Cass., 3 juill. 1817, Paris, [S. et P. chr.]

139. — ... Que les personnes qui ont, de concert, vendu la chose d'autrui, sont solidairement responsables des dommages-intérêts dus à la partie lésée. — Cass., 20 juill. 1852, Lazare-Cerf, [S. 52.1.689, P. 52.2.363, D. 52.1.248]

140. — ... Que la solidarité est à bon droit prononcée contre les personnes qui se sont, de concert, servies du nom d'un banquier pour donner les apparences d'un contrat de change à un simple prêt. — Cass., 9 déc. 1872, Tronche, [S. 73.1.11, P. 73.15, D. 73.1.238]

141. — ... Que, lorsqu'un père, voulant frustrer plusieurs de ses enfants de leurs droits dans sa succession, fait une vente simulée de certains immeubles à un tiers et que celui-ci, après la mort du père, rend ces immeubles à ceux de ses enfants que ce dernier voulait avantager, ces enfants peuvent être condamnés solidairement envers leurs frères et sœurs à la restitution des fruits; qu'ils n'en avaient en effet joui que par suite du dol et de la fraude dont ils s'étaient rendus complices. — Cass., 12 févr. 1818, Bisson, [S. et P. chr.]

142. — ... Que lorsqu'un mari, poursuivi par sa femme pour l'exécution d'un jugement de séparation de biens, vend frauduleusement son fonds de commerce à un tiers et que celui-ci le revend à des acheteurs de bonne foi, ceux-ci, en cas d'annulation de la vente à la requête de la femme, peuvent obtenir une condamnation solidaire en dommages-intérêts contre le mari et le tiers qui avaient agi d'accord par suite d'un concert frauduleux. — Paris, 26 févr. 1829, Mo[illegible] et Copin, [S. et P. chr.]

143. — ... Qu'une condamnation solidaire doit, en cas de fraude, atteindre l'acquéreur et le sous-acquéreur d'objets vendus au préjudice des créanciers d'un failli. — Cass., 3 févr. 1829, Bourdin, [P. chr.]

144. — ... Que les tiers qui, dans le but illicite de soustraire les biens d'un débiteur aux poursuites de ses créanciers, s'en rendent acquéreurs, apparents, sont tenus solidairement des dommages-intérêts et des dépens auxquels la fraude par eux commise peut donner lieu; « que le préjudice souffert ayant été causé par la fraude, tous ceux qui y ont participé sont passibles d'une réparation solidaire, et que la solidarité qui est dans la nature des choses, doit régir aussi les dépens ». — Bordeaux, 16 mars 1832, Erieu, [S. 32.2.630, P. chr.]

145. — ... Que lorsque des individus ont obtenu à l'aide de manœuvres frauduleuses et de dol le paiement d'une somme d'argent, ils peuvent être condamnés solidairement à la restituer. — Nancy, 18 mai 1827, Cerf-Berr, [S. et P. chr.]

146. — ... Que les mandataires qui ont obtenu leur procuration à l'aide de manœuvres frauduleuses, et se sont fait remettre des honoraires excessifs, peuvent être condamnés solidairement à la restitution de la somme indûment reçue (déduction faite de leurs frais et déboursés légitimes). — Cass., 7 août 1837, Lauradour et autres, [S. 37.1.890, P. chr.]; — 12 janv. 1863, Picque et Mayaud, [S. 63.1.249, P. 63.580, D. 63.1.302]

147. — ... Que doivent être condamnés solidairement deux mandataires qui ont, de concert, abusé de leur mandat pour détourner à leur profit la chose confiée à leurs soins. — V. Cass., 14 août 1867, Sausset, [S. 67.1.401, P. 67.1079] — V. *suprà*, v° *Mandat*, n. 401 et s.

148. — ... Que les personnes qui, de concert, ont fait pratiquer une saisie-conservatoire *super non domino*, peuvent être condamnées solidairement à réparer le préjudice résultant de cette faute commune. — Cass., 25 avr. 1903, [*Gaz. des Trib.*, 30 avr.]

149. — ... Que la femme qui a participé au dol et à la fraude à l'aide desquels son mari a obtenu un testament à leur profit, peut, au cas d'annulation de ce testament, être condamnée solidairement avec son mari au paiement des restitutions et dommages-intérêts. — Cass., 12 mars 1839, Duval, [S. 39.1.483, P. 39.2.253]

150. — ... Que le mari d'une femme successible, qui, à l'aide de moyens frauduleux, a obtenu conjointement avec sa femme des avantages excessifs de la part de l'auteur de celle-ci peut être condamné solidairement avec elle à rapporter ou restituer ces avantages à la succession. — Cass., 18 août 1862, Krosnowski, [S. 63.1.265, P. 63.191, D. 63.1.144] — V. aussi *suprà*, v° *Rapport à succession*, n. 101.

151. — ... Qu'une condamnation solidaire en dommages-intérêts peut être prononcée contre le mari et la femme, à raison d'un quasi-délit commis par la femme, s'il est prouvé que, lors du quasi-délit, celle-ci n'a agi que dans l'intérêt de son mari et en qualité de préposée de son mari. — Cass., 27 févr. 1827, Carpentier, [S. et P. chr.]

152. — ... Que sont solidairement responsables le contremaître d'une fabrique et un industriel qui, d'accord avec ce contremaître, installe chez lui le procédé de cette fabrique et fait ainsi une concurrence déloyale au patron de ladite fabrique. — Paris, 13 mars 1897, sous Cass., 28 nov. 1898, Lambert, [S. et P. 1900.1.258, D. 99.1.47]

153. — ... Que le recel ou le détournement de valeurs successorales par plusieurs héritiers et la participation de ceux-ci à des actes simulés reconnus dolosifs, au préjudice de leurs cohéritiers, constituent des quasi-délits qui entraînent une condamnation solidaire contre leurs auteurs, pour les dommages-intérêts auxquels ils sont soumis envers les héritiers lésés. — Cass., 14 déc. 1859, Pellegrain, [S. 60.1.253, P. 60.877, D. 60.1.131]

154. — Aux termes de l'ordonnance du 3 juill. 1816, la simple opposition faite entre les mains du commissaire-priseur, chargé de la vente, par le propriétaire bailleur sur le prix des meubles garnissant la chose louée, pour avoir paiement des

loyers, suffit pour contraindre l'officier ministériel à consigner le montant de la vente. Lorsque le commissaire-priseur s'entend avec le liquidateur du débiteur pour ne pas consigner le prix de la vente, ils commettent une faute qui entraîne leur responsabilité solidaire. — Douai, 11 mai 1888, [*Gaz. Pal.*, 89.1.12

155. — De même, sont solidairement responsables des avoués et des huissiers qui se sont concertés pour frustrer d'autres huissiers de certains émoluments alloués par le tarif. — Cass., 25 juill. 1870, Cassiat et Lucas, [S. 72.1.122, P. 72.283, D. 72.1.25]

156. — Doivent être également déclarées solidairement responsables des personnes qui, après s'être concertées, ont réalisé en commun une entreprise dommageable pour les tiers (en l'espèce le tir de pièces d'artifice lancées au cours d'une promenade en voiture à travers les rues d'une ville). — Riom, 12 janv. 1885, Rabarin, [D. 86.2.133]

157. — Lorsque les juges, en condamnant plusieurs personnes à restituer des objets qu'elles se sont indûment appropriés, les condamnent éventuellement, pour le cas où cette restitution ne pourrait se faire en nature, à en rembourser la valeur en argent, ils peuvent attribuer à cette condamnation éventuelle le caractère et les effets d'une condamnation en dommages-intérêts, et, par suite, si le détournement a été accompli au moyen d'un concert frauduleux, les auteurs de ce détournement peuvent être déclarés solidaires. — Nîmes, 7 mars 1853, A..., [S. 53.2.185, P. 54.1.100, D. 54.2.250]

158. — Spécialement, il en est ainsi du cas où deux ou plusieurs personnes ayant recueilli un lot dans un partage de succession, en qualité d'héritiers au plus proche degré dans une ligne, et sachant ou ayant appris ensuite qu'elles n'avaient point cette qualité, se sont concertées pour rendre impossible la restitution en nature des objets compris dans ce lot. — Même arrêt.

159. — La femme dotale a une action solidaire contre toutes les parties qui, les unes par dol, les autres par faute lourde, ont participé à l'acte de remploi fictif et frauduleux, alors qu'entre le dol des uns, la fraude des autres et le dommage éprouvé par la femme, il y a relation directe, nécessaire et indivisible. — Paris, 15 mars 1895, D..., [S. et P. 96.2.265, D. 96.2.145]; — 11 déc. 1895, De Brossard, [S. et P. 98.2.9, et la note de M. Tissier]

160. — Il y a lieu de prononcer une condamnation solidaire contre tous ceux (notaire, agent de change et autres) qui, dans une même opération, ont participé à la conversion en titres au porteur, de titres nominatifs appartenant à une femme mariée sous le régime dotal, et ont ainsi facilité la dissipation de sa dot, alors qu'il est impossible de déterminer la part exacte de chacun d'eux dans le préjudice causé. — Paris, 30 déc. 1903, [*Gaz. des Trib.*, 19 févr. 1904]

161. — Lorsqu'un marché de fournitures passé avec l'Etat a fait ultérieurement l'objet d'une participation entre le titulaire du marché et une autre personne, qui l'ont exécuté en commun et en ont partagé les bénéfices, ils sont l'un et l'autre solidairement responsables vis-à-vis de l'Etat des fraudes qui ont été commises à son préjudice dans l'exécution du marché. — Cass., 12 janv. 1881, Mundel, [S. 82.1.22, P. 82.1.34, D. 81.1.248]

162. — *B.* Mais la jurisprudence va plus loin et elle décide que, même en l'absence de concert frauduleux, le préjudice causé par la réunion de plusieurs quasi-délits doit être solidairement réparé par leurs auteurs, lorsque l'effet de la faute commune n'est pas susceptible d'être apprécié divisément.

163. — Ainsi, les membres d'une communauté religieuse non autorisée, condamnés à restituer à l'un d'entre eux une somme par lui versée dans la communauté, peuvent être soumis à la solidarité, à raison de l'indivisibilité du fait de participation à la jouissance et à la répartition de cette somme. — Cass., 4 mai 1859, Communauté de Picpus, [S. 59.1.377, P. 59.815, D. 59.1.314] — V. *suprà*, v° *Communauté religieuse*, n. 845.

164. — Une condamnation solidaire peut aussi être prononcée contre deux personnes qui, en creusant et approfondissant le lit d'un bras d'une rivière, ont causé du dommage au propriétaire d'une usine établie sur l'autre bras de la rivière. Ce dommage ayant été causé par deux personnes sans qu'on pût déterminer la part que chacune avait prise dans ce fait et la réparation constituant un objet indivisible, le juge peut condamner solidairement les deux personnes au paiement des dommages-intérêts. — Cass., 8 nov. 1836, Lefebvre et Seillière, [S. 36.1.801, P. 37.1.8

165. — Les différents propriétaires d'établissements insalubres peuvent être condamnés solidairement à des dommages-intérêts envers le propriétaire d'une maison voisine en réparation du dommage causé à cette maison par les exhalaisons provenant des fabriques. En l'espèce, les dommages avaient pour cause immédiate l'agglomération simultanée et indivisible de toutes les vapeurs sorties des différentes manufactures des défendeurs; leur fait était indivisible. Il y a eu nécessité de prononcer une condamnation solidaire par l'impossibilité pour la Cour de déterminer la proportion dans laquelle chaque établissement devait être tenu des dommages. — V. *suprà*, v° *Etablissements dangereux, insalubres et incommodes*, n. 433.

166. — De même le propriétaire et le tenancier d'une maison de tolérance sont tenus solidairement entre eux de réparer le dommage causé par l'exploitation de cette maison aux propriétaires des maisons voisines. — V. *suprà*, v° *Prostitution*, n. 104 et s., spécialement, n. 111 et s.

167. — Lorsqu'un notaire n'a pas pris, pour s'assurer de l'identité d'une personne comparaissant devant lui, les précautions que la prudence ou la loi lui prescrivait, il est solidairement responsable, avec cette personne, du dommage causé par leur faute commune. — Cass., 18 nov. 1885, Potier de la Berthellière, [S. 89.1.55, P. 89.1.123, D. 86.1.398] — V. sur la responsabilité encourue par le notaire qui omet de s'assurer de l'identité des parties, *suprà*, v^is^ *Acte notarié*, n. 203 et s., *Notaire*, n. 2065 et s. — V. également sur la condamnation solidaire d'un notaire et d'un maire qui avaient accepté sans vérification la signature d'une personne : Cass., 20 janv. 1896, Bonmartin, [S. et P. 97.1.182, D. 96.1.592]

168. — De même, deux notaires qui se sont ingérés dans la négociation d'un prêt hypothécaire doivent être solidairement condamnés à la réparation du préjudice éprouvé par le prêteur qui n'est pas venu en rang utile dans la distribution du prix des immeubles hypothéqués, lorsqu'ils ont négligé de lui faire connaître, au moment de la négociation, les charges dont ces immeubles étaient déjà grevés. — Cass., 17 oct. 1893, Hermet, [S. et P. 94.1.32] — Sur la responsabilité des notaires qui dans les placements hypothécaires agissent en qualité de mandataires ou de gérants d'affaires de leurs clients, V. *suprà*, v° *Notaire*, n. 2327 et s.

169. — Lorsque le retard dans le paiement d'une somme d'argent est imputable à la faute commune de deux personnes, la condamnation au paiement des intérêts de cette somme peut être prononcée solidairement contre les auteurs de cette faute. — Cass., 28 janv. 1885, Vigneron, [S. 85.1.480, P. 85.1.1149]

170. — Lorsque le défaut d'exécution d'une convention qui a motivé une condamnation à des dommages-intérêts, est imputable à la faute commune de plusieurs personnes, la faute de chacun ayant concouru à produire l'entier dommage subi par la partie lésée, la condamnation peut être à bon droit mise solidairement à la charge de ces personnes. — Cass., 3 juin 1902, Lasnier, [S. et P. 1902.1.485, D. 1902.1.452]

171. — La femme mariée, condamnée pour adultère, et son complice sont tenus solidairement des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard qu'ils mettront à exécuter le jugement ordonnant à la femme de quitter le domicile de son complice et à celui-ci de l'en expulser. — Toulouse, 24 juin 1864, Pantade et Dubarry, [S. 64.2.155, P. 64.858, D. 64.2.174]

172. — Lorsqu'une société créée pour la sauvegarde du crédit de ses membres et le recouvrement de leurs créances mauvaises, inscrit le nom d'un tiers sur une liste de mauvais payeurs qu'elle tire à plusieurs centaines d'exemplaires et communique à tous les sociétaires, cette société qui est l'auteur direct de l'acte dommageable dont se plaint ce tiers, et le sociétaire qui en a été l'instigateur, sont tenus solidairement envers le tiers du préjudice causé. — C. de just. de Genève, 13 déc. 1886, Union suisse pour la sauvegarde des crédits et Bordet et Cie, [S. 87.4.14, P. 87.2.25, D. 93.2.97, *ad notam*]

173. — L'éditeur qui a publié un ouvrage contenant des faits inexacts, imputés à un tiers et pouvant nuire à la considération de celui-ci, doit être déclaré solidairement responsable avec l'auteur. — V. *suprà*, v° *Responsabilité civile*, n. 1120. — V. aussi Cass., 23 avr. 1903, Massip et autres, [S. et P. 1904.1.173]

174. — Il y a faute commune, indivisible, et par suite solidarité entre un syndicat professionnel et le journal, organe de ce syndicat, qui s'est associé aux agissements de ce dernier, pour faire prononcer et maintenir la mise à l'index d'un patron.

— Paris, 5 févr. 1901, Syndicat des mouleurs de Persan Beaumont et Sauvage, [S. et P. 1902.2.277, D. 1901.2.427]

175. — Sont aussi solidairement responsables du dommage causé : 1° Les demandeurs qui, en intentant leur action, n'ont eu d'autre but que de faire du scandale, de satisfaire une vengeance personnelle et de chercher à porter atteinte à l'honorabilité du défendeur. — Cass., 23 mars 1875, Lepley, [S. 75.1.155, P. 75. 364] — 2° Les demandeurs qui, par des accusations injustes portées contre le défendeur, ont nui à son crédit. — Cass., 25 nov. 1895, Consorts Lacolle, [D. 96.1.231] — V. également, Cass., 24 janv. 1898, Dame Wion, [D. 99.1.109]

176. — Le fabricant d'une bicyclette entachée d'un vice caché de construction commet une faute en la mettant en vente soit directement, soit par un intermédiaire, et il est responsable, solidairement avec cet intermédiaire, des accidents causés par ce vice de construction. — Paris, 30 oct. 1900, [*Gaz. des Trib.*, 14 mars 1901]

177. — De même, sont tenus solidairement de réparer les suites d'une blessure reçue par un traqueur dans une battue : 1° la personne qui a organisé la chasse; 2° le chasseur qui a imprudemment tiré le coup de fusil, cause directe de la blessure. — V. *suprà, v° Responsabilité civile*, n. 690 et s.

178. — Lorsque, parmi des otages retenus par l'ennemi, quelques-uns ont été fusillés à titre de représailles, après un vote et sur la désignation des autres, ces derniers sont solidairement responsables des conséquences de leur désignation envers les familles des victimes. — Nancy, 7 mars 1874, Petit et autres, [S. 74.2.100, P. 74.465, D. 74.2.184] — Trib. Rocroi, 16 janv. 1873, Georges, [S. 73.2.233, P. 73.891, D. 73.3.46] — V. aussi *suprà, v° Responsabilité civile*, n. 91.

179. — La règle de la solidarité en cas de faute commune a été souvent appliquée en matière de sociétés. Ainsi, il a été décidé que la solidarité existe entre les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite lorsque la faute déclarée commune à un certain nombre d'entre eux est dans de telles conditions d'indivisibilité que toute répartition est impossible entre ceux qui l'ont commise. — Cass., 28 mai 1889 (2 arrêts), Lemonnier, Chevillotte, Kerros et autres, [S. 90.1.9, P. 90.1.11, D. 90. 1.414] — V. *suprà, v° Responsabilité civile*, n. 1124.

180. — La solidarité doit également être prononcée contre les membres du conseil de surveillance ou les administrateurs d'une société anonyme lorsque le dommage est le résultat d'une faute qui leur est commune et que l'effet de cette faute commune n'est pas susceptible d'être appréciée divisément. — Cass., 26 mars 1878, Pereire, Salvador et consorts, [S. 79.1.17, P. 79. 24]; — 16 mai 1892, Soc. des dépôts et comptes courants, [S. et P. 96.1.286, D. 92.1.348] — Paris, 28 juin 1894, Calmann et autres, [D. 95.5.523] — Paris, 18 juill. 1895, sous Cass., 5 mai 1896, Cons. de Bousquet et Blavoyer, [S. et P. 96.1.345, D. 96. 2.78] — V. aussi *suprà, v° Société commerciale*, n. 4373 et s., 4817 et s.

181. — La responsabilité peut incomber non seulement aux administrateurs en fonctions au moment des actes incriminés, mais encore à ceux dont la gestion est postérieure s'ils se sont, par leur conduite, associés à ces faits, soit en ne les vérifiant pas, soit, les connaissant, en n'en informant pas les intéressés. — Cass., 18 mars 1891, Laroumets et consorts, [S. et P. 94.1. 70, D. 91.1.401] — Il s'ensuit qu'à raison de ces fautes ainsi devenues communes, la solidarité peut être prononcée contre les anciens et contre les nouveaux administrateurs. — Cass., 31 mars 1896, De Clinchamp-Bellegarde, [S. et P. 96.1.309, D. 97.1.21]

182. — Mais la solidarité ne peut plus être prononcée si l'impossibilité de diviser la responsabilité résultant d'une faute commune n'est pas constatée par l'arrêt ou le jugement. — Cass., 5 mai 1896, Cons. de Bousquet et Blavoyer, [S. et P. 96.1.345, D. 97.1.20] — V. *suprà, v° Société commerciale*, n. 4353 et s., 4810 et s.

183. — La solidarité peut, dans les mêmes conditions, être encore prononcée contre les administrateurs d'une société d'assurances mutuelles. — Cass., 10 janv. 1898, Arnel, [S. et P. 98. 1.217, D. 1900.1.536] — ... contre les administrateurs d'une société minière. — Cass., 20 janv. 1902, Hersent : Soc. *la Mana*, [S. et P. 1902.1.280

184. — C. Une condamnation solidaire en dommages-intérêts peut être prononcée même à raison de fautes distinctes et successives. Mais il est nécessaire que l'arrêt constate que ces fautes étaient indivisibles et que chacune d'elles a été la cause directe et nécessaire de l'entier préjudice. — Cass., 8 juill. 1895, Hertz, Frocher, [S. et P. 97.1.233, D. 96.1.85]

185. — Ainsi un employé du Trésor qui a soustrait un titre de rente et qui a signé le transfert du nom du titulaire de la rente, décédé depuis plusieurs années, et l'agent de change qui, de confiance, a certifié la fausse signature, peuvent être condamnés solidairement à indemniser du préjudice éprouvé les héritiers du titulaire de cette rente. — Cass., 29 févr. 1836, Trésor public, [S. 36.1.294, P. chr.]

186. — De même, les fautes imputées à deux notaires, successeur l'un de l'autre, peuvent, quoique successives, être reliées entre elles par un enchainement tel que les conséquences n'en puissent être séparées et qu'elles justifient une condamnation solidaire. — Cass., 31 déc. 1902, Lemoine et autres, [D. 1903.1.126]

187. — Ainsi encore, dans le cas d'un abordage entre deux navires arrivé par la faute distincte des deux capitaines, ceux-ci sont à bon droit condamnés solidairement à la réparation du dommage envers les chargeurs. — V. *suprà, v° Responsabilité civile*, n. 1117 et 1118.

188. — De même ils sont justement condamnés avec solidarité à servir une pension à la veuve du mécanicien tué par suite d'un abordage. — Cass., 21 oct. 1896, Comp. gén. transatlantique et Laurent, [S. et P. 98.1.11, D. 1900.1.41] — V. aussi *suprà, v° Abordage*, n. 163.

189. — Il y a lieu également à condamnation solidaire lorsque la faute de l'une des personnes condamnées consiste dans un délit, et la faute de l'autre, dans un quasi-délit. — Cass., 28 avr. 1902, Bergeron, [S. et P. 1903.1.31]

190. — Jugé aussi, avant la loi du 20 juill. 1899, sur la responsabilité civile des membres de l'enseignement public, que l'élève qui par son imprudence a blessé l'un de ses camarades, et le principal du collège à la surveillance duquel était confié l'auteur de l'accident, doivent être condamnés solidairement à indemniser la victime. — Besançon, 30 juill. 1884, [S. 85.2.44, P. 85.1.314] — V. *suprà, v° Responsabilité civile*, n. 747 et 748.

191. — De même encore un entrepreneur de terrassement et un entrepreneur de charpente sont, bien qu'ayant commis des fautes distinctes, solidairement responsables des blessures reçues par un ouvrier dans une tranchée pratiquée par l'un de ces entrepreneurs et couverte par l'autre. — Paris, 3 mars 1900, [*Gaz. des Trib.*, 1900, 2ᵉ sem., 2.250] — V. aussi Nîmes, 10 avr. 1897, Chem. de fer P.-L.-M., [S. et P. 97.2.301]

192. — Mais il n'y a pas lieu de condamner solidairement à des dommages-intérêts l'entrepreneur de balayage des rues d'une ville qui fait charger des immondices, sans prendre les précautions nécessaires, dans le voisinage de certaines propriétés, et la compagnie de chemin de fer qui les laisse séjourner sur les wagons, leur responsabilité s'appliquant à des faits distincts et personnels à chacun d'eux. — Alger, 19 déc. 1871, sous Cass., 2 juill. 1873, Chem. de fer P.-L.-M., [S. 73.1.412, P. 73.996]

193. — En matière de délits civils et de quasi-délits, les personnes civilement responsables du fait d'un tiers sont tenues solidairement avec ce tiers de la réparation du préjudice causé par ces délits ou quasi-délits. — Cass., 14 nov. 1888, Soc. Beaumont, [S. 91.1.459, P. 91.1.1118, D. 89.1.469]; — 22 juill. 1891, Berteaux, [D. 92.1.335]; — 21 oct. 1896, précité. — Bordeaux, 9 févr. 1839, Grangé, [S. 39.2.499, P. 39.2.335] — Douai, 31 déc. 1900, Maugez, [S. et P. 1903.2.236, D. 1902.2.287] — Lyon, 4 juin 1901, Bastid, [D. 1902.2.279] — *Contra*, Douai, 17 juin 1895, Fourny, [D. 95.2.526]

SECTION III.

Effets de la solidarité entre les débiteurs.

194. — L'étude des effets de la solidarité entre les débiteurs comporte deux parties distinctes; il y a lieu, en effet, de les envisager successivement : 1° dans les rapports des codébiteurs avec le créancier ; 2° dans les rapports des codébiteurs entre eux.

§ 1. *Effets de la solidarité dans les rapports des codébiteurs avec le créancier.*

1° Obligation de chacun des codébiteurs au paiement du total de la dette. Représentation réciproque des codébiteurs les uns par les autres.

195. — Le premier et le principal de ces effets est indiqué en ces termes par l'art. 1203, C. civ. : « Le créancier d'une obli-

gation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division ». C'est là une conséquence de la règle consacrée par l'art. 1200 qui dispose que chacun des débiteurs solidaires peut être contraint pour la totalité. A l'égard du créancier, chacun de ces codébiteurs doit être considéré comme seul et unique débiteur et peut être poursuivi seul, pour la totalité. Le créancier peut exercer contre lui soit des poursuites en exécution, à fin de paiement, s'il est pourvu d'un titre exécutoire, soit, en cas contraire, des poursuites en justice, à fin de condamnation. — Huc, t. 7, n. 316 ; Demolombe, t. 26, n. 311 et 313 ; Colmet de Santerre, t. 5, n. 136 *bis*-I ; Larombière, t. 3, sur l'art. 1203; Laurent, t. 17, n. 295; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 42; Planiol, t. 2, n. 746; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1203.

196. — Il en est ainsi non seulement en cas de solidarité conventionnelle et légale, mais encore dans le cas de la solidarité spéciale établie par la jurisprudence entre les coauteurs de délits civils ou de quasi-délits dont la faute ne peut pas être appréciée divisément (V. *suprà*, n. 134 et s.). — Cass., 20 janv. 1902, Hersent : Soc. *la Mana*, [S. et P. 1902.1.280] — Nancy, 7 mars 1874, Petit et autres, [S. 74.2.100, P. 74.465, D. 74.2.184] — Paris, 3 mars 1900, précité.

197. — S'il est loisible au créancier d'une obligation solidaire, en principe, de s'adresser à celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir, cette règle peut être modifiée par les parties; celles-ci sont libres de déterminer par leurs conventions le mode et l'ordre des poursuites à intenter contre chacun des codébiteurs. — Duranton, t. 11, n. 1197; Larombière, t. 3, art. 1203, n. 3; Demolombe, t. 26, n. 315; Huc, t. 7, n. 356; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1207.

198. — Ainsi, lorsque deux personnes ont, dans un acte, déclaré s'obliger solidairement et que, par une clause postérieure, il a été stipulé qu'à défaut de paiement et dans le cas de discussion judiciaire, les poursuites seraient d'abord exercées sur les biens hypothéqués par l'un des débiteurs, et que ce ne serait que dans le cas d'insuffisance du prix provenant de ces biens que les biens donnés en hypothèque par le second débiteur pourraient être saisis, il y a dans cette stipulation dérogation à la solidarité, et il ne peut être exercé de poursuites contre le second débiteur qu'après la discussion des biens hypothéqués par le premier. — Bourges, 7 mars 1831, Pilté-Grenet, [S. 31.1.306, P. chr.]

199. — Et si, dans ce cas, le créancier perd, par son fait, ses droits sur les biens du débiteur soumis le premier aux poursuites, il ne peut recourir contre le second débiteur... alors d'ailleurs qu'il est reconnu que les biens du premier auraient été suffisants pour éteindre la dette. — Même arrêt.

200. — En l'absence de toute convention contraire, le débiteur poursuivi peut appeler en cause ses codébiteurs, et il jouit, à cet égard, du délai de huitaine accordé par l'art. 175, C. proc. civ., pour mettre garant en cause. Les codébiteurs solidaires sont certainement garants les uns des autres (art. 1213). — V. *suprà*, v° *Garantie*, n. 45, 156. — Le débiteur poursuivi a ainsi l'avantage de faire rendre, contradictoirement avec ses codébiteurs, un jugement commun, et en cas de condamnation, d'exercer lui-même contre eux son recours pour leurs parts contributoires dans la dette. — Duranton, t. 11, n. 215 ; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 298 *ter*, p. 43; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 528, p. 354, note 3; Demolombe, t. 26, n. 316; Larombière, t. 3, sur l'art. 1203, n. 4 ; Colmet de Santerre, t. 5, n. 136 *bis*-II ; Rodière, n. 132; Huc, t. 7, n. 316; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1204. — *Contra*, Laurent, t. 17, n. 297.

201. — Les débiteurs solidaires non poursuivis ont aussi la faculté d'intervenir dans l'instance. — Bordeaux, 19 août 1826, Hérit. Gosselin, [P. chr.] — *Sic*, Larombière, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.;* Demolombe, t. 26, n. 317 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1205.

202. — Les poursuites, faites contre un seul des débiteurs, n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres (art. 1204). Le créancier peut donc ou poursuivre les codébiteurs tous ensemble simultanément, ou n'en poursuivre d'abord qu'un ou quelques-uns, et les autres ensuite, sous la condition, bien entendu, qu'il n'ait pas été payé par les premiers poursuivis. S'il a reçu de ceux-ci un paiement intégral, il ne peut plus exercer aucune poursuite ; s'il n'a reçu qu'un paiement partiel, il exerce des poursuites contre les autres, seulement pour ce qui lui reste dû. — Cass., 13 mars 1889, Vernaudon et Cie, [S. 89.1.263, P. 89.1.646, D. 90.5.275] — *Sic*, Pothier, n. 271; Colmet de Santerre, t. 5, n. 137, et 137 *bis* ; Huc, t. 7, n. 316 ; Laurent, t. 17, n. 295 ; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 298, p. 42; Demolombe, t. 26, n. 320 et s.; Larombière, t. 3, sur l'art. t. 2, 1204, n. 1; Planiol, t. 2, n. 747; Baudry-Lacantinerie et Barde, n. 1210 à 1212.

203. — Le créancier d'une dette solidaire, hypothéquée par les divers codébiteurs, peut, en cas d'insuffisance de l'immeuble hypothéqué par l'un d'eux, poursuivre la vente de ses autres immeubles, sans être tenu de discuter au préalable les immeubles des autres débiteurs spécialement affectés au paiement de sa créance. — Toulouse, 26 juill. 1834, Gariasse, [S. 35.2.99, P. chr.] — *Sic*, Laurent, t. 17, n. 303.

204. — Du principe posé par l'art. 1203, C. civ., il résulte même que lorsqu'une obligation est contractée solidairement par plusieurs débiteurs, sous la garantie d'une hypothèque constituée seulement sur des immeubles propres à l'un d'eux, le créancier peut, même s'il est en son pouvoir d'obtenir le remboursement intégral de sa créance par l'exercice de son hypothèque, s'en abstenir et réclamer ce remboursement aux débiteurs autres que celui qui a constitué hypothèque. L'existence de cette garantie accessoire ne saurait modifier les droits résultant pour le créancier de l'obligation principale, et il serait inadmissible que la constitution de l'hypothèque exigée par le créancier comme garantie supplémentaire lui portât préjudice et lui enlevât les droits qui lui appartiendraient si cette constitution n'avait pas été faite. — Cass., 20 juill. 1897, consorts Réjeaud, [S. et P. 99.1.329, D. 98.1.357] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1208.

205. — Le créancier peut également, dans ce cas, se faire colloquer sur le prix des immeubles hypothéqués pour une partie seulement de sa créance et poursuivre les codébiteurs pour le surplus, surtout si ce surplus est inférieur à la part qu'ils ont à supporter personnellement dans la dette. — Même arrêt.

206. — Si, pendant l'existence de l'hypothèque, le créancier se fait payer par l'un des codébiteurs solidaires, autre que celui qui lui a conféré une hypothèque, le débiteur qui a fait le paiement est subrogé à l'action hypothécaire du créancier dans la mesure du recours qui lui appartient (C. civ., art. 1214) contre son codébiteur, lequel a constitué hypothèque. Cette subrogation résulte de l'art. 1251-3°, C. civ.

207. — Mais, si le créancier a laissé son droit hypothécaire s'éteindre, l'impossibilité où il se trouve désormais de subroger à son hypothèque les débiteurs solidaires qui le paieront n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis de ces derniers; en d'autres termes, l'art. 2037, C. civ., suivant lequel « la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution », ne peut être invoqué par le codébiteur solidaire. C'est une solution indiscutée aujourd'hui et constante en jurisprudence. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du cautionnement*, n. 1189; Guillouard, *Tr. du cautionnement et des transactions*, n. 245; Demolombe, t. 26, n. 497 et 498; Laurent, t. 17, n. 342; Huc, t. 12, n. 352; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 43 et 56; Planiol, t. 2, n. 2384; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1289. — V. *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 797 et s.

208. — Observons toutefois que le créancier perdrait le droit de réclamer le total de sa créance aux autres débiteurs, si c'était dans une intention de malveillance ou dans un but de spéculation déloyale qu'il avait renoncé aux sûretés données par l'un des débiteurs. Il pourrait dans ce cas, en vertu de l'art. 1382, C. civ., être déclaré déchu vis-à-vis des autres débiteurs jusqu'à concurrence de la part de celui qui avait fourni les sûretés auxquelles il a renoncé. — Demolombe, t. 26, n. 499 et 500; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 57 et s.; Laurent, t. 17, n. 343; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1290.

209. — Si le créancier a le droit de réclamer à chaque débiteur solidaire la totalité de la dette, par réciprocité chaque débiteur solidaire a le droit d'obliger le créancier à accepter l'intégralité du paiement, sans que le créancier puisse exiger la division, lors même qu'il y aurait intérêt. — Cass., 15 mars 1827, Tamanhan, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 14 avr. 1825, Mêmes parties, sous cet arrêt. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1204, n. 4; Demolombe, t. 26, n. 318; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*,

p. 43; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1209. — *Contra*, Laurent, t. 17, n. 298.

210. — Toutefois la règle d'après laquelle le créancier ne peut exiger la division de la dette entre les débiteurs solidaires quand le paiement intégral lui est offert par l'un des débiteurs ne s'applique pas au cas où le créancier reçoit un paiement partiel effectué par un tiers avec subrogation, alors que, au moment de ce paiement, aucun des débiteurs solidaires n'offrait le remboursement intégral de la créance. — Cass., 25 mars 1896, Trombert, [S. et P. 1900.1.123, D. 96.1.295]

211. — A côté du droit pour le créancier de réclamer à chacun des codébiteurs le paiement total de l'obligation, la solidarité produit, tant au profit du créancier qu'au profit des codébiteurs, un certain nombre d'effets qui ne peuvent se justifier par la seule idée de l'obligation de chacun au tout. Il faut recourir à une autre explication, et la doctrine moderne l'a trouvée dans cette idée que les codébiteurs se représentent réciproquement dans leurs rapports avec le créancier. Pothier et nos anciens auteurs ont ignoré complètement cette théorie. On la trouve seulement indiquée dans Merlin (*Quest.*, v° *Chose jugée*, § 18), Toullier (t. 6, n. 729), Rodière (n. 103), Bugnet, sur Pothier (t. 2, p. 127, note); mais elle prend son complet développement dans les ouvrages des commentateurs modernes. Ceux-ci, toutefois, se divisent sur la détermination des limites dans lesquelles existe cette représentation.

212. — Selon Aubry et Rau (5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 43 et 44), les codébiteurs se représentent tant pour améliorer leur propre position que pour conserver et perpétuer la dette dans l'intérêt du créancier. « Les codébiteurs solidaires, disent ces auteurs, se représentent les uns les autres dans l'intérêt du créancier pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ses droits, de sorte que ce qui, sous ce rapport, a été fait avec ou par l'un d'eux est censé fait avec ou par tous les autres. Le principe ne s'étend pas aux faits ou actes qui auraient pour résultat, soit de créer à leur charge des obligations nouvelles, soit de détériorer, sous un rapport quelconque, leur condition telle que l'a faite l'acte constitutif d'engagement ». — Colmet de Santerre, t. 5, n. 132 *bis*, 134 *bis*-II, 139 *bis*-I. — V. Planiol, t. 2, n. 754 et la note.

213. — D'après une autre théorie, les codébiteurs solidaires ne se représentent que dans leur propre intérêt, pour améliorer leur position. « La solidarité entre débiteurs, dit Larombière (t. 3, sur l'art. 1200, n. 4), repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel que les codébiteurs sont censés s'être donné l'un à l'autre pour se représenter dans tout ce qui concerne l'exécution de leur engagement commun. Mais ce mandat sous-entendu est lui-même limité par certaines restrictions. Celles-ci ont leur point de départ dans ce principe que chaque codébiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais qu'il ne peut la rendre pire par son fait personnel ». — V. égalem. Demolombe, t. 26, n. 201 et 341 et s.; Laurent, t. 17, n. 294 et 354; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1213; Lacoste, note sous Cass., 1er mai 1901, [S. et P. 1902.1.433]; Charmont, *Rev. crit.*, 1894, p. 65 et s.

214. — Quelques auteurs refusent absolument d'admettre le principe d'une représentation existant entre codébiteurs solidaires. C'est là, disent-ils, une *imagination* des interprètes dénuée de tout fondement et inutile puisqu'elle était autrefois inconnue et que les choses allaient aussi bien. Ce principe conduit, d'ailleurs, à des solutions contradictoires ou arbitraires : contradictoires, si, comme Aubry et Rau, on dit que chaque codébiteur solidaire représente les autres tant pour améliorer leur situation que pour conserver et perpétuer la dette; arbitraire, car il est tout à fait arbitraire de dire, comme le fait Larombière, qu'il les représente pour leur profiter et non pour leur nuire. — Huc, t. 7, n. 316 et s.; Tissier, note sous Cass., 16 déc. 1891, [S. et P. 93.1.81]

215. — La jurisprudence admet le principe de la représentation réciproque des codébiteurs solidaires. Nous voyons ce principe consacré pour la première fois dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 janv. 1873, Baisier, [S. et P. 93.1.82, en sous-note, D. 73.1.249], — rendu au rapport de M. Larombière, où nous lisons que chacun des codébiteurs solidaires « doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés ». La même idée est reproduite dans les arrêts suivants de la Cour de cassation : 28 déc. 1881, Pillon, [S. 83.1.465, P. 83.1.1161, D. 82.1.377]; — 1er déc. 1885, Campocasso, [S. 86.1.55, P. 86.1.124, D. 86.1.251]. — Elle a trouvé sa formule complète et définitive dans l'arrêt du 16 déc. 1891, Cotte, [S. et P. 93.1.81, D. 92.1.177], — qui adopte la thèse de Larombière. En règle générale, y est-il dit, « et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse ou virtuelle de la loi, le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux ». — V. aussi Agen, 28 [illegible] 1891, Lafitet, [D. 93.2.510]; Paris, 3 avr. 1900, Mannheim, [D. 1902.2.388] — V. cependant sur la restriction que la jurisprudence apporte à cette règle de la représentation, *infra*, n. 258 et 259.

216. — Le Code civil a fait l'application de cette théorie dans les art. 1205, 1206 et 1207 qui règlementent les effets de la solidarité relativement : 1° aux risques de la chose qui fait la matière de l'obligation; 2° à l'interruption de la prescription; 3° aux intérêts moratoires.

217. — 1° *Perte de la chose due : faute ou mise en demeure d'un des codébiteurs solidaires.* — L'art. 1205 s'exprime ainsi à cet égard : « Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont pas tenus des dommages-intérêts. Le créancier peut seulement répéter les dommages-intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri que contre ceux qui étaient en demeure ».

218. — Notre article suppose qu'un corps certain, dû par plusieurs débiteurs solidaires, vient à périr. Trois hypothèses sont alors possibles : *A.* La chose due a péri par cas fortuit et avant qu'aucun des débiteurs ait été mis en demeure. Tous les débiteurs sont libérés (C. civ., art. 1302). *B.* La chose périt par la faute ou par le fait de tous les débiteurs solidaires, ou après la mise en demeure de tous. Ils sont alors tous tenus et du prix de la chose due et des dommages-intérêts réclamés par le créancier en réparation du préjudice résultant pour lui de leur fait ou de leur retard. *C.* La chose a péri par le fait de l'un des débiteurs seulement ou après la mise en demeure de l'un d'eux. C'est le cas prévu par notre article qui décide que tous les débiteurs peuvent alors être poursuivis en paiement du prix de la chose due, mais qu'il ne sera dû de dommages-intérêts que par celui qui sera en faute ou en demeure. La raison en est que le fait de l'un des débiteurs solidaires ne peut rendre pire la situation des autres. — Pothier, n. 273; Duranton, t. 11, n. 217 et 218; Demolombe, t. 26, n. 342 à 345; Colmet de Santerre, t. 5, n. 139 et 139 *bis*-I; Larombière, t. 3, sur l'art. 1205, n. 1 et 4; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 45 et 46; Laurent, t. 17, n. 311 et 331; Huc, t. 7, n. 317; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1224; Planiol, t. 2, n. 756 et 757.

219. — Cependant, lorsque les parties ont stipulé une clause pénale en cas d'inexécution de l'engagement solidaire, tous les débiteurs sont tenus solidairement de payer la somme promise, alors même que la peine est encourue par la mise en demeure, la faute ou la négligence d'un seul. La clause pénale est ici une stipulation du contrat; l'obligation de l'exécuter a pour cause, non pas uniquement la contravention du débiteur qui l'a commise, mais le consentement des débiteurs qui ont ajouté, volontairement, une sanction à l'obligation principale. — Pothier, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 46; Demolombe, t. 26, n. 345; Larombière, t. 3, sur l'art. 1205, n. 5; Colmet de Santerre, t. 5, n. 139 *bis* II; Laurent, t. 17, n. 312; Planiol, t. 2, n. 758; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1225. — V. Dijon, 28 déc. 1871, Crepel, [S. 72.2.18, P. 72.193, D. 72.2.194]

220. — 2° *Interruption de la prescription.* — « Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous » (art. 1206). Cet article doit être rapproché de l'art. 2249, C. civ., qui le complète; et aux termes duquel « l'interpellation régulièrement faite à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers ». La reconnaissance de la dette par l'un des débiteurs a donc, comme les poursuites ou l'interpellation, pour effet d'interrompre la prescription à l'égard de tous. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 802 et s. — Mais la renonciation de l'un des débiteurs solidaires à la prescription acquise n'a d'effet que contre le renonçant. — V. *suprà*, *eod. verb.*, n. 808 et s.

221. — 3° *Intérêts moratoires.* — Aux termes de l'art. 1207, C. civ., « la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous ». Cette dis-

position n'existait pas dans notre ancien droit (V. Pothier, n. 273). Elle constitue une innovation et peut paraître en opposition avec la règle posée par l'art. 1205. Elle se justifie cependant par cette considération que, le chiffre des intérêts moratoires étant déterminé par la loi, l'obligation de les payer peut être envisagée comme une clause pénale tacitement stipulée entre les parties (V. *suprà*, n. 219). — Demolombe, t. 26, n. 349; Colmet de Santerre, t. 5, n. 141 et 141 *bis*-I; Larombière, t. 3, sur l'art. 1207, n. 1; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 298 *ter*, p. 47; Laurent, t. 17, n. 310; Huc, t. 7, n. 320 et 321; Planiol, t. 2, n. 759; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1227. — V. *suprà*, v° *Intérêts*, n. 410.

222. — L'art. 1207 parle, il est vrai, de *demande*; mais ce mot doit être entendu dans un sens large, et il y a lieu de décider que la simple sommation, qui suffit pour mettre le débiteur en demeure (même en matière d'obligations de sommes d'argent depuis la loi du 7 avr. 1900, modificative de l'art. 1153, C. civ.), produira en matière de solidarité le même effet que la demande. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1207, n. 2; Demolombe, t. 26, n. 350; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1228.

223. — Il peut arriver que certains des débiteurs solidaires ne soient tenus qu'à terme ou sous condition, tandis que d'autres sont obligés purement et simplement. La demande d'intérêts formée contre celui dont la dette est dès maintenant exigible, aura-t-elle pour effet de faire immédiatement courir les intérêts contre le débiteur avec terme ou le débiteur sous condition? Bien évidemment, non. Les intérêts ne peuvent pas être exigibles, à leur égard, avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition (C. civ., art. 1168 et 1185). Les débiteurs avec terme ou sous condition ne doivent les intérêts moratoires, antérieurement demandés et accordés par justice, qu'à partir de l'échéance du terme ou de la réalisation de la condition. Mais il est alors inutile de former contre eux une nouvelle demande ou de leur adresser une mise en demeure personnelle. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 141 *bis*-II; Demolombe, t. 26, n. 352 et s.; Larombière, t. 3, sur l'art. 1207, n. 4; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1229.

2° Des diverses exceptions que les codébiteurs peuvent avoir à opposer au créancier.

224. — D'après l'art. 1208, C. civ., le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs. Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

225. — Le mot « exceptions » dont se sert l'art. 1208 ne doit pas être entendu dans le sens où il est employé en procédure et ne vise pas les moyens qui, sans aborder le fond de la demande, tendent seulement à différer ou écarter celle-ci comme prématurée ou irrégulière. Il n'est pas douteux que, par ce mot, l'art. 1208 a voulu parler des moyens de défense au fond. — Demolombe, t. 26, n. 377; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-I; Huc, t. 7, n. 322; Planiol, t. 2, n. 763; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1237.

226. — Notre article divise ces moyens de défense en trois classes : 1° exceptions résultant de la nature de l'obligation; 2° exceptions communes à tous les codébiteurs; 3° exceptions personnelles à l'un des codébiteurs. Les exceptions des deux premières catégories peuvent être opposées par tous les codébiteurs; celle de la troisième, au contraire, ne peuvent être invoquées que par celui à qui elles sont personnelles.

227. — Plusieurs auteurs ont fait justement observer que cette division des exceptions en trois catégories manque d'exactitude, parce que les exceptions résultant de la nature de l'obligation se confondent nécessairement avec les exceptions communes, ce qui réduit les exceptions dont il est ici question à deux classes : les exceptions communes et les exceptions personnelles, lesquelles se subdivisent en exceptions personnelles proprement dites et en exceptions purement personnelles. Les exceptions communes peuvent être invoquées par tous; les exceptions purement personnelles à l'un des codébiteurs ne peuvent être invoquées par les autres. Les exceptions personnelles proprement dites sont celles qu'un seul peut opposer pour le tout, mais que ses coobligés peuvent opposer pour sa part seulement. — Marcadé, sur l'art. 1208; Demolombe, t. 26, n. 380 et s.; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-I; Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 2, 7 et 8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1239.

228. — L'art. 1208, C. civ., s'est borné à faire une classification théorique des exceptions; mais il ne précise pas, il n'énumère pas les exceptions qui rentrent dans chacune de ces classifications; aussi des difficultés assez nombreuses ont-elles surgi et les auteurs se sont-ils divisés quand il a fallu déterminer si telle ou telle exception pouvait être invoquée par l'un seulement des débiteurs ou par tous.

229. — Reprenant la classification faite par cet article, nous dirons qu'il faut considérer comme exceptions résultant de la nature de l'obligation les exceptions intrinsèques qui ont leur fondement dans l'obligation elle-même et sont nées avec elle. Telles sont les exceptions tirées soit du défaut de cause dans l'obligation, soit de ce que la cause est illicite, soit de ce que le contrat a pour objet une chose hors du commerce, soit de l'omission des formes requises dans un contrat solennel, la donation entre-vifs, par exemple, soit de la lésion de plus des sept douzièmes au préjudice des vendeurs originaires d'un immeuble. Toutes ces exceptions tiennent à des vices originaires de l'obligation. — Duranton, t. 11, n. 220; Demolombe, t. 26, n. 379, 380; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-I; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 38; Huc, t. 7, n. 322; Laurent, t. 17, n. 299 et 332; Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 2; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

230. — Par exceptions communes, l'art. 1208 a voulu plus spécialement désigner les exceptions ayant leur fondement dans des faits postérieurs à la formation de l'engagement, tels que le paiement ou autres événements qui en opèrent l'extinction. — Mêmes auteurs.

231. — Il peut arriver ou bien que l'un des débiteurs se soit engagé sous une modalité particulière, à terme ou sous condition, ou bien que l'un des codébiteurs soit incapable : par exemple, si c'est un mineur, un interdit, une femme mariée non autorisée de son mari ou de justice; ou bien que le consentement de l'un d'eux ait été vicié par dol, violence ou erreur. Les exceptions tirées de ces différents faits sont purement personnelles au débiteur qu'elles concernent; lui seul peut les invoquer. Elles n'influent pas sur l'engagement des autres coobligés. Elles n'ont d'autre résultat que de faire qu'il y a un débiteur de moins, mais n'empêchent pas les autres codébiteurs de continuer à être tenus pour le tout. Ceux-ci ne peuvent donc aucunement s'en prévaloir. — Toullier, t. 6, n. 737; Duranton, t. 11, n. 189; Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 7, 8 et 10; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Rodiere, n. 77; Demolombe, t. 26, n. 384, 386 et s.; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-I, *in fine*; Huc, t. 7, n. 308, 322 et 323; Laurent, t. 17, n. 299 et 300; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1240 et s.

232. — Il faut également considérer comme une exception purement personnelle celle qui résulte d'un concordat accordé à l'un des codébiteurs tombé en faillite (C. comm., art. 507, 526, 545). — Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 385; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1245. — V. *suprà*, v° *Faillite*, n. 2655 et s.

233. — L'art. 1234, C. civ., énumère les différents modes d'extinction des obligations. Ce sont : le paiement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, la nullité ou la rescision, l'effet de la condition résolutoire, la prescription. Nous allons examiner ces divers modes d'extinction et rechercher, pour chacun d'eux, s'il engendre une exception commune, personnelle ou purement personnelle.

234. — a) *Paiement.* — Le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres envers le créancier (art. 1200). Le paiement donne donc naissance à une exception commune. Il faut en dire autant de la dation en paiement et de la consignation, lorsqu'elle a été acceptée par le créancier ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée (C. civ., art. 1265). — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 39; Laurent, t. 17, n. 329; Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 2; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-II; Huc, t. 7, n. 324; Demolombe, t. 26, n. 390 et 391; Baudry-Lacantinerie et Barde, n. 1246.

235. — b) *Novation.* — La novation faite par le créancier avec l'un des débiteurs éteint l'obligation solidaire, elle libère les autres débiteurs et peut être invoquée par tous les codébiteurs (art. 1281, C. civ.). — V. *suprà*, v° *Novation*, n. 231 et s., 307, 356, 547, 559 et s. — Cet article ajoute que le créancier qui fait ainsi novation avec l'un des débiteurs a le droit d'exiger que

les autres débiteurs accèdent au nouvel arrangement. Si ceux-ci s'y refusent, il n'y a pas novation; l'ancienne créance subsiste. — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 392; Laurent, t. 17, n. 330; Huc, t. 7, n. 325; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1242. — Lorsque les codébiteurs accèdent à la nouvelle obligation, celle-ci ne sera solidaire que si le créancier a eu soin de la stipuler (Arg. des art. 1278 et 1280, C. civ.). La solidarité ne se présume pas (art. 1202, C. civ.). — Laurent, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 393.

236. — e) *Remise de dette.* — La remise de la dette peut être totale ou partielle. La remise totale, la remise de la dette entière engendre évidemment une exception commune, puisqu'elle constitue l'abandon complet par le créancier de son droit contre tous les codébiteurs. — Larombière, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Huc, t. 7, n. 323 et 326; Laurent, t. 17, n. 301 et 340; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1251. — La remise partielle ne portant que sur la portion que le codébiteur à qui elle s'adresse se doit en supporter, forme seulement une exception personnelle, mais non pas purement personnelle; le créancier ne pourra donc répéter la dette contre les autres débiteurs que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (art. 1285, § 2, C. civ.).

237. — La question de savoir si le créancier a voulu faire une remise absolue ou personnelle est tranchée par l'art. 1285, § 1, ainsi conçu : « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers ». — V. *suprà*, v° *Remise de dette*, n. 249 et s., 288 et s.

238. — Ainsi, lorsque le liquidateur d'une société, par une convention passée avec un souscripteur d'actions, a, moyennant le versement d'une certaine somme fait par ce souscripteur, libéré celui-ci du reste de la dette dont il pouvait être tenu vis-à-vis de la société par suite de la souscription de ses actions, sans qu'aucune réserve ait été faite des droits de la société contre le cessionnaire des mêmes actions, tenu solidairement au paiement du prix desdites actions, la décharge ainsi consentie au souscripteur doit profiter au cessionnaire. — Cass., 3 juill. 1900, De Fages de Chaulnes, [S. et P. 1900.1.441, D. 1902.1.417]

239. — Il en doit être ainsi, que la décharge soit l'effet d'une transaction ou d'une remise de dette pure et simple. — Même arrêt.

240. — Vainement on se prévaudrait de ce que les juges du fond, appréciant les circonstances dans lesquelles est intervenue la convention, ont déclaré que le liquidateur n'a entendu libérer que le souscripteur; une pareille appréciation ne peut suppléer la réserve exigée par la loi. — Même arrêt.

241. — Jugé encore que l'arrangement ou le règlement non personnel par lequel un codébiteur solidaire fait réduire le montant de la dette, profite à tous les autres codébiteurs. — Cass., 5 avr. 1897, Auge, [S. et P. 98.1.505, D. 97.1.385]

242. — Spécialement, le notaire, qui, ayant ouvert un compte à deux époux, a acquitté les intérêts d'emprunts hypothécaires par eux contractés solidairement, et qui a arrêté définitivement avec le survivant son compte dans lequel lesdits intérêts ont été portés, ne peut, comme subrogé aux droits des créanciers hypothécaires par lui désintéressés, réclamer aux héritiers de l'époux prédécédé une somme supérieure à celle fixée par l'arrêté de compte. — Même arrêt.

243. — d) *Compensation.* — Sur le caractère de l'exception résultant de la compensation, V. *suprà*, v° *Compensation*, n. 12[illegible] et s.

244. — e) *Confusion.* — La confusion crée une exception personnelle. C'est ce qui résulte de l'art. 1209, ainsi conçu : « Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier ». L'art. 1301, § 3, C. civ., contient une disposition analogue. — V. *suprà*, v° *Confusion*, n. 16.

245. — L'art. 1209 semble indiquer que la confusion n'a lieu qu'à la suite d'une ouverture de succession; mais la règle qu'il pose s'applique dans tous les cas où la confusion peut se produire, et celle-ci peut être le résultat soit d'une donation, soit d'un testament, soit d'une cession de créance. — Demolombe, t. 26, n. 405; Colmet de Santerre, t. 5, n. 143 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1251.

246. — L'art. 1209 suppose aussi que l'un des débiteurs devient l'héritier unique du créancier ou que le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs. Mais la règle qu'il édicte s'applique également lorsque le codébiteur n'est héritier que pour partie du créancier ou lorsque celui-ci est héritier pour partie seulement d'un des codébiteurs. Dans ce second cas, la confusion se produit également, mais seulement dans la proportion des droits héréditaires de l'un des débiteurs dans la succession du créancier, ou des droits héréditaires du créancier dans la succession de l'un des débiteurs. [illegible] créancier peut demander le paiement de la dette solidaire, moins la part qu'il doit personnellement supporter. — Pothier, n. 276; Demolombe, t. 26, n. 403, 404, 406; Larombière, t. 3, sur l'art. 1209, n. 3 et 4; Colmet de Santerre, t. 5, n. 143, 143 *bis*-I, II et III; Huc, t. 7, n. 323; Laurent, t. 17, n. 301 et 336; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1209; Rodière, n. 83 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 42.

247. — f) *Perte de la chose.* — La perte de la chose due, survenant par cas fortuit, libère tous les débiteurs; c'est là une cause d'extinction absolue; elle crée une exception commune que tous les codébiteurs peuvent invoquer. Nous avons vu (*suprà*, n. 217 et s.) les conséquences de la perte de la chose par le fait ou pendant la demeure de l'un ou de quelques-uns des codébiteurs. — Demolombe, t. 26, n. 408; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-IV-6°; Larombiere, t. 3, n. 1208, n. 2.

248. — g) *Nullité ou rescision de l'obligation.* — Il y a lieu de distinguer suivant les causes de nullité. La nullité fondée sur l'incapacité personnelle de l'un des débiteurs ou sur le vice de son consentement engendre une exception purement personnelle. Ainsi le mari solidairement obligé avec sa femme au paiement d'une dette ne peut être affranchi de la moitié de cette dette si l'obligation vient à être annulée vis-à-vis de la femme pour incapacité. — Cass., 7 juin 1836, Déchavannes, [S. 36.1.721, P. chr.]

249. — Au contraire l'exception sera commune lorsqu'elle sera tirée d'une cause inhérente à la dette, par exemple la lésion de plus des sept douzièmes au préjudice des vendeurs solidaires d'un même immeuble. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-IV-7°; Demolombe, t. 26, n. 409.

250. — h) *Condition résolutoire.* — Nous devons établir ici une distinction analogue à celle qui précède. La condition résolutoire donnera en effet naissance à une exception commune ou à une exception purement personnelle, suivant qu'elle affectera l'obligation de tous les débiteurs ou seulement l'obligation de l'un ou de quelques-uns d'entre eux. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-IV-8°; Demolombe, t. 26, n. 410.

251. — i) *Prescription.* — La prescription est un mode commun d'extinction; il résulte en effet de l'art. 1206, C. civ., qu'elle court au profit de tous les codébiteurs ou ne court au profit d'aucun d'entre eux; si elle est accomplie, elle pourra donc être invoquée par tous. — Larombière, sur l'art. 1208, n. 2; Demolombe, t. 26, n. 411 à 416; Colmet de Santerre, t. 5, n. 142 *bis*-V. — V. Toulouse, 15 nov. 1902, [*Gaz. des Trib.*, 8 janv. 1903] — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1252 et 1253.

252. — C'est ainsi qu'il a été jugé, dans le cas d'un billet à ordre souscrit par un commerçant et par un non-commerçant, que la prescription de cinq ans, déjà accomplie au profit du souscripteur commerçant, peut être opposée par le souscripteur non commerçant qui se trouve ainsi libéré lui-même au bout de cinq ans. — Cass., 8 déc. 1852, Ve Brulatour, [S. 52.1.795, P. 53.1.124, D. 53.1.89]; — 28 mai 1866, Wertmuller, [S. 66.1.335, P. 66.902, D. 66.1.323] — *Contrà*, sur ce dernier point, Bordeaux, 14 févr. 1849, Dupuy, [S. 49.2.500, P. 50.1.520, D. 49.2.81] — Laurent, t. 17, n. 334.

253. — j) *Serment.* — C'est également par application de la règle d'après laquelle le débiteur solidaire peut améliorer la situation de ses cointéressés mais ne peut l'aggraver, que le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires profite aux autres lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité (C. civ., art. 1365, al. 4 et 6). — Demolombe, t. 30, n. 678 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, texte et note 31, p. 47, et 4e éd., t. 8, § 153-2°, lettre *d*, p. 197; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1254; Planiol, t. 2, n. 749; Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 11.

254. — Mais le refus de serment de l'un des codébiteurs so-

lidaires n'a d'effet que pour la part de celui-ci et ne peut être opposé aux autres. — Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, § 753-2°, lettre c, p. 194. — V. *suprà*, v° *Serment*, n. 210 et s.

255. — k) *Transaction.* — La transaction intervenue entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires profite aux autres, mais ne peut pas leur être opposée (Arg., C. civ., art. 2051). — Duranton, t. 18, n. 420; Larombière, *loc. cit.;* Troplong, *Transaction*, n. 125 et 126; Guillouard, *Transaction*, n. 99; Pont, *Petits contrats*, t. 2, n. 673 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, texte, n. 3, et note 31, p. 47, et 4e éd., t. 4, § 425, texte et note 2, p. 664; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Transaction*, n. 1299. — *Contrà*, Colmet de Santerre, t. 8, n. 284 *bis*-II, III. — V. *infrà*, v° *Transaction*.

256. — Ainsi le prévenu, condamné solidairement avec d'autres pour des contraventions communes poursuivies à la requête d'une administration publique, est libéré par la transaction intervenue entre l'administration poursuivante et ses codébiteurs solidaires. — Cass., 24 oct. 1902, [*Gaz. des Trib.*, 29 oct. 1902]

257. — l) *Chose jugée.* — Sur les art. 1203 et 1208, C. civ., s'est élevée une question qui a donné lieu à une grave controverse dans la doctrine et la jurisprudence : c'est la question de savoir quelle autorité a, vis-à-vis des autres codébiteurs, la chose jugée avec le créancier pour ou contre l'un des codébiteurs. A notre avis, le jugement rendu entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires est toujours opposable aux autres codébiteurs, quelle que soit l'issue du procès; c'est là une conséquence nécessaire de la représentation de tous les codébiteurs par chacun d'entre eux. Nous renvoyons, au surplus, aux développements que nous avons fournis sur ce point *suprà*, v° *Chose jugée*, n. 590 et s.; on y trouvera une longue étude de la question et l'indication de la jurisprudence qui est en notre sens. — V. aussi Cass., 25 mars 1902 (2 arrêts), [*Gaz. des Trib.*, 30 mars 1902] — Agen, 28 oct. 1891, consorts Lartet, [D. 93.2.540]

258. — La question de savoir quelle est l'autorité de la chose jugée avec l'un des codébiteurs, relativement aux autres, s'est présentée récemment dans l'espèce suivante. Les débiteurs solidaires avaient été tous poursuivis par le créancier et condamnés par défaut. L'un d'eux forma opposition et appel; son opposition et son appel furent déclarés tardifs et la condamnation originaire devint ainsi définitive à son égard. Plus tard les autres codébiteurs firent opposition et sur cette opposition, la condamnation fut réduite. Le premier débiteur pouvait-il se prévaloir du second jugement qui avait réduit la dette au profit de ses codébiteurs? Non, a répondu, avec raison, la Cour de cassation. « Le mandat, que les codébiteurs solidaires sont présumés s'être donné pour se représenter mutuellement en justice dans un intérêt commun cesse nécessairement quand, tous ayant été mis en cause et l'un d'eux ayant agi isolément, il est intervenu vis-à-vis de celui-ci une décision passée en force de chose jugée; condamné définitivement, il ne peut plus se prévaloir de décisions plus favorables qui interviendraient ultérieurement entre le créancier et ses coobligés. — Cass., 27 nov. 1893, Grasset, [S. et P. 94.1.233, D. 94.1.378] — V. dans le même sens, Cass., 30 janv. 1827, Hœlet, [S. et P. chr.]

259. — La règle d'après laquelle les débiteurs solidaires pris isolément sont censés se représenter mutuellement dans un intérêt commun ne s'applique donc pas au cas où tous ayant été compris dans le même jugement de condamnation, tous ont été, par là, individuellement mis en demeure de se défendre. Dans ce cas, chacun d'eux doit user par lui-même des voies de recours ouvertes par la loi, ou, tout au moins, se joindre au recours exercé en temps utile par son codébiteur, faute de quoi celui qui n'agit pas est présumé acquiescer, et le jugement qui le condamne acquiert contre lui l'autorité de la chose jugée, tandis que ce jugement peut être infirmé au profit d'un autre codébiteur plus diligent. En conséquence, lorsque, de deux débiteurs solidaires condamnés par défaut, l'un n'a exercé aucun recours contre le jugement lequel a été exécuté en sa présence au moyen d'un procès-verbal de carence, ce jugement subsiste contre lui avec sa force exécutoire, malgré l'opposition formée par l'autre débiteur solidaire. Et, dès lors, ce jugement constitue un titre de créance qu'à défaut de paiement, le créancier est autorisé à invoquer contre la caution solidaire des deux codébiteurs. — Cass., 1er mai 1901, Abadie et Langlois, [S. et P. 1902.1.433, D. 1901.1. 443]

260. — m) *Appel.* — Nous avons vu *suprà*, v° *Appel* (mat. civ.), n. 1691 et s., 1732 et s. qu'en cas de condamnation solidaire, l'appel interjeté en temps utile par l'un des débiteurs solidaires profite aux autres, les relève de la déchéance par eux encourue pour défaut d'appel dans le délai légal, et leur permet de conclure utilement devant la cour d'appel. — V. dans le même sens, Cass., 10 nov. 1890, Liquid. de la Soc. du Cercle-Transport, [S. 91.1.241, P. 91.1.593, D. 92.1.8]; — 14 nov. 1900, Cosquin et autres, [S. et P. 1902.2.265, D. 1901.1.153] — Limoges, 6 août 1888, Bord et Bertrand, [D. 89.2.213] — Caen, 5 mars 1894, [D. 95.2.329] — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1235. — Sur le point de savoir si cette doctrine est également applicable au cas où la solidarité dérive de délits ou de quasi-délits, V. *suprà*, v° *Appel* (mat. civ.), n. 1730, 1731.

261. — Mais la réciproque n'est pas vraie et l'appel formé contre un seul des codébiteurs solidaires ne conserve pas le droit de l'appelant vis-à-vis des autres. En décider autrement serait, en effet, admettre que ce codébiteur peut représenter ses coobligés pour aggraver leur situation. — Cass., 16 déc. 1891, Cotté, [S. et P. 93.1.81, D. 92.1.177] — Besançon, 14 déc. 1892, Perrin, [D. 93.2.279] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1236; Tissier, note sous Cass., 16 déc. 1891, [S. et P. 93. 1.81]

262. — n) *Péremption.* — Aux termes de l'art. 156, C. proc. civ., tous jugements par défaut, non exécutés dans les six mois, sont réputés non avenus. Il y a alors péremption. La péremption, acquise par le délai de six mois d'un jugement par défaut rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, engendre une exception commune qui pourra, par suite, être opposée au créancier par chacun des codébiteurs. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 6.

263. — Les actes d'exécution exercés par le créancier contre l'un des débiteurs solidaires condamnés par défaut, empêchent à l'égard de tous les autres la péremption de ce jugement, mais ne les privent pas du droit d'y former opposition. — V. *suprà*, vis *Jugement et arrêt* (mat. civ. et comm.), n. 3575 et s., 3671 et s.; *Péremption d'instance*, n. 331 et s.

264. — L'acquiescement donné dans les six mois par l'un des débiteurs solidaires à un jugement par défaut prononcé contre eux empêche la péremption à l'égard des autres codébiteurs. Ce que nous avons admis pour le cas d'exécution doit être aussi admis pour le cas d'acquiescement. Il y a, en effet, même raison de décider dans l'un et l'autre cas, l'art. 2249, C. civ., attribuant à l'acquiescement de l'un des débiteurs solidaires le même effet interruptif de prescription à l'égard de tous que l'art. 1206, C. civ., attribue aux poursuites dirigées contre l'un d'eux. — Paris, 18 avr. 1889, [*Gaz. Pal.*, 89.1.713] — V. *suprà*, v° *Jugement et arrêt* (mat. civ. et comm.), n. 3696 et s. — *Contrà*, Caen, 14 déc. 1827, Mérille, [S. et P. chr.]

265. — Mais le paiement des dépens, sans protestation ni réserve, par l'un des codébiteurs solidaires, n'emporte pas acquiescement des autres codébiteurs, restés étrangers à ce paiement, au jugement de condamnation. Par suite, le pourvoi en cassation de ces derniers est recevable. — Cass., 26 oct. 1898, Cons. Grange, [S. et P. 99.1.444, D. 99.1.129] — V. aussi *suprà*, v° *Jugement et arrêt* (mat. civ. et comm.), n. 3504.

266. — Nous venons d'examiner l'hypothèse où tous les codébiteurs solidaires ont été condamnés par défaut; supposons maintenant que le jugement a été rendu contradictoirement avec l'un des codébiteurs, et par défaut avec l'autre. Le jugement contradictoire rendu contre l'un aura bien pour effet d'interrompre à l'égard de tous la prescription de la dette, mais n'empêchera pas que le jugement par défaut rendu à l'égard de l'un des codébiteurs ne tombe par rapport à lui en péremption, s'il ne l'a exécuté ou tenu pour exécuté dans les six mois. — Cass., 2 mars 1853, Balsac, [S. 53.1.326, P. 53.1.383, D. 53.1. 82] — Demolombe, t. 26, n. 365; Larombière, t. 3, sur l'art. 1208, n. 6.

§ 2. *Effets de la solidarité dans les rapports des codébiteurs entre eux.*

267. — « L'obligation contractée solidairement envers le « créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en « sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion » (C. civ., art. 1213). Entre eux, les codébiteurs ne doivent donc supporter chacun que leur part : la dette se divise de plein droit entre ces codébiteurs. — Pothier, n. 264; Laurent, t. 17, n. 354 et 355; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter* 4°, p. 49; Huc, t. 7, n. 332;

Marcadé, t. 4, sur art. 1213; Colmet de Santerre, t. 5, n. 147 et 147 *bis* I; Demolombe, t. 26, n. 419, 421, 430; Larombière, t. 3, sur l'art. 1213, n. 1. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1256; Planiol, t. 2, n. 767.

268. — Dans quelle proportion, la division s'opère-t-elle? En principe, elle s'opère par portions égales. La loi suppose que la dette a été contractée dans l'intérêt commun des débiteurs; elle la répartit par portions égales parce qu'elle présume que l'intérêt de chacun est le même. — Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 431-433; Larombière, t. 3, sur l'art. 1213, n. 2; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

269. — Mais ce n'est là qu'une présomption simple qui peut être détruite par la preuve contraire. Et c'est au débiteur solidaire qui allègue que ses codébiteurs sont tenus inégalement ou que l'un d'eux est tenu exclusivement, qu'incombe le soin de le prouver par l'un des modes autorisés par la loi. Tant que cette preuve n'est pas faite, la présomption subsiste. — Cass., 29 oct. 1890, Cottarel, [S. 91.1.305, P. 91.1.748, D. 91.1.475] — *Sic*, Rodière, n. 130; Larombière, t. 3, sur l'art. 1213. n. 3.

270. — Si la dette solidaire a été contractée dans l'intérêt d'un seul des codébiteurs, si lui seul en a profité, il devra seul la supporter. C'est ce qu'édicte l'art. 1216, ainsi conçu : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions ». *Par rapport à lui*... mais non par rapport au créancier; vis-à-vis de celui-ci, ils sont tous débiteurs solidaires et chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout. — Paris, 8 mars 1851, Constant, [S. 51.2.427, P. 51.1.125, D. 51.2.206] — *Sic*, Laurent, t. 17, n. 364; Demolombe, t. 26, n. 447 à 451; Marcadé, t. 2, sur l'art. 1216, n. 626; Larombière, t. 3, sur l'art. 1216, n. 1; Colmet de Santerre, t. 5, n. 151, 151 *bis* I et II; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 51; Planiol, t. 2, n. 768; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1272 et s.

271. — Ainsi, lorsqu'à la suite d'un acte de prêt dressé par un notaire, celui-ci, qui a, pour le recouvrement de ses frais et honoraires, une action solidaire contre toutes les personnes ayant pris part au contrat, se fait payer par le prêteur, ce dernier n'a de recours que contre l'emprunteur, et non contre les autres parties, intervenues à l'acte, comme cautions, pour faciliter et assurer la réalisation de l'obligation. — Trib. Châteauroux, 7 juill. 1897, Bourgeault, [D. 98.2.223] — V. Liège, 3 mars 1886, Stas et dame De Loen, [D. 88.2.71] — Larombière, t. 3, sur l'art. 1216, n. 1; Aubry et Rau, *loc. cit.*

272. — Il a été également jugé que lorsqu'une obligation a été contractée solidairement par une femme commune et diverses personnes dans leur intérêt collectif, le mari qui, restant étranger à la dette comme à l'affaire elle-même, n'est intervenu que pour autoriser sa femme, ne doit être considéré comme codébiteur solidaire qu'à l'égard du créancier : vis-à-vis des autres débiteurs, il ne doit être tenu que comme caution; dès lors s'il a payé la dette en qualité d'époux, il a droit, comme tel, indépendamment de l'indemnité que lui doit sa femme, à la répétition, contre les codébiteurs, de ce qu'il a payé pour eux. — Lyon, 6 févr. 1890, De la Jonquière, [D. 91.2.377]

273. — De même encore la femme n'est pas fondée à exercer un recours sur les biens de son mari pour se faire indemniser de la condamnation solidaire prononcée contre eux, lorsque cette condamnation a eu pour cause, non l'intérêt du mari ou de la communauté, mais celui des biens propres de la femme qui s'y trouvait directement engagée. Il en est de même quand la condamnation solidaire qui a frappé la femme a été motivée par un délit ou un quasi-délit dont elle est reconnue personnellement coupable. — Cass., 31 oct. 1893, Gourdy, [S. et P. 97.1.502, D. 94.1.156] — V. *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 1009 et s., 1018 et s.

274. — Entre ces deux hypothèses extrêmes, celle où la dette intéresse exclusivement un ou quelques-uns des débiteurs et celle où elle les intéresse tous également, se place une troisième hypothèse, celle où la dette solidaire intéresse tous les débiteurs, mais inégalement. Alors la dette se répartira entre eux dans la proportion de leur intérêt respectif. Chacun contribuera dans la dette proportionnellement à son intérêt. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 147 *bis*-I.

275. — Le débiteur solidaire qui a payé plus que sa part a un recours contre les autres. Mais il ne peut répéter contre ceux-ci que les parts et portions de chacun d'eux (C. civ., art. 1214, § 1).

276. — Le débiteur solidaire n'est pas recevable à exercer un recours contre son débiteur solidaire, même après l'échéance de la dette, tant qu'il n'a pas été forcé de payer lui-même. — Riom, 18 août 1840, Boulet, [S. 40.2.419, P. 41.2.396] — Nancy, 21 févr. 1877, Léonard, [S. 77.2.245, P. 77.1008, D. 78.2.14] — Paris, 4 juill. 1900, [*Gaz. des Trib.*, 23 déc. 1900] — Demolombe, n. 427; Laurent, n. 365; Aubry et Rau, § 298 *ter*, texte et note 41. — *Contrà*, Larombière, t. 3, sur l'art. 1216, n. 3; Rodière, n. 132; Troplong, *Cautionnement*, n. 414.

277. — Si la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif de l'un des codébiteurs, celui qui aura payé devra lui demander le remboursement intégral. Si tous les codébiteurs sont intéressés dans la dette également ou inégalement, celui qui aura payé aura son recours contre chacun des autres dans la mesure de sa part contributive.

278. — Ce recours existe même au cas où la solidarité résulte soit d'un crime, soit d'un délit (C. pén., art. 55). L'art. 1213, C. civ., n'établit en effet aucune distinction entre les diverses espèces de solidarité. On a fait observer en outre que si « ceux qui ont commis ensemble un délit ou un crime ne sont pas, il est vrai, dignes d'intérêt, ils sont entre eux dans une situation égale. Il n'y a pas de raison pour que la charge de la dette de réparation pèse sur l'un plutôt que sur l'autre. Il n'y a pas lieu de faire une place au hasard ou au caprice dans les déductions de l'idée de justice. Le hasard des poursuites ou le caprice des créanciers ne saurait aboutir à ce résultat que l'un des débiteurs supporterait seul les conséquences du délit commun et que les autres en seraient complètement exonérés. » — Labbé, note sous Cass., 8 nov. 1886, [S. 87.1.353, P. 87.1.881]; Pothier, n. 264; Colmet de Santerre, t. 5, n. 147 *bis*-III et IV; Sourdat, *De la responsabilité*, 3e éd., t. 1, n. 158; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1213, n. 623; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 984; Larombière, t. 3, sur l'art. 1251, n. 68; Demolombe, t. 26, n. 305 et s., 423 et 424; Laurent, t. 17, n. 356; Rodière, n. 315; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 526, p. 348, note 5. — La jurisprudence admet presque unanimement le recours à propos de condamnations solidaires en matière de délits et de quasi-délits. — Cass., 20 juill. 1852, Lazare Cerf, [S. 52.1.689, P. 52.2.363, D. 52.1.247]; — 8 nov. 1886, Gavini, [S. 87.1.353, P. 87.1.881, D. 87.1.9]; — 23 janv. 1895, Coupillaud, [S. et P. 96.1.387, D. 95.1.173] — Colmar, 4 févr. 1837, Hérit. Masson, [P. 37.1.384] — Orléans, 9 août 1850, Comm. de Sivry-aux-Bois, [S. 51.2.689, P. 51.1.151, D. 51.2.146] — Aix, 14 août 1861, Sicard, [S. 62.2.265, P. 62.181, D. 62.2.156] — Nancy, 7 mars 1874, Petit et autres, [S. 74.2.100, P. 74.465, D. 74.2.184] — Aix, 7 août 1879, Orengo, [S. 81.2.64, P. 81.1.338] — Trib. Rocroy, 16 janv. 1873, Georges, [S. 73.2.233, P. 73.891, D. 73.2.46] — V. aussi *suprà*, v° *Dépens*, n. 4060 et s. — *Contrà*, Besançon, 3 ou 5 août 1859, Quenot et autres, [S. 60.2.255, P. 60.1068, D. 60.2.4] — Paris, 27 déc. 1883, Léoni, Coblenz et autres, [D. 85.2.222] — Trib. Nice, 10 avr. 1878, Liotardi et autres, [D. 79.2.219]

279. — Il a été spécialement jugé qu'en cas de condamnation par la juridiction correctionnelle de deux prévenus comme coauteurs d'un même délit, l'un d'eux, assigné devant la juridiction civile en dommages-intérêts par la partie lésée, est recevable à appeler en cause son coauteur pour faire déterminer la somme pour laquelle il pourra, après paiement effectué, recourir contre celui-ci, son codébiteur solidaire. Ce recours n'a pas en effet pour cause l'infraction commise en commun, mais le paiement fait par un condamné d'une dette qui était aussi celle de l'autre condamné. Les personnes civilement responsables, tenues des mêmes obligations, ont, à cet égard, les mêmes droits que ceux dont elles répondent. — Cass., 14 nov. 1898 (5 arrêts), Manuf. des glaces de Maubeuge, [S. et P. 1902.1.27]; Meer, [S. et P. *ibid.*, D. 99.1.65, et la note de M. l'avocat général Sarrut]; Lemarchand, [S. et P. *ibid.*]; Frieda, [S. et P. *ibid.*]; Glass, [S. et P. *ibid.*] — Paris, 10 juill. 1896, sous Cass., 14 nov. 1898, précité. — V. également, Cass., 23 avr. 1872, Cazelles, [S. 72.1.207, P. 72.508, D. 72.1.411]

280. — Par quelle action le débiteur qui a payé exercera-t-il son recours contre ses codébiteurs? Il a, à son choix, soit l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestorum*, soit, par sub-

rogation, l'action même qui appartenait au créancier. — Limoges, 8 août 1835, Jouhaunaud, [S. 35.2.515, P. chr.]

281. — L'action *mandati* a sa source dans la société ou le mandat dont la solidarité suppose le plus souvent l'existence. Chaque codébiteur est mandataire des autres à l'effet de payer la part qui leur incombe dans la dette : et, en cette qualité, il a l'action *mandati* contre son ou ses mandants pour se faire rembourser ce qu'il a payé en l'acquit de ceux-ci (C. civ., art. 1999). Cette action permet au codébiteur qui l'exerce de demander, outre le remboursement de son avance, les intérêts depuis le jour du paiement (C. civ., art. 2001), et cela même si la dette solidaire n'est pas productive d'intérêts. — Bordeaux, 16 juill. 1830, Hérit. Ducarpe, [S. et P. chr.] — Nancy, 21 févr. 1877, précité. — Pothier, n. 282; Colmet de Santerre, t. 5, n. 147 *bis*-II; Laurent, t. 17, n. 357, 365; Huc, t. 7, n. 333; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 982; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 49 et 50; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 528, p. 360, note 19; Duranton, t. 11, n. 245 et 246; Demolombe, t. 26, n. 442; Larombière, t. 3, sur l'art. 1214, n. 7; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1266.

282. — Et la prescription quinquennale n'est pas opposable au débiteur solidaire qui, ayant acquitté la dette commune d'intérêts, réclame de son codébiteur le remboursement de la portion de ces intérêts à la charge de ce dernier. — Nancy, 21 févr. 1877, précité. — V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1721.

283. — Mais les frais que l'un des débiteurs aurait faits et auxquels il aurait été condamné, ne sont pas, en général, compris dans son action en recours contre les autres codébiteurs, soit parce qu'ils lui sont personnels et qu'ils sont en effet la peine du plaideur téméraire, soit parce qu'ils n'ont pas tourné à leur profit et à leur décharge. — Demolombe, t. 26, n. 443. — V. aussi Larombière, t. 3, sur l'art. 1214, n. 8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1268.

284. — Le débiteur qui a payé la dette peut aussi, en qualité de subrogé, exercer l'action qui appartenait au créancier; le bénéfice de la subrogation dans les droits du créancier lui est en effet acquis de plein droit en vertu de l'art. 1251-3°, C. civ. En ce cas, il pourra invoquer les sûretés particulières, par exemple les hypothèques, qui étaient attachées à la créance; ce qui lui permettra quelquefois d'obtenir d'un codébiteur qui est insolvable un remboursement qu'il n'obtiendrait pas ou qu'il n'obtiendrait qu'en partie par l'action *mandati*. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 147 *bis*-II; Demolombe, t. 26, n. 452; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*; Larombière, t. 3, sur l'art. 1214, n. 7. — V. *infrà*, v° *Subrogation*.

285. — Pour exercer son recours, le débiteur n'a pas besoin d'avoir payé toute la dette; le paiement même partiel de la dette l'autorise à répéter contre chacun de ses codébiteurs leur part dans la fraction de la dette par lui acquittée. — Nancy, 21 févr. 1877, précité. — Soit, par exemple, une créance totale de 24,000 fr., et trois débiteurs dont la part virile est de 8,000 fr. L'un d'eux paie 18,000 fr. au créancier; il pourra recourir contre chacun des codébiteurs pour les contraindre à lui payer chacun un tiers de 18,000 fr. ou 6,000 fr., et non pas seulement pour ce qui, dans la somme de 18,000 fr., excède celle de 8,000 fr. formant sa part dans la créance totale, ou chacun pour 5,000 fr. La raison en est qu'en payant 18,000 fr. sur 24,000 fr., le débiteur a fait l'affaire de ses codébiteurs dans la même proportion qu'il a fait la sienne propre, puisqu'il les représentait tous, et que le paiement fait par lui seul équivalait au paiement que tous auraient fait en commun. — Massé, *Dr. comm.*, t. 5, n. 144; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 360, § 528, note 16. — Il suit de là que, si l'un des débiteurs a payé une somme égale à sa part sans que ce paiement ait été accompagné de la remise de la solidarité, il pourrait encore recourir contre ses codébiteurs pour se faire rembourser leur part proportionnelle dans la somme payée. — Massé, *loc. cit.*; Massé et Vergé, sur Zachariæ, *loc. cit.*; Demolombe, t. 26, n. 444 et 446; Larombière, t. 3, sur l'art. 1214, n. 5 et 6; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1269.

286. — A plus forte raison, le recours peut-il être exercé immédiatement, lorsque la dette est payable en plusieurs termes. Le codébiteur qui a payé le premier terme peut exercer de suite son recours contre ses codébiteurs pour le recouvrement de sa part dans ce qu'il a payé. Et il en est ainsi, alors même que le terme payé n'excéderait pas la part du débiteur dans la dette totale; chaque terme forme sous ce rapport une dette distincte. — Massé, t. 5, n. 143; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 360, § 528, note 16; Duranton, t. 11, n. 245; Demolombe, t. 26, n. 445.

287. — Mais l'un des codébiteurs d'une dette solidaire devenue exigible, ne peut, en offrant de verser la part dont il est lui-même tenu dans la dette, contraindre ses codébiteurs à payer *hic et nunc* leur part dans cette dette, ou à lui procurer la décharge de la solidarité. L'art. 2032, § 4, C. civ., permettant à la caution solidaire d'agir avant d'avoir payé pour forcer le débiteur à s'exécuter après l'échéance de la dette, ne peut être invoqué par l'un des débiteurs solidaires vis-à-vis des autres. — Nancy, 21 févr. 1877, Léonard, [S. 77.2.245, P. 77.1008, D. 78.2.14] — Riom, 18 août 1840, Bouffet, [S. 40.2.419, P. 41.2.396] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, texte et note 41, p. 51; Laurent, t. 17, n. 365; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1271. — *Contrà*, Troplong, *Cautionnement*, n. 414; Larombière, t. 3, sur l'art. 1216, n. 3; Rodière, n. 131.

288. — Qu'il agisse par l'action *mandati* ou par l'action du créancier dans laquelle il est subrogé, le codébiteur qui a payé la totalité de la dette ne peut réclamer de chacun de ses codébiteurs que sa part contributoire dans cette dette (C. civ., art. 1214). — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 50; Laurent, t. 17, n. 358; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1214; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 986; Larombière, t. 3, sur l'art. 1214, n. 1; Colmet de Santerre, t. 5, n. 148, 148 *bis*-I et II; Pianiol, t. 2, n. 770.

289. — La disposition de l'art. 1214, C. civ., ne s'applique pas au tiers détenteur d'un immeuble soumis au paiement d'une dette solidaire. Si ce tiers paie la totalité de la dette, il conserve son recours pour la totalité contre chacun de ceux qui étaient tenus au paiement. En effet, il n'était pas codébiteur solidaire ni tenu personnellement au paiement de la somme, mais simplement détenteur des biens hypothéqués à l'acquit de cette somme, et il n'a été poursuivi et condamné solidairement à ce paiement qu'en cette qualité. — Cass., 27 févr. 1816, Carrette, [S. et P. chr.] — *Contrà*, Laurent, t. 7, n. 359. — V. Cass. Belg., 17 déc. 1852, [*Pasicr.*, 53.1.63]

290. — Si l'un des codébiteurs devient insolvable, qui supportera les conséquences de son insolvabilité? L'art. 1214, § 2, répond à cette question : « Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait les paiements ». Cette insolvabilité constitue alors un cas fortuit dont les conséquences doivent retomber sur tous les codébiteurs *également*, c'est-à-dire proportionnellement à leur part dans la dette. Ainsi supposons trois codébiteurs solidaires d'une dette de 12,000 fr. Si l'un devient insolvable, chacun des deux autres devra payer sa propre part, 4,000 fr. plus moitié de la part de l'insolvable (2,000 fr.), soit au total 6,000 fr. — Demolombe, t. 26, n. 434-436; Larombière, t. 3, sur l'art. 1214, n. 9; Colmet de Santerre, t. 5, n. 149, 149 *bis*-I et II; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 987; Laurent, t. 17, n. 362; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 50; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1260.

291. — L'obligation pour chaque codébiteur solidaire de supporter sa part contributoire dans la perte résultant de l'insolvabilité de l'un d'eux, existe même pour celui qui a été déchargé de la solidarité par le créancier (C. civ., art. 1215). Supposons encore que la dette solidaire se monte à 12,000 fr. et que les codébiteurs soient au nombre de 3. Le créancier a déchargé l'un d'eux de la solidarité et consenti à recevoir de lui le montant de sa part : soit 4,000 fr. Puis il poursuit l'un des deux autres, qui ne sont pas déchargés de la solidarité, et l'oblige à lui payer les 8,000 fr. qui restent dus. Celui qui a payé les 8,000 fr. agit contre le troisième qui se trouve être insolvable. Il peut alors recourir pour 2,000 fr. contre celui qui a été déchargé de la solidarité, car le créancier n'a pas pu aggraver sa situation par une remise de solidarité consentie à ce dernier. — Cass., 7 juin 1882, Réunie, [S. 82.1.321, P. 82.1.774 et le rapp. de M. le conseiller Lepelletier, D. 82.1.441, et la note de M. C. Aubry] — Paris, 4 juill. 1900, [*Gaz. des Trib.*, 23 déc. 1900] — Huc, t. 7, n. 334; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1262; Demolombe, t. 26, n. 437 et s.; Colmet de Santerre, t. 5, n. 150 et 150 *bis*-I à IV; Laurent, t. 17, n. 363; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 988; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1215, n. 625; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 52, texte et note 43. — *Contrà*, Pothier, n. 275; Toullier, t. 6, n. 739; Duranton, t. 11, n. 231; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 528, p. 361, note 21; Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 33, texte et note 43; Rodière, n. 138; Larombière, t. 3, sur l'art. 1215, n. 2.

292. — Pour pouvoir agir utilement contre ses codébiteurs solidaires, le débiteur qui a payé est dans l'obligation : 1° de justifier du paiement préalable, conformément à l'art. 1214, C. civ.; 2° s'il demande à son codébiteur de supporter une part contributoire de l'insolvabilité d'un de leurs codébiteurs, d'établir cette insolvabilité. — Paris, 4 juill. 1900, précité.

CHAPITRE IV.

DE L'EXTINCTION TOTALE OU PARTIELLE DE LA SOLIDARITÉ.

293. — Nous avons à rechercher dans quels cas il y a extinction totale ou partielle de la solidarité et quel est l'effet de l'extinction partielle à l'égard des débiteurs solidaires.

294. — Il est bien évident que la solidarité cesse par tous les modes d'extinction qui font disparaître l'obligation elle-même; mais la solidarité peut cesser sans que l'obligation soit éteinte; c'est ce qui se produit quand le créancier fait remise de la solidarité.

295. — Cette remise peut être absolue ou relative. Elle est absolue quand le créancier renonce à la solidarité en faveur de tous les codébiteurs sans distinction : l'obligation devient alors simplement conjointe. Le créancier ne peut demander à chacun que sa part. La remise est relative quand le créancier ne décharge de la solidarité que l'un ou quelques-uns des codébiteurs. Le Code ne s'occupe pas de la remise absolue de la solidarité; il ne traite que de la remise relative dont il règle les effets dans les art. 1210 et s. — Demolombe, t. 26, n. 433 et s.; Larombière, t. 3, sur l'art. 1210, n. 1, 2, 3, 4; Colmet de Santerre, t. 5, n. 144 *bis*-II; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 979 et 980; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1278; Planiol, t. 2, n. 772 et 773.

296. — La remise de la solidarité peut être expresse ou tacite. — A. *Remise expresse*. Elle est expresse lorsqu'elle résulte d'une déclaration formelle du créancier indiquant qu'il renonce à la solidarité en faveur de tel débiteur. — Demolombe, t. 26, n. 458.

297. — L'art. 1210, C. civ., précise de la manière suivante l'effet de la remise expresse de la solidarité : « Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité ». Ainsi supposons Pierre, Paul et Jean codébiteurs solidaires d'une somme de 12,000 fr. Le créancier fait remise à Pierre de la solidarité; il ne pourra plus réclamer de Paul ou de Jean que 8,000 fr.; car il est obligé de déduire du montant de sa demande la part de Pierre, déchargé de la solidarité, c'est-à-dire 4,000 fr. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 981; Colmet de Santerre, t. 5, n. 144 *bis*-II; Demolombe, t. 26, n. 459 et s.; Planiol, t. 2, n. 774; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1279.

298. — La remise expresse de la solidarité peut se produire dans deux hypothèses différentes : ou bien elle est consentie par le créancier sans aucun paiement de la part du codébiteur déchargé; ou bien elle est concédée à la suite d'un paiement fait par lui. La disposition de l'art. 1210 s'applique évidemment dans cette seconde hypothèse. Le créancier qui a reçu du codébiteur déchargé sa part dans la dette, voit cette dette réduite d'autant, il ne peut donc réclamer des autres codébiteurs que ce qui reste dû, déduction faite de la somme touchée. — V. Cass., 30 nov. 1819, Daigremont, [S. et P. chr.]

299. — Mais la décision de l'art. 1210 ne doit pas être restreinte au cas de remise de solidarité accompagnant un paiement. Il résulte en effet des travaux préparatoires, que la disposition de l'art. 1210 est générale, qu'elle a en vue une simple décharge ou remise de la solidarité et doit recevoir son application, même lorsque cette remise n'a pas été accompagnée du paiement effectif de la part du codébiteur qui en bénéficie. — Laurent, t. 17, n. 347; Huc, t. 7, n. 326; Demolombe, t. 26, n. 462 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 981; Rodière, n. 145; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1210, n. 619 et 620; Colmet de Santerre, t. 5, n. 144 *bis*-II et III; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1281. — V. Locré, t. 11, p. 108 et 233; Fenet, t. 13, p. 130 et 152. — *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 510; Duranton, t. 11, n. 224 et 231; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 52, texte et note 12; Larombière, t. 3, sur l'art. 1210, n. 7; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 358, § 528, note 23.

300. — Demolombe (t. 26, n. 465) et Colmet de Santerre (t. 5, n. 144 *bis*-IV) ont, au contraire, enseigné que la décision de l'art. 1210 devait être appliquée même dans le cas où le créancier, en faisant la remise de la solidarité à l'un des débiteurs, se serait expressément réservé le droit de poursuivre les autres débiteurs pour le total, sans déduction de la part de celui auquel il a fait la remise. — V. en ce sens également Valette, d'après Mourlon, t. 2, 8e éd., n. 651; Huc, t. 7, n. 326; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1282. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 981; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1210, n. 620, *in fine*.

301. — L'un des codébiteurs d'une dette solidaire, indéterminée quant à son chiffre, peut obtenir décharge de la solidarité en payant sa part de la dette commune d'après l'évaluation et le règlement faits entre son créancier et lui. Mais cette convention est *res inter alios acta* à l'égard des autres débiteurs, et si ces derniers font ultérieurement réduire par la justice le montant du règlement, cette réduction, dont le débiteur déchargé ne peut se prévaloir, ne leur confère pas le droit d'imputer sur la dette commune la somme payée par celui-ci et d'en profiter ainsi pour leur part. Vainement invoquerait-on l'art. 1200, C. civ., d'après lequel le paiement fait par un seul des débiteurs solidaires libère les autres envers le créancier, et prétendrait-on que le créancier ne peut toucher deux fois la même somme : le paiement fait par le codébiteur déchargé de la solidarité a été fait dans son intérêt personnel et non en l'acquit de la dette commune. — Cass., 24 juill. 1895, Baffoy, [S. et P. 99.1.494, D. 96.1.177]

302. — B. *Remise tacite de la solidarité*. — La remise de la solidarité est tacite lorsqu'elle résulte d'actes, de faits accomplis par le créancier et qui font nécessairement présumer chez lui la volonté de renoncer à la solidarité. Ces actes indiqués par les art. 1211 et 1212, C. civ., sont au nombre de quatre.

303. — 1° « Le créancier porte l'art. 1211 qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part* ». Le concours de trois circonstances est donc nécessaire pour que la renonciation soit présumée : il faut que le créancier ait reçu divisément la part de l'un des codébiteurs solidaires, — que la quittance porte que c'est *pour sa part*; — que la quittance ne contienne pas réserve de la solidarité ou des droits des créanciers. Si l'une de ces circonstances fait défaut, la solidarité subsiste. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 145 et 145 *bis* I; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 982, 1er cas; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 298 *ter*, p. 54; Huc, t. 7, n. 327; Laurent, t. 17, n. 348; Demolombe, t. 26, n. 468 et s.; Larombière, t. 3, sur l'art. 1211, n. 2 à 5; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1211, n. 621; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1283.

304. — Jugé, par application de ces principes, que le créancier qui a donné quittance à l'un des débiteurs d'une obligation commerciale solidaire de la somme formant sa part dans la dette, mais sans énoncer que c'est pour sa part, ne peut être présumé avoir renoncé à la solidarité. — Amiens, 22 janv. 1840, Franqueville, [P. 41.2.490]

305. — ... Que le créancier qui renonce à la solidarité d'un de ses débiteurs, et qui reçoit un acompte d'un autre, ne perd pas le bénéfice de cette solidarité, tant contre ce dernier que contre ceux qui ne lui ont encore payé aucune somme à valoir. — Colmar, 31 juill. 1813, Jacomo, [P. chr.] — ... Et cela quand même le créancier eût ajouté sur la quittance « pour sa part ». La présomption qui pourrait résulter de ces mots se trouve détruite par celui-ci : « acompte ». Il exprime le contraire d'un paiement intégral et contient contre le débiteur une réserve pour ce qui reste à payer. — Même arrêt.

306. — 2° La simple demande formée par le créancier contre l'un des codébiteurs *pour sa part* emporte également renonciation à la solidarité, mais à la condition que le débiteur y ait acquiescé ou qu'un jugement définitif de condamnation soit intervenu (art. 1211, § 3). — Pothier, n. 277; Toullier, t. 6, n. 744; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 298 *ter*, p. 54; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 982, 2e cas; Huc, t. 7, n. 327; Laurent, t. 17, n. 349; Marcadé, *loc. cit.*; Larombière, t. 3, sur l'art. 1211, n. 7,

8, 10; Demolombe, t. 26, n. 475 et 476; Duranton, t. 11, n° 234; Colmet de Santerre, t. 5, n. 145 *bis*-II; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1284.

307. — Par ces mots *simple demande* il faut entendre une demande intentée sans aucune réserve qui puisse faire présumer l'intention de conserver la solidarité.

308. — Jusqu'à l'acquiescement, ou jusqu'au jugement, le créancier peut revenir sur sa demande, poursuivre les autres débiteurs et exiger la totalité de la dette (Demolombe, t. 26, n. 477; Larombière, t. 3, sur l'art. 1211, n. 9). C'est ainsi qu'il a été jugé que le créancier qui originairement n'avait formé sa demande contre l'un des débiteurs solidaires que pour sa part, est fondé à repousser toute présomption de remise de solidarité à ce débiteur, dans les termes de l'art. 1211, § 3, lorsqu'il a lui-même pris, avant toutes conclusions de ce dernier contenant reconnaissance de sa dette, des conclusions additionnelles dans lesquelles il a augmenté sa demande en invoquant la solidarité. — Dijon, 29 mars 1888 [*Gaz. Pal.*, 88.1.822]

309. — 3° L'art. 1212 indique deux autres cas de remise tacite de solidarité; il est ainsi conçu : « Le créancier qui reçoit, divisément et sans réserve, la portion de l'un des codébiteurs, dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs ». Cet article suppose plusieurs codébiteurs solidaires d'une rente produisant des arrérages ou d'un capital produisant des intérêts. Si le créancier remet à l'un des codébiteurs une quittance des arrérages ou intérêts échus avec la mention *pour sa part*, il est présumé faire remise de la solidarité pour les arrérages ou intérêts auxquels s'applique cette quittance; mais la solidarité subsiste pour les arrérages ou intérêts à échoir et pour le capital. — Demolombe, t. 26, n. 479 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 55, texte et note 44; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 982, 3e cas; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1212, n. 623; Colmet de Santerre, t. 5, n. 146 et 146 *bis;* Larombière, t. 3, sur l'art. 1212, n. 1 et s.; Laurent, t. 18, n. 350; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1285.

310. — 4° Enfin, si, pendant dix années consécutives, le créancier a reçu divisément de l'un des codébiteurs sa part dans les arrérages ou intérêts échus de la dette, il est présumé renoncer à la solidarité pour les intérêts à échoir et pour le capital lui-même. — Pothier, n. 279; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 982, 4e cas; Marcadé, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Huc, t. 7, n. 327; Larombière, t. 3, sur l'art. 1212, n. 4 à 8; Laurent, t. 17, n. 351; Demolombe, t. 26, n. 483 et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1286.

311. — Les faits qui, dans ces différentes hypothèses, entraînent décharge de la solidarité, cessent de produire ce résultat si le créancier a réservé la solidarité ou ses droits en général. — Pothier, n. 277; Larombière, t. 3, sur l'art. 1211, n. 11; Rodière, n. 151; Duranton, t. 11, n. 234; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 55, texte et note 45; Demolombe, t. 26, n. 486.

312. — Ces faits, d'ailleurs, n'emportent qu'une décharge individuelle au profit de celui des débiteurs qu'ils concernent et le créancier conserve son action solidaire contre les autres codébiteurs, sous la déduction seulement de la part du débiteur déchargé. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1211, n. 12, et sur l'art. 1212, n. 9; Demolombe, t. 26, n. 492; Colmet de Santerre, t. 5, n. 145 *bis*-III; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 55 et 56.

313. — Il peut y avoir d'autres cas de remise tacite de solidarité que ceux prévus par les art. 1211 et 1212 : c'est là une question de fait laissée à l'appréciation du juge. — Cass., 18 mai 1832, Hérit. Queval, [S. 32.1.653, P. chr.] — *Sic*, Duranton, t. 11, n. 236, note 1; Laurent, t. 17, n. 353; Demolombe, t. 26, n. 493; Huc, t. 7, n. 327; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1282.

314. — En cas de difficulté sur le point de savoir s'il y a eu remise expresse ou tacite de la solidarité, le doute doit s'interpréter contre les débiteurs parce que, la solidarité étant prouvée, c'est à eux à établir la renonciation qu'ils opposent par voie d'exception. Le créancier ne doit pas être facilement présumé renoncer à son droit. — V. Douai, 16 nov. 1842, Queva, [S. 43.2.145, P. 43.2.345] — Huc, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*

315. — Le décès de l'un des codébiteurs solidaires ne fait pas disparaître la solidarité : si ce débiteur n'a laissé qu'un seul héritier, ce dernier sera tenu pour le tout, comme l'était son auteur. Si le débiteur originaire, décédé, laisse plusieurs héritiers, la solidarité subsistera encore, mais ses effets seront modifiés. Les dettes solidaires, en effet, se divisent comme les autres entre les héritiers. Chacun de ceux-ci ne sera donc obligé envers le créancier que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire; mais pour cette part, il demeure solidairement obligé avec chacun des débiteurs originaires. Supposons une somme de 12,000 fr. due solidairement par deux personnes; si l'une de celles-ci meurt laissant trois héritiers, chacun de ces héritiers ne pourra être poursuivi que pour le tiers de la dette, soit 4,000 fr. — Bordeaux, 11 mars 1880, Hérit. Martinaud, [S. 81.2.36, P. 81.1.212] — Trib. Le Havre, 29 août 1872, Bisson, [S. 73.2.121, P. 73.478, D. 74.3.86] — Bruxelles, 25 juill. 1825, Hérit. Duvivier, [S. et P. chr.] — *Sic*, Pothier, n. 288; Toullier, t. 6, n. 747; Duranton, t. 11, n. 378 et 565; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 528, p. 354, note 3, *in fine;* Colmet de Santerre, t. 3, n. 136 *bis*-III; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 56; Demolombe, t. 26, n. 319, 359 et 394; Laurent, t. 17, n. 327; Huc, t. 7, n. 335.

316. — Les héritiers ne répondant des dettes de la succession que chacun pour sa part et portion, l'arrêt qui condamne solidairement un débiteur solidaire et les héritiers de l'autre codébiteur solidaire sans faire aucune distinction ni donner de motifs à l'appui de sa décision, encourt la cassation. — Cass., 14 déc. 1897, Beleys, [D. 1901.1.108] — V. Cass., 31 déc. 1902, [D. 1903.1.126]

317. — Il résulte de ce même principe que l'interpellation faite à l'un des codébiteurs survivants ou sa reconnaissance de la dette interrompt la prescription à l'égard de tous les héritiers du défunt, et à l'inverse, que l'interpellation faite à l'un des héritiers ou sa reconnaissance de la dette n'interrompt la prescription vis-à-vis de tous les débiteurs originaires, que pour la part dont cet héritier est tenu. — Laurent, t. 17, n. 306; Demolombe, t. 26, n. 359 et 360; Huc, t. 7, n. 319 et 325; Colmet de Santerre, t. 5, n. 140 *bis;* Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 56.

318. — Il en résulte également que l'interpellation faite à l'un des héritiers ou sa reconnaissance de la dette ne produit aucun effet vis-à-vis de ses cohéritiers (C. civ., art. 2249). — Mêmes auteurs.

319. — Les mêmes règles doivent s'appliquer à la mise en demeure ou à la faute de l'un des codébiteurs survivants ou de l'un des héritiers du codébiteur décédé. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1205, n. 3, et sur l'art. 1207, n. 3; Demolombe, t. 26, n. 360 et 361; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, t. 17, n. 328.

CHAPITRE V.

DE LA SOLIDARITÉ PARFAITE ET IMPARFAITE.

320. — Une dernière question reste à examiner, celle de savoir s'il faut admettre, en droit français, deux sortes de solidarité entre les débiteurs, la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite. La solidarité parfaite est celle qui produit tous les effets attachés par le Code civil à l'obligation solidaire. La solidarité imparfaite au contraire ou obligation *in solidum* permettrait seulement au créancier de demander le total à chaque débiteur, mais n'entraînerait pas les autres effets de la véritable solidarité.

321. — Tous les auteurs sont unanimes pour reconnaître que la solidarité conventionnelle est toujours parfaite.

322. — Mais ils se divisent à propos de la solidarité légale et quelques-uns prétendent que celle-ci, dans certains cas, ne produit pas les mêmes effets que la solidarité conventionnelle, et est une solidarité imparfaite. Cette opinion a été surtout développée par Aubry et Rau, et Mourlon. — MM. Boistel, note sous Aix, 29 mai 1872, [D. 74.2.121], et Cohendy, note sous Cass., 16 déc. 1891, [D. 92.1.177], adoptent également la distinction entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite.

323. — Mourlon (*Rép. écr.*, t. 2, n. 1259 et 1260) enseigne que la solidarité légale est imparfaite : 1° entre les différents locataires d'une maison incendiée (C. civ., art. 1734, aujourd'hui abrogé, V. *suprà*, n. 108); 2° entre les personnes condamnées pour un même crime ou un même délit (C. pén., art. 55);

3° entre les signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (C. comm., art. 140 et 187). MM. Aubry et Rau (4e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 20) admettent les deux premiers cas de solidarité imparfaite indiqués ci-dessus ; mais, se séparant de Mourlon, ils pensent que la solidarité est également imparfaite dans le cas des art. 395 et 1442, C. civ. Dans leur cinquième édition (t. 4, § 298 *ter*, p. 27), ces auteurs ajoutent trois nouveaux cas de solidarité imparfaite ; 1° art. 32, L. 22 frim. an VII; 2° art. 42, L. 24 juill. 1867, modifié par L. 1er août 1893 ; 3° art. 3, L. 4 avr. 1889.

324. — Cette divergence sur les cas où la solidarité légale serait imparfaite n'est pas la seule qui divise ces auteurs. Ils sont également en désaccord sur les effets de cette solidarité. MM. Aubry et Rau, méconnaissant la règle incontestée suivant laquelle les jugements ne sont que déclaratifs des droits, enseignent que la condamnation prononcée contre les débiteurs solidairement a pour effet de transformer la solidarité imparfaite en solidarité parfaite. « Une fois la condamnation solidaire prononcée, disent-ils, toutes les règles relatives aux rapports du créancier et des débiteurs solidaires deviennent applicables à l'obligation ainsi reconnue » (5e éd., t. 4, § 298 *ter*, p. 31, texte et note 8); Mourlon, au contraire, pense que la solidarité qui, à son origine, est imparfaite, conserve ce caractère après la condamnation.

325. — La distinction entre ces deux espèces de solidarité est repoussée par la majorité de la doctrine. On lui a, avec raison, reproché de manquer d'appui dans les textes. « Le Code, dit Mourlon lui-même, ne nous donne aucune règle sur ce point ». Il est, en effet, impossible de citer une disposition législative consacrant cette distinction. Celle-ci est arbitraire et artificielle. On ne trouve dans le Code civil aucune trace de la solidarité imparfaite. Après avoir dit, dans l'art. 1202, que la solidarité peut résulter de la convention des parties ou de la loi, le Code civil indique les effets de la solidarité d'une manière générale dans les art. 1203 et s. Ces effets s'appliquent tant à la solidarité légale qu'à la solidarité conventionnelle. Rien n'autorise à dire que certaines obligations solidaires ne produisent que quelques-uns de ces effets. La loi ne reconnaît qu'une seule espèce de solidarité; elle la suppose homogène et produisant toujours les mêmes résultats. — Demolombe, t. 26, n. 287 et s.; Colmet de Santerre, t. 5, n. 135 *bis*-II; Laurent, t. 17, n. 313 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 989; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1296; Planiol, t. 2, n. 774 et 777; Huc, t. 7, n. 331; Rapp. de M. le conseiller Roussellier, sous Cass., 16 déc. 1891, [*Gaz. Pal.*, 92.1.500; J. *Le Droit*, 23 et 24 janv. 1892]; note sous Cass., 3 juill. 1900, [S. et P. 1900.1.441]; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. 1, n. 1174, et *Tr. de dr. comm.*, t. 4, n. 267.

326. — La jurisprudence des cours d'appel se prononce dans le même sens. — Caen, 5 janv. 1894, Vve Desmonts et Comp. de l'Ouest, [D. 95.2.329] — Paris, 28 mai 1900, Havem et Cie, [D. 1902.2.453] — Ce dernier arrêt condamne dans les termes les plus absolus la distinction entre les deux solidarités; il déclare cette distinction contraire aux articles du Code civil sur la matière.

327. — Les deux chambres civiles de la Cour de cassation sont d'accord pour ne reconnaître également qu'une seule solidarité, la solidarité parfaite. La chambre des requêtes l'a jugé récemment à la suite d'un pourvoi formé contre l'arrêt précité de la cour de Paris du 28 mai 1900. A l'appui du pourvoi, on soutenait qu'il n'y avait entre les deux débiteurs, tenus l'un en vertu d'un délit, l'autre en vertu d'un quasi-délit, qu'une obligation *in solidum*, et que, par suite, l'art. 1285, C. civ., ne pouvait pas être appliqué dans l'espèce. La Cour a repoussé cette thèse et décidé que la disposition de l'art. 1285 aux termes de laquelle la remise de la dette faite à l'un des codébiteurs solidaires profite aux autres, sauf réserves contraires de la part du créancier, est applicable entre les coauteurs d'un quasi-délit. Elle exclue ainsi formellement la solidarité imparfaite. — Cass., 17 mars 1902, Havem et Cie, [D. 1902.1.541] — *Revue trimestrielle du dr. civ.*, 1903, p. 166.

328. — Cette même opinion a été consacrée, à plusieurs reprises, par la chambre civile. — Cass., 3 juill. 1900, De Fages de Chaulnes, [S. et P. 1900.1.441, D. 1902.1.417] — 16 juill. 1902, [*Gaz. des Trib.*, 23 juill. 1902]

329. — Par le premier de ces arrêts, la chambre civile après avoir décidé que les souscripteurs et cessionnaires successifs d'une action non libérée sont tenus au paiement du prix de l'action, de manière que chacun puisse y être contraint pour la totalité et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier (L. 1er août 1893, art. 2), ajoute que ces conditions, qui sont celles déterminant, d'après l'art. 1200, C. civ., l'existence de la solidarité entre les débiteurs, rendent applicable aux souscripteurs et cessionnaires l'art. 1285, C. civ., d'après lequel la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. — V. aussi *suprà*, n. 237 et s.

330. — Par le troisième, la chambre civile décide que l'art. 1206, C. civ., s'applique à la solidarité légale aussi bien qu'à la solidarité conventionnelle. Appliquant cette règle à la solidarité légale de l'art. 1419, C. civ., elle juge que les poursuites faites contre la femme ont pour effet d'interrompre la prescription même à l'égard du mari.

331. — La majorité de la doctrine et la jurisprudence ne reconnaissent donc qu'une seule espèce de solidarité produisant toujours les mêmes effets, ceux qui sont déterminés par les art. 1200 et s., C. civ. Il est cependant un cas particulier dans lequel la loi a elle-même modifié et restreint les effets ordinaires de la solidarité, c'est celui de la solidarité légale établie entre les divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Le droit commun est, aux termes de l'art. 1206, C. civ., que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. Il en est différemment entre les cosignataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. En cas de non-paiement, ils doivent être tous assignés par le porteur; ce dernier perdrait son recours contre ceux qu'il n'aurait pas cités (C. comm., art. 165 et s. et 189). — Demolombe, t. 26, n. 290; Colmet de Santerre, t. 5, n. 135 *bis*-III; Planiol, n. 779; Baudry-Lacantinerie et Barde, n. 1297; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — V. *supra*, vis *Billet à ordre*, n. 200 et s., *Lettre de change*, n. 1089 et s.

CHAPITRE VI.

DROIT FISCAL.

332. — V. *suprà*, vis *Enregistrement*, n. 994 et s.; *Obligation*, n. 828, et *infrà*, v° *Timbre*.

CHAPITRE VII.

LÉGISLATION COMPARÉE.

§ 1. ALLEMAGNE.

333. — Lorsque plusieurs personnes sont coobligées en ce sens que chacune est tenue, s'il y a lieu, d'exécuter l'obligation tout entière, mais que le créancier ne peut demander qu'une unique exécution de l'obligation (*Gesammtschuldner*, débiteurs solidaires), le créancier est libre d'exiger de l'une d'elles, à son choix, l'exécution de l'obligation tout entière ou de réclamer des unes et des autres une exécution partielle. Elles demeurent toutes obligées jusqu'à ce que l'obligation ait été intégralement exécutée (C. civ. all., § 421).

334. — L'exécution de l'obligation par l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres, même si elle a lieu sous la forme d'une *datio in solutum*, d'une consignation ou d'une compensation. Une créance appartenant à l'un des codébiteurs solidaires ne peut pas être opposée en compensation par les autres (§ 422).

335. — La remise de dette accordée par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires profite aux autres s'il était dans l'intention des parties d'éteindre complètement l'obligation (§ 423). Si la remise a été purement personnelle, de façon à mettre hors de cause, quant au créancier, le codébiteur qui en est l'objet, celui-ci n'en demeure pas moins exposé au recours des autres, et cette remise ne crée pas en faveur de ces derniers une exception opposable au créancier.

336. — La demeure du créancier par rapport à l'un des codébiteurs solidaires peut être invoquée par les autres (§ 424).

337. — Des circonstances autres que celles qui sont énumérées aux §§ 422 à 424 n'ont, en général, d'effet que pour ou contre le codébiteur en la personne de qui elles se présentent. Tel est, en particulier, le cas de l'avertissement de payer, de la demeure, de la faute, de l'impossibilité pour l'un des codébiteurs personnellement d'exécuter l'obligation, de la prescription, de son interruption ou de sa suspension, de la confusion et d'un jugement définitif (§ 425).

338. — Entre eux, les codébiteurs solidaires sont réputés, sauf stipulation contraire, être tenus pour des parts égales. Si l'un d'eux ne peut pas s'acquitter de sa part de dette, elle se répartit entre les autres. Dans la mesure où l'un des codébiteurs a désintéressé le créancier et peut demander aux autres de le couvrir, il est subrogé aux droits du créancier contre eux; mais la subrogation ne peut jamais être invoquée au détriment du créancier (§ 426).

339. — Si plusieurs personnes s'obligent par contrat conjointement, elles sont présumées avoir entendu s'obliger solidairement (§ 427).

340. — Lorsque plusieurs personnes ont le droit de demander l'exécution d'une obligation en ce sens que chacune peut exiger l'exécution intégrale de l'obligation, mais que le débiteur n'est tenu de l'exécuter qu'une fois (*Gesammtgläubiger*, créanciers solidaires), le débiteur est libre de s'acquitter entre les mains de tel des créanciers que bon lui semble, alors même que l'un d'entre eux aurait déjà intenté une action contre lui (§ 428).

341. — La mise en demeure de l'un des créanciers solidaires produit également son effet par rapport aux autres. Lorsque la créance et la dette se confondent sur la tête de l'un d'entre eux, les droits des autres contre le débiteur s'éteignent. Au surplus, on applique les dispositions des §§ 422, 423 et 425 analysés ci-dessus. Ainsi, notamment, lorsqu'un créancier solidaire transmet son droit à un autre, les droits du reste des cocréanciers demeurent intacts (§ 429).

342. — Entre eux, et sauf stipulation contraire, les créanciers solidaires sont réputés avoir droit à des parts égales (§ 430).

343. — Les codébiteurs conjoints d'une obligation indivisible sont tenus comme des codébiteurs solidaires (§ 431), lors même que plus tard la dette deviendrait divisible, par exemple, parce qu'elle se convertirait en une indemnité pécuniaire, faute d'exécution en nature.

344. — Si les cocréanciers conjoints d'une obligation indivisible ne sont pas solidaires, le débiteur ne peut se libérer que vis-à-vis d'eux tous conjointement, et chaque créancier ne peut exiger de lui l'exécution de l'obligation que sous cette forme. Chaque créancier a le droit d'exiger du débiteur qu'il consigne la chose au profit de tous, ou qu'il la remette à un séquestre judiciaire si elle ne se prête pas à une consignation. Au surplus, une circonstance qui se produit seulement en la personne de l'un des créanciers n'a d'effet ni pour, ni contre les autres (§ 432).

§ 2. *Angleterre.*

345. — Le droit anglais distingue l'obligation simplement *joint*, dont les divers codébiteurs peuvent être chacun recherchés pour le tout, mais à la condition qu'on ne les mette en cause que tous ensemble, de l'obligation *joint and several*, qui est l'obligation solidaire proprement dite et dont chaque codébiteur est tenu individuellement pour le tout. Les caractères de l'obligation simplement *joint* ont été indiqués, *suprà*, v° *Obligation*, n. 982 et s.

346. — Lorsque les codébiteurs sont tenus *jointly and severally*, c'est-à-dire solidairement, le créancier peut à son gré les actionner tous ensemble ou ne rechercher qu'un seul d'entre eux pour le tout.

347. — La remise accordée à l'un profite à tous les autres, à moins que le créancier n'ait fait à cet égard une réserve expresse.

348. — Le décès de l'un des codébiteurs ne soustrait pas son avoir aux poursuites du créancier; son *estate* demeure engagé envers ce dernier pour le tout, envers les autres codébiteurs pour sa part.

349. — La solidarité proprement dite ne se présume pas. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n. 688 et 689.

§ 3. *Autriche.*

350. — Le Code civil autrichien traite de la solidarité sous le nom de *Correalität* (§§ 891 et s.).

351. — Lorsque deux ou plusieurs personnes s'obligent solidairement en ce sens que chacune s'oblige expressément pour tous et tous pour un, chaque personne isolée est tenue pour le tout; et il dépend du créancier de demander à son gré soit le tout à l'ensemble des codébiteurs ou à quelques-uns d'entre eux, soit aux uns ou aux autres des parties déterminées par lui, soit le tout à un seul d'entre eux. Même après l'introduction de l'instance, il conserve cette option s'il se désiste, et, lorsqu'il n'a obtenu de l'un ou l'autre des codébiteurs qu'une portion de la dette, il a le droit de rechercher les autres pour le restant (§ 891).

352. — La solidarité existe, de par la loi, dans une série de cas, notamment : entre les divers condamnés pour un même délit, quant au paiement des frais (C. proc. crim., § 389); entre les signataires d'une lettre de change (*Wechselordn.* du 25 janv. 1850, art. 81); entre les personnes qui requièrent ensemble d'un notaire la passation d'un acte, quant à ses droits et honoraires (*Notariatsordn.* du 25 juill. 1871, *R. G. B.*, n. 75, § 175); entre les participants à un acte de contrebande (*Zoll-und Staatsmonopolordn.*, §§ 201 et 202); en matière d'actes de commerce, sauf convention contraire (C. comm., art. 280 et 281).

353. — A l'inverse, lorsqu'un individu a promis le même tout à plusieurs personnes et que celles-ci ont été expressément autorisées à le réclamer solidairement (*zur ungetheilten Hand*), le débiteur est tenu de s'acquitter du tout envers celui des créanciers qui le lui réclame le premier (§ 892).

354. — Dès qu'un des codébiteurs a payé le tout au créancier, celui-ci ne peut plus rien réclamer des autres; dès que l'un des cocréanciers a reçu du débiteur le tout, les autres ne peuvent plus rien réclamer de ce dernier (§ 893).

355. — Un codébiteur ne peut porter préjudice aux autres par le fait qu'il accepte de la part du créancier des conditions plus onéreuses; et la remise ou les facilités qu'obtient l'un des codébiteurs ne profite point aux autres (§ 894).

356. — La question de savoir dans quelle mesure celui des cocréanciers qui a reçu le tout en doit une partie aux autres, doit être résolue d'après les relations juridiques existant entre eux; à défaut de semblables relations, il n'a aucun compte à leur rendre (§ 895).

357. — Un codébiteur solidaire qui a payé de ses deniers l'ensemble de la dette est autorisé, sans nulle cession spéciale, à demander aux autres une indemnité, par parts égales s'il n'y a aucune raison d'établir une autre proportion. Si l'un d'entre eux était incapable de s'obliger ou se trouve être insolvable, sa part tombe à la charge de tous les autres. La remise obtenue par l'un des codébiteurs n'est pas opposable aux autres quand ils réclament ladite indemnité (§ 896).

§ 4. *Belgique.*

358. — La Belgique est régie par le Code civil français.

§ 5. *Espagne.*

359. — Les cocréanciers ou les codébiteurs ne sont solidaires qu'en vertu d'une disposition expresse en ce sens (C. civ., art. 1137); la solidarité peut, d'ailleurs, exister lors même qu'ils ne seraient pas liés de la même façon et sous les mêmes termes et conditions (art. 1140).

360. — Chacun des créanciers solidaires a le droit de faire ce qui est utile aux autres, mais non ce qui peut leur nuire. Les actions exercées contre l'un des débiteurs solidaires nuisent (*perjudican*) aux autres (art. 1141).

361. — Le débiteur peut payer la dette à l'un quelconque des créanciers solidaires; mais, s'il a été actionné par l'un d'eux, c'est à celui-ci qu'il doit faire le paiement (art. 1142).

362. — La novation, la compensation, la confusion ou la remise de dette, faite par l'un des créanciers solidaires ou avec l'un des débiteurs solidaires, éteignent l'obligation sans préjudice de la disposition de l'art. 1146 (V. *infra*, n. 365). Le créancier qui a fait l'un de ces actes, tout comme celui qui perçoit la dette, répond envers les autres de la part qui leur revient dans l'obligation (art. 1143).

363. — Le créancier peut rechercher l'un quelconque des codébiteurs solidaires ou les rechercher tous simultanément. Les réclamations formulées contre l'un ne mettent pas obstacle à ce qu'il en soit dirigé ultérieurement contre les autres, tant que la dette n'a pas été intégralement acquittée (art. 1144).

364. — Le paiement fait par l'un des débiteurs solidaires éteint l'obligation. Celui qui l'a effectué peut seulement réclamer des autres le remboursement de leur part, avec l'intérêt de ses avances. Si l'un des codébiteurs solidaires est insolvable, sa part dans la dette se répartit entre les autres au prorata des leurs (art. 1145).

365. — La remise de dette faite par le créancier à l'un des codébiteurs pour sa part, ne libère pas celui-ci de sa responsabilité envers les autres dans le cas où l'un d'eux aurait payé la dette intégralement (art. 1146).

366. — L'obligation est éteinte si la chose périt ou si la prestation devient impossible sans la faute des codébiteurs solidaires ; s'il y a eu faute de l'un d'eux, tous sont responsables envers le créancier du prix et des dommages-intérêts, sans préjudice de leur action contre celui qui a été coupable ou négligent (art. 1147).

367. — Le débiteur solidaire peut opposer aux réclamations du créancier toutes les exceptions qui dérivent de la nature de l'obligation ou qui lui sont personnelles. Il ne peut se prévaloir de celles qui sont personnelles aux autres que pour la part de dette qui leur incombe (art. 1148).

§ 6. *Italie.*

368. — La section du C. civ. ital., relative aux obligations solidaires (art. 1184 à 1201), est la traduction littérale de la section correspondante du C. civ. français (art. 1197 et s.). Seuls, les art. 1199 et 1206 du Code français, relatifs à l'interruption de la prescription, n'ont pas été reproduits dans cette partie du Code italien et se trouvent sous les n. 2131 et 2130 dans le titre *de la Prescription* de ce Code.

§ 7. *Monténégro.*

369. — Quand, dans une dette, il y a plusieurs débiteurs solidaires, le créancier est libre de choisir celui de qui il réclamera son paiement; il peut ou poursuivre l'un d'eux séparément, ou les poursuivre tous ensemble, et, après qu'il en a choisi un et qu'il a reçu de lui une partie de la dette, son droit d'option, pour le restant, ne se trouve nullement restreint (art. 556).

370. — La solidarité entre débiteurs ne se présume point; elle doit avoir été expressément stipulée ou résulter d'une disposition formelle de la loi (art. 938).

371. — Le débiteur solidaire mis en demeure de payer la dette peut exiger des autres le paiement de leur part respective, à condition qu'il n'en résulte pour le créancier ni retard, ni préjudice. Chacun des autres débiteurs demeure libre de payer directement sa part au créancier et, si celui-ci ne veut pas la recevoir, d'en faire le dépôt au tribunal ; mais, en usant de cette faculté, il ne s'affranchit pas des conséquences de la solidarité (art. 557).

372. — Le débiteur solidaire actionné peut opposer au créancier toutes exceptions résultant de la nature de la dette ou de la situation de l'ensemble des débiteurs ; il en a même le devoir, sous peine de répondre des conséquences dommageables pour ses consorts ; il peut aussi lui opposer les exceptions qui lui sont personnelles à l'égard du créancier (art. 558).

373. — Le créancier ne peut accorder aucun avantage à l'un des débiteurs au détriment des autres; l'un des codébiteurs ne peut sans le consentement des autres accepter une charge ou faire un acte qui aggraverait d'autant l'obligation solidaire (art. 559).

374. — Si, même avant toute poursuite, l'un des débiteurs solidaires paie la dette, tous les autres se trouvent libérés ; s'il n'en a payé qu'une partie, la libération des autres est proportionnelle (art. 560).

374 *bis.* — Le créancier est tenu non seulement de remettre au débiteur sa quittance; mais si celui-ci le demande, de lui transférer tous ses droits avec leurs accessoires (nantissement, hypothèques, etc.), dans la mesure où ce transfert peut lui faciliter, contre les autres débiteurs solidaires, la répétition des parts et portions de chacun d'eux (art. 561).

375. — En principe, le codébiteur solidaire qui a payé la dette commune a son recours contre chacun des autres, mais pour sa part contributoire seulement et sans solidarité ; si l'un d'eux ne peut se libérer de sa part, elle se répartit proportionnellement entre les autres (art. 562, [illegible]). Sauf convention contraire, les parts dans la dette sont réputées égales (art. 562).

376. — S'il y a plusieurs créanciers solidaires, chacun d'eux peut demander et recevoir le paiement de la dette entière, et le paiement reçu par lui [illegible] encore que les autres créanciers n'y soient pas intervenus et n'aient pas signé la quittance. La solidarité des créanciers ne se présume pas plus que celle des débiteurs (art. 563).

377. — Le débiteur peut payer à l'un ou l'autre des créanciers à son choix, tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'entre eux; une fois des poursuites intentées, il n'a plus le droit d'option et doit payer entre les mains du créancier qui l'a actionné (art. 564).

377 *bis.* — L'un des créanciers solidaires peut libérer le débiteur non seulement par le paiement, mais encore par tout autre mode légal, à la seule condition que ce ne soit point par fraude et en vue de porter préjudice aux autres créanciers. Toutefois, si la libération a lieu, sans le consentement des autres, à titre purement gratuits et sans compensation, cette remise de dette demeure sans effet (art. 565).

§ 8. *Pays-Bas.*

378. — Les art. 1314 à 1331, C. civ. néerl., sont la traduction littérale des art. 1197 à 1216, C. civ. franç., à cela près que nos art. 1199 et 1206, relatifs à la prescription, ont été omis dans cette partie du Code et réservés pour le titre *de la Prescription*.

§ 9. *Portugal.*

379. — Lorsqu'il y a plusieurs créanciers ayant un droit égal à recevoir le paiement intégral de la dette, le débiteur peut payer entre les mains de celui qui lui convient, tant qu'il n'a pas été mis par l'un des autres en demeure de s'acquitter (C. civ. port., art. 750).

380. — Le créancier solidaire peut libérer le débiteur, soit en recevant le paiement de la dette, soit sous forme de compensation, novation ou remise ; sauf sa responsabilité envers ses cocréanciers (art. 751).

381. — Le créancier qui a plusieurs débiteurs solidaires peut exiger le paiement de tous les débiteurs ensemble, ou de l'un d'eux seulement, sans que celui-ci jouisse du bénéfice de division (art. 752).

382. — Le créancier qui a exigé de l'un des codébiteurs solidaires le paiement total ou partiel de la dette, n'en a pas moins en cas d'insolvabilité de ce débiteur, le droit de poursuivre les autres (art. 753).

383. — Le codébiteur solidaire qui a payé pour les autres peut répéter contre chacun d'eux sa part virile; si l'un des débiteurs est insolvable, la perte se répartit entre les autres (art. 754).

384. — En cas de perte de la chose par la faute de l'un des débiteurs, les autres ne sont pas déchargés ; mais celui par la faute duquel la chose a péri est seul tenu des dommages-intérêts (art. 755).

385. — Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui lui sont personnelles ou qui sont communes à l'ensemble des codébiteurs (art. 756).

386. — Les héritiers d'un débiteur solidaire sont tenus conjointement de la totalité de la dette ; mais, en principe, chacun d'eux personnellement n'est obligé qu'en proportion du nombre des héritiers et de sa part dans la succession (art. 757. — V. art. 731-2°).

§ 10. *Roumanie.*

387. — Les art. 1034 et s., C. civ. roum., sont la traduction littérale des art. 1197 et s., C. civ. franç. Le législateur a seulement introduit, après les art. 1034 à 1036 (= 1197 à 1199), deux dispositions nouvelles, ainsi conçues : 1037. Le créancier solidaire qui a reçu la totalité de la dette est tenu d'en remettre leurs parts à ses divers cocréanciers, à moins qu'il ne puisse prouver que l'obligation avait été contractée dans son intérêt exclusif. — 1038. Tout créancier solidaire représente les autres pour les actes pouvant avoir pour effet la conservation de l'obligation.

§ 11. *Russie.*

388. — En cas d'engagements contractés conjointement par plusieurs personnes dans un seul et même acte, la solidarité des codébiteurs ne se présume pas ; dans le doute, chacun d'eux ne peut être recherché que pour sa part d'obligation (*Lois civiles, Svod*, t. 10, 1re part., art. 1548) ; en général, ces parts sont réputées égales.

389. — Les expressions « en général et séparément » (*voobchtché i porozn* (art. 2134), « un ou chacun pour tous, tous pour un ou chacun » (art. 1548), « l'un pour l'autre » (*Svod*, t. 11, 2e part., art. 763), « en commun » (*sovokoupno*) (t. 10, 1re part., art. 1558-5°), « en général », « indivisément » (*nérazdielno*), doivent, lorsqu'elles figurent dans un contrat ou un jugement, être considérées comme impliquant solidarité. — Arrêt du dép. civ. de cassation, 1871, n. 1218 (*Nagel*).

390. — D'autre part, le Sénat, dans divers arrêts, a déclaré solidaires, à raison même de la nature du contrat et en l'absence de toute déclaration expresse : 1° les covendeurs et coacheteurs, lorsqu'ils ont donné ou reçu conjointement des arrhes et qu'ensuite ils refusent de vendre ou d'acheter ; 2° les copropriétaires d'une maison, pour le paiement de travaux exécutés dans ladite maison ; 3° ceux qui obtiennent ensemble la concession de certains travaux ou fournitures. — Arrêts du même dép., 1872, n. 405 ; 1873, n. 258 ; 1875, n. 794 ; 1877, n. 537.

391. — Quand plusieurs personnes sont tenues solidairement, il dépend des créanciers de les actionner simultanément, ou séparément, ou successivement ; mais, si nous interprétons exactement un arrêt de 1885, il a été jugé que l'action introduite contre l'un d'eux n'interrompt pas la prescription par rapport aux autres, ce qui est contraire à la doctrine consacrée par l'art. 1206, C. civ. franç. (Arrêt du même dép., 1885, n. 82). — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 755.

§ 12. *Scandinaves (États).*

392. — La solidarité peut découler d'un délit ou d'une convention expresse. Ainsi quand un délit a été commis de concert par plusieurs personnes, elles sont tenues solidairement des dommages-intérêts (C. pén. suéd., c. 6, § 5).

393. — Mais, en Danemark et en Norvège, on admet même à défaut d'une clause contractuelle expresse que, si plusieurs personnes se sont obligées conjointement et par un même acte, elles doivent être présumées avoir entendu s'obliger solidairement, à moins qu'il ne s'agisse de contrats maritimes ou d'une promesse de donation.

394. — En matière de cautionnement, les cofidéjusseurs ne sont tenus en première ligne que pour leur part et portion, mais ils répondent solidairement de la part que l'un d'entre eux ne peut pas acquitter (bénéfice de discussion).

395. — En Suède, la solidarité entre cofidéjusseurs ne résulte que d'une clause expresse ; tel est, notamment, le cas pour les débiteurs qui ont délivré un titre de créance, lorsqu'ils ne sont pas des associés (C. suéd. de 1734, tit. *du Commerce*, c. 10, § 11 ; loi d'introduct. du C. de proc. exécut., § 10, al. 8).

396. — Mais les cofidéjusseurs sont subsidiairement solidaires les uns des autres dans le cas suivant : lorsque, deux ou plusieurs personnes s'étant obligées solidairement, le créancier néglige de réclamer son paiement ou une reconnaissance de dette dans le délai prescrit par la loi, la solidarité cesse en ce sens qu'il perd tout recours pour la part de la dette qui incombait à cette personne, et qu'il ne peut plus ensuite rechercher chacun des autres débiteurs que pour sa part et portion virile ; néanmoins ; si l'un d'eux devient insolvable, sa part de la dette se répartit également entre les autres.

397. — La même règle s'applique au cas où une dette étant garantie par plusieurs cofidéjusseurs, le créancier a laissé périmer son droit contre l'un d'eux (loi sur la prescription du 4 mars 1862, §§ 5 et 18). On assimile, en pratique, au cas où le créancier a laissé périmer son droit, celui où il a fait remise de la dette à l'un des codébiteurs.

398. — La question de savoir dans quelle mesure le codébiteur solidaire qui a payé la dette à la décharge des autres a son recours contre eux, a fait naître la controverse. En matière de délit, on a soutenu que le recours doit être accordé à ce codébiteur s'il y a eu simple faute, mais non en cas de dol ; en Suède, l'opinion tend à prévaloir que le droit de recours doit être reconnu dans les deux cas : il l'est, à plus forte raison, quand il s'agit d'obligations contractuelles.

399. — Pour les dettes qui ne découlent ni d'un délit, ni d'un contrat, on considère également, en Suède, le recours comme légitime. — V. loi sur la responsabilité en matière de transports par chemins de fer, du 12 mars 1886, § 8.

400. — En Norvège, le droit de recours existe lorsque deux ou plusieurs personnes se sont obligées par un seul et même acte et que l'une d'elles a payé plus que sa part ; en principe, et sauf stipulation contraire, celui qui exerce le recours ne peut réclamer de chacun des autres codébiteurs que sa part personnelle et proportionnelle dans la dette (*Norske lov*, 1-21-14).

401. — En Suède et en Danemark, on paraît admettre, au contraire, que le débiteur qui a payé toute la dette est subrogé *ipso facto* dans tous les droits du créancier et a, par conséquent, la faculté de réclamer, de l'un des autres codébiteurs à son choix, le remboursement de la totalité de ses avances, déduction faite de sa propre part dans la dette commune. — Arrêt de la Cour suprême de Stockholm, 7 juin 1886 (N. J. A., 1886, p. 252). — V. *Danske lov*, 1-23-14.

402. — Lorsque l'un des codébiteurs solidaires cesse d'être obligé au paiement, cette circonstance n'a en général d'effet que par rapport à lui et ne porte aucune atteinte aux droits du créancier. Si les uns ou les autres des codébiteurs tombent en faillite à la même époque, le créancier peut, d'après les diverses lois scandinaves sur la faillite, faire valoir sa créance pour son montant intégral dans chacune de ces faillites ; mais il va sans dire qu'il ne peut toucher, en tout, plus qu'il ne lui est dû, et, s'il se produit un excédent, il revient à celles des masses sur lesquelles il a été payé plus que la part proportionnelle du codébiteur dans la dette commune (Loi suéd., 18 sept. 1862, § 115 ; loi dan., 25 mars 1872, § 18 ; loi norv., 6 juin 1863, § 121). — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 299 à 301.

§ 13. *Suisse.*

403. — La solidarité n'existe, soit entre plusieurs débiteurs, soit entre plusieurs créanciers, qu'en vertu d'une convention expresse ou dans les cas déterminés par la loi (C. féd. Oblig. art. 162, 169).

404. — Lorsque deux ou plusieurs débiteurs sont tenus solidairement, le créancier peut, à son choix, exiger d'eux tous ou de l'un d'entre eux le paiement de tout ou partie de la créance ; et, même dans le second cas, les autres restent obligés jusqu'à l'extinction complète de la dette (art. 163).

405. — Le codébiteur solidaire ne peut opposer aux créanciers d'autres exceptions que celles qui résultent soit de ses rapports personnels avec lui, soit de la cause ou de l'objet de l'obligation solidaire elle-même ; il est responsable envers ses coobligés s'il ne fait pas valoir les exceptions qui leur sont communes à tous (art. 164).

406. — L'un des débiteurs solidaires ne peut pas aggraver par son fait personnel la position des autres (art. 165).

407. — Si l'un des débiteurs solidaires éteint la dette en tout ou en partie par voie de paiement ou de compensation, les autres sont libérés jusqu'à concurrence de la portion éteinte ; lors, au contraire, qu'il est seulement libéré personnellement, sans que la dette elle-même ait été payée, ce fait ne profite aux autres que dans la mesure que comportent les circonstances ou la nature des obligations (art. 166).

408. — Le créancier peut faire valoir sa créance entière dans la faillite de chacun des débiteurs solidaires ; le dividende auquel il a droit se calcule, dans chaque masse, d'après le chiffre intégral de la créance ; toutefois, il ne peut recevoir, en tout, plus que ce chiffre (art. 167).

409. — En principe, chacun des codébiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier ; ce qui ne peut être récupéré de l'un d'eux se répartit par portions égales entre tous les autres. Celui qui jouit d'un recours à cet effet est subrogé à tous les droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé. Si le créancier a amélioré la condition de l'un des codébiteurs au détriment des autres, il supporte personnellement les conséquences de ce fait (art. 168).

410. — Lorsque deux ou plusieurs créanciers sont solidaires, le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur envers tous ; il est

au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (art. 170).

SOMALIS (Côte française des).

LÉGISLATION (1).

Traité 11 mars 1862 (*relatif à la cession d'Obock à la France*); — Décr. 18 juin 1884 (*confiant à un commandant le commandement et l'administration d'Obock*); — Décr. 18 juin 1884 (*fixant la solde et l'indemnité de premier établissement du commandant d'Obock*); — Décr. 19 déc. 1884 (*approuvant la convention du 21 sept. 1884, relative à la cession de Tadjourah*); — Décr. 28 mai 1885 (*déterminant la juridiction militaire à laquelle ressortit le territoire d'Obock*); — Décr. 21 juill. 1885 (*établissant un service postal entre Obock et Aden*); — L. 2 août 1885 (*relative à l'ouverture d'un crédit pour l'organisation de la colonie d'Obock*); — Décr. 21 août 1885 (*approuvant les conventions des 18 oct. et 14 déc. 1884, relatives à cession de Cublet-Kharab*); — Décr. 3 mars et 3 oct. 1886 (*sur l'établissement d'un pénitencier à Obock*); — Arrangement franco-anglais, 2 févr. 1887 (*sur la délimitation des possessions des deux pays dans les régions Somalis*); — Décr. 2 sept. 1887 (*organisant le service judiciaire à Obock*); — Décr. 22 oct. 1887 (*sur le pénitencier d'Obock*); — Décr. 2 mai 1889 (*sur l'ouverture d'une chapelle à Obock*); — Décr. 22 juin 1889 (*sur l'organisation judiciaire à Obock*); — Décr. 9 juill. 1889 (*relatif à l'établissement d'un câble entre Obock et Perim*); — Décr. 23 nov. 1889 (*sur l'échange des colis postaux avec Obock et Malte*); — Décr. 9 déc. 1890 (*fixant la parité d'office du trésorier-payeur à Tahiti, Diégo-Suarez, Sénégal, Soudan, Obock*); — Arr. loc. 1er janv. 1892 (*accordant à Djibouti des concessions trentenaires et définitives*); — L. 11 janv. 1892 (*relative au régime des douanes*); — Décr. 4 août 1892 (*concédant l'exploitation des salines du lac Assal*); — Arr. 10 mai 1893 (*créant le budget autonome du protectorat*); — Arr. 1er nov. 1893 (*sur la justice indigène*); — Conv. 9 mars 1894 (*autorisant la création d'une société ayant pour objet la construction et l'exploitation d'un chemin de fer de Djibouti à Harrar, Entotto, et au Nil Blanc*); — Décr. 4 sept. 1894 (*sur l'organisation judiciaire à la Côte des Somalis*); — Décr. 10 oct. 1894 (*sur le commerce et l'importation des armes et munitions à Obock et dans les protectorats assimilés*); — Décr. 11 août 1895 (*supprimant le pénitencier d'Obock*); — Décr. 15 oct. 1895 (*sur la cession gratuite du matériel du pénitencier au service local*); — Décr. 20 mai 1896 (*portant organisation des possessions françaises de la Côte des Somalis*); — Conv. 27 avr. 1896 (*accordant le passage de la voie ferrée sur le territoire du protectorat*); — Décr. 6 juin 1896 (*sur le service d'hygiène*); — Acte 7 août 1896 (*sur la constitution de la Compagnie impériale des chemins de fer éthiopiens*); — Conv. 16 sept. 1897 (*sur le passage de la voie ferrée par le protectorat*); — Décr. 30 avr. 1898 (*sur la construction et l'exploitation d'une jetée à Djibouti*); — Décr. 28 août 1898 (*sur l'organisation administrative du protectorat*); — Arr. 12 juin 1899 (*sur la nourriture des détenus*); — Décr. 6 juill. 1899 (*sur la réglementation des mines et carrières pour l'Afrique continentale, à l'exception de l'Algérie et de la Tunisie*); — Décr. 5 sept. 1899 (*sur la pêche des huîtres perlières et nacrières*); — Décr. 20 janv. 1899 (*relatif à la concession de l'exploitation des salines du lac Assal*); — Décr. 11 oct. 1899 (*portant réorganisation du conseil d'administration de la Guinée, Côte d'Ivoire, Dahomey, Congo, Côte des Somalis*); — Arr. 13 nov. 1899 (*sur les concessions urbaines à titre onéreux*); — Arr. 14 nov. 1899 (*sur le tarif des actes civils et judiciaires*); — Arr. 10 déc. 1899 (*sur les taxes de consommation*); — Arr. 29 déc. 1899 (*sur le régime des concessions*); — Arr. 5 mars 1900 (*sur le régime des travaux publics*); — Arr. 13 mars 1900 (*sur l'allocation d'un mobilier aux fonctionnaires*); — Arr. 3 mai 1900 (*sur la réglementation du port de Djibouti*); — Arr. 10 mai 1900 (*sur la ration des agents indigènes dans la partie rurale du protectorat*); — Décis. loc. 10 mai 1900 (*fixant les droits de justice en matière de justice indigène*); — Arr. 28 mai 1900 (*promulguant les décrets des 31 mars 1897 et 21 juill. 1899, sur la police sanitaire maritime*); — Arr. 6 juin 1900 (*prescrivant des mesures hygiéniques*); — Arr. 23 juin 1900 (*sur la police de Djibouti*); — Arr. 30 juin 1900 (*fixant des droits sur les boissons alcooliques*); — L. 7 juin et décr. 8 juill. 1900 (*sur l'exécution de la convention de Bruxelles*); — Arr. 23 juin 1900 (*sur la création d'un réseau téléphonique à Djibouti*); — Arr. 19 juil. 1900 (*sur le séjour des Français et étrangers*); — Arr. 10 août 1900 (*sur l'organisation des bureaux du Gouvernement et du secrétariat général*); — Décr. 18 août 1900 (*sur le service des douanes*); — Arr. 26 août 1900 (*organisant le tribunal [illegible]*); — Arr. 28 août 1900 (*sur la police urbaine et suburbaine*); — Arr. 1er sept. 1900 (*sur le louage des voitures à la course*); — Arr. 1er sept. 1900 (*organisant une commission d'évaluation du revenu des propriétés bâties*); — Arr. 10 sept. 1900 (*supprimant la gratuité des médicaments*); — Arr. 24 sept. 1900 (*relatif au cadre indigène local pour le service des douanes et contributions*); — Arr. 27 sept. 1900 (*séparant le magasin des travaux publics et du service local*); — Arr. 27 sept. 1900 (*sur l'ouverture des lettres en rebut*); — Arr. 27 sept. 1900 (*sur la milice indigène rurale*); — Arr. 27 sept. 1900 (*relatif au cadre local d'agents indigènes des postes*); — Arr. 29 sept. 1900 (*sur l'effectif des agents indigènes en service à Obock*); — Arr. 9 oct. 1900 (*sur l'impôt des patentes*); — Arr. 11 oct. 1900 (*fixant les taxes de consommation*); — Arr. 12 oct. 1900 (*relatif à la taxe des propriétés bâties*); — Arr. 12 oct. 1900 (*relatif à des droits de sortie*); — Arr. 17 oct. 1900 (*relatif à l'établissement de plusieurs taxes*); — Arr. 19 oct. 1900 (*établissant une taxe sur les chiens*); — Arr. 22 oct. 1900 (*allouant un droit au greffier sur le produit des adjudications*); — Arr. 23 oct. 1900 (*sur le service de la poste*); — Arr. 24 nov. 1900 (*approuvant les statuts du syndicat commercial de Djibouti*); — Arr. 29 nov. 1900 (*sur les taxes de consommations*); — Arr. 28 déc. 1900 (*relatif à commission des patentes et du revenu des propriétés bâties*); — Arr. 29 déc. 1900 (*sur l'impôt foncier*); — Décr. 19 déc. 1900 (*sur l'organisation judiciaire à la Côte des Somalis*); — Arr. 26 janv. 1901 (*sur la composition de la commission des patentes*); — Arr. 4 févr. 1901 (*relatif aux concessions*); — Arr. 14 févr. 1901 (*fixant un droit de magasinage sur les armes et munitions*); — Déc. 1er févr. 1901 (*sur les magasins généraux et l'entrepôt réel de Djibouti*); — Arr. 5 mai 1901 (*relatif au port des bâtons*); — Décr. 26 mai 1901 (*sur l'organisation judiciaire*); — Arr. 31 mai 1901 (*sur les honoraires des officiers ministériels*); — Arr. 31 mai 1901 (*sur la signification des contraintes*); — Arr. 1er juin 1901 (*sur la ration des prisonniers*); — Arr. 11 juin 1901 (*supprimant la milice indigène rurale et créant huit postes de police*); — Arr. 26 juin 1901 (*promulguant le décret du 18 avr. 1901, sur la concession de l'entrepôt réel de Djibouti*); — Arr. 1er juill. 1901 (*relatif au droit sur les peaux*); — Décr. 4 août 1901 (*sur la recherche de l'or et des métaux précieux pour l'Afrique continentale sauf l'Algérie et la Tunisie*); — Protocole 10 juill. 1901 (*fixant la frontière entre les colonies françaises et italiennes*); — Arr. 7 oct. 1901 (*sur le service de l'hôpital*); — Arr. 7 oct. 1901 (*relatif aux concessions*); — Arr. 7 oct. 1901 (*sur le tarif de l'abonnement téléphonique*); — Arr. 17 oct. 1901 (*sur l'indemnité de nourriture du personnel hospitalier*); — L. 6 avr. 1902 (*approuvant la convention du 6 févr. 1902 avec la Compagnie des chemins de fer éthiopiens*); — Décr. 29 mai 1902 (*sur les mandats-poste*); — Arr. 1er juill. 1902 (*portant indication des marchandises soumises à l'entrepôt fictif*); — Arr. 1er juill. 1902 (*accordant une subvention à l'Institut Saint-Gabriel*); — Arr. 27 sept. 1902 (*sur la solde du trésorier-payeur*); — Décr. 27 déc. 1902 (*sur les frais de représentation alloués au gouverneur*); — Arr. 30 sept. 1902 (*sur le paiement de certaines taxes de consommation et de douane*); — Arr. 8 oct. 1902 (*créant une commission permanente des adjudications*); — Arr. 14 nov. 1902 (*sur le tarif des voitures*); — Arr. 12 déc. 1902 (*relatif à la commission permanente des adjudications*); — Décr. 29 déc. 1902 (*sur l'échange des colis postaux*); — Décr. 8 janv. 1903 (*sur l'assignation en matière civile dans les colonies et pays de protectorat autres que la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion et la Tunisie*); — Arr. 31 janv. 1903 (*sur la création d'une bibliothèque*); — Arr. 16 mars 1903 (*relatif au timbrage des actes*); — Arr. 30 juin 1903 (*relatif à l'enregistrement d'adresses télégraphiques*); — Arr. 15 avr. 1903 (*sur l'immigration*); — Arr. 6 sept. 1903 (*relatif au Journal officiel local*); — Décr. 23 oct. 1903 (*sur le service de la justice militaire aux colonies*); — Arr. 11 déc. 1903 (*sur les taxes de consommation, droits de sortie et de contrôle*); — L. de fin. 30 déc. 1903 (*subvention au budget local et au chemin de fer éthiopien*); — Décr. 4 févr. 1904 (*réorganisant*

(1) Les arrêtés et le Journal officiel cités sans autre indication désignent les arrêtés locaux et le Journal officiel du Protectorat.

le service de la justice ; — Décr. 4 févr. 1904 (*sur le traitement et la parité d'office des magistrats*).

Bibliographie.

S. Russel, *Une mission en Abyssinie*, 1884. — Denis de Rivoyre, *Les Français à Obock*, 1888. — Robert Chauvelot, *Un grand politique*, S. M. l'Empereur Ménélik II, 1899. — Sylvain Vignéras, *Notice sur la Côte des Somalis*, 1900; — *Ministère des colonies : notice à l'usage des émigrants*, 1900 et 1903. — Heudebert, *Au pays des Somalis et Comoriens*, 1901. — Hugues le Roux, *Ménélik et Nous*, 1902.

Bulletins officiels du ministère de la Marine et du ministère des Colonies. — Annuaire colonial, 1903-1904 (Commerce, Agriculture, Industrie). — *Recueil de législation et de jurisprudence coloniales* (Dareste et Appert, à partir de 1898). — *La dépêche coloniale* notamment le n. du 31 août 1903. — *Journal franco-éthiopien* « Djibouti ». — *Journal officiel de la Côte des Somalis* (à partir de 1900).

V. aussi *suprà*, v° *Colonies*.

Index alphabétique.

Division.

CHAPITRE I.

Notions générales et historiques.

1. — La Côte française des Somalis, qui s'étend à l'entrée du détroit de Bab-el-Mandeb, tout entière dans la zone tropicale, (Djibouti par 40°48 de longitude et 11°36 de latitude Nord), est séparée au sud des possessions anglaises de Zeilah et Berberah (arrangement du 2 févr. 1887 : la frontière part des puits d'Hadou, se dirige sur Abassaouen, Biakabola et suit la route des caravanes jusqu'à Gueldeissa) et au nord de la colonie italienne de l'Erythrée (protocole du 16 juill. 1901 : la frontière part de Ras Doumeirah, suit la ligne de partage des eaux du promontoire de ce nom et se prolonge dans la direction du sud-ouest sur un parcours de 60 kilom. environ). Du côté de l'Abyssinie, la frontière est nominalement constituée par une ligne imaginaire courant à 90 kilom. de la côte, en deçà de laquelle les régions relèveraient de l'influence française.

2. — Ainsi délimitée, la colonie comprend outre l'établissement d'Obock : 1° le groupe des îles Suba ou des Frères composé de sept îlots rocheux en face de Périm; 2° Tadjourah (traité du 11 sept. 1884 et décret du 10 décembre); 3° tout le Gubbet Kharab (Ras Ali, Sagallo et Rood Ali, d'une part, la côte depuis Adalee jusqu'à Ambaldo, d'autre part : traités des 18 oct. et 14 déc. 1884. Décr. 21 août 1885). Sa superficie est évaluée très approximativement, faute de limites précises, à 120,000 kilomètres carrés.

3. — Elle appartient à la zone désertique, et le sol, d'abord fait d'alluvions et planté de mimosas et de quelques plantes grasses, s'élève brusquement à quelques kilomètres de la mer, se couvre de pierres noires d'origine volcanique, se coupe de failles profondes et de vallées tortueuses, où les mimosas rabougris font bientôt place à des touffes parsemées d'herbe sèche et dure. A 50 kilom. de la côte, des montagnes ou bien s'élèvent en blocs réguliers de hauteur inégale, ou bien présentent l'aspect d'un chaos inextricable de rochers. Des teintes étranges du sol, des pierres, des hauteurs, contribuent à donner à cette région un caractère fantastique qui laisse supposer des phénomènes sismiques d'une violence extraordinaire. Partout d'ailleurs on retrouve d'anciens cratères et de nombreuses sources minérales. La contrée qui avoisine directement le golfe de Tadjourah est formée de plateaux rocheux [illegible], et limitée à l'ouest par des collines assez élevées qui commencent au ras Doumeirah pour aboutir aux environs de Zeilah. A l'entrée du golfe de Tadjourah se trouvent les îles Mouscha cédées à la France par

l'Angleterre en 1887. Au fond, un étranglement qui sert d'entrée à une baie de forme circulaire, sorte de bassin très profond (on y trouve des dépressions de plus de 150 mètres), qu'on appelle le Gubbet-Kharab et qui paraît être un ancien cratère; de hautes montagnes volcaniques l'entourent, la vallée des laves qui commence au Gubbet-Kharab aboutit au bout d'une dizaine de kilomètres au Bahr-Assal ou lac salé. Du ras Doumeirah aux puits d'Hadou la côte se déroule sur une longueur de 250 kilomètres.

4. — Le climat est essentiellement sec et sain; la plupart des fièvres et maladies coloniales y sont inconnues. Le thermomètre oscille entre 32° et 45° pendant la saison chaude (mai-septembre) et de septembre à mai entre 25° et 30°. La pluie tombe parfois en ondées et même en véritables trombes. On a compté en 1900 38 jours de pluie d'une hauteur de 170^{mm} (Rapport météor. 1900 au *J. off.* du 1er juill. 1901). La chaleur est plus forte à Obock qu'à Djibouti, plus exposé aux atteintes du Khamsin, vent brûlant du nord-est, qui n'arrive à Djibouti qu'après avoir traversé le golfe de Tadjourah.

5. — La vie est relativement facile à Djibouti. Notons cependant qu'un arrêté local détermine l'ameublement auquel ont droit les fonctionnaires du protectorat « en raison du prix élevé et de la rareté des mobiliers à Djibouti » (Arr. loc. 13 mai 1900 au *J. off.* du 28). La population européenne de Djibouti varie entre 500 et 1,200 personnes suivant les saisons, sur un total de 6,000 habitants. Elle se compose en majeure partie de Français qui tiennent le gros commerce, ou sont ingénieurs, entrepreneurs et employés du chemin de fer; des Grecs et d'Italiens, petits commerçants ou manœuvres; le reste comprend des Turcs, des Indiens, des Abyssins et Soudanais en petit nombre, des Arabes qui forment un groupement important et actif; les Somalis constituent à eux seuls la moitié de la population de Djibouti. Obock n'est plus qu'une agglomération de 300 indigènes. On compte environ 200,000 indigènes disséminés sur les territoires du protectorat. Ils appartiennent à deux races : les Somalis Assas et les Danakils. Physiquement très-dissemblables, ils se ressemblent au moral par leurs appétits sanguinaires et leur haute estime pour le meurtre et les meurtriers; le régime patriarcal où ils vivent, la coutume qui fait la tribu entière responsable du prix du sang en diminue le nombre. Pas d'unité politique : des tribus qui élisent leur chef et l'assistent de leurs conseils, et qui sont parfois réunies en groupements instables.

6. — Les indigènes vivent des produits de leurs troupeaux et mènent une existence nomade à la recherche de l'eau et des pâturages. Il existe en effet des animaux domestiques en assez grand nombre : mulets, ânes, chameaux, surtout des bœufs et des moutons. On trouve encore quelques ânes sauvages, gazelles, outardes, et à une certaine distance dans l'intérieur, des bêtes féroces, des éléphants et des autruches. La flore, comme la faune, est saharienne, et comprend des mimosas, des palétuviers sur la côte; dans les vallées, des genêts et des euphorbes; et sur les plateaux une herbe que les indigènes appellent hachich et qu'ils emploient comme fourrage. Les nappes souterraines existant autour de Djibouti ont permis d'y entreprendre la culture maraîchère.

7. — La situation géographique de Djibouti, la zone désertique de 300 kilom. qui l'entoure, la destinaient à n'avoir pas d'existence commerciale propre, à être seulement un centre de transit; et, en effet, Djibouti n'est ni un centre d'approvisionnement, ni un point de destination; c'est toujours d'Aden que le commerce intérieur tire les marchandises nécessaires et sur Aden que sont dirigés les produits d'Abyssinie; Djibouti est presque réduit au rôle d'intermédiaire, mais dans cette mesure le mouvement économique y est considérable. L'arrivée du chemin de fer à Araoua (point de départ des caravanes pour Gueldeissa) et Dirédaouah (point de départ pour Addis Ababa), en octobre 1902 et janvier 1903 a permis à Djibouti de contrebalancer l'importance de Zeilah où s'accumulaient auparavant toutes les marchandises à destination d'Harar ou de l'extérieur; la voie de Zeilah moins commode est d'autant moins pratiquée qu'elle est plus onéreuse, la franchise des taxes locales n'existant pas à Zeilah comme à Djibouti pour les produits à destination d'Abyssinie. Outre la voie ferrée, il existe encore, comme voie de communication, la route de Djibouti à Beiadé (à 40 kilomètres environ) et Harar au sud, Ankober au sud-ouest. Les transports sont assurés par des caravanes de chameaux et de mulets dirigés par des abanes, ou chefs indigènes responsables. Le chiffre total des importations a atteint en 1902 (Rapp. du service des douanes, 5 mars 1903, au *J. off.*, 1er avr.) 7,364,816 fr. en augmentation de 30,000 fr. sur l'année précédente et d'un peu plus d'un million de francs sur l'année 1900. Les importations de France atteignent 3,021,582 fr. et les colonies françaises 89,067 fr. Sur le chiffre total les marchandises importées à destination d'Abyssinie comptent pour près de 4 millions de francs. D'Aden on tire les légumes secs, le dourah, les cotons; [illegible] les céréales d'alimentation, de la Somalie anglaise les chèvres, moutons et du beurre indigène. Les exportations [illegible] cafés, ont atteint 10,757,911 fr. en augmentation de 3,000,000 fr. sur la période précédente; dans ce chiffre les exportations à destination d'Aden comptent pour près de moitié et comprennent plus de 4 millions de cafés, ce qui tient à la réputation des cafés d'Aden, tandis que ceux expédiés de Djibouti et qui ont la même provenance ont jusqu'ici une cote inférieure.

8. — Le mouvement de la navigation est assez important : 227 navires en 1902 sont entrés dans le port, formant un tonnage net de 387,218 tonnes — dont 67 français. Le mouvement des boutres tend à diminuer : 1400 cependant ont mis en communication Djibouti avec les ports du protectorat, Aden, Zeilah, Berberah, et plus rarement Assab. Le port de Djibouti possède deux jetées dont l'une de 800 mètres sert à l'accostage des boutres, et l'autre de 900 mètres pour les gros navires; la voie ferrée est prolongée jusqu'à son extrémité. Les navires y trouvent de la viande fraîche, des légumes, de l'eau, provenant des nappes souterraines de Djibouti, et du charbon. Il y a deux dépôts pouvant contenir l'un 15,000 et l'autre 600 tonnes.

9. — La pêche des huîtres perlières et nacrières constitue l'industrie la plus active de la Côte des Somalis (V. *infra*, n. 51). Le pays a encore été peu étudié au point de vue des mines : toutefois des permis d'exploration ont déjà été accordés. On trouve sur le territoire une assez notable quantité de pierres à bâtir. Les salines du lac Assal peuvent faire l'objet d'une exploitation régulière.

10. — Il n'existe pas de banque à Djibouti; toutefois l'agent de la Compagnie de l'Afrique orientale encaisse les effets qui lui sont transmis par la maison Tian d'Aden, correspondant du Comptoir d'Escompte et du Crédit Lyonnais, mais il ne délivre pas de chèques. Les principales monnaies en circulation parmi les indigènes consistent surtout en roupies indiennes (à peu près 1 fr. 70) et en thalers à l'effigie de Marie-Thérèse (environ 2 fr. 15). Elles sont acceptées dans les pays Somalis, en Abyssinie, à Aden; le change en est fait à Djibouti par des Arabes ou commerçants indiens, correspondants ou employés de maisons d'Aden et le plus souvent en chèques au porteur.

11. — La situation financière de la colonie apparaît comme particulièrement favorable : l'encaisse de la caisse de réserve montait à 340,990 fr. 06 au 31 oct. 1903 (V. annexes du budget de 1904). La subvention métropolitaine normale, fixée à 400,000 fr. en 1899 tombe à 300,000 fr. en 1900, 250,000 fr. en 1901 et n'est plus que de 200,000 fr. pour 1902, 1903 et 1904. Enfin l'adjonction de magistrats de carrière en 1900 et 1901 aux fonctionnaires chargés jusque-là du service de la justice n'a entraîné aucune augmentation de dépenses pour la métropole, le budget local suffisant à y faire face (V. les rapports annexés aux décrets des 19 déc. 1900 et 26 mai 1901).

12. — Le protectorat de la Côte française des Somalis et dépendances remonte au traité du 11 mars 1862, par lequel Ibrahim Abou Bekr, au nom des sultans de la côte et des chefs danakils, consentait, moyennant une somme de 120,000 thalers (50,000 fr.), la cession des ports, rade et mouillage d'Obock avec la plaine qui s'étend depuis le ras Ali au sud jusqu'au ras Doumeirah au nord. Il était stipulé en outre qu'on faciliterait aux Français les relations avec l'Abyssinie et que si le mouillage d'Obock paraissait insuffisant on céderait à la France quelque port voisin. Cette convention était l'aboutissant de tentatives antérieures, d'ailleurs avortées, pour permettre à la France, à l'exemple de l'Angleterre qui avait établi un dépôt de charbon à Aden, de marquer sa place sur la mer Rouge : 1° la convention passée en 1839 entre le capitaine de frégate Lefèvre et Négoussé, roi de Tigré, relativement aux baies d'Anfila et d'Adeelis qui ne furent pas occupées (aujourd'hui comprises dans la colonie italienne de l'Érythrée); 2° cession à la compagnie Nanto-Bordelaise le 12 sept. 1840 du port d'Edd (rétrocédé à la France en 1858); 3° traité conclu entre Rochet d'Héricourt et le Négus Sahla-Salassié; 4° en 1850 le vice-consul de France à Aden, Lambert.

au cours d'un voyage à Zeilah, Hodeieah et Tadjourah, afin d'acheter un port sur la mer Rouge, en prévision de l'ouverture du canal de Suez, fait renouveler le traité de 1843 avec l'Ethiopie, obtient d'Ibrahim Abou Bekr, qu'il arrache des prisons du sultan d'Hodeieah, la cession d'Obock et Tadjourah. C'est précisément l'assassinat de Lambert aux îles Muscha qui provoqua l'intervention du gouvernement impérial, l'envoi des capitaines Fleuriot de Langle et Russel pour châtier les coupables et renouer les relations avec Ibrahim; enfin la signature du traité de 1862. La prise de possession officielle eut lieu le 20 mai 1862. Mais il faut attendre vingt ans, la guerre de Chine (1883) et le refus de l'Angleterre d'autoriser à Aden le ravitaillement des navires français pour que le Gouvernement se décide à utiliser et à organiser la colonie. Dans l'intervalle le pavillon égyptien fut planté dans la vallée d'Atela tout près d'Obock; on l'abattit en 1883; les ports-rade de Sagallo dans la baie de Tadjourah furent concédés à l'explorateur français Soleillet en juillet 1882 (donation ratifiée en 1884 par Ménelick roi du Choa); de nombreuses expéditions commerciales furent tentées de 1875-1884, à travers les pays abyssins. Un décret du 18 juin 1884 confie à un commandant le commandement et l'administration d'Obock, et des résultats rapides viennent couronner les efforts du premier commandant, M. Lagarde. Des traités successifs, et notamment un traité du 21 sept. 1884 (approuvé par décret du 10 décembre) avec le sultan de Tadjourah, étendirent notre protectorat sur les territoires de Tadjourah, Ambabo, Gubbet-Kharab, et jusque sur le plateau de Djibouti, dont la France prenait possession au début de 1888; une convention franco-anglaise de la même année confirmait la situation acquise; les îles Muscha à l'entrée de la baie de Tadjourah avaient été cédées à la France dès 1887. Le développement interne de la colonie suivit son extension territoriale, et d'Obock dont le mouillage était reconnu insuffisant, notre établissement se transporta sur l'emplacement de Djibouti dont le port est excellent et dont la situation géographique commande la route d'Abyssinie; une ville s'y créa de toutes pièces qui devint en 1896 le chef-lieu du protectorat officiellement dénommé « Protectorat de la Côte française des Somalis et dépendances ».

CHAPITRE II.

ORGANISATION POLITIQUE ET ADMINISTRATIVE.

SECTION I.

Législation.

13. — La législation en vigueur à la Côte des Somalis comprend : 1° les décrets signés du Président de la République sur le rapport du ministre des Colonies ou des ministres compétents; 2° les arrêtés locaux du gouverneur de la colonie. Il n'existe aucune disposition spéciale pour la promulgation et l'exécution des décrets et arrêtés dans le protectorat : les règles ordinaires sont applicables (V. *suprà*, v° *Colonies*); notamment, les décrets même déjà promulgués en France, n'y sont exécutoires que s'ils ont fait l'objet d'une promulgation spéciale émanant du gouverneur. C'est par application de ce principe que la chambre criminelle, dans un arrêt du 4 sept. 1902 (Dareste et Appert, *Recueil de législation et de jurisprudence*, 1903, p. 48), a rejeté un pourvoi en cassation formé en vertu du décret du 19 déc. 1900, organisant la justice à la Côte des Somalis, lequel avait bien été publié dans le *Journal officiel* local du 1er févr. 1901, mais non promulgué par arrêté spécial. On trouvera au *Journal officiel* du protectorat du 1er sept. 1900 la liste des arrêtés de promulgation antérieurs à la publication du *Journal officiel*. Le *Journal officiel* du protectorat, dont la publication date du 28 mars 1900 et dont les premiers numéros furent autographiés, a paru deux fois par mois jusqu'en septembre 1903. Un arrêté du 6 sept. 1903 (*J. off.* du 1er octobre) a décidé qu'il ne paraîtrait plus qu'une fois par mois.

SECTION II.

Administration.

14. — Le décret du 20 mai 1896, portant organisation des possessions françaises de la Côte des Somalis et dépendances, avait réuni, sous le titre de protectorat de la côte française des Somalis et dépendances, nos possessions dans les pays Somalis au triple point de vue administratif, judiciaire et financier. C'est le décret du 28 août 1898, modifié par celui du 11 oct. 1899 (celui-ci commun à la Guinée, Congo, Dahomey, Côte d'Ivoire, Côte des Somalis), qui réglemente l'organisation administrative de la colonie.

15. — Le protectorat est administré par un gouverneur secondé par un administrateur-adjoint. Ce dernier fonctionnaire avait été prévu au décret du 28 août 1898 pour suppléer le gouverneur en cas d'absence, cette disposition étant alors motivée par ce fait que le gouverneur remplissait les fonctions de ministre de la République auprès de l'Empereur d'Ethiopie et ne pouvait, par suite de la difficulté des communications entre Entotto et Djibouti, prendre en certains cas les décisions rapides que peuvent nécessiter les circonstances. Les pouvoirs du gouverneur sont déterminés par les lois et règlements généraux applicables aux colonies et pays de protectorat (V. *suprà*, v^is *Colonies*, *Protectorat*) et par les dispositions spéciales de l'ordonnance du 18 sept. 1844 relative aux îles Saint-Pierre et Miquelon rendues applicables au commandant d'Obock par le décret du 18 juin 1884 (V. *suprà*, v° *Saint Pierre et Miquelon*). Il statue soit seul, soit en conseil d'administration; ses décisions sont quelquefois soumises à l'approbation ministérielle.

16. — Le gouverneur est assisté d'un secrétaire général et d'un conseil d'administration. Le conseil d'administration est composé du gouverneur, président et de six membres (trois fonctionnaires désignés par le gouverneur dans l'ordre de préférence suivant : le secrétaire général, le chef du service des douanes, un chef de bureau, magistrat ou administrateur, et trois notables désignés par le gouverneur pour une période de deux ans), plus un secrétaire archiviste. En outre, le chef du service de santé, des travaux publics, et tous les chefs de service, s'il y a lieu, peuvent siéger au conseil avec voix consultative ou, en cas d'absence, remplacer les titulaires avec voix délibérative. Le conseil d'administration joue le rôle de conseil de Gouvernement et d'organe de juridiction administrative. Dans la première fonction, il est consulté sur les projets de décrets, arrêtés, règlements divers intéressant l'organisation des services du protectorat, sur les questions financières, projets de travaux publics, demandes et retraits de concessions, aliénation de biens ou réunion de terres au protectorat et généralement sur toutes les questions soumises à son examen par le gouverneur. Comme organe de juridiction administrative, il se constitue sous la présidence du gouverneur en conseil du contentieux administratif conformément aux dispositions des décrets des 5 août et 7 sept. 1881; il s'adjoint alors deux membres et un ministère public choisis annuellement par le gouverneur parmi les agents du protectorat.

17. — Des arrêtés locaux déterminent l'effectif du personnel indigène en service à Obock (Arr. 29 sept. au *J. off.* du 13 octobre); la ration de vivres allouée aux agents indigènes dans la partie rurale du protectorat (Arr. du 10 mai au *J. off.* du 1er juin); l'organisation et l'administration des bureaux du Gouvernement et du secrétariat général (Arr. 10 août 1900 au *J. off.* du 15).

SECTION III.

Police et sûreté.

18. — Les règles relatives à l'immigration et à la résidence dans le protectorat sont posées par deux arrêtés du 19 juill. 1900 (*J. off.* du 1er août) et 15 août 1903 (*J. off.* des 15 août 1903). Le premier a pour objet de centraliser les renseignements concernant les immigrants et exige en conséquence, de quiconque débarque à Djibouti pour y résider, une déclaration d'arrivée dans les huit jours au bureau de la police et l'indication de tous les renseignements nécessaires à la constatation de son identité; un certificat d'immatriculation est délivré sans frais à l'intéressé, et copie des fiches individuelles doit être adressée tous les mois au secrétariat général. Cette déclaration d'arrivée est indépendante de la déclaration spéciale exigée des Français astreints aux obligations du service militaire. L'arrêté donne un certain délai aux Français et étrangers en résidence dans le protectorat pour s'y conformer et punit des peines de simple police toute contravention à ses dispositions. La présence à Djibouti d'une quantité sans cesse croissante d'individus sans aveu ou sans ressources, l'arrêté du Gouverneur Général de Madagas-

car du 15 juin 1903 interdisant l'accès de la colonie à cette catégorie de personnes, rendait nécessaires à Djibouti des mesures semblables : de là l'arrêté du 15 août 1903 aux termes duquel nul ne sera admis à débarquer dans le protectorat s'il ne justifie d'y posséder un établissement — ou d'un emploi assuré par contrat lui garantissant son rapatriement — ou encore d'une somme de deux cents francs.

19. — Les cadres indigènes affectés au service de la police sont déterminés par arrêtés locaux : 1° cadre local d'agents indigènes chargé d'assurer la surveillance de la partie urbaine et suburbaine ainsi que la garde de la prison européenne et indigène, le nombre des Abyssins et Issas ne pouvant dépasser le tiers de l'effectif (Arr. du 28 août à l'*Off.* du 7 oct. 1900) ; 2° cadre de la milice indigène rurale (Arr. du 24 sept. 1900 à l'*Off.* du 1er nov.). Cette milice, créée pour protéger les chantiers des travailleurs employés à la construction du chemin de fer, fut supprimée lors de l'achèvement de la partie française de la voie et remplacée par huit postes de police échelonnés le long du chemin de fer et chargés d'assurer la surveillance des différentes stations situées en territoire français et de la voie elle-même (Arrêtés du 1er juin 1901, au *J. off.* du 15 août).

20. — Un arrêté local du 23 juin 1900 réglemente la police de Djibouti (*J. Off.*, 15 juill. 1900). Nous relevons parmi ses dix-sept titres les principales dispositions suivantes : les art. 37 et s. prescrivant des mesures hygiéniques relatives à l'entretien et à l'aménagement des logements ouvriers ; l'art. 44 interdisant la mendicité dans toute l'étendue de la ville ; les art. 46 et s. organisant une fourrière pour les animaux, voitures et autres objets saisis ou abandonnés sur la voie publique et établissant des taxes de fourrière ; l'art. 64 prescrivant de ne pas sortir sans être accompagné d'un ascari armé dans toute la partie rurale du protectorat. L'arrêté du 29 déc. 1891 relatif aux concessions répartit en effet en trois catégories : urbains, suburbains, ruraux les territoires du protectorat. Les terrains urbains comprennent les plateaux de Djibouti, du Serpent, du Marabout et du Héron. Les terrains suburbains forment un pentagone irrégulier qui s'étend entre les limites mêmes de Djibouti, la ligne du chemin de fer jusqu'au kilomètre 7, une ligne allant du kilomètre 7 au phare de Bayabelé, une autre ligne allant de ce phare à l'embouchure de la rivière d'Ambouli, la mer. Les terrains ruraux comprennent le reste du protectorat.

21. — Le port d'armes à feu ou d'armes blanches est interdit aux indigènes dans l'intérieur de la ville par le même arrêté (art. 35 et 36). Il en est de même pour la chasse et le tir défendus à Djibouti et dans les jardins d'Ambouli. Un arrêté du 5 mai 1901 (au *J. off.* du 15) étend l'interdiction précédente au port des bâtons susceptibles par leurs formes et leur poids d'être employés comme instruments de combat. Un décret du 10 oct. 1894 interdit, sauf les exceptions tenant aux nécessités de la défense de l'ordre public ou à des autorisations individuelles, l'importation et le commerce des armes et munitions à Obock et dans les protectorats assimilés. Il prescrit le dépôt des armes et munitions dans des entrepôts publics et privés et en défend le retrait sans autorisation. Des amendes de 50 à 3 000 fr., l'emprisonnement de trois mois à deux ans et la confiscation des marchandises sanctionnent ces dispositions. Le transit est cependant autorisé à destination d'Abyssinie.

22. — La police spéciale du port de Djibouti, en ce qui concerne l'éclairage des embarcations et l'accostage de la jetée (interdiction de s'amarrer à la jetée ; passage libre à la navigation), est réglée par un arrêté du 3 mai 1900 (*J. off.* du 1er juin).

23. — Deux arrêtés des 1er sept. 1900 (*J. off.* du 15) et 14 nov. 1902 (*J. off.* du 15) réglementent le louage des voitures de place à Djibouti et en fixent le tarif.

CHAPITRE III.

ORGANISATION JUDICIAIRE ET RÉGIME PÉNITENTIAIRE.

Section I.

Principes généraux.

24. — L'organisation judiciaire a été successivement régie par les décrets des 2 sept. 1887 organisant le service judiciaire à Obock, 22 nov. 1887, 4 sept. 1894, 19 déc. 1900 complété par le décret du 26 mai 1901. Il est réglé actuellement par le décret du 4 févr. 1904. Deux règles essentielles caractérisent le système organisé par les décrets de 1900 et de 1901 : 1° le remplacement des fonctionnaires, chargés seuls jusque-là de rendre la justice, par des magistrats de carrière ; 2° la suppression des tribunaux spéciaux maintenus par le décret de 1894 pour connaître des affaires intéressant les indigènes. La justice indigène avait été d'abord organisée par arrêté local du 1er nov. 1893, et une décision du 10 mai 1900 avait fixé les droits de justice en cette matière. Le décret de 1904 conserve le principe des magistrats de carrière, mais il rétablit les tribunaux indigènes. On avait pensé en 1900 que les indigènes devaient jouir des garanties accordées aux Européens et pourraient être soumis sans difficultés à la juridiction française. L'expérience a démontré que ce régime présentait certains inconvénients, entre autres celui de concentrer toute la justice au chef-lieu et de la rendre peu abordable à la plus grande partie des indigènes. Le rétablissement de tribunaux spéciaux doit permettre dans la pensée des auteurs du décret (Rapport du ministre des Colonies annexé au décret) « de maintenir les coutumes locales et de préparer nos protégés à une assimilation légale qui, pour être efficace et salutaire, doit être progressive ». Le décret conserve d'ailleurs, sauf quelques modifications de détail, les principes posés antérieurement.

Section II.

Tribunaux.

25. — Les tribunaux français sont compétents : 1° pour toutes les affaires civiles et commerciales dans lesquelles un Français, européen, ou assimilé est intéressé ; si des indigènes ou assimilés sont également intéressés dans la contestation, le juge peut s'inspirer des coutumes locales dans la mesure où elles ne dérogent pas aux lois françaises ; dans tous les autres cas il doit statuer conformément à la loi française ; 2° pour toutes les infractions pénales commises par des Français, Européens ou assimilés : alors même que les indigènes ou assimilés sont englobés dans les poursuites, les tribunaux français restent compétents et statuent de même qu'envers les Européens ; 3° pour toutes les affaires civiles et commerciales entre indigènes lorsque toutes les parties en cause sont d'accord pour leur soumettre le différend : le consentement résulte de la comparution volontaire et d'une déclaration à l'audience.

26. — Les tribunaux français sont au nombre de trois : 1° le tribunal de premier degré, ou justice de paix à compétence étendue, composé d'un magistrat nommé par décret, âgé de vingt-cinq ans au moins, licencié en droit, ayant accompli le stage réglementaire. Un fonctionnaire désigné par arrêté local est chargé des fonctions de juge suppléant ; 2° le conseil d'appel qui se compose d'un juge unique qui porte le titre de juge président d'appel, assisté de deux assesseurs désignés par arrêté du gouverneur en conseil d'administration parmi les fonctionnaires (une liste de quatre assesseurs suppléants est dressée dans les mêmes conditions) ; le juge président d'appel est nommé par décret et doit être âgé d'au moins trente ans. Le juge président d'appel n'a pas le titre de chef du service judiciaire. Il ne fait pas partie de droit du conseil d'administration de la colonie (V. *suprà*, n. 16) ; 3° la cour criminelle composée du président du conseil d'appel auquel sont adjoints à l'ouverture des débats, et en présence de l'accusé, deux assesseurs tirés au sort sur une liste de douze fonctionnaires ou notables français dressée par le gouverneur en conseil d'administration. Les assesseurs ont voix délibérative et les décisions sont prises à la majorité. Ces trois tribunaux ont leur siège à Djibouti. Les fonctions de ministère public sont remplies auprès des trois tribunaux par un même fonctionnaire désigné par arrêté local. De même, il n'existe qu'un seul greffier, dit greffier près le conseil d'appel, et nommé par décret, et un seul huissier choisi par le gouverneur. C'est le gouverneur qui reçoit le serment du ministère public et du président du conseil d'appel, lequel reçoit seul le serment du juge de paix titulaire et du fonctionnaire suppléant, des assesseurs, du greffier, de l'huissier. En cas d'absence ou d'empêchement des magistrats et assesseurs, il est pourvu à leur remplacement par le gouverneur. Il réglemente la fixation des jours et heure d'audience, les tarifs, les délais de distance et la discipline des fonctionnaires attachés au service de la justice. Un deuxième décret

du 4 févr. 1904 fixe la solde et la parité d'office des magistrats du protectorat (juge président d'appel, juge de paix à compétence étendue, greffier).

27. — Le juge de paix à compétence étendue est compétent en matière civile et pénale : au civil, il connaît des actions personnelles et mobilières jusqu'à 2,000 fr. de principal (actions civiles et commerciales) et des actions immobilières jusqu'à 150 fr. de revenu en dernier ressort. En premier ressort sa compétence est illimitée. La procédure est celle des justices de paix; pour les affaires soumises à conciliation, il doit inviter les parties à comparaître en personne sur avertissement sans frais. En matière répressive, il connaît en dernier ressort des contraventions et à charge d'appel des délits. La procédure est celle en vigueur dans la métropole. Il est chargé de l'instruction des affaires criminelles et des fonctions dévolues aux juges de paix et présidents de tribunaux de première instance. Le conseil d'appel connaît : 1° de l'appel des décisions en premier ressort en matière civile, commerciale et correctionnelle; on suit la procédure des tribunaux de commerce ou correctionnels; 2° de l'annulation des décisions du tribunal de premier degré en dernier ressort pour excès de pouvoir, incompétence ou violation de la loi. La demande en annulation doit être formée dans les vingt jours de la décision contradictoire ou de la signification de la sentence par défaut, par voie d'assignation en matière commerciale, de requête déposée au greffe en matière de contravention. Lorsque l'annulation est prononcée, l'affaire est renvoyée devant le premier juge, lié sur le point de droit par la décision du juge d'appel. Les arrêts rendus en toute matière, sauf pour annulation, par le conseil d'appel sont susceptibles du pourvoi en cassation. La cour criminelle juge les faits qualifiés crimes et soumis en France aux cours d'assises. Elle est saisie par l'acte d'accusation dressé par le ministère public en exécution de l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction. La procédure relative à l'instruction, le débat oral et l'arrêt sont réglés par les dispositions spéciales aux tribunaux correctionnels. En cas de contumace, l'accusé, s'il ne s'est pas présenté dans un délai de dix jours à compter de l'ordonnance du président de la cour, est déclaré rebelle à la loi, suspendu de ses droits de citoyen et ses biens séquestrés; le jugement est rendu après un nouveau délai de dix jours (art. 10). Les décisions de la cour criminelle ne sont susceptibles que du pourvoi en cassation. Les attributions des présidents de cour d'appel et d'assises sont dévolues au président du conseil d'appel et de la cour criminelle. Les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à la réhabilitation sont applicables aux Français, Européens ou assimilés condamnés à des peines criminelles et correctionnelles (V. art. 27). L'assistance judiciaire auprès des tribunaux français est accordée par décision du gouverneur après avis du ministère public sur requête sur papier libre. Le ministère public prend les informations et entend l'adversaire qui peut se présenter soit pour contester l'indigence, soit pour s'expliquer sur le fond (art. 25). Le mode d'assignation en matière civile est réglé par le décret du 8 nov. 1903 pour toutes les colonies et pays de protectorat, sauf la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion et la Tunisie (V. *supra*, v° *Sénégal*, n. 77). L'assignation est donnée au lieu de la résidence actuelle, si ce domicile est connu dans la colonie; si ce lieu est inconnu, copie en est donnée au procureur de la République près le tribunal compétent et affiché à l'auditoire de ce tribunal. Pour ceux qui habitent le territoire français hors la colonie ou à l'étranger, le même procureur reçoit l'original et en adresse copie aux autorités compétentes suivant les cas.

28. — Les tribunaux indigènes connaissent : 1° des affaires civiles et commerciales intéressant exclusivement des indigènes ou assimilés; 2° des infractions pénales par eux commises, à moins que des Européens ne soient compris dans les poursuites; 3° des affaires civiles ou commerciales entre indigènes, d'une part, Français ou Européens, de l'autre, quand toutes les parties sont d'accord pour leur soumettre le différend. Le consentement résulte de la comparution volontaire et d'une déclaration à l'audience. Ils statuent conformément aux coutumes locales qui déterminent les formes d'instruction, de procédure et d'exécution des jugements. Les tarifs sont fixés par le gouverneur en conseil d'administration (art. 38). Un registre du greffe est tenu dans chaque tribunal par les soins du juge (art. 41).

29. — Les tribunaux indigènes comprennent : 1° le tribunal du premier degré siégeant à Djibouti et composé d'un juge unique désigné par le gouverneur parmi les fonctionnaires et pouvant se faire assister d'assesseurs choisis pour chaque affaire en nombre égal parmi les indigènes de la nationalité des parties, qui ont voix consultative ; 2° d'autres tribunaux de premier degré institués dans les mêmes conditions par arrêtés locaux pris en conseil d'administration, et supprimés dans les mêmes formes suivant les besoins du service. Ils peuvent être établis dans les postes où réside un administrateur ou chef de poste, et l'arrêté d'établissement fixe dans cette limite l'étendue de leur juridiction; 3° le tribunal indigène du second degré composé du gouverneur ou de son délégué siégeant à Djibouti avec l'assistance possible d'assesseurs dans les conditions sus-indiquées (V. art. 31). Les tribunaux de premier degré connaissent en dernier ressort des affaires civiles et commerciales jusqu'à 150 fr., de principal et 15 fr., de revenu (pour les actions immobilières) et des contraventions commises par les indigènes prévues par les règlements de police et les coutumes locales, à charge d'appel de toutes les contestations civiles et commerciales, des délits commis par les indigènes tels qu'ils sont définis par les lois françaises et coutumes locales. L'appel est porté au tribunal du second degré qui juge en premier et dernier ressort les crimes commis par les indigènes. Leur compétence s'étend sur tous les territoires du protectorat, sauf l'exception suivante : pour les musulmans ou assimilés, et sauf le cas où des Français européens seraient parties au procès, le cadi musulman statue seul, sous réserve du recours devant le tribunal du second degré en matière de mariage, divorce, succession, paternité, filiation, serment. Le cadi est nommé par le gouverneur et tient registre de ses actes et jugements.

30. — Un arrêté du 26 août 1900 (*J. off.* du 15 sept.) a organisé, conformément à l'art. 14, Décr. 24 mars 1852, mod. par la loi du 15 avr. 1898 sur la marine marchande, un tribunal maritime commercial. Un décret du 28 mai 1885 déterminait jadis la juridiction militaire à laquelle ressortissait le territoire d'Obock. Aujourd'hui, le décret général sur le service de la justice militaire dans les troupes coloniales, du 23 oct. 1903, dispose que pour la Côte des Somalis et dépendances la juridiction appartient aux conseils de guerre métropolitains désignés par le ministre de la Guerre et au conseil de révision de Paris.

Section III.

Officiers ministériels.

31. — Un arrêté du 14 nov. 1899, modifié par arrêté du 16 mars 1903 (*J. off.*, 15 avril), fixe les droits à percevoir sur les actes civils et judiciaires et le mode de timbrage des actes soumis à ces droits.

32. — Un arrêté du 31 mai 1901 (*J. off.* du 15 juin) détermine les honoraires des greffier, notaire, huissier, syndics et liquidateurs judiciaires. Aux termes du décret du 19 déc. 1900 (art. 21) et du 4 févr. 1904 (art. 22), le greffier près le tribunal d'appel remplit les fonctions attribuées aux notaires par la législation métropolitaine. Le greffier perçoit un droit de 5 p. 0/0 à titre d'honoraires sur les ventes mobilières, à acquitter par les adjudicataires sur le montant de leurs acquisitions. Un arrêté du 31 mai 1901 (*J. off.*, 15 juin 1901) charge l'huissier près le tribunal de Djibouti de la signification des contraintes et des commandements y relatifs.

Section IV.

Régime pénitentiaire.

33. — Un pénitencier avait été créé à Obock et affecté aux condamnés d'origine arabe, africaine et indienne (Décr. 3 mars et 3 oct. 1886). Il fut étendu à tous condamnés d'origine annamite ou chinoise par un décret du 22 oct. 1887 à cause de leurs aptitudes spéciales à la colonisation et des économies qu'on devait réaliser en évitant leur transport à la Guyane. Leur impuissance à supporter le climat, le danger causé par l'agglomération de condamnés arabes en pays musulman, la création des sections mobiles pour travaux à effectuer dans les colonies conduisirent à supprimer le pénitencier d'Obock (Décr. 11 août 1895). Un décret du 15 octobre suivant consentit à cession gratuite au service local et au service du protectorat du matériel et des établissements du pénitencier d'Obock.

34. — Le régime des prisons et la nourriture des détenus sont actuellement réglés par les arrêtés locaux du 12 juin 1899 et du 1er juin 1901 (*J. off.* du 15).

35. — Le décret du 4 févr. 1904 (art. 26) rend applicable aux Français, Européens et assimilés la loi du 14 août 1885 sur les moyens de prévenir la récidive. Les arrêtés de mise en liberté et de révocation sont pris par le gouverneur après avis du ministère public et du fonctionnaire chargé de la prison s'il s'agit de mise en liberté, après avis du ministère public s'il s'agit de révocation. Les condamnés indigènes peuvent bénéficier de ces dispositions (art. 40) ; les arrêtés de révocation et de mise en liberté sont pris, s'il y a lieu, par le gouverneur, ces derniers après avis du directeur de la prison.

CHAPITRE IV.

ORGANISATION FINANCIÈRE.

36. — Un décret du 11 juin 1895, conformément aux dispositions prises par arrêtés locaux des 10 mai 1893 et 8 avr. 1895, avait créé le budget autonome ou khazna du protectorat; les modifications au service devaient être approuvées par le ministre des Colonies, et la vérification des comptes effectuée par la commission instituée à cet effet pour l'Annam, le Cambodge et le Tonkin par décret du 25 oct. 1890. Ce régime fonctionna jusqu'en 1898, il fut supprimé par le décret précité du 20 août 1898. Le budget du protectorat est actuellement régi par les règles ordinaires des budgets locaux ; le décret du 20 nov. 1882 lui est applicable et il est soumis au contrôle de la Cour des comptes.

37. — Conformément à la loi de finances du 13 avr. 1900 (art. 33, § 1), toutes les dépenses civiles et de gendarmerie sont supportées par le budget local; la métropole fournit au protectorat une subvention annuelle fixée depuis 1902 à 200,000 fr. (V. *suprà*, n. 11). La loi de finances du 30 déc. 1903 prévoit pour l'année 1904 une subvention extraordinaire de 250,000 fr. pour le paiement de l'annuité due à la compagnie des chemins de fer éthiopiens en exécution de la loi du 6 avr. 1902. La provision à fournir à la métropole pour les dépenses effectuées au compte du protectorat, autrefois fixée à 300 fr., ne figure plus que pour mémoire au budget local de 1903 et de 1904.

38. — Le budget pour 1903 est évalué, en recettes et en dépenses, à la somme de 1,125,000 fr. qui se décompose comme suit :

RECETTES.

Chap.	I. —	Subvention métropolitaine et prélèvement de la Caisse des réserves	600,000 fr.
Chap.	II. —	Douanes et Contributions	413,000 —
Chap.	III. —	Impôt foncier	20,000 —
Chap.	IV. —	Produits divers (Postes. Actes. Hôpital. Atténuations en dépenses)	92,000 —
Chap.	V. —	Recettes d'exercice clos	Mémoire.

DÉPENSES.

Chap.	I. —	Dettes exigibles (subvention à la compagnie des chemins fer éthiopiens)	500,000 —
Chap.	II. —	Dépenses d'administration	82,000 —
Chap.	III. —	Affaires indigènes et police	144,499 —
Chap.	IV. —	Services financiers	53,685 —
Chap.	V. —	Justice	18,760 —
Chap.	VI. —	Service de santé	39,952 —
Chap.	VII. —	Travaux publics, port, rade	205,544 —
Chap.	VIII. —	Dépenses diverses et non classées (Fonds à la disposition du gouverneur. Fête nationale. Bibliothèque. Subventions aux écoles. Journal officiel)	75,560 fr.
Chap.	IX. —	Dépenses d'exercices clos	5,000 —

39. — Le [illegible] de la colonie est confié à un trésorier-payeur [illegible] déc. 1890, [illegible] d'office des trésoriers-payeurs de plusieurs territoires avec ceux de la [illegible]. Sa solde [illegible] du 27 sept. 1902 (*J. off.* du 1er oct.). [illegible] chargé d'assurer le service [illegible] par arrêté du 21 sept. [illegible] (*J. off.* du 7 oct.).

40. — Les taxes perçues dans le protectorat comprennent des impôts directs et indirects. Les impôts directs sont l'impôt foncier et la taxe de patente. L'impôt foncier est [illegible] 3 p. 100 de la valeur locative des immeubles en [illegible] et 2 fr. par [illegible] case indigène (arr. des 12 oct. et 2[illegible] déc. [illegible] (*J. off.* des 15 nov. 1900 et 11 janv. 1901). Les constructions [illegible] ne sont soumises à la taxe qu'un an après leur achèvement. Le rôle de la taxe est fixé par la commission d'évaluation, rendu exécutoire par arrêté du gouverneur en conseil d'administration et publié par voie d'affiches et de notifications individuelles. Les locataires peuvent, à défaut des propriétaires, être poursuivis en paiement. Les réclamations sont jugées d'abord par la commission d'évaluation et en dernier ressort par le conseil d'administration. L'impôt des patentes est réglé par arrêté du 9 oct. 1900 (*J. off.* du 1er nov.). Toute personne exerçant une industrie ou une profession non exceptée paie une taxe fixe évaluée d'après la nature de la profession. Les professions et industries sont réparties en huit classes taxées respectivement à 500, 400, 300, 200, 100, 50, 30, 20 fr. Un droit distinct est perçu pour chaque établissement; un droit unique pour l'exercice de plusieurs professions dans le même établissement, d'après la plus imposée. Sont exemptés de patentes les fabricants travaillant seuls ou employant deux ouvriers au plus ou à la journée, les étalagistes indigènes. Les règles relatives à la fixation de l'impôt et aux contestations sont les mêmes qu'en matière d'impôts fonciers. La commission chargée de l'évaluation du revenu des propriétés bâties et du classement des patentables est organisée par les arrêtés des 1er sept. 1900 (*J. off.* du 15), 28 déc. 1900 (*J. off.* du 11 janv. 1901) et 26 janv. 1901 (*J. off.* du 15 févr.). Elle est composée d'un fonctionnaire, président (le secrétaire général; jusqu'au dernier arrêté, le chef du service des douanes, mais il a paru préférable que les fonctions de président et de percepteur ne fussent pas dans les mêmes mains); six membres négociants ou propriétaires (dont un étranger et deux arabes ou indigènes); enfin, un secrétaire pris parmi le personnel; les membres en sont désignés chaque année par le gouverneur.

41. — Il n'existe pas de taxes douanières frappant les marchandises étrangères à ce titre, à leur entrée dans la colonie. Elles subissent, comme tous les produits importés dans la colonie, comme ceux qui pourraient y être fabriqués, l'application de certaines taxes locales, qui sont perçues, sauf la distinction indiquée *infrà*, n. 44, par le service des douanes, dans les formes et suivant les règles des droits de douane. Mais il n'y a pas à proprement parler de droits de douane, c'est-à-dire de droits spéciaux sur les marchandises de provenance étrangère, qui les éloigneraient de la voie française et causeraient un grave préjudice à la prospérité du chemin de fer. En outre, les produits à destination d'Abyssinie sont exemptés de toute espèce de droits (1).

42. — Les seules taxes de consommation actuellement perçues dans le protectorat sont celles établies par l'arrêté du 10 déc. 1899 relatif aux boissons alcooliques, produits alimentaires, tabac, pétrole, modifié par celui du 15 déc. 1903 (annexe au budget de 1904) et celui du 30 juin 1900 (*J. off.* du 15 juill.), lequel établit, en principe, un droit de 1 fr. 40 par hectolitre et par degré sur les spiritueux, alcools et boissons alcooliques, en exécution de la convention de Bruxelles du 9 juin 1899. Les taxes de consommation frappent les produits de toute provenance, y compris ceux du cru local.

43. — Les autres taxes perçues sont : *a*) les droits de sortie destinés à prévenir le manque de bétail et droit de 2 fr. par 100 kilos sur l'exportation des peaux (sauf pour la France : ce qui est d'ailleurs platonique, toutes les peaux passant par Aden d'où elles sont dirigées sur l'Amérique). Les droits de sortie ne sont

(1) Nous devons ces renseignements [illegible] la Martinique, auparavant gouverneur de la [illegible] Somalis.

pas applicables aux produits à destination de l'Abyssinie (Arr. des 12 oct. 1900 et 6 juill. 1901, *J. off.* des 15 nov. 1900 et 15 juill. 1901 et arr. 11 déc. 1903 ; *b*) droits de navigation sur les boutres (arr. 17 oct. 1900, *J. off.* du 15 nov.); *c*) taxe d'inscription des émigrants engagés pour servir hors du protectorat, non applicable dans le cas de recrutement pour une administration métropolitaine ou coloniale (5 fr. par coolie); taxes spéciales sur les indigènes embarqués sur des navires de commerce ou postaux et sur les passeports délivrés aux indigènes (10 fr. par passeport) (Même arrêté); *d*) droit d'abattage (chameau, 2 fr.; bœuf, 1 fr.; mouton, 0 fr. 25); pour l'abattage à domicile, il est perçu double droit (Même arrêté); *e*) droit de surveillance et de contrôle sur les armes et munitions transitant par la colonie (*Id.*); *f*) taxe de 10 fr. sur les chiens (Arr. du 19 oct. 1900 au *J. off.* du 22 nov.), non encore appliquée); *g*) droit de contrôle sur les alcools transitant par le protectorat ou qui en sont exportés (par litre, 0 fr. 05 jusqu'à 50° et 0 fr. 10 au dessus) (Arr. des 30 déc. 1900 et 23 déc. 1901 au *J. off.* des 11 janv. 1901 et 15 janv. 1902); *h*) taxes sur les actes judiciaires et extrajudiciaires, taxes télégraphiques; droits sur articles d'argent (tarif fixé par décret du 4 août 1901, promulgué par arr. du 31 oct. 1901 au *J. off.* du 1er nov.); *i*) taxe d'hôpital (arr. 7 oct. 1901).

44. — En vertu d'un arrêté du 30 sept. 1902 (*J. off.* du 1er oct.), les taxes de consommation, droits de sortie, droits de navigation, droits de contrôle sur les armes, l'impôt foncier et les patentes sont perçus directement par les soins du trésorier-payeur. Les autres taxes et même celles-là quand elles ne dépassent pas 20 fr. et sauf en matière d'impôt foncier et de patentes, continuent à être perçues par le service des douanes et contributions.

CHAPITRE V.

RÉGIME ÉCONOMIQUE.

SECTION I.

Douanes et commerce.

45. — Jusqu'en 1900, le service des douanes fonctionna sans qu'aucun acte ait réglementé son organisation; il devait s'adresser à la justice pour obtenir titre exécutoire contre les redevables. Cette lacune a été comblée par le décret du 18 août 1900 (Promulgué par arr. du 3 oct. au J. *off.*, du 11), lequel se réfère aux règlements en vigueur dans la métropole et les autres colonies. Il fixe dans deux chapitres : 1° les règles générales sur l'importation, l'exportation, le transit ; 2° la procédure à suivre dans le fonctionnement du service (procès-verbaux, instances, mainlevée des objets saisis, vente, transactions, privilèges de la douane). Les affaires de douane, à l'exception des crimes, sont de la compétence du juge de paix à compétence étendue : l'appel, qui doit être interjeté dans les huit jours, est porté au conseil d'appel. Un arrêté du 30 juin 1903 (*J. off.* du 1er juill.) apporte certaines modifications aux règles relatives au commerce avec l'Abyssinie : les marchandises expédiées à destination d'Abyssinie ne pourront l'être en transit que par la voie ferrée et à destination de Dirédaouah. Les marchandises devant faire l'objet d'acquits-à-caution devront suivre les règlements ordinaires du service des douanes.

46. — Deux décrets du 1er févr. 1901 (Promulgués par arrêtés du 24 mars 1901 au *J. off.*, du 1er avr.) autorisent la création de magasins généraux et accordent l'entrepôt réel des douanes au territoire de Djibouti pour les marchandises tarifées, les marchandises prohibées et les marchandises passibles de taxes de consommation. L'art. 2 rend applicables à l'entrepôt réel de Djibouti toutes les lois, ordonnances, décrets et règlements des douanes françaises, sauf en ce qui concerne le délai d'entrepôt, fixé à deux ans, et le mode de concession qui pourra avoir lieu de gré à gré. Un décret du 18 avr. 1901 porte approbation d'une convention passée pour l'établissement d'un entrepôt réel de douanes et de magasins généraux à Djibouti (Arr. 26 juin 1901 au *J. off.* du 2 juill.).

47. — Un arrêté du 24 nov. 1900 (*J. off.* du 1er déc.) porte approbation des statuts du syndicat commercial de Djibouti ayant pour but l'étude et la défense des intérêts commerciaux de la colonie. Les séances du syndicat sont publiées au *Journal officiel* local.

SECTION II.

Travaux publics et concessions.

48. — Le service des travaux publics (Arr. 5 mars 1900 au *J. off.* du 28) est chargé de la préparation des projets concernant les travaux publics, de leur surveillance et entretien, de la préparation des arrêtés d'alignement, des concessions, du contrôle des travaux exécutés par les concessionnaires. Il comprend un conducteur chef de service, des commis, des agents inférieurs (surveillants, mécaniciens, gardiens de phare). L'effectif est déterminé par le gouverneur, et le personnel soumis en principe aux dispositions du décret du 2 juin 1899 (publié au *Journ. off. loc.* du 15 déc. 1901). L'arrêté du 5 mars 1900 fixe les règles relatives à la conduite des travaux et à la comptabilité. Les réceptions de matériaux et de travaux sont prononcées par le chef de service et peuvent être soumises à l'examen d'une commission spéciale; en ce cas l'approbation du gouverneur est nécessaire. Le grade du chef de service (conducteur) avait été fixé pour plusieurs colonies, y compris la Côte des Somalis, par arrêté ministériel du 10 juin 1899. Le magasin du service des travaux publics a été séparé de celui du service local par arrêté local du 27 sept. 1900 (*J. off.*, 23 oct.).

49. — Une commission permanente des adjudications pour fournitures ou travaux a été créée par arrêté du 8 oct. 1902 et sa composition fixée par arrêté du 12 déc. 1902 (*J. off.* du 15) : elle se compose du secrétaire général président, du chef de service des travaux publics, du chef de bureau des finances.

50. — La solde des gardiens de phares d'Obock est déterminée par décision du 1er juin 1901 (*J. off.* du 15).

51. — La pêche des huîtres perlières et nacrières a été réglementée par décret du 5 sept. 1899. Elle fait l'objet de concessions accordées par le gouverneur en conseil d'administration dans les limites de la mer territoriale; nul ne peut en obtenir s'il n'est citoyen ou sujet français; les concessions sont personnelles et temporaires (dix ans au maximum) mais renouvelables. Elles ont lieu à titre onéreux : la redevance est fixée par le gouverneur en conseil d'administration et n'est perçue qu'après un délai de trois ans. Elles sont révocables pour inexécution des charges, défaut d'exploitation pendant un an, non paiement des droits, cession totale ou partielle sans autorisation. Les contestations sont portées au conseil du contentieux. Le gouverneur détermine les portions de mer ou de baie destinées au repeuplement des bancs épuisés ou à la création d'établissements ostréicoles; la pêche y est interdite. Les art. 6 et 7 déterminent les conditions de la pêche et interdisent la formation d'établissements ostréicoles sans autorisation. Les infractions à ces dispositions sont punissables d'une amende de 50 à 1,000 fr. et d'un emprisonnement de cinq à trente jours. Tous les cas de contravention sont jugés par le juge de paix à compétence étendue, et les poursuites sont prescrites par le délai d'un an à partir de la constatation de l'infraction. La pêche des huîtres a fait l'objet d'une concession accordée à Tadjourah le 30 juill. 1899; une société a été substituée au concessionnaire (Arr. 6 janv. 1900).

52. — Le régime des mines et carrières est fixé par décret du 6 juill. 1899 applicable à toutes les colonies d'Afrique, sauf l'Algérie et la Tunisie, et par la circulaire ministérielle du 1er avr. 1902 (*J. off.* du 1er mai).

53. — Le régime des concessions a été fixé par deux arrêtés locaux : l'un du 13 nov. 1899, adoptant le régime de la concession à titre onéreux pour les terrains urbains; l'autre, du 29 déc. 1899, vise plus spécialement les terrains suburbains et ruraux (V. sur la distinction, *suprà*, n. 20). Les terrains suburbains font l'objet de concessions gratuites de trente ans pour industries, cultures ou constructions d'immeubles en pierre offrant le caractère d'une durée de vingt ans au moins : si les constructions sont des paillotes ou bien en bois ou terre sèche, la durée des concessions est fixée respectivement à cinq et dix ans. Les concessions pour

terrains ruraux sont accordées gratuitement pour une période de cinquante ans jusqu'à concurrence de 1,000 hectares : l'occupation peut n'avoir lieu que par parcelles de 250 hectares à mesure de la mise en valeur. Les concessions font l'objet de demandes indiquant les noms et prénoms des pétitionnaires, la situation, la contenance approximative et la limite générale de la concession. En cas de plusieurs demandes du même terrain les nationaux ou sujets français jouissent d'un droit de préférence. Les concessions ne comprennent que la surface du sol, les carrières de matériaux de construction, et les gîtes d'alluvion. Les droits du concessionnaire sont transmissibles par décès, cessibles entre-vifs : l'Administration reconnait le droit des associés pourvu que le dépôt des actes d'association ait été effectué au secrétariat général; mais ces aliénations ne lui sont pas opposables à l'expiration de la concession. Les terrains concédés font retour à la colonie au terme fixé pour la concession : ils ne peuvent plus faire l'objet d'une concession nouvelle; les propriétaires primitifs ont toutefois un droit de préemption. L'acquisition de propriété dans la banlieue ou le reste de la colonie, ou la transformation d'une concession temporaire en concession définitive s'opèrent selon les prescriptions de l'arrêté du 13 nov. 1899. L'Administration se réserve le droit de reprendre pendant toute la durée de la concession les parties de terrains nécessaires pour l'exécution de travaux publics moyennant le paiement des constructions, cultures et installations diverses. La valeur en est évaluée au préalable par une commission composée du gouverneur, de trois fonctionnaires et de trois colons. Elle statue sans appel. Les concessions sont révoquées de plein droit pour défaut de mise en valeur pendant cinq ans pour les terrains ruraux ou urbains affectés à l'industrie, pendant deux ans pour les terrains urbains affectés à la culture. Le conseil d'administration statue souverainement sur la mise en valeur. Les concessions sont inscrites sur un registre *ad hoc* au secrétariat général. Les contestations sont portées au conseil du contentieux. Dans le cas où il existerait des cases indigènes sur les lots concédés, les concessionnaires doivent aux propriétaires une indemnité à fixer à l'amiable ou, à défaut d'entente amiable, par une commission composée de deux Européens et d'un indigène (Arr. 4 févr. 1901 au *J. off.* du 1er mars). Les concessionnaires de terrains suburbains et ruraux sont astreints au remboursement des frais de délimitation et de mesurage évalués à 20 fr. jusqu'à 10 hectares, 50 fr. jusqu'à 50 hectares, 75 fr. jusqu'à 100 hectares, plus 25 fr. par fraction de 100 hectares. Ils sont réduits de moitié si l'Administration s'est bornée à contrôler les opérations. Il est perçu, en outre, au delà de 7 kilomètres de Djibouti pour frais de déplacement 10 fr. par 100 hectares plus 1 fr. par kilomètre de distance du chef-lieu (Arr. 7 oct. 1901 au *J. off.* du 15).

54. — Deux décrets des 4 août 1892 et 20 janv. 1899 portent concession de l'exploitation des salines du lac Assal sur le territoire du Gubbet Kharab et fixent une redevance de 1 fr. par tonne de sel exporté. Un décret du 30 avr. 1898 porte approbation de la convention accordant la concession de la construction et de l'exploitation d'une jetée à Djibouti.

55. — Les principaux actes relatifs au chemin de fer franco-éthiopien sont : 1° l'autorisation donnée par Menelick le 9 mars 1894 à la constitution d'une société ayant pour objet la construction et l'exploitation d'un chemin de fer allant de Djibouti à Harrar-Entotto-Kaffa et le Nil Blanc pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans à partir de l'achèvement des travaux; 2° la constitution de la Compagnie impériale des chemins de fer éthiopiens le 7 août 1896; 3° les actes du 27 avr. 1896 et du 16 sept. 1897 accordant le passage de la voie ferrée sur le territoire du protectorat; 4° enfin la loi du 6 avr. 1902 approuvant la convention du 6 févr. 1902 entre la Compagnie et le protectorat : aux termes de cette convention le protectorat s'engage à verser pendant 50 ans une subvention annuelle de 500,000 fr. garantie par le Gouvernement de la République et affectée exclusivement à la sûreté des emprunts contractés par la Compagnie pour couvrir les dépenses énumérées en l'art. 10 (avances à rembourser, construction de la dernière section, travaux complémentaires de la première, dépenses d'exploitation non couvertes la première année jusqu'à concurrence de 1,000 francs par kilomètre. En revanche la Compagnie accepte le contrôle de l'autorité française (soumission à la loi française; siège à Paris; nationalité française des membres du conseil d'administration; agrément du directeur par le Gouvernement); s'engage à établir des tarifs au moins aussi avantageux pour les marchandises que ceux des voies terrestres aboutissant aux ports voisins, s'engage à payer une redevance progressive de 10-30 0/0 quand la recette brute moyenne excèdera 5,000 fr. par kilomètre. La durée de la concession est fixée à 99 ans à partir de l'ouverture de l'exploitation; à cette date le protectorat sera subrogé dans les droits de la Compagnie; dès 1920 le rachat pourra être opéré aux conditions fixées par l'art. 15; l'inexécution de ses obligations entraînera pour la Compagnie déchéance de la concession qui sera prononcée par décret. L'art. 18 réserve dans certains cas l'agrément du Gouvernement éthiopien. Les travaux ont d'abord été exécutés à l'entreprise jusqu'au mois de mai 1901 au prix forfaitaire de 96,500 fr. par kilomètre, puis par la Compagnie elle-même et on évalue à 30,000 fr. l'économie réalisée par kilomètre. Les dépenses faites pour les travaux peuvent être évaluées approximativement à 20 millions de francs. Le premier tronçon Djibouti-Dirédaouah est aujourd'hui terminé : la dernière section, Arraoua-Dirédaouah, a été ouverte à l'exploitation le 1er janv. 1903. On a renoncé a atteindre Harar situé à 1,700 mètres d'altitude et on s'est contenté de relier la ville arabe au point terminus de la ligne par une route carrossable de 45 kilom.

Section III.

Postes. Télégraphes. Téléphones.

56. — Le service des postes est assuré par un commis métropolitain qui a le titre de receveur, chef de service, un personnel indigène fixé par arrêté du 27 sept. 1900 (*J. off.* du 23 octobre). Un arrêté du 23 oct. 1900 (*J. off.* du 15 novembre) fixe les heures de levée et de distribution et l'itinéraire du facteur. Les lettres, cartes, imprimés tombés en rebut sont détruits tous les trois mois après vérification, conformément à l'instruction générale sur le service des postes, et le retrait des valeurs y insérées (Arr. 27 sept. 1900 au *J. off.* du 23 octobre).

57. — Un réseau téléphonique à voie aérienne reliant les trois plateaux a été créé à Djibouti et organisé par arrêté du 23 juin 1900 (*J. off.* du 1er août). L'Administration exploite elle-même le service; le non-paiement de l'abonnement aux époques fixées entraîne la suspension provisoire de la communication et le retrait définitif de l'usage de la ligne huit jours après une sommation restée sans effet. Les poursuites ont lieu comme en matière de contributions directes. Le tarif de l'abonnement est fixé à 150 fr. pour les cercles et établissements assimilés et 120 fr. pour les autres abonnés (Arr. 7 oct. 1901 au *J. off.* du 15).

58. — Un réseau télégraphique suit le tracé du chemin de fer et comprend 4 fils. Le réseau est ouvert à la télégraphie privée. La taxe télégraphique est fixée par mot à 0 fr. 15 entre Obock et Périm, de Djibouti à Obock 0 fr. 20. Les particuliers peuvent faire enregistrer une ou plusieurs adresses télégraphiques sous l'acceptation du chef du service postal et le paiement d'une taxe d'abonnement indivisible de 40 fr. par an ou 20 fr. par semestre. — Arr. 30 janv. 1903, [*J. off.*, 1er juill.]

59. — Les décrets des 4 août 1901 et 29 mai 1902, relatifs à l'échange des mandats entre la France, l'Algérie, les colonies françaises et les bureaux français de l'étranger, ont été promulgués à la Côte des Somalis par arrêté des 31 oct. 1901 et 30 juin 1902 (*Off.* des 1er nov. 1901 et 1er juill. 1902).

60. — L'échange des colis postaux de 5 à 10 kil. et des colis postaux portant déclaration de valeur jusqu'à 500 fr. est autorisé pour plusieurs colonies y compris la Côte des Somalis par décret du 29 déc. 1902 (publié au *J. off.*, du 1er mars 1903).

61. — Le service postal est organisé entre Djibouti et Harar (3 courriers par semaine) et assuré par chemin de fer (Avis dans *J. off.* du 17 janv. 1902; Arr. loc. 15 juin 1900).

62. — Nous rappelons : 1° le décret du 9 juill. 1889 portant approbation de la convention passée entre le ministre des Colonies et la compagnie de l'Eastern Telegraph pour l'établissement d'un câble entre Périm et Obock, l'exploitation et l'entretien pendant vingt ans moyennant une subvention de 37,500 fr., 2° une convention pour l'établissement d'un service postal entre Obock et Aden, du 21 juill. 1885.

CHAPITRE VI.

SANTÉ. — INSTRUCTION PUBLIQUE.

63. — Le service d'hygiène est organisé par décret du 6 juin 1896; il forme à titre civil une section du cabinet et du secréta-

riat. Les médecins désignés par le gouverneur portent le titre de médecins de la résidence et peuvent être choisis soit parmi les médecins civils à titre temporaire, soit parmi les officiers du corps de santé. Les détails du service sont réglés par arrêté local. Il est dirigé par un médecin-major de 2e classe chef de service, un médecin aide-major de 1re classe et le personnel subalterne de l'hôpital (V. *infrà*, n. 65). Un conseil d'hygiène et un conseil sanitaire ont été créés par arrêté du 28 mai 1900 (*J. off.* du 15 juin) en exécution des décrets du 31 mars 1897 et du 21 juill. 1899 sur la police sanitaire maritime (promulgué par arrêté du même jour au *Journal officiel*).

64. — Les médicaments, délivrés gratuitement jusqu'en 1900 à la population civile de Djibouti, sont vendus maintenant (Arr. 20 oct. au *J. off.* du 20), sauf le cas d'indigence constatée et les exceptions faites pour les fonctionnaires. Le prix doit être versé entre les mains du médecin de la colonie chargé du service de la pharmacie (Arr. 24 déc. 1900 au *J. off.* du 1er janv.).

65. — Le service de l'hôpital est fixé par arrêté du 7 oct. 1901 (*J. off.* du 15). Cet hôpital a été racheté à l'entreprise générale des chemins de fer éthiopiens. Il est dirigé par le directeur du service de santé et le personnel comprend 3 religieuses, un infirmier-major, 4 infirmiers indigènes et les gens de service. Il reçoit des indemnités de vivres (Arr. 17 oct. 1901 au *J. off.* du 1er nov.). Nul n'est admis sans un billet d'hospitalisation visé par le gouverneur, sauf urgence. Le prix de la journée d'hôpital varie suivant la qualité des personnes. Le chiffre des lits d'indigènes indigents est fixé à 8.

66. — Des mesures hygiéniques très-précises ont été édictées en vue de prévenir les épidémies de peste (Arr. 6 juin 1900 au *J. off.* du 15) : obligation pour quiconque connaît des renseignements intéressant la santé publique d'en faire la déclaration à l'autorité, destruction des animaux rongeurs (prime de 0 fr. 05 par cadavre), déclaration de tout cas de peste ou suspect imposée aux logeurs, propriétaires, chefs d'exploitation, directeurs d'établissements de toute nature; mesures d'isolement à l'égard du malade et de ceux qui ont été en contact avec lui, désinfection des locaux. Cet arrêté inséré au *Journal officiel* local, a été traduit en arabe, affiché sur les murs de la ville et publié à son de trompe par le crieur public. Les contrevenants sont punis de peines correctionnelles.

67. — Une école publique de garçons, avec cours pour les indigènes, est tenue à Djibouti par les frères de l'Institut de Saint-Gabriel. Une subvention mensuelle, fixée d'abord à 200 fr. (Déc. 31 déc. 1901), puis à 100 fr. (Arr. 1er juill. 1902, *J. off.* 15 août), lui est allouée sur le budget de la colonie. Le budget de 1903 prévoit une subvention de 2,400 fr. pour les écoles de garçons et de filles. Une bibliothèque de prêts gratuits est ouverte au secrétariat général (Arr. 31 janv. 1903 au *J. off.* du 1er févr.). Un catalogue des ouvrages a paru dans ce numéro du *Journal officiel* local et dans celui du 15 mai 1903.

SOMMATION.

1. — On désigne sous le nom de sommation un acte par lequel on interpelle une personne de déclarer, de faire ou de ne pas faire quelque chose. — Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Sommation*.

2. — La sommation diffère du commandement en ce qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite en vertu d'un titre exécutoire et en ce qu'elle n'interrompt pas la prescription. — V. *suprà*, v° *Commandement*, n. 2, 6 et 12, et v° *Prescription* (mat. civ.), n. 650 et s.

3. — La sommation de payer ou de délaisser, qui doit être adressée par les créanciers hypothécaires au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué avant de faire procéder à la vente de cet immeuble, doit, aux termes de l'art. 2169, C. civ., être précédée d'un commandement. Mais on est d'accord pour admettre qu'il n'y aurait pas nullité si la sommation précédait le commandement au lieu de le suivre. — Bioche, v° *Saisie immobilière*, n. 135; Troplong, *Privilége des hypothèques*, n. 791. — V. *suprà*, v° *Saisie immobilière*, n. 468 et s.

4. — Les autres cas dans lesquels il y a lieu de faire une sommation sont extrêmement nombreux. Tout d'abord il est nécessaire de faire sommation : 1° Pour opérer la mise en demeure (C. civ., art. 1139; V. *suprà*, v° *Mise en demeure*, n. 1 à 15), et par suite, pour faire courir les dommages-intérêts et les intérêts moratoires. Depuis une loi du 7 avr. 1900 modifiant l'art. 1153, C. civ., dans les obligations qui se bornent au paiement d'une somme d'argent, les intérêts ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. Nous rappelons à ce sujet que l'ancien art. 1153 les faisait courir du jour de la demande en justice. La même loi a en même temps modifié l'art. 1904, C. civ., en décidant que « si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la sommation ou de la demande en justice ». L'ancien texte ne faisait également courir les intérêts que du jour de la demande dans cette hypothèse (V. *suprà*, v° *Dommages-intérêts*, n. 141 et s., et *Intérêts*, n. 411 et s.). — Sur cette modification, V. S. et P. *Lois annotées*, 1900, p. 1017, notes 4 et 6.

5. — 2° Pour couvrir la péremption, V. *suprà*, v° *Péremption d'instance*, n. 267, 276, 286.

6. — 3° Pour permettre l'exercice d'un droit. C'est ainsi qu'il est nécessaire que la partie contre laquelle on demande la résolution d'une convention pour inexécution de ses obligations ait été préalablement mise en demeure par une sommation de remplir lesdites obligations (V. C. civ., art. 1656).

7. — Lorsqu'il n'a pas été fixé de délai pour l'exécution d'une convention, le créancier ne peut poursuivre cette exécution qu'après avoir adressé au débiteur une sommation d'avoir à remplir ses engagements dans tel délai déterminé.

8. — 4° Une sommation peut encore avoir pour but de mettre à couvert la responsabilité de celui qui la fait faire. C'est ainsi que l'art. 1938, C. civ., prescrit au dépositaire qui découvre que la chose qui lui a été remise en dépôt a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, de faire sommation à ce dernier de réclamer cette chose dans un certain délai.

9. — Dans le cours des procédures, les cas où il doit être adressé des sommations sont également très-nombreux. Par exemple, c'est par une sommation, appelée *avenir*, que les avoués indiquent à leurs confrères l'audience à laquelle ils doivent se présenter, soit pour poser des conclusions, soit pour plaider dans les affaires dans lesquelles ils occupent (V. *suprà*, v° *Avenir*). De même, c'est par la sommation que sont demandées les communications de pièces. — V. *suprà*, v° *Communication de pièces*, n. 63 et s.

10. — Les dispositions des art. 79 et 80, C. proc. civ., qui veulent que dans les affaires en cours d'instruction, l'audience ne soit poursuivie que sur une sommation d'avoué à avoué, sont prescrites à peine de nullité. Ainsi, est nul un jugement par défaut obtenu contre le défendeur, sans sommation préalable d'audience. — Agen, 25 mai 1836, Grenier, [P. chr.]

11. — En matière d'expertise, il est fait sommation aux parties d'être présentes au rapport. Ces sommations indiquent seulement le lieu, le jour et l'heure de la première vacation; elles n'ont pas besoin d'être réitérées, quoique la vacation ait été continuée à un autre jour (C. proc. civ., art. 1034).

12. — En matière d'enquête il est fait sommation à la partie d'avoir à dénier ou à reconnaître les faits articulés. — V. *suprà*, v° *Enquête*, n. 40 et s.

13. — Le défaut par une partie de répondre à une sommation qui lui a été faite d'avoir à déclarer, dans un délai déterminé, si elle consent ou non à telle chose, avec déclaration que son silence sera pris pour une adhésion, n'équivaut pas à un consentement. — Merlin, v° *Sommation*, n. 4; Bioche, *eod. v°*, n. 4.

14. — Les formes des sommations sont celles des exploits en général. — V. *suprà*, v° *Exploit*, n. 17 et s.

15. — Les sommations peuvent d'ailleurs souvent être remplacées par des équivalents. L'art. 1139 le dit expressément pour la mise en demeure. — V. *suprà*, v° *Dommages-intérêts*, n. 169 et s.

16. — Les sommations se font en général par ministère d'huissier. — V. *suprà*, v° *Huissier*, n. 151.

17. — Toutefois, les sommations faites en cours d'instance se signifient par acte d'avoué à avoué. — V. *suprà*, v° *Acte d'avoué à avoué*.

18. — Les sommations sont soumises aux droits d'enregistrement fixés pour les exploits en général. — V. *suprà*, v° *Exploit*, n. 83 et s.

SOMMATIONS RESPECTUEUSES. — V. Acte respectueux.

SOMNAMBULISME. — V. Devin. — Responsabilité pénale.

SONNERIE. — V. Cloches d'église.

SORBONNE. — V. Instruction publique.

SORCELLERIE. — V. Devin.

SOUDAN. — V. Sénégal. — Sénégambie et Niger.

SOULTE. — V. Échange. — Enregistrement. — Licitation. — Partage. — Partage d'ascendant. — Succession.

SOUMISSION. — V. Chemin vicinal. — Marché administratif. — Travaux publics.

SOURCE. — V. Drainage. — Eaux. — Irrigation. — Rivières. — Servitude.

SOURD-MUET.

Législation.

C. civ., art. 936; C. instr. crim., art. 333.

Décr. 16 mars 1870 (*reconnaissant comme établissement d'utilité publique la société centrale d'éducation et d'assistance pour les sourds-muets en France*).

Bibliographie.

Ouvrages généraux. — Droit civil. — André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Sourd-muet*. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897-1902, 5e éd., 4 vol. in-8°, parus, t. 1, § 86, p. 581; § 124, p. 789; § 137, p. 860; 1879, 4e éd., 8 vol. in-8°; t. 5, § 451 *bis*, t. 7, § 648, p. 18; § 652, p. 62 et 63; § 663, p. 92. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1904, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 1, n. 1385; t. 2, n. 471, 500, 573. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, 1899, 2e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, n. 1308. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, 1896-1902, 3 vol. in-8° parus, t. 2, n. 1446. — Coin-Delisle, *Commentaire du livre III, tit. II du Code civil*, 1855, 1 vol. in-4°, sur l'art. 936, p. 208 et 209. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1823, 5e éd., 3 vol. in 4°, t. 2, p. 517. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 4, n. 75. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 32 vol. in-8°, t. 3, n. 24 et s.; t. 20, n. 164 et s.; t. 21, n. 193 et 194. — Duranton, *Cours de droit français*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 2, n. 25, 39; t. 3, n. 765; t. 8, n. 447; t. 9, n. 69, 134 et 135. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Sourd-muet*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8° et *Suppl.* par Griffond, 1900-1903, sur l'art. 146, n. 28 et 29; sur l'art. 489, n. 15; sur l'art. 936, n. 1 et s.; sur l'art. 972, n. 5, 54 et s., 58 et s.; 1398, n. 13 et 49. — Grenier et Bayle-Mouillard, *Traité des donations, des testaments*, 1847, 4 vol. in-8°, t. 1, n. 61, t. 2, n. 226, 230, 254, 283 et s. — Guilhon, *Traité des donations entre-vifs*, 1810, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 102 et s. — Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 1895, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 1, n. 325. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 1, n. 316, t. 6, n. 69, 286, 295, 365. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8° et *Suppl.*, 8 vol. in-8° parus, t. 2, n. 272; t. 5, n. 249, 339; t. 11, n. 125; t. 12, n. 253 et 254; t. 13, n. 125, 265, 267, 312, 422; t. 21, n. 39. — Magnin, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, 1842, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 577 et s.; t. 2, n. 998, 1031, 1554 et s. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 3, p. 561 et 567. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1860, 5 vol. in-8°, t. 1, § 46, p. 62; § 110, p. 170; § 233, p. 163; t. 3, § 417, p. 29; § 425, p. 61; § 426, p. 91; § 440, p. 116; t. 4, § 635, p. 45. — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Sourd-muet*. — Mersier, *Traité théorique et pratique des actes de l'état civil*, 1892, 2e éd., 1 vol. in 8°, n. 174. — Michaux, *Traité pratique des contrats de mariage*, 1869, 1 vol. in-8°, n. 119; — *Traité pratique des testaments notariés, olographes, mystiques*, etc., 1887, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 134, 1871, 2068, 2114. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 1, n. 2589, 2688; t. 3, n. 184, 2528, 2702, 2704, 2721, 2932. — Poujol, *Traité des donations entre-vifs et testaments*, 1840, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 368 et 369. — Rieff, *Commentaire des actes de l'état civil*, 1844, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 245. — Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 1868-1869, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 1, n. 49. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in-8°, v° *Sourd-muet*. — Rutgeerts et Amiaud, *Commentaire sur la loi du 25 vent. an XI*, 1884, 3 vol. in-8°, t. 1, p. 246, 271, 302, 303, 306, 385 et 386. — Saintespès-Lescot, *Des donations entre-vifs et des testaments*, 1855-1861, 5 vol. in-8°, t. 3, n. 661 et s.; t. 4, n. 1039, 1058. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 361. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 1, n. 503; t. 5, n. 200, 391, 392, 410, 476 et 477. — Troplong, *Commentaire du titre des donations et testaments*, 1872, 3e éd., 4 vol. in-8°, t. 2, n. 528, 537, 539; t. 3, n. 1138, 1139, 1149, 1664 et s., 1679. — Vazeille, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, 1826, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 91 et s.

Procédure civile. — Bellot des Minières, *Commentaire sur l'arbitrage volontaire et forcé*, 1838, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 113. — Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, avec suppl. par Dutruc, 1880-1888, 5e éd., 13 vol. in-8°, v° *Enquête*. — Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure*, 1898-1903, 2e éd., 7 vol. in-8° parus, t. 3, § 845, p. 57. — Glasson et Colmet-Daage, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 1902, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 586. — Marc-Deffaux, Harel et Dutruc, *Encyclopédie des huissiers*, 1888-1896, 4e éd., 12 vol. in-8°, v° *Sourd-muet*. — Mongalvy, *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, 1832, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 114. — Pigeau et Crivelli, *La procédure civile des tribunaux de France*, 1829, 5e éd., 2 vol. in-4°, t. 1, p. 337, note. — Rodière, *Cours de compétence et de procédure en matière civile*, 1875, 5e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, p. 398. — Tissier, Darras et Louiche-Desfontaines, *Code de procédure civile annoté*, 1901, 1 vol. gr. in-8°, paru, sur l'art. 268, n. 2.

Instruction criminelle et droit pénal. — Berriat-Saint-Prix, *Des tribunaux correctionnels*, 1854-1857, 2 vol. in 8°, t. 1, n. 276. — Bourguignon, *Jurisprudence des codes criminels*, 1825, 3 vol. in-8°, sur les art. 332 et 333, C. instr. crim. — Carnot, *De l'instruction criminelle*, 1829-1835, 2e éd., 4 vol. in-4°, t. 2, p. 563 et 564. — Cassassoles, *Guide pratique du juge d'instruction*, 1869, 1 vol. in-8°, p. 338. — Chauveau, Faustin-Hélie et Villey, *Théorie du Code pénal*, 1887-1888, 6 vol. in-8°, t. 1, p. 515. — Cubain, *Traité de la procédure devant les cours d'assises*, 1851, 1 vol. in-8°, n. 444. — Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, 1862, 3e éd., 3 vol. in-8°, t. 1, n. 30, 150; t. 2, n. 294, 296, 297, 328, 329. — Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 1866-1867, 2e éd., 8 vol. in-8°, t. 7, n. 3435 et s. — Frèrejouan du Saint, *Traité théorique et pratique de la cour d'assises*, 1 vol. in-4°, 1896, n. 2014 et s., 5503 et s. — Garraud, *Précis de droit criminel*, 1903, 8e éd., 1 vol. in-8°, n. 134; — *Traité théorique et pratique de droit pénal*, 1898-1902, 2e éd., 6 vol. in-8°, t. 1, p. 495. — Legraverend et Duvergier, *Traité de la législation criminelle en France*, 1830, 3e éd., 2 vol. in-4°, t. 1, p. 244 et s., 454 et s. — Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des parquets*, 1900-1901, 3e éd., 3 vol. in-8°, vis *Interprète*, t. 1, n. 814, *Mariage*, t. 3, n. 851, *Témoins*, t. 3, n. 714. — Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*, 1874, 2 vol. in-8°, t. 1, n. 60, en note. — Molinier, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, annoté par Vidal, 1892-1894, 3 vol. in-8°, t. 2, p. 131 et s. — Morin, *Répertoire universel et raisonné de droit criminel*, 1851, 2 vol. in-8°, vis *Interprète*, *Sourd-muet*. — Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, 1896, 1 vol. gr. in-8°, n. 730-5°. — Nouguier, *La Cour d'assises; Traité pratique*, 1860-1870, 5 vol. in-8°, t. 3, n. 2010 et s. — Pain, *Code pratique de la cour d'assises*, 1889, 1 vol. in-18, n. 176 et 177. — Rauter, *Traité de droit criminel français*, 1836, 2 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 715. — Rodière, *Procédure criminelle*, 1844, 1 vol. in-8°, p. 259 et s. — Rossi, *Traité de droit pénal*, 1855, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 52. — Trébutien, Laisné-Deshayes et Guillouard, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1878-1883, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 409. — Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 1901, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 175, p. 263.

Ouvrages spéciaux. — Bartelaer (van), *Etat légal du sourd-*

muet. — Berthier, *Le Code Napoléon mis à la portée des sourds-muets.* — Bonnafont, *Responsabilité des sourds-muets*, 1879. — Bonnefoy, *De la surdi-mutité au point de vue civil et criminel*, 1900, 1 vol. gr. in-8°. — Gampietro, *Responsabilité criminelle du sourd-muet* (communication faite au deuxième congrès international d'anthropologie tenu à Paris en 1889). — Goguillot, Gouctoux et Thomas, *Les sourds-muets au point de vue médical et juridique chez l'enfant et chez l'adulte.* — Vincent, *De la capacité civile des sourds-muets.*

Revues. — *Les sourds-muets devant la loi* (Lannois) : Arch. de l'anthropol. crim. et des sciences pénales, 1889, p. 467. — *De l'interrogatoire des sourds-muets* (Ferdinand Berthier) : J. le Droit, 22 mars 1838. — *Les sourds-muets devant les tribunaux civils et criminels* (Ferdinand Berthier) : J. le Droit, 24-25 sept. 1838. — *Si le sourd-muet est incapable de testament public* (Coin-Delisle) : Rev. crit., 1853, t. 3, p. 367. — *Les institutions nationales de sourds-muets et le ministère de l'Intérieur* (Théophile Denis) : Rev. gén. d'admin., 1882, p. 25. — *Les conseils généraux et les institutions des sourds-muets* (Théophile Denis) : Rev. gén. d'admin., 1887, p. 129 et s. — *De la surdi-mutité chez l'enfant et chez l'adulte, au point de vue légal et tutélaire* : Rev. internat. de l'enseignement des sourds-muets, septembre 1888. — *De la capacité civile des sourds-muets* (Vincent) : Rev. prat., 1864, t. 17, p. 481.

Index alphabétique.

DIVISION.

Section I.

Notions générales.

1. — Le sourd-muet est celui qui, par le vice des organes de l'ouïe et de la parole, ne peut ni entendre, ni parler.

2. — Il n'y a lieu de s'occuper ici que des individus qui sont à la fois sourds et muets. L'individu atteint seulement de l'une ou de l'autre de ces infirmités n'a jamais été privé d'aucun de ses droits civils, il n'a jamais été mis dans une classe à part. — Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Sourd-muet*, n. 1.

3. — Ainsi, jugé qu'il n'y a point incapacité de contracter pour celui qui n'est ni tout à fait sourd, ni tout à fait muet, et chez lequel il existe seulement une imperfection des organes de l'ouïe et de la parole. — Angers, 1er févr. 1843, Garnier, [P. 43.1.383]

4. — Cependant, si la surdité ou le mutisme était accompagné d'un défaut absolu d'instruction, en sorte qu'il fût difficile à l'individu atteint de cette infirmité d'entrer en communication avec l'officier public, tel qu'un notaire, chargé de constater ses volontés, la prudence pourrait conseiller à ce dernier de se faire aider d'un interprète ou de quelque personne habituellement en rapport avec le sourd ou le muet et qui pourrait faciliter les explications. Il convient toutefois d'exiger la garantie de la signature de la personne qui sert d'interprète. — Rolland de Villargues, n. 4.

Section II.

La surdi-mutité et le droit civil.

§ 1. *Capacité.*

5. — Dans le droit romain, les individus tout à la fois sourds et muets étaient frappés d'une incapacité absolue; ils étaient assimilés à des morts (L. 29, C., *De testam.*), et on leur nommait un curateur (Instit., *De curat.*, § 4). Toutefois, l'incapacité absolue était limitée aux sourds-muets de naissance, et elle pouvait ne pas atteindre les autres (Instit., *De inutil. stipul.*, § 7; *Quib. non est perm.*, § 5; *De hered. qual.*, § 7). — Du Caurroy, *Instit. expliquées*, liv. 1, tit. 23, § 4; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, n. 1.

6. — Sous notre ancienne jurisprudence, l'exception fut encore étendue en faveur des sourds-muets qui avaient l'intelligence et l'instruction nécessaires pour connaître leurs droits et manifester leur volonté. — Ferrière, *Dict.*, v° *Curateur*; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*; Rolland de Villargues, n. 5.

7. — Aujourd'hui, dit Rolland de Villargues (n. 6), il faut aller plus loin encore et, substituant l'exception à la règle, décider que les sourds-muets jouissent de la même capacité que les autres citoyens, à moins que, dans le cas particulier qui se présente, leur infirmité ne soit un empêchement d'agir réel ou légal. On peut dire avec Bigot-Préameneu que « depuis que par les heureux effets de la bienfaisance et du génie, les sourds-muets ont été rendus à la société, ils sont devenus capables d'en remplir les devoirs et d'en exercer les droits ». — Bigot-Préameneu, *Exposé des mot. du C. civ.*, tit. *Des donat. et des test.* — Aussi, aucune disposition du Code civil ne déclare-t-elle les sourds-muets incapables d'administrer leurs affaires ni de contracter; ils restent donc, à cet égard, sous l'empire du droit commun. — Merlin, *loc. cit.*; Grenier, *Donat.*, n. 285. — Un arrêt de la Cour de cassation a nettement posé le principe de la distinction entre la capacité du sourd-muet et son impossibilité de fait, en raison de ce qu'il ne peut pas employer le langage oral. — Cass., 30 janv. 1844, Roques, [S. 44.1.102, P. 44.1.321]

8. — La surdi-mutité n'est pas par elle seule une cause d'interdiction. Les magistrats, saisis d'une demande d'interdiction fondée sur cette infirmité, ont toute liberté d'appréciation pour décider si le sourd-muet doit à raison de son infirmité être interdit, tout dépendant de son état particulier. La jurisprudence a décidé qu'il n'y avait pas lieu de prononcer l'interdiction d'un sourd-muet qui fait preuve d'intelligence, alors même qu'il ne sait ni lire ni écrire, et que les sourds-muets de naissance, même ceux qui n'ont reçu aucune éducation, ne doivent être interdits qu'autant que par leur infirmité, ils seraient réduits à un état habituel d'imbécilité, et qu'il suffit, lorsqu'ils donnent des marques d'intelligence, de leur nommer un conseil judiciaire. — V. *suprà*, v° *Interdiction*, n. 49.

9. — La question de savoir si la surdi-mutité peut entraîner la nomination d'un conseil judiciaire est également une question d'espèce. — V. *suprà*, v° *Conseil judiciaire*, n. 28 et 29.

10. — A ce sujet, et bien qu'il soit de règle que l'on ne puisse se donner à soi-même, soit un tuteur, soit un conseil judiciaire, ni en provoquer la nomination dans son propre intérêt, il a été décidé que les juges pourraient prendre en considération la demande, que ferait un individu sourd-muet dont on provoquerait l'interdiction, d'être placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire. — V. *suprà*, v° *Conseil judiciaire*, n. 87.

11. — Jugé encore que les tribunaux ont tout pouvoir pour apprécier le degré d'intelligence des sourds-muets et pour prendre les mesures destinées à les protéger lorsqu'ils sont appelés à débattre en justice des intérêts dont ils ne comprennent pas l'importance et que, par ignorance, ils pourraient compromettre. — Cass., 8 août 1844, Bordères, [P. 44.2.354]

12. — Ainsi ils peuvent nommer un conseil judiciaire à un sourd-muet intéressé dans un partage de succession, alors surtout que ce sourd-muet n'a d'autre guide qu'une personne dont les intérêts sont en opposition avec les siens. — Même arrêt.

13. — Et le conseil nommé pour assister et diriger le sourd-muet n'excède pas sa mission lorsque, dans l'instance où figure le sourd-muet lui-même, il prend des conclusions contraires aux siennes, alors surtout que, déclaré par le conseil de famille incapable d'administrer ses affaires, le sourd-muet ne paraît pas avoir été, dans l'expression de sa volonté, à l'abri de toute influence étrangère intéressée. On dirait en vain qu'en pareil cas le conseil ne s'est pas borné à diriger et assister le sourd-muet, mais qu'il l'a représenté, ce qui constitue une violation de la maxime qu'*en France nul ne plaide par procureur*. — Même arrêt.

§ 2. *Pension alimentaire.*

14. — Dans un article sur *les sourd-muets devant la loi* (Arch. d'anthrop. crim., 1889, p. 467), M. Lannois nous rapporte un arrêt rendu en 1867 par la cour de Paris et aux termes duquel une fille sourde-muette a le droit de réclamer à son père une pension alimentaire; mais elle ne peut être assimilée à une mineure et maintenue dans un couvent où le père offre de subvenir à ses besoins et elle est fondée à réclamer sa pension alimentaire et sa liberté sans condition.

§ 3. *Actes de l'état civil.*

15. — Les sourds-muets sont dans l'impossibilité physique d'être témoins dans un acte de l'état civil. — Bonnefoy, n. 39. — V. *suprà*, v° *Acte de l'état civil*, n. 184.

16. — Le sourd-muet peut-il être déclarant dans un acte de l'état civil? Le déclarant est celui qui, sur l'attestation des témoins et sous le contrôle de l'officier de l'état civil, porte à la connaissance de celui-ci le fait qu'il s'agit de constater : par exemple un décès, une naissance. La négative paraîtrait s'imposer également puisqu'à la différence du témoin qui n'a pas de rôle actif, le déclarant est obligé de faire une démonstration verbale. Cependant on enseigne que le sourd-muet peut être déclarant et qu'il en est ainsi, du moins, du père sourd-muet qui aurait à déclarer la naissance de son enfant. On s'appuie sans doute sur cette considération que dans ce dernier cas la déclaration est obligatoire pour le père. En cas de contestation ce sera aux tribunaux à décider souverainement si sa déclaration était recevable, ce qui sera une question de fait à trancher souverainement par les juges du fait. — Bonnefoy, n. 40.

17. — Sur le point de savoir si le sourd-muet peut être partie à un acte de l'état civil, V. *infrà*, n. 19, le mariage étant le seul acte de l'état civil où le sourd-muet puisse jouer le rôle de partie.

18. — Les sourds-muets ne peuvent être officiers de l'état civil, puisqu'ils ne peuvent donner lecture de l'acte aux parties et aux témoins conformément à l'art. 38, C. civ. — Bonnefoy, n. 37.

§ 4. *Mariage.*

19. — Le sourd-muet peut-il contracter un mariage valable? On admet généralement qu'un sourd-muet, alors même qu'il ne sait ni lire, ni écrire, a capacité pour contracter mariage s'il est d'ailleurs en état de manifester sa volonté, ce qui est une question de fait à résoudre par l'officier de l'état civil. Dans le cas où la manifestation de volonté ne paraîtrait pas suffisamment décisive à celui-ci, il devrait se refuser à célébrer le mariage et il appartiendrait aux tribunaux de trancher la question. — Bonnefoy, n. 41 et s. — V. *suprà*, v° *Mariage*, n. 124 et 125.

20. — Cette première question résolue, il en reste une seconde subsidiaire relative aux formes de la manifestation du consentement du sourd-muet. Le consentement du sourd-muet pourra avoir lieu au moyen de tout signe qui ne laisserait aucun doute sur la volonté de l'époux. — V. *suprà*, v° *Mariage*, n. 36.

21. — Si le sourd-muet sait écrire et lire, on devra exiger de lui une réponse écrite, qui sera jointe à l'acte de mariage. S'il ne sait pas écrire, la question est controversée. On pense généralement que l'officier de l'état civil doit énoncer dans l'acte quels ont été les signes à l'aide desquels le sourd-muet a manifesté son consentement. On préconise aussi le moyen d'un interprète. — Bonnefoy, n. 47 et s. — V. au surplus sur la question, *suprà*, v° *Acte de l'état civil*, n. 511.

§ 5. *Tutelle.*

22. — La tutelle est une charge, et on verra, *infrà*, v° *Tutelle* que l'individu nommé tuteur peut invoquer certaines excuses pour s'en faire dispenser. L'art. 434, C. civ., décide notamment que tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée est dispensé de la tutelle. La surdi-mutité est au nombre des infirmités que vise ce texte et pourra être considérée par les juges comme une excuse suffisante. — V. Bonnefoy, n. 63.

23. — Mais lorsqu'un sourd-muet a, malgré son état, accepté les fonctions de tuteur, il ne peut dans la suite invoquer sa surdi-mutité pour se faire décharger de ces fonctions. Toutefois l'aggravation de son infirmité lui permettrait de s'en faire relever : d'après l'interprétation généralement donnée de l'art. 434, en effet, l'aggravation d'une infirmité doit être assimilée à la survenance d'une infirmité nouvelle. — V. Laurent, t. 4, n. 504; Valette, sur Proudhon, t. 2, p. 337; Demolombe, t. 7, n. 426; Marcadé, t. 2, sur l'art. 434; Bonnefoy, n. 64. — V. *infrà*, v° *Tutelle*.

§ 6. *Donations entre-vifs.*

24. — Lorsque le sourd-muet est donataire, son acceptation doit intervenir dans des formes spéciales prescrites par l'art. 936, C. civ. — V. *suprà*, v° *Donations entre-vifs*, n. 340 et s., 1869.

25. — Lorsque le sourd-muet est donateur, et se trouve en tutelle (soit comme majeur ou mineur interdit, soit comme mineur non émancipé), en curatelle (comme mineur émancipé) ou pourvu d'un conseil judiciaire, on applique le droit commun de la tutelle, de la curatelle, du conseil judiciaire et de l'interdiction. — Bonnefoy, n. 70. — V. *suprà*, v^is *Conseil judiciaire*, n. 249 et s.; *Donations entre-vifs*, n. 959 et s.; *Interdiction*, n. 696 et s.

26. — S'il n'est ni en tutelle, ni en curatelle, on admet aujourd'hui qu'il est capable de faire une donation entre-vifs bien qu'il ne sache ni lire, ni écrire, avec ce correctif qu'il faut pour admettre la validité de la donation faite par le sourd-muet, qu'il résulte des circonstances, laissées à l'appréciation des juges, qu'il a pu librement exprimer sa volonté. — V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 944 et s.

27. — Le notaire rédigera l'acte de donation d'après les manifestations par écrit que le sourd-muet aura faites de ses intentions devant lui et les témoins, et s'il ne sait pas écrire (ou plutôt dans tous les cas), le notaire a le droit et même le devoir de faire intervenir un interprète. — V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 951 et s.

28. — En ce qui concerne la preuve de la surdi-mutité du donateur, V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 954 et s.

29. — L'art. 2, L. 21 juin 1843, exigeant que la lecture de l'acte de donation soit faite en présence de témoins, les sourds-

muets ne peuvent jouer ce rôle dans un acte portant donation entre-vifs. — V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 161.

§ 7. *Testament.*

30. — Ainsi qu'on le verra *infrà*, v° *Testament*, il y a trois sortes de testaments dont les formes sont requises à peine de nullité, ce sont : le testament olographe, le testament par acte public, le testament mystique.

31. — A. *Testament olographe.* — Il résulte de l'art. 970, C. civ., qu'un sourd-muet sachant lire et écrire peut tester sous la forme olographe, même s'il est sourd-muet de naissance, à la condition que ce testament soit écrit, daté et signé de la main du testateur. — Colmar, 17 janv. 1815, Schœffer, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 16 août 1836, Hérit. Pinet, [S. 37.2.468, P. 37.2.619] — Rouen, 23 août 1849, Dame Farin, [P. 50.2.121. D. 50.2.59]; — 26 mai 1851, Hérit. de Montbret, [S. 51.2.716, P. 52.1.421] — Pau, 23 déc. 1851, Hérit. Ballade, [S. 52.2.467, P. 54.1.37, D. 54.2.247] — *Sic*, Grenier, t. 2, n. 284; Rolland de Villargues, v° *Testament*, n. 46; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, n. 3; Duranton, t. 9, n.134; Laurent, t. 11, n. 125; Bonnefoy, n. 80.

32. — Mais la jurisprudence décide que le testament olographe fait par un sourd-muet n'est pas valable par cela seul qu'il est écrit, daté et signé par lui, si d'ailleurs rien ne prouve que ce sourd-muet savait écrire mentalement sa volonté sans copier le modèle, ou au moins qu'il savait lire et comprendre l'écriture d'autrui qui lui aurait servi de modèle. — Cass., 20 déc. 1858, Magnan, [S. 59.1.389, P. 59.1.935, D. 59.1.274] — Bruxelles, 19 déc. 1822, Hérit. Deurwaerdere, [S. et P. chr.] — Pau, 23 déc. 1851, précité.

33. — Certains arrêts ont restreint cette décision aux sourds muets de naissance. Jugé que pour admettre la capacité du sourd-muet de naissance et du sourd-muet de naissance seul, les juges doivent avoir la preuve positive que le sourd-muet avait des notions exactes sur la nature et les effets du testament; que la lecture était en lui, non seulement une opération des yeux, mais encore une opération de l'esprit donnant un sens aux caractères tracés et acquérant par eux la connaissance des idées d'autrui, que l'écriture était la manifestation de ses propres pensées; qu'au total la disposition testamentaire a bien été l'effet d'une volonté intelligente, et que ces preuves sont à la charge de l'institué. — Colmar, 17 janv. 1815, précité.

34. — ... Que lorsqu'un sourd-muet de naissance a fait un testament en la forme olographe, ce testament, bien qu'écrit en entier, daté et signé de sa main, ne peut valoir qu'autant qu'il est constant que son auteur a compris quand il l'a fait la valeur des mots qu'il employait et leur sens eu égard à la pensée qu'il exprimait. — Nîmes, 30 juin 1886, Bonnal, [*Gaz. Pal.*, 86.2, *Suppl.*, 33] — Trib. Mende, 2 août 1883, Mêmes parties, [*Gaz. Pal.*, 84.1.364]

35. — Spécialement, ce testament doit être annulé s'il est établi que son auteur était complètement illettré, ne savait ni lire, ni écrire, et qu'il n'a pu, en conséquence, tracer l'écriture du testament qu'en imitant un projet préparé qu'il a matériellement reproduit sans en comprendre le sens. — Mêmes arrêts.

36. — B. *Testament par acte public.* — En ce qui concerne la question de savoir si le sourd-muet peut être témoin dans un testament par acte public ou mystique, il a été jugé que les témoins ne sont point appelés dans le seul but d'attester la présence du testateur et le fait d'une dictée quelconque dont ils ne comprendraient pas le sens ou d'une lecture qu'ils n'entendraient pas, mais qu'ils doivent pouvoir témoigner de tout ce qui s'est passé sous leurs yeux; que, par conséquent, le sourd et à plus forte raison le muet pas plus que l'aveugle n'est *présent* à la confection du testament dans le sens de l'art. 971, C. civ. — Cass., 8 nov. 1875, Parizot, [S. 76.1.156, P. 76.311, D. 76.1.339] — Paris, 16 janv. 1874, Faber, [S. 74.2.137, P. 74.602, D. 75.2.39] — Besançon, 18 nov. 1874, sous Cass., 8 nov. 1875, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 4, n. 193; Laurent, t. 13, n. 267; Bonnefoy, n. 82.

37. — Le sourd-muet peut-il tester par acte public? Les art. 972 à 974, C. civ., nous indiquent les formes requises à peine de nullité pour la validité du testament par acte public. Ce sont : 1° la dictée par le testateur de ses intentions et dispositions; 2° l'écriture par le notaire ou par l'un des notaires s'ils sont deux; 3° la lecture du testament au testateur en présence des témoins; 4° mention dans l'acte des trois premières formalités; 5° signature du testament. — V. Bonnefoy, n. 83.

38. — Or le sourd-muet est dans l'impossibilité de dicter son testament au notaire; sauf dans le cas où l'on est parvenu à l'instruire de manière à lui rendre le jeu de l'organe vocal, avec l'intelligence des paroles qu'il prononce, bien que ces paroles ne frappent pas son oreille, hypothèse dans laquelle on admet qu'il peut tester. — Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. 2, n. 230, note *a*; Saintespès-Lescot, t. 4, n. 1039; Coin-Delisle, sur l'art. 972, n. 11; Troplong, t. 3, n. 1449; Aubry et Rau, t. 7, n. 172; Demolombe, t. 4, n. 168, 243 et 244; Laurent, t. 13, n. 312; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 537; Bonnefoy, n. 84.

39. — D'un autre côté, à supposer la possibilité de remplir la première condition, celle de la dictée, il en est une autre qui n'est pas possible, celle de la lecture du testament au testateur par le notaire. — Bonnefoy, n. 85.

40. — Jugé à cet égard que le testament authentique fait par un sourd-muet est absolument nul, puisque les formalités impérieusement exigées par la loi, notamment la dictée et la lecture du testament, ne peuvent être remplies par le testateur. — Nancy, 3 janv. 1903, [J. *Le Droit*, 8 mai 1903]

41. — ... Que c'est en vain qu'on essaierait de remplacer la dictée et la lecture par des équivalents, notamment en faisant dicter le testament par une personne habituée au langage des sourds-muets et communiquant avec le testateur, et en donnant lecture du testament à cette personne, alors surtout que le mode de manifestation employé n'est pas de nature à ne laisser aucun doute sur la volonté du disposant, celui-ci étant incapable de se faire comprendre, soit au moyen de l'alphabet des sourds-muets, soit au moyen des méthodes récentes de prononciation à l'aide de l'alphabet guttural, de sorte que l'intermédiaire, appelé à traduire ses intentions, ne peut procéder avec une complète et suffisante certitude. — Même arrêt.

42. — ... Et qu'une erreur est d'autant plus à craindre quand les dispositions du testament sont compliquées et portent sur une nue propriété, dont le sourd-muet veut gratifier des enfants nés ou à naître. — Même arrêt.

43. — C. *Testament mystique.* — Le testament mystique est celui que le testateur, sachant lire, écrit lui-même ou fait écrire par un autre et qu'il présente ensuite, clos et scellé, à un notaire assisté de six témoins qui en dresse l'acte de suscription. « En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, porte l'art. 979, C. civ., il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament; après quoi le notaire établira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; et sera au surplus observé, tout ce qui est prescrit par l'art. 976 ». Cet article est applicable non seulement au muet, mais au sourd-muet de naissance; un sourd-muet pourra donc tester dans la forme mystique s'il sait écrire, et à la condition que son testament soit écrit, daté et signé de sa main. — Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, n. 3; Demolombe, t. 4, n. 400; Laurent, t. 13, n. 422; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 573; Bonnefoy, n. 86.

44. — En résumé le sourd-muet qui ne sait pas écrire ne peut tester d'aucune manière; celui qui sait écrire peut seulement faire un testament olographe ou mystique. — Bonnefoy, n. 86.

§ 8. *Contrats.*

45. — Nous avons vu *suprà* (n. 8 et 9) que les sourds-muets ne doivent point, à raison de leur infirmité et par le seul fait de cette infirmité, être soumis à l'une de ces deux mesures : mise en interdiction ou dation d'un conseil judiciaire. La conséquence en est qu'ils ont l'exercice de leurs droits civils et qu'ils peuvent contracter par eux-mêmes (V. *suprà*, n. 7, et v° *Obligations*, n. 55). Ils peuvent tout d'abord employer à cet effet la forme des actes sous seing privé, qui ne sont soumis à aucune formalité et sont à la portée de toute personne ayant la capacité de contracter. Il n'en serait autrement que si nos lois contenaient une disposition spéciale prescrivant de constater en la forme authentique tous les actes portant contrat passé par un sourd-muet; cette disposition, qui n'existe pas en droit français, se trouve dans certaines législations étrangères. — Bonnefoy, n. 18, et s. — V. *suprà*, *Acte sous seing privé*, n. 489.

46. — Jugé que le sourd-muet, même aveugle, n'est pas légalement incapable de contracter. Il peut recevoir un paiement et en donner quittance, pourvu que ses infirmités lui permettent de se rendre un compte exact des sommes à lui remises et d'en donner quittance régulièrement au débiteur. — Riom, 18 juin 1879, Clémaron, [S. 79.2.253, P. 79.1013, D. 80.2.58

47. — Dans ce cas, le debiteur ne saurait exiger une quittance notariée aux frais du sourd-muet aveugle, sous prétexte que celui-ci ne peut donner lui-même une quittance valable. Par suite, les offres faites au sourd-muet aveugle, sous la condition de fournir à ses frais une quittance notariée, ne sont pas valables. — Même arrêt.

48. — Conformément au droit commun, force est au sourd-muet de faire dresser un acte authentique, quand il ne sait pas écrire ni signer (V. Bonnefoy, n. 88), ou que la loi prescrit l'emploi de la forme authentique pour la constatation du contrat qu'il passe. S'il ne sait pas écrire, il devra manifester sa volonté par l'intermédiaire d'un interprète (V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 345). — Sur le mode de nomination de l'interprète, les qualités à requérir de lui, la nécessité de lui faire prêter serment, etc., V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 335 et s. — S'il sait écrire, il est plus simple qu'il manifeste sa volonté par écrit que par signes. D'après Rolland de Villargues (v° *Sourd-muet*, n. 21), il suffit, dans ce cas, que le notaire constate que le sourd-muet lui a exprimé sa volonté par écrit, il n'est pas besoin qu'il conserve les notes ou écrits par lesquels celui-ci a manifesté ses intentions et qu'il les annexe à l'acte.

49. — On a vu (*suprà*, v° *Acte notarié*, n. 541) que les parties ne peuvent pas exiger que le notaire, avant la signature, leur laisse prendre, indépendamment de la lecture légale, connaissance et lecture par elles-mêmes de l'acte. Cette règle reçoit exception lorsqu'il s'agit d'un acte passé par un sourd-muet; en ce cas, le notaire doit, au contraire, après avoir donné lecture de l'acte aux autres parties, en faire prendre lecture au sourd-muet et en faire mention spéciale. — Bonnefoy, n. 96. — V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 542.

50. — En ce qui concerne la preuve de la surdi-mutité et l'inscription de faux contre le notaire, il a été jugé qu'il n'y a de constaté d'une manière authentique que ce dont le notaire a pu juger par le témoignage de ses sens (V. *suprà*, v° *Acte authentique*, n. 283 et s.), qu'il en résulte que si l'officier public a seulement apprécié des faits qui se sont passés devant lui, il ne saurait être question de l'inscription de faux et qu'ainsi le notaire qui interprète les signes employés par des contractants atteints de surdi-mutité ne fait qu'une simple appréciation susceptible d'être renversée par la preuve testimoniale. — Paris, 3 août 1865, Meslaye, [S. 57.2.443, P. 57.1.1089, D. 57.2.173] — *Sic*, Bonnefoy, n. 97.

51. — Le sourd-muet, qui peut être partie dans un acte notarié, ne peut y jouer le rôle de témoin parce que sa surdité le met dans l'impossibilité de se rendre compte de ce qu'un témoin doit entendre, et d'apprécier ce qui se passe autour de lui. Nous avons vu *suprà*, n. 29 et 36, que c'est la solution admise pour les donations et les testaments; elle s'applique d'une façon générale à tous les actes notariés (V. *suprà*, v° *Acte notarié*, n. 160). La mutité, quand elle est seule, n'entraîne pas l'incapacité d'être témoin. — V. *suprà*, *eod. v°*, n. 162.

§ 9. *Conventions matrimoniales.*

52. — Le sourd-muet étant, ainsi qu'on l'a vu *suprà*, n. 19 et s., capable de contracter mariage, lorsqu'il est en état de manifester à ce sujet un consentement réel, on ne saurait lui interdire les conventions et donations qui se font par contrat de mariage, alors que l'art. 1398, C. civ., autorise le mineur à faire de semblables dispositions, pourvu qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. — Rolland de Villargues, v° *Sourd-muet*, n. 11.

53. — Le sourd-muet donc, qu'il sache ou non lire et écrire, est capable de faire son contrat de mariage et il peut y insérer les donations. — V. *suprà*, v° *Contrat de mariage*, n. 461.

54. — Le sourd-muet interdit (en admettant qu'il lui soit permis de contracter mariage dans un intervalle lucide) sera représenté, pour ses conventions matrimoniales, par son tuteur, sauf à demander l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal si le contrat renferme une aliénation de ses biens. Remarquons, toutefois, que l'adoption de la communauté légale ou d'un régime plus restrictif ne devra jamais être considérée comme une aliénation. Quant au sourd-muet pourvu d'un conseil judiciaire, l'assistance de son conseil lui sera nécessaire toutes les fois que le contrat contiendra des stipulations entraînant des aliénations plus étendues que celles qui résultent de la communauté légale. — V. *suprà*, v° *Contrat de mariage*, n. 433 et s., 456 et s.

55. — Quand un sourd-muet intervient dans un contrat de mariage, non plus en qualité d'époux contractant, mais pour constituer une dot à son enfant ou pour régler les conventions matrimoniales de ce dernier, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 511, C. civ., d'après lequel, « lorsqu'il s'agit de l'enfant d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront réglés par un avis du conseil de famille homologué par le tribunal ». — Rolland de Villargues, v° *Sourd-muet*, n. 48; Bonnefoy, n. 100. — La cour de Nîmes a, il est vrai, décidé que ce texte « est applicable aux enfants des sourds-muets illettrés comme à ceux interdits pour cause d'imbécillité ou de démence ». — Nîmes, 3 janv. 1811, Touchelier, [S. et P. chr.] — Mais cet arrêt ne peut être pris en considération sous la législation actuelle, car il se rattache à cette idée, abandonnée par le Code, que la surdi-mutité met le sourd-muet dans l'impossibilité de manifester son consentement et entraîne son interdiction : dans l'espèce, le sourd-muet avait été mis en curatelle avant le Code comme étant hors d'état de manifester sa volonté.

§ 10. *Responsabilité civile.*

56. — En ce qui concerne la responsabilité civile du sourd-muet ou des personnes l'ayant sous sa garde, le droit commun est applicable (C. civ., art. 1382 et s.). Les tribunaux saisis d'une demande contre un sourd-muet à raison d'un quasi-délit ou d'un délit civil commis par celui-ci auront à apprécier si, au moment où il a commis son fait illicite et dommageable, son intelligence était suffisamment développée pour en comprendre la nature. — Bonnefoy, n. 101 et s.

§ 11. *Prescription.*

57. — La surdi-mutité ne rentre pas parmi les causes de suspension de la prescription indiquées par le Code civil. Mais on sait que la Cour de cassation admet que « la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, et qu'elle est suspendue toutes les fois que le créancier peut raisonnablement et aux yeux de la loi ignorer l'existence du fait qui donne naissance à son droit et par suite donne ouverture à son action » (V. *suprà*, v° *Prescription* (mat. civ.), n. 1007 et s.). L'application de cette théorie pourra être faite au sourd-muet; toutes les fois que son état mental ne lui permettra pas de connaître l'existence du fait donnant naissance à son droit ou de l'action qui en résulte, son infirmité légitimera raisonnablement son ignorance, et la prescription se trouvera suspendue à son profit. — Bonnefoy, n. 105 et 106.

Section III.

La surdi-mutité et la procédure civile.

58. — Les sourds-muets, ne figurant pas dans l'énumération limitative des incapables de déposer en justice, prévue aux art. 268 et 283, C. proc. civ., sont capables d'être entendus dans une enquête. Si le sourd-muet sait lire et écrire, il n'y aura pas de difficultés; les questions seront posées par écrit et le sourd-muet y répondra de même. Mais s'il est illettré, on appliquera par analogie l'art. 333, C. proc. civ. Ainsi le juge-commissaire nommera un interprète et choisira pour cela les personnes ayant le plus d'habitude de converser avec le témoin; il lui fera prêter serment et fera écrire la déclaration qu'il transcrira. — Bonnefoy, n. 107 et 108. — V. *suprà*, v° *Enquête*, n. 740.

59. — C'est le juge-commissaire qui doit nommer l'interprète nécessaire (V. *suprà*, *eod. v°*, n. 742). Mais d'après un arrêt de la Cour de Nîmes du 21 mai 1821, Delorme, [S. et P. chr.], cet interprète ne doit pas être pris parmi les parents ou alliés des parties aux degrés prohibés par l'art. 268, C. proc. civ. — *Contra*, Bonnefoy, n. 108.

60. — L'art. 271, C. proc. civ., édicte une formalité prescrite à peine de nullité, c'est la lecture faite au témoin de sa

déposition. Il faudra, pour que cette formalité soit observée, que le sourd-muet fasse lui-même cette lecture. Dans le cas où il ne saurait pas lire, ou bien s'il ne pouvait prendre lui-même lecture de sa déposition, cette formalité serait remplie par l'interprète. — Bonnefoy, n. 109.

61. — Le procès-verbal d'enquête doit mentionner ou que le sourd-muet a écrit sa déposition en présence du juge-commissaire, ou que cette déposition a été écrite par le greffier sur la déclaration d'un interprète. — V. *suprà*, v° *Enquête*, n. 1185 et 1186.

62. — Sur le point de savoir si un sourd-muet peut être arbitre dans un compromis, V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 369 et s.

Section IV.

La surdi-mutité dans le Code d'instruction criminelle.

63. — A la cour d'assises la surdi-mutité n'est pas une cause d'incapacité d'être témoin ; la loi ne prononce aucune exclusion contre lui; si le témoin sourd-muet sait lire et écrire, il peut prêter serment et déposer en répondant par écrit aux questions à lui posées ; sinon, il fait sa déposition par l'intermédiaire d'un interprète. — V. *suprà*, v° *Cour d'assises*, n. 2015 et s.

64. — Si l'accusé est sourd-muet et sait lire, on communique avec lui par écrit ; s'il est illettré, le président lui nomme comme interprète la personne qui a le plus l'habitude de converser avec lui (V. *suprà*, v° *Cour d'assises*, n. 1119). En ce qui concerne la présence de l'interprète lors du tirage au sort du jury, l'audition des témoins, les cas où il y a lieu à nomination d'un interprète, la personne pouvant être nommée interprète, son rôle et sa mission, V. *suprà*, v° *Cour d'assises*, n. 5503 et s.

65. — On sait que dans la procédure intermédiaire qui s'accomplit depuis l'arrêt de renvoi jusqu'à la comparution de l'accusé en cour d'assises, l'accusé doit être interrogé par le président des assises ou le juge par lui délégué, vingt-quatre heures au plus tard après la remise des pièces au greffe et l'arrivée de l'accusé dans la maison de justice (C. instr. crim., art. 266 et 293 cbn.). Quoique l'art. 293, C. instr. crim., n'exige dans aucun cas l'intervention d'un interprète et que les art. 332 et 333, C. inst. crim., ne prescrivent l'intervention d'un interprète qu'en vue des débats publics, il n'est pas douteux que le président puisse recourir à cette mesure quand il procède à l'interrogatoire préalable d'un sourd-muet. Mais ce n'est là qu'une faculté et non un devoir, et le défaut de nomination d'interprète ne saurait jamais emporter nullité. — Bonnefoy, n. 123. — V. Nouguier, t. 1, n. 247. — V. aussi, *suprà*, v° *Interrogatoire*, n. 40 et 41.

66. — Est nul comme ne constatant point suffisamment que le président s'est assuré que les questions et l'avertissement par lui adressés à l'accusé conformément à l'art. 296, C. inst. crim., ont été compris et entendus par celui-ci, le procès-verbal de l'interrogatoire qui déclare seulement que le président, après avoir tenté de se faire comprendre par l'accusé sourd-muet ne sachant ni lire ni écrire, et n'avant reçu aucune instruction spéciale, s'est retiré sans recourir à l'intervention d'un interprète et s'est borné à nommer un défenseur d'office. — Cass., 10 mai 1872, Gréjeault, [S. 72.2.396, P. 72.1033, D. 72.1.383] — *Sic*, Bonnefoy, n. 124.

67. — Lorsque la procédure où est impliqué un prévenu ou un témoin sourd-muet se déroule devant toute autre juridiction pénale que la Cour d'assises, on applique par analogie le principe posé par l'art. 333, C. instr. crim. Donc : *a*) Y a-t-il eu instruction préparatoire ? C'est le magistrat instructeur qui, si l'accusé ou le témoin est sourd-muet, nommera l'interprète; *b*) s'il y n'a pas eu d'instruction préparatoire, c'est le président du tribunal répressif qui aura ce pouvoir. — F. Hélie, *Instr. crim.*, t. 4, n. 1928; Nouguier, *Cour d'assises*, t. 1, n. 247; Bonnefoy, n. 121.

Section V.

La surdi-mutité en droit pénal.

68. — En principe, la surdi-mutité ne constitue pas un fait exclusif de la responsabilité pénale. Mais si elle n'est pas une cause d'excuse, elle peut servir de base à l'admission de circonstances atténuantes. — Bonnefoy, n. 140 et s. — V. *suprà*, v° *Aliéné-Aliénation mentale*, n. 502, 541 et s., v° *Discernement*, n. 45 et 46, et v° *Responsabilité pénale*, n. 51.

Section VI.

Questions spéciales.

69. — Sans aucun conteste les sourds-muets ont la jouissance du droit d'arriver aux fonctions publiques, pourvu qu'ils réunissent les conditions voulues par la loi. Mais si, en droit, ils possèdent cette capacité, en fait, leur infirmité leur rend impossible l'exercice de toutes les fonctions qui exigent l'obligation d'entendre et de parler. Par suite, il est, dans la plupart des cas, absolument impossible à un sourd-muet d'exercer des fonctions administratives. Certains d'entre eux, les officiers de police judiciaire, les gardes champêtres et forestiers, les commissaires de police, etc., doivent déclarer qu'ils ont vu et entendu tels faits. On devrait en dire autant des fonctions de juge, greffier, notaire, avoué, avocat, huissier, commissaire-priseur, etc., fonctions qui emportent nécessairement pour celui qui les remplit l'obligation de voir, entendre, lire et signer. — Bonnefoy, n. 147; Launois, *Archives d'anthropologie criminelle*, 1889, p. 467.

70. — La loi ne s'est pas préoccupée du point de savoir si un sourd-muet peut être juré. Aux termes de l'art. 1, L. 21 nov. 1872, pour être juré il faut avoir trente ans accomplis et jouir des droits politiques, civils et de famille. En outre, il ne faut pas être dans l'un des cas d'incapacité ou d'incompatibilité prévus par la loi. Enfin, certaines infirmités physiques ne permettent pas de remplir les fonctions de juré, et donnent lieu à des excuses ou dispenses. Si le sourd-muet est interdit ou placé dans un établissement public d'aliénés ou pourvu d'un conseil judiciaire, il est frappé d'incapacité par l'art. 4. L. 4 juin 1853. Enfin, si le sourd-muet n'était pas l'objet d'une de ces mesures, il pourrait se faire excuser. L'art. 314 du Code du 3 brum. an IV, permettait l'excuse en cas de maladie grave. La loi actuelle ne prévoit aucun cas d'excuse légale, mais il ne résulte pas de là que des motifs dûment allégués ne puissent être présentés à la justice et ne doivent être sérieusement appréciés. C'est ainsi que des impossibilités physiques résultant de maladies ou infirmités sont admises tous les jours par les cours d'assises comme des causes d'exemption de services, soit pour la session entière, soit pour une partie de la session. Et l'on doit admettre comme valable l'excuse proposée par celui qui, par l'effet d'une infirmité telle que la surdi-mutité, ne pourrait suivre les débats. Du reste, la cour d'assises pourrait par un arrêt dispenser le juré atteint de cette infirmité, et si la cour ne prenait pas cette mesure, les parties auraient toujours comme suprême ressource le droit de récusation. — Bonnefoy, n. 148.

71. — D'après un arrêt, rendu sous l'empire du Code du 3 brum. an IV, lorsque la surdité d'un juré, constatée par jugement, est telle qu'il lui a été impossible d'entendre la lecture des pièces, les dépositions des témoins et les réponses de l'accusé, la déclaration du jury est nulle, comme n'ayant été rendue réellement que par onze jurés. — Cass., 27 frim. an VII, Jaffrezy, [S. et P. chr.]

72. — Mais plus récemment, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi en cassation basé sur le même motif, l'a rejeté en se fondant sur ce que l'appréciation des motifs d'excuse des jurés est abandonnée à la conscience et aux lumières des cours d'assises; que dans l'espèce l'état de surdité attribué par les demandeurs à deux des membres du jury de jugement n'avait pas été jugé par la cour d'assises de nature à les rendre incapables de remplir leur mission; qu'il y avait dès lors présomption légale que ces deux citoyens se trouvaient dans des conditions de capacite non susceptibles d'être remises en question en instance de pourvoi, à l'aide de documents extérieurs, qui en présence des actes authentiques du procès, n'ont aucune force probante ». — Cass., 30 janv. 1845, [*J. de dr. crim.*, t. 17. p. 74] — *Sic*, Bonnefoy, n. 148.

73. — On a vu, *suprà*, v° *Elections*, n. 293, 2415, 2709, 3171, que les sourds-muets même complètement illettrés, ont la capacité électorale. — V. encore Bonnefoy, n. 149.

74. — Mais quand devra-t-on considérer forcément leur vote comme valable? A cet égard, il a été posé deux règles : le bureau, incompétent pour connaître de la capacité légale des électeurs inscrits, peut et doit s'assurer si leur état physique, permanent ou accidentel, permet de recevoir d'eux un vote valable. Il ne devrait pas admettre, par exemple, le bulletin d'un électeur sourd-muet qui ne saurait ni lire, ni écrire. Le vote d'un sourd-muet peut aussi être refusé lorsque, sachant écrire, son bulletin n'a pas été écrit par lui. Mais au contraire, il a été décidé qu'un sourd-

muet dont le droit électoral est établi, qui écrit son bulletin sur le bureau, qui prête serment par écrit, et signe son bulletin, prend valablement part à l'élection et que le bureau électoral est tenu d'accepter son vote. Il y a en ce sens une décision de la Chambre des députés du 24 déc. 1833, au sujet de l'invalidation de l'élection de M. Drault Odiez, rapporteur, *Moniteur* du 25). Il est évident que ces décisions ont été prises dans des cas spéciaux et qu'on ne peut les considérer comme générales. Il est donc impossible de poser des règles précises et toujours la valeur du vote d'un sourd-muet dépendra de circonstances de fait qu'il appartient au bureau électoral d'apprécier. — Bonnefoy, n. 149.

SOUS-COMPTOIR DES ENTREPRENEURS. — V. Crédit foncier.

SOUS-DIACRE. — V. Diacre. — Sous-diacre.

SOUS-INSPECTEUR. — V. Douanes. — Enregistrement. — Forêts.

SOUS-INTENDANT. — V. Intendance militaire.

SOUS-LOCATION. — V. Bail (en général). — Bail administratif. — Bail a colonage partiaire. — Bail a ferme. — Bail a longue durée. — Bail a loyer.

SOUS-OFFICIERS.

Législation.

L. 14 avr. 1832 (*sur l'avancement dans l'armée*); — Ord. 16 mars 1838 (*portant règlement pour l'exécution de cette loi*); — L. 13 mars 1875 (*relative à la constitution des cadres et effectifs de l'armée active et de l'armée territoriale*); — L. 23 juill. 1881 (*sur le rengagement des sous-officiers*); — L. 18 mars 1889 (*sur le rengagement des sous-officiers*); — L. 6 janv. 1892 (*modifiant la loi du 18 mars 1889*); — Décr. 20 oct. 1892 (*sur le service intérieur dans l'infanterie, la cavalerie et l'artillerie, modifiés les 30 janv. 1897, 22 mai 1897, 22 oct. 1898, 20 mai 1901*); — Décr. 8 nov. 1903 (*portant règlement d'administration publique sur les conseils d'enquête des sous-officiers rengagés ou commissionnés*).

---

1. — I. *Historique et considérations générales.* — De tout temps, le législateur s'est préoccupé d'avoir un bon cadre de sous-officiers, ce cadre étant indispensable à l'organisation et à la discipline de l'armée. Aussi trouvons-nous, dès l'origine, un certain nombre de dispositions réglementaires, qui ont déterminé d'une façon précise, le mode de recrutement des sous-officiers. Nous citerons le décret du 21 févr. 1793, la loi du 14 germ. an III, le décret du 2 août 1811, et enfin la loi du 14 avr. 1832, suivie de l'ordonnance du 16 mars 1838.

2. — Mais ces préoccupations ont dû devenir plus graves, depuis que le système de la nation armée a été substitué à celui de l'armée de métier. La réduction de la durée du service militaire était, d'autre part, un obstacle, au bon recrutement du cadre. Aussi, pour retenir à l'armée le plus grand nombre possible de sous-officiers expérimentés, le législateur a-t-il, depuis la guerre de 1870-71, et surtout la loi de 1872 sur le recrutement de l'armée, cherché à multiplier les avantages donnés aux sous-officiers, qui ne rentraient pas dans la vie civile, lors du renvoi de leur classe d'âge dans les foyers.

3. — La loi du 24 juill. 1873 décida, dans ce but, que des emplois civils et militaires sont exclusivement attribués, dans la proportion des vacances annuelles et dans les conditions d'admissibilité déterminées aux états annexés à la loi, aux sous-officiers ayant passé douze ans sous les drapeaux dans l'armée active, dont quatre avec le grade de sous-officier. Celle du 17 juill. 1874 établit pour les sous-officiers rengagés une haute-paie, dont le taux était augmenté après dix ans de service. A trente-cinq ans accomplis, les sous-officiers avaient droit à une pension de retraite proportionnelle, dont le taux était décompté, pour chaque année de service et pour chaque campagne, à raison d'un vingt-cinquième du minimum de la pension d'ancienneté. De plus, tout sous-officier porté sur la liste de classement pour les emplois civils recevait, du jour de sa libération jusqu'au jour de sa nomination à l'un de ces emplois, une indemnité journalière de 1 fr.50. Enfin la loi du 22 juin 1878 attribua aux sous-officiers admis à contracter un premier rengagement de cinq ans une somme de 600 fr., à titre de première mise d'entretien et une indemnité de rengagement de 2,000 fr. Un deuxième rengagement donnait droit à une deuxième mise d'entretien de 500 fr., à une pension de retraite dont le taux, calculé conformément aux lois et ordonnances actuellement en vigueur, devait être augmenté, pour tous les grades, de 116 fr., de façon qu'après quinze ans de services, tout sous-officier rengagé, quel que fût son grade, eût droit à une pension de 365 fr. au moins.

4. — Malgré les sérieux avantages offerts aux sous-officiers ne rentrant pas dans la vie civile dès l'époque de la libération du service obligatoire, le nombre des rengagements était encore inférieur aux besoins de l'armée. Aussi le ministre de la Guerre pensa-t-il qu'il fallait recourir à d'autres mesures, plus avantageuses encore pour les intéressés, et la loi du 23 juill. 1881, qui suivit ses propositions, a-t-elle eu pour objet de créer aux sous-officiers rengagés une véritable situation privilégiée par rapport à celle des sous-officiers accomplissant simplement le service obligatoire, et a-t-elle créé une distinction profonde, qui subsiste encore a l'heure actuelle, entre les premiers et les seconds.

5. — La loi du 23 juill. 1881, dont les principes ont été maintenus sur ce point par celle du 18 mars 1889, a créé pour les sous-officiers rengagés ou commissionnés un véritable état, analogue à celui institué pour les officiers par la loi de 1834. Depuis lors, ces sous-officiers ne peuvent être rétrogradés ou cassés (en ce qui concerne les rengagés, mis à la retraite; en ce qui concerne les commissionnés, c'est-à-dire ceux ayant plus de quinze ans de services privés de leur commission), que sur avis conforme d'un conseil d'enquête. — V. sur ce point, *suprà*, v° *Etat des officiers et sous-officiers*. — V. aussi Déc. 8 nov. 1903, abrogeant celui du 25 janv. 1896, sur les conseils d'enquête des sous-officiers.

6. — Il existe donc, à l'heure actuelle, *deux catégories* de sous-officiers : les sous-officiers rengagés ou commissionnés; les sous-officiers faisant partie des classes du recrutement. Les questions relatives à l'état et aux avantages pécuniaires alloués aux rengagés et commissionnés ont été traitées plus haut (V. *suprà*, v^is *Etat des officiers et sous-officiers* et *Rengagement*). La situation des seconds doit seule nous occuper en cet article, en même temps que la définition des emplois que comporte le grade de sous-officier.

7. — II. *Hiérarchie et emplois.* — Le grade de sous-officier comporte un certain nombre d'emplois : ce sont ceux de sergent, dans les troupes à pied; de maréchal des logis, dans les troupes à cheval; de sergent-fourrier ou maréchal des logis-fourrier, de sergent-major ou maréchal des logis chef, d'adjudant. Il importe de bien remarquer que ces diverses dénominations sont des appellations d'emplois et non de grades. Il en résulte que, sans violer les règles légales qui disposent que l'avancement doit toujours avoir lieu du grade inférieur au grade immédiatement supérieur, l'autorité militaire peut nommer directement un sergent sous-lieutenant.

8. — Les fonctions d'adjudant sont de deux sortes : adjudant de bataillon, adjudant de compagnie. Les adjudants de bataillon ont commandement sur les adjudants de compagnie; ils sont exclusivement à la disposition de leur chef de bataillon et de leur adjudant-major. L'adjudant de bataillon de semaine a pour mission de seconder l'adjudant-major de semaine dans tous les détails de la police générale et du service commun à toutes les compagnies. L'adjudant de compagnie exerce une surveillance directe et constante sur tous les sous-officiers, caporaux et soldats de la compagnie; il les commande en tout ce qui est relatif au service, à la tenue, à la discipline et à l'instruction. Il est employé par le capitaine, sous la direction des officiers de peloton, à tous les détails du service et de l'instruction: il est l'auxiliaire immédiat et constant de l'officier de semaine.

9. — Dans la cavalerie, il n'y a pas d'adjudants correspondants aux adjudants de bataillon. Pour le surplus, les fonctions des adjudants et des maréchaux des logis sont assimilables à celles des sous-officiers de l'infanterie, sauf les modifications rendues inévitables par la différence de nature des deux armes.

10. — Au sujet des emplois spéciaux dans les cadres de la cavalerie, il faut signaler : 1° l'emploi d'adjudant-vaguemestre,

sous la surveillance immédiate du major pour le service de la poste, chargé de veiller à l'entretien des équipages régimentaires, sous la direction de l'officier d'approvisionnement, et de remplir sous les ordres de l'officier d'habillement les fonctions de maréchal des logis chef du peloton hors rang; 2° d'adjudant de manège; 3° l'emploi de maréchal des logis trompette, chargé d'apprendre à sonner aux trompettes et élèves-trompettes; 4° l'emploi de chef armurier, chef d'atelier sous la direction et surveillance de l'officier d'habillement; 5° l'emploi de maître d'escrime, à la nomination du ministre; 6° l'emploi de maréchal des logis garde-magasin d'habillement; 7° l'emploi de maréchal des logis chargé de l'infirmerie vétérinaire, ce sous-officier étant chargé, sous les ordres du vétérinaire, de la police et de la tenue des écuries, de l'infirmerie, des soins et de l'entretien des chevaux qui y sont en traitement; 8° l'emploi de maréchal des logis de manège, chef de reprises.

11. — Dans l'artillerie, des adjudants d'état major sont sous les ordres immédiats des adjudants-majors pour les détails du service des régiments; leur service est analogue à celui des adjudants de bataillon de l'infanterie. Il faut noter aussi l'emploi d'adjudant de casernement. Aux termes de l'art. 153, Décr. 20 oct. 1892, un adjudant classé au petit-major, et désigné par le colonel sur la proposition du major, est chargé des détails du service de casernement, du couchage et de l'éclairage, sous la direction du major. L'adjudant de casernement est, en outre, chargé de l'achat des objets d'écurie et remplit les fonctions de porte-étendard du régiment. On peut relever aussi, comme emploi spécial de l'arme, celui de chef artificier, donnant l'instruction aux artificiers pour le chargement des coffres et caisses de munitions, la confection des munitions, le chargement des projectiles creux; celui de maréchal des logis chef mécanicien et garde du parc et de maréchal des logis maître sellier.

12. — Le sergent-major est l'agent du capitaine pour tout ce qui concerne l'administration et la comptabilité; il est responsable envers cet officier de la tenue des registres, contrôles et livrets, et de la conservation de tout le matériel de la compagnie. Il exerce une surveillance spéciale sur le garde-magasin de la compagnie, surveille le sergent-fourrier, communique au capitaine les ordres et décisions du colonel.

13. — Le fourrier est aux ordres du sergent-major. Sous la direction de ce sous-officier, il tient toutes les écritures de la compagnie, à l'exception du registre des punitions et du livre d'ordinaire, tenus directement par le sergent-major lui-même. Il assure toutes les distributions de denrées autres que celles de l'ordinaire (V. *infrà*, v° *Subsistances militaires*), ainsi que celles des objets de casernement, de couchage et de campement. Il est chargé du casernement et du couchage. Un caporal lui est adjoint pour le remplacer, s'il est absent, et le seconder dans ses fonctions, en temps ordinaire.

14. — Les fourriers d'un bataillon alternent entre eux pour être fourriers de semaine; pendant ce temps, ils sont sous les ordres de l'adjudant de bataillon.

15. — Les fonctions de sergents sont de deux sortes : celle de sergent de section, et celle de sergent de semaine. Les sergents de section dirigent, sous l'autorité des officiers, le peloton et sous la surveillance des adjudants de compagnie, les détails de l'éducation et de l'instruction des caporaux et soldats. Les sergents de semaine sont particulièrement aux ordres de l'officier de semaine; ils assurent, sous l'autorité de cet officier, de l'adjudant de semaine et de l'adjudant de compagnie, l'exécution des détails de service, de police et de discipline.

16. — Certains employés militaires sont assimilés à des sous-officiers; nous citerons les gardiens de batterie, ayant le rang d'adjudant (V. *suprà*, v° *Artillerie*), les portiers-consignes, caserniers et ouvriers d'Etat, ayant le même rang dans le génie.

17. — Enfin nous signalerons le personnel des sous-officiers versés dans le service de la justice militaire (V. *suprà*, v° *Justice militaire*) : les adjudants commis-greffiers de première et seconde classe, ou agents principaux, les sergents-majors de justice, les sergents huissiers-appariteurs, et enfin les sergents et sergents-fourriers de justice.

18. — Quelles sont pour les sous-officiers les règles de subordination? Aux termes des règlements sur le service intérieur : 1° dans *l'infanterie*, le soldat doit obéir au caporal, le caporal au caporal fourrier et au sergent; le sergent-fourrier et le sergent au sergent major; le sergent-major à l'adjudant, enfin l'adjudant au sous-lieutenant; 2° *dans la cavalerie*, le cavalier doit obéir au brigadier, le brigadier au brigadier-fourrier, au maréchal des logis-fourrier et au maréchal des logis, le maréchal des logis-fourrier et le maréchal des logis au maréchal des logis-chef; le maréchal des logis-chef à l'adjudant; l'adjudant au sous-lieutenant. La gradation de la subordination, et par suite de la hiérarchie, est analogue dans l'artillerie et le train des équipages.

19. — Sur les règles relatives au mode de nomination et aux conditions d'avancement des sous-officiers aux divers emplois du grade, V. *suprà*, v° *Avancement dans l'armée*. Sur les conditions de promotion des sous-officiers aux grades supérieurs, V. *suprà*, v^is *Avancement dans l'armée* et *Ecoles militaires*.

20. — III. *Punitions des sous-officiers non rengagés.* — Les punitions infligées aux sous-officiers sont : la privation de sortir après l'appel du soir; la consigne au quartier, la consigne à la chambre, la réprimande du capitaine, la prison; la réprimande du colonel; la rétrogradation, la cassation; la suspension de la commission, la révocation et la mise à la retraite d'office pour les rengagés commissionnés. — V. sur ce dernier point, *suprà*, v° *Rengagement*.

21. — A qui appartient le droit de punir? La réglementation de ce droit fait l'objet d'articles spéciaux dans les règlements du service intérieur des différentes armes. L'art. 313, Décr. 20 oct. 1892, sur le service intérieur de l'infanterie spécifie que les punitions sont ordonnées aux sous-officiers de la manière suivante : par les sergents-majors dans leur compagnie et par les adjudants, quatre jours de privation de sortie après l'appel, ou quatre jours de consigne au quartier; par l'adjudant de semaine dans son service spécial, par l'adjudant dans sa compagnie, par les sous-lieutenants et les lieutenants, huit jours de privation de sortie après l'appel ou huit jours de consigne au quartier, ou quatre jours de consigne à la chambre; par les capitaines, quinze jours de privation de sortie après l'appel, ou huit jours de consigne au quartier, ou huit jours de consigne à la chambre; par les capitaines dans leur compagnie et par les officiers supérieurs, trente jours de privation de sortie après l'appel, ou quinze jours de consigne au quartier, ou quinze jours de consigne à la chambre ou la réprimande; par le colonel, trente jours de privation de sortie après l'appel, ou trente jours de consigne à la chambre, ou quinze jours de prison, ou la réprimande.

22. — La rétrogradation des sous-officiers non rengagés est prononcée par le général de brigade d'infanterie et de cavalerie (et par le général commandant l'artillerie, pour les artilleurs) Elle est provoquée par une plainte du capitaine (ou de l'adjudant-major s'il s'agit d'un adjudant de bataillon), qui est remise au colonel après avoir été revêtue de l'avis du chef de bataillon ou d'escadron, du lieutenant-colonel, et, si les faits sont relatifs à l'administration, de celui du major. La plainte est accompagnée du relevé des punitions et de l'état signalétique et des services des sous-officiers. Le général entend, ***s'il y a lieu***, le sous-officier objet de la plainte. Les sous-officiers rétrogradés changent de bataillon, d'escadron ou de batterie.

23. — La même marche est suivie pour la cassation mais, la mesure étant plus grave, l'autorité compétente pour la prononcer diffère : la cassation d'un sergent et d'un sergent-major est prononcée par le général de division, dans l'infanterie et la cavalerie; celle d'un adjudant, par le général commandant le corps d'armée. Dans l'artillerie, le général commandant le corps d'armée prononce pour tous les sous-officiers.

24. — En ce qui concerne la rétrogradation et la cassation des sous-officiers rengagés, ainsi que le retrait de la commission, V. *suprà*, v° *Etat des officiers et sous-officiers*. Il est à noter que tous les sous-officiers décorés de la Légion d'honneur ou de la médaille militaire, rengagés ou non, bénéficient de l'intervention du ministre et du conseil d'enquête pour la rétrogradation et la cassation (Décr. 20 oct. 1892).

25. — Pour la cavalerie et l'artillerie, les règles sont semblables en tenant compte des correspondances de grades.

26. — IV. *Mariage des sous-officiers.* — Les hommes de troupe, y compris les sous-officiers, sont autorisés à se marier par le conseil d'administration. Les autorisations de mariage sont valables pendant six mois (Circ. 29 janv. 1902).

27. — Les circulaires ministérielles exigeaient, en outre, pour le mariage des sous-officiers, la condition d'un apport dotal minimum par la future épouse. Cette condition a été abrogée par la circulaire du 7 nov. [illegible]. Désormais, indépendamment de l'examen des [illegible], le conseil d'administration doit seulement s'assurer que la future possède des ressources

suffisantes pour ne pas être à la charge du militaire qui doit l'épouser. Si le conseil d'administration croit devoir refuser son consentement pour insuffisance de ces ressources, le dossier est transmis, avec indication des motifs du refus au gouverneur militaire ou au conseil d'administration, qui statue.

SOUS-ORDRE. — V. Ordre.

SOUS-PRÉFET. — SOUS-PRÉFECTURE.

Législation.

C. instr. crim., art. 383 et 509; C. pén., art. 130 et 176.

Décr. 3-22 août 1790 (*concernant les pensions, gratifications et autres récompenses nationales*); — Décr. 24 vend. an III (*sur l'incompatibilité des fonctions administratives et judiciaires*); — Arr. des consuls, 24 flor. an VIII (*relatif aux réclamations en matière de contributions*); — L. 28 pluv. an VIII (*concernant la division du territoire de la République et l'administration*), art. 8 et s.; — Arr. 17 vent. an VIII (*relatif à l'installation, aux fonctions et costume des préfets et aux traitements des secrétaires de préfecture, etc.*); — Arr. 16 therm. an VIII (*contenant règlement sur le recouvrement des contributions directes et l'exercice des contraintes*), art. 20; — L. 29 flor. an X (*relative aux contraventions en matière de grande voirie*); — Décr. 24 mess. an XII (*relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires*), tit. 1, art. 1, tit. 17, art. 19, tit. 26, art. 16; — L. 21 avr. 1810 (*concernant les mines, les carrières et les tourbières*), art. 84; — Ord. 29 mars 1821 (*relative au remplacement des préfets pendant leur absence momentanée de leur département et à la délégation de leurs fonctions*), art. 3; — Ord. 1er août 1827 (*pour l'exécution du Code forestier*), art. 86 et 134; — L. 22 juin 1833 (*sur l'organisation des conseils généraux de départements et des conseils d'arrondissement*), art. 5; — L. 3 mai 1841 (*sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*), art. 8 et 9; — L. 30 mai 1851 (*sur la police du roulage et des messageries publiques*), art. 22; — Décr. 25 mars 1852 (*sur la décentralisation administrative*), tabl. A; — Décr. 27 mars 1852 (*sur les traitements des préfets et sous-préfets*); — Décr. 13 avr. 1861 (*sur la décentralisation administrative*), art. 6 et 7; — Décr. 28 févr. 1863 (*portant que le titre de préfet honoraire pourra être conféré aux préfets placés hors des cadres d'activité ou admis à la retraite, et que les mêmes dispositions sont applicables aux sous-préfets et aux secrétaires généraux de préfecture*), art. 3 et 4; — L. 4 mai 1864 (*relative aux alignements sur les routes impériales, les routes départementales et les chemins vicinaux de grande communication*); — L. 10 août 1871 (*relative aux conseils généraux*), art. 8, 9, 60 et 83; — Décr. 23 déc. 1872 (*qui fixe le traitement des fonctionnaires administratifs des départements*); — L. 2 août 1875 (*sur les élections des sénateurs*), art. 20 et 21; — L. 30 nov. 1875 (*sur l'élection des députés*), art. 8 et s.; — Décr. 15 avr. 1877 (*relatif à l'avancement et aux traitements de non-activité des préfets et sous-préfets*); — Décr. 16 avr. 1878 (*concernant le costume officiel des préfets et sous-préfets*); — L. 2 avr. 1880 (*ayant pour objet la suppression des sous-préfectures de Sceaux et de Saint-Denis*); — L. 29 juill. 1881 (*sur la liberté de la presse*), art. 3 et 10; — L. 5 avr. 1884 (*sur l'organisation municipale*), art. 33 et 34, 37, 46, 47, 57, 61, 62, 78, 95, 102, 103, 124; — Décr. 22 mars 1887 (*concernant l'avancement sur place des préfets et sous-préfets*); — Décr. 4 oct. 1891 (*sur le service dans les places de guerre et dans les villes ouvertes*).

Bibliographie.

Albin Lerat de Magnitot et Huard-Delamarre, *Dictionnaire de droit public et administratif*, 1841, 2e éd., 2 vol. in-8°, v° *Organisation départementale*, sect. 5. — Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1885-1886, 3e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, n. 97 et s. — Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, 1902, 2e éd., 1 vol. in-8°, p. 89; — *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1885, 9 vol. in-8°, t. 3, p. 404 et s., t. 7, p. 444. — Béquet, Dupré et Laferrière, *Répertoire de droit administratif* (en cours de publication), v° *Département*, n. 1957 et s. — Berthélemy, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 1902, 2e éd., 1 vol. in-8°, p. 134 et s. — Blanche, *Dictionnaire général d'administration*, 1884-1891, 2 vol. gr. in-8°, v° *Département*. — Block, *Dictionnaire de l'administration française*, 1891, 3e éd., 1 vol. gr. in-8°, v° *Département*; — *Le département*, 1881, in-16. — Boullet et Périer, *Traité du département*, 1894-1895, 2 vol. in-8°. — Busoni et Huberson, *Textes organiques de droit public, administratif et civil*, 1883-1885, 4 vol. in-8°. — Cabantous et Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, 1887, 1 vol. in-8°, n. 164 et s. — Chevillard, *De la division administrative de la France et de la centralisation*, 1862, in-8°. — Cohn, *Cours élémentaire du droit administratif*, 1890, 1 vol. gr. in-8°, p. 54 et s. — Constant, *Code départemental*, 1880, 2 vol. in-8°. — Croissy (De), *Dictionnaire municipal*, 1897, 5e éd., 2 vol. in-8°. — Deshaires, *Traité de l'administration départementale et communale*, 1866, 1 vol. gr. in-8°. — Ducrocq, *Cours de droit administratif* (en cours de publication), 6 vol. in-8°, 4 parus, t. 1, n. 223 et s. — Dufour, *Traité général de droit administratif*, 1868-1870, et suppl. par Taudière, 1901, 12 vol. in-8°, t. 1, n. 523 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation, civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-8°, v° *Sous-préfet*. — Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, 1856, 4e éd., 3 vol. in-8°, t. 3, n. 1524 et s., 1947. — Gautier, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, 1880, 1 vol. in-8°, p. 122. — Gérando (De), *Institutes du droit administratif français*, 1829-1830, 4 vol. in-8°, t. 1, p. 162 et s. — Grétry (A. de), *Coup d'œil sur le mécanisme de l'administration départementale*, 1855, in-8°. — Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1901, 4e éd., 1 vol. in-8°, p. 399. — Hermann, *Traité de l'administration départementale*, 1855, 2 vol. in 8°. — Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 1860, 5e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, p. 346. — Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif*, 1852, 2 vol. in-8°, t. 1, p. 162 et s., t. 2, n. 545 et s. — Marie, *Éléments de droit administratif*, 1890, 1 vol. in-8°. — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 8 vol. in-4°, v° *Sous-préfet*. — Rigaud et Maulde, *Répertoire administratif et municipal*. — Sentupéry, *Manuel pratique d'administration*, 1882, 2 vol. in-8°, v° *Sous-préfets*. — Serrigny (De), *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1865, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 1393 et s. — Simonet, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, 1893, 2e éd., 1 vol. in-8°, n. 862 et s. — Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative*, 1854, 5 vol. in-8°, t. 1, p. 402 et s.

Kœchlin (C.), *Les sous-préfectures menacées de suppression*, 1887; — J. Menjoulat, *Réflexions sur la nécessité de l'établissement des secrétaires des sous-préfectures*, Paris, 1815.

Les sous-préfets (un ancien sous-préfet) : Rev. gén. d'adm., 1894, t. 2, mai-août, p. 129 et s. — *Attributions des sous-préfets en matière militaire* (Albert Bluzet) : Rev. gén. d'adm., 1902, t. 2, p. 129 et s. — *Les sous-préfets* (Gaston Jèze) : Rev. gén. d'adm., 1902, t. 2, p. 385 et s. — *Les sous-préfets* (Albert Bluzet) : Rev. gén. d'adm., 1902, t. 3, p. 302 et s. — *La question des sous-préfets et la réforme administrative* (°°°) : Rev. pol. et parl., 1900, t. 25, p. 330 et s.

Index alphabétique.

DIVISION.

Section I.

Notions générales et historique.

1. — Le sous-préfet est le représentant du pouvoir exécutif dans l'arrondissement (V. *suprà*, v° *Arrondissement*). Il est chargé, sous l'autorité du préfet, de veiller à l'administration de cette circonscription administrative, « ..... il est, dit Béquet, le lien qui unit le pouvoir central aux services spéciaux; il représente le principe d'autorité et contribue au maintien de l'unité gouvernementale; il dirige les affaires de l'arrondissement, il surveille et contrôle les administrations locales et s'efforce d'établir entre elles la cohésion nécessaire pour assurer le succès de l'œuvre commune à laquelle elles concourent..... ». — Béquet, *Rép. du dr. adm.*, v° *Département*, n. 1957; Hauriou, *Pr. de dr. adm. et de dr. publ. gén.*, p. 433.

2. — Nous avons vu *suprà*, v° *Arrondissement*, n. 40, qu'il n'y a pas de sous-préfet dans l'arrondissement où se trouve situé le chef-lieu du département : dans cet arrondissement les fonctions du sous-préfet sont exercées par le préfet. Mais dans tous les autres arrondissements de France, il y a encore actuellement un sous-préfet.

3. — Il n'y a d'exception que pour le département de la Seine dans lequel une loi du 2 avr. 1880 (art. 1 et 2) a supprimé les postes de sous-préfet dans les arrondissements de Sceaux et de Saint-Denis. — V. Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, 7e éd., t. 1, n. 223. — V. aussi, *suprà*, v° *Arrondissement*, n. 41.

4. — L'origine des sous-préfets se trouve dans les subdélégués de notre ancien droit. Nous avons vu (V. *suprà*, v^is^ *Département*, n. 6 et s.; *Préfet*, n. 1 et s.) que les intendants sont les prédécesseurs des préfets actuels. Ces intendants avaient à administrer des circonscriptions fort étendues : comme ils ne pouvaient tout voir par eux-mêmes, ils usèrent pour se faire remplacer du droit de délégation qui appartenait d'ordinaire aux magistrats royaux. Ces remplaçants prirent le nom de *subdélégués* parce que l'intendant qui les nommait était lui-même le délégué du prince. — Guyot, *Traité des droits, fonctions, etc.*, t. 3, p. 441; Esmein, *Cours élém. d'hist. du dr. fr.*, p. 569; Denisart, *Dict. de police*, v° *Subdélégués*.

5. — Sous Louis XIV, un édit du 15 avr. 1704 essaya bien de

faire des subdélégués de véritables fonctionnaires en érigeant leurs fonctions en offices. D'après cet édit, leurs fonctions se trouvaient très-peu étendues; ils continuèrent à être les représentants des intendants, ils ne pouvaient rien décider par eux-mêmes et devaient leur soumettre toutes les affaires. — Denisart, *Dict. de police*, v° *Subdélégué*, t. 2.

6. — Mais cet ordre de choses fut modifié par un édit du mois d'août 1715, qui, revenant à l'ancien ordre de choses, supprima les offices des subdélégués et autorisa seulement les commissaires départis à subdéléguer dans les principales villes des sujets capables, d'une réputation intacte. — Macarel, *Cours de dr. adm.*, t. 1, p. 301.

7. — La grande différence qui sépare les sous-préfets actuels des subdélégués de l'ancien régime, c'est donc que le subdélégué n'était pas un fonctionnaire; c'était un simple commis de l'intendant choisi et révoqué par lui.

8. — Il résultait de là que le subdélégué n'avait aucun pouvoir propre de décision, il devait toujours en référer avant de prendre une décision, sauf dans le cas d'un ordre général ou spécial de l'intendant. Dans le cas où le subdélégué statuait lui-même par délégation, on pouvait toujours appeler de ces ordonnances à l'intendant. — Guyot, *loc. cit.;* Esmein, *loc. cit.*

9. — On appelait *département* la circonscription à la tête de laquelle était placé un subdélégué. Cette circonscription était déterminée par l'intendant et variait suivant sa volonté : il pouvait supprimer les subdélégués et, à plus forte raison, changer la consistance de leur département. — Mêmes auteurs.

10. — Les subdélégués n'avaient point de traitement proprement dit, mais seulement des indemnités de déplacement. — Mêmes auteurs

11. — En 1789, la suppression des intendants entraîna celle des subdélégués. Le 22 décembre de cette même année ils furent remplacés par les administrations de districts, auxquelles la Constitution du 5 fruct. an III substitua les administrations cantonales (L. 22 déc. 1789, Constitution du 5 fruct. an III). — V. *suprà*, v° *Département*, n. 17 et s.

12. — Dans notre droit moderne, l'institution des sous-préfets a été créée par la loi du 28 pluv. an VIII (art. 8 et 11). Dans chaque arrondissement, dispose l'art. 8 de cette loi, il y aura un sous-préfet et un conseil d'arrondissement.

13. — La question de la suppression des sous-préfets a été fréquemment agitée dans ces derniers temps et, dans une séance du 3 déc. 1886, la Chambre des députés vota un amendement au budget de l'Intérieur, portant suppression du crédit relatif au traitement des sous-préfets. Une manifestation identique s'est produite en 1904, au sein de la commission du budget qui a voté, à titre d'indication, une réduction sur le crédit du ministère de l'Intérieur. En faveur de la suppression, on a fait remarquer qu'avec le développement des communications, le préfet pouvait suffire à administrer seul le département, sans des intermédiaires dont le rôle se borne le plus souvent à n'être que de simples agents de transmission.

14. — Nous verrons, que les attributions des sous-préfets sont beaucoup plus nombreuses et, à certains égards, plus importantes qu'on ne le croit généralement. Néanmoins, dans l'état actuel des choses, le nombre des sous-préfets pourrait être restreint sans grand inconvénient. — V. en faveur de la suppression partielle, Ducrocq, t. 1, n. 228; Berthélemy, p. 135. — V. aussi le projet de loi déposé par M. Goblet, 12 janv. 1887 (Annexé au procès-verbal de la séance du 17 janv. 1887, n. 1431). Ce projet de loi supprimait 66 arrondissements et sous-préfectures.

15. — Pour la suppression totale, V. la proposition déposée par M. Flourens, à la séance du 22 janv. 1903; Annexe, n. 691; Doc. parlem., d'avr. 1903.

Section II.

Nomination et cessation des fonctions de sous-préfets.

16. — Les sous-préfets sont nommés par décret du chef de l'Etat rendu sur la présentation du ministre de l'Intérieur. — Hauriou, p. 433; Béquet, n. 1958; Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1, n. 98; Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. 3, n. 450; Simonet, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, n. 852; Berthélemy, *Précis de droit administratif*, p. 134.

17. — Aucune condition d'âge, de capacité ou de noviciat n'est imposée pour la nomination au poste de sous-préfet : la qualité de citoyen français suffit. — Mêmes auteurs.

18. — Mais les sous-préfets ne peuvent être investis, tant qu'ils conservent leurs fonctions administratives, d'aucune fonction élective (député, sénateur, conseiller général, etc. — V. *suprà*, v° *Elections*, n. 4061 et s., 4214 et s., 4544 et s., 4789 et s., 5286 et s.

19. — Leurs fonctions sont, en outre, incompatibles : 1° Avec celles de juré (C. instr. crim., art. 383). — V. *suprà*, v° *Jury*, n. 146 et 153.

20. — 2° Avec toutes les fonctions judiciaires (Décr. 24 vend. an III). — V. *suprà*, v° *Organisation judiciaire*, n. 395 et s.

21. — 3° Avec toutes autres fonctions administratives rétribuées (Décr.-L. 24 vend. an III).

22. — Les sous-préfets sont aussi frappés de certaines inéligibilités relatives : au conseil municipal et au conseil général durant l'exercice de leurs fonctions et six mois après. — V. *suprà*, v° *Elections*, n. 4059 et s., 4204 et s., 4498, 5115.

23. — Avant d'entrer en fonction les sous-préfets doivent prêter serment entre les mains du préfet (Arr. 17 vent. an VIII, art. 2).

24. — Lorsque le sous-préfet est absent ou empêché de remplir ses fonctions, c'est au préfet qu'il appartient de le remplacer. — V. Béquet, n. 1959, et *suprà*, v° *Conseil d'arrondissement*, n. 110.

25. — La révocation des sous-préfets est opérée par le chef de l'Etat dans les mêmes formes que leur nomination, c'est-à-dire par un décret rendu sur la proposition du ministre de l'Intérieur. — Hauriou, *loc. cit.*; Béquet, *loc. cit.*, et n. 1961; Batbie, *loc. cit.*; Aucoc, *loc. cit.*; Simonet, *loc. cit.*; Berthélemy, *loc. cit.* — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 8.

26. — En outre, et indépendamment de la révocation, les sous-préfets, comme les préfets, cessent encore leurs fonctions par démission, mise en non-activité ou en disponibilité, et mise à la retraite. — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 7 et s.

27. — La mise à la retraite des sous-préfets est réglementée par la loi du 22 août 1790. — V. *suprà*, v° *Pensions et retraites civiles*, n. 26 et s., 56, 73, 353, 455, 983 et s.

28. — Il a été jugé en conséquence que la veuve d'un ancien sous-préfet décédé titulaire d'une pension de retraite liquidée conformément à la loi du 22 août 1790 n'est pas fondée à demander la réversion, à son profit, d'une partie de la pension de son mari, car cette loi n'admet pas la réversion au profit des veuves. — Cons. d'Et., 16 janv. 1891, [Leb. chr., p. 5]

Section III.

Prérogatives et avantages découlant de la fonction de sous-préfet.

§ 1. *Avantages honorifiques.*

29. — Comme les préfets, les sous-préfets ont un costume officiel. Ce costume est le même que celui des préfets, avec cette seule différence que la broderie de la tunique et du képi, qui est double pour le préfet, est simple pour le sous-préfet. — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 11 et 13.

30. — Par application du décret du 4 oct. 1891 combiné avec le décret organique du 24 mess. an XII, le sous-préfet occupe le vingt-deuxième rang dans les cérémonies publiques : il vient après les généraux et les commissaires généraux de police, mais avant les présidents des tribunaux de première instance, les maires, etc. — V. *suprà*, v° *Honneurs et préséances*, n. 107. — Béquet, n. 1963.

31. — Quand ils arrivent pour la première fois au chef-lieu d'arrondissement, les sous-préfets doivent recevoir la visite des fonctionnaires dénommés après eux dans le décret de messidor, combiné avec le décret de 1891. Ils doivent rendre cette visite dans les vingt-quatre heures. — V. *suprà*, v° *Honneurs et préséances*, n. 131 et s.

32. — Par contre, ils doivent visiter les premiers, dans les vingt-quatre heures de leur arrivée, les autorités dénommées avant eux dans les dispositions réglementaires ci-dessus, et leur visite doit leur être rendue dans les vingt-quatre heures (V. art. 17, décr. 24 mess. an XII). — V. *suprà*, v° *Honneurs et préséances*, *loc. cit.*

33. — Il est à remarquer que le sous-préfet ne peut exiger

que la visite des fonctionnaires ayant un rang individuel en vertu du décret de messidor, et figurant après lui dans l'ordre des préséances. Il n'a donc point droit à la visite des fonctionnaires auxquels ce décret n'a pas attribué de rang individuel. — Béquet, n. 1965. — V. *suprà*, v° *Honneurs et préséances*, n. 174.

34. — Par application de ce principe, il a été décidé qu'il n'a point droit à la visite du directeur des douanes et de l'ingénieur en chef des ports maritimes (Av. min. Int., 1862). — Béquet, *loc. cit.*

35. — ... A la visite du receveur particulier des finances (Av. min. Int., 1858). — Béquet, *loc. cit.*

36. — ... A la visite du directeur des manufactures d'armes (Av. min. Int., 1857). — Béquet, *loc. cit.*

37. — ... A la visite du curé du chef-lieu d'arrondissement (Av. min. Int., 1880). — Béquet, *loc. cit.*

38. — Inversement, la visite du sous-préfet ne peut pas être exigée des fonctionnaires n'ayant pas de rang individuel. Cette règle serait applicable au recteur d'académie (Déc. min. Int., 10 août 1865). — Béquet, n. 1966.

39. — ... Au procureur de la République (Déc. garde des Sceaux, 13 févr. 1843). — Béquet, *loc. cit.*

40. — Dans la pratique, toutefois, les choses se passent autrement, et il est d'usage qu'entre les fonctionnaires n'ayant pas de rang individuel, c'est le dernier arrivé qui doit faire aux autres la première visite. Cette règle est également suivie pour les visites du jour de l'an. — Béquet, *loc. cit*

41. — Par application de l'art. 16, tit. 26 du décret de messidor, les sous-préfets ont droit à des honneurs funèbres, et toutes les personnes qui leur sont inférieures dans la hiérarchie sont tenues d'assister à leurs funérailles. — Béquet, n. 1967.

42. — Lorsqu'il se trouve en dehors de son arrondissement, le sous-préfet n'a droit à aucun rang, ni aucun honneur. En pratique, toutefois, on admet que les sous-préfets en activité, comme les sous-préfets honoraires, peuvent se placer avant le conseil de préfecture lorsqu'ils participent, au chef-lieu du département, à une cérémonie officielle (Av. min. Int., 11 juill. 1875). — Béquet, n. 1968.

43. — Le sous-préfet a la présidence d'honneur de toutes les sociétés de l'arrondissement subventionnées par le Gouvernement.

44. — Il a, en outre, la présidence effective : de la commission de statistique permanente du chef-lieu de l'arrondissement.

45. — ... Du conseil d'hygiène de l'arrondissement (Décr. 23 avr. 1852).

46. — ... De la chambre consultative des arts et manufactures. Le sous-préfet est le président d'honneur de cette assemblée, et, en outre, il preside effectivement les séances auxquelles il assiste (L. 22 germ. an X).

47. — ... De la chambre consultative d'agriculture (Décr. 25 mars 1852).

48. — ... De la chambre de commerce (Décr. 22 janv. 1872).

49. — ... Du conseil sanitaire dans les ports du Nord (Décr. 22 févr. 1876).

50. — Enfin, lorsqu'il cesse ses fonctions, le sous-préfet peut être nommé sous-préfet honoraire (Décr. 28 févr. 1863).

§ 2. *Avantages pécuniaires.*

51. — Au point de vue de l'avancement et du traitement, les sous-préfets sont divisés en trois classes attachées en principe à la résidence (V. *Bull. off. min. Int.*, 1895, p. 62).

52. — Il y a quarante-neuf sous-préfectures de 1re classe qui sont : Abbeville, Aix, Alais, Arles, Autun, Bastia, Bayonne, Bergerac, Béziers, Boulogne, Brest, Cambrai, Castres, Chalon-sur-Saône, Cherbourg, Compiègnes, Coutances, Dieppe, Douai, Dunkerque, Fontainebleau, Langres, Le Havre, Libourne, Lisieux, Lorient, Lunéville, Meaux, Montluçon, Narbonne, Pontoise, Rambouillet, Reims, Riom, Roanne, Rochefort, Saint-Nazaire, Saintes, Saint-Malo, Saint-Omer, Saint-Quentin, Saumur, Sedan, Sens, Toulon, Valenciennes, Verdun, Vienne, Villefranche (Rhône).

53. — Les sous-préfectures de 2e classe sont au nombre de cinquante-six, ce sont : Argentan, Aubusson, Avesnes, Avranches, Bayeux, Beaune, Belley, Béthune, Brive, Carpentras, Châtellerault, Cholet, Cognac, Corbeil, Dax, Dinan, Dôle, Dreux, Epernay, Etampes, Fontenay, Grasse, Gray, Hazebrouck, Issoudun, La Flèche, Lodève, Louviers, Mamers, Marmande, Mayenne, Mantes, Milhau, Moissac, Montargis, Montbrison, Montélimar, Morlaix, Oloron, Orange, Pamiers, Péronne, Pontivy, Provins, Saint-Claude, Saint-Dié, Saint-Flour, Saint-Gaudens, Senlis, Soissons, Thiers, Tournon, Vendôme, Villefranche, Aveyron, Villeneuve-d'Agen, Yvetot.

54. — Il y a enfin cent soixante-huit sous-préfectures de 3e classe : ce sont toutes celles qui ne sont pas mentionnés dans les deux numéros qui précèdent. — Pour l'Algérie, V. *suprà*, v° *Algérie*, n. 416 et s.

55. — Le traitement des sous-préfets de 1re classe est de 7,000 fr. ; celui des sous-préfets de 2e classe est de 6,000 fr. ; et celui des sous-préfets de 3e classe, de 4,500 fr. (Décret du 23 déc. 1872 rendu en exécution de la loi des finances du 20 déc. de la même année).

56. — Le principe suivant lequel la classe est attachée à la résidence n'est pas absolu. Pour les sous-préfets, comme pour les préfets et les secrétaires généraux, il y a des classes personnelles. Les règles sont les mêmes, en ce qui concerne l'obtention de ces classes personnelles, pour les secrétaires généraux et les sous-préfets. Elles se trouvent contenues dans les art. 4 et 5 du décret du 22 mars 1887. — V. *suprà*, v° *Secrétaire général*, n. 15 et s.

57. — Les sous-préfets peuvent aussi être appelés à un poste d'une classe inférieure en conservant le traitement de la classe à laquelle ils appartiennent. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut une disposition spéciale du décret qui les change de résidence. — Béquet, n. 1969.

58. — Les traitements des sous-préfets, sont comme ceux des préfets, susceptibles de retenue en cas d'absence ou de saisie-arrêt. Les règles applicables en cette matière sont les mêmes pour les sous-préfets que pour les préfets : nous nous bornerons donc à renvoyer aux règles que nous avons exposées sur ce sujet au mot : *Préfet*. — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 33 et s. — V. aussi Ord. 15 mai 1822, art. 3.

59. — Notons seulement qu'une circulaire du ministère de l'Intérieur, de 1888, rappelle aux préfets que lorsqu'un sous-préfet sollicite un congé avec exemption de la retenue, la demande doit être accompagnée des renseignements permettant de savoir si les intérims devront ou non donner lieu à la concession d'indemnités au profit des intérimaires (*Bull. off. min. Int.*, 1888, p. 258).

60. — Nous avons indiqué *suprà*, n. 26, que comme les préfets, les sous-préfets peuvent être mis en disponibilité ou en non-activité.

61. — Un décret du 15 avr. 1877 permet d'accorder aux sous-préfets mis en non-activité un traitement spécial dit de non-activité. L'obtention de ce traitement est subordonnée aux deux conditions suivantes : il faut : 1° que le sous-préfet mis en non-activité ne se trouve pas dans une situation lui donnant droit à une pension de retraite ; 2° qu'il compte au moins six ans de services rétribués par l'Etat. — Hauriou, p. 433 et 426 ; Ducrocq, t. 1, n. 223 ; Simonet, n. 852 ; Berthélemy, p. 134 ; Béquet, n. 1971.

62. — Le traitement de non-activité est de 3,000 fr. pour les sous-préfets de 1re classe, et de 2,400 fr. pour les sous-préfets des autres classes. Il ne peut pas être servi pendant une période de temps supérieure à six ans, ni se cumuler avec aucun autre traitement ou pension payés par le Trésor, à l'exception toutefois des pensions militaires. — Béquet, *loc. cit.*

63. — Remarquons enfin que le traitement de non-activité ne constitue pas un droit pour les sous-préfets : pour qu'ils en bénéficient il faut qu'il leur ait été spécialement accordé par le décret les mettant en non-activité. D'autre part, ce traitement peut toujours leur être retiré par un décret spécial, même avant l'expiration du délai maximum de six années pour lequel il peut être accordé. — Béquet, *loc. cit.*

64. — Indépendamment de leur traitement d'activité les sous-préfets reçoivent, sous le nom de fonds d'abonnement, des allocations destinées à payer les frais de bureaux et les traitements des employés de la sous-préfecture. L'importance du fonds d'abonnement varie suivant l'importance de la sous-préfecture.

65. — Dans la pratique ce fonds est divisé en deux parts : l'une affectée au traitement du personnel, l'autre aux frais du matériel.

66. — Les dépenses afférentes au personnel font l'objet de

mandats mensuels délivrés par le préfet, soit au nom du personnel des employés appelés à en bénéficier, soit au nom d'une seule personne autorisée pour chaque sous-préfecture à en toucher le montant et à le répartir entre les divers employés. — (Circ. min. Fin., 24 mai 1884). — Béquet, *op. cit.*, n. 1972.

67. — S'il y a des excédents de crédit sur les dépenses du personnel, par suite de vacance d'emploi ou de toute autre cause, ces excédents restent à la disposition du sous-préfet qui est libre de les répartir à son gré en indemnités ou en gratifications aux autres employés.

68. — Les dépenses relatives au matériel sont mandatées directement au nom du sous-préfet, qui peut en disposer comme il l'entend : il n'a point, en effet, à rendre compte de leur emploi.

69. — Le sous-préfet a droit au logement gratuit : c'est ce qui résulte de l'art. 60, § 1, L. 10 août 1871, sur les conseils généraux qui range au nombre des dépenses obligatoires du département le loyer, le mobilier et l'entretien des hôtels de sous-préfecture. Une circulaire du ministre de l'Intérieur, à la date du 8 oct. 1871, a recommandé de dresser des inventaires réguliers du mobilier des sous-préfectures, et d'en opérer le récolement à des époques périodiques, et, en outre, à chaque mutation de fonctionnaire. C'est à la commission départementale qu'il appartient de vérifier l'état du mobilier des sous-préfectures appartenant au département (L. 10 août 1871, art. 83).

70. — Les sous-préfets supportent les impôts et contributions dans les mêmes conditions que les préfets. — V. à cet égard, *suprà*, v° *Préfet*, n. 51.

71. — En ce qui concerne les pensions de retraite auxquelles peuvent avoir droit les sous-préfets, les règles applicables sont les mêmes pour les sous-préfets que pour les préfets. — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 52 et s.

Section IV.

Attributions des sous-préfets.

72. — Le sous-préfet est le représentant de l'administration active dans l'arrondissement. Toutefois, en principe, il n'administre pas, puisque l'art. 3, L. 28 pluv. an VIII, décide que le préfet est seul chargé de l'administration du département tout entier. Aussi, ce n'est qu'à titre exceptionnel que le sous-préfet a un pouvoir propre d'action et de décision : il n'est, en règle générale, qu'un agent d'instruction et de transmission, placé entre les préfets et les maires. Nous étudierons successivement les attributions des sous-préfets : 1° comme agents de transmission et d'instruction ; 2° comme agents délégués.

73. — Remarquons en passant que l'arrondissement, à la différence du département, n'ayant pas la personnalité civile, le sous-préfet n'a pas à le représenter, à gérer ses intérêts et à dresser un budget. Nous avons vu, au contraire, que le préfet a la double mission de représenter l'Etat et le département; le sous-préfet, lui, ne représente jamais que l'Etat. — V. *suprà*, v^is *Arrondissement*, n. 30 et s., *Département*, n. 160 et s., 209 et s., *Préfet*, n. 89 et s. — Ducrocq, t. 1, n. 229; Hauriou, p. 433.

74. — Il est à remarquer, en outre, que dans l'exercice de toutes ses fonctions, le sous-préfet relève directement du préfet, et qu'il ne peut correspondre directement avec l'autorité centrale que lorsqu'il y est formellement invité par elle. — Béquet, *op. cit.*, n. 1960.

§ 1. *Attributions des sous-préfets comme agents d'instruction et de transmission.*

75. — Dans notre organisation administrative actuelle, le sous-préfet est surtout un agent d'instruction et de transmission. Toutefois, il ne résulte pas de là qu'il doive se borner à un rôle passif dans l'exercice de cette partie de ses attributions « ..... Mis par sa situation, dit Béquet, en relations directes et permanentes avec les autorités locales et les administrés, il tient le préfet au courant de tous les détails de la vie locale, et il doit toujours être en mesure de formuler, sur chacune des questions qui intéressent son arrondissement, une proposition précise et un avis motivé..... » — Béquet, n. 1979; Batbie, t. 3, n. 451; Ducrocq, t. 1, n. 229; Aucoc, t. 1, n. 99.

76. — Pour accomplir efficacement sa mission de surveillance et d'instruction, le sous-préfet est tenu de visiter, au moins deux fois par an, toutes les communes de son arrondissement (Arr. 18 vent. an VIII).

77. — Il peut faire, en outre, toutes les fois qu'il le juge à propos, des tournées extraordinaires. A l'issue de chaque tournée, ordinaire ou extraordinaire, il adresse au préfet des rapports d'ensemble sur la situation de son arrondissement, et aussi des rapports spéciaux sur les divers services dont il a la surveillance ou dont il peut réclamer le concours. — Béquet, n. 1980.

78. — Le sous-préfet prépare l'instruction de toutes les affaires à soumettre à l'autorité supérieure, et doit y joindre son avis. Il prépare également l'instruction de celles à remettre au conseil d'arrondissement. — V. *suprà*, v° *Arrondissement*, n. 16 et s.; *Conseil d'arrondissement*, n. 36 et s.

79. — Il transmet aux municipalités les instructions qui lui sont adressées par le préfet et en assure l'exécution.

80. — Le sous-préfet reçoit, pour les transmettre au préfet : les pétitions des contribuables surtaxés.

81. — ... Les délibérations prises par les conseils municipaux dans la huitaine de leur date.

82. — ... L'ampliation des arrêtés municipaux.

83. — ... L'avis des nominations des maires et adjoints dans les vingt-quatre heures de leur date. — V. *suprà*, v° *Commune*, n. 325.

84. — ... Les démissions des conseillers municipaux. — V. *suprà*, v° *Commune*, n. 251 et s.

85. — ... Les réclamations formées contre les élections municipales (L. 5 avr. 1884, art. 37, 57, 62, 78 et 95). — V. *suprà*, v° *Elections*, n. 5448 et s.

86. — ... Les procès-verbaux des contraventions de grande voirie et des contraventions à la police du roulage (L. 29 flor. an X et 30 mai 1851). — V. *infrà*, v° *Voirie*.

87. — Nous avons vu également plus haut (V. *suprà*, v° *Autorisation de plaider*, n. 667 et s.) qu'aucune action judiciaire, sauf les actions possessoires, ne peut être intentée contre une commune, avant qu'un mémoire ait été adressé au sous-préfet. Le sous-préfet donne récépissé du mémoire et le fait immédiatement parvenir au maire qui doit en saisir le conseil municipal (V. L. 5 avr. 1884, art. 124).

§ 2. *Attributions déléguées aux sous-préfets.*

88. — Dans les cas où le sous-préfet agit en vertu d'une délégation, il est investi d'un pouvoir propre de décision. La délégation peut être l'œuvre du préfet ou d'une disposition législative ou réglementaire.

89. — I. *Délégation émanée du préfet.* — Nous avons vu *suprà*, v° *Préfet*, n. 63 et s., que le préfet est toujours libre de déléguer tout ou partie de ses attributions à ses subordonnés. La faculté générale de délégation que nous lui avons reconnue peut s'exercer librement au profit du sous-préfet.

90. — C'est ainsi qu'en pratique, les sous-préfets sont souvent autorisés par les préfets à approuver les délibérations des conseils municipaux, dans le cas où cette approbation appartient aux préfets par application de l'art. 69, L. 5 avr. 1884. Cette délégation est pleinement valable, sauf dans le cas où l'approbation du budget doit être donnée par le préfet en conseil de préfecture. Dans cette dernière hypothèse, la délégation ne saurait utilement intervenir, car elle entraînerait l'inobservation d'une formalité substantielle : l'intervention du conseil de préfecture. — Béquet, n. 1982.

91. — Dans le cas où le sous-préfet agit en vertu d'une délégation du préfet, il exerce un pouvoir propre dont l'étendue est exactement délimitée par la délégation : c'est cette délégation qui précise ses droits, et tout ce qu'il fixerait en dehors d'elle constituerait un excès de pouvoir. — Béquet, *loc. cit.*; Ducrocq, t. 1, n. 229; Simonet, n. 856.

92. — La pratique admet une délégation tacite générale des pouvoirs du préfet au profit du sous-préfet, lorsqu'il y a interruption forcée des communications entre l'arrondissement et le chef-lieu du département. Dans ce cas, d'ailleurs très-exceptionnel, le sous-préfet exerce dans son arrondissement, sous sa responsabilité, tous les pouvoirs du préfet : il peut et doit prendre notamment toutes les mesures que l'intérêt public exige. On va même jusqu'à admettre, bien qu'aucun texte n'établisse à son profit le pouvoir réglementaire, qu'il pourrait prendre, dans le cas d'ur-

gence absolue, des arrêtés réglementaires qui auraient la même force obligatoire et la même sanction (C. pén., art. 471, § 15) que les arrêtés préfectoraux. Cette décision, bien qu'en apparence très-hardie, nous paraît cependant juridique. Dès l'instant, en effet, que l'on admet dans notre hypothèse l'existence d'une délégation générale tacite des pouvoirs préfectoraux au profit du sous-préfet, il serait illogique et arbitraire d'exclure de cette délégation le pouvoir réglementaire. — Béquet, n. 1983.

93. — II. *Délégation résultant de dispositions réglementaires ou législatives.* — A l'origine, les dispositions réglementaires ou législatives conférant aux sous-préfets un pouvoir propre de décision étaient rares. Elles tendent actuellement à devenir assez nombreuses soit par suite de l'application du décret du 13 avr. 1861, sur la décentralisation, soit par suite des dispositions d'un grand nombre de lois spéciales.

94. — Nous avons déjà précisé *suprà*, v° *Préfet*, n. 112 et s., le but du décret du 13 avr. 1861 complémentaire du décret du 25 mars 1852. Ces deux décrets, dits de décentralisation ou plus exactement de déconcentration, ont eu pour but, ainsi que nous l'avons exposé, de remettre aux autorités locales la solution d'un certain nombre de questions réservées jusque-là à l'autorité centrale. C'est par application de cette idée que le décret du 13 avr. 1861 a conféré aux sous-préfets, aux lieu et place des préfets, un droit de décision propre dans d'assez nombreux cas.

95. — Nous reproduisons ci-dessous les dispositions de l'art. 6 de ce décret fondamental en notre matière : « Les sous-préfets statueront désormais, soit directement, soit par délégation des préfets, sur les affaires qui, jusqu'à ce jour, exigeaient la délégation préfectorale, et dont la nomenclature suit : 1° Légalisation, sans les faire certifier par les préfets, des signatures données dans les cas suivants : A. actes de l'état civil, chaque fois que la légalisation du sous-préfet est requise; B. certificats d'indigence; C. certificats de bonnes vie et mœurs; D. certificats de vie; E. libération du service militaire; F. pièces destinées à constater l'état de soutien de famille (V. *suprà*, v° *Légalisation*, n. 23 et 24); 2° Délivrance des passeports; 3° Délivrance de permis de chasse; 4° Autorisation de mise en circulation des voitures publiques; 5° Autorisation des loteries de bienfaisance jusqu'à concurrence de 2,000 fr.; 6° Autorisation de changement de résidence, dans l'arrondissement, des condamnés libérés; 7° Autorisation des débits de boisson temporaires (texte abrogé par L. 17 juill. 1880); 11° Homologation des tarifs des droits de pesage, jaugeage et mesurage, lorsqu'ils sont établis d'après les conditions fixées par arrêté préfectoral; 12° Autorisation des battues pour la destruction des animaux nuisibles dans les bois des communes et des établissements de bienfaisance; 13° Approbation des travaux ordinaires et de simple entretien des bâtiments communaux dont la dépense n'excède pas 1,000 fr. et dans la limite des crédits ouverts au budget; 14° Budgets et comptes des bureaux de bienfaisance; 15° Conditions des baux et fermes des biens des bureaux de bienfaisance lorsque la durée n'excède pas dix-huit ans; 16° Placement des fonds des bureaux de bienfaisance; 17° Acquisitions, ventes et échanges d'objets mobiliers des bureaux de bienfaisance; 18° Règlement du service intérieur de ces établissements; 19° Acceptation par les bureaux de bienfaisance des dons et legs d'objets mobiliers ou de sommes d'argent lorsque leur valeur n'excède pas 3,000 fr. et qu'il n'y a pas de réclamations des héritiers (Décr. 13 avr. 1861, art. 6).

96. — Ce même texte avait encore placé dans les attributions des sous-préfets, sous les n. 8, 9 et 10, l'approbation des polices d'assurances contre l'incendie des édifices communaux (al. 8); l'homologation des tarifs des concessions dans les cimetières, quand ils sont établis d'après les conditions fixées par arrêté préfectoral (al. 9); l'homologation des tarifs des droits de place dans les halles, foires et marchés, lorsqu'ils sont établis d'après les conditions fixées par arrêté préfectoral (al. 10). Mais ces trois attributions furent retirées aux sous-préfets par l'art. 1, L. 24 juill. 1867, qui donne aux conseils municipaux le droit de décision en ces matières.

97. — La loi du 5 avr. 1884 s'est montrée moins libérale : elle exige que les délibérations portant sur ces matières soient directement approuvées par le préfet (V. L. 5 avr. 1884, art. 68, § 13 et 133, §§ 6 et 9).

98. — Indépendamment des attributions qui leur ont été conférées par le décret du 13 avr. 1861, les sous-préfets en ont beaucoup d'autres en vertu de lois spéciales ou générales. Ces attributions ont été signalées dans l'étude de chacune des matières où elles s'exercent. Nous croyons cependant utile de signaler ici les principales dans un tableau synthétique qui donnera, après ce que nous avons déjà dit du décret de 1861, une idée d'ensemble des fonctions des sous-préfets.

99. — En matière de contributions directes, le sous-préfet nomme directement, sans approbation du préfet, les porteurs de contrainte (Arr. 16 therm. an VIII). Il vise ces contraintes et les rend exécutoires.

100. — Il reçoit les plaintes contre les porteurs de contrainte, et peut les révoquer sans recourir au préfet.

101. — Il règle la taxe des bulletins dressés par eux, et rend exécutoires les états de frais des poursuites. — V. *suprà*, v° *Contributions directes*, n. 239 et s.

102. — Il désigne les répartiteurs des contributions directes sur une liste de propositions présentée par le conseil municipal de la commune. — V. *suprà*, v° *Contributions directes*, n. 453 et s.

103. — Il doit viser les états de la répartition de la contribution foncière, faite chaque année entre les communes de l'arrondissement (Arr. des cons. 24 flor. an VIII et art. 61, *in fine*, L. 5 avr. 1884).

104. — Il opère la vérification des caisses des communes et des établissements de bienfaisance (Décr. 27 févr. 1811).

105. — Il vise les états de recouvrements dressés par le maire pour le recouvrement des recettes municipales, pour lesquelles les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement (L. 5 avr. 1884, art. 154, § 1).

106. — Il accrédite, avec l'agrément du receveur particulier des finances, le fondé de pouvoir appelé à remplacer temporairement les percepteurs ou les receveurs municipaux. Il désigne également le gérant intérimaire quand il y a lieu de pourvoir au remplacement des percepteurs, des receveurs municipaux ou des établissements de bienfaisance, par suite de décès, révocation, etc. — V. *suprà*, v° *Contributions directes*, n. 180 et s.

107. — C'est également le sous-préfet qui fixe les époques auxquelles les percepteurs doivent se rendre dans chaque commune pour faire la perception (Instr. min. Fin., 17 juin 1840, art. 53).

108. — Le sous-préfet a la présidence de la commission chargée d'examiner les observations des propriétaires en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (L. 3 mai 1841, art. 8 et 9). — V. *suprà*, v° *Expropriation pour cause d'utilité publique*, n. 356 et s.

109. — Il a le droit de faire détruire les tabacs plantés en contravention (L. 28 avr. 1816, art. 181). — V. *infrà*, v° *Tabac*.

110. — En matière de recrutement, il examine les tableaux de recensement, préside le tirage au sort, et assiste le conseil de révision. C'est également le sous-préfet qui approuve le certificat délivré par le maire pour le mariage des sous-officiers. D'autre part, il peut être délégué pour recevoir la soumission des jeunes soldats réfractaires. — V. *suprà*, v° *Recrutement*, n. 512 et s., 535 et s., 550 et s.

111. — C'est au sous-préfet qu'appartient la décision en matière d'alignement ou de nivellement pour les travaux à exécuter par des particuliers sur les routes nationales ou départementales, et sur les chemins de grande communication lorsqu'il existe un plan d'alignement régulièrement approuvé. — V. *suprà*, vis *Alignement*, n. 72 et s., *Routes*, n. 49, 346.

112. — Il autorise les établissements dangereux, incommodes et insalubres de 3e classe. Pour les établissements de la 2e classe, la demande en autorisation doit être adressée au sous-préfet qui, après enquête par le maire, en saisit le préfet. — V. *suprà*, v° *Etablissements dangereux, insalubres et incommodes*, n. 112 et s., 131 et s.

113. — Il reçoit, au nom de l'Etat, les baux des immeubles situés dans son arrondissement (L. 1er déc. 1790). — V. *suprà*, v° *Bail administratif*, n. 52 et s.

114. — ... Veille à ce que les médecins, officiers de santé, sages-femmes n'exercent leur profession qu'après avoir fait enregistrer leur diplôme à la sous-préfecture, dans le délai d'un mois qui suit la fixation de leur domicile dans l'arrondissement (L. 18 vent. an XI). — V. *suprà*, v° *Médecine et chirurgie*, n. 63 et s.

115. — Le sous-préfet tient la main à ce qu'on dépose régulièrement dans les bureaux de la sous-préfecture deux exemplaires de tout imprimé, journal ou écrit périodique, et à ce que

ces exemplaires soient signés de l'imprimeur ou du gérant (L. 29 juil. 1881, art. 3 et 10). — V. *suprà*, v^is *Imprimeur*, n. 98 et s., *Journaux et écrits périodiques*, n. 536 et s.

116. — Il ordonne par provision, et sauf recours au préfet, les mesures destinées à faire cesser les dommages pouvant résulter des contraventions de grande voirie (L. 29 flor. an X). — V. *suprà*, v° *Routes*, n. 496.

117. — Il préside aux adjudications des coupes de bois dans les forêts de l'État, des communes et des établissements de bienfaisance (Décr. 1er août 1827, art. 86 et 134; C. for., art. 19 et 100). — V. *suprà*, v° *Forêts*, n. 443 et s.

118. — Il reçoit en dépôt le procès-verbal de la délimitation des forêts de son arrondissement, et l'expédition du plan figurant les bornes placées sur les terrains militaires.

119. — Il autorise l'exploitation des tourbières (L. 21 avr. 1810, art. 84). — V. *infrà*, v° *Tourbières*.

120. — Il surveille les travaux de desséchement et d'endiguement contre la mer et les rivières, ainsi que ceux qui tendent à l'exploitation des carrières à galeries souterraines. — V. *suprà*, v^is *Digues*, n. 8 et s., 174 et s., *Mines, minières et carrières*, n. 1958 et s.

121. — Il veille à l'exécution des formalités prescrites pour la saisie des marchandises circulant en contrebande.

122. — En cas d'attroupement ou d'émeute, le sous-préfet peut requérir la force publique (L. 27 juill. 1791 et 7 juin 1848). Il peut également en cas d'urgence, et sauf à en référer au préfet, requérir et grouper plusieurs brigades de gendarmerie. — V. *suprà*, v° *Attroupement*, n. 11 et s.

123. — Il nomme les trois jurisconsultes qui, aux termes de l'arrêté du 7 mess. an IX, doivent composer le comité consultatif formé dans chaque arrondissement pour donner son avis sur les actions judiciaires que les commissions administratives des hospices croient devoir intenter dans l'intérêt de ces établissements. — V. *suprà*, v° *Assistance publique*, n. 2014 et s., 2027.

124. — Il agrée les gardes champêtres des communes, les inspecteurs de police, brigadiers, sous-brigadiers et agents (V. L. 5 avr. 1884, art. 102 et 103). — V. *suprà*, v^is *Garde champêtre*, n. 27 et s., *Police*, n. 454 et s., 466 et s.

125. — Il doit également approuver la nomination des gardes particuliers (LL. 20 mess. an III, 3 brum. an IV (art. 40), et 12 avr. 1892). — V. *suprà*, v° *Garde particulier*, n. 7 et s.

126. — Il autorise les conseils municipaux à proroger leur session, et peut les convoquer extraordinairement (L. 5 avr. 1884, art. 46 et 47). — V. *suprà*, v° *Commune*, n. 194 et s.

Section V.

Voies de recours ouvertes contre les actes des sous-préfets.

127. — Nous avons vu *suprà*, v° *Préfet*, n. 126 et s., que les actes des sous-préfets sont susceptibles de trois voies de recours : 1° recours devant le sous-préfet mieux informé, puis au préfet; 2° devant le ministre de l'Intérieur; 3° recours par la voie contentieuse devant le Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir, ou bien, s'il y a un droit violé, recours contentieux ordinaire. Ces voies de recours sont également ouvertes contre les actes des sous-préfets. — Béquet, n. 1989; Hauriou, p. 434; Simonet, n. 857.

128. — 1° Tout d'abord les parties peuvent s'adresser au sous-préfet mieux informé pour lui demander de rapporter la décision qu'il a prise à leur égard. Sur leur demande, en effet, le sous-préfet est toujours libre, quand il le juge à propos, d'annuler la décision qu'il a prise, sous la seule condition de ne point porter atteinte aux droits acquis, sans qu'il y ait à distinguer si ces droits résultent de sa décision elle-même, ou d'actes qu'elle a simplement approuvés ou autorisés. — Béquet, *loc. cit.*

129. — Il est à remarquer, d'autre part, que lorsqu'il s'agit d'interpréter un acte du sous-préfet, c'est à lui seul qu'appartient le droit d'interprétation, en vertu de la règle *ejus est interpretari cujus est condere* (V. *suprà*, v° *Acte administratif*, n. 134 et s.). — Aucoc, t. 1, n. 100.

130. — 2° Les parties peuvent aussi s'adresser au préfet, supérieur hiérarchique du sous-préfet. En cette qualité le préfet a toujours le droit de réformer les actes de ce dernier. — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 91.

131. — Ce recours hiérarchique devant le préfet n'est soumis à aucun délai, ni à aucune formalité particulière. Il n'existe pas, en effet, pour le préfet, une règle analogue à celle posée par l'art. 7, Décr. 2 nov. 1864, qui, en cas de recours devant le ministre, assimile à une décision de rejet le silence de ce ministre prolongé pendant quatre mois.

132. — Mais les parties sont toujours libres, à défaut du préfet, de s'adresser directement au ministre, et celui-ci, sur la requête des intéressés, peut ou inviter le préfet à rapporter la mesure prise par le sous-préfet, ou en prononcer lui-même l'annulation. — Béquet, n. 1990. — V. *suprà*, v° *Compétence administrative*, n. 873 et s.

133. — 3° Le recours contentieux au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir contre les actes des sous-préfets est soumis aux règles ordinaires. — V. *suprà*, v° *Conseil d'Etat*, n. 401 et s., 421 et s., et v° *Excès de pouvoir*.

134. — Il en est de même pour le recours contentieux pour droit violé.

135. — Indépendamment de ce recours résultant du droit commun, des dispositions légales formelles autorisent, dans des cas déterminés, les intéressés à se pourvoir par la voie contentieuse contre certaines décisions des sous-préfets.

136. — Il en est notamment ainsi lorsque le sous-préfet ordonne les mesures nécessaires pour le rétablissement provisoire de la viabilité sur les grandes routes. Les décisions du sous-préfet à cet égard peuvent être attaquées par les intéressés devant le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat (L. 29 flor. an X, art. 3; Décr. 13 juill. 1881, art. 113 et 114).

137. — En matière d'établissements dangereux, insalubres et incommodes de troisième classe, les autorisations données ou refusées par les sous-préfets autorisent également un recours contentieux devant le conseil de préfecture (V. art. 2 et 8, Décr. 15 oct. 1810, combinés avec l'art. 3, Ord. 15 janv. 1815). — V. *suprà*, v^is *Conseil de préfecture*, n. 229; *Etablissements dangereux, insalubres et incommodes*, n. 316 et s.

138. — D'autre part, lorsque les règlements émanés des sous-préfets sont sanctionnés par l'art. 471, § 15, C. pén., il appartient aux tribunaux judiciaires, conformément au droit commun, d'en apprécier la légalité. — Béquet, n. 1993. — V. *suprà*, v° *Compétence criminelle*, n. 513 et s.

Section VI.

Bureaux de sous-préfecture.

139. — Pour les aider dans l'accomplissement de leurs fonctions les sous-préfets ont des bureaux composés d'un nombre plus ou moins grand d'employés, suivant l'importance de la sous-préfecture.

140. — L'organisation intérieure des bureaux de sous-préfecture est laissée, en principe, à l'appréciation des sous-préfets. Toutefois une circulaire ministérielle du 21 juill. 1859, rappelée par une circulaire du 30 oct. 1871, a prescrit de soumettre les projets d'organisation des bureaux à l'approbation du ministre de l'Intérieur.

141. — Les employés des bureaux de sous-préfecture sont nommés directement par les sous-préfets sans aucune condition spéciale d'admission (Circ. min. Int., 30 oct. 1871). Il est à remarquer seulement qu'aux termes de la loi du 18 mars 1889, sur le rengagement des sous-officiers, un quart des vacances d'expéditionnaires dans les bureaux de préfecture et de sous-préfecture doit être réservé aux anciens sous-officiers. — Béquet, n. 1994. — V. *suprà*, v° *Rengagement militaire*, n. 54 et s.

142. — C'est également aux sous-préfets qu'il appartient de fixer la quotité des traitements des employés de leurs bureaux. Ils doivent seulement se tenir dans la limite des crédits qui leur sont alloués, et rendre compte de l'emploi de ces crédits au ministre de l'Intérieur, par l'intermédiaire du préfet. — Béquet, n. 1995.

143. — C'est sur le fonds d'abonnement que sont payés, en principe, les employés des sous-préfectures. Mais le fonds d'abonnement étant le plus souvent insuffisant pour assurer une rémunération convenable de ces employés, les conseils généraux votent généralement un crédit annuel pour suppléer à l'insuffisance du fonds d'abonnement. — V. *suprà*, n. 64 et s., et v° *Conseil général*, n. 331.

144. — L'existence de cette pratique des conseils généraux amène deux observations. Tout d'abord le vote du crédit ne doit jamais être considéré comme pouvant donner lieu éventuellement

à l'application de l'art. 45, L. 10 août 1871, sur les conseils généraux, qui donne à ces conseils le droit de déterminer les conditions auxquelles seront tenus de satisfaire les candidats aux fonctions rétribuées exclusivement sur les fonds départementaux et les règles des concours d'après lesquels les nominations seront faites.

145-146. — D'autre part, l'usage s'était introduit dans certaines sous-préfectures de payer en totalité une partie du personnel sur le fonds d'abonnement, et l'autre sur le crédit voté par le conseil général. Une circulaire du ministre de l'Intérieur, en date du 19 août 1893, a condamné cette pratique, en faisant remarquer qu'elle pouvait avoir d'assez graves inconvénients. Ainsi notamment, la loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles autorise les fonctionnaires et agents de l'Etat à faire figurer, au nombre de leurs services pouvant compter pour la pension de retraite, ceux qu'ils ont rendus en qualité d'employés de préfecture ou de sous-préfecture, mais sous la condition expresse que ces services auraient été rémunérés sur le fonds d'abonnement. La pratique condamnée par le ministre de l'Intérieur dans la circulaire précitée de 1893 avait eu précisément pour résultat de priver du bénéfice de la loi de 1853 les employés des sous-préfectures exclusivement rétribués avec les sommes provenant des allocations du conseil général. Aussi le ministre de l'Intérieur recommande-t-il formellement que tous les employés des sous-préfectures reçoivent une partie de leur traitement sur le fonds d'abonnement. — Béquet, n. 1996. — V. *suprà*, v° *Préfet*, n. 42 et s.

147. — Les bureaux des sous-préfectures sont composés d'une façon très-variable, et il n'y a rien de fixe dans la situation des employés qui les composent. Cette situation varie de sous-préfecture à sous-préfecture. Généralement, le sous-préfet a auprès de lui un ou deux secrétaires-rédacteurs et un ou deux expéditionnaires. Les traitements de ces employés oscillent entre 500 et 3,000 fr. par an.

148. — Au point de vue de la retraite les employés des sous-préfectures sont soumis aux mêmes règles que les employés des préfectures. — V. *suprà*, v^is^ *Pensions et retraites civiles*, n. 1091 et s., et *Préfet*, n. 151 et s.

149. — Les employés de sous-préfecture sont inéligibles d'une façon absolue aux fonctions de conseiller municipal (L. 5 avr. 1884, art. 33), de conseiller d'arrondissement (Décr. 3 juill. 1848, art. 14), et de conseiller général (L. 10 août 1871, art. 10). — V. *suprà*, v° *Elections*, n. 5146 et s.

150. — Ils ne peuvent pas non plus être nommés députés (L. 30 nov. 1875, art. 8).

SOUS-SECRÉTAIRE D'ÉTAT.

Législation.

L. org., 30 nov. 1875 (*sur l'élection des députés*), art. 8 et 11 ; — L. 26 déc. 1887 (*concernant les incompatibilités parlementaires*) ; — L. 31 mars 1903 (*portant règlement du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1903*), art. 103.

Bibliographie.

Clavières, *Les sous-secrétaires d'Etat en France et en Angleterre*, 1901. — Hervieu (Henri), *Les ministres, leur rôle et leurs attributions*, 1893, p. 199, 385, 689. — Pierre (Eugène), *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 1902, 2e éd., n. 109, 339, 640, 684, et 1190. — Brémond, *Attributions des sous-secrétaires d'Etat* : Rev. crit. de législ., 1894, p. 321.

Index alphabétique.

1. — Le titre officiel des ministres étant celui de « secrétaires d'Etat », il était naturel que leurs coadjuteurs immédiats prissent la dénomination de « sous-secrétaires d'Etat ».

2. — La nécessité de donner au ministre un collaborateur investi d'une grande autorité sur tout l'ensemble du personnel provient de la nécessité même de soumettre à une centralisation effective les multiples services d'un département. Le ministre, absorbé par les soucis de la politique générale, est incapable de maintenir cette centralisation, et s'il restait seul, chaque directeur pourrait être tenté de s'attribuer la plus large part possible d'autonomie au détriment de la bonne marche des affaires publiques.

3. — D'ailleurs, il n'est pas indispensable que l'homme d'Etat chargé de resserrer les liens toujours flottants de l'Administration soit un personnage politique. En fait l'institution des sous-secrétaires d'Etat tire son origine de celle des secrétaires généraux dont la création remonte à 1793. Il y en avait alors deux : un pour la Guerre, un pour la Justice. D'après l'almanach national de 1793, leurs attributions étaient les suivantes : « L'examen et le renvoi des dépêches aux chefs des différentes divisions, des comptes à rendre au ministre des affaires instantes, l'expédition de toutes celles dont le ministre se réserve la connaissance particulière, la surveillance générale de toutes les parties de l'administration ».

4. — Sous le régime de la Constitution de l'an III, les ministres avaient également auprès d'eux des secrétaires généraux « chargés de la surveillance de toutes les parties de l'administration ».

5. — C'est l'ordonnance du 9 mai 1816, rendue sous le ministère Richelieu, qui a créé le titre et organisé dans ses grandes lignes la fonction du sous-secrétaire d'Etat. On cherchait alors à introduire en France le régime parlementaire ; il était naturel d'emprunter à l'Angleterre, cette terre classique du parlementarisme, l'un de ses meilleurs instruments de travail. L'action du Gouvernement dans les assemblées devant être beaucoup plus active que sous le régime antérieur, il importait de donner des auxiliaires aux ministres qui ne pouvaient être présents à la fois dans les deux Chambres et au siège de leur département.

6. — L'art. 1 de l'ordonnance de 1816 indiquait d'ailleurs nettement par son texte qu'il ne s'agissait pas d'établir un rouage nouveau dans tous les ministères sans exception, mais seulement là où le portefeuille deviendrait trop lourd et les rapports des Chambres avec le Gouvernement trop fréquents. Cet article était ainsi conçu : « Des sous-secrétaires d'Etat, nommés par nous, seront attachés à nos ministres, secrétaires d'Etat, lorsque ceux-ci le jugeront nécessaire au bien de notre service ».

7. — Ce texte déterminait d'une manière précise les deux conditions qui sont encore aujourd'hui nécessaires pour la création d'un sous-secrétariat d'Etat : 1° la proposition du ministre compétent ; 2° l'assentiment du chef de l'Etat manifesté par une ordonnance. Pas plus à cette époque qu'aujourd'hui le chef de l'Etat ne pouvait donner à l'un de ses ministres, malgré lui, un coadjuteur installé comme un successeur éventuel. D'autre part, aucun ministre ne pouvait et ne peut encore se décharger d'une partie du fardeau des affaires en vertu de sa volonté propre.

8. — L'art. 2 de l'ordonnance de 1816 déterminait, en termes un peu brefs, les attributions des sous-secrétaires d'Etat : « Les sous-secrétaires d'Etat seront chargés de toutes les parties de l'administration et de la correspondance générale qui leur seront déléguées par nos ministres secrétaires d'Etat dans leurs départements respectifs ».

9. — Par la généralité de sa rédaction, l'art. 2 autorisait les ministres à donner aux sous-secrétaires d'Etat une compétence aussi étendue qu'il leur plaisait, sans l'intervention du chef de l'Etat. Mais, par ce fait même que de simples arrêtés ministé-

riels pouvaient déterminer les pouvoirs des sous-secrétaires d'État, ces pouvoirs expiraient au seuil du département. A l'extérieur, au regard des tiers, la signature du ministre était seule valable. Nous verrons comment le système de 1816 a été modifié par l'intervention du décret présidentiel dans la fixation de certaines attributions dévolues aux sous-secrétaires d'État.

10. — Dès leur création, les sous-secrétaires d'État eurent entrée dans les Chambres bien qu'ils n'en fissent pas partie; ils étaient des commissaires du Gouvernement permanents.

11. — Les quatre premiers sous-secrétaires d'État furent installés à la Justice, aux Finances, à la Guerre et à l'Intérieur. Dès le 6 févr. 1817, l'institution fut critiquée assez vivement par M. de Villèle : « Les sous-secrétaires d'État, disait-il, sont de création assez récente pour qu'il soit superflu d'en discuter l'utilité. Ils n'existent que dans quelques ministères et depuis quelques mois. Ces emplois ne sont pas indispensables, les secrétaires généraux des ministères peuvent faire, et ont fait jusqu'à présent, ce que la création des charges de sous-secrétaires d'État a fait passer à ceux-ci; je ne doute pas que ces emplois ne puissent être supprimés ».

12. — Défendus par M. Lainé, ministre de l'Intérieur, dans la séance du 11 févr. 1817, les sous-secrétaires d'État ne furent pas supprimés en droit; l'ordonnance du 9 mai 1816 ne fut pas rapportée. Mais, en fait, le ministère Decazes, qui remplaça le ministère Richelieu en 1817, ne s'adjoignit pas de sous-secrétaires d'Etat.

13. — L'institution reparut en 1821, avec le second ministère Richelieu. Une ordonnance du 21 févr. 1820 nomma un sous-secrétaire d'Etat à la Justice, « chargé, en l'absence du garde des Sceaux, ministre de la Justice, de l'administration de ce département ». D'après l'almanach royal, le sous-secrétaire d'Etat de la Justice était spécialement chargé « de l'organisation du personnel de l'ordre judiciaire et de la direction des affaires civiles ». Il présidait les comités réunis du Conseil d'Etat, en l'absence des ministres secrétaires d'Etat, et les comités de législation et du contentieux, en l'absence du garde des Sceaux.

14. — Le ministère Villèle succédant au ministère Richelieu, s'abstint naturellement de prendre des sous-secrétaires d'Etat. Le ministère Martignac ne créa qu'un seul sous-secrétaire d'Etat à la Justice, par une ordonnance du 24 janv. 1829.

15. — Le ministère Polignac créa un sous-secrétaire d'Etat à la Guerre. L'ordonnance du 9 sept. 1829 chargeait ce sous-secrétaire d'Etat du personnel et de toutes les parties de l'administration qui lui seraient déléguées par le ministre.

16. — Le premier sous-secrétaire d'Etat de la monarchie de juillet fut M. Thiers qui entra aux Finances le 4 nov. 1830 et donna immédiatement à son rôle un caractère politique plus accentué que celui de ses prédécesseurs. Il y eut ensuite des sous-secrétaires d'État à l'Intérieur (Ord. 4 avr. 1835), à la Justice (Ord. 21 mai 1837), aux Travaux publics (Ord. 18 mai 1839), à la Marine (Ord. 9 avr. 1844); il y en eut même à l'agriculture et au commerce (Ord. 3 mars 1840).

17. — L'institution des sous-secrétaires d'Etat fut maintenue sous la seconde République, bien que le régime parlementaire eût à ce moment une tendance à disparaître devant l'omnipotence d'une assemblée unique. Le 4 mars 1848, le Gouvernement provisoire avait nommé Schœlcher sous-secrétaire d'Etat, « spécialement chargé des colonies et des mesures relatives à l'abolition de l'esclavage ».

18. — Sous la Constituante de 1848, il y eut un sous-secrétaire d'Etat à la Guerre et un autre à la Marine. Mais, le 14 juin 1848, l'Assemblée décréta l'incompatibilité des fonctions de sous-secrétaire d'Etat avec le mandat législatif. Par cette résolution elle frappait les coadjuteurs des ministres et les réduisait au rôle de secrétaires généraux purement administratifs.

19. — Ainsi furent déterminées les attributions du sous-secrétaire d'Etat installé aux Finances par décret du 10 nov. 1850. Il fut chargé, par le décret du 20 novembre suivant, d'avoir avec tous les chefs de service les communications nécessaires. Il devait « signer pour le ministre et à son défaut la correspondance générale et les actes d'administration ». Il avait pouvoir de « nommer, en vertu de la délégation du ministre des Finances, à tous les emplois du service intérieur, jusqu'au grade de sous-chef de bureau inclusivement et à tous les emplois de percepteurs ». Le décret ajoutait : « Il a dans ses attributions, et sous la surveillance générale du ministre des Finances, toutes les parties de l'administration centrale des finances comprises dans la division du secrétariat général et dans celle du personnel ».

20. — Un décret du 26 avr. 1851 réduisit les attributions du sous-secrétaire d'État des Finances en ne lui réservant que les parties de l'administration centrale comprises dans la division du secrétariat général.

21. — Les sous-secrétaires d'État n'étaient plus que des fonctionnaires du pouvoir exécutif [illegible]. Ils disparurent complètement avec le coup d'Etat qui supprimait le régime parlementaire. De 1852 à 1870, il n'y eut plus que des secrétaires généraux.

22. — Après la proclamation de la troisième République, des décrets du 25 févr. et du 24 mars 1871 rétablirent des sous-secrétaires d'État à l'Intérieur et à la Guerre. L'Assemblée nationale sanctionna le caractère politique de l'institution en décidant, le 24 avr. 1872, que les fonctions de sous-secrétaire d'Etat seraient compatibles avec le mandat législatif.

23. — Avant la mise en vigueur de la constitution actuelle, pendant le septennat du Maréchal de Mac-Mahon, il y eut quatre sous-secrétaires d'Etat à l'Intérieur, aux Finances, à la Justice et à l'Instruction publique (Décr. 26-27 nov. 1873).

24. — Les sous-secrétaires d'État ne figurent pas dans les lois constitutionnelles de 1875, mais seulement dans les lois organiques.

25. — Aux termes du § 3, art. 8, L. organ. 30 nov. 1875 et du § 1 de l'article unique de la loi du 26 déc. 1887, les fonctions de sous-secrétaire d'Etat sont compatibles avec le mandat de sénateur ou de député.

26. — En vertu du § 2, art. 11, L. organ. 30 nov. 1875, et du § 1 de l'article unique de la loi du 26 déc. 1887, les sénateurs ou députés nommés sous-secrétaires d'État pendant le cours de leur mandat ne sont pas soumis à la réélection. Ils gardent leur siège de plein droit.

27. — Les sous-secrétaires d'État sont nommés par le Président de la République sur la proposition du ministre compétent en vertu de la disposition générale de l'art. 3, L. constitutionnelle, 25 févr. 1875, qui charge le Président de la République de « nommer à tous les emplois civils et militaires ». Le décret n'a pas besoin d'être contresigné par le président du conseil mais seulement par le ministre dans le département duquel est créé le sous-secrétariat d'Etat; ce décret doit être promulgué au *Journal officiel*.

28. — Les dispositions législatives en vertu desquelles aucun emploi ne peut être créé qu'en vertu soit d'un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique (L. 30 déc. 1882, art. 16), soit même d'une loi (L. 13 avr. 1900, art. 35), ne sont pas applicables aux fonctions de sous-secrétaire d'État, parce qu'il s'agit là d'un poste essentiellement politique. Rien d'ailleurs ne s'opposerait à la création d'un sous-secrétariat par une loi; l'inconvénient de cette méthode serait de rendre plus compliquée la suppression du poste lorsque les nécessités politiques auraient disparu.

29. — Au reste, comme la création d'un sous-secrétariat d'Etat entraîne forcément une dépense, le Gouvernement s'exposerait à des difficultés parlementaires s'il procédait à une création sans être pourvu des crédits nécessaires. — Pierre, *Droit politique*, n. 109.

30. — En général, le décret qui nomme un sous-secrétaire d'État ne définit pas ses attributions; mais il peut y être procédé par un décret ultérieur et il existe à cet égard plusieurs précédents.

31. — Le décret du 27 déc. 1879 a déterminé avec une grande précision les attributions du sous-secrétaire d'Etat des Finances. L'art. 1 de ce décret portait que le sous-secrétaire d'Etat au ministère des Finances aurait spécialement dans ses attributions, sous la haute direction du ministre, le contrôle des affaires présentées par les administrations financières, ou qui leur auraient été préalablement communiquées.

32. — L'art. 2 était ainsi conçu : « Le sous-secrétaire d'État pourvoira directement, par délégation du ministre des Finances, à la nomination des agents des administrations financières soumis, par l'ordonnance du 17 déc. 1844, à la nomination des directeurs généraux. Il recevra également les propositions des directeurs généraux relatives au personnel des agents supérieurs ou assimilés, dont la nomination est réservée au Président de la République ou au ministre des Finances, et il soumettra ses propositions au ministre avec ses observations et son avis ».

33. — L'art. 3 chargeait le sous-secrétaire d'État d'entrete-

nir « avec les directeurs généraux des administrations financières, les communications qu'il jugerait nécessaires pour se tenir au courant des diverses parties du service placé dans leurs attributions ». C'était une formule habilement rédigée pour maintenir les droits des directeurs généraux qui ne relèvent que du ministre et cependant les obliger à renseigner le sous-secrétaire d'Etat sur le actes de leur gestion.

34. — L'art. 4 paraît mal rédigé; il dispose que le sous-secrétaire d'Etat « peut être délégué par le ministre soit au Sénat, soit à la Chambre des députés pour traiter toutes les questions relatives aux administrations financières ». On a peine à comprendre ce texte qui ne reparaît pas dans les décrets ultérieurs. En effet, si le sous-secrétaire d'Etat est considéré comme membre du Gouvernement, il a le droit d'entrée et de parole dans les Chambres. S'il est considéré comme un simple commissaire du Gouvernement, le droit de parole ne peut pas lui être délégué pour un ensemble de questions vagues et générales, mais pour la discussion d'un projet déterminé, conformément à l'art. 6, L. constit. 16 juill. 1875.

35. — Aux termes de l'art. 5, il avait le droit, en cas d'empêchement ou d'absence du ministre, de signer la correspondance et les actes d'instruction spéciaux aux administrations financières.

36. — Un décret du 9 oct. 1880 a déterminé plus brièvement les attributions du sous-secrétaire d'Etat des Affaires étrangères; il se bornait à mettre sous son autorité directe le service du personnel et la division de la comptabilité. Un décret du 10 oct. 1880 y ajouta la direction des affaires commerciales et celle du contentieux politique et commercial.

37. — A l'origine, les attributions du sous-secrétaire d'Etat des Colonies avaient été réglées par un simple arrêté du ministre de la Marine en date du 22 janv. 1886. Cet arrêté portait dans son art. 1 : « Toute la correspondance émanant du service colonial sera signée par le sous-secrétaire d'Etat au département, sauf les exceptions suivantes : 1° rapports à M. le Président de la République; 2° dépêches au ministre des Finances tendant à l'ouverture et à l'annulation de crédits; 3° dépêches et rapports intéressant le service maritime et le service colonial ».

38. — L'art. 2 du même arrêté décidait que les nominations dans le personnel colonial autres que celles soumises à l'approbation du Président de la République, et celles des chefs de bureau de l'administration centrale, seraient faites par le sous-secrétaire d'Etat.

39. — Un simple arrêté n'était pas suffisant pour donner au sous-secrétaire d'Etat des pouvoirs engageant la responsabilité financière du ministre. Un nouveau décret sur la matière intervint le 25 févr. 1886; son art. 1 était ainsi conçu : « Le ministre de la Marine et des Colonies peut, pour le budget colonial, déléguer au sous-secrétaire d'Etat près son département la signature soit des ordonnances directes de paiement, soit des ordonnances portant ouverture de crédits aux ordonnateurs secondaires. En cas d'absence ou d'empêchement, le sous-secrétaire d'Etat sera suppléé par le sous-directeur de l'administration des colonies chargé de la comptabilité financière ».

40. — La même délégation financière fut maintenue par le décret du 23 mars 1889, après le rattachement au ministère du commerce du sous-secrétariat des Colonies. Enfin, lorsque les colonies firent retour à la Marine, le décret du 12 mars 1892 reproduisit les dispositions du décret du 25 févr. 1886.

41. — Un décret du 29 oct. 1899 a autorisé le sous-secrétaire d'Etat des Postes, par délégation du ministre, à approuver les dépenses s'appliquant à un même objet et n'excédant pas 5,000 fr. de montant total.

42. — A l'époque où se préparait la transformation du sous-secrétariat des Colonies en département ministériel, en 1894, le titulaire de ce poste était admis à siéger dans le conseil des ministres tenu par le Président de la République. Aujourd'hui, l'unique sous-secrétaire d'Etat, celui des Postes et Télégraphes, n'est plus appelé qu'aux conseils de cabinet tenus par le Président du conseil des ministres; c'était une erreur de procéder autrement puisque les sous-secrétaires d'Etat ne sont plus responsables devant les Chambres.

43. — Les sous-secrétaires d'Etat ont entrée dans les deux Chambres, lors même qu'ils n'en feraient pas partie. Ils ont également le droit d'être entendus dans chacune des deux Chambres lorsqu'ils le demandent, et la priorité de parole qui leur est dévolue est égale à celle des ministres. C'est par suite de scrupules que ne justifient ni les textes, ni les précédents que, dans la séance de la Chambre des députés du 17 mars 1894, un député semblait faire des réserves sur son droit de parler devant le Sénat en qualité de sous-secrétaire d'Etat. — Pierre, *Droit politique*, n. 640.

44. — Les sous-secrétaires d'Etat n'étant pas responsables devant les Chambres ne peuvent pas être interpellés. C'est à tort que, dans la séance du Sénat du 19 mai 1880, on a paru admettre qu'une interpellation visait directement le sous-secrétaire d'Etat des Colonies; encore convient-il de retenir que le texte de l'interpellation déposée le 16 mai 1880 ne nommait pas le sous-secrétaire d'Etat, mais bien le ministre seul responsable.

45. — Toutefois, en l'absence du ministre, le sous-secrétaire d'Etat peut, en ses lieu et place, fournir les explications que réclame un interpellateur. Il peut même déclarer que le Gouvernement accepte tel ordre du jour et repousse tel autre; mais il ne peut se prononcer en son nom personnel, et si l'ordre du jour qu'il a indiqué comme accepté est repoussé par la Chambre, le ministère seul est atteint lors même qu'il n'aurait pas paru dans le débat.

46. — Bien entendu les sous-secrétaires d'Etat ne peuvent contresigner aucun projet de loi. Toutefois il est admis qu'un sous-secrétaire d'Etat peut apporter à la tribune un projet que son ministre a signé.

47. — Les sous-secrétaires d'Etat ne peuvent contresigner aucun décret.

48. — Ils peuvent, par délégation du ministre, non seulement nommer et révoquer des fonctionnaires, mais encore prononcer des mises à la retraite. — Cons. d'Et., 26 juill. 1895, Acquaviva, [Leb. chr., p. 600]

49. — Ils ne peuvent introduire devant le Conseil d'Etat les pourvois en matière contentieuse, lesquels ne sont valables que s'ils sont signés par le ministre. — Cons. d'Et., 27 juill. 1888, Lacarrière, [S. 90.3.51, P. adm. chr., D. 89.3.99] — *Sic*, Laferrière, t. 1, n. 465. — ... A moins qu'une délégation spéciale n'ait été donnée au sous-secrétaire d'Etat par décret du Président de la République.

50. — Les sous-secrétaires d'Etat peuvent, par délégation, passer des marchés, approuver des adjudications et ordonnancer des dépenses, mais c'est le ministre qui reste personnellement et pécuniairement responsable des fautes ou des erreurs commises.

51. — Les sous-secrétaires d'Etat sont des autorités administratives. — Hauriou, *Dr. adm.*

52. — Ils sont assimilés aux ministres pour ce qui concerne la citation en témoignage (Décr. 4 mai 1812). Ils ne peuvent donc répondre à la citation qu'après y avoir été autorisés par décret. — Cons. d'Et., 2 déc. 1892 (sol. impl.), Mogambury, [S. et P. 94.3.97, et la note de M. Hauriou, D. 93.3.1]

53. — Le traitement des sous-secrétaires d'Etat n'est fixé par aucune loi. Il n'est pas davantage déterminé par les décrets de nomination. Il résulte des allocations budgétaires. C'est pourquoi le ministre qui proposerait au Président de la République et qui obtiendrait de lui un décret créant un sous-secrétariat d'Etat, sans avoir obtenu préalablement les crédits nécessaires, engagerait sa responsabilité devant les Chambres.

54. — Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, pour couvrir la responsabilité du ministre, que des crédits aient été votés avec affectation spéciale à la création d'un sous-secrétariat. Il suffit que le ministre trouve sur les disponibilités du chap. 1, qui comprend les dépenses de l'administration centrale, une somme égale au traitement du sous-secrétaire d'Etat.

55. — Le traitement du sous-secrétaire d'Etat est aujourd'hui moins élevé qu'à l'origine de la troisième République; le sous-secrétaire d'Etat des finances recevait alors 30,000 fr. Depuis, les sous-secrétariats d'Etat de la Justice et des Colonies ont été ramenés à 20,000 fr. Actuellement, le sous-secrétaire d'Etat des Postes et Télégraphes est inscrit au budget pour une somme de 25,000 fr. Il ne reçoit en réalité que 16,000 fr., puisqu'il ne peut cumuler son traitement avec l'indemnité législative; de ce chef, il subit au Trésor une retenue annuelle de 9,000 fr. (LL. 16 févr. 1872, art. 3; 31 mars 1903, art. 103).

56. — Les sous-secrétaires d'Etat peuvent, comme les autres fonctionnaires, acquérir des droits à la retraite, bien qu'ils ne subissent pas la retenue établie pour cet objet (L. 22 août 1790; Décr. 13 sept. 1806; L. 9 juin 1853, art. 32).

57. — Le décret du 4 oct. 1891 n'assigne aucun honneur aux **sous-secrétaires d'Etat. Dans les cérémonies publiques, ils prennent rang immédiatement après les ministres; ils s'abstiennent en ce cas, s'ils sont députés, de porter les insignes parlementaires : ils sont, en effet, à considérer comme faisant partie du pouvoir exécutif.**

SOUS SEING PRIVÉ. — V. Acte sous seing privé.

SOUS-TRAITANT. — V. Chemin vicinal. — Marché administratif. — Travaux publics.

SOUSCRIPTION.

Législation.

L. 29 juill. 1881 (*sur la liberté de la presse*), art. 40.

Bibliographie.

Souscriptions interdites. — Barbier, *Code expliqué de la presse*, 1887, 2 vol. gr. in-8°, n. 754 et s., et *Compl.*, 1895, 1 vol. gr. in-8°, n. 756 *bis*. — Bories et Bonnasies, *Dictionnaire pratique de la presse, de l'imprimerie et de la librairie*, 1847, 2 vol. in-8°, v° *Souscription*. — Celliez et Le Senne, *Loi de 1881 accompagnée des travaux de rédaction*, 1882, 1 vol. in-8°, p. 503, 518, 520, 524. — Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1851, 2° édit., 3 vol. in-8°, t. 1, n. 436, 975 et s. — Fabreguettes, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, 1901, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 144 et s. — De Grattier, *Commentaire des lois de la presse*, 1868, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 328 et s. — Hatin (Eug.), *Manuel théorique et pratique de la liberté de la presse*, 1868, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 371. — Jeanvrot, *Code pratique de la presse*, 1894, 1 vol. in-8°, n. 434, 452, 453. — Le Poittevin (G.), *Dictionnaire formulaire des parquets*, 1900-1901, 3° édit., 3 vol. in-8°, v° *Publications interdites*, n. 9; — *Traité de la presse*, 1903, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1000 et s. — Morin, *Répertoire universel et raisonné du droit criminel*, 1851, 2 vol. gr. in-8°, v° *Souscription*. — Mouton, *Les lois pénales de la France*, 1868, 2 vol. gr. in-8°, t. 1, p. 380. — Roger (J.), *Délits de presse*, 1882, 1 vol. in-8°, p. 120. — Rolland de Villargues, *Code des lois de la presse*, 1876, 1 vol. gr. in-8°, n. 62 et 63. — Rousset (G.), *Code général des lois sur la presse*, 1869, 1 vol. gr. in-8°, n. 1936. — Vallet et Montagnon, *Manuel des magistrats du parquet*, 1890, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 1466.

Souscriptions littéraires. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1869-1879, 4° édit., 8 vol. in-8°, t. 8, § 756, p. 226. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 32 vol. in-8°, t. 29, n. 391. — Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, 1875, 6° édit., 2 vol. gr. in-8°, v° *Souscription littéraire*. — Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1784-1785, 17 vol. in-4°, v° *Souscription*. — Huard et Mack, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, 1895, 1 vol. in-8°, n. 250. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5° édit., 33 vol. in-8° et 7 vol. de suppl. parus, t. 15, n. 475. — Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1856-1857, 6° édit., 4 vol. in-8°, t. 1, n. 21, 302, 312. — Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, et du droit de représentation*, 1894, 2° édit., 1 vol. in-8°, n. 354 et s. — Rendu et Delorme, *Traité pratique de droit industriel*, 1855, 1 vol. in-8°, n. 802. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 9 vol. in-8°, v° *Souscription*. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, 1877-1881, 3° édit., 6 vol. in-8° et *Suppl.*, 1897-1898, 2 vol. in-8°, v° *Souscription littéraire*, et *Suppl.*, v° *Libraire-éditeur*, n. 19 et s.

Index alphabétique.

DIVISION.

1. — Au sens littéral du mot, la souscription est l'action de mettre sa signature au bas d'un acte pour l'approuver. — Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v° *Souscription*.

2. — Au point de vue juridique, le mot *souscription* a deux sens déterminés. En premier lieu, il désigne la soumission de payer une certaine part de la somme nécessaire, soit pour former une société ou pour contribuer à l'exécution d'une entreprise particulière ou d'un travail public, soit pour indemniser un condamné de l'effet des condamnations prononcées contre lui par les tribunaux. En deuxième lieu, il désigne une méthode employée pour publier certains ouvrages, en s'assurant d'un certain nombre d'acheteurs qu'on invite par un prospectus à remplir un bulletin, dit bulletin de souscription.

Section I.

Souscription faite dans le but de former une société ou de contribuer à l'exécution d'une entreprise.

3. — Il n'y a pas de législation spéciale pour la souscription faite dans le but de former une société ou de contribuer à l'exécution d'une entreprise.

4. — Lorsqu'une souscription est faite dans le but de former une société, l'engagement est déterminé dans sa nature et régi dans ses effets par les règles de la société et principalement de la société commerciale. — V. *suprà*, v° *Société commerciale*, n. 2307 et s., 2586, 2612 et s., 2915 et s. — V. aussi *Chemins de fer*, n. 4403.

5. — La souscription faite dans le but de contribuer à l'exécution d'une entreprise, comme la construction d'un monument, la distribution de secours à des sinistrés ou le paiement d'une récompense à un ou plusieurs individus, constitue ou un contrat intéressé ou un contrat de bienfaisance. Au premier cas, elle est réglée par les principes des obligations et, au deuxième, par ceux des donations. — V. Rolland de Villargues, v° *Souscription*, n. 1.

§ 1. *Caractères.*

6. — Il est difficile d'établir un critérium certain pour dire dans quel cas la souscription a le caractère d'un contrat intéressé, dans quel cas il a celui d'un contrat de bienfaisance; ce sera, en effet, le plus souvent une question de fait à trancher par les tribunaux qui auront à examiner les termes dans lesquels la souscription est intervenue, les circonstances qui l'ont entourée, les charges imposées. — Demolombe, t. 20, n. 35 et s., 52 *bis*.

7. — Cependant on peut dire que, dans tous les cas où le souscripteur tire un avantage quelconque de son dépouillement, que cet avantage profite à lui-même ou à un tiers (C. civ., art. 1121), la souscription apparaît comme un contrat intéressé. —Trib. Oran, 2 oct. 1894, [J. *Le Droit*, 11 oct. 1894] — *Sic*, Demolombe, t. 20, n. 52 *bis*. — V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 71 et s.

8. — Ainsi, il a été jugé qu'on ne doit pas considérer comme une disposition purement gratuite, sujette par conséquent aux formalités des donations, la souscription ou soumission de fournir une somme déterminée pour contribuer à la construction d'une église; et une cour d'appel a pu, sans violer les art. 932 et 937, C. civ., décider qu'un acte de ce genre était un véritable contrat commutatif ou intéressé conclu pour un service public qui devait profiter au souscripteur, aussi bien qu'à tous les autres habitants. — Cass., 7 avr. 1829, Beverchon, S. et P. chr. — Paris, 11 déc. 1827, sous cet arrêt. — V. cep. Laurent, t. 12, n. 361.

9. — Jugé, de même, que des souscripteurs s'étant engagés à payer une somme déterminée entre les mains du consistoire, à condition que celui-ci, avec les deniers recueillis, construirait une grande synagogue consistoriale, un don fait dans ces conditions constitue un contrat *do ut facias*, c'est-à-dire un contrat synallagmatique, commutatif et à titre onéreux, dans lequel chacune des parties prend une obligation corrélative à celle contractée envers elle. — Trib. Oran, 2 oct. 1894, précité.

10. — Sur les particularités relatives aux souscriptions ou offres de concours destinées à contribuer à l'exécution de travaux publics, V. *suprà*, v° *Chemin vicinal*, n. 1327 et s., et *infrà*, v° *Travaux publics*.

§ 2. *Droits des souscripteurs.*

11. — Dans la détermination des droits appartenant aux souscripteurs contre l'individu, le comité, la municipalité ou autre qui recueille les souscriptions, il faut, d'après la jurisprudence, distinguer les droits qui appartiennent aux souscripteurs considérés individuellement et ceux qui appartiennent à la collectivité des souscripteurs.

12. — Si le projet annoncé ne s'exécute pas, le droit individuel du souscripteur consiste à demander le remboursement de sa souscription, que le contrat soit un contrat commutatif ou un contrat de bienfaisance. — Agen, 15 déc. 1857, Lafitte de Lajoannenque, [S. 59.2.221, P. 58.1125, D. 59.2.180] — Au premier cas, en effet, peut-il invoquer l'art. 1184, C. civ., aux termes duquel la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties ne satisfait pas à son engagement; au deuxième cas, il se prévaudra des dispositions de l'art. 953, C. civ., qui permet de faire révoquer la donation, si les charges imposées ne sont pas exécutées.

13. — Mais, le souscripteur n'a pas le droit de poursuivre individuellement en justice l'exécution du projet annoncé. Spécialement, celui qui a souscrit pour la création d'un établissement de charité qui ne pourra jamais être changé de destination et appartiendra à la commune où il doit être formé, est non recevable pour défaut de qualité à demander en son nom propre le délaissement, au profit de cette commune, des immeubles et bâtiments achetés et édifiés dans le but de créer ledit établissement. — Même arrêt.

14. — Ce droit appartient seulement à l'association, à la collectivité formée par les souscripteurs « qui, dit l'arrêt précité de la cour d'Agen, peut seule être juge de la manière dont les sommes doivent être employées, et de l'opportunité qu'il peut y avoir à exécuter le projet primitif ou à le modifier ».

15. — L'action qui appartient à la collectivité peut d'ailleurs être exercée par un seul des souscripteurs, mais seulement au nom de tous les autres, et en vertu du mandat que ceux-ci, réunis en assemblée générale, lui auraient donné à cet effet, soit pour poursuivre l'exécution du projet annoncé, soit pour réclamer le remboursement de la totalité des souscriptions. — V. Agen, 15 déc. 1857, précité. — V. aussi la note de M. Ruben de Couder, sous Besançon, 26 mai 1882, [S. 83.2.121, P. 83.1.687]

16. — La question peut se poser de savoir quels sont les droits des souscripteurs, lorsqu'il existe un reliquat des sommes versées par eux, après l'exécution de l'objet de la souscription. Aucune solution de la jurisprudence n'est intervenue directement à cet égard. Il faut s'en référer aux principes généraux et faire la distinction suivante.

17. — 1° Si le contrat passé entre ceux qui recueillent les souscriptions et les souscripteurs, rentre dans la classe des contrats intéressés, les souscripteurs ont assurément le droit de réclamer chacun le reliquat de leur souscription, car ce reliquat ne s'applique plus à rien et serait conservé sans cause par l'autre partie. Il n'en pourrait être autrement que si celle-ci s'était engagée à forfait à réaliser le but de la souscription, par exemple à ériger un monument. Dans cette seconde hypothèse, en effet, et à supposer que le montant des souscriptions fût insuffisant pour couvrir les dépenses, les souscripteurs auraient action contre elle pour la contraindre à achever le monument, et si à l'inverse le chiffre des souscriptions dépasse celui des frais, il n'est que juste qu'elle conserve le reliquat; c'est la contre-partie nécessaire. — V. Ruben de Couder, note précitée.

18. — 2° Lorsque la convention intervenue entre les souscripteurs et ceux qui recueillent les souscriptions se ramène à une donation, avec charge par le donataire de faire des fonds un emploi déterminé, les souscripteurs n'ont droit à aucune restitution. On sait, en effet, que la donation dépouille irrévocablement le donateur du bien donné, et que dès l'instant que les charges mises comme condition à la libéralité sont exécutées, le donataire est dans une situation inattaquable et bénéficie définitivement de ce qui lui reste sur le bien donné. Ces principes s'appliquent dans notre hypothèse et doivent nous conduire à refuser aux souscripteurs toute action, soit collective, soit individuelle, en restitution d'une quote-part ou de la totalité du reliquat. — V. Ruben de Couder, *loc. cit.*

§ 3. *Droits des comités ou des tiers.*

19. — Les comités ou tiers qui, en recueillant le montant des souscriptions, n'agissent pas pour leur compte, sont de simples mandataires et n'ont aucun droit de surveillance sur l'emploi des fonds. Jugé, que les tiers qui prêtent à une municipalité leur concours à l'effet de recueillir, au moyen de souscriptions, des fonds destinés à l'érection d'un monument commémoratif historique (dans l'espèce, *La défense de Belfort*), ne sont que les mandataires de cette municipalité, et n'ont, comme tels, aucun droit de surveillance sur l'emploi des fonds, ni aucune action pour contraindre la municipalité à maintenir à ces fonds leur affectation primitive. — Besançon, 26 mai 1882, Pariset ès-nom. [S. 83.2.121, P. 83.1.687, D. 82.2.236]

20. — Il en est de même de l'artiste, eût-il prêté un concours gratuit à l'exécution de l'œuvre; un tel concours, en admettant qu'il puisse donner à l'artiste le droit d'exiger l'achèvement complet du monument, ne saurait l'autoriser à demander l'affectation du reliquat des souscriptions aux réparations qui peuvent

être nécessaires dans l'avenir, non plus qu'à des embellissements ou à la confection de travaux qui ne sont pas des accessoires naturels du monument. — Même arrêt.

21. — Mais la solution devrait être différente si l'initiative partait des particuliers, si les comités s'étaient organisés de leur propre autorité, s'ils avaient provoqué ou recueilli des souscriptions en dehors de l'impulsion d'un tiers, comme d'une municipalité, sans réclamer son intervention. Leur droit de contrôle et de surveillance ne saurait dans ce cas faire aucune difficulté. — V. en ce sens, Cass., 5 juill. 1870, Commune de Marly-le-Roi, [S. 70.1.383, P. 70.1003, et la note de M. Ruben de Couder, D. 71.1.42]

22. — Il a été jugé qu'un comité créé à la suite d'une catastrophe pour recueillir des souscriptions et en distribuer le montant aux victimes, n'a aucune qualité pour subordonner l'allocation des secours à l'acceptation, par les personnes assistées, d'une clause portant renonciation au droit d'actionner en dommages-intérêts les auteurs du préjudice. — Aix, 25 avr. 1883, Ville de Nice et Bolognini, [S. 84.2.134, P. 84.1.731, D. 84.2.15]

23. — Mais cette décision a été cassée, et la Cour suprême a jugé qu'un tel comité a qualité, au nom des souscripteurs, pour subordonner l'allocation des secours à la condition dont il s'agit. — Cass., 3 mars 1885, Ville de Nice, [S. 85.1.168, P. 85.1.393, D. 85.1.411]

24. — Et les auteurs du préjudice, lorsqu'ils ont accepté le bénéfice de la stipulation de renonciation, peuvent s'en prévaloir comme une fin de non recevoir à l'action en indemnité intentée contre eux. — Même arrêt. — *Contrà*, Aix, 25 avr. 1883, précité.

Section II.

Souscription tendant à indemniser de l'effet des condamnations judiciaires. — Souscriptions interdites.

25. — Les décisions de la justice n'étant autre chose qu'une émanation de la loi, il s'ensuit que c'est commettre une attaque, au moins indirecte, contre la loi, que d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser un condamné des condamnations prononcées par les tribunaux. Elles n'ont, en effet, d'autre but et d'autre résultat que d'approuver ce qui a été condamné par la justice. On s'explique dès lors que le législateur ait prohibé les souscriptions de ce genre, dans divers textes et en dernier lieu dans l'art. 46, L. 29 juill. 1881, ainsi conçu : « Il est interdit d'ouvrir et d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires en matière criminelle et correctionnelle, sous peine d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 100 à 1,000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement ». — Sur toute cette matière, V. *suprà*, v° *Presse*, n. 213 et s.

Section III.

Souscription littéraire.

§ 1. *Caractères et conditions de validité de la souscription.*

26. — La souscription littéraire peut être définie une convention par laquelle deux personnes s'engagent l'une à fournir, l'autre à prendre un ouvrage paraissant par volumes ou livraisons, moyennant un prix fixé soit à l'avance par un prospectus, soit par l'acte même de souscription. — V. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Souscription*, n. 6; Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription littéraire*; Pouillet, n. 355.

27. — Si l'on s'en rapporte aux répertoires de jurisprudence antérieurs au Code civil (Guyot, *Rép.*, v° *Souscription*, p. 386; J. Brilloum, v° *Souscription*), aux règlements et arrêts du conseil du roi, on constate que cette matière était déjà réglementée par notre ancienne législation. Le règlement du Conseil du roi pour la librairie et l'imprimerie de Paris du 28 févr. 1723 (Rec. Isambert, t. 21, n. 279) déterminait les conditions sous lesquelles devaient être faites les souscriptions littéraires : aucun ouvrage ne pouvait être proposé au public par souscription que par un libraire ou un imprimeur qui demeurait responsable envers les souscrivants des deniers reçus (art. 17). Et, avant de proposer l'ouvrage par souscription, le libraire ou l'imprimeur était tenu d'obtenir la permission d'imprimer par lettres scellées du grand sceau (art. 18); puis, avec le prospectus qu'il publiait, il devait distribuer au moins une feuille d'impression de l'ouvrage, laquelle feuille devait être imprimée dans les même forme, caractère et papier qu'il s'engageait d'employer dans l'exécution de l'ouvrage; il devait livrer ce dernier dans le temps porté par la souscription (art. 19).

28. — Deux arrêts postérieurs du Conseil sont venus compléter ce règlement : l'un du 10 avr. 1725 (Rec. Isambert, t. 21, n. 323) punissait d'une amende arbitraire ceux qui manquaient à leurs engagements, l'autre du 16 avr. 1785 (Rec. Isambert, t. 28, n. 2058) obligeait toute personne qui voulait proposer quelque ouvrage par souscription à remettre, avant l'impression, à la chambre syndicale des imprimeurs neuf exemplaires de l'ouvrage à mesure des livraisons faites au public.

29. — Le règlement de 1723 et ces deux arrêts du Conseil ont été abrogés sous la Révolution; et actuellement, la souscription littéraire ne fait l'objet d'aucune disposition législative particulière, de telle sorte que toute personne peut, comme éditeur, publier un ouvrage par souscription et que, pour déterminer les rapports qui doivent exister entre l'éditeur et le souscripteur, il n'y a d'autres règles à suivre que celles indiquées par le Code civil au titre *Des obligations*. — Ruben de Couder, *loc. cit.*, t. 6, n. 5.

30. — La souscription littéraire n'est pas une convention unilatérale, par laquelle le souscripteur s'engage à payer le montant de la souscription, *si on lui livre tel ouvrage;* c'est une convention parfaitement synallagmatique dans laquelle le souscripteur et l'éditeur contractent des obligations réciproques. — Cass., 8 nov. 1843, Jollivet, [S. 43.1.852, P. 43.2.813] — Paris, 1er mai 1848, Dubois, [S. 49.2.110, P. 48.1.735, D. 49.2.79]; — 2 mai 1849, Dubois, [S. 49.2.636, P. 49.1.368, D. 49.2.220] — *Sic*, Demolombe, t. 29, n. 391; Aubry et Rau, t. 8, § 756, p. 226.

31. — Signalons immédiatement la conséquence importante qui, au point de vue de la preuve, découle, d'après certains auteurs, du caractère synallagmatique de la convention de souscription : l'acte qui constate cette convention devrait être rédigé en double original (C. civ., art. 1325). Cette conséquence, signalée par quelques auteurs (Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*), a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence.

32. — Jugé qu'une souscription à un ouvrage de librairie par un particulier n'a effet, à l'égard de ce particulier pour prouver la vente et les conditions de cette vente, qu'autant qu'elle est faite en double original conformément aux règles prescrites par l'art. 1325, C. civ., pour la validité des conventions synallagmatiques; qu'en ce cas, la preuve de la vente et de ses conditions ne peut être faite par les moyens indiqués en l'art. 109, C. comm., pour les achats et les ventes entre commerçants. — Cass., 8 nov. 1843, précité.

33. — ... Que la souscription à un ouvrage publié par livraisons, n'est, malgré l'usage contraire, quelqu'invétéré qu'il soit, obligatoire pour le souscripteur qu'autant qu'elle est constatée par un double écrit, conformément à l'art. 1325, C. civ. — Paris, 1er mai 1848, précité.

34. — ... Qu'un simple bulletin signé du souscripteur ne saurait suffire pour engager les parties, le souscripteur manquant ainsi du moyen de contraindre le vendeur à l'exécution du contrat. — Trib. Villefranche, 31 oct. 1890, [J. *La Loi*, 20 déc. 1890] — Trib. Oran, 2 oct. 1894, [J. *Le Droit*, 11 oct. 1894] — *Sic*, Huard et Mack, n. 250, p. 89.

35. — Cependant MM. Rendu et Delorme (n. 802) ont soutenu que le simple bulletin de souscription, quoique n'étant pas fait en double, engage irrévocablement le souscripteur; suivant ces auteurs, le prospectus et le bulletin de souscription sont les deux doubles du même acte et se complètent l'un l'autre; le premier mentionne les obligations de l'éditeur, le deuxième celles du souscripteur. Cette opinion paraît avoir été implicitement consacrée en ces dernières années par la jurisprudence. Dans les espèces tranchées par les arrêts cités *infrà*, n. 48 à 57, les éditeurs qui ont obtenu gain de cause à l'encontre des souscripteurs étaient armés d'un simple bulletin de souscription unilatéral. — V. aussi, Pouillet, n. 355.

36. — Toutefois, la nécessité du double original ne doit pas être admise d'une manière absolue. D'une part, la nullité d'une souscription résultant de ce que l'acte n'a pas été fait en double, peut être couverte par l'exécution : l'art. 1325 cessera d'être applicable si les parties ont commencé d'exécuter la convention, le

libraire en envoyant un certain nombre de livraisons, et le souscripteur en payant le prix de ces livraisons. — Cass., 8 nov. 1843 (sol. impl.), précité. — Demolombe, t. 20, n. 391 ; Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription littéraire*, n. 20, et *Suppl.*, v° *Libraire-éditeur*, n. 23.

37. — On ne saurait, au surplus, considérer ni comme une exécution, ni comme un commencement d'exécution de la part du souscripteur, le fait d'avoir reçu une livraison, s'il s'est refusé à en payer le prix par suite d'un désaccord tant sur ce prix que sur le mode de paiement, et si d'ailleurs il est constant qu'il n'a été amené à signer le bulletin de souscription que par des moyens frauduleux. — Même arrêt.

38. — D'autre part, un simple bulletin de souscription signé seulement par le souscripteur peut valoir comme commencement de preuve par écrit autorisant l'admission de la preuve testimoniale ou des présomptions, aux termes des art. 1347 et 1353, C. civ. — V. Trib. Villefranche, 31 oct. 1890, précité.

39. — Il a été jugé que malgré l'irrégularité de l'acte produit, la convention peut néanmoins produire effet si elle peut être établie légalement par tout autre moyen de preuve, et si notamment elle résulte de l'aveu des parties. — Trib. Oran, 2 oct. 1894, précité.

40. — En tout cas lorsque, pour démontrer l'existence du contrat de vente dont il demande l'exécution, le libraire ou éditeur produit un bulletin de souscription établi conformément à l'art. 1325, C. civ., et signé du souscripteur, ce bulletin doit en principe faire foi de la convention qu'il a eu pour objet de constater. — Trib. Draguignan, 22 déc. 1891, [J. *Le Droit*, 17 sept. 1892]

41. — Mais si l'acte dont il s'agit, bien que portant la mention : *fait double*, n'a été rédigé qu'en un seul original, le souscripteur peut avec fondement se prévaloir de la nullité de la vente qu'on lui oppose; il est incontestablement recevable à prouver l'inexactitude de la mention contenue dans le bulletin de souscription qu'il a signé, et cela conformément aux règles générales qui régissent la matière de la preuve. — Même jugement.

42. — Et s'il n'invoque, à l'appui de son dire, ni écrit, ni commencement de preuve par écrit rendant admissible soit la preuve testimoniale, soit les présomptions de l'homme, ses affirmations sont, en droit, sans portée juridique et ne peuvent amoindrir la force probante de l'acte produit. — Même jugement.

43. — D'après un arrêt récent de la Cour de cassation, la souscription à un ouvrage de librairie, dont il a été régulièrement pris acte, oblige celui qui l'a faite, alors même que la partie envers laquelle elle est contractée ne s'est pas engagée à vendre, et que la réalisation du contrat est subordonnée à sa volonté; en ce cas l'auteur de la promesse est lié par celle-ci et ne peut la rétracter. La condition potestative n'est en effet une cause de nullité de l'obligation que quand elle est potestative de la part de celui qui s'oblige et non de la part de celui envers qui l'obligation est contractée. — Cass., 25 nov. 1896, Hollier-Larousse, [S. et P. 97.1.76] — *Sic*, Laurent, t. 15, n. 475.

44. — Cette décision condamne la solution précédemment admise par un arrêt de la cour de Bordeaux, aux termes duquel une souscription à un ouvrage de librairie au moyen d'une signature mise au bas d'un bulletin de souscription présenté par un commis-voyageur qui, de son côté, n'a pris aucun engagement, n'est qu'une simple proposition n'obligeant celui qui a souscrit que lorsqu'elle a été acceptée par l'éditeur. Et si, par suite, cette proposition a été rétractée et si la rétractation est parvenue à l'éditeur en même temps que l'avis de souscription, le contrat ne s'est jamais formé, et le souscripteur ne s'est pas obligé. — Bordeaux, 13 juin 1853, Migne, [S. 53.2.555, P. 55.1.57, D. 55.2.322]

45. — Si le consentement du souscripteur a été obtenu à l'aide de manœuvres dolosives, la souscription est nulle.

46. — Jugé qu'est à bon droit considéré comme constituant des manœuvres essentiellement dolosives de nature à faire annuler la souscription, quand elles ont été la cause déterminante du consentement, le fait, par les agents d'un éditeur de publications littéraires, de s'être présentés chez les instituteurs primaires, en prenant la fausse qualité d'envoyés officieux du ministre de l'Instruction publique, avec des airs d'autorité pouvant faire croire qu'ils étaient de hauts fonctionnaires de l'université, et d'avoir annoncé que les chefs hiérarchiques de ces instituteurs tiendraient bonne note des souscripteurs et noteraient mal ceux qui refuseraient de souscrire. — Cass., 21 juill. 1886, De Lamotte, [S. 87.1.316, P. 87.1.766]

47. — Mais les exagérations de langage auxquelles se livre un commis-voyageur pour exalter, même au delà de la vérité, sa marchandise, ne sauraient être assimilées à des manœuvres dolosives de nature à faire annuler une convention. Ce sont des procédés que la morale pure réprouve, mais que le conflit des intérêts privés rend en quelque sorte inévitables; il n'y a pas dol, celui-ci supposant une sorte de violence morale qu'il n'a été au pouvoir de la victime ni d'empêcher, ni de prévoir; c'est au souscripteur à prendre des renseignements préalables. — Trib. Draguignan, 22 déc. 1891, précité.

48. — Le consentement donné librement engage le souscripteur, et la convention qui se trouve formée par la suite ne porte que sur les points précisés dans le bulletin de souscription. D'où il résulte que les promesses verbales faites au souscripteur d'un ouvrage de librairie par le représentant de l'éditeur, au moment de la signature du bulletin de souscription, constituent des clauses de la convention dont le souscripteur aurait dû se procurer une preuve par écrit, et dont la preuve par témoins n'est pas admissible aux termes de l'art. 1341, C. civ. — Riom, 12 mai 1884, De Lamotte, [S. 85.2.13, P. 85.1.99]

49. — Il en est ainsi surtout alors que le bulletin de souscription, signé par l'acheteur, porte que toutes conditions et promesses verbales qui ne seraient pas en concordance avec l'imprimé du bulletin seraient considérées comme nulles et non avenues. — Même arrêt.

50. — Le contrat de souscription n'est valable qu'autant qu'il satisfait aux conditions prescrites par l'art. 1129, C. civ., aux termes duquel : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ». C'est aux tribunaux qu'il appartient, dans chaque espèce, de reconnaître s'il a été satisfait aux prescriptions de ce texte.

51. — A cet égard, il a été jugé que le souscripteur à un répertoire de jurisprudence en publication n'est pas fondé à demander la nullité de son engagement par le double motif que cet engagement est indéterminé et soumis à une condition potestative de la part de l'éditeur, alors que le prix de chaque volume est fixé, ainsi que le nombre minimum des volumes à paraître chaque année. — Trib. Toulon, 15 juin 1892, [J. *La Loi*, 29 juill. 1892]

52. — ... Que le souscripteur à la collection complète d'un répertoire de jurisprudence ne peut être considéré comme ayant pris un engagement indéterminé, à raison de ce que l'éditeur n'aurait assumé aucune obligation au point de vue du nombre de volumes que comporterait l'ouvrage et du délai dans lequel la publication serait terminée. — Nîmes, 25 janv. 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.323]

53. — ... Qu'en tout cas, le souscripteur qui a accepté sans protestation les différents volumes parus, à mesure de leur publication, s'est par là même interdit le droit de critiquer l'exécution du contrat en en reconnaissant la régularité. — Même arrêt.

54. — ... Que la souscription à un ouvrage en cours de publication (un répertoire alphabétique de doctrine et de jurisprudence, dans l'espèce) ne doit pas être considérée comme subordonnée à une condition potestative de la part des éditeurs, par cela seul que le nombre des volumes que doit comprendre l'ouvrage n'est pas précisé, si les parties ont dû se rendre compte de l'impossibilité de fixer exactement, à son début, la longueur de cet ouvrage, et tenir pour suffisante la limitation qui doit résulter de la nature même de l'œuvre. — Paris, 22 avr. 1893, [J. *Le Droit*, 30 avr. 1893]

55. — ... Que la souscription à un ouvrage de librairie (dans l'espèce *Les Pandectes françaises*) à livrer par volume au fur et à-mesure qu'ils sont édités, ne constitue pas une venté proprement dite, soumise aux dispositions du Code civil, mais un contrat synallagmatique *sui generis* régi par les principes généraux des conventions et par les usages de la librairie; qu'en conséquence, n'est pas nulle, pour défaut de fixation du prix de vente, une souscription de ce genre, alors que, si le nombre des volumes n'est pas indiqué au début de la publication, le prix de chaque volume est déterminé; que c'est au souscripteur seul qu'il appartient de se prémunir en limitant à l'avance dans son engagement le nombre de volumes qu'il entend recevoir, et qu'il ne saurait alléguer, pour se dégager, de prétendues indications

mensongères, dont il ne rapporte pas la preuve. — Trib. Béthune, 9 mars 1893, [J. *La Loi*, 25 mars 1893]

56. — ... Que les juges ont le droit d'apprécier quelle a été l'intention des souscripteurs et de décider que, tant à raison de sa profession que de la nature de la publication, ils étaient parfaitement à même de se rendre compte de l'étendue probable d'un ouvrage ayant pour titre : *Pandectes, Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence.* — Même jugement.

57. — ... Que le souscripteur à la collection complète d'un recueil de jurisprudence, dans l'espèce *Le Répertoire des Pandectes*, ne peut pas demander la résiliation de son contrat s'il ne prouve pas que l'éditeur a pris des engagements formels relativement au nombre des volumes à publier et à la périodicité de la publication ; alors particulièrement que, si ledit souscripteur a pu croire, lors du contrat, que l'ouvrage comporterait seulement vingt-cinq volumes, il lui a été postérieurement indiqué par l'éditeur que l'ouvrage comporterait quarante volumes, cette indication complétant son contrat de souscription qu'il prétendait être indéterminé. — Trib. comm. Seine, 12 juin 1891, [*Gaz. Pal.*, 93.1.287]

§ 2. *Droits et obligations du libraire et du souscripteur.*

58. — Le libraire ou éditeur est tenu d'exécuter les promesses que contient son prospectus concernant le but de l'ouvrage à publier, l'édition de cet ouvrage, le nombre des livres ou livraisons, leur format, le délai de la publication et autres conditions de la souscription. — Pouillet, n. 354; Renouard, t. 2, n. 183.

59. — Il a été jugé, à cet égard, que le souscripteur à un ouvrage de librairie n'est pas tenu de recevoir, en échange de sa souscription, une édition défectueuse tirée sur les vieux clichés et divisée en livraisons de six pages, si, d'après les termes frauduleusement ambigus du bulletin, il a pu raisonnablement s'attendre à une édition nouvelle de l'ouvrage auquel il a souscrit et à des livraisons contenant le nombre de pages usité en librairie. — Trib. comm. Aubenas, 14 févr. 1852, Champanhet, [D. 52.5.457] — *Sic*, Pouillet, n. 357.

60. — ... Qu'il y a erreur sur la substance même de la chose, entraînant la nullité du contrat de vente, lorsque l'acheteur, ayant entendu souscrire à un ouvrage inédit, artistique et richement relié, il lui est livré par le vendeur un ouvrage dont la reliure est sans valeur, dont les illustrations, l'impression et le papier n'offrent rien d'artistique et dont le texte est la reproduction d'œuvres littéraires anciennes et oubliées. — Aix, 21 déc. 1894, [*Gaz. Pal.*, 95.1.276] — *Contrà*, Trib. Draguignan, 22 déc. 1891, [J. *Le Droit*, 18 sept. 1892]

61. — Mais la nullité de la souscription ne peut être prononcée pour cause de remplacement de l'éditeur par un autre, s'il est établi que la souscription a été déterminée plutôt par les conditions de la souscription que par la personnalité de l'éditeur, ni pour modifications dans l'ordre des fascicules ou des vignettes, si l'édition conserve la valeur artistique sur laquelle le souscripteur était en droit de compter. — Trib. comm. Seine, 8 juin 1889, [J. *La Loi*, 6 juill. 1889]

62. — Jugé d'autre part, que la souscription à un ouvrage de librairie ne peut être annulée à raison des imperfections de cet ouvrage, si, d'ailleurs, il réalise les conditions substantielles de l'œuvre annoncée et offerte aux souscripteurs. — Riom, 12 mai 1884, De Lamotte, [S. 85.2.13, P. 85.1.99]

63. — De son côté, le souscripteur est engagé vis-à-vis du libraire ou éditeur, et son obligation consiste à payer à l'échéance, et dans les conditions déterminées par le bulletin qu'il a signé, le montant de sa souscription. — Pouillet, n. 355.

64. — Jugé, à cet égard, que si l'acquisition de l'ouvrage par le souscripteur n'est pas déniée et s'il n'y a contestation que sur le prix et le mode de paiement, les juges sont appelés à les déterminer, mais sans être tenus d'avoir égard aux énonciations du bulletin de souscription... Et qu'il en est ainsi, alors surtout qu'il est reconnu que le souscripteur n'a été amené à signer ce bulletin que par des moyens frauduleux ayant notamment pour objet de lui persuader qu'il jouirait d'une réduction sur les prix. — Cass., 8 nov. 1843, Jollivet, [S. 43.1.852, P. 43.2.813] — V. *suprà*, n. 45 et s.

65. — La souscription faite par une personne morale l'engage jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage.

66. — Jugé que la souscription faite par un ministre pour son département, à la publication d'un ouvrage, est obligatoire pour le ministre. Celui-ci ne peut donc se dégager de la souscription et refuser de solder le prix des livraisons, à mesure qu'elles paraissent, sous prétexte que les réductions qu'il est obligé d'opérer dans les dépenses de son département lui en ôtent les moyens. — Cons. d'Et., 9 déc. 1831, Dubois, [S. 32.2.108, P. adm. chr.]

67. — Lorsque la convention intervenue entre le souscripteur et l'éditeur détermine le nombre des volumes que comprendra l'ouvrage, et que ce nombre se trouve dépassé, l'éditeur doit-il fournir gratuitement au souscripteur les volumes excédant le nombre annoncé? Il semble, en thèse générale, que l'affirmative doive être admise, car, par la souscription et son acceptation, il s'est formé entre lui et le souscripteur un contrat dont les conditions ne sauraient être modifiées par sa seule volonté. S'il s'est trompé dans son appréciation, c'est à lui de supporter les conséquences de son erreur en livrant gratuitement aux souscripteurs les volumes excédant le chiffre fixé, ou, en cas de refus, en reprenant les volumes déjà publiés, et restituant ce qui lui a été payé. — V. Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription littéraire*, n. 7 et s.

68. — Si, néanmoins, l'excédent des volumes est peu considérable, ou si, l'éditeur ayant, au cours de la publication, annoncé que le nombre primitif des fractions de l'ouvrage serait augmenté, les souscripteurs ont continué, malgré cet avis, à accepter celles qui leur étaient adressées, l'éditeur pourrait contraindre les souscripteurs à payer le prix des volumes publiés en excédent. — V. Bruxelles, 25 mars 1843, [*Jurispr. belge*, 44.2.42] — Pardessus, *Dr. comm.*, n. 302; Devilleneuve, Massé et Dutruc, v° *Souscription littéraire*, n. 10. — V. aussi Trib. comm. Seine, 12 juin 1891, [*Gaz. Pal.*, 93.1.287] — En pareille matière, il est difficile de poser des règles absolues et la solution doit être déterminée par les circonstances de la cause.

69. — Le tribunal de commerce de Grenoble a décidé à cet égard que l'éditeur d'un ouvrage, en publiant un prospectus, prend vis-à-vis de ses souscripteurs et même de ses simples acheteurs l'engagement de livrer l'ouvrage aux clauses et conditions annoncées : qu'en conséquence, toute infraction, notamment par augmentation du nombre des volumes indiqués, donne, selon les circonstances, ouverture contre lui à une action en dommages-intérêts. — Trib. comm. Grenoble, 12 janv. 1872, Gagnière, [S. 72.2.82, P. 72.365, D. 73.3.47]

70. — Mais il peut n'y avoir lieu à aucuns dommages-intérêts, à raison de l'absence de préjudice, lorsque l'ouvrage augmenté est plus complet et d'un plus grand mérite et que, du reste, l'éditeur consent à reprendre les volumes avec prime. — Même jugement.

71-73. — Quand le nombre des volumes que comprendra l'ouvrage n'a pas été fixé dans le contrat de souscription, il appartient aux tribunaux, en s'inspirant des circonstances et du genre de la publication, de décider s'il y a abus de l'éditeur et d'indiquer le nombre maximum des volumes dont le souscripteur sera tenu de payer le prix. Celui-ci ne saurait, en aucun cas, se plaindre, car c'était à lui de prendre ses précautions lorsqu'il a souscrit et de limiter par avance la quantité des volumes qu'il entendait recevoir. — V. Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Libraire-éditeur*, n. 32 et s. — V. pour la jurisprudence *suprà*, n. 51 et s.

74. — Une question analogue à celle qui naît au sujet du nombre des volumes se présente à propos de la périodicité de la publication. Quand l'éditeur n'effectue pas la livraison des volumes à des dates régulières, ou excède pour cette livraison le délai fixé par le contrat de souscription, quelle est la sanction de ce manquement à ses obligations?

75. — Si aucun délai n'a été convenu et que les livraisons ne se succèdent pas à des *intervalles réguliers*, il appartient aux tribunaux de fixer une date passée laquelle les souscriptions seront annulées, si le libraire ne s'est pas exécuté. Pour la détermination de cette date, les juges auront à tenir compte de l'importance des matières à traiter, des recherches que nécessite l'étude de ces matières et autres circonstances de chaque espèce : il en résulte que ces décisions pourront varier beaucoup suivant la nature de l'ouvrage dont il s'agira. — Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription*, n. 17, et *Suppl.*, v° *Libraire-éditeur*, n. 27 et 35.

76. — La cour de Nîmes est même allée jusqu'à reconnaître aux tribunaux le droit de fixer un délai dans le cas où la publication, pour l'achèvement de laquelle aucun délai n'a été fixé, se poursuit à des *intervalles réguliers*. — Nîmes, 25 janv. 1897, [*Gaz. Pal.*, 97.1.323] — *Contrà*, Ruben de Couder, *Suppl.*, v° *Libraire-éditeur*, n. 36.

77. — Un pouvoir discrétionnaire appartient également aux tribunaux lorsque l'éditeur, qui s'est engagé à faire paraître les livraisons à des dates déterminées et à effectuer la publication complète de l'ouvrage dans un temps fixe, manque à cette obligation. C'est à eux qu'il incombe, selon les circonstances, de décider s'il y a lieu de résilier le contrat pour inexécution des conditions ou d'accorder à l'éditeur un délai pour s'exécuter. — Pardessus, *Dr. comm.*, n. 302; Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription*, n. 18 et 19.

78. — Ainsi un arrêt a décidé que le libraire qui n'a pas rempli les conditions de la souscription, en ne fournissant pas les livraisons aux époques déterminées, n'est pas fondé à demander plus tard l'exécution de la souscription contre le souscripteur, et à le contraindre à recevoir les livraisons arriérées. — Paris, 2 mai 1849, Dubois, [S. 49.2.636, P. 49.1.368, D. 49.2.220]

79. — D'autre part, il a été reconnu que le souscripteur à une encyclopédie juridique ne saurait être recevable à demander la résiliation de sa souscription en alléguant un retard dont la justification et l'explication naturelle se trouvent tant dans les difficultés inhérentes à la nature même d'une entreprise de ce genre que dans celles résultant de la mise en œuvre d'un grand nombre de collaborateurs. — Trib. Seine, 2 mai 1892, [*Gaz. Pal.*, 92.1.616]

80. — En conséquence, il y a lieu, de considérer comme suffisamment exécuté, l'engagement des éditeurs qui ont livré quinze volumes, alors que suivant le souscripteur, ils auraient dû en livrer dix-huit. — Même jugement.

81. — Si l'éditeur qui annonce au public un ouvrage par souscription déclare dans le prospectus qu'il n'en commencera la publication qu'après avoir réuni un certain nombre de souscriptions, son engagement ne prend naissance que lorsque ce nombre est atteint. Mais l'éditeur qui, après une annonce de cette nature, commence la publication annoncée, est présumé avoir obtenu le nombre indiqué de souscriptions; et s'il ne continuait pas la publication, il pourrait être condamné à des dommages-intérêts envers les souscripteurs. Réciproquement, les obligations des souscripteurs envers l'éditeur ne naissent que si les conditions fixées dans le prospectus sont réalisées et sont déterminées par les termes de ce prospectus. — Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription littéraire*, n. 11 et 12.

82. — Souvent un éditeur annonce par un prospectus la publication qu'il a l'intention de faire d'un ouvrage en indiquant seulement que les premiers volumes ont paru ou vont paraître, et sans recevoir de souscriptions à l'avance. Il n'y a dans ce cas aucune obligation qui lie l'éditeur et les acquéreurs des premières livraisons. Par suite, le premier peut cesser sa publication avant de l'avoir terminée, sans être passible d'aucune indemnité; les seconds ont, de leur côté, la faculté de ne plus retirer les volumes qui suivent. Toutefois si l'éditeur a reçu à l'avance le prix de tout ou partie de l'ouvrage, il est tenu à restitution au cas où il ne poursuit pas la publication; cette restitution ne peut porter d'ailleurs que sur la portion du prix versé qui excède le montant des volumes fournis. — Rolland de Villargues, v° *Souscription*, n. 12; Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription littéraire*, n. 14.

83. — Il n'en est pas tout à fait de même quand un éditeur annonce la publication d'un ouvrage par livraisons. Si, dans ce cas, il s'arrête après avoir publié une partie seulement de l'ouvrage, les acquéreurs des livraisons parues peuvent le contraindre à restituer le prix de ces livraisons : il s'est en effet engagé à leur fournir l'ouvrage complet et se trouve lié envers eux (Ruben de Couder, *Dict.*, v° *Souscription littéraire*, n. 14). Il en est ainsi, a-t-il été décidé, lorsque la couverture de la première livraison indique que la deuxième est sous presse. Il y a alors, de la part de l'éditeur, obligation de fournir cette livraison ou de restituer le prix de celle déjà vendue. Peu importe que l'interruption des livraisons ne provienne pas de son fait, mais de celui de l'auteur. — Trib. Seine, 28 sept. 1837, [J. *Le Droit*, 29 sept. 1837]

Section IV.

Droit fiscal.

84. — Si la souscription consiste en une promesse d'acquisition d'une œuvre artistique ou littéraire, elle constitue un contrat à titre onéreux, assujetti au droit de 2 p. 0/0 comme un marché de fournitures si l'acte est revêtu de la signature des deux parties. Si le souscripteur seul a signé, l'acte ne constitue qu'une demande d'acquisition passible du droit fixe.

85. — Dans les deux hypothèses l'acte est soumis au timbre de dimension. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Souscription*, n. 5.

86. — Si la souscription consiste en un engagement de verser une certaine somme en vue d'un but déterminé : fondation pieuse, érection d'un monument, œuvre d'utilité publique, etc., ce contrat présente le plus souvent le caractère commutatif. Il donne alors ouverture soit au droit d'obligation, soit au droit de quittance, suivant que le montant de la souscription est payable à terme, ou immédiatement versé. Si la convention était constatée par acte administratif, elle serait exempte d'enregistrement (L. 15 mai 1818, art. 78 et 80).

87. — Toutefois la souscription peut former le prix d'un marché, lorsque le souscripteur s'engage à exécuter lui-même les travaux qui font l'objet de la convention. Le droit exigible est alors celui de 1 p. 0/0 pour marché de travaux ou de 2 p. 0/0 pour marché de fournitures, suivant les distinctions exposées *suprà*, v^is *Marché administratif*, *Marché de fournitures*.

88. — La souscription peut, exceptionnellement, présenter le caractère de libéralité : elle donne ouverture en ce cas au droit de donation, à condition qu'il ne s'agisse pas d'*aumônes faites à des établissements publics :* ces libéralités, dispensées de l'approbation de l'autorité supérieure, ne sont pas assimilées à des donations et échappent au droit de mutation entre-vifs.

89. — Le don manuel dont la reconnaissance, dans un acte soumis à l'enregistrement, donne ouverture au droit de donation se distingue de l'aumône, exempte de ce droit, moins par l'importance de la somme donnée que par le caractère que les corps administratifs eux-mêmes ont attribué à la libéralité. Celle-ci a notamment le caractère de don manuel si l'autorisation de l'autorité supérieure est sollicitée préalablement à son autorisation et si elle est classée, non dans les recettes ordinaires à distribuer (comme le produit des quêtes pour les bureaux de bienfaisance), mais parmi les recettes extraordinaires; tel est le cas où la somme donnée serait placée en rentes sur l'Etat. — Sol. rég., 2 déc. 1896, [*Rev. Enreg.*, n. 1345]

90. — Ajoutons d'ailleurs que le droit de donation n'est dû que si l'*animus donandi* apparaît nettement. Ainsi il a été décidé que la délibération prise par la commission administrative d'un hospice en vue de l'érection d'une chapelle ne donnait pas ouverture au droit de donation alors qu'il était spécifié que la construction était entreprise pour donner satisfaction aux vœux de la population de la commune dont les habitants avaient versé à cet effet à la commission le produit de fêtes de charité, de quêtes, d'offrandes en nature. Il importe peu que ce versement ait été qualifié de don si en fait les souscripteurs avaient eu pour but non pas de faire une libéralité à l'hospice, mais plutôt de pourvoir aux besoins du culte dans un quartier éloigné de tout édifice paroissial. — Sol. rég., 14 avr. 1899, [*J. Enreg.*, n. 25821; *Rép. pér.*, n. 9617]

SOUSTRACTION DE PIÈCES. — V. Dépositaire public. — Destruction de titres et actes. — Extorsion de titres et signature. — Vol.

SOUSTRACTION FRAUDULEUSE. — V. Vol.

SOUVERAIN PONTIFE. — V. Dons et legs aux établissements publics. — Italie. — Saint-Siège.

SOUVERAINETÉ. — V. Agent diplomatique et consulaire. — Annexion et démembrement de territoires. — Étranger. — Extradition. — Mer territoriale. — Traité international.

SPAHIS.

LÉGISLATION.

Ord. 21 juill. 1845 (*sur la constitution des régiments de spahis*); — Arr. min., 12 mai 1862 (*sur l'organisation des smalas*); — Décr. 21 août 1866 (*sur le recrutement des spahis*); — Décr. 6 janv. 1874 (*sur la réorganisation des régiments de spahis*); — L. 29 juill. 1886 (*portant création d'un quatrième régiment de spahis*); — Décr. 24 oct. 1889 (*portant organisation du corps des cipahis de l'Inde*); — L. 25 juill. 1893 (*sur la constitution des cadres et effectifs de l'armée*); — Décr. 26 déc. 1894 (*portant création d'un escadron de spahis soudanais*); — Décr. 29 août 1895 (*portant création d'un deuxième escadron et modifiant les effectifs de ces escadrons*); — Décr. 23 févr. 1897 (*portant suppression d'un escadron de spahis soudanais*); — Décr. 2 mai 1897 (*sur l'organisation des régiments de spahis algériens*); — Décr. 13 nov. 1899 (*sur l'organisation des régiments de spahis algériens*); — Instr. 23 nov. 1899 (*sur le fonctionnement des fonds d'exploitation des escadrons sédentaires des régiments de spahis algériens*); — Décis. présid., 22 mai 1900 (*étendant aux spahis tunisiens les règles d'organisation des spahis algériens*); — Décr. 28 mai 1900 (*modifiant les tarifs de solde par suite de la réorganisation des régiments de spahis algériens*); — Décr. 28 déc. 1900 (*portant organisation de l'infanterie coloniale*); — Décr. 11 mars 1901 (*relatif à la compagnie des cipahis de l'Inde*); — Décr. 7 sept. 1901 (*relatif à la constitution des cadres des spahis soudanais*); — Décr. 15 août 1902 (*relatif à l'organisation des escadrons de spahis sénégalais*); — Décr. 4 févr. 1904 (*portant nouvelle fixation des premières mises de la masse individuelle dans les troupes sénégalaises et malgaches de l'Afrique occidentale française, du Congo et de Madagascar*).

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

SECTION I.

Spahis algériens.

§ 1. *Historique.*

1. — L'expression *spahi* vient du mot persan *cipahi*, qui veut dire cavalier. Lors de la conquête de l'Algérie, la France trouva dans les rangs des Arabes des troupes irrégulières qui portaient ce nom. On en fit des groupements de cavalerie africaine, dont les membres, recrutés parmi les indigènes, servaient dans nos rangs, moitié comme éclaireurs ou même espions, moitié comme auxiliaires négociateurs.

2. — Le recrutement, d'abord irrégulier et non visé dans un texte spécial, fut réglementairement consacré par l'ordonnance du 10 déc. 1834, qui créa quatre escadrons de spahis à Alger, en les plaçant sous les ordres d'un lieutenant-colonel. Cette création était faite par application de l'art. 2, L. 9 mars 1831, en vertu duquel les généraux en chef, commandant les pays occupés par les armées françaises hors du territoire continental, pourraient être autorisés à former des corps militaires composés d'indigènes et d'étrangers.

3. — Le nombre des escadrons de spahis fut successivement augmenté : en 1835, on établit un escadron à Bône; en 1836, l'ordonnance du 12 août disposa qu'il y aura six escadrons à Alger, quatre à Bône, quatre à Oran, que l'ordonnance du 31 août 1839 incorpora dans les chasseurs d'Afrique. Enfin, c'est en 1845, par l'ordonnance du 21 juillet, que les spahis, désormais classés dans l'armée française, reçurent une organisation d'un caractère plus définitif par l'institution de trois régiments à six escadrons.

4. — La même ordonnance de 1845 trace les règles spéciales d'engagement des indigènes. Cet engagement est extensif au point de vue de l'âge; il comporte un apport, celui du cheval. On peut engager les indigènes de dix-huit à quarante ans, s'ils sont reconnus pouvoir faire un bon service, et s'ils sont convenablement montés. L'engagement a lieu sur la proposition du chef de corps, et approbation de l'autorité militaire supérieure; il est reçu par le sous-intendant militaire en présence d'un interprète et de deux témoins, au moins sous-officiers. Il est accompagné, et c'est là un trait particulier, d'un serment de fidélité sur le Coran.

5. — Enfin, d'après l'ordonnance précitée, les spahis indigènes engagés ne sont que des commissionnés, sans garanties pour le licenciement. La durée du service est, pour eux, de trois ans, avec rengagements possibles de deux années; mais l'autorité militaire conserve le droit de les renvoyer pour inaptitude ou mauvaise conduite. Le chef de corps propose le renvoi, le général de division le sanctionne.

6. — C'est dans l'ordonnance précitée de 1845 que se rencontrent les principaux traits distinctifs d'organisation et de recrutement dont la plupart n'ont subi, encore à l'heure actuelle, que des modifications de forme. Nous signalerons : 1° le caractère mixte des cadres inférieurs, une moitié des emplois de maréchal des logis et de brigadier, d'une part, des emplois de lieutenant et de sous-lieutenant, d'autre part, étant réservés aux indigènes; 2° l'inaptitude des sous-officiers indigènes aux grades supérieurs, celui de capitaine même ne pouvant leur être octroyé que pour services exceptionnels; 3° la prééminence du cadre français, le commandement appartenant à l'officier français à grade égal, et, au cas où la supériorité de grade donne le commandement à un officier indigène, l'abandon forcé des détails

de l'administration au Français le plus ancien dans le grade immédiatement inférieur; 4° l'absence d'état pour les officiers indigènes, et l'inexistence du tour d'ancienneté pour l'avancement.

7. — L'ordonnance de 1845 avait réglé le recrutement; sous le second Empire, on se préoccupa de l'organisation des unités et détachements. Une décision du gouverneur général de l'Algérie de juin 1852 avait, en constituant des smalas de spahis, eu pour but de former avec ces troupes indigènes, devenues en quelque sorte des réunions de soldats-laboureurs, des établissements servant de centres de police locale et d'influence française. La décision avait été approuvée par le ministre de la Guerre; elle fut consacrée par l'arrêté du 1er mai 1862.

8. — Aux termes de cet arrêté, tous les escadrons de spahis sont formés en smalas, la smala étant la réunion, sur un territoire déterminé et appartenant à l'Etat, des familles des cavaliers indigènes d'un escadron, avec leurs tentes, leurs serviteurs, leurs chevaux et leurs bestiaux. Le territoire affecté à la smala est déterminé par le gouverneur général, sur la proposition du général de division. Chaque cavalier a de quinze à dix-huit hectares; les officiers indigènes peuvent recevoir deux lots. Les lots sont égaux en valeur; on les délimite sur le terrain. Le territoire demeure la propriété de l'Etat, les spahis n'ayant qu'un droit d'usufruit qui, suivant les principes généraux du droit français, ne leur procure aucune indemnité à raison des améliorations apportées à la terre. L'allotissement est réservé aux cadres et aux hommes de troupe indigènes, et le cadre français n'a droit qu'à un jardin ou à une prairie pour faire paître les chevaux d'officier. Toutefois, si les officiers du cadre français ne deviennent pas eux-mêmes agriculteurs, ils doivent, évidemment dans le but de retenir sur les terres alloties les familles indigènes, donner, aux termes mêmes du décret, une impulsion salutaire à l'agriculture et à l'amélioration des animaux.

9. — La smala a la personnalité civile; elle a un conseil d'administration qui comprend le capitaine commandant, un lieutenant français et un officier indigène; elle a une école, un registre de l'état civil et un budget. La masse de smala pourvoit aux dépenses communes : travaux sanitaires, achats de reproducteurs, primes d'encouragements pour la culture. La masse de fourrages pourvoit à la nourriture des chevaux, la masse de construction des bordjs, à l'entretien des immeubles d'utilité collective. Les revenus du budget, outre les revenus des locations d'immeubles, les amendes infligées pour non-déclaration à l'état civil, les prêts de la colonie, les dons et legs, sont une retenue sur la solde journalière de 0 fr. 10 pour la masse de smala, de 0 fr. 15 pour la masse de construction des bordjs.

10. — La constitution des smalas a amené une modification dans les conditions du recrutement. On n'engage que des indigènes appartenant à la tribu arabe, ou à la contrée dans laquelle se trouve le territoire d'une smala, chefs ou fils de chefs de tente, pouvant s'installer immédiatement sur le lot assigné; on admet de préférence les hommes mariés, n'ayant pas quarante ans, possédant des bestiaux; en fait, on tâche de faire entrer dans les escadrons des fils de chefs arabes.

11. — C'était un essai de milice locale; l'essai réussit mal; et si le décret du 21 avr. 1866 ne fit que préciser les conditions d'engagement, et indiquer que les lois sur les pensions militaires s'appliqueraient aux spahis (sous la condition, en ce qui concerne les pensions des veuves, que le mariage ait eu lieu sous le régime de la loi française), celui du 6 janv. 1874 eut pour but précis de supprimer l'organisation des spahis en smalas, qui n'avait, ni au point de vue agricole, ni au point de vue militaire, donné de bons résultats.

12. — Le décret du 6 janv. 1874 cherchait à rapprocher, autant que possible, la constitution des escadrons de spahis de l'organisation des régiments français. La personnalité de la smala, d'une part, disparaît; les bordjs et annexes existant sont classés comme établissements militaires, et entretenus par le département de la Guerre. Les terrains sont affectés à ce département. D'autre part, les spahis ne sont plus des agriculteurs armés, mais des militaires, pouvant toutefois être employés pour les affaires indigènes et la surveillance des tribus. En outre, ils sont aptes à être appelés à tout emploi dans l'administration civile de l'Algérie; mais, dans ce cas, ils ne perçoivent plus de solde. Ce qui subsiste de l'ancienne organisation, c'est la constitution d'un certain nombre d'escadrons qui sont établis en territoire militaire sur des allotissements partagés que chaque spahis cultive à son gré, dont le produit lui appartient exclusivement, et pour lesquels il n'a pas à payer d'impôt, non plus que sur ses troupeaux. C'est le ministre qui désigne les escadrons à établir, et l'étendue du territoire à leur donner. C'est une organisation exceptionnelle et réduite qui succède à une organisation d'ensemble, et dont les principes étaient maintenus jusqu'à l'extrême limite de leurs conséquences.

13. — Au point de vue du personnel et du recrutement, il faut signaler certaines réformes du décret du 6 janv. 1874. Les conditions d'engagement sont précisées; au bout de quatre ans de service primitif, il y a des rengagements moins brefs qu'auparavant: la limite maxima des rengagements est portée à quatre ans. Une des caractéristiques du décret dont il s'agit, c'est l'amélioration de la situation des officiers indigènes. Ceux-ci obtiennent l'état et la propriété du grade : ils obtiennent, en outre, la faculté d'occuper dans leur régiment l'emploi de capitaine-commandant, de trésorier et d'officier d'habillement, mais seulement à la condition qu'ils aient suivi avec succès les cours de l'école spéciale militaire, ou qu'ils aient été pendant un an maréchaux des logis chefs ou maréchaux des logis fourriers dans un escadron. L'officier qui ne remplit pas ces conditions ne peut pas être chargé de l'administration si, par suite de l'absence de l'officier français, il est appelé au commandement.

14. — Enfin l'administration des escadrons de spahis est analogue à celle des régiments français, sauf en ce qui concerne l'existence d'une masse individuelle, pour la fourniture et l'entretien de tous effets d'habillement, d'équipement, de harnachement, d'une masse de remonte, et enfin d'une masse de secours aux sous-officiers, brigadiers et spahis nécessiteux, cette masse se formant d'une première mise sur l'avoir de la masse ancienne de smala et d'une retenue sur la prime journalière d'entretien de la masse individuelle.

15. — Aux termes de l'art. 4, L. 13 mars 1875, la cavalerie comprend : trois régiments de spahis; les régiments de spahis sont à six escadrons; ils sont spécialement affectés au dix-neuvième corps d'armée.

16. — Le décret du 6 janv. 1874 resta en vigueur jusqu'en 1897. Un nouveau décret du 1er mai de ladite année codifia à nouveau les dispositions relatives au recrutement des spahis, à leur avancement, à l'administration des escadrons mobiles et des escadrons sédentaires. Un dernier décret du 13 nov. 1899 s'est borné à reprendre les dispositions antérieures, en les précisant sur certains points, et en les modifiant légèrement, en ce qui concerne, ainsi que nous le verrons plus loin, les conditions de rengagement, par la création de la commission.

§ 2. *Organisation et recrutement.*

17. — Il y a actuellement quatre régiments de spahis : le 4e est stationné en Tunisie (V. *infrà*, n. 55 et 56). Chacun de ces régiments comprend cinq escadrons. Jusqu'au décret du 15 avr. 1902, par exception, le 1er régiment comptait six escadrons, le 6e étant détaché au Sénégal et se trouvant à la disposition du ministre de la Marine. En conséquence de la création de l'armée coloniale, le 6e escadron du 1er spahis a cessé de compter à ce régiment. Il constitue actuellement, sous le nom de premier escadron des spahis de l'Afrique occidentale (V. *infrà*, n. 57 et s.), une unité spéciale formant corps.

18. — Dans chaque escadron, la moitié des emplois de sous-lieutenant et lieutenant, de maréchal des logis et de brigadier est encore réservée aux indigènes. Mais le décret du 13 nov. 1899 dispose que cette proportion ne devra pas être augmentée.

19. — Suivant les besoins de l'occupation et de la défense du pays, les régiments de spahis peuvent avoir des escadrons fixes et des escadrons mobiles. Les escadrons mobiles sont logés dans les bâtiments de l'Etat (Décr. 13 nov. 1899, art. 6). Nous verrons plus loin les règles spéciales aux escadrons fixes ou sédentaires.

20. — Aux termes de l'art. 4, L. 28 juill. 1893, la composition des cadres des régiments d'Afrique (chasseurs et spahis) est la même que celle des régiments français. Toutefois, ces cadres ne comportent qu'un colonel ou lieutenant-colonel; dans les régiments de spahis, il n'existe ni capitaine instructeur, ni porte-étendard.

21. — Le cadre d'un régiment de spahis à *cinq* escadrons est

donc ainsi constitué : Officiers, état major : 1 colonel ou lieutenant-colonel, commandant le régiment (3 chevaux), 2 chefs d'escadrons (4 chevaux), 1 major (2 chevaux), 3 capitaines adjudants-majors (ces emplois sont, en temps de paix, remplis par des capitaines en second d'escadron), 1 capitaine trésorier (1 cheval), 1 officier d'habillement (1 cheval), 1 lieutenant ou sous-lieutenant adjoint au trésorier (1 cheval). *Médecins.* 1 major de 2e classe (1 cheval), 2 aides-majors (2 chevaux). *Vétérinaires.* 1 en premier, 1 en second, 1 aide (3 chevaux). Troupe, petit état-major. 1 adjudant-vaguemestre (1 cheval), 1 brigadier-trompette (1 cheval), 2 trompettes (2 chevaux), 3 maréchaux ferrants, 1 chef armurier. *Maréchaux des logis.* 1 premier secrétaire du trésorier, 1 garde-magasin d'habillement, 1 brigadier-fourrier, 1 brigadier deuxième secrétaire du trésorier. *Cavaliers.* 1 secrétaire du colonel, 1 du major, 1 du trésorier, 1 de l'officier d'habillement, 1 attaché à l'infirmerie des chevaux, 4 ouvriers armuriers, 15 ordonnances des officiers français (15 chevaux). La composition par escadron est ainsi fixée : 1 capitaine-commandant, 1 capitaine en second, 1 lieutenant en premier (2 chevaux chacun), 3 sous-lieutenants (1 cheval chacun), 1 maréchal des logis chef, 8 maréchaux des logis, 3 maréchaux des logis-fourriers, 1 brigadier-fourrier, 16 brigadiers, 10 élèves-brigadiers, 5 ordonnances des officiers français, 4 trompettes, 1 brigadier maître maréchal-ferrant, 3 aides maréchaux-ferrants (ayant chacun 1 cheval). *Ouvriers.* 2 tailleurs (5 chevaux), 10 bottiers (*idem*), 10 selliers (*idem*); 130 spahis, hommes (130 chevaux), 2 enfants de troupe.

22. — Les spahis algériens se recrutent par voie d'engagements, de rengagements et de mutation de militaires d'autres corps (Même décret, art. 7).

23. — Sur ces conditions et les formes de l'engagement des indigènes dans les spahis, V. *suprà*, vº *Engagement volontaire*, n. 80 et s. Nous nous bornerons à insister sur le point suivant : par extension de la législation relative aux tirailleurs algériens (Décr. 22 sept. 1898, art. 2), tout indigène qui, invité à faire la déclaration prescrite, relative aux services antérieurs dans l'armée, a fait une réponse mensongère, est puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende qui ne peut être inférieure à la prime d'engagement, ni supérieure à 3,000 fr. C'est là une innovation du décret du 13 nov. 1899. Il en est de même si l'indigène dissimule son véritable nom ou son état civil. Les dispositions de l'art. 463, C. pén., sur les circonstances atténuantes ne sont pas applicables à de tels délits.

24. — Les dispositions sur les rengagements sont les suivantes : aux termes du décret de 1899, modifiant en cela les règles antérieures, les spahis indigènes peuvent contracter deux premiers rengagements d'une durée fixe de quatre années, puis un troisième rengagement de trois années. Après l'engagement primitif, ces trois rengagements forment un total de quinze années de services. Ces quinze années sont le terme légal des rengagements. Ensuite, les spahis peuvent être réadmis, mais seulement comme commissionnés; ce sont là des principes analogues à ceux qui régissent l'armée métropolitaine.

25. — Il en est résulté une conséquence nouvelle au point de la faculté de rengagement. D'après le décret du 1er mai 1897, les militaires indigènes pouvaient se rengager au delà de trente ans s'ils avaient des services antérieurs leur donnant éventuellement droit à la retraite à cinquante-cinq ans au plus. Actuellement, ils ne sont aptes à se rengager qu'au cas où leurs services antérieurs leur permettraient de parfaire quinze ans de présence sous les drapeaux, avant d'avoir atteint l'âge de quarante-cinq ans.

26. — Les rengagements sont reçus devant le sous-intendant militaire ou son suppléant légal.

27. — Une autre innovation du décret du 13 nov. 1899 consiste dans l'attribution d'avantages *pécuniaires* aux indigènes contractant des engagements ou rengagements dans les spahis. *a*) L'engagement donne droit à une prime de 400 fr. (250 fr. sont versés le jour de l'engagement, 150 fr. deux ans après), le premier rengagement à 350 fr., divisés en deux versements de 250 et 100 fr., dans les mêmes conditions; le deuxième à une prime de 250 fr., versée en entier le jour de la signature du rengagement. Le troisième rengagement n'emporte le droit à aucune prime. *b*) Après quatre ans, la haute-paie se combine avec la prime; elle est journellement de 0 fr. 10 tout d'abord, de 0 fr. 15 après huit ans, de 0 fr. 20 après quinze ans.

28. — Le décret du 1er mai 1897 stipulait le renvoi possible de tout cavalier indigène pour inaptitude, mauvaise conduite ou indignité, ce renvoi étant prononcé par le général commandant la cavalerie d'Algérie, sur la proposition du chef de corps. En 1899, on a ajouté qu'en cas de mauvaise conduite, il pouvait y avoir envoi dans la section de discipline des tirailleurs algériens. Ces règles ne concernent que les cavaliers; les sous-officiers et brigadiers indigènes sont soumis aux mêmes règles que les sous-officiers et brigadiers français pour la rétrogradation et la cassation. — V. *suprà*, vº *Etat des officiers et Sous-officiers*.

29. — L'engagement et le rengagement des militaires français dans les spahis a lieu suivant les formes ordinaires. — V. *suprà*, vº *Engagement volontaire, Rengagement militaire*.

30. — Une question plus délicate est celle de savoir si les militaires français peuvent être incorporés aux spahis *par voie d'appel*. Si l'on prend les art. 16 et 17, Décr. 13 nov. 1899, on doit adopter, en vertu de ces textes, une solution affirmative sur cette question. En effet, l'art. 16, d'une part, dispose que les élèves-brigadiers, les ouvriers selliers, les ouvriers tailleurs, bottiers, les aides maréchaux-ferrants, les ordonnances et les trompettes peuvent se recruter exceptionnellement, et en cas d'insuffisance d'engagés ou de volontaires, au moyen des hommes des contingents annuels. D'autre part, l'art. 18 prévoit explicitement que les militaires d'autres corps peuvent être versés, par voie de mutation d'*office*, ou par suite de convenances personnelles, dans les spahis, mais à la condition qu'ils aient encore deux ans de services à accomplir. Il semble que, dès lors, soit dans la section hors rang, soit dans le reste des escadrons, il peut y avoir des hommes autres que des incorporés de bonne volonté, avec cette seule différence que la section hors rang se recruterait même à l'aide de dispensés, et le reste des escadrons seulement à l'aide d'hommes provenant du recrutement, et appelés pour trois ans, dont la mutation aurait lieu durant la première année de service ou à la fin de cette même année.

31. — Une objection paraît s'imposer cependant, au premier abord. Comment se fait-il que, la loi du 30 juill. 1893 ayant eu pour but d'empêcher dorénavant l'incorporation non volontaire des hommes du recrutement dans les contingents servant aux colonies, un texte réglementaire postérieur, tel que le décret du 13 nov. 1899, ait maintenu la faculté, pour le Gouvernement, d'envoyer aux spahis, dans une troupe mixte dont une grande partie est composée d'indigènes, des hommes des contingents français, n'y entrant pas comme engagés, rengagés ou permutants volontaires? Avant la loi du 7 juill. 1900 sur l'armée coloniale, la réponse paraissait facile. Les spahis algériens n'étaient pas visés dans la loi de 1893 puisqu'ils dépendaient du département de la Guerre, et, dès lors, les textes spéciaux les réglementant pouvaient contenir des dispositions contraires à celles de ladite loi : mais le même raisonnement peut-il se faire depuis la promulgation de la loi nouvelle, et la possibilité *en droit* d'incorporation d'appelés aux spahis subsiste-t-elle à l'heure actuelle? Nous le croyons, car cette loi, après avoir établi les règles de recrutement de l'armée coloniale, règles identiques à celles posées en 1893, fait une exception en ce qui touche les troupes indigènes, qui demeurent régies par des règles spéciales résultant des décrets. De plus, l'art. 14 de ladite loi dispose que la nouvelle armée coloniale se compose de régiments d'infanterie et d'artillerie, de compagnies d'artificiers et du génie; nulle part, elle ne parle de cavalerie; c'est donc qu'elle laisse les escadrons de spahis en dehors de son application.

§ 3. *Etat et avancement.*

32. — Pour l'état et l'avancement des officiers et autres militaires français incorporés dans les spahis, on applique les règles générales. — V. *suprà*, vº *Avancement dans l'armée, Etat des officiers et des sous-officiers*.

33. — Toutefois, il y a lieu de signaler que le décret du 25 nov. 1899, modifiant l'art. 23, Décr. 9 déc. 1894, sur l'organisation des troupes sahariennes, porte que les sous-officiers français des escadrons de spahis sahariens après six ans de séjour à ce corps, et deux ans d'inscription au tableau d'avancement, peuvent, sur leur demande, passer avec le grade d'adjudant dans un régiment de cavalerie.

34. — Nous avons vu qu'une moitié des places de lieutenant et de sous-lieutenant étaient réservées aux indigènes. Qu'appelle-t-on officiers indigènes? Ce sont, d'après le décret du 13 nov. 1899, art. 19, les officiers d'origine arabe, qui servent au titre indigène. Alors même qu'ils sont naturalisés français, ils continuent à servir à ce titre jusqu'à un décret d'admission dans les cadres français, décret fixant leur nouveau rang d'ancienneté.

35. — Bien que les dispositions les plus récentes aient tendu à l'assimilation des officiers indigènes aux officiers français, cette *assimilation* n'est cependant pas encore, à l'heure actuelle, absolument complète. A grade égal, la suprématie reste à l'officier français; d'autre part, jamais un indigène n'est chargé de l'administration d'un escadron, et n'occupe l'emploi de lieutenant en premier.

36. — Les officiers indigènes sont nommés par décret, comme les officiers français, et, ainsi que nous l'avons vu plus haut, possèdent l'état et la propriété de leur grade conformément à la loi du 19 mai 1834. Il n'y a donc plus, en ce qui concerne l'état, de différence entre eux et les officiers français. Mais il n'en est pas de même au point de vue de l'avancement.

37. — Il a été dit plus haut que les officiers servant au titre indigène conservaient cette situation jusqu'au décret fixant, avec leur admission dans les cadres français, leur rang d'ancienneté. Cette fixation est nécessaire; car les officiers servant au titre indigène avancent exclusivement au choix et dans leur régiment.

38. — Pour être nommé sous-lieutenant au titre indigène, il faut subir un examen devant une commission régionale, composée du chef de corps, d'un chef d'escadron, d'un capitaine français, d'un lieutenant français. Cette commission fait des propositions; l'inspecteur général les examine, et voit s'il doit maintenir la proposition. Cette proposition a pour effet de faire inscrire le sous-officier indigène au tableau d'avancement pour le grade de sous-lieutenant; devenu ainsi élève-officier, il jouit des prérogatives de l'adjudant.

39. — A titre exceptionnel, certains sous-officiers des escadrons de spahis peuvent être envoyés à l'école de Saumur (V. *suprà*, v° *Ecoles militaires*). Et ceux qui ont suivi avec succès les cours de cette école sont pourvus des premiers emplois de sous-lieutenants.

40. — Quant au grade de lieutenant, il est lui-même donné aux officiers indigènes à la suite d'un examen. Enfin, en règle générale, l'officier indigène termine sa carrière comme lieutenant. Exceptionnellement et pour services distingués, il peut être nommé capitaine.

41. — Quant aux sous-officiers et brigadiers indigènes, ils sont soumis aux mêmes règles de nomination et d'avancement que les sous-officiers et brigadiers français.

§ 4. *Règles spéciales aux escadrons sédentaires.*

42. — Une première règle concerne le personnel. L'engagé dans les escadrons mobiles doit être célibataire; un spahi ne peut se marier que s'il est versé dans les escadrons sédentaires. Une seconde, le recrutement; ce recrutement se fait de préférence au moyen de spahis ayant deux ans de services dans les escadrons mobiles. Enfin les commandements des escadrons sédentaires sont attribués aux commandants, non par ancienneté, mais d'après le choix du ministre et aux candidats qu'il juge avoir des aptitudes spéciales.

43. — L'organisation des escadrons sédentaires est un vestige de l'ancienne constitution des smalas. Les spahis des escadrons sédentaires sont établis sur les terrains militaires avec leur famille et leurs serviteurs. Ils ont un lot de terrains tiré au sort. Tous les produits leur appartiennent; ils sont exempts de l'impôt sur les terres, sur les récoltes, et sur les troupeaux, à la condition que ces troupeaux leur appartiennent.

44. — Ils peuvent se faire aider, dans leur exploitation, par des serviteurs, des hommes non militaires. Mais ces associés de culture doivent être surveillés. Aussi sont-ils placés sous le contrôle du commandant de l'escadron ou du détachement.

45. — Aux termes de l'art. 30, Décr. 13 nov. 1889, les escadrons sédentaires constituent des établissements militaires et, à ce titre, relèvent du commandement du territoire. Ils n'en sont pas moins soumis à toutes les règles d'administration des corps de troupes et aux prescriptions du décret du 4 oct. 1891 sur le service des places.

46. — Il a été créé, par le décret du 17 nov. 1893, un fonds d'exploitation, dans les régiments de spahis algériens comprenant des escadrons sédentaires, pour pourvoir aux dépenses communes de chaque établissement. Déjà, du reste, le décret du 1er mai 1897 avait parlé d'un fonds commun; le texte postérieur n'a fait que développer le principe.

47. — Une instruction du 13 nov. 1899 a déterminé les règles d'administration de ce fonds commun. Il comprend, en *recettes :* comme première mise, le reliquat du fonds commun prévu par l'art. 29, Décr. 1er mai 1897; le produit des locations des magasins, cafés et cantines appartenant à l'établissement; le produit des arbres et celui des récoltes non alloties; les amendes pour contraventions à la police agricole et rurale commises dans le domaine de l'établissement; le versement des mensualités déterminées par le conseil d'administration pour l'entretien de la bibliothèque et du mobilier d'usage commun; les dons et legs; — en *dépenses :* les frais d'hospitalité aux militaires de tous grades et aux personnes que les circonstances obligent à héberger; les frais de bureau du maréchal des logis chef chargé de la comptabilité de l'établissement; une indemnité mensuelle de 5 fr. par jardinier et de 3 fr. par garçon de chambre; les dépenses de semences et de plantes pour le jardin, de meules de fourrages; l'éclairage des chambres des hôtes, l'entretien des sources, les dépenses de main-d'œuvre pour les terres non alloties, ainsi que le matériel d'exploitation pour ces terres, l'entretien du mobilier et le matériel du mess, l'entretien de l'école, les réparations aux locaux loués, les plantations d'arbres et de pépinières, les achats de grains pour semences en cas de mauvaises récoltes, les secours aux spahis nécessiteux, aux veuves et aux orphelins; les dépenses imprévues pour les besoins communs de l'escadron et l'exploitation du domaine.

48. — Les dépenses sont engagées : les moins importantes, par la commission de l'établissement, qui se compose du capitaine-commandant, et de tous les officiers présents, et dont le maréchal des logis chef est secrétaire; les autres, par le conseil d'administration.

49. — La surveillance de la comptabilité de ce fonds d'exploitation est exercée par les fonctionnaires de l'intendance militaire.

§ 5. *Administration. — Solde et masses.*

50. — Les règles d'administration des corps de troupe s'appliquent, en principe, aux escadrons de spahis algériens. Il existe cependant des principes spéciaux au point de vue de la solde et des masses.

51. — La solde est, pour les spahis algériens, payable tous les dix jours. De plus, ses tarifs sont particuliers.

52. — La solde des indigènes des trois premiers régiments de spahis a été ainsi fixée par le décret du 13 nov. 1899 : adjudants, 3 fr. 05 (solde de présence); 1 fr. 55 (solde d'absence); maréchal des logis chef, respectivement : 1 fr. 70, 0 fr. 85; maréchal des logis, maréchal des logis fourrier, 1 fr. 40, 0 fr. 70; brigadier fourrier et brigadier trompette, 1 fr. 10, 0 fr. 55 : brigadier 0 fr. 85, 0 fr. 45; trompette, 0 fr. 70, 0 fr. 35; spahis, 0 fr. 50, 0 fr. 25 : spahis envoyés à la section de discipline, 0 fr. 25.

53. — Les sous-officiers, brigadiers et spahis français et indigènes ont droit à une indemnité représentative de vivres fixée à 0 fr. 55 par jour dans toutes les positions où ils reçoivent la solde de présence. Cette indemnité cesse d'être allouée lorsque, suivant l'ordre du général commandant le dix-neuvième corps d'armée, la ration de vivres est distribuée en nature.

54. — Nous avons dit, plus haut, que l'administration des spahis, comportait, d'après les décrets antérieurs à celui du 13 nov. 1899, un certain nombre de masses : masse individuelle, masse d'entretien, de remonte et de secours. Le décret du 13 nov. 1899 les a supprimées et a créé une masse générale d'habillement et de harnachement.

Section II.

Spahis tunisiens

55. — La création des spahis tunisiens remonte à la loi du 29 juill. 1886. Cette loi formait en régiment, sous la dénomination de 4e spahis, les pelotons des compagnies mixtes (français et in-

digènes de Tunisie; compagnies fondées par la loi du 31 déc. 1882. Un décret du 17 août 1886, rendu sur la proposition du ministre de la Marine, édicta les règles d'organisation et de recrutement, d'ailleurs analogues à celles appliquées aux spahis algériens.

56. — Les décrets du 1er mai 1897 et du 13 nov. 1899 laissèrent, en dehors de leur application, le 4e spahis, qui resta soumis aux prescriptions du décret du 17 août 1886. Mais une décision présidentielle du 22 mai 1900, constatant qu'il était utile d'étendre aux spahis tunisiens les dispositions d'organisation applicables aux autres régiments de spahis, disposa que désormais les art. 13, 14, 15, 16, 17, chap. 1, et les art. 18, 20, 21, 22, 23, 24 et 25, chap. 2, seraient mis en vigueur pour le 4e régiment. C'est l'assimilation de tous les régiments au point de vue de l'organisation. Le recrutement des spahis de la Régence, comme celui des tirailleurs, est réglé par une loi beylicale du 12 janv. 1892, modifiée par les décrets des 4 sept. et 14 oct. 1894. — V. *infrà*, v° *Tirailleurs*.

Section III.

Spahis de l'Afrique occidentale.

57. — Un décret du 26 déc. 1891 disposait qu'un escadron de cavalerie indigène était créé au Soudan, pour concourir à sa défense et à sa sécurité. Il était rattaché, pour ordre, au 1er régiment de spahis. A l'exception des cavaliers élèves-brigadiers, tous Français, et des spahis, tous indigènes, les divers emplois des cadres étaient indifféremment donnés soit aux Français, soit aux indigènes. Toutefois, autant que possible, il devait y avoir six maréchaux des logis, et douze brigadiers français. Les règles d'administration de cet escadron *soudanais* étaient copiées sur celles de l'escadron *sénégalais*, qui trouvait son origine dans une disposition du décret du 6 janv. 1874, ainsi conçu : « Jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, le 6e escadron du 1er régiment de spahis reste en entier à la disposition du ministre de la Marine pour être employé au Sénégal ».

58. — Voici quelles étaient les principales règles applicables à l'escadron soudanais : il n'y avait pas d'officiers indigènes; les sous-officiers et brigadiers européens avaient toujours le commandement sur les sous-officiers et brigadiers indigènes. Ces indigènes se recrutaient par voie d'engagements volontaires et de rengagements d'hommes valides du Soudan et du Sénégal, et aussi par mutation de spahis sénégalais. Les actes d'engagement étaient reçus par le commissaire aux revues à Kayes, en présence d'un officier, d'un interprète et de deux militaires indigènes.

59. — Un décret du 29 août 1893 créa un deuxième escadron de spahis soudanais; il fut organisé sur les mêmes bases que le premier, mais le décret du 25 févr. 1897 le supprima.

60. — Par décret du 7 sept. 1901, le cadre des sous-officiers et brigadiers du seul escadron de spahis soudanais subsistant était composé ainsi qu'il suit : 1 maréchal des logis chef, français; 1 maréchal des logis fourrier, français; 1 maréchal des logis secrétaire du trésorier, français; 8 maréchaux des logis, français; 2 maréchaux des logis, indigènes; 10 brigadiers indigènes. Il restait établi que tous les officiers de cet escadron étaient français, que tous les spahis étaient indigènes.

61. — C'est, pour les spahis de l'Afrique occidentale, le décret du 15 août 1902, qui est maintenant en vigueur. Ce décret dispose, *d'une part*, que le 6e escadron du 1er régiment de spahis algériens, détaché au Sénégal, cesse de compter à ce régiment, et constitue, sous le nom de 1er escadron de spahis sénégalais, une unité formant corps; *d'autre part*, que le seul escadron subsistant de spahis soudanais s'appellera désormais 2e escadron sénégalais, et formera un corps autonome. Les deux escadrons sont stationnés en principe en Afrique occidentale, mais le Gouvernement conserve la faculté de les employer ailleurs, d'après les besoins.

62. — Le décret du 14 août 1902 a étendu aux deux escadrons de spahis de l'Afrique occidentale les principes du décret de 1901 pour les cadres inférieurs. *Tous* les emplois de brigadiers sont attribués aux indigènes; le nombre des maréchaux des logis français a été augmenté; tous les cavaliers sont indigènes, les emplois de troupes peuvent être occupés indifféremment par les indigènes ou par les Français, de préférence par les indigènes, quand le recrutement le permet. Enfin, aux termes du même décret, tous les officiers sont Français.

63. — La composition des deux escadrons est identiquement fixée pour le cadre d'officiers : on compte en chacun, 1 capitaine commandant; 1 capitaine en second; 4 lieutenants de peloton; 1 lieutenant trésorier; 1 vétérinaire en second ou un aide-vétérinaire.

64. — Pour la troupe, il n'en est pas de même dans les deux escadrons; d'où certaines différences dans la composition des cadres. Au 1er escadron, on compte 1 maréchal des logis chef, 1 maréchal des logis fourrier, 1 maréchal des logis secrétaire du trésorier (ces trois emplois étant réservés aux Français), 6 maréchaux des logis français, 2 indigènes, 1 brigadier maître-maréchal-ferrant français, 8 brigadiers indigènes, 4 trompettes, 2 cavaliers aides-maréchaux ferrants, 2 ouvriers tailleurs, 2 ouvriers bottiers, 2 ouvriers selliers, 98 spahis dont 50 de 1re classe. Au second, il y a 8 maréchaux des logis français et 2 indigènes, 10 brigadiers indigènes, 4 aides-maréchaux-ferrants, 4 tailleurs, 4 bottiers, 4 selliers, 125 spahis dont 50 de 1re classe.

65. — Un décret du 4 févr. 1904 fixe à 115 fr. la première mise de la masse individuelle des spahis sénégalais.

Section IV.

Cipahis de l'Inde.

66. — Bien que ces cipahis forment une unité d'infanterie, nous croyons devoir les citer ici, car l'expression cipaye ou cipahi vient, comme le mot spahi, de l'expression de langue persane cipahi. Sur l'origine et le recrutement de ces cipahis, V. *suprà*, v° *Marine de l'Etat*, n. 651. Il suffit de faire remarquer que cette troupe indigène, réorganisée par décret du 24 oct. 1889, fut supprimée par décret du 2 mai 1898, puis reconstituée à nouveau par décret du 25 mars 1899. Le décret du 28 déc. 1900, portant organisation de l'infanterie coloniale, ne prévoyait plus, dans les corps de troupe de cette armée stationnée aux colonies, la compagnie des cipahis de l'Inde. Après nouvel examen de la question par des départements de la Guerre et des Colonies, sur la demande instante des représentants de la colonie, la compagnie a été maintenue avec la composition suivante : 1 capitaine-commandant, 1 lieutenant comptable, 1 médecin aide-major, 1 lieutenant européen, 1 lieutenant et 1 sous-lieutenant indigènes, 1 sergent-major, 5 sergents, 1 sergent-fourrier, 12 caporaux, 2 tambours, 139 soldats dont 24 de 1re classe.

SPÉCIFICATION. — V. Accession.

SPECTACLES. — V. Enfant. — Théâtres et spectacles.

SPIRITUEUX. — V. Alcool. — Contributions indirectes. — Distillateurs-Distilleries. — Entrée. — Liquoristes. — Marchands en gros, etc.

1. — Le mot *spiritueux* comprend tout liquide renfermant une notable proportion d'esprit de vin ou d'alcool.

2. — Dans le langage usuel, il sert de préférence à désigner les composés alcooliques autres que les liqueurs, toujours additionnées de sucre, et les préparations pharmaceutiques.

3. — Ainsi parmi les spiritueux proprement dits, nous pouvons citer le genièvre sec, l'eau d'arquebuse, les élixirs de commerce, l'alcool de menthe, l'eau-de-vie anisée, l'eau-de-vie de gentiane, les eaux dentifrices, les eaux de Cologne et de Portugal, enfin l'absinthe et toute la série des amers et des bitters.

4. — Mais on dit aussi parfois « les *spiritueux* » pour parler de tous les alcools en général, tant au point de vue de la physiologie et de l'hygiène qu'au point de vue fiscal. Il s'agit alors aussi bien des esprits ou 3/6 titrant 80 degrés d'alcool et davantage, des eaux-de-vie naturelles (cognac, kirsch, rhum) contenant des proportions égales d'eau et d'alcool, que de tous leurs composés possibles.

5. — Le mot *spiritueux* n'est pas employé dans la législation fiscale antérieure à la République. Il fait sa première apparition dans l'intitulé de la loi du 28 févr. 1872, concernant la répression de la fraude sur les *spiritueux* et de celle du 26 mars

1872 concernant la fabrication des liqueurs et la perception du droit d'entrée sur les *spiritueux*.

6. — C'est dans la seconde de ces lois seulement qu'il apparaît dans le texte (art. 5). « Le droit d'entrée par hectolitre d'alcool pur que contiennent ou représentent les *spiritueux quelconques* est fixé... ».

7. — On le trouve également dans les art. 7, L. 2 août 1872, et 6 et 12 de celle du 21 juin 1873 déterminant les pénalités applicables en matière de *spiritueux*.

8. — La loi du 10 déc. 1887 institue un prix pour la découverte d'un procédé pratique à l'effet de déterminer les impuretés dans les *spiritueux* du commerce et les boissons alcooliques.

9. — L'art. 10, L. 16 déc. 1897, autorise et le décret du 19 janv. 1900 réglemente l'admission temporaire dans Paris des alcools destinés à la fabrication des *spiritueux composés*, dont l'art. 1er du décret donne la nomenclature suivante : « absinthes, bitters et autres liqueurs, parfums ».

10. — La loi fiscale la plus récente, celle du 29 déc. 1900, sur la réforme de l'impôt des boissons, asseoit le droit de consommation sur « l'alcool pur contenu dans les eaux-de-vie, esprits, liqueurs, fruits à l'eau-de-vie, absinthes et autres liquides alcooliques non dénommés » (art. 1er). Elle regle ensuite (art. 3) les formalités à la circulation pour les *spiritueux*, c'est-à-dire pour tous les liquides visés par l'art. 1.

11. — Ainsi, sans avoir de sens légal défini, le mot *spiritueux* figure dans les textes avec son acception la plus générale, et les spiritueux ne sont pas taxés autrement que par les boissons qu'ils représentent.

STAGE. — V. Agent de change. — Avocat. — Avocat a la cour de cassation. — Avoué. — Commissaire-priseur. — Conseil d'État. — Fonctionnaire public. — Greffier. — Huissier. — Notaire. — Office ministériel. — Organisation judiciaire.

STARIE. — V. Affrétement.

STATIONNEMENT SUR LA VOIE PUBLIQUE. — V. Attroupements. — Halles, foires et marchés. — Paris (ville de). — Règlement de police ou municipal. — Roulage (police du). — Voirie. — Voitures publiques.

STATISTIQUE CIVILE ET CRIMINELLE.

Législation.

Arr. du Directoire exécutif, 27 brum. an VI (*qui ordonne l'impression et l'affiche d'un état sommaire des jugements rendus par les tribunaux criminels*); — Décr. 30 mars 1808 (*contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux*), art. 80 et 81.

Bibliographie.

Dutruc, *Mémorial du ministère public*, 1871, 2 vol. in-8°, v° *Comptes*; — *Résumé chronologique des circulaires, instructions et décisions du ministère de la Justice de 1859 à 1889*, 2 vol. in-8°, 1890-1896. — Faure, *Répertoire administratif des parquets*, 1844-1845, 3 vol. in-8°, t. 1, p. 106 et s., p. 116 et s. — Gillet et Demoly, *Analyse des circulaires, instructions et décisions émanées du ministère de la Justice* (12 janv. 1791-23 juill. 1875), 1876, 3e éd., 2 vol. in-8°. — Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des parquets*, 1900-1901, 3e édit., 3 vol. in-8°, v° *Statistique civile et criminelle*. — Massabiau, *Manuel du ministère public*, 1901-1904, 5e éd., 3 vol. in-8°, t. 3, n. 886 et s. — De Molènes, *Traité pratique des fonctions de procureur du Roi*, 1843, 2 vol. in-8°, t. 2, p. 156 et s. — Munsch, *Répertoire général des circulaires et instructions du ministère de la Justice* (1er oct. 1790-1er sept. 1890), 1900, 2 vol. in-8°. — Vallet et Montagnon, *Manuel des magistrats du parquet*, 2 vol. in-8°, 1890, t. 1, n. 60, 150 et s.

Augusto Bosco, *Législation et statistique comparée*, Rome, 1900, 1 vol. in-8°. — Paul d'Espey, *Table des concordances du compte criminel des parquets, ou clef de la statistique annuelle*, 1 vol. in-8°, 1901.

Statistique civile (publication annuelle du ministère de la Justice), 1 vol. in-4°. — *Statistique criminelle* (publication annuelle du ministère de la Justice), 1 vol. in-4°. — *Rapport sur un projet de mémoire sur l'organisation de la statistique des récidives* (G. von Mayr, Garçon et Otto Köbner) : Bull. de l'Union intern. de dr. pén., t. 5, p. 45. — *Rapport sur la méthode qu'il convient d'adopter pour la statistique des résultats obtenus dans les différents pays par le patronage des condamnés libérés et la protection de l'enfance* (Georges Batardy) : Bull. de l'Union intern. de dr. pén., t. 5, p. 59. — *L'Institut international de statistique* (Yvernès) : Bull. de l'Union intern. de dr. pén., t. 7, p. 60. — *Notes pratiques sur le compte rendu de la justice criminelle* (P. Reutenauer) : J. des Parq., 1901, 1re part., p. 22. — *La statistique et le droit international privé* (Ernest Dubois) : J. du dr. int. pr., 1877, p. 511. — *Administration de la justice criminelle en France*, 1875 (Eugène Crémieux) : Rev. pénit., 1877, p. 229; — 1876 : Rev. pénit., 1878, p. 883; — 1877 : Rev. pénit., 1879, p. 934; — 1878 : Rev. pénit., 1880, p. 892; — 1879 : Rev. pénit., 1881, p. 526; — 1880-1882 : Rev. pénit., 1884, p. 536; — 1883 : Rev. pénit., 1885, p. 604; — 1884 : Rev. pénit., 1886, p. 499; — 1881-1885 : Rev. pénit., 1887, p. 500; — 1887 : Rev. pénit., 1890, p. 328; — 1888 : Rev. pénit., 1891, p. 422; — 1889 : Rev. pénit., 1893, p. 944; — 1890 : Rev. pénit., 1893, p. 1075; — 1891 : Rev. pénit., 1894, p. 256; — 1892 : Rev. pénit., 1895, p. 860; — 1893 : Rev. pénit., 1896, p. 950; — 1894 : Rev. pénit., 1897, p. 556; — 1895 : Rev. pénit., 1897, p. 1358; — 1896 : Rev. pénit., 1899, p. 1279; — 1897 : Rev. pénit., 1900, p. 334; — 1898, Rev. pénit., 1901, p. 577; — 1899 : Rev. pénit., 1901, p. 1553; — *La criminalité juvénile en France et en Angleterre* (L. Bruyère) : Rev. pénit., 1897, p. 1307. — *La criminalité juvénile en Angleterre* (W. Tollack, L. Rivière) : Rev. pénit., 1898, p. 727. — *La criminalité juvénile en Angleterre* (Spearman, Brueyre et Peck) : Rev. pénit., 1898, p. 289. — *Mouvement de la criminalité en Angleterre* (Louis Corniquet) : Rev. pénit., 1900, p. 532. — *Criminalité en Belgique*, 1896-1897 (Yvernès) : Rev. pénit., 1900, p. 526. — 1898 (Yvernès) : Rev. pénit., 1901, p. 386; — 1899 (Yvernès) : Rev. pénit., 1902, p. 123. — *Justice criminelle en France de 1826 à 1880 et en Algérie de 1853 à 1880* : Rev. pénit., 1882, p. 789; 1883, p. 89, 195, 329, 419, 814, 968; — *Statistique criminelle de la France de 1881 à 1900* (L. Kahn) : Rev. pénit., 1902, p. 1148. — *Statistique criminelle d'Allemagne*, 1882-1886 : Rev. pénit., 1890, p. 243; — 1881-1887 : Rev. pénit., 1891, p. 63; — 1888-1892 : Rev. pénit., 1896, p. 142; — 1893 : Rev. pénit., 1895, p. 436; — 1894 : Rev. pénit., 1896, p. 145; — 1889-1892 (J.-A. Roux) : Rev. pénit., 1897, p. 1405; — 1897 (E. Gardeil) : Rev. pénit., 1899, p. 275; — *Statistique criminelle du Congo*, 1898-1899 (Guelton) : Rev. pénit., 1900, p. 1327; — *Statistique criminelle en Angleterre et dans le pays de Galles*, 1893 : Rev. pénit., 1896, p. 135; — 1896 (Goldschmidt) : Rev. pénit., 1898, p. 1134; — *Act on prisons* (Goldschmidt) : Rev. pénit., 1898, p. 1296; — 1898 (Yvernès) : Rev. pénit., 1901, p. 155; — *Statistique criminelle en Grèce* : Rev. pénit., 1889, p. 762; 1891, p. 1040; — *Criminalité féminine en Grèce* (E. Canellopoulos) : Rev. pénit., 1900, p. 843; — *Statistique criminelle en Hongrie* : Rev. pénit., 1895, p. 722; — (Eugène Crémieux) : Rev. pénit., 1897, p. 610; — *Le congrès de statistique de Buda-Pesth* (De Lannoy) : Rev. pénit., 1901, p. 1568. — *Statistique criminelle d'Italie* : Rev. pénit., 1891, p. 61; 1892, p. 1263; 1896, p. 808, 992, 1000; — *La criminalité en Italie en 1894* (Louis Bodio) : Rev. pénit., 1897, p. 89; — *en 1896* (Paoli) : Rev. pénit., 1899, p. 411, 1298; — *La statistique judiciaire pénale italienne*, 1898 (Yvernès) ; Rev. pénit., 1901, p. 1054. — *La commission de statistique judiciaire en Italie* (C. Devence) : Rev. pénit., 1901, p. 1055. — *Instruction et criminalité en Italie* (H. Prudhomme) : Rev. pénit., 1902, p. 282; — Rev. pénit., 1903, p. 375. — *Statistique criminelle de Norvège* (And. Fœrden) : Rev. pénit., 1897, p. 606; — (And. Fœrden) : Rev. pénit., 1899, p. 638. — *Statistique criminelle de Suède* (A. Fœrden) : Rev. pénit., 1898, p. 537; — 1898 (Yvernès) : Rev. pénit., 1900, p. 985; — 1899 (Yvernès) : Rev. pénit., 1901, p. 1378. — *Statistique criminelle de Wurtemberg* (Fr. Lévy) : Rev. pénit., 1898, p. 1306. — *La statistique et le droit international privé* (Dubois) : Rev. prat., t. 44, p. 163.

Index alphabétique.

Division.

CHAPITRE I.

STATISTIQUE CIVILE ET COMMERCIALE.

SECTION I.

Notions générales et historiques.

1. — Une circulaire du ministre de la Justice du 27 nov. 1791 (Gillet et Demoly, *Analyse des circulaires et instructions*, n. 13) prescrivait d'adresser, tous les trois mois, au ministre de la Justice un état des causes jugées dans cet intervalle par les tribunaux. Une circulaire du 1er frim. an IV (Gillet et Demoly, *op. cit.*, n. 105) a rappelé ces prescriptions et décidé que la confection des états pourrait être exigée des greffiers, sans que ceux-ci pussent réclamer aucune rétribution. Ces prescriptions sont demeurées en vigueur jusqu'au décret du 30 mars 1808.

2. — Aux termes des art. 80 et 81, Décr. 30 mars 1808, les chefs du parquet près les tribunaux de première instance étaient tenus d'envoyer au procureur général de leur ressort, en avril et septembre, deux états semestriels des travaux de leur tribunal, en matière civile et commerciale, contenant le nombre des affaires inscrites au rôle, des procès instruits sur rapport, des causes jugées ou à juger, avec l'énonciation de la cause du retard, le nombre des procédures d'ordre, le nombre des appels, et celui des jugements infirmés et confirmés.

3. — De nombreuses circulaires sont venues réglementer les détails relatifs à l'établissement de ces états. — Circ. min. Just., 3 juin 1809 (Gillet et Demoly, n. 661); 15 déc. 1811 (Gillet et Demoly, n. 768); 27 nov. 1815 (Gillet et Demoly, n. 1022); 27 avr. 1820 (Gillet et Demoly, n. 1409); 4 août 1820 (Gillet et Demoly, n. 1438); 16 juill. 1821 (Gillet et Demoly, n. 1526); 18 août 1821 (Gillet et Demoly, n. 1538); 29 juill. 1822 (Gillet et Demoly, n. 1631); 7 août 1833 (Gillet et Demoly, n. 1754); 4 mai 1824 (Gillet et Demoly, n. 1819); 3 août 1824 (Gillet et Demoly, n. 1837); 19 août 1828 (Gillet et Demoly, n. 2181); 10 janv. 1832 (Gillet et Demoly, n. 2400); 8 févr. 1834 (Gillet et Demoly, n. 2510); 16 janv. 1840 (Gillet et Demoly, n. 2773).

4. — Il était recommandé spécialement au procureur du roi (procureur de la République) de s'assurer de l'exactitude des comptes; quant au procureur général, il ne devait pas se borner à les transmettre; chaque envoi devait être accompagné d'un rapport confidentiel sur la situation de chaque tribunal. — Circ. min. Just., 27 avr. 1820 (Gillet et Demoly, n. 1409); 16 juill. 1821 (Gillet et Demoly, n. 1526).

5. — Ces états étaient transmis en avril et septembre de chaque année. — Circ. min. Just., 18 août 1821 (Gillet et Demoly, n. 1538); 29 juill. 1822 (Gillet et Demoly, n. 1631). Il ne pouvait être accordé de congés aux membres du parquet qu'après l'envoi du deuxième semestre, qui devait être fait au commencement de septembre. — Circ. min. Just., 7 août 1823 (Gillet et Demoly, n. 1754). — Une modification fut plus tard introduite par la circulaire du 8 févr. 1834 (Gillet et Demoly, n. 2510) : à partir de cette époque, l'année civile fut substituée à l'année judiciaire; le premier état comprenait les travaux judiciaires du 1er janvier au 30 juin, et le second, ceux du 1er juillet au 31 décembre.

6. — Par une circulaire du 29 juin 1840 (Gillet et Demoly, n. 2805), le garde des Sceaux a consulté les procureurs généraux sur le point de savoir s'il n'y aurait pas un avantage réel à substituer un compte annuel aux deux états semestriels. L'enquête ainsi faite donna des résultats favorables dans le sens de cette modification; aussi une circulaire du 19 oct. 1840 (Gillet et Demoly, n. 2826) décida que, désormais, il ne serait plus dressé qu'un état annuel pour les travaux des cours et des tribunaux, tant en matière civile qu'en matière commerciale. Il fut en même temps décidé que cet état parviendrait au ministère avant le 15 février.

7. — Il est transmis à cet effet tous les ans, au mois de janvier, par le ministère de la Justice des cadres imprimés. Ces cadres sont remplis par les greffiers sous la direction et la surveillance des présidents des tribunaux, et sous le contrôle du ministère public. — Circ. min. des 30 déc. 1840 et 15 déc. 1841 (Gillet et Demoly, n. 2831 et 2892).

8. — Depuis cette époque, ces prescriptions sont demeurées en vigueur, mais de nombreuses modifications de détail ont été apportées successivement au modèle des cadres servant à la rédaction des états et au mode d'exécution du travail. Voici l'énumération des circulaires du ministre de la Justice qui sont intervenues à cet égard : 31 déc. 1842 (Gillet et Demoly, n. 2949); 13 janv. 1844 (Gillet et Demoly, n. 3012); 13 déc. 1844 (n. 3070); 12 déc. 1845 (n. 3123); 10 déc. 1846 (n. 3184); 16 déc. 1847 (n. 3225); 10 janv. 1849 (n. 3313); 23 déc. 1849 (n. 3388); 18 déc. 1850 (n. 3459); 26 déc. 1851 (n. 3533); 8 déc. 1852 (n. 3603); 29 nov. 1853 (n. 3647); 4 déc. 1854 (n. 3710); 21 déc. 1855 (n. 3393); 12 déc. 1856 (n. 3854); 10 déc. 1857 (n. 3921); 10 déc. 1859 (n. 4032); 12 déc. 1860 (n. 4077); 1er déc. 1861 (n. 4115); 1er déc. 1862 (n. 4138); 3 déc. 1864 (n. 4194); 30 nov. 1865 (n. 4211); 24 nov. 1866 (n. 4225); 30 nov. 1867 (n. 4246); 8 déc. 1868 (n. 4266); 29 nov. 1869 (n. 4275); 9 févr. 1871 (n. 4308); 25 nov. 1871 (n. 4341); 30 nov. 1872 (n. 4382); 21 nov. 1873 (n. 4411); 28 nov. 1874 (n. 4448); 8 déc. 1875 (*Rec. off.*, t. 3, p. 407); 6 déc. 1876 (*Bull. off.*, 76.239); 3 déc. 1877 (*Bull. off.*, 77.137); 30 nov. 1878 (*Bull. off.*, 78.124); 4 déc. 1879 (*Bull. off.*, 79.244); 15 nov. 1880 (*Bull. off.*, 80.264); 7 déc. 1881 (*Bull. off.*, 81.153); 2 déc. 1882 (*Bull. off.*, 82.226); 1er déc. 1883 (*Bull. off.*, 83.178); 4 déc. 1884 (*Bull. off.*, 84.219); 5 déc. 1885 (*Bull. off.*, 85.210); 4 déc. 1886 (*J. des parq.*, 87.3.20); 7 déc. 1887 (*J. des parq.*, 88.3.4); 15 déc. 1888 (*J. des parq.*, 89.3.15); 20 déc. 1889 (*J. des parq.*, 90.3.43); 27 déc. 1890 (*J. des parq.*, 91.3.14); 19 déc. 1891 (*J. des parq.*, 92.3.24); 31 déc. 1892 (*J. des parq.*, 93.3.11); 28 déc. 1893 (*J. des parq.*, 94.3.83); 31 déc. 1894 (*J. des parq.*, 95.3.73); 15 déc. 1895 (*J. des parq.*, 96.3.38); 31 déc. 1896 (*J. des parq.*, 97.3.204); 24 déc. 1898 (non publiée); 30 déc. 1899 (non publiée); 24 déc. 1900 (non publiée); 15 déc. 1901 (non publiée); 15 déc. 1902 (*Bull. off.*, 1903.2); 25 déc. 1903 (non publiée).

SECTION II.

Renseignements que doivent fournir les comptes des tribunaux et de la cour d'appel.

§ 1. *Tribunaux de première instance et justices de paix.*

9. — I. *Compte rendu de l'administration de la justice en matière civile.* — Un *compte rendu de l'administration de la justice en matière civile* est dressé dans chaque tribunal civil de première instance sur un cadre envoyé par la Chancellerie. La première page de ce cadre est destinée à recevoir certaines mentions relatives aux audiences, à leur durée, aux avocats et avoués. Elle contient aussi, sous forme de notes, des indications générales destinées à faciliter l'établissement de la statistique et à donner les indications nécessaires sur la manière de remplir les divers tableaux. Les pages 2 à 6, destinées aux tribunaux civils, sont divisées en treize tableaux distincts. La page 7, qui comprend trois tableaux, est consacrée aux travaux des tribunaux de paix. Enfin la dernière page est destinée à recevoir, s'il y a lieu, les observations générales. Nous allons maintenant examiner en détail ces trois parties de la statistique civile.

10. — En tête de la première page, il y a lieu d'indiquer le nombre, par semaine, des audiences tenues, tant en matière civile qu'en matière correctionnelle, et leur durée moyenne. Puis on mentionne, depuis la circulaire du 29 nov. 1853, le nombre, au 31 décembre de l'année qui vient d'expirer, des avocats inscrits au tableau, des avocats stagiaires, des offices d'avoué, des offices d'huissier de tout l'arrondissement.

11. — Les tableaux relatifs aux travaux des tribunaux civils sont numérotés, à l'aide des lettres de l'alphabet, de A à N (Il n'y a pas toutefois d'état I).

12. — *Etat A.* — Le premier de ces états est intitulé *Etat général des affaires civiles portées devant le tribunal civil de première instance.* Dans ce tableau, les affaires sont divisées en trois catégories : 1° affaires du rôle général ordinaires; 2° affai-

res du rôle général sommaires ; 3° affaires non inscrites au rôle général portées devant le tribunal sur requête, en référé ou par toute autre voie. Pour chaque catégorie, on recherche d'abord le nombre des affaires à juger, en distinguant les affaires anciennes des affaires nouvelles, puis le nombre des affaires terminées. On ne se borne pas à établir le nombre des affaires terminées; on recherche comment ce résultat a été obtenu : 1° par des jugements contradictoires ; 2° par des jugements par défaut non frappés d'opposition pendant l'année; 3° par transaction, désistement, radiation, jonction. Pour les jugements, on distingue, suivant qu'ils sont en premier ou en dernier ressort; quant aux transactions, désistements, etc., on les divise en deux classes, suivant qu'ils sont intervenus après des jugements préparatoires ou interlocutoires ou qu'ils n'avaient donné lieu à aucun avant faire droit. Lorsque ces deux parties du tableau sont achevées, on en déduit tout naturellement les éléments de la troisième : affaires restant à juger le 31 décembre; on répartit ces affaires dans deux colonnes distinctes : la première comprend les affaires dans lesquelles sont intervenus des jugements préparatoires ou interlocutoires; dans la seconde, sont portées les affaires qui n'ont donné lieu à aucun avant faire droit. Cet état comprend enfin trois autres colonnes dans lesquelles on mentionne : 1° le nombre des jugements préparatoires ou interlocutoires; 2° le nombre des jugements sur incidents ; 3° le nombre des jugements par défaut rendus pendant l'année et qui ont été frappés d'opposition avant le 31 décembre.

13. — *Etat B.* — Ce deuxième état récapitule, en les classant d'après leur nature, toutes les affaires non inscrites sur le rôle général qui ont été terminées par jugement. Cet état comprend les adoptions, les homologations de toute espèce, les rectifications des actes de l'état civil, les affaires d'enregistrement, le choix des jurys d'expropriation pour cause d'utilité publique, les poursuites disciplinaires contre les officiers ministériels, etc. La première colonne contient d'ailleurs une nomenclature imprimée des affaires qui devront y être inscrites le plus habituellement; mais il faut bien remarquer que c'est là une simple indication et que cette liste devra être complétée à la main suivant les besoins de chaque tribunal. Cet état B doit indiquer : 1° la nature des affaires; 2° le nombre des affaires non inscrites au rôle terminées par jugement rendu soit en audience publique, soit en chambre du conseil; 3° le résultat des affaires, accueillies ou rejetées. Le total général de cet état B doit, s'il est exact, reproduire le total des colonnes 7 à 10, 3e ligne, de l'état A.

14. — *Etat C.* — Le troisième tableau est intitulé *Attributions du président du tribunal.* Il comprend le nombre des ordonnances rendues par le président du tribunal civil à l'occasion des attributions que la loi lui confère en matière de divorce, de séparation de corps, de séparation de biens, d'ouverture de testaments, d'envoi en possession de legs universels, de correction paternelle, de permis d'assigner à bref délai, de saisie-arrêt, de saisie-gagerie, de taxe de frais, de référé, etc.

15. — *Etat D.* — Ce quatrième état contient le relevé général des ordres et contributions ouverts pendant l'année du compte. Il indique : 1° les procédures confiées aux juges-commissaires; 2° celles qui ont été terminées dans l'année, soit par règlement définitif, soit à l'amiable par le juge ou les parties, soit par renvoi à l'audience, soit par abandon ou par jonction à d'autres procédures de même nature ; 3° celles qui restent à terminer au 31 décembre de l'année du compte, réglées provisoirement ou non; 4° les procédures restant à terminer qui avaient plus de quatre mois de date à partir de l'ouverture.

16. — *Etat E.* — Ce cinquième tableau est consacré aux jugements préparatoires ou interlocutoires prononcés par le tribunal. Son total doit concorder avec celui de la colonne 16 de l'état A. Dans ce tableau, les jugements sont classés d'après la nature des affaires : délibérés sur rapport ; instruction par écrit ; comparution personnelle des parties; serments déférés; jonction de défaut; vérification d'écritures; faux incident; enquêtes ; descentes sur les lieux ; rapports d'experts ; interrogatoires sur faits et articles ; autres jugements préparatoires ou interlocutoires.

17. — *Etat F.* — Ce sixième état doit faire connaître l'intervention du ministère public et indiquer le nombre des affaires civiles terminées dans lesquelles il a donné des conclusions, soit en vertu des §§ 1 à 7 de l'art. 83, C. proc. civ., soit sans y être obligé par la loi.

18. — *Etat G.* — Le septième état a pour objet de faire connaître la durée des procès civils à partir de l'inscription au rôle. Ces procès sont classés d'après la date de leur inscription au rôle et divisés en affaires terminées (col. 1), et affaires restant à juger le 31 décembre (col. 2). Les affaires portées dans cet état sont celles qui figurent sur les deux premières lignes de l'état A. Le total de la colonne 1 doit reproduire le total (affaires du rôle) de la colonne 13 de l'état A ; celui de la colonne 2 reproduit celui des colonnes 14 et 15 (affaires du rôle) de l'état A.

19. — *Etat H.* — Le huitième état est destiné à certains jugements qui ne sont pas des jugements préparatoires ou interlocutoires dans le sens de l'art. 452, C. proc. civ., et qui ne peuvent pas cependant être considérés comme terminant les instances principales. Tels sont les jugements qui statuent sur les demandes de provisions alimentaires dans le cours d'une affaire de partage ou de séparation, sur des demandes de caution à fournir par un étranger, de mise en cause, et sur d'autres exceptions, quand il est fait droit à ces demandes par un jugement spécial. Toutefois il faut que ce jugement ne termine pas l'affaire principale et ne la fasse pas sortir du rôle : ainsi, on ne doit pas porter dans cet état H un jugement d'incompétence. En effet, un jugement de cette sorte est un jugement définitif à classer dans les colonnes 7 à 10 de l'état A. — Cet état est divisé en deux colonnes; la première contient la liste de ces jugements par nature d'incidents, la seconde est destinée à recevoir la mention du nombre des jugements.

20. — *Etat J.* — Dans ce neuvième état, on doit indiquer la nature des affaires, dans l'ordre des matières du Code civil et du Code de procédure ou autres lois, jugées définitivement dans l'année du compte. Cet état, comme on le voit, est la récapitulation des états précédents. Il n'est pas la partie la moins importante du compte, et doit attirer l'attention toute spéciale des membres du parquet.

21. — *Etat K.* — Le dixième état doit énumérer les demandes en divorce ou séparation de corps jugées définitivement pendant l'année ou qui ont été rayées du rôle par suite de transaction, abandon, etc. Ce tableau indique par qui a été faite la demande, la profession des époux, le nombre de leurs enfants, la durée du mariage, les motifs des demandes, le résultat des affaires (accueillies, rejetées ou rayées du rôle).

22. — *Etat L.* — Ce onzième état intitulé *Déchéance de la puissance paternelle* a pour objet de faire connaître les résultats de l'application des chap. 1 et 2, L. 24 juill. 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés; il a été ajouté pour la première fois dans les cadres envoyés aux parquets le 19 déc. 1891. Cet état se divise en deux parties distinctes : la première a trait aux affaires elles-mêmes, et la seconde, aux personnes. — La première partie se subdivise à son tour en deux sections : l'une indique le nombre de déchéances de plein droit et des déchéances facultatives prononcées, en faisant ressortir les causes qui ont motivé ces décisions; l'autre fait connaître le nombre des demandes rejetées et des demandes accueillies, en les classant d'après la qualité de la partie poursuivante : ministère public, parent, toute autre personne. Pour cette dernière catégorie de parties poursuivantes, un petit tableau annnexe donne le détail : assistance publique, association autorisée, particuliers. — La seconde partie comprend trois sections distinctes : 1° sexe et âge des personnes déchues; 2° personnes auxquelles la tutelle a été confiée; 3° âge des enfants dont les parents ont été déchus.

23. — *Etat M.* — Le douzième état est consacré au *Bureau de l'assistance judiciaire.* Il comprend quatre tableaux distincts : 1° nombre des demandes d'assistance judiciaire réparties en trois catégories : matière civile, matière commerciale, affaires de la compétence des tribunaux de paix; 2° résultat des demandes : demandes admises, rejetées, renvoyées aux bureaux compétents, retirées par les parties après arrangement, sur lesquelles il restait à statuer au 31 décembre; 3° tableau des demandes classées d'après leur nature et leur résultat, comprenant deux parties : d'abord, solution donnée par le bureau (admission, rejet, autre solution), puis affaires jugées par le tribunal civil dans lesquelles l'assistance avait été accordée, en faisant ressortir le nombre des affaires dans lesquelles l'assisté a eu gain de cause et de celles dans lesquelles il a échoué; 4° état des retraits d'assistance, classés d'abord d'après le mode suivant lequel le retrait a été prononcé (demande du ministère public, demande de la partie adverse, d'office par le bureau), puis classés d'après le motif des retraits (ressources suffisantes survenues, déclaration frauduleuse).

24. — *Etat N.* — Dans un treizième état, on fait connaître les noms des notaires de chaque canton, la résidence de chaque notaire, le nombre des actes reçus dans chaque étude et totalisés par canton.

25. — La partie du cadre destinée à faire connaître les travaux des tribunaux de paix est divisée en quatre états, A, B, C et D. Ces états présentent le relevé des états partiels fournis par chaque juge de paix, sauf toutefois les colonnes 16 à 21 de l'état A relatives aux appels, qui sont directement remplies par le greffe du tribunal civil.

26. — *Etat A.* — Le premier comprend toutes les affaires civiles de la compétence du juge de paix, d'après les lois des 24 août 1790 et 25 mai 1838, qui ont été portées devant lui pour y recevoir jugement, en exécution des art. 8 et s., C. proc. civ. Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour qu'une affaire soit inscrite dans cet état, qu'elle ait été jugée. On porte dans la colonne 1 les noms de toutes les justices de paix de l'arrondissement, en plaçant d'abord la justice de paix du chef-lieu et en classant celles des autres cantons dans l'ordre rigoureusement alphabétique. Une ligne de cet état est consacrée à chaque justice de paix; on totalise ensuite pour faire ressortir la situation de l'arrondissement entier. Pour chacune des justices de paix, on indique : 1° le nombre des affaires à juger se distinguant entre les affaires restant de l'année précédente, les affaires introduites par comparution volontaire des parties, les affaires introduites par citation (col. 2 à 5); 2° le nombre des affaires terminées par jugements contradictoires ou par défaut, par arrangement à l'audience, par abandon, le nombre des affaires restant à juger (col. 6 à 10); 3° le nombre des jugements préparatoires ou interlocutoires en faisant ressortir leur objet : enquête, expertise, visite de lieux, remises (col. 11 à 14); 4° les appels et leurs résultats (col. 16 à 21). Outre ces renseignements généraux, l'état A contient encore les tableaux suivants : 1° jugements définitifs sur actions possessoires, en faisant connaître le nombre, des jugements rendus et des jugements de cette catégorie qui ont été frappés d'appel (col. 22 et 23); 2° demandes de pension alimentaire classées suivant le résultat obtenu : demande accueillie ou rejetée (col. 24 et 25); 3° appels des décisions des maires en matière électorale, en distinguant les élections politiques des élections consulaires (col. 26 à 29).

27. — *Etat B.* — Le deuxième état contient le résumé des affaires portées en conciliation devant le juge de paix. Il comprend deux parties. La première (col. 2 à 9) a trait aux affaires de la compétence des tribunaux civils que les art. 48 et s., C. proc. civ., soumettent au préliminaire de conciliation. La deuxième (col. 10 à 16) a trait à la conciliation en dehors de l'audience conformément à l'art. 17, L. 25 mai 1838, modifié par la loi du 2 mai 1855. Pour chacune de ces deux catégories, on indique le nombre total des affaires introduites; puis on fait ressortir le nombre des affaires dans lesquelles les parties ont comparu et de celles dans lesquelles elles n'ont pas comparu; enfin, on fait connaître dans combien il y a eu, soit conciliation, soit non-conciliation. La colonne 1 de ce tableau contient la liste des justices de paix établie comme dans le tableau A; une ligne spéciale est consacrée à chaque justice de paix et on totalise de façon à donner les résultats généraux de l'arrondissement.

28. — *Etat C.* — Le troisième état indique les travaux dont le juge de paix a eu à s'occuper en vertu des attributions extrajudiciaires qui lui sont conférées : tels sont les conseils de famille qu'il convoque et préside, les actes de notoriété qu'il délivre, les actes d'émancipation et les appositions et levées de scellés.

29. — *Etat D.* — Enfin l'état D est consacré à diverses attributions des juges de paix : ventes publiques d'objets mobiliers (Décr. 2 déc. 1876); conciliation et arbitrage (L. 27 déc. 1892); saisie-arrêt sur les salaires et petits traitements (L. 12 juin 1895); accidents du travail (L. 9 avr. 1898).

30. — II. *Etats annexes.* — a *Etat des ventes judiciaires d'immeubles.* — Indépendamment de la *Statistique civile* proprement dite, les tribunaux de première instance doivent fournir trois autres états, dont les cadres leur sont envoyés en même temps, et dont l'établissement a été prescrit par des circulaires postérieures. En premier lieu, figure l'état des *ventes judiciaires d'immeubles*. Un tableau destiné à présenter le relevé des ventes de cette nature poursuivies et terminées dans l'année a été ajouté pour la première fois en 1841 (Circ. chanc., 15 déc. 1841); le cadre destiné à cet état porte le n. 5.

31. — Ce cadre 5 comprend cinq tableaux distincts. Le premier (*état A*) est un tableau récapitulatif de toutes les ventes judiciaires dont le tribunal a eu à s'occuper; peu importe qu'elles aient été suivies à la barre du tribunal ou renvoyées devant notaire. Une première colonne contient la liste imprimée des différentes espèces de ventes : ventes sur saisies immobilières; ventes par suite de surenchère sur aliénation volontaire; ventes de biens de mineurs ou d'interdits; ventes sur licitation entre majeurs et mineurs; ventes de biens dépendant de successions bénéficiaires; ventes de biens dépendant de successions vacantes; ventes d'immeubles dotaux; ventes de biens de faillis; autres ventes judiciaires. Les trois colonnes suivantes servent à faire connaître le nombre de ventes dont le tribunal a eu à s'occuper, en distinguant entre les ventes qui restaient à terminer des années précédentes, celles qui ont été reprises après abandon, et enfin celles qui ont été ouvertes pendant l'année. Les six colonnes suivantes donnent les résultats obtenus; elles indiquent pour chaque espèce particulière de ventes : 1° celles qui ont été terminées à la barre du tribunal ou devant notaire; 2° celles qui ont été terminées par jonction; 3° celles qui n'ont pas été suivies par quelque motif que ce soit; 4° celles qui restaient à terminer le 31 décembre à la barre du tribunal ou devant notaire.

32. — *Etat B.* — L'état B présente, par analogie du prix (ventes dont le montant du prix d'adjudication a été de 500 fr. et moins, de 501 à 1,000 fr., de 1,001 à 2,000 fr., de 2,001 à 5,000 fr.; de 5,001 à 10,000 fr., de plus de 10,000 fr.), le nombre des ventes terminées, soit à la barre du tribunal, soit devant notaire. A l'aide des colonnes suivantes, on indique pour chaque catégorie de ventes : 1° le montant total des prix d'adjudication, 2° le montant des frais, en distinguant suivant qu'ils ont été payés en sus du prix ou qu'ils ont été imputés sur le prix.

33. — *Etat C.* — Cet état a été introduit par la circulaire du 15 déc. 1902 : « Aux tableaux qui font connaître, d'une façon générale, le nombre, la nature et l'importance des ventes judiciaires opérées, soit à la barre, soit devant notaire, il m'a paru indispensable, porte cette circulaire, d'ajouter un nouvel état beaucoup plus détaillé, qui indiquera, par nature de vente et par catégorie d'importance, le montant total des mises à prix, des prix d'adjudication et des frais taxés, avec le décompte, pour ceux-ci, des sommes payées au Trésor et des émoluments dus aux officiers ministériels. Ce tableau, destiné à remplacer l'ancien état nominatif, présentera, sous une forme beaucoup plus condensée, des indications très-précises, qui permettront de suivre exactement l'effet de la loi du 23 oct. 1884 et de vérifier si les mesures prescrites par les instructions spéciales de la Chancellerie ont été exécutées ». L'état C est divisé, dans sa hauteur en quatre parties : 1° saisies immobilières et conversions de saisies immobilières en ventes volontaires; 2° ventes de biens de mineurs et d'interdits; 3° ventes sur licitation entre majeurs et entre majeurs et mineurs; 4° autres ventes judiciaires d'immeubles (successions bénéficiaires, successions vacantes, immeubles dotaux, biens de faillis, etc...). Dans sa largeur il est divisé en deux parties, la partie gauche (verso de la 1re page) est consacrée aux ventes faites à la barre, la seconde (recto de la 2e page) aux ventes devant notaires. Elles sont identiques : elles sont l'une et l'autre divisées en huit colonnes ayant respectivement les mêmes intitulés et numérotées, d'un côté, de 1 à 8, de l'autre, de 9 à 16. Les colonnes 1 et 9 contiennent : la colonne 1 du tableau B, une nomenclature imprimée de six catégories de prix. Les colonnes suivantes 2 à 8 ou 10 à 16 sont destinées à faire connaître pour chaque catégorie : 1° le nombre des ventes; 2° le montant total des mises à prix; 3° le montant total des prix d'adjudication; 4° les frais taxés. En ce qui concerne les frais, on distingue d'abord entre, d'une part, les sommes payées au Trésor (droits de timbre, d'enregistrement, de greffe et d'hypothèques), et, d'autre part, les déboursés et émoluments des officiers ministériels (col. 5 et 6, ou col. 13 et 14). Puis, on divise les frais en frais payés en sus du prix et frais imputés sur le prix (col. 7 et 8). Le total des colonnes 5 et 6 doit être égal au total des colonnes 7 et 8, celui des colonnes 13 et 14 au total des colonnes 15 et 16, puisque chacun de ces deux groupes représente le montant total des frais.

34. — *Etat D.* — L'état D a trait aux incidents survenus dans le cours des procédures terminées. Il indique, d'abord pour les ventes faites à la barre du tribunal, puis pour les ventes faites

devant notaire, le nombre d'incidents de chaque catégorie. La liste de ces différentes catégories d'incidents est imprimée et forme la première colonne de l'état.

35. — *Etat E.* — Un dernier état a pour but de faire connaître le délai qui s'est écoulé entre l'ouverture de la vente et l'adjudication définitive. Sont considérées comme ouvertes : les ventes sur saisie immobilière, par le dépôt du cahier des charges ; les ventes par suite de surenchère sur aliénation volontaire, par le jugement de réception de la caution; les ventes de biens de mineurs, par le jugement d'homologation de l'avis de parents; les autres, par les jugements qui les ordonnent. Une première colonne précise les catégories de délais: 3 mois et moins, 3 à 6 mois, 6 à 9 mois, 9 à 12 mois, plus d'un an. Les deux autres colonnes indiquent le nombre des ventes faites dans chacune de ces catégories de délais, en distinguant entre les ventes faites à la barre et celles faites par des notaires.

36. — b) *Etat des ordres et contributions.* — En second lieu, vient l'état des *ordres et contributions*. Cet état date de 1840. Il semblait résulter des comptes des années précédentes que, dans un grand nombre de tribunaux, les procédures d'ordre et de contribution avaient une trop longue durée. Afin de connaître la cause des retards qu'elles éprouvaient et de pouvoir prendre les mesures propres à les faire cesser, le garde des Sceaux a voulu que chaque juge-commissaire lui fournit un état détaillé des ordres et contributions dont il avait eu à s'occuper pendant l'année 1840 et qu'il eût soin d'indiquer, dans la colonne des observations, la date de la sommation de produire et les motifs qui avaient retardé la clôture définitive (Circ. chanc., 30 déc. 1840). Depuis cette époque, un cadre spécial réservé aux ordres et contributions est annexé au compte de la justice civile; il portait d'abord le n. 5 et plus tard a pris le n. 6.

37. — *Etat A.* — Le premier état est un tableau récapitulatif des procédures confiées à la direction de chaque juge-commissaire. Chacun des magistrats a son relevé distinct, faisant connaître : 1° le nombre des procédures dont il a eu à s'occuper dans l'année : procédures confiées avant le 1er janvier; procédures confiées pendant l'année; 2° nombre de procédures terminées pendant l'année en précisant de quelle manière elles ont pris fin (règlement définitif, à l'amiable par les soins du juge, renvoi devant le tribunal, règlement amiable entre les parties, abandon, jonction à d'autres procédures); 3° le nombre de procédures restant à terminer, en distinguant suivant qu'elles sont ou ne sont pas réglées provisoirement. Au bas de la feuille est réservé un large blanc pour le visa et les observations des juges-commissaires. « Chaque magistrat, est-il dit dans la note qui accompagne ce tableau, pourra faire les observations qu'il jugera utiles ; il est nécessaire que MM. les juges-commissaires s'expliquent catégoriquement sur les causes des retards subis par les procédures dont ils sont chargés ».

38. — *Etat B.* — L'état B est un tableau nominatif. On y inscrit : d'abord les ordres terminés par règlement définitif; en second lieu, les ordres réglés à l'amiable par les soins du juge-commissaire; enfin les contributions réglées définitivement. Chacune de ces trois catégories de procédures prend une série distincte de numéros d'ordre et, dans les colonnes qui comportent une totalisation (col. 5 à 9), on fait des totaux distincts pour chaque catégorie. — Les deux premières colonnes précisent les procédures dont il s'agit, en donnant à chacune un numéro d'ordre et en indiquant les parties contre lesquelles l'ordre ou la contribution étaient poursuivis. Les colonnes 3 et 4 font connaître les dates de la réquisition d'ouverture du procès-verbal de l'ouverture de l'ordre ou de la contribution. Dans la colonne 5, on trouve le montant de la somme à distribuer; les colonnes 6 et 7 précisent ensuite le montant des sommes réclamées (ordres amiables) et de celles pour lesquelles il a été fait des productions (ordres judiciaires ou contributions). Les colonnes 8 et 9 indiquent le montant des frais taxés par le juge-commissaire, le nombre des créanciers réclamants ou produisants. Les colonnes 10 à 13 contiennent le relevé des dates des actes les plus importants : 1° convocation à fin de règlement amiable ou sommation à fin de produire; 2° règlement provisoire; 3° sommation à fin de prendre communication; 4° règlement définitif.

39. — *Etats C et D.* — Les états C et D sont purement numériques : le premier a trait à l'importance et le second à la durée des procédures. — Dans l'état C, il est établi un certain nombre de catégories réglées suivant l'importance des sommes à distribuer : 1,000 fr. au moins, 1,001 à 5,000, 5,001 à 10,000, 10,001 à 50,000, 50,001 à 100,000, plus de 100,000. — Dans l'état D, on divise les procédures en plusieurs séries, suivant qu'elles ont été réglées dans le 1er mois, dans le 2e mois, dans le 3e mois, dans le délai de 3 à 6 mois, dans le délai de 6 à 12 mois, dans la 2e année, après ce délai. — Chacun de ces tableaux comprend trois colonnes distinctes destinées l'une aux ordres réglés définitivement, la seconde aux ordres réglés à l'amiable par le juge, la troisième aux contributions réglées définitivement.

40. — c) *Accidents du travail.* — Un nouveau cadre (cadre n. 7) a été ajouté par la circulaire du 24 déc. 1898, pour permettre de se rendre compte de l'application de la loi sur les accidents du travail : « Un tableau spécial, porte cette circulaire, a dû être ajouté relativement aux affaires réglées par les présidents et les tribunaux de première instance en vertu de la loi du 9 avr. 1898 sur les accidents du travail. Je n'ai pas besoin de vous signaler l'importance d'une statistique de cet ordre qui en révélant le degré d'efficacité d'une solution législative donnée à l'une des plus graves questions sociales, permettra peut-être d'en apercevoir les lacunes et d'en corriger les imperfections ».

41. — La première colonne contient la nomenclature imprimée des différentes natures de demandes qui peuvent être formées. Elles sont divisées en deux séries : 1° demandes formées contre le chef d'entreprise (demandes primitives en indemnité contre le chef d'entreprise, demandes subséquentes en révision, demandes en paiement du quart au plus du capital représentatif de la rente, demandes en réversion de la rente sur la tête du conjoint); 2° demandes formées contre les auteurs de l'accident autres que le chef de l'entreprise (demandes intentées par la victime ou ses représentants, par le chef d'entreprise, aux lieu et place de la victime). Les 13 autres colonnes indiquent pour chacune de ces catégories d'affaires : 1° le nombre des ordonnances constatant l'accord des parties et réglant l'indemnité (col. 2); 2° le nombre des affaires anciennes, puis des affaires nouvelles, portées devant le tribunal (col. 3 et 4); 3° le nombre des affaires terminées restant à juger (col. 5 à 8), en précisant de quelle manière l'affaire a été terminée : par jugement contradictoire, par jugement par défaut, par transaction, désistement, etc.; 4° le nombre des jugements qui accueillent la demande (col. 9 à 11), en précisant dans quelle mesure : avec diminution de la pension pour faute inexcusable de la victime, avec augmentation de la pension pour faute inexcusable du chef d'entreprise; en dehors des deux cas qui précèdent; 5° le nombre des jugements qui rejettent la demande, d'abord pour faute intentionnelle de la victime (col. 12), ensuite pour toute autre cause (col. 13); 6° les jugements préparatoires ou interlocutoires (col. 14).

§ 2. *Tribunaux de commerce.*

42. — Un cadre spécial intitulé : *Compte rendu de l'administration de la justice en matière commerciale*, est envoyé à chaque tribunal de commerce et à chaque tribunal civil jugeant commercialement. Ce cadre est divisé en onze tableaux numérotés à l'aide des lettres de l'alphabet de A à K.

43. — *Etat A.* — Le premier état comprend toutes les affaires dans lesquelles le tribunal de commerce est appelé à rendre des jugements, de quelque manière qu'elles aient été introduites. Cet état se divise en plusieurs parties distinctes. — Une première, intitulée *Nombre des affaires contentieuses*, donne un tableau comparatif des affaires à juger et des affaires terminées pendant l'année. La colonne consacrée aux affaires à juger distingue les affaires anciennes des affaires nouvelles, et, en ce qui concerne les affaires anciennes, elle les divise en deux catégories : affaires qui restaient de l'année précédente; affaires qui ont été réinscrites après avoir été considérées comme terminées dans les comptes précédents. Les colonnes relatives à la manière dont les affaires ont été terminées mentionnent d'abord les jugements, en distinguant les jugements contradictoires des jugements par défaut et en subdivisant chacune de ces deux catégories, suivant que les jugements ont été rendus en premier ou en dernier ressort. Ensuite viennent les affaires terminées par jonction et enfin celles terminées par conciliation, radiation, etc. Pour ces dernières, on distingue suivant qu'elles ont été mises en délibéré, qu'il est intervenu une autre mesure d'instruction, qu'il n'y a eu aucun avant faire droit. On connaît le nombre des affaires à juger, le nombre des affaires terminées; de la comparaison de ces deux totaux, il est facile de déduire le chiffre qui doit figurer dans la colonne 13, le nombre des affaires restant à juger après

le 31 décembre. — La seconde partie est consacrée aux jugements sur opposition. On indique le nombre des jugements en distinguant selon qu'ils ont été rendus en premier ou en dernier ressort. Dans une troisième colonne, on indique ceux qui ont été suivis de conciliation, radiation, etc. La troisième partie fait connaître le nombre des jugements sur requête ou sur rapport, en distinguant entre les jugements rendus en matière de faillite ou de liquidation et ceux rendus en toute autre matière. — La quatrième partie a trait aux arbitrages, elle comprend deux colonnes destinées l'une aux renvois devant arbitre ou chambre syndicale; l'autre aux affaires conciliées par les arbitres ou les chambres syndicales. — En cinquième lieu viennent les mises en délibéré. — Enfin, la dernière partie est consacrée aux appels des décisions des conseils de prud'hommes. On distingue suivant que ces appels ont été suivis de confirmation, d'infirmation, de conciliation ou de radiation, etc.

44. — *Etats B, C, D, E, F.* — Les états suivants ont trait aux liquidations judiciaires et faillites. L'état B fait connaître la date de leur ouverture. Il distingue entre les affaires anciennes, c'est-à-dire antérieures au 1er janvier, et les affaires nouvelles. — L'état suivant établit la situation des liquidations et faillites au 31 décembre. Il s'occupe d'abord des procédures terminées pendant l'année; il précise la manière dont elles ont été terminées : par concordat, par liquidation au 31 décembre de l'actif abandonné ou de l'union, par suite de l'insuffisance de l'actif, par conversion en faillite, par jonction, par le motif que le jugement déclaratif a été rapporté. Il indique ensuite le nombre des procédures restant à régler au 31 décembre. — Ces dernières font l'objet du quatrième état (état E) qui distingue les procédures d'après l'époque où elles ont été ouvertes, c'est-à-dire depuis trois mois et moins, plus de trois mois et moins de six, plus de six mois et moins de douze, plus d'un an et moins de deux ans, plus de deux ans et moins de trois, plus de trois ans et moins de quatre, plus de quatre ans et moins de cinq, plus de cinq ans. Le total doit égaler le chiffre inscrit à la dernière ligne de l'état C. — L'état D correspond aux 4e, 5e et 6e lignes de l'état B et reprend en détail les chiffres inscrits sous le titre *Procédures nouvelles.* Dans la première colonne sont énumérés les genres de commerce ou d'industrie du débiteur ou du failli et l'on inscrit en regard, dans les colonnes respectives, les liquidations judiciaires, faillites et conversions de liquidations judiciaires en faillites. — Enfin, l'état F fait connaître le nombre des faillis qui, pendant l'année : 1° ont été déclarés excusables; 2° ont obtenu un concordat homologué. — Chacun des états B, C, D et E comprend trois colonnes, de façon à donner les indications d'une manière distincte pour chaque catégorie d'affaires : 1° liquidations judiciaires; 2° conversions de liquidations judiciaires en faillites; 3° faillites. Après ces états, un intervalle est laissé en blanc pour permettre à MM. les juges-commissaires d'y inscrire leurs observations sur les causes des retards subis par les procédures.

45. — *Etat G.* — Cet état a pour objet l'assistance judiciaire et indique le nombre des affaires commerciales dans lesquelles elle a été accordée. Il distingue : 1° les affaires restant à juger de l'année précédente et les affaires introduites pendant l'année, dont on fait un total particulier; 2° les affaires terminées dans l'année (par des jugements contradictoires, par des jugements par défaut, par radiation ou conciliation, etc.), et les affaires restant à juger au 31 décembre.

46. — *Etat H.* — L'état H indique uniquement le nombre des nantissements de fonds de commerce inscrits pendant l'année.

47. — *Etat I.* — Le neuvième état récapitule les liquidations judiciaires terminées par concordat ou par liquidation de l'actif abandonné ou de l'union, déjà indiquées dans les trois premières lignes (col. 1) de l'état C. Dans la première colonne, réservée à la désignation personnelle du débiteur, on indique ses nom, prénoms et genre de commerce; dans la seconde, la date de l'ouverture de la liquidation judiciaire. Les cinq colonnes suivantes sont destinées à faire connaître le montant après vérification, c'est-à-dire lors de la clôture de la liquidation judiciaire : 1° de l'actif, en précisant s'il est immobilier (col. 3) ou mobilier (col. 4) ; 2° du passif, qui comprend trois subdivisions : passif hypothécaire (col. 5), privilégié (col. 6) et chirographaire (col. 7). Il faut additionner tous les chiffres inscrits dans cette colonne en négligeant les centimes. Dans la colonne suivante, on doit indiquer la date du concordat ou de la liquidation de l'actif abandonné. Enfin les dernières colonnes font connaître le montant du dividende. Dans la première de celles-ci, on inscrit le montant du dividende convenu par le concordat, et dans les deux autres celui obtenu par la liquidation, soit après abandon d'actif, soit après union.

48. — *Etat J.* — L'état J, relatif aux faillites et conversions de liquidations judiciaires en faillites terminées par concordat, liquidation de l'actif abandonné ou par suite de l'union des créanciers, est identique à l'état précédent qui a trait aux liquidations judiciaires.

49. — *Etat K.* — L'état K a trait aux sociétés commerciales; il se divise en deux parties. La première a pour objet de faire connaître le nombre des actes de constitution et des actes de dissolution des sociétés. Des colonnes distinctes permettent de connaître les diverses espèces des sociétés (en nom collectif, en commandite simple ou par actions, anonymes, anonymes à capital variable) qui se sont ainsi constituées ou dissoutes. La seconde partie de l'état K est exclusivement consacrée aux sociétés par actions qui se sont constituées et dont l'acte constitutif a été déposé au greffe du tribunal de commerce. Il est bon de faire tout d'abord remarquer que, quand une société, par suite de créations de succursales ou autres établissements, effectue dans plusieurs établissements le dépôt prescrit par les art. 55 et 59, L. 24 juill. 1867, il importe, pour éviter de compter plusieurs fois la même société, de ne porter ici qu'une seule fois les renseignements demandés. C'est au greffier du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège social de la société qu'il appartient de le fournir. Les autres greffiers ne doivent faire figurer que « pour mémoire » les sociétés dont ils ont reçu le dépôt de l'acte constitutif, mais dont le siège social se trouve dans un autre ressort que celui de leur tribunal. Cet état comprend sept colonnes dans lesquelles on indique successivement : 1° l'objet de la société (banque, compagnie d'assurances, etc.); 2° le caractère légal de la société (anonyme, en commandite, par actions, à capital variable); 3° la durée de la société; 4° le montant du capital social; 5° le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou les commanditaires; 6° pour les sociétés à capital variable, la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit.

§ 3. *Cours d'appel.*

50. — Chaque année, il est établi également dans toutes les cours d'appel un *Compte rendu des travaux de la cour en matière civile et commerciale.* La première page contient les mentions suivantes : 1° nombre des audiences solennelles tenues par la cour pendant l'année écoulée; 2° nombre, par semaine, des audiences tenues par chaque chambre en matière civile, correctionnelle ou d'accusation, et leur durée moyenne; 3° nombre des avocats inscrits au tableau, des avocats stagiaires et des avoués près la cour.

51. — Ce cadre comprend 12 tableaux numérotés à l'aide des lettres de l'alphabet de A à L inclusivement.

52. — *Etat A.* — Ce premier état donne le tableau général des travaux de la cour, tant en matière civile qu'en matière commerciale. Une ligne spéciale est consacrée : 1° aux appels des jugements des tribunaux civils et de commerce en matière ordinaire; 2° aux appels des mêmes jugements en matière sommaire; 3° aux appels des sentences arbitrales; 4° aux contestations sur l'exécution des décisions de la cour. Quant aux affaires d'adoption, elles ne figurent pas sur l'état A. — La première partie de ce tableau est consacrée aux affaires à juger; elle indique, pour chacune des quatre catégories que nous venons de spécifier, d'abord, le nombre des affaires anciennes, puis celui des affaires nouvelles. Pour les affaires anciennes, on distingue suivant que les affaires restaient à juger de l'année antérieure, qu'elles ont été réinscrites au rôle pendant l'année, après en avoir été rayées antérieurement, qu'elles sont revenues à l'audience sur opposition formée pendant l'année contre des arrêts par défaut rendus antérieurement au 1er janvier. — La seconde partie est destinée à faire connaître la solution donnée à ces affaires; on mentionne le nombre des affaires terminées : 1° par des arrêts contradictoires; 2° par des arrêts par défaut non frappés d'opposition; 3° par transaction, désistement, radiation, jonction, etc., en distinguant suivant qu'il est intervenu ou non des arrêts d'avant faire droit. Nous devons faire observer que, pour les affaires terminées, ainsi d'ailleurs que pour les colonnes qui vont suivre, on ne sépare plus les affaires sommaires des affaires ordinaires : à partir de cet endroit, l'état ne contient plus que trois lignes au lieu

de quatre. Nous connaissons, d'une part, le nombre des affaires à juger, d'autre part, celui des affaires terminées; la comparaison de ces deux nombres, donnera pour chaque catégorie les éléments des deux colonnes suivantes destinées à faire connaître le nombre des affaires restant à juger : on doit toutefois les répartir entre ces deux colonnes, suivant qu'elles ont ou non donné lieu à un avant faire droit. Viennent ensuite des colonnes où l'on fait figurer : 1° le nombre des arrêts préparatoires ou interlocutoires sur plaidoiries; 2° le nombre des arrêts par défaut rendus pendant l'année qui ont été frappés d'opposition avant le 31 décembre; 3° le nombre des arrêts définitifs contradictoires ou par défaut rendus par chaque chambre.

53. — *Etat B.* — Ce second état est intitulé : *Durée des procès à partir de l'inscription au rôle.* — Une première ligne comprend les affaires inscrites pour la première fois au rôle depuis trois mois et moins, la 2e les affaires inscrites depuis plus de trois mois jusqu'à six inclusivement, la 3e celles inscrites depuis plus de six mois jusqu'à douze inclusivement, la 4e celles depuis un an jusqu'à deux inclusivement, la 5e celles qui comptent plus de deux ans d'inscription au rôle. Pour chaque catégorie, on indique les affaires terminées, puis les affaires restant à juger.

54. — *Etat C.* — L'Etat C est le relevé par arrondissement des appels portés devant la cour. Il est divisé en trois parties. — La première, qui comprend les colonnes 1 et 2, est destinée à faire connaître, d'abord, les noms des départements qui composent le ressort, puis, pour chaque département, les noms des tribunaux, classés dans l'ordre suivi dans le tableau VII du *Compte général civil* dressé par la Chancellerie. A la suite des noms de tribunaux, deux lignes sont réservées, l'une pour les renvois après cassation, l'autre, pour les appels des sentences arbitrales. — La seconde partie est réservée aux appels en matière civile. On indique, pour chaque tribunal : 1° le nombre des appels portés devant la cour, en distinguant suivant qu'ils sont antérieurs ou qu'ils sont postérieurs au 1er janvier de l'année du compte; 2° le nombre des jugements confirmés, infirmés, sur l'appel desquels il y a eu transaction, radiation, jonction, etc.; 3° le nombre des appels restant à juger le 31 décembre. — La troisième partie est consacrée aux appels en matière commerciale; elle comprend le même nombre de colonnes que la seconde partie, avec les mêmes intitulés. Qu'il s'agisse d'appels civils ou commerciaux, les affaires des autres ressorts portées devant la cour d'appel par suite d'arrêts de la Cour de cassation doivent être réunies et portées en bloc en regard de la mention *Renvois après cassation.*

55. — *Etat D.* — L'état D est un relevé nominatif des magistrats ou officiers ministériels poursuivis directement devant la cour. En regard de chaque nom, on indique si la demande a été accueillie ou rejetée.

56. — *Etat E.* — Cet état a pour objet de préciser la nature des avant faire droit prononcés par la cour. Dans une première colonne, on précise la nature de ces arrêts et, en regard de chaque mention, on en indique le nombre dans une seconde colonne. Lorsque les arrêts préparatoires ou interlocutoires sont nombreux, après avoir énoncé les plus fréquents et les plus habituels, on groupe les autres sous cette rubrique : *Autres avant faire droit.*

57. — *Etat F.* — On indique le nombre des affaires civiles terminées dans lesquelles le ministère public a donné des conclusions, en distinguant, suivant que l'avocat général était obligé de conclure par les §§ 1 à 7 de l'art. 89, C. proc. civ., ou qu'il n'y était pas forcé.

58. — *Etat G.* — Cet état, qui ne comprend qu'une seule ligne et une seule colonne, a pour objet de faire connaître le nombre des arrêts prononçant la réhabilitation de faillis, qui sont intervenus pendant l'année du compte.

59. — *Etat H et Etat I.* — Ces états ont trait, le premier, aux arrêts rendus en chambre du conseil, le second, aux attributions du premier président. Dans l'un et dans l'autre, on spécifie, dans une première colonne, les matières dans lesquelles sont intervenus les arrêts ou les ordonnances, puis on en indique le nombre. Remarquons qu'on doit inscrire dans l'état I toutes les ordonnances que le premier président peut rendre dans ses attributions en matière civile, telles que règlement de qualités, paiement de frais, etc.

60. — *Etat J.* — L'état J est avec l'état A le plus important des tableaux que contient le compte civil de la cour d'appel : c'est le relevé, par ordre de matières, des affaires jugées contradictoirement et dont le chiffre global se trouve dans la colonne 7 de l'état A. Les matières sont classées dans l'ordre suivant : Code civil, Code de procédure civile, Code de commerce, Matières diverses, Brevets d'invention, Compétence des tribunaux civils; Expropriation pour cause d'utilité publique. Dans chacun de ces groupes, la nomenclature des matières est faite d'après l'ordre des articles du Code; les mentions des matières sur lesquelles les cours sont habituellement appelées à statuer, sont imprimées; des blancs sont laissés pour ajouter les mentions non prévues. Il est bon de faire remarquer que, dans cet état J, ne doivent jamais figurer, ni les adoptions, ni les contestations sur les décisions de la cour : cet état ne comprend en effet que des arrêts confirmant ou infirmant des jugements de première instance. En regard de chaque matière, on porte dans une première colonne le nombre total des affaires jugées contradictoirement; puis les colonnes suivantes permettent de diviser ce chiffre global en quatre catégories : 1° arrêts de confirmation; 2° infirmation totale; 3° infirmation partielle; 4° non-recevabilité de l'appel.

61. — *Etat K.* — L'état K est un relevé nominatif des actes d'adoption soumis à la cour d'appel. Il mentionne : 1° les noms, prénoms et professions des adoptants; 2° les noms et prénoms des adoptés, et l'existence ou la non-existence des liens de famille entre eux et les adoptants; 3° les motifs présumés de l'adoption; 4° l'indication du tribunal qui a prononcé l'homologation; 5° la date de l'homologation; 6° la décision de la cour; 7° la date de l'arrêt.

62. — *Etat L.* — L'état L est consacré au bureau de l'assistance judiciaire; il comprend quatre parties distinctes. — En premier lieu, il contient l'indication du nombre des affaires dont le bureau d'appel a eu à s'occuper; ces affaires se divisent en deux catégories : 1° demandes d'assistance dont le bureau a été saisi, et pour lesquelles il faut distinguer les affaires civiles des affaires commerciales; 2° décisions du bureau de première instance déférées par le procureur général. — Le second tableau fait connaître les suites données aux affaires mentionnées dans le premier; elle précise le nombre des demandes : *a*) admises; *b*) rejetées; *c*) renvoyées aux bureaux compétents; *d*) retirées par les parties à la suite d'arrangement; *e*) sur lesquelles il restait à statuer le 31 décembre. — En troisième lieu, viennent les retraits d'assistance; ce tableau indique d'abord le nombre des retraits d'assistance prononcés, en faisant connaître en même temps comment cette mesure a été prise; puis il fait ressortir les motifs des retraits. Enfin, un dernier tableau classe par nature d'affaires les demandes d'assistance qui ont été formées; il donne, pour chaque catégorie, le nombre total des demandes; puis il précise les résultats obtenus devant le bureau : admission; rejet; autre solution. Les dernières colonnes font connaître les résultats obtenus devant la cour dans les affaires pour lesquelles l'assistance avait été accordée, soit à l'une des parties, soit aux deux parties.

63. — Les deux dernières pages sont divisées en deux parties par un trait vertical; la partie gauche de chacune de ces pages est réservée aux observations du premier président et la partie droite à celles du procureur général.

Section III.

Envoi des cadres par la Chancellerie. Établissement de la statistique. — Vérification et transmission.

64. — En 1840, le ministre de la Justice avait reconnu que, pour assurer aux comptes civils et commerciaux la régularité sans laquelle les documents statistiques n'ont aucune valeur, il était nécessaire d'adopter des modèles uniformes pour toutes les cours et tous les tribunaux. Aussi, à partir de cette époque, des cadres imprimés par l'Imprimerie nationale ont été transmis par la Chancellerie à tous les procureurs généraux qui en font la répartition entre la cour et les tribunaux du ressort. Actuellement, il est envoyé à chaque procureur général : 2 exemplaires du cadre n. 1, *Compte rendu des travaux de la cour en matière civile et commerciale;* 3 exemplaires par tribunal du cadre n. 2, *Compte rendu de l'administration de la justice en matière civile*, et du cadre n. 3, *Compte rendu de l'administration de la justice en matière commerciale;* 1 exemplaire, par chaque justice de paix, du cadre n. 4, *Compte rendu des travaux des justices de paix;*

3 exemplaires par tribunal du cadre n. 5, *Ventes judiciaires d'immeubles*, du cadre n. 6, *Ordres et contributions*, et du cadre n. 7, *Accidents du travail*.

65. — Ces cadres sont envoyés, chaque année, dans le courant du mois de décembre; la circulaire qui accompagne chaque envoi indique la date à laquelle ils doivent être renvoyés à la Chancellerie; la dernière de ces circulaires, celle du 25 déc. 1903, porte que les états de la justice civile et commerciale lui seront adressés dans le courant d'avril.

66. — Lorsque le procureur de la République reçoit les cadres qui lui sont envoyés par le procureur général, il se borne à transmettre au greffier du tribunal civil les cadres destinés aux travaux de ce tribunal (cadres n. 2, 5, 6, 7), au greffier du tribunal de commerce et, à défaut, au greffier du tribunal civil, le cadre n. 3, et, enfin, à chaque juge de paix de l'arrondissement, un exemplaire du cadre n. 4.

67. — Aux termes de la circulaire de la Chancellerie du 30 déc. 1840, les greffiers doivent contribuer à concourir à la rédaction des comptes civils et commerciaux, comme antérieurement ils contribuaient à la rédaction des états semestriels. Les présidents des tribunaux sont d'ailleurs appelés à diriger et à surveiller l'action de la justice en matière civile et commerciale; par suite, il est naturel qu'ils donnent des soins à la confection des états qui doivent présenter l'ensemble des travaux de leurs compagnies (Circ. Chanc., 31 déc. 1842). Nous avons vu (*suprà*, n. 37) que les juges-commissaires peuvent consigner leurs observations sur l'état des ordres et contributions et même qu'au cas de retard dans le règlement, ils sont tenus de fournir des explications.

68. — Le travail doit être signé par le président du tribunal et par le procureur de la République (Circ. Chanc., 15 déc. 1841). Ces magistrats peuvent, s'ils le jugent utile, consigner, dans les colonnes qui leur sont réservées sur le recto et le verso de la dernière page, toutes les observations qu'ils croient devoir présenter, tant en ce qui concerne l'application de la loi, que sur les autres points qui auraient besoin d'explications.

69. — Le compte commercial s'établit et s'envoie dans des conditions identiques. S'il existe un tribunal de commerce, il est dressé par le greffier de ce tribunal, sous le contrôle de son président : dans le cas contraire, c'est le greffier du tribunal civil qui est chargé de sa confection. Le procureur de la République doit l'examiner, puis il soumet la minute à la vérification du parquet de la cour : enfin, quand ce travail a été revu et rectifié, il fait établir par le greffier du tribunal de commerce ou par celui du tribunal civil, suivant le cas, une double expédition qu'il expédie au procureur général en même temps que le compte civil.

70. — Les statistiques des diverses justices de paix ne sont pas jointes à cet envoi; on les conserve au parquet. Les résultats sont totalisés pour tout l'arrondissement et portés dans le compte civil (p. 8) par le procureur de la République.

71. — Quand le travail est terminé, la minute du compte civil est envoyée par le procureur de la République au parquet de la cour avec les états annexés. Là, elle est l'objet d'un examen sérieux. Lorsqu'elle a été vérifiée, le procureur général la retourne au procureur de la République qui fait effectuer les modifications et corrections prescrites. On établit alors les deux expéditions. La minute est classée au greffe; les deux expéditions sont envoyées au procureur général.

72. — Le procureur général doit communiquer les comptes civils au premier président (Circ. Chanc., 4 déc. 1854). Il classe ensuite une des expéditions à son parquet et transmet l'autre à la Chancellerie.

CHAPITRE II.

STATISTIQUE CRIMINELLE.

SECTION I.

Notions générales.

73. — Un arrêté du Directoire exécutif, en date du 27 brum. an VI, prescrivait qu'à la fin de chaque mois, le commissaire du Pouvoir exécutif ferait imprimer, en placards, un état sommaire des jugements portant condamnation à une peine quelconque, que le tribunal criminel avait rendus, tant sur une accusation admise que sur appel en matière correctionnelle (art. 2). Deux exemplaires de chaque placard devaient être envoyés au ministre de la Justice (art. 7).

74. — Ces dispositions n'étaient pas très-exactement observées ; dans sa circulaire du 3 pluv. an IX (*Rec. off.*, t. 1, p. 15), le ministre Abrial disait aux commissaires du Gouvernement près les tribunaux criminels : « Plusieurs d'entre vous, par les retards qu'ils mettent dans cet envoi, rendent l'effet de cette mesure presque nul. Il importe d'exécuter promptement cet arrêté dont le but est d'éclairer la sollicitude du Gouvernement sur l'état de la République. Vous voudrez bien en conséquence, en vous conformant scrupuleusement à toutes les dispositions de l'arrêté précité, me faire l'envoi des dix tableaux dans la première décade de chaque mois ». Ce rappel à l'exécution de l'arrêté de brumaire était motivé par un ordre du premier consul qui avait prescrit à toutes les administrations centrales de recueillir, chacune dans sa sphère d'action, les faits sociaux dont la connaissance pouvait servir à éclairer le Gouvernement sur les besoins du peuple. Ces envois mensuels fournissaient les éléments de rapports généraux sur l'ensemble de l'administration de la justice criminelle dans toute l'étendue du territoire de la République. Ces instructions ont été rappelées à diverses reprises, notamment par les circulaires du ministre de la Justice du 3 pluv. an IX (Gillet et Demoly, n. 343) et du 4 brum. an X (Gillet et Demoly, n. 372).

75. — Bientôt ces comptes cessèrent d'être mensuels et devinrent trimestriels (Circ. min. Just., 1er frim. an XIV ; Gillet et Demoly, n. 522). La circulaire du 30 avr. 1811 (Gillet et Demoly, n. 711) spécifie que le procureur général devra envoyer des comptes criminels dans les vingt jours de l'expiration de chaque trimestre. Ces états devaient contenir d'abord toutes les affaires jugées par les cours d'assises du ressort, en rangeant ces cours selon l'ordre alphabétique du département auquel elles appartenaient, et ensuite les affaires jugées par les cours spéciales. Enfin, dans la dernière partie, le procureur général devait faire l'état numérique de toutes les affaires criminelles restant à juger et de tous les jugements de simple police et de police correctionnelle. Ces dispositions ont été rappelées par la circulaire du 9 avr. 1825 (Gillet et Demoly, n. 1900).

76. — Il était fait au ministère de la Justice des relevés de ces états, car il existe dans les archives des tableaux présentant ces relevés pour les années 1803 à 1807, d'une part, 1811 à 1824, de l'autre. Les principaux résultats constatés dans ces tableaux sont imprimés à la suite du rapport qui précède le compte général de la justice criminelle pour 1850.

77. — Les comptes annuels de la justice criminelle n'existent que depuis 1826 : ils ont été créés par une circulaire du ministre de la Justice du 5 janv. 1826 (Ortolan et Ledeau, t. 2, p. 275). Cette circulaire, tout en maintenant le compte trimestriel d'assises, a créé trois nouveaux comptes : « Le premier, porte cette circulaire, présentera, en huit chapitres distincts, l'analyse des travaux de chaque tribunal de première instance, en matière criminelle et correctionnelle. Le deuxième offrira le tableau des arrêts et jugements rendus sur l'appel des jugements de police correctionnelle. Le troisième sera affecté aux chambres d'accusation ». Depuis lors, les modèles de ces trois comptes ont subi de nombreux remaniements, mais les bases mêmes ont subsisté, telles qu'elles avaient été établies par la circulaire de 1826. Voici la liste des principales circulaires qui sont intervenues : Circ., 24 janv. 1827 (Gillet et Demoly, n. 2055) ; 6 mars 1827 (Gillet et Demoly, n. 2065); 24 oct. 1827 (Gillet et Demoly, n. 2115) ; 20 janv. 1829 (Gillet et Demoly, n. 2208) ; 12 janv. 1830 (Gillet et Demoly, n. 2273); 12 janv. 1831 (Gillet et Demoly, n. 2338); 12 janv. 1832 (Gillet et Demoly, n. 2402); 19 janv. 1833 (Gillet et Demoly, n. 2455); 25 janv. 1834 (Gillet et Demoly, n. 2509); 31 janv. 1837 (Gillet et Demoly, n. 2655); 26 déc. 1837 (Gillet et Demoly, n. 2687); 16 janv. 1840 (Gillet et Demoly, n. 2772); 2 févr. 1841 (Gillet et Demoly, n. 2840); 12 janv. 1842 (Gillet et Demoly, n. 2895) ; 26 déc. 1842 (Gillet et Demoly, n. 2947); 15 janv. 1844 (Gillet et Demoly, n. 3013); 26 déc. 1844 (Gillet et Demoly, n. 3068); 10 déc. 1845 (Gillet et Demoly, n. 3121); 9 déc. 1846 (Gillet et Demoly, n. 3183). — A partir de 1849, une même circulaire donne des instructions, tout à la fois sur la statistique criminelle et sur la statistique civile et commerciale; nous avons déjà donné la liste de ces circulaires (V. *suprà*, n. 8). Il nous faut toutefois mentionner une circulaire spéciale à la statistique criminelle, celle du 11 juill. 1902, [*J. des parq.*, 1903.3.39]

78. — Les *comptes trimestriels d'assises* ont été dégagés des éléments accessoires prescrits par les premières circulaires, et relatifs aux affaires correctionnelles et de simple police, et ils ont été maintenus. En même temps, qu'était organisé le compte annuel de la justice criminelle dans chaque arrondissement, la Chancellerie complétait ses moyens d'organisation d'une statistique générale, en prescrivant l'envoi des comptes de la cour d'appel (Chambre des appels correctionnels et chambre d'accusation).

79. — La Chancellerie avait été amenée à reconnaître qu'il était indispensable de dresser dans son compte général de l'administration de la justice criminelle des tableaux sur les récidives. Pour faire ce travail, elle trouvait des éléments dans les comptes trimestriels d'assises; mais les comptes annuels relatifs à la police correctionnelle ne lui fournissaient pas les mêmes renseignements relativement à la position des individus qui avaient été l'objet de poursuites correctionnelles. Aussi, par sa circulaire du 3 oct. 1828 (Ortolan et Ledeau, t. 2, p. 294), elle a prescrit que désormais il serait dressé un *état des récidives*, au greffe de chaque tribunal correctionnel et sous la direction du procureur du roi.

80. — Cet état des récidives était d'abord semestriel; l'état du premier semestre de chaque année était clos le 5 novembre, de manière à être adressé à la Chancellerie le 15 au plus tard; et celui du deuxième semestre, le 1er mars, pour être transmis dans la première quinzaine du même mois (Circ. Chanc., 3 oct. 1828 : Ortolan et Ledeau, t. 2, p. 294). Puis, la circulaire de la Chancellerie du 10 oct. 1834 (Gillet et Demoly, n. 2548) a décidé que cet état serait dressé, non plus par semestre, mais pour toute l'année, et qu'il serait envoyé avec les comptes annuels de l'administration de la justice criminelle (V. également en ce sens, Circ. Chanc., 26 déc. 1837 : Gillet et Demoly, n. 2687).

81. — Un certain nombre de circulaires ont réglé la manière de dresser ces états et introduit des modifications plus ou moins importantes dans les formules. Les principales sont celles du 10 févr. 1830 (Gillet et Demoly, n. 2277); 10 oct. 1834 (Gillet et Demoly, n. 2548); 26 déc. 1837 (Gillet et Demoly, n. 4194); 3 déc. 1864 (Gillet et Demoly, n. 4194); 3 déc. 1875 (*Rec. off.*, t. 3, p. 407); 15 nov. 1880 (*Bull. off.*, 1880, p. 267). A partir de 1884, une modification très-importante a été apportée à cet état : « Lorsque, porte la circulaire du 1er déc. 1883 (*Bull. off.*, 1883, p. 179), l'état des récidives correctionnelles a été demandé pour la première fois, le nombre des prévenus qui devaient y figurer dépassait à peine 7,000; aujourd'hui qu'il s'élève à 80,000, le moment me semble venu de restreindre les écritures considérables que nécessite la rédaction de cet état. » En conséquence, l'état a été divisé en trois cahiers, correspondant à la matière des antécédents des récidivistes; dans un seul de ces cahiers, les antécédents judiciaires sont relevés *in extenso;* dans les deux autres, on indique seulement, pour chaque récidiviste, le nombre des condamnations antérieures. Des modifications de détail ont été apportées par les circulaires des 4 déc. 1886 (*J. des parq.*, 87.3.21); 7 déc. 1887 (*J. des parq.*, 88.3.4); 18 août 1892 (non publiée); 31 déc. 1892 (*J. des parq.*, 93.3.11); 28 déc. 1893 (*J. des parq.*, 94.3.84); 31 déc. 1894 (*J. des parq.*, 95.3.73).

82. — Deux nouveaux cadres ont été ajoutés par la circulaire du 15 déc. 1902 : le cadre n. 7, qui classe les prévenus jugés pour des délits communs par les tribunaux correctionnels, d'après la profession, l'état civil, le domicile et le degré d'instruction ; le cadre n. 8 qui contient les résultats des poursuites exercées contre les mineurs de seize ans.

83. — En résumé, la statistique criminelle comprend actuellement pour chaque ressort : 1° le compte rendu de la justice criminelle dans chaque arrondissement (cadre n. 1); 2° appels de police correctionnelle (cadre n. 2) ; 3° travaux de la chambre d'accusation (cadre n. 3) ; 4° comptes trimestriels d'assises (cadre n. 4); 5° états des récidives (cadre, n. 5); 6° états des jugements correctionnels (cadre n. 7) ; 7° résultat des poursuites exercées contre les mineurs de seize ans (cadre n. 8). Le cadre n. 6 est spécial à l'Algérie.

Section II.

Renseignements que doivent fournir les différents états qui concourent à la formation de la statistique criminelle.

§ 1. *Tribunaux correctionnels et de simple police.*

84. — I. *Compte rendu de l'administration de la justice en matière criminelle.* — a) *Analyse du cadre n. 1.* — Le compte rendu de l'administration de la justice criminelle (cadre n. 1) comporte 25 tableaux. Ces tableaux peuvent être répartis en un certain nombre de groupes distincts, formant chacun un ensemble complet de renseignements sur une matière déterminée. — *1er groupe.* Renseignements sur les officiers et agents de la police judiciaire (état I). — *2e groupe.* Situation du parquet (états II, III et X). — *3e groupe.* Morts accidentelles et suicides (états XI et XII). — *4e groupe.* Situation des cabinets d'instruction (états IV, V, XIII à XVI). — *5e groupe.* Détention préventive et liberté provisoire (états VI à IX, XXII). — *6e groupe.* Situation du tribunal correctionnel (états XVII à XXI). — *7e groupe.* Affaires de simple police (état XXIII). — *8e groupe.* Contrainte par corps. Casier judiciaire (états XXIV et XXV). — Il est à remarquer que les états que nous avons classés dans un même groupe et qui ont trait à une même matière ne sont pas placés à la suite les uns des autres dans le cadre et se trouvent disséminés dans des pages différentes. Cela tient à deux causes : il faut tenir compte tout d'abord des nécessités typographiques; ainsi, pour prendre un exemple, la situation du parquet est donnée par les états II, III et X. Il eût été logique de donner à l'état X le n. IV et par suite de le placer immédiatement après l'état III, mais il est évident qu'en raison de ses dimensions, il ne pouvait figurer sur la première page. En second lieu, le cadre n. 1 ne comprenait pas, à l'origine, tous les tableaux qui y figurent aujourd'hui; c'est par suite d'heureuses additions et de modifications, fruit des études approfondies et constantes du bureau de la statistique, introduites peu à peu pendant une période de quatre-vingts ans, qu'il présente sa forme actuelle; or, on a voulu éviter, autant que possible, de trop profonds remaniements matériels et on a cherché aussi pour des raisons d'utilité pratique à ne pas changer le numérotage des états les plus importants.

85. — b) *Renseignements sur les officiers et agents de la police judiciaire.* — *Etat I.* — Le premier tableau a trait aux agents de la police judiciaire de l'arrondissement. Il indique le nombre de brigades de gendarmerie, de gendarmes composant ces brigades, de commissaires de police, d'agents de police, de maires, de gardes champêtres communaux, etc. Le nombre des maires est facile à établir, puisqu'il est égal à celui des communes de l'arrondissement; le nombre des commissaires de police est connu du procureur de la République à raison de ses fonctions ; les autres chiffres doivent être demandés aux différents chefs de service.

86. — c) *Situation du parquet.* — *Etats II, III, X.* — Ces états sont destinés à faire connaître la situation du parquet. L'état II indique d'abord les affaires antérieures au 1er janvier, sur lesquelles le chef du parquet n'avait pris encore à cette époque aucune détermination, ou qui n'étaient pas alors terminées, et ensuite les plaintes, dénonciations et procès-verbaux qui sont entrés au parquet pendant l'année du compte : soit qu'ils aient été reçus directement par le ministère public lui-même, soit qu'ils lui aient été adressés par les officiers auxiliaires de police judiciaire.

87. — L'état III a pour objet de faire connaître la première direction donnée aux plaintes, dénonciations et procès-verbaux parvenus au parquet. Ainsi il indique les affaires communiquées aux juges d'instruction, celles qui ont été portées à l'audience soit par le ministère public soit par les parties civiles, celles qui ont été renvoyées au tribunal de simple police ou devant une autre juridiction, celles qui ont été classées comme ne pouvant donner lieu à aucune poursuite et enfin celles sur lesquelles le ministère public n'avait encore pris aucune détermination au premier janvier de l'année du compte. Il faut remarquer : 1° que le total de l'état III doit être égal à celui de l'état II; 2° que le total de l'état II diminué du chiffre de la première ligne (affaires anciennes) doit reproduire le dernier numéro du registre des plaintes et procès-verbaux tenu au parquet. — Plusieurs chiffres de l'état III se retrouvent dans d'autres états. Ainsi la première ligne (affaires d'instruction) donne un nombre égal à celui qui figure à la deuxième ligne de l'état IV. Si toutes les affaires dont le tribunal a été saisi étaient jugées avant le 31 décembre, le chiffre de la deuxième ligne serait égal au nombre obtenu en additionnant les états généraux des colonnes 6, 7 et 8 de l'état XVII et en retranchant le total général de la colonne 31 de l'état XVII (jugements rendus pendant l'année du compte sur opposition à des jugements par défaut des années précédentes). Mais cette condition est rarement réalisée, d'autant plus que, comme nous le verrons, on ne porte pas à l'état XVII les jugements

frappés d'opposition ou d'appel, si, au 31 décembre, il n'a pas été encore statué sur ces recours. Aussi on peut dire que pour cette ligne il n'existe aucune concordance. La quatrième ligne reproduit le total général de la colonne 2 de l'état X. La cinquième est égale à la différence entre le total général de l'état II et le total des quatre premières lignes de l'état III. Aucun contrôle n'est possible en ce qui concerne spécialement le chiffre porté à la ligne 3, ce chiffre n'étant reproduit dans aucun autre état.

88. — L'état X donne le relevé des affaires classées au parquet : c'est le détail de la quatrième ligne de l'état III. La première colonne donne la nomenclature des crimes et celle des délits, puis viennent les morts accidentelles et les suicides. Les crimes et délits qui ne figurent pas dans la liste imprimée sont comptés sous les rubriques : *autres crimes* (ligne 20); — *autres délits ou faits non prévus* (ligne 60). La seconde colonne contient l'indication du nombre de chaque catégorie d'affaires; les quatre dernières colonnes précisent les motifs d'abandon : faits ne constituant ni crime ni délit; — auteurs inconnus; — faits sans gravité; — autres motifs. — La somme des chiffres des colonnes 3, 4, 5 et 6 figurant sur une même ligne doit être égale au chiffre de la colonne 2 de la même ligne. Le total général de la colonne 2 est égal au total général de ces quatre colonnes réunies et est aussi égal au chiffre de la ligne 4 de l'état III. Il y a lieu de remarquer aussi que le chiffre des *morts accidentelles* (ligne 61) et celui des *suicides* (ligne 62) doivent être portés dans les colonnes 2 et 3. En général, les chiffres des colonnes 2 et 3, ligne 61, sont égaux au total de la colonne 2 de l'état XI; de même les chiffres des colonnes 2 et 3, ligne 62, sont reproduits dans les totaux de la colonne 2 à l'état XII. Toutefois il en est autrement quand le fait qui plus tard a été reconnu n'être qu'un accident ou un suicide avait tout d'abord paru constituer un crime et donné, par suite, lieu à une information. En ce cas, en effet, la mort accidentelle ou le suicide ne figure pas à la ligne 61 ou 62 de l'état X, et est au contraire porté dans l'état XI ou XII.

89. — d) *Morts accidentelles et suicides.* — Les états XI et XII constituent la statistique des *morts accidentelles* et des *suicides.* — L'état XI comprend deux lignes consacrées : la première aux hommes, la seconde aux femmes. La colonne 2 indique pour chacune des deux catégories le nombre total des morts accidentelles; les colonnes 3 à 16 précisent la nature de l'accident. Chaque colonne est totalisée. — L'état XII est divisé en trois tableaux distincts. Le premier tableau distingue d'abord les sexes : il comprend une ligne pour les hommes, une ligne pour les femmes, une troisième ligne pour les totaux. La colonne 2 donne pour chaque sexe le total des suicides consommés ou tentés dans l'année. Les colonnes suivantes (3 à 13) permettent de se rendre compte de l'âge des suicidés : moins de 16 ans, 16 à 21, 21 à 25, 25 à 30, 30 à 40 et ainsi de suite jusqu'à 80 ans; la colonne 12 contient les suicidés de 80 ans et plus, et la colonne 13 ceux d'âge inconnu. — Les colonnes 14 à 19 les classent d'après leur état civil : célibataires; — mariés : avec enfants; sans enfants; — veufs : avec enfants; sans enfants; — état civil inconnu. — Enfin, les trois dernières colonnes ont trait au domicile (colonnes 20 et 21) : rural; urbain; inconnu. — Le deuxième tableau contient dans une première colonne les modes de perpétration du suicide. En regard de chaque mode, on indique dans la colonne 2 le total des suicides, puis on subdivise ce chiffre à l'aide des colonnes 3 (hommes) et 4 (femmes); enfin les colonnes 5 à 16 précisent dans quel mois les suicides de chaque catégorie se sont produits. Au-dessous de la ligne des totaux, deux lignes permettent, en distinguant les sexes, de faire un nouveau décompte des suicides qui se sont produits dans chaque mois de l'année. Enfin, le troisième tableau a pour objet de faire connaître les motifs présumés des suicides; ces motifs sont énumérés dans la colonne 1; le nombre des individus est inscrit dans la colonne 2 en regard du motif présumé; puis les colonnes 3 et 4 permettent de faire la distinction des sexes. Enfin, grâce aux colonnes 5 à 13, on arrive à diviser les suicidés de chaque catégorie (misère, perte d'emploi, embarras de fortune, etc..., etc...), suivant les professions qu'ils exerçaient. — Au-dessous de la ligne des totaux, deux lignes sont consacrées, la première, aux hommes, la seconde, aux femmes, et ont pour but de faire connaître, pour chaque profession, le nombre des suicidés de chacun des deux sexes. Il est superflu de faire remarquer qu'il doit y avoir concordance entre les chiffres des trois tableaux qui forment l'état XII. — V. *infrà*, v° *Suicide*, n. 45 et s.

90. — e) *Situation des cabinets d'instruction.* — *Etats IV, V, XII à XVI.* — Ces états donnent la situation des cabinets d'instruction. Le premier, l'état IV, relate le nombre des affaires dont le juge d'instruction a eu à s'occuper dans l'année du compte; dans ce chiffre, il ne peut pas faire figurer les commissions rogatoires : elles ne doivent être portées que dans l'état XVI qui leur est spécialement consacré. Sur une première ligne, on porte le nombre des affaires dont le juge d'instruction restait saisi de l'année précédente, c'est-à-dire toutes les affaires qui avaient été remises au juge d'instruction avant le 1er janvier et qui n'avaient pas encore été réglées par des ordonnances. Cette première ligne n'est que la reproduction de la sixième ligne de l'état V ou compte de l'année précédente. Sur la seconde ligne figure le chiffre des affaires dont le juge a été saisi pendant l'année; ce chiffre est précisément celui qui figure déjà sur la ligne 1 de l'état III. On additionne et l'on a ainsi, sur la troisième ligne, le total des affaires dont le juge a eu à s'occuper.

91. — L'état V fait connaître les résultats des affaires portées à l'état précédent; il est évident dès lors que les totaux des états IV et V doivent être égaux. La première ligne indique le nombre des affaires dont le juge d'instruction s'est dessaisi par des ordonnances portant qu'il n'y a lieu à suivre contre aucun des inculpés. Ce nombre est égal au chiffre que l'on obtient en additionnant : 1° les totaux généraux des colonnes 2, 3 et 4 de l'état XIII; 2° les chiffres des lignes 1 et 2 de l'état XIV. — Les lignes 2, 3 et 4 donnent les nombres des ordonnances portant renvoi de tous ou de quelques-uns des inculpés devant la chambre d'accusation, devant le tribunal correctionnel et enfin devant une autre juridiction. Une première remarque s'impose : lorsqu'une même ordonnance renvoie plusieurs prévenus devant des juridictions différentes, elle ne doit être comptée qu'une fois; si, par exemple, elle renvoie l'un des prévenus en simple police, l'autre en police correctionnelle, et le troisième devant la chambre d'accusation, c'est parmi les ordonnances portant renvoi devant cette chambre qu'elle doit être comprise. C'est en effet sa disposition la plus rigoureuse qui détermine la place qu'elle doit occuper. Les chiffres des lignes 2 et 4 ne peuvent être contrôlés à l'aide des autres états; quant au chiffre de la ligne 3, il doit être égal, dans un cas, au total général de la colonne 9 de l'état XVII : c'est quand il ne restait à juger au 1er janvier de l'année du compte aucune affaire renvoyée l'année précédente et que toutes les affaires renvoyées dans le courant de l'année du compte étaient jugées le 31 décembre. Mais le chiffre de la ligne 3 est inférieur à celui de la colonne 9 si, au 1er janvier de l'année du compte, il restait à juger des affaires anciennes; il lui est supérieur si, au 31 décembre, il y a, pour les affaires renvoyées par ordonnance du juge d'instruction, un arriéré supérieur à celui de l'année précédente. — Enfin, on porte dans l'état V : sur la ligne 5, les affaires évoquées par la cour d'appel ou terminées sans ordonnance (décès, transaction, etc.); sur la ligne 6, les affaires dont le juge d'instruction est resté saisi au 31 décembre.

92. — L'état XV, qui devrait logiquement prendre le n° VI, précise la durée des informations judiciaires, c'est-à-dire les délais qui se sont écoulés entre la date des réquisitoires introductifs et celle des ordonnances de toute espèce qui ont réglé les procédures terminées dans l'année. Il comprend deux colonnes. La première donne la nomenclature des délais : ordonnances rendues dans la première quinzaine; dans la deuxième quinzaine; dans le deuxième mois; dans le troisième mois; plus tard. Dans la seconde colonne, en regard de chaque délai, on porte le nombre des ordonnances rendues. Le total de cette colonne doit être égal à la somme des nombres qui figurent sur les quatre premières lignes de l'état V.

93. — L'état XIII est spécialement consacré aux ordonnances de non-lieu. La première colonne porte la nomenclature d'abord des crimes, puis des délits à l'occasion desquels ces ordonnances sont intervenues. Les colonnes suivantes forment trois parties distinctes. — La première partie (col. 2, 3 et 4) a trait aux affaires suivies d'ordonnances de non-lieu à l'égard de tous les inculpés. La première ligne de l'état V a déjà fourni un renseignement de cette nature; mais une remarque s'impose : dans l'état V, figurent toutes les ordonnances portant qu'il n'y a lieu à suivre contre aucun inculpé, sans distinguer entre les ordonnances frappées d'opposition et celles qui n'ont pas été suivies d'opposition. Au contraire,

l'état XIII ne comprend que les ordonnances non suivies d'opposition. Par conséquent, le total des col. 2, 3 et 4 de l'état XIII ne doit être égal au chiffre de la première ligne de l'état V, que lorsqu'il n'a été formé aucune opposition aux ordonnances de non-lieu qui sont intervenues; s'il en est intervenu, la différence entre les deux chiffres doit être égale à la somme des nombres portés sur les lignes 1 et 2 de l'état XIV. Les colonnes 2, 3 et 4 indiquent les motifs sur lesquels sont basées les ordonnances : faits ne constituant ni crime ni délit (col. 2), charges insuffisantes (col. 3), auteurs inconnus (col. 4). Dans la colonne 2, doivent être classés les faits dans lesquels on a pu craindre d'abord de trouver un crime ou un délit, mais que l'instruction a dépouillés de ce caractère; il en est ainsi, par exemple, quand l'instruction a révélé qu'il s'agit d'un suicide ou d'un accident et non d'un homicide; c'est là également qu'il faut porter les ordonnances de non-lieu intervenues dans les affaires d'infraction à interdiction de séjour et de vagabondage. — La seconde partie ne comprend que la colonne 5. Elle indique le nombre des affaires suivies d'ordonnances de non-lieu à l'égard de quelques-uns seulement des inculpés. — Enfin la troisième partie fait connaître, pour chaque nature d'affaires, le nombre des inculpés déchargés de poursuites; remarquons que, dans les colonnes précédentes, on ne s'occupe au contraire que du nombre des affaires. Les colonnes 6 et 7 qui forment la troisième partie divisent les inculpés en deux classes : 1° ceux qui ont été arrêtés et détenus jusqu'à l'ordonnance (col. 6); 2° ceux qui n'ont pas été arrêtés ou qui ont été mis en liberté provisoire. Le total de la colonne 6 doit être égal à celui de la colonne 4 de l'état XXII.

94. — L'état XIV fait connaître le nombre des oppositions formées aux ordonnances du juge d'instruction. A ce point de vue, les ordonnances sont divisées en deux catégories principales : ordonnances de non-lieu à suivre; autres ordonnances. Les ordonnances de non-lieu se subdivisent en : non-lieu à suivre contre tous les inculpés; non-lieu à suivre contre quelques-uns des inculpés. Enfin, pour chaque nature d'ordonnance, on distingue suivant que l'opposition a été formée par le ministère public ou par la partie civile.

95. — L'état XVI donne le relevé des commissions rogatoires. Il mentionne : 1° celles que le juge d'instruction a délivrées, en spécifiant quels magistrats ou officiers de police ont été chargés de l'exécution; 2° celles que le juge d'instruction (ou les juges d'instruction, dans les arrondissements où il en existe plusieurs ont reçues ou exécutées. Pour chacune de ces catégories, il y a lieu d'indiquer le nombre total des commissions délivrées ou reçues (col. 2), puis le délai dans lequel elles ont été exécutées (col. 3 à 7).

96. — f) *Détention préventive et liberté provisoire.* — *États VI à IX; état XXII.* — Ces cinq états ont trait à la détention préventive et à la liberté provisoire. L'état VI fait connaître le nombre des individus arrêtés. La première ligne indique le chiffre de ceux qui avaient été arrêtés avant le 1er janvier de l'année du compte et sur le sort desquels il n'avait pas été statué à cette date. Ce nombre est la reproduction de celui qui figurait sur l'avant-dernière ligne de la colonne 12 de l'état XXII du compte de l'année précédente. Le total est égal au total de la colonne 12 de l'état XXII (ligne 8), augmenté du chiffre de l'avant-dernière ligne de cette colonne (nombre de détenus sur le sort desquels il restait à statuer le 31 décembre).

97. — L'état XXII donne le détail de l'état VI. Une première colonne indique la durée de la détention préventive : moins de 1 jour; de 1 jour à 3 jours; de 4 à 8 jours; de 9 à 15 jours; de 16 jours à un mois; plus d'un mois. Les 10 colonnes suivantes font connaître comment la détention préventive a pris fin dans l'année du compte pour chaque catégorie de détenus classés suivant la durée de leur détention. Chacune des lignes est totalisée horizontalement dans la 12e colonne; puis chacune des colonnes est totalisée verticalement. Les modes suivant lesquels la détention préventive a pris fin, sont : mise en liberté ordonnée par le ministère public (col. 2); mise en liberté provisoire (col. 3); ordonnance de non-lieu (col. 4); acquittement ou remise aux parents (col. 5); condamnation à l'emprisonnement, en distinguant suivant que la peine est de trois mois et moins (col. 6) ou suivant qu'elle est de plus de trois mois (col. 7); condamnation à l'amende (col. 8); renvoi devant la chambre d'accusation (col. 9); renvoi devant une autre juridiction (col. 10); pour toute autre cause, notamment par suite de décès (col. 11). Les totaux horizontaux ne comportent aucun contrôle spécial; il en est de même des totaux des colonnes 2, 9, 10 et 11. Le total de la colonne 3 doit reproduire le total de l'état VII, le total de la colonne 4 est égal au total de la colonne 6 de l'état VIII; le total général des colonnes 5, 6, 7 et 8 (ligne 8) reproduit le total des colonnes 17 et 18 de l'état XVII, le total des deux colonnes 6 et 7 (ligne 7) est égal au total des chiffres portés dans les lignes 1, 6 et 7 de l'état XXI. Au-dessous de ces totaux, se trouvent deux lignes : la première (ligne 9) indique le nombre des détenus sur le compte desquels il restait à statuer au 31 décembre; nous avons vu que ce chiffre ajouté au total de la colonne 12 doit reproduire le total de l'état VI. La seconde ligne fait connaître le nombre des prévenus à l'égard desquels le jugement a ordonné que la détention préventive ne serait pas imputée sur la durée de la peine.

98. — Les états VII et VIII donnent le détail du chiffre global des mises en liberté provisoire que fournit l'état XXII. L'état VII spécifie le mode de mise en liberté : mainlevée en vertu de l'art. 94, C. instr. crim.; mainlevée conformément aux art. 129 et 131, C. instr. crim.; mainlevée en vertu de l'art. 113, § 2, C. instr. crim.; mainlevée par application de l'art. 5, L. 20 mai 1863; sur requête. L'état VIII fait la distinction entre les individus mis en liberté pure et simple et ceux mis en liberté sous caution. Enfin l'état IX indique le nombre des individus : 1° repris en vertu de nouveaux mandats; 2° qui ne se sont pas représentés devant la justice après avoir été mis en liberté provisoire; 3° dont la demande de mise en liberté provisoire a été rejetée définitivement.

99. — g) *Situation du tribunal correctionnel.* — *État XVII.* — L'état XVII est le plus important des états qui composent le cadre n. 1, tant par l'intérêt qu'il présente qu'en raison de ce fait que, de son exactitude, dépend celle de la plupart des autres états. Il présente le tableau des affaires et des prévenus jugés, soit contradictoirement, soit par défaut, par le tribunal correctionnel en tenant compte des décisions de la cour d'appel. Avant d'entrer dans l'examen de cet état, quelques explications préliminaires sont nécessaires : — 1° L'état XVII ne doit comprendre que les délits correctionnels; par suite, les appels de simple police ne sauraient y figurer. — 2° Lorsqu'un prévenu a été poursuivi à raison de plusieurs délits, on ne tient compte dans l'inscription de l'affaire que du fait le plus grave retenu par le tribunal. — 3° Si un fait, déféré comme délit au tribunal correctionnel, est reconnu ne constituer qu'une contravention (c'est ce qui se produit parfois pour le délit de coups et blessures qui, à la suite de l'instruction faite à l'audience, dégénère en contravention de violences légères), on inscrit cette contravention dans la colonne 1 à la suite des délits, mais on mentionne comment le tribunal a été saisi. Aucune difficulté n'existe si le tribunal a été saisi d'une contravention connexe à un délit; comme le fait le plus grave est seul mentionné, il ne sera pas tenu compte de la contravention.

100. — Lorsque le jugement intervenu est contradictoire et n'a pas été frappé d'appel, aucune difficulté ne saurait se produire pour l'inscription de l'affaire; il nous suffira de faire observer que, s'il a été prononcé une peine d'emprisonnement et une amende, il ne faut tenir compte que de la peine la plus grave qui est toujours celle de l'emprisonnement, quel que soit le chiffre de l'amende. Si le jugement a été rendu par défaut, il y a lieu de distinguer, suivant qu'il a été ou non frappé d'opposition dans le cours de l'année du compte. S'il y a eu opposition, mais s'il n'avait pas encore été statué sur cette opposition le 31 décembre, la condamnation par défaut doit être réputée non avenue, aux termes de l'art. 187, C. instr. crim.; par suite l'affaire doit être considérée comme n'ayant pas encore reçu de solution et ne peut figurer sur l'état XVII. Si au contraire, avant le 31 décembre, le jugement par défaut a été remplacé par un jugement contradictoire, ce dernier se substitue complètement à lui et doit être porté seul dans l'état XVII. S'il n'y avait pas encore d'opposition le 31 décembre au plus tard, le jugement par défaut est porté dans l'état XVII. Lorsqu'il est rendu dans l'année un jugement contradictoire sur opposition à un jugement par défaut rendu au cours d'une année antérieure, on le fait figurer sur l'état XVII, bien que l'affaire ait déjà été inscrite dans le compte de l'année où est intervenue la décision par défaut; mais on a soin en même temps d'en faire mention dans la colonne 31 qui donne le nombre des jugements rendus dans ces conditions. Si appel a été interjeté et si la cour a confirmé, cette circonstance est sans intérêt au point de vue de l'inscription de l'affaire; mais, s'il y a eu infirmation, il faut, dans les colonnes

afférentes au résultat des poursuites, mentionner le résultat consacré par l'arrêt de la cour d'appel; il n'est tenu aucun compte de la solution admise par le jugement. Si, au 31 décembre, il n'avait pas encore été statué sur l'appel, l'affaire ne peut figurer dans l'état XVII.

101. — Les jugements d'incompétence doivent-ils être portés sur cet état XVII? Si le jugement d'incompétence est passé en force de chose jugée, il ne doit pas être porté dans l'état XVII; il figurera seulement sur la ligne B de l'état XVII *ter*. Il en est de même lorsque la cour, sur appel, a déclaré l'incompétence. Si, au contraire, le tribunal s'étant déclaré incompétent, la cour infirme et juge le fond, l'affaire doit être portée sur l'état XVII, avec le résultat des poursuites résultant de l'arrêt de la Cour. La même règle doit être appliquée au cas où, sur appel d'un jugement interlocutoire, la cour évoque et statue au fond.

102. — L'état XVII est divisé en 34 colonnes. La colonne 1 contient l'énumération des infractions sur lesquelles le tribunal peut avoir été appelé à statuer. Cette liste est divisée en deux parties. La première comprend les principaux délits de droit commun, prévus tant par le Code pénal que par d'autres lois. A la suite du dernier délit mentionné, il a été laissé 11 lignes en blanc (lignes 43 à 53), pour ajouter les délits non prévus. Ils doivent être définis avec précision, dans les termes mêmes des lois pénales et avec indication des articles de loi visés. A cet égard, il sera bon, pour formuler la qualification, de se reporter à la liste donnée par l'état XXIX des comptes généraux. Dans l'inscription, il convient de suivre l'ordre rigoureusement alphabétique. A la suite de ces délits, une ligne est réservée sur laquelle on portera le total de chaque colonne, en regard de la mention : *Totaux des délits communs.* Puis vient la deuxième partie de la liste qui occupe le bas de la première colonne. Là sont mentionnées les infractions spéciales : contraventions aux lois et règlements sur les forêts, la pêche, les contributions indirectes, les douanes, les octrois, les postes, les mines, la marine, la police du roulage. La dernière ligne porte : *Totaux généraux;* sur cette ligne et dans chaque colonne, il faut indiquer le nombre obtenu en additionnant le total des délits communs avec les nombres afférents aux contraventions spéciales.

103. — Les colonnes 2 et 3 indiquent pour chaque catégorie d'infractions : 1° le nombre des affaires; 2° le nombre des prévenus. Par suite, à l'inspection de ces deux colonnes on peut savoir combien d'abus de confiance, d'attentats aux mœurs, de coups et blessures volontaires, de vols, etc., ont été jugés par le tribunal dans l'année et combien de prévenus étaient compris dans ces affaires.

104. — Les colonnes 4 à 9 font connaître comment le tribunal a été saisi. On distingue d'abord les poursuites sur citation directe des poursuites à la requête du ministère public. — Les poursuites directes se divisent en : 1° poursuites à la requête de la partie civile (col. 4); 2° poursuites à la requête d'une administration ou d'un établissement public (col. 5). — Quant aux poursuites exercées par le ministère public, on spécifie le mode employé pour saisir le tribunal : le tribunal a été saisi, soit directement (col. 6 à 8), soit par ordonnance du juge d'instruction (col. 9). La poursuite directe se subdivise à son tour : le procureur de la République a pu, en effet, soit recourir à la procédure de flagrant délit organisée par la loi du 20 mai 1863 (col. 6 et 7), soit donner une citation directe (col. 8). Au cas de flagrant délit, l'état XVII distingue suivant qu'il y a eu conduite immédiate à la barre (col. 6) ou citation après mandat (col. 7). Il est bon de remarquer que, sur chaque ligne, la somme des chiffres portés dans les colonnes 4 à 9 doit être égale au chiffre de la colonne 2.

105. — La colonne 3 nous a fait connaître le nombre global des prévenus pour chaque espèce de délits; les colonnes 10 à 15 vont maintenant compléter ces renseignements par l'indication du sexe et de l'âge. — Les prévenus sont divisés en deux catégories suivant leur sexe : hommes (col. 10 à 12); — femmes (col. 13 à 15). Chacune de ces catégories est subdivisée en trois séries d'après l'âge : moins de seize ans (col. 10 et 13); — seize à vingt et un ans (col. 11 et 14); — plus de vingt et un ans (col. 12 et 15). — Sur chaque ligne, le total des nombres portés dans les colonnes 10 à 15 doit être égal à celui qui figure dans la colonne 3.

106. — Les colonnes 16 à 18 indiquent le nombre des individus arrêtés avant le jugement. On distingue, d'abord, suivant qu'ils ont été mis en liberté provisoire (col. 16) ou qu'ils ont été détenus jusqu'au jugement (col. 17 et 18). Pour les individus qui n'ont pas bénéficié de la liberté provisoire, il faut classer dans une colonne (col. 17) ceux qui ont été détenus en vertu de la loi du 20 mai 1863, sur les flagrants délits, et dans une autre (col. 18) ceux qui ont été détenus en vertu du Code d'instruction criminelle.

107. — La colonne 19 permet de constater le nombre des prévenus qui ont été jugés correctionnellement en vertu de l'art. 68 du Code pénal. Il est à remarquer que, sur chaque ligne, ce chiffre doit être inférieur ou égal à la somme des chiffres des colonnes 10 et 13.

108. — Les résultats des poursuites sont consignés dans les colonnes 20 à 29. Les prévenus sont d'abord classés en deux catégories : acquittés (col. 20 à 23), — condamnés (col. 24 à 26). — Les individus acquittés purement et simplement sont portés dans la colonne 20. Quant aux mineurs de seize ans, s'ils ont été acquittés comme ayant agi sans discernement, une distinction est faite suivant qu'ils ont été remis à leurs parents ou à un tiers (col. 21) ou qu'ils ont été envoyés dans une maison de correction (col. 22 et 23). Dans ce dernier cas, il y a lieu de tenir compte du temps pour lequel ils ont été mis en correction : plus d'un an (col. 22) ou un an et moins (col. 23). Les mineurs acquittés purement et simplement figurent dans la colonne 20; les mineurs condamnés comme ayant agi avec discernement sont portés dans les colonnes 24 à 26. — Pour les condamnés, on distingue ceux qui ont été condamnés à l'emprisonnement avec ou sans amende (col. 24 et 25) de ceux qui sont condamnés à l'amende seulement (col. 26). Les condamnés à l'emprisonnement sont subdivisés en : condamnés à plus d'un an (col. 24); condamnés d'un an et moins (col. 25). — Sur chaque ligne, le total des colonnes 20 à 26 doit être égal au nombre porté dans la colonne 3. Les colonnes 27 et 28 indiquent le nombre des condamnés : 1° auxquels certains lieux sont interdits (col. 27); 2° qui ont été interdits des droits mentionnés dans l'art. 42 du Code pénal (col. 28). — Le nombre des condamnés en faveur desquels les circonstances atténuantes ont été admises, est porté dans la colonne 29.

109. — La colonne 30 donne le montant des frais pour les affaires de chaque espèce. On doit relever dans cette colonne les frais visés en débet comme ceux qui ont été payés, sans omettre ceux des affaires jugées à la requête des parties civiles ou des administrations publiques, ou ceux des affaires suivies d'acquittement. Les droits de poste doivent être relevés dans toutes les affaires; il faut comprendre aussi les frais de jugement et ceux qui en sont la conséquence, quand il y a eu condamnation : extrait pour l'enregistrement, bulletin n. 1, inscription sur le registre des condamnations, extrait pour le gardien-chef. Il faut négliger les fractions.

110. — Les trois dernières colonnes sont relatives à la déchéance de la puissance paternelle (col. 32); au sursis à l'exécution de la peine (col. 33); aux poursuites pour ivresse en même temps que pour d'autres délits (col. 34).

111. — *Etat XVIII.* — Cet état n'est qu'une récapitulation des résultats fournis par les colonnes 4 à 9 de l'état XVII; il fait connaître la durée des affaires jugées par le tribunal correctionnel à partir du jour de l'infraction et en tenant compte des parties poursuivantes. La 1re colonne contient l'énumération des délais, divisés en sept catégories distinctes : affaires jugées immédiatement; le lendemain du délit; le 3e jour; dans un délai de 4 à 8 jours, de 9 à 15 jours, de 16 jours à un mois; après un plus long délai. Le nombre des affaires jugées dans le délai correspondant à chacune de ces catégories est divisé et les fractions en sont réparties entre 3 colonnes correspondant aux parties poursuivantes : parties civiles (col. 2), administrations publiques (col. 3), ministère public (col. 4). Les chiffres portés sur chaque ligne horizontale dans les 3 colonnes sont totalisés à droite dans une 5e colonne; les chiffres de chaque colonne sont totalisés au bas de cette colonne. Le total de la colonne 5 est en même temps le total de la dernière ligne horizontale de l'état; il doit reproduire le total général de la colonne 2 de l'état XVII. Le total de la colonne 2 est égal au total général de la colonne 4 de l'état XVII; celui de la colonne 3 est égal au total général de la colonne 5 de l'état XVII; enfin celui de la colonne 4 est égal à la somme des totaux généraux des colonnes 6 à 9 de l'état XVII.

112. — *Etats XIX et XX.* — Les résultats généraux fournis par les colonnes 10 à 34 de l'état XVII se trouvent récapitulés sous une autre forme et à des points de vue spéciaux dans deux

autres états. L'état XIX fait connaître le résultat des poursuites relativement au sexe et à l'âge des prévenus. Cet état est divisé verticalement en deux parties : 1° prévenus de délits communs (1er total de l'état XVII, porté sur la ligne 54) ; 2° prévenus de contraventions spéciales (10 dernières lignes de l'état XVII). La 1re colonne contient les indications de sexe et d'âge, en regard desquels les nombres seront portés dans chacune des 14 autres colonnes. Dans la première partie (délits communs), les prévenus sont divisés suivant leur sexe : d'abord les hommes, puis les femmes. Chaque catégorie est subdivisée en 3 séries basées sur l'âge : moins de seize ans; seize à vingt et un ans; plus de vingt et un ans. — Dans la 2e partie (contraventions spéciales), on ne considère que le sexe et on ne tient pas compte de l'âge. Cette partie ne comprend donc que 2 lignes : 1° hommes; 2° femmes. La colonne 2 donne pour chaque catégorie le nombre total des prévenus. Les nombres portés dans les 6 premières lignes de cette colonne reproduisent respectivement les chiffres du premier total (délits communs) des colonnes 10 à 15 de l'état XVII; ainsi le chiffre de la 1re ligne est égal au 1er total de la colonne 10, celui de la 2e ligne au 1er total de la colonne 11 et ainsi de suite. Le chiffre de la 7e ligne est égal au total des nombres portés dans les 10 dernières lignes (contraventions spéciales) des colonnes 10, 11 et 12 de l'état XVII, le chiffre de la 8e ligne est égal au total des nombres portés dans les 10 dernières lignes des colonnes 13, 14 et 15 de l'état XVIII. Le total de la colonne 2 est égal au total général de la colonne 3 de l'état XVII. — Les colonnes 3 à 6 donnent les résultats des poursuites; elles font connaître le nombre des prévenus acquittés (col. 3); celui des jeunes vagabonds auxquels certains lieux sont interdits (col. 4); le nombre des prévenus condamnés à l'amende (col. 5); celui des prévenus condamnés à l'emprisonnement (col. 6). Dans cette colonne 6 doivent être portés, comme s'ils avaient été condamnés à l'emprisonnement, les jeunes prévenus acquittés comme ayant agi sans discernement et envoyés dans une maison de correction. Sur chaque ligne, le total des chiffres des colonnes 3 à 6 doit être égal au nombre porté dans la colonne 2. La somme des 4 nombres portés sur les lignes 1 et 4 des colonnes 3 et 4 sera souvent égale au 1er total (délits communs) de la colonne 21 de l'état XVII; mais elle pourra être supérieure dans le cas où certains mineurs de seize ans ont été acquittés comme ayant agi sans discernement : ils figurent dans la colonne 3 de l'état XIX et, sur l'état XVII, ils sont portés dans la colonne 20, avec les prévenus majeurs. — Les colonnes 7 à 11 ne forment qu'un examen détaillé des chiffres de la colonne 6. Cette colonne 6 donne le nombre des individus condamnés à l'emprisonnement; les colonnes 7 à 11 vont préciser la durée de la peine. Ces colonnes sont réparties en deux groupes : 1° un an et moins; 2° plus d'un an. Le 1er groupe se subdivise en : 1° moins de six jours (col. 7); 2° six jours à un an inclusivement (col. 8). Le 2e groupe est divisé en : 1° un an et un jour (col. 9); 2° plus d'un an et un jour à cinq ans inclusivement (col. 10); 3° plus de cinq ans (col. 11). Sur chaque ligne, le total des 5 colonnes doit reproduire le chiffre correspondant de la colonne 6. — Enfin les colonnes 12 à 15 donnent des renseignements complémentaires. Elles font connaître le nombre : 1° des condamnés auxquels certains lieux sont interdits (col. 12); 2° de ceux qui sont interdits des droits mentionnés en l'art. 42, C. pén. (col. 13); 3° de ceux en faveur desquels a été ordonné le sursis (col. 14); 4° de ceux en faveur desquels les circonstances atténuantes ont été admises (col. 15). Il doit y avoir concordance entre les totaux des 6 premières lignes de la colonne 12 et le 1er total (délits communs) de la colonne 27 de l'état XVII; de la colonne 13 et le 1er total de la colonne 28 de l'état XVII; de la colonne 14 et le 1er total de la colonne 33 de l'état XVII; de la colonne 15 et le 1er total de la colonne 29 de l'état XVII. Enfin les totaux des colonnes 12, 13, 14 et 15 de l'état XIX doivent être respectivement égaux aux totaux généraux des colonnes 27, 28, 33 et 29 de l'état XVII.

113. — L'état XX récapitule l'état XVII en se plaçant au point de vue des parties poursuivantes. La 1re colonne contient l'indication des parties poursuivantes : 1° partie civile; 2° administrations publiques; 3° ministère public. La 2e colonne donne le nombre des prévenus qui ont été poursuivis à la requête de chacune des parties mentionnées dans la 1re colonne. Remarquons de suite que des indications de même nature se trouvent déjà dans les colonnes 4 à 9 de l'état XVII, mais que, dans l'état XVII, on ne considère que le nombre des affaires, tandis que l'état XIX s'occupe des prévenus. Par conséquent, les chiffres de l'état XIX doivent toujours être au moins égaux et le plus souvent supérieurs à ceux des colonnes 4 à 9 de l'état XVII. Ainsi le chiffre de la 1re ligne de la colonne 2 doit être au moins égal à celui du total général de la colonne 4 de l'état XVII; celui de la 2e ligne est au moins égal à celui du total général de la colonne 5 de l'état XVII; celui de la 3e ligne est au moins égal à celui obtenu en additionnant les totaux généraux des colonnes 6, 7, 8 et 9 de l'état XVII. Le total de la 2e colonne doit être égal au total de la colonne 2 de l'état XIX et, par suite, au total général de la colonne 3 de l'état XVII. — Les 3 colonnes suivantes font connaître les résultats des poursuites dirigées à la requête de chacune des trois catégories de parties poursuivantes. Elles indiquent : 1° le nombre des prévenus acquittés (et des mineurs de seize ans remis à leurs parents ou auxquels certains lieux ont été interdits (col. 3); 2° le nombre des prévenus condamnés à l'amende (col. 4); 3° le nombre des prévenus condamnés à l'emprisonnement et des mineurs envoyés en correction (col. 5). Le total de la colonne 3 doit être égal aux totaux additionnés des colonnes 3 et 4 de l'état XIX; les totaux de chacune des colonnes 4 et 5 sont respectivement égaux aux totaux des colonnes 5 et 6 de l'état XIX; le total général des 3 colonnes 3, 4 et 5 doit reproduire le total de la colonne 2. Enfin la colonne 6 fait connaître le nombre des *affaires* dans lesquelles le seul prévenu ou tous les prévenus ont été acquittés.

114. — *États XXI, XVII bis et XVII ter.* — Ces trois états viennent encore compléter les indications fournies par l'état XVII, mais tandis que les états XVIII, XIX et XX forment des récapitulations générales, à des points de vue spéciaux, des indications fournies par l'état XVII soit sur le nombre des affaires jugées, soit sur le nombre et le sort des prévenus, les états XXI, XVII *bis* et XVII *ter* n'ont trait qu'à un point spécial : ils donnent le détail des renseignements fournis en bloc par une colonne déterminée de l'état XVII.

115. — Les états XXI et XVII *bis* ont trait aux peines d'emprisonnement et aux envois en correction. L'état XXI fait connaître quelles peines d'emprisonnement et quels envois en correction ont été exécutés et dans quel délai l'exécution a eu lieu. Cet état ne comprend que deux colonnes : l'une dans laquelle sont imprimées les diverses mentions; l'autre, où sont portés les nombres en regard de ces mentions. Il est divisé verticalement en deux parties : condamnés écroués; condamnés non écroués. Les condamnés écroués sont répartis en quatre catégories, suivant le délai dans lequel l'écrou a été effectué : immédiatement (arrêtés avant le jugement ou l'arrêt); dans le premier mois de la condamnation; dans les 2e et 3e mois; plus tard. Pour les condamnés non écroués, on précise les motifs pour lesquels il n'y a pas eu exécution : bénéfice du sursis; peine subie au moment du jugement par suite de l'imputation de la prison préventive; en fuite; décédés; graciés; par suite de transaction avec l'administration poursuivante; pour tout autre motif. Pour les individus qui ont bénéficié du sursis, on fait une subdivision : sans détention préventive; après détention préventive. Il y a à observer, pour la rédaction de cet état, les concordances suivantes : 1° en additionnant les chiffres de la 1re, de la 6e et de la 7e lignes, on doit trouver le total général donné par les colonnes 6 et 7 réunies de l'état XXII; 2° la somme des deux nombres portés sur les lignes 5 et 6 est égale au total des deux colonnes du 1er tableau de l'état XVII *bis*; 3° le total de l'état XXI est égal au total de la colonne 6 de l'état XIX; par suite, il est aussi égal : *a*) au total de la colonne 5 de l'état XX; *b*) à la somme des totaux généraux des colonnes 22, 23, 24 et 25 de l'état XVII. — L'état XVII *bis* a trait aux sursis à l'exécution de la peine (L. 26 mars 1891). — On connaît déjà le nombre total des sursis accordés. On sait de plus : 1° dans quelles affaires le bénéfice du sursis a été accordé (col. 33 de l'état XVII); 2° quel est le sexe et l'âge des prévenus qui en ont bénéficié (col. 14 de l'état XIX); 3° le nombre des condamnés à l'emprisonnement qui en ont bénéficié (lignes 5 et 6 de l'état XXI). La première partie de l'état XVII *bis* va maintenant nous indiquer dans une 1re colonne (hommes), puis dans une 2e colonne (femmes), pour chaque catégorie de condamnés ayant bénéficié du sursis (condamnés à l'emprisonnement, condamnés à l'amende), quelle était exactement la peine prononcée : d'une part, emprisonnement de moins de 6 jours, de 6 jours à 1 mois, de plus de 1 mois à 3 mois, de 3 mois et 1 jour à 6 mois, de 6 mois et 1 jour à un an, de plus d'un an; — d'autre part, amende de moins de 16 fr., de 16 à 25 fr., de 26 à 100 fr., de 101 à 500 fr., de 501 à 1,000 fr., de plus de 1,000 fr. — Remarquons qu'il n'existe pas de concordance entre les totaux des

colonnes 33 de l'état XVII et 14 de l'état XIX, d'une part, et la somme des totaux des 4 colonnes de l'état XVII *bis*, d'autre part. En effet, dans les états XVII et XIX, un condamné qui a bénéficié du sursis, tout à la fois pour l'emprisonnement et pour l'amende prononcée par un même jugement, ne compte que pour une unité; au contraire, dans l'état XVII *bis*, il figure deux fois, d'abord dans le décompte des peines d'emprisonnement, puis dans celui des peines d'amende. La seule concordance est celle déjà signalée existant entre la somme des deux totaux du tableau de l'emprisonnement de l'état XVII *bis* et la somme des lignes 5 et 6 de l'état XXI. — La seconde partie de l'état XVII *bis* est relative aux révocations de sursis. Le nombre des sursis révoqués doit comprendre tous les individus condamnés antérieurement, soit par le tribunal d'où émane l'état, soit par d'autres tribunaux, qui, dans l'année du compte, ont encouru une peine d'emprisonnement précédée d'une première peine prononcée avec sursis. Ce tableau indique le nombre des révocations en précisant l'année dans laquelle le sursis avait été accordé.

116. — L'état XVII *ter* comprend deux parties. La première donne le nombre des jugements par défaut. Il les divise en jugements signifiés (lignes 1 à 3) et en jugements non signifiés (ligne 4). Pour les jugements signifiés, on les classe en deux catégories : non suivis d'opposition (ligne 1); suivis d'opposition (lignes 2 et 3). Ces derniers se subdivisent en : jugements maintenus (ligne 2) et jugements rapportés ou modifiés (ligne 3). Pour chaque catégorie, on répartit les nombres entre deux colonnes comprenant, l'une, tous les délits communs (53 premières lignes de la colonne 1 de l'état XVII), l'autre, les contraventions spéciales (10 dernières lignes de la colonne 1 de l'état XVII). Cette première partie se termine par l'indication du nombre des jugements par défaut non suivis d'opposition et exécutés. — Dans sa deuxième partie, l'état XVII *ter* indique le nombre des jugements et arrêts d'incompétence, en distinguant entre les délits communs et les contraventions spéciales. On ne doit y mentionner que les jugements du tribunal correctionnel et les arrêts de la chambre des appels correctionnels, passés en force de chose jugée; ces décisions ne sont portées que sur cet état : elles ne figurent pas à l'état XVII.

117. — b) *Affaires de simple police.* — *Etat XXIII.* — L'état XXIII n'est que la récapitulation de tous les comptes fournis par les juges de paix de l'arrondissement. Il comprend quatre parties distinctes. — La première est, pour les affaires de simple police, ce que sont les états X et XVII réunis pour les affaires correctionnelles : il donne le tableau des jugements rendus et le résultat des poursuites à l'égard des inculpés. Elle se compose de 13 colonnes. La première est destinée à la nomenclature des infractions; cette nomenclature est divisée en quatre paragraphes : 1° sûreté et tranquillité publiques; 2° propreté et salubrité publiques; 3° contraventions rurales; 4° contraventions diverses. Dans chaque paragraphe, sont énumérées les contraventions les plus fréquentes et les plus graves; lorsque le compte d'un tribunal en mentionne qui ne figurent pas dans cette liste, on les classe, à chaque catégorie, sous la rubrique « *autres* ». Les colonnes 2 à 5 font connaître le nombre des jugements rendus. Les colonnes 2 et 3 les divisent en jugements contradictoires et en jugements par défaut; on distingue ensuite suivant que la poursuite a été faite à la requête du ministère public (col. 4) ou à la requête de la partie civile (col. 5). La colonne 6 indique le nombre des inculpés. Les colonnes 7 à 10 précisent les résultats par rapport à ces inculpés : acquittés (col. 7); inculpés à l'égard desquels le tribunal s'est déclaré incompétent (col. 8); condamnés à l'amende (col. 9); condamnés à l'emprisonnement (col. 10). La colonne 11 indique le nombre des jugements susceptibles d'appel et la colonne 12 celui des appels formés; nous verrons que la quatrième partie de l'état XXIII vient compléter les renseignements relatifs aux appels. Enfin, dans la colonne 13 est mentionné, pour chaque catégorie de contraventions, le nombre des procès-verbaux classés sans suite. — La deuxième partie de l'état XXIII (col. 14 et 15) comprend deux colonnes. Dans la première (col. 14), on inscrit d'abord le tribunal de simple police du chef-lieu d'arrondissement judiciaire, puis, dans l'ordre alphabétique, les noms des divers cantons. En regard du nom de chaque tribunal de simple police, on porte dans la colonne 15 le nombre des jugements de simple police rendus. Le total de cette colonne 15 doit être égal à la somme des totaux des colonnes 2 et 3 qui elle-même est égale à la somme des totaux des colonnes 4 et 5. — La troisième partie (col. 16 et 17) a trait aux informations au criminel, soit au cas de flagrant délit, soit par délégation ou en vertu de commissions rogatoires, soit à la demande du ministère public. On porte, dans la colonne 16, le nombre des affaires, et, dans la colonne 17, le nombre des témoins entendus. — Enfin, au-dessous des colonnes 14 à 17, se trouve le relevé des jugements de simple police portés sur appel devant les tribunaux de police correctionnelle et qui forme la quatrième partie de l'état XXIII. Il indique simplement le nombre des jugements confirmés et celui des jugements infirmés. Le total peut être égal à celui de la colonne 12; mais il peut être aussi supérieur ou inférieur, suivant qu'il restait à juger des appels de l'année précédente ou qu'il n'a pas été statué sur tous les appels interjetés dans l'année.

118. — i) *Contrainte par corps.* — *Casier judiciaire.* — *Etats XXIV et XXV.* — L'état XXIV a pour objet l'exécution de la contrainte par corps. Dans la première colonne, les condamnés sont répartis en deux catégories : 1° condamnés en matière criminelle, correctionnelle et de police; 2° délinquants forestiers. Dans chacune de ces catégories, on distingue les condamnés solvables des condamnés insolvables. On indique, pour chacune des catégories, le nombre des délinquants détenus, dans l'une des colonnes 2 à 8, suivant la durée de la détention. On totalise les nombres de chaque ligne horizontale dans la colonne 9.

119. — L'état XXV a trait au casier judiciaire. On établit d'abord le nombre des *bulletins n. 1* rédigés pendant l'année, en distinguant entre : 1° les condamnés originaires de l'arrondissement; 2° les condamnés originaires d'autres arrondissements; 3° les condamnés d'origine étrangère; 4° les condamnés dont l'origine est restée inconnue. Puis on porte le nombre des *bulletins n. 1* classés, pendant l'année, dans le casier, quelle que soit leur provenance. On donne ensuite le relevé du nombre des *bulletins n. 2*, puis des *bulletins n. 3* délivrés pendant l'année. Les bulletins n. 3 ne sont délivrés qu'aux particuliers; il n'en est pas de même des bulletins n. 2; aussi on doit distinguer pour ceux-ci suivant qu'ils ont été délivrés à la requête des magistrats du parquet ou de l'instruction, à celle des administrations publiques de l'Etat, à celle des juges de paix et des présidents des tribunaux de commerce, à des sociétés de patronage. Enfin, on indique sur les lignes suivantes : 1° le nombre des bulletins extraits du casier pendant l'année (octogénaires, amnistie, décès ou autre motif); 2° le nombre des bulletins existant dans le casier au 31 décembre; 3° le nombre des individus que concernent ces bulletins.

120. — II. *Etats annexes.* — a) *Etats des récidives.* — L'origine de l'état des récidives remonte, comme nous l'avons vu (*suprà*, n. 79 et 80), à la circulaire du garde des Sceaux du 3 oct. 1828; d'abord semestriel, cet état est devenu annuel et forme le cadre n. 5 de la statistique criminelle. Actuellement, il comprend trois états distincts portant les n. 1, 2 et 3. Il ne faut pas porter dans ces états : 1° les acquittements (Circ. Chanc., 8 déc. 1875); 2° les jugements déclaratifs de faillite (Circ. Chanc., 3 déc. 1864); 3° les décisions qui rendent à leurs parents des enfants acquittés comme ayant agi sans discernement; quant à celles qui les envoient dans des maisons de correction, elles sont assimilées aux condamnations à l'emprisonnement pour les décisions rendues dans le cours de l'année (Circ. Chanc., 1er déc. 1883).

121. — Il faut remarquer tout d'abord que le même individu ne doit figurer qu'une fois sur l'état des récidives. Son inscription sur l'un ou l'autre des cahiers est déterminée, soit par la nature des condamnations qu'il a encourues avant l'année du compte, soit par celle de la première des peines prononcées contre lui pendant cette même année, s'il n'a pas été condamné antérieurement (Circ. Chanc., 1er déc. 1883). Ainsi, quand un individu *repris de justice* a été condamné, plusieurs fois dans l'année du compte, par le tribunal dont émane l'état, les condamnations antérieures sont inscrites dans la colonne 3 de l'état, si cet individu figure sur l'état 1 ou sur l'état 2, et dans les colonnes 3 à 8, s'il s'agit de l'état 3, et celles qui ont été prononcées dans l'année du compte par ce même tribunal sont portées, dans les colonnes 5 à 9, sur les états 1 ou 2, et par ordre de date dans les colonnes 9 à 13, sur l'état 3. Si le prévenu condamné plusieurs fois dans l'année du compte n'avait pas d'antécédents judiciaires, et s'il s'agit de l'état 1 ou de l'état 2, on compte la première condamnation dans la colonne 3 et les autres sont portées dans les colonnes 5 à 9; s'il s'agit de l'état 3, on porte la première condamnation dans les colonnes 3 à 8 et les autres dans les colonnes 9 à 13. Lorsqu'un prévenu a été jugé

en même temps pour plusieurs délits, il importe d'énoncer d'abord, dans la colonne 5 de l'état 1 ou de l'état 2, le délit sous lequel ce prévenu a été classé dans le tableau XVII du compte; s'il s'agit d'une inscription sur l'état 3, c'est dans la colonne 9 de cet état qu'il faut mentionner le délit sous lequel ce prévenu a été classé dans le tableau XVII du compte.

122. — L'état n. 1 (papier chamois) est l'état alphabétique des individus condamnés (sauf en matière forestière) pendant l'année du compte par le tribunal correctionnel et qui n'avaient précédemment encouru que des peines pécuniaires prononcées par toute autre juridiction que celle de simple police. Cet état est divisé en 9 colonnes. La 1re est destinée à recevoir la série des numéros d'ordre. On indique : dans la colonne 2, les nom, prénoms, âge, lieu de naissance (en précisant l'arrondissement d'origine), le domicile et la profession du prévenu; dans la colonne 3, le *nombre* des condamnations antérieures; dans la colonne 4, la date de la *première* de ces condamnations antérieures. — Les colonnes 5 à 9 sont destinées à faire connaître toutes les condamnations prononcées dans l'année du compte, quand le prévenu avait été condamné antérieurement, et toutes ces condamnations, sauf la première (qui alors est portée dans les colonnes 3 et 4), quand il n'existe aucune condamnation antérieure. Ces colonnes font connaître : la nature du délit (col. 5); la date du délit (col. 6); la date du jugement (col. 7); la nature et la durée des peines principales et accessoires prononcées par le tribunal, alors même que le jugement a été modifié en appel (col. 8); le résultat de l'appel formé contre le jugement (col. 9).

123. — L'imprimé envoyé par la Chancellerie ne forme que la feuille de tête; on y ajoute des intercalaires en quantité suffisante, suivant le nombre des noms qui doivent y être portés. Le verso de la quatrième page de cette feuille contient 3 états récapitulatifs : Etats A, B et C. Il est bon de faire remarquer que, dans tous les états récapitulatifs, on doit prendre pour base le nombre des condamnations et non celui des récidivistes : dans les deux tableaux A et B, les récidivistes doivent être portés autant de fois qu'ils ont encouru de condamnations prononcées pendant l'année par le tribunal dont émane l'état; en un mot, le total de chacun des tableaux récapitulatifs doit être rigoureusement le même que celui des condamnations inscrites dans les colonnes 5 à 9 (ou 9 à 13, s'il s'agit de l'état n. 3) de l'état nominatif (Circ. Chanc., 28 déc. 1893). — L'Etat A indique, en distinguant entre les hommes (1re ligne) et les femmes (2e ligne), le nombre des jugements ou arrêts de condamnation prononcés dans l'année du compte contre ces récidivistes. Le total doit être égal au nombre des condamnations inscrites dans les colonnes 5 à 9; par suite, lorsqu'un prévenu n'avait pas été condamné antérieurement à l'année du compte, la première condamnation prononcée dans cette année et formant le premier terme de la récidive ne doit pas être comptée dans l'état A, de même qu'elle ne figure pas dans les colonnes 5 à 9. — L'état B récapitule les condamnations prononcées dans l'année du compte en les classant par nature de délits. La première colonne contient la liste des principaux délits et se termine par la rubrique « autres délits et contraventions », sous laquelle on classe toutes infractions qui ne figurent pas dans la liste. Les colonnes suivantes indiquent, pour chaque espèce de délits : le nombre des jugements ou arrêts de condamnation rendus dans l'année du compte (col. 2); la décision du tribunal ou de la cour (amende, emprisonnement ou envoi en correction pour un an au moins, pour un an et un jour à cinq ans exclusivement, pour cinq ans, pour plus de cinq ans) (col. 3 à 7). Le total doit être égal à celui de l'état A. Enfin l'état C indique, pour chacune des dix dernières années, y compris l'année du compte, le nombre des récidivistes qui avaient été condamnés pour la première fois dans cette année; pour ceux qui avaient été condamnés dans la onzième année et ceux qui avaient été condamnés antérieurement, on les compte en bloc, sans distinction d'année.

124. — L'état n. 2 (papier bleu) est l'état alphabétique des individus condamnés (sauf en matière forestière), pendant l'année du compte, par le tribunal correctionnel et qui avaient précédemment encouru une peine corporelle d'une durée ne dépassant pas un an, prononcée par toute autre juridiction que celle de simple police. Cet état est identique à l'état n. 1 que nous avons analysé, sauf en ce qui concerne le recto de la feuille de tête. Sur l'état n. 1, ce recto ne porte que l'intitulé et les observations générales, sur le recto de l'état n. 2 figure en outre un état indiquant le nombre des récidivistes compris dans l'état et qui ont été condamnés dans l'année du compte à la relégation. Une première colonne contient l'énumération des délits qui ont pu motiver l'application de la relégation; en regard de chaque délit, on inscrit, dans la colonne 2, le nombre des hommes; dans la colonne 3, celui des femmes.

125. — L'état n. 3 (papier blanc) est un état alphabétique des individus condamnés (sauf en matière forestière), pendant l'année du compte par le tribunal correctionnel dont émane l'état et qui avaient précédemment encouru une peine corporelle d'au moins un an et un jour prononcée par une juridiction répressive, quelle qu'elle soit (Haute cour de justice, cour d'assises, tribunal correctionnel, conseil de guerre militaire ou maritime, etc.). Cet état comprend 14 colonnes. La 1re contient les numéros d'ordre; la 2e, les noms, prénoms, âge, lieu de naissance, domicile et profession du prévenu. Les colonnes 3 à 8 fournissent les indications sur les condamnations antérieures : 1° cour ou tribunal qui a statué (en indiquant le tribunal, lorsque la condamnation antérieure a été prononcée dans l'année du compte par une cour d'appel) (col. 3); 2° date de chaque condamnation (col. 4); 3° nature des faits (col. 5); 4° nature et durée des peines prononcées (col. 6); 5° époque précise de la libération (col. 7); 6° décisions gracieuses intervenues (col. 8). Toutefois les colonnes 6 et 7 ne doivent être remplies que pour les peines de travaux forcés, de la réclusion, de l'emprisonnement de plus d'un an et des détentions correctionnelles de plus d'un an prononcées en vertu des art. 66 et 67, C. pén., dont les condamnés ont été libérés pendant les cinq dernières années. Les colonnes 9 à 13 contiennent l'analyse des condamnations prononcées dans l'année du compte par le tribunal dont émane l'état : 1° nature des délits qui les ont motivées (col. 9); 2° dates de ces délits (col. 10); 3° dates des jugements (col. 11); 4° nature et durée des peines principales et accessoires prononcées par le tribunal (col. 12); 5° résultat des appels formés contre les jugements (col. 13). La colonne 14 est destinée aux observations.

126. — Au verso du dernier feuillet, se trouvent, comme dans les états n. 1 et n. 2, trois tableaux récapitulatifs. Le tableau A donne le nombre des jugements (col. 12 de l'état alphabétique) ou des arrêts (col. 13 de l'état alphabétique) prononcés dans l'année du compte contre des individus dont la peine antérieure la plus forte était celle : 1° des travaux forcés; 2° de la réclusion ou de la détention; 3° de plus d'un an d'emprisonnement, de travaux publics ou de détention correctionnelle. Les nombres se portent sur chacune de ces trois lignes dans une 1re colonne, pour les hommes, dans une 2e colonne, pour les femmes. Les deux nombres de chaque ligne sont totalisés dans une 3e colonne; chaque colonne verticale est en outre totalisée. — Le tableau B est, comme dans les états n. 1 et n. 2, une récapitulation par nature de délits. Il en diffère en ce que, outre les 6 colonnes destinées à recevoir les nombres qui figurent sur les tableaux récapitulatifs de ces deux états, il contient trois autres colonnes placées avant celles-ci et destinées à préciser la nature des condamnations précédemment subies par les prévenus en récidive. On indique dans ces colonnes, et en regard de chaque espèce de délits qui ont fait l'objet de condamnations dans l'année du compte, le nombre des condamnations antérieures : 1° aux travaux forcés (col. 2); 2° à la réclusion ou à la détention (col. 3); 3° à plus d'un an d'emprisonnement, de travaux publics ou de détention correctionnelle (col. 4). Remarquons qu'il doit y avoir une égalité rigoureuse entre : 1° le total de la ligne 1, tabl. A, et le total de la colonne 2, tabl. B; 2° le total de la ligne 2, tabl. A, et le total de la colonne 3, tabl. B; 3° le total de la ligne 3, tabl. A, et le total de la colonne 4, tabl. B; 4° le total général du tableau A, le total général des colonnes 2, 3 et 4 du tableau B; le total de la colonne 5 du tableau B; le total général des colonnes 6 à 10 du tableau B. Le tableau C et l'état numérique des récidivistes condamnés à la relégation sont identiques à ceux qui figurent sur l'état n. 2.

127. — Les tableaux A et B de chacun des trois états des récidives sont ensuite récapitulés, pour chaque ressort, au parquet général, suivant les instructions contenues dans la circulaire du 18 août 1892 et sur des imprimés fournis par la Chancellerie.

128. — b) *Profession, état civil, domicile, degré d'instruction des prévenus.* — Les affaires jugées par les cours d'assises retracent avec une grande exactitude certaines circonstances qui se rattachent à la personne même des accusés. La profession, l'état civil, le degré d'instruction, notamment, y sont énoncés d'une manière précise et fournissent les éléments des ta-

bleaux insérés, chaque année, dans le compte général de l'administration de la justice criminelle. Or, comme l'a fait remarquer le garde des Sceaux dans sa circulaire du 11 juill. 1902, les prévenus impliqués dans les affaires si nombreuses et souvent si graves de la juridiction correctionnelle n'avaient été jusqu'ici l'objet d'aucun classement de cette nature. Pour combler cette lacune, la Chancellerie a prescrit l'établissement d'un nouveau cadre annexé au compte criminel.

129. — Le modèle de ce nouveau cadre (cadre n. 7) a été donné par la circulaire du 15 déc. 1902. Cet état, qui n'est en réalité qu'une récapitulation, à des points de vue spéciaux, des résultats donnés par les colonnes 10 à 15 de l'état XVII, ne comprend que les prévenus jugés pour des délits communs; il n'y a pas à s'occuper des prévenus de contraventions spéciales qui figurent sur les 10 dernières lignes de l'état XVII. Il se divise en 4 tableaux. Le premier fait connaître la profession des prévenus. Dans une première colonne, sont énumérées les diverses professions réparties en 10 groupes distincts; les deux colonnes suivantes sont destinées à l'inscription du nombre, la première, des hommes, la seconde, des femmes. Il faut veiller à ce que le total de la colonne des hommes soit égal à la somme des premiers totaux (ligne 54) des colonnes 10, 11 et 12 de l'état XVII; à ce que le total de la colonne des femmes soit égal à la somme des premiers totaux des colonnes 13, 14 et 15 de l'état XVII. — Le tableau II indique le nombre d'hommes (1re col.) et le nombre de femmes (col. 2), en les classant suivant leur situation de famille : célibataires, mariés, veufs. Pour les mariés et les veufs, on distingue suivant qu'ils ont des enfants ou qu'ils n'en ont pas. — Le tableau III précise le domicile pour les hommes, puis pour les femmes : domicile rural, domicile urbain, défaut de domicile. — Enfin le tableau IV indique, en distinguant également les sexes, le nombre des prévenus : complètement illettrés, sachant lire et écrire, ayant reçu une instruction supérieure. — Dans chacun des tableaux II, III et IV, le total de chacune des deux colonnes doit être respectivement égal au total de la colonne correspondante du tableau I.

130. — c) *Résultat des poursuites exercées contre des mineurs de seize ans.* — La circulaire du 15 déc. 1902 porte dans son § 5 : « Pour me permettre de suivre exactement le mouvement de la criminalité des mineurs de seize ans et d'apprécier, en même temps, l'efficacité des mesures de protection et de défense édictées par les art. 4 et 5, L. 19 avr. 1898, je désire recevoir désormais, chaque année, un état indiquant le résultat des poursuites exercées entre les délinquants de cet âge, ainsi que le nombre et la nature des décisions, provisoires ou définitives, prises à l'égard des enfants prévenus ou victimes de crimes ou de délits ». En exécution de ces instructions, il a été ajouté un nouveau cadre, le cadre n. 8, intitulé « Résultat des poursuites exercées contre les mineurs de seize ans ».

131. — Un premier tableau est divisé en 13 colonnes. La première, dont on ne saisit pas très-bien l'intérêt, reproduit la date du compte qui déjà figure en haut du cadre. Les deux colonnes suivantes (2 et 3) indiquent le nombre des garçons et celui des filles qui ont bénéficié d'ordonnances de non-lieu. Les colonnes 4 et 5 font connaître le nombre des garçons, puis celui des filles qui ont été renvoyés en police correctionnelle ou plus exactement, malgré la formule de l'intitulé de ces colonnes, le nombre de ceux qui ont été jugés par le tribunal correctionnel pendant l'année du compte. Il faut donc compter dans ce nombre les prévenus restant à juger au 31 décembre de l'année précédente et qui ont été jugés dans l'année; il faut au contraire en retrancher les prévenus restant à juger au 31 décembre de l'année du compte. Aucun doute ne peut exister, si l'on considère, d'une part, que le total des colonnes 6 à 13 doit, ainsi que le porte une note en tête du tableau, reproduire le total des colonnes 4 et 5 et que, d'autre part, comme le fait remarquer la circulaire du 25 déc. 1903, il doit y avoir concordance, « quant au résultat des ploursuites, entre le nombre des mineurs de seize ans portés dans esdits relevés et celui des prévenus du même âge figurant à l'état XVII du cadre n. 1 ». Les colonnes 6 à 13 font connaître le résultat des poursuites. Les colonnes 6 et 13 donnent les nombres de ceux qui ont été acquittés purement et simplement et de ceux qui ont été condamnés comme ayant agi avec discernement. Les colonnes 7 à 12 ont trait aux mineurs acquittés comme ayant agi sans discernement : 1° remis aux parents (col. 7); 2° confiés, en vertu de l'art. 5, L. 19 avr. 1898, à une personne (col. 8) ou à une institution charitable (col. 9) ou à l'assistance publique (col. 10); 3° conduits dans une maison de correction, soit pour un an et moins (col. 11), soit pour plus d'un an (col. 12). Il doit y avoir concordance : 1° entre le nombre de la colonne 4 et le total général de la colonne 10 de l'état XVII; 2° entre le nombre de la colonne 5 et le total général de la colonne 13; 3° entre la somme des nombres portés dans les colonnes 7 à 10 et le total général de la colonne 21 de l'état XVII; 4° entre le nombre porté dans la colonne 11 et le total général de la colonne 22 de l'état XVII; 5° entre le nombre porté dans la colonne 12 et le total général de la colonne 23 de l'état XVII.

132. — Le second tableau du cadre n. 8 fait connaître, d'abord, le nombre des ordonnances des juges d'instruction confiant la garde provisoire des mineurs de seize ans (L. 19 avr. 1898, art. 4); puis celui des enfants victimes de crimes ou de délits qui ont été confiés définitivement (L. 19 avr. 1898, art. 5). Dans les deux cas, on distingue suivant que les enfants ont été confiés à une personne, à une institution charitable ou à l'assistance publique. Le verso de ce cadre est réservé aux observations des procureurs de la République : « Je tiens, dit le garde des Sceaux dans sa circulaire du 15 déc. 1902, à ce que ces magistrats consignent sur cet état les observations que pourront leur suggérer les résultats de l'application dans leur arrondissement des nouvelles dispositions législatives et me signalent les incidents auxquels elle aurait pu donner lieu ».

§ 2. *Cours d'appel.*

133. — I. *Appels de police correctionnelle.* — Le *cadre n° 2* destiné à résumer les travaux de la chambre des appels correctionnels comprend : 1° un état principal ou *état général des appels jugés et de leurs résultats;* 2° une série d'états partiels A, B, C, D, E, F, G; 3° un état comparatif des appels et de leurs résultats suivant les tribunaux qui avaient rendu les jugements attaqués.

134. — L'*état général des appels jugés et de leurs résultats* ne doit comprendre que les affaires qui ont été jugées définitivement par la cour : ainsi les arrêts préparatoires ou de sursis ne doivent être comptés que dans l'état B. Cet état se divise en 18 colonnes. La colonne 1 contient une nomenclature des principales infractions; elle se divise verticalement en deux parties distinctes. La première comprend les délits de droit commun : la liste imprimée de ces délits occupe 28 lignes; les 13 lignes suivantes sont laissées en blanc pour recevoir, dans l'ordre alphabétique, les qualifications des faits non compris dans la nomenclature. La deuxième partie est réservée aux contraventions spéciales, c'est-à-dire aux infractions aux lois et règlements sur les forêts, la pêche, les contributions indirectes, les douanes, les octrois, les postes, les mines, la marine et la police du roulage.

135. — Les colonnes 2 et 3 indiquent, pour chaque espèce d'infractions, le nombre des affaires jugées en appel (col. 2) et le nombre des prévenus (col. 3). Les 3 colonnes suivantes décomposent chaque chiffre global de la colonne 3, et font connaître le rôle des prévenus devant la cour; c'est ainsi que la colonne 4 donne le nombre des appelants, la colonne 5 celui des intimés, et la colonne 6 celui des prévenus appelants et intimés tout à la fois. Sur chaque ligne, la somme des nombres portés dans les colonnes 4, 5 et 6, doit être égale au nombre correspondant de la colonne 3. Les deux colonnes suivantes décomposent le nombre des affaires jugées en appel (col. 2) en : jugements de première instance confirmés (col. 7) et jugements de première instance infirmés en tout ou en partie (col. 8). Les colonnes 9 à 16 vont maintenant faire connaître les résultats des appels à l'égard des prévenus. Elles se divisent en deux groupes. Le 1er groupe (col. 9 à 11) a trait aux confirmations; le 2e groupe (col. 12 à 16) comprend les infirmations. Examinons rapidement chacun de ces groupes. Les colonnes 9 à 11 indiquent le nombre des prévenus à l'égard desquels la cour a confirmé des jugements : 1° d'acquittement (col. 9); 2° de condamnation (col. 10); 3° d'incompétence (col. 11). Les colonnes 12 à 16 font ressortir le nombre des prévenus à l'égard desquels la cour a émendé ou modifié le jugement de première instance : 1° en condamnant des individus acquittés (col. 12); 2° en acquittant des individus condamnés (col. 13); 3° en aggravant la peine (col. 14); 4° en diminuant la peine (col. 15); 5° en déclarant la compétence ou l'incompétence de la juridiction correctionnelle. Remarquons que, sur chaque ligne, la somme des nombres portés dans les colonnes 9 à 11 doit être égale au nombre correspondant de la colonne 7, et celle des

nombres portés dans les colonnes 12 à 16 doit être égale au nombre correspondant de la colonne 8. Les colonnes 17 et 18 font connaître : 1° le nombre des affaires dans lesquelles une nouvelle comparution de témoins a été ordonnée; 2° le nombre des prévenus acquittés qui étaient détenus au moment de l'arrêt rendu sur l'appel.

136. — Examinons maintenant les états partiels. *L'état A* fait connaître : 1° le nombre des affaires dont la cour a été saisie antérieurement et qui restaient à juger au 1er janvier de l'année du compte ; 2° le nombre des affaires portées devant la cour pendant l'année. La somme de ces deux nombres donne le total des affaires dont la cour a eu à s'occuper. — *L'état B* nous indique ce que sont devenues toutes ces affaires. Il relève d'abord le nombre des affaires qui ont été jugées, en précisant le délai dans lequel l'arrêt est intervenu (1er mois de l'appel, 2e mois, 3e mois, plus tard). Remarquons que le total de ces quatre lignes (total des affaires jugées) doit être égal au total général de la colonne 2 de l'*état général.* Viennent ensuite les nombres : 1° des affaires rayées du rôle ; 2° des arrêts rendus sur l'appel de jugements préparatoires ou de sursis ; 3° des affaires restant à juger le 31 décembre. Le total de cet état B doit être égal à celui de l'état A. — Les états suivants font connaître : (*état C*) le nombre des arrêts par défaut devenus définitifs faute d'opposition, maintenus, rapportés ou modifiés, et le nombre des arrêts par défaut non signifiés; — (*état D*) le nombre et les résultats des arrêts préparatoires ou de sursis qui ne figurent pas sur le grand état ; — (*état E*) le nombre des individus auxquels la cour a accordé la liberté provisoire, en distinguant suivant qu'elle a été pure et simple ou avec caution ; — (*état F*) la durée de la détention préventive des détenus acquittés sur appel (col. 18 du grand état); — (*état G*) le nombre des condamnés à l'emprisonnement auxquels la cour a refusé le bénéfice de l'imputation de la détention préventive.

137. — Enfin le cadre 2 est complété par un état comparatif des appels et de leurs résultats suivant les tribunaux qui avaient rendu les jugements attaqués. Les deux premières colonnes servent à désigner les tribunaux, en indiquant le nom du département et celui de l'arrondissement. Les départements sont classés par ordre alphabétique, puis dans chaque département les tribunaux sont également rangés dans l'ordre alphabétique comme dans le compte général. La 2e colonne, dont le total doit être égal à celui de la colonne 2 du grand état, indique le nombre des jugements soumis à la cour d'appel. Les colonnes suivantes donnent, par chaque tribunal : 1° le nombre des jugements confirmés (col. 4) ; 2° le nombre des jugements infirmés par des arrêts qui aggravent le sort des prévenus (col. 5) ; 3° le nombre des jugements infirmés par des arrêts qui améliorent le sort des prévenus (col. 6). Le total de la colonne 4 doit être égal à celui de la colonne 7 de l'état général; la somme des totaux des colonnes 5 et 6 doit être égale au total de la colonne 8 de l'état général.

138. — II. *Chambre des mises en accusation.* — Le cadre n. 3 consacré à la chambre des mises en accusation comprend : 1° une série de petits tableaux A, B, C, D, E, F, G ; 2° un état des arrêts de non-lieu classés par nature de crimes et de délits ; 3° un état des réhabilitations. Nous n'examinerons pas ces états dans cet ordre; nous les répartirons en trois groupes d'après leur objet et, dans chaque groupe, nous en ferons un classement méthodique. Le 1er groupe comprend tout ce qui a trait aux arrêts rendus en toute matière par la chambre d'accusation, sauf en matière de réhabilitation. Nous y ferons figurer d'abord les états qui résument l'ensemble des travaux de cette chambre : états A, B, F, D; puis l'état des arrêts de non-lieu, et enfin l'état G. Le 2e groupe a trait à la réhabilitation; il comprend le grand état des réhabilitations et l'état C. Enfin le 3e groupe, affaires jugées correctionnellement par la cour d'appel, ne comprend que l'état E.

139. — a) *Attributions de la chambre d'accusation, sauf en matière de réhabilitation.* — L'état A fait connaître le nombre des affaires dont la chambre d'accusation a eu à s'occuper, en spécifiant : 1° le nombre des affaires dont elle était restée saisie au 1er janvier de l'année du compte ; 2° le nombre de celles dont elle a été saisie pendant l'année. — L'état B indique d'abord le nombre des arrêts rendus et portant : renvoi aux assises, renvoi au tribunal correctionnel, renvoi aux tribunaux de simple police ou devant une autre juridiction, non-lieu à suivre contre tous les prévenus. On totalise. On indique ensuite le nombre des affaires sur lesquelles il n'avait pas été statué au 31 décembre. Le total général doit reproduire le total de l'état A. — L'état F précise ensuite dans quel délai (1er mois de l'ordonnance de renvoi, 2e mois, 3e mois, plus tard) ont été rendus les arrêts détaillés dans la 1re partie de l'état B.

140. — L'état D est encore un état général embrassant l'ensemble des arrêts rendus par la chambre d'accusation en toute matière, sauf en matière de réhabilitation. A l'aide de cet état D, les procureurs généraux peuvent, d'un coup d'œil, comparer entre eux les travaux des divers juges d'instruction du ressort. La 1re colonne de cet état donne la liste des arrondissements : les arrondissements doivent y être classés par département et dans l'ordre alphabétique, comme ils le sont dans les comptes généraux. Les colonnes 2 et 3 présentent toutes les ordonnances sur le fond soumises à la chambre d'accusation, classées d'après le mode suivant lequel cette chambre en a été saisie : en vertu de l'art. 133, C. inst. crim. (col. 2) ; par suite d'opposition du ministère public ou de parties civiles (col. 3). Dans les cinq colonnes suivantes, les mêmes ordonnances sont distribuées eu égard à la décision de la cour : confirmées (col. 4); modifiées par des arrêts qui ont déchargé des prévenus des poursuites (col. 5) ; modifiées par des arrêts qui ont déclaré qu'il y avait lieu à suivre contre des prévenus déchargés des poursuites par le juge d'instruction (col. 6); modifiées pour qualification erronée ou incomplète (col. 7); modifiées pour tout autre motif (col. 8). Enfin la colonne 9 fait connaître, toujours pour chaque arrondissement, le nombre des affaires dans lesquelles la chambre d'accusation a cru devoir ordonner un supplément d'information.

141. — L'*état des arrêts de non-lieu* contient dans une première colonne la nomenclature des crimes, puis celle des délits ; à la suite de chacune d'elles, il est laissé des lignes blanches pour y ajouter les faits qui n'y figurent pas. Les treize autres colonnes sont divisées en trois sections distinctes : 1° arrêts qui renvoient des poursuites *tous* les prévenus; 2° arrêts qui renvoient des poursuites *quelques-uns* des prévenus; 3° détention préventive. — Dans la 1re section, la 2e colonne indique, pour chaque espèce de crimes ou de délits, le total des arrêts de non-lieu; le total de cette colonne doit reproduire le nombre qui figure à la 4e ligne du cadre B. Les six autres colonnes qui composent cette section se subdivisent en deux groupes. Le 1er groupe fait connaître le nombre des prévenus renvoyés des poursuites et les motifs de l'arrêt : ni crime, ni délit (col. 3); défaut de charges (col. 4); toute autre cause (col. 5). Le 2e groupe de colonnes montre quel a été, par rapport à ces mêmes prévenus, et en tenant compte de l'ordonnance du juge d'instruction, le résultat de l'arrêt; dans ces colonnes, on note le nombre de prévenus que la cour a renvoyés des poursuites : en confirmant sur ce point l'ordonnance du juge d'instruction (col. 6); en infirmant cette ordonnance (col. 7) ; directement, sans que l'affaire ait subi un premier degré de juridiction (col. 8). — Passons à la seconde section. La colonne 9 donne le nombre des arrêts qui ont renvoyé des poursuites quelques-uns des prévenus. Les colonnes 10, 11 et 12 donnent, relativement à ces arrêts, des renseignements identiques à ceux que fournissent les colonnes 6 à 8 pour les arrêts portant non-lieu à l'égard de tous les prévenus. Enfin les colonnes 13 et 14 donnent le nombre total des prévenus qui ont été détenus et celui des prévenus qui n'ont pas été détenus. La somme des totaux des colonnes 13 et 14 doit être égale aux totaux additionnés des colonnes 3, 4, 5, 10, 11 et 12.

142. — L'état G fait ensuite connaître la durée de la détention préventive subie par les prévenus renvoyés des poursuites et dont le nombre est fourni par la colonne 13 de l'état des arrêts de non-lieu. Il précise le nombre de ces prévenus qui ont été détenus : pendant moins de 1 mois, de 1 mois à 2 mois exclusivement, de 2 à 3 mois exclusivement, de 3 à 6 mois exclusivement, 6 mois et plus.

143. — b) *Réhabilitation.* — L'état principal des réhabilitations se trouve à la droite de l'état des arrêts de non-lieu : il lui emprunte sa colonne 1 pour la nomenclature des crimes et délits et comprend 8 autres colonnes numérotées de 15 à 22. Les demandes sont classées suivant la nature du crime ou du délit qui avait motivé la condamnation. Lorsque plusieurs infractions sont visées par l'arrêt de réhabilitation, la plus grave sert de base au classement de l'affaire. Les colonnes 15 et 16 indiquent, pour chaque espèce de crimes et de délits, le nombre des demandes de réhabilitation rejetées et celui des demandes accueillies. Les demandes rejetées ne figurent que dans la colonne 15 ; il en est

autrement pour les demandes accueillies. — En premier lieu, les colonnes 17 à 22 précisent, pour chaque espèce de crimes ou de délits, la nature des condamnations qui ont été effacées par la réhabilitation : travaux forcés; réclusion et détention; emprisonnement de plus d'un an et travaux publics; emprisonnement d'un an et moins; amende; destitution. — En second lieu, un état spécial, l'état C, est encore consacré aux réhabilitations accueillies; il précise le délai qui s'est écoulé entre, d'une part, la libération, le paiement de l'amende ou la destitution, et, d'autre part, la réhabilitation. Il doit y avoir égalité entre : 1° le total de la colonne 16 du grand état ; 2° les totaux additionnés des colonnes 17 à 22 du grand état; 3° le total de l'état C.

144. — c) *Affaires jugées correctionnellement par la première chambre de la cour d'appel.* — Le cadre n. 3, bien que paraissant spécial à la chambre d'accusation, contient un état E qui lui est complètement étranger. Cet état a été placé là, parce que ses dimensions étaient trop restreintes pour qu'on pût lui consacrer un cadre spécial ; peut-être cependant eût-il été préférable de le placer à la suite du cadre n. 1 qui est plus spécialement consacré aux affaires correctionnelles. L'état E est le relevé des affaires jugées correctionnellement par la première chambre de la cour d'appel, en vertu des art. 479 et 483, C. instr. crim., et de l'art. 10, L. 20 avr. 1810. On indique, dans la première colonne, la qualité des fonctionnaires inculpés ; dans la deuxième, la nature des délits ; dans la troisième, le résultat des poursuites.

§ 3. *Cour d'assises.*

145. — *Le compte rendu des affaires jugées, soit contradictoirement, soit par contumace, par la cour d'assises*, est un unique, mais vaste tableau, imprimé sur le verso de la première page et le recto de la seconde et comprenant des intercalaires dont le nombre varie, selon le nombre des affaires de la session et selon le nombre des accusés compris dans ces affaires. Les affaires doivent toujours être inscrites dans l'ordre suivant : 1° les affaires criminelles jugées contradictoirement ; 2° les affaires criminelles jugées par contumace; 3° les délits politiques et de presse. Chacune des affaires de la session fait l'objet d'un article distinct comprenant un certain nombre de lignes ; de telle sorte que cet état, à la différence des autres cadres de la statistique, qui sont surtout numériques, donne un véritable résumé analytique de la session d'assises.

146. — Cet état se divise en 27 colonnes. Pour chaque affaire, on porte successivement dans les différentes colonnes les mentions qui doivent figurer; puis, quand ce dépouillement est terminé, on tire un trait à l'encre (sauf dans les colonnes 22 à 26 inclus, qui doivent être totalisées) et l'on passe à l'affaire suivante, et ainsi de suite. La première colonne indique le tribunal d'instruction. Il faut avoir soin d'y mentionner, en outre, quand il y a lieu : 1° si la cour d'assises a été saisie par un renvoi de la Cour de cassation ; 2° si quelques-uns des auteurs ou complices des mêmes crimes ont été précédemment jugés et, dans ce cas, à quelle date. Les colonnes 2 à 6 ont trait à la personne même des accusés. Dans la colonne 2, on indique les nom, prénoms, lieu de naissance et domicile, en précisant : pour les lieux de naissance et de domicile, la commune et l'arrondissement ; pour le domicile, s'il est situé dans une ville ou dans une commune rurale. L'âge figure dans la colonne 3. La profession doit être indiquée très-exactement dans la colonne 4; il y a lieu de préciser la nature du travail de chaque accusé; lorsqu'il s'agit d'un domestique, il faut dire s'il était attaché à la personne ou à l'exploitation ; enfin, il convient de distinguer s'il s'agit d'un patron ou d'un ouvrier travaillant pour le compte d'autrui. Dans la colonne 5, on porte l'état civil et de famille, en précisant : 1° si l'accusé est célibataire, marié ou veuf ; 2° s'il a des enfants. La colonne 6 fait connaître le degré d'instruction, en indiquant la classe à laquelle appartient l'accusé : 1re classe (complètement illettré); 2e classe (sait lire et écrire) ; 3e classe (a reçu une instruction supérieure). Les colonnes 7 à 13 viennent compléter les renseignements sur chaque accusé en faisant connaître exactement ses antécédents judiciaires. On doit en effet porter dans ces colonnes toutes les condamnations antérieures, soit contradictoires, soit par contumace, soit par défaut ; il faut indiquer de plus, pour les peines des travaux forcés, de la réclusion et de l'emprisonnement de plus d'un an dont les condamnés ont été libérés dans les cinq dernières : 1° le lieu où elles ont été subies (col. 11) ; 2° l'époque précise de la libération (col. 12). Cette observation s'applique également aux détentions correctionnelles prononcées en vertu des art. 66 et 67, C. pén. Lorsqu'une condamnation antérieure a été l'objet d'une décision gracieuse, il faut avoir soin de l'indiquer dans la colonne 13 en regard de cette condamnation.

147. — La personne des accusés est bien connue grâce aux indications consignées dans les colonnes 2 à 13; il faut maintenant savoir quel est l'objet de l'accusation. La colonne 14 relate les crimes et leurs circonstances, tels qu'ils résultent de l'accusation, avec toutes les circonstances constitutives de la criminalité et quel que soit le résultat des poursuites. Quand plusieurs crimes sont compris dans la même accusation, tous doivent être signalés, à moins qu'ils ne soient trop nombreux, comme dans certaines accusations de faux et de vol : alors il faut se borner à indiquer le nombre des crimes et à marquer les circonstances caractéristiques les plus graves. — Le jury a-t-il admis l'accusation ainsi formulée? La colonne 15 répond à cette question, puisqu'elle indique les crimes et leurs circonstances d'après les réponses du jury. On doit énoncer succinctement dans cette colonne si l'accusation a été rejetée ou accueillie entièrement, ou si elle n'a été accueillie qu'en partie; et, dans ce cas, il faut dire quelles modifications elle a reçues.

148. — Il ne reste plus qu'à faire connaître le résultat des poursuites. Dans la colonne 16, on énonce d'abord, vis-à-vis du nom de chaque accusé, l'acquittement ou les peines prononcées, et, dans ce dernier cas, on indique : 1° si les peines ont été aggravées par suite de la récidive ou modifiées à cause de l'âge des accusés; 2° si le jury a déclaré qu'il existait des circonstances atténuantes et alors de combien de degrés la peine a été abaissée. Il y a lieu aussi de faire mention de la relégation, de la déchéance de la puissance paternelle, du sursis à l'exécution de la peine, etc. Enfin, dans la colonne 17, on doit faire connaître, pour tous les accusés condamnés à des peines criminelles temporaires, si l'interdiction de séjour a été maintenue, remise ou réduite, et, pour ce dernier cas, dans quelle mesure.

149. — Les colonnes 18 à 26 donnent les renseignements complémentaires sur le crime lui-même et sur la procédure suivie. On mentionne : dans la colonne 18, la date du crime; — dans la colonne 19, la date du réquisitoire introductif; — dans la colonne 20, la durée de la détention préventive subie par chaque accusé; — dans la colonne 21, la date de l'arrêt de la cour d'assises; — dans les colonnes 22 à 25, le nombre des témoins entendus, d'abord au cours de l'instruction, puis devant la cour d'assises, en distinguant pour ces derniers suivant qu'ils ont été entendus, à la requête du ministère public, à la requête des parties, en vertu du pouvoir discrétionnaire du président; — dans la colonne 26, le montant des frais taxés dans chaque affaire, frais de poste compris. — Enfin, pour les crimes et tentatives de crimes, de meurtre, d'assassinat, d'empoisonnement et d'incendie dont les auteurs, majeurs ou mineurs de seize ans, ont été déclarés coupables, il y a lieu de faire connaître par une courte notice des faits : 1° le résultat du crime; 2° l'instrument ou le moyen employé pour le commettre; 3° le motif présumé. Cette notice se porte dans la colonne 27 ou colonne d'*observations*.

Section III.

Envoi des cadres par la Chancellerie.
Établissement de la statistique. — Vérification et transmission.

§ 1. *Envoi des cadres par la Chancellerie.*

150. — Les cadres destinés à l'établissement de la statistique criminelle sont imprimés à l'Imprimerie nationale par les soins de la Chancellerie. Chaque année, à la fin de décembre ou au commencement de janvier, le garde des Sceaux envoie à tous les procureurs généraux, avec une circulaire explicative, tous les imprimés nécessaires pour la cour d'appel, les cours d'assises, les tribunaux de première instance, les tribunaux de commerce et les justices de paix du ressort.

151. — Actuellement, il est envoyé : à la cour, deux exemplaires des cadres n. 2 et 3, et des états récapitulatifs des récidives n. 1, 2 et 3; — à chaque cour d'assises, quatre cadres n. 4 et des feuilles intercalaires suivant le nombre des affaires portées aux assises ; — à chaque tribunal, trois exemplaires du cadre n. 1, un exemplaire des cadres 5-1, 5-2, 5-3, trois exemplaires des cadres n. 7 et 8. — Dès que le procureur général a reçu ces

imprimés qui lui parviennent d'ailleurs en même temps que les cadres destinés au compte rendu de la justice civile et commerciale, il conserve ceux qui lui sont destinés et fait expédier les autres aux différents parquets du ressort. En même temps, il avise tous les procureurs de la République de l'époque à laquelle ils devront, au plus tard, lui adresser la minute de leur statistique, afin qu'elle puisse être vérifiée au parquet général, et qu'il y ait encore le temps nécessaire pour la faire recopier et l'envoyer à la Chancellerie à la date fixée par la circulaire.

§ 2. *Etablissement, vérification et transmission du compte rendu de la justice criminelle de chaque arrondissement, des états annexes et des comptes de la cour d'appel.*

152. — Le travail du compte rendu de l'administration de la justice criminelle ne peut être confié au greffier. Il doit être rédigé au parquet, par le chef du parquet, ou par ses substituts, sous sa direction immédiate et sous la garantie de sa signature. Il ne peut être signé par un substitut que dans le cas d'absence ou d'empêchement du chef du parquet. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de la confection du compte criminel; nous renverrons au travail très-complet qui a été publié sur cette matière spéciale par M. Reutenauer (*J. des parquets*, 1901, 1[re] partie, p. 22 à 62), sous le titre : *Notes pratiques sur le Compte rendu de la justice criminelle*. — Nous nous bornerons à faire remarquer que, dans chaque arrondissement, le procureur de la République est tenu de dresser lui-même non seulement le *Grand compte* (cadre n° 1), mais encore les états annexes (cadres n. 7 et 8).

153. — Quant à l'état des récidives, il est dressé au greffe du tribunal correctionnel, sous la direction du procureur de la République (Circ. Chanc., 3 oct. 1828 : Ortolan et Ledeau, t. 2, p. 194). Il est alloué au greffier, conformément à l'art. 49 du règlement du 18 juin 1811, pour la confection de ces tableaux 10 centimes par article, c'est-à-dire par nom porté sur l'état, comme pour les tableaux prescrits par la circulaire du 19 nov. 1811 (Circ. Chanc., 3 oct. 1828, précitée). — On a prétendu que le procureur de la République était obligé de tenir un registre des récidives : « Quant aux greffiers, leur rôle, pour la confection de l'état des récidives, ne consiste que dans la copie des renseignements consignés sur le registre du parquet et fournis par les magistrats du ministère public qui doivent préalablement classer les noms par ordre alphabétique » (Dufresne, *Traité théor. et prat. sur le tarif des droits et indemnités alloués aux greffiers*, p. 284 et 285). Si cette interprétation était exacte, elle aboutirait à cette conséquence qu'en réalité le travail serait fait par le procureur de la République et que les honoraires pour sa confection seraient touchés par le greffier. Mais elle est évidemment erronée; elle repose sur une fausse interprétation d'une ancienne instruction de la Chancellerie qui portait : « ... Ces renseignements (sur chaque individu repris de justice), à mesure qu'ils sont recueillis, doivent être inscrits dans une colonne disposée à cet effet dans le *registre du parquet*, afin qu'il n'y ait plus qu'à les relever quand il s'agit de donner l'état des récidives ». Le *registre du parquet* dont il est question, n'est pas un registre spécial tenu au parquet pour préparer l'état des récidives; c'est le *registre d'ordre* ou *registre des plaintes ou procès-verbaux* sur lequel ces renseignements doivent être portés dans une colonne spéciale et qui doit être consulté par le greffier pour l'établissement de la statistique. — Il suffit d'ailleurs de rappeler que le rôle du greffier est le même, pour la rédaction des états des récidives et pour l'établissement des états prévus par les art. 600 et 601, C. instr. crim., puisque la circulaire du 3 oct. 1828 s'en réfère à celle du 19 nov. 1811 pour l'exécution du travail et la fixation des honoraires; or un greffier a-t-il jamais prétendu qu'il devait, pour les états des art. 600 et 601, se borner à recopier un travail préparé au parquet?

154. — Les comptes criminels et les annexes devaient, à l'origine, être adressés à la Chancellerie dans la première quinzaine d'avril (Circ. Chanc., 24 janv. 1827 : Gillet et Demoly, n. 2055; — 6 mars 1827 : Gillet et Demoly, n. 2065). Il fut ensuite prescrit de les faire parvenir dans la première quinzaine de mars (Circ. Chanc., 20 janv. 1829 : Gillet et Demoly, n. 2208; — 12 janv. 1830 : Gillet et Demoly, n. 2273), puis dans le courant de mars et, dans tous les cas, avant le 1[er] avril (Circ. Chanc., 12 janv. 1831 : Gillet et Demoly, n. 2338; — 12 janv. 1832 : Gillet et Demoly, n. 2402). L'époque de l'envoi a été ensuite fixée à la première quinzaine [illegible] (Circ. Chanc., 10 oct. 1834 : Gillet et Demoly, n. [illegible]; — [illegible] 1837 : Gillet et Demoly, n. [illegible]; — 6 janv. 1840 : Gillet et Demoly, n. 2772). [illegible] exige que les comptes [illegible] dans le courant d'avril (Circ. Chanc., 2 févr. 1841 : Gillet et Demoly, n. 2810; — 10 janv. 1849 : Gillet et Demoly, n. [illegible]). [illegible] 26 déc. 1852 (Gillet et Demoly, n. [illegible]) a [illegible] pour cet envoi et exige que [illegible] Chancellerie dans le courant de mars. [illegible] Sceaux a recommandé que cet envoi [illegible] de février (Circ. Chanc., 6 déc. 187[illegible] : *Bull. off.*, [illegible], p. [illegible]), et cette prescription est [illegible] en vigueur (Circ. Chanc., 25 déc. 1903).

155. — Chaque procureur de la République doit d'ailleurs soumettre au parquet général les minutes du grand compte, des cadres 7 et 8 et les états des récidives, quelque temps avant l'époque fixée pour l'envoi, et autant que possible dans les premiers jours de février, si une date précise d'envoi n'a pas été fixée par le procureur général. Ces documents sont l'objet d'une vérification minutieuse au parquet de la Cour. Le procureur général ne doit pas se borner à s'assurer de la concordance des colonnes entre elles et de l'exactitude des chiffres. L'exactitude des chiffres doit être appréciée à l'aide de rapprochements qu'il est facile de faire entre les divers tableaux de chaque compte et même de ceux d'arrondissements différents (Circ. Chanc., 29 nov. 185[illegible] : Gillet et Demoly, n. 3647). — Si des erreurs ou des irrégularités sont constatées, le procureur général prescrit les modifications et rectifications nécessaires, et ce n'est qu'autant que tout est correct et régulier, que les expéditions sont faites.

156. — Le compte et les états annexes sont dressés en triple expédition. Deux expéditions doivent être transmises au procureur général : l'une est envoyée au ministre; l'autre reste déposée au parquet de la cour; la troisième expédition demeure au parquet de première instance, afin qu'elle puisse être consultée au besoin; elle est d'ailleurs indispensable pour la rédaction du compte de l'année suivante (Circ. min., 5 janv. 1826, 19 nov. 1833 et 15 janv. 1874). — Quant à l'état des récidives, il n'en est fait qu'un exemplaire qui est adressé à la Chancellerie en même temps que l'expédition du compte et des états annexes.

157. — Les cadres n. 2 (appels correctionnels) et n. 3 (chambre des mises en accusation) sont remplis au parquet de la cour d'appel. La minute est conservée aux archives du parquet général; il n'en est fait qu'une expédition qui est envoyée à la Chancellerie en même temps que les comptes des tribunaux.

§ 3. *Etablissement, vérification et transmission des comptes trimestriels d'assises.*

158. — A la suite de chaque session, le procureur de la République près la cour d'assises établit le compte d'assises. Il doit l'adresser au procureur général, dans un délai tel qu'il puisse être vérifié au parquet de la cour et transmis au garde des Sceaux dans les deux mois qui suivent la clôture de la session.

CHAPITRE III.

COUR DE CASSATION.

159. — Les travaux de la Cour de cassation sont résumés, chaque année, dans un certain nombre de tableaux qui sont dressés au greffe de la Cour de cassation et transmis, après vérification, à la Chancellerie par le procureur général près la Cour de cassation. Les cadres ne sont pas fournis par la Chancellerie.

160. — Le premier tableau est un état sommaire des arrêts rendus par la Cour de cassation. Il donne, pour chaque mois, le nombre des arrêts rendus par la chambre des requêtes, la chambre civile, la chambre criminelle, les chambres réunies, en distinguant les arrêts de rejet des arrêts d'admission ou de cassation. Le tableau n. 2 a trait à l'assistance judiciaire. Il comprend deux parties. La 1[re] donne le nombre des affaires jugées par le bureau pendant l'année judiciaire; la 2[e] indique le mouvement des affaires dans lesquelles l'assistance a été accordée pendant l'année judiciaire. Le tableau n. 3 donne, pendant l'année écoulée, du 1[er] janvier au 31 décembre, l'état des affaires

jugées en matière civile. Il se divise en cinq parties : 1° chambre des requêtes; 2° conseil supérieur de la magistrature; 3° chambre civile; 4° chambres réunies; 5° affaires électorales. Pour chaque catégorie d'affaires, il précise le nombre des affaires restant à juger le 1er janvier de l'année du compte et le nombre des affaires survenues dans l'année ; il donne ensuite le nombre des affaires terminées, soit à la suite d'arrêts, soit par désistement, en précisant la nature des arrêts intervenus; puis de la comparaison de ces chiffres, il déduit le nombre d'affaires restant à juger. — La statistique de la chambre criminelle comprend deux tableaux. Le tableau n. 4 fait connaître le nombre des pourvois formés pendant l'année écoulée dans chacune des différentes matières qui sont de sa compétence, et en distinguant d'abord suivant que le pourvoi émane du ministère public ou des parties et ensuite suivant que la décision frappée de pourvoi émane d'une juridiction de France ou d'une juridiction coloniale. Ce tableau relève ensuite le nombre des affaires restant à juger et y ajoute le total des pourvois formés pendant l'année. Il en retranche ensuite le nombre des affaires terminées et établit ainsi le nombre des affaires restant à juger au 31 décembre. — Le tableau n. 4 *bis* donne le détail des arrêts rendus; pour chaque catégorie d'affaires, il indique la nature de la décision intervenue. Ainsi, en matière criminelle, les arrêts sont répartis en arrêts de cassation, arrêts de rejet, arrêts de non-lieu; en matière correctionnelle, ils sont divisés en arrêts de cassation, arrêts de rejet, arrêts de déchéance, etc. Cet état, comme l'état n. 4, comporte deux colonnes pour l'inscription des nombres, l'une pour les affaires de France, l'autre pour les affaires des colonies. — Le tableau n. 5 est un résumé général du mouvement des affaires civiles et criminelles pendant l'année du compte.

CHAPITRE IV.

ÉTABLISSEMENT A LA CHANCELLERIE DES COMPTES GÉNÉRAUX. RAPPORT AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE.

161. — Tous les comptes, tant civils que criminels, sont examinés soigneusement au bureau de la statistique et du casier central établi à la direction des affaires criminelles et des grâces au ministère de la Justice. Le produit de leur dépouillement fait chaque année l'objet de deux comptes généraux et de deux rapports qui sont présentés par le garde des Sceaux au Président de la République, l'un pour les matières civiles, l'autre pour les matières criminelles.

162. — Ces rapports et les tableaux qui les accompagnent sont imprimés à l'Imprimerie nationale et chacun d'eux forme, chaque année, un volume in-4°; ils sont intitulés, l'un : *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale en France*, l'autre : *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France*.

163. — Le compte général de la justice civile et commerciale a été publié, pour la première fois, en 1831. Ce premier volume a donné en bloc le nombre des arrêts et des jugements rendus pendant les dix années précédentes, du 31 août 1820 au 31 août 1830. La collection complète de ces comptes, jusques et y compris le compte de 1901, forme actuellement 67 volumes.

164. — Les comptes criminels ont été publiés depuis 1825; de plus les principaux résultats constatés dans les tableaux envoyés à la Chancellerie, pour les années 1803 à 1807, d'une part, et 1811 à 1824, d'autre part, ont été imprimés à la suite du rapport qui précède le compte général de la justice criminelle pour 1850. La collection complète des comptes généraux de la justice criminelle, en y comprenant la statistique de 1901, se compose de 77 volumes.

165. — La Chancellerie publie, à certains intervalles, des rapports qui embrassent de longues périodes écoulées, de manière à comparer les chiffres à diverses époques. Ainsi, en 1852 et en 1862, il a été fait deux rapports embrassant, l'un vingt-cinq années de 1826 à 1850, l'autre dix de 1851 à 1860. En 1882, M. le garde des Sceaux Humbert a refondu les résultats essentiels de l'administration de la justice criminelle, civile et commerciale, depuis la création de la statistique judiciaire. Par suite les comptes généraux de 1880 se divisent en deux parties : un rapport et des tableaux se référant aux années 1826 à 1880, puis des tableaux exclusivement consacrés aux chiffres de l'année 1880. Ces volumes contiennent en outre 16 cartes graphiques et diagrammes relatifs aux statistiques de 1831 à 1880. En 1902, M. le garde des Sceaux Vallé a résumé dans une étude rétrospective les résultats consignés dans les statistiques de 1881 à 1900 : « L'exposé qui va suivre, dit-il dans son rapport au Président de la République, a pour but de continuer l'œuvre d'un de mes prédécesseurs qui, dans le rapport général annexé au compte de 1880, a dressé le tableau complet de l'administration de la justice française depuis la création des statistiques judiciaires. La connaissance exacte des faits criminels observés pendant près d'un siècle permettra non seulement de rechercher les causes permanentes ou accidentelles de la criminalité apparente, mais encore d'apprécier les résultats répressifs ou préventifs de nos institutions pénitentiaires, ainsi que les effets des modifications introduites dans nos lois d'instruction criminelle et pénales ». A la suite de cette étude rétrospective figurent 11 cartes graphiques et diagrammes du plus haut intérêt.

STATUE. — V. Biens. — Propriété littéraire et artistique.

STATUT. — V. Étranger. — Forme des actes. — Succession.

STATUTS DE SOCIÉTÉ. — V. Société (en général). — Société civile. — Société commerciale.

STELLIONAT.

Législation.

C. civ., art. 2059, 2066, 2136; — C. proc. civ., art. 905; — C. comm., art. 540, 612.

Bibliographie.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., 8 vol. in-8°, t. 8, p. 477, note 7, § 780. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1904, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 3, n. 1353. — Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques et de l'expropriation forcée*, 1899, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1530 et s. — Chardon, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 1828, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 163. — Coin-Delisle, *Commentaire analytique du Code civil. Contrainte par corps*, 1843, 1 vol. in-4°, n. 7 et s., 121 et s. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1823, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 3, p. 183 et notes, p. 625 et s. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 9, n. 108 *bis*. — Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 18, n. 442 et s., 475 et s. — Duverdy, *Dissertation sur la contrainte par corps, sur son histoire et son application en matière civile, commerciale, administrative, militaire, constitutionnelle, internationale et criminelle*, 1852, 1 vol. in-8°, n. 60. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Stellionat*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, et *Suppl.*, par Griffond, 1900-1903, sur les articles cités. — Grenier, *Traité des hypothèques*, 1829, 3e éd., 2 vol. in-4°, t. 1, n. 589. — Guillouard, *Traité des privilèges et des hypothèques*, 1897-1899, 4 vol. in-8°, t. 3, n. 1244 et s. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 11, n. 780, 838 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 3, § 565, p. 440 et s.; t. 5, § 772 et s., p. 95 et s., § 806, p. 190. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 9 vol. in-4°, v° *Stellionat*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 18 vol. in-4°, vis *Escroquerie* et *Stellionat*. — Mourlon et Demangeat, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 1885-1896, 12e éd., 3 vol. in 8°, t. 3, n. 383. — Persil, *Régime hypothécaire*, 1833, 4e éd., 2 vol. in-8°, t. 1, sur l'art. 2136, n. 4. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 978 et s., 2994. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 2e éd., 9 vol. in-8°, v° *Stellionat*. — Troplong, *Commentaire de la contrainte par corps et du nantissement*, 1847, 2 vol. in-8°, n. 30, 42, 65 et s., 274 et s., 409.

Perfectionnement du mode de publication des droits réels (Berriat-Saint-Prix) : Rev. crit., 1856, t. 8, p. 552 et s. — *Interpretation des art. 2059 et 2136* (Ferry) : Themis, t. 8, p. 177 et s.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

DIVISION.

SECTION I.

Historique et notions générales.

1. — Le mot *stellionat* vient du latin *stellio :* lézard venimeux, ainsi nommé à cause des points étoilés dont sa peau est mouchetée. Comparant la fraude au venin de cet animal et aux variétés changeantes de ses couleurs, les jurisconsultes appelèrent stellionataires ceux qui par de subtiles et insaisissables manœuvres surprenaient la foi d'autrui. Toute fraude qui n'avait pas un nom particulier et ne constituait pas un crime caractérisé et défini prenait le nom de stellionat. — Troplong, *Contr. par corps*, n. 60.

2. — Chez les Romains, le stellionat était cette espèce de dol qui consiste à vendre ou à engager une chose qui ne nous appartient pas ou que nous avons déjà engagée à une autre personne. C'était encore le fait de ceux qui supposaient l'existence de marchandises, qui détournaient celles qu'ils avaient données en gage à leurs créanciers ou qui les détérioraient. C'était aussi toute espèce de suppositions frauduleuses qui n'étaient pas punies par la loi criminelle (L. 3, ff., *Stellion.*).

3. — Le stellionat constituait un crime extraordinaire que le juge avait le droit de punir extraordinairement, pourvu que la peine n'excédât pas la condamnation *ad metallum* si le délinquant était plébéien, ou la relégation à temps s'il était élevé aux honneurs (Perez, *Ad. cod. de crim. stell.*, n. 3). La condamnation pour stellionat était même infamante, suivant les cas. — Cujas, 10, observ. 26.

4. — L'ancienne jurisprudence française n'avait généralement admis le stellionat qu'en matière immobilière. Cependant un arrêt du parlement de Provence du 18 juin 1639, cité par Brodeau (sur Louet, lettre S), avait déclaré un acheteur stellionataire pour avoir donné en gage de son prix deux chaines de laiton en les déclarant être d'or.

5. — Le stellionat, qui était toujours une cause de contrainte par corps (Brodeau, sur Louet, lettre S, somm. 18, n. 5), donnait également lieu à l'application de peines sévères : l'amende, le bannissement, le fouet, l'amende honorable. — Merlin, *Rép.*, v° *Stellionat.*

6. — L'art. 2059, C. civ., indique deux cas dans lesquels il y a stellionat : 1° lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; 2° lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés. Ce texte se trouve dans le titre *De la contrainte par corps en matière civile*, que la loi du 22 juill. 1867 a supprimé, sans abroger directement les articles du Code civil relatifs à ce mode d'exécution sur la personne. Il est donc toujours en vigueur sur les points qui ne sont pas en opposition avec la loi de 1867.

7. — Le 1° de l'art. 2059 s'applique non seulement lorsqu'on hypothèque ou qu'on vend un immeuble sur lequel on sait n'avoir aucun droit de propriété, mais aussi lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque, en totalité ou pour la pleine propriété, un immeuble dont on sait n'être propriétaire que pour partie ou n'avoir que l'usufruit. — Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, § 780, p. 477, note 7; Coin-Delisle, sur l'art. 2059, note 7 ; Duranton, t. 18, n. 448.

8. — L'art. 2136, C. civ., ne parle pas du stellionat proprement dit; il régit un cas qui ne rentre pas dans la définition du stellionat telle quelle donnée par l'art. 2059, mais qu'il assimile à un véritable cas de stellionat; à raison du silence des maris ou tuteurs, il les répute stellionataires, quand, après avoir manqué de requérir et de faire faire les inscriptions sur leurs immeubles, ils ont consenti ou laissé prendre des privilèges et des hypothèques sur lesdits immeubles sans déclarer leur affectation à l'hypothèque légale des femme et des mineurs.

9. — Le stellionat a perdu presque tout intérêt depuis la loi du 22 juill. 1867 qui a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale. — V. néanmoins *infrà*, n. 51 et s.

10. — Le stellionat, quoique condamnable en lui-même, n'est cependant point du ressort des tribunaux correctionnels, qui ne peuvent être saisis qu'en vertu d'un texte de loi positif. — Cass., 2 mars 1809, Boileau et Colignon, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Escroquerie*, n. 8 ; Troplong, *Contr. par corps*, n. 61 ; Duranton, t. 18, n. 451.

11. — Le stellionat rentre dans la classe des faits illicites qui, bien que n'étant pas réprimés par la loi pénale, peuvent, comme délits civils, à raison de l'intention de nuire qu'ils révèlent, donner lieu à une action civile en responsabilité. A ce point de vue, il y a encore intérêt à se demander dans quels cas la jurisprudence avait antérieurement à la loi de 1867, reconnu le stellionat.

12. — Celui qui se rend complice d'un stellionat est solidairement passible avec l'auteur principal des dommages-intérêts envers la victime du stellionat. Il a été notamment jugé en ce sens que le notaire par l'intermédiaire duquel a été conclue une vente verbale d'immeuble, qui prête son concours à la revente du même immeuble à un autre acquéreur en rédigeant lui-même, dans son étude, l'acte sous seing privé constatant cette seconde vente, et en s'arrangeant de manière à le laisser ignorer au premier acquéreur jusqu'à sa transcription, se rend ainsi complice du stellionat commis par le vendeur, alors surtout qu'en agissant ainsi il a eu pour mobile son intérêt personnel, et qu'il est passible, solidairement avec le vendeur, des dommages-intérêts dus au premier vendeur. — Rennes, 21 mars 1870, Veillard, [S. 71.2.109, P. 71.342, D. 72.2.87]

SECTION II.

Quand il y a stellionat

13. — Le stellionat n'a lieu qu'en matière immobilière. Il résulte, en effet, du procès-verbal de la séance du Conseil d'Etat du 19 frim. an XII, que le stellionat en matière de meubles a été totalement rejeté de notre nouvelle législation. — Duranton, t. 18, n. 450. — Voyons d'abord les hypothèses prévues par l'art. 2059, C. civ.

14. — Pour qu'il y ait stellionat, il faut le concours de la mauvaise foi ou intention de tromper, et du préjudice causé. — Douai, 28 nov. 1851, Lévêque, [S. 53.2.270, P. 53.2.432] — *Sic*,

Merlin, *Rép.*, v° *Stellionat*, n. 7; Chardon, *Dol et fraude*, n. 107; Duverdy, *Contr. par corps*, n. 60; Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, § 780, n. 478, note 11 et p. 480, note 21; Troplong, *Contr. par corps*, n. 74; Coin-Delisle, *Contr. par corps*, sur l'art. 2059, n. 19; Rolland de Villargues, v° *Stellionat*, n. 2 et 21; Delvincourt, t. 3, p. 626; Duranton, t. 18, n. 442.

15. — Il a été jugé en ce sens que la fausse déclaration que des immeubles ne sont pas grevés d'hypothèques ne constitue pas le stellionat, si l'auteur de la déclaration était de bonne foi. — Cass., 21 févr. 1827, Hoffmann, [S. et P. chr.], — ... ou s'il ne connaissait pas d'autres hypothèques que celles qu'il a déclarées. — Paris, 8 févr. 1813, Schluter, [S. et P. chr.] — V. Toulouse, 16 janv. 1829, Duroy, [S. et P. chr.]

16. — C'est aux juges du fond seuls qu'il appartient d'apprécier les circonstances constitutives de la bonne ou mauvaise foi en fait de stellionat : leur décision sur ce point ne peut donner ouverture à cassation. — Cass., 21 févr. 1827, précité.

17. — Jugé qu'il n'y a pas stellionat lorsque l'hypothèque inscrite sur l'immeuble déclaré libre est rayée, de manière que le créancier au profit duquel la nouvelle hypothèque a été consentie n'éprouve aucun préjudice. — Turin, 28 avr. 1808, Chiappa, [S. et P. chr.]

18. — ... Qu'il n'y a pas stellionat par cela seul qu'un immeuble vendu franc et quitte d'hypothèques est grevé d'inscription, si les hypothèques n'ont aucune réalité et sont éteintes par le paiement. — Lyon, 5 avr. 1827, Gros et Miège, [S. et P. chr.]

19. — Nous allons rapidement passer en revue les principales espèces dans lesquelles il a été décidé qu'il y a stellionat. Il a été jugé que se rend coupable du stellionat celui qui vend ou hypothèque, comme lui appartenant, des immeubles dont il n'est propriétaire que par indivis, et que la connaissance que le créancier aurait pu avoir des inscriptions prises sur les copropriétaires indivis ne peut affranchir de la peine de stellionat celui qui a fait une fausse déclaration. — Besançon, 19 août 1812, Champreux, [S. et P. chr.] — Colmar, 31 mai 1820, Cadel, [S. et P. chr.] — Coin-Delisle, *Contr. par corps*, sur l'art. 2059, n. 7.

20. — D'après Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Stellionat*, n. 5, celui qui, étant propriétaire par indivis, a hypothéqué l'immeuble en entier ne peut être réputé stellionataire si, par l'événement du partage, l'immeuble tombe dans son lot. — *Contra*, Cass., 16 janv. 1810, Pignard, [S. et P. chr.]

21. — Il y a stellionat dans le fait de déclarer des hypothèques moindres que celles dont les biens se trouvent grevés, aussi bien au cas où ces hypothèques sont inscrites que lorsqu'elles ne sont pas inscrites : la circonstance de l'inscription ne fait pas disparaître la fraude résultant de la fausseté de la déclaration. — Cass., 13 avr. 1836, Bonny, [S. 36.1.829, P. chr.]

22. — ... Ou dans le fait de déclarer faussement que les causes des inscriptions existantes ont été éteintes en tout ou en partie. — Cass., 12 nov. 1838, Gentil, [S. 39.1.147, P. 38.2.666]

23. — Il en est de même bien que des immeubles ne soient grevés d'hypothèque que conditionnellement si, faute d'accomplissement de la condition, la première hypothèque vient à être exercée. — Cass., 11 janv. 1825, Gabion, [S. et P. chr.]

24. — Il y a stellionat dans le fait de présenter comme grevés seulement d'une hypothèque, des immeubles affectés en outre à un privilège : l'expression hypothèque, dans l'art. 2059, C. civ., s'applique aux privilèges, lesquels impliquent le droit hypothécaire.

25. — Le stellionat existe notamment au cas où la dissimulation porte sur le privilège du vendeur dont sont encore grevés, pour une partie du prix, des immeubles que l'on affecte à la garantie d'un emprunt, encore bien que l'emprunteur ait, lors de l'acte, remis au prêteur son titre d'acquisition, ainsi que les quittances des paiements à compte par lui effectués, et dont la dernière stipule, d'ailleurs, qu'elle est pour solde définitif : ce qui n'ôte point à la réticence de l'emprunteur le caractère de mauvaise foi nécessaire pour constituer le stellionat. — Cass., 14 ... 1860, Bourlon, [S. 60.1.936, P. 61.315, D. 61.1.60] — Aubry et Rau, t. 8, § 780, p. 478, texte et note 9; Mourlon, *Répét. écr.*, 4e éd., p. 383.

26. — Il y a stellionat dans le fait du propriétaire qui, après avoir consenti une vente verbale de son immeuble, le revend par acte sous seing privé ou authentique à un autre acheteur; la propriété étant en effet transférée par le seul accord des parties, du moment où cet accord est intervenu, le vendeur sait qu'il n'est plus propriétaire, et s'il revend de nouveau la chose, cet acte rentre ainsi dans les termes de l'art. 2059, C. civ. — Rennes, 21 mars 1870, Veillard, [S. 71.2.109, P. 71.342, D. 72.2.87] — *Contrà*, Toulouse, 7 juill. 1831 (Sol. impl.), Geil, [S. 32.2.646, P. chr.] — Troplong, *Contr. par corps*, n. 62.

27. — Une personne se rend-elle coupable de stellionat en échangeant un immeuble dont elle sait n'être pas propriétaire? Non; disent Aubry et Rau, on ne peut conclure de la vente à l'échange : *non est eadem ratio*. L'échangiste peut en effet revendiquer, même contre les tiers détenteurs, l'immeuble qu'il a donné en contre-échange de celui dont il a été évincé. — V. Duranton, t. 18, n. 446; Coin-Delisle, sur l'art. 2059, n. 5; Marcadé et Pont, t. 11, n. 780; Aubry et Rau, 4e édit., t. 8, § 780, page 479, note 16. — Un arrêt de la cour de Lyon du 6 juin 1808, sous Cass., 16 janv. 1810, Synend, [S. et P. chr.], a, il est vrai, décidé le contraire; mais ses dispositions sont très-critiquées. — V. la note sous cet arrêt.

28. — De même, n'est pas stellionataire celui qui dissimule sciemment, lors de la vente de l'immeuble dont il est propriétaire, soit la condition résolutoire à laquelle son droit de propriété est soumis, soit les servitudes réelles ou personnelles dont il est grevé. — Aubry et Rau, *loc. cit.;* Marcadé et Pont, t. 11, n. 782 et 784. — *Contra*, Garnier-Deschesnes, *Traité du notariat*, n. 455.

29. — Le mari qui vend le bien dotal de sa femme, sans déclarer que la propriété appartient à cette dernière, vend le bien d'autrui et commet un véritable stellionat. — Riom, 30 nov. 1813, Nicolas, [S. et P. chr.]

30. — Jugé aussi que la vente de biens dotaux constitue le stellionat lorsque les biens sont présentés comme paraphernaux et libres. — Toulouse, 24 juin 1812, Lansac, [S. et P. chr.]

31. — Mais cette dernière décision ne semble pas avoir fait jurisprudence. Jugé, au contraire, que les époux qui frauduleusement présentent comme libres d'hypothèques des biens dotaux ne se rendent point par là coupables de stellionat. — Paris, 14 févr. 1829, Cavelan, [S. et P. chr.] — Toulouse, 22 déc. 1834, Darnatigues, [S. 35.2.196, P. chr.] — Agen, 18 mai 1858, Catala, [S. 58.2.373, P. 58.896]

32. — Et la doctrine est dans ce dernier sens. — V. Coin-Delisle, sur l'art. 2059, n. 8; Troplong, n. 62; Marcadé et Pont, t. 11, n. 781; Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, § 780, p. 479, note 18.

33. — Peu importe que, depuis la cession, le vendeur soit devenu véritablement propriétaire et que l'acquéreur soit ainsi à l'abri de toute éviction, cette circonstance ne lui enlevant pas le droit de demander la nullité de la vente. — Cass., 16 janv. 1810, précité. — Riom, 30 nov. 1813, précité. — *Sic* Aubry et Rau, 4e éd., t. 8, § 780, p. 480, note 23.

34. — Les expressions dont se sert l'art. 2136, C. civ., sont peu claires; un premier point qui semble hors de doute aujourd'hui, c'est que l'art. 2136 est étranger à l'établissement d'hypothèques judiciaires ou de nouvelles hypothèques légales. Mais il s'applique à toute transmission conventionnelle, par exemple par voie de subrogation, de privilèges ou d'hypothèques qui se trouvent primés par les hypothèques légales de la femme ou des mineurs. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 3, § 269, p. 524; Marcadé et Pont, t. 11, n. 890; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Des privil. et hyp.*, t. 2, n. 1532; Guillouard, *Tr. des privil. et hyp.*, t. 3, n. 1245. — V. égal. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 2136.

35. — Cet article est plus sévère que l'art. 2059 : ce dernier exige une déclaration contraire à la vérité, tandis que l'art. 2136 répute le mari ou le tuteur stellionataire alors qu'ils n'ont commis qu'une simple réticence. — Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 2, n. 1530; Fuzier-Herman et Darras, *loc. cit.*

36. — *Quid*, si le mari ou le tuteur ont vendu des biens soumis à l'hypothèque de la femme ou des mineurs? S'ils ont déclaré les immeubles libres, ils ont contrevenu aux dispositions de l'art. 2059, C. civ. — Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 2, n. 1531; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Guillouard, t. 3, n. 1246.

37. — Jugé que celui qui vend franc et quitte de toute charge un immeuble grevé d'une hypothèque légale se rend coupable de stellionat. — Agen, 8 avr. 1813, Laroche, [S. et P. chr.]

38. — ... Qu'il y a présomption légale de mauvaise foi, et par suite stellionat, de la part du mari qui, en vendant ses biens, n'a pas déclaré qu'ils étaient soumis à l'hypothèque légale de la femme et même a annoncé dans l'acte qu'ils étaient libres d'hypothèque. — Cass., 7 janv. 1863, Mathis, [S. 63.1.175, P. 63.698, D. 63.1.242]

39. — C'est de toute évidence. Mais que décider si le mari ou le tuteur ont vendu sans rien dire un immeuble grevé d'une hypothèque légale? La doctrine n'admet pas que l'art. 2136, C. civ., puisse être étendu à cette hypothèse, d'abord parce que ce texte édicte en quelque sorte une peine, et qu'en matière pénale, l'interprétation est de droit étroit. D'autre part, l'acquéreur est bien mieux protégé qu'un créancier hypothécaire, puisqu'il peut se mettre à l'abri de l'hypothèque légale par la purge (art. 2193 et 2194, C. civ.). — Grenier, *Hypothèques*, n. 264, note; Duranton, t. 20, n. 42; Coin-Delisle, sur l'art. 2059, n. 15; Troplong, *Contr. par corps*, n. 71 et s.; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 2, n. 1531; Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit.*, 1856, t. 8, p. 552; Marcadé et Pont, t. 11, n. 849 et 850; Guillouard, t. 3, n. 1246; Aubry et Rau, *loc. cit.*

40. — La jurisprudence est en sens contraire. Il a été décidé qu'un mari qui, ayant négligé de faire inscrire l'hypothèque légale de sa femme, vend l'un de ses immeubles légalement hypothéqués, sans parler de l'hypothèque, doit être déclaré stellionataire. — Cass., 20 nov. 1806, Saux, [S. et P. chr.] — V. Cass., 25 juin 1817, Joubert, [S. et P. chr.]

41. — L'exception de bonne foi est-elle admissible de la part du mari ou du tuteur? Les auteurs et la jurisprudence arrivent à peu près aux mêmes conclusions pratiques. En principe, on ne peut échapper, disent-ils, à l'art. 2136, C. civ., en invoquant l'ignorance du droit. — Cass., 20 nov. 1826, précité. — Bordeaux, 15 mars 1833, Raymond, [S. 33.2.364, P. chr.] — Paris, 27 nov. 1835, Marchand, [S. 36.2.164, P. chr.]

42. — Mais des tempéraments ont été apportés à la rigueur de cette règle, et la bonne foi a été admise par certains tribunaux dans des conditions exceptionnelles. Jugé que le mari qui vend un immeuble franc et quitte d'hypothèques n'est pas stellionataire, bien que cet immeuble soit grevé de l'hypothèque légale de la femme, s'il a agi de bonne foi : par exemple, en faisant intervenir sa femme dans l'acte de vente. — Bordeaux, 9 juill. 1830, Paillot, [S. et P. chr.]

43. — ... Ou s'il a pu croire à l'anéantissement de cette hypothèque : par exemple, si la femme a donné son consentement à la vente, mais en état de minorité et que son consentement soit annulé. — Cass., 21 févr. 1827, Hoffmann, [S. et P. chr.] — V. Aubry et Rau, 5e éd., t. 3, § 269, p. 526; Demante et Colmet de Santerre, t. 9, n. 108 *bis;* Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 2, n. 1533; Guillouard, t. 3, n. 1246; Marcadé et Pont, t. 11, n. 850, 855; Coin-Delisle, sur l'art. 2059, n. 18; Troplong, *Hypothèques*, n. 633; *Contr. par corps*, n. 63 et 64; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 2136, n. 9.

44. — *Quid,* si le tuteur ou le mari consent une hypothèque sur ses biens, sans déclarer qu'ils sont affectés à une hypothèque légale, au cas où le créancier a connaissance de cette hypothèque? Dans un premier système, on décide que le créancier ne peut se prévaloir des dispositions de l'art. 2136, C. civ. La déclaration exigée par ce texte est faite pour apprendre au tiers ce qu'il a intérêt à savoir; elle est inutile s'il est au courant de la situation. De plus, la loi attachait la contrainte par corps au paiement des dommages-intérêts; on ne voit pas trop quelle réclamation pourrait exercer le créancier qui aurait connu l'existence de l'hypothèque légale puisqu'il ne pourrait justifier d'aucun préjudice. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 3, § 269, p. 526, note 44; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 2, n. 1534; Guillouard, t. 3, n. 1247.

45. — Jugé, en ce sens, qu'il n'y a pas stellionat... si le créancier avait connaissance de l'hypothèque, et que de plus l'hypothèque conventionnelle a été constituée de la manière et dans les termes exigés par lui. — Cass., 26 juin 1844, N..., [S. 45.1.77, P. 44.2.531]

46. — Dans une autre opinion on soutient au contraire que la loi a voulu se montrer rigoureuse contre les tuteurs et les maris qui n'ont pas requis inscription et qui à défaut n'ont pas fait de déclaration expresse. Les formalités voulues par la loi ne peuvent être remplacées par de simples inductions. — Limoges, 18 avr. 1828, Vallanet, [S. et P. chr.] — Poitiers, 29 déc. 1830, Rambur, [S. 31.2.264, P. chr.] — *Sic*, Troplong, t. 2, n. 633; Duranton, t. 20, n. 45; Persil, *Régime hypothécaire* sur l'art. 2136, n. 4; Marcadé et Pont, t. 11, n. 854.

47. — Mais même dans la première opinion, on admet que les tribunaux doivent se montrer sévères dans l'appréciation des moyens à l'aide desquels le mari ou le tuteur voudrait établir que le créancier connaissait l'existence de l'hypothèque légale. Et surtout qu'il ne suffit pas qu'ils déclarent leur qualité de mari ou de tuteur. — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *loc. cit.*; Marcadé et Pont, *loc. cit.*

48. — Jugé que l'obligation imposée au mari par l'art. 2136, C. civ., de faire inscrire l'hypothèque légale de sa femme, à peine de stellionat, s'étend même à des immeubles qui sont acquêts de communauté. — Paris, 12 déc. 1816, Rochette, [S. et P. chr.]

49. — ... Et que la femme ne pouvait faire affranchir son mari de la contrainte par corps, en consentant à subroger le créancier poursuivant à son rang hypothécaire. — Même arrêt. — *Contrà*, Duranton, t. 20, n. 43; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *loc. cit.*; Marcadé et Pont, t. 11, n. 856; Aubry et Rau, *loc. cit*, note 25, pour lesquels la subrogation, offerte dans ces conditions, fait disparaître tout principe de dommages-intérêts contre le mari.

50. — Jugé encore que l'art. 2136 est applicable au mari qui a hypothéqué ses biens à un tiers sans déclarer qu'ils étaient grevés de l'hypothèque légale de sa femme, alors même que celle-ci consentirait à la restriction de son hypothèque. — Riom, 3 août 1818, Estieux, [S. et P. chr.]

Section III.

Peines contre le stellionat.

51. — La principale peine prononcée contre le stellionat consistait en ce que la contrainte par corps était toujours attachée aux restitutions qui étaient la suite du stellionat, et que les stellionataires ne pouvaient, pour s'affranchir de la contrainte par corps, invoquer le bénéfice de l'âge ou du sexe (C. civ., art. 2059 et 2066). La loi du 22 juill. 1867, en supprimant la contrainte par corps en matière civile et commerciale, a fait disparaître cette sanction.

52. — Mais certaines autres sanctions continuent à subsister. Les stellionataires sont, aux termes de l'art. 905, C. proc. civ., privés du bénéfice de cession. — V. *suprà*, v° *Cession de biens*.

53. — Les faillis qui se sont rendus coupables de stellionat ne peuvent être déclarés excusables (C. proc. civ., art. 540).

54. — De même, les faillis stellionataires ne peuvent être admis à la réhabilitation (C. comm., art. 612).

55. — L'action en stellionat appartient à l'ayant cause ou successeur à titre particulier de celui qui a été trompé, aussi bien qu'à ses héritiers à titre universel. — Cass., 7 janv. 1863, Mathis, [S. 63.1.175, P. 63.698, D. 63.1.242]

56. — L'action en stellionat n'est pas soumise à la prescription décennale de l'art. 1304, C. civ.; elle ne constitue pas en effet une action de nullité ou en rescision d'une convention, mais une action ayant pour but la répression d'un fraude. — Toulouse, 19 janv. 1864, Montès, [S. 64.2.4, P. 64.332, D. 64.2.44]

STIPULATION. — V. Contrat. — Obligations. — Stipulation pour autrui.

STIPULATION POUR AUTRUI.

Législation.

C. civ., art. 1119 et s.

Bibliographie.

André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, vis *Porte-fort*, *Stipulation*. — Arntz, *Cours de droit civil français*, 1879, 2e éd., 4 vol. in-4°. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897-1902, 5e éd., 4 vol. in-8° parus, t. 2, § 176 et 176 *bis*, p. 97 et s.; t. 4, § 343 *ter*, p. 509 et s., et § 346, p. 565 et s. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1903, 8e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 822 et s. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, 1900-1902, 2e éd., 2 vol. in 8°, parus, t. 1, n. 128 et s. — Berriat-Saint-Prix (F.), *Notes théoriques sur le Code civil*, 1845-1856, 3 vol. in-8°, t. 3, n. 4106 et s. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, 1866, 6e éd., 7 vol. in-8°, t. 4, p. 366 et s. — Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, 1 vol. in 8°, p. 560 et s. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1823, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 2,

p. 682 et s. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 5, n. 29 et s. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 31 vol. in-8°, t. 24, n. 203 et s. — Duranton. *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 10, n. 206 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-4°, v° *Stipulation pour autrui*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8° et *Suppl.* en cours de publication par Griffond, sur les art. 1119 et s. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 7, n. 42 et s. — Hudelot et Metman, *Des obligations*, 1901, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 65 et s. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 1885, nouv. éd., 7 vol. in-8°, t. 1, sur les art. 1119 et s., p. 99 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8°, t. 15, n. 531 et s.; t. 16, n. 1 et s. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 1872-1883, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 4, sur les art. 1119 et s., p. 362 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t 3, § 617, p. 563 et s. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 8 vol. in-4°, v° *Stipulation pour autrui*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Stipulation pour autrui*. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1209 et s. — Pothier, *Œuvres* (éd. Bugnet), 1861-1890, 11 vol. in-8°; *Traité des obligations*, n. 53 et s. (t. 1, des *Œuvres*, p. 32 et s.). — Poujol, *Traité des obligations*, 1846, 3 vol. in-8°, t. 1, p. 110 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 2e éd., 9 vol. in-8°, v° *Stipulation pour autrui*. — Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1901, 2e éd., 1 vol., in-8°, n. 245 et s. — Taulier, *Théorie raisonné du Code civil*, 1840-1846, 7 vol. in-8°, t. 4, p. 275 et s. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 590 et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 6, n. 134 et s., 148 et s., 397 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1183 et s., 1265 et s.

Champeau, *La stipulation pour autrui en droit français*, 1893. — Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, 1893, 1 vol. in-8°. — Le Bray (G.), *Des rapports de la stipulation pour autrui avec la gestion d'affaires*, 1900. — Rétout, *Des promesses et des stipulations pour autrui*, Caen, 1872, 1 vol. in-8°. — Ricca Barberis, *Il contratto per altri nella sua formazione storica e nella sua formazione economico-giuridica odierna*, 1902. — Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi*.

Index alphabétique.

DIVISION.

1. — Aux termes de l'art. 1119, C. civ. : « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. » Ce texte ne fait qu'appliquer cette règle, à la fois logique et juridique, que la volonté de s'obliger vis-à-vis quelqu'un ou d'obliger quelqu'un envers soi, est un acte essentiellement personnel. Elle était déjà proclamée par le droit romain, dans lequel elle trouvait toutefois un point d'appui qui lui fait défaut aujourd'hui : le formalisme particulier aux contrats *verbis*, qui ne pouvait s'accommoder à l'origine de combinaisons étrangères à ses éléments essentiels. En permettant de ne *s'engager* que pour soi-même, la loi vise les actes par lesquels on devient débiteur; en permettant seulement de *stipuler* pour soi-même, elle vise ceux par lesquels on devient créancier. Toutefois, dans le langage juridique, le mot stipuler est assez souvent pris dans un sens plus large comme synonyme de contracter. C'est notamment ce qui a lieu dans l'art. 1122, C. civ.

2. — Nous étudierons dans deux paragraphes distincts les deux règles posées par l'art. 1119, C. civ. : 1° qu'on ne peut en son propre nom s'engager que pour soi-même; 2° qu'on ne peut stipuler en son propre nom que pour soi-même, et les exceptions ou limitations qui y sont apportées par les art. 1120 et 1121, C. civ.

Section I.

De la prohibition des promesses pour autrui et de la convention de porte-fort.

3. — La première règle est qu'on ne peut, en son propre nom, s'engager que pour soi-même. Ainsi ne produirait aucun effet, la promesse que ferait une personne, en son nom personnel mais en expliquant bien qu'elle n'entend pas s'obliger elle-même, qu'un tiers accomplira un acte déterminé, abattra par exemple un arbre qui gêne la vue, autorisera un passage sur sa propriété, etc. Elle ne pourrait obliger le promettant, puisqu'il ne l'a pas voulu; elle ne pourrait non plus obliger le tiers dont le fait a été promis, puisque ce tiers n'a pas consenti, et que sans consentement il n'y a pas d'obligation (V. *suprà*, v° *Obligation*, n. 12 et s.). — Pothier, *Tr. des oblig.*, n. 56; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 129; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 510; Laurent, t. 15, n. 531 et s.; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 29 et 29 *bis*.

4. — La règle que nous venons de poser ne s'applique que dans le cas où l'on agit de sa propre initiative, et en parlant en son propre nom. Nous avons vu, *suprà*, v° *Mandat*, n. 172, que le mandataire oblige le mandant lorsqu'il agit dans les limites de son mandat. De même celui qui agit en qualité de gérant d'affaires oblige le maître au nom duquel il parle (V. *suprà*, v° *Gestion d'affaires*, n. 131). — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 30.

5. — De plus et en dehors de toute idée de mandat, la règle d'après laquelle la promesse du fait d'autrui ne peut produire aucun effet souffre une limitation importante formulée en ces termes dans l'art. 1120, C. civ. : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. »

6. — *Se porter fort* ou *se faire fort* pour un tiers, c'est promettre que ce tiers s'obligera à faire ce qu'on a promis qu'il ferait. Il peut arriver sans doute qu'il refuse de s'obliger, mais peu importe quel sera le résultat de sa détermination, celui qui s'est porté fort n'en sera pas moins obligé. Tous les auteurs font du reste remarquer avec raison que la clause de porte-fort n'apporte point une dérogation véritable à la règle suivant laquelle on ne peut pas promettre valablement le fait d'autrui. En effet, cette clause ne peut jamais avoir pour résultat de faire naître une obligation à la charge du tiers dont le fait a été promis, ce n'est qu'autant qu'il y consent que cette obligation peut prendre naissance. La clause de porte-fort laisse donc intacte la règle que l'on ne peut engager autrui sans son consentement : elle a simplement pour résultat d'assurer au bénéficiaire de la promesse un recours contre celui qui l'a faite imprudemment pour autrui. — Larombière, sur l'art. 1120, n. 1; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 31 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 130; Laurent, t. 15, n. 539; Thiry, t. 2, n. 592.

7. — Les expressions *se porter fort*, *se faire fort* n'ont rien de sacramentel : elles peuvent être remplacées par toutes autres équivalentes ne laissant pas de doute sur l'intention du promettant de s'obliger à défaut du tiers; ainsi la formule : *promettre de faire ratifier* serait pleinement valable. — Demolombe, t. 24, n. 214; Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 2; Laurent, t. 15, n. 543; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 131; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-III.

8. — Mais la qualité de porte-fort ne saurait être invoquée par un contractant qui a pris tout d'abord expressément une qualité différente. Ainsi lorsqu'un individu se déclarant mandataire d'un tiers a acquis un immeuble pour le compte de celui-ci, la propriété de l'immeuble est transmise au mandant, indépendamment de toute ratification de sa part, et c'est vainement que le mandataire prétendrait ensuite revenir sur la qualité qu'il a prise à l'acte et soutenir qu'il n'a agi que comme simple porte-fort. — Cass., 11 avr. 1877, Martelet, [S. 77.1.225, P. 77.550, D. 77.1.199]

9. — Tous les auteurs s'accordent même à reconnaître qu'il n'est pas nécessaire que la volonté de se porter fort soit formellement exprimée, elle peut très-bien être sous-entendue et résulter des circonstances de chaque espèce. C'est ainsi qu'il est unanimement admis qu'elle résulterait d'une clause pénale, mise à la charge de celui qui a promis le fait d'autrui, pour le cas où le tiers refuserait de ratifier ou d'exécuter l'engagement (Institutes de Justinien, *De inut. stipul.*, § 21; L. 38, § 2; Dig., *de verb. oblig.*). — Pothier, n. 56; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 511, texte et note 5; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Laurent, t. 15, n. 540; Demolombe, t. 24, n. 217 et t. 26, n. 640. — V. *suprà*, v° *Clause pénale*, n. 28.

10. — En règle générale, les juges admettront très-facilement chez le promettant l'existence d'une volonté tacite de se porter fort; c'est le seul moyen de donner à la promesse du fait d'autrui une certaine efficacité, et l'on ne peut pas présumer facilement que celui qui a promis le fait d'autrui ait entendu faire un acte inutile. Aussi certains auteurs, en partant de cette idée en elle-même

exacte, aboutissent à cette conclusion que dans tous les cas où il y a eu promesse du fait d'autrui, on doit toujours présumer chez le promettant la volonté de se porter fort. On invoque en faveur de cette opinion l'art. 1157, C. civ., d'après lequel : « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». Or, dit-on, si l'on interprète la promesse du fait d'un tiers en ce sens que le promettant ne s'oblige pas en se portant fort, la promesse ne produira aucun effet. Il est bien plus rationnel de supposer que ceux qui contractent agissent sérieusement, et que celui qui a fait une promesse a entendu que sa promesse ait un effet : il faut donc admettre qu'il s'est porté fort implicitement. — Marcadé, t. 4, sur l'art. 1120, p. 366; Demante et Colmet de Santerre, t. 4, n. 29 *bis* et 33 *bis*-III ; Bugnet, sur Pothier, t. 2, p. 34, note 1; Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation dans la seconde rédaction du projet du Code civil pour l'empire d'Allemagne*, n. 152; Demolombe, t. 24, n. 209 et 210.

11. — Cette opinion nous paraît en contradiction trop flagrante avec la règle générale posée par l'art. 1119, C. civ., pour pouvoir être admise. Ce texte dit formellement que la promesse du fait d'autrui est nulle, et l'opinion que nous écartons aboutit à la rendre toujours valable, elle ne tient donc aucun compte du texte de la loi. L'art. 1157 qu'on invoque, nous semble, d'autre part, absolument étranger à la question. Ce texte suppose, en effet, qu'il existe une convention et qu'une clause de cette convention est susceptible de deux sens; il est naturel que, dans cette hypothèse, on préfère le sens qui donne un effet à la clause. Mais ce n'est point là le cas de l'art. 1119 : dans l'hypothèse qu'il prévoit, ce texte déclare qu'il n'y a ni convention, ni obligation, il ne peut donc être question d'interpréter la volonté des parties. Il nous semble bien plutôt qu'il y a lieu de faire ici l'application du principe général suivant lequel on doit toujours interpréter les clauses équivoques dans le sens le moins onéreux pour le débiteur. En outre, la présomption que le promettant du fait d'autrui a entendu se porter fort ne pourrait être que légale; or, aucun texte ne la consacre. Nous déciderons donc qu'en principe, la promesse du fait d'autrui doit être déclarée nulle, sauf aux juges à apprécier souverainement, en fait, si le promettant a entendu se porter fort. Sans doute, dans la pratique, ils résoudront presque toujours la question dans le sens de l'affirmative, mais ils n'y seront point cependant obligés, comme le voudraient les partisans de l'opinion que nous venons de combattre. — Toullier, t. 6, n. 136; Duranton, t. 10, n. 209; Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 2; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 511, texte et note 4; Laurent, t. 15, n. 533; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 131. — V. Pothier, n. 56. — Cet auteur paraît être, au fond, de notre avis : toutefois, comme il déclare que la volonté de se porter fort doit être présumée facilement, il fournit un argument à l'opinion adverse : à certains égards, il pourrait même être considéré comme ayant donné naissance à cette doctrine.

12. — Jugé que le tiers qui signe pour l'une des parties contractantes un acte sous seing privé synallagmatique (tel qu'un bail), et déclare simplement *approuver* l'acte pour cette partie, ne doit pas, par cela seul, être considéré comme s'étant *porté fort* pour elle : une telle stipulation ne peut résulter que d'une intention formellement manifestée. — Bourges, 24 févr. 1832, Gazet, [S. 32.2.539, P. chr.]

13. — L'obligation du porte-fort, lorsqu'elle existe, est une obligation de faire : le porte-fort s'engage à procurer la ratification du tiers dont il a promis le fait. Si ce tiers ratifie, le porte-fort est libéré; si, au contraire, il refuse de ratifier, l'obligation de faire contractée par le porte-fort restant sans exécution, celui-ci est passible de dommages-intérêts vis-à-vis du stipulant (art. 1120, C. civ.). — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 132; Laurent, t. 15, n. 543. — V. *infrà*, n. 47 et s.

14. — Jugé formellement, en ce sens, que celui qui se porte fort pour un tiers est tenu d'indemniser l'individu avec lequel il a traité, si le tiers ne ratifie pas l'engagement pris en son nom. — Rennes, 19 juill. 1820, Delpech, [S. et P. chr.]

15. — Le majeur qui s'est porté fort pour un mineur demeure obligé, encore que l'engagement de ce dernier ait été plus tard déclaré nul, par suite de la minorité. — Cass., 16 févr. 1814, Méardi, [S. et P. chr.] — V. *infrà*, n. 47 et s.

16. — Ainsi le tuteur qui a vendu les biens de son pupille sans formalités de justice, mais en promettant la ratification de celui-ci à la majorité, ne peut, dans le cas où la ratification n'est pas rapportée, être relevé de l'obligation de payer des dommages-intérêts à l'acquéreur, qu'autant qu'il prouve que cet acquéreur n'a éprouvé aucun préjudice, ou que celui qu'il a éprouvé est imputable à sa mauvaise foi. — Cass., 1er mai 1815, Dufay, [S. et P. chr.]

17. — Mais il échappe à toute responsabilité vis-à-vis de l'acquéreur, même dans le cas où le mineur devenu majeur refuse de tenir l'engagement convenu, s'il est établi que la promesse de porte-fort par lui faite, n'a été que le résultat d'un abus de confiance de la part de l'acquéreur. — Paris, 6 juill. 1816, Morel, [S. et P. chr.]

18. — Et un sous-acquéreur ne peut invoquer l'art. 1120 contre lui, sous prétexte qu'il est étranger au dol du premier acquéreur, qui lui a vendu sous la seule garantie de ses faits et promesse. — Même arrêt.

19. — Un créancier peut, en exerçant les droits de son débiteur, former une demande contre celui qui s'est porté fort envers ce débiteur, faute par ce tiers de remplir l'engagement. — Cass., 23 janv. 1839, Loyson, [S. 39.1.238, P. 39.1.158]

20. — Tous les auteurs font remarquer, à ce sujet, que le porte-fort ne garantit pas l'*exécution* du fait d'autrui, il garantit simplement que le tiers *ratifiera* l'engagement pris en son nom. En conséquence, il se trouve libéré dès que le tiers a consenti « à tenir l'engagement » (art. 1120, C. civ.) pris en son nom; dès que le tiers a pris cet engagement à son compte personnel, le porte-fort n'est plus responsable; peu importe que par la suite ce tiers n'exécute pas ses engagements. C'est précisément la différence importante qui sépare l'obligation du porte-fort de celle de la caution. Le porte-fort promet qu'une personne *s'obligera;* la caution promet que le débiteur *exécutera son obligation* (V. art. 2011, C. civ. et *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 424 et s.), de telle sorte que le porte-fort garantit simplement qu'un engagement sera pris, tandis que la caution garantit l'efficacité d'un engagement déjà pris, et s'engage par suite à payer à la place du débiteur, s'il ne paye pas lui-même. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.*; Duranton, t. 10, n. 257; Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 7; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1120, p. 367; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 31 *bis*-I; Demolombe, t. 24, n. 221; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 512, texte et note 8. — V. Toutefois en sens contraire: Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. 1, n. 207 et 208. Ces auteurs soutiennent que l'obligation de porte-fort entraîne avec elle celle de caution. Cette doctrine, entièrement inexacte dans notre droit français, a été consacrée en Suisse par le Code fédéral des obligations (art. 127). — V. Virgile Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, n. 141.

21. — Rien n'empêche d'ailleurs les parties d'étendre les obligations du porte-fort, en y adjoignant celles d'une caution. Les parties jouissent à cet égard d'une liberté entière (Arg., art. 1134, § 3, C. civ.). On décide même, généralement, que, encore qu'il n'y ait pas de clause formelle à cet égard, les juges pourraient admettre, en se basant sur les termes dans lesquels la promesse a été faite, et par interprétation de l'intention commune des parties, que l'engagement du porte-fort comprend l'obligation accessoire d'une caution. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 512, texte et note 9; Laurent, t. 15, n. 544; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.;* Duranton, *loc. cit.;* Larombière, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.*

22. — Le porte-fort, d'après le droit commun, s'engage à faire ratifier : il est donc passible de dommages-intérêts dès qu'il ne peut pas procurer la ratification promise. Le stipulant pour réussir dans son action n'a pas à prouver que le défaut de ratification provient de la négligence ou de la faute du porte-fort, et d'autre part, celui-ci ne pourrait pas s'exonérer de sa responsabilité en justifiant qu'il a fait toutes les démarches nécessaires pour obtenir la ratification. Il ne pourrait éviter la condamnation à des dommages-intérêts qu'en établissant que la ratification a été empêchée par un cas de force majeure. — Demolombe, t. 24, n. 220; Laurent, t. 15, n. 543; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.;* Duranton, t. 10, n. 218; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Convention*, sect. 2, § 1; Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 5; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 514, texte et note 14.

23. — Il arrive fréquemment que ceux qui se portent fort sont eux-mêmes parties dans un contrat bilatéral, où le tiers pour lequel ils se portent fort n'intervient pas soit pour cause d'ab-

sence, soit pour cause d'incapacité. C'est ce qui se produit fréquemment en pratique pour les ventes d'immeubles indivis entre des majeurs et des mineurs. Les majeurs vendent l'immeuble en se portant fort que les mineurs ratifieront la vente à leur majorité. On s'est demandé si les vendeurs, majeurs et maîtres de leurs droits, pouvaient, dès avant la ratification par les mineurs, réclamer le paiement du prix de vente dans les termes du contrat, ou à défaut de ce paiement, poursuivre la résolution de la vente.

24. — L'affirmative sur cette question est admise par la doctrine et par la jurisprudence. On ne saurait prétendre, en effet, que les majeurs en se prévalant ainsi du contrat, à l'exclusion des mineurs, les privent du bénéfice du contrat : les mineurs n'ont pas été parties à la vente, et, par suite, il ne leur est rien dû en vertu de ce contrat. On invoquerait vainement aussi l'art. 1653, C. civ., aux termes duquel l'acheteur qui « a juste sujet de craindre d'être troublé... par une action en revendication, peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ». Ce texte ajoute, en effet, que l'acheteur n'a pas ce droit lorsque, nonobstant le trouble, il s'est engagé à payer. « Or la convention de porte-fort, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, suppose essentiellement que l'acheteur connaît le danger qui le menace, et que cependant il s'oblige à payer le prix. Il y a d'autant moins lieu d'écarter dans cette hypothèse la disposition finale de l'art. 1653, que l'acheteur, à défaut de ratification, a un recours contre les vendeurs puisqu'il peut leur demander alors des dommages-intérêts. » — Cass., 25 mai 1852, Daillier, [S. 52.1.516, P. 52.1.583, D. 52.1.279] — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 133; Laurent, t. 15, n. 546; Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 4; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 513, texte et note 12.

25. — La promesse de porte fort peut utilement intervenir par l'accomplissement de toute espèce de faits : il suffit que ces faits puissent être l'objet d'une convention valable. Il est certain, en effet, que le mot *fait* employé dans l'art. 1120 est pris dans son sens le plus large, et désigne une prestation quelconque. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 511, texte et note 7; Laurent, t. 15, n. 542; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 134; Duranton, t. 10, n. 217 et 218; Demolombe, t. 24, n. 218; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 31 *bis*-II.

26. — Dans la pratique, c'est principalement pour les incapables et principalement les mineurs qu'on se porte fort. Afin d'éviter les lenteurs et surtout les frais qu'entraîne l'incapacité des mineurs, leurs tuteurs, ou encore leurs parents, agissent en leur propre nom en se portant fort pour les mineurs dont ils promettent la ratification, à l'époque de leur majorité (V. *suprà*, n. 23 et 24). Cette pratique n'est pas sans danger pour les intérêts des mineurs; il peut arriver que les mineurs pour lesquels on s'est porté fort se considèrent comme moralement obligés de ratifier une opération même désavantageuse pour eux, afin d'éviter à leurs parents ou à leur tuteur, la condamnation à des dommages-intérêts qu'entraînerait leur refus de ratifier. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 136; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, t. 24, n. 219.

27. — Il convient, toutefois, de faire remarquer qu'au point de vue purement juridique, ce danger n'existe pas, car la convention de porte-fort intervenant en faveur du mineur ne lie pas celui-ci, et qu'il est toujours libre, au point de vue légal, de donner ou de refuser sa ratification. — Demolombe, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 511, texte et note 6.

28. — Les clauses de porte-fort se rencontrent aussi parfois dans les contrats de mariage où, à raison de l'absence des futurs époux, leurs parents se portent fort de leurs conventions matrimoniales. Nous avons traité cette question, avec les développements qu'elle comporte, *suprà*, v° *Contrat de mariage*, n. 250. Nous nous bornerons donc à rappeler que la célébration du mariage ne vaut pas ratification de la part des époux, et que cette ratification ne peut utilement intervenir qu'autant qu'elle a lieu avant le mariage et qu'elle est constatée dans un acte notarié (Arg., art. 1394, C. civ. — V. *suprà*, v° *Contrat de mariage*, n. 278, et *infrà*, n. 37). — Si ces conditions ne sont pas réunies, les époux sont censés n'avoir pas fait de contrat de mariage, et ils sont considérés comme mariés sous le régime de la communauté légale.

29. — Le tiers étant absolument étranger à la convention, tant qu'il n'a pas donné de ratification, il en résulte cette double conséquence que les obligations à naître de la convention ne peuvent pas être mises à sa charge, et inversement qu'il ne peut pas se prévaloir des avantages que le contrat faisait naître à son profit.

30. — Jugé que lorsque plusieurs personnes agissant tant en leur nom personnel que comme se portant fort pour un mineur avec promesse de ratification à sa majorité ont emprunté solidairement une certaine somme d'argent et que le mineur n'a pas ratifié, depuis qu'il est devenu majeur, l'engagement pris en son nom, le prêteur ne saurait agir directement contre lui en vertu des principes de la gestion d'affaires. — Douai, 9 avr. 1900, Crèvecœur, [D. 1901.2.1]

31. — Du principe qu'aucune obligation ne peut être mise à la charge du tiers qui n'a pas ratifié, l'administration de l'Enregistrement a déduit logiquement cette conséquence que, lorsqu'un immeuble a été acquis par un majeur, à la fois pour lui-même et pour un mineur dont il a garanti la ratification à la majorité, c'est seulement après que le mineur devenu majeur a ratifié l'acquisition qu'elle peut être considérée comme le concernant. — Sol. rég., 25 juin 1875, [D. 77.3.16] — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 137.

32. — Inversement, le tiers ne peut pas, avant sa ratification, se prévaloir des avantages que le contrat pouvait faire naître à son profit. De là il résulte que si une personne a acquis une chose pour le compte d'un tiers dont elle n'était pas mandataire et pour lequel elle s'est portée fort, elle peut, tant qu'il n'y a pas eu de ratification, transférer valablement à une autre personne la propriété de cette chose, sans que le tiers pour lequel l'opération avait été faite en premier lieu puisse se plaindre. — Pothier, n. 59; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Toullier, t. 6, n. 153.

33. — Jugé, en ce sens, que la déclaration d'un acquéreur, dans le contrat de vente, qu'il acquiert tant pour lui que pour un tiers désigné, est une stipulation pour autrui, qui ne lie irrévocablement l'acquéreur qu'autant que la déclaration a été acceptée par le tiers avant révocation; que, par suite, si l'acquéreur vient à décéder sans avoir révoqué sa déclaration, mais toutefois avant l'acceptation du tiers, alors ce tiers ne peut plus accepter, parce que le concours des deux volontés pour la validité du contrat ne subsiste plus. — Bordeaux, 21 juill. 1827, Grellier, [S. et P. chr.]

34. — ... Que celui qui, sans mandat, a acquis des immeubles au nom d'une tierce personne pour laquelle il s'est porté fort, peut, sans mandat, les aliéner valablement tant que l'acquisition n'a pas été acceptée ou ratifiée par cette tierce personne. — Toulouse, 27 juin 1839, Mazas, [S. 40.2.110, P. 39.2.378]

35. — ... Que la déclaration faite par un acquéreur, dans son contrat d'acquisition, qu'il achète pour un tiers dénommé, ne suffit pas pour que ce tiers puisse réclamer la chose achetée, au cas où elle a été revendue par l'acquéreur : qu'en un tel cas, le tiers ne peut revendiquer la chose que s'il justifie d'un mandat donné aux fins de faire l'acquisition en son nom. — Rennes, 15 déc. 1848, Puech, [S. 50.2.276, P. 49.2.472, D. 51.5.367] — *Sic*, Toullier, t. 6, n. 30 et s.; Duranton, t. 10, n. 241.

36. — La circonstance que le tiers aurait succédé au porte-fort n'équivaudrait pas à une ratification de sa part. Les obligations d'une personne défunte ne sauraient, en effet, changer de nature en entrant dans le patrimoine de ses héritiers. Or le porte-fort s'était simplement obligé à payer une indemnité pour le cas où sa promesse ne serait pas ratifiée : le tiers qui lui succède ne peut pas être tenu d'une autre obligation. — Douai, 5 juill. 1877, Bécuve, [S. 78.2.45, P. 78.219] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 138.

37. — La ratification qu'un tiers donne de la promesse faite en son nom étant une simple déclaration de volonté, n'est soumise à aucune forme spéciale, sauf toutefois si la promesse avait été faite dans un contrat solennel : dans ce cas le consentement du tiers qui ratifie devrait obligatoirement être donné dans la même forme solennelle. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 513, note 12 *bis*; Laurent, t. 15, n. 548; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 139. — V. *suprà*, n. 28.

38. — D'autre part, cette ratification produit tous ses effets dès qu'elle a eu lieu : il n'est pas nécessaire qu'elle soit acceptée par le stipulant. On considère avec raison que ce stipulant a accepté d'avance cette ratification en donnant son consentement à la convention originaire, et en ne le rétractant pas avant que la ratification soit intervenue. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343

ter, p. 513, texte et note 13; Laurent, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

39. — Il a été jugé, en ce sens, que l'obligation contractée par un tiers dont on se porte fort s'accomplit et lie irrévocablement ce tiers dès qu'il l'a ratifiée et réalisée, sans qu'elle ait besoin d'être acceptée de nouveau par le créancier qui l'a acceptée à l'avance en la stipulant. — Cass., 27 août 1833, Joseph, [S. 33.1.673, P. chr.]

40. — Il faut, en outre, bien remarquer que la ratification par le tiers de la promesse faite en son nom serait pleinement valable et efficace, alors même que le promettant ne se serait pas porté fort. En effet, la circonstance que le promettant s'est porté fort ne présente d'intérêt qu'autant que le tiers ne ratifie pas, mais dès qu'il ratifie, il s'oblige, ce qui suffit pour valider la promesse, abstraction faite de toute clause de porte fort. — V. Cass., 25 mai 1852, Daillier, [S. 52.1.516, P. 52.1.583, D. 52.1. 279] — Laurent, t. 15, n. 547; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 140.

41. — Pour que la ratification soit opérante, il est indispensable que le consentement du stipulant existe toujours au moment où elle se produit. Si ce consentement était retiré pour une cause ou une autre, le contrat ne pourrait pas se former. Il en serait encore de même si le promettant qui s'est porté fort se dégageait de l'obligation qu'il a contractée d'indemniser le stipulant. Seulement la stipulation n'est pas la même pour le promettant qui s'est porté fort que pour le stipulant. Il ne peut se dégager de son obligation de porte-fort qu'autant que le stipulant consent à l'en dégager. Le stipulant, au contraire, n'a besoin de personne pour renoncer à se prévaloir de la promesse intervenue en sa faveur. — Laurent, t. 15, n. 549; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 141; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 512 et 513.

42. — Quand le stipulant ne s'est pas dégagé avant la ratification, cette ratification fait naître un contrat entre lui et le tiers dont le fait a été promis : le stipulant ne peut donc plus se rétracter désormais. — Laurent, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 142.

43. — Quant au promettant qui s'est porté fort, on peut poser, en règle générale, qu'il est libéré une fois la ratification intervenue. Il en serait toutefois autrement, dans les cas exceptionnels où il aurait garanti la validité et l'exécution effective de la convention qu'il a passée. Nous avons vu plus haut que cette garantie ne résulte pas de l'obligation contractée par le porte-fort, mais elle peut très-bien valablement y être ajoutée par une clause pénale. — V. *suprà*, n. 20 et 21.

44. — D'un autre côté, les auteurs admettent généralement que si la ratification émanée du tiers venait à être annulée par la suite pour vice de fond ou de forme, l'engagement du porte-fort revivrait avec tous ses effets, et notamment avec l'obligation d'indemniser le stipulant. Il est, en effet, conforme à l'intention présumée des parties contractantes de supposer qu'elles ont eu en vue une ratification valable, et qu'elles n'ont entendu délivrer le porte-fort de ses engagements que sous la condition de validité de cette ratification. Il n'en serait autrement que s'il résultait des termes du contrat ou des circonstances de la cause, qu'elles ont entendu tenir le porte-fort pour libéré une fois la ratification intervenue, quelle que puisse être d'ailleurs la validité de cette ratification. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.;* Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 8; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 512, texte et note 8; Demolombe, t. 24, n. 223. — V. *suprà*, n. 15.

45. — En ce qui concerne les effets du contrat qui concourt à former la ratification, il faut pour déterminer l'époque à partir de laquelle ils se produisent distinguer entre les parties contractantes et les tiers. Entre les parties contractantes, c'est-à-dire entre le stipulant et celui qui a ratifié, et plus généralement à l'égard des personnes qui ne peuvent pas être considérées comme des tiers, on admet que ces effets remontent au jour de la promesse du fait d'autrui, car par suite de la ratification intervenue, le promettant est censé avoir agi en qualité de mandataire; on a dit, en se plaçant à ce point de vue, que la ratification équivalait à un mandat donné après coup. — Laurent, t. 15, n. 550; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.;* Demolombe, t. 24, n. 230; Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 7; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 514, texte et note 14.

46. — La règle est différente à l'égard des tiers ; en effet, la convention ne peut être considérée comme formée en ce qui les concerne que du jour de la ratification, puisque c'est seulement à compter de ce jour qu'ils en ont eu connaissance. Par suite, la ratification ne produira d'effet vis-à-vis d'eux qu'à sa date, et encore elle ne pourra leur être opposée qu'autant qu'elle aura été constatée par un acte ayant date certaine. S'il s'agissait d'une convention soumise à la publicité, il faudra, même que la formalité de la transcription ait été remplie. — Laurent, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit ;* Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.;* Larombière, *loc. cit.;* Pothier, *Prescription*, n. 92; Troplong, *Prescription*, n. 910; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 514, texte et note 14 *bis*.

47. — Nous avons dit que l'obligation contractée par le promettant est une obligation de faire qui, en cas d'inexécution, se résout en dommages-intérêts (*suprà*, n. 13). A défaut de ratification, le stipulant pourrait-il, si la nature de l'obligation le permettait, contraindre le porte-fort à exécuter le fait qu'il avait promis pour le compte du tiers qui ne veut pas ratifier? Les auteurs qui admettent l'affirmative sur cette question ont cru la justifier en disant que le porte-fort est par la nature même de son obligation tenu d'indemniser le stipulant du préjudice que lui cause le refus de ratification ; or, disent-ils, il ne peut pas y avoir de réparation plus adéquate au préjudice causé que celle qui consiste dans l'exécution même du fait que le tiers aurait accompli s'il avait ratifié; toutes les fois donc que cela sera possible le tiers devra être contraint à accomplir le fait qu'il avait imprudemment promis pour le compte d'un tiers. — V. en ce sens, Demolombe, t. 24, n. 224; Championnière et Rigaud, *Tr. des droits d'enregistrement*, t. 1, n. 207 et 208.

48. — Cette doctrine nous paraît inacceptable ; elle méconnaît formellement, en effet, la nature juridique de l'obligation du porte-fort. Le porte-fort n'est pas obligé à réparer le préjudice résultant de l'inexécution de la convention à laquelle la ratification aurait donné naissance; il est tenu uniquement de réparer le préjudice causé par la non-obtention de la ratification. Il s'est engagé, nous l'avons déjà dit, non pas à faire exécuter la convention, mais simplement à la faire ratifier; lui demander l'exécution de la convention ce serait donc le contraindre à accomplir une obligation entièrement distincte, au point de vue juridique, de celle à laquelle il s'est engagé. — V. Laurent, t. 15, n. 543; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 143; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 515, texte et note 15 *bis;* Larombière, t. 1, sur l'art. 1120, n. 7.

49. — Mais si le porte-fort n'est pas tenu d'exécuter lui-même le fait qu'il a promis pour le compte d'un tiers, il peut très-bien se substituer à ce tiers pour l'exécution, à la condition toutefois que cette exécution fasse disparaître tout préjudice pour le stipulant. Nous ajouterons que cette faculté de se substituer ainsi au tiers pour l'exécution du fait promis ne doit pas être acquise d'une manière générale au profit du porte-fort. Elle pourrait l'être, sans aucun doute, dans le cas où, faute de ratification, le stipulant demanderait des dommages-intérêts : l'accomplissement du fait promis pourrait être le meilleur moyen d'éviter une condamnation. Au contraire, si le tiers dont le fait a été promis ne s'était pas encore prononcé relativement à la ratification, ou même si, après un refus de ratification, le stipulant ne réclamait pas de dommages-intérêts, nous déciderions sans hésiter que le porte-fort ne peut pas se mettre aux lieu et place du tiers : la convention intervenue entre lui et le stipulant ne lui donne pas ce droit : elle l'oblige à indemniser le stipulant si la ratification est refusée, mais elle ne lui confère pas, sauf convention contraire, le droit de traiter à son choix ou pour son propre compte ou pour le compte du tiers. — Laurent, t. 15, n. 545; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 144; Demolombe, t. 24, n. 226. — V. toutefois Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 515, texte et note 15.

Section II.

De la prohibition des stipulations pour autrui et des exceptions qu'elle comporte.

§ 1. *Dans quels cas il y a stipulation pour autrui.*

50. — La deuxième règle posée par l'art. 1119, C. civ., est qu'*on ne peut pas en son propre nom stipuler pour autrui* : ainsi, la stipulation faite en son nom personnel par Primus pour le compte de Secundus est nulle, car Secundus ne peut pas s'en prévaloir, puisqu'il y est demeuré étranger (art. 1165, C. civ.), et

Primus ne peut pas non plus en exiger l'exécution, puisqu'il n'a aucun intérêt appréciable à prix d'argent à ce que le promettant donne à Secundus ce qu'il avait promis de lui donner. Par suite, personne ne pouvant se prévaloir de la convention, cette convention demeure sans effet. « ... Rien n'est plus contradictoire, dit, en effet, Pothier, avec l'obligation civile que le pouvoir d'y contrevenir impunément ». — Pothier, n. 54; Laurent, t. 15, n. 551; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 145; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 515.

51. — Il est bien évident, d'ailleurs, que la règle posée par l'art. 1119, C. civ., ne s'applique qu'autant que celui qui a stipulé pour autrui a stipulé en son propre nom : s'il avait stipulé au nom du tiers soit comme mandataire légal ou contractuel, soit comme gérant d'affaires, la stipulation serait valable, par application des règles du mandat ou de la gestion d'affaires. — V. *suprà*, v^is *Gestion d'affaires*, n. 168 et s.; *Mandat*, n. 671 et s. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 146; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 155, note *a*. — V. *infrà*, n. 74 et s.

52. — Jugé, en ce sens, qu'est valable l'obligation contractée envers une personne qui, bien que stipulant en son propre nom, agissait en réalité comme mandataire et dans l'intérêt d'un tiers; que l'obligation doit être exécutée à l'égard de ce tiers comme elle eût été exécutée vis-à-vis du mandataire s'il eût agi dans son propre intérêt. — Cass., 6 juill. 1842, Guillais, [S. 42.1.802, P. 42.2.517]

53. — ... Que l'entrepreneur qui a fait assurer contre les risques de la navigation des marchandises dont il est chargé d'effectuer le transport doit être considéré comme ayant agi non pas seulement pour son propre compte et pour mettre sa responsabilité à couvert, mais encore comme le *negotiorum gestor* du propriétaire. — Colmar, 27 nov. 1848, Durr et Cie, [P. 50.1.658, D. 51.5.90]

54. — ... Que dès lors, et bien que le commissionnaire ait agi à l'insu du propriétaire et sans mandat de sa part, celui-ci peut, en cas de perte des marchandises, exercer utilement une action contre l'assureur. — Même arrêt.

55. — Mais il a été jugé que l'usufruitier d'un bâtiment qui vient à être détruit par un incendie ne profite pas de l'assurance qu'en a fait faire le nu propriétaire en son nom et dans son intérêt exclusivement personnel, et dont il a seul payé la prime : en cette hypothèse, le nu propriétaire ne saurait être réputé le *negotiorum gestor* de l'usufruitier. — Besançon, 26 déc. 1856, Sausset, [S. 56.2.309, P. 56.1.131, D. 56.2.96] — V. au surplus, *suprà*, v^is *Assurance (en général)*, n. 182, et *Assurance contre l'incendie*, n. 13.

56. — D'autre part, il n'y aurait pas stipulation pour autrui, nulle par application de l'art. 1119, si la personne, tout en stipulant pour elle-même, avait ajouté comme condition que la somme stipulée serait payée entre les mains d'un tiers désigné. Dans ce cas, en effet, il ne se forme pas d'obligation au profit du tiers qui n'est qu'un mandataire chargé de recevoir le paiement et de rendre compte (V. L. 95, § 5, Dig., LIV, 46, tit. 3). — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 147; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 521.

57. — Il n'y a pas non plus stipulation pour autrui dans la clause d'un contrat qui se borne à rappeler un engagement précédemment contracté par une des parties envers un tiers, sans lui imposer de nouvelles obligations au profit de ce dernier. — Cass., 9 mai 1887, Cons. Lippold, [D. 88.1.181] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 521, texte et note 21 *octies*.

58. — Spécialement, l'insertion, dans le cahier des charges dressé pour l'adjudication d'un casino, d'une clause imposant à l'adjudicataire l'obligation de maintenir à l'état de jardin d'agrément un terrain limitrophe d'une étendue déterminée, ne peut, lorsque cette obligation ne doit s'exécuter que dans les limites et les termes d'une convention antérieure à laquelle elle donne ainsi satisfaction, être considérée comme une stipulation au profit des parties qui ont figuré dans cette convention. — Même arrêt.

59. — Par suite, l'arrêt qui autorise, sous la réserve de ladite obligation, la vente en plusieurs lots de l'immeuble saisi qui comprend ce casino et ses jardins attenants, ne viole ni l'art. 1134, ni l'art. 701, C. civ. — Même arrêt.

60. — Les auteurs estiment qu'il n'y a pas davantage stipulation pour autrui lorsque le tiers au profit de qui est faite la stipulation se trouve lui-même présent à l'acte. « Dans ce cas, disent-ils, le tiers présent et partie à l'acte a, en réalité, stipulé pour lui-même, et la personne qui a paru stipuler en son nom n'a été que son porte-parole. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 521, texte et note 21 *sexties*; De Loynes, note sous Bordeaux, 1er avr. 1897, [D. 98.2.169] — V. aussi, Caen, 30 déc. 1878, Lemarchand, [D. 80.2.1]

61. — Mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire. — Cass., 6 juin 1888, Annet Rouaud, [S. 89.1.65, P. 89.1.140, D. 89.1.55] — Limoges, 22 mai 1886, sous cet arrêt, [S. et P. *ibid.*] — Bordeaux, 1er avr. 1897, Du Pouget, [S. et P. 1900.2.241] — *Sic*, Wahl, note sous Bordeaux, 1er avr. 1897, [S. et P. *loc. cit.*] — Et la Cour de cassation a proclamé qu'il appartient au juge du fond de décider souverainement que la stipulation pour autrui n'a pas perdu son caractère par cette triple circonstance : 1° que le tiers au profit duquel la stipulation était faite était intervenu au contrat pour donner son acceptation; 2° que le donateur avait dit lui faire donation de la somme; 3° et, enfin, que ledit donateur s'était réservé le droit de retour. — Cass., 6 juin 1888, précité.

§ 2. *Cas dans lesquels la stipulation pour autrui est valable.*

62. — Si la stipulation pour autrui est nulle en principe, elle peut devenir valable dans deux hypothèses exceptionnelles, prévues par l'art. 1121, C. civ., ainsi conçu : « On peut (pareillement) stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

63. — La stipulation pour autrui devient tout d'abord valable lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, c'est-à-dire lorsqu'elle constitue une charge de la stipulation; c'est ce qui aurait lieu par exemple dans le cas où le vendeur d'une maison moyennant un prix fixe déterminé stipulerait de l'acquéreur le paiement d'une rente viagère au profit d'un tiers déterminé. Cette rente ferait certainement partie du prix, et le vendeur pourrait, si elle n'était pas payée, réclamer la résolution du contrat (Arg., art. 1654, C. civ.).

64. — Une des plus importantes applications de la stipulation pour autrui faite comme condition d'un contrat que l'on conclut pour soi-même est l'assurance sur la vie. Nous avons donné tous les développements relatifs à cette importante matière, *suprà*, v° *Assurance sur la vie;* nous n'avons donc pas à y revenir ici. On rencontre encore des applications de la stipulation pour autrui dans les fondations, libéralités faites par des particuliers à des établissements doués de la personnalité morale, pour assurer certains services d'enseignement, d'assistance, etc. (V. *suprà*, v° *Dons et legs aux établissements publics*, n. 1669 et s.), dans les contrats d'assurance contre les accidents, ou assurance collective, passés par un patron au profit de ses ouvriers (V. *suprà*, v° *Assurance contre les accidents*, n. 17 et s.); dans les assurances contractées *pour le compte de qui il appartiendra*, assez fréquentes en matière d'assurances maritimes ou terrestres; dans les clauses insérées en faveur des ouvriers dans les cahiers des charges d'adjudication de travaux publics, etc.

65. — Nous citerons encore comme application de la théorie de la stipulation pour autrui la théorie du titre à ordre et du titre au porteur.

66. — On admet tout d'abord que la théorie des titres à ordre n'est qu'une application de la stipulation pour autrui telle que l'autorise l'art. 1121, C. civ. Le tireur d'une lettre de change ou le souscripteur d'un billet à ordre contracte avec le preneur, et celui-ci, afin de pouvoir plus facilement négocier le titre, stipule du tireur ou du souscripteur qu'il s'engage envers les porteurs successifs comme envers lui-même. Il y a donc bien là une stipulation pour autrui que le preneur fait au profit des bénéficiaires éventuels comme condition de la stipulation qu'il fait pour lui-même. — Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. 1, n. 281; Worms, p. 138 et s.; Saleilles, p. 290, note 1; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 177. — V. sur la nature des rapports juridiques existant entre le tireur d'une lettre de change et le preneur, *suprà*, v° *Lettre de change*, n. 662 et s.

67. — Ce que nous venons de dire des titres à ordre s'applique également aux titres au porteur. Le souscripteur de titres de cette nature contracte avec le bénéficiaire primitif, et, en outre, toujours pour lui permettre de faire circuler plus facilement le titre, il s'oblige, d'une façon générale au regard du dernier

porteur. Celui-ci ne figurant pas à l'origine dans la convention doit bien être considéré comme un tiers au profit duquel est faite une stipulation adjointe à un contrat. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 178.

68. — Cette théorie n'est cependant pas admise sans controverse. Certains auteurs, pour expliquer la transmissibilité du titre et l'engagement du souscripteur vis-à-vis le dernier porteur du titre, font intervenir l'idée de cession de créance (Wahl, n. 281). D'autres font découler l'engagement du porteur de la volonté unilatérale engendrant par elle-même, et sans trouver d'appui dans une convention, un lien obligatoire. — Worms, p. 150 et s. — V. *infra*, v° *Valeurs mobilières*.

69. — La stipulation pour autrui devient encore valable : lorsqu'elle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre, ainsi : une personne fait donation de tel immeuble sous la charge de payer à un tiers désigné une rente viagère; ici encore, si la rente viagère n'est pas payée, le donateur aura contre le donataire l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges (art. 953, C. civ.). — Pothier, n. 71 et 72; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 516; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1121, p. 368; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-I; Demolombe, t. 24, n. 232, 234 et 246; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 148; Laurent, t. 15, n. 552; Duranton, t. 10, n. 229 et 232; Thiry, t. 1, n. 594; Huc, t. 7, n. 46. — V. *suprà*, v^{is} *Dons et legs aux établissements publics*, n. 1652 et s.; *Donation entre-vifs*, n. 2732 et s.

70. — Bien que la stipulation pour autrui soit valable dans les deux cas de l'art. 1121, est-il nécessaire que le stipulant ait un intérêt pécuniaire à l'exécution de la promesse faite au profit du tiers, ou un simple intérêt moral peut-il être considéré comme suffisant pour valider la stipulation? Suivant MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, dans les deux hypothèses prévues par l'art. 1121 il n'y a pas à distinguer entre l'intérêt moral et l'intérêt pécuniaire; l'un comme l'autre suffit à valider la stipulation pour autrui. « ... Ce qui prouve bien, disent à ce sujet les auteurs précités, qu'il (le législateur) s'est placé à ce point de vue, c'est ce fait qu'il a, d'une façon générale et sans distinguer suivant que le stipulant veut ou non se libérer au regard du bénéficiaire, déclaré valable la stipulation pour autrui intervenant comme condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à une autre personne. Il est donc indifférent que l'intérêt du stipulant soit simplement moral. » — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 149; Larombière, t. 1, sur l'art. 1119, n. 8. — *Contrà*, Demolombe, t. 24, n. 232. Cet auteur exige toujours un intérêt pécuniaire même dans les hypothèses prévues à l'art. 1121, C. civ.

71. — Jugé formellement, en ce sens, que celui qui stipule pour lui-même peut stipuler en même temps pour un tiers, lorsqu'il a un intérêt direct et immédiat, fût-il même purement moral, à cette stipulation. — Cass., 30 avr. 1888, Huet et consorts, [S. 90.1.407, P. 90.1.978, D. 88.1.291] — V. Fuzier-Herman et Darras, *C. civ. ann.*, sur l'art. 1121, n. 48.

72. — C'est ainsi encore que la cour d'Alger a admis que l'Administration supérieure de l'Algérie a pu, en payant des indemnités aux victimes d'une insurrection arabe, stipuler d'elles la renonciation à leurs droits de poursuivre les auteurs du dommage. Une pareille stipulation devait être considérée comme valable, l'Administration ayant « évidemment, elle-même, un intérêt général de pacification à effacer toutes les traces de l'insurrection et à prévenir, dans l'avenir, des débats qui pourraient raviver des sentiments d'hostilité entre diverses classes d'habitants ». Dans cette hypothèse encore l'intérêt du stipulant était bien plutôt moral que pécuniaire. — Alger, 18 févr. 1875 (motifs), N..., [D. 76.2.61] — V. aussi dans le même sens Cass., 16 janv. 1888, Despretz, [S. 88.1.127, P. 88.1.281, D. 88.1.77] — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*

73. — En dehors des deux cas prévus à l'art. 1121, C. civ., la stipulation pour autrui devra encore recevoir son effet si elle présente pour le stipulant un intérêt appréciable en argent. L'intérêt pécuniaire valide dans tous les cas la stipulation pour autrui parce que, si l'art. 1119, C. civ., ne reconnaît aucune efficacité à ce genre de stipulation, c'est qu'il suppose que cette stipulation ne présente aucun intérêt pécuniaire pour le stipulant. La raison de cette inefficacité cesse par cela même que le stipulant a un intérêt à l'exécution de la convention : celle-ci n'est plus alors une pure stipulation pour autrui. Mais le simple intérêt moral doit être considéré comme insuffisant pour valider la stipulation, parce que l'interprétation contraire produirait ce résultat inadmissible de rendre absolument inutile la règle posée par l'art. 1119, C. civ., qu'on ne peut pas stipuler en son propre nom pour autrui. En effet, si l'on pouvait toujours tenir compte de l'intérêt moral pour valider la stipulation en faveur d'autrui, cette stipulation devrait dans tous les cas être considérée comme valable, car il n'est pas présumable que la stipulation pour autrui n'implique pas au moins un intérêt moral d'affection, d'amitié, etc. chez celui qui la fait : rationnellement on ne peut admettre que le stipulant n'ait pas eu un motif, avoué ou non, de stipuler pour autrui. Législativement, sans doute, le système contraire pourrait être admis et il serait même préférable, selon nous, que la loi déclare que l'intérêt moral suffit, dans tous les cas, à valider la stipulation pour autrui; mais il ne peut dépendre de l'interprète de faire prévaloir cette solution en présence de l'art. 1119, C. civ. — Pothier, n. 58; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 150 et 151; Laurent, t. 15, n. 553; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 516, texte et note 17; Larombière, t. 1, sur l'art. 1119, n. 7; Huc, t. 7, n. 45; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-II.

74. — Il peut être assez difficile parfois, en pratique, de distinguer si une stipulation pour un tiers doit être déclarée nulle par application de l'art. 1119 C. civ., ou si elle doit être déclarée valable comme constituant une gestion d'affaires. Deux systèmes bien tranchés existent sur cette question. D'après le premier, la stipulation pour autrui ne devrait être considérée comme valable, en qualité de gestion d'affaires, qu'autant qu'elle se rattacherait à une gestion d'affaires déjà commencée. Dans cette hypothèse, en effet, le gérant d'affaires étant d'ores et déjà comptable envers le maître, il peut avoir un intérêt personnel et pécuniaire à stipuler pour autrui. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 152; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 517.

75. — D'après MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*), la stipulation pourrait être validée quand elle aurait « pour objet la conservation ou l'entretien de choses faisant partie du patrimoine de celui au profit duquel la stipulation a été faite ». Mais cette deuxième exception ne nous paraît point justifiée : en effet, la circonstance que la stipulation a pour objet de conserver ou d'entretenir une chose qui figure déjà dans le patrimoine d'un tiers, n'implique nullement que le stipulant soit intéressé à obtenir l'exécution de la promesse. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

76. — Beaucoup d'auteurs, se montrant moins timides que MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, admettent dans un second système, que toute personne qui stipule en son nom pour autrui doit être considérée comme se constituant gérant d'affaires, sans qu'il y ait à distinguer si la stipulation intervenue dans ces conditions se rattache ou non à une gestion antérieurement commencée. Les auteurs qui se prononcent pour cette opinion reconnaissent bien, il est vrai, que le stipulant n'a pas agi comme gérant d'affaires, mais qu'importe qu'il n'ait pas pris cette qualité? « Peut-il être dans l'esprit du droit français, dit à ce sujet M. Colmet de Santerre, de faire dépendre d'une différence de mots la validité ou la nullité d'une convention? N'est-ce pas encore le cas d'appliquer la règle de sage interprétation édictée par l'art. 1157, C. civ.? Il est vrai qu'on arrive ainsi à réduire presque à néant la partie de l'art. 1119 qui concerne la stipulation, puisqu'on considère en définitive toutes les stipulations pour autrui comme faites au nom d'autrui; mais nous ne devons pas plus hésiter ici que lorsqu'il s'est agi de la promesse pour autrui. Les deux décisions de l'art. 1119 doivent être considérées comme des règles abstraites, dégénérées de l'importance qu'elles avaient en droit romain, et devenues sans utilité pratique, sous l'influence des règles un peu larges du droit français en matière d'interprétation de conventions ». — Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-III; Bugnet, sur Pothier, t. 2, p. 35, notes 2 et 3; Demolombe, t. 24, n. 238.

77. — Cette opinion, qui aboutit, en définitive, à effacer complètement la deuxième règle posée par l'art. 1119, C. civ., doit être par cela même écartée. Elle ne respecte pas d'ailleurs forcément l'intention des parties contractantes, car celui qui stipule pour autrui n'a pas toujours l'intention de se constituer gérant d'affaires et de se soumettre aux obligations et charges qu'entraîne la gestion d'affaires. Cette doctrine aboutit donc, en définitive, à violer le texte de la loi et, dans bien des cas, à méconnaître l'intention des parties : deux motifs qui doi-

vent la faire écarter. — Pothier, n. 60; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*, Aubry et Rau, *loc. cit.* — Il faudra donc prouver que le stipulant a agi par qualité de gérant des affaires. — V. *suprà*, n. 51 et s.

78. — Les auteurs admettent, en général, que la stipulation pour autrui doit encore être considérée comme valable dans l'hypothèse où le stipulant y aurait fait insérer à son profit une clause pénale, qui deviendrait exigible dans le cas où le promettant n'exécuterait pas sa promesse vis-à-vis du tiers : ainsi Paul stipule de Pierre qu'il abattra un arbre qui gêne la vue de son voisin Jacques, et il est convenu, en outre, que si Pierre n'abat pas cet arbre, il devra payer à Paul une somme de 1,000 fr. La stipulation de Jacques est valable. — Laurent, t. 15, n. 553; Delvincourt, t. 2, p. 518; Toullier, t. 6, n. 814, Duranton, t. 11, n. 330; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1121, p. 368; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-I; Demolombe, t. 24, n. 641. — V. *suprà*, v° *Clause pénale*, n. 28. — V. toutefois Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 153.

§ 3. *Conditions de validité et formes de la stipulation pour autrui.*

79. — La stipulation pour autrui, faite dans les conditions indiquées par l'art. 1121, C. civ., constitue au regard du bénéficiaire un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux, selon que le stipulant était ou non obligé envers lui à raison d'un fait antérieur.

80. — Quand le bénéficiaire était créancier du stipulant, la prestation que le promettant effectue entre ses mains, en exécution de la stipulation, vaut comme paiement et libère le stipulant jusqu'à due concurrence. On doit, en tout point, appliquer ici le droit commun.

81. — Il en est, du reste, rarement ainsi. Le plus souvent, la stipulation pour autrui est un acte à titre gratuit et constitue une pure libéralité de la part du stipulant. Dans ce cas, elle doit être conforme à toutes les règles du fond qui gouvernent les donations entre-vifs (V. *suprà*, v° *Donations entre-vifs*). — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 167; Laurent, t. 15, n. 560; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-V; Duranton, t. 10, n. 232; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 521, texte et note 22.

82. — Jugé formellement, en ce sens, que si les libéralités stipulées pour autrui, dans les termes de l'art. 1121, C. civ., ne sont pas soumises aux formes des donations directes (V. *infrà*, n. 85), elles n'en constituent pas moins, dans les rapports du stipulant et du tiers bénéficiaire, de véritables donations. En conséquence, elles ne sauraient être validées lorsque, par suite d'une réserve stipulée par le donateur, toute acceptation était impossible de son vivant, et qu'il dépendait de sa seule volonté de rendre la libéralité sans objet. — Cass., 26 mars 1884, Chenier, [S. 86.1.422, P. 86.1.1029, D. 84.1.275]

83. — Est nulle, spécialement, la stipulation jointe à un contrat de prêt, d'après laquelle la somme prêtée devait être remise, après la mort du stipulant, à un tiers bénéficiaire, mais avec réserve pour le stipulant de prélever sur les fonds telles sommes qui lui seraient nécessaires. — Même arrêt.

84. — Il y a, toutefois, controverse en doctrine sur le point de savoir si l'on doit exiger, ainsi qu'on le fait au cas de donation directe (V. *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 1041 et s., 1066 et s.), que les bénéficiaires de ces libéralités soient des personnes exactement déterminées et déjà existantes à l'époque du contrat. La jurisprudence présente, sur ce point, une certaine hésitation. Par plusieurs arrêts, elle a reconnu valables les dispositions contenant des charges au profit de personnes futures et indéterminées, quand ces dispositions revêtaient le caractère de fondations. Dans d'autres décisions, relatives aux contrats d'assurance sur la vie, elle n'a reconnu comme pouvant bénéficier de l'assurance que les personnes nominativement désignées, capables et existantes à la date du contrat. — V. sur la question, *suprà*, v° *Dons et legs aux établissements publics*, n. 1782 et s.

85. — Au point de vue de la forme, par contre, les libéralités stipulées pour autrui sont absolument soustraites aux règles qui régissent les libéralités directes, au moins lorsqu'elles sont la condition d'un contrat à titre onéreux que le donateur fait pour lui-même. La libéralité n'est alors, en effet, que l'accessoire d'un acte pour [illegible]. Lorsque la loi ne prescrit aucune forme, elle doit donc participer aux avantages de l'acte dont elle n'est qu'une dépendance. L'art. 1973, C. civ., consacre expressément cette règle pour la rente viagère : « Elle (la rente viagère), dispose ce texte, peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne. Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations. » Cette disposition doit être étendue à toute stipulation gratuite faite au profit d'un tiers dans un contrat à titre onéreux. — Laurent, t. 15, n. 560; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-V; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 521, texte et note 22; Demolombe, t. 25, n. 254; Huc, t. 7, n. 50; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 167; Duranton, t. 10, n. 232. — V. aussi *suprà*, v° *Donation entre-vifs*, n. 3555 et s.

86. — Nous déciderons donc qu'il n'est pas nécessaire que la donation qui résulte de la stipulation pour autrui soit contenue dans un acte authentique, ni qu'elle fasse de la part du tiers l'objet d'une acceptation expresse. L'acceptation tacite serait valable : sans doute, l'art. 1121 dit que le tiers doit déclarer vouloir profiter de la stipulation, mais le mot déclarer signifie simplement ici : manifester sa volonté, et une manifestation de volonté peut être tacite aussi bien qu'expresse. — Laurent, t. 15, n. 561; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 167; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 527, texte et note 28; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 7; Duranton, t. 10, n. 240; Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-V; Demolombe, t. 24, n. 254. — V. *suprà*, vis *Dons et legs aux établissements publics*, n. 1792 et s., *Donation entre-vifs*, n. 3581, 3582, 3593 et s., 6667.

87. — Jugé, par application de ce principe, que l'acceptation du tiers, bien que non formellement exprimée, peut s'induire de l'assignation donnée à la requête de ce tiers pour obtenir le paiement de la somme stipulée à son profit. — Bordeaux, 18 févr. 1891, Evêque de Périgueux et de Saint-Exupéry, [S. et P. 92.2.89, D. 95.1.69] — Besançon, 1er mars 1893, sous Cass., 19 juin 1894, Ville de Baume-les-Dames, [*Gaz. Pal.*, 94.2.365]

88. — ... Que lorsqu'un donateur, en faisant donation d'un immeuble à l'un de ses enfants, en réserve l'usufruit à son profit et au profit de sa femme, l'usufruit pouvant faire l'objet d'une stipulation pour autrui, la réserve d'usufruit ainsi stipulée au profit de la femme a le caractère, non d'une donation proprement dite, mais d'une simple modalité de la donation principale, modalité consistant dans l'engagement personnel pris par le donataire de laisser la femme du donateur jouir jusqu'à sa mort des biens donnés, et constitue ainsi une véritable stipulation pour autrui. — Bordeaux, 1er avr. 1897, Du Pouget, [S. et P. 1900.2.241, et la note de M. Wahl, D. 98.2.169]

89. — Par suite, si cette stipulation est soumise aux mêmes règles que les donations proprement dites en ce qui concerne la capacité de la faire ou de la recevoir et la quotité des biens qui peut en être l'objet, elle est dispensée des solennités requises pour les donations, et n'est assujettie qu'à l'accomplissement des formalités du contrat dont elle est l'accessoire; notamment l'acceptation du tiers bénéficiaire peut être tacite; et cette acceptation résulte du concours du tiers bénéficiaire à l'acte pour un autre motif (par exemple, pour assister dans son contrat de mariage le donataire, son fils), ainsi que d'une sommation et d'un exploit introductif d'instance, tendant à l'exécution de la donation. — Même arrêt.

90. — Jugé de même que celui qui a consenti dans un acte intervenu entre lui et une autre partie une stipulation au profit d'un tiers étranger à cet acte ne peut, sur le seul motif que cette stipulation n'aurait point été acceptée formellement par le tiers bénéficiaire, se soustraire pour l'avenir à l'obligation de l'exécuter, lorsqu'il l'a exécutée par le passé et que, en fait, le tiers en a recueilli le bénéfice. — Caen, 7 mai 1845, Auvray, [S. 45.2.534, P. 48.2.202, D. 49.2.24]

91. — Toujours par application du principe en vertu duquel la libéralité résultant de la stipulation pour autrui n'est pas soumise aux règles de forme des donations, il n'est pas nécessaire que l'acceptation du tiers ait lieu du vivant du stipulant. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4 § 343 *ter*, p. 527; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 167; Duranton, t. 10, n. 248; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Stipulation pour autrui*, n. 53; Troplong, *Donations et testaments*, t. 3, n. 1107; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 617, p. 565, note 16; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 5. — V. cependant, Marcadé, t. 4, sur l'art. 1121, n. 3;

Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-VII; Laurent, t. 15, n. 57.

92. — Jugé, conformément à notre doctrine, que la stipulation faite au profit d'un tiers, notamment comme condition d'une donation, peut être valablement acceptée par ce tiers même après le décès du stipulant, si elle n'a pas été révoquée par celui-ci ou par ses héritiers. — Cass., 22 juin 1859, Banet, [S. 61.1.151, P. 60.945, D. 59.1.385] — Bordeaux, 18 févr. 1891, précité.

93. — ... Que la stipulation faite dans un acte de donation, par le donateur et comme condition de la donation, que le donataire paiera une certaine somme à un tiers, peut être acceptée par ce tiers après le décès du donateur, si elle n'a pas été révoquée par ce dernier ou par ses héritiers. — Cass., 22 juin 1859, précité.

94. — ... Qu'aucune disposition de loi n'oblige le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui à accepter les avantages de cette stipulation du vivant même du stipulant. — Cass., 27 févr. 1884, Boissière, [S. 86.1.422, P. 86.1.1028, D. 84.1.389]

95. — Ainsi, lorsque l'acceptation par le tiers bénéficiaire de la stipulation faite en sa faveur a eu lieu avant toute révocation, la circonstance que le décès du stipulant a été antérieur à cette acceptation n'a en rien changé la position respective des parties en cause, et n'a pas empêché qu'il existât une stipulation au profit du tiers, revêtue des seuls caractères qu'exige l'art. 1121, C. civ., pour la rendre définitive et désormais irrévocable. — Même arrêt.

96. — Enfin, on doit décider également qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation, lorsqu'elle est faite par acte séparé, soit notifiée au donateur (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 167). Jugé, en ce sens, que lorsqu'il a été convenu entre les parties que le capital nécessaire à la constitution d'une dot au profit d'un tiers deviendra exigible à l'époque de l'établissement du tiers par mariage ou autrement, la propriété lui en est définitivement acquise dès lors qu'il a fondé un établissement commercial sérieux, sans qu'il ait besoin de notifier soit son acceptation, soit l'existence de cet établissement. — Cass., 30 juill. 1877, Rousse, [S. 78.1.55, P. 78.123, D. 77.1.342]

97. — Les solutions que nous venons d'indiquer ne sont d'ailleurs exactes que si la libéralité réalisée par la forme de la stipulation pour autrui est véritablement l'accessoire d'un contrat principal. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé avec raison que la libéralité résultant d'une stipulation pour autrui insérée dans une donation entre-vifs ne peut être acceptée après la mort du stipulant que si elle constitue une charge de la donation principale. Il faudrait, au contraire, que l'acceptation ait lieu du vivant du donateur, si le tiers était appelé à recueillir le bénéfice complet de la libéralité primitive, à l'exclusion du donataire, par suite de la réalisation d'une condition résolutoire. Cette hypothèse n'est pas, en effet, l'hypothèse prévue par l'art. 1121, C. civ.; elle implique deux vocations distinctes et successives au bénéfice de la même libéralité, et la seconde, comme la première ne peut produire aucun effet si elle n'a pas été acceptée du donateur, conformément à la règle posée par l'art. 932, al. 2, C. civ. — Cass., 1er mai 1894, de Saint-Exupéry, [S. et P. 95.1.31, D. 95.1.69] — V. *suprà*, v° *Dons et legs aux établissements publics*, n. 1794.

§ 4. *Effets de la stipulation pour autrui.*

98. — La stipulation pour autrui conclue dans les cas prévus à l'art. 1121, C. civ., ne fait pas naître au profit du stipulant une action directe en exécution de la charge qui y est fixée. Ce dernier n'a pas, en effet, stipulé cette charge à son profit personnel et le promettant ne lui doit rien en vertu de la promesse faite au bénéfice de tiers. Mais le stipulant a un moyen de contrainte indirect très-efficace dans tous les cas où il a remis un objet ou valeur au promettant pour que celui-ci fasse au tiers la prestation ou la dation convenue : il peut faire prononcer la résolution du contrat ou la révocation de la donation et agir en répétition de l'objet ou valeur par lui fournis (C. civ., art. 953, 6654); le promettant préférera généralement s'exécuter que de restituer ce qu'il a reçu. — Sur les effets de la résolution ou révocation ainsi prononcée, V. *infrà*, n. 168 et s.

99. — Dans les rapports du promettant et du tiers il en va différemment. La stipulation pour autrui a précisément pour but de faire naître un droit au profit de ce tiers, et ce droit est sanctionné entre ses mains par une action en exécution. Nous avons à rechercher maintenant sous quelles conditions ce droit prend naissance et quelle est la nature de cette action.

100. — La première question qui se pose est celle de savoir à quel moment naît le droit appartenant au tiers. Deux théories peuvent se concevoir sur ce point : on peut admettre ou que le droit au profit du tiers naît immédiatement, c'est-à-dire au moment même où se fait la stipulation, sauf pour le stipulant la faculté de l'anéantir rétroactivement par la révocation, ou, au contraire, que le droit ne prend naissance qu'au moment de l'acceptation émanée du tiers.

101. — D'après MM. Baudry-Lacantinerie et Barde (t. 1, n. 154), dont l'opinion est restée jusqu'ici à peu près isolée, mais qui nous paraît cependant la meilleure, la stipulation pour autrui, dans les deux cas prévus par l'art. 1121, ferait naître immédiatement un droit de créance au profit du tiers. L'acceptation de ce tiers, qui interviendrait ultérieurement, aurait simplement pour conséquence de mettre ce droit déjà né à l'abri d'une révocation du stipulant. Ces auteurs invoquent en faveur de leur doctrine l'autorité de Pothier et le texte de la loi. Pothier (n. 72), tout en reconnaissant qu'il n'était pas conforme aux règles du droit « qu'un contrat puisse » par lui-même et *propria virtute* produire un engagement envers un tiers et donner un droit à un tiers qui n'y était pas partie », ajoutait que cependant en notre matière « l'équité naturelle » pouvait former un pareil engagement. Cette solution, que Pothier fondait sur l'équité naturelle et aussi sur l'autorité du droit romain (V. la Constitution de Dioclétien et de Maximien, L. 3, C. Just., VIII-54), peut être considérée comme consacrée positivement dans notre droit moderne par l'art. 1165, C. civ., qui dispose : « ... Elles (les conventions) ne lui profitent (au tiers) qui dans le cas prévu par l'art. 1121 ». Si dans l'hypothèse exceptionnelle prévue à l'art. 1165, la convention à laquelle le tiers a été étranger lui profite néanmoins, c'est donc bien qu'elle fait naître immédiatement un droit en sa faveur. « Si le tiers, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, pour bénéficier de la stipulation pour autrui, devait l'accepter, il n'y aurait rien d'exceptionnel dans cette hypothèse. La convention qui profiterait au tiers ne serait pas, comme le suppose l'art. 1165, une convention à laquelle il serait demeuré étranger, mais bien celle qu'il aurait formée par son acceptation et à laquelle, par suite, il aurait été partie ». Enfin, en faveur de cette doctrine, on peut encore donner cet autre argument de texte que, dans l'art. 1121 *in fine* lui-même, le législateur décide que la stipulation pour autrui ne peut plus être révoquée « si le tiers a *déclaré vouloir en profiter* ». Le législateur ne parle pas d'une acceptation, il suffit que le tiers manifeste l'intention de profiter du droit, ce qui semble bien indiquer que dans la pensée des auteurs du Code civil, le droit est déjà né, et qu'il s'agit simplement de ne pas le laisser disparaître. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 154. — V. aussi dans le même sens, Huc, t. 7, n. 48.

102. — C'est à la doctrine que nous venons d'exposer que la Cour de cassation paraît s'être déjà ralliée dans un arrêt d'après lequel, lorsque, dans un acte passé entre deux parties, il a été stipulé une clause avantageuse pour un tiers dénommé, quoique principalement en vue de l'intérêt de l'une d'elles, ce tiers est en droit de réclamer directement l'exécution de la stipulation dont il s'agit. — Cass., 13 juin 1877, Ville de Pamiers, [S. 77.1.307, P. 77.784, D. 78.1.415] — Puisque le tiers qui est demeuré étranger au contrat peut agir en exécution de ce contrat, c'est donc qu'un droit est né en sa faveur au moment de la stipulation.

103. — Elle l'a depuis consacrée expressément en matière d'assurance sur la vie et a décidé formellement que le droit du tiers bénéficiaire existe du jour de la stipulation. — Cass., 2 juill. 1884, Dieudonné, [S. 85.1.5, P. 85.1.5, D. 85.1.150]; — 8 févr. 1888, Tourbez, [S. 88.1.121, P. 88.1.281, D. 88.1.193]; — 27 mai 1888, Syndic Dubois, [S. 88.1.121, P. 88.1.281]; — 7 août 1888, Rommel, [S. 89.1.97, P. 89.1.241, D. 89.1.118]; — 8 avr. 1895, Consorts Simon, [S. et P. 95.1.265, D. 95.1.441] — V. aussi *suprà*, v° *Assurance sur la vie*, n. 328, 355 et s.

104. — Vainement, contre ce système, objecterait-on que son application aboutit à ce résultat, contraire aux principes du droit, que le tiers deviendra créancier sans l'avoir voulu. L'objection n'est pas sérieuse, car si le tiers peut devenir créancier à son insu ce ne sera jamais contre son gré. Il sera toujours libre d'anéantir le droit né à son profit, en le refusant formellement, ou même simplement en refusant de l'exercer.

105. — Cependant pour éviter cette objection, la jurisprudence, dans la matière des assurances sur la vie, a cru devoir adopter une théorie différente, mais qui aboutit au même résultat que celle que nous exposons. D'après certaines décisions, le tiers au profit duquel une stipulation est intervenue ne deviendrait créancier que par son acceptation; mais cette acceptation, une fois donnée, rétroagirait au jour même du contrat. — V. notamment en ce sens, Cass., 22 juin 1891, Trésor public, [S. et P. 92.1.177, D. 92.1.205] — Rouen, 6 avr. 1895, Époux Bénard, [D. 95.1.545], et *suprà*, v° *Assurances sur la vie*, n. 356, 506, 507, 512, 513, 673, 678.

106. — Nous n'insisterons pas autrement sur cette jurisprudence spéciale à la matière des assurances sur la vie. Qu'il nous suffise de faire remarquer, avec MM. Baudry-Lacantinerie et Barde (t. 1, n. 155 et 200), qu'elle soulève une critique très-grave qui la rend difficilement acceptable : la rétroactivité de l'acceptation est une fiction, et juridiquement, il ne peut pas y avoir de fiction sans un texte formel de loi qui la consacre ; or, il n'existe aucun texte de cette nature dans la matière des stipulations pour autrui. — Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, p. 110, *in fine*, et 112.

107. — La doctrine que nous venons d'exposer sur le point de départ du droit du tiers bénéficiaire, et à laquelle nous nous sommes ralliés, comme étant la plus conforme à la tradition et surtout aux textes du Code civil, n'est pas cependant la plus suivie. Les auteurs admettent, généralement, que le droit naît seulement après que le bénéficiaire a accepté, la stipulation faite à son profit. Ils considèrent que la stipulation pour autrui, tant que cette acceptation n'est pas intervenue, constitue une simple offre au profit de ce tiers, et appliquant ici les règles générales sur la pollicitation, décident que cette offre ne peut engendrer de créance au profit de celui auquel elle est adressée, qu'après avoir été acceptée par lui. — Laurent, t. 15, n. 559 ; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-IV ; Demolombe, t. 24, n. 248 ; Thiry, t. 2, n. 595.

108. — Cette théorie, connue sous le nom de *théorie de l'offre*, nous paraît contraire, comme nous l'avons déjà dit, aux textes du Code (C. civ., art. 1165 et 1121. — V. *suprà*, n. 101), et, de plus, elle aboutit à des conséquences qui sont de nouvelles raisons pour la faire écarter.

109. — Il peut arriver, en effet, que le stipulant ou le tiers bénéficiaire de la stipulation viennent à décéder peu après qu'elle est intervenue. Dans la doctrine que nous avons adoptée, ces décès n'auront aucune influence : le tiers étant devenu immédiatement créancier par l'effet de la stipulation, le décès du stipulant ou du tiers survenant postérieurement ne peut porter aucune atteinte à l'existence de ce droit de créance. On appliquera purement et simplement en notre matière la règle fondamentale d'après laquelle les droits actifs et passifs sont transmissibles aux héritiers, sous cette seule réserve que le droit de révocation qui appartenait à leur auteur leur appartiendra également. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*

110. — Les auteurs qui admettent la théorie de l'offre sont, au contraire, divisés quand il s'agit de décider si l'offre contenue dans la stipulation pour autrui peut être utilement acceptée par le tiers après la mort du stipulant, ou par les héritiers du tiers après la mort de ce dernier. Quelques-uns font ici l'application stricte de la théorie générale sur la pollicitation et se prononcent pour la négative. Quand le stipulant, qui joue ici le rôle de pollicitant, est mort, l'une des deux volontés dont le concours est nécessaire pour la formation du consentement a disparu, et, par conséquent, l'acceptation ne peut plus utilement intervenir pour former le lien obligatoire. Quand le bénéficiaire de la stipulation est décédé, la volonté qui devait s'ajouter à celle de l'auteur de l'offre pour former le contrat ne peut plus être exprimée, et l'acceptation ne peut donc plus être donnée utilement. Vainement, on objecterait que les héritiers du tiers pourront, en invoquant l'art. 1122, C. civ., aux termes duquel « on est censé avoir stipulé pour soi ou pour ses héritiers... », accepter utilement l'offre. Ce texte ne consacre le principe de la transmission héréditaire que pour les droits actifs et passifs actuellement nés, mais non pour la simple aptitude à acquérir un droit. — Laurent, t. 15, n. 571 ; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1121, p. 369; Saintespès-Lescot, *Donations*, t. 3, n. 615; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-VIII ; Thiry, t. 2, n. 597.

111. — Mais la plupart des auteurs, bien que cette opinion soit assez peu logique, soutiennent que le principe général qui régit les pollicitations et qui s'oppose à ce que la pollicitation puisse être acceptée après la mort de son auteur ou du tiers, est étranger à notre matière. Il ne s'applique, disent ces auteurs, qu'aux offres destinées à former un contrat. Or, la stipulation pour autrui, dans les deux cas visés par l'art. 1121, ne tend point à la formation d'un contrat : elle n'est qu'une simple clause, une charge ou un mode de la convention déjà formée et à laquelle elle se rattache. — Delvincourt, t. 2, p. 264; Duranton, t. 10, n. 248 et 249; Troplong, *Traité des donations*, t. 3, n. 1106 et 1107; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 521, texte et note 27 ; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 5 et 8; Demolombe, t. 24, n. 94; Vigié, t. 2, n. 1194.

112. — M. Laurent fait très bien ressortir le défaut capital de cette argumentation : « ... elle absorbe, dit-il, la stipulation au profit du tiers dans la stipulation principale, comme s'il n'y avait qu'un seul et même contrat, tandis qu'en réalité il y en a deux : une convention entre le stipulant et le promettant, et une convention entre le stipulant et le tiers. La première convention est formée par le concours de volonté du stipulant et du promettant, mais de là ne suit pas que la seconde convention soit déjà formée, elle se formera par l'acceptation du tiers...; le lien doit donc seulement se former; or il ne peut se former que par le concours de volonté des deux parties et ce concours devient impossible lorsque l'une d'elles meurt ». — V. Laurent, *loc. cit.*

113. — La théorie de l'offre conduit donc logiquement à cette conséquence que la stipulation pour autrui ne peut être valablement acceptée après la mort du stipulant, et c'est un nouveau motif qui doit la faire repousser, car ce résultat est manifestement contraire à l'intention des parties, qui ont voulu faire profiter le tiers de la stipulation en toute hypothèse. — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 157.

114. — La théorie de l'offre fait naître une autre question par laquelle ses partisans se sont encore divisés sans arriver à une solution satisfaisante, ce qui prouve à nouveau que cette théorie est vicieuse. De qui émane véritablement la pollicitation que suppose cette théorie? L'opinion généralement enseignée est que l'offre émane du stipulant. Il en résulte immédiatement que le contrat qui se formera par l'acceptation du tiers n'existera que dans les rapports du stipulant et du bénéficiaire ; le promettant n'y ayant pas été partie y demeure absolument étranger. Mais alors comment expliquer que le promettant soit tenu envers le bénéficiaire de la stipulation et que celui-ci ait une action directe contre lui? Cependant l'existence de cette action est admise par l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence; c'est donc que l'engagement du promettant envers le tiers découle non pas du contrat qui se forme au moment de l'acceptation, mais bien de la convention primitive formée sur l'intervention de ce tiers. Et dès lors, il est difficile d'apercevoir quelle peut être l'utilité et la raison d'être du second contrat qui naîtrait de l'acceptation; ce contrat n'aurait aucun objet ni aucune raison d'être. Il faut donc écarter le système d'après lequel la pollicitation émanerait du stipulant. — Worms, p. 101 et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 158.

115. — Dans un autre système on décide que l'offre doit être considérée comme émanant du promettant (Thaller, note sous Besançon, 2 mars 1887 : D. 88.2.15). Mais cette opinion aboutit à des résultats tout aussi critiquables. Il peut paraître tout d'abord étrange que le stipulant subordonne à la volonté du promettant l'existence même d'une obligation qu'il entend créer au profit du tiers; ce n'est évidemment point ce qu'il veut, car il entend faire bénéficier le tiers de la stipulation et non pas fournir au promettant le moyen de se délier quand il l'entendra. D'autre part, la stipulation pour autrui, dans les deux cas prévus par l'art. 1121, implique qu'il s'établit un rapport de droit entre le stipulant et le tiers, provenant d'une donation ou de tout autre acte juridique. Il est impossible de justifier un pareil résultat si l'on admet que l'offre émane du promettant, et, d'autre part, si l'on reconnaît que ce rapport est la conséquence du contrat primitif, pourquoi ne pas admettre que le rapport juridique formé entre le promettant et le tiers a également sa source dans ce contrat primitif. — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Worms, *loc. cit.* — V. aussi Huc, t. 7, n. 47, p. 70.

116. — L'action qui naît au profit du tiers de la stipulation pour autrui doit être dirigée contre le promettant; il ne peut, en aucun cas, agir contre le stipulant pour obtenir l'exécution de la charge imposée, car le stipulant n'a pas entendu s'obliger lui-

même envers le bénéficiaire. Rien n'empêcherait, d'ailleurs, les parties d'insérer dans la convention une clause spéciale réservant au tiers une action même contre le stipulant. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 159.

117. — Jugé formellement, en ce sens, qu'en stipulant au profit d'un tiers, comme condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre, on oblige le promettant envers le tiers bénéficiaire, sans s'obliger directement envers celui-ci, à moins d'une clause spéciale inscrite en l'acte et dérogeant à cette règle générale. — Cass., 6 juin 1888, Annet-Rouland, [S. 89.1.65, P. 89.1.140, D. 89.1.53]

118. — Spécialement, lorsque, dans une donation faite par contrat de mariage, le donateur impose à l'un des futurs époux, donataire, la charge de payer une certaine somme à un tiers, sans s'engager personnellement au paiement de cette somme, le tiers n'a d'action que contre le donataire, et non contre le donateur. — Même arrêt.

119. — Les auteurs et la jurisprudence admettent que l'action du tiers contre le promettant est une action directe. Laurent seul a soutenu que cette action n'était qu'une action indirecte, et que le promettant ne faisait qu'exercer, par application de l'art. 1166, C. civ., l'action née dans la personne du stipulant. En faveur de sa doctrine, il fait remarquer que le tiers ne peut pas invoquer une obligation contractée envers lui par le promettant, car la convention résultant de l'acceptation de l'offre s'est formée entre lui et le stipulant, et elle n'existe pas au regard du promettant. Il ajoute que, si, dans les deux cas prévus dans l'art. 1121, la stipulation est valable, c'est uniquement parce qu'elle présente un intérêt pour le stipulant; c'est donc à ce stipulant qu'appartient l'action, et le tiers ne peut en conséquence que l'exercer obliquement par application de l'art. 1166, C. civ. Enfin il invoque l'autorité de Pothier qui n'accordait au tiers qu'une action utile, semblant bien indiquer par là que cette action était donnée en dehors des principes du droit. — Laurent, t. 15, n. 568. — V. Pothier, n. 72.

120. — Cette opinion est restée complètement isolée, et tous les auteurs admettent au profit du tiers l'existence de l'action directe. En effet, si l'on déduisait logiquement de la doctrine de Laurent toutes les conséquences qu'elle comporte, on se trouverait obligé de refuser au tiers aussi bien l'action oblique de l'art. 1166 que l'action directe. L'action de ce texte suppose, en effet, que celui qui exerce une action au nom d'une personne est lui-même créancier de cette personne : or le stipulant n'a certainement pas eu, en faisant la stipulation, l'intention de s'obliger envers le tiers; celui-ci n'a donc pu devenir créancier du stipulant, et n'étant pas son créancier, il ne peut exercer un droit en son nom. Il faut donc ou reconnaître au tiers une action directe, ou lui refuser toute action, et cette dernière solution est évidemment inacceptable. — Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-IV; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 160; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 529; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 9; Arntz, *Cours de droit civil*, t. 3, n. 50; Demolombe, t. 24, n. 255; Vigié, t. 2, n. 1191; Thiry, t. 2, n. 599; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1121, n. 21.

121. — Jugé, en ce sens, que le tiers qui a déclaré vouloir profiter de la stipulation faite à son profit par une autre personne a une action directe et à lui personnelle contre le promettant, à l'effet de le contraindre à l'exécution de son engagement. — Cass., 30 avr. 1888, Huet, [S. 90.1.407, P. 90.1.478, D. 88.1.291] — V. Cass., 13 juin 1877, Ville de Pamiers, [S. 77.1.307, P. 77.784, D. 78.1.415]; — 6 juin 1888, précité.

122. — ... Que dans le cas où un acheteur a promis à son vendeur de le garantir contre une éventualité, et a ensuite, en revendant, imposé la même obligation au second acheteur, le premier vendeur peut, l'éventualité prévue se réalisant, agir directement en garantie contre le second acheteur, et obtenir contre lui la condamnation. — Cass., 12 juill. 1870, Vayssier, [S. 71.1.71, P. 71.196, D. 72.1.80]

123. — ... Que lorsqu'en faisant abandon de tous ses biens à l'un de ses créanciers, un débiteur a stipulé que ce dernier serait tenu de payer les créances antérieures à la sienne, cette stipulation impose au créancier cessionnaire une obligation personnelle, dont les tiers créanciers peuvent, bien qu'ils n'aient pas figuré à l'acte, réclamer directement l'exécution contre lui. — Cass., 4 juin 1833, Nicomandre, [S. 33.1.686, P. chr.]

124. — Dans le cas où le promettant ne tiendrait pas son engagement envers le tiers, celui-ci jouirait-il soit des sûretés qui garantissent l'exécution du contrat auquel se rattache la stipulation pour autrui, soit des actions en résolution ou révocation qui pourraient appartenir au stipulant? Ainsi, si l'on suppose que la charge a été stipulée dans une donation, le tiers pourrait-il demander la révocation pour inexécution des conditions par application de l'art. 953, C. civ.? S'il y a eu vente, pourrait-il se prévaloir du privilège du vendeur (C. civ., art. 2103) ou du droit de résolution (C. civ., art. 1654)? Pourrait-il également se prévaloir des hypothèques conventionnelles qui auraient été consenties par le promettant comme garantie de l'exécution complète du contrat, et non pas seulement comme garantie des droits du stipulant? On ne peut donner à ces diverses questions une réponse unique.

125. — Tout d'abord il nous semble impossible que le tiers puisse exercer soit l'action en résolution de la vente, soit l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges. Ces actions, en effet, intéressent directement l'existence du contrat principal dont la stipulation pour autrui n'est qu'une condition. Le tiers n'ayant pas été partie au contrat ne peut exercer une action qui tend à en faire prononcer la résolution ou la révocation. — Laurent, t. 15, n. 569; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 165; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 531, texte et note 30; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 9; Demolombe, t. 24, n. 256.

126. — Nous admettrons, au contraire, que le tiers pourra profiter des hypothèques conventionnelles ou autres sûretés particulières stipulées comme garanties de l'entière exécution du contrat, dont la stipulation pour autrui forme une charge. — Aubry et Rau, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.;* Larombière, *loc. cit.* — V. aussi *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 2219.

127. — Cette doctrine a été contestée par Laurent comme illogique. D'après cet auteur, si l'on admet que le tiers peut se prévaloir des sûretés particulières fournies pour garantir l'exécution de la créance, c'est qu'on reconnaît qu'il exerce la créance elle-même, car il ne peut avoir droit aux accessoires sans avoir droit au principal. Or, s'il a droit au principal, il doit pouvoir exercer non seulement les garanties accessoires, mais, d'une façon générale, tous les droits qui dépendent de l'action principale, et notamment l'action en résolution de la vente et l'action en révocation de la donation. — Laurent, t. 15, n. 569.

128. — Ce raisonnement ne nous paraît pas concluant. Si nous reconnaissons au tiers le droit de se prévaloir des sûretés particulières, c'est que nous supposons que ces sûretés ont été stipulées pour garantir et l'exécution intégrale du contrat principal et l'exécution de la charge qui s'y trouve ajoutée. Supposons, par exemple, que la stipulation figure dans une vente, l'hypothèque consentie pour assurer le paiement du prix, en général, doit être considérée comme garantissant l'exécution de la charge, soit que cette charge constitue tout le prix, soit qu'elle constitue seulement une partie du prix. Mais, en tant qu'elle assure l'exécution de la charge, l'hypothèque n'est qu'un accessoire de l'action directe que nous avons reconnue au profit du bénéficiaire. Il est inexact de soutenir, comme le fait Laurent, que le tiers, en se prévalant de cette hypothèque, exerce la créance du stipulant. En réalité, il ne fait qu'exercer le droit qui lui est personnel, et que la convention principale avait réservé à son profit. Puisque le vendeur a exigé l'hypothèque comme sûreté du paiement du prix et l'a stipulée en faveur du tiers, cette stipulation « constitue ou au moins comprend une stipulation pour autrui, accessoire de la stipulation de la charge. Or, si, aux termes de l'art. 1121, cette dernière stipulation est valable, il n'y a pas de raison pour que la stipulation de l'hypothèque dans l'intérêt du tiers ne le soit pas également, car elle constitue, elle aussi, une condition du contrat que le stipulant conclut pour lui-même ». — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 165.

129. — Que décider quant au privilège du vendeur? Le principe fondamental sur lequel repose ce privilège nous amène à refuser de le reconnaître au tiers, au profit duquel une stipulation a été insérée dans un contrat de vente. Le privilège du vendeur a son fondement, en effet, dans cette idée que celui qui a mis la chose dans le patrimoine de l'acheteur doit être préféré aux créanciers de ce dernier, qui, s'il en était autrement, s'enrichiraient injustement à son détriment (V. *suprà*, v° *Privilège*, n. 631 et s.). Or, le tiers bénéficiaire n'a fait entrer aucune valeur dans le patri-

moine de l'acheteur : si l'on se place au point de vue de l'acheteur et des créanciers de l'acheteur, la stipulation insérée à son profit dans le contrat apparait comme un pur bénéfice; pour lui il n'existe donc aucun motif de lui assurer ce bénéfice au moyen du privilège du vendeur. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 166; Demolombe, t. 24, n. 256; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 9.

130. — MM. Aubry et Rau (5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 531 texte et note 30) ont cependant soutenu l'opinion contraire : ils allèguent à l'appui de leur thèse que la stipulation au profit du tiers constitue une partie du prix dont l'intégralité est garantie par le privilège du vendeur, et que, pour cette partie, le tiers est virtuellement subrogé aux droits du vendeur. Ils font remarquer, en outre, que l'opinion adoptée par nous conduit à ce résultat que, dans le cas où le prix de vente consiste uniquement dans la charge établie au profit du tiers, le privilège du vendeur n'existerait pour personne. Cette dernière objection n'a rien de décisif : il est incontestable que le privilège du vendeur peut, dans certains cas, n'exister pour personne, mais il vaut encore mieux accepter ce résultat que de violer les principes fondamentaux de la matière des privilèges. Quant à la subrogation, que MM. Aubry et Rau prétendent exister, rien n'autorise à la supposer : car ainsi que nous l'avons dit, la raison d'être du privilège du vendeur manque ici. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

131. — Si l'art. 1121, C. civ., permet de stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, il ne faut pas conclure de là que toute clause d'un contrat susceptible de procurer des avantages à un tiers fasse naître au profit de celui-ci un droit d'action directe contre le promettant, dans le cas où il n'a pas été dans l'intention des parties de le lui conférer; il y a là matière à une interprétation des conventions, sur laquelle il appartient aux tribunaux de statuer souverainement. — Cass., 20 déc. 1898, Watts-Ward et Cie, [S. et P. 1901.1.270]

132. — Spécialement, lorsque, par une convention, les liquidateurs judiciaires d'une société commerciale ont mis à la charge du représentant de cette société le règlement de la facture d'un marché passé par ladite société avec un tiers, le juge apprécie souverainement, en se basant sur les termes de l'acte, les circonstances dans lesquelles il est intervenu et la correspondance du tiers créancier, que la garantie promise par le représentant à la liquidation n'a pas eu le caractère d'un engagement pris par le représentant envers le tiers créancier et dont ce dernier fût en droit de lui réclamer directement l'exécution, la garantie n'étant acquise à la société elle-même que dans la mesure du dividende qu'elle aura à distribuer à ses créanciers. — Même arrêt.

133. — Jugé encore que lorsque dans un acte passé entre deux parties, il a été stipulé une clause avantageuse pour un tiers dénommé, mais uniquement en vue de l'intérêt que l'une d'elles peut avoir à son exécution, ce tiers est sans droit pour demander l'exécution de la clause dont il s'agit : à ce cas ne s'applique point l'art. 1121, C. civ. — Caen, 16 nov. 1847, Trémais, [S. 48.2.716, P. 49.2.349, D. 49.2.221

134. — Spécialement, lorsque l'acquéreur d'une portion de terrain a stipulé du vendeur que, dans le cas où la commune serait disposée à acheter d'autres parcelles de ce même terrain pour y percer une rue, le vendeur serait tenu d'accepter le prix réduit de tant par mètre, pour faciliter l'exécution du percement de la rue, projet favorable à l'acquéreur, la commune ne peut se prévaloir de cette clause pour en demander elle-même l'exécution contre le vendeur ou ses ayants-droit (acquéreurs d'autres portions du même terrain), même alors qu'il leur aurait imposé la condition stipulée dans le premier contrat. — Même arrêt.

135. — Nous avons vu (*suprà*, n. 98) que le stipulant a le droit de faire résoudre le contrat principal quand le promettant n'exécute pas la prestation convenue au profit du tiers. Le tiers ne possède pas le même droit; n'ayant rien fourni au promettant, il ne pourrait tirer aucun profit de la résolution du contrat principal et ne peut par conséquent agir. S'il ne peut obtenir l'exécution de la promesse faite à son profit, il pourra seulement se faire payer des dommages-intérêts par le promettant. — Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 9; Demolombe, t. 24, n. 256; Laurent, t. 15, n. 569; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 165 et 166; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 531, texte et note 30.

§ 5. *Révocation de la stipulation pour autrui.*

136. — L'art. 1121 décide que la stipulation pour autrui peut être révoquée par le stipulant. Si l'on admet, comme nous l'avons proposé plus haut (*suprà*, n. 101 et s.), que la stipulation pour autrui fait naître par elle-même et immédiatement une créance au profit du tiers, la révocation intervenue avant l'acceptation de ce tiers anéantit le droit de créance né en sa faveur. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 168.

137. — Si l'on admet, au contraire, comme le fait la doctrine courante (V. *suprà*, n. 107 et s.), que la stipulation pour autrui non encore acceptée constitue une simple pollicitation, la révocation fait obstacle à ce que le tiers puisse, par le moyen de son acceptation, acquérir le droit qui lui était offert. — Rouen, 8 mai 1851, Beljambe et Cuvier, [S. 51.2.713, P. 51.1,423, D. 52 2.262

138. — Dans l'une et l'autre doctrine, il est donc important de rechercher quelles sont les conditions et les formes de la révocation, puisque cette révocation anéantit le droit né ou à naître de la stipulation. Quant aux conditions, on admet que la révocation peut toujours intervenir utilement tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir profiter de la stipulation. Cette question, très-controversée dans notre ancien droit (V. Pothier, n. 73), n'est plus discutée dans notre droit moderne. — Laurent, t. 15, n. 563; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 169; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-VI; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343, p. 522, texte et note 23; Demolombe, t. 24, n. 249 et 250; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 5; Thiry, t. 3, n. 595; Huc, t. 7, n. 49. — V. *suprà*, v° *Assurance sur la vie*, n. 304 et s.

139. — Jugé, conformément à cette doctrine, que la stipulation pour autrui peut toujours être révoquée en tout ou en partie, par le donateur, tant que le tiers n'a pas manifesté l'intention d'en profiter, alors même que le donataire auquel la révocation profite n'aurait pas lui-même accepté cette nouvelle libéralité. — Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, [S. 54.1.81, P. 54.2.20, D. 54.1.350]

140. — En règle générale, la faculté de révocation est absolue au profit du stipulant, et le promettant ne peut y apporter aucun obstacle. La règle souffrirait toutefois exception si le promettant avait un intérêt personnel à ce que la stipulation pour autrui produise son effet. — Laurent, t. 15, n. 564; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Huc, *loc. cit.*; Thiry, *loc. cit.*

141. — C'est par application de cette idée qu'il a été jugé que la constitution de dot faite au profit d'un tiers dans une transaction, dont elle est la condition essentielle, ne peut être révoquée que du consentement de toutes les parties contractantes. — Cass., 30 juill. 1877, Rouen, [S. 78.1.55, P. 78.123, D. 77.1.342]

142. — ... Que la stipulation faite au profit d'un tiers, comme condition d'un acte de vente, ne peut être révoquée, à défaut d'acceptation par le bénéficiaire, si l'acquéreur a lui-même intérêt à son exécution. — Grenoble, 6 avr. 1881, Sorel, [S. 82.2.13, P. 82.1.98, D. 82.2.9]

143. — Il en est ainsi, spécialement, au cas d'une vente consentie au profit d'une communauté religieuse, sous la charge de fondations en faveur d'un établissement hospitalier se rattachant à cette communauté. — Même arrêt.

144. — Le stipulant, qui peut invoquer en tout ou en partie la stipulation qu'il a faite au profit d'un tiers, tant que ce tiers n'a pas déclaré vouloir en profiter, pourrait également la modifier dans les mêmes conditions. Mais le consentement du promettant lui est alors indispensable. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 522.

145. — Si l'on admet, comme nous l'avons fait plus haut (*suprà*, n. 91 et s.), que l'acceptation du tiers bénéficiaire peut avoir lieu après la mort du stipulant, il faut décider que les héritiers de celui-ci pourront exercer le droit de révocation qui existait au profit de leur auteur, et s'approprier, aux mêmes conditions que lui, le bénéfice de la charge. On ne comprendrait pas, en effet, que la stipulation continuant à tous égards à subsister, malgré le décès du stipulant, telle qu'elle était auparavant, soit modifiée par ce décès au seul point de vue de la révocation et devienne irrévocable vis-à-vis des héritiers du stipulant. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 171; Duranton t. 10, n. 248; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 524, texte et note 27; Troplong,

Donations et testaments, t. 3, n. 1106 et 1107; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 5.

146. — Ce droit doit, au contraire, leur être refusé, si l'on admet la théorie en vertu de laquelle l'acceptation ne peut utilement intervenir après la mort du stipulant. S'il ne peut y avoir lieu à acceptation, il ne peut pas y avoir lieu davantage à révocation. — Marcadé, t. 4, sur l'art. 1121, p. 369 ; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-VIII; Laurent, t. 15, n. 571; Thiry, t. 2, n. 597. — Ces auteurs ne se prononcent pas explicitement sur la révocation, mais ils déclarent l'acceptation impossible après la mort du stipulant. — V. aussi Demolombe, t. 20, n. 92 et s., et t. 24, n. 252 et 253.

147. — La Cour de cassation a décidé sur cette question que le droit qui appartient au stipulant de révoquer la stipulation jusqu'au moment de l'acceptation, passe après son décès à ses héritiers ou légataires universels, comme représentant sa personne et exerçant ses droits. — Cass., 27 févr. 1884, Boissière, [S. 86.1.422, P. 86.1.1028, D. 84.1.389] — V. aussi *suprà*, v° *Assurance sur la vie*, n. 310.

148. — Jugé toutefois qu'à défaut d'acceptation par le tiers bénéficiaire, l'héritier pour partie du donateur ne peut révoquer la stipulation pour autrui, si, étant héritier unique du donataire à la charge de qui avait été mise la stipulation pour autrui, il se trouve investi à la fois de la qualité de stipulant et de celle de promettant : qu'en pareil cas, son obligation d'exécuter la stipulation pour autrui paralyse son droit de révocation, cet héritier ne pouvant anéantir dans son intérêt personnel la promesse dont il est garant. — Bordeaux, 1er avr. 1897, Du Pouget, [S. et P. 1900.2.241, D. 98.2.169]

149. — Quant aux formes, la révocation n'est soumise à aucune règle particulière. Il n'est point nécessaire qu'elle soit notifiée au tiers. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 169.

150. — La jurisprudence admet même qu'elle pourrait n'être que tacite. Jugé en ce sens, qu'on peut considérer qu'il y a révocation tacite dans ce fait que le stipulant a formé une demande contre le promettant aux fins d'obtenir la remise de l'objet que ce dernier s'était engagé à livrer au tiers. — Trib. civ. Auch, 23 mai 1892, [J. *Le Droit*, 2 sept. 1892]

151. — Jugé toutefois que si la révocation tacite est valable, il faut au moins qu'il n'existe aucun doute sur la volonté du stipulant de révoquer. — Chambéry, 5 nov. 1889, [*Mon. jud. Lyon*, 25 nov. 1889]

152. — Le tiers (nous l'avons vu *suprà*, n. 138) est toujours en droit d'empêcher la révocation en déclarant qu'il entend profiter de la stipulation (C. civ., art. 1121). Cette déclaration ne produit effet qu'autant qu'elle intervient avant toute révocation. Il ne pourrait faire tomber une révocation déjà intervenue en prétendant qu'il a droit à un délai pour délibérer sur le parti qu'il doit prendre et que ce délai n'est pas expiré : aucun texte ne lui confère cette faculté. — Huc, t. 7, n. 49; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 169; Thiry, t. 3, n. 595.

153. — Dès que l'acceptation du tiers a eu lieu, la stipulation faite à son profit ne peut plus être révoquée. Il n'est pas nécessaire, pour que cette acceptation produise effet, qu'il l'ait notifiée au stipulant, ou plus généralement qu'il lui en ait donné connaissance. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 528 et 529, texte et note 28 *quinquiès* et 29; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 172. — *Contrà*, Laurent, t. 15, n. 562.

154. — L'acceptation tacite produit les mêmes effets que l'acceptation expresse (V. *suprà*, n. 86 et s.) : elle empêche donc la révocation. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 523, texte et note 26 *bis;* Duranton, t. 10, n. 240; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 8 ; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-V ; Demolombe, t. 24, n. 254.

155. — Jugé, spécialement, qu'après l'acceptation tacite faite par le tiers, les héritiers du donateur ne peuvent plus révoquer la stipulation faite dans la donation au profit de ce tiers. — Bordeaux, 18 févr. 1891, Evêque de Périgueux et de Saint-Exupéry, [S. et P. 92.2.89, D. 95.1.69] ; — 1er avr. 1897, précité.

156. — Dès lors que le tiers bénéficiaire n'a pas à notifier son acceptation, il peut arriver que le promettant, n'ayant pas eu connaissance de cette acceptation, ait cru à l'efficacité d'une révocation survenue postérieurement à cette acceptation, et qu'il ait, en conséquence, exécuté la charge au profit du stipulant ou de toute personne autre que le bénéficiaire ; celui-ci ne pourrait pas être inquiété à raison de cette exécution, à moins qu'il ne prouve qu'il a agi de mauvaise foi. — Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 7; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 172, p. 187, note 4.

157. — Quel est le sort de la charge que le promettant s'était engagé à remplir au profit du tiers, lorsque la révocation est intervenue utilement avant l'acceptation? Disparait-elle complètement, de telle sorte que le promettant se trouve libéré d'une façon absolue, ou bien le stipulant a-t-il le droit de se substituer au tiers et de retenir pour lui le bénéfice de la stipulation?

158. — Les auteurs admettent généralement qu'en principe le stipulant peut retenir pour lui le bénéfice de la charge, par ce motif qu'il sera d'ordinaire indifférent pour le promettant d'accomplir la stipulation au profit du stipulant ou au profit du tiers. « Paul, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, vend un immeuble à Pierre, et les parties conviennent que le prix comprendra, outre une somme de 10,000 fr., qui doit être payée au vendeur, une somme de 5,000 fr. que Pierre s'engage à payer à Jean. Cette stipulation pour autrui est révoquée avant d'avoir été acceptée. Paul est autorisé à réclamer les deux sommes, car peu importe à Pierre que le vendeur bénéficie de la totalité du prix ». — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 170; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 33 *bis*-VII ; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 522, texte et note 24; Demolombe, t. 24, n. 251 ; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 6; Thiry, t. 2, n. 596; Huc, t. 7, n. 49.

159. — Toutefois, la règle d'après laquelle la stipulation profitera au stipulant, auteur de la révocation, ne peut être admise qu'avec d'assez nombreuses restrictions qu'il nous faut indiquer. Tout d'abord elle devrait être repoussée si la substitution du stipulant à la personne primitivement désignée comme bénéficiaire rendait l'exécution de la charge plus onéreuse pour le promettant. Si l'on suppose, par exemple, que la stipulation pour autrui avait pour objet une rente viagère, il est évident que le stipulant ne pourrait invoquer le bénéfice de cette rente que dans la mesure de la vie du tiers au profit duquel elle avait été primitivement stipulée. Il ne peut, en effet, dépendre de lui de modifier la durée de la dette viagère, en la reportant sur sa tête. — Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*

160. — Même avec cette restriction, il se pourra que le stipulant ne puisse pas profiter de la révocation. Il en sera ainsi toutes les fois que le promettant aura un intérêt personnel à ce que le tiers recueille le bénéfice de la charge. Supposons, pour reprendre l'exemple de la rente viagère, que le tiers désigné comme crédirentier dans la stipulation de rente viagère fût la mère du promettant : celui-ci pourra refuser de payer entre les mains du stipulant, car l'intérêt qu'il avait à servir la rente viagère disparaît par suite du changement de personne. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Thiry, *loc. cit.*

161. — Dans d'autres hypothèses, la charge à raison de sa nature même, ne pourra pas être exécutée au profit du stipulant. Il en serait ainsi s'il s'agissait d'une servitude stipulée au profit de l'immeuble du tiers; si le stipulant n'a pas d'immeuble qui puisse profiter de cette servitude, il est bien évident qu'il ne pourra pas invoquer le bénéfice de la stipulation. Il en serait de même, à notre avis, si la charge avait pour objet des réparations à effectuer dans la maison du tiers : le stipulant ne pourrait pas exiger que les travaux promis fussent effectués dans un de ses immeubles, ce serait charger non seulement le bénéficiaire, mais encore la charge elle-même. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Thiry, *loc. cit.*

162. — En définitive, le critérium qui permet de discerner si un stipulant peut ou non se prévaloir du bénéfice de la stipulation, après la révocation, nous paraît consister en ceci : il y a lieu de rechercher si la substitution du stipulant au tiers entraine ou non une aggravation de charge pour le promettant; s'il n'y a pas aggravation, le stipulant peut retenir pour lui le bénéfice de la stipulation ; il ne le peut pas dans le cas contraire.

163. — M. Laurent (t. 15, n. 566) a proposé une autre distinction. Il admet, comme nous, que l'aggravation de charge empêchera toujours le stipulant d'invoquer le bénéfice de la stipulation. Mais, à supposer même qu'il n'y ait pas aggravation, il n'en résulte pas forcément, à son avis, que le stipulant puisse

se substituer au tiers. Il le pourra toujours, dit-il, si le contrat principal est à titre onéreux, car alors, la charge doit être considérée comme faisant partie du prix et comme restreignant les droits propres du stipulant. Par suite, dès qu'elle disparait, ce droit recouvre toute sa plénitude : si, par exemple, il y a eu vente, le vendeur peut recevoir tout le prix, car ce prix doit, dans tous les cas, être intégralement payé. Mais la solution ne sera pas la même si la stipulation pour autrui a été insérée dans une convention à titre gratuit, telle qu'une donation. Dans cette hypothèse d'actes à titre gratuit, il faut considérer la charge établie au profit du tiers non plus comme une restriction du droit du stipulant, mais bien comme une restriction de celui du promettant. Par suite, le stipulant qui révoque ne pourra en aucun cas s'approprier le bénéfice de la charge ; il ne peut rien réclamer au donataire, c'est-à-dire au promettant, puisqu'il n'a rien stipulé pour lui-même, et la révocation ne peut créer à son profit un droit que la convention n'avait point fait naître. S'il bénéficiait de la charge, la convention serait méconnue, contrairement au principe formulé dans l'art. 1134, C. civ. Dans les actes à titre gratuit, la révocation ne doit donc, dans tous les cas, profiter qu'au promettant.

164. — La distinction faite par Laurent entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux ne nous paraît pas fondée. Il n'est pas exact, en effet, de prétendre que lorsque le donateur n'a rien stipulé pour lui-même on violerait la disposition de l'art. 1134, C. civ., en lui permettant de retirer un avantage du contrat par la révocation de la stipulation pour autrui. Supposons, en effet, que le donateur, Primus, ait donné un immeuble de 100,000 fr. à Secundus, en stipulant que Secundus donnera 20,000 fr., soit au créancier de Primus, soit à un parent que Primus entend gratifier. Il semble impossible de prétendre que dans cette hypothèse, le donateur, en stipulant pour autrui, n'a rien stipulé pour lui-même; il est évident, en effet, qu'il a stipulé, au moins implicitement, l'avantage qu'il y avait pour lui à ce que le donataire prenne sur son patrimoine propre la somme de 20,000 fr., qu'il aurait été obligé de donner lui-même s'il avait voulu réaliser l'opération contenue dans la stipulation. Le résultat est, en définitive, le même que si le donataire avait donné directement au donateur la somme de 20,000 fr., que celui-ci aurait employée à désintéresser son créancier ou à gratifier son parent. Au fond, les deux opérations sont identiques, et ce qui le prouve, c'est que si le tiers bénéficiaire a acquis la somme à titre gratuit, elle sera rapportable à la succession du stipulant, conformément au droit commun, et devra être réunie fictivement à l'actif de sa succession pour le calcul de la quotité disponible. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

165. — Ainsi donc, même s'il s'agit d'un acte à titre gratuit, il est équitable et juridique que le stipulant puisse, le cas échéant, invoquer le bénéfice de la charge. Nous n'admettrions la solution contraire qu'autant qu'il résulterait soit des termes du contrat, soit des circonstances de l'espèce, que l'intention du stipulant a été de laisser le promettant profiter de la révocation intervenue.

166. — Si, une fois la révocation effectuée, le promettant refuse d'accomplir la prestation au profit du stipulant, sous le prétexte qu'il avait intérêt à ce que le tiers en profitât, le stipulant n'a pas le droit de demander la résolution du contrat pour inexécution de la charge, car cette inexécution provient de son fait, puisqu'elle est la conséquence de la révocation. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 6, *in fine*.

167. — Le stipulant pourrait-il renoncer d'avance à exercer son droit de révocation? L'affirmative nous paraît devoir être admise, car, sauf le cas d'ordre public, la renonciation à un droit est toujours possible, et il n'existe aucun intérêt d'ordre public qui autorise à invalider cette renonciation anticipée. Vainement objecterait-on que cette solution est contraire aux termes de l'art. 1121, C. civ., qui ne fait mention que d'un seul obstacle à l'exercice du droit de révocation : celui qui résulte de ce que le tiers a déclaré vouloir profiter de la stipulation, car les termes de l'art. 1121 paraissent bien plutôt énonciatifs que restrictifs. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 175.

§ 6. *Effets sur la stipulation pour autrui, de la résolution du contrat principal.*

168. — Il peut arriver que le stipulant fasse prononcer pour inexécution des conditions la résolution du contrat principal à titre onéreux ou révoquer la donation dont la stipulation pour autrui constitue une charge. Quel sera l'effet de cette résolution ou révocation sur la stipulation pour autrui? On peut supposer tout d'abord que la résolution du contrat a été motivée par l'inexécution d'une charge ou condition, autre que celle qui fait l'objet de cette stipulation. Par exemple, le contrat principal est une vente comprenant à la fois et un prix principal et la charge, et c'est le non-paiement du prix principal qui a motivé la demande en résolution. Ou bien encore, il s'agit d'une donation faite sous deux charges : l'une au profit du donateur, l'autre au profit d'un tiers, et c'est l'inexécution de la charge imposée au profit du donateur qui a entraîné la révocation.

169. — M. Larombière décide que dans ces hypothèses, et par suite du lien étroit qui unit la stipulation pour autrui au contrat principal, la disparition de ce contrat principal doit entraîner la disparition de la stipulation pour autrui qui n'en est que l'accessoire. On ne peut objecter à cela, dit-il, que la stipulation pour autrui est devenue irrévocable par l'effet de l'acceptation. Car cette irrévocabilité consiste simplement en ceci qu'il ne peut plus y avoir de révocation directe de la stipulation pour autrui : elle ne signifie pas que cette stipulation puisse être désormais à l'abri de l'extinction indirecte qui peut résulter de la révocation ou de la résolution du contrat principal. — Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 10.

170. — Les conséquences logiques de cette doctrine seraient que le bénéficiaire ne pourrait plus réclamer le paiement de ce qui lui était dû en vertu de la stipulation, et que si ce paiement avait déjà eu lieu, le promettant aurait contre lui une action en répétition de l'indû. — Larombière, *loc. cit.*

171. — D'autre part, si la stipulation pour autrui avait, par rapport au tiers, le caractère de pure libéralité, ce tiers ne serait pas recevable à demander au stipulant des dommages-intérêts à raison du préjudice que celui-ci lui aurait causé en faisant prononcer la révocation ou la résolution, car si on lui reconnaissait le droit à des dommages-intérêts de ce chef, on arriverait à attribuer un effet indirect à la stipulation pour autrui, malgré la révocation ou la résolution. — Larombière, *loc. cit.*

172. — Cette doctrine n'a été soutenue jusqu'ici que par M. Larombière. Tous les autres auteurs décident que, nonobstant la résolution ou la révocation du contrat principal, le tiers peut invoquer le bénéfice de la charge. Le système contraire, disent-ils, a le défaut d'exagérer les effets de la résolution ou de la révocation. Sans doute ces mesures ont pour but d'anéantir le contrat qui en fait l'objet, mais elles ne sauraient détruire les droits acquis à des tiers du chef du demandeur en résolution. Il est inadmissible que le stipulant puisse, par son fait, priver le tiers qui a accepté la stipulation intervenue à son profit du droit que cette stipulation lui a conféré. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 302, p. 119, texte et note 66, et § 343 *ter*, p. 531, texte et note 31; Demolombe, t. 24, n. 257; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 174.

173. — Si l'on admet cette seconde théorie, une question subsidiaire se pose : contre qui le tiers peut-il demander l'accomplissement de la prestation qui lui est due? Si le promettant ne l'a pas mis en cause dans l'instance en résolution ou en révocation, on admet que le tiers pourra, comme auparavant, s'adresser à ce promettant pour l'exécution de la charge. C'est l'application pure et simple des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée (C. civ., art. 1351), le jugement rendu entre le promettant et le stipulant étant, à l'égard du tiers, *res inter alios acta*. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 531, texte et note 31 ; Demolombe, t. 24, n. 257 et 258; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 174. — V. Limoges, 22 mai 1886, sous Cass., 6 juin 1888, Annet-Rouland, [S. 89.1.65, P. 89.1.145, D. 89.1.55] — V. toutefois en sens contraire, Laurent, t. 10, n. 570. — La doctrine de cet auteur provient de ce que, en dehors de l'hypothèse de la révocation ou de la résolution, il refuse toute action directe au bénéficiaire contre le promettant, et lui reconnaît simplement une action *indirecte* au nom du stipulant (V. *suprà*, n. 119). Si l'on admet cette solution, il est évident que lorsque l'action du stipulant est éteinte, le tiers ne peut plus agir, puisqu'il exercerait au nom du stipulant une action que celui-ci ne possède plus.

174. — On peut supposer, au contraire, que le bénéficiaire a été appelé dans l'instance ou qu'il y est intervenu. Dans ce cas, la question est plus délicate. On soutient, dans un système, que le tiers doit perdre son action, car il a pu se défendre va-

lablement et sauvegarder ses droits dans la mesure où ils peuvent être sauvegardés. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 531.

175. — Cependant il nous paraît préférable de décider que, même alors, il conserve le droit de réclamer au promettant le paiement de ce qui a été stipulé en sa faveur; cela découle nécessairement du principe d'après lequel la révocation et la résolution ne peuvent porter atteinte aux droits acquis à des tiers du chef du demandeur. MM. Baudry-Lacantinerie et Barde font même remarquer à ce sujet que ce principe ne présente d'intérêt en notre matière que si l'on suppose que les tiers bénéficiaires ont été mis en cause ou sont intervenus; « car, dans le cas contraire, il n'est pas besoin de l'invoquer pour sauvegarder les droits qu'ils ont acquis du chef du demandeur; il suffit de faire observer que le jugement de résolution ou de révocation n'existe pas à leur égard ». Ces auteurs font remarquer, en outre, qu'il serait exorbitant que la mise en cause des tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui pût les obliger à s'attaquer désormais au stipulant. En effet, lorsqu'ils sont mis en cause, ils sont bien obligés de figurer dans l'instance, mais leur comparution forcée ne peut être interprétée comme une renonciation de leur part au droit de poursuivre le promettant. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

176. — Il convient, au surplus, de noter que, dans tous les cas, le contrat demeure rétroactivement anéanti dans les rapports du stipulant et du promettant, par l'effet de la résolution ou de la révocation; en conséquence, le promettant a le droit de réclamer une indemnité au stipulant soit pour les paiements qu'il aurait faits entre les mains du tiers, soit pour ceux qu'il pourrait avoir à lui faire ultérieurement. Cette solution doit être appliquée, sans qu'il y ait à distinguer si le promettant a figuré ou non dans l'instance, et, comme les jugements ont un effet rétroactif, elle s'étend même aux paiements antérieurs à la résolution ou à la révocation. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 343 *ter*, p. 531, texte et note 31; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Demolombe, t. 24, n. 257.

177. — Les règles que nous venons de poser sont également applicables dans l'hypothèse où le stipulant a obtenu la résolution ou la révocation à raison de l'inexécution de la charge même stipulée au profit du tiers. « Le principe, disent Baudry-Lacantinerie et Barde, que la révocation, ou la résolution ne peut préjudicier aux droits acquis à des tiers, conserve ici toute sa force ». — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

178. — Jugé à cet égard que la révocation obtenue par le stipulant d'une donation, pour inexécution de la charge qui formait l'objet de la stipulation pour autrui, ne fait pas perdre au tiers bénéficiaire, qui n'a pas été mis en cause dans l'instance, son droit de créance contre le promettant. Il conserve ce droit, mais sans acquérir le droit d'agir contre le stipulant. — Cass., 6 juin 1888 (sol. impl.), précité. — Limoges, 22 mai 1886, précité.

179. — Il est à remarquer, que si la stipulation pour autrui était la seule charge de l'acte, la remise de la charge consentie par le tiers au profit du promettant, rendrait le stipulant non recevable à demander la révocation ou la résolution. Une pareille remise équivaudrait, en effet, à un paiement. Ce que nous disons de la remise de dette devrait être généralisé et appliqué à tous les autres modes d'extinction des obligations portant sur l'engagement né de la stipulation pour autrui. — V. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*; Demolombe, t. 24, n. 258; Larombière, t. 1, sur l'art. 1121, n. 11.

Section III.

De la transmissibilité des stipulations et promesses aux héritiers et ayants cause.

180. — Les deux règles que nous venons d'étudier, et en vertu desquelles on ne peut en son propre nom ni promettre, ni stipuler pour autrui, ne font point obstacle à ce que l'on puisse promettre ou stipuler pour ses héritiers. Juridiquement, en effet, ceux-ci continuent la personnalité juridique du défunt, de telle sorte que ce qu'il a fait pour lui est censé fait pour eux-mêmes. La loi consacre cette présomption rationnelle dans l'art. 1122, C. civ., ainsi conçu : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

181. — Ce texte ne vise pas seulement les héritiers, mais encore les ayants-cause, c'est-à-dire tous ceux qui tiennent leurs droits de la personne (V. *suprà*, v° *Ayant-cause*, n. 1 et s.) : ayants-cause universels ou à titre universel, lorsque leur droit porte sur le patrimoine considéré comme universalité (légataires ou donataires universels ou à titre universel, créanciers), ayants-cause à titre particulier, dont les droits portent sur des biens particuliers (acheteur, usufruitier, locataire, etc.). Il est à remarquer toutefois que dans le langage juridique courant, lorsque le mot *ayant-cause* est opposé au mot *héritier*, comme dans l'art. 1121, il désigne généralement les ayants-cause à titre particulier, tandis que le mot *héritier* vise, outre les héritiers proprement dits, les ayants-cause universels. C'est en ce sens que nous emploierons, dans les développements qui vont suivre, les mots *héritiers* et *ayants-cause*.

§ 1. *Effets des conventions à l'égard des héritiers et ayants-cause universels.*

182. — Les conventions dans lesquelles nous sommes parties profitent ou nuisent à nos héritiers comme à nous-mêmes, c'est-à-dire qu'ils peuvent les invoquer en tant qu'elles leur sont favorables, et se les voir opposer en tant qu'elles leur sont défavorables.

183. — Jugé, par application de ce principe fondamental, que si l'acquéreur d'un immeuble s'est obligé à le rétrocéder à l'ancien propriétaire, cette obligation se transmet à ses héritiers même mineurs. — Cass., 28 nov. 1871, Giraud et Manégat, [S. 72.1.129, P. 72.528, D. 72.1.19]

184. — ... Qu'une stipulation faite pour soi et ses successeurs doit s'entendre pour soi et ses héritiers, plutôt que pour un successeur à titre particulier, notamment quand il s'agit d'un droit honorifique, pour lequel une rente foncière a été établie. — Cass., 1er févr. 1825, Senot, [S. et P. chr.]

185. — Mais les juges ne peuvent, d'après de simples présomptions, et en l'absence de toute énonciation dans l'acte, décider que l'acquisition d'un immeuble par un père, comptable envers ses enfants d'un premier lit de certaines sommes dépendant de la succession de leur mère, a été faite dans l'intérêt de ces enfants. L'immeuble, dans ce cas, doit être considéré comme acquis par le père pour son compte personnel, et fait en conséquence partie de sa succession, et non de celle de sa première femme. — Cass., 30 mai 1836, De l'Etang-Grandpré, [S. 36.1.720, P. chr.]

186. — La règle d'après laquelle, en stipulant pour nous-mêmes, nous stipulons pour nos héritiers souffre toutefois trois exceptions : la première, lorsque les parties en ont écarté l'application par une clause formelle; la seconde, quand les effets de la convention ne peuvent passer, à raison de sa nature, aux héritiers des contractants; la troisième, lorsque la loi décide que le droit dans la personne du titulaire disparaîtra avec lui. Reprenons successivement ces trois exceptions.

187. — *A.* Les parties peuvent convenir que les effets de la convention ne seront pas transmissibles aux héritiers. L'art. 1122 vise cette exception par ces mots : « ... à moins que le contraire ne soit exprimé ». La loi consacre donc le principe de la transmissibilité des droits actifs et passifs aux héritiers, mais elle admet que les parties peuvent en écarter l'application par une clause spéciale. Cette clause doit être formelle : il faut, en effet, que leur volonté ne soit pas douteuse, car il s'agit de créer une exception au droit commun. Ainsi l'acheteur d'une maison peut stipuler qu'il n'en paiera le prix que dans cinq ans. Si la stipulation ne dit rien de plus, le bénéfice de ce terme passera aux héritiers; mais une clause formelle de la convention peut le leur retirer, et alors, la mort de l'acheteur mettrait ses héritiers dans l'obligation de payer immédiatement le prix. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 215; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 346, p. 565, texte et note 5 *bis*; Fuzier-Herman, sur l'art. 422, n. 10 et s.

188. — La jurisprudence est en ce sens : elle admet, lorsque les contractants ont gardé le silence, qu'on doit présumer qu'ils ont entendu rester sous l'empire de la règle posée par l'art. 1122. Jugé à cet égard que les tiers ou ayants-cause de l'acheteur qui a stipulé le paiement du prix au moyen d'un règlement de valeurs à terme, ont le droit de se prévaloir de cette stipulation aussi bien que leur auteur, et d'exiger la livraison de la chose vendue en fournissant le règlement sans pouvoir être contraints

au paiement comptant du prix, alors qu'il n'a pas été exprimé dans l'acte de vente que la stipulation dont il s'agit serait personnelle à l'acheteur, et que d'ailleurs le décès de l'acheteur n'a pas diminué les sûretés de garantie du vendeur. — Cass., 23 août 1871, Gerber et Cie, [S. 71.1.232, P. 71.728, D. 71.1.130]

189. — ... Que lorsque des frères ont abandonné la jouissance d'un fonds à leur sœur avec faculté pour celle-ci d'acquérir la propriété du fonds moyennant certaine somme, une pareille clause a pu être déclarée présenter une stipulation non personnelle à la sœur, mais transmissible à ses héritiers, sans que l'arrêt qui le décide ainsi puisse être censuré par la Cour de cassation. — Cass., 24 mars 1830, Paul, [S. et P. chr.

190. — *B*. L'art. 1122 consacre la seconde exception dans ces termes : « ... A moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention ». Ainsi la stipulation qui assure à une personne un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou une rente viagère, est, à raison de la nature même du droit stipulé, intransmissible aux héritiers.

191. — Jugé, conformément à ce principe, que la règle qui veut que, dans les contrats, on soit toujours censé stipuler tant pour soi que pour ses héritiers et ayants-cause, reçoit exception toutes les fois que la convention est de telle nature qu'elle ne puisse être accomplie par l'héritier lui-même comme elle l'eût été par son auteur. Il en est ainsi spécialement en matière de compromis quand les contractants laissent des héritiers mineurs. — Cass., 28 janv. 1839, Barrat, [S. 39.1.113, P. 39.1.108] — V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 541 et s.

192. — Il n'en serait pas nécessairement de même pour les obligations de faire : ces obligations sont, en principe, transmissibles comme les autres, sauf dans les cas exceptionnels où elles ont pour objet un fait qui suppose l'habileté ou l'expérience particulières du débiteur, de telle sorte que le créancier n'a contracté avec lui qu'en considération de ses talents exceptionnels. Cette solution nous paraît découler naturellement de l'art. 1237, C. civ., qui dispose : « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. » Quand cet intérêt fait défaut, l'obligation de faire peut certainement être exécutée par les héritiers du débiteur, V. *suprà*, v° *Paiement*, n. 10 et 11). — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 216; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 346, p. 565, texte et note 6; Demolombe, t. 24, n. 268; Larombière, t. 1, sur l'art. 1122, n. 16 et 17; Laurent, t. 16, n. 6. — V. Toullier, t. 6, n. 408 et 409.

193. — *C*. Enfin, les effets des conventions sont intransmissibles aux héritiers lorsqu'il existe une disposition formelle de la loi déclarant que la mort de l'une des parties met fin à la convention. C'est ainsi que l'art. 1795, C. civ., décide que le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur. — V. *suprà*, v° *Louage d'ouvrage, de services et d'industrie*, n. 215 et s., 227, 1300 et s.

194. — Les art. 1141, 1514, 1865, § 3, 2003, § 3, C. civ. et l'art. 6, § 2, L. 18 juill. 1889, sur le Code rural (tit. 4, Bail à colonage partiaire) fournissent d'autres exemples de conventions prenant fin par la mort de l'une des parties contractantes.

195. — *D*. Aux trois exceptions que nous venons d'indiquer on pourrait en ajouter une quatrième qui paraît résulter de l'application des règles générales sur la réserve et la quotité disponible. On sait, en effet, que les héritiers réservataires ont le droit de demander la réduction de toutes les donations directes ou indirectes, ouvertes ou déguisées, par lesquelles le *de cujus* a porté atteinte à leur réserve. Dans la mesure où cette résolution est valablement demandée on ne peut opposer à ces héritiers le principe qu'ils doivent respecter les droits consentis par leur auteur; ils peuvent donc faire tomber des libéralités que leur auteur aurait été tenu de respecter. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 218; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 346, p. 564, note 4 *bis*. — V. *suprà*, v° *Quotité disponible et réserve*, n. 202 et s., 669.

196. — Une personne pourrait-elle stipuler ou promettre pour ses héritiers sans stipuler ou promettre pour elle-même? L'application des principes généraux doit faire adopter la négative sans hésitation. Si, en effet, des stipulations ou des promesses faites dans ces termes pouvaient profiter ou nuire aux héritiers du contractant, les droits et les obligations qui en résulteraient naîtraient dans leur personne, de telle sorte que les héritiers seraient des tiers par rapport au contractant. La stipulation tomberait donc sous l'application du principe général de l'art. 1119, C. civ., qui déclare nulles les stipulations et les promesses faites pour des tiers. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 219; Laurent, t. 16, n. 9; Huc, t. 7, n. 56; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 346, p. 566, texte et note 8 *bis*.

197. — L'opinion contraire a été cependant soutenue, sous le prétexte que les conventions dont nous parlons produisent, au profit ou à la charge de celui qui les contracte pour ses héritiers, un germe de droit ou d'obligation, et qu'elles présentent simplement cette particularité qu'elles sont affectées d'un terme ou d'une condition *sui generis*. — Duranton, t. 10, n. 255; Demolombe, t. 24, n. 269; Thiry, t. 2, n. 601. — Il ne nous semble pas que cette argumentation ait rien de décisif. Nous ne voyons pas, en effet, quel peut être le terme ou la condition *sui generis* qu'invoquent les partisans de cette opinion, et dont ils s'abstiennent de préciser les caractères.

198. — On s'est également demandé si le stipulant pourrait restreindre à l'un ou à quelques-uns seulement de ses héritiers le bénéfice d'une stipulation qu'il ferait pour lui-même. Ainsi, en cas de vente, le vendeur pourrait-il stipuler que le prix ne sera payable qu'à son décès, à l'aîné de ses enfants, et à l'exclusion de tous ses autres frères et sœurs? Cette stipulation est considérée comme nulle par application de la règle générale de notre droit qui prohibe les pactes sur succession future (C. civ., art. 791, 1130, 1600), car la convention dont il s'agit réunit, dit-on, tous les caractères du pacte sur succession future. — Duranton, t. 10, n. 261; Marcadé, t. 4, sur l'art. 1122, p. 372; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 34 *bis*-V; Demolombe, t. 24, n. 270; Laurent, t. 16, n. 11; Huc, t. 7, n. 55; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 220; Thiry, n. 2, n. 602; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 346, p. 565, texte et note 7.

199. — On a cependant essayé de soutenir l'opinion contraire en disant que la stipulation faite pour un seul des héritiers, à l'exclusion des autres, devrait être considérée comme la condition de la stipulation que le stipulant fait pour lui même, ce que l'art. 1121 permet. — Toullier, t. 3, n. 414 et s.; Larombière, t. 1, sur l'art. 1122, n. 46.

200. — Mais c'est, répond-on, dénaturer l'opération : dans l'espèce, il n'y a pas deux stipulations dont l'une serait la condition de l'autre : il n'y a qu'une seule stipulation au profit du créancier dont il prétend limiter l'effet à un seul de ses héritiers, et cette stipulation doit être déclarée nulle par application des règles de notre droit concernant les pactes sur succession future. On ne saurait prétendre davantage que la convention au profit d'un héritier seul devra être traitée comme une libéralité déguisée, valable à ce titre. En effet, pour que la libéralité déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux soit valable, il faut que ce contrat onéreux soit lui-même valable; or ce contrat est nul pour tout ce qui excède la part héréditaire de l'héritier, comme constituant une stipulation pour autrui (C. civ., art. 1119). — Laurent, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Duranton, *loc. cit.*; Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*

201. — Sans aller aussi directement à l'encontre de la doctrine suivant laquelle la stipulation faite au profit d'un seul héritier à l'exclusion des autres est nulle pour le tout, on a proposé d'apporter la restriction suivante : la stipulation au profit d'un seul héritier devrait être déclarée valable si elle était intervenue non pour le tout, mais dans la mesure de sa part héréditaire. Ainsi une personne qui a trois enfants vend une maison pour le prix de 45,000 fr. dont on lui sert les intérêts pendant sa vie : elle ne peut sans doute valablement convenir qu'à sa mort cette somme sera payée en entier à l'aîné de ses enfants, mais ne pourrait-elle pas valablement convenir qu'un tiers seulement du capital, soit 15,000 fr., sera dû, après son décès à l'aîné de ses enfants et que le débiteur sera libéré quant au surplus? Cette doctrine, enseignée déjà par Pothier (n. 64), a été soutenue également sous l'empire du Code civil par Duranton (t. 10, n. 261).

202. — Elle paraît, à première vue, échapper aux critiques que soulève la théorie qui admet la validité de la stipulation faite au profit de l'un des héritiers pour la totalité de la créance. Mais l'analyse juridique montre qu'elle est également erronée. En effet, si nous reprenons l'hypothèse faite au numéro précédent, la vente d'une maison pour le prix de 45,000 fr., l'opération bien analysée se présentera de la façon suivante : le vendeur a stipulé un prix de 45,000 fr. dont les intérêts lui seront payés sa vie durant, et dont le tiers, soit 15,000 fr. sera payé à l'aîné des enfants, moyennant quoi l'acheteur sera libéré. Dans une convention de cette nature, le prix consiste, en réalité,

partie en une rente viagère, partie en un capital de 15,000 fr. Or, ce capital de 15,000 fr. dépendant de la succession appartient par portions égales à chacun des trois enfants du vendeur; la stipulation faite au profit de l'aîné pour ces 15,000 fr. est donc nulle au même titre que si elle avait porté sur l'intégralité du prix de vente de 45,000 fr., car elle tend à attribuer à l'aîné la totalité d'un capital sur lequel il n'a droit que pour sa part héréditaire. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 221; Marcadé, *loc. cit.;* Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.*

203. — On peut supposer inversement qu'une personne mette par convention une dette à la charge exclusive de l'un de ses héritiers, ou à la charge de l'un desdits héritiers, pour une part supérieure à sa part héréditaire; une convention de cette nature est-elle valable? Nous ne le croyons pas : elle est nulle au même titre que la stipulation intervenant dans ces conditions : comme la stipulation, en effet, elle constitue un pacte sur succession future. Les auteurs déclarent donc nulle la convention par laquelle l'acheteur d'une maison moyennant une somme de 10,000 fr. conviendrait avec le vendeur que cette somme sera payée à sa mort par le plus jeune de ses enfants qui supportera seul la dette, à l'exclusion de ses frères. On a objecté contre cette solution qu'aux termes de l'art. 1221, § 4, C. civ., un des héritiers peut être « chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ». Mais on oublie en parlant ainsi que la partie finale du même texte décide qu'en pareil cas l'héritier qui aura payé toute la dette aura son recours contre ses cohéritiers, et il s'agit précisément de savoir si le défunt a pu valablement priver son héritier de ce recours, par une clause insérée dans la convention. La négative est enseignée par la majorité des auteurs, par la raison que cette convention présente tous les caractères d'un pacte sur succession future, prohibé comme tel par la loi. — Duranton, t. 10, n. 263; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 222; Marcadé, *loc. cit.*; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 34 *bis*-IV; Demolombe, t. 24, n. 271; Laurent, t. 16, n. 10; Thiry, t. 2, n. 602; Huc, t. 7, n. 55; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 346, p. 566, texte et note 8. — *Contrà*, Douai, 2 févr. 1851, Macquet, [S. 51.2.182, P. 52.2.225, D. 51.2.133] — Larombière, t. 1, sur l'art. 1122, n. 46.

204. — Comme pour la stipulation et pour le même motif, on déclare la promesse nulle, alors même que celui des héritiers à la charge exclusive duquel la dette est mise n'est appelé à en payer qu'une fraction proportionnelle à sa part héréditaire. Supposons qu'une personne ayant trois héritiers contracte une dette de 45,000 fr. et convienne qu'à son décès un tiers seulement de cette somme restera dû, soit 15,000 fr., et que ces 15,000 fr. seront pour le total à la charge de l'un de ses héritiers qu'il désigne. Cette dette de 15,000 fr. est une dette de la succession qui par suite devrait se répartir entre tous les héritiers, de telle façon que 5,000 fr. seulement soient en définitive payés par chacun d'eux. Puisque la convention des parties déroge à cette répartition légale, elle constitue bien un pacte sur succession future et est par suite entachée de nullité. — Marcadé, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.* — *Contrà*, Pothier, *loc. cit.*; Duranton, *loc. cit.*

§ 2. *Effets des conventions à l'égard des ayants-cause à titre particulier.*

205. — Celui auquel appartient un droit sur une chose déterminée peut transmettre ce droit en entier, et lorsqu'il opère cette transmission, le droit de l'ayant-cause à titre particulier, au profit duquel il se dépouille, se mesure exactement sur le sien, de telle sorte que les conventions par lesquelles il l'avait consolidé, augmenté, amélioré, transformé, ou par lesquelles il y avait adjoint des accessoires, profitent ou nuisent à son ayant-cause à titre particulier. Ainsi le cessionnaire d'une créance profite de l'hypothèque ou du cautionnement attaché à cette créance, il peut donc se prévaloir des conventions faites par son auteur pour acquérir l'une ou l'autre de ces garanties. De même, l'acquéreur d'un bien peut se prévaloir de la transaction intervenue relativement à la totalité ou à une partie de ce bien, des servitudes actives qui ont pu être établies à son profit. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 223; Laurent, t. 16, n. 12; Aubry et Rau, 5e éd., t. 2, § 176, p. 97 et s.; Demolombe, t. 24, n. 279 et 280.

206. — A l'inverse, l'ayant-cause à titre particulier se trouve tenu des obligations nées de conventions qui ont eu pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis. Il est également tenu de celles qui forment la condition nécessaire de l'exercice de ce droit : ainsi le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui a omis de remplir les formalités de la purge et ne veut pas délaisser, est obligé, pour éviter l'expropriation, d'acquitter toutes les dettes hypothécaires qui le grèvent (C. civ., art. 2167). De même le sous-acquéreur d'un immeuble dont le prix est encore dû au vendeur primitif est tenu de payer ce prix s'il veut se soustraire à l'action en résolution qui appartient à celui-ci. — Demolombe, t. 24, n. 284; Aubry et Rau, 5e éd., t. 2, § 176 *bis*, p. 103 et 104.

207. — Mais les conventions même relatives à la chose sur laquelle porte le droit cédé, qui n'ont eu pour effet ni d'augmenter, améliorer, amoindrir, transformer le droit cédé, ni d'y adjoindre des accessoires, ne peuvent pas être opposées à l'ayant-cause ou invoquées par lui. « Ayant-cause de son auteur, quant au droit même qui lui a été cédé, celui-ci ne l'est plus, disent MM. Aubry et Rau, en ce qui concerne le bénéfice de droits ou d'actions qui, bien que nés de conventions passées au sujet de la chose qui fait l'objet de ce droit, ne se sont pas identifiés avec lui et n'en sont pas devenus des accessoires. Il n'est à ce point de vue qu'un tiers qui ne peut pas plus profiter de pareilles conventions qu'elles ne peuvent lui être opposées » (C. civ., art. 1165). Par exemple, le marché conclu entre le vendeur et un entrepreneur et par lequel celui-ci s'est engagé, moyennant un prix déterminé, à faire des travaux dans la propriété qui fait l'objet de la vente, ne peut être invoqué par l'acquéreur contre l'entrepreneur, ni, réciproquement, par l'entrepreneur contre l'acquéreur. — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 224; Aubry et Rau, 5e éd., t. 2, § 176, p. 99 et § 176 *bis*, p. 102.

208. — Jugé, par application de ce principe, que les acquéreurs successifs d'un tableau ne sont nullement liés par la déclaration qu'un vendeur originaire peut avoir faite relativement à une qualité de cette œuvre, notamment par la déclaration que le tableau dont il s'agissait n'était qu'une copie. Une pareille déclaration ne modifie pas la nature du droit transmis, elle n'intéresse que la valeur marchande de l'objet. — Cass., 23 déc. 1891, Chassagnolle, [S. et P. 96.1.491, D. 92.1.409]

209. — Certains auteurs enseignent une doctrine différente. A leur avis, il faut, pour déterminer l'effet des conventions de cette espèce à l'égard des ayants-cause particuliers, distinguer selon qu'elles ont fait entrer un droit de créance dans le patrimoine de l'auteur, ou qu'elles l'ont grevé d'une dette. Elles produisent effet dans le premier cas, non dans le second : le droit de créance est transmissible à l'ayant-cause; la dette, au contraire, ne doit point passer à sa charge. A l'appui de la transmissibilité du droit de créance, ils allèguent que l'art. 1122 dispose, dans les termes les plus généraux, que l'on est censé avoir stipulé pour soi et ses ayants-cause et que, dès que la stipulation est relative à la chose transmise à ceux-ci, elle doit leur profiter. Ils font en outre remarquer que cette solution est la seule raisonnable : le droit de créance étant relatif à la chose transmise, n'est plus d'aucune utilité pour l'auteur du jour où il a transmis la chose; et, comme ce droit peut être cédé, la raison veut qu'il soit considéré comme ayant été transporté par une cession tacite à l'ayant-cause qui peut seul en profiter désormais. Il en est différemment quand la convention a fait naître une dette à la charge de l'auteur. Les dettes ne sont pas transmissibles comme les créances, le raisonnement ci-dessus développé pour les créances ne leur est donc pas applicable. D'un autre côté, les dettes ne grèvent jamais, en principe, que l'ensemble du patrimoine de la personne qui y est chargée et non un objet spécial détaché de ce patrimoine : par conséquent, celle qui nous occupe ne peut jamais obliger l'ayant-cause qui ne s'y est pas expressément engagé. — Toullier, t. 3, n. 424; Delvincourt, t. 2, p. 199; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 34 *bis*-III; Laurent, t. 16, n. 15 et s.

210. — Demolombe se rallie à cette théorie, mais il ne l'admet toutefois qu'avec une restriction importante, en ce qui concerne les contrats bilatéraux. Il fait, avec raison, remarquer que puisque les dettes ne peuvent jamais passer à l'ayant-cause à titre particulier, on doit logiquement décider qu'il ne doit pas bénéficier non plus des créances quand elles sont nées de contrats bilatéraux, car, dans les contrats de cette nature, les créances et les dettes, les stipulations et les promesses de chacune des parties sont corrélatives et se servent réciproquement

de cause. Chaque débiteur y est en même temps créancier. Les dettes n'étant pas transmissibles à l'ayant-cause à titre particulier, les créances qui les accompagnent forcément et en sont la contre-partie ne peuvent l'être davantage. — Demolombe, t. 24, n. 282.

211. — La distinction proposée par Demolombe entre les contrats bilatéraux et les contrats unilatéraux nous paraît très-exacte. Nous préférons cependant, comme nous l'avons dit *suprà*, n. 207, adopter une solution plus radicale, et décider que les stipulations pas plus que les promesses, en tant qu'elles sont constitutives de droits purement personnels, ne se transmettent aux ayants-cause à titre particulier. En effet, pour expliquer comment le bénéfice des stipulations passe à l'ayant-cause à titre particulier, on admet une présomption de cession tacite que le stipulant consentirait au profit de son ayant-cause, et on fonde cette présomption de cession sur ce que la stipulation ne peut plus être utile à celui qui l'a faite, tandis qu'elle peut l'être à son ayant-cause. La nécessité où se trouvent les partisans du système que nous combattons d'invoquer une présomption de cession en infirme la valeur. En effet, les présomptions légales ne résultent que de textes formels, et l'art. 1122 ne peut être interprété comme édictant formellement celle dont il s'agit. En outre, tous les auteurs admettent que le législateur, en disposant dans l'art. 1122 qu'on est censé avoir stipulé pour ses ayants-cause, a fait allusion non seulement aux conventions par lesquelles on devient créancier, mais aussi à celles par lesquelles on devient débiteur. Or, en tant qu'il concerne ces dernières, l'art. 1122 n'implique certainement pas une présomption de cession; comment y trouver une relation différente en ce qui concerne les créanciers? « Comment, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, l'expression *stipuler* visant cumulativement les stipulations proprement dites et les promesses aurait-elle une portée et un sens tout différents, suivant qu'elle s'appliquerait aux unes ou aux autres ». — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 225.

212. — Si l'on admet la doctrine que nous venons d'exposer on en déduira logiquement que l'art. 1122 était inutile en tant qu'il concerne les ayants-cause à titre particulier. Ce texte ne pourrait les intéresser, en effet, qu'autant qu'il aurait consacré à leur profit ou à leur charge la transmissibilité des droits purement personnels stipulés par leur auteur. Il est évident que les stipulations qui modifient la manière d'être de la chose acquise, telles que celles qui constituent des droits réels, se transmettent avec la chose dont elles intéressent la nature juridique par l'extension ou la limitation du droit qu'elles entraînent. De même, les stipulations qui ont pourvu d'un accessoire la chose aliénée auraient profité aux ayants-cause à titre particulier même en l'absence de l'art. 1122, puisque l'accessoire suit nécessairement le principal. En réalité, si les ayants-cause à titre particulier recueillent les avantages résultant de ces deux catégories de stipulations, cela s'explique, non par la transmissibilité des stipulations, mais bien par les principes qui régissent la propriété, laquelle se transmet avec tous les droits actifs et passifs qui lui sont inhérents. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n. 226; Laurent, t. 15, n. 13; Demolombe, t. 24, n. 279 et 280; Demante et Colmet de Santerre, t. 5, n. 34 *bis*-III.

Section IV.

Droit fiscal.

213. — En droit fiscal, la stipulation pour autrui se présente le plus fréquemment en matière de délégation de créance à terme et de donation. — V. *suprà*, v^is *Délégation*, *Donation entre-vifs*, *Obligation*. — V. également, *suprà*, v° *Assurance sur la vie*, et *infrà*, v° *Succession*, n. 2110 et s.

214. — En général, et sauf le cas de délégation imparfaite intervenant entre le déléguant et le délégué sans le concours du délégataire (V. *suprà*, v° *Délégation*), la stipulation pour autrui prévue par l'art. 1121, C. civ., ne peut donner ouverture au droit proportionnel que lorsqu'elle a été acceptée par le tiers au nom duquel elle a été faite. — Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. 1, n. 227.

Section V.

Législation comparée.

215. — Dans beaucoup de législations étrangères, les règles relatives aux stipulations pour autrui sont posées à propos de la gestion d'affaires ou du mandat. Nous nous bornerons donc à compléter ici, d'après les quelques dispositions spéciales qui peuvent se trouver dans certains codes, ce qui a été dit *suprà*, v^is *Gestion d'affaires*, *Mandat*.

§ 1. *Allemagne.*

216. — Si quelqu'un, sans en avoir été chargé, conclut un contrat au nom d'une autre personne, l'efficacité du contrat pour ou contre cette dernière dépend de la ratification par elle consentie. Si l'autre contractant la met en demeure de déclarer si elle entend ratifier ou non, la déclaration ne peut être faite qu'à lui; on ne tient pas compte d'une déclaration faite à ces fins antérieurement à la mise en demeure. La ratification ne peut intervenir utilement que dans la quinzaine à partir du jour où la mise en demeure est parvenue à destination : si elle n'a pas lieu dans ce délai, elle est réputée refusée (C. civ. de l'Empire, § 177).

217. — Tant que la ratification n'est pas intervenue, l'autre contractant a le droit de revenir sur son consentement, à moins que, au moment où il traitait, il n'ait eu connaissance de l'absence de pouvoirs de celui avec qui il s'engageait (§ 178).

218. — Celui qui a fait un contrat en qualité de représentant et n'est pas en mesure de justifier de ses pouvoirs, est tenu envers l'autre contractant, au choix de ce dernier, soit à l'exécution du contrat, soit à des dommages-intérêts, si le représenté refuse sa ratification. Dans le cas où il ignorait l'insuffisance de ses pouvoirs, il ne doit que la réparation du dommage réellement subi par l'autre contractant et dans la mesure de l'intérêt qu'avait ce dernier à l'efficacité du contrat; il n'est pas tenu, si l'autre contractant connaissait ou devait connaître l'insuffisance des pouvoirs ou si lui-même était limité dans sa capacité juridique et a traité sans l'assistance de son représentant légal (§ 179).

219. — Dans un acte juridique unilatéral, il n'est pas permis d'agir pour un tiers sans avoir les pouvoirs voulus. Toutefois, si l'autre partie n'a ni contesté ni vérifié les pouvoirs dont se targuait le représentant, ou si elle a admis qu'il agît sans pouvoirs, on applique les dispositions qui viennent d'être analysées en matière de contrats (§ 180).

220. — A moins d'y avoir été expressément autorisé, un représentant ne peut pas entreprendre une affaire, au nom du représenté, avec soi-même et en son propre nom, soit comme représentant d'un tiers, si ce n'est quand l'affaire consiste exclusivement en l'accomplissement d'une obligation (§ 181).

§ 2. *Belgique.*

221. — La Belgique est régie par le Code civil français.

§ 3. *Espagne.*

222. — D'après l'art. 1259, C. civ. 1888-1889, « nul ne peut contracter au nom d'un tiers sans y être autorisé par lui ou sans être son représentant légal. Le contrat conclu au nom d'un tiers par quelqu'un qui n'est ni son fondé de pouvoirs, ni son représentant légal, est nul, à moins d'avoir été ratifié par ledit tiers avant d'avoir été révoqué par l'autre partie contractante ».

§ 4. *Grande-Bretagne.*

223. — Nous n'avons rien à ajouter, relativement à la stipulation pour autrui, qui rentre dans la notion générale de l'*agency*, à ce qui a été dit, *suprà*, v^is *Gestion d'affaires*, n. 238 et s., *Mandat*, n. 1312 et s. — V. Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n. 881 et s.

§ 5. *Italie.*

224. — On ne peut stipuler en son propre nom que pour soi-même. Toutefois on peut stipuler au profit d'un tiers lorsque cette stipulation est la condition d'une autre qu'on a faite pour soi-même ou d'une donation qu'on fait à d'autres. Celui qui a fait une semblable stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter (C. civ. ital., art. 1128).

225. — On peut s'obliger envers un autre en promettant le fait d'un tiers; cette promesse donne seulement droit à indemnité envers celui qui s'est obligé ou qui a promis la ratification des tiers, si celui-ci refuse de remplir l'obligation (art. 1129).

226. — Chacun est censé avoir stipulé pour lui et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention (art. 1127).

§ 6. *Monténégro.*

227. — Lorsque le représentant légal d'un incapable conclut un contrat au nom de celui-ci, sans dépasser les limites de son pouvoir, il le constitue par là créancier ou débiteur (C. civ. des biens, art. 510).

228. — La partie qui promet le fait ou le travail d'un tiers répond de tout le dommage résultant du refus par ce tiers d'exécuter ce qui a été promis (art. 515).

229. — Quiconque, en contractant en son propre nom, stipule que l'autre partie fera ou donnera quelque chose à un tiers, a le droit d'exiger que la promesse soit exécutée, et le tiers lui-même peut également exiger l'exécution si le contraire ne résulte de la convention ou des circonstances (art. 516).

230. — Cependant, tant que le tiers n'a pas déclaré accepter la promesse du débiteur, la partie qui a stipulé au profit de ce tiers peut libérer le débiteur ou demander que l'objet de la convention soit donné ou accompli à son propre profit, à la seule condition de ne pas aggraver par là l'obligation du débiteur; mais, quand le tiers a accepté, les parties ne peuvent plus, sans son consentement, apporter aucune modification au contrat primitif (art. 517).

§ 7. *Pays-Bas.*

231. — Les art. 1351 à 1354 du Code civil néerlandais sont la reproduction littérale des art. 1119 à 1122, C. civ. français.

§ 8. *Portugal.*

232. — Les contrats peuvent être faits par les parties elles-mêmes ou par personnes interposées munies d'autorisation valable; les contrats faits au nom d'autrui sans autorisation valable produisent néanmoins leurs effets s'ils sont ratifiés avant que l'autre partie ne se rétracte (C. civ. port., art. 645, 646).

§ 9. *Roumanie.*

233. — Le Code roumain, qui est, à bien des égards, une traduction littérale du C. civ. français, n'a pas reproduit les art. 1119 à 1122 de ce Code.

§ 10. *Russie.*

234. — Le Code civil russe ne contient aucune disposition sur la gestion d'affaires, c'est-à-dire sur l'effet d'actes accomplis au nom d'autrui, soit sans aucun mandat, soit en dehors du mandat conféré. Mais la jurisprudence a été amenée à s'occuper de la question de la stipulation pour des tiers à propos de l'art. 2326 des *Lois civiles*, qui limite les obligations du mandant au cas où le mandataire est resté dans la limite de ses pouvoirs. Il a été jugé que l'adhésion du maître de l'affaire, au lieu d'être préalable à l'opération et, par conséquent, de constituer un pouvoir ou un mandat, peut aussi n'être donnée qu'après coup, constituer une confirmation, une ratification d'un acte stipulé pour lui par une personne sans mandat, et le lier tout comme il aurait été lié par un acte fait en vertu d'une procuration. — Dép. civ. de cass., 1879, n. 141.

235. — La confirmation peut aussi valider des conditions isolées qui dans un contrat, dépassent les limites posées par la procuration. — Même arrêt. — V. au surplus, *suprà*, v° *Gestion d'affaires*, n. 264 et s.; Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 1298.

§ 11. *Suisse.*

236. — Celui qui promet le fait d'un tiers est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers (C. féd. des oblig., art. 127).

237. — Celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants-cause peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution lorsque telle a été l'intention des parties. Si, dans ce cas, le tiers déclare au débiteur vouloir user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur (art. 128).

SUBORNATION DE TÉMOINS. — V. Faux témoignage.

SUBROGATION.

Législation.

C. civ., art. 1249 et s.

Bibliographie.

Ouvrages généraux. — André, *Dictionnaire de droit civil, commercial, administratif et de procédure*, 1887-1890, 4 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., 4 vol. in-8° parus, t. 4, § 321, p. 277 et s., 4e éd., t. 6, § 575, p. 238 et s. — Audinet, *Principes élémentaires du droit international privé*, 1894, in-16, n. 405. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1040 et s. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, 1897-1902, 2 vol. in-8° parus, t. 2, n. 1516 et s. — Bioche, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, 1867, 5e éd., 6 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Dagar, *Le nouveau Ferriere ou Dictionnaire de droit et de pratique*, an XIII, 3 vol. in-4°, v° *Subrogation*. — Deffaux, Harel et Dutruc, *Encyclopédie des huissiers*, 1888-1896, 12 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 1881-1895, 9 vol. in-8°, t. 5, n. 188 et s. — Demolombe, *Cours de Code civil*, 32 vol. in-8°, t. 27, n. 300 et s. — Despagnet, *Précis de droit international privé*, 1898, 3e éd. in-8°, p. 300. — Duranton, *Cours de droit civil français*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 12, n. 108 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation*, 1823, 5 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8°, t. 3, sur les art. 1294 et s., et *Suppl.* par Griffond, 1 vol. gr. in-8°, sur les mêmes articles — Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1784-1785, 17 vol. in-4°, v° *Subrogation*. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 8, n. 44 et s. — Lansel et Didio, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement*, 1879-1898, 24 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2e éd., 1885, 7 vol. in-8°, t. 4, sur les art. 1249 et s., p. 188 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1880-1895, 4e éd., 33 vol. in-8°, t. 18, n. 1 et s. — Marcadé et Pont, *Explication du Code civil*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 4, sur les art. 1249 et s., p. 538 et s. — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, vis *Subrogation de choses, Subrogation de personnes*; — *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 8 vol. in-4°, v° *Subrogation de personnes*. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 473 et s. — Poidvin, *Dictionnaire usuel de droit civil*, 1897, 2 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Poujol, *Traité des obligations*, 1846, 3 vol. in-8°, t. 2, sur les art. 1249 et s., p. 168 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, 1840-1845, 2e éd., 9 vol. in-8°, v° *Subrogation*. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892, 4 vol. in-4°, t. 3, n. 54 et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français*, 1844-1848, 6e éd., 21 vol. in-8°, t. 7, n. 97 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1889-1891, 3 vol. in-8°, t. 2, n. 1540 et s. — Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e éd., in-8°, p. 809. — Zachariæ, Massé et Vergé, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 3, § 563, p. 430 et s.

Ouvrages spéciaux. — Barilliet, *Des effets de la subrogation consentie par un acquéreur au profit de son prêteur de deniers*, 1862, broch. in 8°. — Beauregard, *De la subrogation consentie par le débiteur*, 1876, in-8°. — Bosquet, *Du paiement avec subrogation*, 1872, in-8°. — Chaumat, *Des origines romaines de la subrogation accordée à l'acquéreur*, 1885, in-8°. — Coquerel, *Du paiement avec subrogation*, 1865, in-8°. — Dejuot, *De la subrogation conventionnelle consentie par le créancier*, 1873, in-8°. — Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, 1901, broch. in 8° extrait de la Revue critique. — Feitu, *De la subrogation au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, in-8°. — Fiach, *De la subroga-*

tion réelle, 1870, in-8°. — De Folleville, *Des caractères distinctifs du paiement avec subrogation*, 1871, broch. in-8°. — Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, 1853, in-8°. — Gosset, *De la subrogation légale*, 1870, in-8°. — Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Caen, 1872, in-8°. — Labadie, *De la subrogation*, 1867, in-8°. — Lacour, *De la subrogation entre les codébiteurs solidaires et les tiers détenteurs*, 1894. — Longo, *Della subrogazione reale*, 1897, in-8°. — Marzescou, *Du paiement avec subrogation*, 1860, in-8°. — Mourlon, *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, 1848, in-8°. — Paulmier, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Orléans; 1882, in-8°. — Renusson, *Traité de la subrogation*, 1702, in-4°. — Rothe, *De la subrogation légale*, Caen, 1873, in-8°. — Thézard, *De la nature et des effets de la subrogation*, 1879, in-8° (extrait de la Revue critique). — Thionville, *De la subrogation légale en faveur de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, 1885, in-8°. — Tiphaine, *Du paiement avec subrogation*, 1855, in-8°. — Wenger, *Du paiement avec subrogation*, 1868, in-8°.

Revues. — *L'acquéreur qui paie un créancier inscrit est-il subrogé non seulement dans l'hypothèque de ce créancier, mais encore dans celle que le vendeur avait conférée à celui-ci sur d'autres immeubles?* A. Lefebvre : J. du not., 27 déc. 1871. — *L'acquéreur menacé d'éviction peut-il se faire subroger dans les droits d'un précédent vendeur à l'effet d'exercer l'action résolutoire contre le vendeur subséquent?* J. du not., 20 sept. 1873. — *Subrogation consentie par le débiteur. Des cas d'application de la seconde disposition de l'art. 1250, C. civ.* (Beauregard) : Rev. crit., 1876, p. 440 et s. — *Transport des sommes données par contrat de mariage ou autrement à un successible. Paiement avec ou sans subrogation de ces mêmes sommes par un tiers. Éventualités. Précautions à prendre* (Métin) : Rev. du not. et de l'enreg., 1869, t. 10, p. 413 et s. — *De la subrogation au privilège de l'art. 1252. Lorsqu'une créance est payée par parties en différents temps et par plusieurs personnes successivement subrogées au créancier, doit-on les appeler par concurrence ou au marc le franc, ou établir entre elles une hiérarchie de préférence d'après l'ordre chronologique des paiements en allant des subrogés les plus récents aux subrogés les plus anciens?* (Mourlon) : Rev. prat., t. 1, 1856, 1 vol., p. 260 et s. — *Subrogation légale. Curieux conflit : deux créanciers peuvent-ils indéfiniment se faire subroger l'un à l'autre?* (F. Mourlon) : Rev. prat., t. 3, 1857, 1 vol., p. 460 et s. — *Questions diverses sur la subrogation* (De Caqueray) : Rev. prat., t. 6, 1858, 2 vol., p. 81 et s. — *De la subrogation réelle* (Saleilles) : Sirey, 1894, p. 185 et s.

Enregistrement. — *Dictionnaire des droits d'enregistrement, de timbre, de greffe et d'hypothèque*, 1874-1895, 8 vol. in-4°, v° *Subrogation*. — Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement*, 7e éd., 1890-1892, 6 vol. in-4°, v° *Subrogation*. — Maguéro, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque*, 1897, 4 vol. in-4°, v° *Subrogation*.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

1. — Subroger, d'une manière très-générale, c'est remplacer une chose ou une personne par une autre. Ainsi envisagée, la subrogation peut se présenter de façons très-différentes.

2. — En matière de saisie, la subrogation est le droit pour un créancier, en vertu de l'art. 721, C. proc. civ., lorsqu'il n'est que le second saisissant d'un immeuble, faute par le premier d'avoir poursuivi sur la seconde saisie à lui dénoncée, de reprendre la procédure en son nom pour aboutir à la vente de l'immeuble. Ce droit d'obtenir subrogation est encore ouvert en cas de collusion ou de fraude. — V. *suprà*, v° *Saisie immobilière*, n. 1830 et s.

3. — On parle aussi de subrogation à propos de l'action oblique organisée par l'art. 1166, C. civ. Et la question s'est posée de savoir si le créancier qui veut exercer l'action appartenant à son débiteur a pour cela besoin d'être subrogé. Ici on désigne par subrogation simplement une autorisation judiciaire qui serait donnée par les tribunaux pour pouvoir utiliser un droit que l'on a déjà en vertu de la loi. Mais aujourd'hui la majorité des auteurs et la jurisprudence pensent que cette subrogation est inutile puisqu'aucun texte ne l'exige. — V. *suprà*, v° *Créancier*, n. 246 et s.

4. — La question de la subrogation se présente aussi à propos des hypothèques et surtout de l'hypothèque légale de la femme mariée. Cette subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée est le résultat de certaines conventions. Elle consiste en ce que l'hypothèque de la femme sera désormais, à due concurrence, exercée par un tiers : le tiers subrogé. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 873 et s.

5. — Mais le plus souvent, quand on parle de subrogation on entend par là la subrogation personnelle ou la subrogation réelle. La subrogation réelle est la substitution d'une chose à une autre, en ce sens qu'une chose prend la place et revêt les caractères juridiques d'une autre à laquelle elle est substituée. La subrogation personnelle, au sens large du mot, c'est toute substitution d'un tiers à un créancier opérée par une cause juridique quelconque et par suite de laquelle ce tiers est autorisé à exercer pour son propre compte tout ou partie des droits ou actions du créancier; ce qui comprend à la fois la subrogation de l'art. 1166, C. civ., celle résultant de la cession ou de la délégation, et celle résultant du paiement. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 277, § 321, note 1.

CHAPITRE II.

DE LA SUBROGATION PERSONNELLE.

6. — Au sens précis du mot, la subrogation personnelle est une fiction juridique admise par la loi en vertu de laquelle une obligation, éteinte au regard du créancier originaire par suite du paiement qu'il a reçu des deniers d'un tiers, est considérée

comme continuant de subsister au profit de ce tiers qui est autorisé à faire valoir dans la mesure de ce qu'il a déboursé les droits et actions de l'ancien créancier. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 277; Renusson, *Tr. de la subrogat.*, chap. 1, n. 10; Merlin, *Rép.*, v° *Subrogat. de personnes*, sect. 2 § 1, et *Quest. de dr.*, *eod. v°*, § 1; Delvincourt, t. 2, p. 170; Toullier, t. 7, n. 97; Duranton, t. 12, n. 108; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-I à V; Larombière, sur l'art. 1249, n. 2, sur l'art. 1250, n. 25; Laurent, t. 18, n. 1 et s.; Demolombe, t. 27, n. 305 et s.; Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, sur l'art. 1249, n. 1; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligat.*, t. 2, n. 1516.

7. — La question de savoir quelle est la nature de la subrogation a été discutée. D'après un premier système, la subrogation n'est qu'un cas particulier de la novation par changement de créancier. Elle se décompose en une créance originaire, éteinte par le paiement, et en une créance nouvelle qui, par suite d'une fiction légale, naîtrait au profit de celui qui a payé. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Subrogat. de personnes*, § 1; Favard de Langlade, *Rép.*, *eod. verb.*, § 1; Marcadé, sur l'art. 1252, n. 1; De Folleville, *Des caract. distinctifs du paiement avec subrogat.*, p. 5; Bugnet, sur Pothier, t. 2, p. 136 et 299.

8. — Dans ce système, le subrogé n'a que sa propre créance, à laquelle viennent seulement s'adjoindre les sûretés accessoires de la créance primitive. — Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personne*, sect. 2, § 1, et *Quest.*, v° *Subrogation de personne*, § 1; Bugnet, sur Pothier, t. 2, p. 136 et 299, sur les n. 280 et 559 du *Tr. des oblig.*; Marcadé, sur l'art. 1236, n. 5; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. 2, n. 1274.

9. — Pour d'autres la subrogation est un transport-cession qui fait passer la créance du subrogeant au subrogé. Jugé, en ce sens, que lorsque le créancier, recevant son paiement d'un tiers, le subroge dans ses droits, cette subrogation équivaut à un transport que ferait le créancier de l'obligation. — Paris, 3 prair. an X, Poitevin et Desmousseau, [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 118 et 119; Duvergier, *Vente*, t. 2, n. 232 et s.; Delvincourt, t. 2, p. 559; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. 2, n. 1250; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-VIII. — V. *suprà*, v° *Cession de créances*, n. 19 et 20.

10. — Dans ce système, et au moins en ce qui concerne la subrogation conventionnelle par le créancier, une notification au débiteur serait nécessaire, par analogie avec la cession. — Toullier, t. 7, n. 119; Delvincourt, *loc. cit.* — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Subrog. de pers.*, sect. 2, § 1; Duranton, t. 12, n. 214; Mourlon, p. 11; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-V et VII; Demolombe, t. 27, n. 329; Larombière, sur l'art. 1250, n. 12.

11. — D'autre part, la subrogation donnerait, tant au subrogé qu'à ses cessionnaires quelconques, le droit de réclamer contre le débiteur la totalité de la créance, quelle que soit la somme qui ait été déboursée pour acquérir la subrogation.

12. — Il en résulterait également que le créancier qui consent une subrogation serait tenu de plein droit, comme un cessionnaire, à la garantie de l'existence de la créance. — V. *infrà*, n. 101 et s.

13. — Si la subrogation constituait une véritable cession, il faudrait aller plus loin dans la même voie et reconnaître qu'au cas d'inexistence de la créance, le subrogeant serait tenu d'indemniser le subrogé de la somme déboursée et, en outre, du profit espéré et non réalisé. Au contraire, on admet assez généralement qu'en ce cas le subrogeant n'a contre le subrogeant que l'action en répétition de l'indû. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 311; Mourlon, p. 391; Gauthier, n. 293 et s.; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1249, n. 15. — V. Duranton, t. 12, n. 138.

14. — D'après un troisième système, la subrogation serait tout à la fois un paiement dans les rapports du subrogeant avec le subrogé qui paie et une cession dans les rapports du subrogé avec le débiteur dont la dette a été acquittée. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-I et V.

15. — On admet généralement que la subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle, a pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive. — Cass., 22 nov. 1893, Couturier, [S. et P. 94.1.337, et note de M. Dalmbert]; — 3 avr. 1901, Lerenard, [S. et P. 1903.1.513 et note de M. Wahl] — *Sic*, Mourlon, p. 6 et 127; Huc, *Tr. de la cess. des créances*, t. 2, n. 578; Larombière, sur l'art. 1250, n. 25; Demolombe, t. 27, n. 319 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 277, texte et note 2; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis* II et s.; Laurent, t. 18, n. 4 et s.; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1042; Vigié, 2e éd., t. 2, n. 1542; Thiry, t. 3, n. 56; Planiol, t. 2, n. 506.

16. — Quoi qu'il en soit, dans ces différents systèmes, les accessoires et les garanties de la créance, notamment les privilèges et hypothèques, passent du subrogeant au subrogé. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 277; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1521; Laurent, t. 17, n. 3; Demolombe, t. 17, n. 325; Huc, t. 8, n. 47; Planiol, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-I à V; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1249, n. 28.

17. — La loi prévoit deux sortes de subrogation : la subrogation conventionnelle que réglemente l'art. 1250, et la subrogation légale dont parle l'art. 1251.

18. — La subrogation légale ou conventionnelle dans les droits du créancier n'a lieu au profit du tiers qui effectue le paiement que sous les conditions et dans les cas limitativement déterminés par la loi. — Cass., 23 févr. 1897, Raugier, [S. et P. 98.1.77, D. 1900.1.597] — V. sur le principe, en ce qui concerne la subrogation légale, Demolombe, t. 27, n. 447; Baudry-Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, 5e éd., t. 2, n. 1050.

19. — En conséquence, les juges ne sauraient reconnaître la subrogation au profit d'un tiers dans les droits du créancier, sans constater, soit que ce dernier, en recevant le paiement d'un tiers, l'a subrogé dans ses droits et actions par une convention expresse, conformément à l'art. 1250-1°, C. civ., soit qu'à la date du paiement, le tiers était dans l'un des cas prévus par la loi pour se prévaloir de la subrogation légale. — Même arrêt.

20. — La subrogation légale ou conventionnelle ne peut exister et produire d'effet lorsque celui qui paie le créancier acquitte une dette qui lui est exclusivement personnelle. — Cass., 5 mai 1890, Malicornet et Plenot-Destouches, [S. et P. 92.1.51, D. 91.1.482] — Laurent, t. 18, n. 104, *in fine*. — V. aussi Gauthier, n. 388.

21. — Et il importe peu que deux ou plusieurs débiteurs soient tenus vis-à-vis du créancier, si celui qui paie la dette l'a prise tout entière à sa charge, et en est ainsi devenu, au regard des autres, le seul débiteur; dans ce cas, c'est non la dette d'autrui, mais sa propre dette qu'il acquitte. — Même arrêt.

22. — Spécialement, le cohéritier qui, dans une donation-partage faite par l'auteur commun, avait été chargé, à titre de soulte, du paiement intégral d'une dette incombant à ce dernier, ne peut, après avoir effectué ce paiement, invoquer le bénéfice de la subrogation à l'encontre des créanciers de son cohéritier, à l'effet de se faire rembourser la portion de la dette dont ce cohéritier, après le décès du donateur, était devenu le débiteur. — Même arrêt.

23. — Il en est ainsi, encore bien que le créancier soit resté étranger à l'acte de donation, et encore bien qu'ultérieurement les deux cohéritiers se soient reconnus débiteurs solidaires par un titre récognitif délivré au créancier, une telle stipulation n'ayant pu modifier à leur égard la situation créée par l'acte de donation. — Même arrêt.

24. — Et on ne saurait trouver davantage une cause de subrogation, au profit de l'héritier chargé du paiement de la dette, dans un acte par lequel son cohéritier, en se reconnaissant débiteur envers lui d'une certaine somme, s'obligeait à effectuer ce paiement jusqu'à concurrence de ladite somme, alors qu'il est constaté que la délégation contenue dans cet acte avait été artificieusement concertée dans le but de rattacher, à la créance purement chirographaire de l'un des cohéritiers sur l'autre, les sûretés hypothécaires qui garantissaient la dette de leur auteur. — Même arrêt.

25. — Le créancier hypothécaire, qui, devenu adjudicataire sur saisie des immeubles soumis à son hypothèque, paie sur son prix d'adjudication un autre créancier colloqué avant lui dans l'ordre distributif de ce prix pour le montant d'une créance due par l'auteur décédé de l'exproprié, ne peut ni prétendre à une subrogation légale dans les droits de ce créancier contre les cohéritiers de l'exproprié, ni se prévaloir de la subrogation conventionnelle dans ces mêmes droits que le créancier désintéressé lui aurait consentie lors du paiement : nulle subrogation ne pouvant avoir lieu au profit de celui qui, en payant le créancier d'un tiers, ne fait que se libérer de ce qu'il doit à celui-ci. — Cass., 31 déc. 1861, Vallabrègue, [S. 62.1.591, P. 63.602, D. 62.1.481]

26. — Il n'y a subrogation ni légale, ni conventionnelle au profit d'un tiers qui paie le créancier, non pas en son nom et pour son propre compte, mais au nom et pour le compte du débiteur : le paiement a eu pour effet dans ce cas d'éteindre la

dette et non de substituer un débiteur à un autre. — Douai, 5 juill. 1894, sous Cass., 26 juill. 1897, Consorts Beleys, [D. 1901.1.28]

Section I.

De la subrogation conventionnelle.

27. — La subrogation conventionnelle peut résulter soit de la volonté du créancier seul, soit de celle du débiteur seul.

§ 1. *De la subrogation consentie par le créancier.*

28. — D'après l'art. 1250-1°, C. civ., la subrogation se produit « lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges et hypothèques contre le débiteur ».

29. — Cette subrogation est facultative pour le créancier. — Huc, t. 8, n. 8 et 57 ; Laurent, t. 17, n. 487 ; Demolombe, t. 27, n. 66.

30. — Ainsi le créancier qui subroge peut limiter les effets de la subrogation à telle ou telle garantie de paiement. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 279; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1529; Laurent, t. 18, n. 32; Planiol, t. 2, n. 482.

31. — La subrogation peut être consentie non seulement par le créancier, mais encore par le tuteur, par le mari, par l'envoyé en possession provisoire, en leur qualité d'administrateurs des biens du mineur, de la femme ou de l'absent, lorsqu'ils reçoivent, à ce titre, des mains d'un tiers, le remboursement d'une créance appartenant à ceux-ci. — Mourlon, n. 13 et 14; Gauthier, n. 103; Larombière, sur l'art. 1250, n. 30; Demolombe, t. 27, n. 346 et 347; Huc, t. 8, n. 57; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 279; Fuzier-Herman et Griffond, *C. civ. ann.*, *Suppl.* sur l'art. 1250, n. 1; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1527.

32. — La subrogation, qui ne saurait être consentie, en principe, que par le créancier ou son ayant-droit, peut néanmoins résulter aussi du fait de son mandataire général ayant pouvoir d'administrer, ou de son mandataire spécial. Mais le mandat de recevoir paiement ne doit être considéré comme emportant mandat de subroger. La question s'est posée à l'égard des pouvoirs de l'huissier chargé de recevoir un paiement. La Cour de cassation décide à ce sujet que l'huissier ne peut consentir une subrogation pour son client sans un pouvoir spécial de celui-ci. — Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 1 et s. — V. *suprà*, v° *Huissier*, n. 201 et s.

33. — L'usufruitier d'une créance dépendant d'une succession a qualité pour en recevoir le paiement depuis longtemps exigible et pour consentir subrogation au tiers qui le paie. — Toulouse, 21 juin 1887, Graves, [D. 88.2.77] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 278, note 2 *ter*.

34. — La femme mariée qui a l'administration de ses biens a capacité, lorsqu'elle reçoit paiement, pour accorder subrogation. — Mourlon, p. 14.

35. — Un cohéritier peut, même avant partage, subroger pour toute la créance de la succession dont il reçoit paiement. — Bordeaux, 24 janv. 1901, Foulon, [D. 1902.2.189]

36. — Dans la subrogation consentie par le créancier, il importe peu que le tiers ait payé de deniers personnels ou de deniers empruntés. Il est seulement nécessaire que les deniers ne soient pas fournis par le débiteur. — Cass., 26 avr. 1899, Joly, [S. et P. 1903.1.475, D. 99.1.371] — Pau, 7 déc. 1891, Ve Mieussens, [D. 93.2.91] — Alger, 2 févr. 1899, [*Rev. alg.*, 99.309] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1526; Larombière, sur l'art. 1250, n. 6; Demolombe, t. 27, n. 358; Huc, t. 8, n. 38; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 278, note 4; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subrogation* : Troplong, *Privil. et hyp.*, t. 1, n. 353; Gauthier, n. 167.

37. — Ainsi, il n'y a pas subrogation valable au profit du tiers, si le paiement a été fait en plusieurs fois par le débiteur, avec des fonds prêtés par ce tiers, tant avant que lors de l'acte constatant le paiement. — Cass., 19 avr. 1831, Dupont, [S. 31.1.432, P. chr.] — V. *infrà*, n. 63.

38. — Jugé de même que la subrogation n'a pas lieu malgré le consentement du créancier, si c'est le débiteur qui a payé sans que le bailleur de fonds ait figuré à l'acte personnellement ou par mandataire. — Cass., 5 août 1891, Violatoux, Bertin et autres, [S. et P. 92.1.157, D. 92.1.217] — Lyon, 22 déc. 1888, sous cet arrêt.

39. — Il en est toutefois autrement, et la subrogation est pleinement valable, lorsque le débiteur, en effectuant le paiement, s'est présenté non comme débiteur, mais comme mandataire du bailleur de fonds, et a payé, non comme débiteur, mais en exécution du mandat qu'il avait reçu. — Demolombe, t. 27, n. 357 et s., et, notamment, 360; Larombière, sur l'art. 1250, n. 7; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 279, note 4 *bis*; Fuzier-Herman et Darras sur l'art. 1250, n. 10; Laurent, t. 18, n. 23.

40. — Au surplus, tout tiers quelconque ayant la capacité de faire un paiement valable peut, en payant pour le débiteur, être subrogé dans les droits du créancier; il n'a même pas à justifier d'un intérêt pécuniaire, puisqu'il est admis à agir en esprit de pure libéralité. Mais le tiers payeur ne peut exiger la subrogation; il y faut nécessairement le consentement du créancier. — Larombière, sur l'art. 1250, n. 17; Demolombe, t. 27, n. 351, 355 et s.; Fuzier-Hermann et Darras, sur l'art. 1250, n. 11 et 12; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1523.

41. — Il a même été jugé qu'il y avait subrogation alors que le créancier, sans avoir reçu son paiement du tiers personnellement, l'aurait reçu en vertu d'un droit de préférence qui lui appartenait sur le fonds d'un tiers. — Cass., 14 déc. 1864, Crapez, [S. 65.1.188, P. 65.428, D. 67.1.259]

42. — De ce que, dans le cas de l'art. 1250-1°, la subrogation résulte de l'échange des consentements du créancier et du tiers payeur, sans l'intervention du débiteur, il suit que la subrogation consentie par le créancier, au profit du prêteur des deniers employés à le payer, dans ses droits contre les codébiteurs solidaires, a effet même en ce qui touche ceux des codébiteurs à l'égard desquels l'acte d'emprunt qui a précédé le paiement serait annulable. — Cass., 9 déc. 1863, Lecoq, [S. 64.1.177, P. 64.649, D. 64.1.299] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 13.

43. — Lorsque le prêteur de deniers employés à payer la créance est subrogé aux droits du créancier par celui-ci, la subrogation est valable quoique l'emprunt qui l'a précédé fût susceptible d'être annulé pour minorité du débiteur, le tiers subrogé agissant en ce cas non en qualité de prêteur, mais en vertu de la subrogation directement émanée du créancier. — Même arrêt.

44. — Mais il ne saurait y avoir subrogation valable au paiement d'une créance illicite, comme le supplément de prix d'un office ministériel. — Cass., 10 mai 1854, Descombes, [P. 54.2.22, D. 54.1.217]

45. — La simulation d'un acte par interposition de personnes n'étant pas une cause de nullité de cet acte, quand celui qui prétend bénéficier de l'acte simulé aurait pu l'accomplir légalement en son nom, la subrogation consentie par un créancier à un tiers dont il est censé avoir reçu son paiement ne saurait être considérée comme dénuée de tout effet, sous prétexte qu'elle est fictive à l'égard de l'auteur réel de ce paiement, sans que les juges aient recherché si celui-ci n'aurait pas pu lui-même être subrogé conventionnellement dans les droits du créancier par lui désintéressé, comme ayant, en tout ou en partie, payé pour d'autres. — Cass., 21 juin 1897, Donon, [S. et P. 99.1.308, D. 97.1.557]

46. — L'art. 1250-1° impose deux conditions pour la subrogation consentie par le créancier. Il faut : 1° que la subrogation soit expresse; 2° qu'elle soit faite en même temps que le paiement.

47. — *A*. La subrogation doit être expresse. Il est donc nécessaire que le créancier qui reçoit son paiement énonce explicitement et en termes formels qu'il subroge à tous ses droits, actions et hypothèques. — Riom, 12 janv. 1809, Bonnet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 139; Duranton, t. 12, n. 145; Mourlon, p. 265; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 38; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 279 et 281 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1524; Planiol, t. 2, n. 480.

48. — Mais la loi n'impose aucun terme sacramentel pour qu'il y ait subrogation. Il suffit que ce résultat ressorte de l'intention des parties. Et cela peut avoir lieu notamment s'il est dit dans l'acte que le tiers se trouve subrogé dans les droits du créancier. — Cass., 4 févr. 1839, Duchâteau, [S. 39.1.107, P. 39.1.343] — Trib. Bernay, 27 avr. 1880, [*Rev. not.*, 80.1075] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 121 ; Mourlon, p. 216; Colmet de Santerre, t. 5, n. 190 *bis*-II; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 281; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Huc, t. 8, n. 58; Marcadé, sur l'art. 1250, n. 1; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subrogat. de personnes*, § 1, n. 4; Duranton, t. 12, n. 118 et 119;

Gauthier, n. 106 et 107; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 39; Laurent, t. 18, n. 24; Demolombe, t. 27, n. 365 et s.; Planiol, *loc. cit.*

49. — Ainsi la subrogation se produit bien qu'il soit énoncé dans l'acte qu'au moyen du paiement effectué le débiteur s'est trouvé libéré envers le créancier et est devenu débiteur du prêteur. — Cass., 9 nov. 1869, Deprats, [S. 70.1.63, P. 70.137, D. 70.1.167]

50. — Néanmoins la subrogation étant de droit étroit, si la clause subrogatoire est obscure, ambiguë, il n'y a pas subrogation. — Duranton, t. 12, n. 145; Mourlon, p. 265.

51. — En tout cas une subrogation tacite ne pourrait jamais être alléguée comme ressortant suffisamment, par exemple, du fait même du paiement. Jugé, à cet égard, que le créancier ou le vendeur qui a reçu, au moyen d'une somme prêtée au débiteur ou acquéreur, le paiement de la totalité ou d'une partie de sa créance ou de son prix de vente, sans avoir subrogé le prêteur dans ses droits et actions, n'est pas responsable envers celui-ci du défaut de subrogation par cela seul qu'il aurait su, au moment du paiement, que le prêt n'aurait été consenti au débiteur ou acquéreur que sous la condition expresse de la subrogation. — Cass., 24 nov. 1856, Poiret, [S. 57.1.603, P. 57.141, D. 56.1.449]

52. — La subrogation par le créancier au profit d'une tierce personne qui le paie n'est assujettie à aucune forme; elle peut donc avoir lieu par acte sous seing privé. — Cass., 20 janv. 1857, Synd. Leduc, [S. 57.1.332, P. 57.904, D. 57.1.310] — Toulouse, 11 juin 1864, sous Cass., 25 juill. 1865, Lagarde, [S. 65.1.417, P. 65.1082, D. 65.1.469] — Angers, 25 janv. 1849, Bergé, [S. 49.2.428, P. 49.2.415, D. 49.2.180] — Toulouse, 21 juin 1887, Graves, [D. 88.2.77] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 116; Delvincourt, t. 2, p. 559; Rolland de Villargues, v° *Subrogat.*, n. 17; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1525; Mourlon, p. 249; Larombière, sur l'art. 1250, n. 33; Gauthier, n. 117; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 280; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 431, § 563, note 3; Demolombe, t. 27, n. 376; Laurent, t. 18, n. 30; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 44 et s.

53. — Lorsqu'elle a été faite sous seing privé, le subrogé est sans droit pour exiger que cet acte soit converti en un acte authentique, par le motif qu'un acte authentique serait nécessaire pour qu'il pût utiliser à son profit l'inscription hypothécaire constatant l'existence de l'hypothèque au bénéfice de laquelle il a été subrogé. — Toulouse, 21 juin 1887, précité. — *Sic*, Huc, t. 8, n. 58; Fuzier-Herman et Griffond, *C. civ. annoté*, *Suppl.* sur l'art. 1250, n. 10.

54. — Il a été jugé, au contraire, que la subrogation émanée du créancier ne peut avoir lieu sous seing privé : qu'elle doit être faite par acte authentique, du moins à l'égard des tiers. — Grenoble, 13 mai 1824, Format, [S. et P. chr.]

55. — On admet beaucoup plus généralement que la subrogation consentie par le créancier au moyen d'un simple acte sous seing privé est valable, même à l'égard des tiers. — Angers, 25 janv. 1849, précité. — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 116; Rolland de Villargue, v° *Subrogation*, n. 17; Mourlon, p. 249; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 48.

56. — Et il n'est même pas nécessaire que la subrogation ait date certaine tant qu'il s'agit de l'invoquer contre le débiteur ou ses ayants-cause qui n'ont pas d'intérêt à payer à l'un plutôt qu'à l'autre. — Cass., 20 janv. 1857, précité; — 7 avr. 1858, Modo, [S. 58.1.810, P. 59.443, D. 58.1.156] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 280, § 321; Demolombe, t. 27, n. 379; Laurent, t. 18, n. 32; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 49; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1528; Planiol, t. 2, n. 483.

57. — Spécialement, il a été jugé que la subrogation consentie dans les termes de l'art. 1250-1°, C. civ., par un créancier au profit d'un tiers qui le paie, est opposable au débiteur et à ses ayants-cause, encore bien que l'acte de subrogation n'ait pas date certaine, lorsqu'on n'oppose aucune exception personnelle au subrogeant. — Cass., 8 août 1877, Boyenval, [S. 78.1.120, P. 78.279]

58. — ... Que la subrogation pourrait être invoquée contre les tiers, dans le cas où il y a quittance sous seing privé n'ayant pas date certaine, si les tiers invoquent cette quittance pour établir l'extinction de la créance; il n'est pas admissible en effet qu'ils rejettent et invoquent à la fois le même acte. — Cass., 7 avr. 1858, précité. — *Sic*, Massé et Vergé, sur Zachariæ, *loc. cit.*; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 51. — *Contra*, Laurent, *loc. cit.*

59. — ... Que la subrogation consentie par le créancier par une quittance sans date certaine est opposable aux tiers, la quittance et la subrogation étant indivisibles, si les circonstances de la cause démontrent qu'il n'y a pas eu antidate. — Dijon, 30 juin 1897, sous Cass., 10 janv. 1900, Authelin, Bernard et Vincent, [S. et P. 1901.1.33, D. 1901.1.89]

60. — D'autre part, une quittance subrogatoire n'ayant pas date certaine ne peut être opposée à un tiers saisissant, à un cessionnaire, ou à un autre subrogé dont la quittance a date certaine. — Cass., 31 janv. 1843, [illegible], [S. 43.1.616, P. 43.2.204] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 280; Laurent, t. 18, n. 32; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Duranton, t. 12, n. 331; Huc, t. 8, n. 58; Planiol, t. 2, n. 483. — *Contra*, Larombière, sur l'art. 1250, n. 36; Demolombe, t. 27, n. 381.

61. — *B.* La seconde condition exigée par l'art. 1250-1°, C. civ., c'est que la subrogation soit faite en même temps que le paiement. La raison de cette exigence de la loi est que le créancier subrogeant ne pourrait, par une déclaration subséquente de subrogation, faire revivre une créance antérieurement éteinte. — Locré, t. 12, n. 128, p. 369; Toullier, t. 7, n. 116; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 281; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 3, n. 1047; Larombière, sur l'art. 1250, n. 5; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 14 et s.; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subrogat. de personnes*; Troplong, *Priv. et hyp.*, t. 1, n. 351; Gauthier, n. 108 et s.; Demolombe, t. 27, n. 368; Laurent, t. 18, n. 25 et 26; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1525; Planiol, t. 2, n. 480.

62. — Cette solution est générale, et la législation spéciale du Trésor ne déroge pas à la règle qui veut que la subrogation ait lieu au moment même du paiement; si donc une commune rembourse au Trésor les sommes qu'a dilapidées un receveur général (aujourd'hui trésorier-payeur général), elle ne sera subrogée au droit du Trésor contre le fonctionnaire qu'autant que la subrogation aura lieu à son profit au moment même du remboursement qu'elle effectue. — Cons. d'Ét., 10 sept. 1817, Corbineau, [S. chr., P. adm. chr.]

63. — La simultanéité du paiement et de la subrogation étant une condition essentielle de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier, il ne peut y avoir subrogation conventionnelle au profit d'un tiers qui obtient d'un créancier une subrogation basée sur ce que ce tiers a, soit présentement, soit antérieurement, payé le créancier. — Trib. Grenoble, 24 juill. 1893, sous Grenoble, 20 févr. 1894, Lambert-Martin, [S. et P. 95.2.289, D. 98.2.305] — V. *suprà*, n. 37.

64. — La subrogation ne peut en ce cas être réclamée même pour partie, si le montant de la somme déjà payée au moment de l'acte n'y est pas indiqué. — Même jugement.

65. — La subrogation conventionnelle n'a pas lieu davantage au profit d'une personne qui obtient d'un créancier une déclaration de subrogation basée sur ce que la créance de ce dernier se trouve payée par le premier au moyen de la compensation, si l'acte ne dit pas que la compensation a lieu au même moment. — Même jugement.

66. — En tout cas, si la subrogation n'a été demandée par le tiers qui a payé, que postérieurement aux paiements faits, il n'y a pas subrogation. — Rouen, 20 juill. 1871, sous Cass., 12 mars 1873, Simon et Grandin, [D. 73.1.366]

67. — La subrogation consentie par le créancier au profit d'une tierce personne est donc nulle lorque l'acte de subrogation non seulement n'énonce pas d'une manière expresse le montant de la somme payée par le tiers, mais encore laisse incertain le point de savoir à quelle époque un paiement quelconque a été fait et, par conséquent, si un paiement a été fait en même temps que la subrogation. — Cass., 13 août 1855, Grasset, [S. 55.1.769, P. 56.1.113, D. 56.1.165] — *Sic*, Gauthier, n. 110 et s.; Mourlon, p. 224; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 16.

68. — Spécialement, est nul l'acte de subrogation qui se borne à énoncer que le créancier primitif a été payé de la somme à lui due tant ci-devant que présentement, partie des deniers du débiteur, partie des deniers du tiers subrogé. — Même arrêt.

69. — Il en est ainsi, alors surtout qu'il résulte des circonstances de la cause, et notamment de la correspondance des parties, que le créancier subrogeant avait été payé des deniers de son débiteur direct, qui n'avait reçu lui-même les deniers du

tiers subrogé que postérieurement à la quittance subrogative. — Même arrêt.

70. — Dans ce cas, l'arrêt qui se fonde, subsidiairement seulement, sur ces faits et circonstances, ne peut être considéré comme méconnaissant la foi due à l'acte de subrogation, supposé authentique. — Même arrêt.

71. — De même, la subrogation est nulle si elle n'a été exprimée que dans un acte postérieur au versement des fonds, encore bien que la faculté de l'opérer ait été entendue avant le paiement et réservée dans la quittance, mais sans désignation de personne. — Cass., 30 juill. 1838, Génissieux, [S. 38.1.673, P. 38.2.303] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 116 et 130; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes;* Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 281, note 12; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 20. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n. 116; Mourlon, p. 245.

72. — Jugé, à cet égard, que l'arrêt qui, interprétant un acte qualifié de subrogation et en se fixant à ce qui résultait, soit de l'inspection de cet acte, soit de ses termes et des aveux des parties, décide en fait que le nom du bailleur de fonds n'a été rempli qu'après coup, et que la subrogation n'a pas été faite en même temps que le paiement, ne présente qu'une appréciation de faits et d'actes qui échappe nécessairement à la censure de la Cour de cassation. — Cass., 17 janv. 1827, Veuve Crépin, [P. chr.]

73. — Tout au moins, la subrogation n'est-elle valable que pour le montant de la somme payée au moment même où la subrogation est consentie; elle est nulle pour les paiements faits antérieurement. — Limoges, 27 nov. 1841, Dumont, [S. 42.2. 298, P. 42.2.642]

74. — Mais le paiement et la subrogation ne cessent pas d'être simultanés par cela seul que la quittance qui constate à la fois le paiement et la subrogation énonce que les espèces ont été versées hors de la vue du notaire et des témoins. — Cass., 31 mai 1848, Collardeau, [S. 48.1.428, P. 48.2.534, D. 48.1.209]; — 6 nov. 1854, Monnier, [S. 54.1.756, P. 56.2.435, D. 54.1.428] — V. cependant Cass., 28 janv. 1845, Martineau, [S. 45.1.456, P. 45.1.656, D. 45.1.147]

75. — La circonstance que la quittance n'a pas été rédigée en même temps que le paiement n'empêche pas la subrogation d'être valable. Il faut, en effet, distinguer la subrogation de sa preuve. Si le paiement a été fait sous condition de subrogation, la simultanéité existe bien, mais cette convention n'est pas constatée immédiatement. Il en est ainsi, à plus forte raison, si le versement des fonds a été envisagé comme un dépôt provisoire plutôt que comme un véritable paiement; on peut alors subroger à toute la créance lors de la quittance définitive. — Mourlon, p. 221; Larombière, sur l'art. 1250, n. 6; Demolombe, t. 27, n. 372; Laurent, t. 18, n. 26; Huc, t. 8, n. 58; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 282, texte et note 13; Duranton, t. 12, n. 116; Gauthier, n. 110 et s.; Arntz, t. 3, n. 184; Planiol, t. 2, n. 480.

76. — Ainsi jugé que la subrogation consentie par le créancier est réputée faite en même temps que le paiement quoique les deniers aient été versés avant l'acte de subrogation, s'il est d'ailleurs établi que ce versement n'était que provisoire et ne constituait entre les mains du créancier un paiement définitif qu'à la condition qu'il consentirait une quittance subrogative au profit du bailleur de fonds. — Pau, 7 déc. 1891, Vve Mieussens, [D. 93.2.91]

77. — ... Que la subrogation consentie par le créancier lors du dernier versement partiel, et pour la créance totale, est valable, s'il résulte des faits que l'intention des parties était que les paiements partiels eussent leur effet libératoire seulement du jour où ils seraient constatés par une quittance définitive; qu'il est ainsi suffisamment satisfait à la condition de simultanéité du paiement et de la subrogation. — Cass., 31 mai 1848, précité; — 6 nov. 1854, précité; — 14 déc. 1858, Pernet, [S. 60.1.987, P. 60.929, D. 59.1.150]; — 25 juill. 1865, Lagarde, [S. 65.1.417, P. 65.1034, D. 65.1.469]; — 20 nov. 1865, Hubert, [S. 66.1.201, P. 66.523, D. 66.1.161] — Grenoble, 30 juin 1835, Génissieux, [S. 36.2.145, P. chr.] — Limoges, 27 nov. 1841, précité. — Dijon, 30 juin 1897, sous Cass., 10 janv. 1900, Authelin, Bernard et Vincent, [S. et P. 1901.1.33, D. 1901.1.89] — Angers, 7 juill. 1897, Duval, [S. et P. 1900.2.249, D. 1900.2.472] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 282.

78. — ... Que le paiement et la subrogation ne cessent pas d'être simultanés dans le sens légal du mot, par cela seul que les fonds avaient été mis antérieurement à la disposition du créancier dans l'étude d'un notaire pour le moment où le paiement avec subrogation pourrait s'effectuer avec sécurité. — Cass., 20 nov. 1865, précité.

79. — ... Que le paiement et la subrogation ne cessent pas d'être simultanés dans le sens légal, bien que les deniers aient été versés au créancier avant l'acte de subrogation par le tiers au profit duquel cette subrogation est consentie, s'ils ne lui ont pas été comptés à titre de paiement extinctif de la dette, mais comme prix acquitté d'avance d'un transport de la créance dès lors convenu entre eux et même exécuté, transport à réaliser, et réalisé plus tard, en effet, par actes devant notaires. — Cass., 25 juill. 1865, précité.

80. — Le tiers qui a payé se trouve alors également aux droits du créancier, soit à titre de subrogation, soit à titre de transport. — Même arrêt. — *Sic*, Larombière, sur l'art. 1250, n. 6; Mourlon, p. 224; Gauthier, n. 110 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 563, p. 432, note 4.

81. — Jugé même que le paiement et la subrogation ne cessent pas d'être simultanés dans le sens légal, bien que le paiement effectué, non en espèces, mais au moyen d'une inscription sur les livres du créancier au débit du tiers qui l'a opéré, ait eu lieu, en réalité, antérieurement à l'acte de subrogation, s'il est constant que ce tiers n'avait entendu acquitter la dette que moyennant subrogation, et n'a accepté l'inscription dont il s'agit que le jour même de la quittance subrogative. — Cass., 14 déc. 1858, précité.

82. — Lorsqu'un huissier a été chargé de faire des poursuites en vertu d'un titre énonçant que le remboursement de la créance devra être effectué en une seule fois, et que des remises de fonds successives lui sont faites par un tiers sans qu'il en délivre quittance, on ne peut considérer ces remises comme des paiements partiels, mais seulement comme devant servir à effectuer plus tard le paiement de l'obligation lorsque la somme due sera complète. — Colmar, 23 août 1842, Lévy, [P. 43.1.107]

83. — Il en doit être ainsi, encore bien que la quittance porte que le paiement a été fait en plusieurs fois, alors, d'ailleurs, que les intérêts ont été exigés sur la totalité de la créance jusqu'au jour de la dernière remise. — Même arrêt.

84. — En conséquence, la subrogation dans les effets de l'hypothèque du créancier, consentie par l'huissier au profit du tiers au moment du dernier versement, est valable pour l'intégralité de la créance, et non pas seulement pour le montant de ce versement. — Même arrêt.

85. — Pour que la simultanéité du paiement et de la subrogation soit établie, il est prudent de ne faire qu'un seul et même acte. Car, en général, deux actes séparés, eussent-ils la même date, ne prouveraient pas la simultanéité, sauf si elle était indiquée dans l'acte. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 282; Toullier, t. 7, n. 116. — *Contrà*, Huc, t. 8, n. 58; Laurent, t. 18, n. 29. — V. aussi Demolombe, t. 27, n. 371.

86. — Les deux conditions exigées par l'art. 1250-1° sont les seules à remplir. Ainsi l'art. 1250-1° n'exige pas l'indication de l'origine des deniers, à la différence de l'art. 1250-2°, concernant la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur. Jugé, en conséquence, que la subrogation consentie par le créancier à un tiers qui lui remet les fonds est valable sans qu'il y ait lieu de rechercher l'origine des deniers. — Cass., 26 avr. 1899, Joly, [S. et P. 1903.1.475, D. 99.1.371] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1526.

87. — La preuve de la subrogation s'administre dans les termes du droit commun. Ainsi, en matière commerciale, la preuve que la subrogation par le créancier au profit d'un tiers qui l'a payé a été stipulée d'une manière expresse et en même temps que le paiement, comme l'exige la loi, peut résulter soit de la correspondance et des livres des parties, soit d'un acte signé de ces dernières, quoique n'ayant pas date certaine. — Cass., 14 déc. 1858, précité. — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 282; Demolombe, t. 27, n. 378; Laurent, t. 18, n. 33; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 36; Huc, t. 8, n. 58; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1528, p. 587, note 1.

88. — Plus généralement, au cas de subrogation consentie par un commerçant à un autre commerçant, les juges peuvent puiser dans les faits et circonstances de la cause la preuve du paiement effectué par le subrogé au subrogeant du montant de sa créance, et celle de la concomitance de ce paiement avec la

subrogation. — Cass., 2 juin 1863, Vaussy, [S. 63.1.335, P. 63. 1075, D. 63.1.337]

89. — Même dans le cas où la subrogation et le paiement sont constatés par un seul acte, les tiers peuvent néanmoins contester la subrogation par ce motif qu'elle aurait été postérieure au paiement. Ils peuvent prouver cette postériorité en invoquant les termes mêmes de la quittance. — Cass., 30 juill. 1838, Génissieux, [S. 38.1.673, P. 38.2.303]; — 28 janv. 1845, Martineau, [S. 45.1.456, P. 45.1.656, D. 45.1.147] — Limoges, 27 nov. 1841, Dumont, [S. 42.2.298, P. 42.2.642] — Douai, 10 févr. 1853, Pilastre, [S. 53 2.305, P. 54.2.45, D. 54:2.199] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 283.

90. — Même lorsque la quittance est régulière, les tiers peuvent prouver l'antériorité du paiement à la subrogation par tous moyens et même par présomptions, car ils articulent une fraude. — Demolombe, t. 27, n. 388 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*

91. — Si les tiers prétendent que la subrogation n'a pu avoir lieu parce que dès avant le prétendu paiement avec subrogation la dette avait été éteinte d'une autre manière, sans d'ailleurs alléguer qu'il y ait eu à aucun moment fraude concertée, ils ne peuvent le prouver que par des écrits ayant date certaine avant la quittance subrogatoire. — Cass., 12 févr. 1840, Aumont, [S. 40. 1.529, P. 40.1.603]; — 31 janv. 1843, Génissieux, [S. 43.1.616, P. 43.2.204] — *Sic*, Aubry et Rau, *loc. cit.*

92. — En tout cas, le débiteur qui a accepté la subrogation faite par le créancier ne peut l'attaquer sous prétexte que la subrogation n'a pas eu lieu en même temps que le paiement. — Cass., 31 mai 1848, Collardeau, [S. 48.1.408, P. 48.2.534, D. 48. 1.209]

93. — La nullité de la subrogation pour défaut de simultanéité entre la subrogation et le paiement n'ouvre pas au subrogé d'action en garantie contre le subrogeant, une telle nullité venant d'un vice de forme et ne pouvant être imputée à aucune des parties. — Cass., 13 août 1855, Grasset, [S. 55.1.769, P. 56.1.113, D. 56.1.165]

94. — La subrogation consentie par le créancier se rapproche de la cession-transport. Néanmoins elles diffèrent profondément entre elles. Tandis, en effet, que le cessionnaire poursuit un but de spéculation, recherche un gain, le subrogé cherche plutôt à rendre un service ou à protéger ses intérêts. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1520 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 284. — V. *suprà*, v° *Cession de créances ou de droits incorporels*, n. 17 et s.

95. — De là on a conclu, notamment, que le notaire, auquel il est interdit de spéculer peut fort bien payer des créanciers et se faire subroger dans leurs droits. — Cass., 24 janv. 1853, Cutz, [S. 53.1.179, P. 53.1.525, D. 53.1.29] — Poitiers, 1er févr. 1897, [P. 98.2.155]

96. — En outre, dans la cession, il s'agit de la vente d'une créance, la somme versée au créancier l'est à titre de prix de vente et la créance continue de subsister. Le titulaire seul a changé. Dans la subrogation, au contraire, il y a libération du débiteur envers le créancier primitif. Les sommes que celui-ci reçoit lui sont versées à titre de paiement et la créance éteinte de fait ne survit que par suite d'une fiction légale au profit du subrogé. — Aubry et Rau, *loc. cit.;* Mourlon, p. 11 ; Colmet de Santerre, t. 5, 189 *bis*-VI et VII ; Laurent, t. 18, n. 11.

97. — Au point de vue des formalités à observer, la subrogation est réalisée à l'égard des tiers sans les formalités de l'art. 1690, C. civ. : elle n'a donc pas besoin, pour devenir efficace à leur égard, d'être signifiée au débiteur ou acceptée par ce dernier dans un acte authentique, même alors qu'il s'agit de subrogation consentie par le créancier. — Douai, 27 juill. 1857, Arnouts, [D. 58.2.51] — Amiens, 9 déc. 1872, Hérit. Théroine, [S. 72.2.62, P. 72.1058] — Paris, 12 mars 1888, [*Rev. du notar.*, n. 8002] — Poitiers, 18 déc. 1893, sous Cass., 30 oct. 1895, Amandy, [S. et P. 97.1.394] — *Sic*, Duranton, t. 12, n. 124, 125 et 127 ; Marcadé, sur l'art. 1250, n. 2; Gauthier, n. 84 et s., 134 et 165; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 431, § 563, note 3; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-X; Demolombe, t. 27, n. 329; De Folleville, p. 26; Mourlon, p. 15 et 249; Laurent, t. 18, n. 13; Huc, t. 8, n. 48; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 52. — *Contrà*, Dijon, 11 juill. 1889, Parent-Sigward, [S. 89.2.232, P. 89.1.1234, sous Cass., nov. 1891, [D. 92.1.504] — Delvincourt, t. 2, p. 559; Toullier, t. 7, n. 127, Duvergier, *Vente*, t. 2, n. 237. — V. Larombière, sur l'art. 1250, n. 39; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1249, n. 9. — V. toutefois, sur l'utilité pratique d'une telle notification, Aubry et Rau, *loc. cit.*; Larombière, sur l'art. 1250, n. 42.

98. — Néanmoins, lorsque le débiteur qui n'a pas été averti de la subrogation a payé de bonne foi le créancier originaire, le subrogé est sans droit pour exercer aucune action contre le débiteur. Il ne peut agir que contre le subrogeant. Aussi la prudence commande-t-elle au subrogé de faire notifier la subrogation au débiteur pour empêcher que celui-ci ou ses coobligés ne se libèrent entre les mains du créancier originaire. — Larombière, sur l'art. 1250, n. 39 ; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 53.

99. — Jugé, en ce sens, que le créancier subrogé au privilège du vendeur d'un objet mobilier, tel qu'un office, ne peut, en cas de revente de cet office, critiquer le paiement fait par le nouvel acquéreur aux créanciers auxquels le prix entier a été attribué par des jugements signifiés à cet acquéreur antérieurement à la signification que le créancier lui a faite de la quittance subrogative avec opposition sur le prix de vente. — Paris, 15 juill. 1856, Delamarre, [S. 57.2.433, P. 57.277, D. 57.2.121]

100. — D'un autre côté, lorsque la subrogation a été consentie pour une somme inférieure au montant de la créance, le subrogé ne peut réclamer du débiteur que ce qu'il a réellement déboursé, tandis qu'en pareille circonstance, la cession donne au cessionnaire le droit d'exiger de ce dernier le montant intégral de la créance cédée. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 285 ; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Subrogation de personnes*, § 1 ; Duranton, t. 12, n. 122 ; Mourlon, p. 13 ; Marcadé, sur l'art. 1250, n. 3 ; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-VIII.

101. — Le cédant d'une créance qui est, même au cas de stipulation de non-garantie, garant de l'existence de la créance, l'est également, à moins de convention contraire, de l'efficacité des privilèges et hypothèques attachés à la créance. En est-il de même au cas de subrogation? La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative et a décidé que le créancier qui consent une subrogation est tenu de plein droit à la garantie de l'existence de la créance comme le cessionnaire. — Cass., 4 févr. 1846, Forez-et-Bazart, [S. 46.1.97, P. 48.1.489, D. 46.1.49] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 164 ; Duvergier, *Vente*, t. 2, n. 287 ; Duranton, t. 12, n. 138; t. 16, n. 488; Poujol, *Obligations*, t. 2, p. 183.

102. — Il en est ainsi surtout lorsque le subrogeant a déclaré garantir que la créance était due et non payée. — Montpellier, 15 déc. 1847, Reyne, [S. 48.2.525, P. 48.1.489, D. 48.2. 29]

103. — Dans le système contraire, admis par la majorité de la doctrine, on décide qu'en cas de non-existence de la créance, le subrogé n'a qu'une action en répétition de l'indû qui ne donne droit aux intérêts et à la restitution des frais de la quittance que si le subrogeant a agi de mauvaise foi. Le cessionnaire agit au contraire par une véritable action en garantie qui lui permet de réclamer à un vendeur, même de bonne foi, les intérêts et les frais. — *Contrà*, Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n. 353 *bis;* Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, t. 2, n. 1248 ; Mourlon, p. 14, 152, 162; Demolombe, t. 27, n. 350 et 351 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 285, texte et notes 24 et 25; Laurent, t. 18, n. 14; Larombière, sur l'art. 1250, n. 27; Huc, t. 8, n. 49, et *Cession et transmission des créances*, t. 2, n. 580.

104. — En tout cas le créancier, qui déclare subroger, mais sans garantie, le tiers ayant payé pour le débiteur dans tous ses droits, et lui céder notamment son hypothèque attachée à la créance, n'est pas tenu de garantir l'existence et la validité de cette hypothèque, dès lors qu'une telle garantie est exclue par la convention. — Cass., 19 mars 1894, Raisin, [S. et P. 98.1. 318, D. 95.1.70]

105. — Et, alors même qu'il s'agirait d'une véritable cession, il appartiendrait aux juges du fond d'apprécier si, dans l'intention des parties, le cédant a assumé cette obligation de garantie ou en a été exonéré. — Même arrêt.

106. — Les juges du fond décident souverainement que c'est une subrogation sans aucune garantie, quant à l'hypothèque, que le créancier a consentie. — Même arrêt.

107. — Le cessionnaire partiel n'est pas primé par le cédant pour ce qui lui reste dû. Il en est autrement pour le subrogé en vertu de l'art. 1252, C. civ. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 286. — V. Huc, t. 8, n. 50.

108. — En cas de cession, le droit cédé se prescrit à l'égard du cessionnaire comme à l'égard du cédant. Au contraire, dans le paiement avec subrogation, si le débiteur paie avec des deniers empruntés, ou si un tiers paie ayant reçu mandat de lui, la prescription sera de trente ans à partir du prêt ou du paiement. La prescription ne sera celle de l'ancienne créance que si un tiers paie sans mandat. — V. Mourlon, p. 35; Huc, t. 8, n. 53.

109. — En cas de cession, le cessionnaire français d'une créance appartenant à un étranger peut user de l'art. 14, C. civ., et actionner le débiteur étranger devant les tribunaux français. Au contraire, il ne pourra pas user de l'art. 14, C. civ., s'il a été subrogé à un créancier étranger, car il n'agit pas en son nom propre. — Huc, t. 8, n. 55.

110. — Pour distinguer une subrogation d'une cession de transport, il faut s'attacher moins aux termes employés par les parties qu'à l'intention véritable du tiers qui a payé. Il y a notamment paiement avec subrogation et non avec cession de créance lorsqu'il résulte de toutes les circonstances de la cause que le tiers qui a payé aux lieu et place du débiteur a eu en vue, non l'avantage qu'il pourrait retirer de ce paiement, mais la sauvegarde des intérêts dudit débiteur. — Dijon, 18 juill. 1893, Chaillez, [D. 94.2.405] — *Sic*, Huc, t. 8, n. 53; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 286.

111. — En général, si la créance n'est pas exigible, on présumera que l'on agit pour spéculer, et il y a cession. Au contraire, si la créance est exigible, s'il y a poursuites commencées, on présumera plutôt une intervention dans l'intérêt du débiteur, et on dira qu'il y a paiement avec subrogation. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-VII; Aubry et Rau, *loc. cit.*

112. — La subrogation suppose un paiement régulier, et le subrogé, en cas d'offres réelles, ne peut y parvenir que si les offres sont faites au lieu déterminé par le titre de créance, et non si elles ont lieu au domicile du créancier. — V. *suprà*, v° *Offres réelles et consignation*, n. 223.

§ 2. *De la subrogation consentie par le débiteur.*

113. — La loi a autorisé le débiteur qui emprunte de l'argent pour payer sa dette et qui la paie effectivement avec les deniers empruntés à subroger le prêteur dans les droits du créancier. Cette subrogation, qui peut au point de vue des principes sembler étrange puisque le débiteur n'a pas le droit de céder la créance, tire son origine de notre ancien droit où elle avait été permise par édits royaux en matière de rentes constituées et étendue à toutes les hypothèses par arrêt du Parlement. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1530 et 1531; Planiol, t. 2, n. 484 et 485.

114. — D'après l'art. 1250, al. 2, C. civ., cette subrogation a lieu « lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire : que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier ».

115. — La subrogation conventionnelle de l'art. 1250-2° peut être faite non seulement par le débiteur lui-même, mais aussi par un créancier qui emprunte des deniers pour faire un paiement auquel se trouve attachée une subrogation légale. Dans cette hypothèse l'emprunteur peut subroger conventionnellement son prêteur dans l'effet de la subrogation légale qui doit résulter à son profit du paiement effectué au moyen des deniers empruntés. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 288; Larombière, sur l'art. 1250, n. 68; Demolombe, t. 27, n. 397. — V. cep. Laurent, t. 18, n. 41.

116. — Ainsi, le tiers détenteur, qui est en même temps créancier inscrit et qui paie un autre créancier inscrit qui lui est préférable est subrogé légalement dans les droits de ce dernier, alors même que son acte d'acquisition lui impose de payer son prix aux créanciers inscrits. On ne serait pas admis à prétendre qu'il s'est rendu par là débiteur direct des créanciers inscrits, et que, payant sa dette personnelle, il ne peut se prévaloir d'aucune subrogation. — Cass., 7 nov. 1854, Hauguel et Giguel, [S. 54.1.715, P. 55.1.561, D. 54.1.409]

117. — Par suite, s'il paie avec les deniers d'un tiers, il peut subroger conventionnellement ce tiers dans les droits auxquels il est lui-même légalement subrogé. — Même arrêt.

118. — La subrogation a lieu ordinairement après emprunt, mais rien n'empêche qu'elle ne puisse avoir lieu à la suite d'un autre acte, et par exemple à titre de dot, si les stipulations visées par l'art. 1250 y sont contenues. — Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 287, note 29; Demolombe, t. 22, n. 396; Huc, t. 8, n. 60; Mourlon, p. 326. — *Contrà*, Laurent, t. 18, n. 39.

119. — Les conditions exigées par la loi pour la validité de la subrogation sont les suivantes : 1° Il faut que le prêt ait été fait sous la condition de l'emploi des fonds au paiement d'une dette déterminée, et que cette condition soit mentionnée dans l'acte d'emprunt.

120. — Dans l'opinion générale, l'acte d'emprunt doit indiquer le montant de la dette. Est donc nulle la subrogation consentie par le débiteur, au profit du prêteur des deniers avec lesquels a été payé le créancier, lorsque l'acte de subrogation n'énonce pas d'une manière expresse le montant de la somme employée à ce paiement, et qu'il porte, par exemple, que les deniers prêtés ont en partie été touchés par le débiteur et ont, pour l'autre partie, servi à acquitter sa dette. — Nîmes, 21 mai 1860, Fabre-Lichaire, [S. 60.2.303, P. 61.486] — *Sic*, Gauthier, n. 63 *bis*; Demolombe, t. 27, n. 409; Laurent, t. 18, n. 47. — *Contrà*, Mourlon, p. 263.

121. — Il ne peut, d'ailleurs, être suppléé à l'insuffisance des énonciations de l'acte à cet égard, par des preuves prises en dehors de cet acte, et puisées, notamment, dans les livres de commerce du créancier. — Même arrêt.

122. — 2° Il faut, en second lieu, que le paiement soit fait avec les deniers empruntés et que ce fait soit constaté dans la quittance délivrée par le créancier.

123. — Si le débiteur a fait divers emprunts pour payer sa dette et si la quittance du créancier mentionne que le paiement a été fait à l'aide des deniers provenant de ces divers emprunts indistinctement la subrogation a lieu en faveur de tous les prêteurs dans la proportion de la somme avancée par chacun d'eux. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-XII; Demolombe, t. 27, n. 427; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 287, note 29 *bis*. — *Contrà*, Larombière, sur l'art. 1250, n. 76; Laurent, t. 18, n. 58.

124. — 3° Il faut que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire. Un acte sous seing privé enregistré ne satisferait pas aux exigences de la loi.

125. — Si l'art. 1250, al. 2, C. civ., relatif au débiteur qui emprunte des fonds pour se libérer en subrogeant le prêteur dans les droits du créancier, exige que l'existence des deux conditions de l'emploi des fonds au paiement de la dette et de la déclaration de l'origine des deniers au moment du paiement soit constatée au moyen d'actes notariés dans l'intérêt des tiers, la même disposition ne prescrit pas que le débiteur, agissant par un mandataire, donne à celui-ci une procuration en la forme authentique à l'effet d'emprunter et de payer avec subrogation, alors que sa situation hypothécaire ne doit pas être modifiée par la substitution d'un créancier à un autre créancier. — Cass., 5 août 1891, Violatoux, Burtin et autres, [S. et P. 92.1.57, et la note de M. Garsonnet, D. 92.1.217] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 290, note 33 *ter*; Demolombe, t. 27, n. 405; Laurent, t. 18, n. 43 et 44; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 60; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, p. 590, note 2. — *Contrà*, P. Pont, *Petits contrats*, t. 1, n. 865.

126. — Ainsi, il n'est pas besoin que les administrateurs d'une société anonyme aient été munis d'un mandat notarié les autorisant à opérer, au nom de la société, un paiement avec subrogation du prêteur de deniers dans les droits du créancier, alors que, d'une part, l'emprunt contracté auprès de ce prêteur était autorisé par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires; que, d'autre part, les administrateurs avaient le pouvoir de payer le créancier avec les fonds provenant de cet emprunt, et qu'enfin la subrogation, conséquence du paiement, a été sans influence sur la situation hypothécaire de la société. — Même arrêt.

127. — L'emprunt et le paiement peuvent être constatés par un seul et même acte authentique portant quittance. Jugé, en ce sens, qu'est valable la subrogation consentie par un débiteur au profit du tiers qui lui a prêté une somme pour payer son créancier, dès lors que le but de l'emprunt et l'emploi de la somme

prêtée sont consignés dans l'acte qui constate cette subrogation, et encore qu'il soit énoncé dans cet acte que, au moyen du paiement effectué, le débiteur s'est trouvé libéré envers le créancier et est devenu le débiteur du prêteur. — Cass., 9 nov. 1869, Deprats, [S. 70.1.63, P. 70.1.137, D. 70.1.167] — *Sic*, Laurent, t. 18, n. 46; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 292; Mourlon, p. 294; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1534; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 75; Planiol, t. 2, n. 488. — V. aussi Cass., 15 mars 1897, Benoit-Lévy, [S. et P. 98.1.229, D. 97.1.364]

128. — En résumé, pour qu'il y ait subrogation du prêteur de fonds aux droits et privilèges du créancier payé avec les deniers prêtés, il faut absolument que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, et constatent, l'un, que la somme a été empruntée pour faire le paiement, l'autre, que le paiement a été fait des deniers empruntés. — Cass., 14 nov. 1833, Kanokiob, [S. 33.1.828, P. chr.]; — 12 mars 1889, Xans, [S. 89.1.176, P. 89.1.406, D. 90.1.207]; — 15 mars 1897, précité; — Rouen, 21 mai 1852, Hubert, [S. 53.2.160, P. 54.1.575, D. 53.2.113] — Angers, 7 juill. 1897, Duval, [S. et P. 1900.2.249, D.1900.2.472] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 129; Marcadé, sur l'art. 1250, n. 4; Laurent, t. 18, n. 45; Demolombe, t. 27, n. 405 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 289 et 290; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 62; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1532.

129. — La seule déclaration, dans la quittance, que le paiement a été fait des deniers empruntés, serait insuffisante, alors même que le paiement serait effectué dès le lendemain de l'emprunt. — Toulouse, 31 mars 1832, Barthès, [S. 32.2.540, P. chr.]

130. — Il n'est pas besoin que la subrogation par le débiteur soit, comme la subrogation par le créancier, stipulée en termes formels. La double déclaration prescrite par le second paragraphe de l'art. 1250 suffit à produire l'effet subrogatoire. — Duranton, t. 12, n. 133; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 292; Toullier, t. 7, n. 129; Demolombe, t. 27, n. 413; Laurent, t. 18, n. 52; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1535; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 58; Larombière, sur l'art. 1250, n. 66; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-VI; Planiol, *loc. cit.*; Mourlon, p. 260 et s.

131. — La double déclaration d'origine et d'emploi des deniers est généralement faite par les débiteurs. Il n'y aurait cependant pas nullité si la destination des fonds était indiquée par le prêteur dans l'acte de prêt, ou l'origine des deniers par le créancier dans l'acte de quittance. Décidé en ce sens que, pour faire opérer la subrogation autorisée par le deuxième alinéa de l'art. 1250, il n'est pas nécessaire que le débiteur soit présent à la quittance et qu'il déclare lui-même l'origine des deniers avec lesquels il paie; il suffit que le créancier, en recevant ce qui lui est dû, reconnaisse que les deniers proviennent de l'emprunt fait pour le payer. — Orléans, 14 août 1846, Mandreville, [P. 47.2.347, D. 46.2.72] — *Sic*, Gauthier, n. 166; Demolombe, t. 27, n. 410; Laurent, t. 18, n. 49; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 292; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-XI; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1533; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 84.

132. — La subrogation se produit donc que les deniers aient été remis au créancier par le débiteur ou par le prêteur au nom de celui-ci. — Mourlon, n. 290; Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 292.

133. — On s'est demandé si l'emprunt et le paiement devaient avoir lieu en présence du notaire, de telle sorte que celui-ci devait les constater immédiatement. Dans un premier système on décide que les actes notariés, doivent être dressés au moment même de l'emprunt et du paiement, de telle sorte que la subrogation serait inefficace si la preuve de l'antériorité soit de l'emprunt, soit du paiement, résultait expressément ou implicitement des termes des actes notariés. Complétant les dispositions de la loi en recherchant le but qu'elle s'est proposé, les partisans de ce système déclarent que le législateur a voulu empêcher que, par des déclarations inexactes, soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au paiement, on pût établir une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt et qui serait devenue impossible par un paiement pur et simple, et que ce but serait manqué si des déclarations faites après coup devaient être considérées comme établissant, d'une manière suffisante, la destination des fonds empruntés ou leur emploi au paiement de la dette. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 563, p. 434, note 9; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 290 et 291, texte et note 34; Gauthier, n. 168.

134. — Il a été décidé en ce sens, qu'il ne suffirait pas que les parties déclarassent, par acte devant notaire, un emprunt et un paiement antérieurs. — Rouen, 21 mai 1852, précité.

135. — Il ne suffirait même pas que la destination et l'emploi des fonds empruntés fussent certains aux yeux des juges. — Cass., 14 nov. 1833, précité.

136. — La subrogation consentie par le débiteur est donc nulle lorsque la quittance délivrée par le créancier porte la mention que le paiement avait été fait à une époque antérieure. — Orléans, 3 avr. 1851, [illegible], [S. 51.2.555, P. 51.1.431, D. 51.2.66] — Douai, 10 févr. 1853, Pilastre, [S. 53.2.305, P. 54.2.[illegible], D. 54.2.199]

137. — En d'autres termes, pour la validité de la subrogation, il faut que la quittance du créancier, contenant la déclaration de l'origine des deniers, ait été délivrée au moment même du paiement : la subrogation est nulle et sans effet si la date de cette quittance est postérieure au jour du paiement. — Orléans, 10 janv. 1850, Chaussidier, [S. 51.2.4, D. 51.2.124)

138. — Dans une autre opinion qui est celle de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence la plus récente, il n'est pas nécessaire que l'emprunt et le paiement aient lieu en présence du notaire, de sorte que ces deux opérations pourraient être valablement constatées par des actes passés après coup. La loi prescrit bien que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, mais elle ne demande pas que ces deux actes soient dressés au moment même où ils sont accomplis. Ce serait ajouter à ses prescriptions que d'exiger cette dernière condition, et cela serait d'autant moins rationnel que l'art. 1250-2° admettant une simple déclaration faite au moment du paiement comme établissant suffisamment l'identité des deniers qui ont servi à l'effectuer avec ceux qui ont fait l'objet de l'emprunt, on ne verrait pas pourquoi on ne se contenterait pas d'une pareille déclaration à l'effet d'établir que la somme empruntée l'a été pour le paiement de la dette et que le paiement a été fait avec indication de l'origine des deniers. — Mourlon, p. 280 et s.; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-IX; Larombière, sur l'art. 1250, n. 78; Demolombe, t. 27, n. 415; Laurent, t. 18, n. 53; Huc, t. 8, n. 64; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1536; Duranton, t. 12, n. 136; Grenier, *Hypoth.*, t. 2, p. 393; Troplong, *Privil. et Hypoth.*, t. 1, n. 232; Merlin, *Rép.*, v° *Subrogat. de personnes*, § 8, n. 2; Vigié, t. 2, n. 1552.

139. — Décidé, dans le sens de cette opinion, que la subrogation consentie par un emprunteur au profit du prêteur peut être déclarée valable, bien que l'acte notarié qui la renferme et qui contient obligation de la part de l'emprunteur, mentionne que l'emprunt a eu lieu à une date antérieure, s'il est d'ailleurs constant que l'emprunt et l'obligation ne forment qu'un seul et même contrat. — Cass., 14 févr. 1865, Poisson, [S. 65.1.190, P. 65.431, D. 65.1.254]

140. — A cet égard, l'appréciation des juges du fond est souveraine. — Même arrêt.

141. — De même il y a subrogation valable au profit de celui qui a prêté des deniers pour faire un paiement, bien qu'il n'ait point été dressé acte du prêt, constatant que les deniers étaient empruntés pour effectuer ce paiement, si d'ailleurs cette déclaration a eu lieu ultérieurement, dans la quittance authentique donnée en présence du prêteur par le créancier payé. — Cass., 15 févr. 1832, Verdier, [S. 32.1.792, P. chr.]

142. — Il n'importe ni que les deniers prêtés aient été remis à l'emprunteur antérieurement à la signature de l'acte d'emprunt, lorsque, d'ailleurs, cette remise a été le fait du notaire rédacteur de l'acte, et non du prêteur, et lorsque l'emprunt et l'acte qui l'établit ne forment qu'un seul et même contrat... — Cass., 15 mars 1897, Benoît Lévy, [S. et P. 98.1.229, D. 97.1.364]

143. — ... Ni que les fonds aient été remis, avant la signature de la quittance, au notaire du débiteur subrogeant, cette remise n'ayant eu lieu qu'à titre de consignation provisoire et en vue de la subrogation convenue entre le prêteur et l'emprunteur. — Même arrêt.

144. — ... Jugé, également, que lorsque la cession (équivalente à emprunt, dans l'espèce) et la quittance de paiement avec subrogation, bien que constatées par des actes distincts, ont cependant eu lieu le même jour, devant le même notaire, les

juges peuvent, sans violer aucune loi, considérer ces deux actes comme n'en faisant qu'un seul, par lequel le débiteur a entendu donner à celui qui paie pour lui la double garantie d'un gage, sous la forme de la cession d'une créance et d'une subrogation. — Cass., 16 nov. 1841, Legrand, [S. 41.1.826, P. 41.2.629]

145. — On admet même que l'acte notarié relatif à l'emprunt, et contenant déclaration de la destination des deniers, peut être rédigé avant la réalisation de l'emprunt. Il en serait ainsi, si l'emprunt avait la forme d'une ouverture de crédit : dans ce cas, il serait suffisant que l'acte d'ouverture de crédit fût constaté par acte authentique, et les versements de fonds pourraient être constatés par acte sous seing privé. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 292; Demolombe, t. 27, n. 416; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1537; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 72.

146. — Ainsi jugé que la subrogation consentie par le débiteur au profit du tiers qui lui prête une somme pour payer son créancier, est valable, bien que la somme prêtée n'ait été remise au débiteur que postérieurement à l'acte public d'emprunt, et que le versement en ses mains n'en soit constaté que par une quittance sous seing privé. — Cass., 28 avr. 1863, Ripert, [S. 63.1.289, P. 64.579, D. 63.1.329] — Nîmes, 29 janv. 1861, Richoux-Lenoir, [S. 62.2.433, P. 63.82, D. 63.2.21]

147. — Il en est ainsi, alors que, d'ailleurs, aucun soupçon de fraude ne s'élève ni contre le débiteur, ni contre le prêteur. — Mêmes arrêts.

148. — Les partisans des deux systèmes sont d'accord pour reconnaître qu'il n'est pas indispensable que l'emprunt et le paiement aient lieu au même moment. Jugé, en ce sens, qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité de la subrogation consentie par le débiteur dans les termes de l'art. 1250-2°, C. civ., que le paiement et la subrogation soient simultanés. — Angers, 7 juill. 1897, Duval, [S. et P. 1900.2 249, D. 1900.2.472] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 292, texte et note 40; Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 8, n. 2; Duranton, t. 12, n. 136; Toullier, t. 7, n. 132; Grenier, *Hyp.*, t. 2, n. 393; Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. 1, n. 232; Laurent, t. 18, n. 56; Mourlon, p. 274 et s.; Gauthier, n. 171; Demolombe, t. 27, n. 423 et 424; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-X; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 76.

149. — En tout cas, le versement fait aux mains du trésorier-payeur général, par un débiteur du Crédit foncier de France, ne constituant qu'un paiement provisoire ou un dépôt, qui n'est pas de nature à éteindre la dette, si le trésorier-payeur général n'avait pas, au moment où s'opérait ce versement, qualité pour donner une quittance définitive, et si le trésorier-payeur général a prévenu le débiteur qu'il lui serait ultérieurement donné quittance définitive, à supposer même que, comme condition de la subrogation conventionnelle par le débiteur aux droits du créancier, la loi exige la simultanéité du paiement et de la quittance subrogatoire, on ne peut arguer contre cette subrogation de l'antériorité du paiement provisoire fait au trésorier-payeur général. — Même arrêt.

150. — Jugé encore que la subrogation aux droits du créancier, consentie par le débiteur au profit de celui qui lui prête les deniers destinés à l'acquittement de sa dette, n'est pas nécessairement nulle et sans effet, par cela seul que le versement de ces deniers entre les mains du créancier n'a pas eu lieu immédiatement après la réalisation de l'emprunt. — Paris, 30 juin 1853, Chana, [S. 53.2.481, P. 53.2.333, D. 54.2.108] — Orléans, 12 juill. 1854, Linois, [S. 54.2.561, P. 56.1.185]

151. — Bien, d'une part, qu'il se soit écoulé un espace de temps plus ou moins long entre ces deux actes, la subrogation n'en doit pas moins être déclarée valable, si les juges reconnaissent comme certain que le paiement de la dette a été réellement fait avec les deniers empruntés. — Mêmes arrêts.

152. — Mais, d'autre part, les juges peuvent déclarer, eu égard à l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre les deux opérations et aux autres circonstances de la cause, que le paiement n'a pas eu lieu réellement avec les espèces fournies par le prêteur, et, par suite, déclarer nulle la subrogation. — Cass., 16 mars 1852, Naudin, [S. 52.1.636, P. 52.2.129, D. 52.1.102] — Orléans, 3 avr. 1851, Naudin, [S. 51.2.555, P. 51.1.431, D. 51.2.66] — *Sic*, Aubry et Rau, *loc. cit.*; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 78.

153. — Jugé, quant à la fixation de l'époque où ont été consommés les actes constitutifs de la subrogation, que lorsqu'un créancier ne reçoit son remboursement de la part du débiteur que sous la condition de lui remettre une procuration en blanc, afin d'effectuer un transport avec subrogation au profit du tiers qui a fourni les fonds pour payer, et que le remboursement du créancier n'est pas alors constaté par un acte écrit, ce remboursement est réputé n'avoir été opéré que du jour même du transport, malgré toutes présomptions qui tendraient à établir qu'il a eu lieu antérieurement. — Cass., 12 févr. 1840, Aumont, [S. 40.1.529, P. 40.1.603]

154. — En conséquence, et encore bien que la cession avec subrogation n'ait été effectuée qu'à une époque de beaucoup postérieure au paiement réel, la caution obligée par l'effet de cette subrogation n'a aucun recours à exercer contre le cédant, sous prétexte que, par son fait, elle se trouverait obligée au paiement d'une dette éteinte. — Même arrêt.

155. — S'il y avait fausse déclaration sur l'origine des deniers, donc fraude à l'égard des tiers, ceux-ci pourraient prouver cette fraude par tous les moyens, même par de simples présomptions. — Cass., 16 mars 1852, précité. — Orléans, 3 avr. 1851, précité. — *Sic*, Aubry et Rau, t. 4, § 321, p. 293; Demolombe, t. 27, n. 425; Laurent, t. 18, n. 57; Toullier, t. 7, n. 132; Mourlon, p. 274 et s.

156. — Les conditions requises en matière civile pour la subrogation de l'art. 1250-2°, le sont également en matière commerciale. Il en est ainsi notamment de la nécessité d'actes notariés. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1539; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 290, note 33 *ter*.

157. — Jugé cependant que si, en matière commerciale, on peut admettre à la rigueur que la subrogation de l'art. 1250, C. civ., n'a pas besoin d'être constatée par acte authentique, néanmoins les parties doivent faire les déclarations prescrites par la loi et notamment constater que le paiement est fait avec subrogation. — Alger, 23 févr. 1892, Lemosson, [D. 93.2.544] — *Contrà*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 290, note 33 *ter*.

158. — La subrogation consentie par le débiteur s'opère sans le concours du créancier. Mais la subrogation consentie par le débiteur au profit du tiers qui lui prête une somme pour payer son créancier ne doit point être considérée comme émanant du créancier lui-même, et comme étant dès lors régie par le 1° de l'art. 1250, C. civ., et non par le 2° de cet article, encore bien que le créancier ait concouru à l'acte contenant cette subrogation. — Nîmes, 29 janv. 1861, Richoux-Lenoir, [S. 62.2.433, P. 63.82, D. 63.2.21] — *Sic*, Gauthier, n. 167; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 278, note 4; Larombière, sur l'art. 1250, n. 7; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 57.

159. — Le concours du créancier n'aurait d'ailleurs aucune influence sur les effets de la subrogation. Ainsi le créancier qui est remboursé de sa créance par son débiteur au moyen de deniers prêtés par un tiers n'est tenu à aucune garantie vis-à-vis de ce tiers qui est subrogé en ses droits et actions par application de l'art. 1250-2°, C. civ., alors même que lors du paiement il a déclaré le subroger, surtout s'il a déclaré le subroger sans garantie ni restitution de deniers. — Lyon, 24 nov. 1896, sous Cass., 12 déc. 1898, Berthet, [D. 99.1.345] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 287, note 29 *ter*.

160. — Bien que le concours du créancier soit inutile, celui-ci doit recevoir le paiement et donner une quittance conforme aux dispositions de la loi. Si le créancier refuse de recevoir le paiement ou d'insérer la déclaration d'origine des deniers dans la quittance, le débiteur devra lui faire des offres réelles et consigner. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1540; Huc, t. 8, n. 63; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-XIII; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 293; Planiol, t. 2, n. 489.

161. — Les offres réelles pourraient même être faites à la requête du prêteur de deniers. — Cass., 11 juill. 1843, Villa, [S. 44.1.379, P. 44.1.542] — *Sic*, Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, t. 27, n. 430; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, p. 593, note 3; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 85.

162. — Lorsque le créancier accepte les offres réelles, le procès-verbal de réception dressé par l'huissier équivaut à l'acte notarié, s'il contient la déclaration de l'origine des deniers. — Demolombe, t. 27, n. 429, *in fine*; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, p. 593, note 4.

163. — Le débiteur qui consigne doit, pour subroger aux droits du créancier le tiers qui fournit les deniers consignés, faire porter sur la quittance délivrée par le receveur des consignations les énonciations que la loi exige dans la quittance no-

tariée en vertu de laquelle s'opère la subrogation. — Toullier, t. 7, n. 128; Duranton, t. 12, n. 131; Merlin, *Rép.*, v° *Consignation*, n. 13; Delvincourt, t. 2, p. 559; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-XIII; Gauthier, n. 176; Larombière, sur l'art. 1250, n. 73; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 293; Demolombe, t. 26, n. 429; Laurent, t. 18, n. 59; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 86.

164. — A cet égard l'art. 12, Ord. 3 juill. 1816, relative à la Caisse des dépôts et consignations, est ainsi conçu : « Dans le cas où les deniers consignés proviendraient d'un emprunt et qu'il y aurait lieu à opérer une subrogation en faveur du prêteur, il sera fait mention expresse de la déclaration faite par le déposant, conformément à l'art. 1250, C. civ., laquelle produira le même effet de subrogation que si elle était passée devant notaire ».

165. — C'est uniquement en faveur des tiers et en vue de prévenir les fraudes à l'aide desquelles un débiteur de mauvaise foi, dont la dette aurait été déjà payée, essaierait, pour se procurer des fonds, de faire revivre, au profit de nouveaux prêteurs et au préjudice des créanciers intermédiaires, les privilèges et hypothèques qui étaient attachés à la créance éteinte, que la loi a assujetti la subrogation de l'art. 1250-2° à différentes conditions nécessaires pour en assurer l'effet. — Demolombe, t. 27, n. 405 et s.; Laurent, t. 18, n. 38, 43 et 44; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 1048; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 290, texte et note 33 *bis*; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1250, n. 56; Colmet de Santerre, t. 5, n. 191 *bis*-VI et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1538.

166. — En conséquence, les parties à un acte contenant subrogation ne peuvent demander la nullité de la convention qui est leur loi, en invoquant l'omission des formalités prescrites par l'art. 1250, § 2, C. civ., ces formalités ayant uniquement pour but de constater l'origine des deniers au regard des tiers, afin de leur rendre opposable la subrogation convenue entre les parties. — Cass., 11 janv. 1893, Leynaud, [S. et P. 94.1.12, D. 95.1.179]

Section II.

De la subrogation légale.

167. — La subrogation légale est celle qui s'opère de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi. Elle se produit dans quatre cas énumérés par l'art. 1251.

168. — Il faut remarquer, à l'égard des divers cas de subrogation légale, que la subrogation est une fiction et que, par suite, les dispositions législatives qui l'établissent doivent être nterprétées restrictivement. Ainsi, de ce que dans les divers cas énumérés par l'art. 1251, la subrogation est accordée à celui qui avait intérêt à faire le paiement qu'il a effectué pour un tiers il ne faut pas conclure que la subrogation légale doive être étendue à toute personne qui, étant intéressée à l'acquittement de la dette, exécute l'obligation. — Baudry-Lacantinerie et Barde, . 2, n. 1541.

§ 1. *Subrogation au profit de celui qui paie un créancier qui lui est préférable.*

169. — D'après l'art. 1251 la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques.

170. — Si la subrogation, en général, est instituée principalement dans l'intérêt du débiteur, il n'en est pas ainsi dans le cas réglé par l'art. 1251-1°, C. civ. La subrogation n'améliore alors en rien la condition du débiteur; mais le créancier qui paie en passant à un rang préférable, devient ou tend à devenir maître d'une situation supposée obérée. Il pourra, notamment, choisir le moment favorable pour provoquer la liquidation des biens du débiteur; il pourra aussi, en abaissant le nombre des créanciers hypothécaires, éviter la dispendieuse procédure de l'ordre. C'est là, du reste, le seul intérêt que la subrogation présente au subrogé; pour sa créance personnelle, il ne saurait prétendre, par le seul effet de la subrogation, à une collocation autre que celle qui lui était assurée par son rang originaire. — Demolombe, t. 27, n. 449 et s.; Laurent, t. 18, n. 67; Colmet de Santerre, t. 5, n. 193 *bis*-I; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 1 et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1542; Planiol, t. 2, n. 493.

171. — Jugé que le créancier hypothécaire qui, en payant un autre créancier d'un rang antérieur, se trouve subrogé aux droits de celui-ci, peut, en cette qualité, exercer ses droits comme et de la manière que bon lui semble, en vue d'assurer le recouvrement de sa créance personnelle. — Grenoble, 26 mai 1855, De Saint-Laurent, [S. 55.2.508, P. 56.1.15, D. 56.2.105]

172. — Ainsi, notamment, ce créancier peut renoncer au bénéfice de la collocation provisoire faite au profit du créancier auquel il est subrogé, afin de venir en rang utile pour sa créance personnelle, sauf à exercer ensuite les autres droits attachés à la créance subrogée. — Même arrêt.

173. — De même, le créancier hypothécaire qui, en payant un créancier antérieur à la requête duquel l'immeuble hypothéqué avait été frappé de saisie, a été subrogé aux droits de celui-ci et aux poursuites par lui commencées, a le droit, en sa double qualité de créancier subrogé et de créancier inscrit, de continuer les poursuites pour avoir paiement, non seulement de la créance qu'il a remboursée, mais encore de celle qui lui est propre; de telle sorte que les offres réelles qui lui sont faites pour le désintéresser et obtenir mainlevée de la saisie sont insuffisantes et inopérantes, si elles ne comprennent que la créance du premier saisissant à laquelle il a été subrogé. — Cass., 4 nov. 1868, Lévy et Tavernier, [S. 69.1.25, P. 69.28, D. 68.1.469]

174. — La subrogation légale qui s'opère, aux termes de l'art. 1251-1°, au profit du créancier qui paie de ses deniers un autre créancier qui lui est préférable, n'équivaut pas à un transport que le créancier payé ferait de sa créance à celui qui la paie, encore bien que l'acte par lequel le créancier payé reconnaît avoir reçu le montant de sa créance contienne surabondamment la stipulation d'une subrogation. — Cass., 24 déc. 1839, Ledru, [S. 40.1.181, P. 40.1.38]; — 27 juin 1842, Seillère, [S. 42.1.698, P. 42.2.190]

175. — La subrogation de l'art. 1251-1°, étant une concession de faveur résultant de la loi, il n'est permis ni de l'étendre, ni de la restreindre. — Douai, 11 avr. 1892, Lozé, [D. 92.2.565] — *Sic*, Fuzier-Herman et Griffond, *C. civ. ann.*, *Suppl.*, sur l'art. 1251, n. 1; Huc, t. 8, n. 66.

176. — Ainsi, les termes de l'art. 1251-1°, C. civ., instituant la subrogation seulement pour le cas de substitution d'un créancier à un autre créancier d'un rang préférable, il résulte qu'elle ne s'opérerait pas de plein droit si un créancier payait un autre créancier d'un rang inférieur ou même égal au sien. — Toullier, t. 7, n. 141; Duranton, t. 12, n. 142; Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. 1, n. 357; Gauthier, n. 221; Colmet de Santerre, t. 5, n. 193 *bis*-II; Demolombe, t. 27, n. 460 et 461; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 295, note 47; Laurent, t. 18, n. 70; Larombière, sur l'art. 1251, n. 6 et 7; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1544; Huc, t. 8, n. 67; Planiol, t. 2, n. 494; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 9.

177. — Le bénéfice de la subrogation légale établie par l'art. 1251, C. civ., en faveur de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, peut être réclamé aussi bien par un créancier simplement chirographaire, que par un créancier hypothécaire. — Douai, 20 nov. 1839, Parmentier, [S. 40.2.214, P. 40.1.19] — Caen, 26 nov. 1870, Juin, [S. 71.2.263, P. 71.841, D. 73.2.181] — Bordeaux, 3 mai 1887, [*J. des arrêts de Bordeaux*, 1887, p. 408] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 3, n. 3; Toullier, t. 7, n. 140; Delvincourt, t. 2, p. 773; Duranton, t. 12, n. 135; Troplong, *Priv. et Hyp.*, t. 1, n. 356; Mourlon, n. 356 et s.; Demolombe, t. 27, n. 458; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 434, § 563, note 13; Marcadé, sur l'art. 1251, n. 2; Colmet de Santerre, t. 5, n. 193 *bis*-III; Larombière, sur l'art. 1251, n. 5; Gauthier, *Subrogation*, n. 223; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 294, texte et note 45; Laurent, t. 18, n. 69; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 10 et *Suppl.*, sur le même art., n. 2; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1542; Planiol, *loc. cit.*; Huc, t. 8, n. 67. — *Contrà*, Renusson, *Tr. de la subrog.*, chap. 4, n. 14; Dumoulin, *De usuris*, n. 176; Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 6; Basnage, chap. 15, p. 354; Pothier, *Introd. au titre XX de la coutume d'Orléans*, n. 71; Grenier, *Hypoth.*, t. 1, n. 91; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes*, t. 2, n. 2.

178. — Jugé à cet égard que le créancier privilégié sur certains meubles, dans l'espèce pour frais de culture, qui, par des

raisons d'humanité et d'ordre public, a laissé payer avant lui des gens de service qui n'ont que le privilège général accordé par l'art. 2101, § 4, C. civ., peut revendiquer le bénéfice de la subrogation légale dans le privilège que ceux-ci auraient exercé à l'encontre des créanciers hypothécaires, s'ils n'avaient pas été désintéressés en ses lieu et place. — Cass., 15 mars 1875, D'Ambelle de Peindray, [S. 75.1.311, P. 75.741, D. 75.1.273] — Bordeaux, 31 déc. 1878, D'Ambelle de Peindray, [S. 79.2.144, P. 79.603, D. 79.2.246]

179. — Mais, tout au moins, faut-il que celui qui paie soit réellement créancier. Or, le tiers saisi n'est pas un créancier du saisi. Le tiers saisi qui, faute de faire sa déclaration affirmative, a été déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie, et a été contraint par suite d'en payer le montant, n'est donc pas subrogé légalement au droit du saisissant, notamment dans ses droits hypothécaires. — Metz, 8 mars 1826, Bénissein, [S. et P. chr.] — *Sic*, sur le principe, Planiol, t. 2, n. 494.

180. — Il ne peut dès lors se prévaloir de l'hypothèque du saisissant pour former surenchère au cas de vente des biens hypothéqués à la créance par lui payée. — Même arrêt.

181. — Jugé, dans le même sens, que les deniers de la faillite ne sont pas la propriété de la masse, mais demeurent celle du failli, qui est seulement dessaisi de l'administration de ses biens. Par suite, lorsque le syndic, représentant à la fois du failli et de ses créanciers, emploie, au nom de la masse, les deniers de la faillite à l'acquit de dettes privilégiées que, dans un intérêt commun, il peut être utile d'éteindre de préférence à d'autres, ce paiement étant en réalité fait par le failli et non par la masse, cette dernière ne peut se prétendre subrogée légalement, en vertu de l'art. 1251, C. civ., al. 1, dans les droits du créancier privilégié qui a été désintéressé, et, en vertu de cette subrogation, former au nom de celui-ci tierce opposition au jugement qui assure à un autre créancier un autre privilège. — Cass., 30 mars 1875, Syndic. Sassiat, [S. 75.1.341, P. 75.839, D. 75.1.353] — Rennes, 2 janv. 1880, Ollivier et Bouvier, [S. 82.2.190, P. 82.1.972, D. 81.2.130] — *Sic*, Massé, *Dr. comm.*, t. 4, n. 2159; Alauzet, *Comment. du Code de commerce*, t. 6, n. 2786; Laroque-Sayssinel, *Faillites*, sous l'art. 554, n. 5, et sous l'art. 555, n. 5; Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dict. du content. comm. et industr.*, v° *Faillite*, n. 1304; Aubry et Rau, 5° édit., t. 4, § 321, p. 294, note 44 *bis;* Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 13; Bravard-Veyrières et Demangeat, v° *Faillite*, p. 551, note 1.

182. — Il en est ainsi surtout lorsque le syndic a fait radier l'inscription du privilège. — Rennes, 2 janv. 1880, précité.

183. — A plus forte raison, les paiements faits à des créanciers hypothécaires, immédiatement avant la déclaration de faillite du débiteur commun, ne peuvent-ils donner lieu à une subrogation en faveur de la masse chirographaire, quand même ils auraient été faits par le liquidateur proposé, en dehors d'une cession de biens régulière, par le débiteur à ses créanciers. — Caen, 16 mars 1880, Holzmann, [S. 80.2.209, P. 80.816]

184. — La subrogation peut s'opérer entre créanciers ayant un même gage, bien que leurs débiteurs soient différents : tel serait le cas de créances hypothécaires, assises sur un immeuble qui aurait été hypothéqué par plusieurs détenteurs successifs. — Demolombe, t. 27, n. 457; Larombière, sur l'art. 1251, n. 8; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1543.

185. — Le créancier doit rembourser de ses deniers le créancier qui lui est préférable et à qui il veut être subrogé. — Cass., 15 juin 1820, Moissonnier, [S. et P. chr.] — Lyon, 19 févr. 1896, sous Cass., 21 mai 1901, Jolly, [D. 1901.1.321, et la note de M. Sarrut] — *Sic*, Aubry, et Rau, 5° éd., t. 4, § 321, p. 294; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 28 et s., et *Suppl.*, sur le même art., n. 11; Demolombe, t. 27, n. 470; Grenier, *Hyp.*, t. 1, n. 179; Troplong, *Privil. et Hyp.*, t. 3, n. 758; Larombière, sur l'art. 1251, n. 12; Laurent, t. 18, n. 77.

186. — Il n'y a donc pas subrogation si le paiement a été effectué seulement au moyen du prix en distribution, lequel appartient au débiteur tant qu'il n'a pas été distribué à chacun des créanciers colloqués d'une manière définitive. — Nîmes, 24 févr. 1845, Valat, [S. 46.2.253, P. 48.2.8]

187. — Ainsi, des créanciers hypothécaires derniers colloqués dans l'ordre, sur lesquels les fonds ont manqué uniquement parce que ces fonds ont dû être employés d'abord à payer intégralement des créances qui leur étaient préférables, mais dont leur débiteur n'était tenu que solidairement avec d'autres coobligés, ne sont pas pour cela subrogés légalement aux droits et actions qui appartiennent à leur débiteur contre ses coobligés dont il a acquitté la dette. — Bourges, 31 janv. 1852, Charles, [S. 53.2.135, P. 52.1.146, D. 52.5.193]

188. — Cette subrogation ne saurait non plus résulter d'une clause qui aurait été introduite par le juge commis à l'ordre dans son procès-verbal de clôture, et par laquelle il aurait déclaré expressément qu'il réservait à ces créanciers un recours contre les coobligés de leur débiteur. — Même arrêt.

189. — En conséquence, ce débiteur a pu subroger lui-même, par une convention expresse, un tiers à ses droits, lequel doit seul être admis, à l'exclusion des créanciers non payés, à agir de ce chef contre les coobligés de son cédant. — Même arrêt.

190. — Spécialement encore, un créancier à hypothèque spéciale qui se trouve primé, dans une distribution, par un créancier à hypothèque générale, ne peut arguer de ce que celui-ci aurait été payé avec les deniers provenant de la vente de l'immeuble affecté à l'hypothèque spéciale, pour se prétendre subrogé dans l'hypothèque générale. — Rouen, 15 janv. 1839, Lanne, [S. 39.2.235] — *Sic*, Grenier, *loc. cit.;* Troplong, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.;* Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 32. — *Contrà*, Tarrible, *Rép.* (de Merlin), v° *Transcription*, § 6, n. 5.

191. — Jugé encore que le mari qui a payé, au moyen d'une créance commune à lui et à sa femme, le prix d'une acquisition faite par sa femme, n'est pas subrogé au privilège du vendeur. — Lyon, 19 févr. 1896, précité. — V. Poitiers, 25 mai 1898, Girard-Molisson, [D. 99.2.61]

192. — Mais il importerait peu que le créancier se fût procuré par un emprunt les deniers ayant servi au paiement. — Douai, 30 juill. 1877, [*Jurispr. Douai*, 77.265] — Lyon, 6 févr. 1890, De la Jonquière, [D. 91.2.377] — *Sic*, Mourlon, p. 375; Demolombe, t. 27, n. 469; Laurent, t 18, n. 78; Huc, t. 8, n. 67; Aubry et Rau, 5° éd., t. 4, § 321, p. 294, note 46; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 34, et *Suppl.*, n. 13; Gauthier, n. 230.

193. — Ainsi, la subrogation légale du créancier qui paie un autre créancier préférable a lieu dans les termes du 1° de notre article, bien que le paiement soit fait avec des deniers prêtés par un tiers, et que, par une cession postérieure, les droits attachés à la créance étant transmis au tiers prêteur des deniers, la subrogation profite à ce tiers et non au créancier. — Cass., 22 déc. 1846, De Maumigny, [S. 47.1.86, P. 47.1.257, D. 47.1.5]

194. — Les causes de préférence indiquées au texte le sont limitativement, et pour qu'un créancier pût être subrogé à un autre qu'il désintéresse, il ne suffirait pas que ce dernier lui fût préférable en vertu, par exemple, d'un droit de résolution, de rétention, d'antichrèse, en un mot, de quelqu'avantage qui soit attaché à sa créance, en dehors des privilèges et hypothèques. — Demolombe, t. 27, n. 462 et s.; Mourlon, p. 358; Larombière, sur l'art. 1251, n. 1 et s.; Aubry et Rau, 5° éd., t. 4, § 321, p. 295 et 296; Laurent, t. 18, n. 72 et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1545 et 1546; Huc, t. 8, n. 67; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 16. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 1251, n. 1; Gauthier, n. 222 *bis;* Planiol, t. 2, p. 155, note 1; Lacoste, note sous Cass., 28 févr. 1894, [S. et P. 95.1.321]

195. — Il n'y a donc lieu, en vertu du premier alinéa de notre article, qu'à subrogation dans les privilèges et hypothèques attachés à la créance première en rang. — Spécialement, la subrogation légale opérée au profit du créancier qui a payé un autre créancier ayant contre le débiteur commun une action résolutoire, ne comprend pas cette action résolutoire, laquelle ne passe pas au créancier subrogé. — Cass., 3 juill. 1854, De Chazournes, [S. 54.1.423, P. 55.2.455]; — 4 mars 1901, [*Gaz. des Trib.*, 22 juill. 1901] — *Sic*, Demolombe, t. 27, n. 463.

196. — Par suite, le créancier qui veut acquérir la subrogation ne peut subordonner le paiement par lui offert au créancier ayant l'action résolutoire à la condition qu'il sera subrogé dans cette action. — Même arrêt.

197. — Mais, à défaut de la subrogation légale qui ne s'applique pas au droit de résolution, le créancier a la ressource de la subrogation conventionnelle pour se faire céder l'action résolutoire. — Alger, 15 juill. 1875, Dechaux, [S. 75.2.249, P. 75.981] — *Sic*, Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 436, § 565, note 21; Aubry et Rau, 5° éd., t. 4, § 321, p. 186; Larombière,

sur l'art. 1251, n. 10; Demolombe, t. 27, n. 641; Mourlon, p. 37; Gauthier, n. 107; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 22. — *Contrà*, Coin Delisle, *Rev. crit.*, t. 4, 1854, p. 317, n. 6.

198. — Le créancier doit s'imputer à lui-même d'avoir rendu impossible à son profit une subrogation conventionnelle dans le droit de résolution, s'il a payé le vendeur en déclarant qu'il voulait éteindre l'action résolutoire pour continuer les poursuites de saisie immobilière par lui commencées, et s'il l'a fait ainsi décider par justice. — Même arrêt.

199. — Le créancier est non recevable, après avoir ainsi repris et fait adjuger l'immeuble, à répéter du vendeur la somme sans le paiement de laquelle il n'aurait pu appréhender cet immeuble, alors surtout que le vendeur ne peut être replacé dans tous ses droits. — Même arrêt.

200. — De même, les créanciers hypothécaires qui ne viennent pas en rang utile pour être colloqués à l'ordre ouvert sur le prix de vente des immeubles hypothéqués, ne sont point subrogés légalement aux actions spéciales que certains d'entre les créanciers colloqués peuvent tenir du débiteur commun, par exemple, au droit que l'un de ces créanciers tiendrait d'une délégation de créance sur un tiers, à lui faite par le débiteur : aucune des dispositions des divers paragraphes de notre article n'est applicable à ce cas. — Nîmes (sol. impl.), 24 févr. 1845, Valat, [S. 46.2.253, P. 48.2.8]

201. — Jugé, enfin, que la subrogation légale établie par l'art. 1251-1°, C. civ., au profit du créancier qui paie une créance privilégiée ou hypothécaire préférable à la sienne, n'existe pas pour la restitution due à des créanciers inscrits au préjudice desquels, en vertu d'une collocation plus tard annulée, le prix de l'immeuble sur lequel portait leur hypothèque avait été payé à un autre créancier considéré à tort, lors de la collocation, comme ayant hypothèque sur le même immeuble. — Cass., 13 févr. 1866, Reymond, [S. 66.1.197, P. 66.1.517, D. 66.1.85]

202. — Mais le gage constitue un véritable privilège, et la subrogation se produit au profit du créancier non gagiste qui paie un créancier gagiste. — Demolombe, t. 27, n. 467; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 295; Laurent, t. 18, n. 73; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1546; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 27.

203. — Cette solution ne donne lieu à aucune difficulté lorsque le gage, se trouvant entre les mains d'un tiers convenu entre les parties, il ne devient pas nécessaire de le déplacer. Mais il en serait autrement s'il avait été remis au créancier lui-même. Il semble que, dans cette hypothèse, le gage ne pourrait être livré par ce dernier au subrogé que du consentement du débiteur. — Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 295, note 48. — *Contrà*, Laurent, *loc. cit.*

204. — Pour que la subrogation ait lieu il est nécessaire que le créancier offre un paiement intégral; le créancier préférable ne serait pas tenu d'accepter un paiement partiel. Mais s'il y avait consenti, la subrogation s'opérerait de plein droit pour la portion de la créance ainsi payée. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 296, note 49 *bis*; Demolombe, t. 27, n. 473; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1543. — *Contrà*, Laurent, t. 18, n. 79; Huc, t. 8, n. 67; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 42. — V. aussi Mourlon, p. 365.

205. — On comprend, cependant, que le créancier qui veut obtenir la subrogation légale dans les privilèges et hypothèques d'un créancier préférable, ne soit pas, exceptionnellement, tenu de le rembourser intégralement, lorsque ce créancier préférable est un prêteur dont les fonds ont servi à acquitter différentes créances dans l'effet desquelles il s'est lui-même fait subroger. Le remboursement, en ce cas, peut être offert jusqu'à concurrence de l'une ou de quelques-unes seulement des créances originaires. — Paris, 21 déc. 1836, Despons, [S. 37.2.210, P. 37.2.487] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 45.

206. — La subrogation s'effectuant de plein droit, il suit nécessairement que le créancier préférable peut être forcé à recevoir son paiement et qu'à cette fin, des offres réelles peuvent lui être faites. Jugé, à cet égard, que dans le cas où un créancier postérieur en rang d'hypothèque à un autre créancier veut user du bénéfice que lui ouvre notre article, d'obtenir sa subrogation légale au créancier antérieur en payant sa créance, les offres réelles qu'il doit lui faire à cette fin ne peuvent être valablement signifiées au domicile élu dans l'inscription hypothécaire de ce dernier; que ces offres ne peuvent être faites qu'au domicile réel du créancier antérieur, ou au domicile qu'il aurait élu d'une manière générale pour l'exécution de son titre. — Cass., 5 déc. 1854, Chollier, [S. 55.1.282, P. 55.1.125, D. 55.1.172] — Grenoble, 20 août 1853, Fournet, [S. 54.2.437, P. 54.1.548] — *Sic*, Demolombe, t. 27, n. 475; Laurent, t. 18, n. 80; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 35.

207. — La disposition de l'art. 1258-6°, aux termes de laquelle les offres réelles, pour être valables, doivent être faites au lieu convenu pour le paiement, s'applique, en effet, au créancier payant, en vue de la subrogation de l'art. 1251, le créancier qui lui est préférable, comme au débiteur lui-même. — Cass., 24 mars 1884, Kuntz, [S. 86.1.458, P. 86.1.1136, D. 84.1.274]

208. — Par suite, sont nulles les offres que le créancier, voulant obtenir la subrogation, a fait signifier au domicile réel du créancier qui lui est préférable, alors qu'un autre lieu a été convenu pour le paiement. — Même arrêt.

209. — Les offres à fin de subrogation, faites par un créancier à un autre créancier qui lui est préférable, sont nulles et sans effet lorsque l'auteur des offres prétend acquérir ainsi, non seulement un rang meilleur, mais encore une hypothèque nouvelle sur des biens qui ne lui sont pas affectés et contre un tiers détenteur à l'égard duquel il n'a actuellement aucun droit. — Paris, 20 févr. 1868, sous Cass., 2 août 1870, Fontaine, [S. 71.1.25, P. 71.38, et la note de M. Labbé, D. 70.1.346] — V. Renusson, chap. 5, n. 55; Rousseaud de Lacombe, *Jurisprudence civile*, v° *Subrogation*, n. 8; Pothier, *Obligations*, n. 521, et *Introduction au tit. XX de la Coutume d'Orléans*, n. 73. — *Contrà*, Labbé, note précitée; Laurent, t. 18, n. 116; Demolombe, t. 27, n. 496; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 38.

210. — Par exception, la subrogation ne se produirait pas si elle se présentait dans des conditions telles qu'elle pourrait préjudicier au créancier préférable. Ainsi décidé que la subrogation légale, au profit d'un créancier postérieur, dans les droits d'un créancier hypothécaire préférable, ne peut avoir lieu que si elle ne donne pas ouverture en faveur de ce dernier à une subrogation contraire qui annule les effets de la première subrogation. — Cass., 2 août 1870, Fontaine, précité. — V. P. Pont, *Priv. et hypoth.*, t. 1, n. 352; Tarrible, *Rép.* (de Merlin), v° *Transcription*, § 6, n. 5; Mourlon, p. 117; Labbé, note précitée; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 39 et 40. — V. aussi Cass., 30 oct. 1900 (sol. impl.), [*Pand. fr.*, 1901.1.407]

211. — En conséquence, sont insuffisantes et inopérantes les offres faites à un créancier hypothécaire, du remboursement de la créance à raison de laquelle il est actuellement préférable, sans qu'y soit comprise une autre créance donnant à ce créancier intérêt et droit à prendre immédiatement contre l'auteur des offres une subrogation réciproque. — Cass., 2 août 1870, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 27, n. 479; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 296, note 50; Larombière, sur l'art. 1251, n. 7; Laurent, t. 18, n. 80; Gauthier, n. 256 et s.; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 41. — *Contrà*, Mourlon, p. 150.

212. — Décidé de même que, au cas où le créancier qu'il s'agit de payer pour arriver à la subrogation légale est titulaire de plusieurs créances distinctes sur le même débiteur, spécialement d'une créance de premier rang et d'une autre de troisième rang, le créancier intermédiaire, désireux d'obtenir la subrogation légale, est obligé d'offrir en même temps le paiement de la créance antérieure et celui de la créance postérieure. — Douai, 5 mai 1883, [*Jurisprud. de Douai*, 1883, p. 156] — Rouen, 28 janv. 1884, [*J. du not.*, art. 23364] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, *Suppl.*, sur l'art. 1251, n. 7.

213. — Toutefois, si le créancier postérieur se trouvait personnellement ou hypothécairement obligé à la dette dont il offre le paiement, le créancier antérieur ne serait pas admis à le refuser sous le prétexte que l'exercice de la subrogation légale pourrait lui porter préjudice. Dans ce cas, en effet, celui qui offre le paiement puise dans sa qualité de coobligé le droit absolu de se libérer. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 297, texte et note 51; Gauthier, n. 303 et s.; Larombière, sur l'art. 1251, n. 7; Demolombe, t. 27, n. 481. — *Contrà*, Laurent, t. 18, n. 80.

214. — Jugé, en ce sens, que l'acquéreur qui, après avoir acquitté son prix sans purger, paie à un créancier inscrit la totalité de sa créance, est subrogé de plein droit aux droits, privilèges et hypothèques de ce créancier, non seulement sur l'immeuble vendu, mais encore sur tous les autres biens du débiteur hypothéqués à la sûreté de la même créance, et cela, encore

bien que cette subrogation, étendue à ces autres biens, soit de nature à nuire au créancier, en ce qu'elle aurait pour effet, attendu l'antériorité d'inscription de la créance payée, de le priver de l'utilité d'inscriptions postérieures par lui prises, pour d'autres créances, fût-ce même pour les intérêts de cette créance payée elle-même. — Cass., 21 déc. 1836, Lecocq, [S. 37.1.54, P. chr.]

215. — Mais il a été jugé que le créancier qui a deux créances hypothécaires à des dates diverses peut être contraint de recevoir paiement avec subrogation d'un créancier ayant une hypothèque à une date intermédiaire pour une seule de ses créances et non pour les deux. — Douai, 11 avr. 1892, Lozé, [D. 92.2.565] — Et cela surtout si, à raison des stipulations spéciales des parties, il n'y a pas à craindre un circuit de subrogations sans issue. — Même arrêt.

216. — Le créancier auquel un coacquéreur solidaire a donné hypothèque sur les biens par lui acquis, biens frappés d'hypothèques antérieures du chef du vendeur, acquiert, en payant ses créanciers, la subrogation légale établie par l'art. 1251, C. civ.; il peut, en conséquence, exercer, en vertu de cette subrogation, l'action solidaire qui compétait aux créanciers contre les autres coacquéreurs; il n'est pas tenu de diviser ses droits contre chacun de ces coacquéreurs, comme aurait dû le faire son débiteur si celui-ci eût payé lui-même. — Cass., 24 nov. 1836, Fischbach, [S. 37.1.59, P. 37.1.9]

217. — Au cas où un créancier dont les droits sont régulièrement établis par un acte, rembourse, par un autre acte, un créancier antérieur en requérant la subrogation légale, l'existence de cette subrogation ne peut être combattue par des allégations sur ce qui aurait été dit en dehors de ces actes. — Cass., 13 mars 1872, Romagnier, [S. 74.1.66, P. 74.142, D. 72.1.255]

218. — Une quittance par acte authentique, émanée d'un créancier hypothécaire et contenant la mention que ce créancier a reçu son paiement d'un autre créancier ayant une inscription sur le même immeuble, mais postérieure en date à la sienne, ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, quant à cette mention, au profit de ce dernier créancier qui l'invoque pour se faire attribuer le bénéfice de la subrogation légale au droit hypothécaire du premier : les autres créanciers hypothécaires, qui ont intérêt à ce que cette subrogation n'ait pas lieu, peuvent établir par toute sorte de preuves que le créancier de qui émane la quittance a reçu son paiement d'une personne autre que celle qui y est désignée comme ayant fait ce paiement. — Douai, 10 févr. 1853, Pilastre, [S. 53.2.305, P. 54.2.45, D. 54.2.199] — *Sic*, Gauthier, n. 124 et s.; Demolombe, t. 27, n. 474; Laurent, t. 18, n. 81.

219. — La subrogation légale qui s'opère au profit d'un créancier inscrit sur portion d'un immeuble, qui paie un créancier inscrit sur la totalité du même immeuble, transporte au subrogé, non seulement les droits qui appartiennent au subrogeant sur la partie de l'immeuble affectée au subrogé, mais encore ceux du subrogeant sur le surplus de l'immeuble hypothéqué. — Cass., 22 déc. 1846, De Maumigny, [S. 47.1.86, P. 47.1.257, D. 47.1.5]

§ 2. *Subrogation au profit de l'acquéreur.*

220. — D'après l'art. 1251-2°, la subrogation a lieu de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué. Cette subrogation s'applique à l'hypothèse suivante : un acquéreur d'immeubles, au lieu de payer son prix entre les mains de son vendeur, paie les créanciers hypothécaires dans l'ordre de leurs inscriptions afin d'éviter leur recours éventuel contre lui. Ce paiement libère l'acheteur envers le vendeur, car il éteint des dettes dont celui-ci était tenu. La loi décide que l'acheteur est subrogé dans les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés qu'il a payés.

221. — La situation de l'acquéreur de l'immeuble, subrogé aux droits des créanciers qu'il a payés et possédant ainsi une hypothèque sur son propre bien, semble à première vue bizarre, Cette subrogation a cependant son utilité si des créanciers hypothécaires de dernier rang n'ayant pas été désintéressés sur le prix payé par l'acquéreur, saisissent l'immeuble et le font vendre. Dans ce cas, l'acquéreur se présentera à l'ordre à la place des créanciers qu'il a payés, et il rentrera ainsi dans ses déboursés; le reliquat, s'il en reste, sera seul distribué aux créanciers saisissants. Les créanciers non désintéressés, dans la crainte de cette éventualité, ne feront donc mettre l'immeuble en vente que s'ils espèrent en obtenir un prix supérieur à celui payé par l'acquéreur. Cette hypothèse n'offre d'ailleurs plus grand intérêt pratique, les acquéreurs recourant presque toujours à la purge.

222. — Théoriquement, l'objet particulier de l'alinéa 2 de l'art. 1251 se confondait dans l'objet plus général de l'alinéa 3; si l'auteur du Code a été amené à le détacher, c'est sous l'influence des traditions de l'ancien droit qui reconnaissait ce cas spécial de subrogation légale, sans aller au delà. La subrogation au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui a employé le prix ou partie du prix de son acquisition à payer un créancier de son vendeur, ayant hypothèque sur l'immeuble vendu, n'est pas, en effet, une innovation législative : elle est conforme aux règles antérieures. — Demolombe, t. 27, n. 506 et s.; Laurent, t. 18, n. 84; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 46; Planiol, t. 2, n. 496 et s.

223. — Le titre d'acquisition importe peu. Ainsi, l'adjudicataire sur saisie immobilière qui paie les créanciers hypothécaires est subrogé dans leurs hypothèques, et si l'immeuble est revendu, il y a lieu d'allouer à l'adjudicataire depuis vendeur les sommes par lui payées aux créanciers hypothécaires. — Cass., 22 févr. 1877, Delestre, [D. 77.1.249] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 297, note 51 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, p. 598, note 2.

224. — Le coéchangiste qui paie les créanciers inscrits a droit, lui aussi, à la subrogation légale, en vertu de l'art. 1251-2°, C. civ. — Cass., 14 nov. 1859, Dufour, [D. 60.1.221]

225. — Elle appartient même au donataire qui paie de ses deniers les créanciers inscrits. — Larombière, t. 4, sur l'art. 1251, n. 27; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 299, note 56; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1555; Duranton, t. 12, n. 157; Larombière, sur l'art. 1251, n. 27.

226. — La subrogation existe au profit de celui qui paie un créancier privilégié, comme de celui qui paie un créancier hypothécaire. — Planiol, t. 2, n. 496, 523; Demolombe, t. 27, n. 525; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 48; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1551.

227. — Mais encore faut-il, pour qu'on puisse s'autoriser de la subrogation, que le privilège n'ait pas cessé d'exister. Jugé, en ce sens et par analogie, que la disposition de l'art. 1251, al. 2, C. civ., ne peut être invoquée par celui qui, après avoir acheté un droit de réméré, l'exerce contre l'acquéreur qui avait payé les créanciers. — Cass., 12 févr. 1824, Vinchon, [S. et P. chr.]

228. — Jugé également, en matière d'hypothèque, que l'acquéreur éteint la dette et ne peut exercer les droits du créancier, lorsque, par suite de ce paiement effectif, il y a eu radiation pure et simple de l'inscription hypothécaire et que le paiement par lui fait n'a pas une date certaine antérieure à la radiation. — Cass., 14 juill. 1813, Romagnat, [S. et P. chr.] — Paris, 29 août 1811, Romagnat, [S. et P. chr.] — *Sic*, Demolombe, t. 27, n. 557.

229. — Décidé, toutefois, que lorsque l'acquéreur d'un immeuble a payé volontairement un des créanciers inscrits, et que, par suite, l'inscription a été radiée, si un autre créancier provoque l'ouverture d'un ordre, l'acquéreur a droit de s'y présenter, comme subrogé à l'hypothèque du créancier qu'il a payé. On ne peut lui opposer la radiation de l'inscription. — Cass., 22 avr. 1818, Gossin, [S. et P. chr.]

230. — La subrogation dont il s'agit peut être invoquée par les acquéreurs ou cessionnaires de tous droits réels immobiliers, susceptibles d'aliénation et d'hypothèque. Il en est ainsi de la concession du droit d'extraire dans un terrain les matières propres à la fabrication de la porcelaine. — Cass., 28 déc. 1853, Halary, [S. 54.1.719, P. 56.1.354, D. 56.1.355] — *Sic*, Demolombe, t. 27, n. 518 et s.; Laurent, t. 18, n. 85; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 47; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 297, texte et note 51 *ter*; Huc, t. 8, n. 70; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1549.

231. — Mais elle est impossible s'il s'agit de servitudes, de droits d'usage ou d'habitation, parce que l'acquéreur de ces droits n'est pas exposé directement aux poursuites des créanciers hypothécaires. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 297, note 51 *ter*; Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, t. 18, n. 85; Huc,

loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Gauthier, n. 359. — *Contrà*, Mourlon, p. 459.

232. — La subrogation a lieu, au surplus, encore bien que le vendeur ne soit pas le véritable propriétaire de la chose. — Demolombe, t. 27, n. 515; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 299; Laurent, t. 18, n. 86; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 51; Mourlon, p. 391 et s.; Huc, t. 8, n. 70; Larombière, sur l'art. 1251, n. 15; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1550. — V. Cass., 18 mars 1850, Mounier, [S. 50.1.465, D. 50.1.104]

233. — Peu importerait même, dans le silence du texte sur la question de bonne foi, qu'au moment du paiement l'acquéreur connût le vice de son acquisition. — Laurent, *loc. cit.*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 52; Huc, *loc. cit.* — *Contrà*, Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 299, note 57; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Mourlon, *loc. cit.*; Larombière, *loc. cit.*

234. — La subrogation a également lieu au profit de l'acquéreur même si son contrat vient à tomber pour nullité, rescision ou résolution. — Larombière, *loc. cit.*; Demolombe, t. 27, n. 516; Huc, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

235. — Il faut que le prix payé soit bien le prix de la vente de l'immeuble; la subrogation ne pourrait, notamment, être invoquée par celui qui, se proposant d'acheter une chose hypothéquée, rembourserait les créanciers hypothécaires au moyen d'avances à son futur vendeur. — Toullier, t. 7, n. 143; Gauthier, n. 287; Mourlon, p. 384; Duranton, t. 12, n. 158; Demolombe, t. 27, n. 511; Aubry et Rau, 5e édit, t. 4, § 321, p. 298; Larombière, sur l'art. 1251, n. 21; Laurent, t. 18, n. 88; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 56.

236. — Il est important de faire remarquer que, dans cette hypothèse spéciale, la subrogation, jusqu'à due concurrence, peut résulter d'un paiement, même partiel. Ainsi, lorsqu'un créancier inscrit sur un immeuble s'est fait subroger, en le remboursant, dans les droits d'un autre créancier ayant une hypothèque antérieure, l'acquéreur de cet immeuble n'est pas obligé de désintéresser complètement le créancier subrogé, pour obtenir à son tour le bénéfice de la subrogation; il est subrogé de plein droit à celle des créances qu'il aura payée, quand même il n'aurait employé à cet effet qu'une partie de son prix. — Caen, 7 févr. 1880, Guesdon, [S. 80.2.255, P. 80.976, D. 81.2.51] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 58.

237. — La subrogation légale n'a lieu au profit de l'acquéreur d'un immeuble que s'il emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers inscrits. — Aix, 21 nov. 1877, Gautier et Rey, [S. 78.2.86, P. 78.362, D. 79.2.40]

238. — En conséquence, l'acquéreur qui paie comptant le vendeur dans l'acte de vente ne peut se prétendre légalement subrogé aux droits d'un créancier que le vendeur paie ultérieurement avec le prix. — Même arrêt. — *Sic*, Duvergier, sur Toullier, t. 4, n. 143; Rolland de Villargues, v° *Subrogation*, n. 44; Demolombe, t. 27, n. 534 et s.; Larombière, sur l'art. 1251, n. 17 et 18; Laurent, t. 18, n. 92; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. 2, n. 1262; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 60. — *Contrà*, Mourlon, p. 385; Gauthier, n. 290.

239. — Mais il n'est pas indispensable que les fonds soient versés par l'acquéreur lui-même; la subrogation ne s'en opérerait pas moins si le paiement avait été effectué par l'intermédiaire d'un mandataire, par exemple par le notaire ou même par le vendeur, pourvu que, dans ce dernier cas, il fût bien établi que le vendeur avait reçu les fonds, non en cette qualité, mais comme simple mandataire de l'acquéreur. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 299; Larombière, sur l'art. 1251, n. 17; Demolombe, t. 27, n. 533 et s.; Laurent, t. 18, n. 92; Huc, t. 8, n. 71; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 61 et s.; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1552. — *Contrà*, Mourlon, *loc. cit.*; Gauthier, *loc. cit.*

240. — Jugé, en ce sens, que la subrogation a lieu, quoique les créanciers aient été payés par le vendeur lui-même qui avait reçu le prix, mais sous l'obligation expresse de l'employer à l'acquittement des créances inscrites. En ce cas, le vendeur doit être considéré comme mandataire de l'acquéreur. — Colmar, 17 déc. 1825, Dahlen, [S. et P. chr.]

241. — Pour que l'acquéreur d'un immeuble soit subrogé légalement aux droits des créanciers hypothécaires, il n'est donc pas absolument nécessaire qu'il leur ait payé directement son prix. — Cass., 11 août 1852, De Beaunay, [S. 53.1.299, P. 54.2.52, D. 54.1.318] — Colmar, 17 déc. 1825, précité.

242. — Plus généralement, la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers inscrits n'est pas subordonnée à la condition d'un paiement fait directement par l'acquéreur aux mains des créanciers inscrits; ce paiement peut être effectué par l'intermédiaire du vendeur, comme il peut l'être par tout autre mandataire, pourvu qu'il soit établi que les fonds ne sont jamais entrés d'une manière définitive dans le patrimoine du vendeur, auquel ils n'ont été remis par l'acquéreur que pour les verser aux créanciers inscrits. — Agen, 7 mars 1887, Simon, [S. 90.2.123, P. 90.1.694, D. 88.2.47]

243. — Ainsi, il y a lieu à subrogation légale au profit de l'acquéreur, encore bien que l'acte de vente constate que le prix a été payé comptant au vendeur, lorsque, des circonstances de la cause, il résulte : 1° que le prix n'a été versé par l'acquéreur au vendeur que sous la condition et avec le mandat de le distribuer aux créanciers inscrits; 2° que le notaire rédacteur de l'acte de vente est resté dépositaire du prix jusqu'au jour où il a été distribué aux créanciers; et lorsque la quittance donnée par ceux-ci au vendeur porte que les sommes versées proviennent du prix de la vente, et que la déclaration en est faite pour conserver à l'acquéreur le bénéfice de la subrogation légale. — Même arrêt.

244. — Il n'est pas nécessaire non plus que l'emploi de ce prix à l'acquittement des créances inscrites soit expressément constaté sur la quittance donnée par le vendeur à l'acquéreur, ou sur les quittances données par les créanciers inscrits au vendeur. Il suffit que cet emploi résulte de la corrélation entre l'époque de ces diverses quittances et de la simultanéité des paiements faits par l'acquéreur au vendeur, et par le vendeur aux créanciers, alors surtout que cet emploi était prescrit par le cahier des charges de la vente. — Cass., 11 août 1852, précité.

245. — Jugé, encore, que pour obtenir le bénéfice de la subrogation légale de l'art. 1251-2°, C. civ., au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui a employé le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage est hypothéqué, la seule condition imposée à l'acquéreur est de justifier que son prix a été réellement employé à l'acquittement des créances privilégiées ou hypothécaires assises sur l'immeuble. — Cass., 22 nov. 1893, Couturier, [S. et P. 94.1.337, et la note de M. Dalmbert, D. 94.1.153]

246. — Ainsi, jugé à bon droit que l'acquéreur a été subrogé légalement dans les créances par lui payées, lorsqu'une décision judiciaire constate en fait : 1° que si le vendeur a reçu son prix comptant, il l'a, au même instant, conformément à une prescription formelle de l'acte de vente, déposé entre les mains du notaire, lequel, d'après une autre clause de l'acte de vente, souverainement interprétée par les juges du fond, était chargé d'employer le prix à dégrever l'immeuble, en libérant l'acquéreur vis-à-vis des créanciers inscrits; 2° qu'il existe une étroite corrélation entre les dispositions précitées du contrat de vente et les termes des quittances délivrées au vendeur et au notaire par les créanciers désintéressés. — Même arrêt.

247. — D'autre part, la loi exige un paiement effectif; une simple promesse de paiement serait insuffisante pour qu'il y eût subrogation. Ainsi jugé que l'acquéreur ne peut se prétendre subrogé légalement dans les droits des créanciers inscrits, qu'autant qu'il a effectué réellement le paiement de son prix entre leurs mains, et que la date de sa subrogation est déterminée par celle du paiement effectif. — Caen, 8 juin 1847, Lelasseur, [P. 48.1.250] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1552; Gauthier, n. 290 *bis*; Larombière, sur l'art. 1251, n. 17; Demolombe, t. 27, n. 530; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 54.

248. — De même, l'acquéreur qui s'oblige personnellement à payer, dans un délai convenu, une créance hypothéquée sur l'immeuble acquis, n'est pas subrogé de droit au créancier : cette subrogation de droit n'a lieu que du jour du paiement effectif. — Cass., 14 juill. 1813, Romagnat, [S. et P. chr.] — Paris, 29 août 1811, Romagnat, [S. et P. chr.]

249. — A ce point de vue, toutefois, on assimile la compensation au paiement. Décidé, en ce sens, que la subrogation légale a lieu au profit du tiers détenteur de biens hypothéqués qui, en revendant ces mêmes biens au créancier hypothécaire, laisse en ses mains de quoi payer sa créance. — Bourges, 6 déc. 1839, Barbier-Grandpré, [S. 40.2.311, P. 42.2.338] — *Sic*, Demo-

lombe, t. 27, n. 605; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 55.

250. — La subrogation a lieu également de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui paie aux créanciers hypothécaires au delà de son prix d'acquisition, bien que la loi ne parle que du paiement dans la mesure de son prix; il y a là un *a fortiori*. — Bourges, 20 déc. 1871, Gogot et Crochet, [D. 72.2.171] — *Sic*, Larombière, sur l'art. 1251, n. 27; Colmet de Santerre, t. 5, n. 194 *bis;* Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 298; Marcadé, sur l'art. 1251, n. 2; Demolombe, t. 27, n. 524; Huc, t. 8, n. 71; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1554. — *Contrà*, Laurent, t. 18, n. 90.

251. — Et la subrogation se produit lorsqu'un créancier hypothécaire est payé non pas par l'acquéreur même, mais sur le prix de revente après le dépôt de ce prix à la Caisse des dépôts et consignations par le sous-acquéreur. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 299, texte et note 55; Demolombe, t. 27, n. 513; Larombière, sur l'art. 1251, n. 22; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 57. — *Contrà*, Laurent, t. 18, n. 89.

252. — Décidé, en ce sens, que l'acquéreur d'un immeuble grevé d'une créance hypothécaire dont il n'est pas tenu personnellement, est subrogé légalement dans tous les droits du créancier inscrit, lorsque cet acquéreur ayant lui-même revendu l'immeuble, le créancier a été payé sur le prix de la revente après le dépôt de ce prix à la Caisse des dépôts et consignations par le nouvel acquéreur. — Cass., 29 août 1865, Véron, [S. 65.1.433, P. 65.1153, D. 65.1.331]

253. — Jugé, de même, que l'acquérieur d'un immeuble hypothéqué, qui a payé son prix au vendeur sans purger, est subrogé légalement dans tous les droits du créancier inscrit, lorsque, cet acquéreur ayant été exproprié sur saisie, le créancier a été payé sur le prix de l'adjudication. — Cass., 24 janv. 1876, Dubouloz, [S. 77.1.163, P. 77.401, D. 76.1.218]

254. — L'acquéreur ne saurait évidemment invoquer la subrogation que tant qu'il reste détenteur de l'immeuble. Jugé, en ce sens, que le bénéfice de la subrogation légale établie par le § 2 de l'art. 1251, C. civ., au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers inscrits sur cet immeuble, n'est pas applicable au cas où l'acquéreur a revendu l'immeuble par vente amiable, après avoir payé un des créanciers inscrits : en un tel cas, il n'a pas droit à être colloqué pour le montant de cette créance dans l'ordre qui vient à être ouvert sur le prix de la seconde vente entre les autres créanciers inscrits non payés. — Nîmes, 2 août 1853, Gonthier, [S. 54.2.518, P. 56.1.352, D. 55.2.313]

255. — L'acquéreur d'un immeuble, qui paie les créanciers inscrits sur cet immeuble, est subrogé légalement dans leurs droits, alors même que son acte d'acquisition lui impose l'obligation de payer son prix aux créanciers inscrits sur l'immeuble. — Cass., 28 déc. 1853, Halary, [S. 54.1.719, P. 56.1.354, D. 56.1.355] — *Sic*, Mourlon, p. 386; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321; Demolombe, t. 27, n. 538; Laurent, t. 18, n. 93; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1552; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 68.

256. — Par suite, il peut agir non seulement contre le débiteur principal, mais encore contre la caution. — Même arrêt.

257. — La subrogation au droit du créancier ne peut en aucun cas dispenser l'acquéreur de payer tout le prix. — Laurent, t. 18, n. 87; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 298, texte et note 52. — V. Cass., 13 mai 1873, Hélie, [S. 73.1.336, P. 73.815, D. 73.1.417]

258. — Le tiers détenteur qui veut se faire subroger dans des droits hypothécaires qui ont déjà été transmis à un autre créancier au moyen d'une subrogation antérieure est tenu de prendre les choses dans l'état où elles ont été mises par le créancier premier subrogé. — Cass., 29 janv. 1855, Lesegretain, [S. 55.1.81, P. 55.2.267, D. 55.1.172] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 73.

259. — Si donc ce créancier n'ayant qu'une hypothèque spéciale sur un immeuble, après s'être fait subroger dans les droits d'un créancier ayant une hypothèque générale sur cet immeuble et sur d'autres biens, a donné mainlevée de l'inscription de l'hypothèque générale dans laquelle il s'est fait subroger, en tant qu'elle frappe l'immeuble qui lui est spécialement hypothéqué, le tiers détenteur des autres biens affectés à l'hypothèque générale ne peut, en se faisant ultérieurement subroger dans l'effet de la subrogation antérieure, prétendre que la mainlevée donnée dans l'intervalle de l'une à l'autre subrogation ne peut lui être opposée, et qu'elle doit être considérée comme non avenue. — Même arrêt.

260. — En payant le créancier, l'acquéreur est bien en effet subrogé à tous ses droits, mais il n'a, de ce chef, que les droits mêmes du créancier. — Rouen, 30 mai 1825, Touet, [S. et P. chr.]

261. — Spécialement, l'acquéreur d'un immeuble, qui paie un créancier hypothécaire, doit, s'il veut ultérieurement faire valoir la créance, renouveler l'inscription en temps utile. Sans cela, et à défaut de renouvellement, l'hypothèque se trouve éteinte. — Même arrêt.

262. — On ne peut soutenir que le fait de l'acquéreur, payant le créancier, ait opéré confusion, tellement que la créance doive essentiellement profiter à l'acquéreur, sans aucun besoin de mesure conservatoire. — Même arrêt.

263. — Jugé, dans le même ordre d'idées, que l'acquéreur qui a exigé de son vendeur une hypothèque spéciale pour sa garantie en cas d'éviction, ne peut poursuivre des immeubles autres que ceux qui lui ont été spécialement affectés. Il ne peut pas non plus agir comme subrogé aux droits du créancier hypothécaire qui l'évince, si celui-ci, qui originairement avait une hypothèque générale et une hypothèque spéciale, n'a conservé par son inscription que son hypothèque spéciale, étrangère aux immeubles sur lesquels l'acquéreur veut exercer ses poursuites. — Aix, 26 juin 1807, Baudouin, [S. et P. chr.]

264. — La subrogation légale de l'art. 1251-2° donne-t-elle à l'acquéreur tous les droits des créanciers inscrits qu'il a payés, même contre les tiers, ou la subrogation est-elle limitée aux droits de ces créanciers sur l'immeuble acheté par l'acquéreur? La question est controversée. Dans un premier système, on s'appuie surtout sur la tradition et l'on fait remarquer que, dans l'ancien droit, la subrogation était limitée aux hypothèques établies sur l'immeuble que l'acheteur voulait mettre à l'abri de l'éviction en désintéressant les créanciers inscrits. En l'absence d'arguments précis tirés des travaux préparatoires on conclut du témoignage des interprètes du Code qui ont pris part à sa confection que ses auteurs ont entendu consacrer la tradition. On admet donc que l'effet de la subrogation établie par l'art. 1251-2°, au profit de l'acquéreur qui paie un créancier inscrit, est limité à l'immeuble vendu : en un tel cas, l'acquéreur n'a aucune action sur les autres biens de son vendeur, quoique hypothéqués à la même dette. — Bourges, 10 juill. 1829, Bonneau, [S. et P. chr.] — Paris, 10 juin 1833, Badère, [S. 33.2.451, P. chr.] — *Sic*, Renusson, *De la subrogation*, chap. 5, n. 51 et s.; Rousseaud de Lacombe, *Jurisprud. civ.*, v° *Subrogation*, n. 8; Pothier, *Obligat.*, n. 521; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subrogation*, § 2, n. 5; Laurent, t. 18, n. 117.

265. — Décidé aussi que la subrogation légale, ne pouvant jamais nuire au créancier, aux termes de l'art. 1252, C. civ. (V. *suprà*, n. 210 et s.), ne peut être invoquée par le tiers détenteur qui a payé la dette contre un créancier hypothécaire qui a acquis d'autres immeubles hypothéqués à la même dette. — Grenoble, 25 juin 1892, Clément, [S. et P. 94.2.257 et la note de M. Wahl, D. 93.2.425]

266. — Mais dans l'opinion contraire, qui réunit la majorité des suffrages, on décide que le tiers détenteur qui, après avoir acquitté son prix sans purger, se trouve forcé de payer un créancier inscrit, est légalement subrogé aux droits de ce créancier, non seulement contre le vendeur et sur l'immeuble vendu, mais encore contre les tiers détenteurs de tous autres biens hypothéqués à la même créance. — V. *suprà*, v° *Hypothèque*, n. 3330 et s.

267. — L'acquéreur d'un immeuble qui a versé son prix entre les mains d'un créancier inscrit est subrogé non pas seulement à l'hypothèque attachée à la créance cédée, mais encore aux droits résultant, au profit du créancier, de l'obligation contractée envers lui par le vendeur, solidairement avec un tiers, de rapporter dans un certain délai mainlevée des inscriptions, afin de rendre le prix de vente disponible en sa faveur : c'est là un droit inhérent à la créance, et dont l'acquéreur peut se prévaloir, par l'effet de la subrogation, pour se faire garantir contre l'action hypothécaire des créanciers inscrits. — Cass., 3 avr. 1861, Machard, [S. 61.1.586 et la note de M. Gauthier, P. 62.822, D. 61.1.153] — *Sic*, Marcadé, sur l'art. 1236, n. 1 et 4; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 2, § 563, note 1; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 87.

268. — L'acquéreur de l'immeuble qui emploie son prix d'acquisition au paiement des créanciers hypothécaires ne peut, au cas où l'hypothèque vient à s'éteindre par suite d'éviction du fonds hypothéqué, exercer d'action en répétition contre le créancier remboursé. — Paris (sol. impl.), 5 juill. 1854, Lecoq, [S. 54.2.651, P. 56.1.350, D. 56.2.77] — *Sic*, Mourlon, p. 391; Gauthier, n. 293 et s.; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 88.

269. — Les paiements faits par l'acquéreur d'un immeuble aux créanciers inscrits, conformément à son contrat d'acquisition et avec subrogation dans leurs droits, opèrent immédiatement et irrévocablement l'extinction des créances remboursées; on ne saurait les considérer comme de simples acquisitions de créances, et, par suite, admettre l'acquéreur, en cas de folle enchère, à se présenter dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble, aux lieu et place des créanciers par lui payés. — Cass., 24 févr. 1846, Caisse hypothécaire Bordet et autres, [S. 46.1.279, P. 46.1.488, D. 46.1.181] — *Sic*, Marcadé, *Rev. de législ.*, t. 2, 1846, p. 298; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 89. — *Contra*, Toullier, t. 7, n. 118 et s.

270. — Par extension de l'hypothèse du § 2 de l'art. 1251, il a été jugé, dans une question déjà très-controversée sous le régime du droit antérieur au Code civil, qu'au cas où l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué paie les créanciers inscrits sur cet immeuble avec des deniers à lui prêtés par un tiers, la subrogation qu'il a consentie au profit du prêteur dans les droits et actions de ces créanciers est valable, et autorise le subrogé à exiger le remboursement de la somme prêtée, sur le prix de revente des biens, par préférence au vendeur primitif, pour la portion du prix lui restant due, ou à ses autres créanciers non payés : on prétendrait vainement, soit que, par l'effet du paiement des créanciers inscrits, l'acquéreur est devenu cessionnaire de leurs créances, ce qui aurait opéré en sa personne une confusion rendant la subrogation impossible, soit que l'acquéreur, ne se libérant par ce paiement qu'envers le vendeur, n'a pu subroger le prêteur que dans les droits de ce dernier, lequel, d'après l'art. 1252, doit primer le subrogé (V. *suprà*, n. 260 et s.). — Cass., 28 avr. 1863, Ripert, [S. 63.1.289, P. 64.579, D. 63.1.329] — Nîmes, 29 janv. 1861, Richoux-Lenoir, [S. 62.2.433, P. 63.82, D. 63.2.21] — *Sic*, Renusson, chap. 15, n. 7; Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n. 234; Mourlon, p. 303; De Caqueray, *Revue pratique*, t. 6, 1858, p. 93; Larombière, sur l'art. 1252, n. 39. — *Contrà*, Rousseaud de Lacombe, v° *Subrogation*, n. 19; Poullain-Duparc, *Principes du droit français*, t. 7, p. 249, n. 112; Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 8, n. 7; Toullier, t. 7, n. 171; Delvincourt, t. 2, p. 565; Grenier, *Hypothèques*, t. 2, n. 394-1°; Duranton, t. 12, n. 189; Persil, *Régime hypothécaire*, t. 1, sur l'art. 2103, § 2, n. 10; P. Pont, *Privilèges et hypothèques*, n. 225; Gauthier, n. 197 et s.; Barilliet, *Revue pratique*, t. 14, 1862, p. 20 et 113; Dutruc, note sous Nîmes, 29 janv. 1861, précité.

§ 3. *Subrogation au profit de celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres.*

271. — Aux termes de l'al. 3 de l'art. 1251, la subrogation a lieu de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ce cas de subrogation légale, qui est une innovation du Code civil, comprend celui prévu à l'art. 1251-2°, ce qui rend ce dernier inutile.

272. — La règle d'après laquelle la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec ou pour d'autres au paiement de la dette, a intérêt à l'acquitter, est générale, et s'applique en matière fiscale comme en matière de droit commun. — Cass., 14 nov. 1893, Lécuyer et C[ie], [S. et P. 94.1.397, D. 94.1.370] — Lyon, 12 mai 1871, Saill, [S. 71.2.67, P. 71.286] — Paris, 16 juin 1871, Vve Chapu, [D. 75.2.24] — Aix, 7 août 1879, Orengo, [S. 81.2.64, P. 81.1.338]; — 2 févr. 1897, Synd. de Négri et C[ie], [S. et P. 99.2.215, D. 97.2.168]

273. — L'art. 1251-3° prévoit deux hypothèses : il accorde la subrogation légale à ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette. En parlant de celui qui est tenu avec d'autres, la loi entend par là les codébiteurs tenus, soit d'une obligation solidaire, soit d'une obligation indivisible dont un seul paie la totalité de la dette. La subrogation dans les droits du créancier qui s'opère en sa faveur assure l'efficacité de son recours contre ses codébiteurs. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1557; Planiol, t. 2, n. 501.

274. — Le condamné qui paie la totalité d'une amende à laquelle il était tenu solidairement avec des complices également condamnés, peut recourir contre ceux-ci, sans qu'on puisse repousser sa demande par le motif qu'elle serait illicite. — Aix, 7 août 1879, précité. — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 103.

275. — Néanmoins, il n'est pas subrogé contre eux aux droits de l'Administration, de telle sorte qu'il puisse les poursuivre solidairement : il ne peut réclamer à chacun que la part à lui personnelle, sauf à recourir ultérieurement à une nouvelle répartition pour le cas d'insolvabilité de quelques-uns des débiteurs. — Même arrêt. — V. dans le même sens, Bruxelles, 14 mai 1821, N..., [S. et P. chr.]

276. — Pour que la disposition en question puisse être invoquée par des coobligés, il faut qu'ils soient tenus de la même manière. Ainsi, lorsque deux individus se sont obligés conjointement, mais sans solidarité, et ont affecté chacun un fonds différent à la sûreté du paiement de leur dette, celui des deux qui paie la part de l'autre n'est pas subrogé de plein droit à l'hypothèque du créancier qu'il paie. — Toullier, t. 7, n. 149; Duranton, t. 11, n. 176; Laurent, t. 18, n. 101; Aubry et Rau, 5[e] éd., t. 4, § 321, p. 301; Larombière, sur l'art. 1251, n. 61; Demolombe, t. 27, n. 580; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 94; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Huc, t. 8, n. 75.

277. — Spécialement, un capitaliste, qui achète avec d'autres une concession de mines, et qui l'apporte avec ses acquéreurs à une société civile, ultérieurement convertie en une société anonyme, cesse d'être copropriétaire ou tiers détenteur de la concession, et devient un simple intéressé à raison de sa part dans la société; et, s'il paie aux vendeurs originaires de la concession plus que sa part dans le prix, comme il n'est tenu « ni avec d'autres, ni pour d'autres », il n'est pas légalement subrogé aux droits du vendeur contre ses coassociés. — Cass., 9 janv. 1899, Donon, [S. et P. 99.1.309, D. 99.1.297]

278. — Pour la même raison, ce capitaliste ne peut se prévaloir du défaut de transcription de la revente faite à la société anonyme; dans ses rapports avec les sociétés par lui formées, la propriété de la concession a été transférée par le seul effet du consentement, et les poursuites que le paiement a eu pour but d'éviter étaient dirigées, non par des tiers ayant des droits réels sur les immeubles, mais par les vendeurs eux-mêmes, agissant en vertu de leur privilège et pouvant suivre les immeubles malgré les reventes successives, en sorte que, pour ces vendeurs, la transcription était indifférente. — Même arrêt.

279. — Le cohéritier qui paie, avant comme après le partage opéré, et sans être tenu hypothécairement au paiement de la dette, n'est pas non plus subrogé aux droits du créancier contre ses cohéritiers. — Laurent, t. 18, n. 101; Larombière, sur l'art. 1251, n. 60; Demolombe, t. 27, n. 581; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 95. — V. Toullier, t. 7, n. 151.

280. — Mais le colégataire d'un immeuble qui paie de ses deniers personnels la somme restant due sur le prix de cet immeuble est de plein droit subrogé au vendeur contre son colégataire dans la mesure de ses droits non seulement pour le capital, mais encore pour les intérêts, lesquels continuent à courir à son profit comme ils auraient couru au profit du vendeur. — Cass., 30 mars 1869, Saunier, [S. 69.1.244, P. 69.614, D. 69.1.239] — *Sic*, Aubry et Rau, 5[e] éd., t. 4, § 321, p. 301, note 62.

281. — Le cohéritier qui, à raison de l'hypothèque générale consentie par l'auteur commun sur tous ses biens, à titre de garantie de la dette d'un autre cohéritier, se trouve supporter sur le prix de la vente de son lot le paiement de cette dette, est subrogé de plein droit, en vertu du § 3 de l'art. 1251, à l'hypothèque existant au profit du créancier désintéressé sur le lot du cohéritier débiteur. — Bordeaux, 14 mars 1865, Roumazeille, [S. 65.2.256, P. 65.1010]

282. — Sont aussi considérées comme tenues avec d'autres les différentes cautions d'une même dette, dans leurs rapports entre elles. — Planiol, t. 2, n. 501; Aubry et Rau, 5[e] édit, t. 4, § 321, p. 301.

283. — Pour que la subrogation légale s'opère au profit de celui qui, étant tenu d'une dette pour d'autres, la paie en son acquit, il n'est pas nécessaire que celui qui a payé fût tenu directement et personnellement, non plus qu'il fût passible de

poursuites directes. Il suffit, pour que le tiers soit réputé tenu de la dette, dans le sens de la loi, que cette dette doive, en certains cas donnés, être payée à son détriment. — Lyon, 4 août 1853, Escoffier, [S. 55.2.30, P. 55.1.334, D. 57.2.127]; — 11 août 1855, N..., [S. 55.2.687, P. 56.1.413, D. 57.2.127] — *Sic*, Mourlon, p. 401 et s., Gauthier, n. 310 et s.; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 105. — V. Laurent, t. 18, n. 99.

284. — Tel est le cas où une femme mariée se trouve obligée de supporter le paiement d'une dette au préjudice de ses reprises matrimoniales. — Mêmes arrêts.

285. — Sous le bénéfice de cette observation, on reconnaîtra que le sous-acquéreur partiel d'un immeuble, qui est poursuivi en déguerpissement par le vendeur primitif, après résolution de la vente prononcée pour défaut de paiement contre le précédent acquéreur, et qui, pour échapper aux conséquences de cette poursuite, paie au vendeur primitif la totalité de ce qui lui est dû, se trouve légalement subrogé dans les droits de ce vendeur contre les autres sous-acquéreurs, comme ayant payé une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres; il est, dès lors, fondé à agir contre ces sous-acquéreurs en remboursement de leur quote-part dans la somme par lui payée. — Cass., 7 juill. 1851, Corneaux, [S. 51.1.653, P. 51.2.657, D. 51.1.200]

286. — L'art. 1251-3° ne s'applique pas au mandataire qui paie de ses deniers la dette du mandant, car il n'y est pas tenu et il n'y a, d'autre part, aucun intérêt. — Demolombe, t. 27, n. 585; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1557.

287. — On peut cependant faire remarquer qu'il en serait autrement si son mandat comportait l'engagement de payer les dettes du mandant de ses deniers personnels. — Demolombe, t. 27, n. 586; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

288. — La seconde hypothèse prévue par l'art. 1251-3° lorsqu'il parle de celui qui, étant tenu pour d'autres au paiement de la dette, vient à l'acquitter, s'applique en premier lieu à la caution qui est tenue non pour son compte mais pour celui du débiteur principal. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1558; Planiol, t. 2, n. 501. — La caution qui a payé la dette a, en effet, une double action contre le débiteur principal : elle peut obtenir son remboursement soit en vertu d'une action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires (V. *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 537 et s.), soit en vertu de l'action du créancier dans laquelle elle est subrogée en vertu de l'art. 2029, C. civ., qui n'est qu'une application spéciale de l'art. 1251-3°, C. civ. (V. *suprà*, *eod. v°*, n. 558 et s.). — Sur les conditions dans lesquelles le bénéfice de subrogation est accordé à la caution dans cette hypothèse, V. *suprà*, *ibid.*

289. — Selon l'opinion générale, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué est subrogé légalement aux créanciers qu'il désintéresse, en vertu de l'art. 1251-2° et 3°, C. civ. — V. Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 301; Colmet de Santerre, t. 5, n. 195 *bis*-II; Laurent, t. 18, n. 127; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1558; Demolombe, t. 27, n. 565; Huc, t. 8, n. 74; Planiol, *loc. cit.* — Sur l'étendue de son recours, V. *infrà*, n. 365.

290. — L'art. 1251-3°, s'applique également au tiers qui a fourni une hypothèque ou un gage sans s'obliger personnellement. — Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, t. 27, n. 576 et 577 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*

291. — Il en serait de même de celui qui se serait rendu acquéreur de l'objet donné en gage par le débiteur lui-même. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 301, note 61.

292. — De même est subrogé le père bénéficiaire de l'usufruit légal qui paie une rente dont un immeuble soumis à son usufruit était grevé à raison d'une saisie et d'un séquestre qui paralysent sa jouissance. Le père est dans ce cas censé avoir payé non une dette personnelle, mais une dette dont il était tenu pour d'autres. — Lyon, 6 févr. 1890, De la Jonquière, [D. 91.2.377]

293. — On pourrait encore appliquer la disposition de l'art. 1251-3°, en admettant que l'on ne puisse invoquer celle de l'alinéa 2 du même article, en faveur de l'acquéreur d'un immeuble qui aurait payé aux créanciers inscrits sur cet immeuble une somme supérieure à son prix d'acquisition ou en faveur de celui qui, ayant acquis un immeuble par donation ou échange, aurait payé les dettes dont l'immeuble était grevé. — Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

294. — Le commissionnaire qui, chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant, les achète en son nom personnel et les paie de ses propres deniers, est subrogé de plein droit aux lieu et place du vendeur. En conséquence, si le commettant fait faillite après que les marchandises lui ont été expédiées, le commissionnaire peut les revendiquer dans le cas et de la même manière que le vendeur l'aurait pu lui-même. — Demolombe, t. 27, n. 603; Laurent, t. 18, n. 100; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 301, note 60. — V. *suprà*, v° *Commission (contrat de)*, n. 340.

295. — Décidé également que la subrogation au privilège de l'administration des douanes a lieu de plein droit au profit de l'agent en douane qui, ayant pris personnellement vis-à-vis de la douane la charge des droits afférents à une marchandise appartenant à un tiers, a acquitté ces droits. — Aix, 2 févr. 1897, Syndic. de Négri et Cie, [S. et P. 99.2.215, D. 97.2.168] — V. aussi *suprà*, v° *Commissionnaire de transports*, n. 101.

296. — Le commissionnaire en marchandises qui acquitte les droits de douane agissant non seulement pour le compte de son commettant, mais encore comme débiteur direct de ces droits vis-à-vis de l'administration des douanes, doit, le cas échéant, être admis à la faillite de son commettant pour les sommes qu'il a déboursées comme subrogé aux droits de l'administration des douanes et non pas seulement comme créancier chirographaire de la faillite — Paris, 4 mai 1900, Mory et Cie, [S. et P. 1902.2.134, D. 1901.2.296]

297. — De même, le commissaire-priseur ou l'huissier procédant à une vente publique de meubles et marchandises, est légalement subrogé aux droits du vendeur lorsqu'il lui a payé, en exécution de l'art. 625, C. proc. civ., le prix dû par un adjudicataire. — Laurent, t. 18, n. 100; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 301, note 60.

298. — Mais c'est par une extension singulière et erronée des termes de notre texte qu'on a pu décider que l'huissier qui, détenteur du produit d'une vente d'effets mobiliers à laquelle il a procédé, a pris sur lui de payer des créanciers privilégiés, est subrogé au privilège des créanciers qu'il a payés. — Rouen, 2 févr. 1827, Yard, [S. et P. chr.] — *Contrà*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 93.

299. — En matière d'assistance judiciaire, la Régie de l'enregistrement qui a fait l'avance des frais d'une instance doit être considérée comme ayant été tenue de ces frais pour l'assisté et elle peut, en conséquence, invoquer la subrogation légale le cas échéant. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 300, note 59 *quater*; Wahl, note sous Trib. Avallon, 23 mars 1892, Robin, [S. et P. 95.2.117] — V. en ce sens, *suprà*, v° *Assistance judiciaire*, n. 276 et s. — *Contrà*, Trib. Avallon, 23 mars 1892, précité.

300. — La subrogation légale peut être réclamée par le percepteur qui est tenu envers le Trésor des contributions qu'il a négligé de percevoir : ayant acquitté cette dette pour d'autres, il bénéficie de la subrogation de l'art. 1251-3° pour le recouvrement de ces impôts. — V. *suprà*, v° *Contributions directes*, n. 1501 et s.

301. — En matière commerciale, l'endosseur qui a remboursé au porteur un effet de commerce se trouve subrogé à ses droits et peut, dès lors, exercer son recours contre le souscripteur. — V. *suprà*, v° *Endossement*, n. 288 et s., 363 et s.

302. — On admet généralement que la règle du § 3 de l'art. 1251 doit être généralisée et appliquée à tous ceux dont la coobligation à la même dette se rattache soit à un engagement conventionnel, soit à un engagement résultant d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat, car ils sont alors tenus pour ou avec d'autres. — Larombière, sur l'art. 1251, n. 63; Demolombe, t. 27, n. 594.

303. — Ainsi, le notaire, déclaré partiellement responsable d'un prêt négocié par son intermédiaire et par suite condamné à payer au prêteur une certaine somme à valoir sur ce qui est dû par les emprunteurs, en payant ainsi une dette dont il est tenu avec ceux-ci et qu'il avait intérêt à acquitter, est légalement subrogé aux droits et actions du créancier contre les débiteurs. — Cass., 13 févr. 1899, Lecomte, [S. et P. 1902.1.277, D. 99.1.246]

304. — De même, l'agent de change déclaré responsable du défaut de remploi d'une rente dotale aliénée est subrogé aux droits et hypothèques de la femme contre son mari. — Cass., 3 déc. 1888, Létel, [S. 89.1.121, P. 89.1.281, D. 90.1.71]

305. — D'après la loi du 11 brum. an VII (art. 33), le conservateur des hypothèques était subrogé de plein droit aux actions

que les créanciers qu'il aurait été obligé de payer avaient contre le débiteur originaire. On peut admettre la même solution aujourd'hui par application de l'art. 1251-3°. — V. *suprà*, v° *Conservateur des hypothèques*, n. 536 et s.

306. — D'après l'art. 30, L. 22 frim. an VII, les officiers publics qui ont fait l'avance des droits d'enregistrement pour leurs clients sont subrogés aux droits de l'Administration. En conséquence, l'opposition qui sera formée à l'exécutoire qu'ils peuvent obtenir et toutes les contestations qui s'élèveraient à cet égard seront jugées conformément à l'art. 65 de la loi de frimaire an VII, relatif aux instances soutenues au nom de la nation. — V. *suprà*, v° *Enregistrement*, n. 1188 et s.

307. — La subrogation légale de l'art. 1251-3° n'existant qu'au profit de celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette ne peut être invoquée par le tiers qui a payé une dette à laquelle il était étranger. — Cass., 5 juin 1896, Brasseur, [D. 96.1.468] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

308. — D'autre part, la subrogation n'a pas lieu lorsque celui qui paie ne fait qu'acquitter sa propre dette. Ainsi, le souscripteur d'une lettre de change, lors même qu'il ne l'aurait souscrite que dans l'intérêt d'un tiers, ne faisant qu'acquitter sa propre dette en payant la lettre de change à l'échéance, ne peut prétendre être subrogé dans les droits et actions du porteur par lui remboursé. — Cass., 22 août 1871, Pichelin, [S. 71.1.230, P. 71.724, D. 71.1.165] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 300, note 59 *quater*.

309. — De même, celui qui, par un acte passé avec le débiteur, s'engage par une sorte de police d'assurance à payer pour son compte des intérêts à divers créanciers, ne peut être considéré comme une caution à l'égard de ces créanciers. En conséquence, il n'est pas subrogé légalement à leurs droits pour les sommes qu'il leur a payées, et ne peut se faire rembourser de ces sommes dans l'ordre ouvert sur le débiteur, au préjudice de ce qui reste encore dû aux créanciers. — Paris, 27 nov. 1841, Créanciers Huc, [S. 42.2.49, P. 42.2.475] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 108; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 301 et 302.

310. — Celui qui a assuré ces intérêts ne peut non plus se prévaloir d'une subrogation conventionnelle, stipulée dans les quittances qu'il a reçues des créanciers auxquels il a payé pour le compte du débiteur, alors que la police d'assurance et les quittances sont faites par acte sous seing privé. — Même arrêt.

311. — L'adjudicataire d'objets mobiliers donnés en nantissement pour une constitution de rente viagère ne peut être subrogé, s'il résulte du cahier des charges que cette rente est une partie du prix d'adjudication. Car il paie sa dette propre. — Paris, 31 janv. 1895, sous Cass., 2 août 1898, Rouy, [D. 99.1.33

312. — Le sous-entrepreneur qui a payé les ouvriers par lui employés n'est point subrogé dans l'action en paiement que ceux-ci auraient eue, aux termes de l'art. 1798, C. civ., contre le maître de l'ouvrage auquel ils ont travaillé, s'ils n'avaient pas reçu leurs salaires : ici ne s'applique point l'art. 1251-3°, C. civ. — Laurent, t. 18, n. 102; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 302; Demolombe, t. 27, n. 584; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 102. — V. *suprà*, v° *Louage d'ouvrage, de services et d'industrie*, n. 1382.

313. — La subrogation légale ne peut être invoquée par la compagnie d'assurances qui rembourse le propriétaire de l'immeuble assuré détruit par un incendie dans le but de se prévaloir de l'action que le propriétaire aurait pu exercer contre ses locataires à raison du sinistre. L'assureur ne fait, en effet, qu'acquitter sa propre dette telle qu'elle résulte du contrat d'assurance. Aussi est-il d'usage d'insérer dans les polices une clause de subrogation conventionnelle. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 302, texte et note 64 *ter*. — V. *suprà*, v° *Assurance contre l'incendie*, n. 486 et s., 493 et s.

314. — Exceptionnellement, et sans qu'on puisse expliquer cette dérogation autrement qu'en vertu de la tradition, on admet qu'en matière d'assurance maritime, l'assureur est subrogé de plein droit à l'assuré, quant aux créances que ce dernier aurait vis-à-vis de tiers, à l'occasion du sinistre. — Demolombe, t. 27, n. 597; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 302, note 64 *bis*. — V. *suprà*, v° *Assurance maritime*, n. 1491 et s.

315. — Une autre exception est consacrée en matière commerciale par l'art. 159, C. comm., d'après lequel celui qui paie par intervention une lettre de change, est légalement subrogé aux droits du porteur, bien qu'il ne soit tenu du montant de l'effet, ni avec d'autres, ni pour d'autres. — V. *suprà*, v° *Lettre de change*, n. [illegible] et s.

316. — En accordant, d'ailleurs, au tiers qui paie par intervention un effet de commerce sans être obligé à la dette, la subrogation de plein droit, sous la condition de l'accomplissement des formalités qu'ils édictent, les art. 158 et 159, C. comm., ne font pas obstacle à ce que celui dont la signature était apposée sur l'effet qu'il a payé puisse se prévaloir de la subrogation, en vertu de l'art. 1251-3°, C. civ. — Poitiers, 24 déc. 1888, Auzanneau, [S. 89.2.163, P. 89.1.871]

317. — Le sous-traitant ou mandataire d'une entreprise de voiturage ne peut se considérer comme obligé solidaire ou caution de l'entrepreneur principal : c'est pourquoi il ne peut se prétendre subrogé aux droits de cet entrepreneur, aux termes de l'art. 1251, C. civ. — Cass., 18 mai 1831, Gérard-Schmidt, [S. 31.1.220, P. chr.]

318. — La subrogation n'aurait pas non plus lieu en faveur de celui qui s'est porté fort pour un tiers qui ne ratifie pas. — Gauthier, n. 352.

319. — L'art. 1251-3° suppose, bien qu'il n'en soit pas explicitement question, un paiement effectif du tiers intéressé. — Jugé, en conséquence, que la subrogation légale dans les droits du créancier qui reçoit son paiement, ne s'opère qu'autant qu'il le reçoit directement du tiers qui avait intérêt d'acquitter la dette : qu'elle n'a pas lieu lorsque la libération du débiteur s'effectue sans l'intervention de ce tiers, par voie de compensation légale. — Cass., 11 mars 1861, Baudon et Cie, [S. 61.1.401 et la note de M. Carette, P. 61.1176, D. 61.1.268] — *Sic*, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 113.

320. — Cependant, la caution solidaire, sur les biens de laquelle le créancier a obtenu un bordereau de collocation, peut, encore bien que cette collocation ne puisse être assimilée à un paiement effectif et entraîner une subrogation immédiate, se prévaloir de l'art. 1251, § 3, C. civ., pour se faire colloquer éventuellement, et pour le cas où le bordereau de collocation remis au créancier serait payé, sur les biens du débiteur principal, qui sont en même temps l'objet d'un ordre. — Riom, 1er juill. 1897, Hérit. Martin, [S. et P. 98.2.143] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 300, note 59 *ter*.

321. — En pareil cas, le juge-commissaire à l'ordre, qui admet la collocation éventuelle de la caution, n'accorde pas une subrogation anticipée, mais arrête, en prévision d'un événement qui doit la faire naître, les conséquences et les effets de l'ordre lui-même. — Même arrêt.

322. — D'autre part, le paiement pourrait être fait autrement qu'en espèces. — Bourges, 20 déc. 1871, Gogot, [D. 72.2.171] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 300, note 59 *ter*.

323. — Après qu'un créancier s'est fait subroger légalement en conformité du 1° de l'art. 1251, dans les droits d'un autre créancier qui lui était préférable à raison de son rang hypothécaire, rien ne s'oppose à ce que l'un des débiteurs solidaires de celui-ci obtienne lui-même, et en vertu du 3°, la subrogation légale dans les droits du créancier déjà subrogé, en le remboursant à son tour. — Bordeaux, 28 déc. 1858, Lesieur, [S. 59.2.296, P. 59.1198]

§ 4. *Subrogation au profit de l'héritier bénéficiaire.*

324. — D'après l'art. 1251-4°, C. civ., la subrogation a lieu de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. Il est de l'intérêt à la fois de l'héritier et des créanciers que la succession soit liquidée au moins de frais possible. Or un moyen pratique d'obtenir ce résultat sera pour l'héritier de payer de ses deniers les créanciers qui auront des garanties suffisantes pour qu'il soit sûr de rentrer dans ses déboursés par la subrogation dans leurs droits. Telle est la raison de la disposition du § 4 de l'art. 1251.

325. — Les dettes dont le paiement entraîne subrogation légale au profit de l'héritier bénéficiaire comprennent toutes les charges de la succession, telles que les frais funéraires, et même les legs. — Duranton, t. 12, n. 177; Demolombe, t. 27, n. 626; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 304, note 66; Larombière, sur l'art. 1251, n. 12; Laurent, t. 18, n. 108; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 126; Huc, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1562.

326. — Ainsi la subrogation de l'art. 1251-4° s'applique même à celui qui paie les droits de mutation. — Bordeaux, 15 févr. 1849, Conte, [S. 49.2.536, P. 49.455, D. 49.2.252] — Paris, 19 janv. 1854, Chopin, [S. 54.2.752, P. 54.2.159]

327. — S'il y a plusieurs héritiers et que l'un d'eux, héritier bénéficiaire, paie intégralement une dette de la succession, il n'y a subrogation que dans la mesure de la part héréditaire de celui-ci. — Larombière, sur l'art. 1251, n. 73; Laurent, t. 18, n. 108 Demolombe, t. 27, n. 628, Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 127; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1563.

328. — La subrogation ne profite à l'héritier bénéficiaire qu'autant que c'est de ses propres deniers qu'il a payé les dettes héréditaires et seulement jusqu'à concurrence de la part dont il était tenu sur la somme remboursée. — Orléans, 18 avr. 1894, Demerson et Jacquelin, [D. 95.2.184]

329. — Et la subrogation accordée par l'art. 1251, § 6, C. civ., à l'héritier bénéficiaire qui paie de ses deniers les dettes de la succession, ne peut s'opérer que pour les paiements qu'il a régulièrement effectués en se conformant aux prescriptions de l'art. 808, C. proc. civ., et dans la mesure de ces paiements. — Cass., 4 juill. 1892, Richou, [S. et P. 96.1.502, D. 92.1.481] — *Sic*, Larombière, sur l'art. 1251, n. 78; Huc, t. 8, n. 76; Fuzier-Herman et Griffond, *C. civ. ann.*, *Suppl.*, sur l'art. 1251, n. 45; Planiol, *loc. cit.*; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 304, note 66 *bis*. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1560.

330. — En conséquence, s'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut obtenir la subrogation qu'autant qu'il a payé dans l'ordre et de la manière réglée par le juge. — Même arrêt. — *Sic*, Larombière, *loc. cit.*

331. — Et, la loi n'ayant soumis l'opposition des créanciers à aucune forme déterminée, l'opposition résulte de tous actes établissant que l'héritier bénéficiaire n'a pu ignorer l'existence de la créance et sa volonté d'en être payé. — Même arrêt. — V. *suprà*, v° *Bénéfice d'inventaire*, n. 668 et s.

332. — Mais, si l'héritier bénéficiaire n'a pas droit à la subrogation pour les créances ordinaires qu'il a payées sans se conformer aux prescriptions de l'art. 808, C. civ., il a droit, au contraire, à la subrogation pour les créances privilégiées qu'il justifierait avoir acquittées dans les mêmes conditions; celles-ci, en effet, primant toutes les autres, aucune opposition ne peut en empêcher le paiement régulier. — Même arrêt. — V. Larombière, sur l'art. 1251, n. 78.

333. — Le père bénéficiaire de l'usufruit légal qui paie la dette d'une succession dont ses enfants sont héritiers bénéficiaires a droit à la subrogation légale, comme l'auraient eu ses enfants s'ils avaient eux-mêmes effectué le paiement. — Lyon, 6 févr. 1890, De la Jonquière, [D. 91.2.377] — *Sic*, Larombière, sur l'art. 1251, n. 82; Huc, t. 8, n. 76; Fuzier-Herman et Griffond, *C. civ. ann.*, *Suppl.*, sur l'art. 1251, n. 48.

334. — Mais la subrogation établie par le § 4 de l'art. 1251, ne saurait être étendue en dehors du cas expressément visé par le texte, notamment au curateur à succession vacante qui paierait de ses deniers une dette successorale. — Gauthier, n. 549 et 550; Mourlon, p. 476; Demolombe, t. 27, n. 624; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 303, note 65; Larombière, sur l'art. 1251, n. 79; Laurent, t. 18, n. 107; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1251, n. 125; Planiol, t. 2, n. 503; Huc, t. 8, n. 76; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1561. — *Contrà*, Toullier, t. 7, n. 155; Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. 2, n. 1272.

Section III.

Effets de la subrogation personnelle.

335. — La subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle a pour effet de faire passer le subrogé à la place du créancier et de lui permettre d'exercer tous les droits et actions attachés à la créance. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1567; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 305.

336. — Décidé, en ce sens, que le tiers qui fait un paiement avec subrogation succède à tous les droits, actions et privilèges du créancier. — Cass., 3 avr. 1861, Machard, [S. 61.1.586, P. 62.822, D. 61.1.153]; — 9 déc. 1863, Lecoq, [S. 64.1.177, P. 64. 649, D. 64.1.299]; — 5 août 1879, Diverrès, [S. 81.1.403, P. 81. 1.1042, D. 81.1.268]; — 28 févr. 1894, Calador, [S. et P. 95.1. 321]; — 22 oct. 1894, Pujade, [S. et P. *ibid.*, D. 96.1.585]; — 25 juin 1895, Grégorio, [S. et P. 99.1.491, D. 95.1.486]

337. — Par suite de la subrogation légale, la créance payée par celui qui y était tenu avec d'autres ou pour d'autres subsiste à son profit avec tous les droits et actions qui y sont attachés, y compris les sûretés consenties par des tiers. — Cass., 18 nov. 1896, Quéro, [S. et P. 99.1.519, D. 97.1.51]

338. — L'engagement pris par un créancier, de ne prendre part à aucune répartition des deniers appartenant à son débiteur avant qu'une autre créance déterminée ait été payée, constitue par sa nature, et sauf stipulation contraire, une sûreté attachée à cette créance, sûreté dont peut se prévaloir celui qui a été subrogé légalement à ladite créance pour l'avoir payée en qualité de caution solidaire. — Même arrêt.

339. — On ne saurait dénier à un pareil engagement le caractère de sûreté attaché à la créance, ni prétendre que la garantie était accordée exclusivement au créancier primitif, sur l'unique motif que le créancier qui avait pris l'engagement n'était ni le codébiteur, ni la caution du débiteur, et encore moins du subrogé pour qui il était un tiers. — Même arrêt.

340. — La subrogation s'opère non seulement contre le débiteur et les tiers personnellement ou hypothécairement obligés à la dette, mais aussi contre ceux qui se trouvaient soumis envers le créancier à un recours en garantie ou en indemnité à raison de sa créance. C'est par application de cette règle que l'art. 1252 déclare que la subrogation a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 305 et 306.

341. — D'autre part, la caution qui a payé la dette est subrogée aux droits du créancier non seulement contre le débiteur, mais encore contre les autres personnes tenues de la dette avec celui-ci, telles que la caution réelle et le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette par le débiteur principal. — V. *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 569 et 570.

342. — La subrogation comprend tous les droits qui, au jour où elle s'opère, appartenaient au créancier subrogeant et dérivaient de son titre (V. pour l'application spéciale du principe à la caution, *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 571 et s.). Le subrogé succède ainsi à l'action paulienne qui pouvait appartenir au créancier désintéressé par lui. — Cass., 25 juin 1895, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1567.

343. — Il succède de même à l'action résolutoire appartenant au vendeur en cas de non-paiement du prix. — Cass., 13 mai 1873, Hélie, [S. 73.1.336, P. 73.855, D. 73.1.417]; — 28 févr. 1894, précité. — Bourges, 19 juin 1838, Larey, [S. 53. 2.481, *ad notam*, P. 38.2.615] — Rouen, 15 mai 1852, Aroux, [S. 53.2.76, P. 54.1.530] — Paris, 30 juin 1853, Chana, [S. 53. 2.481, P. 53.2.333, D. 54.2.108] — Grenoble, 13 mars 1858, Turin, [S. 59.2.209, P. 59.816, D. 58.2.177] — *Sic*, Mourlon, p. 37 et 157; Gauthier, n. 107; Larombière, sur l'art. 1252, n. 13; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1567; Demolombe, t. 27, n. 641; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 306. — V. aussi Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1249, n. 37.

344. — Le subrogé est investi de l'action résolutoire aussi bien quand la subrogation est légale que lorsqu'elle est conventionnelle. — Cass., 28 févr. 1894, précité; — 22 oct. 1894, précité. — *Sic*, Demolombe, t. 27, n. 496; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, t. 19, n. 9 et 10.

345. — Et l'action résolutoire est transmise au tiers qui, étant créancier de l'acheteur, a désintéressé le vendeur. — Mêmes arrêts.

346. — Le subrogé succède également à l'action en responsabilité que le subrogeant pouvait avoir à exercer. — Cass., 9 déc. 1863, précité; — 5 août 1879, précité. — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1567.

347. — Toutefois le créancier subrogé ne conserve les droits du subrogeant que sous les mêmes conditions que lui, notamment en renouvelant les inscriptions d'hypothèques jusqu'à l'ouverture de l'ordre. Ainsi jugé que la subrogation légale ayant pour effet, aussi bien que la subrogation conventionnelle, d'investir le subrogé de la créance primitive, l'acquéreur d'un immeuble qui désintéresse les premiers créanciers inscrits leur est substitué au regard des créanciers inscrits à un rang inférieur, mais que sa collocation au rang des créanciers désintéressés, qui lui permet de retenir sur le prix le montant des créances acquises, est subordonnée à la condition d'avoir conservé jusqu'à l'ouverture de l'ordre les inscriptions afférentes aux créances. — Cass., 22 nov. 1893, Couturier, [S. et P. 94.1.337, et la note de M. Dalmbert, D. 94.1.153] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 307, texte et

note 77; Larombière, sur l'art. 1252, n. 9; Demolombe, t. 27, n. 556, 557; Pont, *Des priv. et hyp.*, n. 1054; Colmet de Santerre, t. 9. n. 134 *bis*-XVI.

348. — ... Que l'acquéreur qui ne remplit pas les formalités de la purge, et qui paie directement les créanciers inscrits, ne pouvant opposer les créances ainsi payées, par voie de compensation, aux autres créanciers hypothécaires, l'acquéreur, en ce cas, est seulement subrogé, par l'effet du paiement, aux droits des créanciers désintéressés, et tenu, comme eux, de conserver ces droits; qu'il ne peut donc se prévaloir, à l'égard des créanciers inscrits, d'une hypothèque qui a été rayée par erreur et non rétablie. — Cass., 31 déc. 1895, Follenfant, [S. et P. 98.1.211]

349. — Si la subrogation légale ou conventionnelle investit le subrogé de tous les droits et actions du subrogeant, elle ne lui confère que les droits et actions qui appartiennent à ce dernier, ou dont la cause existait à son profit au moment où la subrogation s'est opérée. — Cass., 12 déc. 1898, Berthet, [S. et P. 1901.1.398, D. 99.1.345] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e édit., t. 4, § 321, p. 305, note 73 *bis*; Laurent, t. 18, n. 114; Demolombe, t. 27, n. 642.

350. — Ainsi, au cas de subrogation consentie par un créancier hypothécaire au profit du bailleur de fonds qui l'a désintéressé, ce dernier n'est pas recevable, s'il n'arrive pas en rang utile à l'ordre ouvert sur le prix de la vente des immeubles hypothéqués, à intenter, en tant que créancier subrogé, une action en responsabilité contre le notaire rédacteur de l'acte de prêt et négociateur dudit prêt, à raison de faits qui, postérieurs au moment où le subrogeant avait cessé d'être créancier, ne pouvaient pas engendrer d'action à son profit, notamment à raison de la vente en deux lots des immeubles hypothéqués, faite trois ans après le remboursement du subrogeant. — Même arrêt.

351. — Le subrogé ne pourrait, dans ce cas, qu'intenter une action personnelle, directe et indépendante de la subrogation, en établissant que le notaire, procédant comme il l'a fait, a commis une faute qui lui a causé préjudice. — Même arrêt.

352. — Le tiers, subrogé aux droits d'un créancier hypothécaire, ne peut réclamer dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble hypothéqué une condition meilleure que celle de son subrogeant. — Cass., 30 mars 1896, Soc. d'assur. *l'Urbaine*, [D. 97.1.462]

353. — Ainsi, lorsqu'une femme mariée a fait un contrat de cession d'antériorité, mais seulement à titre de supplément de garantie, celui qui se fait subroger aux droits du cessionnaire ne saurait prétendre à plus de droits que ce dernier. — Même arrêt.

354. — La subrogation ne se limite pas aux droits du subrogeant sur l'immeuble acquis. Elle donne au subrogé les droits du créancier désintéressé même contre les tiers. — V. *suprà*, n. 264.

355. — Le subrogé ne peut exercer les droits du créancier auquel il est subrogé, que jusqu'à concurrence des sommes qu'il a déboursées pour obtenir cette subrogation. — Cass., 21 mars 1810, Bellanger, [S. et P. chr.]; — 30 oct. 1895, Amaudry, [S. et P. 97.1.394] — *Sic*, Merlin, *Quest. de dr.*, vo *Subrogation de personne*, § 1; Duranton, t. 12, n. 122; Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. 1, n. 353 *bis*; Marcadé, sur l'art. 1250, p. 511, n. 3; Mourlon, p. 13; Gauthier, n. 50 et 55; Larombière, sur l'art. 1250, n. 29; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-VIII; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 307; Demolombe, t. 27, n. 328; Laurent, t. 18, n. 16; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 1042; Huc, t. 8, n. 495; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1521 et 1568.

356. — En conséquence, le mandataire qui s'est fait subroger aux créanciers de son mandant par lui désintéressés, au moyen d'un prix inférieur au montant réel de leurs créances, ne peut valablement réclamer à ce dernier, contre lequel la subrogation a été consentie, des sommes supérieures au prix par lui payé en échange de cette subrogation. — Cass., 30 oct. 1895, précité.

357. — Le prêteur subrogé par l'emprunteur dans les droits du créancier de celui-ci, cessionnaire lui-même à titre de garantie d'une créance appartenant à l'emprunteur sur un tiers, peut faire à ce tiers une signification n'ayant d'autre objet que de lui assurer l'effet de la subrogation, et par suite de maintenir au profit du subrogé l'utilité de la signification de la cession de créance précédemment faite par le créancier cessionnaire au tiers cédé, et cela seulement jusqu'à concurrence des sommes prêtées par le prêteur subrogé; on ne peut dire que ce soit là la signification de la cession de la créance totale, cession que les juges ont reconnu ne pas exister au profit du subrogé. — Cass., 15 mars 1897, Benoît Lévy, [S. et P. 98.1.229]

358. — Il en résulte que quand le créancier a accordé une remise sur le montant de la dette, le subrogé n'est autorisé à répéter que la somme qu'il a réellement payée. De même, si la créance remboursée n'était pas productive d'intérêts, le subrogé ne serait pas admis à se prévaloir de la subrogation en ce qui concerne les intérêts de la somme par lui payée, et ne pourrait les réclamer contre le débiteur que par l'action de mandat ou de gestion d'affaires. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 308.

359. — Il en serait autrement si la créance remboursée était productive d'intérêts puisque cette créance, bien qu'éteinte au regard du créancier, continue de subsister avec tous ses avantages dans l'intérêt du subrogé. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 308, note 79; Larombière, sur l'art. 1252, n. 11.

360. — Décidé, au contraire, que la subrogation donne tant au subrogé qu'à ses cessionnaires quelconques, le droit de réclamer contre le débiteur la totalité de la créance, quelle que soit la somme qui ait été déboursée pour acquérir la subrogation. — Paris, 3 prair. an X, Poitevin, [S. et P. chr.] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 118; Duvergier, *Vente*, t. 2, n. 232 et s.; Poujol, *Obligat.*, sur les art. 1249-1250, n. 5.

361. — Mais cette opinion ne saurait être admise. C'est, en effet, un principe général que le subrogé ne peut avoir plus de droit que le subrogeant. — Cass., 11 mars 1885, Reuss et Veézian, [D. 85.1.417]

362. — Si la caution n'a garanti la dette que pour l'un des codébiteurs solidaires, quelle est l'étendue de son recours contre les débiteurs qu'elle n'a pas cautionnés? Dans une opinion, on lui accorde une action solidaire pour le tout contre chacun des codébiteurs qu'elle n'a pas cautionnés. Mais, dans un autre système, on décide qu'elle n'a de recours contre eux que pour la part de chacun d'eux dans la dette solidaire. — V. *suprà*, vo *Cautionnement*, n. 586 et s.

363. — Lorsqu'une personne paie une dette parce qu'elle en est tenue avec d'autres, elle n'a action contre les coobligés qu'à concurrence de la part pour laquelle chacun est tenu de contribuer à la dette. — Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 308. — Il en est ainsi dans le cas même où le coobligé qui a payé s'est fait conventionnellement subroger aux droits et actions du créancier.

364. — Le tiers détenteur qui a payé une dette hypothécaire a le droit, non seulement d'agir contre le débiteur, mais encore d'exercer en outre le droit de suite du créancier qu'il a désintéressé contre les autres tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette. — V. Cass., 28 juin 1882, Aubert, [S. 82.1.447, P. 82.1.1131, D. 85.5.446] — Douai, 26 déc. 1884, sous Cass., 28 déc. 1887, Caisse communale de Quesnay, [S. 88.1.205, P. 88.1.502, D. 88.1.217] — *Sic*, Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 309; Grenier, t. 2, n. 494; Troplong, *Privil. et Hypoth.*, t. 4, n. 788 *ter*; Larombière, sur l'art. 1251, n. 28; Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-VI et s. — *Contrà*, Gauthier, n. 468; Demolombe, t. 27, n. 656 et s.; Laurent, t. 18, n. 127 et s.

365. — Mais quand plusieurs immeubles hypothéqués à la même dette ont été transmis à des tiers détenteurs différents, celui d'entre eux qui paie le créancier peut-il recourir pour le tout par l'action hypothécaire contre tel autre des tiers détenteurs qu'il lui convient de poursuivre, ou le recours de ce tiers détenteur se divise-t-il, de telle façon qu'il ne puisse être exercé contre chaque tiers détenteur qu'en proportion de la valeur de l'immeuble détenu par chacun d'eux? La grande majorité des auteurs et les arrêts ou jugements qui ont statué sur la question, se prononcent dans le sens du recours divisé. Jugé que le tiers détenteur d'un des immeubles hypothéqués à la même dette, qui a payé la totalité de la dette, ne peut exercer l'action hypothécaire contre les détenteurs des autres immeubles hypothéqués que dans la proportion de la valeur comparative de ces immeubles et du sien propre; qu'une telle décision est commandée par l'identité de la situation juridique de ces divers détenteurs et par la nécessité d'éviter un circuit inutile de l'action subrogatoire. — Cass., 8 déc. 1903, Abaye, [S. et P. 1904.1.161, et la note de M. Lyon-Caen] — Paris, 19 déc. 1835, [S. 36.2.159, P. chr.] — Douai, 27 mai 1840, [S. 40.2.468] — Angers, 10 mars 1841, [S. 41.2.187] — Trib. de Villefranche, 7 févr. 1862 (motifs), sous Cass., [S. 64.1.355, P. 64.996] — *Sic*, Aubry et Rau, 4e éd., t. 4, § 321, p. 188, texte et note 83, et 5e éd., t. 4, § 321,

p. 309, texte et note 83; Colmet de Santerre (contin. de A.-M. Demante), *op. cit.*, t. 5, n. 197 *bis*-VIII et IX; Mourlon, *Tr. des subrog. personnelles*, p. 65 et s.; Planiol, t. 2, n. 3270. — Cette solution était déjà admise dans le droit romain (Dig., t. 5, *Princ.*, *titre De censibus*, liv. 50, tit. 15), et avait pour elle, dans l'ancien droit, Loyseau et Pothier. — V. Loyseau, *Du déguerpissement*, l. 2, chap. 8, n. 9 et s.; Pothier, *Tr. de l'hyp.*, n. 101 et s. (éd. Bugnet, t. 9, p. 449 et s.), et *Introd. au tit. XX de la cout. d'Orléans*, n. 42 (éd. Bugnet, t. 1, p. 652.

366. — Toutefois, cette doctrine n'est pas unanimement admise par les auteurs. La doctrine la plus absolue reconnaît au tiers détenteur qui a payé la dette entière le droit de recourir pour le tout sans aucune déduction contre tel des autres tiers détenteurs qu'il veut poursuivre (V. Gauthier, n. 468 à 474; Thézard, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, n. 174, p. 240 et s. — V. aussi, Laurent, n. 127 et s.). La subrogation, dit-on en ce sens, fait passer au subrogé les droits du subrogeant (C. civ., art. 1249). Dans l'espèce, le subrogeant, c'est-à-dire le créancier qui a été payé, avait l'action hypothécaire pour le tout, sans aucune déduction, contre chacun des tiers détenteurs. Le même droit doit appartenir avec la même étendue au tiers détenteur subrogé, qui a payé la totalité de la dette au créancier. Le tiers detenteur, ainsi actionné pour le tout, a d'autant moins le droit de se plaindre qu'il aurait eu lui-même le droit d'agir pour le tout contre les autres tiers détenteurs, si c'était lui qui avait désintéressé le créancier, et que, d'ailleurs, un tiers détenteur qui veut éviter d'être ainsi poursuivi par suite de la subrogation, n'a qu'à remplir les formalités de la purge.

366 *bis*. — Les partisans d'une doctrine intermédiaire soutiennent que le tiers détenteur qui a payé toute la dette peut, en vertu de la subrogation, exercer un recours pour le tout contre chacun des autres tiers détenteurs, mais seulement sous la déduction de la part qu'il a à supporter d'une façon définitive. Ils se fondent, pour établir le recours pour le tout, sur les mêmes raisons que les partisans de la docrine absolue. Mais, pour justifier la déduction, ils se prévalent de ce que le tiers détenteur qui a payé est lui-même soumis aux effets de la subrogation au profit des autres tiers détenteurs qui ont contre lui les droits qu'il a contre eux; le tiers détenteur qui paie ne peut, en vertu de la subrogation, réclamer la part dans la dette qu'il aurait à rendre aussitôt, par cela même qu'elle doit être à sa charge définitive (V. Demolombe, t. 28, n. 658). C'est en ce sens que quelques anciens auteurs se prononçaient. — V. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. 21, n. 241; Ferrière, *Coutume de Paris*, art. 108, § 4, n. 108 et s. — Ces deux systèmes ont de graves inconvénients. Si le tiers détenteur qui a payé le créancier exerce un recours pour le tout sans aucune déduction contre un autre tiers détenteur, celui-ci pourra, à son tour, exercer un recours pour le tout contre un second tiers détenteur, et ainsi de suite, jusqu'à ce que, après une série de recours successifs, on arrive à un dernier tiers détenteur poursuivi, qui supportera seul la totalité de la dette, si, le débiteur étant insolvable, tout recours contre lui est inefficace. Ainsi, avec ce système, chacun des tiers détenteurs aurait intérêt à être poursuivi le premier pour pouvoir recourir contre les autres et échapper ainsi à toute perte. Le système intermédiaire n'a certainement pas l'inconvénient qui vient d'être signalé pour la première doctrine, car, grâce aux déductions successives que chaque tiers détenteur doit faire subir au montant de son recours, le dernier tiers détenteur poursuivi ne paie que la part qu'il a à supporter dans la dette, et tous les tiers détenteurs ont un recours contre le débiteur, de telle sorte que chacun d'eux supporte une perte si celui-ci est insolvable. Mais, pour en arriver à ce résultat, il faut une série de recours successifs, qui sont une source de complications, de lenteurs et de frais. — Lyon-Caen, note sous Cass., 8 déc. 1903, précité.

367. — La subrogation légale au profit du tiers détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèque du chef du débiteur principal ne l'autorise pas à poursuivre la caution, encore que l'hypothèque n'ait été établie que postérieurement au cautionnement. — Mourlon, p. 84 et s.; Gauthier, n. 456; Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-X; Demolombe, t. 27, n. 649 et s.; Laurent, t. 18, n. 123 et s.; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 309. — *Contrà*, Troplong, *Privil. et Hyp.*, t. 3, n. 800, *Cautionnement*, n. 429. — La caution, au contraire, qui paie une dette garantie par une hypothèque établie sur les biens du débiteur principal, peut exercer contre le tiers détenteur tous les droits et actions du créancier. — Mourlon, p. 413 et s.; Laurent, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contrà*, Troplong, *Cautionnement*, n. 366. — V. *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 569 et 570.

368. — Si une créance a pour garantie en même temps une caution et une hypothèque fournie par un tiers qui n'était pas obligé à la dette, celui des deux qui paie la dette ne peut recourir contre l'autre qu'à concurrence de moitié de la somme qu'il a déboursée. En effet, il n'y a aucune différence entre ces personnes, il faut les mettre sur le pied d'égalité. — Demolombe, t. 27, n. 654. — Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-XI; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 310; Mourlon, p. 425 et s.; Ponsot, *Cautionnement*, n. 283; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1252, n. 123. — *Contrà*, Troplong, *Cautionnement*, n. 427.

369. — D'après certains auteurs, ce principe reçoit exception en ce que le tiers qui a fourni hypothèque n'est jamais exposé à subir le recours qu'à concurrence de moitié de la valeur du bien hypothéqué, car le tiers n'est caution qu'à concurrence de cette valeur; le recours doit donc se limiter à moitié de la valeur du bien. — Mourlon, p. 433 et s.; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Demolombe, t. 27, n. 655; Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contrà*, Ponsot, *Cautionnement*, n. 285.

370. — En raison de ce que la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a reçu qu'un paiement partiel, l'art. 1252 décide que, dans cette hypothèse, le créancier peut, pour ce qui lui reste dû, exercer ses droits par préférence à celui dont émane le paiement. Ce droit de préférence est, d'ailleurs, vivement critiqué par l'ensemble de la doctrine. On a fait remarquer que cette préférence donnée au subrogeant fait que celui-ci touche souvent beaucoup plus qu'il n'aurait pu obtenir s'il n'y avait pas eu de paiement partiel fait par un tiers. Il peut absorber tout l'actif du débiteur et ne rien laisser au subrogé. — V. notamment, Demolombe, t. 27, n. 662 et s.; Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-XIV; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 312, texte et note 89; Larombière, sur l'art. 1252, n. 25; Laurent, t. 18, n. 131.

371. — A raison de sa place dans le Code, l'art. 1252, qui renvoie aux articles antérieurs, est par là même applicable aux cas de subrogation légale qui s'éloignent le plus du type de la subrogation conventionnelle. — Duranton, t. 12, n. 184; Larombière, sur l'art. 1252, n. 34; Laurent, t. 18, n. 133; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1252, n. 6.

372. — Le droit de préférence accordé au créancier qui n'a reçu qu'un paiement partiel s'applique lorsque le paiement a été effectué par la caution. Le créancier privilégié ou hypothécaire sera préféré à la caution pour ce qui lui reste dû en tant que celle-ci voudra agir par l'action subrogatoire. Mais si la caution emploie l'action de mandat ou de gestion d'affaires et si le créancier n'a qu'une dette chirographaire, la caution viendra en concurrence avec le créancier pour obtenir le remboursement de ses avances. — V. *suprà*, v° *Cautionnement*, n. 575 et s.

373. — De même, le créancier n'a aucun droit à exercer par préférence à l'encontre de la caution qui, dès l'origine, garantissait la dette partiellement payée. — Demolombe, t. 27, n. 670; Larombière, sur l'art. 1252, n. 27; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1572.

374. — Le créancier privilégié, payé en partie par un tiers, peut exercer ses droits pour le reliquat par préférence au tiers subrogé dans le privilège, même au cas de paiement partiel d'une créance garantie par deux sortes de privilèges dont l'un s'applique seulement à la partie de la créance qui a été payée, et l'autre à la totalité de la créance, et par conséquent à la partie qui reste due. — Cass., 29 mai 1878, Postel, [S. 79.1.59, P. 79.130, D. 78.1.427]

375. — Ainsi, le sauveteur du navire et de la cargaison, qui a reçu du chargeur un paiement partiel des frais de sauvetage privilégiés à la fois sur la cargaison et sur le navire, peut, pour ce qui lui reste dû, exercer ses droits sur le navire par préférence au chargeur, en invoquant la subrogation légale dans le privilège du sauveteur sur le navire pour le recouvrement de la partie des frais par lui payée et mise à la charge du navire par le règlement d'avaries. — Même arrêt.

376. — La disposition de l'art. 1252, C. civ., d'après laquelle le créancier payé en partie peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, ne peut être appliquée qu'à la portion restant due de la créance, dont une partie seulement est remboursée avec les fonds du tiers prêteur subrogé aux droits du créancier;

ce dernier ne peut l'invoquer pour les autres créances qu'il peut avoir contre le même débiteur. — Cass., 27 nov. 1832, Dusserre, [S. 33.1.115, P. chr.]; — 12 mars 1889, Xans, [S. 89.1.176, P. 89.1.406, D. 90.1.207]; — 13 févr. 1899, Lecomte, [S. et P. 1902. 1.277, D. 99.1.246] — Bourges, 20 déc. 1871, Gogot, [D. 72.2. 171] — Paris, 27 avr. 1888, Lejaud, [D. 88.2.306] — *Sic*, Toullier, t. 7, n. 169; Merlin, *Rep.*, v° *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 8, n. 7; Duranton, t. 12, n. 184; Troplong, *Cautionnement*, n. 368; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, p. 313, § 321; Larombière, sur l'art. 1252, n. 30; Demolombe, t. 1, n. 27, n. 168; Laurent, t. 18, n. 136; Rolland de Villargues, v° *Subrogation*, n. 60; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1252, n. 14; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1570.

377. — Lorsqu'il y a plusieurs subrogations successives, tous les subrogés dans les diverses parties d'une même créance doivent venir en concurrence, sans égard aux dates des subrogations successives; et cela, sans qu'il y ait aucune distinction à faire entre les subrogations qui émanent du créancier, conformément au 1° de l'art. 1250, C. civ., et celles qui auraient été seulement consenties par le débiteur, suivant le 2° du même article : dans l'un comme dans l'autre cas, les derniers subrogés ne peuvent prétendre être investis du droit de préférence accordé au créancier par l'art. 1252. — Dijon, 10 juill. 1848, Gautier de Breuvand, [S. 48.2.609, P. 49.1.15, D. 49.2.15] — Lyon, 12 févr. 1890, Dumont, [D. 91.2.247] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Subrog. de pers.*, tit. 2, § 8, n. 8; Persil, *Rég. hypoth.*, sur l'art. 2103, § 2; Delvincourt, t. 2, p. 777; Toullier, t. 7, n. 170; Grenier, *Hypoth.*, t. 1, n. 93; Duranton, t. 12, n. 188 et 189; Troplong, *Privil. et Hypoth.*, t. 1, n. 379 et 381; Marcadé, sur l'art. 1252, n. 2; Taulier, t. 4, p. 375; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 314; Larombière, sur l'art. 1252, n. 36; Gauthier, n. 68; Demolombe, t. 27, n. 667; Fuzier-Herman, sur l'art. 1252, n. 9; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1573; Huc, t. 8, n. 80. — *Contrà*, Mourlon, *Subrog.*, p. 39, et *Rev. crit.*, t. 1, 1856, p. 260; Laurent, t. 18, n. 137; Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-XV.

378. — Décidé, en ce sens, que deux subrogés successifs au privilège d'un même créancier doivent concourir au marc le franc par cela même que chacun d'eux a fait un paiement partiel et qu'ils invoquent le même privilège ou la même hypothèque, et que le créancier subrogé le second ne peut faire valoir vis-à-vis du premier aucun droit de priorité du chef du subrogeant. — Lyon, 12 févr. 1890, précité.

379. — Mais, d'autre part, le créancier payé partiellement peut disposer du droit de préférence qui lui est accordé; ce droit est même présumé compris dans la cession qu'il ferait du surplus de la créance. Le droit de préférence que le créancier subrogeant pour une partie seulement de sa créance conserve sur le subrogé, n'est pas, en effet, un droit personnel qu'il ne puisse transmettre à un cessionnaire du surplus de la créance. Ce cessionnaire doit donc être colloqué, par préférence au subrogé, comme le cédant l'aurait été lui-même. — Paris, 18 mars 1837, Lecointe, [S. 37.2.243, P. 38.1.97] — *Sic*, Duranton, t. 12, n. 188; Troplong, *Privil. et Hypoth.*, t. 2, n. 379; Marcadé, sur l'art. 1252; Delvincourt, t. 2, p. 564; Grenier, *Hypoth.*, t. 1, p. 379; Mourlon, *Subrog.*, p. 21; Laurent, t. 18, n. 137; Demolombe, t. 27, n. 667; Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-XV; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 313; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1574; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1252, n. 15.

380. — En cas de cessions successives, si les biens du débiteur ne suffisent plus à sa libération complète, le premier des cessionnaires doit être préféré, alors qu'il a été subrogé sans aucune réserve, et que le cédant lui a expressément déclaré que la somme qu'il lui cédait était le restant de sa créance, et lui a fait la remise de son titre. — Cass., 2 août 1820, Renard-Duvergier, [S. et P. chr.] — *Sic*, Delvincourt, t. 2, p. 564.

381. — Dans ce cas, les cessionnaires postérieurs en date ne peuvent invoquer le droit de préférence accordé par l'art. 1252 au créancier cédant pour ce qui lui reste dû, sur celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. — Même arrêt.

382. — La réserve faite par l'art. 1252 au profit du créancier qui n'a été payé que partiellement, soit de son plein gré, soit par la force des choses, ne saurait visiblement exister en cas de cession de la créance. Lors même qu'on considérerait la subrogation, en général, comme constituant une cession (V. *suprà*, n. 9 et s.), il faudrait reconnaître ici une exception au droit commun. — Mourlon, p. 21; Larombière, sur l'art. 1252, n. 35; Delvincourt, t. 2, p. 564; Duranton, t. 12, n. 187; Colmet de Santerre, t. 5, n. 189 *bis*-XI, et 197 *bis*-XVI; Fuzier-Herman et Darras, sur l'art. 1252, n. 2; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 313, note 89 *bis*. — *Contrà*, Troplong, *Privil. et Hypoth.*, n. 365. — V. *suprà*, v° *Assurance contre l'incendie*, n. 504 et 505.

383. — Comme l'art. 1252 n'est pas d'ordre public, on peut y déroger, et le subrogeant peut renoncer à s'en prévaloir. C'est ce qui, en fait, arrive la plupart du temps. Dans la pratique le subrogeant qui désire être payé, et qui même a souvent besoin de toucher son argent le plus tôt possible, passe par les exigences d'un capitaliste qui ne consent à le payer partiellement que s'il lui accorde la priorité sur lui-même. — Trib. Seine, 4 févr. 1902, Vve Deltourbe et autres, [D. 1903.2.73] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1575; Planiol, t. 2, n. 544; Larombière, sur l'art. 1252, n. 34; Colmet de Santerre, t. 5, n. 197 *bis*-XIII; Laurent, t. 18, n. 134.

384. — Mais cette dérogation au droit commun de l'art. 1252, C. civ., ne peut émaner que de la volonté du créancier et non de celle du débiteur. — Même jugement.

385. — Sur la question de savoir si la subrogation garantit le paiement des intérêts, V. *suprà*, n. 358 et 359.

CHAPITRE III.

DE LA SUBROGATION RÉELLE.

Section I.

Des cas où il y a subrogation réelle.

386. — Il y a subrogation réelle lorsqu'une chose est substituée juridiquement à une autre qu'elle vient remplacer et en prend certaines qualités juridiques. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 2, n. 1516; Aubry et Rau, 5e éd., t. 4, § 321, p. 277, note 1.

387. — La théorie de la subrogation réelle n'a pas été établie de manière générale par la loi, et il n'est possible de la construire qu'à l'aide de textes épars et de principes rationnels. Le législateur a parlé plusieurs fois de la subrogation réelle, notamment dans l'art. 1407, C. civ., où il dit que l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux n'entre point en communauté et est *subrogé* aux lieu et place de celui qui a été aliéné. — V. également C. civ., art. 1434, 1558, *in fine*, 1559.

388. — Dans notre ancien droit déjà, les principes de la subrogation réelle étaient contradictoires, et cette contradiction paraît s'être perpétuée en droit nouveau. On s'accordait seulement dans l'ancien droit pour admettre que la subrogation est une fiction, puisque un objet est censé en être un autre, ce qui indique bien une théorie contraire à la nature des choses; et pour reconnaître que la subrogation ne se produit pas dans tous les cas et que tous les biens qui remplacent les biens anciens n'en revêtent pas toutes les qualités.

389. — D'après le répertoire de Merlin, la subrogation est toujours une fiction, et, par conséquent, de droit étroit, même s'il s'agit d'une universalité; elle n'a donc jamais lieu de plein droit. — Merlin, *Rep.*, v° *Subrogation réelle*.

390. — M. Flach a établi une théorie assez compliquée. Selon lui, la maxime « *In judiciis universalibus res succedit in loco pretii et pretium in loco rei* », ne résiste pas à un examen un peu approfondi, et elle doit être complètement rejetée. La rejeter est d'autant plus nécessaire que, non content de l'appliquer à des hypothèses où elle est fausse de tous points, on a altéré même le sens exact qu'en certains cas elle peut avoir, on lui a attribué des effets qui font voir combien peu on s'est rendu compte de l'origine et de la portée d'une règle consacrée par un usage de plusieurs siècles. Néanmoins, lorsqu'on est en présence d'un de ces ensembles de choses que l'on qualifie universalité, M. Flach ne repousse pas complètement l'idée d'une subrogation. « Ou bien c'est l'universalité dans l'état où elle se trouve à une époque déterminée qui fait l'objet de mon droit, et alors je puis méconnaître en général les actes qui l'ont modifiée postérieurement, méconnaître la subrogation qui s'est opérée à la suite de ces actes. Ou bien c'est l'universalité telle qu'elle sera composée au

moment de l'exercice de mon droit qui doit me revenir, et les actes qui en auront opéré une transformation me seront en principe opposables, de même que je pourrai les invoquer. Mais encore faut-il qu'ils ne soient pas faits en fraude de mes droits, en certains cas qu'ils soient des actes de bonne administration, émanant de personnes capables et aussi qu'ils n'aillent pas contre une disposition de la loi. Ajoutez que l'intention d'opérer subrogation dans l'universalité dont il s'agit est indispensable de la part des auteurs de ces actes ». — Flach, *Subrogation réelle* (*Revue historique*, 1869, p. 476).

391. — A côté de cette subrogation ainsi admise avec réserve dans les universalités, que M. Flach nomme la subrogation générale, il existe selon lui une subrogation spéciale. Il l'appelle ainsi parce que dans le premier cas il s'agit de transporter sur un bien la qualité générale de bien de telle personne, de la faire entrer dans cette universalité qui est son patrimoine. Dans le second, au contraire, il s'agit de transporter d'un bien sur un autre une qualité particulière comme celle de bien propre ou de bien dotal. Pour cette subrogation spéciale, il faut admettre que c'est une fiction et se garder de la reconnaître lorsqu'elle n'est pas basée sur un texte. « Néanmoins, si elle était appelée impérieusement par des principes que le législateur a consacrés, on userait d'une trop grande rigueur en exigeant une disposition spéciale de la loi. Mais qu'on veuille le remarquer, s'il y avait un autre moyen de satisfaire aux principes, la subrogation en raison de son caractère de fiction, aurait besoin d'être établie expressément ». — Flach, p. 551.

392. — D'après M. Planiol, il y aurait deux sortes d'applications de la théorie de la subrogation réelle. Les unes supposent l'affectation d'une valeur à un but déterminé et se rattachent ainsi à la matière des obligations puisqu'elles indiquent l'idée d'une charge acceptée comme condition de l'acquisition d'un bien. Les autres se rencontrent lorsque c'est l'origine d'une valeur que l'on considère et elles ont lieu uniquement dans les demandes en restitution par voie d'action réelle (pétition d'hérédité, absence, retour légal), et ce ne serait que dans le premier cas que la volonté des parties pourrait avoir effet. Dans le second, les subrogations sont déterminées par la loi et n'ont lieu en principe qu'à propos des masses de biens sujettes à restitution. — Planiol, note sous Cass., 29 avr. 1901, [D. 1902.1.[illegible]]

393. — D'après M. Saleilles, il [illegible] de subrogation suivant qu'il s'agit d'une subrogation à titre particulier ou à titre universel. Dans le premier cas, la subrogation se produira sans qu'il y ait aucune fiction s'il s'agit de transporter une de ces qualités qu'il est au pouvoir des contractants de donner à une chose. Il en est ainsi en matière de propre de communauté. La subrogation est possible si cela résulte de l'intention des contractants, du moins en principe. — Saleilles, note sous Dijon, 30 juin 1893, [S. et P. 94.2.185]

394. — S'il s'agit, au contraire, d'une subrogation à titre universel, c'est-à-dire non plus comme résultat direct d'un transfert de qualité, mais du rattachement d'une chose à un ensemble de biens formant comme un petit patrimoine à part, il faut ici déterminer si un ensemble de biens se trouve constituer un tout distinct, et les biens acquis en remploi des premiers feront partie de la même masse, à l'égard de ceux qui avaient des droits à exercer sur cette petite entité juridique prise dans son ensemble. Ici encore, on retrouve tantôt l'interprétation restrictive, tantôt l'interprétation extensive. L'interprétation sera restrictive lorsqu'on sera en face d'un petit patrimoine que la loi seule peut créer, comme pour les biens soumis au retour successoral. S'il s'agit, au contraire, de ces patrimoines que crée la volonté de l'homme, comme les biens substitués, l'interprétation sera extensive. — Saleilles, *loc. cit.*

395. — D'après d'autres auteurs, toutes les fois qu'une qualité a été imposée à un bien et qu'elle vise moins ce bien en lui-même que sa valeur pécuniaire et sa conservation dans un but déterminé, il doit y avoir subrogation réelle si ce bien est remplacé dans le patrimoine de son propriétaire par un bien nouveau. Ainsi un immeuble constitue un propre, cette qualité lui a été donnée pour en assurer la valeur pécuniaire à l'un des époux exclusivement : si cet immeuble est échangé contre un autre, celui-ci sera propre comme le premier. — V. Demogue, *Théorie générale de la subrogation réelle*, p. 13; Stora, *Subrogation réelle*, p. 217.

396. — Dans cette théorie, la subrogation réelle étant la réalisation de la volonté implicite du législateur et des particuliers, il faut rejeter cette idée que la subrogation est une fiction et, par conséquent, de droit étroit. Ce qui constitue une fiction, c'est le désaccord entre une décision de la loi et la nature des choses; or ici on ne fait qu'exprimer la volonté implicite du législateur et des particuliers, on se contente de donner une interprétation raisonnable et même nécessaire de leurs intentions. Rien ne ressemble moins à une fiction que d'éclairer ainsi les volontés obscures des contractants. — V. Demogue, p. 15; Stora, p. 213 et s.

397. — M. Demogue est allé plus loin; d'après lui, il n'y a pas de véritables universalités et toute distinction théorique fondée sur leur existence est fausse. Les auteurs en effet, ne donnent aucun critérium permettant de reconnaître une universalité, ils donnent des exemples, parlent d'un lien juridique entre divers objets. Cela ne peut suffire. La théorie de l'universalité est un souvenir du droit romain et d'une époque où les actions étant limitées on ne pouvait que par exception, comme dans la pétition d'hérédité, revendiquer à la fois un groupe d'objets. — V. Demogue, p. 52 et s. — V. aussi Saleilles, note sous Cass., 29 avr. 1901, [S. et P. 1903.1.321]

398. — En outre, selon lui l'adage *in judiciis universalibus res succedit in loco pretii et pretium in loco rei* est une règle tirée arbitrairement du droit romain et que l'on peut écarter. On l'accueille encore aujourd'hui parceque, en parlant d'universalité on pense toujours à l'art. 2092, C. civ., qui affecte les biens nouveaux en gage aux créanciers. On pense à ce droit de gage qui cesse d'exister sur le bien aliéné pour réapparaître sur l'objet obtenu en échange. On se dit que les phénomènes qui se passent ainsi dans le patrimoine s'expliquent par la subrogation et à part soi on ajoute : uniquement par la subrogation. On généralise ensuite et on veut que la subrogation se produise ainsi dans tous les cas où on rencontre un petit patrimoine. Mais l'édifice pèche par la base. Car si les biens nouveaux sont soumis aux créanciers, c'est à titre de biens à venir, la loi donnant les biens à venir en gage aux créanciers en même temps que les biens présents. — Demogue, p. 54.

399. — De ces principes établis par les auteurs récents, il faut conclure que si un testateur ou donateur a déclaré les biens donnés inaliénables pour un certain temps, sauf le consentement de certaines personnes, les biens acquis en emploi du prix des premiers seront eux aussi inaliénables. — V. Demogue, p. 15.

400. — De même, si les biens faisant partie d'un majorat sont aliénés et le prix remployé, les valeurs nouvelles feront partie du majorat comme les premières. — V. Cass., 3 févr. 1841, Préfet de Loir-et-Cher, [S. 41.1.209, P. 41.2.440] — Saleilles, note sous Dijon, 30 juin 1893, [S. et P. 94.2.185]; Demogue, p. 16.

401. — Au contraire, si une qualité a été attribuée à un bien pour lui-même, à raison de ses qualités physiques, du rôle économique qu'elles lui permettent de jouer, ces qualités sont attachées au bien lui-même et le suivent en quelques mains qu'il passe, mais ne sont pas transportées sur le bien qui le remplace dans le patrimoine : ainsi la qualité de meuble, de meuble incorporel, etc. — Demogue, p. 17.

402. — Toutefois, dans un cas, il faut reconnaître que ces idées sont en défaut : c'est lorsqu'il s'agit du droit de retour de l'ascendant donateur. On peut dire, d'un côté, que l'ascendant donateur doit reprendre une valeur qu'il a mise dans le patrimoine du descendant, que la qualité de bien soumis au droit de retour a été donnée au bien à raison de sa valeur qui ne doit pas échapper à l'ascendant si le donataire meurt sans postérité. Mais on peut dire, en sens inverse, que cette qualité de bien soumis au droit de retour a été donnée autant pour des raisons visant le bien lui-même, les liens d'affection que l'ascendant peut avoir avec lui et qui font qu'il ne veut pas le voir passer à des étrangers. Il faudrait donc en conclure que si le bien a été échangé, l'immeuble obtenu en contre-échange ne sera pas soumis au droit de retour. — V. *suprà*, v° *Retour (droit de)*, n. 323 et s.

403. — La même question s'est posée pour le droit de retour à exercer, au cas de suppression d'une communauté religieuse, sur les biens qui formaient son patrimoine, par les donateurs et les héritiers des testateurs. — V. *suprà*, v° *Communauté religieuse*, n. 536 et s. — V. aussi, L. 1er juill. 1901, art. 18, et *infrà*, n. [illegible] et s.

404. — Il en est encore ainsi pour l'application de l'art. [illegible]

L. 12 juill. 1873, relative à la liberté de l'enseignement supérieur. D'après cet article « en cas d'extinction d'un établissement d'enseignement supérieur reconnu, soit par l'expiration de la société, soit par la révocation de la déclaration d'utilité publique, les biens acquis par donation entre-vifs et par disposition à cause de mort feront retour aux donateurs et aux successeurs des donateurs et testateurs, dans l'ordre réglé par la loi ». Cet article ne prévoyant aucune subrogation, on se demande s'il y aurait lieu d'en admettre une.

405. — C'est par application de ces idées que d'après l'art. 1407, C. civ., l'immeuble acquis à titre d'échange pendant le mariage est subrogé à l'immeuble qui a servi à l'acquérir, et que, d'après l'art. 1434, C. civ., les biens acquis au moyen de deniers provenant d'un immeuble propre sont propres, pourvu que certaines conditions de forme soient remplies, car les propres constituent de véritables réserves assurées à la femme et à ses enfants; cette qualité de propre vise donc la valeur du bien. A raison du motif qui a inspiré ces dispositions, on s'accorde à les généraliser. — V. pour les objets mobiliers substitués pendant le mariage à un propre de l'un des époux, *suprà*, v° *Communauté conjugale*, n. 335 et s.; pour les immeubles acquis pendant le mariage par l'un des époux à titre d'échange, *suprà*, *eod. v°* n. 435 et s.; pour les immeubles acquis pendant le mariage par l'un des époux à titre de remploi, V. *suprà, eod. v°* n. 457 et s.; pour les immeubles acquis par application d'une clause d'emploi, V. *suprà, eod. v°* n. 2789 et s. — V. Demogue, p. 41; Stora, p. 243.

406. — C'est par application de cette théorie générale que sous le régime dotal l'immeuble reçu en échange d'un immeuble est dotal comme lui (art. 1559, al. 2) et que si un immeuble dotal est aliéné dans un des cas prévus par la loi, l'excédent du prix doit être remployé en immeubles lesquels sont dotaux (art. 1558, *in fine*). Pour des raisons identiques à celles données en matière de propres, on admet que ces textes doivent être généralisés, — V. pour l'immeuble cédé au mari en remplacement de l'immeuble dotal dont il a été évincé, *suprà*, v° *Dot*, n. 562 et s.; pour l'immeuble acquis des deniers dotaux au cas de clause d'emploi, *suprà, eod. v°*, n. 584 et s.; pour l'excédent du prix de vente, *suprà, eod. v°*, n. 674 et s.; pour l'immeuble reçu en échange du fonds dotal, V. *suprà, eod. v°*, n. 678 et s.; pour l'immeuble acquis par le résultat d'un partage de succession quand la femme, s'étant constitué en dot des immeubles donnés en avancement d'hoirie, a dû les rapporter à la succession du donateur et en reçoit d'autres dans son lot, V. *suprà, eod. v°*, n. 690 et s.; pour l'immeuble acquis en remploi de l'indemnité payée à la femme pour prix d'un immeuble dotal exproprié pour cause d'utilité publique, V. *suprà, eod. v°*, n. 701 et s.; pour l'immeuble dotal indivis entre la femme et des tiers licité au cas d'impossibilité d'opérer le partage en nature, V. *suprà, eod. v°*, n. 711 et s.; pour le cas d'indivision entre la femme et des tiers portant sur une hérédité ou une universalité de biens, V. *suprà, eod. v°*, n. 728 et s.

407. — Néanmoins il ne faut pas admettre qu'il y ait subrogation en cas d'emploi, c'est-à-dire lorsque des deniers propres ont servi à acquérir un immeuble. Cet immeuble est commun, à moins de clause contraire du contrat de mariage autorisant l'emploi.

408. — De même, sous le régime dotal, le bien acquis en emploi des deniers dotaux n'est pas dotal, sauf clause contraire du contrat de mariage; cette solution est d'ailleurs expressément donnée par l'art. 1553. « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal si la condition de l'emploi n'a été stipulée au contrat de mariage ». — V. sur la situation de l'immeuble en ce cas, Stora, p. 277 et s., et *suprà*, v° *Dot*, n. 503 et s.

409. — Mais ces exceptions aux principes se justifient par une raison spéciale. Si, la dot en deniers pouvait devenir dot en propriété, si un propre imparfait pouvait devenir un propre parfait, ce serait pour les tiers non prévenus par le contrat de mariage un danger. Ayant cru être en concours avec une femme créancière, ils verraient cette femme venir comme propriétaire, ou ayant cru que leur débitrice avait une simple créance dotale, ils la verraient avoir à titre de bien dotal un immeuble inaliénable. La loi n'a pas voulu leur faire courir ce danger. Et c'est en ce sens qu'il faut dire qu'il y aurait là une atteinte portée à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

410. — Des mesures de publicité seront parfois exigées dans l'intérêt des tiers, pour qu'ils sachent que le bien nouvellement acquis a, par subrogation, la qualité de l'immeuble qu'il remplace.

411. — [illegible] lorsque le bien nouveau se rattache au bien ancien de [illegible] s'il y a vente ou échange, ou partage.

412. — Mais [illegible] la subrogation est [illegible] art. 1434, est censé fait toutes les fois, que lors de l'acquisition, il a été déclaré qu'elle est faite des deniers provenus de l'aliénation d'un immeuble propre et pour tenir lieu de remploi », et cette règle, édictée seulement pour le régime de communauté, est étendue par tout le monde au régime dotal. — Demogue, p. [illegible]; Stora, p. 260.

413. — On a même été plus loin et on a admis l'application de la règle de l'art. 1434 pour le cas où le contrat de mariage porte que les premières acquisitions du mari vaudront emploi des deniers propres qu'il a reçus.

414. — Mais la raison d'être de ces mesures de publicité et ce que nous avons dit plus haut démontre que sous le régime dotal, si un remploi facultatif est fait, il y a subrogation. Par conséquent, si des immeubles sont acquis avec des deniers dotaux qui proviennent de l'aliénation de biens dotaux, il y a subrogation, pourvu, bien entendu, que l'aliénation ait été régulière. La dot était immobilière à son origine, elle recouvre sa nature première, les tiers ne sont pas déçus dans leurs espérances. — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contr. de mar.*, t. 3, p. 221, qui d'ailleurs ne contredisent pas notre théorie. — V. *suprà*, v° *Dot*, n. 1441 et s.

415. — Lorsque l'aliénation d'un bien est faite par un autre que le propriétaire et sans mandat conventionnel ou légal de celui-ci, pour des raisons de sécurité dans les transactions cette aliénation peut être déclarée valable. En ce cas, la créance, ou le bien qu'elle a servi à acquérir, sont subrogés au bien primitif dans le patrimoine du propriétaire, car cette qualité de bien de telle personne leur a été donnée à raison de leur valeur pécuniaire. — V. Demogue, p. 22 et s.

416. — On peut d'ailleurs justifier également ces solutions par la théorie de l'action *de in rem verso;* l'*in rem versum* que le vendeur doit au propriétaire, c'est, en effet, la chose même qu'il a obtenue par la vente : la créance du prix, ou l'objet qu'il a acquis avec elle.

417. — Ainsi lorsque des envoyés en possession définitive des biens d'un absent ont échangé certains de ces biens, les biens nouveaux sont subrogés aux anciens; si les biens ont été vendus, l'absent en recouvrera le prix, et si ce prix a été employé en achat d'autres biens, ce sont ces biens eux-mêmes qu'il pourra réclamer. De même, si un envoyé en possession provisoire des biens de l'absent aliène ceux-ci avec autorisation de justice, les biens nouveaux acquis en remploi sont subrogés aux anciens et peuvent être réclamés par l'absent. L'art. 132, C. civ., dit, en effet, que si l'absent reparait ou si son existence est prouvée même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus. — Sur les difficultés d'interprétation auxquelles ce texte a donné lieu, V. *suprà*, v° *Absence*, n. 182 et s.

418. — En cas de séparation des patrimoines, si [illegible] biens de l'hérédité sont substitués d'autres biens par voie d'échange, ou s'il y a un prix dû à la suite de la vente de ces biens, ce prix est subrogé à la chose et il sera l'objet de la demande en séparations des patrimoine. — V. *suprà*, v° *Séparation des patrimoines*, n. 180 et s.

419. — Toutefois ici la subrogation ne peut avoir pour effet de conserver le délai de prescription de la séparation des patrimoines en matière immobilière. Donc après trois ans la séparation cessera. Et, en effet, cette qualité de bien susceptible, à notre point de vue, d'une prescription triennale, est donnée en raison de la qualité de meuble, et non pour conserver une certaine valeur. On estime qu'au bout de trois ans les meubles de l'hérédité sont confondus avec le reste du patrimoine. — V. *suprà*, *eod. v°*, n. 305 et s., 312 et s.

420. — Si un héritier apparent vend des biens héréditaires, les biens acquis en remploi par cet héritier apparent seront subrogés aux anciens dans la qualité de bien héréditaire. — Demogue, p. 22.

421. — De même, le propriétaire dont la chose a été acquise par un tiers qui a prescrit par dix à vingt ans à raison de sa

bonne foi peut revendiquer contre l'aliénation de la chose d'autrui la créance qu'il a pu acquérir par cette vente de la chose.

422. — De même encore, celui qui a perdu un titre nominatif parce qu'un tiers est parvenu à se faire immatriculer à sa place, ayant acquis le titre d'une personne qu'on croyait le titulaire, peut revendiquer entre les mains de l'ex-titulaire apparent ce qu'il a acquis en échange du titre.

423. — Outre ce droit, le titulaire qui invoque la subrogation aura toujours la possibilité de réclamer une indemnité à celui qui a aliéné ainsi la chose d'autrui s'il l'a fait de mauvaise foi.

424. — Par identité de motifs, si un cultivateur, au mépris de la loi du 18 juill. 1898, aliène les marchandises qu'il a warrantées et si elles sont entre les mains de tiers de bonne foi, le créancier gagiste pourra exercer son gage sur la créance que possède le cultivateur contre l'acheteur de sa récolte.

425. — De même encore, le créancier qui a pour nantissement un fonds de commerce acquerra un droit de gage sur les créances que possède le commerçant pour aliénation des marchandises soumises au droit de gage des créanciers.

426. — En cas de nantissement d'un fonds de commerce, les marchandises nouvellement acquises sont bien soumises au droit de gage du créancier, mais cela n'est pas le résultat de la subrogation; cela ne tient pas à ce qu'elles remplacent les marchandises anciennes qu'on a vendues. C'est par suite de la volonté tacite des parties qui ont convenu de soustraire au droit de gage toutes les marchandises vendues, mais d'autre part, d'affecter à la sûreté du créancier toutes les marchandises entrant dans le magasin.

427. — En cas de substitution permise, si le grevé fait un nouveau placement des valeurs substituées, il y a encore subrogation. Cela se produirait également si le grevé faisait une aliénation d'immeuble valable et opposable au substitué parce que le tiers acquéreur aurait fait transcrire son titre avant que la substition ne fût elle-même rendue publique. — V. Stora, p. 471; Flach, p. 555.

428. — Mais si pendant le cours de la vie du grevé, alors que la substitution a été rendue publique, on vend des immeubles avec le concours du tuteur à la substitution pour en racheter d'autres, on peut encore parler de subrogation; mais cela n'est plus très-juste, car le rôle du tuteur s'analyse en un rôle de représentant du substitué. Il y a donc simplement représentation de mandants nés ou à naître. — V. Demogue, p. 21.

429. — En cas d'emploi de valeur, on peut se demander encore si une déclaration d'emploi est nécessaire. On a proposé ici la solution négative. Mais cette solution paraît contestable; les tiers, en effet, courront un risque s'ils ne savent pas que le bien nouveau est frappé de substitution, car les droits qui leur seraient conférés sur lui par le grevé seul sont exposés à tomber à un moment donné. Il est donc urgent de les avertir. — *Contrà*, Flach, p. 556. — V. au surplus, *infrà*, v° *Substitution*.

430. — La théorie de la subrogation présente aujourd'hui un intérêt très-grand en matière de fondations. Une personne fonde un établissement en donnant une somme à cet effet à une personne morale. Celle-ci par bonne administration place la somme d'une manière déterminée, échange l'immeuble reçu pour la fondation contre un autre mieux aménagé. Le bien nouveau est-il subrogé à l'ancien comme patrimoine de la fondation et, au cas où celle-ci serait supprimée, les héritiers du fondateur devront-ils se contenter de reprendre le bien nouveau et non la valeur de l'ancien? La cour de Dijon et plus récemment la Cour de cassation ont admis que le bien acquis était subrogé à l'ancien et que c'était lui qui devait être restitué. Il est manifeste, dit l'arrêt de Dijon, que l'intention du testateur était qu'au cas de vente de tout ou partie des immeubles légués, le remploi devait être exclusivement affecté à la fondation objet du testament. Dans ces circonstances la conversion des immeubles aliénés par la commune donataire, en un titre de rente avec affectation spéciale à l'entretien d'une école, s'imposait impérieusement. Il est hors de doute que les titres de rente litigieux ont été, dans la pensée même de la commune aussi bien que de l'autorité préfectorale, substitués aux immeubles vendus. La commune doit, en conséquence, restituer les titres de rente. — Cass., 29 avr. 1901, Comm. de Mur-de-Barrez, [S. et P. 1903.1.321, D. 1902.1.33] — Dijon, 30 juin 1893, Comm. de Vicq, [S. et P. 94.2.185, D. 1902.1.33 en sous-note] — *Contrà*, Trib. Saint-Pons, 8 mars 1893, [*Mon. jud. Midi*, 93.91]

431. — Cette théorie doit être approuvée. En cas de fondation, l'intention du testateur est d'obliger la personne morale qui sert d'intermédiaire à affecter à la fondation tout ce que produira la somme donnée : les revenus affectés au but spécial devant augmenter si les placements sont avantageux, diminuer dans le cas contraire. Son intention est aussi qu'en cas de suppression de la fondation, ses héritiers puissent reprendre ce dont la commune s'est enrichie sans que celle-ci fasse aucun bénéfice, ni aucune perte. Le seul moyen d'obtenir ce résultat est de dire que les biens nouveaux sont subrogés aux anciens. — V. Stora, p. 476. — V. aussi Saleilles et Tissier, *Revue bourguignonne*, 1893, p. 371 et s.

432. — A ces considérations, M. Saleilles en joint une autre : lorsqu'il y a fondation par don ou legs à une personne morale, c'est créer dans leur patrimoine un petit patrimoine avec affectation speciale. « Il y a un patrimoine formant masse à part et se développant par voie de subrogation. La volonté individuelle intervient pour fournir les éléments du patrimoine, elle en dicte les conditions, mais pour ce qui est de l'affectation, c'est la loi qui la consacre, car la fondation se réalise aux mains de ceux que la loi a préposés pour recevoir et exécuter des fondations de ce genre, et l'Administration intervient en son nom pour l'accepter et en garantir l'exécution. Lorsque ces conditions se trouvent réalisées, il y a véritablement, au point de vue de la loi, un patrimoine d'affectation dont elle a autorisé et reconnu l'existence, et, du moment qu'il y a patrimoine d'affectation, cela suppose non seulement une masse de biens actuels tels qu'ils proviennent du testateur, mais un ensemble susceptible d'échange et par suite une affectation qui régit par avance les biens éventuels se substituant aux biens originaires ». — V. Saleilles, note sous Dijon, 30 juin 1893, [S. et P. 94.2.185] — Ces idées nous expliquent comment la subrogation peut ici se produire alors qu'il y a un acte fait sur le bien donné par une personne qui en est plein propriétaire. En ce cas, la subrogation est possible, mais précisément dans la mesure où la propriété est limitée par l'idée d'affectation, de révocation possible.

433. — Dans les hypothèses jusqu'ici soumises à la jurisprudence, les héritiers avaient toujours consenti à la transformation des biens donnés en biens nouveaux? Quel est le rôle qu'il convient de donner à ce consentement. On ne peut y voir que l'application de l'idée suivante : le disposant, créateur de l'affectation, a pu subordonner à certaines conditions la réalisation de la subrogation dont il admet le principe, et entre autres subordonner à son acceptation la réalisation définitive de la subrogation. Il ne s'agit plus d'un contrat qui introduise le principe de la subrogation, mais d'une adhésion unilatérale qui en consomme la réalisation, d'une autorisation expresse ou tacite formulée comme condition de la subrogation. — V. Saleilles, note sous Cass., 29 avr. 1901, [S. et P. 1903.1.321]

434. — Mais on peut voir aussi dans ce consentement une adhésion moins à la subrogation qu'à l'aliénation; le donateur ayant voulu que tel immeuble fût désormais affecté à telle œuvre l'a rendu par là indisponible s'il y a attaché un prix de souvenir, et il faut son adhésion pour pouvoir l'aliéner. On peut aussi expliquer cette adhésion par une idée de preuve. Les héritiers interviennent pour qu'il soit prouvé à leur égard que le bien ancien a été remplacé par tel autre. — V. Saleilles, *loc. cit.*

435. — Il résulte donc de ceci que s'il y a fondation, on peut concevoir qu'en l'absence de clause tacite, la subrogation se produise en dehors de toute intervention des héritiers, par cela seul que la substitution d'un bien à un autre peut être prouvée. Cela d'ailleurs ne crée aucun danger pour les tiers qui ont des droits incommutables au regard de tous sur les anciens immeubles de la fondation qu'ils ont acquis.

436. — De même, il y aurait encore subrogation dans le cas où la fondation se réaliserait par le moyen d'un legs à plusieurs légataires dans le but de former entre eux une société destinée à faire des biens, légués et ainsi apportés à la fondation, un patrimoine distinct et séparé. — V. Saleilles, note sous Cass., 29 avr. 1901, précité.

437. — Lorsqu'on est en présence de certains de ces biens que l'on nomme universalité de fait, comme un troupeau, une bibliothèque, on considère que si certains biens sont aliénés, un animal du troupeau, un volume, et d'autre acquis, c'est toujours la même bibliothèque, le même troupeau. Il semble donc que ce

résultat soit la conséquence de la subrogation. Mais c'est simplement la conséquence de ce fait que sous cette expression « troupeau, bibliothèque », nous comprenons une foule d'objets plus ou moins semblables et qui se complètent et valent l'un par l'autre, et que nous les comprenons tels qu'ils sont aujourd'hui et non tels qu'ils étaient hier. En effet, supposons que cette universalité de fait soit à un moment donné l'objet d'un acte juridique et désigné sous cette expression : « la bibliothèque de M. X..., le troupeau de telle ferme », cet acte juridique a le plus souvent entendu désigner la chose telle qu'elle sera lorsque l'on exercera un droit en vertu de l'acte juridique, et non la chose telle qu'elle est actuellement. Ainsi, si un testament lègue un troupeau, une collection de médailles, le légataire les prendra tels qu'ils sont au jour du décès et non tels qu'ils sont au jour du testament, et cela sans qu'on se préoccupe de savoir si entre ces deux dates la collection n'a fait qu'augmenter. Donc il n'y a rien là qui ressemble à la subrogation, laquelle suppose qu'un bien sort d'un tout et qu'un autre y entre en même temps. — V. Demogue, p. 57 et s.

438. — D'ailleurs comme il ne s'agit ici que de présomption de volonté, cet exercice d'un droit sur un bien peut avoir pour objet ce bien tel qu'il est à la date de l'acte et non tel qu'il pourra être lors de l'exercice du droit. Ainsi une galerie de tableaux étant vendue, le vendeur ne pourrait au jour de la livraison obliger l'acheteur à se contenter de toiles médiocres qu'entre temps il aurait substituées dans sa galerie à des peintures de maître.

SECTION II.

Des objets qui en remplacent d'autres par subrogation.

439. — Quels sont les objets qui sont censés acquis au moyen d'autres objets, qui par conséquent peuvent être subrogés aux premiers? Ce sont ceux acquis par un échange, par une vente, ou même par un partage, car le partage amène dans le patrimoine du copartageant des biens qui, sans les droits indivis qui y étaient, n'y seraient pas entrés.

440. — Il en est de même des indemnités dues par un tiers pour perte ou destruction d'une chose.

441. — Il faut aussi considérer comme subrogée à la chose l'indemnité due par l'entrepreneur ou l'architecte, en vertu de l'art. 1792, C. civ. — V. Stora, p. 400; Darras et Tarbouriech, *Indemn. d'assur.*, n. 40. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Privil. et hypoth.*, t. 1, n. 291.

442. — L'indemnité d'assurance remplace-t-elle la chose assurée et lui est-elle subrogée? La question se posait autrefois. Mais un certain nombre de lois ont tranché la question. La loi du 28 mai 1858 sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux, décide dans son art. 10 que « les porteurs de récépissés et de warrants ont sur les indemnités d'assurance dues, en cas de sinistres, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée ». La loi du 18 juill. 1898, art. 4, § 2, emploie la même formule à propos des porteurs de warrants agricoles. Mais cette règle a été consacrée surtout par la loi du 19 févr. 1889 relative à la restriction du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances, dont l'art. 2 est ainsi conçu : « Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. Néanmoins les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables ». — V. *suprà*, v[is] *Assurance en général*, n. 545 et s., *Hypothèque*, n. 133 et s., *Privilège*, n. 370 et s.

443. — Quel est le caractère de ces dispositions? Dans le projet qui est devenu la loi de 1889 il y avait là un cas de subrogation réelle. Un titre spécial était en effet intitulé : subrogation de plein droit des privilèges mobiliers sur les indemnités dues par les compagnies d'assurances.

444. — Certains auteurs admettent, au contraire, que l'on se trouve en présence d'une cession légale; le texte de l'art. 2 dit en effet, que les indemnités sont attribuées « sans qu'il y ait besoin de délégation expresse ». — V. en ce sens, Huc, *Cession et transmission des créances*, t. 1, n. 194, et *Code civil*, t. 13, p. 24; Escorbiac, *Commentaire de la loi du 19 févr. 1889* (*Lois nouv., 1889*, p. 402). — V. Stora, p. 392 et s.

445. — On peut également, en s'appuyant sur les travaux préparatoires, dire que l'on a voulu établir un cas de subrogation personnelle. Au Sénat, en effet, M. Lenöel ne voyait dans l'attribution de l'indemnité d'assurance au créancier hypothécaire qu'un cas de subrogation personnelle, et il proposait d'ajouter à cet effet un cinquième numéro à l'art. 1251, C. civ., pour prévoir cette subrogation qui aurait lieu sans paiement. Avec cette théorie, le créancier subrogé à l'action du propriétaire contre la compagnie souffrirait de l'insolvabilité de celle-ci. — V. Stora, p. 392 et s.

446. — Mais l'opinion le plus généralement suivie est qu'on a voulu assimiler l'indemnité d'assurance à un prix de vente. Les termes de la loi qui font allusion à la délégation ont voulu simplement constater qu'elle serait désormais inutile. D'ailleurs le rapporteur de la loi au Sénat, M. Labiche, disait que : « L'objet de l'art. 2 consiste à assimiler de plein droit l'indemnité payée par les compagnies d'assurances à un prix de vente des objets assurés sur lesquels existent soit des privilèges, soit des hypothèques. L'adoption de l'article aura donc pour effet de faire porter sur des indemnités dues pour assurances les privilèges ou hypothèques qui en cas de vente auraient pu s'exercer sur le prix ». — *J. off.*, 3 févr. 1888, Sénat, p. 82. — Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Privil. et Hypoth.*, t. 1, n. 284; Pannier, *Attrib. des indemn. d'assur.*, p. 18, n. 7; Escorbiac, p. 394; Darras et Tarbouriech, *op. cit.*, n. 24.

447. — La loi de 1889, dans son art. 3, a tiré une autre conséquence de cette idée que l'indemnité due en cas de perte est subrogée à la chose même. D'après cet article, il en est de même des indemnités dues en cas de sinistres par le locataire ou par le voisin, par application des art. 1733 et 1382, C. civ. Et cette indemnité a le même caractère que l'autre.

448. — Il faut encore expliquer de même par une idée de subrogation, mais complétée par celle de stipulation pour autrui, le § 2 de l'art. 3 suivant lequel, en cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants-droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre. Le recours contre le tiers est subrogé à l'immeuble, et le tiers a acquis au profit de qui de droit, par une stipulation pour autrui, un droit à indemnité de la compagnie d'assurance. — V. sur ce point, Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. 1, p. 243.

CHAPITRE IV.

ENREGISTREMENT ET TIMBRE.

449. — La subrogation a tantôt les effets d'une quittance, tantôt ceux d'un transport de créance; dans le premier cas le droit exigible est celui de 0,50 p. 0/0; dans le second cas, celui de 1 p. 0/0. La théorie de la Régie en cette matière peut être résumée de la façon suivante.

450. — a) *Paiement sans subrogation.* — Si le débiteur n'est pas présent à l'acte, le droit de quittance est seul dû, car la créance primitive est éteinte, et celle qui résulte du paiement a son titre, non dans une convention, mais dans un quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est-à-dire dans la loi. — Championnière, t. 2, n. 1242 et 1610; Demante, n. 544. — V. *J. Enreg.*, n. 7249.

451. — Si le débiteur comparait à l'acte, il emprunte d'un tiers pour se libérer envers l'ancien créancier, et la convention constitue une obligation ordinaire passible du droit de 1 p. 0/0. — Trib. Béziers, 11 mai 1858, Fuzier, [D. 59.3.7] — Trib. Pamiers, 21 févr. 1866, [*J. Enreg.*, n. 18287; *Rép. pér.*, n. 2444] — Trib. Auch, 19 août 1873, [*J. Enreg.*, n. 19390; *Rép. pér.*, n. 3717] — Championnière, t. 2, n. 1277.

452. — b) *Paiement avec subrogation.* — En cas de subrogation légale, c'est-à-dire de paiement par un tiers intéressé à l'extinction de la dette, le droit de 0,50 p. 0/0 est seul exigible.

453. — En cas de subrogation conventionnelle consentie par le créancier, la convention constate une véritable cession de créance, et le droit de 1 p. 0/0 est exigible. Lorsque la subrogation est consentie par le débiteur, et que le même acte constate l'emprunt, le paiement et la subrogation, le droit de 1 p. 0/0 est dû; si l'emprunt et le paiement étaient constatés par deux actes distincts, le premier serait passible du droit de 1 p. 0/0, et le

second du droit de 0,50 p. 0/0. — Championnière, t. 2, n. 1250 et s.; Demante, t. 2, n. 546. — Délib. Enreg., 28 déc. 1832, [*J. Enreg.*, n. 10666; *J. Not.*, n. 7944]

Section I.

Subrogation conventionnelle.

454. — La subrogation conventionnelle est toujours assujettie au droit de 1 p. 0/0, qu'elle soit consentie par le débiteur ou le créancier. — Cass., 19 janv. 1858, Trépagne, [S. 58.1.219, P. 58.555, D. 58.1.26]

455. — Ainsi jugé dans les cas cités ci-après : paiement avec subrogation par une compagnie d'assurances aux créanciers de l'assuré. — Trib. Seine, 4 déc. 1834.

456. — ... Paiement au bailleur de fonds d'un cautionnement par un tiers subrogé dans le bénéfice du privilège de second ordre. — Délib. Enreg., 29 janv. 1823.

457. — ... Paiement pour le mandataire du débiteur. — Sol. rég., 23 août 1819, [*J. Enreg.*, n. 7922] — Délib. Enreg., 31 oct. 1835, [*J. Enreg.*, n. 11378; *J. Not.*, art. 9132]

458. — ... Paiement par le tuteur qui stipule expressément, à l'encontre du pupille, la subrogation. Mais s'il s'agissait d'un simple paiement fait par le tuteur, en qualité d'administrateur, le droit de 0,50 p. 0/0 serait seul dû. Il en serait encore de même dans le cas où le tuteur pourrait se prévaloir de la subrogation légale : par exemple s'il désintéressait les créanciers hypothécaires inscrits avant lui sur un immeuble de son pupille. — Trib. Seine, 13 janv. 1865, Guichard, [D. 66.3.211]

459. — On décide dans le même sens que, sauf dans les cas de subrogation légale, le mari qui paie les dettes de sa femme obtient une subrogation conventionnelle passible du droit de 1 p. 0/0. Lorsque dans un contrat de mariage une mère constitue, sur ses biens personnels, une dot à sa fille, et que le père paie cette dot immédiatement, le droit de 1 p. 0/0 est dû. — Délib. Enreg., 27 août 1833, [*J. Enreg.*, n. 10708; *J. Not.*, art. 8217]

460. — Même décision lorsque la quittance du prix d'un immeuble acquis par la femme, en remploi d'un bien dotal, constate que le paiement est fait des deniers du mari. — V. Cass., 16 juill. 1849, Houdelot, [S. 49.1.564]

461. — Il en est de même lorsque la femme paie de ses deniers dotaux, et avec subrogation dans le privilège du vendeur, le prix d'un immeuble acquis par son mari. — Trib. Seine, 13 mai 1887, [*J. Enreg.*, n. 22956; *Rép. pér.*, n. 7000] — Sol. rég., 21 juill. 1888, [*Rev. prat.*, n. 2637] — V. cep. Trib. Toulouse, 30 mai 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3095], dont la doctrine nous paraît inexacte

462. — Remarquons cependant que cette décision ne serait pas applicable s'il existait une société d'acquêts entre les époux. Dans cette hypothèse, la femme, qui peut être poursuivie en paiement à la dissolution de la communauté, peut avoir intérêt à payer, au cours de la communauté, cette dette éventuelle, et le paiement qu'elle effectuerait dans ces conditions constituerait une subrogation légale passible du droit de 0,50 p. 0/0 seulement. — V. *J. Enreg.*, n. 22956.

463. — Le paiement des créanciers du mari par une femme séparée de biens, qui se fait subroger dans leurs droits, donne ouverture au droit de 1 p. 0/0. — Déc. min. Fin., 23 oct. 1826, [*J. Enreg.*, n. 8541; *J. Not.*, art. 6080] — Délib. Enreg., 27-31 oct. 1835, [*J. Enreg.*, n. 11738; *J. Not.*, art. 9132] — V. cep. *infrà*, n. 485.

464. — On doit d'ailleurs percevoir le droit de 1 p. 0/0, même dans les cas de subrogation légale, lorsque les parties ont déclaré expressément vouloir opérer une cession de créance au lieu d'une subrogation. Ainsi décidé dans une espèce où il était fait cession à une femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, à titre d'emploi de deniers dotaux, de créance sur la société d'acquêts. — Trib. Laval, 13 mai 1872, [*Rép. pér.*, n. 3843; *J. Enreg.*, n. 19278]

465. — L'acte par lequel un tiers rembourse une rente, en se faisant subroger aux droits du crédirentier, équivaut à une cession de rente, et rend exigible le droit de 2 p. 0/0. — Déc. min. Fin., 24 nov. 1820, [*J. Enreg.*, n. 6885]; — 23 oct. 1826, [*J. Not.*, art. 6080] — M. Maguéro (*Traité alph.*, v° *Subrogation*, n. 33) critique ces solutions en disant « que le tiers subrogé n'a aucun droit à la rente, à moins d'une stipulation formelle, et ne peut réclamer que le remboursement de la somme qu'il a déboursée ». Il en conclut que le droit de 0,50 p. 0/0 est seul dû quand le débiteur ne comparaît pas à l'acte, car le contrat, qui ne constitue pas une cession de rente, ne constitue pas non plus, en l'absence du débiteur, une obligation; mais si le débiteur est présent, le droit de 1 p. 0/0 devient exigible. — V. Cass., 21 mars 1810, Bellanger, [S. et P. chr.]

466. — Le droit de quittance, nous l'avons vu, n'est pas dû sur l'acte de subrogation, même consentie par le débiteur, lorsque l'emprunt et le paiement sont constatés par le même acte. La Régie avait d'abord soutenu le contraire et obtenu quelques jugements favorables à sa théorie; mais la jurisprudence est définitivement fixée, depuis l'arrêt de cassation du 19 janv. 1858, Trépagne, [S. 58.1.219, P. 58.555, D. 58.1.26], dans le sens que nous indiquons. — Bourges, 9 déc. 1856, [*Rép. pér.*, n. 641] — Lyon, 11 janv. 1857, [*J. Not.*, art. 15989; *Rép. pér.*, n. 803] — Trib. Strasbourg, 3 juin 1865, [*Rép. pér.*, n. 797] — *Contrà*, Trib. Seine, 6 févr. 1856, [*J. Enreg.*, n. 12226; *Rép. pér.*, n. 615; *J. Not.*, art. 15736]; — 24 janv. 1857, [*J. Enreg.*, n. 16473]; — 29 août 1857, [*J. Enreg.*, n. 16628; *Rép. pér.*, n. 904; *J. Not.*, art. 16173] — Trib. Pau, 6 juin 1856, [*J. Enreg.*, n. 16316; *Rép. pér.*, n. 726] — V. Cass., 28 mars 1887, De Bosc de Peyron, [S. 88.1.337, P. 88.1.802, D. 88.1.173] — Trib. Mirande, 14 déc. 1887, [*Rép. pér.*, n. 7058] — Instr. Enreg., n. 2741, § 2]

467. — Mais si l'emprunt et la quittance faisaient l'objet de deux actes distincts, même présentés simultanément à la formalité, le droit de 1 p. 0/0 et celui de 0,50 p. 0/0 seraient respectivement exigibles. — Cass., 12 mars 1844, Mony de Mornay, [S. 44.1.276, P. 44.1.593] — Délib. Enreg., 24 sept. 1833, [*J. Enreg.*, n. 10744; *J. Not.*, art. 8269]

468. — En tout cas, aucun droit fixe particulier n'est dû pour la déclaration d'origine des deniers. — Sol. rég., 26 juin 1830, [*J. Enreg.*, n. 9943; *J. Not.*, art. 7275]

469. — Lorsque l'acte *conditionnel* de prêt passé avec le Crédit foncier constate l'engagement par l'emprunteur d'employer les fonds prêtés à payer les créanciers hypothécaires antérieurs, le droit de libération de 0,50 p. 0/0 ne doit pas être perçu cumulativement avec le droit d'obligation sur l'acte définitif qui constate à la fois la réalisation du prêt et de la subrogation implicitement promise. Il n'en serait autrement que si l'acte constatant en même temps la réalisation du prêt conditionnel et le paiement par l'emprunteur, au moyen des deniers prêtés, d'une somme par lui due à un tiers, n'emportait pas subrogation au profit de la société prêteuse. — Sol. Rég., 13 mars 1891, [*Rev. Enreg.*, n. 683]

470. — Si le débiteur d'une somme emprunte un capital au moyen duquel il désintéresse son créancier primitif, et s'oblige envers l'emprunteur subrogé à lui servir une rente, le droit de 0,50 p. 0/0 est dû, indépendamment du droit de 2 p. 0/0 pour constitution de rente; car la convention doit être considérée comme une constitution de rente à titre onéreux dont le prix servirait à payer un créancier du débirentier. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Subrogation*, n. 39.

471. — Le droit de 1 p. 0/0 est perçu sur le capital de la créance cédée, quelle que soit la somme payée par le tiers subrogé.

472. — L'acceptation du débiteur, dans la subrogation consentie par le créancier, n'est pas nécessaire; néanmoins, quand elle intervient, la Régie n'exige aucun droit spécial, attendu qu'elle considère la convention comme une cession de créance. — Délib. Enreg., 7 juin 1833, [Instr. Enreg., n. 2187, § 6]

473. — La subrogation qui a pour objet une créance ne résultant pas d'un titre enregistré ne donne cependant ouverture qu'à un seul droit de 1 p. 0/0. — Sol. rég., 20 juill. 1891; — 22 août 1893 (inédites).

474. — La prorogation de délai contenue dans un acte de subrogation consentie par le débiteur ne donne ouverture à aucun droit particulier, car elle constitue une disposition essentiellement dépendante de l'emprunt. — Sol. rég., 4 sept. 1873, [*J. Enreg.*, n. 19267]; — 17 sept. 1873, [*J. Enreg.*, n. 19483; *J. Not.*, art. 20885]

475. — Si la prorogation de délai est contenue dans un acte de subrogation consentie par le créancier, le droit de 0,20 p. 0/0 est au contraire exigible : la convention principale intervient en effet entre l'ancien et le nouveau créancier, tandis que la prorogation de délai intervient entre celui-ci et le débiteur. — Trib. Rambouillet, 17 févr, 1860, [*J. Enreg.*, n. 19256-19267] — Trib.

Bordeaux, 27 août 1879, [J. Enreg., n. 21186; J. Not., art. 22325; Rép. pér., n. 5427] — Trib. Lyon, 8 mai 1885, [Rép. pér., n. 6537] — Sol. rég., 7 juin 1872, [J. Enreg., n. 19267]; — 17 sept. 1873, précitée; — 24 janv. 1889, [Rev. Enreg., n. 688] — Contrà, Trib. Grenoble, 14 févr. 1877, [J. Enreg., n. 20345; J. Not., art. 21793]

476. — Il convient de faire remarquer à ce sujet que le droit de 1 p. 0/0 ne devrait être exigé que dans les cas où la prorogation est accordée au débiteur à sa demande et dans son intérêt, mais non lorsque le cessionnaire en fait une condition de l'acquisition de la créance : il peut arriver, en effet, que le terme soit stipulé en faveur du créancier. Dans cette hypothèse, la prorogation devient une condition nécessaire du contrat et devrait être exonérée d'un droit particulier. — V. Rev. Enreg., n. 688 (observations).

477. — L'intervention, dans un acte de vente, d'un tiers qui paie le vendeur, avec subrogation, est passible du droit de 1 p. 0/0; mais la prorogation de délai contenue dans le même acte ne donnerait pas ouverture au droit de 0,20 p. 0/0. — Trib. Lyon, 25 févr. 1858, [Rép. pér., n. 1023]; — 2 mars 1869, [Rép. pér., n. 1302] — Trib. Grenoble, 14 févr. 1877, précité. — Sol. rég., 3 avr. 1896.

478. — Lorsqu'à la suite de deux ventes successives d'un immeuble, dont le prix était resté dû par le premier acquéreur à son bailleur de fonds, un tiers acquitte, de ses deniers et avec subrogation dans les droits du vendeur contre les acquéreurs, le prix de cette seconde vente, non entre les mains du vendeur, mais entre les mains du tiers qui avait fourni les fonds de la première vente et à qui toutes délégations nécessaires avaient été consenties, l'acte donne ouverture à deux droits distincts, indépendamment du droit de vente : 1° le droit de 1 p. 0/0 sur la subrogation conventionnelle consentie par le second vendeur; 2° le droit de 0,50 p. 0/0 sur la quittance donnée par le bailleur de fonds en qualité de délégataire, en même temps que par le vendeur. — Trib. Orléans, 26 févr. 1896, [J. Enreg., n. 25085]

Section II.

Subrogation légale.

479. — Après avoir soutenu que la subrogation légale donnait ouverture au droit de 1 p. 0/0, la Régie s'est rangée à la doctrine de la Cour de cassation et n'exige plus que le droit de 0,50 p. 0/0. — Cass., 24 déc. 1839, Ledru, [S. 40.1.181, P. 40.1.38]; — 27 juin 1842, Seillière, [S. 42.1.698, P. 42.2.190] — Trib. Seine, 13 janv. 1865, [Rép. pér., n. 2012] — Contrà, Délib. Enreg., 12 mars 1823, [J. Enreg., n. 7416; J. Not., art. 4353] — Sol. rég., 25 nov. 1828, [J. Enreg., n. 9178; J. Not., art. 6733] — Délib. Enreg., 1er juill. 1834, [J. Enreg., n. 10988; J. Not., art. 8625] — V. Trib. Orléans, 1er août 1837, [J. Enreg., n. 11861; J. Not., art. 9834] — Trib. Seine, 14 mars 1839, [J. Enreg., n. 12270; J. Not., art. 10474]

480. — Le droit de 0,50 p. 0/0 serait seul dû, alors même que les parties déclareraient par erreur qu'il s'agit d'une subrogation conventionnelle. Au contraire, si les parties déclaraient faire une subrogation légale et faisaient en réalité une *novation*, le droit de 1 p. 0/0 serait exigible, car la subrogation légale n'emporte pas novation. — Trib. Saint-Omer, 23 janv. 1847, [J. Enreg., n. 14251]

481. — I. *Art. 1251-1°, C. civ. : Subrogation au profit du créancier qui en désintéresse un autre.* — La convention par laquelle un créancier en désintéresse un autre n'ayant sur lui aucune cause de préférence, et se fait subroger à son droit, ne constitue qu'une subrogation conventionnelle: le droit de 1 p. 0/0 est dû. — Trib. Seine, 15 mars 1843, [J. Enreg., n. 13236]; — 5 juill. 1843, [J. Enreg., n. 13287] — Sol. rég., 24 janv. 1888, [Rev. Enreg., n. 688]

482. — Pour bénéficier du tarif de 0 fr. 50 p. 0/0, le subrogé doit donc justifier qu'il est primé par le subrogeant. — Trib. Seine, 23 nov. 1842, [J. Enreg., n. 13143]

483. — Il a été décidé, dans cet ordre d'idées, que lorsqu'un tiers rembourse à un créancier une partie de sa créance et se fait subroger conventionnellement dans les droits de ce créancier contre le débiteur, puis, par le même acte, rembourse au même créancier le surplus de la même créance et se fait subroger dans les droits du cédant, cette dernière subrogation a le caractère conventionnel comme celle qui est stipulée au moment du premier remboursement et que, par suite, le droit de 1 p. 0/0 est dû sur la totalité de la créance alors payée. — Sol. rég., 24 janv. 1889, [Rev. Enreg., n. 688]

484. — Si le second paiement était fait à un créancier autre que celui qui a été remboursé en premier lieu, la subrogation légale serait possible, alors même que la première créance serait éteinte relativement à la seconde, et alors même que les deux actes seraient passés à très peu de jours d'intervalle. — Sol. rég., 5 févr. 1888.

485. — La femme mariée peut obtenir la subrogation légale à l'encontre de son mari en désintéressant, par exemple, un créancier ayant un privilège supérieur à son hypothèque légale. — Sol. rég., 11 avr. 1884, [Rev. Enreg., n. 647]

486. — II. *Art. 1251-2° : Subrogation au profit de l'acquéreur qui paie les créanciers inscrits.* — La subrogation au profit de l'acquéreur qui paie les créanciers inscrits sur l'immeuble ne bénéficie du tarif de 0,50 p. 0/0 que si le paiement est fait après l'acquisition ou dans le contrat même de vente (C. civ., art. 1251). Mais cette condition suffit et le droit de quittance serait seul dû alors même que le prix n'aurait pas été délégué. — Délib. Enreg., 2 janv. 1827. — V. Délib. Enreg., 11 avr. 1818, [J. Enreg., n. 6035; J. Not., art. 2525]

487. — ... Ou que le vendeur n'assisterait pas au paiement du prix. — Sol. rég., 17 déc. 1817, [J. Enreg., n. 59[illegible]]

488. — La subrogation s'étend à tout ce que l'acquéreur paie en cette qualité. Le droit de 0,50 p. 0/0 est donc seul dû sur la somme payée par l'acquéreur en sus de son prix. — Trib. Epernay, 22 août 1834. — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 4535.

489. — ... Sur la somme payée par l'acquéreur à la femme du vendeur, pour le montant de ses reprises garanties par l'hypothèque légale, alors même que le vendeur aurait déjà été désintéressé. — Sol. rég., 22 mai 1827, [Instr. Enreg., n. 1229-10°; J. Not., art. 6423]

490. — Cette règle ne changerait pas, même si l'acquéreur qui a payé deux fois avait négligé de remplir les formalités de la purge. — Sol. rég., 22 mai 1829, [Instr. Enreg., n. 1293-9°]

491. — Le remboursement d'une rente viagère, avec subrogation, ne donne ouverture qu'au droit de 0,50 p. 0/0. — Sol. rég., 22 mai 1827, précitée.

492. — L'acte constatant un emprunt avec subrogation par l'acquéreur de partie de certains biens hypothéqués et, d'autre part, paiement par l'emprunteur au moyen de cette somme des créances hypothécaires, donne ouverture au droit d'obligation et à celui de quittance. — Trib. Rethel, 16 août 1839, [J. Enreg., n. 12363-2°]

493. — III. *Art. 1251-3° : Subrogation au profit de celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres.* — Le droit de 0,50 p. 0/0 est dû même lorsque le paiement est volontaire. — Délib. Enreg., 20 oct. 1829, [J. Enreg., n. 9451]

494. — Il en est ainsi notamment du paiement fait par la caution solidaire, alors même qu'il aurait pour objet le capital d'une rente. — Trib. Caen, 16 févr. 1837, [J. Enreg., n. 12349]; — 21 mars 1839, [J. Enreg., n. 12349] — Trib. Nantes, 7 mars 1837.

495. — La décharge de cautionnement qui serait donnée, à la suite de ce paiement, par le créancier désintéressé, serait exempte de droit particulier, comme disposition dépendante. — Déc. min. Fin., 17 nov. 1807, [J. Enreg., n. 2785]

496. — Le droit de 0,50 p. 0/0 est encore seul dû quand l'un des héritiers paie la totalité de la dette dans l'un des cas prévus par l'art. 1221, C. civ., ou si la dette est indivisible. — V. J. Enreg., n. 12734-5°. Si au contraire la dette payée se divisait *de plein droit* entre les héritiers, le droit de 1 p. 0/0 serait exigible.

497. — Citons encore quelques cas d'exigibilité du droit de 0,50 p. 0/0 : Paiement fait par un conservateur des hypothèques responsable à un créancier inscrit. — Larombière, t. 3, sur l'art. 1251, n. 63.

498. — ... Paiement par un débiteur conjoint quand la dette est solidaire ou indivisible. [J. Enreg., n. 7454]

499. — ... Paiement fait par un débiteur solidaire. — Délib. Enreg., 21 juin 1821, [J. Enreg., n. 9451]; — 2 oct. 1829, [J. Enreg., n. 9451]; — ... A moins que l'obligation solidaire ne renferme un don. — Cass., 10 juin 1845, Ernest, [S. 45.1.533, P. 45.2.556, D. 45.1.315]

500. — ... Paiement fait par un tiers saisi qui a été déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie. — V. Metz, 8 mars 1826, Benissein, [S. et P. chr.]

501. — ... Paiement fait par un officier public ou ministériel tenu de faire l'avance des droits d'enregistrement (L. 22 frim. an VII, art. 29). Mais des tiers ne peuvent être subrogés dans l'action du Trésor contre les contribuables. — Déc. min. Fin., 4 févr. 1826, [Inst. Enreg., n. 1189-14] — V. *suprà*, n. 306.

502. — Le droit fixe est seul dû sur le paiement qu'un trésorier-payeur général fait, avec subrogation, comme responsable du délit d'un receveur des finances. — Déc. min. Fin., 19 mai 1812, [*J. Enreg.*, n. 6650] — V. *J. Enreg.*, n. 4227.

503. — Le paiement fait par l'usufruitier tenu de la dette en vertu de l'art. 612, C. civ., est également passible du droit de 0,50 p. 0/0.

504. — Quand une personne, acquérant un immeuble, en paie le prix au moyen de deniers dont elle n'est qu'usufruitière, et que les nus propriétaires sont subrogés dans les droits du vendeur, la Régie considère qu'il n'y a là qu'un emploi de valeurs usufructuaires, avec création, au profit des nus propriétaires, de garanties spéciales destinées à assurer le recouvrement, à la cessation de l'usufruit, des sommes dont ils avaient la nue propriété : en conséquence, le droit de 1 p. 0/0 n'est pas exigible. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Subrogation*, n. 68. — Sol. reg., 15 juill. 1868; 4 févr. 1874; 13 mars 1885.

505. — IV. *Art. 1351-4° : Subrogation au profit de l'héritier bénéficiaire.* — Le curateur à une succession vacante n'est pas tenu d'acquitter les dettes héréditaires; s'il le fait, la subrogation consentie à son profit ne peut être que conventionnelle : elle donne ouverture au droit de 1 p. 0/0. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Subrogation*, n. 70.

CHAPITRE V.

LÉGISLATION COMPARÉE.

§ 1. *Allemagne.*

506. — Le Code civil allemand traite, sous la rubrique générale de « Transmission de la créance d'une personne à une autre » (*Uebertragung der Forderung*), tout à la fois de la cession de créances et de la subrogation aux droits de créancier. Le § 412 porte expressément que cette transmission en vertu de la loi, à laquelle correspond la subrogation légale, est régie par les mêmes règles que la cession proprement dite.

507. — Une créance peut être transmise par le créancier à une autre personne en suite d'un contrat avec cette dernière (cession, *Abtratung*). Par la conclusion du contrat, le nouveau créancier prend la place de l'ancien (C. civ., art. 398).

508. — La cession ne peut avoir lieu, lorsque l'obligation ne peut être exécutée envers un autre que le créancier primitif sans en modifier l'objet, ou lorsque la cession est interdite par un accord avec le débiteur (§ 399).

509. — Une créance insaisissable n'est pas cessible (§ 400).

510. — Les hypothèques et nantissements qui garantissent la créance, ainsi que les droits découlant d'un cautionnement, suivent la créance entre les mains du cessionnaire; celui-ci peut également, en cas d'exécution forcée ou de faillite, faire valoir un droit de préférence inhérent à la créance (§ 401).

511. — Le créancier antérieur est tenu de donner à son successeur tous les renseignements nécessaires pour faire valoir la créance et de lui remettre, en tant qu'il les possède, tous les titres justificatifs de la créance (§ 402); sur sa demande, il est tenu de faire constater la cession par un acte authentique aux frais du nouveau créancier (§ 403).

512. — Le débiteur peut opposer au nouveau créancier toutes les exceptions qui, au moment de la cession, lui compétaient contre l'ancien (§ 404). S'il a délivré au créancier originaire un titre de créance et que ce titre lui soit représenté par le cessionnaire, il ne peut faire valoir contre ce dernier que la passation de l'acte ou la reconnaissance de la dette était purement simulée ou que la cession de la créance était interdite, d'un commun accord, au créancier originaire; à moins que, au moment de la cession, le nouveau créancier n'ait connu ou dû connaître le véritable état de choses (§ 405).

513. — Le débiteur peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il avait le droit d'opposer au créancier originaire, à moins qu'il n'ait eu connaissance de la cession au moment où il est devenu lui-même créancier du créancier ou que sa propre créance ne soit devenue exigible que postérieurement au moment où il a eu connaissance de la cession et où la créance cédée l'est devenue (§ 406).

514. — Hormis le cas où le débiteur avait connaissance de la cession, le nouveau créancier est tenu d'accepter comme valables à son égard tout paiement fait par le débiteur au créancier originaire et tout acte conclu après la cession entre ces deux personnes relativement à la créance, ainsi que tout jugement rendu entre elles dans les mêmes conditions (§ 407).

515. — Lorsqu'une créance cédée une première fois l'est litérativement par le créancier originaire à un tiers, et que le débiteur paie entre les mains de ce tiers ou qu'un acte ou un jugement intervient entre eux relativement à la créance, on applique au profit du débiteur les dispositions du § 407, vis-à-vis du cessionnaire primitif. Il en est de même lorsque la créance cédée est attribuée à un tiers par un jugement ou que le créancier originaire reconnaît, au regard du tiers, que la créance cédée a passé sur la tête du tiers en vertu de la loi (§ 408).

516. — Si le créancier a notifié la cession au débiteur, il est tenu de se laisser éventuellement opposer par lui la cession, encore qu'en réalité elle n'ait pas eu lieu et soit nulle. Est assimilé à une notification le fait que le créancier a délivré un acte de cession au nouveau créancier et que ce dernier produit l'acte au débiteur. La notification ne peut être révoquée qu'avec l'assentiment de celui qui a été désigné comme nouveau créancier (§ 409).

517. — Le débiteur n'est tenu de payer entre les mains du nouveau créancier qu'autant que celui-ci lui présente un acte de cession en bonne forme; un avertissement ou une sommation non accompagnée de la production de cet acte est sans effet pour peu que le débiteur refuse immédiatement d'y obtempérer. Cette disposition n'est pas applicable dans le cas où le créancier originaire a notifié par écrit la cession au débiteur (§ 410).

518. — On applique, par analogie, à la subrogation légale les dispositions des §§ 399 à 404, 406 à 410 (§ 412). Le Code prévoit une subrogation aux droits du créancier au profit : 1° du codébiteur qui paie plus que sa part de la dette commune (§ 426, al. 2); 2° de la caution qui a payé pour le débiteur (§ 774); 3° du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué, qui a payé n'étant pas personnellement débiteur (§ 1143); 4° du propriétaire de gage qui paie la dette dans ces mêmes conditions (§ 1225); 5° du parent qui acquitte pour un autre une dette alimentaire (§ 1607, al. 2); 6° de la mère ou des parents maternels qui font l'avance de l'entretien des enfants incombant en première ligne au père (§ 1709, al. 2), etc.

519. — « Il n'y a pas lieu, est-il dit dans l'*Exposé des motifs*, de poser une règle générale et d'examiner ici si et dans quelle mesure un tiers qui a payé pour le débiteur sans avoir l'intention de lui faire une libéralité a un recours contre lui ». (*Motive*, t. 2, p. 33). Toutefois, le § 268 porte expressément que, dans le cas où le tiers qui a payé avait un intérêt personnel et direct à le faire, il est subrogé aux droits du créancier, sans d'ailleurs que cette subrogation puisse être invoquée au détriment de ce dernier.

§ 2. *Angleterre.*

520. — Nous avons déjà exposé *suprà*, v° *Cession de créances*, n. 542 et s., dans quelle mesure assez restreinte le cessionnaire d'une créance est subrogé aux droits du cédant et, dans tous les cas, à quelles conditions strictes, cette subrogation conventionnelle est subordonnée.

521. — La subrogation légale n'est aussi reconnue en Angleterre que dans de très-étroites limites. Lorsqu'un tiers paie une dette aux lieu et place du débiteur, il ne peut poursuivre ce dernier en remboursement qu'autant qu'il justifie avoir payé sur sa demande expresse ou implicite. — *Stokes* c. *Lewis*, 1. T. R., 20; *Child* c. *Morley*, 8 T. R., 610.

522. — Il appartient aux tribunaux d'apprécier ce qu'il convient de considérer comme une demande implicite; tel serait, par exemple, le cas où un tiers aurait fait de lui-même l'avance de frais funéraires, personne de la famille ne se trouvant là pour y pourvoir. — *Ambrose* c. *Kerrisson*, 10 C. B., 776.

523. — D'autre part, le créancier ainsi remboursé par un tiers ne peut être contraint de le subroger aux sûretés dont il jouis-

sait lui-même, à moins que le tiers n'ait agi en qualité de caution du débiteur principal, auquel cas la subrogation est de droit (St. 19 et 20 : Vict., c. 97, § 5. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n. 775.

524. — Quant à la question de savoir si le paiement fait par un tiers met obstacle à ce que le créancier actionne son débiteur primitif, elle est encore controversée. — *Jones* c. *Broadhurst*, 9, C. B., 173; *Belstraw* c. *Bush*, 11, C. B., 207. — Ernest Lehr, *op. cit.*, n. 795.

§ 3. *Autriche.*

525. — Le codébiteur solidaire qui paie de ses deniers l'intégralité de la dette a le droit, même sans subrogation expresse, de rechercher les autres codébiteurs en remboursement de la part qui lui incombe (C. civ., § 896); c'est un cas de subrogation légale.

526. — D'une façon générale, quiconque paie la dette d'autrui entre dans les droits du créancier et peut exiger du débiteur le remboursement de ses avances. Le créancier est tenu de le subroger à ces fins en tous ses droits et sûretés (§ 1358).

527. — Ce principe, inscrit au chapitre du *Cautionnement*, est reproduit, en d'autres termes, à propos des règles du paiement : le créancier est tenu de subroger dans tous ses droits le tiers qui rembourse la dette d'accord avec le débiteur originaire (C. civ., § 1422). Il y est également tenu s'il a accepté le paiement bien qu'il eût le droit de le refuser faute d'accord entre le débiteur et le tiers (§ 1423).

§ 4. *Belgique.*

528. — La Belgique est régie par le Code civil français.

§ 5. *Espagne.*

529. — Celui qui paie la dette d'autrui peut réclamer du débiteur le montant de ses débours, à moins qu'il n'ait agi contre sa volonté expresse; dans ce dernier cas, il ne peut répéter du débiteur que ce en quoi le paiement a été utile à celui-ci (C. civ., art. 1158).

530. — Celui qui paie au nom du débiteur, à l'insu de ce dernier, ne peut contraindre le créancier à le subroger dans ses droits (art. 1159).

531. — En général, la subrogation d'un tiers dans les droits du créancier ne peut se présumer en dehors des cas expressément mentionnés dans le Code; dans tous les autres, elle ne produit son effet qu'autant qu'elle a été clairement stipulée (C. civ. de 1888-1889, art. 1209).

532. — La subrogation se présume : 1° quand un créancier paie un autre créancier qui le prime; 2° quand un tiers non obligé paie avec l'approbation expresse ou tacite du débiteur; 3° quand le paiement est fait par une personne qui a intérêt à l'exécution de l'obligation, sauf les effets de la confusion quant à la part qui lui revient (art. 1210).

533. — Le débiteur peut faire la subrogation sans le consentement du créancier quand, pour payer la dette, il a emprunté l'argent par acte public en y faisant constater son but et en indiquant dans la quittance la provenance de la somme payée (art. 1211).

534. — La subrogation transfère au subrogé la créance avec tous les droits y annexés soit contre le débiteur, soit contre des tiers, cautions ou détenteurs des immeubles hypothéqués (art. 1212).

535. — Le créancier à qui a été fait un paiement partiel peut exercer son droit pour le reste, de préférence à celui qui lui a été subrogé en vertu du paiement partiel de la même dette (art. 1213).

§ 6. *Italie.*

536. — Les art. 1251 à 1254, C. civ. italien, relatifs à la subrogation, sont la traduction littérale des articles correspondants du Code français (art. 1249 à 1252).

§ 7. *Monténégro.*

537. — L'institution de la subrogation paraît être étrangère au droit monténégrin; car non seulement elle n'y fait l'objet d'aucune disposition expresse, mais encore, d'après l'art. 611, al. 2, l'obligation prend fin, même lorsqu'elle est acquittée par un tiers et que ce tiers est complètement étranger à l'obligation et agit sans mandat. Le Code ne prévoit la subrogation qu'au profit du codébiteur solidaire qui a payé seul la dette commune et qui demande, en vue de recouvrer sa part contributive de ses consorts, que le créancier lui transfère ses propres droits avec leurs accessoires (art. 561).

§ 8. *Pays-Bas.*

538. — Les art. 1436 à 1439, C. civ. néerl., sont la traduction littérale des art. 1249 à 1252, C. civ. franç., relatifs à la subrogation.

§ 9. *Portugal.*

539. — Le tiers qui paie pour le débiteur, avec son consentement exprès ou implicite, est subrogé aux droits du créancier (C. civ. portug., art. 778).

540. — Le tiers qui paie sans ledit consentement n'est subrogé aux droits du créancier que : 1° s'il est caution de la dette ou intéressé au paiement pour quelque autre cause; 2° si le créancier lui cède ses droits ou l'y subroge expressément par l'acte même de libération (art. 779).

541. — Lorsque le débiteur paie lui-même avec de l'argent emprunté à cet effet, le prêteur n'est subrogé dans les droits du créancier que si l'emprunt est constaté par acte authentique et s'il est déclaré dans l'acte que la somme a été empruntée pour faire le paiement (art. 780).

542. — Celui qui est subrogé au créancier peut exercer tous les droits de celui-ci tant contre le débiteur que contre les cautions (art. 781).

543. — Le créancier à qui n'a été remboursée qu'une partie de la dette peut exercer, par préférence au subrogé, ses droits pour le restant; toutefois ce droit de préférence n'appartient qu'au créancier originaire ou à son cessionnaire, à l'exclusion des autres tiers subrogés (art. 782).

544. — Il ne peut y avoir de subrogation partielle lorsque le paiement n'est pas divisible (art. 783).

545. — Lorsque plusieurs personnes ont été subrogées dans des portions distinctes d'une même dette et qu'elles ne peuvent être toutes payées en même temps, elles doivent l'être dans l'ordre successif des subrogations (art. 784).

§ 10. *Roumanie.*

546. — Les art. 1106 à 1109, C. civ. roumain, sont la traduction littérale des art. 1249 à 1252, C. civ. français.

§ 11. *Russie.*

547. — Les *Lois civiles* de l'Empire (*Svod*, t. 10, 1re part.), qui sont, on le sait, fort sommaires pour tout ce qui touche à la théorie des obligations, ne parlent de la subrogation qu'à propos de la cession de créance et pour déclarer que le cessionnaire qui a remboursé la dette aux lieu et place du débiteur, fût-ce sans son consentement, est subrogé à tous les droits du créancier cédant (art. 2058). — V. *suprà*, v° *Cession de créances*, n. 592 et s. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 1245.

§ 12. *Etats scandinaves.*

548. — Le Code suédois de 1734 ne renferme aucune disposition spéciale sur la matière.

549. — Toutefois, il est admis que la caution qui a remboursé tout ou partie de la dette a son recours contre le débiteur : dans la mesure de son paiement, elle est légalement subrogée aux droits du créancier et se trouve, notamment, au bénéfice des autres sûretés qui garantissaient la créance, par exemple : d'un autre cautionnement ou d'un gage constitué antérieurement à son propre engagement.

550. — Dans certains cas exceptionnels, la caution est privée de ce recours ; c'est ce qui arrive lorsqu'elle y a renoncé d'avance ou qu'elle paie, sans que son erreur soit imputable au débiteur, une dette déjà éteinte.

551. — D'après la loi norvégienne du 27 juin 1896, le recours, quand il existe, doit être exercé dans le délai de trois ans à

compter du paiement. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 551.

§ 13. *Suisse.*

552. — Le tiers qui paie le créancier est légalement subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de ce dernier : 1° lorsqu'il rachète un gage par lui constitué pour la dette d'autrui ; 2° lorsque, étant lui-même créancier gagiste, il paie une autre créance garantie par son gage ; 3° lorsque le créancier a été prévenu par le débiteur que le tiers qui le paie doit prendre sa place (C. féd. des oblig., art. 126).

553. — En principe, celui des codébiteurs qui, dans une dette solidaire, a payé plus que sa part a un recours contre les autres pour leurs parts et portions respectives et, dans cette mesure, il est subrogé aux droits du créancier (art. 79).

SUBRÉCARGUE. — V. Affrètement. — Assurance maritime. — Baraterie. — Capitaine de navire. — Navire.

SUBROGÉ TUTEUR. — V. Conseil de famille. — Tutelle.

SUBSISTANCES MILITAIRES.

Législation.

Règl. 26 mai 1866 (*sur le service des subsistances*) ; — Décr. 18 févr. 1889 (*portant règlement sur le service des fourrages dans les corps de troupe*) ; — Décr. 29 mai 1890 (tit. 2) (*sur la solde et les revues, modifié le 9 déc. 1893 et le 14 oct. 1900*) ; — Décr. 15 janv. 1890 (*sur le chauffage, modifié le 21 juill. 1900*) ; — Décr. 20 oct. 1892 (*sur le service intérieur dans l'infanterie, la cavalerie et l'artillerie*) ; — L. 11 janv. 1896 (*sur les conserves de viande*) ; — Règl. 29 juill. 1899 (*sur la gestion des ordinaires*) ; — Instr. 22 août 1899 (*sur les officiers d'approvisionnement*) ; — Instr. 22 août 1899 (*sur le service des subsistances en campagne*) ; — Instr. 14 juin 1900 (*sur l'alimentation en campagne*) ; — Instr. 14 juin 1900 (*sur le service des subsistances en temps de paix, modifiée les 17, 21, 22 nov. 1900, 1er févr., 25 juill., 6 août, 18 oct., 19 et 30 nov., 7 déc. 1901, 29 janv., 24 avr., 6 mai 1902*).

Bibliographie.

Beaugé, *Manuel de législation, d'administration et de comptabilité militaires*, 11e édit., 2 vol. in-12, 1901. — Charbonneau, *Recueil administratif à l'usage des corps de troupes*, 9e édit., 1 vol. in-f°, 1901. — Delaperrière, *Manuel de législation et d'administration militaires*, 2 vol. in-8°, 1882. — Lavaud, *Manuel d'administration et de législation militaires*, 1 vol. in-8°, 1901.

V. aussi *suprà*, v° *Armée de terre*.

Index alphabétique.

DIVISION

CHAPITRE I.

PRINCIPES GÉNÉRAUX D'ORGANISATION : DÉFAUT D'AUTONOMIE DOUBLE MODE D'EXÉCUTION.

1. — Le service des subsistances militaires a pour objet de procurer toutes les prestations en nature servant à la nourriture des hommes et des chevaux. Il pourvoit, en outre, dans certains cas, aux fournitures de combustible (règlement du service des subsistances militaires en temps de paix, art. 1).

2. — Cette définition, d'ailleurs reproduite presque littéralement de l'ancien règlement du 26 mai 1866, correspond en entier aux faits à l'heure actuelle. Les subsistances militaires, c'est-à-dire les allocations fournies par l'Etat aux troupes, soit en nature, soit en argent, directement et comme complément des prestations en argent, ne pourvoient, en fait, qu'à une partie de la nourriture des hommes. Le supplément nécessaire est fourni aux hommes de chaque unité militaire par un fonds commun formé de retenues obligatoires sur la solde qui leur est allouée, fonds commun géré en leur nom, et non pas au nom de l'État, par une commission prise au sein de leurs chefs. En un mot, pour la nourriture des hommes, le service des subsistances militaires est complété par la gestion des *ordinaires*.

3. — Ce service était prévu, au budget de 1903, pour une somme de 162 millions environ. Et cependant, il *n'a pas l'autonomie*, tout au moins en ce qui concerne le personnel de direction. Aux termes de l'art. 3, Instr. 14 juin 1900, la direction générale du service appartient au ministre de la Guerre. En fait, c'est dans un des bureaux de la direction de l'intendance au ministère que viennent se centraliser les affaires du service. Dans chaque gouvernement militaire, région de corps d'armée, division territoriale de l'Algérie et de la Tunisie, la direction est exercée, sous l'autorité du gouverneur ou du général commandant le corps d'armée ou la division, par le directeur de l'intendance.

4. — La surveillance des établissements dépendant du service est donnée, d'une part, à des fonctionnaires étrangers, les inspecteurs généraux du service de l'intendance; d'autre part, aux chefs du service, les directeurs de l'intendance, qui sont assistés, dans cette mission, par les sous-intendants. L'art. 356, Instr. 14 juin 1900, déclare que l'inspection précitée doit être annuelle; il porte que les observations des inspecteurs généraux sont reproduites sur un registre spécial tenu dans chaque établissement, transmises au ministre, par l'intermédiaire des directeurs de l'intendance et des sous-intendants, qui joignent à cette transmission leurs observations et les mesures pouvant servir de suite aux propositions. L'art. 353 dispose, d'autre part, que le directeur de l'intendance doit visiter les établissements toutes les fois qu'il en reconnaît la nécessité, et se rendre compte ainsi de la marche du service. Enfin les sous-intendants sont obligés de les visiter fréquemment, pour s'assurer que les prestations réglementaires sont strictement exécutées; ils vérifient la caisse, recensent le matériel et contrôlent les instruments de pesage et de mesurage.

5. — De même que l'intendance a la direction et la surveillance du service, de même elle a les attributions d'ordonnancement et de liquidation des dépenses. Les dépenses du service sont acquittées, en principe, sur mandats directs des sous-intendants, et cela sans distinction entre le cas où le service est exécuté à l'entreprise et celui où il est exécuté en gestion directe; cependant, dans le premier cas, l'officier d'administration du service a des *fonds d'avance*, et ces fonds lui servent, d'après l'art. 380 de l'instruction précitée (modifié par décision du 18 oct. 1901) : 1° à acquitter, sur l'autorisation du sous-intendant, et sans limitation de dépense, les primes de travail et gratifications accordées aux ouvriers militaires, les traitements et salaires du personnel civil, les droits de douane et d'octroi, les transports par mer et dépenses de débarquement de matériel et de denrées provenant de l'étranger, en un mot, toutes les dépenses qui ne se prêtent pas par leur nature à un ordonnancement direct ou ne sont pas susceptibles d'opposition; 2° à acquitter, dans la limite de 1,500 fr., les honoraires, vacations et frais d'expertise; les frais d'insertion, de publicité, d'adjudication, de timbre et d'enregistrement; les frais de réparations locatives et de menu entretien dans les bâtiments du service; les menues dépenses pour passe de sacs, nourriture de chats et de chiens de garde, et autres frais de peu d'importance. Dans le cas d'entreprise, les dépenses acquittées par les officiers d'administration comprennent : 1° les fournitures de fourrages, assurées à l'entreprise dans certaines places où l'effectif des chevaux à nourrir ne dépasse pas le maximum fixé par le cahier des charges; 2° les frais accessoires de toute nature inhérents à ces entreprises spéciales et qui doivent être supportés par l'État. En résumé, ce qu'acquittent directement les fonctionnaires spéciaux du service des subsistances, ce sont seulement les *frais journaliers d'exploitation*.

6. — Un second trait caractéristique du service des subsistances, c'est que le mode d'exécution est double : il est, d'après l'art. 5, Instr. 14 juin 1900, exécuté, soit par des officiers d'administration gérant de clerc à maître, soit par des entrepreneurs.

7. — C'est le ministre qui détermine, d'après les circonstances, celui des deux modes qui doit être employé. Ici le pouvoir d'appréciation du ministre est complet; il n'est limité, d'une part, ni par la nature des objets faisant l'objet des prestations nécessaires, ni par la nature de l'opération à laquelle il faut pourvoir.

8. — L'entreprise est possible pour toutes subsistances; elle peut comprendre la manutention et l'utilisation de la matière première aussi bien que la livraison de cette matière. La conservation, enfin, peut incomber à l'entrepreneur.

9. — L'art. 291 de l'instruction précitée prévoit que des denrées peuvent être remises à l'entrepreneur pour être conservées; ces denrées constituent des lots de mobilisation ou forment approvisionnements pour les besoins des distributions courantes l'entrepreneur en est responsable.

CHAPITRE II.

PERSONNEL DU SERVICE.

Section I.

Officiers d'administration gestionnaires.

10. — La direction du service des subsistances militaires est confiée, nous l'avons vu, à l'intendance dont elle forme une partie des attributions. Mais, pour l'exécution même du service, il existe un personnel spécial, tout au moins dans les cas où le service est en gestion directe. Le personnel d'exécution comprend : 1° des officiers et adjudants d'administration; 2° des commis et ouvriers militaires d'administration.

11. — On a vu (V. *suprà*, v° *Officiers d'administration*) que le personnel des officiers d'administration est réparti par la loi du 16 mars 1882 en plusieurs sections distinctes, dont l'une intitulée *Officiers d'administration des subsistances militaires*.

12. — Les officiers d'administration principaux gèrent les établissements importants; les officiers d'administration de 1re classe sont chargés d'une gestion ou placés en sous-ordre dans les grands établissements. Les officiers d'administration de 2e ou de 3e classe sont, en principe, placés sous les ordres des officiers d'administration gestionnaires : ils peuvent être également appelés à gérer des magasins de faible importance ou des annexes. Les adjudants remplissent les mêmes emplois que les officiers d'administration de 2e et 3e classe, sans toutefois pouvoir être chargés de gestion principale; ils ne peuvent que gérer les annexes. Enfin les officiers d'administration peuvent être chargés, sous la surveillance des fonctionnaires de l'intendance, de surveiller la fabrication ou la transformation de certains produits confiés à l'industrie civile (Instr., 14 juin 1900, art. 10).

13. — Que ce soit un officier d'administration de 1re ou de 2e classe, un officier d'administration principal ou un adjudant chef d'annexe, le chef de service dans chaque établissement est un *gestionnaire*, comptable de deniers et comptable de matières. Le gestionnaire est comptable de deniers, par suite de la perception par lui faite de fonds publics sur mandats d'avances (V. *suprà*, n. 5), et il est comptable de matières, du fait de la prise en charge du matériel et de l'approvisionnement. Il en résulte que les officiers d'administration gestionnaires sont, d'une part, soumis au contrôle de la Cour des comptes et, d'autre part, sont tenus de fournir un cautionnement dont les règles ont été minutieusement déterminées par l'annexe n. 1 à l'Instruction du 14 juin 1900.

14. — Aussi, en outre de leur solde, et à raison de la responsabilité qui leur incombe, les officiers d'administration gestionnaires reçoivent-ils des indemnités qui s'élèvent de 80 fr. à 2,800 fr. (V. annexe 2 à l'Instruction du 14 juin 1900), et des frais de bureaux se montant de 420 fr. à 3,000 fr.; toutefois l'instruction nouvelle n'a pas reproduit les dispositions du règlement de 1866, en ce qui concerne l'allocation de primes de gestion et de manutention, dont le montant était déterminé par le ministre d'après le chiffre du cautionnement et l'importance du service.

15. — En résumé, le chef de service dans un établissement ou une annexe a cinq séries d'attributions : 1° il surveille les réceptions de denrées et de matériel; 2° il garantit le bon état des denrées en approvisionnement; 3° il provoque la mise en consommation des approvisionnements parvenus au terme de conservation; 4° il règle les opérations de manutention et de transformation; 5° il a la surveillance de tout le personnel.

16. — Il ne faut pas confondre le personnel des officiers d'administration des subsistances militaires avec les *officiers d'approvisionnement*. D'une part, l'officier d'approvisionnement est un officier détaché, concourant à l'exécution générale du service d'alimentation; il ne fait pas partie d'une catégorie spéciale. D'autre part, les officiers d'administration des subsistances ont pour mission la distribution *aux* troupes; les officiers d'approvisionnement, la distribution *dans* les corps de troupe. Ils assurent directement les distributions journalières aux unités ou parties prenantes des corps, quartiers généraux ou services et contribuent à l'exploitation des ressources locales, sous les ordres du commandement et la direction technique des fonctionnaires de l'intendance militaire.

17. — Il y a deux catégories d'officiers d'approvisionnement : 1° ceux des corps de troupe; 2° ceux des quartiers généraux et services en dehors des corps de troupe. Cette division a son importance tout d'abord au point de vue de la *désignation des titulaires* de ces fonctions. D'après l'instruction du 22 août 1899, dans les corps de troupe, la fonction de l'officier d'approvisionnement n'existe, d'une manière permanente, en temps de paix, que dans les corps de troupe d'infanterie et de cavalerie. Dans un régiment d'infanterie, un bataillon de chasseurs à pied, un groupe de deux bataillons d'infanterie ou un bataillon d'infanterie, c'est un lieutenant désigné par le chef de corps, qui en rend compte au général commandant le corps d'armée. Dans un groupe de trois escadrons de cavalerie, ou un régiment de cavalerie, c'est le porte-étendard; dans un groupe de trois ou deux batteries d'artillerie, c'est un officier de réserve. Pour les formations moins importantes, comme une compagnie d'infanterie, un escadron de cavalerie, une batterie d'artillerie, une compagnie du train des équipages militaires, une compagnie du génie, une section d'aérostiers de campagne, une section télégraphique, le commandant de l'unité remplit le rôle d'officier d'approvisionnement. Il peut, sous sa responsabilité, confier le soin des détails à un des officiers ou sous-officiers sous ses ordres.

18. — Les officiers d'approvisionnement des quartiers généraux et services, dont les attributions ne s'exercent qu'en temps de guerre, sont pris dans les corps des officiers d'administration. Il y a à cette règle deux exceptions, d'après l'instruction du 22 août 1899. Pour les convois administratifs et boulangeries de campagne, les fonctions d'officier d'approvisionnement sont respectivement exercées : par les officiers d'administration gestionnaires des convois ou de la boulangerie, en ce qui concerne le personnel placé sous leurs ordres (officiers et troupes d'administration); par l'officier commandant le détachement du train pour les hommes et les chevaux de ce détachement. Pour les dépôts de remonte mobile, les fonctions d'officier d'approvisionnement sont exercées par l'officier du train commandant le détachement.

19. — Les officiers d'approvisionnement des deux catégories diffèrent encore au point de vue de leur mode de gestion. Ceux des corps de troupe gèrent *au titre* de leurs corps, comme délégués du conseil d'administration, ou, selon le cas, de l'officier commandant; ils sont toutefois pécuniairement responsables de l'existence et du bon entretien des denrées et du matériel qu'ils ont en charge, des sorties et distributions irrégulières, des omissions, des erreurs de calcul, des doubles emplois, des surcharges et altérations d'écritures.

20. — La situation est plus compliquée pour les officiers de la 2e catégorie; les officiers d'approvisionnement du grand quartier général des armées, des quartiers généraux d'armée et des quartiers de formation pouvant être éventuellement constituées, gèrent pour leur propre compte; il en est de même des officiers d'administration, officiers d'approvisionnement des convois administratifs, des boulangeries de campagne, des groupes d'exploitation et des parcs de bétail. Les officiers d'approvisionnement des détachements du train des équipages faisant partie des convois administratifs et des boulangeries de campagne, opèrent pour le compte des gestionnaires de ces formations. Enfin, ceux des quartiers généraux des corps d'armée, des divisions d'infanterie, des ambulances et hôpitaux de campagne, des dépôts de remonte mobile et des troupeaux de ravitaillement opèrent respectivement comme gérants d'annexes du service des subsistances des éléments non endivisionnés du corps d'armée ou des divisions dont ils font partie. Quant à la gestion des officiers d'approvisionnement des quartiers généraux de divisions de cavalerie indépendante, elle est rattachée comme annexe à la gestion principale des subsistances de la division (Instr. 22 août 1899, art. 9).

21. — Les attributions des officiers d'approvisionnement diffèrent suivant qu'il s'agit du temps de paix ou du temps de guerre. En temps de paix, indépendamment des obligations qui leur sont imposées par le service dans leur corps, ils sont chargés spécialement : 1° de la garde, de la surveillance et du lotissement de première ligne (vivres du sac et vivres réglementaires), lorsque ces vivres sont confiées au corps; 2° des mesures à prendre pour assurer le renouvellement desdits vivres, lorsqu'ils sont arrivés à leur terme de conservation; 3° de la surveillance et de l'entretien des voitures régimentaires dont le corps est dépositaire, ainsi que des harnais qui leur sont affectés. Les officiers sont

exercés à leur service spécial pendant les manœuvres annuelles d'automne. En temps de guerre, les officiers d'approvisionnement des corps de troupe ont dans leurs attributions : 1° le commandement du train régimentaire, la prise en charge, la garde et la conservation du matériel et des denrées, les distributions aux parties prenantes ; 2° le ravitaillement du train régimentaire. Et ici, ils sont exempts généralement de tout service. Les officiers d'approvisionnement des quartiers généraux et services ont des fonctions analogues en ce qui concerne le train régimentaire attaché à ces quartiers généraux ou services, ainsi que pour les distributions à tous les éléments qui en font partie ; mais ces officiers peuvent cumuler l'emploi d'officier d'approvisionnement avec une autre fonction.

22. — Comme chef du train régimentaire et comme distributeur aux troupes, l'officier d'approvisionnement fait un service intérieur et ne dépend que de son chef de corps ; pour le ravitaillement du train régimentaire, il est soumis à l'action directrice du sous-intendant.

23. — Les officiers d'approvisionnement peuvent avoir un personnel d'exécution en sous-ordre ; en temps de guerre, dispose l'instruction du 22 août 1899, l'officier d'approvisionnement d'un corps de troupe a sous ses ordres directs un sous-officier par bataillon, escadron ou batterie désigné par le chef de corps ; en outre, le personnel nécessaire est mis à sa disposition. Pendant les manœuvres d'automne, des sous-officiers peuvent être attachés au service de l'officier d'approvisionnement, sur l'ordre du chef de corps, jusqu'à concurrence d'un sous-officier par bataillon, escadron ou batterie. Dans les quartiers généraux et les services, le personnel nécessaire est prélevé, selon les cas, soit sur les détachements de commis et ouvriers d'administration, soit dans les ambulances ou hôpitaux de campagne, sur le détachement d'infirmiers.

Section II.

Commis et ouvriers.

24. — Le personnel inférieur des établissements comporte des *commis* employés aux travaux des écritures et de la comptabilité et participant aux services des réceptions et distributions, d'une part, et, d'autre part, des *ouvriers*, employés aux opérations de manutention des produits ou de réparation du matériel.

25. — En principe, ce personnel de commis et d'ouvriers est un personnel militaire. Il est pris, en règle ordinaire, dans le personnel dit des sections de commis et ouvriers d'administration ; en cas de besoins urgents et lorsque le personnel d'un établissement est insuffisant, dans les corps de troupe, les demandes de personnel étant faites au commandant d'armes par le sous-intendant militaire, sur la proposition motivée de l'officier d'administration gestionnaire. Enfin, l'administration peut avoir recours à des ouvriers civils pour les services en gestion directe, dans trois cas énumérés par l'art. 24, Instr. 14 juin 1900 : 1° dans les places où il n'existe pas de détachement d'ouvriers militaires d'administration ; 2° dans celles où les ouvriers militaires d'administration sont insuffisants pour assurer le service ; 3° lorsque certains travaux spéciaux ne peuvent être confiés à des employés militaires.

26. — La faculté pour l'Administration de recourir à un personnel civil est, comme on le voit, très-large pour la partie du personnel ouvrier, mais, par contre, cette faculté a été notablement restreinte, en ce qui concerne le personnel des commis. L'art. 48 du règlement de 1866 disposait que si, par suite de circonstances imprévues, le personnel militaire était devenu insuffisant, le ministre pourrait autoriser le recours temporaire à des employés civils, avec la réserve que ces employés ne pourraient être appelés à la gestion d'un service principal ou d'une annexe. Il ajoutait que, dans les grands établissements, certaines fonctions spéciales pourraient, avec l'autorisation du ministre, être remplies par des employés civils. L'instruction du 14 juin 1900 n'a conservé que cette dernière disposition, en spécifiant que la nomination de ces employée serait faite dans les conditions du décret relatif aux emplois réservés aux anciens militaires comptant au moins cinq ans de services.

27. — Les ouvriers militaires d'administration recevaient jadis, outre leur solde, des primes de travail. Ces primes ont été supprimées à partir du 1er janv. 1896 ; mais les sous-officiers, caporaux et soldats employés peuvent participer à des *gratifications* dont le taux mensuel est fixé à 6 fr., 4 fr. 50 et 3 fr., d'après les catégories ci-dessus. Toutefois, ces gratifications ne doivent pas avoir le caractère d'une prime réduite, uniforme dans chaque grade ; elles ne sont allouées que comme marque de satisfaction.

Section III.

Préposés des entreprises.

28. — Quand le service est à l'entreprise, le personnel est naturellement civil. Les cahiers des charges déterminent les diverses obligations imposées au personnel qui participe à l'exécution du service. Les conditions sont assez strictes en ce qui concerne les *préposés*, représentants de l'entrepreneur dans les places où doivent être formés des approvisionnements et faites des distributions. Les cahiers des charges exigent que les nominations de ces préposés soient soumises à l'approbation des intendants militaires, et que ces préposés soient Français ou naturalisés Français. Ils spécifient aussi la faculté de renvoi d'après les ordres de l'Administration.

CHAPITRE III.

ÉTABLISSEMENTS.

29. — Les établissements du service des subsistances comprennent des magasins à blé, des moulins, des magasins à farine, des boulangeries, pour le service des vivres de campagne, des magasins aux denrées, des caves ou celliers pour les liquides ; pour le service des vivres-viandes, des étables à porcs, des magasins de fourrages, des abattoirs, des boucheries, des magasins aux salaisons et aux cuirs ; pour les fourrages, des parcs à meules, des hangars ou des granges ; pour les foins ou pailles, des hangars pour le fanage, des magasins à avoine et à orge, des pièces pour le son et la farine d'orge ; pour le chauffage et l'éclairage, des chantiers, des hangars affectés aux réserves de bois et de charbon, des magasins pour les combustibles d'éclairage.

30. — Les logements des officiers d'administration sont aussi compris dans les locaux du service. En principe, seuls les gestionnaires sont logés, pour faciliter leur surveillance ; mais, dans les services importants, et lorsque les locaux le permettent, d'autres logements sont affectés aux officiers en sous-ordre dont la présence est le plus fréquemment nécessaire.

31. — Tous ces établissements ou locaux font l'objet d'*états descriptifs*, distincts par place, établis par le gestionnaire ou par l'entrepreneur, visés et certifiés par le sous-intendant militaire, et par le chef du génie ou son suppléant. Une expédition est envoyée au ministre. Toute mutation, tous travaux d'amélioration motivent l'établissement d'un état rectificatif.

32. — Ces locaux sont, si le service est en gestion directe, ou bien des bâtiments appartenant à l'Etat et affectés au service des subsistances militaires (et alors ils sont soumis au règlement du service du casernement), ou bien des locaux loués par l'Etat ; les baux sont passés par les fonctionnaires de l'intendance, de concert avec les officiers du génie ; le paiement des loyers est assuré au moyen de mandats du sous-intendant imputables sur les crédits spéciaux de la branche du service pour laquelle le bâtiment est pris à loyer ; si un même bâtiment ou établissement est loué à la fois par plusieurs branches de service, la quote-part de chacune dans les frais de location est déterminée dans l'étude en conférence préalable à la passation du bail, et mention est faite au contrat des dispositions arrêtées pour la répartition.

33. — L'instruction du 14 juin 1900 prévoit des moyens *temporaires* d'emmagasinement. Dans le cas où les bâtiments à la disposition du service deviennent momentanément insuffisants, il peut être traité pour l'emmagasinement soit dans les entrepôts du commerce, soit dans les magasins des particuliers ; le prix de la location est basé sur la quantité emmagasinée et sur la durée de l'occupation ; les conventions à passer sont soumises à l'autorisation préalable du ministre.

34. — Les mesures prescrites par le décret du 10 mars 1894, en vue de la protection et de la sécurité des ouvriers, sont applicables dans les établissements du service des subsistances.

35. — Ces établissements sont ou des locaux de service ou des locaux d'approvisionnement ; on distingue l'approvisionnement de service courant, l'approvisionnement de réserve, et les

approvisionnements de siège formés dans certaines places sur les ordres spéciaux du ministre et placés sous la surveillance d'une commission.

36. — Les établissements du service des subsistances sont l'objet d'une surveillance compliquée : le sous-intendant militaire, tout d'abord, s'assure, par de fréquentes visites, qu'il est tenu compte de ses ordres et des prescriptions réglementaires; le directeur de l'intendance visite, de son côté, les magasins de son ressort, chaque fois qu'il en reconnaît la nécessité; il vérifie spécialement si les approvisionnements sont à la hauteur voulue, et si tous les soins sont pris pour leur conservation; il se rend compte de la marche du service et de l'emploi du personnel; les officiers généraux ont, d'après les règlements, le droit de contrôle sur les établissements; enfin ces établissements sont inspectés annuellement par les inspecteurs généraux du service de l'intendance, leurs observations étant reproduites sur un registre spécial, dont les extraits sont transmis par voie hiérarchique. Enfin, il y a lieu de citer les recensements annuels et inopinés que les sous-intendants doivent faire pour constater les existants en magasins.

37. — Si le service est à l'entreprise, on distingue : en principe, l'entrepreneur est tenu de se procurer, à ses frais, les locaux nécessaires : 1° à l'exploitation du service; 2° au logement des approvisionnements, dans des bâtiments de l'Etat, ou des immeubles appartenant à des particuliers; et l'entrepreneur supporte les loyers et frais accessoires; toutefois les cahiers des charges peuvent contenir des stipulations contraires. Et même des locaux et terrains appartenant à l'Etat peuvent être mis gratuitement à la disposition de l'entrepreneur, les cahiers des charges déterminant les droits et obligations qui résultent, pour l'entrepreneur, de cette jouissance gratuite. Notons que, quel que soit le propriétaire du local affecté, d'une part l'entrepreneur est tenu de faire assurer ce local, à ses frais, contre l'incendie, la foudre, et le recours des voisins, et que, d'autre part, les fonctionnaires de l'intendance ont un droit de police et de surveillance sur les locaux pour l'exploitation du service.

38. — A propos de ces locations faites par l'Etat à un entrepreneur comme accessoires de son marché, il a été décidé que, lorsqu'un entrepreneur de la mouture des blés avait obtenu, pour l'exécution de son marché, la location d'un moulin appartenant à l'Etat, par bail d'une durée égale à celle du marché, mais prenant fin de plein droit au cas de résiliation, le ministre de la Guerre et le Conseil d'Etat étaient compétents pour connaître de la demande en indemnité fondée tout à la fois sur la résiliation du marché et du bail. — Cons. d'Et., 20 nov. 1896, Ramel, [P. 98.3.2, D. 98.3.24

CHAPITRE IV.

EXÉCUTION DU SERVICE.

SECTION I.

Gestion directe, allocations en nature

§ 1. *Moyens d'approvisionnement.*

39. — Les moyens d'approvisionnement de la gestion directe sont au nombre de cinq, d'après l'instruction du 14 juin 1900 : marchés par adjudication ou de gré à gré, achats à commission, conventions verbales ou achats sur factures, réquisitions, cessions.

1° *Marchés.*

40. — Le marché est le mode d'approvisionnement de droit commun; aussi le règlement du 26 mai 1866 contenait-il de nombreuses dispositions sur ces marchés; sur la distinction entre les marchés directs et les marchés par défaut; sur l'approbation, sur les cautionnements, sur le cas de faillite ou de décès du fournisseur, sur la compétence en ce qui concerne les contestations qui peuvent s'élever au sujet de l'interprétation des clauses et conditions des traités, sur les difficultés afférentes au paiement des droits d'octroi. L'instruction du 14 juin 1900 ne reproduit pas ces règles, et renvoie, sur ce point, au règlement de la comptabilité des dépenses du ministre de la Guerre. — V. *suprà, v° Marché administratif, Marché de fournitures.*

41. — On sait que certaines dispositions favorables aux sociétés ouvrières ont été édictées par le décret du 4 juin 1888, tant en ce qui concerne le mode de passation des marchés qu'en ce qui touche les garanties exigées des adjudicataires. Ces dispositions ne sont pas applicables aux marchés ou adjudications de fournitures de la guerre, lorsque leur application paraîtra au ministre préjudiciable aux intérêts du service.

42. — On a vu (*suprà,* v° *Marché administratif*) que l'adjudication publique est le mode de droit commun de passation des marchés de l'Etat, et que le décret du 18 nov. 1882, art. 18, a limitativement énuméré les cas dans lesquels il peut être traité de gré à gré. Les §§ 1 et 10 de ce décret donnent au ministre de la Guerre un pouvoir assez large, surtout en ce qui concerne les subsistances; car, d'une part, en réduisant ces marchés à des fractions d'une dépense inférieure à 20,000 fr., il évite l'adjudication, s'il la juge inutile; et, d'autre part, il peut souvent apprécier que les fournitures à faire ne peuvent, vu les circonstances urgentes, subir les délais des adjudications.

43. — D'ailleurs, en ce qui concerne spécialement les subsistances militaires, le système de l'adjudication est battu en brèche. On lui reproche : 1° d'obliger l'Administration à s'adresser à des intermédiaires; 2° de lui faire payer plus cher que les prix du commerce, et l'on préconise le mode d'*achat* direct au producteur, en fractionnant les marchés et en diminuant l'importance de chacun. Dans cet ordre d'idées, nous signalerons une circulaire du 2 juin 1892 préconisant, à la suite de la suppression de la fourniture départementale, la fourniture de fourrages distincte par place de garnison ou brigade de gendarmerie. Cette circulaire distinguait les places de garnison d'un effectif supérieur à 70 chevaux, et celles d'un effectif inférieur. Dans les secondes, le service était assuré par *concours restreint,* dans la plupart des cas; le cahier des charges était extrêmement simplifié, les paiements faits par mandats les 10, 20 et 30 du mois.

44. — Pour rendre les marchés accessibles à la production locale, et dans le but de favoriser l'achat direct aux cultivateurs, le décret du 18 févr. 1889 a donné au ministre la faculté à titre d'essai, et dans les places par lui désignées, d'*intéresser directement* les corps de troupe au service des fourrages. Dans ce but, il peut être créé, pour certains corps de troupes, une masse de fourrages destinée à pourvoir à toutes les dépenses nécessaires pour assurer la nourriture des chevaux et mulets des corps, ainsi que de ceux mis en subsistance. Toutefois, le principe n'est pas appliqué dans toutes ses conséquences; car le décret ajoute que s'il existe un magasin administratif dans la place, le corps est tenu de prendre toutes les denrées au magasin. Ici le but poursuivi a été surtout d'assurer le renouvellement des approvisionnements.

45. — Cette masse comprend : 1° un fonds commun destiné à pourvoir aux dépenses d'ensemble et à venir en aide aux escadrons et batteries, fonds commun géré par le conseil d'administration; 2° des fonds particuliers pour les dépenses spéciales à chaque unité, et gérés par le commandant de l'unité. Dans les troupes à pied, le fonds commun existe seul.

46. — La masse des fourrages est alimentée par une prime fixe annuelle pour les dépenses communes du conseil d'administration, et par une prime journalière calculée en tenant compte du prix des denrées dans la région et du taux de la ration. Les allocations sont payées aux corps par mois et d'avance.

47. — Les corps de troupe sont, comme nous l'avons dit, chargés de l'administration de la masse; ils passent les marchés. Ils sont aidés, pour l'exécution et la gestion, par une commission dite des fourrages, comportant : pour un régiment de cavalerie ou d'artillerie, un chef d'escadron, trois capitaines, un capitaine en second ou un lieutenant, secrétaire; pour un régiment d'infanterie, un chef de bataillon, un capitaine, un lieutenant; pour un bataillon ou un escadron formant corps, trois officiers. Le secrétaire est l'agent actif de la commission. Il procède aux réceptions, fait exécuter les manutentions, assiste aux distributions, et reçoit les bons. En cas de contestation pour les réceptions, la commission statue, et sa décision est définitive.

48. — Les fonctionnaires de l'intendance exercent la surveillance administrative, et vérifient la comptabilité.

49. — Des tendances favorables à l'intérêt direct se sont nettement accentuées dans ces dernières années. Au cours des dis-

cussions du budget de 1903 et 1904, le ministre de la Guerre a fait remarquer que le système de l'achat direct du blé et de l'avoine, dont l'expérience avait été faite en 1902 dans trois places (Rennes, Epinal et Toulouse), a été étendu à d'autres peu après, comme Orléans et Nevers, et que ce système avait été enfin mis en pratique dans onze corps d'armée.

50. — D'ailleurs, pour atténuer dans la mesure du possible le reproche adressé au système des grandes adjudications de faire payer plus cher à l'Etat qu'aux particuliers, l'instruction du 14 juin 1900 a institué l'*état de comparaison* (art. 51). Les sous-intendants militaires doivent établir trimestriellement, pour chaque place de leur arrondissement administratif où sont effectuées des adjudications de blé ou d'avoine, un état comparant, pour chaque adjudication, le prix moyen de cette dernière avec le cours commercial dans la place à la même époque. Le cours commercial est celui des mercuriales, d'après le registre tenu à cet effet dans les mairies. Lorsque, la place n'étant pas lieu de marché, ce registre n'y est pas tenu, le sous-intendant militaire se renseigne sur les cours par tels moyens qu'il juge convenables. Le cours commercial est augmenté ou diminué des sommes nécessaires pour le rendre comparable aux prix d'adjudication, c'est-à-dire pour qu'il corresponde à la valeur des denrées livrées dans des conditions identiques à celles des adjudications. Lorsqu'un prix moyen d'adjudication est supérieur au cours commercial ainsi obtenu, le sous-intendant doit en rechercher et étudier les causes. Les états de comparaison sont trimestriels, ils doivent parvenir à l'administration centrale le 10 du premier mois de chaque trimestre pour le trimestre précédent.

2° Achats à commission.

51. — Il vient d'être dit que le reproche adressé au système des grands marchés d'adjudication, c'est qu'ils supposent la mise en œuvre des intermédiaires et non des producteurs directs. Cependant il est des cas où l'exécution en gestion directe demande l'intervention d'un intermédiaire, non seulement pour la fourniture, mais même pour la passation du marché ; c'est le cas d'achats à commission. L'art. 52, Instr. 14 juin 1900, en fait, en conséquence, un mode exceptionnel d'approvisionnement; ces achats n'ont lieu qu'en cas de nécessité, et leur détermination est réservée au ministre, sauf toutefois la faculté de délégation expressément donnée par ce dernier aux directeurs de l'intendance. Le nouveau texte est plus restrictif sur ce point que le règlement du 26 mai 1866. On recourait à l'achat à commission, même sur l'ordre des simples intendants, en cas d'urgence.

52. — Les achats sont confiés à des négociants ou à d'autres mandataires étrangers au personnel administratif. Un contrat est passé avec le négociant choisi, qui indique, outre le taux de la commission et les indemnités à payer, les règles qui devront être suivies pour les achats, et des avances peuvent, dès lors, être faites aux commissionnaires. Quant aux droits et obligations réciproques de l'Administration et des commissionnaires subséquents au contrat, ce sont ceux prévus par le Code civil (titre *Du mandat*) et les articles du Code de commerce sur les commissionnaires en général.

53. — Suivant les circonstances, les commissionnaires peuvent être chargés d'acheter à l'étranger ou d'opérer à l'intérieur, soit près du commerce, soit sur les marchés publics. Dans tous les cas, ils doivent, autant que possible, traiter directement avec les propriétaires, producteurs, manufacturiers ou premiers détenteurs. Ils se conforment aux usages commerciaux et ils sont soumis à toutes les règles générales et locales sur la tenue des marchés. Ils tiennent compte des bonifications qu'ils obtiennent des vendeurs, suivant les usages des localités (art. 53, Instr. 14 juin 1900).

54. — Toutefois il y a lieu de signaler, en ce qui touche les rapports de l'Administration et des commissionnaires, l'obligation pour ces derniers : 1° de tenir un registre destiné à l'inscription, jour par jour, et sans autre ordre que celui des dates, de toutes les opérations d'achat, ce registre devant être coté et paraphé par le sous-intendant, et devant lui être présenté à toute réquisition ; 2° d'adresser au ministre ou aux directeurs de l'intendance des *bulletins d'achat* destinés à faire connaître la marche successive de leurs opérations.

55. — En ce qui concerne les achats à commission, il existe un départ de compétence à signaler : les marchés passés par les commissionnaires étant souscrits en leur nom et pour leur compte (c'est le caractère propre de la commission), les contestations qui peuvent s'élever entre eux et les vendeurs sont du ressort des tribunaux civils; au contraire, les contestations qui s'élèvent entre l'Administration et les commissionnaires sur la qualité des denrées fournies sont réglées dans la forme prévue pour les fournitures par marchés de livraison.

3° Achats sur facture.

56. — Les achats sur simple facture sont exceptionnels comme les achats à commission, mais ici l'exception n'est plus apportée à la règle générale à cause de l'objet à acheter, mais à cause du prix de cet objet. Il peut être suppléé aux marchés écrits par des conventions verbales ou achats sur simple facture, pour des denrées ou objets qui doivent être livrés immédiatement, quand la valeur de chacun de ces achats n'excède pas 1,500 fr. Les achats sur simple facture sont exécutés par les soins de l'officier d'administration gestionnaire du service, d'après les ordres et sur l'approbation des fonctionnaires de l'intendance. Ils sont payés, soit au moyen de mandats émis par les fonctionnaires de l'intendance, soit au moyen des fonds d'avance dont dispose l'officier d'administration gestionnaire du service. — V. *suprà*, n. 5.

4° Réquisition.

57. — La réquisition ne sert comme moyen d'approvisionnement qu'à des époques strictement déterminées, en cas de rassemblement de troupes et pendant les grandes manœuvres. — V. *suprà*, v° *Réquisitions militaires*.

5° Cessions.

58. — Enfin les cessions sont des versements faits, soit par un autre ministère, soit par un autre service du département de la Guerre, étranger à celui des subsistances, soit enfin par le service des vivres à celui des fourrages ou du chauffage, ou par celui des approvisionnements de siège au service courant, et *vice versa*. Les cessions ont lieu, d'après les ordres du ministre, ou, en cas d'urgence, d'après ceux des intendants militaires. Lorsque le matériel est cédé par un service étranger au département de la Guerre, le prix en est fixé d'après les instructions spéciales du ministre. Quand le matériel est cédé par un autre service administratif de ce département, l'évaluation est faite d'après les tarifs, ou, au besoin, par estimation contradictoire.

§ 2. Réceptions.

59. — Les objets, denrées ou matériel, destinés au service des subsistances, doivent faire l'objet, à leur entrée dans le service, d'une *réception*, relative à la qualité et à la quantité, et opérée par l'officier d'administration gestionnaire sous sa responsabilité personnelle.

60. — Les réceptions, engageant la responsabilité du gestionnaire, peuvent donner lieu à des contestations portant sur les points de fait que ce dernier est chargé d'apprécier. Le règlement de ces contestations est prévu par l'instruction du 14 juin 1900, qui distingue deux hypothèses. S'agit-il des contestations ayant pour origine l'exécution d'un marché de livraison ou de transformation, on s'en remet, pour la solution de la question, aux indications données dans les cahiers des charges généraux ou spéciaux. Notons, à ce propos, que si ces cahiers contiennent une clause s'en remettant pour le règlement de ces contestations à un arbitrage, une telle clause n'a, au point de vue juridique, qu'une valeur relative; l'Etat, personne morale, ne pouvant compromettre (V. *suprà*, v° *Arbitrage*, n. 124), la solution donnée par les arbitres peut toujours faire ultérieurement l'objet de décisions contentieuses.

61. — S'agit-il des contestations sur la qualité du matériel n'ayant pas pour origine un marché de livraison, mais provenant d'ordres d'achat à commission, d'ordres de versement d'un magasin sur un autre, de cessions ou d'une reprise de service, les difficultés sont soumises à une *commission de vérification*. La composition est différente suivant qu'est en cause, soit le service des vivres, soit celui des fourrages. Dans le premier cas, outre le sous-intendant (ou son suppléant) qui préside, la commission comprend : un officier supérieur (chef de bataillon ou d'escadron)

d'un des corps de troupe de la garnison; à défaut un officier subalterne du grade le plus élevé; un médecin militaire; deux experts choisis, l'un par l'officier d'administration gestionnaire dans la gestion duquel sont comprises les denrées critiquées, l'autre par le sous-intendant militaire, sur une liste dressée à l'avance par l'autorité municipale. Dans le second cas, en dehors du président et de l'officier supérieur, un vétérinaire militaire et deux experts choisis de la même façon que précédemment. Quand la commission du service des vivres est appelée à examiner des difficultés relatives au bétail sur pied, le médecin militaire est remplacé par le vétérinaire militaire. Les membres militaires des commissions sont désignés par le commandant d'armes.

62. — Après examen du litige, et les parties intéressées entendues, les commissions prennent à la majorité des voix, le président ayant voix prépondérante, des décisions constatées par un procès-verbal, qui, au point de vue administratif, ont un caractère définitif ou non, suivant les cas. La décision est définitive et immédiatement exécutoire si la commission n'a été réunie que pour statuer sur le résultat d'épreuves de panification ou, lorsqu'appelée à se prononcer sur la qualité de quelque denrée, elle la reconnaît propre à la consommation, sous réserve des manœuvres à lui faire subir et consignées au procès-verbal. Dans tous les autres cas, la partie qui se croit lésée et le sous-intendant militaire sont admis à faire appel de la décision de la commission de vérification au directeur de l'intendance, et, le cas échéant, au ministre. Et, spécialement, au sujet d'une mesure grave, la destruction complète par enfouissement, jet à l'eau ou incinération des approvisionnements reconnus nuisibles à la santé des hommes et des chevaux, les commissions ne font que des propositions, et la décision est prise par le ministre, après avis du directeur de l'intendance.

§ 3. *Manutention et conservation.*

63. — La manutention comprend toutes les opérations et manœuvres ayant pour objet les entrées et les sorties, la conservation et la transformation des denrées. Ces différentes opérations et manœuvres sont indiquées par les notices du service des subsistances; nous renvoyons à ce sujet aux volumes 92 et 93 de l'édition refondue du *Bulletin officiel du ministère de la Guerre*.

64. — Nous ajouterons seulement, à ce propos, que, pour chaque denrée du service est fixé un terme théorique de conservation. Toutes les denrées reçues par l'officier d'administration gestionnaire sont considérées par le seul fait de leur réception comme étant susceptibles d'être conservées en bon état jusqu'audit terme, et les obligations des officiers d'administration gestionnaires, relativement à la conservation des denrées jusqu'à leur terme de durée, ne cessent que par la constatation des circonstances qui ont pu en altérer la qualité ou en diminuer la quantité.

65. — De plus, vis-à-vis de l'officier gestionnaire, le terme de durée théorique n'a pas un effet entièrement libératoire; l'art. 77, Instr. 14 juin 1900, dispose même que la responsabilité de cet officier ne cesse que lorsqu'il a été reconnu et constaté que ce terme ne peut être prorogé.

66. — Cette reconnaissance et la fixation d'un nouveau terme de durée ressortissent des commissions de vérification dont il a été parlé plus haut. Ces mêmes commissions prononcent aussi, dans le cas où, lors d'un recensement, il s'élève des doutes sur la qualité des approvisionnements ou sur la possibilité de les conserver en bon état jusqu'au terme fixé par les règlements, la mise hors de service ou la vente au profit de l'Etat. Lorsque la commission détermine la durée de conservation de certains approvisionnements, sa décision est définitive et immédiatement exécutoire. Dans les autres hypothèses, il y a possibilité d'appel au directeur de l'intendance et, le cas échéant, au ministre.

§ 4. *Distribution.*

67. — Une dernière opération, dont est chargé le service des subsistances, est celle de la distribution. Les droits des troupes et autres parties prenantes aux prestations en nature, ainsi que les diverses positions dans lesquelles ces droits sont acquis ou modifiés, sont déterminés par le décret portant règlement sur le service de la solde et des revues (Instr. 14 juin 1900, art. 78).

1° *Nature et composition des rations.*

68. — Le décret du 29 mai 1890 indique les allocations des prestations faites aux troupes par l'Etat. Ces prestations sont, d'après ce décret, en temps de paix le pain, la viande, le sucre et le café. Eventuellement, il peut être accordé des vivres de campagne : riz, légumes secs (pois, haricots, fèves, lentilles, conserves de légumes comprimés), soit en vertu d'une décision du ministre, soit en vertu d'un ordre des inspecteurs généraux d'armées lors de la revue d'inspection annuelle, ou des généraux commandants de corps, après leur première revue d'installation, ou en cas d'urgence; enfin, pendant les chaleurs, du 15 juillet au 31 août, pour la région du nord ou du centre, et du 15 juin au 31 août, pour la région du midi, les hommes de troupe présents au corps, en station ou en marche à l'intérieur reçoivent des distributions journalières d'eau-de-vie pour assainir l'eau.

69. — Aux règles de distributions en nature il est apporté d'ailleurs deux séries d'exceptions : d'une part, aux termes de l'art. 254, Instr. 16 juin 1900, la fourniture de la viande fraîche est ordinairement assurée par les corps de troupe qui reçoivent, à cet effet, une indemnité représentative en argent (V. *infrà*, n. 178 et s.); le ministre a la faculté d'adopter un système mixte : l'organisation de boucheries militaires gérées par les corps de troupe avec le concours des officiers d'administration; d'autre part, le ministre peut substituer une indemnité représentative aux distributions en nature de vivres de campagne; enfin, la distribution en nature est, pour les eaux-de-vie (rations hygiéniques), en principe, et sans autorisation préalable, remplacée par une indemnité tarifée.

70. — La seconde série d'exceptions constitue les exceptions individuelles; elles se rencontrent dans les hypothèses où il y a allocation d'indemnités en remplacement de vivres. Une annexe, l'annexe 4, au décret du 29 mai 1890, indique ces hypothèses. Elle cite, parmi les militaires qui reçoivent cette indemnité, les sous-officiers rengagés, mariés ou veufs avec enfants, autorisés à vivre individuellement, et les hommes de troupe de tous grades rengagés ou commissionnés dans la même situation, ainsi que les soldats ordonnances, les maîtres ouvriers, les brigadiers et caporaux maîtres maréchaux, enfin les brigadiers et caporaux maîtres d'escrime, brigadiers prévôts d'armes, brigadiers et caporaux moniteurs d'escrime.

71. — Le pain, comme la viande, est dû, à raison d'une ration par homme et par jour, à tous les sous-officiers, brigadiers, caporaux et soldats (en temps de paix, les officiers ne participent jamais aux distributions gratuites), tant en station qu'en route, lorsqu'ils marchent en corps ou en détachement, ou s'ils sont détenus disciplinairement au corps. Ces denrées ne sont pas dues, au contraire, aux hommes en congé, en permission, à l'hôpital, voyageant isolément et recevant des allocations sur le service des frais de route (V. *suprà*, v° *Solde des troupes*), nourris chez l'habitant.

72. — Pour le sucre et le café, les hommes de troupe ont droit à un quart de ration pour chaque journée de présence. Le ministre a la faculté d'accorder des suppléments d'un nouveau quart ou de trois quarts de ration à raison des conditions hygiéniques de la garnison; les commandants de corps, de leur côté, ont le droit d'accorder aux hommes campés pour des exercices une demi-ration supplémentaire de sucre et café par jour.

73. — La distribution en tout cas est faite par *rations*, et le *taux* des rations est indiqué dans un tarif arrêté par le ministre qui, seul, peut apporter des modifications à ces tarifs. Ces modifications sont, le cas échéant, notifiées aux généraux commandant les corps d'armée, qui les portent à la connaissance des intéressés par la voie de l'ordre, lorsque l'insertion n'en a pas été faite au *Bulletin officiel* du ministère de la Guerre.

74. — Cependant, l'instruction elle-même admet des modifications dans la *nature* des rations, sans approbation du ministre. La délégation donnée à cet égard aux agents du service est maintenant générale. Sous l'empire du règlement de 1866, les substitutions ne pouvaient être prescrites, sur la proposition des intendants, par les généraux commandants, qu'en vertu d'une délégation spéciale du ministre, ou lorsqu'il y avait urgence. Le tarif des substitutions est indiqué à l'annexe n. 5 de l'instruction du 14 juin 1900.

75. — Le tarif des substitutions indique les vivres à substituer, d'une part à la viande (et parmi ces vivres nous citerons les viandes de conserves et le lard salé); et, d'autre part, à la ration

de légumes secs ou de riz. Pour le pain, il y a possibilité de remplacement par du biscuit, aux termes du décret du 29 mai 1890, mais suivant l'ordre du ministre.

76. — Les corps de troupe ne sont pas astreints à recevoir à chaque distribution le nombre de rations auquel ils ont droit, mais les allocations n'en sont pas moins toujours calculées par homme et par jour; il y aura seulement des moins-perçus, qui pourront être récupérés sur les distributions ultérieures. Toutefois, les distributions de biscuit sont perçues suivant l'effectif au jour de la distribution.

77. — L'instruction du 14 juin 1900 comprend deux tarifs : tarif de paix, tarif de campagne en temps de paix. Le tarif des vivres est ainsi déterminé, dans l'annexe de l'instruction du 14 juin 1900 : *pain* de repas, 0^k,750; pain de soupe, 0^k,250; pain biscuité de repas, 0^k,700; de soupe, 0^k,250; pain de guerre pour le repas, 0^k,550; pour la soupe, 0^k,185; *riz*, 0^k,030; *légumes* secs, 0^k,060; conserves de légumes, 0^k,030; potages condensés, 0^k,030; graisse de saindoux, 0^k,030; graisse de bœuf, 0^k,040; sel, 0^k,016; sucre, 0^k,021; café torréfié, 0^k,016; *viande* fraîche, 0^k,300; conserves de viande, 0^k,200; porc salé, 0^k,240; *vin* 0^l,25; eau-de-vie, ration ordinaire 0^l,0625; ration hygiénique 0^l,03125. En Algérie, d'après une décision du 23 mai 1901, la ration de riz est de 0^k,060.

78. — Le tarif des rations en campagne comprend trois subdivisions : camps de manœuvres, ration forte de campagne, ration normale de campagne; pain, 0^k,750, dans les trois cas; pain de guerre ou biscuit, 0^k,550, 0^k,600, 0^k,600; pain biscuité, 0^k,700 dans les trois cas; riz, 0^k,030, 0^k,100, 0^k,060; ou légumes secs, 0^k,060, 0^k,100, 0^k,060; sel, 0^k,016, 0^k,020, 0^k,020; sucre, 0^k,021, 0^k,031, 0^k,021; café torréfié, 0^k,016, 0^k,024, 0^k,016; viande fraîche, 0^k,300, 0^k,500, 0^k,400; ou porc salé, 0^k,240, 0^k,300, 0^k,240; ou conserves de viande, 0^k,200, 0^k,250, 0^k,200; graisse de saindoux, 0^k,030, dans les deux derniers cas; ou graisse de bœuf, 0^k,040 dans les deux derniers cas; potage condensé, 0^k,040 dans les deux derniers cas; vin, 0^l,25 dans les trois cas; eau-de-vie, 0^l,0625, dans les trois cas.

79. — De plus, il peut être accordé par ordres du commandement notifiés aux fonctionnaires de l'intendance (ordres qui précisent les corps ou fractions auxquels ils s'appliquent) des suppléments de rations.

80. — Les suppléments de rations le plus habituellement susceptibles d'être alloués sont : la ration de liquides ou un tiers de ration de pain (250 gr.), ou un cinquième de ration de viande (100 gr.).

81. — On peut aussi, dans certains cas, allouer une fraction déterminée, 1/2, 1/3, 1/4 de la ration normale.

82. — Ces suppléments peuvent, d'ailleurs, être remplacés par tous les autres aliments équivalents existant sur les lieux.

83. — Enfin, en campagne, la ration peut n'être pas *unique* par partie prenante. Une décision présidentielle du 16 mai 1894 détermine que les officiers généraux et assimilés ont droit à 4 rations, les officiers supérieurs et assimilés à 3, les capitaines et assimilés à 2, les lieutenants, sous-lieutenants et assimilés, 1 ration et demie, et enfin les hommes de troupes quel que soit leur grade, à une ration.

84. — Depuis qu'à l'armée de métier est substitué le système de la nation armée, il y a tendance à augmenter la quotité et la composition des rations gratuitement fournies par l'Etat aux hommes de troupe, et cette tendance s'appuie sur ce fait que l'homme de troupe est, par voie d'appel obligatoire, enlevé sans son consentement à la vie civile, et qu'il est juste qu'en compensation l'Etat, durant ce séjour forcé en dehors de ses occupations habituelles, pourvoie largement à ses besoins et à son existence matérielle.

85. — Ces tendances se sont, durant ces dernières années, manifestées par divers votes du Parlement lors de la discussion des lois de finances de 1902, 1903 et 1904. Pour l'année 1904, les crédits accordés pour les subsistances sont répartis en quatre chapitres : chap. 42, vivres, 34,462,356 fr.; chap. 43, viandes, 60,559,974 fr.; chap. 44, fourrages, 62,543,686 fr.; chap. 71, subsistances, chauffage et éclairage, 4,295,355 fr.

86. — La ration habituelle du cheval se compose d'avoine, de foin et de paille.

87. — Les règlements du 20 oct. 1892 donnent aux chefs de corps, si la santé des chevaux l'exige, la faculté de faire des substitutions pour les trois denrées entrant dans la composition de la ration normale de fourrages (art. 361, infanterie, 352, cavalerie, 379, artillerie), ou de modifier en cas de besoin, la quotité respective de ces denrées. Une décision du 14 août 1900 a pour but de faciliter les compensations d'un trimestre à l'autre. Les denrées de substitution sont les carottes, la farine d'orge et le son. On peut encore, dans certaines circonstances, donner des mashs, après avoir pris l'avis du vétérinaire.

88. — Chaque année, au printemps, on donne du vert aux chevaux, soit à l'écurie, soit à la prairie. La mise au régime du vert est ordonnée par le général commandant le corps d'armée, sur la proposition du directeur de l'intendance. Les vétérinaires sont toujours consultés à ce sujet. Si la localité le permert, les chevaux prennent le vert en liberté. Si le vert ne peut pas être pris en liberté, les chevaux reçoivent alors, outre le vert, les rations de paille et d'avoine qui leur sont attribuées (Règl. 20 oct. 1892).

89. — Les chevaux des officiers ont, en temps de paix comme en campagne, droit aux rations. Et, comme les officiers peuvent réglementairement, d'après leur grade, posséder un nombre déterminé de chevaux, un tarif a été dressé fixant le nombre de rations de fourrages à allouer aux officiers de tous grades. Ce tarif est annexé sous le n. 5 à l'instruction du 14 juin 1900. Il distingue le pied de paix, le pied de guerre, et le service en Algérie ou en Tunisie.

90. — En ce qui concerne les rations de fourrages, il y a deux tarifs en vigueur : celui du 12 oct. 1887 et celui du 10 oct. 1881. Sont autorisés à en faire usage, à leur choix, en temps de paix : les régiments de dragons, de chasseurs et de hussards; les régiments d'artillerie, les bataillons d'artillerie à pied; les régiments du génie, les escadrons du train des équipages militaires, les officiers sans troupe, les officiers des régiments du génie, les officiers brevetés, les lieutenants-colonels de toutes armes accomplissant un stage dans une arme autre que la leur. En campagne, seul le tarif du 12 oct. 1887 est appliqué; c'est le tarif de principe.

91. — De plus, par décision du 4 août 1894, un tarif spécial aux 1[er], 9[e] et 16[e] corps d'armée a été ajouté aux deux autres. Ce tarif est remarquable par la suppression de la paille dans la ration, qui se compose exclusivement de foin et d'avoine.

2° Opération de distribution.

92. — Lorsque les troupes sont en station, les distributions sont *périodiques*. Mais la périodicité varie suivant la nature des denrées. Le pain se distribue, en principe, tous les deux jours; les distributions peuvent avoir lieu tous les jours, sur la demande des chefs de corps ou de détachement. La viande fraîche est distribuée tous les jours; le sucre et le café tous les quatre jours, le pain de guerre, les conserves de viande, le porc salé, les potages condensés, le riz et les légumes secs, les conserves de légumes et le sel, suivant les besoins du renouvellement des approvisionnements.

93. — C'est le commandant d'armes qui fixe les jours et heures des différentes distributions, de concert avec le sous-intendant militaire. Les dispositions arrêtées sont affichées dans les magasins (Instr. 14 juin 1900, art. 80).

94. — Les fourrages se distribuent deux fois par semaine; les fourrages verts, tous les jours, alors que les troupes sont en station. En manœuvres, on suit les instructions des directeurs; en marche, en dehors de la période des manœuvres, les corps et détachements se procurent les fourrages par voie d'achats effectués par les officiers d'approvisionnements. Pour les fournitures à de petits détachements, l'art. 387 de l'instruction, modifiée le 6 mai 1902, a institué le bon à talon, remis au livrancier, le talon étant rapporté au corps par la partie prenante; ce bon permet au livrancier de se faire solder ultérieurement au moyen d'un mandat sur le Trésor transmis par l'intermédiaire du maire. C'est déjà le maire qui sert d'intermédiaire au détachement pour la découverte du vendeur.

95. — En marche, les troupes se procurent le pain et la viande, au moyen de l'indemnité représentative (V. *suprà*, v° *Solde des troupes*); les troupes voyageant par chemin de fer reçoivent la distribution au départ et pour la durée du trajet; quant aux troupes embarquées sur les bâtiments de l'Etat, elles reçoivent de l'administration de la Marine les vivres de bord sauf remboursement par le département de la Guerre. Il en est de même pour les distributions aux troupes dans les lazarets.

96. — Les subsistances militaires à distribuer aux troupes

sont, en principe, *quérables* par elles, si ces troupes sont cantonnées dans un rayon de deux kilomètres des magasins. Au delà de cette distance, les rations distribuées par la gestion directe sont transportées aux frais de l'Etat, si les corps ne sont pas pourvus de voitures. Lorsque les troupes sont placées dans des forts élevés et d'un accès difficile, ou qu'elles sont séparées des magasins par des obstacles qui rendent trop pénible le transport a dos d'homme, ou, enfin, lorsque le service exige qu'elles restent constamment sous les armes ou à leur poste, le ministre ou le commandant de corps d'armée peut autoriser le transport, aux frais de l'Etat, des denrées de distribution dans les quartiers ou cantonnements, bien que ces cantonnements ou quartiers soient éloignés des magasins de moins de deux kilomètres.

97. — Toutes les denrées fournies par l'Administration et destinées aux hommes et aux chevaux sont, *avant d'être délivrées aux parties prenantes*, reconnues sous le rapport de la qualité et du poids par un officier dit de distribution et désigné à cet effet. Les distributions de fourrages sont reconnues par l'adjudant-major de semaine (Décr. 20 oct. 1892).

98. — L'officier de distribution examine les denrées préparées pour la distribution ; il s'assure qu'elles possèdent les qualités requises ; il requiert la vérification des poids et mesures des denrées. Si les denrées sont mauvaises, l'officier ne doit pas les recevoir, et il peut même arrêter la distribution en cours. Dans le cas de refus des denrées, il en est rendu compte au major ; celui-ci informe le commandant d'armes et le colonel, et avise le sous-intendant militaire. Le commandant d'armes convoque le plus tôt possible la *commission* juge des contestations, dont il a été parlé, *suprà*, n. 61.

99. — Au sujet de la composition de ces commissions de vérification, il a été décidé que si le cahier des charges de l'entreprise porte qu'elles comprendront deux commerçants inscrits sur une liste dressée à l'avance par la municipalité, l'entrepreneur n'est pas fondé à se plaindre que cette liste n'ait pas été dressée avant la réunion de la commission, au cas où cet entrepreneur a désigné lui-même un boucher pour en faire partie et a assisté sans protestation aux opérations de la commission. — Cons. d'Et., 23 juin 1899, Hébert, [Leb. chr., 1899, p. 461]

100. — Jugé aussi que les décisions de ces commissions ne peuvent être soumises à une vérification par voie d'experts, dès lors qu'aucune disposition du cahier des charges ne prévoit une telle mesure d'instruction. — Même arrêt.

101. — Il est ouvert, dans chaque magasin, un registre de visite des denrées mises en distribution ; ce registre, coté et paraphé par le sous-intendant militaire, est mis à la disposition de l'officier de distribution de chaque corps, pour recevoir son avis sur la qualité des denrées. Ce registre est visé, le 1er de chaque mois, par le sous-intendant militaire ; il est vérifié, à toute demande, par le contrôle. De plus, si des observations critiques sont portées sur un registre, elles sont transcrites immédiatement sur un registre spécial envoyé par le gestionnaire au sous-intendant. Ce fonctionnaire recherche si les observations sont fondées et consigne sur ce dernier registre le résultat de ses investigations.

102. — Les distributions à titre gratuit ont lieu sur la remise à l'officier d'administration gestionnaire de *bons partiels*, établis pour chaque distribution par le trésorier et remis à l'officier de distribution, qui les apporte. Ces bons doivent, d'une part, contenir certaines énonciations obligatoires (indication de l'arme ou du service auquel appartient la partie prenante, nom, prénoms et qualité du signataire du bon, effectif des présents au jour de la distribution. D'autre part, ils doivent être certifiés et signés par un officier ou sous-officier ayant qualité à cet effet. Cet ès-qualité varie suivant les cas : pour les corps de troupe c'est le capitaine-trésorier, qui doit demander le visa du major ; pour les portions de corps où le trésorier ou le major ne sont pas présents et où il y a un officier payeur, c'est ce dernier, le visa étant apposé par l'officier faisant fonctions de major ; pour les corps et détachements où il n'y a ni major, ni trésorier, ni officier payeur, c'est l'officier ou le sous-officier qui commande ; pour les détachements de différents corps formant des corps provisoires, chaque commandant de détachement, avec visa de l'officier commandant ; pour les établissements pénitentiaires, l'officier comptable de la justice militaire ou l'agent principal de la prison.

103. — Les bons partiels sont encore signés, pour les parties prenantes isolées, par chaque partie prenante : pour les ordonnances, secrétaires, etc., par les officiers sans troupe ou employés militaires auxquels ils sont attachés ; pour les officiers généraux et les assimilés, par un de leurs officiers d'ordonnance ou par un officier sous leurs ordres autorisé à cet effet.

104. — Quand, par suite de circonstances quelconques, les bons de distribution ne peuvent être signés par un officier, ils sont soumis au visa enregistré et daté du sous-intendant chargé du service des subsistances militaires. Ce fonctionnaire peut déléguer à cet effet un officier d'administration de son bureau, mais cette délégation ne saurait porter sur la signature des totalisations dont il est parlé *infrà*, n. 106 et s. (Instr. 14 juin 1900, art. 501). Cette prescription a une sanction : il est expressément interdit aux gestionnaires d'acquitter aucun bon non revêtu de la signature du sous-intendant ou de son délégué, alors que l'enregistrement précité est prescrit. La nouvelle instruction a restreint ici les attributions de l'intendant ; d'après le règlement de 1866, les bons de distributions étaient tous soumis au visa du sous-intendant.

105. — Tout bon est prescrit, et devient nul, s'il n'est présenté à la distribution dans les quatre jours de son établissement ou du visa du sous-intendant militaire, lorsque cette formalité est remplie (dernier § de l'art. 502).

106. — Le premier jour de chaque trimestre, l'officier d'administration gestionnaire ouvre, par service, et pour chaque partie prenante participant aux distributions, un bon total sur lequel il inscrit les bons partiels au fur et à mesure que les distributions sont effectuées. Le dernier jour du trimestre ou la veille du départ d'un corps ou d'une partie prenante isolée, le gestionnaire arrête les bons totaux, les totalise, et en certifie l'exactitude. Les bons totaux sont alors adressés aux parties prenantes qui, après les avoir vérifiés, donnent reçu, en toutes lettres, des denrées distribuées. Les bons totaux sont envoyés à la signature des parties prenantes sans les bons partiels, qui peuvent être consultés dans les bureaux de l'officier d'administration gestionnaire.

107. — Le reçu des bons totaux est signé, pour les corps, par les conseils d'administration centraux ou éventuels (ici la signature est collective, à la différence de ce qui se passe au sujet des bons partiels) ; pour les détachements, par chaque chef de détachement ; pour les officiers sans troupe et autres parties prenantes isolées, par chaque partie prenante ou par les signataires autorisés des bons partiels (V. *suprà*, n. 103) ; pour les corps provisoires composés de plusieurs détachements, par chaque chef de détachement ; pour les établissements pénitentiaires, par les conseils d'administration ; pour les prisons, par l'agent principal. Lorsque les parties prenantes ne peuvent signer elles-mêmes, les bons totaux sont signés d'office par le sous-intendant militaire.

108. — Les bons totaux sont soumis à la vérification et au visa enregistré du sous-intendant militaire, puis récapitulés dans des bordereaux trimestriels établis par le gestionnaire, par service et arrondissement de magasin. Ces bordereaux, appuyés des bons totaux, sont vérifiés et arrêtés par le sous-intendant qui certifie leur conformité aux bons quittancés par les parties prenantes.

109. — Les bordereaux trimestriels qui, en somme, donnent la *totalisation* des bons délivrés, servent eux-mêmes à l'établissement des bordereaux généraux. Mais, ici, l'autorité chargée de l'établissement se modifie ; les gestionnaires ne sont plus en cause, et c'est le directeur de l'intendance qui est chargé de la confection de ces bordereaux. Ils comprennent, d'une part, les bordereaux trimestriels des officiers gestionnaires ; d'autre part, les bordereaux des entrepreneurs ; car, dans une direction d'intendance, le service peut être partagé entre des gestions directes et des entreprises. Des totaux distincts sont présentés pour les gestionnaires et les entrepreneurs. Aux résultats de chaque trimestre, on ajoute respectivement les totaux des trimestres précédents. De sorte que le bordereau général du quatrième trimestre donne la totalité des denrées distribuées pendant l'année dans la région territoriale, ainsi que le nombre des rations distribuées à chacune des catégories des parties prenantes mentionnées sur le bordereau. Les bordereaux généraux sont adressés au ministre.

110. — Les fournitures faites aux troupes en marche par l'administration militaire sont récapitulées trimestriellement sur des bons totaux distincts par partie prenante. Il n'y a pas ici de

bons partiels. La comptabilité n'est pas identique pour les troupes voyageant par chemin de fer; dans ce cas les fournitures, délivrées au point de départ ou en cours de route, font l'objet de bons partiels semblables à ceux dont il est fait usage pour les perceptions en station. Enfin, l'instruction du 14 juin 1900 distingue encore les fournitures faites aux militaires détenus (justifiées par des bons, distincts par ministère, signés par l'officier d'administration comptable de la justice militaire ou par l'agent principal de la prison) et les fournitures faites aux prisonniers de guerre ayant lieu sur bons signés par les commandants de dépôts et distincts par puissance.

3° *Distributions à titre onéreux*

111. — Jusqu'ici, il ne s'est agi que de distributions faites à titre gratuit. Ces distributions sont celles des vivres et fourrages que l'Etat fournit aux troupes en vertu des lois et règlements. Mais il peut y avoir des distributions excédant les *allocations réglementaires*, et effectuées, en conséquence, à titre onéreux et à charge de remboursement de la valeur des fournitures par la partie prenante. L'instruction du 14 juin 1900, reprenant en cela les dispositions du 26 mai 1866, prévoit de telles distributions qui ont lieu soit en vertu de la décision du général gouverneur ou commandant de corps d'armée, soit en vertu de prescriptions réglementaires. L'instruction du 14 juin 1900 a fait œuvre ici de décentralisation; sous l'empire du règlement antérieur, l'autorisation du ministre était toujours nécessaire; et c'était lui qui déterminait les cas dans lesquels les perceptions avaient lieu, le droit des parties prenantes qui y étaient admises et la durée de ces distributions.

112. — Il y a deux cas ordinaires de distributions à titre onéreux : ce sont les distributions *aux corps de troupe* de pain de soupe, de sucre et de café pour l'ordinaire; les distributions de fourrages pour les chevaux que les officiers possèdent *en sus du complet réglementaire* (avec cette restriction que, quel que soit le grade, ces perceptions ne sont faites que pour un seul cheval, en sus de ce complet) et pour les chevaux conservés par les officiers généraux et assimilés du cadre de réserve ou retraités, avec cette réserve que ces officiers ne sont autorisés à percevoir ces distributions que pour deux chevaux au plus, et pendant la période de temps où ils restent à la disposition de l'autorité militaire.

113. — Ce qui caractérise les distributions à titre onéreux, c'est que les officiers peuvent, *en principe,* y participer comme la troupe, dans toutes les garnisons où la nécessité en est reconnue par le général gouverneur ou commandant de corps d'armée, en raison de l'éloignement ou de l'insuffisance des ressources du centre d'approvisionnement commercial. Dans les autres garnisons, le droit de prendre part aux distributions remboursables est subordonné à la double condition : 1° que l'autorisation sera donnée par le ministre; 2° qu'il existera, dans les magasins, des approvisionnements à mettre en consommation à raison de leur ancienneté de récolte ou de fabrication.

114. — Si le ministre n'est plus seul à fixer le cas de distributions remboursables, il conserve, seul, le droit de fixer les prix qui, chaque année, doivent servir de base pour le décompte des fournitures délivrées à titre onéreux.

115. — Les denrées du service des subsistances distribuées à titre onéreux sont remboursées ainsi qu'il suit, savoir : par voie d'imputation dans les revues trimestrielles de liquidation (V. *suprà*, v° *Solde des troupes*), les distributions de vivres faites aux corps de troupes; par voie de virements administratifs, les distributions de toute nature faites à des parties prenantes qui ne sont pas comprises dans l'effectif budgétaire de la guerre, ou qui relèvent d'autres ministères; par voie de versements au Trésor, les distributions de fourrages faites aux corps de troupe, ainsi que les distributions de vivres, de fourrages effectuées aux officiers des corps de troupe ou sans troupe, aux assimilés et à toute partie prenante isolée de la guerre ou d'autres ministères (Instr. 14 juin 1900, art. 526).

116. — Quand le service est à l'entreprise les prix des denrées ainsi fournies sont ceux des marchés conclus par les entrepreneurs avec le département de la Guerre. Le versement est fait directement par les parties prenantes entre les mains de l'entrepreneur, à l'exception des distributions dont le remboursement est effectué par voie de virements administratifs, qui font l'objet de perceptions au moyen de bons partiels et de bons totaux.

117. — Il y a lieu de rapprocher des distributions à titre onéreux des cessions faites par le service des subsistances à d'autres services de la guerre ou à d'autres ministères. Ces cessions sont justifiées par des factures portant décompte de la somme à rembourser. Le remboursement entre les divers services de la guerre s'opère au moyen d'états de changement d'imputation, par les soins de l'administration centrale; le remboursement des cessions faites par des services étrangers, par ordonnance de virement de comptes.

Section II.

Service exécuté à l'entreprise.

118. — Quand le service est laissé à l'entreprise, il s'exécute au moyen de fournitures à la ration, comprenant l'achat des matières premières, la conservation, la manutention et la distribution à faire, soit dans la place principale et les gîtes d'étape y annexés, soit dans un arrondissement composé exclusivement de gîtes d'étape.

119. — Les marchés à la ration déterminent principalement : le domicile légal de l'entrepreneur, où lui sont adressées les notifications; l'objet du marché, ainsi que l'effectif des troupes à servir; l'arrondissement ou les places dans lesquelles le service doit être fait; la distinction en service permanent et en service éventuel; la durée du marché, les quantités de denrées que l'entrepreneur doit entretenir constamment en magasin; celles qu'il doit reprendre à son entrée en service ou laisser en magasin à l'expiration de son traité; la proportion dans laquelle l'Administration aura la faculté, soit de lui remettre des denrées brutes ou rationnées, soit d'opérer des prélèvements de même nature sur l'approvisionnement de l'entrepreneur; à cet effet, tout marché de ce genre doit stipuler un prix de denrées brutes et un prix de manutention; le prix des fournitures et les conditions spéciales de paiement; la nature et le montant du cautionnement et l'époque de sa réalisation; l'obligation pour l'entrepreneur de se conformer au règlement sur les subsistances.

120. — Les dispositions qui régissent l'exécution du service à l'entreprise sont détaillées dans les cahiers des charges arrêtés annuellement par le ministre.

121. — Les obligations des entrepreneurs, telles qu'on les relève dans les cahiers des charges, consistent d'ordinaire à fournir, manutentionner et distribuer la denrée qui fait l'objet du marché, à entretenir, dans les limites fixées par le marché, un approvisionnement pour les besoins éventuels, à prendre en charge l'approvisionnement laissé par l'entrepreneur sortant. Un état de renseignement fait connaître, avant l'adjudication, aux candidats, la quotité des approvisionnements exigés dans toute l'étendue de l'arrondissement de fourniture déterminé au marché.

122. — Il a été jugé, à propos de la prise en charge par un nouvel entrepreneur de farines approvisionnées par l'entrepreneur sortant, que le premier n'était pas garant de la bonne composition et de la bonne qualité des farines prises en charge. — Cons. d'Et., 1er mai 1896, Thomas, [D. 97.3.54]

123. — Les entrepreneurs ont ensuite, outre les obligations résultant directement du marché, d'autres obligations accessoires. C'est ainsi que, dans un délai fixé par le cahier des charges, à dater de l'approbation du marché, ils doivent : 1° réaliser un cautionnement en numéraire ou en rentes sur l'Etat avec autorisation toutefois, en de nombreux cas, de remplacer ce cautionnement par une affectation hypothécaire; 2° assurer tous les bâtiments affectés au service, l'approvisionnement en magasin, les denrées à eux remises par l'Etat lors de la prise de service; 3° tenir un registre d'entrée et de sortie, un registre de visite, et le registre de l'inscription des critiques faites lors des distributions. Ces registres sont cotés et paraphés par le sous-intendant militaire; ils lui sont présentés à toute réquisition (V. *suprà*, n. 101). Le sous-intendant peut, de même, se faire adresser des bulletins, portant relevé du registre d'entrées et de sorties. Enfin, les entrepreneurs fournissent, aux dates indiquées par l'Administration, des états de situation.

124. — Nous avons vu que l'entrepreneur devait avoir dans son personnel des préposés agréés. Aux termes des cahiers de charges, l'obligation de se faire représenter par un préposé

existe pour l'entrepreneur, sur chaque point de son arrondissement de fourniture indiqué par l'Administration. Les communications de l'Administration sont valablement adressées au préposé en ce qui concerne les détails du service de la circonscription. De plus, si l'entrepreneur ne réside pas dans son arrondissement, il doit y avoir un fondé de pouvoirs, qui reçoit les communications pour l'ensemble de l'arrondissement. Ce fondé de pouvoirs doit être Français, et agréé par le directeur de l'intendance.

125. — L'Etat exerce une surveillance très-stricte sur la qualité, en même temps que sur la quotité des denrées approvisionnées. Les délégués du ministre ont libre accès de jour et de nuit dans les magasins de l'entrepreneur. Les chefs de corps et les officiers qui les suppléent peuvent visiter les approvisionnements.

126. — Une fois par mois, le sous-intendant, accompagné d'un officier supérieur et d'un médecin, se livre à cette même visite. Des échantillons peuvent être prélevés sur les denrées, et transmis au ministère. Enfin, les denrées présentées en distribution sont soumises à une visite préalable par l'officier de distribution. — V. *suprà*, n. 98.

127. — Les denrées reconnues impropres au service sont remises à l'entrepreneur pour être enlevées des magasins et remplacées par des denrées de bonne qualité, si l'altération est due à des circonstances fortuites, survenues après l'entrée en magasin. Si les denrées sont défectueuses par vice propre, ou que l'altération ait pu être évitée, elles sont restituées à l'entrepreneur qui subit une imputation de 10 p. 0/0 de la valeur sur son compte. Si elles sont reconnues nuisibles à la santé, à l'hygiène, elles sont immédiatement détruites.

128. — S'il y avait, de la part de l'entrepreneur, esprit de fraude reconnu dans l'introduction de denrées mauvaises, il y aurait lieu à résiliation du marché (V. *suprà*, v° *Marché administratif*, sur les conséquences de la résiliation).

129. — Il a été traité *suprà*, v° *Marché administratif*, n. 837 et s., des délits spéciaux aux fournisseurs et prévus par le Code pénal, qui édicte à ce sujet diverses pénalités. — V. aussi *suprà*, v° *Fraude commerciale*. — Les cahiers des charges des entreprises de subsistances contiennent mention de pénalités moins graves, et d'un caractère contractuel, qui peuvent être appliquées par le ministre.

130. — Des pénalités peuvent être infligées à l'entrepreneur par le sous-intendant militaire, sauf recours au directeur de l'intendance et au ministre. Pour sortie des magasins autrement que pour la mise en consommation ou le remplacement des denrées anciennes, il y a lieu à une imputation de 5 p. 0/0 de la valeur des denrées manquantes sur le compte; lorsqu'une différence est constatée entre les existants en magasin et les écritures, et qu'elle résulte de fausses déclarations ou d'entrées fictives, il y a lieu à imputation de 10 p. 0/0 de la valeur des denrées formant la différence. Si l'entrepreneur ne peut livrer les quantités demandées en temps utile, l'Administration fait pourvoir à l'achat aux risques et périls de l'entrepreneur et, indépendamment de l'excédent éventuel de dépenses résultant de l'achat fait par défaut, l'entrepreneur subit, sur ses factures, une imputation de 5 p. 0/0 de la valeur des fournitures non assurées; en cas de récidive, le taux de l'imputation est élevé successivement à 6 p. 0/0, 8 p. 0/0, 10 p. 0/0, et finalement, la résiliation peut être prononcée.

131. — C'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de statuer sur un recours formé contre une décision par laquelle le ministre de la Guerre a appliqué à un fournisseur certaines pénalités édictées par le cahier des charges. — Cons. d'Et., 1er mai 1896, précité.

132. — Il a été jugé, dans cet ordre d'idées, qu'un fournisseur de biscuits pour l'armée a droit au prix des marchandises qu'il a livrées, sans imputation, quoiqu'elles se soient avariées par suite de l'existence de germes d'insectes dans les caisses qu'il a fournies, s'il n'est pas établi qu'aucun vice de fabrication ait aggravé les avaries causées par les vers, dont la présence ne s'est manifestée que pendant le séjour des caisses dans les magasins de l'Etat. — Cons. d'Et., 13 juill. 1892, Vendroux et Cie, [S. et P. 94.3.66]; — 15 mars 1895, Vaury, [S. et P. 97.3.62, D. 96.3.36]

133. — Quand le service est exécuté à l'entreprise, la distribution aux parties prenantes a lieu dans des formes analogues à celles ci-dessus relatées pour le service en gestion directe. La livraison des rations est constatée par des bons partiels délivrés au préposé de service par les parties prenantes, et par des bons totaux récapitulatifs signés par le conseil d'administration du régiment (V. *suprà*, n. 102 et s.). Il a été jugé que l'existence de ces bons totaux et de ces bons partiels, constitue présomption de fourniture faite. — Cons. d'Et., 26 juill. 1901, Daurat-Brun, [Leb. chr., p. 620]

134. — Les paiements ont lieu tous les mois, sur la production des bons de distribution, par le sous-intendant; mais ces mandats d'acompte ne comprennent que la valeur des cinq sixièmes des fournitures faites, le dernier sixième étant réservé comme garantie de l'Etat.

135. — Il a été traité *suprà*, v° *Marché administratif*, des résiliations et marchés par défaut. Spécifions seulement qu'aux termes des cahiers de charges, ces résiliations ou marchés par défaut ont lieu dans les principaux cas suivants : si les distributions n'ont pas été assurées régulièrement; si le marché est exécuté avec un esprit de fraude; si, mis en demeure de combler un manquant, l'entrepreneur ne l'a pas remplacé dans le délai prescrit; si, mis en demeure de se procurer des locaux et objets mobiliers, il ne l'a pas fait ou l'a fait insuffisamment; s'il contrevient, à trois reprises, à la défense d'employer des ouvriers étrangers; s'il ne réalise pas son cautionnement.

136. — L'Etat a le droit, d'après les cahiers des charges, d'augmenter de moitié le nombre des parties prenantes, sans indemnité; mais, par contre, les entrepreneurs ont des garanties contre les diminutions de consommation. Lorsque les consommations viennent à cesser dans une place en service permanent, la situation du magasin est reconnue au moment de l'interruption et établie par un procès-verbal dressé par le sous-intendant militaire. Si, dans un délai de trois mois, les consommations ne sont pas reprises, un second procès-verbal est dressé pour constater les quantités de denrées existant en magasin. Huit jours après, le sous-intendant fait connaître à l'entrepreneur la destination qui doit être donnée à l'approvisionnement restant. L'Administration peut : ou laisser les denrées à l'entrepreneur moyennant indemnité; ou prendre livraison, au prix du marché; ou prescrire un versement sur une place quelconque, en remboursant les frais de transport. Si la cessation des consommations se produit à une date à laquelle le marché n'a plus trois mois à courir, on opère de la même manière et on procède au jour de l'expiration du marché, comme à l'expiration du délai de trois mois. En outre, l'Administration peut faire opérer la remise à l'entrepreneur entrant de tout ou partie de l'approvisionnement restant en magasin.

137. — Des difficultés se sont élevées assez nombreuses entre les entrepreneurs de subsistances et l'Etat au sujet de droits d'octroi et de douane modifiés *après* la conclusion du marché. — V. à cet égard *suprà*, v° *Marché administratif*, n. 41 et s.

138. — Il a encore été jugé sur ce point qu'il y avait lieu à l'allocation d'une indemnité, non seulement si un droit de douane a été établi sur des produits exotiques à fournir, mais même si, par *répercussion*, l'établissement d'un tel droit de douane a occasionné une augmentation sur les produits similaires indigènes, faisant l'objet de l'entreprise. — Cons. d'Et., 28 mai 1897, Ménier, [Leb. chr., p. 425]

139. — Mais la majoration de prix à laquelle un entrepreneur peut avoir droit à raison des droits de douane sur les avoines importées, résultant de la loi du 11 janv. 1892, ne s'applique pas aux fournitures qui auraient dû être faites antérieurement à la promulgation de cette loi, mais qui n'ont été effectuées que postérieurement par suite de la négligence du fournisseur à exécuter son marché. — Cons. d'Et., 7 août 1900, d'Adhémar, [D. 1901.5.382]

140. — D'autre part, il a été décidé, par application du cahier des charges, que les droits d'octroi entrant en compte dans le prix des denrées devaient être déduits de ce prix lorsque les denrées ont été livrées et consommées en dehors des limites de l'octroi et, par suite, n'ont été assujetties à aucun droit. — Cons. d'Et., 11 janv. 1901, hérit. Pivoteau, [D. 1902.5.423]

141. — De même, il y a lieu de rejeter la demande en remboursement de prétendus droits de douane formulée par l'entrepreneur, si ce dernier n'établit pas que les avoines pour lesquelles il a acquitté les droits de douane aient été comprises dans les fournitures par lui faites à l'Administration de la Guerre. — Cons. d'Et., 24 juill. 1896, Becque, [Leb. chr., p. 593]; — 28 mai 1897, précité.

Section III.

Dispositions spéciales au service du chauffage et de l'éclairage : allocations en argent, masse de chauffage.

142. — Nous avons dit (*suprà*, n. 1) que le service des subsistances militaires ne pourvoyait que dans certains cas, aux fournitures de combustibles. En principe, en effet, en temps de paix, les corps de troupe exécutent directement le service du chauffage et de l'éclairage, sauf en ce qui concerne la constitution et l'entretien des approvisionnements de réserve. Ces approvisionnements, constitués par les soins de l'intendance, appartiennent à l'Etat ou à un entrepreneur. Dans le premier cas, ils sont entretenus par les gestionnaires des subsistances; dans le second cas, ils font l'objet de marchés d'entretien.

143. — Toutefois, remarquons essentiellement que la règle susénoncée n'est exacte qu'en ce qui concerne l'exécution du service en temps de paix. En cas de mobilisation, à partir du jour fixé par le ministre, la fourniture du combustible nécessaire aux troupes peut être assurée, dans les places ouvertes, par des marchés de fournitures à la ration et, dans les places fortes et forts, par les soins de la gestion directe. Néanmoins, pendant une période transitoire, en vue de donner à l'administration militaire toutes facilités pour la passation des marchés et l'organisation de la gestion directe, les corps de troupe peuvent être chargés de pourvoir à leurs besoins en combustibles. Le montant des achats effectués dans ces conditions est remboursé aux corps par le service de l'intendance. Enfin, dans le même but les approvisionnements existant dans les magasins des corps de troupe au jour de la mobilisation sont repris, lorsqu'il y a lieu, par l'administration militaire et remboursés d'après le prix d'achat (Instr. 14 juin 1900, art. 349 à 351).

144. — Comment s'exécute le service en temps de paix? Le règlement du 27 nov. 1887 avait organisé le système de l'allocation de primes individuelles de combustible aux corps de troupe d'après les effectifs présents. Ce système n'ayant pas répondu complètement aux besoins, il fut abandonné et remplacé par celui de la masse de chauffage.

145. — Aux termes du décret du 15 janv. 1890, il est créé, dans chaque corps de troupe et établissement militaire considéré comme tel (les écoles militaires et les établissements pénitentiaires exceptés), à l'intérieur, en Algérie et en Tunisie, une *masse*, dite *de chauffage*, destinée à pourvoir à toutes les dépenses résultant de l'achat du combustible nécessaire tant pour la cuisson des aliments que pour le chauffage, en hiver, des locaux affectés au casernement, et à faire face, le cas échéant, aux besoins divers ou imprévus de chauffage des corps et établissements.

146. — La masse de chauffage est alimentée, en principe, au moyen d'allocations en deniers représentant, sous le titre d'indemnité de chauffage, la valeur des rations de combustibles, d'après les droits constatés par la feuille de journée spéciale du chauffage selon les règles d'allocation et d'après les tarifs annexés au règlement (Décr. 15 janv. 1890, art. 2).

147. — L'indemnité de chauffage est donc formée par la totalisation de la conversion des rations en argent. Comment se fait cette conversion en argent? L'indemnité est calculée en appliquant au total des combustibles dus aux ayants-droit, d'après les tarifs, le prix moyen du combustible au cours de la place de garnison. Il est fixé par le ministre, sur proposition du commandement. La révision des prix existant peut avoir lieu sur la demande ou des corps ou des représentants de l'Etat.

148. — Tant que l'unité en cause reste en garnison, la solution est facile à donner. Mais *quid* dans le cas de changement de garnison, ou pour les journées passées en route? Dans le premier cas, on maintient pendant un mois les anciens prix; ensuite, on applique ceux de la nouvelle résidence; dans le second cas, le dernier mode de calcul est toujours employé.

149. — La masse de chauffage a d'autres recettes que l'indemnité calculée de la manière ci-dessus exposée; l'art. 3 du décret du 15 janv. 1890 les énumère. C'est : 1° la valeur des rations attribuées aux militaires qui sont en subsistance dans le corps; 2° les sommes reçues de l'Etat ou de divers en remboursement du combustible fourni par le corps pour le chauffage de certains locaux (corps de garde, magasins, etc.); 3° les allocations exceptionnelles et les secours qui auraient été accordés à la masse de chauffage par le ministre; 4° le montant des pénalités en deniers infligées aux fournisseurs par application des dispositions des cahiers des charges. — V. *suprà*, n. 129 et 130.

150. — A chaque masse, il faut un gérant : c'est le conseil d'administration du corps ou le commandant de chaque unité formant corps qui gère la masse de chauffage. Ce gérant est aidé pour les détails d'exécution par la commission des ordinaires, ou par l'officier chargé de la direction des ordinaires, dans les corps ou détachements où cette commission n'est pas organisée. Le conseil d'administration ou le commandant d'unité formant corps détermine le mode d'achat du combustible et approuve les marchés, fixe la répartition entre chaque fraction du corps si le corps est divisé; enfin, si la masse de chauffage présente un excédent, le conseil d'administration peut, sur l'autorisation du général de brigade, en répartir le tiers, entre les unités, de manière à améliorer l'ordinaire. La commission des ordinaires ou l'officier la remplaçant, prépare et passe les marchés, s'occupe des réceptions et distributions.

151. — Enfin le commandant d'unité ou le chef de service règle les consommations, le combustible lui étant fourni sur production de bons qu'il établit et remet à la commission des ordinaires ou à son suppléant.

152. — L'indemnité due au corps en remplacement des allocations de combustibles prévues aux tarifs est perçue mensuellement et à terme échu sur l'état de solde. La régularisation des perceptions à indemnité représentative de chauffage s'opère sur une feuille de journée spéciale; les droits constatés par cette feuille de journée sont compris, sous le titre de masse de chauffage, dans les revues de liquidation du service de la solde (V. *suprà*, v° *Solde des troupes*). Les dépenses et les recettes de la masse de chauffage sont récapitulées dans un compte général annuel.

153. — Il y a diverses sortes de rations : on distingue les rations individuelles des sous-officiers, caporaux et brigadiers fourriers, tambours-majors, maréchaux des logis trompettes, maîtres et premiers ouvriers; les rations collectives de cuisson des aliments, pour les caporaux, brigadiers et soldats, allouées en raison du nombre et de capacité des marmites mises à leur disposition, pour les troupes faisant usage de fourneaux économiques; les rations individuelles, calculées d'après l'effectif, pour les troupes non dotées de ces fourneaux; les rations pour la préparation du café, différentes suivant que les troupes sont ou non pourvues de percolateurs; les rations fixes annuelles, destinées à assurer les besoins en chauffage des locaux d'un usage commun (infirmerie régimentaire, vétérinaire, écoles et bibliothèques), aux diverses unités administratives du corps, et à faire face, le cas échéant, aux besoins imprévus de l'ensemble du corps ou des unités administratives; les rations de combustibles pour le chauffage des chambres, allouées par poêle et par jour, la durée des journées de chauffage étant de deux mois (région très-chaude), de trois mois (région chaude), de quatre mois (région tempérée), de cinq mois (région froide), de six mois (région très-froide).

154. — En Algérie, dans la région très chaude, on ne donne aucune indemnité de chauffage; la durée de chauffage est de quarante jours, dans la région chaude, de soixante jours, dans les régions tempérées et froides; de quatre-vingt-dix jours dans la région très-froide; en Tunisie il y a quarante jours de chauffage dans la région chaude, soixante jours dans la région tempérée.

155. — La durée du chauffage d'hiver est augmentée de deux mois pour les troupes campées, bivouaquées, baraquées, et pour celles logées dans des bâtiments du système Collet. Le chauffage commence alors un mois avant l'époque réglementaire dans la région, et finit un mois après la même époque. D'autre part, si les troupes occupent des casemates humides, le chauffage peut être prolongé par le ministre, sur la proposition du commandant, et après avis du directeur du service de santé.

156. — Pour le chauffage (et aussi l'éclairage), les bibliothèques de garnison et les salles de réunion d'officiers reçoivent des indemnités représentatives en argent, d'après les besoins constatés par le sous-intendant, de concert avec le chef du génie. Ces primes sont perçues trimestriellement et à terme échu.

157. — Les corps de garde ont leur chauffage assuré par les soins d'un corps désigné par le commandant d'armes. Il est alloué à cet effet une indemnité égale à la valeur des quantités de combustibles fixées par le ministre pour chaque corps de garde, indemnité variant suivant les dimensions du local, le climat de la région, et la durée du chauffage fixée en un tableau annexé

au décret de 1890 (durée supérieure d'un mois à celle du chauffage des casernes dans les cinq régions). C'est le sous-intendant, de concert avec le chef du génie, qui détermine les quantités de bois et de charbon à accorder journellement. Le procès-verbal de la conférence est soumis à l'approbation du ministre. L'indemnité est perçue trimestriellement et à terme échu.

158. — Les dépenses de chauffage des infirmeries régimentaires sont à la charge de la masse d'infirmerie; celles des ateliers régimentaires incombent aux premiers ouvriers; les magasins d'habillement et d'armement sont chauffés par avances faites par les corps et remboursées par le budget de l'habillement et le budget de l'artillerie (matériel).

159. — Pour l'éclairage, un départ est fait entre les obligations de l'Etat et celles des occupants. L'Etat prend, en tout cas, à sa charge, les dépenses d'éclairage *extérieur* des bâtiments militaires et des corps de garde. Les corps de garde entretenus au compte du ministre de la Guerre ont leur éclairage assuré par les soins d'un corps désigné par le commandant d'armes. Il est alloué à cet effet une indemnité égale à la valeur des quantités de combustibles fixées par le ministre.

160. — Pour l'éclairage *intérieur* des locaux, des sous-distinctions sont à faire. Tout d'abord, l'éclairage des chambres est à la charge de l'ordinaire (V. *infrà*, n. 174 et s.). Les autres dépenses d'éclairage intérieur sont à la charge des services occupants. Toutefois, pour l'éclairage au gaz, les canalisations sont établies, dans tous les établissements du casernement, par les soins et aux frais du service du génie. Les appareils fixes (becs, compteurs, etc.), sont fournis et entretenus par le même service, et c'est la fourniture du gaz seule avec le remplacement des cheminées en verre, manchons et accessoires, qui incombe aux occupants. De même, pour l'éclairage électrique, la fourniture et la pose des appareils conducteurs sont à la charge du génie, ainsi que la fourniture des lampes et dynamos (Décr. 3 mars 1899 sur le casernement).

161. — Pour chaque casernement, un procès-verbal est établi par le sous-intendant militaire de concert avec le chef de génie, pour déterminer les quantités de combustible à accorder par journée pour l'éclairage intérieur, en tenant compte des appareils employés et des heures d'éclairage. L'allocation versée par l'Etat à ce sujet est annuelle par corps d'armée; elle est répartie entre les différentes armes d'après les besoins constatés par les procès-verbaux.

162. — Les dépenses d'éclairage des infirmeries régimentaires sont supportées par la masse d'infirmerie; mais les dépenses d'éclairage des corridors et escaliers des infirmeries régimentaires sont assurées au moyen de la masse de chauffage et d'éclairage. Quant à l'éclairage des tribunaux militaires, V. le décret du 12 août 1896. — Sur l'éclairage des bibliothèques de garnison et des salles de conférences et de réunions d'officiers, V. *suprà*, n. 156.

163. — Les dépenses d'éclairage extérieur et intérieur des bâtiments de l'administration militaire et en particulier du service des subsistances militaires sont à la charge du service occupant tant pour l'achat, l'installation et l'entretien des appareils que pour la consommation du combustible. En ce qui concerne l'éclairage au gaz, la fourniture, la pose et l'entretien des conduites sont opérés par les soins et à la charge du génie. En ce qui concerne l'éclairage à l'électricité, on s'en réfère aux dispositions sur le casernement citées *suprà*, n. 160 (Instr. 14 juin 1900, art. 45).

CHAPITRE V.

DES SUBSISTANCES EN CAMPAGNE.

164. — A moins de prescriptions spéciales contraires, et sauf les dispositions indiquées par l'instruction du 22 août 1897 sur le service de subsistances militaires en campagne, les règles posées pour l'exécution du service en temps de paix sont applicables en temps de guerre autant que les événements militaires et les circonstances locales le permettent.

165. — Des règlements et instructions spéciales, dans le détail desquelles il n'est pas possible d'entrer, règlent l'organisation du service : 1° dans les centres de mobilisation (V. instruction sur l'alimentation dans les centres de mobilisation du 15 juin 1900); 2° pendant les transports stratégiques (Instr. 31 mars 1897 sur l'alimentation des troupes pendant les transports en chemin de fer et sur l'organisation des stations haltes-repas, modifiée le 25 nov. 1899, le 16 juin 1900 et le 23 janv. 1901); 3° sur la base de concentration (Instr. 14 juin 1900, sur l'alimentation en campagne); 4° pendant les opérations actives, dans la zone de l'avant (Décr. 21 mai 1895, modifié le 29 mars 1900) et dans celle de l'arrière (Décr. 11 févr. 1900); 5° dans les places assiégées (Décr. 4 oct. 1891, sur le service des places, art. 117).

166. — Plusieurs points importants sont cependant à noter: *a*) en ce qui concerne l'*administration* : si la zone de l'intérieur demeure sous les ordres directs du ministre, dans la zone des armées, le service est centralisé par armée; chaque commandant reçoit, à cet effet, dans les limites nécessaires, la délégation des pouvoirs du ministre de la Guerre; dans les places investies, le gouverneur exerce une autorité absolue sur le service; *b*) au point de vue du *mode d'exécution* du service dans la zone des armées et dans les places fortes, le service est confié à la gestion directe, et l'élément militaire entre exclusivement dans la composition du personnel d'exploitation. Néanmoins, dans les services de l'arrière on peut, dans certains cas prévus, ou avec l'autorisation de l'autorité supérieure, recourir à l'entreprise et employer des auxiliaires civils appartenant, autant que possible, à la nationalité française. De plus il peut toujours y avoir, sous la responsabilité du commandement, emploi temporaire d'ouvriers embauchés ou requis parmi les habitants.

167. — Aux armées, les officiers d'administration chargés de gestion ne sont pas tenus de fournir un cautionnement (Instr. 22 juin 1899, art. 3). D'autre part, les officiers d'administration des services de l'avant et de l'arrière voient leur comptabilité simplifiée. Ils n'établissent plus leurs comptes, et ne tiennent que les écritures nécessaires pour permettre l'établissement de ces comptes par des *bureaux de comptabilité* institués à l'intérieur, et dont la situation de fonctionnement est déterminée par le ministre.

168. — Enfin on a vu qu'en temps de paix les magasins de l'Etat servaient à des distributions remboursables, en même temps qu'à des distributions gratuites, cette faculté étant octroyée en vue du renouvellement des approvisionnements (V. *suprà*, n. 111 et s.); en campagne, les distributions à titre remboursable ne peuvent avoir lieu, en principe, sauf le cas d'urgence pour des détachements isolés et dépourvus de ressources, qu'après l'autorisation du commandement, sur la proposition des fonctionnaires de l'intendance, et encore à la condition que les approvisionnements le permettent.

169. — Pour les deux catégories de vivres les plus importantes, le pain et la viande, il y a lieu de signaler les dispositions de l'instruction du 18 mars 1901 sur l'alimentation et le ravitaillement en viande des troupes en campagne, et l'instruction du 24 août 1903 sur l'organisation des boulangeries roulantes de campagne.

170. — Toutes les fois que cela est possible, on distribue aux troupes de la viande fraîche. Cette viande fraîche est fournie d'abord par les ressources locales. A défaut, le bétail est envoyé de l'arrière par le service des étapes, qui se le procure, soit au moyen des ressources de la zone d'étapes, soit en en demandant aux stations-magasins. Ces stations-magasins sont elles-mêmes alimentées par le service territorial du ravitaillement, qui fournit le bétail nécessaire à la formation des troupeaux d'approvisionnement. Un troupeau de ravitaillement est affecté à chacune des grandes fractions de corps d'armée (divisions, éléments non endivisionnés), sous la direction des sous-intendants des unités. Chaque troupeau correspond à deux jours de viande pour l'effectif. C'est quand les ressources locales sont insuffisantes pour le chargement de la voiture à viande, que le bétail nécessaire est prélevé sur ces troupeaux et livré aux corps, soit abattu par les soins de l'intendance, soit sur pied pour être abattu par les officiers d'approvisionnement. C'est le parc à bétail qui doit recompléter le troupeau de ravitaillement, et ce parc à bétail se reconstitue au moyen des stations-magasins dont il a été parlé plus haut.

171. — Le rôle des boulangeries de campagne est d'assurer concurremment avec les boulangeries existantes ou organisées dans les pays traversés, et avec les boulangeries du service des étapes, la fabrication du pain nécessaire aux formations. Chaque corps d'armée est doté d'une boulangerie roulante, et la boulangerie roulante est composée de sections organisées de manière à pouvoir fonctionner isolément. La *direction* appartient au sous-

intendant du cadre actif adjoint à l'intendant du corps d'armée si la boulangerie marche avec le corps d'armée. Si elle est rattachée au service des étapes, elle relève de la direction des étapes qui désigne, s'il y a lieu, un sous-intendant. Le *personnel* comprend un officier d'administration gestionnaire, des officiers et adjudants d'administration et un détachement de commis et ouvriers militaires d'administration. L'*emploi* de la boulangerie roulante est réglé par le commandant de corps d'armée ou le service des étapes d'après les ordres du général commandant l'armée.

172. — En manœuvres, les dispositions de l'instruction sur le service en campagne sont applicables, sauf en ce qui concerne l'établissement des comptabilités, deniers et matières, ainsi que la liquidation des dépenses, qui s'effectuent par les soins des gestionnaires et des fonctionnaires de l'intendance selon les règles tracées pour le temps de paix par l'instruction du 14 juin 1900. En outre, le remboursement de la valeur des deniers distribués à titre onéreux pendant les manœuvres est effectué conformément aux dispositions des art. 526 et s. de l'instruction du 14 juin 1900 (V. *suprà*, n. 115).

CHAPITRE VI.

COMPLÉMENT DE VIVRES FOURNIS PAR DES RETENUES SUR LA SOLDE : LES ORDINAIRES.

173. — En garnison, en marche ou en manœuvres, la réunion d'hommes de troupes vivant en commun, au moyen de prestations qui leur sont allouées individuellement, constitue un *ordinaire*. En principe, il est formé par compagnie, escadron ou batterie, un ordinaire dirigé par le capitaine commandant, qui fait surveiller les détails du service par le plus ancien lieutenant, le capitaine en second ou le lieutenant en premier. Le chef de corps peut, toutefois, réunir plusieurs compagnies, escadrons ou batteries pour former un seul ordinaire. Dans ce cas, l'administration en est donnée à l'une des unités à tour de rôle. Enfin, lorsque les circonstances l'exigent, il peut être formé plusieurs ordinaires par compagnie.

174. — L'ordinaire est un fonds affecté à l'achat des denrées que l'Etat ne fournit pas, au blanchissage du linge et à la fourniture des ingrédients nécessaires à l'entretien des effets et de certains autres objets déterminés par les règlements.

175. — En principe, tous les brigadiers ou caporaux et tous les soldats vivent à l'ordinaire. Le capitaine-commandant et, sur la proposition du médecin, chef de service, le colonel peuvent seuls accorder la permission de ne pas vivre à l'ordinaire. Le capitaine-commandant en rend compte au rapport. Mais il ne peut refuser cette permission à l'homme marié dont la femme a obtenu l'autorisation de résider au régiment. Les sous-officiers, les brigadiers, caporaux et les soldats autorisés à ne pas vivre à l'ordinaire sont néanmoins tenus d'y effectuer un versement invariable de 0 fr. 01 par jour pour part contributive aux menues dépenses étrangères à l'alimentation (fourniture du cirage, de l'éclairage, etc.). Les hommes admis au régime spécial de l'infirmerie continuent de compter à l'ordinaire pour l'inscription aux recettes de toutes les allocations qui leur sont dues. Ces mêmes allocations sont ensuite portées en dépenses et versées à la masse de l'infirmerie.

176. — Les fonds de l'ordinaire comprennent les fonds courants et les fonds d'économie. Les fonds courants sont fournis par les recettes journalières de toute nature et ont pour but d'assurer concurremment, avec les denrées fournies par l'Etat, la subsistance de la troupe, et de pourvoir aux dépenses réglementaires diverses que l'ordinaire doit supporter. Les fonds d'économie sont la réserve alimentée par les bénéfices faits sur les recettes ; ils servent à améliorer l'ordinaire.

177. — Quelles sont les recettes de l'ordinaire? On en distingue deux sortes : les recettes ordinaires et les recettes additionnelles. Les premières comprennent en premier lieu le *prélèvement obligatoire* sur la solde (V. *suprà*, v° *Solde des troupes*). Pour les caporaux, brigadiers et soldats, le versement journalier d'un centime (V. *suprà*, n. 175), l'indemnité représentative de viande fraîche, quand l'Etat ne la fournit pas en nature, l'indemnité représentative de la ration hygiénique d'eau-de-vie, quand elle est accordée (V. *suprà*, n. 68), diverses autres recettes données en des circonstances particulières. Les secondes comprennent les centimes de poche des caporaux, brigadiers et soldats punis de prison ou de cellule, les centimes de poche des caporaux, brigadiers et soldats irrégulièrement absents le dernier jour ou au moment du paiement du prêt et de ceux décédés dans le courant du prêt; le produit de la vente des issues diverses; le prix du blanchissage du linge des sous-officiers, caporaux et soldats ne vivant pas à l'ordinaire; la moitié de la valeur des moins-perçus en pain constatés en fin d'exercice après balance avec les trop-perçus; les versements provenant de prêts d'ustensiles ou d'objets de cuisine faits aux unités de l'armée territoriale; les ressources des jardins potagers de l'unité; des allocations exceptionnelles faites par le ministre.

178. — Les dépenses de l'ordinaire se divisent aussi en deux catégories : nous citerons, dans la première, dépenses normales, les achats de pain de soupe, de viande fraîche, de vin, de liqueurs et boissons hygiéniques et de toutes denrées (autres que le pain de repas) nécessaire à la nourriture des hommes, le remboursement du prix du café et du sucre perçus à titre remboursable, l'éclairage des chambres, l'éclairage des cuisines et entretien des ustensiles, les dépenses nécessitées par les soins de propreté corporelle et le blanchissage, les achats des instruments nécessaires au perruquier pour la coupe des cheveux et de la barbe, et diverses menues dépenses d'achat d'ustensiles et de registres; et, parmi les secondes, dépenses accidentelles, les frais pour l'aménagement des tables et des bancs, l'achat de vaisselle et de récipients, les frais de remplacement des filtres.

179. — Les corps se procurent les denrées nécessaires à l'alimentation des hommes vivant à l'ordinaire : 1° par des achats effectués directement pour chaque compagnie, escadron ou batterie à la diligence du capitaine-commandant ou de ses agents; 2° par des achats effectués pour toutes les unités du corps ou détachement par une commission des ordinaires. La commission des ordinaires agit pour les unités du corps réunies dans la garnison; elle a pour mission d'acheter, de recevoir et de distribuer les denrées ou objets nécessaires aux ordinaires, mais elle n'a pas à s'immiscer dans l'administration des ordinaires des compagnies, escadrons ou batteries, dont la surveillance appartient au chef de bataillon ou d'escadron pour les compagnies ou escadrons sous ses ordres.

180. — Il n'est d'ailleurs pas constitué de commission des ordinaires dans les compagnies formant corps, ni dans les détachements ne comptant pas trois officiers, outre le chef du détachement. Dans les cas où il n'y a pas de commission, c'est le capitaine qui est chargé d'en remplir les fonctions.

181. — La commission se compose dans un régiment : d'un chef de bataillon ou d'escadron, président (les chefs de bataillon sont appelés à la présidence d'après leur rang d'ancienneté), de quatre capitaines-commandants, membres (ces capitaines sont pris à tour de rôle, d'après l'ordre des compagnies), d'un lieutenant, secrétaire avec voix consultative, assisté d'un sous-officier; dans un bataillon ou escadron formant corps et dans les détachements, de trois officiers y compris le président et d'un lieutenant, secrétaire avec voix consultative, secondé par un sous-officier. Lorsque, dans une même place, se trouvent réunis plusieurs détachements trop peu importants pour que chacun d'eux constitue une commission des ordinaires, le général commandant le corps d'armée peut, sur la proposition du commandant d'armes, autoriser la formation d'une commission des ordinaires appelée à agir pour le compte de ces différentes fractions. En principe, cette commission est composée comme celles qui sont instituées dans les bataillons formant corps; le nombre des membres en est cependant augmenté, s'il est nécessaire, de manière que chaque fraction de corps soit, autant que possible, représentée dans la commission.

182. — La commission des ordinaires est constituée trois fois par an, le 1er janvier, le 1er mai et le 1er septembre; le président et le secrétaire sont nommés à ces dates, les membres sont renouvelés par moitié, six fois par an. Toutefois le chef de corps peut, s'il le juge utile, désigner l'officier d'approvisionnement du corps pour remplir en permanence les fonctions de secrétaire de la commission.

183. — Le médecin chef de service du corps ou du détachement fait partie de la commission avec voix consultative ; le chef du corps ou du détachement n'en fait jamais partie.

184. — Un membre de la commission est délégué, chaque semaine, par le président, pour les *réceptions;* le médecin est ap-

pelé pour se prononcer sur la qualité des denrées quand elle fait naître des doutes. S'il y a contestation, on en rend compte au président qui convoque la commission qui prononce.

185. — Le secrétaire de la commission est chargé de la tenue des livres et de la comptabilité (V. Règl., 27 juill. 1899); mais il n'a pas de caisse, et n'est dépositaire que de peu de fonds pour les menus achats au comptant. C'est lui qui avertit les fournisseurs des quantités à fournir, d'après une note journalière à lui transmise par le capitaine. Le capitaine établit, d'autre part, la veille du jour du prêt, la note des dépenses effectuées pour l'ordinaire de l'unité pendant le prêt courant; cette note sert de base à un bordereau remis par le secrétaire au trésorier, qui, pour effectuer lui-même le paiement, retient, sur le prêt du lendemain, à chaque unité, la somme représentant sa quote-part de dépenses.

186. — Une décision récente du 23 juin 1902 a précisé les responsabilités pour la gestion des ordinaires. Le chef de bataillon ou d'escadron est responsable disciplinairement des irrégularités dont il n'a pas prescrit le redressement, le capitaine-commandant est pécuniairement responsable des fonds reçus par lui pour être versés à l'ordinaire, de tout paiement illégal, des omissions de recettes, doubles emplois, etc. Les membres de la commission sont dégagés de toute responsabilité pécuniaire, sauf le secrétaire pour les achats payés par lui au comptant sur les fonds à lui donnés par le trésorier.

187. — Il y a lieu d'insister sur le caractère privé des fonds de l'ordinaire. Les deniers versés à l'ordinaire ont, par leur remise aux ayants-droit, cessé d'être des deniers publics; ils sont devenus les deniers d'une association privée, appartenant indivisément à tous les membres de l'association (Rémy, *Traité de la comptabilité publique*, p. 479). Du caractère de deniers privés attribués aux fonds de l'ordinaire, la doctrine tire trois conséquences : 1° ces deniers doivent recevoir intégralement la destination que les parties versantes ont entendu leur donner; l'Etat ne peut faire main-basse sur les bonis d'ordinaire; 2° les contestations qui s'élèvent entre l'ordinaire et ses fournisseurs doivent être considérées comme contestations entre intérêts privés, et ressortir à la juridiction des tribunaux judiciaires; 3° les pénalités prévues par les art. 430 à 433, C. pén., visant les délits commis par les fournisseurs (V. *suprà*, v° *Marché administratif*, n. 837 et s.) ne sont pas applicables aux fournisseurs des ordinaires.

SUBSTANCES EXPLOSIBLES. — V. Poudres et salpêtres.

SUBSTANCES NUISIBLES OU VÉNÉNEUSES. — V. Pharmacie.

Législation.

L. 19 juill. 1845 (*sur la vente des substances vénéneuses*); — Ord. 29 oct. 1846 (*portant règlement sur la vente des substances vénéneuses*); — Décr. 8 juill. 1850 (*tableau des substances vénéneuses*); — Décr. 1er oct. 1864 (*coque du Levant*); — Décr. 23 juin 1873 (*seigle ergoté*); — Décr. 9 juill. 1890 (*sublimé corrosif*); — Décr. 20 août 1894 (*nitrates de mercure*).

Bibliographie.

Briand et Chaudé, *Manuel complet de médecine légale*, 10e éd., 1880, 2 vol. in-8° (t. 2, p. 781 à 792). — Courcelle, *Répertoire de police*, 1896, 2 vol. gr. in-8°, v° *Pharmacie* (tit. 6). — Coutant, *Précis de législation pharmaceutique*, 1902, in-8°. — Devilleneuve, Massé et Dutruc, *Dictionnaire du Contentieux commercial et industriel*, 1875, 2 vol. gr. in-8°, v° *Pharmacien*, n. 36 et s. — Dubrac, *Traité de la jurisprudence médicale et pharmaceutique*, 1893, in-8°. — Le Poittevin, *Dictionnaire des parquets*, 1901, 3e éd., 3 vol. in-8°, v° *Substances vénéneuses*. — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, 1881, 3e éd., 6 vol. in-8°, vis *Pharmacien, Substances vénéneuses*. — Roué, *Jurisprudence pharmaceutique*, 1899, 2e éd., in-18.

Division.

Section I.

Notions générales et historiques.

1. — Jusqu'en 1845, la législation sur la vente et l'emploi des substances vénéneuses se réduisait aux art. 34 et 35, L. 21 germ. an XI. L'art. 34 statuait que : « Les substances vénéneuses seront tenues dans les officines des pharmaciens et dans les boutiques des épiciers, dans des lieux sûrs et séparés dont les pharmaciens et les épiciers seuls auront la clef, sans qu'aucun autre individu puisse en disposer ». Le même article disposait : « Ces substances ne pourront être vendues qu'à des personnes connues et domiciliées qui pourront en avoir besoin pour leur profession ou pour cause connue, à peine de 3,000 fr. d'amende de la part des vendeurs contrevenants ». L'art. 35 ajoutait que les pharmaciens et épiciers tiendraient un registre, coté et paraphé par le maire ou par le commissaire de police, sur lequel registre ceux qui seraient dans le cas d'acheter des substances vénéneuses inscriraient de suite et sans aucun blanc leurs nom, qualités et demeure, la nature des drogues qui leur ont été délivrées, l'emploi qu'ils se proposent d'en faire et la date exacte du jour de l'achat : le tout à peine de 3,000 fr. d'amende contre les contrevenants : « Les pharmaciens et les épiciers, portait le même article, seront tenus de faire eux-mêmes l'inscription lorsqu'ils vendront ces substances à des individus qui ne sauront pas écrire, et qu'ils connaîtront comme ayant besoin de ces même substances ».

2. — Ces dispositions, empruntées en partie à l'édit de juillet 1680, ont été, dès les premiers moments, frappées d'impuissance; l'absence de toute nomenclature légale des substances vénéneuses, la faculté accordée à tout le monde de vendre librement ces substances, leur emploi journalier pour le chaulage des grains, pour la destruction des insectes et des animaux nuisibles, pour le traitement des animaux domestiques, etc., enfin l'élévation de la peine unique prononcée par la loi de germinal an XI ont été autant de causes du relâchement qui s'est introduit dans le régime applicable à la vente des poisons. Il faut ajouter que, même dans les prescriptions qu'elle avait voulu édicter, la loi de germinal présentait une grave lacune : l'obligation imposée aux pharmaciens et épiciers par l'art. 34, L. 24 germ. an XI, de tenir les substances vénéneuses dans des lieux sûrs et séparés dont ils auront seuls la clef était dépourvue de toute sanction pénale. C'est à cette situation qu'est venue remédier la loi du 19 juill. 1845.

3. — La loi du 19 juill. 1845 a abrogé les dispositions législatives de la loi de l'an XI, qui mettaient obstacle à l'action du Gouvernement dans une matière qui, par sa nature, appartient essentiellement à son domaine, et elle a armé d'une sanction pénale plus efficace les ordonnances et les décrets publiés pour régler le commerce et l'emploi des substances vénéneuses (Motifs de l'ord. 29 oct. 1846).

4. — La loi s'est bornée à assurer la pénalité; elle a délégué au Gouvernement le droit de réglementer la vente, l'achat et l'emploi des substances vénéneuses : « C'est au Gouvernement, porte l'Exposé des motifs de la loi, qu'il appartient dans les formes indiquées par la loi, de décider par lui dans quelles proportions, dans quels lieux et avec quelles précautions, les substances vénéneuses pourront être vendues, achetées et employées. Dans l'accomplissement de cette tâche, il devra concilier les

besoins de l'industrie, des arts et de la médecine avec la protection due à la vie des citoyens, sans perdre de vue que ce dernier intérêt doit tenir le rang principal dans sa préoccupation. »

Section II.

Nomenclature des substances vénéneuses.

5. — Aucune incertitude ne peut s'élever maintenant sur la question de savoir si telle ou telle substance doit être réputée vénéneuse, et si, à ce titre, sa vente ou son emploi peuvent être atteints par la loi pénale. Il suffit de vérifier si elle figure ou non dans le tableau des substances vénéneuses. En effet, les substances portées sur ce tableau sont les seules qui soient soumises à la réglementation spéciale établie par la loi du 19 juill. 1845. C'est ainsi que, la noix vomique n'ayant pas été tout d'abord mentionnée, le commerce de cette substance a alors été déclaré libre. — Trib. corr. Lyon, 12 mars 1847, Lignot et consorts, [D. 47.3.69]

6. — L'ordonnance du 29 oct. 1846 a donné, en exécution de la loi de 1845, le tableau des substances vénéneuses. Mais ce tableau a été plus tard remplacé par celui qui est joint au décret du 8 juill. 1850. Des décrets du 1er oct. 1864 et du 20 août 1894 l'ont complété et modifié. Voici ce tableau :

Acide cyanhydrique.	Cyanure de potassium.
Alcaloïdes végétaux, vénéneux et leurs sels.	Digitale, extrait et teinture.
	Emétique.
Arsenic et ses préparations.	Jusquiame, extrait et teinture.
Belladone, extrait et teinture.	Nicotiane.
Cantharides entières, poudre et extrait.	Nitrates de mercure (Décr. 20 août 1894).
Chloroforme.	Opium et son extrait.
Ciguë, extrait et teinture,	Phosphore.
Coque du Levant (Décr. 1er oct. 1864).	Seigle ergoté.
	Stramonium, extrait et teinture.
Cyanure de mercure.	Sublimé corrosif.

Cette énumération est limitative; aussi, comme elle laisse de côté un grand nombre de substances dangereuses et à l'égard desquelles des mesures de précaution doivent être prises, des arrêtés peuvent être pris par les maires et, à Paris, par le préfet de police pour réglementer la vente de ces substances. C'est ainsi que, par ordonnance du 15 juin 1862, le préfet de police a prohibé l'emploi de papiers colorés avec des substances dangereuses, notamment avec de l'arséniate de cuivre, pour servir d'enveloppe aux médicaments. De même, dans certaines localités, des arrêtés réglementent la vente de l'eau de Javelle, de certains sels de soude ou de potasse, etc... Les infractions à ces arrêtés constituent des contraventions de simple police réprimées par l'art. 471, § 15, C. pén. — V. *suprà*, v° *Règlement de police*, n. 682.

Section III.

Réglementation du commerce et de l'emploi.

§ 1. *Commerce. — Déclaration préalable.*

7. — Quiconque veut faire le commerce d'une ou de plusieurs substances comprises dans le tableau des substances vénéneuses est tenu d'en faire préalablement la déclaration. La même obligation est imposée à ceux qui, sans faire le commerce de ces substances, en font cependant usage, comme les chimistes, les fabricants ou manufacturiers (Ord. 29 oct. 1846, art. 1). — V. Trib. Seine, 10 nov. 1860, [*Gaz. Trib.*, 11 nov. 1860] — Toutefois, il résulte de l'art. 2 que les pharmaciens ne sont pas astreints à cette formalité.

8. — La question s'est posée de savoir si l'ordonnance du 29 oct. 1846, qui règle les conditions relatives à la vente, à l'achat et à l'emploi des substances vénéneuses, était applicable aux cabinets de chimie des collèges et des maisons d'éducation. Le ministre de l'Instruction publique l'a résolue affirmativement : « J'ai reconnu, porte sa circulaire aux recteurs, du 17 mai 1847, que les dispositions de l'ordonnance ci-dessus citée étaient obligatoires et ne souffraient aucune exception. MM. les proviseurs, principaux et chefs d'établissements particuliers d'instruction sont donc tenus, ainsi que les professeurs de chimie des collèges et des écoles particulières, de satisfaire aux prescriptions de ladite ordonnance » (*Monit.*, 17 mai 1847).

9. — La déclaration doit être faite devant le maire de la commune; le déclarant est tenu de faire connaître le lieu où est situé son établissement. Cette déclaration est inscrite sur un registre à ce destiné, un extrait en est remis au déclarant (Ord. 29 oct. 1846, art. 1). A Paris et dans toute l'étendue du ressort de la préfecture de police, les déclarations prescrites par cet article sont faites devant le préfet de police (art. 13).

10. — La déclaration doit être renouvelée dans le cas de déplacement de l'établissement (Ord. 29 oct. 1846, art. 1).

§ 2. *Achat, vente et emploi.*

11. — I. *Vente et emploi pour l'industrie ou pour des préparations chimiques.* — Les substances vénéneuses ne peuvent être vendues ou livrées qu'aux commerçants, chimistes, fabricants ou manufacturiers, qui ont fait la déclaration prescrite par l'art. 1 de l'ordonnance de 1846, ou aux pharmaciens. De plus, ces substances ne doivent être livrées que sur la demande écrite et signée de l'acheteur (Ord. 29 oct. 1846, art. 2).

12. — Tous achats ou ventes de substances vénéneuses sont inscrits sur un registre spécial d'entrée et de sortie, coté et paraphé par le maire ou par le commissaire de police. Les inscriptions sont faites de suite et sans aucun blanc, au moment même de l'achat ou de la vente; elles indiquent l'espèce et la quantité des substances achetées ou vendues, ainsi que les noms, professions et domicile des vendeurs ou des acheteurs (Ord. 29 oct. 1846, art. 3). Les pharmaciens sont assujettis, comme tous autres détenteurs de substances vénéneuses, à tenir, en outre du registre spécial dont il est question *infrà*, n. 15, le registre d'entrée et de sortie prescrit par l'art. 3. — Dijon, 1er août 1887, Eymounet, [S. 88.2.61, P. 88.1.342, D. 88.2.62] — Trib. Marmande, 4 janv. 1887, G..., [*Gaz. Pal.*, 87.1. Suppl. 42] — Ce registre ne saurait être remplacé par un équivalent. Ainsi, il y a contravention si une vente de substances vénéneuses n'est inscrite que sur une main-courante. — Trib. Seine, 10 nov. 1860, précité. — Il en est de même lorsque l'inscription sur le registre est faite d'une manière incomplète et irrégulière. — Trib. Lyon, 5 févr. 1889, Regatz, [D. *Rép. Suppl.*, v° *Substances vénéneuses*, n. 15]

13. — Les fabricants et manufacturiers employant des substances vénéneuses doivent en surveiller l'emploi dans leur établissement, et constater cet emploi sur un registre établi conformément au premier paragraphe de l'art. 3 (art. 4).

14. — II. *Vente pour l'usage de la médecine.* — La vente des substances vénéneuses ne peut être faite, pour l'usage de la médecine, que par les pharmaciens, et sur la prescription d'un médecin, chirurgien, officier de santé ou d'un vétérinaire breveté. Cette prescription doit être signée, datée, et énoncer en toutes lettres la dose desdites substances, ainsi que le mode d'administration du médicament (Ord. 29 oct. 1846, art. 5). L'omission de la signature ou de la date constitue une infraction punissable. — Trib. Seine, 5 nov. 1901, Hélie, [J. *La Loi*, 9 janv. 1902] — Toutefois, cette disposition ne vise que le commerce des substances vénéneuses ; elle ne saurait trouver d'application dans les rapports de deux particuliers dont l'un remet accidentellement et gratuitement à l'autre quelques grammes de l'une des substances mentionnées dans le tableau des substances vénéneuses. — Cass., 6 juill. 1888, Grenouiller, [S. 89.1.47, P. 89.1.77, D. 89.1.84] — Des exceptions aux prescriptions de l'art. 5 ont été apportées par les décrets du 23 juin 1873 et du 9 juill. 1890. La vente du seigle ergoté peut être faite par les pharmaciens sur la prescription d'une sage-femme pourvue de diplôme (Décr. 23 juin 1873). De même, les pharmaciens sont autorisés à délivrer, pour l'usage de la médecine, du sublimé corrosif sur la prescription d'une sage-femme pourvue d'un diplôme (Décr. 9 juill. 1890). — V. *infrà*, n. 24 et 25.

15. — Les pharmaciens doivent transcrire les prescriptions, avec les indications qui précèdent, sur un registre établi dans la forme déterminée par le § 1 de l'art. 3. Ces transcriptions doivent être faites de suite et sans aucun blanc. Les pharmaciens ne rendent les prescriptions que revêtues de leur cachet, et après y avoir indiqué le jour où les substances ont été livrées, ainsi que le numéro d'ordre de la transcription sur le registre. Ce registre est conservé pendant vingt ans au moins, et doit être représenté à toute réquisition de l'autorité (art. 6).

16. — Avant de délivrer la préparation médicinale, le pharma-

cien y appose une étiquette indiquant son nom et son domicile, et rappelant la destination interne ou externe du médicament (art. 7). Les étiquettes des médicaments à usage externe doivent être *rouge orange* (Circ. min. 25 juin 1855).

§ 3. *Dispositions générales.*

17. — Les substances vénéneuses doivent toujours être tenues, par les commerçants, fabricants, manufacturiers et pharmaciens, dans un endroit sûr et fermé à clef (Ord. 29 oct. 1846, art. 11). Les personnes astreintes à cette obligation doivent garder elles-mêmes la clef de cette armoire, sous les peines portées par la loi du 19 juill. 1845; cette obligation, écrite dans l'art. 34, L. 21 germ. an XI, n'a pas été reproduite textuellement dans l'ordonnance de 1846, mais elle n'en résulte pas moins implicitement de ses dispositions. — Aix, 15 nov. 1854, Larousse, [S. 54.2.726, P. 55.2.74, D. 56.2.217]

18. — L'expédition, l'emballage, le transport, l'emmagasinage et l'emploi doivent être effectués par les expéditeurs, voituriers, commerçants et manufacturiers, avec les précautions nécessaires pour prévenir tout accident (Ord. 29 oct. 1846, art. 12, § 1). Les fûts, récipients ou enveloppes ayant servi directement à contenir les substances vénéneuses ne peuvent recevoir aucune autre destination (art. 12, § 2).

§ 4. *Mesures pour assurer l'exécution de ces dispositions. Sanction pénale.*

19. — Indépendamment des visites qui doivent être faites en vertu de la loi du 21 germ. an XI (V. *suprà*, v° *Pharmacie*), les maires ou commissaires de police doivent s'assurer de l'exécution des dispositions de l'ordonnance du 29 oct. 1846. Ils visitent, à cet effet, les officines des pharmaciens, les boutiques et magasins des commerçants et manufacturiers vendant ou employant lesdites substances. Ils se font représenter les registres mentionnés dans les art. 1, 3, 4 et 6, et constatent les contraventions. Leurs procès-verbaux sont transmis au procureur de la République, pour l'application des peines prononcées par l'art. 1, L. 19 juill. 1845 (Ord. 29 oct. 1846, art. 14). Dans ces visites les maires ou commissaires de police sont assistés, s'il y a lieu, soit d'un docteur en médecine, soit de deux professeurs d'une école de pharmacie, soit d'un membre du jury médical et d'un des pharmaciens adjoints à ce jury désignés par le préfet (Décr. 8 juill. 1850, art. 2).

20. — Les contraventions à l'ordonnance du 29 oct. 1846 et aux décrets portant règlement d'administration publique sur la vente, l'achat et l'emploi de substances vénéneuses sont punies d'une amende de 100 fr. à 3,000 fr. et d'un emprisonnement de six jours à deux mois, sauf l'application, s'il y a lieu, de l'art. 463, C. pén. Dans tous les cas, les tribunaux peuvent prononcer la confiscation des substances saisies en contravention (L. 19 juill. 1845, art. 1). La règle du non-cumul des peines est applicable, puisque ces infractions, étant punies de peines correctionnelles, constituent des délits. — Nîmes, 15 juill. 1888, [D. 88.2.279]

Section IV.

Substances qui sont l'objet de mesures spéciales.

§ 1. *Arsenic et ses composés.*

21. — L'arsenic et ses composés ne peuvent être vendus, pour d'autres usages que la médecine, que combinés avec d'autres substances. Les formules de ces préparations sont arrêtées, sous l'approbation du ministre de l'Agriculture et du Commerce, savoir : pour le traitement des animaux domestiques, par le conseil des professeurs de l'école vétérinaire d'Alfort; pour la destruction des animaux nuisibles et pour la conservation des peaux et objets d'histoire naturelle, par l'école de pharmacie (Ord. 29 oct. 1846, art. 8). Ainsi, un arrêté du ministre de l'Agriculture du 23 févr. 1875 dispose que l'acide arsénieux destiné à l'usage interne pour le traitement des animaux domestiques ne doit être vendu par les pharmaciens que suivant la formule ci-après : acide arsénieux pulvérisé, 100 gr.; sesquioxyde de fer anhydre (colcothar), 1 gr.; aloès succotrin pulvérisé, 0 gr. 50.

22. — Ces préparations ne peuvent être vendues ou délivrées que par les pharmaciens, et seulement à des personnes connues et domiciliées. Les quantités livrées, ainsi que le nom et le domicile des acheteurs, sont inscrits sur le registre spécial dont la tenue est prescrite par l'art. 6 (art. 9).

23. — La vente et l'emploi de l'arsenic et de ses composés sont interdits pour le chaulage des grains, l'embaumement des corps et la destruction des insectes (art. 10). Ainsi sont prohibés les papiers dits « tue-mouches », composés à l'aide de préparations solubles d'arsenic, d'acide arsénieux ou d'arséniate de potasse (Circ. min. Int., 31 déc. 1852).

§ 2. *Sublimé corrosif.*

24. — Nous avons vu que les pharmaciens peuvent délivrer du sublimé corrosif sur la prescription d'une sage-femme (V. *suprà*, n. 14). Mais, en ce cas, cette vente a lieu exclusivement suivant l'une ou l'autre des deux formules ci-après : *Formule A* : sublimé corrosif, 25 centigr.; acide tartrique, 1 gr.; solution alcoolique de carmin d'indigo à 5 p. 0/0, 1 goutte. — *Formule B* : vaseline au sublimé à 1 p. 0/0, 1 gr. (Décr. 9 juill. 1890, art. 1).

25. — Chaque paquet contenant la poudre *formule A*, chaque flacon ou pot renfermant la pommade *formule B* doit porter l'étiquette rouge orange réservée aux médicaments toxiques pour l'usage externe (V. *suprà*, n. 16), avec la mention suivante : « (*Formule A*), Sublimé corrosif, 25 centigr. pour un litre d'eau. Poison. » — « *Formule B*), Vaseline au sublimé corrosif à 1 p. 0/0. Poison » (Décr. 9 juill. 1890, art. 1).

Section V.

Législation comparée.

§ 1. *Allemagne.*

26. — Quiconque donne intentionnellement à une personne, dans le but de nuire à sa santé, du poison ou d'autres substances propres à la rendre malade, est passible de la réclusion jusqu'à dix ans. Lorsque l'acte a causé une grave lésion corporelle, la peine ne peut être abaissée au-dessous de cinq ans, et en cas de mort, au-dessous de dix ans ; elle peut même être prononcée à perpétuité (C. pén. all., § 229).

27. — Quiconque, avec intention, empoisonne des fontaines ou réservoirs d'eau servant à l'usage d'autrui ou des objets destinés à être publiquement vendus ou employés, ou y mêle des substances qu'il sait être dangereuses pour la santé de l'homme, et de même, quiconque met sciemment en vente de semblables objets empoisonnés ou mélangés de substances nuisibles, sans informer l'acheteur, encourt les peines indiquées au numéro précédent (§ 324).

28. — Est passible d'une amende jusqu'à 150 m. ou des arrêts : 1° quiconque, sans l'autorisation de la police, prépare ou vend des poisons, ou des médicaments dont le commerce n'est pas libre ; 2° quiconque, en conservant chez lui ou en livrant du poison ou des substances explosibles, ou en préparant de ces substances ou des médicaments, ne se conforme pas aux règlements sur la matière ; 3° quiconque met en vente des boissons ou des comestibles falsifiés ou gâtés, notamment de la viande trichinée (§ 367, 3°, 5°, 7°).

§ 2. *Angleterre.*

29. — Est coupable de *felony* et encourt la servitude pénale à vie : 1° quiconque, avec l'intention de commettre ou d'aider une autre personne à commettre un acte punissable, administre à autrui du chloroforme, du laudanum ou d'autres substances stupéfiantes, ou tente d'en administrer (St. 24 et 25, Vict., c. 100, § 22) ; 2° quiconque administre à une femme enceinte des substances abortives, ainsi que la femme qui se les administre à elle-même dans le but de se faire avorter (§ 58). — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 64.

30. — Commet un délit (*misdemeanor*), et peut être puni de servitude pénale jusqu'à cinq ans, quiconque, illégalement et méchamment, administre à une autre personne du poison ou telle autre substance nuisible en vue de lui faire du mal ou de l'incommoder (§ 24).

§ 3. *Autriche-Hongrie.*

31. — I. Autriche. — Est passible d'une peine, qui, suivant la gravité du mal causé, peut être portée d'un mois d'arrêts simples (*Arrest*) à un an d'arrêts de rigueur (*strenger Arrest*), tout individu qui, sachant par sa profession ou par les avis de l'autorité les risques que pouvait faire courir à autrui son acte ou son omission, provoque une lésion corporelle, une maladie ou une grave indisposition : en procédant imprudemment à des fumigations ou en appliquant des narcotiques sans les précautions requises (§§ 335, 336 *d*), en ne se conformant pas aux règles prescrites pour la conservation des substances vénéneuses, inflammables ou explosives (§ 336 *f*), ou en se livrant à des pratiques permises aux seuls médecins et chirurgiens ayant le droit d'exercer leur art en Autriche (§ 343).

32. — Encourent les peines prévues pour les contraventions (*Uebertretungen*) les pharmaciens qui vendent des substances médicamenteuses prohibées, impures ou altérées (V. §§ 345 à 353), et, en général, tous ceux qui vendent des poisons sans une autorisation expresse (§ 361); sont passibles d'une peine pouvant être portée d'un mois d'arrêts simples à six mois d'arrêts de rigueur, les personnes qui vendent de ces substances sans y être dûment autorisées par leurs grades ou fonctions ou par une décision spéciale (§ 354). Le Code autrichien renferme de très-longues dispositions sur tout ce qui touche à la conservation, à la mise en vente et à l'emploi des substances vénéneuses; nous devons nous borner à y renvoyer (§§ 362 à 371). Il punit, dans ses §§ 398 et s., ceux qui jettent dans une fontaine, une citerne ou un cours d'eau des substances nuisibles à la santé; ceux qui vendent des comestibles ou des boissons falsifiés, infectés ou frelatés; ceux qui colorent avec des substances vénéneuses des choses destinées à la consommation ou des étoffes ou ustensiles en contact direct avec le corps humain.

33. — II. Hongrie. — Dans le code des contraventions, l'art. 105 punit ceux qui jettent dans les puits, aqueducs ou sources servant à l'usage de l'homme des objets sales ou nauséabonds, ou qui les détériorent de sorte que l'eau n'en soit plus potable.

34. — Tous pharmaciens, chimistes, préparateurs de poisons ou de substances contenant du poison en quantité dangereuse pour la vie ou la santé, toutes personnes qui font usage de ces substances dans leurs fabriques ou leur profession, ou les gardent chez elles, ainsi que les vendeurs de semblables matières, sont passibles d'un mois d'arrêts et de 600 couronnes d'amende, s'ils ne prennent pas toutes les précautions requises pour la conservation et l'usage de ces substances (V. art. 108); et de même, quiconque contrevient aux règlements concernant la fabrication, la garde, la surveillance, la vente, l'expédition ou l'emploi de matières explosibles ou facilement inflammables encourt une peine de quinze jours d'arrêts et une amende de 200 couronnes (art. 109).

35. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 68 et s., l'analyse des art. 309, 314 et 315, C. pén., relatifs à l'empoisonnement sans intention de tuer et à la contamination des puits, réservoirs ou aliments.

§ 4. *Belgique.*

36. — Celui qui a mêlé, soit à des comestibles ou des boissons, soit à des substances ou denrées alimentaires quelconques, destinés à être vendus ou débités, des matières qui sont de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé, est passible d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 200 à 2,000 fr. (C. pén. belge, art. 454).

37. — Est passible des mêmes peines : 1° celui qui vend, débite ou expose en vente des comestibles, boissons, substances et denrées alimentaires, sachant qu'ils contiennent des matières de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé; 2° celui qui a vendu ou procuré ces matières, sachant qu'elles devaient servir à falsifier des substances ou denrées alimentaires (art. 455).

38. — Est puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 100 à 1,000 fr. celui qui a, dans sa boutique, des comestibles, boissons, denrées ou substances alimentaires, destinés à être vendus ou débités, sachant qu'ils contiennent des matières de nature à donner la mort ou à altérer gravement la santé (art. 456). L'art. 457 prononce contre lui diverses peines accessoires : confiscation, retrait de patente, etc.

39. — L'art. 561 punit d'une amende de 10 à 20 fr. et d'un emprisonnement d'un à cinq jours, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui vendent, débitent ou exposent en vente des comestibles, boissons, denrées ou substances alimentaires gâtés ou corrompus, et ceux qui, sans intention frauduleuse, vendent, débitent ou exposent en vente des substances alimentaires falsifiées (2° et 3°).

40. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 72 et s., l'analyse des art. 402 à 404, C. pén., relatifs aux maladies causées par l'administration volontaire de substances nuisibles à la santé, sans intention de donner la mort.

§ 5. *Danemark.*

41. — Quiconque, dans la fabrication de marchandises destinées à être vendues ou employées par d'autres, a fait usage de substances vénéneuses ou d'autres matières dangereuses, de manière à compromettre la santé des consommateurs, est puni, si quelque autre disposition de la loi n'entraîne pas une peine plus forte, d'emprisonnement ou, en cas de circonstances aggravantes, notamment si quelqu'un en a éprouvé du dommage ou même en est mort, des travaux forcés dans une maison de correction ; la même peine est encourue par celui qui met en vente des marchandises qu'il sait renfermer de semblables matières. Lorsque les actes ont été commis par simple inattention ou négligence, on applique la peine de l'amende (C. pén. dan., § 290).

§ 6. *Espagne.*

42. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 76.

43. — Les pharmaciens qui, sans une ordonnance de médecin, délivrent une substance abortive encourent les arrêts majeurs et une amende de 125 à 1,250 *pesetas* (art. 428); ceux qui fournissent des médicaments détériorés ou en donnent un pour un autre, ou qui en délivrent sans se conformer aux règles posées par les lois et règlements, encourent une peine qui peut varier des arrêts majeurs à la prison correctionnelle, avec une amende de 125 à 1,250 *pesetas;* si leur faute a eu pour conséquence la mort du malade, ils sont punis de prison correctionnelle, jusqu'à son degré supérieur, et l'amende peut s'élever jusqu'à 2,500 *pesetas* (art. 353).

44. — Quiconque élabore, sans l'autorisation voulue, des substances nuisibles à la santé ou des produits chimiques susceptibles de causer de graves dommages, ou les met en vente et en fait commerce, est passible des arrêts majeurs et d'une amende de 250 à 2,500 *pesetas;* celui qui, ayant obtenu l'autorisation de trafiquer de semblables substances ou produits, les débite ou les administre sans se conformer aux règlements sur la matière, est passible également des arrêts majeurs et d'une amende de 125 à 1,250 *pesetas* (art. 351, 352).

45. — Quiconque, par un mélange (*mezcla*) nuisible à la santé, altère les boissons ou comestibles destinés à la consommation publique ou vend des denrées corrompues, ou fabrique et met en vente des objets dont l'usage est nécessairement nuisible à la santé, encourt, suivant la gravité de l'infraction, les arrêts majeurs ou la prison correctionnelle et une amende de 125 à 1,250 *pesetas;* les objets altérés ou nuisibles doivent être détruits. Est puni des mêmes peines celui qui jette dans une fontaine, une citerne ou un ruisseau dont l'eau sert de boisson un objet susceptible de rendre cette eau nuisible à la santé (art. 356, 357, 2°).

46. — Encourt une peine de cinq à quinze jours d'arrêts et une amende de 25 à 75 *pes.*, dans les cas qui ne constituent pas les délits prévus aux numéros précédents : 1° les pharmaciens qui fournissent des médicaments de mauvaise qualité; 2° les restaurateurs, confiseurs, boulangers, etc., qui fournissent ou débitent des boissons ou comestibles, falsifiés ou altérés, nuisibles à la santé ou n'observent pas, dans l'usage et la conservation des vases et ustensiles dont ils se servent, les règles établies ou les précautions usuelles, sans que le fait constitue un délit proprement dit (C. pén. esp., art. 595).

47. — Sont punis d'une amende de 5 à 25 *pesetas*, avec réprimande, ceux qui souillent les fontaines ou les abreuvoirs, ou qui violent les règlements de police sur la fabrication de substances fétides et insalubres, ou qui en répandent sur la voie publique (art. 596, 7° et 8°).

§ 7. *Italie.*

48. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 78.

49. — Quiconque contrefait ou falsifie, d'une manière nuisible à la santé, des substances alimentaires ou médicinales, ou les met en vente, est passible de réclusion, d'un mois à cinq ans, et d'une amende de 100 à 5,000 *lir.* (C. pén., art. 319).

50. — Quiconque expose en vente des substances alimentaires ou médicinales qui, tout en n'étant ni contrefaites ni falsifiées, sont nuisibles à la santé, sans que ce danger soit connu de l'acheteur, est passible de la réclusion jusqu'à six mois et d'une amende de 100 à 3,000 *lir.* (art. 320).

51. — Les faits prévus aux articles précédents comportent une aggravation de peine, lorsqu'ils ont mis en péril la vie des personnes ou que le coupable a abusé d'une profession sanitaire ou d'une autre profession soumise à surveillance dans l'intérêt de la santé publique (V. art. 324, 325).

52. — D'autre part, l'art. 375 punit de détention, en termes généraux, quiconque, par imprudence, impéritie ou négligence, ou par inobservation des règlements, cause à quelqu'un un dommage dans son corps ou sa santé ou une perturbation mentale.

§ 8. *Pays-Bas.*

53. — Quiconque introduit dans un puits, une fontaine ou un aqueduc, servant à l'usage public ou commun à divers personnes, des substances qu'il sait être dangereuses pour la vie ou la santé, est puni d'un emprisonnement qui peut s'élever jusqu'à quinze ans et, en cas de mort, jusqu'à vingt (V. C. pén. néerl., art. 172). Celui « par la faute duquel » ce fait s'est produit est passible d'un emprisonnement ou d'une détention de six mois au plus, ou d'une amende de 300 fl. au plus (V. art. 173).

54. — Quiconque vend ou débite des marchandises qu'il sait être dangereuses pour la vie ou la santé, en en dissimulant le caractère nuisible, est passible d'un emprisonnement de quinze ans au plus ; en cas de mort, la peine peut être prononcée pour vingt ans ou à perpétuité (V. art. 174). Celui « par la faute duquel » de semblables marchandises ont été vendues ou débitées, encourt les peines prévues à l'art. 173 (art. 175). Les marchandises peuvent être confisquées.

55. — Dans ces divers cas, il peut être interdit au coupable d'exercer la profession dans laquelle il a commis le délit (art. 176).

56. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 80.

§ 9. *Portugal.*

57. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 82 à 84.

§ 10. *Russie.*

58. — I. Russie proprement dite. — V. *suprà*, v^is^ *Avortement*, n. 190 et s., *Empoisonnement*, n. 87.

59. — Quiconque, sans y être dûment autorisé, vend des substances vénéneuses ou ayant une action très-énergique (*heftig-wirkende*, d'après l'édition allemande officielle) est passible, suivant les circonstances, soit d'un emprisonnement de deux à quatre mois, soit d'une amende jusqu'à 100 roubles (268 fr. 65) (C. pén. russe, art. 866).

60. — Si une personne dûment autorisée à vendre de semblables substances en délivre sciemment à des gens qui n'ont pas le droit d'en acheter ou qui n'ont pas justifié de ce droit, ou sans se conformer aux prescriptions réglementaires sur la matière (*Règl. médical*, t. 2, tit. 2, c. 3), ou en une forme autre que celle en laquelle la vente en est permise, encourt une amende de 100 roubles et la privation à perpétuité du droit de vendre ces substances (art. 867). L'article suivant prévoit des pénalités analogues pour le cas où les substances n'ont pas été conservées et employées avec les précautions requises.

61. — Dans le cas où les infractions précitées ont entraîné la mort d'une personne, le contrevenant encourt, en sus des peines corporelles et pécuniaires, une pénitence ecclésiastique selon les prescriptions du clergé local (art. 869).

62. — Les art. 881 à 900 renferment de longues dispositions sur l'installation de pharmacies et sur la manière dont elles doivent être tenues dans l'intérêt de la santé publique.

63. — II. Finlande. — Quiconque, sans avoir l'intention de donner la mort, mais dans le dessein de nuire, administre à un personne du poison ou d'autres substances dangereuses, encourt si la mort s'en est suivie, la réclusion temporaire de huit à douz ans ou la réclusion à perpétuité ; s'il en est résulté une lésio corporelle grave, la réclusion de six à douze ans; et, s'il n'en es résulté aucune lésion ou qu'une lésion minime, la réclusion d deux à huit ans ; plus, dans tous les cas, la dégradation civique La tentative est punissable. Quiconque, dans l'intention de nuir à autrui, a préparé ou s'est procuré du poison ou d'autres sub stances dangereuses, mais sans tenter de mettre son projet exécution, encourt un emprisonnement d'un an au plus (C. pén finland., c. 21, § 7).

64. — Quiconque a, sans cause légitime, préparé, mis e vente ou délivré à autrui du poison ou d'autres substances dan gereuses pour la vie, encourt une amende de 500 mark (= 500 fr.) ou un emprisonnement de trois mois au plus ; la mêm peine est applicable à toute personne qui, sans cause légitime prépare, tient en dépôt ou met en vente de la poudre ou d'autre explosifs; les choses ainsi préparées ou mises en dépôt ou e vente sont confisquées (c. 44, § 4).

65. — Quiconque met en vente des denrées ou boissons qu par suite de corruption ou pour toute autre cause, étaient, à s connaissance, nuisibles à la santé encourt une amende de 50 marks au plus, sans préjudice de la confiscation (§ 5).

66. — Quiconque empoisonne volontairement une conduit d'eau, un puits ou un réservoir, des vivres, des boissons o d'autres choses servant à l'usage d'autrui ou destinées à l vente, ou mêle à ces choses des substances qu'il sait être nui sibles à la santé, ou vend et débite de semblables choses qu' savait être ainsi altérées, ou en dissimule les propriétés dange reuses, est puni de la réclusion de deux à huit ans et de la dé gradation civique; la tentative est punissable. Celui qui, d l'une des manières susindiquées, a, involontairement, occasionn un danger pour la vie ou la santé d'autrui, encourt une amend de 50 marks au moins ou un emprisonnement d'un an au plu Dans tous les cas, les vivres, boissons et autres marchandise sont confisqués (c. 34, § 15).

§ 11. *Suède.*

67. — V. *suprà*, v^is^ *Avortement*, n. 193 et s., *Empoisonnement*, n. 90 et s.

68. — Celui qui, autorisé à vendre du poison, contrevient au règlements ayant pour but d'en prévenir l'abus ou le danger, o qui a vendu ou livré du poison sans y être autorisé, est puni, s' y a eu mort d'homme, d'un emprisonnement ou des travau forcés pendant deux ans au plus, et, en cas de lésions graves d'un emprisonnement de six mois au plus (C. pén. suéd., c. 14 § 21).

69. — Est passible de deux à six ans de travaux forcés celu qui, dans le dessein de nuire aux animaux d'autrui, empoisonn des fourrages ou telle autre chose, de façon qu'il en soit résult un danger général ; si cet empoisonnement a causé de grave lésions à une personne, ou s'il y a eu mort d'homme, la duré de la peine peut être élevée, dans le premier cas, à huit ans dans le second, à dix (c. 19, § 18) ; sans préjudice de la dégra dation civique à perpétuité (§ 22).

§ 12. *Suisse.*

70. — V. *suprà*, v° *Empoisonnement*, n. 94.

71. — Tout ce qui, dans le droit suisse, concerne les sub stances vénéneuses ou nuisibles, est encore du domaine des lé gislations cantonales. Elles renferment toutes, sur l'empoison nement ou la sophistication des liquides ou denrées servant l'alimentation de l'homme ou des animaux, de longues dispos tions, généralement très-sévères ; il nous est impossible d'e donner ici même un simple résumé ; nous nous contentons d fournir l'indication des sources dans les codes pénaux canto naux. — V. aussi Stooss, *Les Codes pénaux suisses rangés pa ordre des matières*, Bâle et Genève, 1890, p. 590 et s.

72. — A. *Empoisonnement de sources, fontaines, denrées*, et — Codes pénaux de : *Thurgovie*, §§ 71, 72, 212 et s. ; *Vau* art. 148 et s. ; *Grisons*, § 120 ; *Argovie*, § 134 ; *Schaffhouse*, § 14 *Lucerne*, §§ 107, 108 ; *Obwalden*, § 83 et Code de police, § 1 *Berne*, §§ 124, 2[illegible] ; *Glaris*, §§ 91, 93, 125 ; *Fribourg*, art. 12 216, 217 ; *Zurich*, §§ 150, 207, 208 ; *Bâle*, §§ 170 et s. ; *Tessi*

art. 244; *Genève*, art. 346, 355, 356; *Zoug*, loi modif. du C. pén., § 10, C. pén., §§ 110, 111; *Appenzell* Rh.-Ext., §§ 121, 133, *Schwytz*, §§ 63, 103; *Soleure*, §§ 172, 173; *Saint-Gall*, § 132. *Neuchâtel*, art. 257, 258.

73. — B. *Mise en vente de médicaments, denrées ou substances quelconques, dangereux, ou altérés, ou nuisibles à la santé.* — Codes pénaux de : *Thurgovie*, §§ 73, 178, et loi spéciale du 3 mars 1890, art. 11 et s.; *Vaud*, art. 145, 146, 150; *Valais*, art. 153 et s.; *Schaffhouse*, § 141; *Lucerne*, Code de police, §§ 123, 124; *Obwalden*, § 83 et Code de police, §§ 119 et s.; *Berne*, §§ 233, 233 *a*, 233 *b*, 233 *c*; *Glaris*, § 92; *Fribourg*, art. 264, 428; *Zurich*, §§ 183, 188, et loi spéciale du 4 oct. 1876, §§ 12 et s.; *Bâle*, § 169 *a*, et Code de police, §§ 96 et s.; *Tessin*, art. 240 et s.; *Genève*, art. 370 et s.; *Appenzell* Rh.-Ext., §§ 121, 134, 160; *Soleure*, § 159, et loi spéciale du 6 mai 1882, § 9. *Saint-Gall*, §§ 141, 142, et loi spéciale du 4 févr. 1875; *Neuchâtel*, art. 259 et s.

SUBSTITUT. — V. Ministère public. — Organisation judiciaire.

SUBSTITUTIONS.

Législation.

C. civ., art. 896 et s., 1048 et s.

Bibliographie.

Arntz, *Cours de droit civil français*, 1879, 2e éd., 4 vol. in-8°. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., 8 vol. in-8°, t. 7, §§ 696 et s. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1902-1904, 8e éd., 3 vol. gr. in-8°, t. 2, n. 671 et s. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, 1899, 2e éd., 2 vol. in-8°, t. 2, n. 3046 et s. — Berriat-Saint-Prix, *Notes théoriques sur le Code civil*, 1845-1856, 3 vol. in-8°, n. 3799 et s. — Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, 1866, 6e éd., 7 vol. in-8°, t. 4, n. 1047 et s. — Chabot, *Questions transitoires sur le Code civil*, 1829, 3 vol. in-8°. — Coin-Delisle, *Commentaire du liv. 3, tit. 2, C. civ.*, 1855, 1 vol. in-4°, sur les art. 896 et s., 1048 et s. — Delvincourt, *Cours de Code civil*, 1823, 5e éd., 3 vol. in-4°, t. 2, p. 99 et s. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, 1881-1896, 9 vol. in-8°, t. 4, n. 202 et s. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 32 vol. in-8°, t. 22, n. 401 et s. — Duranton, *Cours de droit français, suivant le Code civil*, 1844, 4e éd., 22 vol. in-8°, t. 8, n. 24 et s. — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, 5 vol. in-8°, v° *Substitution*. — Fuzier-Herman et Darras, *Code civil annoté*, 1881-1898, 4 vol. gr. in-8° et supplément en cours de publication, par Griffond, sur les art. 896 et s., 1048 et s. — Grenier et Bayle-Mouillard, *Traité des donations, des testaments*, etc., 1847, 4e éd., 4 vol. in-8°, t. 1, p. 167 et s. — Guilhon, *Traité des donations entre-vifs*, 1810, 3 vol. in-8°, t. 1, n. 30 et s.; t. 2, n. 1053 et s. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1891-1903, 15 vol. in-8°, t. 6, n. 10 et s., 403 et s. — Lambert, *De l'exhérédation, et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, 1895, 1 vol. in-8°, §§ 771 et s. — Laurent, *Principes de droit civil français*, 1893, 5e éd., 33 vol. in-8°, et *Supplément*, 1895-1903, 8 vol. in-8°, 7 parus, t. 14, n. 389 et s. — Marcadé et Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 1872-1884, 7e éd., 13 vol. in-8°, t. 4, n. 1048 et s. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, *Le droit civil français*, 1854-1860, 5 vol. in-8°, t. 3, §§ 465 et s. — Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 4e éd., 9 vol. in-4°, v° *Substitution fidéicommissaire*; — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, 5e éd., 18 vol. in-4°, v° *Substitution fidéicommissaire*. — Michaux, *Traité pratique des testaments notariés, olographes, mystiques et autres, et des actes qui en sont la conséquence*, 1887, 3e éd., 1 vol. in-8°, n. 442 et s. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901-1903, 2e éd., 3 vol. in-8°, t. 2, n. 3264 et s. — Pothier, *Œuvres* (éd. Bugnet), 1861-1890, 11 vol. in-8°, t. 8, *Traité des substitutions*. — Poujol, *Traité des donations entre-vifs et testaments*, 1840, 2 vol. in-8°, t. 2, n. 355 et s. — Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 1840-1845, 2e éd., 9 vol. in-8°, v° *Substitution*. — Saintespès-Lescot, *Des donations entre-vifs et des testaments*, 1855-1861, 5 vol. in-8°, t. 4, n. 1414 et s. — Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-1846, 7 vol. in-8°, t. 4, p. 187 et s. — Thiry, *Cours de droit civil*, 1892-1893, 4 vol. gr. in-8°, t. 2, n. [illegible] et s. — Toullier et Duvergier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 27 vol. in-8°, t. 2, n. 72 et s. — Troplong, *Commentaire du titre des donations et testaments*, 4 vol. in-8°, t. 1, n. 2210 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1892-1893, 4 vol. in-8°, n. 923 et s.

Bossard, *Des substitutions et des majorats*. — Bouvattier, *Des substitutions permises*, Caen, 1862, 1 vol. in-8°. — Brouillet, *La loi de substitution et son rôle en économie politique*, 1880. — Chappé, *Les substitutions, la légitime et les partages testamentaires*, 1890, in-8°. — Cosse, *Des substitutions*. — Crémieu, *Considérations sur les substitutions en général, sur leur utilité dans l'intérêt des familles*, 1815, in-8°. — *Opinion de Girardin contre le projet de loi destiné à rétablir les substitutions*, 1826. — Martin Saint-Léon, *Des substitutions fidéicommissaires en droit romain et dans l'ancien droit français*, 1886, in-8°. — Meunier (T.), *Essai d'une théorie sur les substitutions fidéicommissaires*, 1891, in-8°. — Rolland de Villargues, *Des caractères auxquels on doit reconnaître les substitutions prohibées par le Code civil*, 1820, in-8°; — *Des substitutions prohibées par le Code civil*, 1821. — Ribra, *De la substitution vulgaire*, Toulouse, 1870, 1 vol. in-8°. — X..., *Sur le droit d'aînesse et les substitutions*, 1827, 1 vol. in-8°. — Zesu, *Des substitutions*, 1833.

1° *La nomination du tuteur à laquelle il doit être procédé à la diligence du grevé de restitution, conformément aux dispositions de l'art. 1056, C. civ., à défaut par le donateur ou testateur d'en avoir désigné un lui-même, doit-elle être faite par le conseil de famille dans les formes prescrites par les art. 405 et s., C. civ.? Dans le cas de l'affirmative, ce conseil doit-il être réuni devant le juge de paix du domicile du grevé, devant celui du domicile des appelés ou devant le juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession? Quid, si le donateur, qui existe encore, est absent ou moralement hors d'état, soit de nommer le tuteur, soit de veiller lui-même à l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, à la conservation des biens et à l'acquittement de la charge de restitution? 2° Les donataires ou légataires majeurs, grevés de substitution au profit de leurs enfants nés ou à naître (art. 1048 et 1049) peuvent-ils procéder par eux-mêmes au partage des immeubles sujets à restitution et laissés indivis par le donateur ou testateur? Au cas de l'affirmative, le tuteur, chargé de veiller à l'accomplissement de la charge de restitution, doit-il assister aux opérations de partage, et peut-il y concourir sans en avoir préalablement obtenu l'autorisation d'un conseil de famille, ou doit-il y être habilité au moyen d'une telle autorisation? Enfin, le partage n'est-il valable qu'autant qu'il y est procédé en justice et avec l'accomplissement des formalités prescrites à l'égard des biens des mineurs?* (Guilbon) : Corr. des just. de paix, 1870, 2e sér., t. 17, p. 133. — *Tuteur à susbstitution. Conseil de famille. Tuteur* ad hoc : Corr. des just. de paix, 1873, 2e sér., t. 20, p. 309. — *L'avoué du tuteur à la substitution a-t-il droit de prendre part à la remise proportionnelle* (Bioche)? Journ. de proc. civ. et comm., 1860, t. 26, p. 89. — *Comment doit être nommé le tuteur à la substitution dont parle l'art. 1056, C. civ.? En admettant que ce soit par un conseil de famille, devant quel juge de paix faut-il le convoquer, et comment doit-il être composé?* Journ. des just. de paix, 1847, p. 321. — *De l'influence que peut exercer sur la validité d'une substitution un changement de nationalité du grevé* (Diena) : Journ. de dr. int. pr., 1894, p. 255 et s. — *Des substitutions permises* (Bertauld) : Quest. pratiques, t. 1, p. 412 et s. — *Le grevé est propriétaire et peut hypothéquer ou aliéner les biens, sauf résolution au temps de l'ouverture de la substitution* (Marcadé) : Rev. crit., 1850-1851, t. 1, p. 78. — *Le Code civil n'accorde pas la faculté de substituer à d'autres ascendants qu'aux père et mère* (Marcadé) : Rev. crit., 1850-1851, t. 1, p. 464; 1854, t. 4, p. 512. — *L'aïeul ne peut pas grever de restitution son petit-fils donataire, même au profit de ses enfants nés et à naître* (Coin-Delisle) : Rev. crit., 1854, t. 4, p. 305. — *Examen doctrinal de l'arrêt Lové du 30 avr. 1855. Cet arrêt ne paraît pas destiné à faire jurisprudence. La sagesse des dispositions n'empêche pas la nullité des substi-*

tutions prohibées (Coin-Delisle) : Rev. crit., 1856, t. 9, p. 290. — *La double condition, résolutoire par le décès de l'institué, et suspensive en cas de survie de l'appelé, est de l'essence des substitutions prohibées et annule l'institution* (Coin-Delisle) : Rev. crit., 1856, t. 9, p. 295. — *La conversion du don de propriété en un don d'usufruit, pour le cas où le donateur survivrait à l'appelé, est une fraude à la loi prohibitive* (Coin-Delisle) : Rev. crit., 1856, t. 9, p. 311. — *Des substitutions cachées sous la forme d'un accroissement postérieur à l'ouverture de la succession du testateur* (Coin-Delisle) : Rev. crit., 1856, t. 9, p. 315. — *Observations sur le sens de l'art. 1072, C. Nap.* (Pison) : Rev. crit., 1859, t. 14, p. 14 et s. — *Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. Récents arrêts sur la substitution* de eo quod supererit (Bertauld) : Rev. crit., 1864, t. 25, p. 385. — *Récents arrêts sur les substitutions prohibées* (Bertauld) : Rev. crit., 1865, t. 26, p. 97. — *Récents arrêts sur la nature du lien qui unit la substitution à l'institution* (Bertauld) : Rev. crit., 1865, t. 27, p. 1. — *Du caractère de la nullité de la disposition principale dans la substitution prohibée* (Bertauld) : Rev. crit., 1865, t. 27, p. 193. — *Questions pratiques sur les substitutions permises* (Bertauld) : Rev. crit., 1866, t. 28, p. 193. — *Des substitutions prohibées par l'art. 896, C. civ.* (Paradon) : Rev. crit., 1872-1873, t. 39, p. 577. — *Interprétation des art. 896 et s., C. civ.* (Villequez) : Rev. de dr. franç. et étr., 1863, p. 188. — *Les stipulations permises et les clauses prohibées en matière de substitutions d'après le dernier état de la jurisprudence* (H. Lamache) : Rev. du not. et de l'enreg., 1893, p. 5 et s., 161 et s. — *Legs avec substitution au profit des petits-enfants. Obligation de restitution partielle par anticipation imposée au grevé. Formule* (Méralhac) : Rev. du not. et de l'enreg., 1898, p. 632 et s. — *Bill pour abolir les substitutions perpétuelles :* Rev. Fœlix, t. 1, p. 500. — *Les créanciers d'un grevé de substitution peuvent-ils saisir les biens soumis à restitution?* Rev. Fœlix, t. 14, p. 424. — *Etude historique sur les substitutions prohibées* (Villequez) : Rev. histor., t. 9, 1863, p. 97 et s., 189 et s. — *Legs conditionnels alternatifs et substitutions prohibées* (Alb. Tissier) : Rev. trimestrielle du dr. civ., 1903. — *La Cour de cassation peut-elle censurer l'arrêt qui, interprétant la clause d'un testament, déclare que cette clause ne renferme pas une substitution fidéicommissaire* (Rodière) : Rev. Wolowski, t. 1, p. 313. — *A qui profite la nullité d'une substitution prohibée, aux héritiers ou au légataire universel?* Rev. Wolowski, t. 4, p. 232. — *La substitution* de eo quod supererit *peut, dans certains cas, entraîner la nullité de la disposition principale* : Rev. Wolowski, t. 5, p. 157. — *Opinion sur les dispositions à charge de rendre* id quod supererit (Meyer) : Thémis, t. 5, p. 457 ; t. 6, p. 35. — *Opinion sur les substitutions fidéicommissaires et les dispositions à charge de rendre* id quod supererit (Cotelle) : Thémis, t. 6, p. 335. — *Interprétation des art. 896 à 900, C. civ.* (X...) : Thémis, t. 7, p. 275. — *Analyse d'un article de la Revue d'Edimbourg sur le système adopté par le Code civil relativement aux substitutions et partages des biens :* Thémis, t. 8, 1re part., p. 275.

Index alphabétique.

DIVISION.

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES.

1. — Si, dans un sens très-étendu, le mot *substitution* peut s'appliquer à toute mise d'une personne à la place d'une autre, la substitution est, au sens légal et technique, depuis longtemps déjà dans le langage juridique, la disposition par laquelle une personne est appelée à recueillir une libéralité à défaut d'une autre ou après elle.

2. — Cette espèce de subrogation peut se faire de deux façons : la substitution directe ou vulgaire consiste dans l'institution d'un second héritier ou légataire, pour le cas où le premier serait incapable ou refuserait d'accepter la disposition faite en sa faveur; la substitution fidéicommissaire est celle qui a lieu lorsque le substitué ne doit profiter de la donation, de l'institution ou du legs qu'après le premier appelé et ne les reçoit, par conséquent, que de la main de celui-ci.

3. — La charge de rendre peut, dans un fidéicommis pur et

simple ou conditionnel, être imposée à la personne gratifiée soit purement et simplement ou avec indication d'un terme certain, soit sous une condition suspensive ou avec indication d'un terme incertain. Quand cette charge de rendre au gratifié en seconde ligne, l'appelé, le substitué, est reportée à la mort du bénéficiaire en premier ordre (le grevé), on se trouve en présence de ce que le droit français appelle plus précisément une substitution fidéicommissaire ou même tout simplement une substitution, le mot isolé ayant dans l'usage cette signification. Cette substitution contient en réalité deux ou plusieurs libéralités : l'une au profit du grevé, l'autre au profit des appelés qui n'en doivent bénéficier qu'à la mort du grevé.

4. — I. *Droit romain.* — L'origine historique des substitutions se trouve dans le droit romain qui y voyait nécessairement des institutions d'héritiers en second ordre. A Rome on distinguait trois sortes de substitutions : 1° la substitution vulgaire; 2° la substitution pupillaire; 3° la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

5. — 1° La substitution vulgaire, très-usitée à raison de la préoccupation constante chez les Romains de se constituer une hérédité testamentaire, était celle par laquelle une personne était appelée à recueillir une hérédité ou une quote-part héréditaire, au cas où l'institué en premier ordre ne la recueillerait pas : soit par suite de son incapacité, soit pour toute autre cause. Ce n'était qu'une institution conditionnelle qui produisait son effet quand la première institution n'en produisait pas (Inst. Just., liv. 2, tit. 15). Expresse ou même parfois tacite, quand plusieurs héritiers institués étant substitués les uns aux autres, un tiers se trouvait substitué à un seul d'entre eux, la substitution vulgaire supposait nécessairement une première institution. Sauf des cas tout exceptionnels et ayant pour cause des théories juridiques spéciales au droit romain (Inst. de Gaius, comm. 2, § 177; et Inst. Just., liv. 2, tit. 15), le substitué ne concourait jamais avec l'institué. La substitution s'éteignait donc, non seulement, comme l'institution directe, par le refus ou l'incapacité de recueillir du substitué, mais aussi par l'acceptation de l'hérédité, faite par l'institué direct.

6. — 2° Par la substitution pupillaire, le *pater familias*, en faisant son propre testament, faisait du même coup celui de son fils pour le cas où ce dernier mourrait *sui juris* et impubère (Inst. de Gaius, comm. 2, § 179; Inst. Just., liv. 2, tit. 16). En instituant son fils, d'ordinaire, il faisait d'abord une substitution vulgaire pour le cas où celui-ci ne deviendrait pas héritier, puis y ajoutait une substitution pupillaire pour le cas où le fils, après avoir recueilli, mourrait impubère, et partant, incapable de se choisir un héritier. Il pouvait d'ailleurs substituer à ses enfants, quoiqu'il les eût exhérédés. Dans ce cas, le substitué ne recueillait que ce que le pupille avait acquis par succession, legs ou donation de ses proches ou de ses amis (Inst. Just., *loc. cit.*, § 4). La substitution était nominativement faite au profit de quelqu'un ou générale, c'est à-dire au profit de quiconque serait héritier du père. Seulement, il n'y avait de substitution pupillaire valable qu'autant que le père avait fait un testament valable pour lui-même, La substitution pupillaire régulièrement faite produisait son effet au profit de l'appelé quand, l'enfant mourant impubère, aucune des causes énumérées au Digeste (L. 4, § 2 et 41, § 2), ainsi qu'au Code (6, 58, 10), n'était venue la faire évanouir.

7. — 3° Extension de la précédente et créée par Justinien, la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire était celle qu'un ascendant faisait relativement à l'un de ses descendants qui se trouvait en démence, et, par suite, incapable de tester. Cette substitution différait sous deux rapports de la précédente : 1° tout ascendant pouvait ainsi substituer à son descendant en démence, au lieu que le père de famille pouvait seul substituer pupillairement; 2° l'ascendant ne pouvait substituer ainsi que certaines personnes, savoir : les descendants de son fils; à leur défaut, ses frères; à défaut de ces derniers, une personne quelconque. Le père de famille pouvait toujours, au contraire, substituer qui il voulait.

8. — A côté de ces trois ordres de substitutions, le droit romain reconnaissait des dispositions par lesquelles un testateur pouvait charger l'héritier qu'il instituait de restituer tout ou partie de son hérédité à une autre personne. L'acte par lequel le disposant donnait ses biens avec cette charge constituait un fidéicommis (V. Inst. Just., liv. 2, tit. 16, § 9).

9. — Sous sa forme primitive, le fidéicommis, général ou particulier, servait seulement à faire passer tout ou partie des biens du testateur à une personne qui n'eût pu être gratifiée directement comme héritier ou comme légataire. On choisissait comme intermédiaire [illegible] *plusieurs* [illegible] véritable [illegible] du fidéicommis qui était appelé fidéicommissaire; c'était pour le fiduciaire une simple affaire de conscience et, en droit, il pouvait se dispenser d'acquitter la charge de rendre. Mais Auguste rendit la restitution du fidéicommis obligatoire. Au reste, jusqu'à Justinien, le fiduciaire restait, même après restitution, en certains cas, au moins, héritier soumis comme tel aux actions des créanciers de l'hérédité et titulaire des actions héréditaires.

10. — Tel fut le fidéicommis sous sa forme simple. Il ne contenait vraiment pas de substitution : en effet les biens ne faisaient que passer par les mains du fiduciaire qui devait restituer immédiatement ou très-rapidement. Mais plus tard on concéda à ce fiduciaire la possession et la jouissance desdits biens pendant un certain temps; ce fut le fidéicommis à terme. Puis on ne l'obligea à rendre qu'après sa mort, c'est le fidéicommis *post mortem*. En même temps, le testateur put faire des fidéicommis à plusieurs degrés ou graduels, chaque fidéicommissaire devenant à son tour fiduciaire à l'égard d'une nouvelle personne. Enfin on autorisa le fidéicommis perpétuel dans une famille, avec clause d'inaliénabilité : *Perpetuo volo bona remanere in familia mea*. L'aliénation que l'héritier aurait faite de la chose léguée, ou la disposition testamentaire par laquelle il l'aurait laissée à un héritier autre que celui que le premier testateur avait désigné, auraient été considérées comme non avenues (D., *De leg.*, II, L. 69, § 3).

11. — Le *fideicommissum familiæ relictum* est le germe des substitutions de l'ancien droit. La Novelle 159, chap. 2, limita la portée de la clause d'inaliénabilité à quatre générations.

12. — II. *Ancien droit français.* — Les diverses substitutions du droit romain furent plus ou moins admises par notre législation ancienne. Si toutes eurent droit de cité dans les pays de droit écrit, les substitutions pupillaire et exemplaire étaient prohibées par les coutumes. — Pothier, *Des substitutions, art. prélim.*; Merlin, *Rép.*, v° *Substitution directe*, § 2, n. 16 et § 3, n. 9.

13. — Quant aux substitutions vulgaires, elles étaient autorisées partout. Les substitutions fidéicommissaires l'étaient aussi dans tous les pays de droit écrit et dans la plupart des pays coutumiers. Toutefois, dans le Bourbonnais, la Marche, l'Auvergne, la Bretagne, la Normandie et le Hainaut et à Sedan, Montargis, Bassigny, les coutumes prohibaient la substitution fidéicommissaire: soit absolument, soit seulement quand elle était faite par acte de dernière volonté. — Merlin, *Rep.*, v° *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, Ord. de 1747, art. 1.

14. — La coutume de Bretagne permettait cependant de donner, à la condition de rendre seulement à un tiers ce dont le donataire n'aurait pas disposé. — Rennes, 10 juin 1825, Guermeur, [P. chr.]

15. — Fidéicommissaire ou vulgaire, la substitution pouvait être faite réciproque quand plusieurs institués étaient appelés les uns à défaut des autres. — Grassus, *De successionibus*, § *Substitutio*, quæst. 49, n. 3; Despeisses, t. 2, p. 111; Rousseau, *Jurispr. civ.*, v° *Substitution*, part. 1, sect. 4, n. 2; Merlin, v^is *Substitution directe*, § 4, n. 1-3, et *Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, n. 7.

16. — De plus, on pouvait faire une substitution *compendieuse* renfermant en même temps les deux espèces précitées. Elle devient vulgaire si l'institué en première ligne décède avant l'auteur de la libéralité ou renonce; fidéicommissaire si l'institué, d'ailleurs acceptant, a survécu au *de cujus*. — Merlin, *Rép.*, v° *Substitution directe*, § 5.

17. — Mais ce qui est le plus remarquable dans l'ancien droit, c'est le succès et le développement inouï des fidéicommis *post mortem* qui, sous le nom nouveau de *substitutions*, deviennent la règle générale au lieu de demeurer l'exception comme en droit romain. C'était au reste conforme à l'esprit général de la législation et aux mœurs de l'époque. Dans un temps où l'on ne connaissait guère d'autre richesse que la terre, pour éviter, surtout dans les grandes familles, le morcellement des fortunes par l'effet des partages et conserver l'éclat du nom, le droit d'aînesse et de masculinité ne semblait pas suffisant, car l'héritage pouvait tomber en des mains malheureuses, inhabiles ou dépensières. Dès lors on songea à organiser, à côté de la succession ordinaire, un ordre héréditaire spécial où la volonté de l'homme se substituait à celle de la loi. Le titulaire d'une grande fortune

la léguait toute ou presqu'entière à l'aîné de ses fils, à la charge de la rendre à sa mort à son fils aîné. C'était la substitution *simple.* Puis on alla plus loin et l'on recourut à la substitution *graduelle*, chaque appelé successif étant à son tour grevé de restitution, obligé dès lors à rester riche fût-ce malgré lui : le patrimoine de la famille se trouvait ainsi à l'abri de tout risque pour des siècles. — V. Villequez, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1863, p. 206 et s.

18. — A l'origine le nombre des degrés de la substitution n'était pas limité et dépendait du caprice du disposant. Mais les inconvénients du système apparurent bientôt. C'était une cause de discorde dans les familles. L'indisponibilité de certains biens constituait une gêne considérable et diminuait considérablement le crédit de leurs détenteurs actuels en même temps qu'elle devenait une source de fraudes à la foi publique, les créanciers du grevé ne pouvant se faire payer sur les biens recueillis à titre de fidéicommis par l'appelé (V. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 5, chap. 9), sans que d'ailleurs ils aient été instruits par avance du caractère de ces biens. Aussi la royauté s'efforça-t-elle d'apporter des restrictions à de tels abus. Les ordonnances d'Orléans du 31 janv. 1560, art. 59, et de Moulins de févr. 1566, art. 57, viennent limiter à deux degrés les substitutions à faire dans l'avenir et à quatre degrés celles qui étaient antérieures à 1560.

19. — Ces prescriptions furent peu observées. Du reste le dernier bénéficiaire, affranchi de l'obligation de rendre, renouvelait le plus souvent la substitution qui, en fait, devenait indéfinie. Aussi, après la déclaration du 17 nov. 1690 et celle du 18 janv. 1712, le chancelier D'Aguesseau pouvait-il écrire que « l'abrogation entière des fidéicommis serait peut-être la meilleure de toutes les lois » (Lettre du 24 juin 1730, t. 9).

20. — Cependant l'ordonnance d'août 1747 qu'il rédigea ne consacra pas cette solution. Réglant entièrement la matière, elle limita à deux degrés les substitutions, l'institution étant non comprise. En outre, elle interdit aux juges de conjecturer une substitution, lorsque les termes de la disposition étaient vagues ou ambigus, ce qui leur était permis autrefois sans que leur décision pût être cassée de ce chef. — Cass., 11 vent. an XI, Bourdon, [S. et P. chr.]; — 5 janv. 1807, Dupuy, [S. et P. chr.] — V. Cass., 4 niv. an VIII, Berville, [S. et P. chr.]; — 12 pluv. an IX, Lemoine, [S. et P. chr.]

21. — Enfin elle organisait autour des substitutions un système de publicité pour sauvegarder les intérêts des tiers. Déjà les appelés qui avaient accepté une substitution depuis la promulgation du règlement de 1700 avaient dû faire insinuer la libéralité. — Cass., 17 déc. 1816, Laincel, [S. et P. chr.]

22. — Les art. 35 et 36 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 imposèrent la publication et l'enregistrement aux appelés tenus de restituer, sinon au dernier appelé. — Cass., 13 juin 1820, Saint-Guivons, [S. et P. chr.]

23. — Et le défaut d'insinuation put être opposé, non il est vrai par le donataire du grevé ou son ayant-cause, mais par tout acquéreur à titre onéreux tenant ses droits d'un quelconque des grevés successifs. — Cass., 17 déc. 1816, précité; — 10 nov. 1829, Fournier, [S. et P. chr.]

24. — Remarquons d'ailleurs que la prescription ne courait, à l'égard des biens substitués, en faveur même des tiers acquéreurs sur aliénation forcée, que du jour de l'ouverture de la substitution. Elle ne pouvait même s'acquérir par dix et vingt ans, qu'autant que l'acquéreur était de bonne foi au moment de cette ouverture; il ne suffisait pas que la bonne foi eût existé au moment de l'acquisition. — Cass., 9 janv. 1827, Flach, [S. et P. chr.]

25. — Cependant la substitution fidéicommissaire, quoique limitée, demeurait licite. Son caractère essentiel était la double condition imposée à l'institué de conserver et de rendre, à sa mort en général, la chose par lui reçue. — Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. 5; Thévenot-d'Essaule, *Tr. des substitutions*, chap. 1, § 2; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéicomm.*; Rolland de Villargues, *Des substitutions*, n. 3 et s., 23 et s., 44 et s.

26. — Portant sur l'universalité ou une quote-part du patrimoine, ou au contraire sur certains objets déterminés seulement, ces substitutions étaient *pures et simples* ou *limitées :* pures et simples lorsqu'on chargeait de restituer tous les biens donnés ou laissés, ou une quote-part; limitées lorsqu'on chargeait de restituer ce qui resterait ou ce qui existerait en nature lors de l'ouverture de la substitution. — Pothier, sect. 4, art. 2.

27. — Sauf donc dans les pays coutumiers qui prohibaient expressément le procédé, quiconque pouvait donner entre-vifs ou à cause de mort avait le droit de faire une substitution fidéicommissaire. — Pothier, sect. 4, art. 1, § 1; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéicomm.*, sect. 2, § 1. — Toutefois, dans les provinces de droit écrit, où le droit romain n'était point modifié par la coutume, on ne pouvait substituer qu'autant qu'on avait la faculté de tester ou de faire une donation à cause de mort. — V. L. 2, Dig., tit. *De leg.*, 1°; Ulp., *Frag.*, tit. 25.

28. — Contrairement aux restrictions apportées dans le ressort du parlement de Bourgogne à l'égard des *personnes rustiques*, l'ordonnance de 1747, dans son tit. 1, art. 1, permettait l'usage des substitutions fidéicommissaires à toute personne capable de disposer : de quelque état et condition qu'elle fût. — Merlin, v° *cit.*, sect. 2, § 1, n. 2.

29. — On pouvait grever de substitution tous ceux auxquels on attribuait quelque chose par donation entre-vifs, institution contractuelle ou disposition testamentaire quelconque, son héritier *ab intestat* et les héritiers des personnes qu'on avait gratifiées, pourvu que ce fût en leur qualité d'héritiers qu'ils profitassent de la libéralité. — Pothier, sect. 4, § 3.

30. — On pouvait même grever de substitution son débiteur pour ce qu'il devait, car on était censé, en ce cas, lui en léguer la libération (Dig., L. 37, § 3-3°; L. 77, tit. *De leg.*).

31. — En principe, l'obligation de rendre ne pouvait être imposée que jusqu'à concurrence du bien donné ou légué. Toutefois la règle souffrait exception : alors que le grevé recevait une somme à la charge de rendre une chose qui lui appartenait, il n'aurait pas été admis, après son acceptation, à prétendre que sa chose valait plus que la somme (D., L. 70, tit. *De leg.*).

32. — Mais, d'autre part, d'après la jurisprudence des parlements, le grevé, au moins s'il s'agissait de l'héritier en ligne directe au premier degré à l'exclusion du grevé en ligne collatérale ou du donataire entre-vifs, avait le droit de prélever en propre, et avec libre disposition, le quart des biens substitués, sauf à compenser cette quarte avec les fruits perçus par lui avant l'ouverture du fidéicommis. — Cass., 1er févr. 1832, Valernod, [S. 32. 1.201, P. chr.]

33. — Sauf les personnes à naître et non encore conçues, pouvaient seuls être appelés à une substitution testamentaire ceux qu'on aurait pu instituer; et à une substitution par acte entre-vifs ceux à qui on pouvait donner par acte entre-vifs (Ord. 1731, art. 10 et s.; Ord. 1747, tit. 2, art. 5 et 41). Pothier, sect. 4, § 2. — Ainsi un aubain susceptible d'être substitué par acte entre-vifs ne pouvait être appelé à une substitution testamentaire, car il était incapable de recevoir par testament. De même, sauf dans le ressort du parlement de Paris (Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 5, § 1), les coutumes d'après lesquelles on ne pouvait pas être à la fois héritier et légataire prohibaient la substitution testamentaire au profit d'un cohéritier. — Pothier, *loc. cit.*

34. — Du reste, quand il y avait pour le grevé obligation de restituer à ses enfants, même avant l'ordonnance de 1747 et en pays de droit écrit, les enfants naturels n'étaient pas appelés, à défaut d'enfants légitimes, à recueillir les biens grevés de substitution; à cet égard, les dispositions du droit romain n'étaient pas admises en France (LL. 17 et 77, *ad Senatuscons. trebell.*). — Cass., 21 juin 1815, Montréal, [S. et P. chr.]

35. — Si les substitutions faites par testament, ou dont on grevait l'héritier *ab intestat*, pouvaient être faites jusqu'à la mort du disposant, et par un autre acte de dernière volonté, celles résultant au contraire d'une donation entre-vifs ou d'une institution contractuelle devaient être insérées dans l'acte même de donation. Cependant, dans les pays de droit écrit la substitution pouvait être ajoutée après la donation entre-vifs faite par un père à l'un de ses enfants. Cela tenait à ce que, dans ces pays, ce n'était pas là des donations entre-vifs proprement dites, attendu qu'elles ne se confirmaient que par la mort du père (Ord 1747, art. 18). — Pothier, sect. 4, § 4.

36. — La même règle s'appliquait aux donations entre époux. Enfin, quoique, aux termes de l'ordonnance de 1747, il ne fût pas permis au donateur par contrat de mariage de se réserver la faculté de substituer postérieurement à l'égard des biens compris dans la donation, il pouvait, cependant, mettre cette charge à l'égard desdits biens, si postérieurement il faisait au même donataire une nouvelle libéralité que celui-ci acceptait avec la condition que les biens précédemment donnés seraient grevés de restitution. Cette substitution n'avait d'effet que du jour où

le donataire avait accepté la seconde donation. — Pothier, *loc. cit.* — V. C. civ., art. 1052.

37. — Dans tous les cas, les substitutions établies par contrat de mariage au profit des enfants à naître, ne pouvaient être révoquées par aucun acte postérieur, passé entre le donateur et le donataire grevé. — Paris, 28 août 1807, Bearn, [S. et P. chr.]

38. — D'autre part, la nullité d'une substitution (en ce qu'elle avait été stipulée, contrairement à l'art. 5 de l'ordonnance de 1747 sur une somme d'argent, sans condition d'emploi), n'entraînait pas la nullité de l'institution : la clause de substitution devait seulement être réputée non écrite. — Cass., 30 mars 1829, Gairaud, [S. et P. chr.] — Pau, 4 janv. 1826, Gairaud, [S. et P. chr.

39. — III. *Droit intermédiaire.* — Après un premier décret de l'assemblée législative, en date du 25 août-2 sept. 1792, interdisant provisoirement les substitutions à partir de sa date, la loi du 25 oct.-14 nov. 1792 en proscrivit définitivement l'usage pour l'avenir dans son art. 1. Puis, d'après l'art. 2, les substitutions faites antérieurement par quelque acte que ce fût, qui n'étaient pas ouvertes au moment de la promulgation de la loi, étaient et demeuraient abolies et sans effet. Quant aux substitutions ouvertes, elles n'avaient d'effet qu'en faveur de ceux seulement qui avaient alors recueilli des biens substitués ou le droit de les réclamer (art. 3).

40. — Ces décisions législatives, dit-on généralement, ont été inspirées par le désir de parer aux inconvénients économiques des fidéicommis *post mortem,* de faciliter la circulation des biens et de débarrasser la terre de toute entrave. Cela peut être vrai dans une petite mesure; mais les vrais motifs, avoués dans une lettre de Bonaparte (A. du Casse, *Mémoire et correspondance... du roi Joseph*, 1856, 3ᵉ éd., t. 2, p. 299, 300), sont d'ordre politique. Les principes sociaux sur lesquels s'appuyait la législation intermédiaire étaient en contradiction absolue avec ceux qui avaient naguère favorisé le développement des substitutions.

41. — Quoi qu'il en soit, seules les substitutions fidéicommissaires étaient visées par la loi de 1792, à l'exclusion des substitutions pupillaires. — Toulouse, 30 août 1813, Cluzel, [P. chr.]

42. — Ainsi on a pu juger que l'institution d'une prébende, avec commission de messes dans une église, mais aussi avec réserve de la jouissance de cette prébende et des biens qui y étaient affectés au profit des héritiers de l'instituant pendant un certain nombre de générations, après quoi les biens devaient définitivement rester à l'église, ne constituait pas une substitution fidéicommissaire à plusieurs degrés, qui se fût éteinte au profit du dernier possesseur de la prébende par l'effet de l'abolition des substitutions, mais seulement une fondation de messes, dont le sort avait été fixé par les lois des 10 févr. 1791 et 13 brum. an II, et dont les biens y affectés, devenus d'abord la propriété de l'Etat, ont depuis été dévolus aux fabriques (Arr., 7 therm. an XI; Décr., 22 fruct. an XII). — Cass., 13 janv. 1846, Abel, [S. 46.1.596, P. 46.2.459, D. 46.1.373]

43. — On peut faire remarquer que la loi de 1792 était plus absolue que le Code civil dans la prohibition des substitutions. Cela ressort de ce que cette loi abolissait tout ce qui était sous l'ancien droit comme substitution, tandis que l'art. 896, C. civ., ne probibe que la charge de conserver et de rendre à la mort du grevé.

44. — Mais, d'autre part, la loi de 1792, si elle prononçait la nullité de la substitution, laissait l'institution intacte, puisqu'au contraire elle consolidait les biens à titre définitif sur la tête de leur propriétaire actuel.

45. — L'art. 61, L. 17 niv. an II, maintint les prohibitions prononcées contre les substitutions; et ces prohibitions furent confirmées par les décrets des 22 vent. an II (quest. 52 et 53) et 9 fruct. an II. Le même article a aboli les substitutions tant pupillaires qu'exemplaires dans les pays de droit écrit qui seuls les avaient admises. — Merlin, *Rép.,* v° *Substit. directe*, § 2, n. 16, § 3, n. 10.

46. — IV. *Code civil et droit postérieur.* — D'après l'art. 896, C. civ., « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire ». Le texte est très-général en apparence, il l'est beaucoup moins en réalité, car il prend le mot substitutions dans son sens courant et restreint.

47. — Tout d'abord il ne s'applique pas aux substitutions pupillaires ou exemplaires. Aussi bien n'avait-il pas à en parler, car il eût fallu [illegible] un texte exprès pour les autoriser, puisqu'elles avaient été abolies en l'an II. Au besoin, la définition donnée du testament par l'art. 895 condamne ces deux sortes de substitutions puisqu'elle implique que le testament est l'œuvre personnelle du testateur. — Sur ce point la doctrine est unanime. — Merlin, *Rép.,* v° *Substit. directe*, § 2, n. 16 et § 3, n. 10; Aubry et Rau, t. [illegible], § [illegible], p. [illegible], note [illegible]; Laurent, t. 14, n. 480; Demolombe, t. 18, n. 53, 61, 73; Huc, t. 6, n. 12; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3056. — Et la jurisprudence s'est prononcée de tout temps dans le même sens.

48. — Jugé que la substitution pupillaire n'est pas permise par le Code, bien qu'il autorise les institutions conditionnelles. — Turin, 1ᵉʳ févr. 1806, M[illegible]ano, [S. et P. chr.]

49. — ... Et que les art. 895 et 903, C. civ., desquels il suit que la substitution pupillaire n'est pas autorisée, s'étendent même au cas de substitution pupillaire antérieure, si le pupille est décédé depuis le Code. — Turin, 13 févr. 1810, Ponzio, [S. et P. chr.]

50. — D'autre part, l'art. 898, C. civ., autorise formellement la substitution simple. D'après lui, en effet, ne doit pas être regardée comme une substitution et est valable « la disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas ».

51. — Ce sont donc uniquement les substitutions fidéicommissaires que frappe la probibition de l'art. 896. Le texte lui-même l'établit quand, développant sa première formule, il déclare nulle (en termes trop larges encore, d'ailleurs) toute disposition gratuite faite à charge de conserver et de rendre. Les exceptions qu'il apporte à la règle ne sont pas moins probantes puisque l'art. 896 lui-même, dans l'édition de 1807, autorise la constitution de majorats (V. *suprà*, v° *Majorats*) et que l'art. 897 autorise des dispositions à deux degrés en faveur des petits enfants ou des neveux du donateur ou testateur, que règlent les art. 1048 et s.

52. — Pour les substitutions ainsi visées, la sanction de la règle prohibitive est sévère puisque tout est annulé, l'institution aussi bien que la substitution. Et elle s'applique pour les libéralités, faites notamment par testament, dont l'effet est reporté au décès de leur auteur, dès lors que celui-ci est décédé après la promulgation du Code civil. — Nîmes, 11 août 1812, Saltet, [S. et P. chr.] — V. Turin, 14 févr. 1806, Solaro, [S. et P. chr.] — Bruxelles, 6 déc. 1809, Wacquenaere, [S. et P. chr.] — *Sic*, Chabot, *Quest. transit.*, v° *Substitutions*, § 2, t. 2, p. 370. — *Contrà*, Bertauld, t. 1, n. 441.

53. — Toutefois, un testament fait sous l'ancienne législation, contenant une substitution fidéicommissaire, n'est pas nul, quoique le testateur soit décédé depuis le Code civil, si la personne substituée était décédée avant le testateur. — Grenoble, 3 juill. 1810, Vincent, [P. chr.] — Agen, 12 août 1811, Lamothe, [P. chr.]

54. — Alors, en effet, il y a impossibilité matérielle et physique que l'ouverture de la substitution se produise jamais. Mais en toute autre hypothèse la légalité d'une disposition testamentaire critiquée comme grevée de substitution doit être appréciée non d'après la loi existant lors du testament, mais d'après la loi en vigueur à l'époque du décès du testateur. — Cass., 2 mars 1858, Lapie, [P. 58.1180, D. 58.1.308]

55. — Les raisons invoquées alors pour justifier cette prohibition sont les suivantes indiquées dans l'Exposé des motifs du titre *Des donations et des testaments*, présenté au Conseil d'Etat par Bigot-Préameneu (V. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, p. 515 et s.; Locré, *Législ. civ.* etc., t. 11, p. 359 et s.) : *a*) Dans les familles opulentes, les substitutions, n'ayant pour but que d'enrichir un des membres de la famille en dépouillant les autres, étaient un germe toujours renaissant de discorde et de procès. *b*) Le grevé, n'étant qu'un propriétaire temporaire (Bigot-Préameneu dit un simple usufruitier), avait un intérêt contraire à celui de toute amélioration; ses efforts tendaient à multiplier et anticiper les produits qu'il pourrait retirer des biens substitués, au préjudice des appelés. *c*) On abusait des substitutions pour frauder et dépouiller ses créanciers. Ceux-ci étaient souvent victimes de la confiance que leur inspirait un riche patrimoine. *d*) Les substitutions ne conservaient les biens dans une famille qu'en sacrifiant tous ses membres pour réserver à un seul l'éclat de la fortune. En d'autres termes, les dispositions de

ce genre se rattachaient à l'organisation aristocratique et se propageaient par suite de préjugés nobiliaires contraires à l'esprit égalitaire de nos institutions modernes.

56. — Postérieurement au Code civil, la législation a subi des vicissitudes en matière de substitutions. Un courant de réaction favorable s'est manifesté dans la loi du 3 sept. 1807 créant les majorats, et dans celle du 17 mai 1826 étendant largement le droit de substituer tel qu'il résultait des art. 1048 et s. du Code. Mais les lois des 12 mai 1835 et 7 mai 1849 rétablirent le régime institué en 1804 (V. *infrà*, n. 1110 et s.), et depuis lors, aucun changement n'y a été apporté par le législateur.

57. — Sans doute la question des substitutions a été de nouveau agitée par les partisans de la liberté testamentaire (Vergé, *Compte rendu des séances et travaux de l'Acad. des sc. morales*, 1861, p. 84; Le Play, *La réforme sociale en France*, t. 1, p. 205 et s.; Bassi, *Cours d'écon. pol.*, t. 2, p. 159; Baudrillart, *Rapports de la morale et de l'écon. pol.*, p. 427; Bertault, *Quest. prat. et doctrinales du Code civil*, t. 1, n. 360 et s., *La liberté civile*, chap. 11, p. 222; Coquille, *Les légistes : Rev. crit.*, t. 24, p. 364). Mais la prohibition des substitutions fidéicommissaires a néanmoins subsisté. En résumé, le Code civil connaît deux sortes de substitutions : les substitutions vulgaires toujours permises; les substitutions fidéicommissaires, ou plus brièvement, les substitutions, défendues en principe mais exceptionnellement autorisées.

CHAPITRE II.

SUBSTITUTIONS VULGAIRES.

58. — La substitution vulgaire, ou institution en sous-ordre, est formellement autorisée par l'art. 898, C. civ., qui en donne, sinon une définition absolument stricte, tout au moins une notion exacte et complète. Elle consiste à désigner un second bénéficiaire qui recueillera directement la libéralité, à défaut par le premier gratifié de la vouloir ou pouvoir recueillir. Cette espèce de substitution se rencontre fort souvent dans les testaments : le testateur prévoit, en effet, que le légataire désigné par lui en première ligne peut prédécéder ou refuser le legs. Elle est rare au contraire dans les donations entre-vifs ordinaires faites purement et simplement; car, dans ces donations, le donataire est saisi par l'acceptation, et un autre ne saurait venir à sa place. — Duranton, t. 8, n. 36; Aubry et Rau, t. 7, § 693, p. 299, note 6; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3057; Planiol, t. 3, n. 3266.

59. — Pour que la substitution soit possible dans une donation, il faut supposer ou que, l'acceptation n'étant pas intervenue dans l'acte même, le donateur a fixé un délai passé lequel, faute d'acceptation par le preneur donataire, la libéralité passera au second; ou que, chose toujours possible, la donation ait été faite sous condition suspensive ou résolutoire et doive profiter à un autre bénéficiaire au cas de défaillance ou d'arrivée de la condition. Le don aurait alors effet au profit de ce dernier, pourvu qu'il l'eût accepté, soit dans l'acte, soit postérieurement, mais avant toute révocation de la part du donateur et avant la mort de ce dernier. — Duranton, t. 8, n. 37, et les auteurs précités, *loc. cit.*

60. — Il en est ainsi d'une donation entre-vifs avec réserve d'usufruit, lorsque le donateur déclare qu'en cas de prédécès du donataire, il fait la même donation à un tiers. Peu importe qu'il soit dit que le donataire est saisi de la propriété par l'effet de la disposition. — Poitiers, 3 avr. 1818, Chevillon, [S. et P. chr.]

61. — Jugé encore qu'il y a substitution vulgaire et non substitution prohibée, dans une donation entre-vifs faite à deux personnes conjointement, lorsque le donateur y déclare que si l'un des donataires décède avant lui, le survivant profitera en totalité de la donation. — Riom, 25 févr. 1825, Mourgay, [S. et P. chr.]

62. — Dans tous les cas, ce qui distingue cette substitution, c'est que, quoi qu'il arrive, une seule libéralité s'exécutera, l'ouverture de la seconde étant subordonnée à la condition de caducité de la première. Il n'y a pas ici deux libéralités devant produire successivement leur effet.

63. — La substitution vulgaire peut être pure et simple ou conditionnelle. On peut substituer un seul à plusieurs ou à un seul, et plusieurs à plusieurs ou à un seul. On peut aussi substituer les institués entre eux réciproquement. Aucune règle spéciale n'est à signaler, et, sauf en un point, aucune controverse ne se soulève. On discute seulement le point de savoir, la substitution vulgaire ayant pour but de mettre un tiers à la place d'un premier appelé ne pouvant pas ou ne voulant pas recueillir, si celui qui n'a été substitué expressément que pour l'un de ces cas est censé l'avoir été tacitement pour l'autre. Si, par exemple, le testateur a dit : « J'institue Pierre mon héritier; et, s'il meurt sans avoir recueilli, je lui substitue Paul », pourra-t-on dire que la condition de la substitution est accomplie par le refus de Pierre de recueillir? Dans l'ancien droit, Benedicti, Covarruvias, Grassus, Despeisses, Bary, Perez, Rousseau, Voët (*Ad Pand.*, liv. 28, t. 6, n. 12) se prononçaient pour l'affirmative; Vinnius, Fachineus et Ricard se prononçaient, au contraire, pour la négative. — V. Ricard, *Traité des substitution*, n. 207; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. directe*, § 1, n. 5.

64. — Mais, l'intention du testateur devant être avant tout prise en considération pour interpréter un testament, cette question est plutôt une question de fait qu'une question de droit et le jugement qui l'aurait décidée affirmativement ou négativement pourrait bien être réformé en appel, comme un mal-jugé, mais ne serait pas susceptible de cassation. Il a été décidé en ce sens, sous l'empire du droit moderne, que la substitution vulgaire ne comprend pas tous les cas où le premier institué n'est pas héritier : du moins les juges peuvent dire, par voie d'interprétation de clauses, que le substitué n'est pas appelé pour le cas où le premier institué se trouve repoussé à cause d'une nullité dans l'institution. — Cass., 3 août 1814, Lassus, [S. et P. chr.]

65. — La substitution vulgaire s'éteint : 1° par l'acceptation que l'institué fait de l'hérédité. Toutefois, d'une part, elle reprend sa force lorsque l'institué se fait restituer contre l'acceptation qu'il a faite de l'hérédité; d'autre part, lorsqu'un institué a accepté le legs, en ce qui touche une somme d'argent et non en ce qui touche un immeuble, le substitué vulgaire peut réclamer l'immeuble. Ici ne s'applique pas la règle prohibitive du concours entre le substitué et l'institué. — Cass., 6 juin 1815, Bréchard, [S. et P. chr.]; — 2° par l'arrivée de la condition confirmant institution du premier bénéficiaire; 3° par la mort du substitué arrivée avant celle du testateur, parce que, le substitué étant mort avant l'ouverture de son droit, il n'a jamais eu qu'une simple espérance non transmissible.

66. — Mais elle ne s'éteint plus, comme dans le droit romain, par le prédécès du substitué avant l'institué, alors que ce substitué avait survécu au testateur. La législation nouvelle ne permet de considérer, pour déterminer la qualité d'un héritier, que l'instant du décès du testateur, et fait tout remonter à cette époque. Si donc le substitué meurt après le testateur, mais avant que l'institué ait renoncé, il transmettra son droit à ses propres héritiers, qui recueilleront si l'institué n'accepte pas ou devient incapable. Il faut néanmoins restreindre la décision au cas où aucune autre condition n'aurait été imposée à la substitution. Dans le cas contraire, le substitué qui mourrait avant l'institué ne transmettrait son droit que si la condition était accomplie avant son décès. — Merlin, *Rép.*, v° *Substit. directe*, n. 6, 7.

67. — En pratique, la seule difficulté vient, relativement aux substitutions vulgaires, de ce qu'il est parfois délicat de les distinguer des substitutions fidéicommissaires prohibées. Nous la retrouverons *infrà*, n. 188 et s.

CHAPITRE III.

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES ET DE LEUR PROHIBITION.

68. — Dans une formule, d'ailleurs trop générale (nous l'avons fait remarquer *suprà*, n. 46 et s., l'art. 896, C. civ., prohibe, en règle générale, les substitutions fidéicommissaires, c'est-à-dire les dispositions qu'on appelle aujourd'hui dans le langage courant les substitutions. Or, la sanction de cette prohibition est très-sévère, puisque l'existence d'une substitution fait tomber la disposition tout entière. A raison de ce fait et parce que, d'autre part, l'interdiction de substituer est une restriction au droit général de disposer, il convient d'envisager comme conçu dans un esprit limitatif ou d'exclusion le deuxième

alinéa de l'art. 896 : « Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire ». Il faut s'en tenir à une définition rigoureuse de la substitution et n'appliquer la prohibition à une disposition que quand elle revêt exactement les caractères constitutifs de la substitution.

69. — Or, cette constatation n'est pas toujours facile à faire. D'une part, en effet, on se heurte aux combinaisons multiples que l'ingéniosité des disposants invente pour éluder une règle légale qui les gêne. D'autre part, dans cette recherche délicate, on ne peut sans témérité s'appuyer sur les principes posés en matière de fidéicommis par le droit romain et notre ancien droit. Autrefois, en effet, les fidéicommis étaient non seulement autorisés, mais favorablement traités ; on était donc naturellement conduit à en admettre l'existence en bien des cas par une équitable interprétation de la volonté du disposant, afin de donner effet à des dispositions qui eussent été sans cela inefficaces : le testateur étant censé n'avoir rien voulu écrire d'inutile dans son testament, on ramenait ses expressions quelque peu équivoques à un sens légal et possible. Aujourd'hui, au contraire, que les substitutions sont prohibées, il ne faut pas supposer, en présence d'une disposition d'un caractère douteux, qu'elle renferme une substitution, car le testateur ne doit pas être présumé avoir voulu violer la loi. Il ne peut y avoir substitution prohibée qu'autant que la même chose est donnée en premier lieu à une personne pendant un temps, et qu'après ce laps de temps elle doit revenir à une autre personne, mais après avoir reposé sur la tête du premier bénéficiaire. Il nous faut rechercher les caractères contenus dans cette définition.

Section I.

Caractères distinctifs des substitutions.

70. — L'opération constituant la substitution s'analysait, pour nos anciens auteurs, en quatre éléments : 1° une double libéralité; 2° le trait de temps; 3° l'éventualité; 4° l'ordre successif. On peut aujourd'hui conserver cette division. Cependant, elle ne met pas suffisamment en relief le caractère essentiel qu'elle sous-entendait dans toute substitution, à savoir la charge de conserver et de rendre. Nous préférerions donc dire que la substitution prohibée présente nécessairement les caractères suivants : 1° elle constitue une double transmission des mêmes biens à deux personnes différentes, les deux transmissions étant successives et produisant leurs effets l'une après l'autre (*tractus temporis*); 2° le premier gratifié a l'obligation juridique de conserver et de rendre; 3° le premier gratifié pourra éventuellement garder la propriété desdits biens (*eventus*). La restitution n'aura lieu qu'en cas de survie et de capacité du substitué; 4° l'époque de la restitution est la mort du grevé (*ordo successionis*). — Limoges, 27 févr. 1900, Gioux, [S. et P. 1903.2.273, et la note de M. Pilon] — Toute disposition à titre gratuit qui ne réunit pas, exprimées ou sous-entendues, ces quatre conditions, ne saurait constituer une substitution et tomber sous le coup de la disposition prohibitive de l'art. 896. — Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs* (séance du 2 flor. an XI); Grenier, *Donat.*, t. 1, p. 114 à 116; Toullier, t. 5, n. 21 à 24; Proudhon, *Usuf.*, t. 2, n. 440 et 441; Delvincourt, t. 2, p. 99, note 5; Duranton, t. 8, n. 66, 72 et 86; Zachariæ, § 693, notes 3 *bis* et 4; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 7; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Substitution*, n. 54 et 55; Marcadé, sur l'art. 896; Troplong, t. 1, n. 104 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, p. 182, § 465, note 2; Aubry et Rau, t. 7, § 694, note 2; Huc, t. 6, n. 13; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3086; Planiol, t. 3, n. 3278.

71. — Toutes les fois, au contraire, que ces divers caractères se rencontrent réunis en une disposition, il y a certainement substitution, et la disposition doit être annulée, lesdits caractères y fussent-ils soigneusement dissimulés, la substitution résultât-elle de deux actes distincts. Ainsi, une disposition testamentaire confirmée dans un testament postérieur, qui, en même temps, grève le legs ainsi confirmé d'une substitution prohibée, peut, par interprétation des actes et de l'intention du testateur, être considérée comme formant avec ce second testament un tout indivisible, et, dès lors, être annulée comme entachée de substitution. — Cass., 2 mars 1858, Lapie, [P. 58.1180, D. 58.1.308]

72. — Au reste, nous le verrons, il appartient aux juges du fait d'interpréter dans chaque espèce les actes incriminés de substitution pour rechercher la véritable intention de leurs auteurs et [illegible] pour les remplacer par d'autres [illegible]. Nous [illegible] plusieurs [illegible].

73. — [illegible] non qu'on les doive considérer comme indépendants l'un de l'autre, mais dans un intérêt bien entendu de méthode.

§ 1. *De la double transmission.*

74. — Pour qu'une disposition constitue une substitution prohibée, il faut nécessairement qu'il y ait deux donations, deux libéralités faites par l'auteur de la substitution, l'une au profit de celui qui doit rendre, l'autre au profit de celui auquel on doit rendre (Thévenot, *Des substitutions*, chap. 1, § 3) ; il faut que le grevé ait reçu la chose comme héritier, ou comme légataire, ou comme donataire; qu'on la lui ait laissée ou donnée à titre de propriétaire dont le droit se résoudra à sa mort au profit de l'appelé capable de recueillir à cette époque. Ces deux libéralités n'ont qu'un seul et même auteur ; le grevé et l'appelé tiennent l'un et l'autre leurs droits de l'auteur de la disposition. Jusqu'à l'ouverture de la substitution, la pleine propriété des biens doit, dans l'intention du donateur ou testateur, reposer sur la tête du grevé. A l'ouverture de la substitution, le gratifié en second ordre ne reçoit pas, en droit, les biens du grevé mais du disposant; seulement il les reçoit de ce dernier indirectement et par l'intermédiaire forcé du grevé qui en réalité sert entre eux de trait d'union. Que la personne grevée de restitution soit elle-même gratifiée, cela résulte du texte même de l'art. 896, 2e al., définissant la substitution « toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire est chargé de conserver ou de rendre ». — Zachariæ, § 693, note 3 *bis* et 4; Aubry et Rau, t. 7, § 694, note 3; Laurent, t. 14, n. 398; Huc, t. 6, n. 14; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3087; Planiol, t. 3, n. 3279.

75. — Il en résulte qu'il ne saurait y avoir substitution : 1° Quand un legs fait en pleine propriété a été subordonné à une condition suspensive avec attribution du bien légué à un tiers désigné au cas où la condition viendrait à défaillir. Si, en effet, la condition s'accomplit, le legs devient pur et simple et la seconde transmission n'a pas lieu; si elle défaille le grevé sera réputé n'avoir jamais été gratifié (V. *infrà*, n. 190 et s.); 2° Si plusieurs personnes sont appelées conjointement ou à défaut l'une de l'autre. En pareil cas il y aurait conjonction simple ou substitution vulgaire permise en vertu de l'art. 898, C. civ. (V. *infrà*, n. 277 et s.); 3° Au cas de simple fiducie, quand une personne, instituée seulement pour la forme et nullement gratifiée en réalité, tient les biens dans ses mains pour le compte et dans l'intérêt du véritable bénéficiaire auquel il doit restituer (V. *infrà*, n. 331 et s.); 4° *A fortiori* quand le disposant confie à une personne qu'il ne veut pas gratifier l'exécution de ses volontés en la chargeant de rendre, mais à l'expiration seulement d'un certain délai. En pareil cas le prétendu grevé n'est qu'un mandataire. Doivent par exemple être considérés, non comme des légataires grevés de substitution, mais comme des exécuteurs testamentaires, les individus auxquels un testateur a légué tous ses biens à charge de les vendre et d'en remettre le prix à un tiers. — Paris, 28 juin 1869, *Bull. d'arr. de la cour de Paris*, 1869, p. 247] — Et l'art. 896 parlant d'un légataire ou donataire, il est certain que l'exécuteur testamentaire n'est point, quoique chargé de rendre, un grevé dans le sens de cet article, puisqu'il n'a pas la propriété des biens qu'il est tenu de rendre. — V. *infrà*, n. 450 et s.

76. — Si le grevé n'était tenu de délivrer la chose après un temps que comme débiteur, il n'y aurait point substitution, puisque la chose ne lui aurait pas été donnée en premier lieu pour la conserver et la rendre, et que le droit du légataire ne serait pas subordonné à la validité de l'institution, ce légataire aurait un droit acquis du jour de l'ouverture de la succession et, comme tel, transmissible à ses héritiers ou même cessible. — Duranton, t. 8, n. 86; Rolland de Villargues, n. 51.

77. — 5° Dans l'hypothèse d'un legs de libération. La question s'est posée deux fois devant la Cour suprême qui l'a résolue dans le sens de la non-existence d'une substitution prohibée.

Dans la première hypothèse, la libération avait été léguée par un créancier à son débiteur pour en jouir seulement après la mort de l'héritier du testateur, si celui-ci décédait sans enfants. Par arrêt du 18 mars 1833, la cour de Nancy avait nié qu'il y eût en l'espèce aucune transmission au profit du prétendu appelé : on se trouvait en présence d'une créance recueillie sans condition résolutoire par le premier gratifié et définitivement éteinte à sa mort. Tel a été également l'avis de la Cour de cassation qui, sur pourvoi, a déclaré que le legs fait par un créancier à son débiteur de la somme due, pour le cas où l'héritier du testateur décéderait sans enfants, ne contient pas une substitution prohibée : une telle disposition n'est qu'un legs de libération conditionnel. — Cass., 30 déc. 1835, Nicolaï, [S. 36.1.108, P. chr.]

78. — Il a été fait, en 1881, application des mêmes principes alors que le débiteur jouait le rôle non plus d'appelé, mais de grevé. Le débiteur d'une rente perpétuelle avait reçu d'un testateur sa libération en même temps qu'un certain nombre d'autres biens à charge de remettre les biens légués à un tiers s'il mourait sans enfants. La cour de Caen avait vu dans un tel legs une substitution prohibée non seulement quant aux biens corporels, ce qui était fort exact, mais même en ce qui concernait la rente perpétuelle. D'après l'arrêt de la Cour suprême, au contraire, il n'y a pas substitution prohibée en tant que le legs, fait avec cette clause, a pour objet une rente due par le légataire au testateur; une pareille disposition constitue un legs de libération, et, soit que la libération porte sur le capital, soit qu'elle porte seulement sur les arrérages, il ne saurait y avoir, pour cet objet, charge de conserver et de rendre. — Cass., 16 août 1881, Buschard, [S. 84.1.62, P. 84.1.135, D. 82.1.30] — *Sic*, Troplong, t. 1, n. 138 et s.; Demolombe, t. 18, n. 128; Massigli, *Rev. crit.*, 1883, p. 262. — D'après ce dernier auteur, il y avait deux manières d'entendre dans cette espèce le legs de libération appliqué soit aux arrérages, soit au capital; mais, dans les deux cas, il n'en résultait aucune acquisition au profit du légataire, aucune transmission au profit de l'appelé. La libération portait-elle seulement sur les arrérages : il se trouvait que le legs fait au débiteur n'avait pas le même objet que le legs fait aux seconds gratifiés; on n'était donc pas dans les termes de l'art 896. La libération portait-elle sur le capital lui-même, l'obligation du débiteur était éteinte par l'effet du legs, éteinte d'une façon absolue, et non pas seulement paralysée, comme elle aurait pu l'être par la confusion. Elle n'aurait pu revivre au profit des seconds légataires qu'en vertu d'une disposition susceptible de rétroagir dans ses effets au point d'effacer complètement le premier legs et de produire une transmission directe, sans intermédiaire du testateur aux seconds légataires ; la double transmission, qui caractérise la substitution prohibée, ne pouvait pas trouver sa place.

79. — Ne constitue évidemment pas une substitution la clause d'un testament qui, après legs fait à une personne de certains objets, interdit à un autre légataire de réclamer aucun de ces objets au cas où il serait appelé à la succession du premier gratifié, afin que ces objets soient recueillis par les autres héritiers du défunt, s'ils existent encore alors. — Caen, 7 août 1867, [*Rec. des arr. de Caen et Rouen*, t. 31, 1, p. 264]

80. — Les deux donations nécessaires pour constituer la substitution doivent être successives, c'est-à-dire que le second donataire ne doit recevoir les biens qu'après qu'ils auront déjà été recueillis par le premier. — Thévenot, ch. 1, § 3; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Substit. prohibées*, n. 25; Demolombe, t. 18, n. 98; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 312; Laurent, t. 14, n. 425; Huc, t. 6, n. 19; Planiol, t. 3, n. 3279; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3143. — Par là, la substitution fidéicommissaire prohibée se distingue des dispositions conjonctives et de la substitution vulgaire. Il faut d'ailleurs que le trait de temps qui sépare les deux transmissions ait une durée particulière et une durée de droit. Cette durée se confond même avec celle de la vie du premier gratifié. — V. *infrà*, n. 166 et s.

81. — Elles doivent porter toutes deux sur la propriété des mêmes biens. Il ne saurait donc y avoir substitution quand il s'agit de libéralités en usufruit ou quand l'usufruit d'un bien est donné à l'un et la nue propriété à l'autre. — V. *infrà*, n. 366 et s.

82. — S'il faut nécessairement deux libéralités, il n'est pas indispensable qu'elles soient faites expressément par le disposant. Cette observation s'impose tant à l'égard du grevé que par rapport au substitué. Au premier point de vue, la question se pose spécialement en ce qui concerne l'héritier *ab intestat* qui recueille la première libéralité par l'effet de la dévolution légale : si le disposant lui impose l'obligation de conserver ou de rendre à un tiers, lors de son décès, les biens ainsi recueillis, y a-t-il substitution tombant sous le coup de l'art. 896 ? Pour répondre négativement on dit que l'art. 896 ne mentionne pas l'héritier légitime parmi les personnes qui peuvent être chargées de rendre; que cet article contient une sanction pénale à la prohibition qu'il porte, partant qu'on ne saurait l'étendre au cas non spécialement prévu; que dans l'espèce, il n'y a qu'une transmission opérée par la volonté du *de cujus*, la première étant légale et ne pouvant dès lors être annulée. On dit enfin que le droit romain suppose toujours une institution pour faire valoir un fidéicommis *ab intestat*. — Rolland de Villargues, n. 145; Duranton, t. 8, n. 67; Delvincourt, t. 2, n. 390; Toullier, t. 5, n. 47; Demante, *Thèmis*, t. 2, p. 57.

83. — Mais cette opinion est aujourd'hui universellement abandonnée tant en doctrine qu'en jurisprudence. Disons tout d'abord que, sous l'ancien droit, la question ne semblait même pas douteuse. Les lois romaines admettaient parfaitement qu'il y eût fidéicommis à la charge de l'héritier légitime, et sans institution d'héritier (V. Instit. Just., liv. 2, tit. 24). En second lieu, il n'est pas douteux que celui qui peut priver de ses biens son héritier légitime ne soit en définitive un véritable donateur quand il les lui laisse. C'est ce qui était admis dans le droit romain, où le principe *Dat qui non adimit* était expressément consacré (Dig. tit. *De jure eod.*, L. 8, § 1). Et Thévenot le dit encore dans notre ancienne jurisprudence : « On peut grever aussi son héritier *ab intestat* qu'on gratifie tacitement en ne le dépouillant pas de l'hérédité » (*Traité des subst. fidéic.*, chap. 6, § 1, n. 84, 85. — *Sic*, Pothier, n. 109; Peregrinus, art. 1, n. 17; Ricard, *Subst.*, part. 1, n. 98 et 166. — Le même raisonnement s'applique encore aujourd'hui. N'est-il pas dit dans l'Exposé des motifs du Code civil : « La loi des successions est le *testament présumé* de ceux qui meurent sans avoir disposé ». D'ailleurs, la charge de rendre imposée à l'héritier modifie les effets de la vocation légale; d'où il suit que son titre est interverti et qu'il se trouve appelé à la succession plutôt par la volonté du défunt que par la disposition de la loi. Puis, les substitutions que le Code civil (art. 1048 et s.) autorise exceptionnellement rentrant précisément dans cette catégorie, c'est donc qu'*a priori* les substitutions imposées à l'héritier sont elles-mêmes prohibées. Si l'on ajoute à ces motifs cette considération que les rédacteurs du Code civil ont voulu abolir les substitutions fidéicommissaires de notre ancien droit, où la substitution pouvait exister sans institution expresse, on demeurera convaincu que l'intention du législateur a été de prohiber aussi bien la substitution mise à la charge de l'héritier légitime que celle mise à la charge de l'institué. Quant au silence gardé par le deuxième alinéa de l'art. 896, C. civ., sur l'héritier *ab intestat*, il s'explique parfaitement si l'on remarque que cet alinéa a surtout pour but de prononcer une sanction pénale contre le premier bénéficiaire, et de déroger à la règle admise par le Code en matière de donations et de testaments, règle qui n'annule que les dispositions contraires à la loi, sans faire tomber les dispositions principales. Il est bien certain, en effet, que cette sanction ne pouvait être portée contre l'héritier légitime, puisque les biens lui reviennent de droit quand on annule la disposition secondaire. En résumé, toute la disposition est bien annulée dans notre hypothèse, seulement, loin d'aboutir à détruire la vocation légale de l'héritier, il l'affranchit seulement de toute charge imposée par le testateur : il viendra recueillir les biens comme appelé par la loi exclusivement. — Grenier, t. 1, p. 127; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 13; Vazeille, sur l'art. 896, n. 4; Marcadé, sur l'art. 896; Troplong, t. 1, n. 107; Demolombe, t. 18, n. 91; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 304, note 11; Laurent, t. 14, n. 395; Huc, t. 6, n. 18; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 683; Demante et Colmet de Santerrre, t. 4, n. 10 *bis*; Planiol, t. 3, n. 3282; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3092 et 3092 *bis*.

84. — Il a été jugé, en ce sens, qu'il y a substitution prohibée dans la clause d'un testament portant : « *Paul N...* (*mon unique héritier présomptif*) *jouira de ma succession pendant sa vie, le reconnaissant seul héritier, et, après son décès, je reconnais pour mes parents et mes héritiers Pierre et Jean et leurs représentants.* » Il y a là substitution fidéicommissaire prohibée, l'héritier légitime Paul étant véritablement institué et formant le premier degré de la substitution. — Angers, 7 mars 1822,

Hunaut, [S. et P. chr.] — V. aussi Lyon, 24 janv. 1865, Simonard, (motifs), [S. 66.2.45, P. 66.212, D. 65.2.49] — Bruxelles, 20 déc. 1870, *Pasicr. belg.*, 73.2.65

85. — *A fortiori*, la désignation du premier gratifié n'a pas besoin d'être faite en termes sacramentels. Mais la condition ne vaut pas vocation ; par suite, les personnes comprises seulement dans la condition, sans être chargées à restitution envers d'autres, ne doivent pas être considérées comme instituées. Il y aurait notamment simple substitution vulgaire et non substitution fidéicommissaire prohibée, dans une clause ainsi conçue : « Si *Tertius* n'est pas mon héritier, j'institue ou je substitue *Sempronius* ». — Delvincourt, t. 2, p. 390; Rolland de Villargues, n. 86, 122, 123, 125; Troplong, t. 1, n. 108; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 305, note 12.

86. — Jugé, dans le même sens, que les enfants placés dans la condition ne sont pas réputés placés dans la disposition. En d'autres termes, la disposition faite au profit d'un fils, à la charge de rendre à des tiers au cas où il n'aurait pas d'enfants, ne renferme pas une substitution au profit de ces enfants. En conséquence, le grevé que la survenance d'enfants affranchit de la charge de conserver et de rendre à des tiers, n'est pas tenu de conserver et de rendre à ses enfants, qui dès lors ne sont pas fondés, après la mort de leur père, à revendiquer contre les tiers détenteurs auxquels ils les aurait aliénés, les biens faisant l'objet de la disposition. — Cass., 23 nov. 1842, Guilbert, [S. 43.1.43, P. 42.2.750]

87. — Il est nécessaire, pour constituer la substitution, qu'il y ait dans la disposition, à côté de la libéralité au grevé, une autre libéralité faite au substitué. La personne du substitué doit donc être clairement désignée par le disposant, un droit ne pouvant être conféré à une personne incertaine. Ainsi se justifie un arrêt d'après lequel la fondation par testament d'une maison consacrée au logement des ouvriers pauvres, de la construction et de l'entretien de laquelle sont chargés le légataire universel et ses héritiers, ne contient pas une substitution prohibée, la charge de conserver et de rendre ne s'y trouvant ni à l'égard des ouvriers pauvres, dont la classe est une personne morale, ni à l'égard du légataire universel et de ses héritiers, pour lesquels ladite fondation constitue non une libéralité, mais une charge perpétuelle. — Cass., 17 août 1852, Hanaire, [P. 54.2.66, D. 52.1.263]

88. — Il a été jugé, de même, qu'on ne saurait voir une substitution prohibée dans l'institution faite « à la condition qu'à sa mort l'institué léguera ou emploiera tout ce qu'il aura hérité du testateur au soulagement des malheureux », le laissant libre en cela d'agir comme il le jugera convenable. « Le testament, a dit la Cour suprême, en indiquant les malheureux comme devant être l'objet des libéralités de l'institué, n'a pas circonscrit le choix de cette dernière dans un cercle assez étroit pour que les appelés fussent connus et certains ». — Cass., 15 déc. 1864, Miroud, [S. 65.1.43, P. 65.69, D. 65.1.170]

89. — D'une façon générale, il ne peut y avoir substitution quand, tout en imposant au premier gratifié l'obligation de rendre, le testateur lui laisse toute liberté pour le choix du bénéficiaire de cette restitution. Doit donc être réputée non écrite la clause par laquelle le testateur appelle un tiers à recueillir les biens qu'il donne à un premier institué, dans le cas où celui-ci n'en disposerait pas autrement : cette clause n'est pas une substitution proprement dite, qui annule l'institution. — Paris, 20 janv. 1806, Platelet, [S. et P. chr.] — Paris, 26 janv. 1808, Lamiraux, [S. et P. chr.] — V. au surplus, *infrà*, n. 331 et s.

90. — Mais il n'est nullement nécessaire, pour qu'il y ait deux dispositions, que le disposant ait expressément et individuellement désigné les personnes gratifiées en second ordre, s'il n'y a pas de doute sur leur individualité. Il n'est pas non plus indispensable qu'il les ait formellement appelées à bénéficier de la donation ou du legs, si réellement il y a disposition en leur faveur. Peu importe, enfin, les termes employés, si la volonté de faire une libéralité au substitué est certaine. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 305; Huc, t. 6, n. 25; Laurent, t. 14, n. 406; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3095 et s.; Planiol, t. 3, n. 3281.

91. — Il en résulte que la faculté d'élire accordée au grevé peut contenir une substitution prohibée quand son droit d'option est limité à une catégorie assez restreinte de personnes, comme la famille du testateur, par exemple. — V. *infrà*, n. 331 et s.

92. — Pareillement, une substitution prohibée peut ressortir d'un droit de retour stipulé par l'auteur de la disposition au profit de ses héritiers. — V. *infrà*, n. 471 et s.

§ 2. *Obligation juridique de conserver et de rendre.*

93. — C'est cette charge de conserver et de rendre qui constitue le véritable danger des substitutions parce qu'elle rend les biens inaliénables aux mains du grevé, et c'est elle qui a motivé la prohibition de l'art. 896. On doit donc dénier le caractère de substitution à toute disposition dans laquelle le gratifié en premier ordre n'a pas l'obligation juridique tant de conserver les biens donnés ou légués que de les rendre au gratifié en second rang.

94. — L'obligation juridique, disons-nous d'abord. En conséquence une recommandation, une prière, l'expression d'un simple vœu ou désir seraient absolument insuffisants pour établir un fidéicommis (V. *infrà*, n. 489 et s.). En principe la formule : « Je charge mon légataire de léguer à sa mort [illegible] de moi à une tierce personne », a par elle-même un caractère obligatoire et semble exclusive d'une simple recommandation. Elle parait bien la traduction exacte des termes constitutifs, en droit romain, du legs *per damnationem* qui avait sans aucun doute un caractère obligatoire (L. 1, C., *de Leg.*, VI, 43. Inst. de Gaius, Comm. II, § 201, et de Justinien, liv. 2, tit. 20, § 2). Toutefois tout dépend de l'intention du disposant et le sens des mots peut se trouver modifié par l'ensemble des clauses de la libéralité qui doivent dès lors être rapprochées et combinées. — V., en ce sens spécialement, Cass., 8 juill. 1834, Simon, [S. 34.1.754, P. chr.] — Grenoble, 6 janv. 1880, Dutel, [D. 81.2.141]

95. — A l'inverse, la charge de conserver et de rendre, élément essentiel de la substitution, peut exister alors même que le disposant n'a pas employé la formule même de l'art. 896. Si elle résulte nécessairement de la teneur de la disposition, ou si encore celle-ci ne peut vraiment recevoir son exécution qu'à la condition que les biens donnés ou légués seront conservés et rendus, la prohibition s'applique, car les termes visés par la loi n'ont rien de sacramentel. Il faut, mais il suffit, que la volonté du testateur ou donateur soit certaine. — Zachariæ, § 693, notes 9 et 10; Demolombe, t. 18, n. 156; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 307, note 18; Laurent, t. 14, n. 460; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 683-II et III; Huc, t. 6, n. 19; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3131.

96. — Jugé, en ce sens, qu'il y a substitution prohibée emportant nullité de la disposition tout entière : dans la disposition d'un testament léguant un immeuble à une personne avec clause qu'à la mort de celle-ci, il passera à une autre personne qui en jouira en toute propriété. — Cass., 9 juill. 1851, Philipon, [S. 51.1.605, P. 51.2.478, D. 51.1.187]

97. — ... Dans le legs fait pour que le légataire en jouisse lui et ses descendants après sa mort, et qu'il soit le seul et unique héritier de la chose léguée, lui, et ses enfants après lui, de génération en génération. — Cass., 20 janv. 1852, Diernat, [S. 52.1.169, P. 54.2.200, D. 52.1.48]

98. — ... Dans la disposition faite sous la condition que, le légataire mourant sans enfants, les biens reviendront à la famille du testateur. Peu importe que la charge de conserver et de rendre ne soit pas formellement exprimée, dès lors qu'elle résulte de l'ensemble des clauses de l'acte et spécialement des dispositions relatives au partage de la fortune entière du testateur, au cas où elle reviendrait à sa famille. — Cass., 8 févr. 1854, Dumas, [S. 54.1.694, P. 54.2.190, D. 54.1.59]

99. — ... Dans la disposition par laquelle le testateur lègue ses biens à une personne avec clause que, dans le cas où elle décéderait sans enfants, il institue un autre légataire, encore bien que la disposition ne contienne pas charge expresse de conserver et de rendre, cette obligation résultant de l'ensemble des clauses de l'acte. — Cass., 7 mai 1862, Rhodes, [S. 62.1.463, P. 62.1093, D. 62.1.289]

100. — Décidé aussi qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'une libéralité soit considérée comme entachée de substitution prohibée, que la charge de conserver et de rendre soit exprimée en termes formels; qu'il suffit qu'elle soit la conséquence nécessaire de la donation ou du testament; que, notamment, le legs fait à une personne « pour faire, de la chose léguée, en propriété et jouissance, ce qu'elle jugera convenable », mais sous la condition qu'il « sera caduc et non avenu », si cette personne décède avant l'âge de vingt et un ans, est nul comme renfermant une substi-

tution prohibée, en ce que le légataire, qui ne peut disposer jusqu'à sa majorité de la chose léguée dont la pleine propriété lui est attribuée, est, en outre, tenu de la rendre aux héritiers du testateur si lui-même vient à décéder avant cette époque. — Cass., 13 août 1856, Gauthier, [S. 56.1.893, P. 57.608, D. 57.1. 23]

101. — ... Qu'en présence d'une disposition par laquelle le testateur, après avoir institué son frère légataire universel, « lègue les deux tiers du total de ses biens en faveur des fils légitimes de ce frère, avec la condition qu'un pareil legs sera placé et assuré à la Banque de France, et que ses intérêts seront destinés à l'entretien et à l'éducation desdits enfants, le capital ne pouvant être extrait sous aucun rapport ; ceci, d'ailleurs, devant se succéder dans le même ordre de descendance, au profit des garçons, tant qu'il en existera, à défaut de garçons, au profit des enfants de la même ligne [illegible], il appartient aux juges du fait, interprétant sans la dénaturer cette disposition, de déclarer souverainement qu'il en résulte que le testateur a ainsi légué aux descendants de son frère à perpétuité, et dans l'ordre par lui fixé, la propriété des deux tiers de ses biens. — Cass., 8 nov. 1892, Léandri, [S. et P. 94.1.500, D. 93.1.92] — Un pareil legs renferme bien une substitution prohibée : on y rencontre, en effet, l'institution multiple et la transmission successive des mêmes biens avec charge pour chaque institué de conserver lesdits biens, de les rendre, à son décès, au substitué appelé à les recueillir après lui. — Même arrêt.

102. — Décidé de même encore, dans une espèce offrant cette particularité que l'institué et le substitué étaient des personnes morales, que la charge de conserver et de rendre les biens légués à un tiers n'a pas besoin d'être exprimée en termes formels ; qu'il suffit qu'elle résulte nécessairement de l'ensemble des dispositions du testament; et qu'il appartient au juge du fond d'en constater l'existence par interprétation des clauses du testament. — Cass., 12 févr. 1896, Assoc. amicale des anciens élèves de l'Ecole centrale et Société des ingénieurs civils, [S. et P. 96.1.305, D. 96.1.545]

103. — La preuve de cette double obligation peut être trouvée notamment dans les clauses relatives au placement des capitaux à provenir de la vente des biens légués. — Même arrêt. — V. dans le même sens, Cass., 17 avr. 1894, Fabr. de Bourbon-Lancy, [S. et P. 98.1.500, D. 94.1.323]

104. — Jugé, de même, que la libéralité contenant charge de conserver et de rendre à un tiers constitue une substitution prohibée, que cette charge soit exprimée en termes formels dans l'acte, ou qu'elle résulte de l'ensemble de ses dispositions. — Metz, 15 mars 1853, Mer, [P. 53.2.59, D. 55.2.21]

105. — Il en est ainsi, spécialement, de la clause ainsi conçue : « Je nomme pour mon héritier universel un tel, et par lui ses enfants à perpétuité ». — Turin, 22 déc. 1810, Saluce Pacsana, [S. et P. chr.] — Bruxelles, 19 déc. 1811, N..., [S. et P. chr.] — *Contrà*, Liège, 19 [illegible] 1811, Hé[illegible]n, [S. et P. chr.]

106. — ... Des dispositions par lesquelles le testateur, après avoir exprimé son intention que ses biens ne soient pas vendus et dispersés, et qu'ils restent toujours intacts tels qu'il les abandonne, institue un légataire universel, et, en cas de prédécès, ses enfants ; puis appelle, dans plusieurs passages du testament à sa succession, les héritiers et descendants dudit légataire universel, soit que celui-ci prédécède, soit qu'il survive au testateur. — Metz, 15 mars 1853, précité.

107. — ... Et de la clause par laquelle un testateur, léguant tous ses biens à sa femme à charge d'acquitter différents legs, ajoute que, à la mort de celle-ci, la part de fortune qui restera après les legs passera à un tiers désigné au testament. En effet, la charge de conserver et de rendre, lors même qu'elle n'est pas exprimée en termes formels, constitue, pourvu qu'elle existe, le caractère essentiel de la substitution prohibée. — Aix, 27 juin 1881, Crouzeix, [S. 84.2.173, P. 84.1.898, D. 82.2.51]

108. — De même, la clause d'un testament portant que le légataire universel institué « ne touchera que le revenu du capital tant en argent qu'en bien-fonds et que le capital, après la mort de l'institué, entrera *(sic)* de plein droit aux enfants nés ou à naître de lui » implique l'obligation de conserver et de rendre. La disposition est donc nulle pour le tout et, à défaut d'héritiers du sang, l'Etat peut s'en prévaloir pour réclamer à son profit l'envoi en possession de la succession. — Trib. Arras, 19 juill. 1902, Ferbu, [*J. Enreg.*, art. 2428[illegible]]

109. — Toutes les fois qu'une disposition, attribuant à un appelé en second ordre un droit éventuel aux biens donnés ou légués, ne peut s'exécuter sans la nécessité pour le premier gratifié de conserver et de restituer les biens, il y a substitution prohibée. Ainsi, en est-il des dispositions ainsi conçues : « J'institue Pierre et après qu'il aura recueilli je lui substitue (ou j'institue) ses enfants — j'institue Pierre et je veux qu'après lui mes biens appartiennent (ou reviennent, ou soient réversibles) à Paul ». — Angers, 7 mars 1822, Hunaut, [S. et P. chr.] — V. *suprà*, n. 84.

110. — ... Ou lorsqu'un légataire reçoit la propriété de certains immeubles à la charge de les transmettre soit à l'héritier du testateur, soit, en cas de prédécès de celui-ci, à l'aîné de ses enfants ou même à l'un desdits enfants à son choix. — Cass., 31 janv. 1842, Lascaups, [S. 42.1.269, P. 42.1.727]

111. — Il y a encore charge de conserver et de rendre, et, par conséquent, substitution prohibée, dans la disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un légataire ajoute : « Qu'au décès du légataire les biens légués appartiendront à un tiers désigné ». La charge de conserver et de rendre, caractéristique de toute substitution, résulte virtuellement d'une telle disposition. — Poitiers, 6 mai 1847, Caldelar, [S. 47.2.353, P. 47.2.289, D. 47.2.132]

112. — Et ce que nous disons de la charge de conserver et de rendre imposée explicitement ou implicitement, mais à titre pur et simple, doit s'appliquer aussi quand cette même charge est conditionnelle. L'art. 896 resterait certainement applicable en pareil cas, dans l'hypothèse notamment, très-fréquente en pratique, où le testateur s'est exprimé ainsi : « J'institue *Primus* comme héritier et le charge de rendre la succession à *Secundus* s'il meurt sans enfants ou avant sa majorité ». La probibition de l'article précité est en effet générale et toute distinction serait d'autant plus injustifiable que les mêmes inconvénients se rencontrent dans la substitution, qu'elle soit pure et simple ou conditionnelle. Ajoutons que, dans l'opinion contraire, on fournit aux disposants un moyen par trop facile de tourner la règle légale puisque, pour échapper à sa rigueur, il leur suffirait d'ajouter à la charge de conserver et de rendre une condition de nature à se réaliser toujours. Nous retrouverons ces points *infrà*, n. 190 et s.

113. — L'obligation juridique de rendre doit être établie au profit d'une personne déterminée qui tienne ses droits du disposant et créer au profit de ce tiers un droit d'ores et déjà certain, le constituer créancier vis-à-vis du gratifié en première ligne.

114. — De là résultent diverses conséquences : 1° La clause imposant à un légataire de faire une substitution doit être réputée non écrite. Sans doute, il a été jugé autrefois que la charge imposée par le testateur à son héritier d'établir une substitution en faveur des descendants mâles, par ordre de primogéniture, équipolle à une substitution faite par le testateur lui-même, et par conséquent est nulle comme substitution prohibée. — Bruxelles, 10 févr. 1809, Vanderheyden, [S. et P. chr.]

115. — Mais cette opinion est absolument abandonnée aujourd'hui : « Le testateur qui ordonne à son légataire de créer une substitution ne fait pas lui-même une substitution, il impose seulement une charge illicite ; c'est donc le cas d'appliquer l'art. 900 et d'effacer la condition, en maintenant la disposition principale ». — Laurent, t. 14, n. 466.

116. — 2° Il en faut dire autant de l'obligation imposée au donataire ou légataire d'instituer un tel pour son héritier. En droit romain, cette charge constituait sans doute un fidéicommis, mais simplement conjectural. En soi, elle n'emporte pas, pour le donataire ou légataire, obligation de conserver et de rendre ; elle doit donc être seulement réputée non écrite. — Rolland de Villargues, n. 334 ; Demolombe, t. 18, n. 151 ; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 309, note 24 ; Laurent, t. 14, n. 466.

117. — Jugé, en ce sens, qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la clause par laquelle le testateur, après avoir fait un legs à son héritier légitime dans la ligne maternelle, ajoute que les biens légués dont les enfants du légataire auront hérité retourneront, dans le cas où ces derniers mourraient sans enfants, à la ligne paternelle du testateur, cette disposition n'impliquant pas l'obligation pour le légataire de conserver les biens afin de les transmettre à ses enfants, mais se référant seulement à la dévolution légale qui appelle les enfants à recueillir les biens tels qu'ils se trouveront dans la succession du père. — Cass., 19 juin 1867, Bréville, [S. 67.1.299, P. 67.765, D. 68.1.20]

118. — ...Et que, lorsqu'après une donation pure et simple faite à deux futurs époux, il est stipulé, dans un acte ultérieur, que si l'un des donataires vient à mourir sans enfants, la part à lui afférente dans les biens donnés appartiendra de plein droit à l'époux survivant, cette stipulation, n'exprimant pas que le prémourant sera privé de la faculté de disposer de sa part au profit d'un autre que son conjoint survivant, et ne contenant pas ainsi charge de conserver et de rendre, ne saurait être considérée comme renfermant une substitution prohibée. — Cass., 28 nov. 1871, Fournel, [S. 71.1.223, P. 71.712, D. 72.1.55]

119. — Toutefois, il peut y avoir solution différente, à cause des intentions manifestées par le disposant, quand la charge de léguer à un tiers déterminé est imposée au donataire d'un bien. Il a été jugé qu'un testament renferme une substitution prohibée, d'après lequel l'héritier institué « devra disposer lui-même de tels objets et valeurs pour faire des libéralités au moment de sa mort à telle personne ». — Dijon, 19 mars 1886, Chanut, [S. 91.1.461, P. 91.1.1121, D. 89.1.12]

120. — Le codicille ainsi conçu : « La jouissance de telle maison appartiendra à ma sœur, qui devra la laisser par testament à mon frère pour sa famille », doit être entendu en ce sens que les institués en seconde ligne sont les enfants du frère, et non le frère lui-même, qui ne doit recueillir la maison léguée à ses enfants mineurs qu'en sa qualité d'administrateur légal de ces derniers. — Besançon, 8 août 1900 (motifs), sous Cass., 24 déc. 1901, Besson, [S. et P. 1902.1.506, D. 1903.1.124]

121. — Et une telle disposition, qui impose à la sœur la charge de conserver la maison pendant sa vie et de la rendre à sa mort aux enfants de son frère, et qui crée un ordre successif contraire à la loi, contient une substitution prohibée. — Même arrêt.

122. — On ne saurait inférer de ces mots du codicille : « la jouissance de la maison appartiendra à ma sœur », la restriction à un simple legs d'usufruit, transmissible à ses neveux, du legs fait à la sœur, et, par voie de conséquence, l'absence de substitution. — Même arrêt.

123. — 3° Il n'y aurait pas non plus de substitution si la charge de restituer était imposée au profit d'une personne tout à fait indéterminée. Il en serait autrement toutefois si, bien que non individuellement désignés, les bénéficiaires pouvaient être facilement déterminés d'après les termes de la disposition. — V. sur ce point, *suprà*, n. 87 et s., et, *infrà*, n. 331 et s.

124. — 4° Et il faudrait adopter la même solution si le testateur avait imposé au légataire l'obligation d'employer les biens légués en bonnes œuvres ou en œuvres pies. — V. comme exemple d'un cas semblable, *suprà*, n. 42.

125. — 5° Quel effet produit, au point de vue de l'art. 896 et en dehors de l'hypothèse spéciale d'un fidéicommis *de eo quod supererit* (V. *infrà*, n. 519 et s.), la défense d'aliéner imposée au légataire ou donataire quant aux biens objet de la libéralité? Nous n'envisageons la question qu'au point de vue des substitutions, laissant de côté tout ce qui a trait à la validité de la clause en soi. Pour résoudre la question, il faut distinguer : la prohibition pure et simple d'aliéner imposée au légataire d'un immeuble par le testateur ne constitue pas une substitution prohibée : c'est une condition qui doit simplement être déclarée nulle, comme contraire à l'ordre public. — Toullier, t. 5, n. 51; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 308, note 20; Demolombe, t. 18, n. 147; Huc, t. 6, n. 20; Laurent, t. 14, n. 462; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3128. — *Contrà*, Grenier, *Donat.*, t. 1, p. 111; *Obs. prél.*, n. 7. — V. *suprà*, v° *Condition*, n. 343 et s.

126. — En effet, c'est un précepte dépourvu de caractère obligatoire, nul ne pouvant obliger le légataire ou donataire à l'observer. Dût-il équivaloir à une charge de conserver, il n'implique pas l'obligation juridique de rendre. En conséquence il y faut voir une condition illicite atteinte par l'art. 900, C. civ., quand cette charge est faite purement et simplement et non pas en faveur de personnes appelées à en profiter et partant maintenir la libéralité elle-même, toutes les fois du moins que cette condition n'en a pas été la cause impulsive et déterminante. C'est ce qu'a jugé un tribunal dans une espèce où il y avait défense d'aliéner des biens spécialement légués pour l'entretien d'un bureau de bienfaisance qu'avait créé le testateur. — Trib. Cusset, sous Cass., 12 juill. 1892, Preveraud, [S. et P. 92.1.573, D. 92.1.451]

127. — La même solution continuerait à s'appliquer, le disposant eût-il sanctionné la prohibition d'aliéner par une clause pénale. Si même la condition s'accomplissant fait encourir au gratifié la peine stipulée, l'aliénation effectuée du bien n'en reste pas moins inattaquable. — Demolombe, t. 18, n. 147.

128. — Jugé que la défense expresse faite au légataire d'aliéner le bien légué à peine d'entrer en partage avec qui de droit, comme s'il n'y avait pas de testament, constitue, non une substitution, mais une clause illicite et inefficace en vertu de l'art. 900. — Paris, 11 mai 1852, [Le Droit, 24 sept. 1852]

129. — Mais constitue non pas seulement une interdiction absolue et perpétuelle d'aliéner, mais une substitution prohibée, la disposition testamentaire par laquelle des immeubles sont légués, à la condition expresse qu'ils ne seront jamais vendus, qu'ils reviendront, après le décès des premiers bénéficiaires du legs, aux héritiers de ceux ci, et qu'ils resteront toujours dans la famille du disposant; on rencontre ici, en effet, une double institution et la transmission successive du même bien, avec charge pour le premier institué de le conserver et de le rendre à son décès au substitué appelé à le recueillir après lui. — Cass., 16 févr. 1903, Vincent et autres, [S. et P. 1903.1.401, et la note de M. Pilon, D. 1904.1.189]

130. — La prohibition perpétuelle et absolue d'aliéner et la substitution se ressemblent toujours quant à leur nature intime, mais diffèrent parfois quant à leur sanction. Toutes deux sont des conditions illicites au même titre, parce qu'elles font également obstacle à la libre circulation des biens. Mais si, en principe, la prohibition absolue et perpétuelle d'aliéner est, conformément à l'art. 900, réputée non écrite, par exception, lorsque, à raison de certains caractères spéciaux elle prend le nom de substitution, on lui applique l'art. 896 et on annule la disposition elle-même. Bref, la substitution prohibée par l'art. 896 n'est pas autre chose qu'une prohibition d'aliéner ayant sa sanction propre. Et le *critérium* qui permet de distinguer la prohibition d'aliéner sanctionnée par l'art. 900 de celle sanctionnée par l'art. 896 est le suivant : la prohibition absolue d'aliéner est-elle pure et simple et sans désignation de bénéficiaire, elle doit être réputée non écrite; est-elle au profit de personnes individuellement déterminées ou de la famille du disposant, elle prend le nom de substitution; l'art. 896 est applicable. — Pilon, note sous Cass., 16 févr. 1903, précité.

131. — La réponse sera *a fortiori* la même quand la défense d'aliéner ne sera pas absolue. Notamment la prohibition de tester ou même de disposer à titre gratuit relativement aux biens donnés ou légués ne peut être considérée comme renfermant une substitution. En effet, les biens ne sont pas indisponibles puisqu'ils peuvent être aliénés à titre onéreux. — Toullier, t. 5, n. 50, 51; Duranton, t. 8, n. 75; Rolland de Villargues, n. 303; Troplong, t. 1, n. 137; Demolombe, t. 18, n. 138; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 309, note 22; Laurent, t. 14, n. 464, 465; Huc, t. 6, n. 20; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3126. — V. au surplus, *infrà*, n. 519 et s.

132. — Il en est de même, quand le testateur s'est contenté d'interdire au légataire de disposer des biens légués au profit d'une personne précisée. Jugé, en ce sens, qu'il n'y a pas charge de conserver et de rendre, caractéristique de la substitution prohibée, dans l'interdiction faite au légataire institué de disposer des biens en faveur d'une personne déterminée. — Cass., 19 juin 1867, Bréville, [S. 67.1.299, P. 67.765, D. 68.1.20] — *Sic*, Laurent, t. 14, n. 463; Huc, t. 6, n. 20; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3127. — Dans cette espèce, le testateur, prévoyant la dévolution légale qui devait s'opérer au profit des enfants de son héritier institué à la mort de celui-ci, voulait leur en assurer le bénéfice à l'exclusion de leur mère. Non seulement il n'imposait pas audit héritier la charge de rendre, mais il ne l'obligeait pas à conserver. Il ne faisait donc qu'une interdiction d'aliéner, licite puisque non absolue.

133. — Jugé encore, dans le même sens, qu'on ne retrouve pas les caractères de la substitution prohibée dans la clause d'un testament exhérédant un héritier du testateur et imposant aux institués l'obligation de s'engager par écrit à ce que soit de leur vivant, soit après leur mort, il ne soit rien remis à l'exhérédé des biens légués. — Paris, 27 nov. 1877, V° Hugard, [D. 78.2.188]

134. — Il faudrait en dire autant de la défense d'aliéner hors de la famille du disposant. Cette clause n'emporte pas prohibition absolue d'aliéner et n'implique pas charge de conserver et

de rendre. Sous peine de procéder par interprétation conjecturale, on ne peut affirmer qu'une telle clause isolée indique chez le disposant la volonté d'établir une substitution. — Rolland de Villargues, n. 302; Toullier, t. 5, n. 50, 51; Troplong, t. 1, n. 136; Demolombe, t. 18, n. 149; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 309, note 23; Laurent, t. 14, n. 465; Huc, t. 6, n. 20. — *Contrà*, Grenier, *Obs. prélim.*, n. 7, qui s'inspire des principes de l'ancien droit. — En effet, la défense d'aliéner, faite au profit de ceux à qui le bien devait retourner selon la loi, constituait en leur faveur une substitution fidéicommissaire, d'après les lois du Hainaut et d'après les principes généraux du droit. — Bruxelles, 24 mars 1830, Lesneucq, [P. chr.]

135. — Seulement cette prohibition peut marquer une substitution prohibée. Il a été jugé, par exemple, qu'il y a charge de conserver et de rendre, et conséquemment substitution, dans la disposition par laquelle un testateur, prévoyant le cas où le légataire décéderait sans enfants, lui défend de transmettre l'objet du legs à une famille étrangère, et lui impose de le remettre à ses frères et sœurs ou à ses héritiers légitimes. — Cass., 30 juill. 1827, De Suriray, [S. et P. chr.]

136. — ... Et que, loin de pouvoir être entendue comme une simple prohibition d'aliéner hors de la famille, la clause d'un legs universel fait sous la condition que « les maisons et propriétés seront conservées et transmises aux descendants du légataire à perpétuité », imprime à la disposition tout entière, tant des meubles que des immeubles (dont elle constitue la condition unique et indivisible), le caractère d'une substitution prohibée, l'intention du testateur ayant été d'imposer au légataire universel la charge de conserver ces biens et de les transmettre à ses descendants dans les conditions où cette transmission s'effectue normalement, c'est-à-dire après décès. — Cass., 27 juin 1894, Marion, [S. et P. 98.1.501, D. 95.1.204] — Besançon, 29 juin 1892, Mêmes parties, [S. et P. sous cet arrêt, D. 93.2.285]

137. — Enfin, il peut être interdit au donataire ou légataire d'aliéner les biens donnés ou légués au préjudice soit des héritiers du testateur ou donateur, soit des héritiers du gratifié. En pareil cas, la clause implique nécessairement la charge de conserver et de rendre, quand la prohibition d'aliéner se double d'une vocation expresse devant avoir effet après la première, au profit de ceux dans l'intérêt de qui la défense d'aliéner est prononcée. — Demolombe, t. 18, n. 149; Laurent, t. 14, n. 462; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 308, note 21; Huc, t. 6, n. 20; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3129. — Cette thèse est depuis longtemps, du reste, admise dans la doctrine. — Toullier, t. 5, n. 51; Rolland de Villargues, n. 301; Merlin, *Rép.*, v° *Substitution fidéicommissaire*, sect. 2, n. 5 *bis;* Delvincourt, t. 2, p. 99, note 5; Grenier, t. 1, p. 111; *Obs. prélim.*, n. 7; Delaporte, *Pand. franç.*, t. 4, p. 26.

138. — Elle l'est aussi dans la jurisprudence. Sans doute, il a été jugé que la condition imposée par le père à sa fille, en lui donnant la quotité disponible, de ne pas aliéner les biens de sa succession, et de les réserver aux enfants nés et à naître d'elle, ne peut pas être annulée comme contenant une substitution prohibée ou comme contraire aux lois. — Cass., 7 févr. 1831, Belot et Rouget, [S. 31.177, P. chr.]

139. — Mais, depuis lors, la Cour suprême a vu la charge de conserver et de rendre, partant une substitution prohibée, dans la disposition par laquelle un testateur lègue tous ses biens à sa sœur, sous la condition de ne les jamais vendre ni aliéner, et de ne pouvoir en disposer qu'en faveur des enfants de son frère, qui ne pourront en jouir qu'après leur père et une autre sœur. — Cass., 7 mai 1862, De Carbonnel, [S. 62.1.462, P. 62.1032, D. 62.1.389] — V. aussi Cass., 24 avr. 1860, Loué, [S. 60.1.514, P. 60.1162, D. 60.1.224]; — 8 févr. 1869, Cazalas, [S. 69.1.355, P. 69.895, D. 71.1.176]

140. — ... Ou dans la clause d'un testament léguant un immeuble à une personne avec défense de l'aliéner ou de l'engager et, au décès de cette personne, à sa famille. — Cass., 27 mars 1889, Chapuis, [S. et P. 92.1.455, D. 90.1.254]

141. — Mais la prohibition d'aliéner au préjudice de certaines personnes entraîne-t-elle, par elle-même et sans autre explication, vocation de ces personnes à recueillir éventuellement les biens dont l'aliénation est interdite? L'affirmative s'impose quand la défense est prescrite dans l'intérêt des héritiers du donataire ou légataire, car ceux-ci recueilleront désormais certainement les biens donnés ou légués dans la succession de leur auteur. Elle est admise aussi par tous quand cette défense est faite dans l'intérêt des héritiers du disposant : on considère qu'alors elle emporte disposition implicite au profit de ces héritiers, sans quoi elle serait sans objet. — Merlin, *loc. cit.;* Grenier, *loc. cit.;* Toullier, *loc. cit.;* Rolland de Villargues, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.;* Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Colin, *loc. cit.*

142. — L'obligation juridique de rendre ne suffit pas à constituer une substitution prohibée. Il faut aussi que le gratifié en première ligne soit tenu de conserver. Sans doute, imposée en termes absolus, la charge de rendre rend les biens indisponibles aux mains du grevé, et partant implique pour celui-ci l'obligation de conserver. Mais cela ne se rencontre pas toujours et, dès lors, si la charge de conserver n'est pas elle-même prescrite, il n'y a pas de substitution. Il en est ainsi notamment : 1° Dans les dispositions désignées autrefois sous le nom de fidéicommis *de residuo* ou *de eo quod supererit* (V. *infrà*, n. 519 et s.). Le disposant n'a pas alors *voulu* imposer la charge de rendre; 2° Quand la libéralité consiste en choses fongibles, car alors, sauf emploi de clauses susceptibles de rendre les choses indisponibles et de faire respecter les intentions de son auteur, celui-ci n'a pas *pu* imposer d'obligation de conserver. Le bénéficiaire n'a aucun moyen de reprendre les biens qu'aurait aliénés le grevé. — Laurent, t. 14, n. 407; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3115; Huc, t. 6, n. 19; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 312, note 32.

143. — Il a été jugé, en ce sens, que le legs d'une somme d'argent payable soit au décès de l'héritier du testateur dans le cas où cet héritier décéderait sans postérité, soit au moment où il viendrait à vendre un immeuble désigné, échappe par sa nature, et comme ne portant pas sur un corps certain, à la disposition de l'art. 896, C. civ., prohibitive des substitutions, alors surtout qu'il n'est pas établi qu'une somme égale à celle léguée se soit trouvée en espèces dans la succession du testateur, une telle disposition n'emportant, ni en droit ni en fait, pour l'héritier, l'obligation de conserver et de rendre tout ou partie des biens de la succession. — Cass., 30 avr. 1867, De Beaufort, [S. 67.1.329, P. 67.876, D. 67.1.403] — V. aussi Cass., 13 juin 1866, De Meynard, [S. 66.1.403, P. 66.1084, D. 66.1.478]

144. — Il en serait ainsi, et l'on ne saurait voir dans une telle disposition les caractères d'une substitution prohibée, même alors qu'une somme équivalente à celle léguée se serait trouvée en espèces dans la succession, si, loin que le testateur eût imposé à son héritier l'obligation de conserver et de rendre, les combinaisons par lui prises dans son testament étaient exclusives de l'intention de frapper la somme léguée d'indisponibilité dans les mains de cet héritier : par exemple, s'il avait avisé à ce que celui-ci restât pendant sa vie, ou jusqu'à l'événement d'une certaine condition, dans l'ignorance du legs mis à sa charge, et si, en fait, cet héritier était mort sans que ni lui ni le légataire eussent eu connaissance de cette libéralité. — Cass., 30 avr. 1867, précité.

145. — Jugé, d'une façon plus générale, que les choses fongibles ne peuvent devenir la matière d'une substitution prohibée, que si le disposant en a prescrit l'emploi. — Nancy, 9 déc. 1871, Petit, [S. 72.2.71, P. 72.354, D. 72.2.164]

146. — ... Que sans doute, le legs d'une somme d'argent placée en rentes sur l'Etat ou telle autre valeur déterminée ne peut être considéré comme un legs de chose fongible, mais qu'il n'y a cependant pas une substitution prohibée dans une disposition ainsi conçue : « Je déclare laisser à X... 50,000 fr. placés en rente sur l'Etat et qui reviendront après sa mort à M. et Mme Y... sa fille. » Il en est ainsi surtout alors que le testateur qui, à l'égard d'autres légataires, a prescrit l'emploi des sommes léguées, ne l'a pas fait par rapport à ce legs en particulier. — Paris, 7 nov. 1890, Longeard, [*Gaz. des Trib.*, 15 nov. 1890]

147. — MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3116, vont même en ce sens jusqu'à dire qu'une donation d'objets *mobiliers corporels* faite à charge de conserver et de rendre ne saurait être annulée comme contenant une substitution prohibée. Par l'effet de la règle : « En fait de meubles possession vaut titre », les biens ainsi donnés ne sont pas réellement inaliénables aux mains du donataire qui en disposera valablement au profit des tiers de bonne foi. Il n'y a pas charge de conserver efficacement sanctionnée. Il a été cependant jugé qu'il y a substitution pro-

hibée dans la clause par laquelle, après avoir institué un héritier, le testateur dispose qu'en cas de décès de cet héritier avant sa majorité, les sommes d'argent léguées et les objets tant mobiliers qu'immobiliers devenus libres par ce décès appartiendront à d'autres légataires désignés. — Cass., 22 nov. 1842, Balandra, [S. 42.1.914, P. 42.2.666] — Toulouse, 18 janv. 1841, Balandra, [sous cet arrêt, P. 41.1.424]

148. — Surtout la même solution a été appliquée dans une espèce où la chose léguée au premier gratifié était un immeuble dont le prix devait, après licitation, être partagé entre les appelés. En faveur de la libéralité, on soutenait qu'il n'y avait pas identité entre la chose léguée, l'immeuble, et la chose à rendre, un prix de vente (V. *infrà*, n. 158 et s.). Cette argumentation n'a pas prévalu. Si en effet l'immeuble devait être licité pour arriver au partage, ce n'en était pas moins en réalité l'immeuble qui devait être rendu, la licitation ne pouvant aussi avoir lieu qu'à la requête et pour le compte de tous les appelés. — Cass., 17 avr. 1894, Fabr. de Bourbon-Lancy, [S. et P. 98.1.500, D. 94.1.323]

149. — 3° Il y a don ou legs avec charge et non substitution dans l'hypothèse où un donataire ou légataire reçoit un bien, une hérédité ou une quote-part d'hérédité sous la condition de remettre une certaine somme à un tiers si ce dernier lui survit. En pareil cas, en effet, nous ne sommes pas dans la sphère d'application de l'art. 896 d'après lequel l'identité d'objet dans les deux dispositions est une condition essentielle à l'idée de substitution. D'autre part, aucun des inconvénients pratiques qui justifient et motivent la règle légale ne se rencontre ici, puisque la clause n'a ni pour but ni pour effet d'assurer la transmission successive des mêmes biens. On objecte qu'à défaut de la chose elle-même, le premier gratifié en doit remettre et partant conserver la valeur représentative jusqu'à concurrence de la somme indiquée dans la disposition. Mais la substitution suppose nécessairement un corps certain, un bien déterminé auquel s'appliquent les deux transmissions successives. Or, dans l'hypothèse, d'abord le premier gratifié aliène librement la chose par lui reçue; de plus le second gratifié n'a contre le preneur ou contre sa succession qu'une créance éventuelle et, si le grevé n'est qu'un débiteur, on ne saurait le dire tenu de conserver ses biens pour les rendre au créancier. On objecte aussi qu'au cas où il aliénerait, le premier gratifié pourrait être astreint, par application des art. 1065 et 1066, C. civ., à faire emploi du prix jusqu'à concurrence d'une somme représentant les droits du bénéficiaire. Mais la personne grevée d'un legs de somme d'argent n'est tenue de faire emploi que si une clause formelle du testament l'exige; pour invoquer ici les art. 1065 et 1066, il faut précisément supposer l'existence de la substitution; le raisonnement donc repose sur une pétition de principe. Enfin on dit que cette doctrine va permettre d'éluder à volonté la prohibition des substitutions. Mais ce n'est pas éluder une prohibition que de faire ouvertement une disposition sérieuse que la loi ne proscrit pas et dont les résultats nécessaires ou possibles ne sont pas en opposition avec les motifs et le but de cette prohibition. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 312, note 32; Troplong, t. 1, n. 127, 151 et s.; Demolombe, t. 18, n. 127; Laurent, t. 14, n. 408; Huc, t. 6, n. 19; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3117; Lamache, p. 9. — *Contrà*, Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 465, p. 187; Demante et Colmet de Santerre, t. 4, n. 10 *bis*-II. — Et ces auteurs maintiennent leur solution quand même la charge de payer ladite somme au bénéficiaire a été imposée au grevé avec assignat sur les biens donnés ou légués. Cette garantie en effet, pas plus que l'hypothèque légale conférée à tous les légataires par l'art. 1017, C. civ., ne porte atteinte à l'aliénabilité des biens qui en sont grevés.

150. — La jurisprudence s'est d'abord prononcée en sens contraire. Elle a vu une substitution prohibée dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un héritier, dit que, dans le cas où il mourra avant tel âge, une certaine somme à prendre sur les biens de l'institution appartiendra à un tiers. — Cass., 8 juin 1812, Mérendol, [S. et P. chr.]

151. — Mais elle n'a pas persisté dans cette manière de voir. Il a été jugé que la clause de rendre une certaine somme, à prendre sur les biens laissés, et à la charge de l'employer suivant les intentions secrètes du disposant qui sont connues du donataire, est nulle, mais ne renferme point une substitution prohibée. — Paris, 30 mars 1818, Broé, [S. sous Cass., 14 déc. 1819, P. chr.] — V. dans le même sens l'arrêt du 30 avr. 1867, précité.

152. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée : dans la charge imposée au donataire ou légataire d'un immeuble de donner telle somme à un tiers, dans le cas où celui-ci lui survivra, même avec [illegible] ou légué, ou sur le prix en provenant. — [illegible], 21 déc. 1824, Dupont, [S. et P. chr.]

153. — ... Dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire universel, grève ce legs d'un legs particulier d'une somme d'argent pour être payée en cas de mort du légataire universel sans postérité : que ce n'est là qu'un simple legs conditionnel. — Paris, 7 déc. 1835, Féret, [S. 36.2.86, P. chr.]

154. — ... Dans celle par laquelle le testateur lègue à quelqu'un une somme fixe, dans le cas où son héritier institué viendrait à décéder sans enfants avant d'avoir atteint un âge déterminé, si d'ailleurs aucune charge de conserver et de rendre n'est imposée à ce dernier : qu'il n'y a dans cette disposition qu'un legs conditionnel, une créance éventuelle sur la succession de l'héritier institué, le cas prévu arrivant. — Nîmes, 18 janv. 1858, Lyon, [S. 58.2.168, P. 58.746, D. 58.2.155]

155. — ... Dans la disposition testamentaire par laquelle le testateur, après avoir légué à un individu tous ses meubles et immeubles, pour en jouir et disposer en toute propriété, lui impose la charge de rendre à un légataire particulier, franche et quitte de toutes dettes et engagements, une somme déterminée, payable au jour de son décès, avec intérêts à dater de ce jour : qu'une telle disposition ne renferme en réalité qu'un legs d'une créance à recevoir du légataire universel. — Orléans, 28 janv. 1865, Serveau, [S. 65.2.236, P. 65.944, D. 65.2.88] — V. aussi Cass., 31 juill. 1866, Serveau, [S. 66.1.401, P. 66.1087, D. 66.1.480]

156. — De même, le legs d'une somme d'argent payable, soit au décès de l'héritier du testateur dans le cas où cet héritier décéderait sans postérité, soit dans le cas et au moment où cet héritier viendrait à vendre un immeuble désigné, ne constitue pas une substitution prohibée, une telle disposition n'emportant point pour l'héritier, qu'il l'ait connue ou non, la charge de conserver et de rendre tout ou partie des biens de la succession. — Lyon, 24 janv. 1865, Simonard, [S. 66.2.45, P. 66.212, D. 65.2.49]

157. — Il en est de même de l'institution faite d'un légataire universel sous la condition que ses héritiers remettront à sa mort une somme déterminée à la famille du testateur. — Paris, 23 nov. 1876, Quatrevaux, [D. 77.1.111]

158. — 4° Il n'y a même pas substitution quand la charge de rendre s'appliquant à un corps certain autre que celui qui avait été donné ou légué, il n'y a pas obligation pour le grevé de conserver ce dernier, quand il n'y a pas identité entre la chose donnée et celle qui devra être rendue. La question est cependant controversée. Certains auteurs estiment qu'il y a substitution dès que le donataire ou légataire a été gratifié avec charge de rendre un autre bien à lui appartenant, qu'il l'ait acquis du même disposant dans une libéralité antérieure ou qu'il le possède pour toute autre cause. Une telle disposition présente en effet tous les inconvénients de la substitution ordinaire; notamment elle frappe un bien d'indisponibilité. Peu importe qu'on ne soit pas dans l'hypothèse prévue *in terminis* par l'art. 896, l'esprit de la loi exige qu'on l'applique ici. La disposition constitue une libéralité conditionnelle, mais la condition qui l'affecte en fait une véritable substitution, car la chose à remettre au substitué est mise hors du commerce, elle doit être conservée, sans quoi elle ne pourrait pas être rendue; elle devient inaliénable. Donc, dans l'esprit de la loi, il y a substitution prohibée. — Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. 1, p. 181 et note *a*; Demolombe, t. 18, n. 126; Laurent, t. 14, n. 407.

159. — En général cependant on écarte ici l'application de l'art. 896. Sans doute notre ancien droit admettait qu'on substituât, non seulement la chose donnée, mais une chose autre (Thévenot, n. 119, p. 49). Mais la législation était alors favorable aux substitutions et on était porté à faire rentrer dans cette catégorie toute disposition qui avait avec elle quelque similitude. Tout autre doit être l'interprétation en présence de la prohibition rigoureuse de l'art. 896. Que l'on s'en tienne au texte ou qu'on scrute les motifs de cet article, on constate qu'il exige l'identité de l'objet donné avec l'objet à rendre. Il vise les seules

dispositions par lesquelles le premier gratifié est chargé de *conserver et de rendre à un tiers;* on ne peut restituer que ce qu'on a reçu et ces expressions mêmes impliquent l'identité des deux objets. Sans doute il y a indisponibilité d'un bien, mais non du bien donné ou légué qui reste de libre disposition aux mains du premier gratifié; il n'y a donc pas substitution. Sans doute le droit de propriété du premier gratifié devient incertain quant au bien à restituer, mais c'est l'effet de toute disposition conditionnelle. Surtout il faut se souvenir que l'art. 876, constituant une prohibition et prononçant une nullité d'ordre tout exceptionnel, doit être restreint plutôt qu'élargi dans son application (V. *suprà*, n. 68). — Huc, t. 6, n. 19; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3119.

160. — On peut citer à l'appui de cette thèse deux arrêts de la Cour suprême. L'un, s'appuyant sur ce principe qu'il n'y a pas substitution à défaut d'identité de la chose donnée ou léguée avec la chose à restituer, en déduit que l'obligation imposée au légataire d'un usufruit de léguer à un tiers ses biens propres et ceux compris dans un legs précédent en pleine propriété n'entache de substitution ni le legs de propriété qui était pur et simple, ni le legs d'usufruit insusceptible, par nature, de restitution. — Cass., 15 avr. 1867, Trouessart, [S. 67.1.207, P. 67.505, D. 67.1.294]

161. — L'autre a jugé de même en présence d'une donation mutuelle entre époux d'après laquelle « tout ce dont le survivant décédera propriétaire sera partagé par moitié entre les héritiers du premier décédé et ceux du survivant ». Il a été décidé que la clause s'appliquant à d'autres choses qu'aux choses données, il n'y avait pas substitution. — Cass., 10 mars 1869, Launay, [S. 69.1.319, D. 69.1.336]

162. — Dans la première affaire, la cour de Rennes s'était déjà refusée à voir une substitution prohibée dans la disposition par laquelle, après avoir légué à sa mère le quart de ses biens en toute propriété (c'est-à-dire la simple réserve), le testateur lui avait légué, en outre, l'usufruit d'une autre partie de ses biens, à la condition par elle de disposer par testament des premiers biens légués et de certains biens à elle propres au profit d'un tiers. — Rennes, 12 juill. 1864, Trouessart, [S. 64.2.181, P. 64. 810]

163. — Seulement ce dernier arrêt a annulé la disposition comme contraire à l'art. 968, C. civ., les deux parties ayant donné dans un même acte pour le temps où elles ne seront plus, à l'art. 1130 prohibitif des pactes sur successions futures, et à l'art. 1389 interdisant aux époux de changer par convention l'ordre légal des successions. — Cass., 20 mars 1869, précité.

164. — Dans d'autres cas aussi, de pareilles clauses dans les libéralités ont été annulées en dehors de toute idée de substitution, et parfois cette annulation les fait seulement tenir pour non écrites, parfois fait tomber la donation tout entière. — Cass., 11 déc. 1867, Georget, [S. 68.1.87, P. 68.176, D. 67.1.471] — Paris, 19 nov. 1852, Charny, [P. 53.1.59, D. 53.2.96] — V. Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 26; Laurent, t. 14, n. 407; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3120, 3121.

§ 3. *Éventualité du droit des appelés.*

165. — Pour qu'il y ait substitution, il est nécessaire que la propriété puisse au besoin se consolider sur la tête du grevé, au cas par exemple où il survivrait aux appelés ou à un certain événement. Les appelés sont dans la même situation exactement que les héritiers présomptifs. Jusqu'au décès du grevé, ils n'ont qu'un droit éventuel et incertain, nullement un droit conditionnel, car s'il avait ce caractère, leur droit serait rétroactif à partir de ce décès. Or, à compter de ce moment-là, ils ont un droit mais qui ne date que d'alors, de l'époque où se règle le sort des biens compris dans la substitution. Par là la substitution se distingue du fidéicommis à terme qui est valable, précisément parce que le droit du fidéicommissaire est dès à présent certain et transmissible à ses héritiers. Ainsi en est-il d'une clause conçue en ces termes : « Je lègue tel immeuble à Paul à charge de le rendre à Pierre dans cinq ans ». — Toullier, t. 5, n. 24; Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéic.*, § 6; Duranton, t. 8, n. 77 et s.; Rolland de Villargues, n. 54 et s.; Demolombe, t. 18, n. 98; Troplong, t. 1, n. 104; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 313; Laurent, t. 14, n. 449 et s.; Huc, t. 6, n. 16; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3141, 3142; Planiol, t. 3, n. 3283.

§ 4. *Ordre successif.*

166. — L'ordre successif est un élément essentiel des substitutions fidéicommissaires. En d'autres termes il ne faut pas seulement une double et successive transmission avec charge de conserver et de rendre pour le premier gratifié sur la tête de qui la propriété a résidé un certain temps, il faut, en outre, que la charge de rendre les biens objet de la disposition ne doive s'exécuter qu'à la mort du grevé. En effet, toute disposition soumise à une modalité ne contient pas une substitution prohibée. Le legs conditionnel ou à terme est parfaitement valable. L'art. 1121, C. civ., autorise, d'ailleurs, positivement la stipulation faite au profit d'un tiers, lorsqu'elle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre, et le mot condition est ici synonyme de mode ou charge. Pour qu'il y ait substitution fidéicommissaire il est nécessaire que l'appelé, tout en tenant ses droits du disposant, succède au grevé et substitue sa propriété à celle du grevé, non effacée rétroactivement d'ailleurs, au décès de celui-ci. C'est au jour de ce décès seulement qu'on aura à apprécier la capacité de l'appelé à recueillir la disposition.

167. — L'art. 896, il est vrai, n'exige pas expressément la nécessité de cette époque : la mort du grevé pour la restitution. Mais cette condition est sous-entendue, et en employant les mots *chargé de conserver et de rendre*, les rédacteurs du Code civil ont certainement pensé que cette charge devait durer toute la vie du grevé. Aussi bien c'était une notion courante qu'ils n'ont certainement pas voulu changer. Dans l'ancienne jurisprudence française, à défaut de date exprimée, les substitutions n'étaient réputées faites que pour avoir lieu à la mort du grevé. — Thévenot, n. 919 et s., 500 et s.; Bergier, sur Ricard, part. 2, n. 2; Pothier, *Des substitutions*. — L'ordre des successions était regardé comme le trait principal et distinctif des substitutions fidéicommissaires. Des discussions au Conseil d'Etat préparatoires au Code civil il résulte qu'on a voulu prohiber les substitutions telles qu'elles étaient autrefois employées. Cette prohibition a eu pour but d'empêcher l'établissement d'un ordre extra-légal de succession; il faut donc que la substitution s'ouvre au règlement de la succession du grevé. Au reste, l'art. 896 indique lui-même que la restitution ne doit avoir lieu qu'à la mort, en disant que le grevé est tenu de conserver, sans apporter aucune limite à cette conservation, si ce n'est celle qui résulte forcément de ce qu'il est obligé de rendre, ce qui l'empêche de transmettre à d'autres qu'au substitué. L'art. 897 excepte de la prohibition portée par l'article précédent, les dispositions permises aux pères et mères, aux frères et sœurs, au chap. 6 du titre *Des donations et testaments*. Or cet article se réfère à des dispositions où la charge de rendre n'est susceptible d'être accomplie qu'à la mort du grevé, puisque la restitution doit être faite à tous les enfants nés et à naître.

168. — Les actes compris dans la règle prohibitive doivent présenter les mêmes caractères intrinsèques que ceux visés dans l'exception. Aussi, de même qu'un arrêt du parlement de Dijon du 13 mai 1677 (rapporté dans Ricard, *Traité des dispositions conditionnelles*, ch. IV, n. 94) a vu une simple disposition *sub modo* dans une libéralité où était désigné un tiers auquel on devrait faire parvenir la chose donnée, pourvu qu'on n'eût pas reporté la charge de rendre jusqu'à la mort du grevé, de même aujourd'hui auteurs et jurisprudence s'accordent à exiger comme condition essentielle de la substitution, l'ouverture du droit des appelés au décès du grevé seulement. C'est l'ordre successif, c'est-à-dire « un ordre successoral et, s'il était permis de dire ainsi, un ordre héréditaire » (Demolombe, t. 18, n. 98) qui distingue la substitution prohibée des dispositions conditionnelles à titre gratuit, comme le trait de temps la sépare de la substitution vulgaire et des dispositions conjonctives. — Rolland de Villargues, n. 55 et 304; Duranton, t. 8, n. 77 et 79; Toullier, t. 5, n. 22; Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéic.*, § 6; Proudhon, *De l'usufruit*, n. 443; Delvincourt, t. 2, p. 390, notes; Marcadé, sur l'art. 896, n. 3; Troplong, t. 1, n. 104; Demolombe, t. 18, n. 98; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 313, note 33; Laurent, t. 14, n. 449 Huc, t. 6, n. 19; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3144; Planiol, t. 3, n. 3283.

169. — Il n'y a donc pas substitution quand le donataire ou légataire est tenu de rendre les biens, soit immédiatement, soit

après un délai déterminé, soit à l'arrivée d'une condition susceptible de se réaliser de son vivant. Jugé, en ce sens, que, pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut que la charge de rendre ne doive être exécutée qu'à la mort du grevé. Ainsi, la disposition qui charge un légataire de rendre les biens à ses enfants au fur et à mesure de leur majorité, ne renferme point une substitution prohibée. — Colmar, 25 août 1825, Kopp, [S. et P. chr.] — V. Paris, 3 mars 1820, Hermel, [S. et P. chr.]

170. — Et il en est de même du testament par lequel une femme, après avoir institué son mari héritier, dispose que, dans le cas où il convolerait en secondes noces, il sera tenu de rendre la moitié de l'hérédité aux pauvres. Pour qu'il y ait substitution, il faut que la charge de rendre ne doive être exécutée qu'à la mort du grevé. — Colmar, 8 août 1819, Conté, [S. et P. chr.]

171. — Seulement il faut combiner ici deux principes, certains l'un et l'autre, dont l'application ne laisse pas de soulever en pratique des questions d'interprétation fort délicates. D'une part, on ne saurait admettre que toute charge indéterminée de rendre doive s'entendre de la charge de restituer à la mort; ce serait, en effet, violer la maxime universellement reçue que les actes doivent toujours, quand ils sont ambigus, être entendus de manière à produire un effet utile. D'autre part, il est incontestable qu'il n'y a pas en la matière de termes sacramentels exigés, que la charge pour le légataire de conserver les biens donnés sa vie durant n'a pas besoin d'être littéralement exprimée. Tout dépend des circonstances et est laissé à l'appréciation des tribunaux dans chaque espèce. Nous verrons de nombreux cas où la difficulté se présente à propos des dispositions conditionnelles (V. *infrà*, n. 190 et s.). Pour le moment examinons le cas, assez fréquent, où il y a charge indéterminée de conserver et de rendre sans autre explication, charge de rendre sans limitation de temps.

172. — Si donc il y a certainement substitution quand le grevé a été chargé de rendre *à son décès* ou *lorsqu'il mourra*, la charge indéterminée de rendre, sans que celle de conserver soit spécifiée, doit, en droit moderne, être entendue de la charge de rendre immédiatement, toutes les fois qu'elle devrait faire tomber la disposition si on l'entendait de la charge de rendre à la mort. Ainsi, si j'ai donné mes biens à Pierre à la condition qu'il les rendra à Paul, qui lui est étranger, on doit interpréter la clause en ce sens que Pierre doit rendre mes biens à Paul dès qu'il les aura recueillis. — Duranton, t. 8, n. 89; Toullier, t. 5, n. 23; Rolland de Villargues, n. 62 et s.; Grenier, t. 1, p. 116; Troplong, t. 1, n. 115; Demolombe, t. 18, n. 154; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 313 et 314, note 36; Laurent, t. 14, n. 452.

173. — Sans doute, dans l'ancien droit qui permettait les substitutions on présumait facilement que l'époque de la restitution était différée jusqu'au décès du grevé. On posait même en principe que dans toute disposition à charge de rendre la condition de survie de l'appelé se présumait de droit (Ricard, chap. 10, n. 6; Thévenot, chap. 56, § 1). Mais aujourd'hui que les substitutions sont prohibées, la présomption contraire s'impose en fait. Toutefois, si la charge de rendre est relative à une espèce où, entendue de la condition de rendre à la mort du grevé, elle rentre dans les exceptions faites par le Code en faveur des père et mère, frères et sœurs, ou par la loi de 1826, on pourrait encore, comme sous l'ancien droit, considérer la charge indéterminée de rendre comme s'il était dit de rendre *à la mort*. Cette interprétation paraît en harmonie avec l'intention présumée du disposant qui donne pour qu'on conserve et qu'on rende après avoir conservé comme propriétaire.

174. — Si, employant la formule de l'art. 896, le disposant a déclaré le légataire ou donataire tenu, non seulement de rendre, mais de *conserver* les biens sans limitation de temps, il faut avant tout rechercher quelles ont été ses intentions véritables (Laurent, t. 14, n. 453), mais, en général il sera présumé qu'il a entendu obliger le gratifié à conserver lesdits biens pendant toute sa vie. La clause, en effet, rentre expressément dans les termes de l'art. 896. Et puis à quelle époque, si ce n'est au décès, le grevé devrait-il opérer la restitution, car dans l'espèce on ne peut le supposer tenu de rendre immédiatement puisqu'il a l'obligation de conserver et, dans le silence de l'acte, on ne voit pas d'autre date de restitution que sa mort (Demolombe, t. 18, n. 155). MM. Aubry et Rau (t. 7, § 694, p. 313, 314) disent aussi : « Quant à la charge de *conserver pour un tiers*, elle s'étendrait à la vie entière du grevé, si elle lui avait été imposée sans limitation de temps. » — Rolland de Villargues, n. 59; Marcadé, sur l'art. 896, n. 111-2; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 465, note 17; Troplong, t. 1, n. 102; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 21.

175. — Il a été jugé en ce sens que, bien qu'il n'y ait substitution prohibée qu'autant que la charge de conserver et de rendre ne doit avoir son effet qu'au décès du grevé, cependant il n'est pas nécessaire que la disposition indique d'une manière expresse l'époque de la remise des biens; il suffit que cette indication résulte de l'ensemble de la disposition. — Cass., 15 juill. 1857, Formon, [S. 58.1.74, P. 58.556, D. 57.1.335]

176. — On a prétendu trouver une opinion contraire dans un jugement de Gap du 19 juin 1890 (Pret, *Gaz. des Trib.*, 28 juin 1890). Mais il faut remarquer que dans l'espèce, le premier gratifié avait été chargé, non pas de conserver mais seulement de donner à un tiers. On conçoit donc que, conformément à la thèse par nous soutenue en cas d'obligation de rendre indéterminée (V. *suprà*, n. 172), le tribunal se soit refusé à voir là une substitution prohibée.

§ 5. *Application de l'art. 896, C. civ., aux personnes morales.*

177. — Les principes que nous venons d'énoncer ont été très fréquemment appliqués à propos de libéralités grevant un individu (personne physique) au profit d'un autre individu. Sont-ils également de tous points applicables quand la difficulté se soulève à l'occasion de personnes morales gratifiées? Par avis du 23 mars 1822 (S. *Lois annotées*, 1789-1830, p. 1074), le Conseil d'État a admis l'affirmative en décidant que « la loi n'admet en faveur des établissements d'utilité publique aucune exception qui les exempte de la prohibition portée en l'art. 896 ».

178. — Cette solution a été encore confirmée, et d'une façon prêtant singulièrement à la critique, dans une espèce plus récente par le tribunal de la Seine, la cour de Paris et la Cour de cassation. Pour apprécier la valeur de ces décisions, il importe de rappeler succinctement les faits à l'occasion desquels s'est élevée dans l'espèce la question de savoir si les conditions constitutives de la substitution prohibée existaient réellement, et si, par suite, la nullité des dispositions attaquées devait être prononcée. La testatrice avait une importante fortune, qu'elle tenait de son frère, ancien élève de l'Ecole centrale des arts et manufactures et ingénieur civil. Elle a fait un testament olographe contenant les dispositions suivantes : « J'institue pour mes héritiers et légataires universels : 1° pour les deux tiers, la société amicale des anciens élèves de l'École centrale; 2° pour l'autre tiers, la société des ingénieurs civils. J'entends et je veux, comme le voulait mon frère, que si, par la suite des temps, l'une ou l'autre de ces deux institutions venait à disparaître, le legs fait à celle qui disparaîtra retourne entier à celle qui survivra. Enfin, si toutes deux cessaient d'exister, tous les biens par moi ici légués seraient mis à la disposition du conseil municipal de la ville de Paris, pour qu'il en soit fait par lui un emploi conforme à ce que je vais expliquer plus loin, en se conformant aux conditions et charges que j'impose. » La testatrice disposait ensuite que les valeurs acquises avec les sommes par elle léguées devaient être inaliénables, et que les revenus seuls seraient employés à la création de bourses d'études, à la fondation d'un prix annuel, etc. Par décret du 15 mars 1889, l'association des anciens élèves de l'Ecole centrale, la société des ingénieurs civils et la ville de Paris ont été autorisées à accepter les legs à elles faits par le testament ci-dessus analysé. Mais les héritiers de la testatrice ont contesté la validité des dispositions faites par leur parente, en prétendant qu'elles contenaient une substitution prohibée. Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris ont donné raison à ces derniers. Ils ont posé en principe que l'art. 896, C. civ., déclarant nulle toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, s'applique aussi bien lorsque la disposition est faite au profit des personnes morales que lorsque les légataires institués en droit successif sont de simples particuliers. Ils en ont fait application dans l'espèce, en affirmant l'existence des deux caractères très-nets qu'on ne rencontre que dans les substitutions : 1° l'ordre successif (*ordo successivus*); 2° l'obligation de conserver et de rendre. — Paris, 1er juin 1893, sous Cass., 12 févr. 1896, Assoc. amicale des anc. élèves de l'Ecole centrale et Soc. des ingén. civ., [S. et P. 96.1.305, D. 93.2.513] — Trib. Seine, 29 janv. 1891, Héritiers Fusco, [S. et P. 93.2.262, D. sous Paris, 1er juin 1893, précité]

179. — Sur pourvoi formé par les deux établissements insti-

tués, la chambre des requêtes n'a même pas admis que la question fût assez délicate pour être portée à la chambre civile. Elle a déclaré que la loi avait été bien appliquée, les deux conditions précitées, essentielles à l'existence d'une substitution prohibée, se trouvant réunies. Est nulle, a-t-elle dit, comme entachée de substitution, la disposition testamentaire par laquelle, en léguant ses biens à une personne morale pour que les revenus en soient affectés au service d'une fondation, le testateur a désigné une deuxième personne morale pour recueillir les mêmes biens avec une affectation analogue, pour le cas de disparition de la première, et une troisième personne morale, pour le cas de disparition de la deuxième. — Cass., 12 févr. 1896, Assoc. amicale des anc. élèves de l'école centrale et Soc. des ingénieurs civils, [S. et P. 96.1.305, D. 96.1.545]

180. — On ne peut objecter que de telles dispositions ne créent pas d'ordre successif entre les personnes civiles qui en sont les bénéficiaires; car ces dispositions feraient obstacle à ce qu'en cas d'extinction des associations gratifiées, les biens à elle légués suivissent le sort du reste de leur patrimoine, c'est-à-dire fussent recueillis par l'Etat, ou reçussent, conformément aux statuts, la destination décidée par les associés restants avec l'approbation du Gouvernement. — Même arrêt.

181. — On ne saurait objecter davantage que les mêmes dispositions ne contiennent pas l'obligation de conserver et de rendre, sous prétexte que, si une obligation de conserver est imposée aux institués, elle a exclusivement sa raison d'être dans l'affectation des biens légués pour une œuvre déterminée, alors que l'intérêt de l'œuvre et l'intérêt des personnes morales chargées de la réaliser sont indivisibles. — Même arrêt.

182. — D'ailleurs la charge de conserver et de rendre, qui n'a pas besoin d'être exprimée en termes formels, résulte, d'après l'appréciation souveraine des juges du fond, des clauses du testament et notamment de celles relatives au placement des capitaux à provenir de la vente des biens légués. — Même arrêt.

183. — Cette thèse de la jurisprudence a rencontré une vive opposition dans la doctrine. — Planiol, t. 3, n. 3285, et note sous Paris, 1er juin 1893, précité, [D. 93.2.513]; Lyon-Caen, note sous Cass., 12 févr. 1896, [S. et P. 96.1.305] — Suivant ces auteurs, elle est le résultat d'une erreur consistant à voir une substitution prohibée dans une combinaison de legs conditionnels. En pareille hypothèse, d'abord, ils ne sauraient voir d'*ordre successif*. L'ordre successif créé par la substitution, c'est un ordre successoral organisé par le disposant, et par suite duquel la succession du grevé n'est pas, quant aux biens compris dans la substitution, dévolue à ses héritiers désignés par la loi. A cet égard, tous les auteurs sont aussi formels que possible; et leur doctrine, qui n'a jamais été contredite, se déduit d'une façon inéluctable d'un des motifs principaux invoqués pour défendre les substitutions. Les substitutions étaient dictées par des préoccupations nobiliaires, par suite desquelles, dérogeant à l'ordre légal de dévolution des successions, tous les biens ou la plus grande partie des biens d'une famille étaient, en vertu d'un ordre de succession créé par le disposant, concentrés en une seule main. Ces substitutions étaient, par suite, en opposition avec l'organisation sociale issue de la Révolution et confirmée par le Code civil. S'il en est ainsi, on ne peut concevoir l'existence de l'ordre successif quand le gratifié est une personne morale. Un disposant ne peut distraire des biens de la succession d'une personne morale pour les attribuer à d'autres qu'à ses héritiers, par cela même qu'une personne morale n'a ni succession ni héritiers. La mort seule peut donner ouverture à une succession; c'est exclusivement la mort naturelle aujourd'hui; ce pouvait être aussi la mort civile avant la loi du 31 mai 1854. En réalité, les personnes morales ne laissent pas de succession comme les personnes physiques. Pour soutenir le contraire, les arrêts précités font remarquer qu'en cas de dissolution, soit en vertu d'un décret, soit en vertu de leur propre volonté, les établissements d'utilité publique ont l'Etat pour successeur, à moins qu'ils n'aient été autorisés par leurs statuts à régler eux-mêmes la transmission de leurs biens; que les clauses incriminées feraient obstacle à ce qu'en cas d'extinction des sociétés gratifiées, les biens à elles légués suivissent le sort du reste de leur patrimoine. Ce sont là des affirmations inexactes. Même à l'égard d'établissements d'utilité publique, l'Etat, quand il prend leurs biens à la cessation volontaire ou non de leur existence, n'agit assurément pas comme successeur, en vertu de l'art. 768, C. civ. Il ne s'agit, dans l'art. 768, C. civ., comme dans toutes les autres dispositions du Code civil, que de la dévolution des successions des personnes naturelles; ce qui le prouve, c'est que l'art. 768 n'attribue la succession à l'Etat qu'à défaut de parents au degré successible, d'enfants naturels et de conjoint survivant. L'Etat ne recueille les biens des personnes civiles dissoutes que comme des biens vacants et sans maître, en vertu des art. 539 et 713, C. civ. Par cela même que l'Etat ne les recueille pas à titre héréditaire, on ne peut dire que la libéralité qui désigne une personne pour recueillir les biens laissés à une personne civile quand elle disparaîtra, renferme un ordre successif en ce qu'elle déroge à l'ordre légal des successions. Les associations peuvent régler elles-mêmes la dévolution de leurs biens, soit dans les statuts, soit dans une assemblée générale (L. 1er juill. 1901, art. 9), et, ce faisant, elles agissent sagement. Cependant, on ne peut pas assimiler cet acte à un testament. Pourquoi cette dévolution ne pourrait-elle pas résulter d'une stipulation insérée dans l'acte qui les rend propriétaires et acceptée par elles? Pourquoi une telle mesure serait-elle considérée comme un règlement de succession?

184. — Le tribunal de Dunkerque s'était prononcé en ce sens dans une espèce où le testateur avait désigné comme légataire l'Institut des Frères des écoles chrétiennes, et, pour le cas où cet établissement viendrait à être supprimé, avait nommé un autre légataire. On soutenait qu'il y avait là une substitution prohibée. Le tribunal s'est prononcé nettement pour la négative, faute de l'existence d'un ordre successif, puisque, « si l'Institut des Frères des écoles chrétiennes vient à être supprimé, il n'y aura pas lieu à l'ouverture d'une succession; qu'il s'agit ici d'une personne morale, et que la transmission successorale n'a lieu qu'entre personnes humaines ». — Trib. Dunkerque, 28 mars 1878, Hautier et Grawès, [S. 79.2.337, P. 79.1289, D. 80.3. 55]

185. — De plus, toute obligation de conserver et de rendre pour un motif quelconque ne formerait pas, d'après les mêmes auteurs, l'un des caractères essentiels de la substitution prohibée. Le but que poursuit le disposant dans une substitution est de faire parvenir les biens donnés ou légués aux appelés. C'est pour atteindre ce but qu'il impose au grevé l'obligation de conserver et de rendre. « Ce qu'il faut, dit fort justement Demolombe (t. 18, n. 149), pour que la défense d'aliéner forme une substitution, c'est qu'elle implique nécessairement la charge de conserver dans l'intérêt de certaines personnes déterminées, au profit d'un tiers ». Dans une libéralité à une personne morale, l'obligation de conserver a un motif tout différent : l'idée d'assurer la perpétuité des œuvres d'intérêt général voulues. Dans l'espèce tranchée en 1896 la perpétuité de ces œuvres ne pouvait être assurée sans que les biens légués fussent conservés par les gratifiés. Cette observation est si exacte que l'obligation de conserver n'était pas imposée seulement par le testament à la première et à la seconde association gratifiées l'une après la dissolution de l'autre, mais même à la ville de Paris, qui devait recueillir en cas de dissolution des deux associations précédentes, et assurément personne ne pourrait essayer de soutenir que la ville de Paris était grevée de substitution, puisqu'elle n'avait à rendre à personne les biens qui lui étaient légués. On peut remarquer enfin que si les conditions constitutives de la substitution prohibée n'existaient pas dans l'espèce, il est facile aussi de constater que les raisons de la prohibition faisaient défaut; par cela même que les gratifiés, qu'on a traités à tort comme des grevés, étaient des personnes morales. Les dangers de la substitution ordinaire ne se rencontrent plus ici et la meilleure preuve qu'il ne saurait être question de considérations morales, sociales ou économiques quelconques pour justifier la théorie de l'arrêt de 1896, c'est que pour assurer la perpétuité de leurs volontés, les particuliers peuvent s'adresser très-valablement à une personne morale ayant une existence permanente, comme l'Etat, un département ou une commune. Dès lors, et c'est la seule conséquence d'ailleurs très-regrettable de ladite théorie, les fondations, dont l'utilité est parfois si grande, et qui nécessitent le recours à une personne morale gratifiée d'un legs ou d'une donation, ne peuvent vraiment se faire qu'en s'adressant à l'Etat ou à des démembrements de l'Etat. Ce n'est pas très-libéral comme conception législative pratique, d'autant plus qu'il est difficile en fait de faire application aux personnes morales de la combinaison, admise par les arrêts pour les personnes physiques, des legs conditionnels alternatifs en propriété et en usufruit.

186. — Dans certains cas où, le premier gratifié étant une personne physique, le second était une personne morale, deux arrêts ont refusé de voir une substitution fidéicommissaire et ont considéré, par interprétation de la volonté du testateur, qu'il y avait libéralité ou convention avec charges. Telle a été la solution admise à l'égard d'une disposition par laquelle un testateur léguait ses biens à un tiers, en ajoutant qu'il voulait que le produit de ces mêmes biens appartînt aux religieux de tel ordre si cet ordre venait à être rétabli. — Bruxelles, 15 oct. 1827, Legrand, [P. chr.]

187. — ... Et d'un abandon de biens fait sous réserve d'un usufruit, avec clause qu'à l'extinction de l'usufruit, l'abandonataire consacrera à un établissement de bienfaisance déterminé la totalité des biens donnés avec leurs fruits et revenus de toute nature. Un pareil acte n'est autre chose qu'un contrat synallagmatique, dans lequel l'une des parties s'oblige à donner sous une condition onéreuse, et l'autre s'oblige à faire en réalisant la condition imposée. — Cass., 14 juin 1843, Fusties, [S. 43.1.606, P. 44.1.23]

187 *bis.* — Jugé également que la clause par laquelle un testateur dispose que dans le cas où le légataire par lui institué viendrait à mourir sans enfants, ses biens reviendraient à une commune, peut être interprétée comme prévoyant le cas du prédécès du légataire avant le testateur, et par suite considéré comme une substitution vulgaire. — Bourges, 9 mai 1904 (inédit). — Ne présenterait pas d'ailleurs les caractères de la substitution prohibée, la clause d'un testament par laquelle le testateur stipule que dans le cas où le légataire universel qu'il a choisi viendrait à mourir sans enfants, ses biens reviendraient à une commune; il y a là un double legs alternatif, subordonné à la condition suspensive du décès sans enfants du légataire universel institué le premier, c'est-à-dire une substitution vulgaire. — Même arrêt.

Section II.

Applications. — Clauses d'où peut résulter ou non une substitution prohibée.

188. — Quand une disposition réunit les divers caractères essentiels que nous venons d'indiquer, elle constitue toujours une substitution et est en princie prohibée comme telle. Peu importent les termes employés par le disposant ou la forme, absolument licite en soi, sous laquelle ont été déguisées ses véritables intentions. Examinons donc les clauses les plus fréquentes qui, valables en elles-mêmes, peuvent cacher une substitution prohibée.

189. — Il faut, d'ailleurs, poser en principe qu'au cas où une disposition testamentaire est arguée de nullité, comme contenant une substitution, lorsqu'il y a un doute sur le sens de cette disposition, il convient de préférer l'interprétation qui donne un sens licite à la disposition et permet de l'exécuter, à celle qui lui donne un sens illicite et la frappe de nullité. — Trib. d'Aubusson, 4 juill. 1899, sous Limoges, 27 févr. 1900, [S. et P. 1903.2.273, D. 1901.2.281]

§ 1. *Dispositions conditionnelles.*

190. — Sans aucun doute possible, l'auteur d'une libéralité est libre d'en subordonner la réalisation à une condition. Mais d'abord les dispositions conditionnelles présentent ce caractère commun aux substitutions qu'il y a, pour quiconque les détient *pendente conditione*, l'obligation conditionnelle de conserver et de rendre les biens qui y sont compris; cela se discerne dans le legs sous condition suspensive mais apparaît encore bien plus nettement dans le legs sous condition résolutoire et surtout si le même bien est légué à l'un sous condition résolutoire, à l'autre sous condition suspensive. Enfin l'analogie devient frappante avec la substitution si la condition apposée au legs est telle qu'elle ne puisse s'accomplir qu'au décès du détenteur provisoire des biens. D'autre part, il faut reconnaître que dès longtemps et fort souvent la pratique a cherché à remplacer la substitution fidéicommissaire interdite par une double disposition conditionnelle du même bien, et qu'alors la distinction est très-délicate à faire entre la substitution interdite et le legs conditionnel que l'art. 896 ne doit pas plus faire annuler que l'art. 951-2°, C. civ. Tout en pareil cas réside dans une question d'interprétation de la volonté du testateur. Aussi à toutes les époques, des arrêts contemporains présentent-ils des solutions contradictoires en apparence. D'ailleurs des tendances en sens divers se sont manifestées à plusieurs reprises dans la jurisprudence.

191. — Un point sur lequel tout le monde est d'accord comme principe est le suivant : l'art. 896, C. civ., qui déclare nulles les substitutions fidéicommissaires, s'applique aux substitutions conditionnelles comme aux substitutions pures et simples. Il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre les unes et les autres. L'ordre successif n'en existe pas moins parce qu'il est établi conditionnellement. Une fois la condition, générale dans toutes les substitutions, de la survie de l'appelé au grevé bien posée, les autres conditions particulières se joignent à elles sans en changer la nature et rendent seulement plus éventuel encore le droit dudit appelé. Cette règle est admise par tous les auteurs. — Toullier, t. 5, n. 36 et 37; Duranton, t. 8, n. 87; Rolland de Villargues, n. 313; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 10 et s.; Troplong, t. 1, n. 157 et s.; Demolombe, t. 18, n. 156; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 314, note 39; Laurent, t. 14, n. 435; Colmet de Santerre, t. 4, n. 10 *bis*-VIII; Huc, t. 6, n. 16; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3165; Massigli, *Rev. crit.*, 1883, p. 260; Lamache, *Les stipulations permises en matière de substitutions* (*Rev. du not.*, 1893, p. 121). — Elle l'a été aussi par la jurisprudence dès le début du XIXe siècle. — Nîmes, 11 août 1812, Saltet, [S. et P. chr.] — Rouen, 24 août 1812, Priet, [S. et P. chr.]

192. — Indépendamment des arrêts que nous citerons bientôt à propos des applications qu'ils en font dans diverses espèces, le principe a toujours été maintenu depuis lors, notamment par la Cour suprême. Celle-ci a jugé que la charge de conserver et de rendre emporte substitution quoiqu'elle ne soit pas reportée purement et simplement à l'époque du décès du grevé. — Cass., 13 août 1856, Gauthier, [S. 56.1.893, P. 57.608, D. 57.1.23]

193. — ... Que la substitution réunissant les caractères de la substitution fidéicommissaire ne cesse pas d'être prohibée, bien qu'elle soit conditionnelle, lorsque l'événement de la condition à laquelle elle est soumise doit nécessairement rester incertain jusqu'au décès de l'institué, comme, par exemple, dans le cas où l'appelé ne doit profiter de la substitution que si le grevé vient à décéder sans enfants légitimes. — Cass., 31 mai 1865, De Chateaurenard, [S. 65.1.353, P. 65.891, D. 65.1.438]

194. — ... Que la substitution fidéicommissaire, bien qu'elle soit conditionnelle, tombe sous la prohibition prononcée par l'art. 896, C. civ., lorsqu'elle réunit d'ailleurs tous ses éléments essentiels. — Cass., 7 mars 1876, Augieras, [S. 77.1.17, P. 77.26, D. 76.1.197]; — 15 mai 1877, Lacour, [S. 77.1.264, P. 77.664]; — 28 déc. 1881, Bujac, [S. 82.1.155, P. 82.1.370, D. 82.1.246]; — 17 avr. 1894, Fabr. de Bourbon-Lancy, [S. et P. 98.1.500, D. 94.1.323]

195. — Ajoutons qu'il n'est pas indispensable, pour rendre l'art. 896 applicable, que l'obligation de conserver dure nécessairement pendant toute la vie du grevé; il suffit qu'elle puisse durer tout ce temps-là dans une hypothèse donnée. Si donc presque toujours la condition est telle que son arrivée ou sa défaillance ne puisse être certaine qu'au décès de l'institué, quand par exemple il y a charge de rendre imposée à un légataire s'il décède avant sa vingt et unième année ou sans postérité, il y a des cas où le droit du grevé est fixé de son vivant par la défaillance de la condition donnant ouverture au droit de l'appelé. Il peut y avoir aussi bien substitution au deuxième cas qu'au premier. Il a été jugé, notamment, que la disposition testamentaire par laquelle un legs est fait avec cette clause que, dans le cas où le légataire (en bas âge) viendrait à décéder sans enfants, le legs serait recueilli par une autre personne dénommée dans le testament, constitue, non un simple legs conditionnel, mais une substitution prohibée par la loi. — Rennes, 1er mai 1860, Berranger, [S. 61.2.404, P. 62.601, D. 61.2.85] — Peu importe, d'ailleurs, qu'il soit ajouté que le légataire institué pourrait disposer des biens aussitôt qu'il aurait un ou plusieurs enfants. — Même arrêt.

196. — Cette dernière clause aurait pu paraître exclure toute idée de substitution. Mais, si le légataire n'avait pas eu d'enfants, il eût dû conserver pour rendre jusqu'à son décès, d'où la cour de Rennes a vu dans la disposition, à titre éventuel au moins, une substitution prohibée. « De ce que l'incertitude dans le droit de propriété pourrait ne pas durer aussi longtemps que dans la substitution pure et simple, il ne s'ensuit nullement qu'elle n'existe

pas au même degré tant qu'elle dure. » — Demolombe, t. 18, n. 156.

197. — A pousser la thèse jusqu'au bout, on pourrait vouloir soutenir avec certains auteurs que la substitution subsiste avec la nullité qui en est la conséquence quand la condition à laquelle cette substitution était subordonnée dans un legs vient à défaillir *vivo testatore*. Mais l'opinion contraire a prévalu en doctrine et en jurisprudence (V. *infrà*, n. 613 et s.).

198. — Il est évident, d'autre part, que la substitution ne saurait être reconnue si la condition apposée au don ou au legs était illicite et par suite devrait être réputée non écrite, du moment qu'elle n'était pas la cause impulsive et déterminante de la libéralité. On peut citer en ce sens, à titre d'analogie, un arrêt ancien d'après lequel la condition imposée à un substitué de ne se marier qu'avec une personne noble, étant devenue impossible par la suppression de la noblesse, doit être réputée non écrite. En conséquence, le substitué, quoiqu'il ait épousé une personne non issue d'une famille noble, doit être maintenu dans la propriété des biens grevés, alors surtout qu'antérieurement à la promulgation des lois abolitives, soit de la noblesse, soit des substitutions, il avait déjà été investi de ces biens. — Cass., 13 mai 1813, De Loos, [S. et P. chr.] — Sur la condition de ne pas aliéner les biens donnés, V. *suprà*, n. 125 et s.

199. — D'autre part, une condition posée peut être, en fait, de réalisation impossible, et elle doit encore être réputée non écrite. Si, par exemple, on suppose une libéralité faite sous la condition que les légataires en propriété survivront au légataire en usufruit des mêmes biens, et si le légataire en usufruit est une personne morale, une ville, la condition de survie ne pouvant s'appliquer en l'espèce, le legs fait sous cette condition est réputé pur et simple. — Paris, 21 mai 1890, Greslé, [D. 91.2.239]

200. — Sur tous ces points, il n'y a vraiment pas difficulté. Mais la question délicate est la suivante : le legs conditionnel est, en principe, valable, et même il peut y avoir à l'égard d'un même bien un double legs conditionnel, l'un fait sous condition résolutoire au profit de Paul, l'autre fait sous condition suspensive au profit de Pierre. D'autre part, la substitution est interdite. Or pratiquement entre une substitution et une disposition conditionnelle, surtout de la nature de celles que nous venons de rappeler, la ligne de démarcation devient bien difficile à préciser. Il en est ainsi principalement quand la condition est telle qu'elle ne peut s'accomplir qu'au décès de celui qui doit alors rendre les biens jusqu'alors obligatoirement conservés par lui. Peu importe qu'il s'agisse de condition suspensive ou de condition résolutoire, l'art. 1040 autorise aussi bien l'une que l'autre et, dans les deux cas, qu'il s'agisse des rapports de l'héritier et d'un légataire ou de deux légataires alternativement gratifiés, il y a une personne tenue de conserver *pendente conditione* et de rendre éventuellement à une autre. Peu importe qu'il s'agisse de legs ou de donation entre-vifs, car l'art. 1121, C. civ., constitue, pour ce dernier cas, le pendant de l'art. 1040 pour le premier. Ajoutons que l'inconvénient résultant de l'incertitude de la propriété existe aussi bien en pratique dans les dispositions conditionnelles jusqu'à l'arrivée de la condition que dans la substitution proprement dite. Tout cela explique les nombreuses controverses qui se rencontrent tant en jurisprudence qu'en doctrine, aujourd'hui encore, sur le critérium à adopter, en présence d'espèces ne différant parfois que par de faibles nuances, entre ce qui est permis et ce qui est défendu.

201. — *1er Système.* — D'après certains auteurs, la distinction entre le legs conditionnel et la substitution doit être cherchée dans l'époque à laquelle la condition faisant naître le droit d'un légataire et disparaître celui d'un autre est destinée à se réaliser, dans l'époque par conséquent où devra se faire la restitution éventuelle de l'un à l'autre. Dès que cette restitution devrait se faire, spécialement dans l'hypothèse de deux legs alternatifs sous condition résolutoire et suspensive d'un même bien, à la mort de celui qui en est éventuellement tenu, il y aurait substitution. Toute condition résolutoire consistant dans la survie du second légataire ou, d'une façon plus générale, de nature à se réaliser au décès du premier transformerait le legs conditionnel en substitution. Les partisans de ce système invoquent surtout en sa faveur la nécessité de faire respecter l'art. 896. Autrement, disent-ils, rien ne serait plus facile que d'éluder sa prohibiton, puisqu'il suffirait d'appeler le tiers sous une condition dont l'accomplissement serait presque certain, ce qui laisserait l'institué propriétaire sous une condition résolutoire qui ne s'accomplirait qu'à l'époque de son décès. Ainsi, on pourrait disposer comme il suit : « Je donne mes biens à Pierre, et s'il n'atteint pas l'âge de quatre-vingt-dix ans je lègue ces mêmes biens à Jean, ou à l'inverse ». On sent combien il serait aisé de contrevenir à la prohibition de la loi, si on n'annulait pas une pareille disposition ; de pareilles clauses deviendraient de style. — Duranton, t. 8, n. 87. — V. Toullier, n. 42; Grenier, t. 1, p. 121 ; Rolland de Villargues, n. 89; Demolombe, t. 18, n. 101 et s.; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 313 et 317, note 43. — « Je ne sais, dit M. Colmet de Santerre (t. 4, n. 10 *bis*-VI), d'autre règle pratique sûre pour distinguer la substitution et le legs conditionnel que de s'attacher au quatrième caractère de la substitution consistant dans l'ouverture éventuelle du droit à la mort du grevé. Ainsi toute disposition dépendant d'un événement autre que la mort de la personne chargée de l'acquitter devrait passer pour simple legs conditionnel. Et, au contraire, toute disposition subordonnée à la mort de la personne chargée de l'acquitter et à la survie du gratifié passerait nécessairement pour substitution prohibée ». Et le même auteur (t. 4, n. 10 *bis*-VII) applique la même règle aux libéralités entre-vifs faites sous condition : « Si l'époque fixée pour la restitution est celle de la mort du donataire, sous la condition que le tiers survivra à celui-ci (condition qui, selon moi, devrait alors être sous-entendue, si le contraire n'est exprimé), on devra voir dans la stipulation dont il s'agit une substitution prohibée, qui aura pour effet de retrancher immédiatement de la donation le bien sur lequel portait la charge de restituer, si, comme il faut en général le supposer, cette charge emporte en même temps celle de conserver ». Même affirmation chez un auteur plus récent. « Nous prétendons qu'il y a substitution prohibée, lorsque la charge de rendre est imposée, non pas seulement sous la condition de survie, mais sous toute autre condition de nature à ne se vérifier qu'au décès, ou sous une condition dont la réalisation ne peut se placer qu'au décès, bien que la défaillance puisse se produire du vivant du grevé » (Mémin, *Essai d'une théorie sur les substitutions fidéicommissaires*, n. 25). Cette théorie a ce côté séduisant de fournir en pratique un moyen sûr de séparer la substitution prohibée de l'art. 896, des dispositions conditionnelles autorisées par les art. 1040 et 1121, quelles que soient les précautions prises par les disposants pour éluder les rigueurs du premier de ces textes. Par là s'explique son succès relatif.

202. — *2e Système.* — Mais cette théorie cependant, affirment d'autres autorités, doit être tenue pour inexacte. Il est vrai, font-ils d'abord remarquer, que dans le cas d'un legs conditionnel, la propriété de la chose léguée se trouvera résider éventuellement, pendant un certain temps, sur la tête du grevé, et qu'il y aura incertitude, jusqu'à l'événement de la condition, à qui appartiendra, en définitive, la propriété des biens. Mais cette incertitude ne suffit pas pour faire annuler les actes où elle se trouve, puisque la loi admet de pareilles conditions alors qu'elles n'ont pas ce caractère, spécial aux donations entre-vifs, de constituer des infractions aux art. 943 et s. et 951-2°, C. civ. Au reste les inconvénients de la période d'incertitude ouverte par toute libéralité conditionnelle même testamentaire sont bien moindres que ceux résultant d'une véritable substitution. Au dernier cas, en effet, ces inconvénients sont irrémédiables le plus souvent et les biens substitués sont mis vraiment hors du commerce : les substitués sont inconnus, non encore conçus même, quand le grevé a déjà reçu les biens, ils ne sauraient donc intervenir pour valider les aliénations faites par ledit grevé et les rendre incommutables. Il en est tout autrement s'il s'agit d'un legs conditionnel : le bénéficiaire éventuel de la libéralité doit être connu et capable au jour où le légataire sous condition résolutoire est investi de la propriété et pourra donc, par son consentement, rendre possibles des aliénations définitives. Mais surtout il faut s'en tenir aux principes. Or « la charge éventuelle de conserver et de rendre figure sans doute dans les traits distinctifs de la substitution que prohibe l'art. 896, mais elle ne suffit point à la caractériser. Ce que la substitution suppose également, c'est une double transmission affectant successivement les biens substitués, c'est que, tout en tenant ses droits du disposant, l'appelé ne lui succède point, mais succède au grevé, c'est en d'autres termes, que celui-ci reste toujours un intermédiaire nécessaire entre le disposant et l'appelé » (Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3161).

L'*ordo successivus*, essentiel dans les substitutions, ne se rencontre pas dans le legs conditionnel puisque l'accomplissement de la condition fait disparaître rétroactivement et absolument la propriété du légataire sous condition résolutoire. Tous les auteurs admettent cela comme principe, même les partisans du premier système (V. Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 303, note 7); ils considèrent comme caractérisant le legs conditionnel et le distinguant de la substitution, l'unité de transmission fondée sur la rétroactivité de la condition. Mais pourquoi, dans ces conditions, ne pas déclarer valables, dès lors que la loi ne distingue pas, toutes les dispositions conditionnelles où l'on rencontre l'unité de transmission? Pourquoi, pour déroger à la règle, s'attacher à une circonstance tacite de fait, comme l'époque à laquelle la condition est appelée à se réaliser, qui ne change en rien la nature intrinsèque de la libéralité? Peu importe que l'exécution de la charge de rendre soit reportée au décès de celui qui en est tenu. Soit, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (t. 2, n. 3161), un immeuble légué à *Primus* et, si *Primus* meurt sans enfants, à *Secundus*. « Si *Primus* meurt sans enfants, son droit est résolu; non seulement *Secundus* tient alors son droit du testateur, mais il lui succède directement, leurs droits se remplacent sans intermédiaire, puisque, grâce à la rétroactivité des conditions, *Primus* est censé n'avoir jamais été propriétaire. Dès lors, où est la double transmission, où est le trait de temps que la substitution implique? » En résumé, « l'unique critérium auquel on doit recourir pour distinguer si l'on est en présence d'une disposition conditionnelle ou d'une substitution, consiste, quelle que soit la condition et *quelle que soit l'époque fixée pour son accomplissement*, dans ce fait que la disposition opère une seule transmission, ou, au contraire, deux transmissions successives ». Lamache, *op. cit.*, p. 15. — V. Merlin, *Quest.*, v° *Subst. fidéic.*, § 4, n. 2; Laurent, t. 14, n. 440 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 654; Huc, t. 6, n. 16; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3161 et s.

203. — La jurisprudence, surtout celle de la Cour suprême, s'est toujours montrée favorable à cette seconde opinion et, sauf à en développer progressivement les conséquences, a posé dès l'origine, comme critérium de distinction entre les dispositions conditionnelles permises et les substitutions prohibées, le point de savoir s'il y avait ou non unité de transmission. Elle l'a appliqué d'abord en présence d'un double legs alternatif sous condition suspensive, puis, malgré quelques velléités de distinction, à l'égard de deux legs faits l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, enfin à propos d'un legs unique sous condition résolutoire avec retour aux héritiers du sang. Nous en trouverons de nombreux exemples *infrà*, n. 367 et s., à l'occasion des dispositions en nue propriété et en usufruit. Mais d'ores et déjà nous allons en signaler un certain nombre dans d'autres hypothèses.

204. — Seulement la difficulté en pratique n'est que reculée, car il faut toujours se demander dans chaque espèce à quels signes on reconnaîtra l'unité ou la dualité de transmission. En réalité il s'agit ici d'une interprétation de volonté à faire pour chaque cas et les juges auront à rechercher la véritable intention du disposant. Ils tiendront compte pour cela des termes par lui employés (par exemple, les biens *retourneront* ou *reviendront* à Pierre à la mort de Paul) qui peuvent caractériser une double mutation. Toutefois, en présence d'une nullité d'ordre public énoncée par la loi, la validité de l'acte ne saurait dépendre uniquement du plus ou moins d'habileté de son rédacteur, d'où il suit que, nonobstant la forme conditionnelle donnée à un legs, ce legs devra être annulé s'il cache une substitution. Ils examineront si le légataire sous condition suspensive était déjà né lors de la confection du testament, sans pour cela valider toujours la disposition à lui faite, car elle peut renfermer une substitution, ni annuler comme substitution la disposition tout entière, mais seulement le legs fait à un non-conçu, quand surtout, à raison de son âge, le disposant pouvait croire que le légataire serait au moins conçu lors de son propre décès. Dans une certaine mesure aussi ils pourront faire état de ce que le gratifié investi de la propriété des biens sous une condition susceptible d'être vérifiée seulement à son décès, en a déjà ou non la jouissance. Mais tout cela n'est qu'une simple indication. En résumé les juges décideront d'après l'ensemble des circonstances et il faut remarquer que la tendance récente est, en cas de doute, d'apprécier l'acte *potius ut valeat quam ut pereat*. Nous aurons à le constater relativement aux legs d'usufruit et de nue propriété. Mais nous en trouvons des applications même dans les dispositions conditionnelles relatives à la pleine propriété.

205. — Pendant assez longtemps les tribunaux se sont montrés plutôt sévères pour les dispositions conditionnelles. Ils voyaient facilement une substitution prohibée, annulable dès lors pour le tout, dans une disposition conditionnelle double, portant sur le même objet, et attribuant cet objet sous une condition suspensive ou résolutoire à une personne pour le faire revenir à un autre donataire ou légataire ou simplement en faire bénéficier les héritiers naturels du testateur en cas d'inexécution de la condition. Jugé notamment qu'il y a substitution prohibée : ... dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un héritier, déclare qu'il donne et lègue à un tiers une somme déterminée, dans le cas où ledit héritier décédera sans s'être marié ou sans enfants légitimes. — Limoges, 27 juill. 1809, Mesvières, [S. et P. chr.]

206. — ... Dans la disposition suivant laquelle les biens légués devront être recueillis par un tiers au cas où le premier institué décéderait célibataire; et que la nullité doit être prononcée, même avant que la condition soit vérifiée ou défaillie. — Nîmes, 11 août 1812, Saltet, [S. et P. chr.] — Rouen, 24 août 1812, Priet, [S. et P. chr.]

207. — ... Dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire, ordonne qu'au cas où ce légataire décéderait, soit avant sa majorité ou son mariage, soit marié ou sans enfants, ses père et mère lui succéderaient dans les biens légués, et qui en outre, après la mort de ceux-ci, appelle deux de leurs enfants et plusieurs neveux et nièces désignés à recueillir lesdits biens par égales portions. — Metz, 5 mai 1815, Beaujean, [S. et P. chr.] — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 77; Toullier, t. 6, n. 535, 536, et 621; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 8, n. 11; Marcadé, sur l'art. 896, n. 5.

208. — Jugé encore qu'il y a substitution fidéicommissaire, partant prohibée, dans la disposition testamentaire par laquelle un legs est fait à un mineur, avec la clause que, dans le cas où il viendrait à mourir avant sa majorité ou son mariage, le legs serait recueilli par une autre personne dénommée dans le testament. — Paris, 30 août 1820, De Montaigu, [S. et P. chr.] — Limoges, 6 juin 1848, David, [S. 49.2.299, P. 49.1.379, D. 49.2.144] — *Sic*, Toullier, t. 5, n. 42; Coin-Delisle, sur l'art. 898, n. 10 et s.; Rolland de Villargues, n. 50; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substit.*, ch. 1, sect. 3, n. 2.

209. — ... Spécialement, quand un legs est fait à un mineur avec charge de le rendre, en cas de mort avant sa majorité, aux héritiers naturels du testateur. — Cass., 22 nov. 1842, Balandra, [S. 42.1.914, P. 42.2.666, D. 43.1.9]

210. — ... Ou à l'exécuteur testamentaire. — Cass., 8 juin 1812, Mérendol, [S. et P. chr.] — Paris, 7 therm. an XII, Esteron, [S. et P. chr.]

211. — ... Dans le legs d'un préciput fait par un père à son fils, avec la condition qu'au cas de décès sans enfants, ce fils ne pourra transmettre les biens légués à une famille étrangère, mais que ces biens reviendront à ses frères et sœurs. — Cass., 30 juill. 1827, Suriray, [S. et P. chr.]

212. — ... Dans la disposition d'un testament portant que, dans le cas où le légataire viendrait à décéder sans laisser d'enfants légitimes, la succession du testateur sera dévolue aussitôt, par le fait de cet événement, à ses héritiers légitimes et *ab intestat*. — Colmar, 9 mars 1827, Meyer, [S. et P. chr.]

213. — ... Dans la clause d'un testament par laquelle les biens légués à un premier héritier institué sont substitués à un second, pour le cas où le premier décéderait sans enfants : cette disposition ne saurait être considérée comme un simple legs conditionnel ou comme une substitution vulgaire. — Cass., 23 nov. 1840, Martenne, [S. 41.1.245]

214. — Ces arrêts visent presque tous des libéralités faites sous condition résolutoire et se résument assez bien dans cette formule empruntée à l'un d'eux : est réputé substitution, un legs fait sous condition résolutoire, si la mort du légataire doit opérer la résolution du legs et le retour à l'héritier institué. — Rouen, 24 août 1812, précité.

215. — Se rattache à la même doctrine un arrêt d'après lequel le legs fait à une personne sous la condition qu'elle se mariera, et qui, au cas où elle ne se marierait pas, doit être recueilli par une autre personne, ne renferme pas une substitution prohibée, mais ne constitue qu'un legs conditionnel autorisé par l'art. 898, même Code. En un tel cas, le légataire premier appelé,

ne pouvant être saisi du legs que par l'événement de son mariage, il s'ensuit que la propriété des objets légués reste en suspens jusqu'à ce mariage, ou jusqu'au décès du légataire, et que, dans ce dernier cas, le légataire appelé en seconde ligne recueille les objets légués, directement et sans qu'ils aient jamais appartenu au premier légataire avec charge de conserver et de rendre. — Poitiers, 29 juill. 1830, Potron, [S. et P. chr.]

216. — Mais il en serait autrement, et le legs contiendrait une véritable substitution prohibée, si la condition du testament avait été telle, que le premier légataire eût dû recueillir le legs pour le transmettre à une autre personne, dans le cas où il ne se marierait pas. — Même arrêt.

217. — En effet, pour que des dispositions conditionnelles soient réputées permises, il faut que la condition accomplie fasse, par son effet rétroactif, considérer le donataire ou légataire comme ayant joui de son droit du jour de la mort du disposant, et qu'ainsi il n'y ait pas deux dispositions de la même chose au profit de deux personnes différentes. Dans le cas contraire, il y a substitution prohibée. — Grenoble, 14 mars 1808, Laroche, [P. chr.]

218. — Notamment, le legs fait à une personne « pour faire, de la chose léguée, en propriété et jouissance, ce qu'elle jugera convenable », mais sous la condition qu'il sera caduc et non avenu » si cette personne décède avant l'âge de vingt et un ans, est nul comme renfermant une substitution prohibée, en ce que le légataire, qui ne peut disposer jusqu'à sa majorité de la chose léguée dont la pleine propriété lui est attribuée, est en outre, tenu de la rendre aux héritiers du testateur, si lui-même vient à décéder avant cette époque. — Cass., 13 août 1856, Gauthier, [S. 56.1.893, P. 57.608, D. 57.1.33]

219. — Dès ce temps néanmoins, il a été jugé qu'il n'y a pas substitution fidéicommissaire prohibée, dans la clause d'un testament portant : « Je donne à N... ou à ses représentants. » — Liège, 19 nov. 1811, Henon, [S. et P. chr.]

220. — ... Ou qu'un legs conditionnel ne peut dégénérer en une substitution prohibée, parce que le temps qui est apposé est plus ou moins long. — Paris, 23 juin 1825, Gruget, [S. et P. chr.]

221. — Et même une libéralité faite sous une condition relative au décès d'un gratifié n'a pas toujours alors été considérée comme constituant une substitution prohibée. Jugé, par exemple, qu'il ne faut pas considérer comme telle l'institution universelle faite par une femme en faveur de son mari en ces termes : dans le cas où il y aurait un ou plusieurs enfants à son décès (celui du mari), je le nomme et institue mon héritier universel; et, dans le cas où il n'en aurait pas à son décès, j'institue, etc. — Besançon, 3 mars 1819, Ody, [S. et P. chr.] — V. dans le même sens, Nancy, 4 juill. 1844, Vouzeau, [P. 44.2.586]

222. — ... Ou la disposition qui n'appelle le légataire d'une chose particulière à la recueillir, « que pour le cas où il survivrait au légataire universel, par lui-même ou sa postérité légitime en ligne directe », lorsque, du moins, il apparaît que dans l'intention du testateur, la nue propriété des biens formant le legs particulier a été acquise du moment du décès du légataire particulier. — Amiens, 20 févr. 1819, Jégu, [S. et P. chr.]

223. — ... Celle encore par laquelle le testateur institue un légataire universel dans le cas où son légataire viendrait à décéder sans enfants mâles. — Cass., 23 juill. 1834, Galard, [S. 34.1.577, P. chr.]

224. — Et il en est de même lorsqu'un testateur, après avoir institué un légataire universel, ajoute qu'au cas où ce légataire décéderait sans enfants avant sa mère, celle-ci recueillerait la succession. — Cass., 30 déc. 1835, Nicolaï, [S. 36.1.1086] — Paris, 7 déc. 1835, Féret, [S. 36.2.8, P. chr.]; — 17 déc. 1836, Tamisier, [S. 37.2.11, P. chr.]

225. — Jugé encore qu'il n'y a pas substitution prohibée, mais simple legs conditionnel valable, dans la disposition faite au profit d'un individu pour le cas où il survivra à un tiers, auquel l'usufruit des mêmes biens est donné. — Colmar, 25 août 1825, Kopp, [S. et P. chr.] — Montpellier, 6 mai 1846, De Montheil, [S. 46.2.573, P. 48.2.652]

226. — Peu importe même que le testateur ait chargé le légataire de vendre les biens légués à ses enfants au fur et à mesure de leur majorité. — Colmar, 25 août 1825, précité.

227. — Il en est de même de la disposition par laquelle un testateur donne à un tiers l'usufruit de tous ses biens, pour le cas où ce tiers survivra à l'héritier du testateur. — Paris, 17 avr. 1812, Petit, [P. chr.]

228. — Il n'y a pas davantage substitution prohibée dans la clause par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire actuellement au service militaire, appelle un tiers qui devra recueillir les biens légués, au cas où le premier institué serait mort ou viendrait à décéder au service. Cette disposition contient un legs conditionnel. — Colmar, 18 janv. 1837, Sigel, [P. 38.2.603]

229. — Il en est ainsi en matière, non plus de legs, mais de donation faite sous la condition suspensive de survie du donataire. — Cass. belge, 27 mars 1833, N..., [S. 34.2.111, P. chr.]

230. — Et la même thèse a été adoptée en matière de condition résolutoire. Jugé que la disposition par laquelle le testateur, après avoir légué ses biens à un tiers, ajoute que le legs sera restreint à l'usufruit dans le cas où l'héritier légitime parviendrait à sa majorité, ne renferme pas une substitution; que c'est, quant à la nue propriété, un legs fait sous une condition résolutoire. — Bruxelles, 13 déc. 1809, Massart, [S. et P. chr.]

231. — ... Qu'est également valable la clause par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire universel, à la charge par lui de laisser jouir des biens donnés un tiers désigné, ajoute que, dans le cas où le légataire universel viendrait à décéder sans enfants, avant l'usufruitier, les biens compris dans l'institution seront recueillis par les héritiers du testateur. — Bruxelles, 29 oct. 1825, Delvaux, [S. et P. chr.] — Orléans, 10 févr. 1830, Cotignon, [S. et P. chr.]

232. — La jurisprudence postérieure valide en général plus facilement, mais non toujours cependant, les disposition conditionnelles, surtout quand elles sont faites sous condition suspensive. Ainsi a été déclaré valable, comme contenant non une substitution prohibée, mais simplement deux legs conditionnels réguliers, le testament ainsi conçu : « Dans le cas où mon petit-fils (unique héritier du testateur) mourrait sans postérité, je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit, sur sa tête, la moitié de ma succession, et, dans ce même cas, je lègue la propriété de cette moitié sous condition suspensive à mes neveux et nieces, qui la recueilleront par souche. — Angers, 19 juill. 1854, Lezé, [S. 54.2.755, P. 54.2.305, D. 55.1.207]

233. — Jugé, de même, que la donation faite à plusieurs personnes sous la double condition que celles-ci ne pourront pas disposer des objets donnés tant qu'elles ne seront pas mariées, et qu'en cas de décès de l'un des donataires avant son mariage, les biens à lui transmis seront dévolus aux autres, peut, par interprétation de l'intention du donateur, être considérée comme ne constituant point une substitution prohibée, mais simplement une donation conditionnelle. — Paris, 16 févr. 1859, Duchesne, [S. 60.2.186, P. 60.71]

234. — ... Que la disposition testamentaire portant que le legs fait à un mineur ne sera valable que si ledit mineur atteint un âge déterminé, et que, s'il décède avant cet âge, le legs reviendra à un autre légataire, ne contient point une substitution prohibée mais seulement un double legs alternatif, sous condition suspensive. — Paris, 13 mai 1870, Aviat et autres, [S. 71.2.91, P. 71.318, D. 71.5.369]

235. — ... Que du moins cette disposition a pu être ainsi considérée par le juge du fait. — Cass., 8 avr. 1872, Aviat, [S. 72.1.172, P. 72.401, D. 73.1.69]; — 1er juill. 1891, De Beauveau, [S. 91.1.337, P. 91.1.802, D. 92.1.145]

236. — ... Qu'il en est de même de la disposition par laquelle le testateur lègue une rente à un tiers en lui interdisant de toucher au capital ou aux revenus avant l'âge de vingt-deux ans, et en cas de décès du tiers avant cet âge, lègue la même rente à une personne désignée. — Angers, 19 déc. 1877, Lepoidevin, [S. 78.2.82, P. 78.355, D. 79.2.171]

237. — ... Que l'obligation de conserver et de rendre étant la condition essentielle d'une substitution prohibée, toute disposition subordonnant seulement l'existence d'un legs à la survie du légataire est simplement un legs conditionnel et, par suite, valable. — Cass., 1er juill. 1874, Giry, [S. 74.1.465, P. 74.1198, D. 75.1.68]

238. — Ainsi, le testament qui institue pour légataires universels plusieurs mineurs, avec cette clause que la part de ceux qui mourraient avant leur majorité sans avoir contracté mariage accroîtrait aux survivants, ne renferme pas une substitution prohibée, mais bien deux legs conditionnels, l'un d'usufruit et l'autre de propriété. — Cass., 19 mars 1873, Hérit. Dabrin, [S.

74.1.5, P. 74.5, D. 73.1.55] — 25 févr. 1885, Gilda, [S. 85.1. 216, P. 85.1.520, D. 87.5.427] — *Sic*, Labbé, note sous Cass., 19 mars 1873, précité, [S. et P. *loc. cit.*

239. — Spécialement, on ne saurait voir une substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur lègue ses biens à des neveux mineurs, en les substituant réciproquement les uns aux autres, pour le cas où l'un ou plusieurs d'entre eux décéderaient avant leur majorité ; alors qu'il ressort de la combinaison des clauses du testament que le testateur a voulu seulement faire un legs de simple usufruit à ceux qui ne parviendraient pas à leur majorité, et donner aux survivants la part à laquelle auraient eu droit les prédécédés, s'ils avaient survécu. Il y a seulement, dans une telle disposition, deux legs conditionnels, l'un de toute propriété, l'autre d'usufruit, dont la validité n'a en rien à souffrir de ce que la condition imposée pourra ne s'accomplir qu'après le décès du testateur. — Paris, 19 juill. 1870, Hérit. Dabrin, [S. 71.2.69, P. 71.289, D. 70.2.215]

240. — Est également valable comme constituant un legs conditionnel, et non une substitution prohibée, la disposition par laquelle un testateur lègue tout ou partie de ses biens à une personne qui ne pourra les recueillir qu'au décès de l'héritier naturel du testateur, et dans le cas où cet héritier mourrait sans postérité. — Lyon, 30 juin 1876, Moucheroux, [S. 76.2.324, P. 76.1246]

241. — ... Et la disposition par laquelle un testateur lègue à un mineur « tous ses biens meubles et immeubles, pour en jouir et disposer en toute propriété à partir du jour de son décès », en ajoutant que « tous les biens meubles et immeubles légués appartiendraient à des tiers désignés au testament dans le cas où le légataire viendrait à décéder avant sa majorité sans laisser de postérité »; cette dernière clause ne contient qu'un legs éventuel des biens non aliénés qui se retrouveront dans le patrimoine du mineur au moment de son décès. — Cass., 8 juin 1875, Caroff, [S. 75.1.423, P. 75.1061, D. 76.1.76] — V. Douai, 18 févr. 1874, De Fiennes, [S. 74.2.317, P. 74.1300, D. 75.2.171]

242. — Du moins, l'arrêt qui le décide ainsi par appréciation de la pensée du testateur et des circonstances de la cause, se livre à une interprétation qui, n'étant pas formellement démentie par les termes du testament, n'excède pas les limites du pouvoir des juges du fond et ne saurait être révisée par la Cour de cassation. — Cass., 8 juin 1875, précité.

243. — Ne constitue pas davantage une substitution prohibée la disposition par laquelle le testateur subordonne le legs par lui fait à un mineur à la condition que celui-ci atteigne l'âge de trente ans, ou que, s'il meurt avant, il laisse des enfants légitimes, la somme léguée devant, au cas où la condition ne se réaliserait pas, être attribuée à d'autres personnes ; la disposition dont le sens est ainsi fixé par l'appréciation souveraine des juges du fond, ne contient, ni une double institution, ni un ordre successif, ni la charge de conserver et de rendre. — Cass., 10 nov. 1896, Gueulette, [S. et P. 97.1.321]

244. — Il importe peu que, jusqu'à l'événement de la condition, le testateur ait attribué au mineur, pour subvenir à ses besoins, la moitié des revenus légués, l'autre moitié devant être capitalisée pour suivre le sort du capital. — Même arrêt.

245. — Et le legs conditionnel ainsi fait au mineur doit avoir effet, bien que le testament l'ait qualifié à tort enfant naturel *reconnu*, s'il n'y a là qu'une indication donnée pour ordre et non une condition du legs. — Paris, 28 juin 1894, sous Cass., 10 nov. 1896, précité.

246. — Ne présente pas les caractères de la substitution prohibée la clause d'un testament contenant des legs au profit de deux frères et de deux sœurs, clause par laquelle le testateur stipule que, pour le cas où les frères mourraient avant vingt-cinq ans, comme pour le cas où les sœurs mourraient avant d'être mariées ou mourraient non mariées avant vingt-cinq ans, les legs faits aux prédécédés accroîtront aux légataires survivants par égalité entre eux, les legs étant d'ailleurs frappés d'inaliénabilité et d'insaisissabilité tant que les légataires n'auraient pas atteint vingt-cinq ans ; il y a là un double legs alternatif, subordonné à la condition suspensive de la vie des légataires jusqu'à vingt-cinq ans ou de leur mariage à cet âge, c'est-à-dire une substitution vulgaire. — Limoges, 27 févr. 1900, Gioux, [S. et P. 1903. 2.273, et la note de M. Pilon, D. 1901.2.281]

247. — Il en est ainsi surtout, alors que la volonté du testateur, ancien notaire expérimenté, interprétée tant d'après ses intentions que d'après les termes employés par lui dans son testament, où il parle d' « accroissement », et non de « legs qui reviendront ou retourneront », ne permet pas de reconnaître dans la disposition par lui faite l'existence d'une double transmission. — Même arrêt.

248. — Jugé de même encore, en matière de libéralités portant sur la nue propriété ou l'usufruit, qu'il n'y a pas de substitution prohibée dans la disposition par laquelle un testateur lègue la nue propriété de ses biens à un légataire pour le cas où il survivrait à l'usufruitier déjà désigné, et institue une autre personne dans l'hypothèse où ce légataire prédécéderait l'usufruitier ou mourrait sans enfants; cette disposition n'implique pas deux transmissions successives, mais contient une substitution vulgaire et un legs conditionnel subordonné à la double condition de survie du légataire et de sa mort sans enfants. — Cass., 4 janv. 1876, Gelles et Gentil, [S. 76.1.28, P. 76.44, D. 76. 1.267]

249. — ... Dans celle par laquelle un testateur lègue ses biens à une personne sous la condition qu'elle laissera des enfants issus de son mariage et, pour le cas où cette condition ne serait pas remplie, lègue les mêmes biens à une autre personne; il n'y a là, en effet, ni charge de conserver et de rendre, ni ordre successif établi, mais seulement une alternative entre deux legs conditionnels. — Nancy, 1er mai 1875, Gelles et Gentil, [S. 76.2.19, P. 76.109]

250. — Spécialement, la disposition par laquelle un testateur lègue la nue propriété de ses biens immobiliers à une personne, sous la condition qu'elle laissera des enfants issus de son mariage, et pour le cas où cette condition ne serait pas remplie, lègue cette même nue propriété à une autre personne, établit, non pas un ordre successif, mais seulement une alternative entre des legs conditionnels; elle ne constitue pas une substitution fidéicommissaire prohibée. — Cass., 29 juill. 1872, Bodinier, [S. 74.1.5, P. 74.5]

251. — Pareillement, ne renferme pas une substitution prohibée la disposition par laquelle le testateur a laissé à ses frères la totalité de ses biens meubles, et ensuite l'usufruit, réversible de la tête de l'un sur la tête de l'autre en cas de décès, de tous ses immeubles, puis a légué la nue propriété de ses immeubles à diverses personnes désignées, mais seulement pour le cas où les légataires de l'usufruit ne se marieraient pas et ne laisseraient pas d'enfants leur survivant. — Cass., 20 avr. 1885, Désarbres, [S. 85.1.440, P. 85.1.1061, D. 86.1.9]

252. — ... Ou le legs fait à un enfant, avec la clause qu'un tiers, chargé d'élever l'enfant, aura la jouissance des biens, sans pouvoir les vendre ou aliéner, les remettra à l'enfant à sa majorité et deviendra héritier, si l'enfant décède avant sa majorité. — Cass., 16 juill. 1885 (Sol. impl.), Favreau, [S. 86.1.103, P. 86.1.235, D. 86.1.289] — V. au surplus *infrà*, § 4.

253. — Il a été jugé au contraire, en présence de dispositions sous condition résolutoire surtout, qu'il y a substitution prohibée dans la clause d'un testament léguant les biens à une personne sous la condition que, celle-ci mourant sans enfants, lesdits biens reviendront à la famille du testateur. Peu importe que la disposition ne contienne pas charge expresse de conserver et de rendre si cette obligation résulte de l'ensemble du testament. — Cass., 8 févr. 1854, Dumas, [S. 54.1.694, P. 54.2.190, D. 54. 1.59]

254. — ... Qu'il y a charge de conserver et de rendre, et par suite substitution prohibée, dans la disposition testamentaire portant institution d'un mineur pour légataire universel, sous la condition que les biens légués seront employés en acquisition de certains immeubles; et que si le légataire décède avant sa majorité, lesdits immeubles appartiendront à des tiers désignés. — Cass., 8 févr. 1869, Cazalas, [S. 69.1.355, P. 69.895, D. 71. 1.176]

255. — ... Qu'il en est de même de la disposition par laquelle un legs est fait à un mineur, avec la clause que dans le cas où il viendrait à mourir sans enfants avant sa majorité, le legs serait caduc et comme non avenu. — Cass., 13 août 1856, Gauthier, [S. 56.1.893, P. 57.608, D. 57.1.33]; — 7 mai 1862, Rhodes, [S. 62.1.463, P. 62.1093, D. 62.1.289]

256. — ... Ou que les biens qui lui seraient *entrés, rentreraient* à la succession du testateur. — Cass., 11 déc. 1860, Bardet, [S. 61.1.185, P. 61.361, D. 61.1.25] — V. Amiens, 7 déc. 1868, Legrand, [S. 69.2.197, P. 69.844]

257. — La solution ne serait pas modifiée par ce fait que le legs serait adressé au mineur « pour en faire au décès du testa-

teur en propriété et jouissance ce qu'il jugerait convenable ». — Cass., 13 août 1856, précité.

258. — ... Qu'il en est de même encore de la disposition testamentaire portant que si l'héritier institué décède sans enfants légitimes, tous les biens légués passeront à des tiers désignés. — Cass., 1er août 1864, Dubuisson, [S. 64.1.408, P. 64.1127]; — 7 mai 1876, Augières, [S. 77.1.17, P. 77.26, D. 76.1.197] — Bordeaux, 13 août 1873, Mêmes parties, [S. 74.2.55, P. 74.3.278, D. 74.2.129] — Caen, 15 févr. 1876, Boissé, sous Cass., 15 mai 1877, [S. 77.1.264, P. 77.664, D. 77.2.110]

259. — ... De la disposition par laquelle un testateur, après avoir légué un immeuble à deux de ses neveux, et chacun par moitié, exprime la volonté que, dans le cas où l'un de ses légataires viendrait à décéder avant sa majorité, un troisième neveu hérite de sa portion. — Cass., 4 déc. 1865, De Lagreze, [S. 66.1.70, P. 66.162, D. 66.1.38]

260. — ... De la disposition par laquelle un testateur lègue à sa petite-nièce, encore mineure, des biens meubles et immeubles, à la condition que, si elle vient à mourir célibataire, ces biens devront retourner aux enfants et petits-enfants de la sœur du testateur. — Douai, 28 déc. 1875, Leclercq, [S. 76.2.76, P. 76.340]

261. — ... Du legs fait à une personne avec charge de rendre à un tiers *si elle ne se marie pas*. Le fait négatif auquel est subordonnée la charge de rendre ne peut se vérifier qu'au décès du premier gratifié. — Cass., 15 mai 1877, Lacour, [S. 77.1.264, P. 77.664]

262. — Jugé encore que contient une substitution prohibée le legs fait sous cette condition que, si le légataire décède sans enfants, tout ce qui lui a été laissé par le testateur reviendra à un tiers. — Caen, 15 déc. 1879, sous Cass., 16 août 1881, Buschard, [S. 84.1.62, P. 84.1.135, D. 82.1.30]

263. — ... Et que constitue, pareillement, une substitution prohibée le legs fait avec la clause que, si le légataire décède sans postérité, les biens reviendront à certains parents du testateur entre lesquels ils seront divisés dans des proportions déterminées. — Cass., 28 déc. 1881, Bujac, [S. 82.1.155, P. 82.1.370, D. 82.1.246]

264. — La cour de Montpellier s'est cependant refusée à considérer comme une substitution prohibée, la disposition par laquelle un testateur lègue ses biens à une ou plusieurs personnes, ajoutant qu'en cas de décès des légataires sans enfants ou avec enfants incapables de leur succéder, les legs à eux faits deviendront caducs et écherront à d'autres personnes. Suivant la Cour, en pareil cas, il y a tout au moins doute par suite du silence gardé par le testateur au sujet de l'époque à laquelle ses légataires devront être investis de la propriété qu'il confère, et ce doute doit s'interpréter en faveur de la validité de la disposition. — Montpellier, 26 mai 1879, Consorts Barthe, [S. 80.2.167, P. 80.670, D. 80.2.115]

265. — Mais il a été jugé, d'autre part, que dès lors que les caractères de la substitution sont bien constatés en fait, peu importe que cette substitution soit subordonnée à une condition suspensive (celle du prédécès de l'une au moins des dix personnes désignées, au moment où s'ouvrira le droit des appelés) : une condition de cette nature imposée à un legs qui réunit tous les caractères légaux d'une substitution ne le modifie pas dans ce qu'il a d'essentiel et ne peut effacer la nullité prononcée par la loi. — Cass., 17 avr. 1894, Fabr. de Bourbon-Lancy, [S. et P. 98.1.500, D. 94.1.323]

266. — Jugé aussi qu'il y a substitution prohibée dans la clause d'un testament par laquelle le testateur, en faisant à une personne, alors mineure, un legs particulier d'une somme soumise à l'usufruit de la mère du légataire, ladite somme devant être employée en rentes sur l'Etat, stipule qu'au cas où le légataire décéderait sans enfants, le legs reviendra à la famille du testateur, sauf à supporter l'usufruit de la mère du légataire ; un pareil legs établit, en effet, une double transmission, dont la seconde ne se réalisera qu'au décès du premier gratifié, celui-ci n'ayant qu'une propriété momentanée, soumise à la charge de conserver et de rendre, et la vocation du second bénéficiaire n'étant pas limitée à la portion des biens qui n'auraient pas été aliénés par le premier bénéficiaire. — Paris, 5 nov. 1900, Dagueyre, [S. et P. 1903.2.276]

267. — Vainement, on alléguerait que la clause incriminée contient, non des dispositions successives, mais des dispositions alternatives ne devant produire effet qu'au profit d'un bénéficiaire unique, et dont l'exécution est subordonnée à l'existence du légataire lors de l'ouverture de la succession du testateur ; en effet, à supposer que la disposition au profit du légataire eût été faite sous condition résolutoire, et celle dont bénéficie la famille du testateur sous condition suspensive, le testament n'en présenterait pas moins sous une forme détournée les caractères d'une véritable substitution fidéicommissaire, puisque la transmission des biens au second légataire ne s'opérera qu'au décès du premier. — Même arrêt.

268. — Vainement encore on alléguerait que la stipulation d'emploi en rentes sur l'Etat avait pour objet de garantir les droits du légataire mineur et l'exécution du legs d'usufruit fait au profit de sa mère ; la stipulation d'emploi, n'étant pas limitée à la cessation de la minorité ou au décès de l'usufruitière, concourt à démontrer l'intention du testateur d'imposer au légataire l'obligation de conserver et de rendre. — Même arrêt.

269. — Les diverses juridictions saisies de pareilles questions semblent attacher une certaine importance au caractère de la condition et se montrer plus disposées à valider les libéralités conditionnelles quand elles sont faites sous condition suspensive que quand elles le sont sous condition résolutoire. — V. Cass., 10 nov. 1896, Léon Michel, note, [D. 99.1.209] — Il faut remarquer cependant qu'en réalité cela est assez indifférent, toute condition suspensive ayant comme corollaire forcé une condition résolutoire exprimée ou sous-entendue, et réciproquement. Un légataire est-il gratifié sous la condition qu'il survivra à tel héritier du testateur décédé sans enfants, l'héritier se trouve gratifié *ipso facto* sous la condition résolutoire inverse. De plus, un légataire reçoit-il la pleine propriété sous la condition qu'il laissera des enfants, on peut indifféremment le tenir comme légataire ferme en usufruit dans tous les cas, puis comme légataire de la nue propriété, soit sous la condition résolutoire qu'il ne laissera pas d'enfants, soit sous la condition suspensive qu'il en laissera. — Dans tous les cas, donc, il faut appliquer le même critérium : il n'y a substitution que si l'acte fait apparaître deux transmissions, un ordre successif entre les divers gratifiés.

270. — On n'en trouve pas dans la disposition par laquelle le testateur, en instituant un légataire universel déclare qu'au cas où la personne instituée viendrait à être condamnée à raison de quelque délit, il lui substitue les enfants qui naîtraient de son mariage : on peut ne voir, dans une telle disposition, qu'une double institution alternative, faite, la première, sous condition résolutoire, la seconde, sous condition suspensive. — Bastia, 22 mai 1854, Orlandi, [S. 54.2.389, P. 55.1.219, D. 55.2.10]

271. — La Cour de cassation a fait dans une espèce une application très-nette et très-précise de ces principes. Il avait été jugé par une cour d'appel qu'il y a substitution prohibée, et non pas seulement legs conditionnel, dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire universel auquel il déclare que la propriété des biens recueillis appartiendra du jour de son décès, ajoute néanmoins que le legs est fait sous la condition que le légataire atteindra sa majorité, et qu'il entend, au cas où cette condition ne serait pas remplie, que le legs profite à ses héritiers naturels. — Lyon, 3 mars 1871, Pollet, [S. 71.2.150, P. 71.520, D. 73.1.283]

272. — La Cour de cassation, cassant l'arrêt, a vu, au contraire, un legs conditionnel et non pas une substitution prohibée, dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué pour ses légataires universelles, conjointement et avec droit d'accroissement en cas de prédécès de l'une d'elles, ses deux nièces auxquelles il déclare que la propriété des biens recueillis appartiendra du jour de son décès, ajoute néanmoins que le legs est fait sous la condition qu'elles atteindront leur majorité ou que l'une d'elles atteindra sa majorité, et qu'il entend, au cas où cette condition ne serait pas remplie, que le legs profite à ses héritiers naturels. — Cass., 18 juin 1873, Pollet, [S. 74.1.5, P. 74.5, D. 73.1.284]

273. — ... Et cette thèse a été adoptée tant par la cour de Grenoble sur renvoi que par la Cour suprême à l'occasion du nouveau pourvoi contre ce dernier arrêt. — Cass., 2 juin 1875, Pollet, [S. 77.1.102, P. 77.250, D. 76.1.424]

274. — Il n'en serait autrement, disent ces arrêts, qu'autant que le testateur aurait manifesté l'intention d'opérer deux transmissions successives et de faire ainsi deux libéralités venant, non l'une à défaut de l'autre, mais l'une après l'autre et par voie successorale, et conférant la propriété aux premiers

gratifiés sur la tête desquels elle persisterait avec tous ses attributs, sous la charge par le grevé de la conserver et de la rendre, après son décès, aux gratifiés en sous-ordre s'ils existaient en ce moment ». En d'autres termes, d'après ces arrêts, une chose peut être léguée à une personne sous une condition de nature à s'accomplir au décès d'une autre personne, qui restera gratifiée au cas où la condition ne se réaliserait pas; une chose peut être léguée à la fois à deux personnes, à l'une sous condition résolutoire, à l'autre sous la condition suspensive inverse, alors même que la condition ne pourra se réaliser qu'au décès de la première. Il y a ainsi legs conditionnel permis et non substitution prohibée, lorsqu'un legs est fait à une personne sous une condition qui doit être accomplie lors de son décès, la chose devant être remise à une autre personne déterminée à défaut d'accomplissement de la condition.

275. — Même décision dans un arrêt de la cour de Besançon, d'après lequel, quand un testateur, après avoir fait des legs particuliers, a disposé du surplus de sa fortune en faveur de son neveu et de sa nièce, pour le partager entre eux, « sous la réserve que, si le neveu mourait sans postérité, tout reviendrait à la nièce ou à ses enfants », les juges peuvent, en se fondant tant sur les termes employés par le testateur que sur l'intention par lui manifestée, desquels il résulte que le testateur n'a entendu ni établir entre ses légataires un ordre successif, ni faire une double transmission de ses biens, décider que cette disposition constitue, non une substitution prohibée, mais une double institution faite sous condition résolutoire au profit du neveu et sous condition suspensive au profit de la nièce, en telle sorte que, survenant le décès sans postérité du neveu, la nièce soit, par l'effet rétroactif de la condition, censée recevoir directement du testateur les biens légués. — Besançon, 18 nov. 1896, Morel, [S. et P. 97.2.32, D. 97.2.395]

276. — A s'en tenir aux deux arrêts de la Cour suprême des 18 juin 1873, précité et 2 juin 1875, précité, on eût pu croire qu'en matière de legs conditionnel c'en était fait de la prohibition de l'art. 896, C. civ., les tribunaux devant, sauf volonté expresse et formelle des testateurs, interpréter obligatoirement leurs dispositions comme des libéralités successives et valables. — Lambert, *De l'exhérédation*, n. 811. — Mais la pensée de la Cour de cassation était beaucoup moins absolue et s'est manifestée clairement dans nombre d'arrêts postérieurs. Elle décide comme nous le verrons plus loin en traitant, *infrà*, n. 582 et s., des règles d'interprétation, que les juges du fait ont plein pouvoir pour rechercher, dans chaque espèce, si le testateur a eu l'intention de faire un double legs conditionnel ou une substitution prohibée. Toutefois elle s'accorde avec les juridictions inférieures pour poser en principe que, dans le doute, les clauses testamentaires doivent être entendues *potius ut valeant quam ut pereant*. De cette situation résulte un grand désarroi dans la pratique. Faute de critérium sûr entre les libéralités permises et celles qui sont défendues, les testateurs ne peuvent être certains, au moment où ils disposent, que leurs volontés, formulées cependant dans des termes validés comme legs conditionnels par des arrêts, recevront effet. Certains arrêts annulent par application de l'art. 896 des dispositions identiques à celles que d'autres valident en écartant ce texte et, sauf son droit de contrôle quand les juges du fait constatent les éléments d'une substitution prohibée sans en prononcer la nullité, la Cour de cassation laisse passer les uns et les autres. Pour sortir de cette situation certains auteurs proposent une solution : ils partent de cette idée que l'art. 896, dont les termes excèdent la pensée de ses auteurs, n'a eu d'autre but que de rendre impossible la vocation de personnes non encore conçues au jour du décès du testateur (V. Fenet, t. 12, p. 264, 267, 271 et s., 284 et s., 516, 642), autrement dit de compléter et de sanctionner l'art. 906. Ils seraient donc d'avis de valider toutes libéralités, sous la forme notamment d'un double legs conditionnel, à la seule condition que la seconde libéralité profitât à des personnes déjà conçues. — Planiol, t. 3, n. 3297; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3158; Lambert, *De l'exhérédation*, n. 814, 944; Labbé, note sous Cass., 18 juin 1873, [S. 74.1.5, P. 74.5]; Alb. Tissier, note sous Cass., 10 nov. 1896, [S. et P. 97.1.321] — V. aussi Pilon, note sous Limoges, 27 févr. 1900, [S. et P. 1903.2.273] — Mais c'est détruire le caractère spécial et la portée particulière de l'art. 896 et il est peu probable que la jurisprudence se rallie à cette thèse d'ailleurs fort sage.

§ 2. *Substitutions réciproques. — Legs conjoints. Substitutions compendieuses.*

277. — Il y a substitution mutuelle ou réciproque quand deux personnes gratifiées sont grevées mutuellement l'une envers l'autre. Une telle clause peut renfermer une substitution prohibée. Ainsi en est-il quand il est dit : « J'institue Paul et Jean et, après la mort de l'un, mon hérédité appartiendra à l'autre. » En pareille hypothèse, chaque institué a d'abord recueilli moitié de la succession, et cette moitié ne pourra revenir au survivant que par transmission et en second ordre : d'où l'ordre successif, la coexistence de deux libéralités ayant une chose pour objet et deux personnes pour sujets, et cela *ab initio*.

278. — Une telle substitution peut être expresse ou tacite : expresse quand le disposant a dit : « Je donne à Pierre et à Paul tous mes biens, et au survivant je veux qu'appartienne la totalité »; tacite quand il est dit : « Je lègue tel fonds à Pierre et à Paul, et je charge le dernier mourant des deux de rendre le fonds à Titius. » On voit, dans ce cas, d'abord un fidéicommis exprès au profit de Titius, et un fidéicommis réciproque tacite entre Pierre et Paul (Digest., *De leg.*, 1. 87, § 2). — Ricard, n. 334; Thévenot, n. 418; Pothier, sect. 2, art. 3; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 10, § 7.

279. — Au second cas il y a certainement substitution prohibée, puisqu'il y a charge formelle de rendre à un tiers. Mais il en est de même au premier, car le survivant ne reçoit la portion précédemment recueillie par l'autre que par droit de transmission, et non par droit d'accroissement. Il en est de même dans le cas de substitution réciproque tacite quant aux substitués réciproques. Ainsi, le legs d'un immeuble fait à deux personnes, pour en jouir ensemble et hériter l'une de l'autre, renferme une substitution prohibée. — Orléans, 18 févr. 1829, Lovseau, [S. et P. chr.]

280. — De même, il y a substitution dans la disposition par laquelle deux époux se donnent réciproquement tous leurs biens, à condition que les héritiers du prédécédé recueilleront la moitié de la succession du survivant. — Bruxelles, 6 déc. 1809, Wacquenaere, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 28 juin 1830, Daine, [S. et P. chr.

281. — Seulement, et cette thèse était déjà admise par nos anciens auteurs (Thévenot, chap. 21, n. 414, et chap. 23; Ricard, part. 1, n. 393; Merlin, v° *Substit. directe*, § 4, n. 5), il n'y a substitution prohibée que s'il y a : 1° substitution et non pas seulement libéralité conjointe avec droit d'accroissement; 2° substitution fidéicommissaire avec charge, pour le grevé propriétaire *ad tempus*, de conserver et de rendre à sa mort, non substitution vulgaire. La disposition devra être maintenue toutes les fois qu'elle pourra s'analyser autrement.

282. — 1° Il peut être délicat parfois de décider si une disposition renferme une substitution fidéicommissaire ou une libéralité conjointe avec droit d'accroissemnnt stipulé. La forme peut n'être pas toujours d'accord avec les véritables intentions du disposant. Evidemment, pour nier que, malgré les apparences contraires, il y ait une substitution prohibée, il faut pouvoir constater que le survivant était appelé à recueillir la part du prédécédé même si celui-ci mourait du vivant du testateur. Mais dans le doute, il est naturel de préférer cette interprétation de la clause; plutôt que de prêter au disposant l'intention de faire un acte entaché de nullité, il vaut mieux admettre que, soit par ignorance de la loi, soit par excès de précaution, il a inséré dans son testament une clause rendue inutile par un texte légal, et qu'il confirme un droit d'accroissement qui se serait opéré légalement. — Duranton, t. 8, n. 48; Rolland de Villargues, n. 258; Zachariæ, § 693, note 7; Demolombe, t. 18, n. 165; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 320, note 51; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3153; Lamache, p. 174. — *Contrà*, Rolland de Villargues, n. 254. — Au fond tout se réduit à une question d'interprétation de volonté, et des solutions très différentes peuvent être données en pratique sans qu'il y ait divergence quant au principe entre les décisions.

283. — Il a été jugé, par exemple, qu'il n'y a pas substitution prohibée dans un legs conçu en ces termes : « Je donne et lègue tel objet à N..., mon neveu, pour en jouir lui et ses enfants mâles en toute propriété. » Cette disposition doit s'entendre en ce sens que le neveu du testateur et ses enfants mâles sont institués conjointement, et non en ce sens que le neveu du testateur est

seul institué avec charge de conserver et de rendre à ses enfants mâles. — Cass., 17 nov. 1818, Tempié, [S. et P. chr.]

284. — ... Que l'institution des enfants des neveux, conçus ou nés *tant après qu'avant* le décès du testateur, ne renferme point une substitution fidéicommissaire. — Bruxelles, 23 mai 1822, N..., [P. chr.] — Liège, 18 nov. 1828, Poncelet, [P. chr.] — Douai, 10 avr. 1840, Moutours, [P. 40.2.579] — Dans ces divers cas, les enfants qui existaient lors de la donation recueillent cette donation en entier, à l'exclusion des enfants à naître.

285. — Il a même été admis que la donation entre-vifs faite à une personne et à *ses enfants à naître* ne contient point une substitution prohibée. — Cass., 7 déc. 1826, Pintel, [S. et P. chr.] — Coin-Delisle (sur l'art. 896, n. 48) fait remarquer avec raison qu'il résulte de cet arrêt que, la cour d'appel ayant décidé qu'il n'y avait pas substitution, il n'existait que deux institutions conjonctives, l'une au profit du père capable, l'autre au profit d'enfants incapables de recueillir (par le motif qu'ils n'étaient point conçus), et que, par conséquent, la seconde était caduque. — Rolland de Villargues, n. 158.

286. — Mais il a été jugé au contraire que la clause : « Je donne à un tel ou à ses enfants à naître » a pu être considérée comme renfermant une substitution fidéicommissaire. — Cass., 17 mess. an XI, Jouve, [S. et P. chr.]

287. — ... Et même que le legs fait à une personne *et à ses enfants nés et à naître* renferme pour l'enfant né une substitution fidéicommissaire, et non pas seulement un legs conjoint. — Cass., 9 juill. 1856, Pommier La Combe, [S. 57.1.17, P. 57.491, D. 56.1.401] — Lyon, 24 août 1855, Mêmes parties, sous cet arrêt.

288. — ... Qu'en tout cas, l'arrêt qui le décide ainsi, par interprétation de l'ensemble des clauses d'un testament fait sous l'empire de l'ordonnance de 1747, ne viole aucune loi, notamment en faisant résulter l'idée de substitution de cette considération, que la clause litigieuse du testament est précédée d'une première substitution, et suivie d'une autre dans laquelle le légataire institué serait seul chargé de transmettre les biens légués à une troisième personne. — Cass., 9 juill. 1856, précité.

289. — Cette question de savoir si le legs fait à une personne et aux enfants nés ou à naître d'elle constitue un legs conjoint profitant aux seuls enfants nés, ou une substitution prohibée comme fidéicommissaire, a été souvent agitée dans l'ancien droit et, dans la dernière espèce par nous citée, elle se soulevait sous l'empire de l'ordonnance de 1747. Les principes alors posés seraient applicables encore depuis le Code civil. Des anciens auteurs s'accordaient pour voir un legs conjoint et non une substitution entre le parent gratifié et ses enfants nés lors de l'ouverture du legs « S'il est porté dans un testament : je lègue à un tel ou à ses enfants à naître, les enfants nés au décès du testateur, moment où le legs prend force, viendront au legs concurremment avec leur père, n'y ayant rien qui nécessite à leur égard l'ordre successif ». — Thévenot, sect. 2, n. 208. — *Sic*, Ricard, part. 1, n. 533; Furgole, *Commentaire sur l'ordonnance de 1747*, p. 95; Président Favre, *Cod.* liv. 6, tit. 8, défin. 9. — Il n'y avait entre eux de divergence qu'à l'égard des enfants qui n'étaient ni nés ni conçus à l'époque où s'ouvrait le legs, Ricard les considérait eux-mêmes comme légataires conjoints, tandis que les autres auteurs ne leur donnaient que la voie de la substitution fidéicommissaire et suspendaient leur vocation jusqu'au décès du grevé. Donc, quant aux enfants nés au décès du testateur, ils étaient bien, d'opinion unanime, regardés comme compris dans l'institution et non dans la substitution. Il semble que cette opinion devrait *a fortiori* s'imposer sous l'empire du Code civil, la supposition d'une substitution devant être écartée plus encore qu'autrefois en présence de l'abolition par l'art. 896, C. civ., de ce genre de dispositions. Mais les enfants à naître ne doivent pas être considérés comme des substitués, si ce n'est peut-être dans les hypothèses où les art. 1048 et s. autorisent par exception les substitutions, car cette interprétation ferait tomber l'institution elle-même. Mieux vaut donc à leur égard tenir le legs pour non avenu, comme fait à des individus non encore nés ou conçus au décès du testateur, en vertu de l'art. 906, C. civ. L'arrêt précité de la Cour suprême n'y contredit pas, car, s'il déclare l'existence, dans l'espèce, d'une substitution, c'est par interprétation de l'ensemble des clauses du testament.

290. — Il a été jugé encore que, lorsqu'après avoir institué plusieurs héritiers par une seule et même disposition, le testateur ajoute : « Je veux que si quelqu'un d'eux venait à décéder sans enfants, sa portion soit reversible entre les autres héritiers », cette clause ne renferme pas nécessairement une substitution prohibée. On doit supposer que le disposant n'a prévu que le cas où son héritier décéderait avant d'avoir recueilli, et qu'il n'a voulu faire qu'une substitution vulgaire ou exprimer le droit d'accroissement. — Cass., 19 juill. 1814, Marlot, [S. et P. chr.]; — 10 janv. 1821, Maret, [S. et P. chr.] — Paris, 12 mars 1813, Marlot, [S. chr., sous Cass., 19 juill. 1814, P. chr.] — Riom, 28 mai 1819, Maret, [P. chr.]

291. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée : dans la disposition par laquelle un testateur institue un père et une mère et leur fille pour ses légataires universels conjointement, pour jouir de ses biens, d'abord par les père et mère conjointement, leur vie durant, ensuite par le survivant d'eux, et, après le décès du survivant, par la fille. — Paris, 3 mars 1809, Dorigny, [S. et P. chr.]

292. — ... Dans les clauses testamentaires suivantes : « Je déclare instituer tels et tels mes héritiers testamentaires, entendant que toute ma succession, tant mobilière qu'immobilière, soit partagée également entre eux ; et que, dans le cas de mort d'un ou de plusieurs, leur part et portion accroîtra aux autres, s'ils sont décédés sans postérité ou sans avoir disposé. » Dans une telle disposition, il y a tout au plus institution d'accroissement éventuel prohibé par les art. 723 et 1044, C. civ.; mais le moyen de nullité n'est proposable que par les héritiers institués. — Rouen, 10 juin 1814, N..., [S. et P. chr.]

293. — ... Dans le legs par lequel deux individus sont institués conjointement dans la chose léguée, sous la condition néanmoins que le survivant des deux recueillera la totalité du legs. — Cass., 12 pluv. an IX, Lemoine, [P. chr.]; — 26 juill. 1808, Caubert, [S. et P. chr.]

294. — ... Dans la disposition par laquelle un testateur institue conjointement plusieurs légataires universels, avec clause que, si un ou plusieurs d'entre eux viennent à décéder sans enfants, leur part accroîtra au survivant. C'est là un legs avec accroissement, pour le cas seulement où l'un des légataires prédécéderait avant le testateur. — Cass., 26 mars 1851, Taveau, [S. 51.1.734, P. 52.1.172, D. 51.1.262] — V. Cass., 11 juin 1817, Maslieurat, [S. et P. chr.] — Limoges, 3 janv. 1816, Maslieurat, [S. et P. chr.]

295. — ... Dans la disposition faite au profit de deux légataires sous la condition qu'ils atteindront leur majorité et qu'en cas de prédécès de l'un d'eux sans enfants, sa part accroîtrait au survivant. — Cass., 25 févr. 1885, Gildar, [S. 85.1.216, P. 85.1.520, D. 87.5.427]

296. — Peu importe, d'après ces arrêts, que le droit d'accroissement ne doive s'exercer qu'au cas où l'un des légataires décéderait sans enfants. Cette condition ne ferait pas envisager la clause comme une substitution fidéicommissaire, à elle seule du moins et réserve faite de l'interprétation de l'ensemble du testament. On peut, en effet, « admettre que le disposant a entendu substituer vulgairement les enfants des légataires conjoints qui décéderaient avant lui, et cela suffit pour écarter l'idée d'une substitution fidéicommissaire, quel que puisse être l'effet de cette substitution vulgaire purement implicite ». — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 320, note 52. — V. Troplong, t. 1, n. 126; Demolombe, t. 18, n. 113, 167; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3161.

297. — Il a été décidé, dans le même sens, que la donation faite sous condition que le donateur conservera jusqu'à son décès la propriété ou l'usufruit des biens donnés, ne peut être considérée comme renfermant une substitution prohibée, par cela seul qu'elle porte qu'en cas de prédécès d'un ou de plusieurs des donataires, la totalité des biens donnés appartiendra à celui ou à ceux d'entre eux qui survivront au donateur. — Bruxelles, 5 mars 1829, N..., [P. chr.]

298. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée dans un legs attribuant à quatre légataires un capital qui devra être déposé à la Caisse des dépôts et consignations pour chaque légataire en toucher sa part après vingt-cinq ans accomplis et sous cette condition qu'en cas de décès d'un des légataires, sa part accroîtra à celles des autres. — Bordeaux, 8 févr. 1888, [*J. des arr. de Bordeaux*, t. 63, p. 186]

299. — ... Et pas davantage dans une donation universelle faite par un père à l'un de ses enfants, avec clause d'association de ses frères. Cette libéralité est une donation à charge, et puisque c'est une donation à charge, il suffit qu'il y ait acceptation du donataire direct. — Riom, 16 juill. 1818, Barbier, [S. et P.

chr.] — Limoges, 26 févr. 1821, Lavérins, [S. et P. chr.] — Bourges, 19 déc. 1821, Cutard, [S. et P. chr.]

300. — Si, en effet, le testateur avait chargé son héritier de partager sa succession avec une personne désignée, ou s'il avait chargé cet héritier d'associer un tiers pour une quotité de la succession, il n'y aurait pas substitution prohibée; car on ne trouve pas dans ces clauses la charge de rendre à la mort du grevé, elles supposent, au contraire, que le partage ou l'association doit se faire dès que la succession aura été recueillie. — Merlin, *Rép.*, v° *Inst. contract.*, § 5; Grenier, t. 2, n. 421; Ricard et Bergier, sur cet auteur, chap. 6, n. 288; Rolland de Villargues, n. 213; Saintespès-Lescot, *Donat. et testam.*, t. 1, n. 102.

301. — Jugé également que, lorsqu'un testateur a fait un legs de nue propriété au profit de ses neveux et nièces, conjointement et avec accroissement au cas de décès de l'un d'eux sans enfant avant l'usufruitier, les bénéficiaires de ce legs ne sont pas tenus conditionnellement, les uns au profit des autres, de conserver et de rendre ce qui leur est légué, et, par suite, le legs n'est pas nul comme constituant une substitution prohibée; on n'y rencontre ni double institution, ni ordre successif, ni charge de conserver et de rendre. — Cass., 10 avr. 1894, Clément, [S. et P. 94.1.503, D. 94.1.332]

302. — Dans d'autres espèces, la constitution d'une volonté contraire chez le disposant a fait décider, au contraire, qu'on doit annuler, comme renfermant une substitution prohibée, le testament dont l'auteur, après avoir institué deux personnes pour ses héritières universelles, déclare vouloir que son entière hérédité passe à celle qui survivra à l'autre. — Cass., 26 déc. 1836, De Gaujal, [S. 37.1.251, P. 37.1.70] — *Sic*, Bordeaux, 18 mars 1823, Guillaumeau, [S. et P. chr.]

303. — ... Que la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un de ses enfants son héritier universel, ajoute qu'à défaut dudit institué, soit par mort avant son établissement, soit par mort sans enfants, il lui substitue son autre fils en ladite institution, est une substitution prohibée, bien qu'elle ne contienne point la charge expresse de conserver et de rendre. — Riom, 17 nov. 1821, Recognat, [S. et P. chr.]

304. — ... Qu'il y a substitution fidéicommissaire, et non simple droit d'accroissement, lorsqu'il a été dit dans un testament que le survivant de deux colégataires devra recueillir la totalité du legs après que le premier aura lui-même recueilli sa portion et en aura joui jusqu'à sa mort. — Pau, 15 mars 1826, Tauziède, [P. chr.]

305. — ... Ou dans le legs, fait par un père à deux de ses enfants, de la quotité disponible sous la condition que, l'un d'eux venant à mourir sans enfants, la portion à lui échue du legs sera recueillie dans sa succession par les enfants de son frère. — Agen, 1er juin 1838, Guibert, [S. 38.2.446, P. 39.1.106]

306. — ... Que, dans l'hypothèse d'un legs universel fait avec cette clause qu'en cas de décès du légataire sans enfants légitimes, les biens reviendront à certains parents du testateur, si ce legs est fait conjointement à plusieurs personnes, la nullité prononcée par l'art. 896, C. civ., s'étend à toute la disposition, bien que la condition ne s'applique qu'à l'un des légataires. — Bordeaux, 13 août 1873, Augiéras, [S. 74.2.55, P. 74.327, D. 74.2.129]

307. — ... Que la prohibition de l'art. 896 atteint le testament léguant une somme d'argent à plusieurs personnes avec accroissement entre elles en déclarant ladite somme insaisissable et inaliénable jusqu'à ce que le plus jeune des légataires ait atteint un certain âge. — Bordeaux, 18 août 1884, [*J. des arr. de Bordeaux*, t. 59, p. 399]

308. — ... Qu'il y a substitution prohibée dans le testament par lequel le testateur, après avoir légué l'usufruit viager d'un domaine, ajoute qu'au décès du légataire, ce domaine serait vendu et le prix partagé entre dix personnes dénommées, et termine en ces termes : « En cas de décès d'un ou de plusieurs de mes cohéritiers avant le partage du produit de la vente du domaine, la part des survivants s'accroîtra dans les proportions ci-dessus stipulées. » — Cass., 17 avr. 1894, Fabrique de Bourbon-Lancy, [S. et P. 98.1.500, D. 94.1.323

309. — Il en est ainsi, du moins, si le juge du fond, interprétant le testament, a décidé que la nue propriété du domaine légué appartenait du jour du décès du testateur aux dix personnes dénommées; qu'en vertu de la clause d'accroissement, ces dix personnes étaient chargées de conserver la succession et de la rendre à celles qui seraient encore vivantes après le décès de l'usufruitier, et lors du partage qui serait fait à la suite de ce décès, et que cette transmission des grevés aux appelés devait avoir lieu au fur et à mesure des décès des prémourants. — Même arrêt.

310. — Dans ce cas, en effet, les dispositions du testament ainsi interprétées présentent tous les caractères d'une substitution, puisqu'on y trouve une double institution devant produire effet au décès du testateur d'abord et ensuite au décès de chacune des dix personnes désignées, et pour chacune de ces dix personnes, la charge de conserver et de rendre à son décès. — Même arrêt.

311. — 2° La substitution vulgaire est parfaitement licite, avons-nous dit, sous l'empire du Code civil. Mais elle ne peut pas toujours être facilement distinguée de la substitution fidéicommissaire, et, dans nombre d'espèces, il faut examiner si la disposition attaquée a les caractères d'une substitution vulgaire ou d'une substitution fidéicommissaire. Tout dépend de la volonté du disposant, que les juges du fait seront chargés de dégager. Parfois les termes dans lesquels est conçue la disposition sont tels qu'ils s'appliquent aussi bien au cas où le premier gratifié meurt avant le disposant qu'à celui où il meurt après lui et qu'ils constituent ainsi ce qu'on appelait autrefois une substitution compendieuse. La tendance générale dans la doctrine est, sauf recherche de la volonté du disposant, d'appliquer ici la règle d'interprétation : *actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant* et de voir là des substitutions simplement vulgaires. — Duranton, t. 8, n. 42; Rolland de Villargues, n. 211, 228 et s.; Troplong, t. 1, n. 123; Demolombe, t. 18, n. 163; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 309, note 25, et p. 318, notes 46 et 49; Laurent, t. 14, n. 490 et s.; Planiol, t. 3, n. 3298; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3178; Huc, t. 6, n. 34. — V. pour l'ancien droit : Menochius, *de Praesumpt*, liv. 4, præs. 66 et 67; Dumoulin Consil. 59, n. 10; Thévenot, ch. 23; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. directe*, § 5.

312. — Et la jurisprudence se prononce dans le même sens. D'après un arrêt ancien, la clause par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire universel, ajoute, qu'au cas où ce légataire décéderait sans enfants avant sa mère, celle-ci recueillera la succession, doit être entendue dans le sens d'une substitution vulgaire, supposant que la mère ne doit être appelée à recueillir la succession qu'au cas où le légataire et ses enfants seraient décédés avant le testateur. — Paris, 17 déc. 1836, Tamisier, [S. 37.2.11, P. chr.]

313. — Jugé, dans le même sens, que la disposition par laquelle le testateur institue un héritier avec clause que, dans le cas où cet héritier mourrait sans enfants ni descendants, il veut que ce soit une autre personne désignée qui devienne son héritier, ne renferme pas une substitution prohibée : que cette disposition, ne contenant pas en termes exprès l'obligation de conserver et de rendre, doit être considérée comme une substitution vulgaire, qui n'appelle le second institué aux lieu et place du premier que pour le cas où celui-ci ne survivrait pas au testateur. — Cass., 11 juin 1817, Maslieurat, [S. et P. chr.]; — 29 févr. 1864, Chaigneau, [S. 64.1.167, P. 64.728, D. 64.1.213] — V. Cass., 10 janv. 1821, Maret, [S. et P. chr.]; — 26 mars 1851, Taveau, [S. 51.1.734, P. 52.1.172, D. 51.1.252] — Paris, 16 avr. 1811, Lépine, [S. et P. chr.] — Paris, 12 mars 1813, Marlot, [S. chr.] — Limoges, 3 janv. 1816, Maslieurat, [S. et P. chr.] — Riom, 28 mai 1819, Maret, [P. chr.]

314. — ... Que lorsque le testateur, après avoir institué un légataire universel, a prévu le cas où ce légataire viendrait à mourir sans enfants, et disposé que les biens légués reviendraient alors à d'autres personnes, cette disposition, qui laisse incertain le point de savoir si le testateur a ainsi visé le cas où le légataire institué lui survivrait, ou, au contraire, celui où il ne lui survivrait pas, ou même s'il visait l'un et l'autre cas, a pu être interprétée par les juges du fond, plutôt dans le sens d'une substitution vulgaire, que d'une substitution prohibée. — Cass., 6 févr. 1889, Manouvrier, [S. 89.1.454, P. 89.1.1146, D. 89.1.62[illegible]] — 10 avr. 1894, Clément, [S. et P. 94.1.503, D. 94.1.332]

315. — Mais il a été jugé, au contraire, qu'encore qu'on puisse considérer comme substitution compendieuse la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un de ses enfants son héritier universel, ajoute qu'à défaut dudit institué, soit par mort avant son établissement, soit par mort sans enfants, il lui substitue son autre fils en ladite institution, une pareille disposition n'est pas moins prohibée par le Code civil,

qui n'excepte que la substitution purement vulgaire. — Riom, 17 nov. 1821, Recognat, [S. et P. chr.] — V. Cass., 3 nov. 1824, Maincourt, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 18 mars 1823, Guillaumeau, [S. et P. chr.] — Amiens, 29 avr. 1826, Guérard, [S. et P. chr.]

316. — On a vu de même une substitution prohibée dans la disposition testamentaire par laquelle une personne est appelée à recueillir l'hérédité du testateur au cas où l'héritier institué mourrait sans enfants, alors que, de fait, cet héritier institué serait décédé avant le testateur. Du moins, l'arrêt qui le juge ainsi, par appréciation des clauses du testament, ne viole aucune loi. — Cass., 27 avr. 1819, D'Alsace, [S. et P. chr.]

317. — ... Dans la clause par laquelle le testateur, après avoir institué un héritier ajoute : « Je me réserve que si mon héritier venait à décéder sans enfants, je veux que mon bien vienne à mes sœurs. » Vainement on prétendrait que cette clause peut être interprétée en ce sens que le testateur a voulu dire que si l'institution devenait caduque par le prédécès de l'institué sans enfants, en ce cas, les sœurs du testateur se trouveraient instituées à sa place, ce qui ne présente qu'une substitution vulgaire : et qu'il suffit que la clause puisse recevoir cette interprétation pour qu'elle ne soit pas annulée comme substitution prohibée. — Nîmes, 4 avr. 1827, Maurin, [S. et P. chr.]

318. — ... Dans la disposition par laquelle un testateur appelle un tiers, ou ses héritiers, à recueillir ses biens dans le cas où son légataire universel viendrait à mourir sans enfants, encore bien que le disposant n'ait point spécifié qu'il entendît parler du cas où il décéderait avant son légataire. — Cass., 21 juin 1841, Schwartz, [S. 41.1.603, P. 41.2.77]

319. — Ces derniers arrêts s'expliquent et se justifient à raison des circonstances spéciales à chaque espèce. Mais, dans le doute, il faut, croyons-nous, se prononcer pour l'existence d'une substitution vulgaire, clause parfaitement licite à laquelle le testateur est toujours libre d'ajouter telle condition qu'il juge convenable, notamment celle-ci « si l'institué meurt sans enfants » puisqu'elle est susceptible de se réaliser avant le décès dudit testateur. Les auteurs susindiqués repoussent même en général la distinction proposée par Rolland de Villargues (n. 239), entre le cas où les enfants du premier légataire seraient, à défaut de leur père, les plus proches héritiers *ab intestat* du testateur et celui où ils ne pourraient recueillir les biens légués à ce dernier qu'en vertu d'une disposition faite en leur faveur. Même en ce dernier cas, il n'y a aucun obstacle à ce que la substitution puisse être regardée comme vulgaire.

320. — Il a été jugé *a fortiori* qu'est valable comme substitution vulgaire la clause : « J'institue Pierre et, en cas de décès, ou après sa mort, je mets un tel à sa place. » Spécialement, sous la législation actuelle, la substitution compendieuse, c'est-à-dire celle dans laquelle la vocation du substitué peut être réputée subordonnée au décès de l'institué avant le testateur, aussi bien qu'à son décès après lui, doit, s'il n'y a pas d'ailleurs charge de conserver et de rendre exprimée dans le testament, être considérée comme une substitution vulgaire, valable, par conséquent, plutôt que comme une substitution fidéicommissaire, qui ferait annuler la disposition. — Cass., 20 févr. 1844, De Sémalé, [S. 44.1.439, P. 44.2.639, D. 44.1.106]

321. — ... Et qu'il n'y a pas substitution fidéicommissaire dans la clause par laquelle un testament, après avoir légué l'usufruit d'un immeuble à une personne désignée, et la nue propriété à une autre, ajoute que, dans le cas où cette dernière viendrait à mourir, le legs passerait successivement aux enfants de la première, et, à défaut, à un tiers désigné. — Même arrêt.

322. — La disposition par laquelle un testateur laisse la jouissance de tous ses biens à ses sœurs, et déclare qu'à leur mort ces biens iront aux petits-enfants de son frère, ou, à leur défaut, à d'autres légataires, ne renferme pas non plus une substitution prohibée, mais bien un legs universel en usufruit et une substitution vulgaire pour la nue propriété. — Cass., 14 juin 1876, Duhem, [S. 77.1.18, P. 77.27, D. 78.1.341]

323. — Il en est de même de la clause par laquelle un testateur appelle un individu à sa succession pour le cas où un autre individu, son héritier institué, ne recueillerait pas ou décéderait sans avoir disposé des biens recueillis. — Montpellier, 13 févr. 1829, Guina, [S. et P. chr.]

324. — Et peu importe que la clause précitée se rencontre dans une substitution réciproque. Il en est ainsi de la disposition suivante : « J'institue Pierre et Paul, et je les substitue l'un à l'autre lors de leur décès. » Comme les expressions *lors de leur décès* peuvent s'entendre dans le sens où le prémourant décède avant d'avoir recueilli, on devra n'y voir qu'une substitution vulgaire. Il faudrait décider de la même manière dans le cas suivant : « Je lègue à Pierre et à Paul et au survivant d'eux »; car le testateur a pu avoir en vue le prédécès de l'un des légataires avant qu'il ait recueilli.

325. — *A fortiori* cette solution s'applique-t-elle lorsque la donation au profit de deux individus est faite avec la condition qu'en cas de décès de l'un d'eux avant le donateur, le survivant recueillera la totalité de la chose; on ne doit voir là qu'une simple substitution vulgaire. — Riom, 25 févr. 1825, Mourguy, [S. et P. chr.]

326. — Jugé encore que constitue, non une substitution fidéicommissaire prohibée, mais une substitution vulgaire licite, la disposition par laquelle le testateur, après avoir légué la quotité disponible à un premier légataire pour le cas où celui-ci parviendrait à sa majorité, appelle à son défaut un autre légataire à recueillir cette même quotité sous la condition que ce dernier atteindra lui-même l'âge de vingt et un ans. — Cass., 23 déc. 1878, Forest, [S. 79.1.399, P. 79.1051, D. 79.1.312]

327. — Il en est ainsi surtout si le testament porte que le second légataire ne viendra toujours qu'après le premier, et qu'il n'aura jusque-là aucun droit, le premier légataire conservant ainsi intacte la faculté de disposer des biens légués sans être chargé de les conserver et de les rendre. — Même arrêt.

328. — Ne renferme pas une substitution prohibée, la disposition par laquelle le testateur a laissé à ses frères la totalité de ses biens meubles, et ensuite l'usufruit, réversible de la tête de l'un sur la tête de l'autre en cas de décès, de tous ses immeubles, puis a légué la nue propriété de ses immeubles à diverses personnes désignées, mais seulement pour le cas où les légataires de l'usufruit ne se marieraient pas et ne laisseraient pas d'enfant leur survivant. — Cass., 20 avr. 1885, Désarbres, [S. 85.1.440, P. 85.1.1061, D. 86.1.9]

329. — Mais une substitution ainsi conçue : « 1° Dans le cas où ma légataire universelle viendrait à décéder avant son mari, je veux que le legs universel retourne à ses quatre enfants ; 2° dans le cas encore où un, ou deux, ou trois desdits enfants viendraient à décéder avant ou après leur mère, je veux que tous mes biens appartiennent à celui ou à ceux de ces enfants qui existera ou existeront au décès de la mère » ne présente pas le caractère d'une substitution compendieuse pouvant avoir, selon l'événement, le caractère de substitution vulgaire ou de substitution fidéicommissaire. Dans ce cas, et bien que la légataire soit décédée avant le testateur, les substitués ne peuvent se prétendre appelés en vertu d'une substitution vulgaire (non frappée d'abolition). — Paris, 11 mars 1811, Gibert, [S. et P. chr.]

330. — 3° La convention par laquelle plusieurs copropriétaires d'un immeuble par indivis se donnent mutuellement leur portion avec accroissement entre eux à mesure du décès des prémourants, de telle sorte que le survivant réunisse la totalité de l'immeuble sur sa tête, ne renferme pas une substitution fidéicommissaire prohibée. — Cass., 12 pluv. an IX, Lemoine, [P. chr.] — Riom, 25 févr. 1825, précité. — Corte, 2 juin 1828, Rouaserra, [S. et P. chr.] — *Sic*, Duranton, t. 8, n. 38; Toullier, t. 5, n. 46; Rolland de Villargues, n. 261. — *Contrà*, Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéic.*, § 4. — La raison de décider ainsi vient de ce que, dans l'espèce, il y avait contrat intéressé de part et d'autre, et purement aléatoire. Il n'y avait ni don, ni libéralité; en conséquence, point de substitution. En réalité, il y avait là une association tontinière. Peu importerait même que les parties eussent qualifié à tort la réversion de donation entre-vifs et réciproque si la convention avait réellement un caractère à titre onéreux. — Rolland de Villargues, n. 261; Saintespès-Lescot, t. 1, n. 101; Demolombe, t. 18, n. 114. — Tout dépend du reste de l'intention des contractants qui pourrait faire dégénérer la convention en une véritable substitution.

§ 3. *De la faculté d'élire. — De la fiducie.*

331. — I. Sous notre ancienne jurisprudence, on était dans l'usage, surtout dans les pays de droit écrit, de déférer à un tiers le choix de son héritier direct, ou de déférer à celui qu'on instituait son héritier le choix d'un substitué. On appelait cette disposition « clause d'élection ». Une pareille disposition, évidemment contraire au principe qui veut qu'une disposition testamentaire

soit l'expression de la volonté personnelle du testateur, et à celui qui défend d'instituer des personnes incertaines, avait été repoussée par le droit romain (V. Dig., tit. *De inst. hered.*, L. 52; tit. *De conditionibus et demonstrat.*, L. 32). Depuis la loi du 17 niv. an II, la faculté d'élire est abolie et, dans les cas où il ne peut être question de substitution parce qu'elle est conférée à une personne à l'égard de biens qui ne lui sont pas transmis à elle-même, elle constitue une disposition illicite qui tombe sous le coup de l'art. 900. Mais quel sera l'effet d'une telle clause jointe à une institution? Quand un héritier institué ou un légataire sera chargé d'élire un tiers qui devra recueillir les biens au décès du premier gratifié, l'institution sera-t-elle nulle ou la nullité ne s'appliquera-t-elle qu'à la substitution?

332. — La question ne comporte pas de réponse absolue, mais il y a eu, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, des divergences qu'il faut signaler. Certains auteurs distinguent entre le cas où l'élection devrait se faire à la mort du premier bénéficiaire et celui où elle devrait avoir lieu avant ce décès. Dans le second cas, la clause d'élire est nulle, en vertu de la loi de novembre 1792; mais il n'y a pas substitution, puisque l'institué ne devait pas conserver jusqu'à sa mort. Il en résulte que cette clause nulle ne doit pas entraîner la nullité de l'institution. Au premier cas, au contraire, ils voient toujours une véritable substitution prohibée, qui doit entraîner la nullité de l'institution; car, bien que la personne appelée au décès de l'institué soit incertaine, elle n'en est pas moins un tiers dans le sens de l'art. 896 (Rolland de Villargues, n. 308, 327; Grenier, t. 1, p. 120; Merlin, *Rép.*, v[is] *Fiduciaire*, *Substit. fidéicomm.*, sect. 8, n. 11; Coin-Delisle, *Donat. et test.*, n. 47; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. 1, p. 199; Saintespès-Lescot, *Donat. et test.*, t. 1, n. 43 et 94). D'autres pensaient au contraire qu'une clause nulle par elle-même ne saurait avoir aucun effet juridique et ils en concluaient que, dans tous les cas, la clause portant faculté d'élire devait être régie par l'art. 900, c'est-à-dire tenue pour non écrite sans imprimer à la disposition entière le caractère d'une substitution, ni porter atteinte à l'institution du premier institué.

333. — La doctrine plus récente se prononce en faveur d'une distinction qu'adopte également la jurisprudence. Si la faculté d'élire est indéfinie, si le grevé ne trouve pour le choix à faire par lui, du bénéficiaire de la charge de rendre, aucune limite précise et déterminée, cette charge est en réalité subordonnée à une condition purement potestative de sa part. En effet, à supposer qu'il ne veuille pas l'accomplir, nul n'aura action pour l'y contraindre. C'est alors l'art. 900 qu'il faut appliquer et la clause sera réputée non écrite, l'institution demeurant valable. Si au contraire, et c'est le cas ordinaire, l'option à faire par le légataire doit s'exercer dans certaines catégories assez restreintes de personnes, par exemple dans la famille du disposant et *a fortiori* parmi ses enfants ou ceux du grevé, il y a là une substitution prohibée et toute la disposition est nulle. Nulle part en effet la loi n'exige comme élément essentiel de la substitution la désignation nominale du bénéficiaire par le disposant; il suffit qu'il y ait obligation pour le grevé de conserver et de rendre à un tiers, ce tiers ne dût-il être individualisé que par une désignation ultérieure dans un groupe assez restreint. Le plus souvent d'ailleurs, dans les substitutions, le disposant serait fort empêché de désigner nominativement les appelés, qui peuvent très-bien n'être pas encore conçus alors qu'il dispose.

334. — On objecte, d'une part, que l'institué peut, dans notre hypothèse spéciale, se soustraire à toute obligation en ne désignant pas le bénéficiaire; d'autre part, que la faculté d'élire constituant une clause illicite est déclarée sans effet par l'art. 900 et partant ne saurait servir à créer une substitution. On répond à la dernière objection que, jointe à la restitution, la faculté d'élire dans un groupe restreint devient une obligation de rendre, or, c'est l'art. 896, non l'art. 900, qui régit l'obligation de rendre. Quant à la première, Thévenot (n. 1008 et 1015) faisait déjà remarquer, sous l'ancien droit, que le grevé avec faculté d'élire n'est pas libre de ne pas rendre les biens reçus: qu'il lui faudrait choisir dans le groupe à lui désigné, à peine d'y être contraint par tous les membres de ce groupe qualifiés pour réclamer tous la libéralité à son décès faute d'option de sa part. — V. Troplong, t. 1, n. 154; Demolombe, t. 18, n. 106; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 305 et 306, notes 14, 15; Laurent, t. 14, n. 405 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 679; Huc, t. 6, n. 14; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3124, 3125; Planiol, t. 3, n. 3281; Cuénot, note sous Cass., 5 mars 1851, [P. 51.1.591]; Rodière, note sous Cass., 30 nov. 1853, [P. 56.1.34]

335. — La jurisprudence adopte de tous points cette distinction et en fait application. Aussi d'abord elle a jugé que la clause qui substitue la femme du testateur légataire universel et la charge en cette qualité de disposer des immeubles légués, en faveur d'un ou plusieurs des parents du testateur auxquels la légataire reconnaitra le plus de mérite, laissant tout à fait incertaine la personne du substitué, ne contient point la charge de conserver et de rendre, et dès lors n'est pas nulle comme renfermant une substitution prohibée. — Cass., 8 nov. 1847, Barbaroux, [S. 53.1.332 *ad notam*, P. 51.1.590, D. 51.1.103] — V. aussi Colmar, 6 févr. 1824, Hospfert, [S. et P. chr.] — Aix, 9 févr. 1841, Barbaroux, [S. 42.2.19, P. 41.1.689]

336. — Jugé de même dans une hypothèse où le testateur avait légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens en lui abandonnant, quant à la propriété desdits biens, la faculté « d'en disposer, en son âme et conscience, au bénéfice de la personne qu'elle jugera à propos ». — Cass., 2 juill. 1867, Bonnal, [S. 67.1.437, P. 67.1171, D. 67.1.272] — V. Angers, 21 janv. 1891, [J. *La Loi*, 31 janv. 1891]

337. — Jugé aussi que pour constituer une substitution prohibée, il faut nécessairement qu'il existe dans la donation ou le testament une double libéralité procédant l'une et l'autre de l'auteur même de la libéralité : la première au profit du grevé; la deuxième au profit d'un tiers désigné nominativement ou d'une manière équivalente, appelé en second ordre et ayant action pour réclamer le bénéfice de la donation ou de l'institution. — Cass., 13 déc. 1864, Micoud, [S. 65.1.43, P. 65.69, D. 65.1.170] — En conséquence, n'a pas le caractère de substitution prohibée, l'institution faite « à la condition qu'à sa mort l'institué léguera ou emploiera tout ce qu'il aura hérité du testateur au soulagement des malheureux, le laissant libre en cela d'agir comme il le jugera convenable ». En effet, outre que cette disposition constitue un simple vœu, en ne précisant pas les malheureux qui devraient être l'objet des libéralités de l'institué, elle laisse incertaine la personne du substitué. — Même arrêt.

338. — Ces arrêts, refusant de voir en pareil cas une substitution, appliquent à la clause l'art. 900 et la réputent non écrite. Le premier gratifié est réputé recevoir la propriété des biens légués sans condition.

339. — On peut encore citer dans le même sens un arrêt se refusant à annuler, comme substitution prohibée, une disposition ainsi libellée : « Je laisse à mon frère le soin de disposer, en faveur des neveux et nièces, des biens que je laisserai, en désignant et distribuant à chacun d'après son jugement, encore selon les mérites et les besoins, la portion qui reviendra à chacun. » Aucun droit n'en résulte au profit des neveux et nièces, il y a simple institution au profit du frère. — Aix, 10 mai 1886, [*J. de jurispr. d'Aix et Marseille*, 86.11.237]

340. — Il a été jugé, au contraire, qu'encore qu'une simple institution subordonnée à la faculté d'élire de la part d'un tiers, ne renferme pas une substitution fidéicommissaire, il n'en est point ainsi du cas où la mère est instituée pour jouir et disposer de l'hérédité comme de sa propre chose, à charge de la remettre à celui de ses enfants qu'elle élira. Dans ce cas, et si le père nomme un héritier au cas de non-élection par la mère, il y a substitution annulée par la loi des 25 oct.-14 nov. 1792. — Agen, 9 pluv. an XIII, Bérail, [S. et P. chr.]

341. — Assez souvent, il est vrai, on a soutenu dans les premières années après la promulgation du Code civil qu'une pareille disposition constituait une fiducie, et parfois cette thèse a été consacrée par l'ancienne jurisprudence. Il a été décidé spécialement qu'une disposition par laquelle un père ayant des enfants mineurs a disposé en faveur de son frère à charge de remettre à ses enfants, sans fixer d'époque à la remise, et en lui donnant la faculté d'élire, peut être qualifiée fiducie. — Cass., 23 nov. 1807, Barral, [S. et P. chr.] — Décidé de même au cas où la femme ayant des enfants mineurs a disposé au profit de son mari. — Toulouse, 29 janv. 1816, Boal, [S. et P. chr.]

342. — ... Qu'il faut considérer comme une simple fiducie et non comme une substitution prohibée, la clause d'un testament par laquelle le testateur institue un tiers, son parent, pour son héritier universel, à la charge de remettre l'entière hérédité au fils de l'instituant lorsqu'il aura atteint sa dix-huitième année. — Grenoble, 9 janv. 1815, Broussard, [S. et P. chr.]

343. — ... Que la disposition par laquelle un père ayant des

enfants en bas âge institue héritières sa mère et son épouse, à charge de rendre l'hérédité à l'un des enfants lors de sa majorité, ou plus tôt si bon leur semble, doit être considérée comme une simple fiducie,... encore qu'elle donne aux institués le pouvoir d'élire entre les enfants. — Nîmes, 16 déc. 1833, Dumas, [S. 35. 2.333, P. chr.]

344. — Mais l'opinion contraire a dès ce moment-là triomphé en général. Il a été jugé, par exemple, que l'institution d'héritier, à charge par l'institué de rendre l'hérédité, quand bon lui semblera, à tel de ses fils ou filles qu'il jugera convenable, est une véritable substitution fidéicommissaire avec pouvoir d'élire, et non une fiducie. — Cass., 18 frim. an V, Vignier, [S. et P. chr.]

345. — ... Que l'institution faite par le mari en faveur de sa femme, *pour jouir à ses plaisir et volonté*, et à la charge de remettre les biens à la fin de ses jours ou quand bon lui semblera, à celui de leurs enfants qu'elle voudrait choisir, constitue non une *fiducie*, mais une substitution abolie par les lois des 24 oct. et 14 nov. 1792. — Nîmes, 17 août 1808, Molière, [S. et P. chr.] — V. Limoges, 1er juill. 1817, Bringaud, [S. et P. chr.]

346. — ... Qu'une telle disposition ne cesse point d'être fidéicommissaire, par cela seul que le testateur aurait dispensé l'institué de rendre compte, et lui aurait accordé la faculté de vendre en cas de besoin. — Nîmes, 17 août 1808, précité.

347. — ... Que la disposition faite par une femme en faveur de son mari, avec charge de rendre à des collatéraux mineurs, renferme une substitution prohibée : qu'une semblable disposition ne peut être considérée comme une fiducie. — Limoges, 27 mai 1812, Lachaud, [S. et P. chr.]

348. — ... Que la disposition par laquelle un père, ayant des enfants en bas âge, institue son frère pour héritier, en le chargeant de rendre l'hérédité à celui desdits enfants qu'il voudra choisir, présente (en soi, et à part la question d'intention) les caractères d'une substitution plutôt que d'une fiducie. — Toulouse, 18 mai 1824, Anglas, [S. et P. chr.]

349. — Avec les années, la jurisprudence n'a fait que s'accentuer, en ce sens que la désignation de la famille du grevé ou du testateur comme sphère pour l'exercice du choix par l'institué suffit à constituer la substitution prohibée. Ont été déclarés nuls en conséquence, comme constituant une telle substitution : le legs universel fait avec charge de transmettre une partie des biens légués aux membres de la famille du testateur, que le légataire choisira. — Cass., 5 mars 1851, Trobiant, [S. 51.1.261, P. 51.1.591, D. 51.1.104] — Rennes, 19 mai 1849, Trobiant, [S. 50.2.609, P. 50.1.151, D. 52.5.296]

350. — Seulement, en cas d'annulation de la disposition, le grevé ne peut être tenu de la restitution des fruits qu'à partir de la demande. On ne pourrait, en effet, invoquer contre sa bonne foi l'erreur de droit où il était sur la validité de son titre. — Rennes, 19 mai 1849, précité.

351. — ... La disposition par laquelle le testateur impose au légataire universel qu'il institue la charge de transmettre les biens légués à un membre de la famille du testateur, ou à un membre de la famille de sa femme, choisi soit par le légataire universel, soit, si celui-ci ne fait pas ce choix, par la famille, et à défaut de membre de la famille, à un établissement de bienfaisance. — Cass., 28 févr. 1853, Bricault-Verneuil, [S. 53.1.332, P. 53.2.322, D. 53. 1.202]

352. — ... Ou à un des plus proches parents du testateur dont le légataire fera choix quand il le voudra. — Cass., 30 nov. 1853, Vernet, [S. 54.1.27, P. 56.1.34, D. 54.1.402]

353. — ... Ou encore la clause par laquelle un testateur charge celui qu'il institue en premier ordre de choisir dans une catégorie déterminée la personne à laquelle il devra, après son décès, restituer les biens. — Cass., 27 avr. 1874, Dombras, [S. 74.1. 315, P. 74.797, D. 75.1.13]

354. — Jugé aussi que le legs universel fait à la femme du testateur avec cette formule : « sans autre clause ni réserve qu'elle disposera de son bien à sa volonté envers ma famille » renferme la charge de conserver et de rendre, constitutive d'une substitution prohibée, les mots *à sa volonté* se rapportant au choix à faire des appelés dans le groupe familial et non à l'obligation de rendre. — Cass., 21 août 1866, Lecourt, [S. 66.1.438, P. 66.1188, D. 67.1.30]

355. — ... Et que le legs d'un domaine avec interdiction de le vendre ou échanger de façon qu'il reste dans la famille à perpétuité, empêchant la transmission dudit bien à tout autre qu'à un membre de la famille, constitue aussi une stipulation prohibée. — Cass., 10 févr. 1891, Panay, [S. 91.1.105, P. 91.1.254, D. 91. 1.294]

356. — La Cour de Paris a de son côté annulé comme contenant une substitution prohibée la disposition par laquelle un testateur avait créé une fondation destinée à pourvoir à perpétuité à l'éducation et à l'apprentissage de ses parents collatéraux et nommé des exécuteurs testamentaires dont il prolongeait indéfiniment la saisine. — Pau, 7 déc. 1861, Haramboure, [S. 62.2. 257, P. 63.906, D. 63.5.164]

357. — II. La prohibition des substitutions ne s'applique pas à la simple fiducie, c'est-à-dire à la disposition par laquelle une personne, instituée légataire pour la forme seulement, a la charge d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où il doit la remettre à un tiers qui est le véritable légataire. En principe une telle disposition ne saurait constituer une substitution puisque le futur cessionnaire est le seul gratifié à l'exclusion du fiduciaire. Si donc on peut contester la validité de la fiducie, ce ne peut être ni en vertu de l'art. 911, C. civ., qui prohibe les libéralités faites sous le nom de personnes interposées alors seulement qu'elles s'adressent à un incapable, ni en vertu de l'art. 896 relatif aux seules substitutions. — Merlin, *Rép.*, v° *Fiduciaire* (*héritier*), n. 3; Troplong, t. 1, n. 109, 110; Demolombe, t. 18, n. 105; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 304, note 8; Laurent, t. 14, n. 402; Huc, t. 6, n. 15; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3088. — *Sic*, dans l'ancien droit Thévenot, n. 541. — V. *suprà*, v° *Fidéicommis*, n. 16 et s.

358. — La fiducie est devenue très-rare dans la pratique. Cependant, au début du XIXe siècle surtout, la jurisprudence a eu plusieurs fois à en préciser les caractères essentiels, car si en elle-même elle n'équivaut pas à une substitution, la fiducie peut être employée souvent pour en masquer une. Quand la question se pose de savoir si un legs donné constitue un véritable fidéicommis ou renferme une simple fiducie, c'est aux juges du fait qu'il appartient de la trancher par appréciation des termes du testament et des circonstances de la cause, en recherchant si, dans l'intention du testateur, le grevé a été institué plutôt dans l'intérêt des appelés que dans le sien propre. Le grevé a-t-il été autorisé à retenir un ou plusieurs objets nettement précisés ou une partie des fruits, une simple fiducie est plutôt probable. Au contraire la substitution se présumera quand le grevé est autorisé à retenir la totalité des fruits et à reporter à son décès l'époque de la restitution; « on s'accorde généralement à considérer comme indicative d'une simple fiducie la réunion des circonstances suivantes, à savoir : que l'appelé est l'enfant du testateur et qu'il se trouve en bas âge; que le grevé jouissait, comme parent du testateur, de la confiance de ce dernier, et que la restitution doit avoir lieu au plus tard à la majorité de l'appelé. Mais le concours de ces circonstances n'est pas indispensable pour qu'il soit permis d'attribuer le caractère de simple fiducie à une disposition de dernière volonté ». — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 304, notes 9, 10. — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Fiduciaire* (*héritier*), n. 3; Rolland de Villargues, n. 153, 154; Demolombe, t. 18, n. 105; Laurent, t. 14, n. 404; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3090.

359. — Nous avons déjà signalé des arrêts où la faculté d'élire était combinée avec la fiducie. Suivant les cas, la jurisprudence y a vu soit une fiducie verbale...

360. — ... Soit une substitution prohibée. — V. à cet égard, *suprà*, n. 341 et s.

361. — Jugé que le legs fait à un individu qui reconnaît ne l'avoir reçu que pour l'employer dans l'intérêt d'un tiers, est nul, comme entaché de substitution, alors même que cette reconnaissance aurait été faite pendant la vie du testateur. — Bourges, 4 mars 1807, Comm. de Saint-Loup, [S. et P. chr.]

362. — ... Que la mention ajoutée à une institution universelle, que le légataire connaît les intentions du testateur, qui a la plus grande confiance en lui, est insuffisante pour vicier cette institution. On ne saurait y voir une substitution fidéicommissaire. — Lyon, 13 févr. 1836, Bibet, [S. 37.2.263, P. 37.2.325]

363. — Jugé, d'autre part, que la disposition par laquelle un père institue sa femme et son frère ses héritiers universels à charge de remettre à l'un des enfants, les mâles préférés aux filles, est à considérer comme une simple fiducie ou dépôt, si les enfants du testateur étaient en bas âge, si les institués ont reçu des legs et ont été chargés de rendre compte du mobilier estimé; que cette disposition, non abolie par les lois de 1792, a

profité de plein droit à l'enfant mâle dès l'instant où il est devenu majeur. — Riom, 2 août 1814, Giraud, [P. chr.]

364. — ... Que la clause qui charge le légataire universel de partager la succession entre ses héritiers n'est point une substitution prohibée. Le légataire est ici plutôt un exécuteur qu'un bénéficiaire chargé de conserver et de rendre. — Paris, 31 juill. 1819, Bruère, [S. et P. chr.]

365. — En tout cas, un tribunal français a pu sans violer les règles prohibitives des substitutions dans le Code civil, déclarer exécutoire en France une décision étrangère interprétant une institution d'héritier universel en ce sens que seul l'usufruit était attribué à l'héritier chargé fiduciairement de remettre la propriété à un tiers. — Cass., 27 avr. 1870, Spada, [S. 71.1.91, D. 72.1.15]

§ 4. *Dispositions en usufruit.*

366. — Les dispositions en usufruit peuvent se présenter sous trois formes qui, en règle générale, ne peuvent pas plus l'une que l'autre être considérées comme contenant une substitution. Il peut être fait libéralité de l'usufruit d'un bien à une personne et de la nue propriété d'un même bien à une autre. Ou encore, deux usufruits successifs sur le même bien seront établis par le disposant. Enfin l'usufruit peut faire l'objet d'un fidéicommis pur et simple ou à terme déterminé.

1° *Dispositions en usufruit et en nue propriété.*

367. — Sous l'empire de la loi du 14 nov. 1792, on s'était demandé s'il n'y avait pas une substitution dans le cas où l'usufruit était légué à l'un et la nue propriété à l'autre à cause de l'analogie existant entre les droits d'un usufruitier et ceux du grevé pendant sa vie si le droit éventuel des appelés vient à s'ouvrir; c'est pour trancher ce doute qu'après avoir formellement (art. 898) soustrait les substitutions vulgaires à la prohibition de l'art. 896, le Code civil, dans l'art. 899, déclare licite la disposition entre-vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre. La loi ne considère pas une pareille disposition comme contenant une substitution fidéicommissaire. Il était à peine besoin de formuler cette règle, car incontestablement une semblable disposition ne revêt ni les caractères ni les inconvénients inhérents aux substitutions. Celles-ci exigent une double transmission du même bien au profit de deux individus dont l'un recueillera éventuellement au décès de l'autre. Or, ici, chaque libéralité a un objet différent, l'usufruit d'une part, de l'autre la nue propriété, c'est-à-dire deux droits tout à fait distincts. D'autre part, s'il est vrai qu'au décès seulement du gratifié en usufruit, le gratifié en nue propriété aura la jouissance, il n'en résulte nullement qu'il reçoive ce droit du premier, tenu de conserver et de rendre à son profit. Le gratifié en usufruit ne transmet rien au donataire en nue propriété puisque son droit meurt avec lui et que l'autre profite du procédé légal de la consolidation. Il n'a donc pas été chargé de conserver et de rendre. Si *intra tempus*, il lui a été interdit d'aliéner, c'est qu'il n'était pas propriétaire. Sur ce principe général, tout le monde est d'accord. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 302; Demolombe, t. 18, n. 115; Laurent, t. 14, n. 417; Demante et Colmet de Santerre, t. 4, n. 474; Arntz, t. 2, n. 1697; Mémin, n. 30; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 656; Huc, t. 6, n. 35; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3166; Planiol, t. 3, n. 3294. — Mais, en fait, intentionnellement ou non de la part de leurs auteurs, les doubles dispositions en nue propriété et en usufruit peuvent être réalisées de telle façon qu'il soit parfois délicat de décider si, en réalité et indépendamment des termes employés dont il faut dégager le sens voulu, on se trouve dans le cas de l'art. 899, ou au contraire en présence d'une substitution prohibée.

368. — *A*. La question ne soulèvera guère de difficulté dans le cas textuellement prévu par l'art. 899. Si l'usufruit et la nue propriété sont donnés ou légués purement et simplement à deux personnes différentes, il n'y a assurément pas là une substitution. La réponse est si certaine que, pour que la question se pose en pratique, il faut supposer le cas où l'auteur des libéralités ne s'est pas expliqué en termes absolument clairs et techniques sur la nature des droits par lui conférés à ses légataires ou donataires. Il y a lieu en pareil cas à interprétation de sa volonté et il faut reconnaître qu'en général, et avec raison d'ailleurs, les juges du fait sont disposés à voir dans une double disposition deux legs d'usufruit et de nue propriété valables plutôt qu'une substitution prohibée. La Cour de cassation consacre cette pratique toutes les fois que la volonté du testateur n'est pas par là même modifiée et dénaturée.

369. — D'après les cours d'appel, ne contient pas de substitution prohibée : le legs d'usufruit de tous biens fait en faveur d'une personne, et le legs en propriété d'une partie de ces biens à une autre personne, pour avoir effet au décès de l'usufruitier. — Grenoble, 14 mars 1808, Laroche, [P. chr.]

370. — ... Ou même, malgré l'impropriété des termes, l'institution d'un légataire universel à charge de laisser à son décès tel immeuble à des tiers désignés. — Caen, 26 avr. 1841, [*Rec. d'arrêts de Caen et Rouen*, t. 16, p. 188]

371. — Peu importe que le décès du premier gratifié soit énoncé dans le testament comme point de départ du droit du second. Cela n'empêche pas ce gratifié d'être uniquement usufruitier, l'autre étant saisi légalement de la nue propriété dès l'instant de l'ouverture de la succession. Telle était déjà la jurisprudence ancienne. — V. arrêt du parlement de Flandre du 17 janv. 1697, dans Merlin, *Rép.*, v° *Substitution d'héritier*, sect. 4, n. 13.

372. — De même, sous l'empire du Code civil, il a été jugé qu'il ne faut pas voir de substitution prohibée : dans la clause par laquelle un futur époux donne à sa future épouse une portion de ses biens pendant sa vie ou tant qu'elle restera veuve, à la charge par elle, au cas de décès ou de convol, d'en faire la remise aux enfants du mariage, s'il y en a, et en cas contraire, à une tierce personne désignée. Une telle disposition ne renferme qu'un don d'usufruit. — Riom, 8 mars 1816, Groisne, [S. et P. chr.]

373. — ... Ni dans la clause par laquelle un testateur dit : « Je lègue à Pierre, pour jouir après mon décès, telle chose et, après son décès, la chose reviendra aux enfants de Paul. » On doit entendre qu'il y a legs de l'usufruit en faveur de Pierre et legs de la nue propriété en faveur des enfants de Paul. — Paris, 24 mai 1821, Rivière, [S. et P. chr.]

374. — ... Ni dans la clause d'un testament ainsi conçue : « Je lègue l'usufruit de tel domaine à Paul; je lègue la nue propriété de ce même domaine à Pierre, et dans le cas où Pierre viendrait à mourir avant Paul, Paul jouira du domaine pendant sa vie, mais à sa mort il appartiendra à Jean ». — Poitiers, 21 juin 1825, Bénéteau, [S. et P. chr.]

375. — ... Ni dans cette clause : « Je nomme et institue pour mon seul et unique héritier universel et général mon frère pour prendre possession de mes biens après ma mort, pour jouir des revenus sa vie durant; et, après sa mort, mon neveu prendra possession de tous les biens que j'aurai laissés à mon frère ». Le legs en faveur du frère ne doit être réputé comprendre que l'usufruit des biens du testateur. — Montpellier, 12 mars 1830, Quetton, [S. et P. chr.]

376. — Le testament vaut comme renfermant non une substitution prohibée mais deux legs, l'un en usufruit, l'autre en nue propriété, dans lequel le testateur lègue ses biens d'abord à ses deux frères et à sa sœur, puis à un tiers après la mort du dernier survivant des premiers institués. — Rouen, 24 déc. 1873, Mouchard, [S. 74.2.317, P. 74.1249]

377. — Et quand un legs en usufruit est formellement établi, la clause du testament qui astreint le bénéficiaire à faire emploi des valeurs léguées ne constitue pas la charge de conserver et de rendre, constitutive d'une substitution prohibée; elle souligne l'obligation imposée par la loi à l'usufruitier de conserver la substance de ce dont il jouit. De même, le renvoi au décès du légataire en usufruit de l'exécution des autres vise uniquement la remise effective des biens légués, qui ne doit se faire qu'à cette époque, étant donné le droit de l'usufruitier. Aux deux points de vue donc, le testateur n'a fait que reproduire les règles posées par la loi dans la matière de l'usufruit. — Paris, 21 mai 1890, Greslé, [D. 91.1 239]

378. — Il en faudrait dire autant en présence d'une clause testamentaire ainsi conçue : « Je lègue à Paul l'usufruit de telle chose pour en rendre le fonds et la propriété à Pierre que je substitue. » — Rolland de Villargues, n. 288; Demolombe, t. 18, n. 122; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 302 et 303, note 5.

379. — La Cour de cassation n'est pas moins explicite. Sous l'empire de la loi de 1792, il a été jugé, il est vrai, qu'une disposition ainsi conçue : « J'institue Paul héritier de tous mes biens, pour en jouir seulement pendant sa vie, voulant qu'après

sa mort ces biens retournent à Pierre, et, en cas que celui-ci meure sans enfants, je lui substitue Jean », est entachée de substitution ; et que l'abolition prononcée par la loi de 1792 doit profiter à l'institué grevé de la substitution. — Cass., 19 niv. an XII, Defassin, [S. et P. chr.]

380. — Mais la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire depuis la promulgation du Code civil. Jugé que, si un testateur lègue l'usufruit de différents immeubles, plus une rente, dont il est dit ensuite que le capital retournera à un tiers après la mort du légataire, cette disposition ne contient qu'un legs d'usufruit des immeubles et de la rente. Du moins, l'interprétation des juges à cet égard est à l'abri de la cassation. — Cass., 25 janv. 1827, Girarel, [S. et P. chr.]

381. — ... Que la disposition testamentaire ainsi conçue : « J'institue pour mon seul et unique héritier, universel et général, mon frère..., pour prendre possession de mes entiers biens et hérédités après ma mort, d'après un inventaire général qui en sera dressé en bonne forme, pour jouir des revenus sa vie durant, et, après sa mort, mon neveu... prendra possession de tous les biens que j'aurai laissés à mon frère; et si mon neveu venait à mourir avant lui, et sans enfants légitimes, après la mort de mon frère tous mes biens passeraient aux enfants de mes nièces », ne contient point une substitution prohibée par l'art. 896, C. civ. On doit, au contraire, la considérer comme ne renfermant qu'un legs d'usufruit, d'une part, et de l'autre, des legs conditionnels et directs de la propriété. — Cass., 25 juill. 1832, Quet, [S. 32.1.575, P. chr.]

382. — ... Qu'il n'y a pas substitution dans la disposition par laquelle le testateur donne et lègue à ses père et mère, au dernier vivant, tout ce qu'il possède, à la condition expresse de laisser, après eux, ce qu'ils auront recueilli, à sa sœur. Cette disposition peut être considérée, d'après les clauses accessoires du même testament, comme renfermant un simple legs d'usufruit aux père et mère, et un legs de nue propriété à la sœur. — Cass., 20 janv. 1840, Garneray, [S. 40.1.363, P. 40.1.327] — Dans cette espèce, en effet, le testateur, expliquant plus amplement ses intentions, déclarait, d'une part, qu'il « doit ce qu'il fait à son père pour le soutien de ses vieux jours, parce que, après lui, il se trouvera sans bien et sans aucun appui ni secours », et, de l'autre, que c'est à la sagesse et à la prudence de sa sœur qu'il abandonne le soin d'assurer le bonheur de leurs parents, en sorte que le testateur semble avoir voulu transmettre à sa sœur sur ses biens tous les droits réclamés pour l'accomplissement de ses intentions.

383. — La clause par laquelle un testateur institue « sa sœur aveugle pour son héritière universelle, avec nomination d'un exécuteur testamentaire, tuteur et possesseur des biens, chargé de lui fournir tout ce qui lui sera nécessaire, et pour qu'au décès de cette sœur les biens qui se trouveront exister soient hérités par les neveux du testateur et de ladite sœur », peut être interprétée par le juge du fait, d'après les circonstances, comme contenant non une substitution, mais un legs d'usufruit pour la sœur et un legs de nue propriété pour les neveux. — Cass., 4 juill. 1853, Orsini, [S. 54.1.108, P. 54.1.284, D. 53.1.298]

384. — On ne rencontre pas davantage de substitution prohibée dans la disposition testamentaire par laquelle le testateur qui lègue à un individu ses meubles en le dispensant d'en rendre compte, et ses immeubles sans reproduire la même dispense, institue un légataire universel, avec la clause que sa jouissance ne commencera qu'à partir du décès du premier légataire : une telle disposition renferme simplement un legs de l'usufruit des immeubles au profit du premier légataire, et de la nue propriété de ces mêmes immeubles au profit du second légataire. — Cass., 5 mai 1856, Morel, [S. 58.1.544, P. 58.1113, D. 57.1.37]

385. — ... Ni dans la clause testamentaire par laquelle le testateur, après avoir légué à un individu une certaine somme pour en jouir à son décès, dispose qu'à la mort de ce légataire une somme moindre sera donnée à une autre personne, et, si elle n'existe pas alors, à ses enfants, en expliquant que le gratifié ne jouira de cette somme qu'après le décès du premier légataire : une telle disposition renferme seulement un legs d'une somme d'argent fait en usufruit au premier légataire et en nue propriété au second. — Cass., 25 janv. 1865, Vivent, [S. 65.1.73, P. 65.140, D. 65.1.74]

386. — ... Ni même dans la clause par laquelle un testateur, après avoir déclaré donner et léguer tous ses biens, meubles et immeubles, à une personne désignée, ajoute que c'est « à condition qu'après cette personne, les biens serviront à fonder un établissement de charité ». Cette disposition n'indique pas de la part de la testatrice l'intention de donner au légataire la propriété des biens légués, et de le charger de les conserver et de les rendre. Elle constitue un legs fait sous une condition qui en détermine le caractère, et dont l'accomplissement ne rend nécessaires ni l'intervention ni le concours du légataire. On doit donc voir dans cette disposition un premier legs en usufruit et un legs de nue propriété au profit d'un établissement de charité. — Cass., 16 juill. 1838, Hébert, [S. 38.1.705, P. 38.2.49]

387. — Décidé aussi qu'il appartient aux juges du fait de déclarer qu'il y a, non pas une substitution prohibée, nulle aux termes de l'art. 896, C. civ., mais un double legs d'usufruit et de nue propriété, valable aux termes de l'art. 899, dans la disposition par laquelle un testateur déclare qu'après paiement des legs particuliers, une personne qu'il désigne jouira sa vie durant des biens héréditaires, et qu'à sa mort, ce qui restera de la succession sera donné par parts égales à des tiers déterminés ; une telle interprétation, fondée sur la combinaison et l'enchaînement de dispositions ambiguës, détermine les intentions du testateur sans les dénaturer. — Cass., 31 mai 1897, Latour, [S. et P. 1901.1.492, D. 97.1.551]

388. — Aussi bien, la même solution s'applique, que le legs en nue propriété soit adressé à un tiers ou aux enfants du légataire en usufruit nés ou à naître. Il y a là seulement une condition tacite affectant le legs en nue propriété, mais ne constituant pas en soi une substitution. De deux choses l'une, en effet : ou le légataire en usufruit n'aura pas d'enfants nés ou conçus au décès du testateur et la libéralité en nue propriété sera caduque; ou il en aura, et les deux legs s'exécuteront avec cette réserve que seuls pourront bénéficier du second les enfants au moins conçus lors du décès du testateur. — Rolland de Villargues, n. 243; Demolombe, t. 18, n. 116; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 303; Laurent, t. 14, n. 418; Huc, t. 6, n. 35; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 684-V; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3169.

389. — Sous l'ancien droit, Thévenot (p. 192) voyait des substitutions dans de telles dispositions, et cette opinion a été consacrée par certains arrêts très-anciens. — Cass., 13 pluv. an XI, Desjardins, [S. et P. chr.] — Paris, 26 brum. an XII, Grenu, [S. et P. chr.] — *Contrà*, Cass., 14 prair. an VIII, Hanricart, [S. et P. chr.]; — 11 pluv. an XI, Barth, [S. et P. chr.] — Mais cette solution, susceptible d'être défendue à une époque où les substitutions étaient licites, et même vues avec faveur, doit être abandonnée en présence d'une législation prohibant les substitutions et sanctionnant cette prohibition par la nullité des dispositions faites à son encontre. Il faut prendre la disposition pour ce qu'elle est en réalité, et dire que le legs fait aux enfants du légataire en usufruit vaut comme legs direct de nue propriété et profite, conformément à l'art. 906, C. civ., à ceux-là seuls d'entre eux qui sont conçus au moins au décès du testateur.

390. — Il n'y a donc pas de substitution prohibée : dans la disposition par laquelle un testateur lègue l'usufruit de certains biens à une personne, et la pleine propriété, après décès de celle-ci, à ses enfants. — Metz, 21 mars 1822, Sionville, [S. et P. chr.]

391. — ... Ni dans la disposition par laquelle un testateur lègue ses biens à ses cousins et cousines germains, pour en jouir en usufruit, avec défense de les aliéner, voulant que la propriété en passe à leurs enfants légitimes, et, à défaut de ceux-ci, au parent le plus proche en degré. — Paris, 16 avr. 1811, Tachon, [S. et P. chr.]

392. — Et le legs fait à une personne, pour le cas où elle se mariera et aura des enfants, d'une certaine somme dont cette personne aura l'usufruit, et ses enfants la propriété, présente non une substitution prohibée dont la mère serait grevée envers ses enfants à naître, mais seulement deux legs, l'un d'usufruit, au profit de la mère, et l'autre de la nue propriété, au profit des enfants, lesquels doivent produire leur effet simultanément, dans le cas où la condition prévue viendra à s'accomplir. — Paris, 23 juin 1825, Gruget, [S. et P. chr.]

393. — Jugé de même, encore, qu'est valable une disposition, écrite en forme de codicille, dans laquelle une testatrice déclare que son frère, institué son légataire universel par un testament antérieur, n'aura que la jouissance des biens légués,

la propriété en devant revenir à la fille du légataire au décès de celui-ci. — Cass., 2 août 1880, Lachassaigne, [S. 81.1.172, P. 81.1.399, D. 80.1.451]

394. — Il avait été déjà jugé, antérieurement, qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir par un testament institué l'aîné de ses enfants héritier universel, et le puîné héritier particulier, déclare, dans un second testament, « qu'il veut que sa succession soit partagée par moitié entre ses enfants; que néanmoins le puîné n'ait que la jouissance de la portion dont il était privé par le premier testament, et que cette portion soit réversible, après son décès, à l'aîné ou aux enfants de l'aîné, avec faculté d'élire entre ceux-ci; » une telle disposition ne renferme qu'un legs d'usufruit. — Cass., 29 nov. 1837, Hoque, [S. 37.1.968, P. 37.2.609]

395. — *B.* La question de validité ou d'invalidité devient plus délicate en présence des complications et des conditions qui, de la part de testateurs ingénieux, accompagnent souvent les legs en usufruit et en nue propriété. Que faut-il penser, par exemple, d'un testament dans lequel l'usufruit de certains biens étant légué à Primus, la nue propriété l'est à ses enfants nés ou à naître et, à défaut d'enfants, à un tiers, Secundus? Il a été jugé, autrefois, que la disposition par laquelle un testateur lègue à son neveu célibataire l'usufruit d'une chose et la propriété aux enfants de celui-ci à naître en sortant le mariage, et, à défaut d'enfants, aux plus proches parents de lui testateur, doit être considérée non comme une disposition de deux legs distincts, l'un d'usufruit, l'autre de propriété, mais comme une véritable substitution. — Paris, 1er déc. 1807, Lefeuilland, [S. et P. chr.]

396. — L'argument invoqué en ce sens consiste à dire que, si l'on envisage la première disposition comme un véritable legs d'usufruit, il devient impossible d'asseoir la nue propriété sur la tête de qui que ce soit pendant la vie de l'usufruitier. Le raisonnement n'est pas fondé. Si, lors du décès du disposant, le légataire en usufruit n'a pas d'enfants, le legs fait à ceux-ci est caduc, et le tiers est légataire pur et simple de la nue propriété. Si, à cette même époque, le légataire en usufruit a des enfants, ceux-ci sont légataires de la nue propriété sous la condition résolutoire de leur prédécès par rapport à leur père, et le tiers en est légataire sous la condition suspensive du même événement. Quoi qu'il arrive donc, le premier légataire n'aura que l'usufruit et le légataire en nue propriété tiendra son droit non de cet usufruitier, mais du diposant directement. Il y a, en pareille hypothèse encore, non une substitution, mais deux legs directs de l'usufruit, et, sous une alternative, de la nue propriété. — Duranton, t. 8, n. 52; Rolland de Villargues, n. 282; Coin-Delisle, sur les art. 898, n. 12, et 899, n. 9; Demolombe, t. 18, n. 117; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 303, note 6; Laurent, t. 14, n. 420; Huc, t. 6, n. 36; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3170; Mémin, n. 30.

397. — Cette dernière interprétation a été adoptée depuis longtemps par la jurisprudence. Il a été jugé que la clause par laquelle un futur époux donne à sa future une portion de ses biens pendant sa vie, ou tant qu'elle restera veuve, à la charge d'en faire la remise aux enfants du mariage ou à une tierce personne, à défaut d'enfants, ne présente point les caractères d'une substitution prohibée. — Riom, 8 mars 1816, Groisne, [S. et P. chr.]

398. — ... Qu'un testateur lègue valablement une portion de sa succession, pour être recueillie par le légataire, après le décès d'un autre légataire usufruitier, au cas où celui-ci n'aura pas d'enfants : c'est là un legs conditionnel, et non une substitution, puisque le légataire éventuel tiendra immédiatement du testateur. Peu importe de savoir sur la tête de qui a résidé la nue propriété depuis le décès du testateur jusqu'au décès du légataire de l'usufruit. — Caen, 11 août 1825, Manchon, [S. et P. chr.]

399. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la disposition testamentaire attribuant une rente viagère à un légataire, et, après lui, à ses enfants, et ajoutant qu'en cas de décès sans enfants de l'un ou l'autre de ces premiers légataires, la rente léguée passera à un autre légataire qu'elle désigne. — Rouen, 22 mars 1869, Rault, [*J. Not.*, 1870, n. 19984] — V. dans le même sens, Douai, 10 avr. 1850, [*Rec. des arr. de Douai*, 4.227] — Caen, 29 nov. 1855, [*Rec. des arr. de Caen et Rouen*, 20.21] — Paris, 7 nov. 1890, [*Gaz. des Trib.*, 15 nov. 1890] — Trib. Die, 9 juin 1863, [*Rec. des arr. de Grenoble*, 20.452]

400. — ... Qu'un double legs en usufruit et en nue propriété étant licite, aux termes de l'art. 899, C. civ., même si ces legs sont conditionnels, un testateur peut valablement léguer à l'un de ses frères « seulement l'usufruit de sa part de succession, s'il ne laisse pas d'enfants légitimes, cette part devant retourner alors aux enfants légitimes de son autre frère. » — Caen, 21 juill. 1885, Ledentu, [*Rec. du N.* ..., 86, n. 7359]

401. — ... Qu'est valable la clause d'un testament portant que si une telle personne à laquelle on donne l'usufruit de certains biens, vient à se marier et laisse, lors de son décès, des enfants légitimes, les biens légués deviendront sa propriété et feront partie de sa succession. Ce n'est qu'un legs conditionnel de la nue propriété en faveur du légataire de l'usufruit. On ne peut prétendre non plus qu'une telle disposition testamentaire renferme un legs fait à des enfants non conçus, et que comme telle, elle doive être réputée non écrite (C. civ., art. 900 et 906), ni qu'elle dépende d'un événement incertain qui ne pourrait arriver qu'après le décès du légataire, ce qui la rendrait caduque (C. civ., art. 1040 et 1181) : il n'y a là qu'une condition suspensive qui, devant se réaliser avant le décès du légataire, n'en est pas moins valable, bien qu'elle ne puisse se vérifier qu'après. — Cass., 17 juin 1835, Piedelièvre, [S. 36.1.44, P. chr.] — Rouen, 22 févr. 1834, Piedelièvre, [S. 34.2.654, P. chr.]

402. — Un autre arrêt s'est également refusé à voir une substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur lègue la nue propriété de ses biens à une personne sous la double condition que cette personne se mariera avant un âge déterminé et qu'elle laissera, à son décès, des enfants issus de son mariage, en ajoutant que si cette double condition ne se réalise pas, les biens appartiendront à un tiers désigné. — Cass., 8 févr. 1869, Lartigue, [S. 69.1.355, P. 69.895, D. 70.1.13] — Agen, 25 mars 1868, Lartigue, [S. et P. sous Cass., 8 févr. 1869, précité] — *Sic*, Demolombe, t. 18, n. 115 et s.

403. — Dans ces deux espèces le légataire en usufruit l'était en même temps de la nue propriété, sous une condition suspensive toutefois et indépendante de sa survie aux héritiers du testateur.

404. — Jugé de même que la disposition par laquelle un testateur nommant un héritier, lui lègue la jouissance de ses biens, en déclarant qu'il ne pourra en disposer, et que, dans le cas où il mourra sans enfants légitimes, les biens passeront à d'autres personnes, ne contient point une substitution prohibée, mais renferme un legs d'usufruit et un legs conditionnel de nue propriété. — Cass., 26 avr. 1875, Lebon de Nonac, [S. 75.1.415, P. 75.1046, D. 75.1.485] — La Cour de cassation a confirmé dans cette affaire la solution donnée le 17 janv. 1870 par la cour d'Aix. Certaines circonstances de fait et surtout les termes employés par le testateur la rendaient quelque peu douteuse. L'attribution de la nue propriété au gratifié, disait le pourvoi, et par suite la double transmission caractéristique de la substitution résultait : 1° du legs universel fait; 2° de la défense formelle d'aliéner; 3° du mot « passeront » qui indique bien dans l'intention du testateur l'entrée des biens dans le patrimoine du légataire universel pour, de là, passer à sa mort aux mains des appelés. Ces motifs n'ont pas arrêté la cour. Le but poursuivi par le testateur était atteint dès lors que, chose permise, il faisait à son frère un legs en usufruit et aux autres un double legs conditionnel en nue propriété. Dès lors donc qu'il y avait doute sur le procédé par lui employé pour y arriver, il était naturel d'admettre qu'il avait choisi le moyen licite plutôt qu'un mode de disposer interdit par la loi.

405. — Jugé, d'une façon générale, qu'il n'y a pas substitution prohibée, alors qu'il est constaté par le juge du fait que le testateur n'a point imposé au légataire universel, indirectement, ni directement, en termes formels et précis, ni implicitement, l'obligation de ne point disposer de biens légués et de les rendre ensuite à des institués de second ordre, et que ces constatations des juges de fait ne sont pas en contradiction avec les termes du testament. — Cass., 16 juill. 1885, Favreau, [S. 86.1.103, P. 86.1.235, D. 86.1.289] — Dans cette espèce, jugée par la cour de Poitiers, le 18 mars 1885, il s'agissait d'un legs fait à un enfant, avec réserve de l'usufruit au profit de ses père et mère jusqu'à sa majorité, époque à laquelle ils devront lui remettre la succession en totalité, sauf à rester seuls et uniques héritiers si l'enfant mourait avant cette majorité. L'affaire présentait cette particularité que les substitués étaient les parents de l'institué dont le père devait régir la fortune comme administrateur légal. Le droit de l'institué, quant à la disposition des biens, rencontrait un double obstacle : il était investi seulement

de la nue propriété et le père usufruitier pouvait seul, comme administrateur légal, aliéner les biens légués pendant la minorité de son fils. D'après la cour de Poitiers ce sont là des obstacles de fait plutôt que de droit, et en droit pur, il n'y a pas pour l'institué incapacité absolue d'aliéner, obligation dès lors de conserver et de rendre. En effet le père peut avoir le même intérêt que le fils à l'aliénation ; s'il y a conflit d'intérêts, un tuteur *ad hoc* peut représenter le fils; enfin le mineur peut être émancipé et le concours d'un curateur lui suffira en pareil cas pour aliéner la nue propriété léguée. Seulement on en vient alors à cette conséquence forcée que, supposant l'institué mort avant sa majorité mais après aliénation de la nue propriété d'un des biens légués, l'aliénation sera maintenue et l'usufruit se réunira à la nue propriété aux mains de l'acquéreur au plus tard au jour où l'institué eut atteint sa majorité. Or cela paraît bien contraire aux intentions du testateur qui a voulu rendre les parents pleins propriétaires des biens légués au cas où l'enfant mourrait avant sa majorité. Il ne s'agit pas ici, comme dans les cas ordinaires, d'un nu propriétaire appelé forcément à devenir plein propriétaire par lui-même ou par ses héritiers; l'institué ne devait jamais devenir plein propriétaire, s'il mourait mineur. Ne pouvait-on pas voir là de la part du testateur une manifestation suffisante de son intention d'imposer l'obligation de conserver et de rendre ?

406. — La solution changerait-elle s'il y avait dans un testament un legs d'usufruit fait à un parent et un legs de la nue propriété à l'aîné des enfants que laissera ce parent ? D'après la loi du 9 fruct. an II, « au nom près, une telle disposition ne présente qu'une substitution, dont l'usufruitier se trouve grevé envers l'aîné des enfants et doit suivre les mêmes règles ». Nous sommes d'un avis tout contraire et, à nos yeux, il n'y a pas de substitution dans l'espèce, il ne peut pas y en avoir, même si le légataire en usufruit était l'héritier *ab intestat* du testateur. Demolombe (t. 18, n. 118 et s.), distingue : le legs en usufruit vaut à ses yeux en pareil cas quand il est fait à tout autre qu'à l'héritier *ab intestat* et alors seulement. Le gratifié, dit-il, « n'est et ne sera jamais qu'un usufruitier ; et, par conséquent, il n'est pas possible de voir en lui un grevé de substitution. Sans doute, aucun de ses enfants n'aura la propriété de son vivant, puisque la propriété est léguée à l'un d'entre eux sous une condition qui ne peut se vérifier qu'à l'époque du décès de leur père ; mais, d'une part, la propriété appartiendra à l'héritier légitime du testateur; et, d'autre part, comme l'événement de la condition, qui peut transmettre la propriété à l'enfant aîné de l'usufruitier, sera la mort de l'usufruitier lui-même et non pas la mort de l'héritier qui aura été jusque-là propriétaire, il en résulte qu'il n'y a là qu'un legs conditionnel ». Tel est bien notre avis, mais nous en faisons une application générale. Nous le fondons en effet sur ce que la disposition susvisée comprend dans tous les cas deux legs alternatifs impliquant une seule et unique transmission.

407. — La difficulté augmente quand un légataire reçoit la pleine propriété sous la *condition résolutoire* de son prédécès sans enfants à telle ou telle autre personne, et est déclaré ne devoir recueillir qu'en usufruit si la condition se réalise. Ce qui rend ce point délicat, c'est d'une part le caractère résolutoire de la condition, de l'autre ce fait qu'elle doit se réaliser seulement lors du décès du gratifié.

408. — Cependant il a été jugé qu'il y a legs conditionnel et non pas substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un légataire universel, grève ce legs de divers legs particuliers, au cas et sous la condition où le légataire universel décéderait sans postérité. — Paris, 7 déc. 1835, Féret, [P. chr.]

409. — ... Ou dans une clause ainsi conçue : « Je donne et lègue tous mes autres biens à... et à Timoléon de M...; je déclare néanmoins que je n'entends léguer audit Timoléon de M..., la propriété de sa portion desdits biens que dans le cas où il laissera, à l'époque de son décès, des enfants d'un légitime mariage, et, le contraire arrivant, je lui lègue seulement la jouissance et l'usufruit desdits biens, et audit cas, je lègue la nue propriété à Eugène D... mon neveu ». — Toulouse, 15 juin 1833, Sère, [P. chr.]

410. — Saisie de la question, la Cour suprême s'est, à son tour, refusée à considérer comme renfermant nécessairement une substitution prohibée la clause par laquelle le testateur, après avoir légué la propriété de ses biens à plusieurs légataires, ajoute que, si, parmi eux, quelqu'un reste sans enfants, il aura simplement l'usufruit pendant sa vie, et les biens seront partagés entre les colégataires : cette clause doit ou peut être considérée comme ne se référant qu'à ce qui existera au décès du testateur, et ne constitue pas dès lors un ordre successif. — Cass., 4 déc. 1843, Decherf, [S. 44.1.268, P. 44.1.528]

411. — D'après un nouvel arrêt confirmant celui d'Angers du 19 juill. 1854, la clause d'un testament portant que, si l'héritier légitime du testateur meurt sans postérité, il sera réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit la moitié de la succession, et que, dans ce cas, la nue propriété de cette moitié est léguée à d'autres, peut, sans qu'il en résulte aucune violation de loi, être interprétée en ce sens qu'elle renferme, non point une substitution prohibée, mais deux legs conditionnels, l'un de l'usufruit, l'autre de la nue propriété. — Cass., 30 avr. 1855, Lezé, [S. 56.1.607, P. 57.623, D. 55.1.207] — La clause litigieuse portait expressément *in fine* « Mon petit-fils ne possédera la moitié de cette succession que sous condition résolutoire, savoir qu'il mourra laissant de la postérité ». Pour la déclarer valable, l'arrêt du 30 avr. 1855 fait ressortir « que la condition, si elle se réalise du vivant de la testatrice, aura cet effet que le premier donataire n'aura jamais rien reçu et que la disposition testamentaire ne contiendra qu'une substitution vulgaire; qu'en admettant que la condition ne vienne à se réaliser qu'après le décès de la testatrice, on doit encore reconnaître que les neveux et les nièces de la testatrice (légataires sous condition suspensive) ne recevront pas le bien au décès du petit-fils, mais directement du vivant de la testatrice qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté ». La cour d'Angers avait déclaré voir dans l'espèce une double institution alternative, faite, la première, sous condition résolutoire, au profit de l'héritier, la seconde, sous condition suspensive, au profit des autres parents. — Angers, 19 juill. 1854, Lezé, [S. 54.2.755, P. 54.2.305, D. 55.1.207]

412. — Bien qu'il ait été énergiquement contesté dans la doctrine, cet arrêt a fait jurisprudence. Il a été jugé depuis lors qu'il n'y a pas substitution prohibée, mais seulement legs conditionnel, dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir laissé l'usufruit de ses immeubles à son légataire universel, et la nue propriété à une autre personne, déclare cependant que l'usufruitier aura droit à la pleine propriété au cas où il laisserait des enfants à son décès. — Cass., 29 juill. 1873, Bodinier, [S. 74.1.5, P. 74.5, D. 74.1.52] — Angers, 14 août 1872, [S. 72.2.309, P. 72.1.112, D. 73.2.101]

413. — ... Que le legs universel fait sous la condition que si le légataire décède sans postérité, il n'aura eu que l'usufruit des biens qui retourneront à d'autres personnes, ne contient point une substitution prohibée, mais renferme deux legs, l'un pur et simple de l'usufruit, l'autre conditionnel de la nue propriété. — Caen, 23 févr. 1875, Hébert, [S. 75.2.102, P. 75.455, D. 77.1.199]

414. — ... Qu'un testament, dans lequel une même personne reçoit successivement l'usufruit puis la nue propriété des mêmes biens, doit être réputé renfermer un legs de pleine propriété, et qu'est valable, comme renfermant une substitution vulgaire, le legs de nue propriété fait au légataire en usufruit avec clause de retour à des héritiers légitimes au cas où ce légataire mourrait sans être marié. — Paris, 20 janv. 1872, Joseph, [D. 73.2.15]

415. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée mais double disposition distincte et valable dans le testament où la fille du disposant reçoit une somme en usufruit et même en nue propriété sauf au cas où elle décéderait sans enfants, cette nue propriété étant dans cette hypothèse léguée aux enfants et descendants d'un frère. — Douai, 29 nov. 1886, Danel, [D. *Rép., Suppl.*, v° *Substitution*, n. 62]

416. — ... Qu'est valable comme disposition conditionnelle en nue propriété et en usufruit, d'après les art. 899 et 1040, C. civ., le legs fait par un testateur à plusieurs légataires de ses biens immeubles pour une époque postérieure à la mort de ses deux frères et si ceux-ci ne laissent pas d'enfants. — Cass., 20 avr. 1885, Désarbres, [S. 85.1.440, P. 85.1.1061, D. 86.1.9]

417. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée, dans la clause par laquelle le testateur dispose au profit de sa légataire, pour lui servir de dot, d'une somme d'argent dont ses père et mère auront la jouissance jusqu'au jour de son mariage, et dont ils deviendront propriétaires si elle meurt avant eux. — Caen, 7 juin 1848, Coste, [P. 50.1.97]

418. — Cette doctrine a été vivement combattue par Demolombe (t. 18, n. 199), Coin-Delisle (*Rev. crit.*, t. 9, p. 289 et s.), et Mémin (n. 30). Tout legs fait sous condition résolutoire aboutit nécessairement à une substitution dès lors que la condition doit se réaliser à la mort du premier gratifié. Tel est le point de départ de leur thèse et, suivant la formule de Mémin « il y a substitution prohibée du moment que la personne investie de la jouissance, quelque qualification qui lui soit donnée dans l'acte, est appelée à avoir ou à n'avoir pas la propriété complète et définitive, suivant un événement qui doit s'apprécier à son décès ». Sinon, en effet, la prohibition de l'art. 896 devient lettre morte et une simple habileté de langage suffira à la tourner. Quand l'art. 899 autorise la double disposition de l'usufruit à l'un et de la nue propriété à l'autre, il vise celle-là seulement qui attribue d'ores et déjà à chaque gratifié l'objet propre de son legs. Or, dans l'hypothèse controversée, le légataire de l'usufruit et de la nue propriété à titre conditionnel en même temps se trouve en fait, sa vie durant à compter du décès du disposant, plein propriétaire absolument comme un grevé de substitution et, à son décès, la situation sera identique à ce qu'elle est au jour de l'ouverture d'une substitution. Objecte-t-on le principe de la rétroactivité des conditions, Coin-Delisle soutient que l'art. 1179, C. civ., s'applique aux seules conditions contractuelles à l'exclusion de celles écrites dans les testaments; en réalité, le legs fait sous condition résolutoire contient bien une double transmission. Mais cette restriction dans l'application de l'art. 1179 n'est admise par personne et, dès lors, par suite de la rétroactivité, il n'y a qu'une seule transmission en cas de legs sous condition résolutoire. La condition s'accomplit-elle, le legs est anéanti et rétroactivement anéanti, d'où il suit que l'autre libéralité subsiste seule. Sans doute, dans les substitutions comme dans toute disposition testamentaire, l'ouverture du droit de l'appelé est subordonnée à son existence lors du décès du grevé. Mais s'il survit, le droit du grevé n'est pas rétroactivement anéanti comme s'il n'avait jamais existé. Les deux libéralités ont existé et cela est de l'essence de la substitution. Au contraire, la disposition sous condition résolutoire disparaît rétroactivement par suite de l'arrivée de la condition, fût-elle concomitante à la mort du légataire. Voilà une différence profonde en droit entre les deux situations et il n'est pas exact d'ailleurs, en présence de la formule générale de l'art. 899, de dire que ce texte autorise les seuls legs en usufruit et en nue propriété faits purement et simplement. Ajoutons que, même en fait, il y a des différences entre la substitution et le legs sous condition résolutoire. Si ce dernier engendre la même incertitude que la première dans la propriété quand la condition doit se réaliser à la mort du légataire, c'est l'effet de toute condition résolutoire. Il n'en reste pas moins vrai que le legs alternatif, sous condition résolutoire pour l'un, sous condition suspensive pour l'autre, n'est valable qu'à l'égard de personnes nées ou du moins conçues au décès du testateur. Il en résulte même pratiquement cet avantage que la validité d'une aliénation *pendente conditione* des biens légués pourra être assurée en y faisant intervenir les bénéficiaires du double legs alternatif, tandis qu'en matière de substitutions, jusqu'au jour de l'ouverture, le nombre des appelés est nécessairement indéterminé. — Laurent, t. 14, n. 444; Huc, t. 6, n. 36; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3170.

419. — M. Léon Michel (note sous Cass., 10 nov. 1896 [D. 99.1.209]) a repris la thèse que nous venons de combattre. Il prétend démontrer que le double legs conditionnel, valable si les deux bénéficiaires sont appelés sous des conditions suspensives contraires, est nul, comme constituant une substitution prohibée, si le premier légataire est gratifié sous condition résolutoire en propriété. Aux arguments déjà présentés, on peut ajouter que dès que ce légataire est gratifié en usufruit, cela devient une question de mots, car on peut le considérer aussi bien comme légataire en nue propriété sous la condition suspensive qu'il laissera des enfants ou sous la condition résolutoire qu'il n'en laissera pas. On peut rattacher à cette théorie un arrêt de la cour de Chambéry d'après lequel renferme une substitution prohibée le legs universel fait sous la condition que le légataire survivra à son père, institué légataire de l'usufruit, et qu'à défaut le legs universel sera recueilli par les pauvres. — Chambéry, 2 janv. 1874, Rosa, [S. 74.2.55, P. 74.327]

420. — Dans tous les cas, il y a substitution même au cas d'un legs en usufruit, s'il résulte manifestement de l'acte que, sous l'apparence d'un legs d'usufruit, le testateur a réellement donné la propriété en première ligne à celui qu'il a qualifié usufruitier. — Rolland de Villargues, n. 283; Marcadé, sur l'art. 899, n. 2.

421. — C'est ainsi qu'il faut entendre certains arrêts qui paraissent en contradiction avec ceux que nous avons rapportés jusqu'ici. Ont donc été considérées comme renfermant une stipulation prohibée, la clause ainsi conçue : « Je veux que mon fils se contente de l'usufruit et jouissance des biens de ma succession, et qu'il soit grevé de substitution envers ses enfants à naître pour la totalité des biens; et au cas que mon fils vienne à mourir sans postérité, je veux que mes biens passent à tels et tels. » — Paris, 28 juin 1811, Bagnac, [S. et P. chr.] — En effet, la nue propriété avait dû nécessairement s'asseoir sur la tête de l'usufruitier.

422. — ... La disposition par laquelle un père institue sa femme héritière, à la charge de rendre à sa fille, avec la faculté de conserver l'usufruit sa vie durant, et en même temps institue sa fille pour le cas où sa mère, à son décès, ne lui aurait pas encore rendu la succession. — Pau, 10 juin 1830, Fitte, [S. et P. chr.]

423. — ... La clause par laquelle un père, en léguant la quotité disponible à deux de ses enfants, dispose que s'ils viennent à se marier et que l'un d'eux seulement ait des enfants, ceux-ci recueilleront dans la succession de leur oncle décédé sans postérité, la portion de biens qu'il aura obtenue dans la quotité léguée. — Agen, 1er juin 1838, Guibert, [S. 38.2.446, P. 39.1.106]

424. — Et la Cour de cassation a vu également une substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur lègue ses biens à une personne, avec clause qu'à la mort de ce légataire les biens légués appartiendront à une autre personne désignée, ou à son défaut à ses héritiers. On ne peut considérer cette disposition comme contenant un legs d'usufruit au premier légataire, et de la nue propriété au profit du second, puisque les héritiers de ce dernier étant éventuellement appelés, il n'a pas la disposition ni conséquemment la propriété de la chose léguée. — Cass., 25 juill. 1849, Hemon, [S. 49.1.673, P. 50.1.451, D. 49.1.321]

425. — ... Et dans la clause par laquelle un testateur lègue un immeuble à une personne, avec clause qu'à la mort du légataire ces biens passeront à une autre personne désignée qui en jouira en toute propriété. On ne peut considérer cette disposition comme renfermant un legs d'usufruit au premier légataire, et de la nue propriété au profit du second. — Cass., 9 juill. 1851, Philipon, [S. 51.1.605, P. 51.2.478, D. 51.1.187]

426. — Nous remarquerons toutefois, réserve faite du principe initial qui est hors de toute contestation, que ces divers arrêts sont tous relativement anciens. La tendance actuelle de la jurisprudence est, nous l'avons dit déjà, d'entendre les clauses obscures d'un testament *potius ut valeant* et d'admettre facilement la constitution d'un usufruit au profit du premier légataire. Il a été jugé cependant, plus récemment, que le legs universel fait par un testateur à sa sœur et conférant à celle-ci la jouissance du patrimoine jusqu'à sa mort, ladite fortune devant alors revenir à ses enfants si elle en a, sinon à un tiers désigné, renferme une substitution prohibée : la charge de conserver et de rendre, quoique non expressément formulée, résulte nécessairement des termes du testament. D'autre part la disposition ne saurait être envisagée comme constituant un legs en usufruit et un legs alternatif en nue propriété, la légataire instituée étant déclarée héritière générale et universelle de tous les biens, meubles et immeubles, laissés par le testateur à son décès. — Pau, 10 avr. 1891, Puyo, [D. 92.2.559]

2° Usufruits successifs.

427. — Un droit d'usufruit ne peut faire la matière d'une substitution. Ainsi, si j'ai dit : « Je lègue à Pierre l'usufruit de ma terre, et après son décès je lui substitue Paul pour le même usufruit », il n'y aura pas substitution fidéicommissaire. En effet, l'usufruit est un droit attaché à la personne et par conséquent intransmissible; d'où il résulte qu'il n'est pas possible de supposer que le premier légataire de l'usufruit soit chargé de conserver et de rendre. Le premier usufruit ne sera donc pas la même chose que l'usufruit du second usufruitier; il n'y aura pas de grevé, partant pas de substitution. Le premier usufruit s'éteignant au décès de son titulaire, le second légataire recevra le sien directement des héritiers du testateur, ses représentants. Le droit de celui-ci est seulement *intra tempus* tenu en fait en

échec par le droit du premier légataire. Remarquons d'ailleurs que les biens grevés d'usufruit, loin d'être frappés d'inaliénabilité comme les biens substitués, peuvent être l'objet d'actes de disposition de la part du nu propriétaire, de même que l'usufruitier peut céder l'exercice de son droit. Au reste les divers usufruitiers ainsi gratifiés successivement ne le sont valablement qu'à la condition d'être tous nés ou du moins conçus lors du décès du testateur et d'être suffisamment désignés dans l'acte testamentaire. N'est donc pas nulle, comme entachée de substitution prohibée, la disposition qui établit deux usufruits successifs. — Rolland de Villargues, n. 270; Salviat, *De l'usufr.*, t. 2, p. 10; Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéicomm.*, §§ 5, 6 et 7; Proudhon, *De l'usufr.*, n. 446 et s.; Delvincourt, t. 2, p. 394; Duranton, t. 8, n. 54; Marcadé, t. 3, n. 474, sur l'art. 899; Saintespès-Lescot, *Donat. et testam.*, t. 1, n. 76; Troplong, t. 1, n. 133; Massé et Vergé, t. 3, § 465, note 18; Demolombe, t. 18, n. 122 et 123; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 302 et 303, note 5; Arntz, t. 2, n. 1697; Laurent, t. 14, n. 410 et s.; Colmet de Santerre, t. 4, n. 15 *bis*-II; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 656; Huc, t. 6, n. 36; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3167; Villequez, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1863, t. 19, p. 211; Lamache, *Rev. du not. 1893*, p. 165 et s. — V. Mémin, n. 32 et s. — Cet auteur, acceptant en définitive la solution généralement admise, se refuse à la fonder sur l'idée d'intransmissibilité de l'usufruit. A son sens, l'usufruit peut être transmis, cela résulte de l'art. 595, C. civ., sauf à ne pas changer de nature ni de durée. Sans doute la mort du cédant fera disparaître l'usufruit aux mains du cessionnaire, mais aussi la mort du cessionnaire le laissera subsister si le cédant a pu prévoir cette mort pour attribuer à un tiers ledit usufruit. Est-ce que cela ne ressemble pas à une substitution puisque c'est bien le même usufruit, reposant sur la tête du cédant qui est attribué successivement aux deux cessionnaires? Si donc, d'après cet auteur, une disposition en usufruit échappe à la prohibition ordinaire des substitutions, c'est parce qu'elle ne présente pas les mêmes inconvénients économiques qu'elles, au point de vue de l'inaliénabilité des biens notamment.

428. — D'autre part, pour justifier la thèse universellement admise, Rolland de Villargues (*loc. cit.*) tire argument de l'art. 1972, qui, statuant sur un droit personnel, la rente viagère, autorise expressément l'établissement du droit sur plusieurs têtes pour elles en jouir l'une après l'autre en même temps; avec Marcadé (*loc. cit.*), il réfute la thèse consistant à dire que la chose substituée est ici le second usufruit et que le grevé est l'héritier *ab intestat*, parce qu'il doit souffrir l'exercice du second usufruit. Cela est inexact, puisqu'on entend par grevé celui qui ayant déjà recueilli rend à sa mort. Or, ici, l'héritier *ab intestat* qui a recueilli la nue propriété, n'est pas chargé de restituer à sa mort.

429. — En vertu des mêmes principes, un usufruit est valablement légué à deux personnes sur le même bien, le survivant d'elles devant avoir l'usufruit de la totalité. Dans une pareille hypothèse, chaque légataire reçoit, à l'ouverture de la succession, l'usufruit de la moitié du bien comme legs pur et simple et l'usufruit de l'autre moitié, à titre conditionnel pour le cas où il survivra à son colégataire. — Rolland de Villargues, n. 272; Marcadé, sur l'art. 1045, n. 5; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3168. — Il n'y a donc là, que des legs successifs d'usufruit ou de rente, comme dans les cas précédents, legs directs, mais dont l'étendue augmentera à mesure du décès des légataires.

430. — Notre thèse a été consacrée par la jurisprudence. Il a été jugé que la disposition par laquelle l'usufruit est donné à plusieurs légataires successivement ne constitue pas une substitution fidéicommissaire prohibée. — Cass., 4 niv. an VIII, Bérulle, [P. chr.] — Bruxelles, 23 mars 1815, Vanwesemael, [S. et P. chr.] — Toulouse, 4 juill. 1840, Beux, [P. 40.2.338]

431. — ... Qu'il en est ainsi notamment de la disposition par laquelle un testateur donne l'usufruit d'un immeuble à plusieurs individus jusqu'au décès du survivant d'entre eux. — Besançon, 29 mars 1811, Titon, [S. et P. chr.]

432. — N'est pas davantage nulle comme renfermant une substitution fidéicommissaire la disposition par laquelle un testateur lègue à une personne la jouissance de ses biens sa vie durant, et après la mort de celle-ci la même jouissance à telles autres personnes qui pourront lui survivre, pour en laisser la propriété à tel ou tel autre individu. — Metz, 31 janv. 1811, Timant, [P. chr.] — *Contrà*. Cass., 4 niv. an VIII, précité (en ce qui concerne le second légataire).

433. — ... Ou la clause par laquelle un usufruit est légué à une personne, sans charge de conserver et de rendre les fruits qu'elle percevra pendant sa jouissance, quand bien même, par une disposition ultérieure du testament, le même usufruit est légué aux enfants et descendants du légataire pour être recueilli par eux après son décès. — Montpellier, 10 févr. 1836, Albe, [S. 36.2.549, P. 37.1.383]

434. — Il a été également décidé que la disposition par laquelle un testateur institue un père et une mère et leur fille pour ses légataires universels conjointement, pour jouir de ses biens, d'abord, par les père et mère conjointement, leur vie durant, ensuite par le survivant d'eux, et après le décès du survivant par la fille, ne contient point une substitution prohibée. — Paris, 3 mars 1809, Dorigny, [S. et P. chr.]

435. — ... Que la clause testamentaire par laquelle un testateur, après avoir légué l'usufruit de ses biens, ajoute qu'à la mort de l'usufruitier, l'usufruit appartiendra à son héritier direct (à lui testateur) avec dispense de caution, et qu'à l'extinction de ce second usufruit les biens qui en sont frappés appartiendront à un légataire qu'il indique, mais en exprimant également que le legs du second usufruit sera transformé en legs de propriété, à l'exclusion des légataires appelés en ordre subséquent, par le fait du mariage de l'usufruitier et de l'existence, à son décès, d'un enfant issu de ce mariage, ne renferme pas une substitution prohibée. — Rennes, 12 mars 1866, Desbouillons, [S. 67.2.118, P. 67.553, D. 67.2.118]

436. — On ne saurait, en pareil cas, considérer le second usufruitier comme ayant été investi, au décès du testateur, de la nue propriété avec charge de conserver et de rendre; il n'y a lieu de voir dans une telle disposition qu'une constitution d'usufruits successifs sur la tête de deux personnes, et un legs de nue propriété fait sous condition résolutoire. — Même arrêt.

437. — Un arrêt avait cependant vu autrefois une substitution prohibée dans la disposition par laquelle un testateur lègue l'usufruit d'une chose à deux personnes successivement, pour jouir l'une après la mort de l'autre, et la propriété aux enfants à naître de ces deux personnes, dans le cas où ils survivraient à celle qui mourra la dernière. — Paris, 13 janv. 1821, Megallant, [S. et P. chr.]

438. — Il n'y aurait pas davantage substitution prohibée si un légataire en usufruit ne devait recueillir qu'au prédécès, soit d'un premier légataire de la pleine propriété, soit de l'héritier légitime. En effet, on ne pourrait pas dire que le légataire de la propriété a été chargé de conserver et de rendre, l'usufruit n'étant pas susceptible de transmission et s'éteignant à la mort de celui qui en jouit. Il n'y aurait qu'une disposition conditionnelle de l'usufruit (Rolland de Villargues, n. 274). — Ainsi, la disposition par laquelle un époux donne à son conjoint l'usufruit de ses biens, dans le cas où les enfants laissés à son décès par le donateur viendraient à mourir avant le conjoint donataire, ne renferme pas une substitution prohibée. — Bruxelles, 17 avr. 1806, Legrens, [S. et P. chr.] — Paris, 17 avr. 1812, Petit, [P. chr.]

439. — Dans une clause ainsi conçue : « Je lègue 1,000 fr. à Pierre, qui lui seront comptés à la mort de mon fils », il n'y a pas substitution : mon fils est considéré comme usufruitier de ces 1,000 fr. » — Rolland de Villargues, n. 284.

440. — En réalité, la nue propriété d'un bien peut être léguée sous une condition se réalisant seulement au décès de l'usufruitier, à la condition notamment que le légataire survivra à l'usufruitier. Vainement dirait-on que, pendant la vie de cet usufruitier, la nue propriété n'a reposé sur aucune tête; elle s'est fixée en effet, dès le jour du décès du testateur, sur la tête des légataires sous condition suspensive et sur celle de l'héritier légitime sous condition résolutoire. — Paris, 21 mai 1890, Greslé, [D. 91.2.239]

441. — Mais quelle solution doit être adoptée en présence d'un legs d'usufruit fait à perpétuité à une personne, à ses enfants et descendants, sauf retour à la succession du *de cujus* en cas seulement d'extinction de la famille du légataire? Un arrêt a vu là une substitution prohibée. — Aix, 18 mars 1836, sous Cass., 21 mai 1837, Albe, [S. 37.1.817, P. 37.2.342] — Et cette opinion prévaut en général en doctrine. D'après nombre d'auteurs, si l'usufruit d'un fonds devait s'étendre à une série indéfinie d'individus, il y aurait substitution par cette raison que l'usufruit ne peut se concevoir perpétuellement séparé de la nue propriété. La disposition prise en ce sens constituerait une com-

binaison frauduleuse pour cacher une vraie substitution. — Rolland de Villargues, n. 275; Salviat, *De l'usufruit*, t. 1, p. 11 et 74; Demolombe, t. 18, n. 123; Huc, t. 6, n. 36.

442. — Il a été jugé cependant qu'il n'y a pas substitution fidéicommissaire, partant prohibée, dans un legs d'usufruit fait à une personne et à ses descendants à perpétuité, avec condition de retour à la succession du testateur, au cas d'extinction de la descendance du légataire; que ce n'est là qu'une suite d'usufruits distincts et séparés, à recueillir successivement par plusieurs personnes; qu'un tel legs doit seulement être déclaré nul ou caduc, à l'égard des descendants du légataire qui n'existent pas au moment du décès du testateur. — Cass., 22 juil. 1835, Pelissier de Pierrefeu, [S. 35.1.641, P. chr.] — Montpellier, 10 févr. 1836, précité.

443. — Laurent (t. 14, n. 416) adopte cette dernière manière de voir. Sans doute, l'art. 896 s'appliquerait si le prétendu usufruit donné ou légué était bien, dans la pensée du disposant, un droit de propriété. Sans doute aussi l'usufruit en soi ne peut être constitué à perpétuité, car l'usufruit perpétuel, enlevant tout avantage au nu propriétaire, équivaudrait en fait à une propriété. Seulement il n'y a vraiment pas à se poser ici la question de substitution, parce que notre droit moderne interdit la donation ou le legs d'un usufruit à une série indéfinie de personnes, parce que l'usufruitier ne peut être constitué sous cette forme. « Le disposant dit qu'il donne l'usufruit de tel fonds à Pierre et à ses enfants nés ou à naître à perpétuité : cette donation est nulle, abstraction faite de toute substitution, à l'égard des enfants à naître, car il faut que la donation soit acceptée, il faut donc être au moins conçu au moment de la donation,... elle n'est valable qu'à l'égard des enfants qui sont conçus et qui l'acceptent. Dans ces limites, il ne peut plus être question de substitution, puisque les donataires de l'usufruit tiennent leur droit directement du donateur, alors même qu'ils l'exerceraient successivement. Il en est de même si l'usufruit était constitué à perpétuité par testament; une pareille constitution est impossible, puisqu'aux termes de l'art. 906, le légataire doit être conçu à l'époque du décès du testateur. » — Laurent, *loc. cit.* — V. aussi, en ce sens, Huc, t. 6, n. 36.

444. — Les mêmes principes s'appliquent aussi bien à la rente viagère qu'à l'usufruit. Si donc on suppose une rente viagère donnée ou léguée à deux personnes pour elles en jouir successivement, « il n'y aurait aucune substitution, ni relativement à la rente viagère elle-même, qui est intransmissible, ni relativement au capital qui n'appartient pas au crédirentier ». — Demolombe, t. 18, n. 124; Laurent, t. 14, n. 413, 415; Huc, t. 6, n. 36; Mémin, n. 32 et s.

445. — En conséquence, si la rente est constituée par donation entre-vifs, tous les donataires doivent exister et accepter la donation; si elle l'est par testament, les légataires sur la tête desquels elle est stipulée réversible doivent être au moins conçus au décès du testateur; la disposition est nulle nécessairement à l'égard des enfants à naître. — Dijon, 26 nov. 1856, Delachapelle, [D. 58.1.93]

446. — Dans tous les cas, la libéralité ainsi faite ne se heurte pas à la prohibition des substitutions. Il a été jugé, en ce sens, que le legs d'une rente viagère à plusieurs personnes successivement, avec stipulation qu'à la mort du dernier des légataires le capital reviendra à une personne déterminée, ne renferme pas une substitution prohibée, ni quant à la rente viagère qui, en passant d'une tête sur une autre, ne repose sur chacune d'elles qu'à titre purement viager; ni quant au capital qui, n'appartenant à aucun des crédirentiers, est légué directement à la personne déterminée, entre les mains de laquelle doivent se réunir finalement le capital et la rente. — Cass., 8 déc. 1852, Petit-Colin, [S. 53.1.293, P. 54.1.395, D. 53.1.218]

447. — Et depuis longtemps, les cours d'appel avaient adopté la même thèse. Avaient été déclarées ne pas constituer une substitution prohibée : la clause par laquelle un testateur lègue une rente viagère à un individu pour être, au décès de celui-ci, transmise à son fils. — Bruxelles, 1er févr. 1810, Valckiers, [S. chr.]

448. — ... La disposition par laquelle le testateur lègue à deux individus, l'un après l'autre, la jouissance d'une rente, et, après leur décès, cette même rente en toute propriété à une troisième personne. — Paris, 26 mars 1813, Briant, [S. et P. chr.]

449. — ... Ou la disposition par laquelle un testateur lègue à plusieurs personnes une rente et une obligation, c'est-à-dire, ajoute-t-il, à chacune d'elles un revenu de telle somme, mais seulement leur vie durant, et par laquelle il lègue ensuite cette rente et cette obligation à une autre personne, pour, celle-ci, en avoir la pleine et entière jouissance au décès des personnes nommées en premier lieu. — Bruxelles, 3 nov. 1827, Vandennenken, [P. chr.

[illegible]

450. — Conformément aux principes du droit romain, un usufruit peut certainement, sous l'empire du droit moderne, faire l'objet d'un fidéicommis pur et simple ou à terme, c'est-à-dire être donné ou légué à une personne qui devra le rendre à une autre, soit immédiatement, soit après un délai déterminé. En effet, d'après le Code civil, l'usufruit peut être délivré par l'héritier ou légataire; cela suppose bien qu'il peut être également remis à un tiers par le premier légataire. — Proudhon, *De l'usufr.*, t. 1, n. 430.

451. — Mais quels seront les effets d'une disposition de cette nature? Quoique, en principe, elle ne profite pas au premier légataire, la disposition comportant remise immédiate de l'usufruit peut cependant n'être pas inutile à son égard; car, si le substitué venait à mourir avant le testateur, ou si, survivant au testateur, il se trouvait incapable, ou, enfin, s'il répudiait la libéralité, ou décédait avant d'avoir recueilli, la caducité du fidéicommis opérée par son prédécès, son incapacité ou son refus, profiterait au légataire chargé de rendre (Dig. tit., *De leg.*, l. 60). La raison en est que la charge de rendre se trouve éteinte du moment qu'il n'y a plus de substitué ayant le droit d'exiger la restitution.

452. — De ce que le grevé d'un fidéicommis d'usufruit profite de la caducité du fidéicommis, il faut en conclure que la demande en délivrance peut être formée par lui contre l'héritier; et que les fruits perçus tant que le fidéicommissaire n'aura pas réclamé, seront acquis au légataire. — Proudhon, *loc. cit.*

453. — *A fortiori*, en cas de fidéicommis à terme, le légataire perçoit les fruits jusqu'à l'expiration du délai déterminé. Si le premier légataire meurt après avoir accepté la libéralité, ses héritiers seront tenus d'acquitter la charge de rendre : pourvu toutefois que leur auteur eût reçu la nue propriété. Mais, s'il n'avait reçu qu'un droit d'usufruit avec charge de le rendre, comme il aurait été dessaisi dès l'instant de son décès, ses propres héritiers n'auraient pu recevoir cet usufruit par transmission : le substitué ne pourrait donc pas agir contre ces derniers, mais bien contre l'héritier du disposant. — Proudhon, n. 439; Pothier, *Des subst.*, sect. 6, art. 2, § 2.

454. — Qu'il y ait fidéicommis pur et simple ou à terme, le fidéicommissaire a un droit propre qu'il tient du testateur, il n'est pas cessionnaire du premier légataire. En conséquence, à compter du jour où le fidéicommissaire est mis en possession, il est usufruitier en titre et doit fournir caution pour son propre compte. — Proudhon, n. 434.

455. — A compter du même moment, le premier légataire n'est plus tenu de rien vis-à-vis du nu propriétaire, à la différence de celui qui aurait cédé l'usufruit. — Proudhon, n. 432.

456. — De plus, l'usufruit ne s'éteint pas par la mort du premier légataire et, si la libéralité à lui faite devient caduque par rapport à lui, la vocation du fidéicommissaire n'en recevra aucune atteinte. Ce dernier demandera la délivrance à l'héritier légitime ou testamentaire (Dig. tit., *De usufr. leg.*, l. 9, liv. 3, tit. 2; et tit. *De leg.*, l. 74). — Pothier, *Tr. des donat. test.*, chap. 5, sect. 3, § 3; *Des subst.*, sect, 7, art. 1, § 2; Proudhon, *loc. cit.*; Furgole, *Traité des test.*, ch. 7, sect. 7, n. 8 et s. — V. au surplus, *suprà*, v° *Fidéicommis*.

§ 5. *Stipulations du droit de retour au profit du disposant ou des tiers.*

457. — L'art. 951, C. civ., autorise la clause de retour au profit du donateur : soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Mais ce droit de retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul (Même article). La raison de cette différence se conçoit facilement. Dans le cas où le retour est stipulé au profit du donateur seulement, il ne saurait y avoir substitution, puisqu'il n'y a pas de tiers gratifié en second ordre, le donateur ne pouvant être à la fois substituant et substitué. En effet, pour être substitué il faut être donataire; or, on ne peut se

donner à soi-même sa propre chose. Il n'y a dans ce cas qu'une donation faite pour un temps, ou mieux une donation sous condition résolutoire : quand, la condition se réalisant, le retour s'opère, il n'y a pas là une transmission nouvelle, mais au contraire la première transmission est rétroactivement anéantie et présumée n'avoir jamais eu lieu. On ne saurait donc voir une substitution prohibée même dans la donation faite par plusieurs propriétaires indivis et héritiers les uns des autres sous la réserve d'un droit de retour du bien donné, en cas de prédécès du donataire, au profit du survivant des donateurs. — Riom, 25 févr. 1825, Mourguy, [S. et P. chr.] — Mais si le retour est stipulé au profit d'autres personnes, non seulement la clause est nulle puisque l'art. 951, C. civ., modifiant l'ancien droit, ne l'autorise plus, mais de plus il y a là, ou du moins d'après certains auteurs il peut y avoir, une substitution prohibée. Or il importe de préciser ce dernier point de fait. Car si l'on est en présence d'une substitution, c'est-à-dire de deux libéralités distinctes faites avec ordre successif, la disposition sera nulle tout entière. Si l'auteur de la libéralité a entendu faire des dispositions conditionnelles, seule la clause de retour tombera par application de l'art. 951. Pour donner les éléments de la solution, il faut distinguer plusieurs hypothèses fort diverses dans lesquelles la question peut se présenter.

1° Droit de retour stipulé au profit d'un tiers exclusivement.

458. — Sauf quelques dissidences, la doctrine en grande majorité considère la libéralité faite avec stipulation de retour au profit d'un tiers sans qu'il soit question du donateur comme entachée de substitution et partant nulle pour le tout. D'une part, en effet, la clause de retour constitue certainement une disposition à titre gratuit en faveur du tiers nommément désigné, et même ici l'expression de *retour* est un terme impropre, puisqu'il ne peut y avoir de retour qu'autant que les biens reviennent à celui de qui ils venaient dans l'origine ou au moins à ses représentants. D'autre part, elle impose au donataire l'obligation juridique de conserver et de rendre à son décès les biens donnés. Or ce sont là les caractères constitutifs d'une substitution. « Vainement objecterait-on que l'art. 951, qui défend de stipuler le retour au profit de toute autre personne que du donateur ne prononce pas la nullité de la disposition principale en cas de violation de cette défense ; qu'aux termes de l'art. 900, la clause de retour stipulée au profit de personnes autres que le donateur doit simplement être réputée non écrite; et que, quelque analogie que le droit de retour puisse présenter dans ses résultats avec les substitutions, il n'est pas permis d'y appliquer la disposition exorbitante de l'art. 896. Cette argumentation porterait évidemment à faux, puisque, dans l'espèce dont il s'agit, il ne saurait être question d'une véritable clause de retour, dans le sens de l'art. 951. En effet, la clause de retour dont s'occupe cet article est une condition résolutoire, ayant pour objet d'opérer la révocation d'une donation pour le cas où le donateur survivrait au donataire, et par suite de faire retourner les biens donnés au disposant qui ne s'en est dessaisi que conditionnellement. La nature même des choses s'oppose à ce que cette clause soit stipulée au profit d'autres personnes que du donateur lui-même. Car on ne conçoit pas que des biens *retournent* à une personne qui n'en était pas propriétaire au moment de la donation. Si donc l'auteur d'une disposition gratuite a déclaré réserver un droit de retour, non point à son profit personnel, mais en faveur d'un tiers, cette réserve n'a de la clause de retour que le nom... On se trouve dès lors en dehors des circonstances prévues par l'art. 951, dont la disposition ne peut, par conséquent, être invoquée en pareil cas. Ajoutons que si, pour échapper à la prohibition des substitutions, il suffisait d'employer la formule d'une clause de retour, cette prohibition serait complètement illusoire » Aubry et Rau, t. 7, § 694, note 41). — Sur les différentes opinions qui se sont fait jour à cet égard, V. *suprà*, v° *Retour* (*droit de*), n. 62 et s.

459. — La jurisprudence, en général, quand elle a été saisie de la question, a vu dans cette clause une substitution prohibée. Sans doute il a été jugé que la clause par laquelle le testateur ordonne que si le légataire vient à décéder sans postérité et sans avoir disposé de l'objet donné, cet objet retournera, soit pour le tout, soit pour ce qui en restera, à telle personne désignée, ne contient pas une substitution prohibée, puisqu'il n'y a pas charge de conserver. Seulement cette clause est nulle et doit être réputée non écrite, comme renfermant disposition sur une succession future et imposant un ordre successif contraire à la loi. — Rouen, 29 mai 1845, Broques, [S. 46.2.379, P. 48.1.568, D. 46.2.148] — V. Paris, 14 avr. 1835, Charrin, [P. chr.] — *Contrà*, Rouen, 24 août 1812, Grégoire, [S. et P. chr.] — Mais, outre que dans cette espèce l'art. 951 ne s'appliquait pas *in terminis* puisqu'il s'agissait d'un testament et non d'une donation, nous remarquerons avec l'arrêt que le premier légataire conservait la pleine disposition du bien légué.

460. — Dans d'autres hypothèses, la jurisprudence s'est montrée bien plus affirmative. Jugé que le caractère fidéicommissaire d'une disposition ne peut être effacé par la qualification de droit de retour qui lui aurait été donnée dans le testament, lorsque ce retour n'est stipulé ni au profit du testateur seulement, ni même au profit de ses héritiers en général, mais en faveur d'un seul individu désigné par le testateur ou dont le choix a été laissé au légataire parmi certaines personnes spécifiées. — Cass., 31 janv. 1842, Lascoups, [S. 42.1.269, P. 42.1.727]

461. — ... Que la disposition par laquelle un testateur veut que sa succession, si l'héritier institué vient à mourir sans enfants, retourne à ses nièces, renferme une substitution prohibée. — Cass., 3 août 1814, Lassus, [S. et P. chr.] ; — 27 avr. 1819, D'Alsace, [S. et P. chr.]; — 21 juin 1841, Schwarz, [S. 41.1.603, P. 41.2.77]; — 18 avr. 1842, Cabrolier, [S. 42.1.525, P. 42.2.434]

462. — ... Qu'est nul, comme contenant une substitution prohibée, le legs fait sous la condition qu'en cas de décès du légataire, sans enfants, avant ses frères puînés, les biens légués retourneront à celui de ces derniers qui deviendrait l'aîné par la mort dudit légataire. — Caen, 7 janv. 1848, Cardet, [P. 50.1.97]

463. — ... Que renferme une substitution prohibée la disposition par laquelle, après avoir institué un légataire, le testateur ajoute : « et s'il meurt avant moi, ou s'il meurt sans enfants, je veux que les biens appartiennent à N... ». La dernière partie de la clause suppose nécessairement que les biens auront fait impression sur la tête du légataire avant qu'ils puissent passer au substitué. — Cass., 3 nov. 1824, Maincourt, [S. et P. chr.] — Metz, 2 août 1822, De Marcounay, [P. chr.]

464. — ... La clause par laquelle, en cas de décès du légataire, le testateur veut que les biens légués retournent à un tiers. — Bourges, 14 mars 1831, Narjot, [P. chr.] — ... La disposition par laquelle un testateur appelle un tiers à recueillir sa succession, dans le cas où l'héritier institué viendrait à décéder avant sa majorité ou son établissement. — Limoges, 6 juin 1848, David, [S. 49.2.299, P. 49.1.379, D. 49.2.144]

465. — Et, en matière de testament, le tribunal de la Seine a fait encore application de la même thèse dans une espèce qui présentait cette particularité, qu'il s'agissait de legs faits non à des particuliers, mais à des personnes civiles. A été annulé comme renfermant une substitution prohibée le testament instituant deux établissements d'utilité publique, l'un pour deux tiers, l'autre pour un tiers, avec stipulation qu'un d'eux disparaissant avant d'avoir recueilli le legs, le bénéfice de l'institution reviendrait à l'autre établissement, ou, à son défaut, à la ville de Paris. On alléguerait vainement, ajoute le tribunal, que la disposition critiquée ne constituerait qu'une transmission à des tiers du droit de retour qui appartient au donateur; le droit de retour ne peut, en effet, être stipulé qu'au profit du donateur, et non au profit d'un tiers. — Trib. Seine, 29 janv. 1891, Hérit. Fusco, [S. et P. 93.2.262]

466. — Un arrêt ancien était contraire, d'après lequel il n'y a qu'une substitution vulgaire et non une substitution prohibée dans cette disposition : « Je donne et lègue à dame M...., épouse S...., la somme de... Après sa mort, ledit S..... en aura la jouissance. S'il n'existe pas d'enfants de leur mariage, le capital reviendra et passera aux enfants de F...; dans le cas contraire, l'hôpital de... en héritera. » — Toulouse, 4 août 1830, De Latour, [P. chr.]

467. — La règle s'applique évidemment quand le tiers au profit duquel le retour est stipulé est un légataire ou un donataire universel du disposant. Jugé notamment qu'il y a substitution prohibée dans un legs particulier fait avec clause de retour au profit du successeur universel du défunt pour le cas où le légataire décéderait avant un certain âge sans postérité. — Cass., 5 mars 1866, De Neufbourg, [S. 66.1.122, P. 66.297, D. 66.1.123]

468. — Il a été admis cependant qu'il n'y a pas nécessaire-

ment une substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur, en faisant un legs particulier au profit d'une personne non mariée, déclare qu'au cas où cette personne ne se marierait pas et mourrait sans enfants, l'objet légué irait après elle au légataire universel institué dans le même testament : on peut ne voir dans une telle disposition qu'un legs soumis à une condition suspensive, avec l'alternative d'une substitution fidéicommissaire pour le cas où la condition du legs ne se réaliserait pas, la substitution s'évanouissant si la condition vient à s'accomplir avant le décès du testateur. — Cass., 26 févr. 1855, Moreau, [S. 55.1.172, P. 56.1.419, D. 55.1.224] — Amiens, 6 avr. 1854, Mêmes parties, [S. 54.2.315, P. 55.1.218, D. 55.2.1]

469. — La même théorie a été appliquée en matière d'institution contractuelle. Il a été jugé qu'une clause de retour stipulée au profit d'un tiers dans une institution contractuelle, pour le cas de décès, sans enfants, du donataire, contient une substitution fidéicommissaire annulée par la loi du 14 nov. 1792. — Cass., 24 août 1831, Boissel, [P. chr.]

470. — ... Et en matière de donation entre-vifs. Une substitution prohibée a été déclarée exister dans la clause d'une donation par laquelle le donateur déclarait qu'au cas de décès du donataire sans enfants, les biens donnés devraient être rendus à un tiers désigné. — Bruxelles, 9 mess. an XI, Van der Meer, [S. chr.]

2° Droit de retour stipulé au profit des héritiers du donateur exclusivement.

471. — Les mêmes arguments que dans l'hypothèse où le bénéficiaire du droit de retour est un tiers nommément désigné sont encore ici invoqués de part et d'autre dans la doctrine. — V. *suprà*, v° *Retour* (*droit de*), n. 43 et s.

472. — Il a été décidé, d'une part, que la clause par laquelle un testateur, après avoir fait un legs, pour, par le légataire, en faire et disposer en toute propriété et jouissance, déclare qu'au cas de décès du légataire sans postérité, le legs retournera à ses héritiers naturels, ne renferme pas une substitution fidéicommissaire, mais seulement une disposition *si quid supererit*, non prohibée par la loi. Peu importe que le légataire soit mineur, et par conséquent actuellement incapable de disposer. — Cass., 27 févr. 1843, Frébault, [S. 43.1.440, P. 43.2.632]

473. — Mais l'opinion contraire est beaucoup plus généralement adoptée, par les raisons déjà exposées. Il est de l'essence du retour de faire rentrer la chose donnée dans le patrimoine d'où elle est sortie. Or, les héritiers dépouillés par la donation n'ont jamais eu la propriété de la chose donnée, comment pourrait-elle leur faire retour en dépit de la clause précitée? « Si cette clause recevait son effet, les héritiers recueilleraient les biens formant l'objet de la disposition principale, non point en qualité de parents légitimes du disposant, ni en vertu d'un droit que la loi leur conférerait sur ces biens, mais en vertu d'un acte de disposition fait à leur profit » (Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 305, note 13 et p. 315, note 41). « Ce n'est donc que comme donataires en second ordre, pour venir après le donataire en premier ordre, c'est-à-dire en qualité de substitués ». — Demolombe, t. 14, n. 3 et t. 18, n. 91. — V. *suprà*, v° *Retour* (*droit de*), n. 43 et s.

474. — C'est surtout en matière de testament et bien que l'art. 951, C. civ., ne soit pas alors applicable *in terminis*, que la jurisprudence a solutionné la question. Souvent, en effet, les dispositions testamentaires contiennent ainsi une clause de retour insérée par le testateur au profit de ses héritiers. Jugé qu'il y a substitution prohibée dans la disposition par laquelle un testateur fait un legs particulier avec la clause que les biens compris dans ce legs retourneront, après le décès de l'institué et moyennant une somme déterminée, soit à l'héritier du testateur, soit, en cas de prédécès de cet héritier, à l'aîné de ses enfants mâles ou même à celui que le légataire particulier aurait le droit d'élire. — Cass., 22 janv. 1839, Paulhiac, [S. 39.1.193, P. 39.1.82]

475. — ... Dans la disposition par laquelle le testateur lègue ses biens avec clause que, si le légataire décède sans enfants, les biens légués devront revenir à la famille du testateur, encore bien que la disposition ne contienne pas charge expresse de conserver et de rendre, quand d'ailleurs cette obligation résulte de l'ensemble des clauses de l'acte, et spécialement des dispositions relatives au partage de la fortune entière du testateur, dans le cas où elle reviendrait à sa famille. — Cass., 8 févr. 1854, Dumas, [S. 54.1.694, P. 54.2.190, D. 54.1.[illegible]]

476. — ... Dans le legs d'un immeuble à une personne déterminée, puis, au décès de celle-ci, à sa propre famille. — Cass., 27 mars 1889, [illegible], [S. et P. [illegible], D. [illegible]]

477. — ... Dans l'institution faite à la charge de retour aux héritiers légitimes du testateur, dans le cas où l'héritier institué décéderait sans enfants. — Bruxelles, 26 avr. 1806, Post, [S. et P. chr.] — C'est [illegible] cependant, [illegible] au moins, dans une espèce où une telle disposition avait été faite sous l'empire du droit écrit, l'arrêt décidant que le bénéfice d'une pareille disposition a dû s'appliquer non aux plus proches successibles du testateur à l'époque de son décès, mais à ses plus proches successibles lors du décès de l'institué. — Bruxelles, 12 avr. 1806, Demeulenaer, [S. et P. chr.]

478. — ... Dans le legs fait à une jeune personne d'une somme d'argent qui ne doit lui être remise que pour se marier ou former un établissement quelconque, et dont la rente doit lui être servie jusqu'au remboursement, avec clause que si elle meurt sans postérité la somme restera aux héritiers du testateur. — Paris, 3 mars 1820, Hermel, [S. et P. chr.]

479. — ... Dans la disposition testamentaire portant que les biens légués passeront aux enfants de l'héritier institué, et qu'à défaut de descendants de cet héritier, les biens reviendront à l'héritière naturelle du testateur. — Limoges, 18 déc. 1821, Alamachère, [S. et P. chr.]

480. — ... Dans la clause d'un testament portant qu'en cas de décès du légataire sans laisser d'enfants professant telle religion, les biens retourneront aux héritiers légitimes du testateur. — Colmar, 9 mars 1827, Meyer, [S. et P. chr.]

481. — ... Dans la clause par laquelle un testateur, après avoir institué un héritier, ajoute qu'il veut que son bien vienne à ses sœurs, dans le cas où cet héritier décéderait sans enfants. — Nîmes, 4 avr. 1827, Maurin, [S. et P. chr.]

482. — La jurisprudence paraît donc bien établie en ce sens. — V. encore, Bruxelles, 31 oct. 1864, [*Pasicr.*, 66.2.172] — Trib. d'Evreux, 19 déc. 1888, [*J. La Loi*, 12 janv. 1889]

483. — Dans cette seconde opinion, on étend la même solution à une disposition ainsi conçue : « Je lègue mes biens à Paul, mais s'il meurt sans enfants, j'entends que le legs soit sans effet. » Une telle clause en effet équivaut absolument à une clause de retour au profit des héritiers *ab intestat* du disposant. — Duranton, t. 8, n. 67; Rolland de Villargues, n. 89; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 317, note 43; Demolombe, t. 18, n. 145.

484. — Jugé, en ce sens, qu'il y a substitution prohibée dans la disposition par laquelle un legs est fait à un mineur avec la clause que, dans le cas où il viendrait à mourir avant sa majorité, le legs serait caduc et comme non avenu, encore bien que le legs fût fait au mineur « pour en faire au décès du testateur, en propriété et jouissance, ce qu'il jugerait convenable ». — Cass., 13 août 1856, Gauthier, [S. 56.1.893, P. 57.608, D. 57.1.33]

3° Droit de retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers.

485. — Quand le droit de retour a été stipulé, non plus au profit des héritiers seuls, mais au profit du donateur et, à son défaut de ses héritiers, quel est le sort de la clause? La question est controversée.

486. — Mais l'opinion dominante en jurisprudence et en doctrine écarte ici l'application de l'art. 896. Sans doute, dans la mesure où elle a trait aux héritiers, la stipulation du droit de retour est nulle comme contraire au texte de l'art. 951. Mais ce texte n'édicte pas comme sanction la nullité de la disposition tout entière. D'autre part, cette hypothèse rentre, pour partie au moins, dans les prévisions de l'art. 951. Le donateur a pu parfaitement avoir l'intention légitime d'user du droit que lui confère cet article; d'où il n'est pas possible de lui prêter uniquement la volonté de déguiser sous une clause de retour une véritable substitution. Il a, il est vrai, à tort essayé d'étendre à d'autres personnes le bénéfice de la stipulation de retour et cette extension ne saurait produire d'effets. Mais la conséquence en est l'application à cette partie de la clause de l'art. 900, C. civ., et non la nullité intégrale de la disposition : *Utile per inutile non vitiatur*. — Colmet de Santerre, t. 4, n. 10 *bis*-IX; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 655; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3157; Planiol, t. 3, n. 2619; Lamache, p. 161

et s. — V. sur la controverse, *suprà*, v° *Retour* (*droit de*), n. 36 et s.

487. — La jurisprudence s'est prononcée en faveur de cette opinion. Il a été jugé que la réserve dans une donation par contrat de mariage du droit de retour au profit du donateur et de ses héritiers, pour le cas de prédécès sans postérité du donataire, quoique réputée non écrite à l'endroit des héritiers, est parfaitement valable pour le donateur. — Bordeaux, 22 juin 1835, Tribert, [S. 35.2.523, P. chr.]

4° Droit de retour stipulé au profit du donateur et d'un tiers.

488. — La jurisprudence à sur ce point adopté la même théorie que dans l'hypothèse où le droit de retour est stipulé au profit du donateur et de ses héritiers. La doctrine est moins unanime. — V. sur la controverse, *suprà*, v° *Retour* (*droit de*), n. 52 et s.

§ 6. *Du simple vœu exprimé par le disposant.*

489. — C'est, d'après l'art. 896, la *charge*, c'est-à-dire l'*obligation juridique*, imposée au légataire de conserver et de rendre à un tiers, qui constitue la substitution fidéicommissaire. — Cass., 23 juill. 1834, De Gallard, [S. 34.1.577, P. chr.] — D'où évidemment il n'y a pas substitution probibée quand le premier gratifié n'est pas juridiquement obligé à conserver et à rendre et qu'il n'y a pas, au profit du substitué, d'action possible pour obtenir la restitution. Peu importe que le disposant ait exprimé un vœu, une prière, un conseil en ce sens, ces formules et même, dans l'opinion générale, la recommandation adressée au donataire ou légataire, n'équivalent pas à une obligation stricte de conserver et de rendre à un tiers gratifié en deuxième ordre et dès lors ne constituent pas une substitution. Sans doute, il en était autrement suivant les principes du droit romain et de l'ancien droit (V. cep. Ricard, n. 312), alors que les substitutions étaient non seulement permises, mais plutôt favorisées. Mais ces principes sont aujourd'hui inapplicables et, quand le disposant, au lieu d'employer des termes impératifs, a simplement exprimé un désir ou une prière, on ne doit pas présumer de sa part la volonté d'enfreindre la loi prohibitive des substitutions. — Thévenot, n. 180; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 8, n. 207; Marcadé, sur l'art. 896, n. 3, *in fine*; Rolland de Villargues, n. 173 et s.; Grenier, t. 1, p. 125; Toullier, t. 5, n. 27, et t. 6, n. 499; Delaporte, *Pand. fr.*, t. 4, p. 20 et s.; Saintespès-Lescot, *Don. et test.*, t. 1, n. 86; Vazeille, sur l'art. 896, n. 41; Poujol, *ibid.*, n. 8; Chardon, *Dol et fraude*, t. 3, n. 443; Troplong, t. 1, n. 111; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 465, note 21; Demolombe, t. 18, n. 142; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 306, note 17; Laurent, t. 14, n. 457 et s.; Huc, t. 6, n. 26; Planiol, t. 3, n. 3292; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3130; Boissard, *Des substitutions*, p. 252.

490. — Duranton (t. 8, n. 71) est, il est vrai, d'une opinion contraire. Partant de ce principe exact que la charge de rendre n'a pas besoin d'être formellement exprimée dans l'acte si elle découle de ses termes comme une conséquence nécessaire, il soutient que maintenir une disposition faite avec prière de rendre à un tiers équivaut à consacrer, soit une fraude à la loi, soit une fraude à la volonté du disposant, car l'homme probe seul restituera et non l'homme sans délicatesse (V. Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 40). Mais il est facile de répondre, quant au principe général d'abord, que précisément la question est de savoir si une simple prière emporte vraiment la charge de conserver et de rendre, que la solution est au moins douteuse et qu'il convient dès lors d'interpréter les intentions du disposant dans le sens du maintien de la disposition. En d'autres termes, on peut considérer la simple prière de conserver et de rendre comme exprimant l'intention de substituer dans les cas où la substitution est exceptionnellement autorisée par le Code civil, et cela se conçoit car on n'aboutit pas ainsi à faire tomber une disposition par une interprétation défavorable de la volonté de son auteur. Mais il convient de décider autrement dans les hypothèses où une telle interprétation amènerait la reconnaissance d'une substitution prohibée. D'autre part, si le législateur a prohibé les substitutions, il n'a pas voulu empêcher qu'en fait un donataire ou légataire conservât les biens à lui légués ou donnés et les transmît plus tard suivant les intentions du disposant de lui connues; il a entendu seulement que le gratifié en premier ordre ne pourrait être juridiquement tenu d'en agir ainsi, ni l'ordre des successions être interverti. Si on adoptait la thèse de M. Duranton, tous les cas où le droit romain voyait un fidéicommis constitueraient aujourd'hui des substitutions. Il faut reconnaître du reste que, tout résidant ici dans une interprétation de la volonté du disposant, la décision d'un tribunal déclarant voir une substitution dans une libéralité faite avec prière de conserver et de rendre échapperait au contrôle de la Cour de cassation.

491. — La jurisprudence se prononce très nettement en faveur de notre théorie : 1° Il a été jugé, d'une façon générale d'abord, qu'il ne suffit pas pour constituer un fidéicommis, qu'en instituant un légataire universel le testateur ait eu l'intention de le charger de rendre le legs à un tiers, et qu'il ait même cru que sa volonté serait exécutée; qu'il faut encore qu'il ait fait connaître cette intention à ce légataire, et que celui-ci ait promis de s'y conformer. — Orléans, 23 août 1844, Desbois, [P. 44.2.430]

492. — ... Que pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut nécessairement qu'il existe dans la donation ou le testament une double libéralité procédant l'une et l'autre de l'auteur même de la libéralité : la première au profit du grevé; la deuxième au profit d'un tiers désigné nominativement ou d'une manière équivalente, appelé en second ordre et ayant action pour réclamer le bénéfice de la donation ou de l'institution. — Cass., 13 déc. 1864, Micoud, [S. 65.1.43, P. 65.69, D. 65.1.170] — ... Que n'a pas le caractère de substitution prohibée, l'institution faite « à la condition qu'à sa mort l'institué léguera ou emploiera tout ce qu'il aura hérité du testateur au soulagement des malheureux, le laissant libre en cela d'agir comme il jugera convenable. Que cette disposition ne constitue qu'un vœu qui n'oblige point l'institué envers les appelés, et qui ne donne aucun droit à ceux-ci contre la succession de ce dernier ». — Même arrêt.

493. — ... Que pour qu'une disposition testamentaire soit considérée comme contenant une substitution prohibée, il faut que le disposant ait imposé au légataire gratifié en premier ordre l'obligation juridique de conserver les biens légués et de les rendre au tiers gratifié en second ordre, c'est-à-dire qu'il faut que le disposant ait voulu conférer à ce tiers un droit aux choses léguées. — Cass., 5 juin 1899, Barbézieux, [S. et P. 1900.1.259, D. 99.1.373]

494. — Ainsi, lorsqu'une personne a, par testament, institué un légataire universel, et lui a imposé l'obligation de conscience de prendre des mesures en vue de l'emploi, à son propre décès, des biens légués en fondation de bourses pour un séminaire, et lorsque les juges du fond déclarent, par interprétation, soit des clauses de l'acte, dont ils ne contredisent pas la teneur, soit de l'intention de la testatrice, que l'obligation imposée au légataire est une simple obligation morale dépourvue de toute sanction civile, les biens légués étant ainsi tous entrés dans le patrimoine du légataire libres de toute charge et légalement disponibles, pour être à la mort dudit légataire dévolus suivant l'ordre successoral légal, l'institution d'un tiers gratifié en second ordre fait défaut, et la disposition ne tombe pas sous la prohibition de l'art. 896, C. civ. — Même arrêt.

495. — Jugé encore qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la disposition par laquelle, en instituant son frère pour légataire universel, le testateur déclare que « son intention n'est pas de le favoriser au détriment du reste de sa famille, mais qu'il pense que le peu de fortune qu'il laissera sera mieux entre les mains du frère pour le bien de tous les membres de la famille, que s'il était détaché par parts égales et petites sommes » : une telle disposition n'impliquant pour le légataire aucune charge de conserver et de rendre, ne l'empêche donc pas de pouvoir disposer envers qui bon lui semble des biens à lui légués. — Cass., 25 mai 1869, Albouy, [S. 69.1.464, P. 69.1208, D. 69.1.318]

496. — 2° Jugé aussi qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur prie son héritier institué de conserver et de rendre à un tiers une portion des biens compris dans l'institution. — Cass., 5 janv. 1809, Biourge, [S. et P. chr.] — Turin, 22 déc. 1810, Saluces Pacsana, [S. et P. chr.] — *Contrà*, cependant, Cass., 8 août 1808, Kercado, [S. et P. chr.] D'après cet arrêt le fidéicommis conçu en termes rogatoires est conditionnel et rentre dans la catégorie des substitutions prohibées. Mais cette décision est restée isolée. Jugé que ne contient pas une substitution prohibée, le testament qui demande au légataire, sans lui en imposer expressément la charge, de conserver les objets compris dans le legs et de les rendre à un tiers : vainement on alléguerait que le légataire est une personne inter-

posée chargée de transmettre à une autre les objets légués. — Lyon, 21 août 1828, Bochard, [S. chr.]

497. — ... Que si la clause par laquelle le testateur prie son héritier universel de disposer, en faveur d'un tiers qu'il désigne, d'une portion de sa succession, peut être considérée comme instituant une substitution prohibée, bien qu'elle soit faite en termes précatifs, elle perd ce caractère si elle est accompagnée d'une clause qui laisse l'héritier libre de disposer à sa volonté de la succession. — Bruxelles, 4 avr. 1807, Biourge, [S. et P. chr.]

498. — ... Que la disposition d'un testament par laquelle le légataire est chargé de transmettre à ses enfants, ne renferme pas une substitution prohibée, en ce qu'on n'y rencontre point expressément la charge de conserver et de rendre; qu'en tout cas, si cette disposition est suivie d'une clause par laquelle le testateur, dans la prévision du cas où sa libéralité serait attaquée comme renfermant une substitution prohibée, déclare qu'il laisse alors son héritier institué libre de disposer de la succession en faveur de qui bon lui semblera, cette clause faisant disparaître le vice de la substitution, l'institution doit recevoir son plein et entier effet. — Cass., 8 juill. 1834, Simon, [S. 34.1.754, P. chr.]

499. — ... Que la clause par laquelle un mari, après avoir institué son épouse héritière universelle, pour par elle jouir et disposer des biens de la succession, en toute propriété et comme bon lui semblera, lui impose l'obligation de faire un testament, tel que la succession soit réversible aux héritiers collatéraux, ne renferme pas une substitution : qu'il n'y a pas là charge de rendre, mais seulement obligation morale de disposer de la manière indiquée. — Colmar, 6 févr. 1824, Gœpffert, [S. et P. chr.

500. — 3° Jugé de même que le simple vœu exprimé par le testateur que celui qu'il institue légataire dispose en faveur d'un tiers des biens légués, ne suffit pas pour constituer une substitution prohibée, dans le sens de l'art. 896, C. civ. — Cass., 20 janv. 1840, Garneray, [S. 40.1.363, P. 40.1.327]

501. — ... Que le simple vœu ou désir exprimé par le testateur, que le légataire dispose des biens légués en faveur de tiers, ne suffit pas pour constituer une substitution prohibée : qu'une telle substitution n'existe qu'autant que la charge de conserver et de rendre a été imposée en termes impératifs par le disposant. — Cass., 11 juin 1860, Boislambert, [S. 60.1.731, P. 61.45, D. 60.1.447]; — 14 juin 1865, De Larrel, [S. 66.1.59, P. 66.144, D. 65.1.437]; — 5 déc. 1865, Bertrand (motifs), [S. 66.1.72, P. 66.165, D. 66.1.36]; — 18 janv. 1893, Authouard, [S. et P. 94.1.502 D. 93.1.575]; — 14 juin 1899, Gevrey, [S. et P. 1900.1.80, D. 1900.1.354] — Riom, 30 mai 1881, Mallet, [S. 82.2.56, P. 82.1.328, D. 82.2.4]

502. — ... Que l'interdiction, faite, en pareil cas, par le testateur à la personne à laquelle il a exprimé le désir que les biens légués fussent transmis par le légataire, d'aliéner elle-même ces biens, n'a pas non plus pour effet d'imprimer à la disposition le caractère de substitution prohibée : une semblable interdiction n'étant point obligatoire pour cette personne du moment où, par suite de l'inefficacité du désir du testateur, elle ne se trouve pas appelée, en vertu de la disposition dont il s'agit, à recueillir les biens légués. — Cass., 11 juin 1860, précité.

503. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la clause testamentaire par laquelle le testateur déclare qu'il ne laisse à son légataire une part dans la succession que pour la transmettre à ses enfants légitimes, ou à défaut d'enfants, à sa sœur et non à d'autres, s'il déclare en même temps qu'il n'a voulu prendre aucune mesure pour assurer au légataire la conservation des biens légués, comptant pour cela sur le concours du conseil judiciaire dont le légataire est pourvu. — Cass., 14 juin 1865, précité.

504. — ... Que pour qu'il y ait substitution, l'obligation de conserver et de rendre doit être établie sans équivoque; qu'il ne suffirait pas de rapporter la preuve d'un désir ou d'un vœu. — Toulouse, 18 déc. 1880, Lestrade, [S. 81.2.74, P. 81.1.438]

505. — ... Qu'un testament peut être maintenu, bien qu'il renferme, indépendamment d'une substitution vulgaire, plusieurs substitutions fidéicommissaires, alors que dans une clause finale, le testateur a disposé que « si les diverses substitutions établies ne pouvaient avoir lieu, il entendait que toutes celles qui ne sont pas contraires à la loi eussent leur exécution », une telle déclaration effaçant et annulant les substitutions prohibées antérieurement établies, et faisant disparaître pour l'institué toute obligation, même morale, de conserver et de rendre. — Cass., 5 déc. 1865, précité.

506. — ... Que la disposition testamentaire, dans laquelle le testateur se borne à exprimer le désir que le légataire universel par lui institué transmette à son tour ses biens par acte de dernière volonté à une œuvre charitable et à une commune, n'a pas le caractère d'une substitution prohibée, en ce qu'elle n'est que la manifestation d'un souhait n'enchaînant pas la liberté du légataire, et ne pouvant créer aucun lien de droit entre le *de cujus* et ceux à qui doit profiter la réalisation de ce vœu. — Cass., 14 juin 1899, précité.

507. — ... Que, pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut que le testateur ait imposé expressément au légataire la double charge de conserver les objets légués et de les rendre à un tiers; qu'il ne suffit même pas que le testateur ait imposé en termes impératifs l'obligation de conserver, s'il s'est borné à exprimer un simple vœu quant à la restitution des biens. — Cass., 16 mars 1875, Hérit. Bodin, [S. 75.1.150, P. 75.362, D. 75.1.481]

508. — 4° Une simple recommandation n'est pas non plus suffisante pour constituer l'obligation de conserver et de rendre essentielle dans la substitution fidéicommissaire. Cette charge ne saurait s'induire des termes suivants d'un testament : « Je ne fais point de legs à ma famille, je me contente de la recommander aux soins de mon mari, mon légataire universel, en qui j'ai toute confiance, pour lui faire du bien. » Elle ne résulte pas non plus du rapprochement de cette clause, avec une déclaration signée par le légataire (à supposer qu'une substitution prohibée puisse dans tous les cas être établie par des éléments pris hors de l'acte), de laquelle il résulterait que, postérieurement au testament, le testateur aurait manifesté et recommandé les dispositions qu'on prétend entachées de substitution à son légataire universel, qui aurait pris l'engagement de les exécuter. — Cass., 16 mars 1842, Maumy, [P. 43.2.43]

509. — Jugé, plus nettement encore, qu'une pure et simple recommandation adressée par le testateur au légataire de faire retourner les choses léguées aux héritiers du testateur, dans le cas où il décéderait sans postérité légitime, n'est pas constitutive de la charge de conserver et de rendre, caractéristique de la substitution prohibée. — Cass., 19 mars 1856, Pénigault, [S. 56.1.685, P. 56.2.557, D. 56.1.123] — Grenoble, 16 mars 1885, Magnet, [*Rev. Not.*, n. 7345]

510. — ... Qu'*a fortiori* il n'y a pas substitution prohibée, faute de droit créé au profit du bénéficiaire de la clause, dans la recommandation faite par le testateur à son légataire universel de laisser, quand lui-même mourra, une certaine somme à un tiers. — Grenoble, 6 janv. 1880, Dutel, [D. 81.2.141]

511. — ... Qu'un testateur peut, après avoir institué comme légataires universels sa mère, et, à défaut, un autre parent et les enfants de celui-ci à son défaut, exprimer à sa mère, pour la dévolution de sa fortune, des intentions qu'il lui laisse expressément la liberté de ne pas suivre, intentions consistant en ce que, après l'acquittement de ses legs particuliers, le surplus de la fortune sera transmis au parent, pour revenir ensuite à ses enfants; la recommandation ainsi faite à la mère, à supposer qu'elle ne soit pas devenue caduque par le prédécès de celle-ci, ne pouvant restreindre le droit de propriété du parent, pas plus qu'elle ne restreignait le droit de la mère, formellement dispensée de la charge de conserver et de rendre. — Cass., 18 janv. 1893, Authouard, [S. et P. 94.1.502, D. 93.1.575]

512. — 5° Mais il a été jugé, d'autre part, que la clause d'un testament par laquelle une femme a été instituée héritière universelle de son mari, à la charge de remettre, quand elle le jugerait à propos, sa succession à l'un de leurs enfants, avec cette disposition que, dans le cas où sa femme viendrait à décéder sans avoir fait cette remise, le testateur entendait que sa succession arrivât à l'aîné de ses fils qui seraient alors vivants, l'instituant, dans ce cas, son héritier universel, contient une substitution fidéicommissaire et doit être annulée. — Lyon, 10 août 1838, Joly, [P. 39.1.531]

513. — ... Que la clause par laquelle le mari institue sa femme légataire universelle, avec addition de ces mots : « sans autre clause ni réserve qu'elle disposera de mon bien à sa volonté envers ma famille », renferme la double charge de conserver et de rendre constitutive de la substitution prohibée. — Cass., 21 août 1866, Lecourt, [S. 66.1.438, P. 66.1188, D. 67.1.30] — Vainement, dans les mots « à sa volonté », voudrait-on voir une

simple prière adressée par le testateur ou un simple désir exprimé par lui. — Même arrêt.

514. — ... Qu'il en est ainsi de la disposition par laquelle un testateur institue légataires universels pour le surplus de ses biens, après avoir fait quelques legs particuliers, quatre frères « avec la condition et obligation sacrées » que ces biens, restant indivis entre eux, seront donnés et légués après leur mort à des tiers désignés. — Besançon, 10 févr. 1886, Boillot, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Substit.*, n. 23]

515. — En tout cas, lorsque les juges n'ont pas vu une substitution dans la prière de conserver et de rendre, cette décision ne peut offrir ouverture à cassation. — Cass., 5 janv. 1809, Biourge, [S. et P. chr.]

516. — Et les juges, en présence d'une clause d'un testament arguée de nullité, comme renfermant une substitution prohibée, peuvent décider souverainement que, par les mots : « Je désire », ou : « Je recommande » de cette clause, opposés aux expressions impératives : « Je lègue et je veux », employées dans d'autres clauses, le testateur a entendu formuler un simple vœu, et non imposer une charge au légataire universel. — Cass., 26 juin 1882, Barthélemy, [S. 82.1.403, P. 82.1.1010, D. 84.1.447] — Pareille décision n'est que l'exercice régulier de leur pouvoir d'interprétation.

517. — A cet égard, il entre dans les attributions souveraines des juges du fait de constater, au moyen d'éléments d'appréciation pris dans le contexte même du testament, quelle était à cet égard la volonté du testateur, si leur décision ne fait qu'interpréter le sens et la portée d'un passage obscur du testament, sans dénaturer cet acte pour le faire échapper à l'application de l'art. 896. — Cass., 18 janv. 1893, précité; — 27 juin 1894, Marion, [S. et P. 98.1.501, D. 95.1.204]

518. — Il avait été déjà jugé, en ce sens, par interprétation de la volonté du disposant, qu'il n'y a pas substitution dans la disposition par laquelle un testateur dit : « J'institue N... mon héritier universel, pour, par lui, jouir et disposer de mon hérédité en bon père de famille, et à la charge de la rendre à ses enfants légitimes. » En tout cas, c'est là une question de volonté, plus de fait que de droit, et dont la solution ne tombe pas sous la censure de la Cour de cassation. — Cass., 12 mai 1819, Auberge, [S. et P. chr.] — Montpellier, 27 janv. 1818, Auberge, [S. chr.]

§ 7. *Des dispositions* de eo quod supererit *ou* si quid supererit.

519. — Nous avons dit que, pour constituer une substitution, la charge de conserver et de rendre était un élément essentiel et que l'obligation de rendre était insuffisante si elle ne se joignait pas à celle de conserver. Il faut faire application de ce principe à la disposition dite fidéicommis *de residuo* ou *de eo quod supererit*, par laquelle un donataire ou légataire est tenu de rendre à son décès ce qui lui restera des biens donnés ou légués. Cette clause en droit romain constituait un véritable fidéicommis tacite, parce qu'on ne permettait au grevé d'aliéner que dans une certaine mesure, ce qui, en conséquence, l'obligeait à conserver (L. 70, § 3, Dig., *De leg.*, 2°, 54 et 58, § 7, tit. *Ad S.-C. Treb.*), le grevé ne pouvant disposer des biens qu'à titre onéreux, pour ses besoins réels et de bonne foi. La novelle 108 de Justinien donna encore plus d'efficacité au fidéicommis *de residuo* en obligeant le grevé à réserver au profit du substitué au moins le quart des biens. On retrouve le fidéicommis *de residuo* dans l'ancien droit, et aujourd'hui encore, d'après Laurent (t. 14, n. 458), il est fort usité dans les provinces flamandes de la Belgique, où il figure surtout dans les contrats de mariage : c'est un moyen pratique pour des époux, au cas où ils n'auraient pas d'enfants, de disposer l'un au profit de l'autre sans dépouiller leurs familles respectives des biens qu'ils ont reçus d'elles, tout en conférant au conjoint donataire plus de latitude et de liberté que n'en a un usufruitier. « Au décès du survivant, sa succession se partage par moitié entre les deux familles, de sorte que les parents du conjoint prédécédé ont une part dans les biens, à moins que le survivant n'use du droit qui lui appartient de tout dépenser. » En France, si l'on rencontre peu d'exemples d'une telle clause dans les conventions matrimoniales, elle est également d'un usage assez fréquent dans les libéralités, et la jurisprudence a eu souvent à en connaître. On a, d'ailleurs, beaucoup discuté sur sa validité et ses effets. Les mêmes questions se posent relativement à une disposition faisant acquérir au bénéficiaire un droit de même nature que le legs *de residuo* exprès. Cette disposition, assez commune entre époux dans le Midi de la France, quoique les tribunaux n'en aient guère eu à connaître, consiste en un legs de biens en usufruit avec faculté pour le légataire de les hypothéquer, soit purement et simplement, soit jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

520. — I. On a parfois contesté la validité d'un tel fidéicommis en le considérant comme une substitution prohibée. On allègue, en ce sens, que l'art. 896, C. civ., prohibe les substitutions sans les définir, que, dès lors, il se réfère aux définitions de l'ancien droit qui les autorisait. Or, dans l'ancien droit, le fidéicommis *de residuo* constituait une substitution. Ce fidéicommis, d'ailleurs, s'il n'a pas tous les inconvénients économiques de la substitution faute d'obligation de conserver, heurte toujours le principe de droit justifiant la prohibition des substitutions : l'aliénateur d'un bien n'en peut prétendre régler la transmission une seconde fois dans la succession du donataire. Enfin, l'obligation de rendre implique celle de conserver. — Meyer, *Thémis*, t. 5, p. 457 et s.; Cotelle, t. 6, p. 325 et s.; Rolland de Villargues, note [S. 19.2.56] — La question a été tranchée en ce sens par un certain nombre d'anciens arrêts. — Cass., 1er févr. 1827, Ornano, [S. et P. chr.]; — 16 déc. 1833, Chamot, [P. chr.]; — 25 mai 1836, Gilton, [S. 36.1.954, P. chr.] — Bruxelles, 24 févr. 1807, Valschaert, [S. et P. chr.] — Nîmes, 17 août 1808, Molière, [S. et P. chr.] — Metz, 16 févr. 1815, Bernard, [S. et P. chr.] — Riom, 6 avr. 1821, Capelle, [S. et P. chr.] — Bordeaux, 28 juin 1830, Daine, [S. et P. chr.] — Remarquons seulement, au sujet de presque tous les arrêts qui précèdent, qu'ils ont été rendus sur des droits ouverts avant le Code. Il en résulte qu'ils ont dû nécessairement voir une substitution dans la clause *de eo quod supererit*, puisque cette clause, dans l'ancienne législation, ne permettait pas au grevé d'aliéner à sa volonté. Si donc ils ont, malgré l'existence de la substitution, maintenu les droits acquis au grevé avant les lois révolutionnaires, tout en refusant à l'appelé dont le droit n'était pas acquis avant l'abolition des substitutions la faculté d'en réclamer le bénéfice, ils ne sauraient être invoqués comme ayant refusé, sous l'empire du Code civil, de voir une substitution dans la clause *de eo quod supererit*.

521. — Depuis que la loi du 30 vent. an XII a abrogé les lois anciennes, les dispositions du droit romain n'ont plus force légale. Comme d'ailleurs le Code civil n'a nullement limité la faculté d'aliéner chez le donataire ou légataire tenu seulement de rendre *ce qui restera*, on s'accorde en général à ne plus voir une substitution dans le fidéicommis *de residuo*.

522. — Toutefois une doctrine, en même temps qu'elle maintient la disposition principale au profit du premier gratifié, considère la disposition *de eo quod supererit* au profit du second bénéficiaire comme une condition illicite tombant sous l'application de l'art. 900. Rien dans la loi, dit Colmet de Santerre (t. 4, n. 8 *bis*), n'implique l'intention restrictive de ne voir une substitution que là où il y a obligation tant de conserver que de rendre; l'économie de l'art. 896 semble au contraire favorable à une définition plus large. C'est, il est vrai, « la charge de conserver et de rendre qui produit les principaux effets dont le législateur s'est effrayé quand il a prohibé les substitutions; mais, ce que je nie, c'est que la considération de ces inconvénients soit le seul motif de la prohibition, qui me paraît reposer aussi sur cette idée que le pouvoir de disposer de ses biens et de régler sa propre succession n'emporte pas celui de régler la succession de son successeur; et cela, quand même on ne disposerait ainsi que subsidiairement et pour le cas où celui-ci ne ferait pas lui-même d'autres dispositions ». D'où il conclut « que la prohibition des substitutions s'appliquerait au fidéicommis *de eo quod supererit*. Seulement ce fidéicommis n'annulerait pas l'institution ou le legs qui en serait grevé » (V. Demante, t. 4, n. 8; Bertauld, t. 1, n. 410). D'après ce dernier auteur la seconde libéralité est nulle parce que le premier gratifié a défense de disposer au moins par testament (ce point est contesté par beaucoup d'auteurs), qu'en conséquence il n'a pas « une entière et définitive souveraineté sur l'objet de la donation ou du legs. Le donateur ou le testateur ne s'est pas définitivement dessaisi. Il a enlevé à son gratifié le droit de tester, et le droit de tester est une prérogative essentielle des droits de propriété ».

523. — Il a été jugé autrefois, en ce sens, que la clause par

laquelle le testateur appelle un tiers à recueillir ce qu'il donne à un premier institué, dans le cas où celui-ci n'en disposerait pas, ne contenant point de substitution prohibée, doit être réputée non écrite comme entachée d'une condition potestative et comme contenant une stipulation sur une succession non ouverte. — Paris, 20 janv. 1806, Platelet, [S. et P. chr.]; — 26 janv. 1808, Platelet, [S. et P. chr.] — Colmar, 16 mars 1830, [P. chr.] — Paris, 22 avr. 1841, Simon, [P. 41.1.594] — Rouen, 29 mai 1845, Broques, [S. 46.2.379, P. 48.1.568, D. 46.2.148]

524. — ... Et que les substitutions *de eo quod supererit*, lorsqu'elles excèdent les degrés où la substitution fidéicommissaire est permise, sont prohibées; mais en ce sens seulement qu'elles doivent être réputées non écrites, et non en ce sens qu'elles opèrent nullité de l'institution. — Caen, 16 nov. 1830, Duval, [S. et P. chr.]

525. — Mais l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence valide les deux dispositions principale et subsidiaire. Il n'y a pas de substitution dans le fidéicommis *de residuo* parce que, s'il contient charge, d'ailleurs éventuelle, de rendre, il n'emporte pas charge de conserver; or, l'art. 896 exige pour qu'il y ait substitution, la coexistence de ces deux obligations. D'autre part, la charge de rendre apposée à une donation ou à un legs n'a en soi rien d'illicite, dès lors qu'elle ne porte aucune atteinte essentielle au droit de propriété du légataire ou du donataire. On objecte que la condition de rendre ce qui restera doit être réputée non écrite comme purement potestative pour le gratifié. L'affirmation est inexacte et la clause se distingue profondément de celle-ci : vous rendrez les biens, si vous le voulez. En effet, il ne dépend pas uniquement de la volonté du donataire ou légataire de remplir ou non l'obligation de rendre : pour s'en affranchir, il lui faut disposer de la totalité des biens qu'il a reçus et il en peut être empêché par son incapacité personnelle ou par des circonstances extérieures. Donc rien ne s'oppose à l'exécution de la restitution de ce dont il n'a pas disposé. — Grenier, *Don. et test.*, *Obs. prél.*, n. 7 *bis*, et t. 1, p. 115; Toullier, t. 5, n. 38; Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéic.*, § 13; Delvincourt, t. 2, p. 392; Duranton, t. 8, n. 74; Rolland de Villargues, n. 265; Coin-Delisle, n. 27; Vazeille, n. 29; Poujol, n. 15; Marcadé, sur l'art. 896, n. 3; Saintespès-Lescot, *Don. et test.*, t. 1, n. 89; Troplong, t. 2, n. 130 et s.; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. 3, § 465, note 23; Demolombe, t. 18, n. 129 et s.; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 310 et 311, notes 26 et 28; Huc, t. 6, n. 22; Laurent, t. 14, n. 475 et s.; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3100, 3106; Planiol, t. 3, n. 3293.

526. — L'ancien droit distinguait la clause *si quid supererit* ou *de residuo* de celle dite *de eo quod supererit*. Dans les premières l'aliénation était toujours permise au donataire, à l'inverse de ce qui avait lieu pour la seconde, où l'aliénation n'était pas toujours accordée à ce donataire. Aussi ne constituaient-elles pas une substitution fidéicommissaire (Dig., tit. *De leg.*, L. 43, § 2; L. 75, et L. 11, § 7-3°). Ces distinctions, puisées dans le droit romain, qui ne laissait pas toute liberté de disposer aux héritiers institués avec certaines des clauses dont il s'agit, ou qui ne leur laissait la liberté de disposer que dans certaines limites, sont aujourd'hui sans importance, et l'on ne saurait voir une substitution prohibée dans n'importe quelle disposition qui, en imposant au légataire ou donataire la charge de rendre, lui permet en même temps de disposer, par conséquent ne lui impose pas la charge de conserver, et, dès lors, ne porte que sur ce qui reste, s'il reste quelque chose.

527. — Telle est l'opinion de la jurisprudence et nous ne trouvons trace de la distinction faite autrefois que dans un arrêt déjà ancien d'après lequel la disposition connue dans le droit romain sous le nom de *si quid supererit* (si quelque chose reste) ne peut être considérée comme renfermant une substitution fidéicommissaire : il n'en est pas comme de la disposition connue sous le nom *de eo quod supererit* (de ce qui restera). Ainsi, il n'y a pas substitution prohibée dans la donation faite sous la condition que les biens donnés retourneront, après le décès du donataire, aux héritiers naturels du donateur, mais pour le cas seulement où le donataire n'en aurait pas disposé. — Cass., 14 mars 1832, Chéron, [S. 32.1.604, P. chr.]

528. — Citons cependant une décision plus ancienne encore, suivant laquelle, lorsque l'auteur d'une substitution a disposé que le grevé aura toute faculté de vendre et aliéner, et que ce qui existera ou restera à son décès appartiendra au substitué, le grevé ne peut transmettre par testament les biens substitués qui lui restent à son décès. Une telle substitution a le caractère d'une substitution *de eo quod supererit*, non le caractère d'une substitution conditionnelle. — Cass., 1er févr. 1827, Ornano, [S. et P. chr.] — Bastia, 20 janv. 1825, Ornano, [S. et P. chr.]

529. — En tout cas on peut le décider ainsi sans qu'il y ait ouverture à cassation. — Cass., 1er févr. 1827, précité.

530. — Sans doute il a été jugé que la disposition par laquelle le testateur, après avoir institué deux légataires universels, chacun pour moitié, déclare que l'un d'eux venant à décéder, il entend que son entière hérédité (de lui testateur) passe sur la tête du légataire survivant, renferme pour les deux légataires une véritable charge de conserver et de rendre, et par conséquent une substitution fidéicommissaire prohibée; qu'une telle disposition ne doit être considérée ni comme une substitution *si quid supererit*, ni comme un legs avec accroissement. — Cass., 26 déc. 1836, De Gaujal, [S. 37.1.251, P. 37.1.70] — Mais, dans l'espèce, rien n'indiquait que chaque légataire eût le droit de disposer de sa part; le contraire semblait même résulter des termes employés. Ainsi s'explique la solution donnée.

531. — En revanche, il a été jugé qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la clause par laquelle le testateur, après avoir légué un objet à quelques-uns de ses héritiers, pour en jouir comme de chose à eux appartenante, ajoute que, si les héritiers viennent à décéder avant leurs femmes, il leur substitue leurs enfants, et que si, après le décès des légataires, leurs enfants viennent à décéder, les femmes des légataires ne succéderont pas à leurs enfants, mais la donation retournera aux cohéritiers des légataires; qu'une telle clause renferme seulement une de ces dispositions connues dans le droit romain sous la dénomination *si quid supererit*. — Cass., 5 juill. 1832, Duval, [S. 32.1.430, P. chr.]

532. — ... Qu'au surplus, l'arrêt qui, par interprétation des termes du testament, décide en fait que la stipulation de retour au profit de tout autre que le donateur, sous la condition de survie d'une tierce personne, constitue simplement une substitution *de eo quod supererit* échappe à la cassation. — Cass., 12 mai 1819, Auberge, [S. et P. chr.]; — 5 juill. 1832, précité.

533. — ... Que la disposition par laquelle un testateur, en léguant à son petit-fils des valeurs mobilières, ajoute que « si celui-ci vient à mourir sans enfants, son père héritera de son lot, et qu'il le substitue aux lieu et place de son petit-fils », ne renferme qu'une substitution *de eo quod supererit*, non prohibée par la loi. — Cass., 28 nov. 1849, Flamenq, [S. 50.1.81, P. 51.1.495, D. 50.1.113]

534. — ... Que lorsqu'un testateur, après avoir donné par une disposition, un immeuble à son neveu et à sa femme, exprime la volonté qu'après la mort des légataires leurs enfants partagent également, sans autre désignation, cette volonté ne porte que sur l'égalité du partage, et non sur la charge de conserver et de rendre; qu'en conséquence, il n'y a substitution prohibée ni du conjoint survivant au conjoint décédé, ni des enfants au légataire survivant; qu'il s'agit, dans ce cas, non d'une substitution fidéicommissaire, mais d'une substitution *de eo quod supererit* autorisée par la loi. — Paris, 15 mars 1844, Haussmann, [P. 44.1.552]

535. — Il a été jugé *a fortiori* que la clause par laquelle un testateur, après avoir fait un legs au profit de plusieurs personnes, pour par elles en jouir, faire et disposer de la manière la plus absolue, déclare qu'au cas de décès de l'un des légataires sans postérité, sa part accroîtra aux autres, ne renferme pas une substitution fidéicommissaire, mais seulement une disposition *si quid supererit*, non prohibée par la loi. — Cass., 17 févr. 1836, Degoy, [S. 36.1.82, P. chr.]

536. — ... Et que la disposition par laquelle un testateur, après avoir donné tous ses biens à son neveu pour en faire et disposer en toute propriété et jouissance, ajoute, que, dans le cas où le légataire décéderait sans enfants, les biens légués retourneraient à certains héritiers naturels dudit testateur, ne contient pas une substitution fidéicommissaire, mais seulement une disposition *si quid supererit* permise par la loi. Peu importe que le légataire soit mineur, et, conséquemment, actuellement incapable de disposer. — Cass., 27 févr. 1843, Frébault, [S. 43.1.440, P. 43.2.632]

537. — Les cours d'appel se sont également prononcées dans ce sens. Il a été jugé que la substitution *de eo quod supererit*, en d'autres termes que la clause par laquelle le donataire ou lé-

gataire est chargé de restituer, après son décès, ce dont il n'aura pas disposé des biens donnés ou légués, ne contient point une substitution prohibée. — Grenoble, 2 avr. 1818, Sève, [P. chr.

538. — ... Que le Code civil ne prohibe pas l'espèce de substitution que les Romains appelaient *de residuo*. — En d'autres termes, la disposition par laquelle le testateur donne ses biens, avec faculté au légataire de les aliéner ou charger, et d'en faire comme de son bien personnel et propre, sans en donner à qui que ce soit état, inventaire ou inspection, n'est pas viciée par une disposition subséquente, suivant laquelle les biens ainsi donnés, et qui se trouveraient dans la succession du légataire, devraient retourner aux héritiers légitimes du testateur existants au décès du légataire. — Bruxelles, 14 nov. 1809, Schrausman, [S. et P. chr.] — Montpellier, 13 févr. 1829, Guinard, [P. chr.]

539. — ... Que la disposition par laquelle un testateur charge le légataire par lui institué, de conserver les immeubles par lui donnés, d'aliéner premièrement les propres biens du légataire et après le décès de laisser à un tiers désigné ce qui pourrait encore rester des immeubles du testateur, ne constitue point une substitution prohibée. — Colmar, 7 juill. 1819, Favre, [S. et P. chr.]

540. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée : dans cette clause d'un testament conjonctif, par laquelle deux époux, après s'être institués réciproquement héritiers, avec plein droit d'institution et de libre disposition, ajoutent : « Qu'après le décès du survivant la moitié de la succession existante alors, soit mobilière, soit immobilière, succédera aux parents les plus proches du testateur pour moitié, et l'autre moitié aux parents les plus proches de la testatrice, avec défense à leurs héritiers ainsi substitués de molester le survivant pour formation d'un état et inventaire du prédécédé, à peine d'être privés de la portion de l'hérédité qui leur écherrait après la mort des deux testateurs. » — Bruxelles, 7 févr. 1816, Desmet, [S. et P. chr.]

541. — ... Dans la clause d'un testament léguant le mobilier du testateur en pleine propriété et ses immeubles en usufruit avec faculté pour le légataire de les vendre ou hypothéquer à son besoin sans pouvoir être inquiété par les héritiers à ce sujet : qu'il n'y a là qu'un legs *de eo quod supererit* parfaitement valable. — Rennes, 20 janv. 1873, Lebreton, [D. 76.2.17]

542. — ... Dans la disposition par laquelle un testateur, après avoir fait un legs à un mineur avec interdiction pour ses représentants d'aliéner le capital légué et pour le mineur d'engager ce capital jusqu'à sa majorité ou son mariage (ce qui lui laisse d'ailleurs la faculté d'en disposer par testament dans la mesure autorisée par la loi), ajoute qu'en cas de décès du légataire sans enfants, ce qui se trouvera rester du capital légué retournera aux héritiers naturels du testateur : une semblable disposition n'implique pas pour le mineur l'obligation absolue de conserver et de rendre, et, d'autre part, renferme simplement au profit des héritiers naturels, un legs conditionnel. — Douai, 18 févr. 1874, De Fiennes, [S. 74.2.317, P. 74.1300, D. 75.2.171] — Dans le même sens, Cass., 8 juin 1875, Caroff, [S. 75.1.423, P. 75.1061, D. 76.1.76]

543. — ... Dans la disposition par laquelle, après avoir légué tous ses biens à deux légataires, le testateur ajoute : « après dernier survivant pour mes héritiers ». — Douai, 24 oct. 1888, [*Jurispr. de la cour de Douai*, t. 47, p. 5]

544. — Jugé, encore, qu'il y a un simple legs *de eo quod supererit* dans un legs fait par un testateur aux enfants de son frère et portant sur la nue propriété de tous les biens composant sa succession, avec faculté pour eux de disposer de cette nue propriété à compter de son décès pour y réunir l'usufruit au décès des légataires en usufruit visés au testament qui survivront au testateur, quand il est ajouté qu'à défaut d'héritiers des descendants du frère, les biens retourneront à deux cousins germains désignés. — Trib. Seine, 26 août 1865, Chamusard, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Substit.*, n. 30]

545. — ... Qu'il y a simple et valable legs *de eo quod supererit* dans le testament reconnaissant au légataire le droit de libre disposition et stipulant le retour des biens aux héritiers naturels en cas de décès sans enfants du légataire; que dans cette hypothèse, les héritiers naturels ayant été laissés en possession des biens à la suite du jugement annulant le legs comme entaché de substitution, ont dû restituer au légataire, tant le capital héréditaire que les fruits, à compter du décès du testateur. — Angers, 21 janv. 1891, Flan, [D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Substit.*, n. 32]

546. — ... Que la charge de conserver et de rendre étant une condition essentielle de la substitution fidéicommissaire, il n'y a pas substitution prohibée dans le testament par lequel le *de cujus*, en instituant un légataire universel, ajoute qu'à la mort de ce légataire, tout ce que le *de cujus* aura laissé deviendra la propriété d'un tiers, dès lors qu'il résulte du testament que le *de cujus* n'a pas imposé au légataire universel la charge de conserver et de rendre, et que sa volonté formelle a été de laisser au légataire universel la libre disposition des choses léguées, le tiers ne devant recueillir, au décès du légataire universel, que ce dont celui-ci n'aurait pas disposé à titre gratuit ou onéreux. — Limoges, 28 avr. 1899, Goupil, [S. et P. 99.2.266]

547. — ... Que la clause qui charge l'institué ou le légataire de disposer, à son décès, des biens donnés, au profit des héritiers légitimes du testateur, lorsque d'ailleurs l'institué ou le légataire a le droit de jouir et de disposer de ses biens en toute propriété, et comme il avisera, doit être considérée non comme établissant une substitution prohibée, mais comme imposant à l'institué ou légataire une simple obligation morale, quant aux biens dont il n'aurait pas disposé. — Colmar, 6 févr. 1824, Gœpffert, [S. et P. chr.]

548. — ... Que la clause par laquelle un testateur, après avoir fait un legs de ses biens au profit d'une personne pour par elle en jouir, faire et disposer ainsi qu'elle avisera, déclare qu'au cas de décès du légataire sans enfants, il lègue les mêmes biens à une autre personne, ne renferme pas une substitution fidéicommissaire et prohibée, mais une disposition *de eo quod supererit* qui n'est pas défendue par la loi. — Cass., 3 mars 1864, Gaubour, [S. 64.1.167, P. 64.729, D. 64.1.214]

549. — ... Que constitue non une substitution prohibée, mais un legs conditionnel autorisé par les art. 1040 et 1041, la disposition faite au profit d'un tiers, qui ne contient pas la prohibition d'aliéner les objets légués, et n'impose pas à l'héritier institué ou *ab intestat* l'obligation de les conserver pendant sa vie et de les rendre à son décès, mais qui se borne à subordonner l'existence du legs à la survie du légataire à l'héritier et à sa postérité. — Cass., 1er juill. 1874, Giry, [S. 74.1.465, P. 74.1198, D. 75.1.68]

550. — La question s'est posée souvent en matière de libéralités entre époux.

551. — Il a été jugé, à cet égard, qu'il n'y a pas substitution prohibée au sens de l'art. 896, C. civ., dans un testament conjonctif fait avant le Code civil, mais ouvert depuis, dans lequel des époux se sont institués héritiers l'un de l'autre, avec pouvoir au survivant, de vendre, grever, aliéner, et même de consumer jusqu'au dernier sou les biens du prédécédé, sans aucune considération de personnes, à la charge que ceux qui existeront encore à son décès seront partagés par moitié entre les héritiers du mari et les héritiers de la femme. — Bruxelles, 29 oct. 1825, Delvaux, [P. chr.]

552. — ... Que la clause d'un testament conjonctif par laquelle chacun des époux institue, dans ses biens propres, des héritiers autres que son conjoint, sous la clause cependant que l'époux survivant pourra vendre et changer les biens du prédécédé, ne contient pas en cela une substitution; qu'il n'y a là qu'une charge de l'institution. — Bruxelles, 30 août 1809, Van Frachen, [S. et P. chr.]

553. — ... Que la disposition par laquelle deux époux, après s'être donné mutuellement les conquêts immeubles en pleine propriété au profit du survivant, stipulent que ce qui en restera à la mort de celui-ci sera partagé entre les héritiers du survivant et ceux du prédécédé, ne constitue point une substitution prohibée mais seulement une disposition conditionnelle. — Trib. Fontainebleau, 1er avr. 1840, sous Paris, 22 avr. 1841, Simon, [P. 41.1.594]

554. — ... Que la clause d'un contrat de mariage par laquelle le prémourant des deux époux laisse à l'autre la totalité de ses biens, avec pouvoir de les aliéner par acte entre-vifs, mais avec stipulation qu'en cas de non-aliénation les parents successibles du prédécédé recueilleront la moitié des biens qui existeront au décès du survivant, ne constitue pas une substitution comprise dans l'abolition prononcée par la loi des 25 oct.-14 nov. 1792, et par l'art. 896, C. civ. — Bruxelles, 8 mars 1821, Collart, [S. et P. chr.]

555. — ... Qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la disposition par laquelle un mari, en instituant sa femme sa légataire universelle en toute propriété et jouissance, déclare qu'il

entend que les immeubles provenant de ce legs, et dont elle n'aura pas disposé de son vivant, retournent à ses héritiers, pour être partagés entre eux suivant leurs droits; qu'une pareille disposition constitue deux legs tout à fait distincts : l'un, au profit de la légataire universelle, de la propriété des immeubles sous la condition potestative de sa part d'en disposer avant son décès; l'autre, de cette même propriété, en faveur des héritiers du testateur, sous la condition suspensive que la légataire universelle n'en aura pas disposé de son vivant; qu'en conséquence, cette disposition n'est contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, et qu'elle doit recevoir son exécution. — Orléans, 7 juin 1844, Papin, [P. 44.2.194]

556. — ... Ni dans le testament par lequel une femme lègue à son mari l'universalité de ses biens, avec pouvoir d'en disposer en toute propriété et jouissance, mais avec cette réserve que ce qui restera au décès de l'époux légataire se partagera par égales portions entre les héritiers de celui-ci et ceux de la testatrice; seulement que la condition doit être réputée non écrite, comme contraire aux lois et aux mœurs, en ce qui concerne les autres biens que laissera le légataire. — Rennes, 29 mai 1861, Cotto, [D. 62.2.5]

557. — ... Ni dans la disposition universelle faite par un mari au profit de sa femme, sous la condition qu'au décès de celle-ci la partie des biens ainsi légués dont elle n'aurait pas disposé sera partagée entre plusieurs des héritiers du mari; qu'il n'y a pas là en effet institution de légataires successifs ni obligation imposée de conserver et de rendre. — Paris, 11 déc. 1873, Lhotelain, [D. 75.2.29]

558. — ... Ni dans le legs universel fait par une femme à son mari sous la condition qu'à la mort de celui-ci, les biens non aliénés par lui iront à une tierce personne. — Riom, 21 nov. 1887, Chauvet, [D. 90.2.38]

559. — Mais au contraire, un legs universel fait par un mari au profit de sa femme constitue, non un legs *de eo quod supererit*, mais une substitution prohibée quand le testateur, imposant quelques legs particuliers, ajoute qu'à la mort de la femme la part de fortune qui restera après les legs passera à telles autres personnes. — Aix, 27 juin 1881, Crouzeix, [S. 84.2.173, P. 84.1.898, D. 82.2.51]

560. — La thèse favorable à la validité du fidéicommis *de eo quod supererit* est-elle modifiée quand le disposant n'a pas laissé au bénéficiaire la faculté indéfinie d'aliéner, mais a restreint cette faculté? Il faut distinguer : 1° Sans aucun doute, la clause *de residuo* ou *de eo quod supererit* dégénérerait en substitution prohibée, si le disposant avait défendu l'aliénation d'une partie des biens. Mais il n'y aurait nullité de l'acte que pour la portion qu'on aurait reçue avec charge de conserver et de rendre, l'autre portion étant entièrement à la libre disposition du grevé. — Coin-Delisle, n. 29; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 1, § 14, n. 3; Toullier, t. 5, n. 14; Grenier, t. 1, p. 112; Duranton, t. 8, n. 88; Rolland de Villargues, n. 308; Malleville, sur l'art. 896.

561. — 2° Mais une limitation à la faculté d'aliéner, quant aux modes d'aliénation, laisserait le fidéicommis intact et valable, même si elle portait sur l'ensemble des biens donnés, car le grevé reste maître d'aliéner la totalité des biens par lui reçus. Quoique le donateur ait prohibé tel ou tel mode de disposition, il n'y aura pas substitution s'il a laissé au donataire un moyen d'aliéner. — Rolland de Villargues, n. 266; Toullier, t. 5, n. 51; Duranton, t. 8, n. 75; Merlin, *Rép.*, v° *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n. 5 *bis*, et sect. 10, n. 7; Demolombe, t. 18, n. 138; Aubry et Rau, t. 7, § 674, note 27; Laurent, t. 14, n. 482-483; Huc, t. 6, n. 23; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3107 et s.; Planiol, t. 3, n. 3293.

562. — Il en serait ainsi d'une clause interdisant au légataire de disposer à titre gratuit. Il n'y aurait donc pas charge de conserver et de rendre, caractéristique de la substitution prohibée, dans l'interdiction faite au légataire institué de disposer des biens à titre gratuit, s'il est d'ailleurs investi du droit d'en disposer de toute autre manière. — Cass., 11 févr. 1863, Lafitte, [S. 63.1.204, P. 63.729, D. 63.1.232]

563. — Il en est ainsi alors même que le testateur a ajouté que le prix provenant des aliénations que l'héritier institué aurait consenties reviendrait à un tiers désigné, s'il résulte du testament qu'à l'égard de ce prix, l'institué avait le même droit de disposition qu'à l'égard des biens eux-mêmes : cette clause ne constitue qu'une substitution *de eo quod supererit*, non atteinte par la prohibition de la loi. — Même arrêt.

564. — A fortiori, un donateur peut mettre comme condition de sa libéralité que le donataire n'aura pas le droit d'aliéner, soit par acte entre-vifs, en lui laissant celui de disposer par testament. — Douai, 18 févr. 1874, De Fiennes, [S. 74.2.317, P. 74.300, D. 75.2.171], soit par testament, en lui laissant le droit d'aliéner par acte entre-vifs : dans ces cas, il n'y a pas substitution prohibée, puisque, dans le premier, il n'y aurait que charge de conserver, sans charge de rendre, et que, dans le second, il n'y aurait pas même charge de conserver. — Marcadé, sur l'art. 896, n. 3; Duranton, t. 8, n. 75; Saintespès-Lescot, *Donat. et test.*, t. 1, n. 95; Demolombe, t. 18, n. 138; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Laurent, t. 14, n. 482, 483; Huc, t. 6, n. 23; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3107, 3110; Planiol, t. 3, n. 3293.

565. — Décidé, en ce sens, que le legs universel fait avec faculté pour le légataire de disposer par donation, mais non par testament, d'une portion des biens à remettre en principe à des tiers désignés ne tombe pas sous le coup de l'art. 896 et constitue un simple fidéicommis *de eo quod supererit*; que la clause testamentaire ainsi conçue : le légataire universel jouira des biens légués « à son plaisir et volonté, sauf qu'on remette la moitié de ce qui lui restera après son décès aux plus proches parents du testateur » a pu être envisagée comme refusant au légataire le droit de disposer par testament sans que la Cour suprême puisse exercer son contrôle sur cette interprétation souveraine de la volonté du testateur. — Cass., 11 août 1864, Bélugon, [S. 64.1.436, P. 64.1175, D. 64.1.468]

566. — De cet arrêt et aussi d'un autre plus ancien (Cass., 1er févr. 1827, Ornano, S. et P. chr.), il semble résulter qu'en l'absence même de toute clause restrictive du droit de disposer chez le légataire, celui-ci ne saurait désigner par testament des légataires qui seraient préférables au bénéficiaire choisi par le testateur. C'est ce qu'admettent encore d'autres arrêts d'après lesquels la clause d'une donation portant que les biens donnés passeront aux héritiers naturels du donateur si le donateur n'en a pas disposé par vente ou autrement, doit avoir tout son effet si, au lieu d'en disposer par acte entre-vifs, le donataire n'en a disposé que par testament. — Bruxelles, 14 nov. 1809, Schrauman, [S. et P. chr.]; — 8 mars 1821, Collart, [S. et P. chr.] — Rouen, 28 janv. 1831, sous Cass., 14 mars 1832, Chéron, [S. 32.1.604, P. chr.] — Trib. Gand, 22 oct. 1890, [*Pasicr.*, 1891.3.91]

567. — Et cette thèse a ses partisans dans la doctrine : « admettre la solution contraire, ce serait, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (t. 2, n. 3108, 3109), enlever toute portée pratique à la clause et supposer gratuitement que le disposant l'a, sans but, insérée dans sa libéralité. Or, si elle a un but et une portée, c'est bien que le bénéficiaire de la charge soit préféré aux légataires qu'il pourrait plaire au grevé de désigner. A notre avis du moins, pour qu'il puisse être question de reconnaître au grevé le droit de disposer par testament, il faudrait que ce droit lui eût été spécialement conféré par le disposant ». — *Sic*, Bertauld, t. 1, n. 421; Huc, t. 6, n. 23; Laurent, t. 14, n. 482, d'après lequel « le droit illimité de disposer à titre gratuit serait en opposition avec l'intention du testateur, puisqu'il serait en opposition avec le but que le testateur a en faisant un fidéicommis *de residuo* ». Toullier (t. 5, n. 29), Rolland de Villargues (n. 266), Demolombe (t. 18, n. 136), Aubry et Rau (t. 7, § 694, p. 311, note 28), estiment au contraire que, les principes du droit romain étant aujourd'hui abandonnés, la charge de rendre n'emporte pas nécessairement et par elle-même prohibition de disposer par testament, *a fortiori* de disposer à titre gratuit. Tous s'accordent du moins à dire qu'il y a là une question d'intention chez le testateur, à examiner souverainement par les juges du fait, dont la solution en ce sens ou en l'autre échappe au contrôle de la Cour suprême. Tous reconnaissent aussi au disposant le droit d'interdire formellement toute disposition à titre gratuit de la part du donataire ou légataire. Il suffit que ce dernier ait la faculté de disposer à titre onéreux pour que manque la charge de conserver constitutive de la substitution prohibée.

568. — Faut-il aller plus loin et permettre au disposant, non seulement d'enlever au premier gratifié le droit de disposer des biens à titre gratuit, mais même de limiter son droit de disposer à titre onéreux ? La question se pose notamment en présence de la clause de rendre ce qui restera avec faculté d'aliéner *en cas de besoin*. Dans une première opinion, on voit là une substitution prohibée car le disposant a évidemment entendu mettre une

limite à la liberté d'aliéner accordée au légataire. Et la prohibition d'aliéner devra surtout recevoir son exécution s'il s'agissait d'une disposition de peu d'importance faite à un grevé dont la fortune est considérable : dans ce cas le grevé serait à considérer comme ne pouvant aliéner parce que la condition sous laquelle l'aliénation aurait été permise ne saurait se présenter. — Grenier, *Obs. prél.*, n. 7 *ter;* Coin-Delisle, n. 30; Marcadé, sur l'art. 896; Boissard, *Des subst.*, p. 232. — Ainsi jugé dans une espèce où le donataire chargé de rendre ce qui resterait avait été autorisé à vendre *partie des immeubles pour pouvoir vivre honorablement.* — Metz, 16 févr. 1815, Bernard, [S. et P. chr.]

569. — Mais, outre que, d'après ces auteurs eux-mêmes, la décision qui aurait déclaré qu'il n'y a pas substitution échapperait à la censure de la Cour suprême, puisqu'elle n'aurait fait qu'apprécier le fait de savoir s'il y avait ou non faculté pour le grevé d'aliéner, la tendance générale, en doctrine et en jurisprudence, est de valider la clause et d'entendre les expressions *en cas de besoin* dans le sens le plus large, de façon que le droit d'aliéner dépende de la seule volonté du grevé. C'est conforme à la thèse qui maintient autant que possible les dispositions et facilite les combinaisons qui paraissent sans dangers. On valide donc la clause autorisant le gratifié en première ligne à vendre en cas de besoin seulement, si rien n'indique que le disposant ait voulu soumettre l'appréciation des besoins pouvant justifier l'aliénation au contrôle des tribunaux, et s'il apparaît au contraire que le testateur avait constitué le légataire seul juge de l'existence du besoin ou de la nécessité pour lui d'aliéner. — Cass., 24 avr. 1860, Loué (motifs), [S. 60.1.514, P. 60.1162, D. 60.1.221] — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 267; Merlin, *Quest.*, v° *Subst. fidéic.*, § 13, n. 3; Demolombe, t. 18, n. 139; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 311, note 29; Laurent, t. 14, n. 478; Huc, t. 6, n. 21; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3111.

570. — Jugé, en ce sens, qu'il n'y a pas substitution prohibée dans la clause d'un testament autorisant l'héritier institué à charge de rendre à un tiers, lors de son décès, à aliéner jusqu'à concurrence des sommes que les circonstances rendraient nécessaires, si des termes et de l'esprit de l'acte il ressort qu'à l'héritier seul il appartient d'apprécier la nécessité et l'étendue de l'aliénation. — Trib. Valence, 3 févr. 1885, Mortet. — V. dans le même sens, Grenoble, 2 avr. 1818, Sève, [S. et P. chr.]

571. — Encore ne faut-il pas aller trop loin dans cette voie, et notamment la charge de conserver apparaîtrait si le donataire ou légataire n'était habilité à aliéner qu'en cas de *nécessité dûment constatée.* A juste titre donc, la Cour de cassation a vu charge de conserver et de rendre, et par conséquent substitution prohibée, dans la disposition testamentaire portant que les biens légués appartiendront à des personnes désignées, au cas où le légataire institué viendrait à décéder sans postérité, alors même que celui-ci est investi de la faculté d'aliéner, si ce pouvoir ne lui est conféré qu'en cas de nécessité dûment justifiée. — Cass., 24 avr. 1860, précité. — En effet, en pareille hypothèse les biens compris dans la charge de rendre deviennent indisponibles. Du moins, toute aliénation faite ne transmettra qu'une propriété contestable et incertaine pour un temps assez long, autrement dit, la disposition présente tous les inconvénients des substitutions prohibées. — Demolombe, t. 18, n. 139; Aubry et Rau, t. 7. § 694, p. 312, note 30; Laurent, *loc. cit.;* Huc, *op. et loc. cit.;* Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3112.

572. — D'autre part, et à plus forte raison encore, la disposition testamentaire portant institution d'un légataire universel sous la condition que, s'il ne se marie pas et décède sans enfants légitimes, les biens à lui légués reviendront à son frère ou aux enfants de celui-ci, renferme une substitution prohibée, encore bien qu'il y soit ajouté que le testateur laisse le légataire entièrement libre de prendre avec son frère, de leur vivant, les arrangements qui pourraient mutuellement leur convenir, de manière toutefois que les volontés du testateur soient fidèlement exécutées par l'un ou par l'autre d'entre eux : une telle faculté n'équivalant pas au droit absolu de disposition des biens légués, qui seul serait exclusif de l'obligation de conserver, inhérente à la substitution prohibée. — Cass., 31 mai 1865, De Chateaurenard, [S. 65.1.353, P. 65.891, D. 65.1.439] — Si, en effet, il suffisait, pour faire disparaître la substitution, de la possibilité d'un arrangement entre le grevé et l'appelé, comme de tels arrangements sont toujours susceptibles de se produire, jamais on ne se trouverait en présence d'une substitution prohibée.

573. — Reste, quant au fidéicommis *de residuo,* à en préciser la nature et les effets. Le fidéicommis *de residuo* est valable, c'est entendu, mais à quel titre? Serait-ce comme substitution permise par exception au principe prohibitif de l'art. 896? Non, à notre sens. A la prohibition de l'art. 896, en effet, seuls les art. 1048 et s., apportent quelques exceptions. Hors de leur sphère d'application (et l'on doit interpréter restrictivement ces textes exceptionnels), nous sommes dans le domaine de la règle. Seulement de ce que sous l'ancien droit, favorable aux substitutions, on en voyait une dans le fidéicommis *de residuo*, on ne doit pas nécessairement en dire autant sous l'empire du Code civil qui, loin de songer à étendre tend au contraire à restreindre la nature des substitutions. De fait, dans le fidéicommis *de residuo*, le disposant ne dispose pas de biens se trouvant dans la succession du grevé; il n'y a pas double transmission : le fidéicommissaire est un donataire ou un légataire avec charge. Au reste la substitution n'est pas un mode distinct de disposer à titre gratuit; il n'y en a que deux d'après l'art. 893 : la donation et le testament; c'est donc uniquement comme donation ou comme legs que le fidéicommis peut valoir. — Demolombe, t. 18, n. 134; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 310, note 26; Huc, t. 6, n. 22; Laurent, t. 14, n. 479; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3101.

574. — Et ce n'est pas là une simple question de mots. Dès lors que le fidéicommis *de residuo* vaut comme legs ou donation avec charge et non comme institution permise, des conséquences graves se produisent, non seulement au point de vue fiscal (V. sur ce point spécial, *J. Enreg.*, n. 23056 : *Legs de eo quod supererit ou de residuo ; Examen théorique et pratique de ce genre de disposition dans ses rapports avec l'impôt de l'enregistrement*; Lamache, *Les stipulations permises en matière de substitutions : Rev. du notar.*, 1893, p. 6 et s.), mais aussi au point de vue civil. Si, en effet, les principes de la substitution étaient applicables, il y aurait dans un tel fidéicommis deux gratifiés : un institué et un substitué, et la capacité de celui-ci devrait être examinée au jour où s'ouvrirait son droit, c'est-à-dire lors du décès de l'institué. Si on y voit au contraire une donation ou un legs, il y a bien encore deux libéralités distinctes, et le bénéficiaire de la charge ne recueille qu'un droit futur et éventuel, mais le moment à considérer au point de vue de sa capacité est celui où s'ouvre son droit, c'est-à-dire le jour de la donation même, ou, si le fidéicommis a eu lieu par testament, l'époque du décès du testateur. Le droit du bénéficiaire de la charge est, en effet, à l'une ou à l'autre de ces dates, fixé dans son existence sinon quant à son émolument. Il est donc indispensable que ce bénéficiaire soit vivant et capable, au moins conçu, lors du décès du disposant en cas de legs, car il n'y a pas de legs valable au profit d'un non existant. — Demolombe, t. 18, n. 135; Laurent, t. 14, n. 479 et 480; Huc, t. 6, n. 22; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3102 et s.

575. — Mais quelle est la nature du droit ainsi recueilli par le bénéficiaire du fidéicommis? C'est assurément un droit puisque les héritiers du grevé devront rendre à l'appelé les biens dont il n'a pas été disposé par leur auteur qui a survécu au testateur. Mais ce droit est-il conditionnel ou à terme? Voici, en supposant un legs *de residuo,* l'intérêt de la question : s'il y a legs conditionnel, le bénéficiaire devra être vivant ou conçu et capable non seulement au décès du testateur mais lors de l'arrivée de la condition, c'est-à-dire au décès du grevé. S'il s'agit d'un legs à terme, le droit est né en sa personne au jour du décès du testateur, s'il est alors capable, et ce droit entre dans son patrimoine pour pouvoir être exercé par ses successeurs au décès du grevé.

576. — La question est controversée. La jurisprudence française et quelques auteurs considèrent comme conditionnel le droit du bénéficiaire, attendu qu'il est subordonné à la condition de la mort du grevé survenue sans qu'il ait disposé des biens par lui reçus. Or l'art. 1040, C. civ., déclare caduque « toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendant d'un événement incertain et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, si le légataire décède avant l'accomplissement de cette condition ». Ce texte est aussi général que possible et rien n'autorise l'interprète à en restreindre la portée. D'ailleurs, dans les dispositions testamentaires, le terme incertain, c'est-à-dire le terme qui peut ne pas s'accomplir du vivant du légataire, équivaut à une condition : « *Dies incertus in testamento conditionem facit* ». Le bénéficiaire d'un legs *de residuo* est donc légataire sous condition suspensive et, pour en profiter, doit survivre au premier gratifié, légataire sous condition résolutoire.

— Bertauld, t. 1, n. 421; *J. Enreg.*, n. 23056 et s.; Lamache, *loc. cit.*

577. — Jugé, en ce sens, que le legs *de residuo* constitue pour le bénéficiaire de la charge de rendre un legs non à terme, mais conditionnel, d'où il suit qu'il est caduc si le bénéficiaire prédécède au premier gratifié. — Poitiers, 24 mai 1869, Touffreau, [S. 69.2.316, P. 69.1260, D. 70.2.35] — On peut, il est vrai, considérer cet arrêt comme une décision d'espèce surtout, car il se fonde sur l'intention de la testatrice pour motiver sa décision.

578. — Jugé, encore, que le droit du bénéficiaire de la charge, étant subordonné à la condition que le premier gratifié n'aura pas disposé des objets légués, ne s'ouvre définitivement qu'au décès de celui-ci; qu'en conséquence, la prescription de l'action en nullité de ce legs ne commence à courir contre les héritiers naturels qu'à compter de ce décès; et que ceux-ci peuvent donc intenter ladite action bien que le testateur soit mort depuis plus de trente ans. — Toulouse, 22 juin 1864, Fabr. de l'église de Saint-Jory, [D. 64.2.167]

579. — MM. Laurent (t. 14, n. 484), Huc (t. 6, n. 22), Baudry-Lacantinerie et Colin (t. 2, n. 3104, 3105), sont d'un avis contraire. A leurs yeux, la libéralité adressée au bénéficiaire de la charge n'a rien de conditionnel. Sans doute, son objet est futur et éventuel, elle pourra en fait être réduite à rien par les actes de disposition du premier gratifié. Mais, en matière de legs notamment, si le bénéficiaire est né ou conçu et capable lors du décès du testateur, il aura immédiatement un droit acquis au bénéfice de la disposition et il le transmettra, s'il meurt, à ses héritiers qui s'en prévaudront à bon droit au décès du premier gratifié. — V. en ce sens, Gand, 13 juin 1866, [*Pasicr.*, 66.2.285] — Il ne faut pas, dit-on en ce sens, confondre le droit conditionnel et le droit éventuel. Une libéralité conditionnelle est celle dont l'existence même est incertaine jusqu'à l'arrivée de la condition à laquelle elle est subordonnée. Or, quel est le droit des héritiers dans le fidéicommis *de residuo?* Le gratifié en première ligne leur est préféré et par là leur droit est incertain, il pourra même en définitive demeurer sans objet. « Mais ce droit, pour être aléatoire, n'en est pas moins certain. Ils tiennent ce droit du testateur, c'est un legs, le legs devient exigible à la mort du légataire, ce qui est un terme et non une condition; car c'est un de ces termes dont parle l'art. 1041 qui suspendent seulement l'exécution de la disposition d'après l'intention du testateur. » — Laurent, *loc. cit.*

580. — Pour atteindre le même résultat et permettre au bénéficiaire de la charge de transmettre son droit à ses héritiers en cas de prédécès, on a proposé d'interpréter le legs fait avec pouvoir de disposer comme un legs ferme et actuel d'usufruit au profit du légataire et comme un legs de nue propriété fait *sous condition résolutoire* au profit du bénéficiaire, ladite condition résultant de l'exercice pour le légataire de son droit de disposition. C'est, a-t-on dit, conforme aux intentions les plus vraisemblables du testateur. — *J. Enreg.*, art. 23056, *Legs de eo quod supererit;* Lamache, *Rev. not.*, 1893, p. 8.

581. — Les effets du fidéicommis *de residuo* doivent être envisagés à un dernier point de vue : c'est pour déterminer le *id quod supererit*, autrement dit le montant des biens constituant le *residuum* à rendre. Demolombe (t. 18, n. 137) propose d'assimiler le donataire ou légataire tenu de rendre au donataire qui a reçu d'un ascendant une libéralité soumise au droit de retour de l'art. 747, C. civ. Le second gratifié recueillerait donc, d'après lui, outre les objets retrouvés en nature dans la succession du premier, tous les biens réputés représenter exactement ces objets, c'est-à-dire les actions en reprise et le prix encore dû des aliénations consenties.

Section III.

Règles d'interprétation.

582. — Il appartient évidemment aux juges du fond d'apprécier et d'interpréter, s'il y a lieu, les dispositions attaquées comme contenant une substitution prohibée, pour préciser les intentions de leurs auteurs et en empêcher la réalisation si elles sont contraires à la loi. Les termes mêmes de la disposition doivent être avant tout examinés de près par eux et, si elle se compose de plusieurs parties, ils les rapprocheront et les compareront pour qu'elles s'éclairent mutuellement. Mais les juges peuvent et doivent chercher en dehors même des termes employés par l'auteur de l'acte, dans les faits de la cause, tout ce qui est de nature à les renseigner sur la véritable intention du disposant. En effet, une même formule sera à bon droit interprétée de deux manières différentes suivant le sens que, dans chaque espèce, le contexte du testament ou les circonstances spéciales de la cause lui donneront. On doit s'attacher au sens de la disposition, plutôt qu'à ses termes, toutes les fois qu'il est évident que le testateur a pensé autrement qu'il n'a parlé. Ainsi, alors même qu'on aurait qualifié le grevé du titre d'usufruitier, la clause ne serait pas moins peut-être une substitution. Et, le disposant eût-il qualifié sa disposition de droit de retour ou d'accroissement, on devrait l'annuler si son exécution entraînait nécessairement l'effet d'une substitution prohibée. — Cass., 19 niv. an XII, Defassin, [S. et P. chr.]; — 22 juin 1812, Rovere, [S. et P. chr.] — Liège, 23 oct. 1806, Gérard, [S. et P. chr.] — A l'inverse, si le disposant avait faussement appelé substitution une disposition qui n'en avait pas le caractère, il ne faudrait pas en prononcer la nullité.

583. — Il n'est nullement indispensable, par exemple, pour qu'une libéralité soit déclarée entachée de substitution, qu'on se soit servi de l'expression « je substitue ». Il suffit que le disposant ait manifesté clairement son intention de substituer pour qu'on doive annuler la disposition, si elle n'est pas dans l'un des cas exceptionnels prévus. Ainsi, lorsqu'on aura dit : « J'institue un tel et à son décès j'institue telle autre personne », il y aura substitution. — Thévenot, n. 188.

584. — Il n'est pas davantage nécessaire que la charge de conserver et de rendre soit exprimée en termes formels; il suffit qu'elle soit la conséquence nécessaire de la donation ou du testament. — Cass., 13 août 1856, Gauthier, [S. 56.1.893, P. 57.608, D. 57.1.33]

584 *bis*. — Par exemple, même non expressément formulée, l'obligation de conserver et de rendre, caractéristique de la substitution, peut s'induire de la combinaison des différentes clauses d'un testament ou d'une donation. — Cass., 25 juill. 1849, précité; — 13 août 1856, précité; — 2 févr. 1892, Crepy, [S. et P. 92.1.341, D. 92.1.506]; — 12 févr. 1896, Assoc. amicale des anc. élèves de l'Ecole centrale, [S. et P. 96.1.305, D. 96.1.645] — Aix, 27 juin 1881, précité.

585. — Et la condition de conserver et de rendre à un tiers résulte suffisamment de ce qu'il y a nécessité, pour que les biens arrivent aux mains des héritiers substitués après le décès du légataire, que celui-ci n'ait pas eu la faculté de les aliéner ou d'en disposer d'une manière quelconque. — Cass., 25 juill. 1849, Caldelar, [S. 49.1.673, P. 50.1.451, D. 49.1.321] — Poitiers, 6 mai 1847, Caldelar, [S. 47.2.353, P. 47.2.287, D. 47.2.132]

586. — Toutefois, le pouvoir d'interprétation des juges du fond ne peut s'exercer qu'autant qu'il y a doute sur le sens de la disposition arguée de nullité; autrement, sous prétexte d'interprétation, ils referaient le testament et en dénatureraient les clauses, ce qui leur est interdit (V. *infrà*, v° *Testament*). Notamment, lorsque la clause d'un testament, arguée de nullité comme contenant une substitution prohibée, est explicite dans ses termes, les juges doivent l'appliquer sans se livrer à une interprétation qui ne pourrait être qu'abusive. — Alger, 2 févr. 1900, Gauch, [S. et P. 1901.2.33, D. 1901.2.445]

587. — Et lorsque la volonté du testateur est certaine, la seule question qui se pose (et c'est une question non de fait mais de droit) est celle de savoir si la clause par lui écrite a bien le caractère juridique et légal d'une substitution prohibée. Sur ce point donc, la Cour de cassation exercera son contrôle et elle verra si les juges ont fait une application exacte de l'art. 896, s'ils ont tiré les conséquences légales du point de fait par eux constaté, s'ils ont donné à la disposition à titre gratuit ses véritables effets juridiques. Dans tous les arrêts rendus sur la matière, la Cour suprême se réserve toujours le droit de contrôler en cela les décisions des juges du fond. — Cass., 4 déc. 1865, De Lagrèze, [S. 66.1.70, P. 66.162, D. 66.1.38]; — 28 déc. 1881, Bujac, [S. 82.1.155, P. 82.1.370, D. 82.1.346]; — 7 janv. 1889, Chanut, [S. 91.1.461, P. 91.1.1121, D. 89.1.11]; — 20 déc. 1892, Delavault, [S. et P. 94.1.501, D. 93.1.117] — V. *infrà*, n. 602 et s.

588. — Donc, quand il y a doute sur le point de savoir si une disposition contient ou non une substitution prohibée, les juges du fait ont le droit et le devoir de rechercher l'intention du disposant. — Cass., 6 févr. 1889, Manouvrier, [S. 89.1.454,

P. 89.1.1146, D. 89.1.62] — Aix, 27 juin 1881, Crouzeix, [S. 84. 2.173, P. 84.1.898, D. 82.2.5]

589. — L'interprétation des juges du fond est dominée par le principe déjà donné par les jurisconsultes romains (L. 12, Dig. XXXIV, 5, *De reb. dubiis*) dans cette formule : *acta intelligenda sunt polius ut valeant quam ut pereant*, et reproduit par le Code civil, en matière de conventions, dans l'art. 1157. L'application de cette règle en notre matière s'impose d'autant plus que la violation de la prohibition des substitutions emporte la nullité, non seulement de la seconde libéralité, mais de la première aussi, et qu'on ne peut présumer chez le donateur ou le testateur la volonté de faire une disposition absolument nulle en violant la loi. Aussi tous les auteurs, depuis la promulgation du Code civil, sont-ils unanimes sur ce point. — Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéicomm.*, sect. 8; Toullier, t. 5, n. 430; Rolland de Villargues, n. 122; Saintespès-Lescot, *Donat. et testam.*, t. 1, n. 71; Marcadé, sur l'art. 896, n. 8; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 39 et s.; Duranton, t. 8, n. 42; Troplong, t. 1, n. 117; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 189, § 466, note 1; Zachariæ, § 693, note 5; Demolombe, t. 18, n. 161; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 317, note 43; Laurent, t. 14, n. 488; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 657; Huc, t. 6, n. 34; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3177; Planiol, t. 3, n. 3296 et s.; Boissard, p. 251; Paradan, *Rev. crit.*, 1872-73, p. 577 et s.; Lamache, *Rev. not.*, 1893, p. 174.

590. — En d'autres termes, les conjectures ou présomptions ne doivent plus être reçues pour établir une substitution qui ne résulterait pas clairement de l'acte qu'on prétend la contenir. S'il en était autrement dans le droit romain et sous notre ancienne législation, c'est qu'on voulait favoriser la volonté du disposant. Aujourd'hui, au contraire, reconnaître une substitution, c'est aller à l'encontre de l'intention du disposant, puisqu'on tend par là à l'annulation de la disposition. — Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéicomm.*, § 14; Rolland de Villargues, n. 120; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substit. prohibée*, ch. 1, sect. 4, n. 2; Toullier, t. 5, p. 25 et s.; Duranton, t. 8, n. 70; Coin-Delisle, sur l'art. 896, art. 35 et 36; Troplong, t. 1, n. 116 et 187; Saintespès-Lescot, t. 1, n. 82; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 183, § 465 et note 5; Marcadé, sur l'art. 896, n. 7.

591. — La jurisprudence applique le même principe. Décidé que lorsqu'il y aura obscurité dans la clause qu'on attaque comme contenant une substitution, on devra choisir le sens qui tend à la faire valoir plutôt que celui qui tend à l'annuler. — Cass., 21 janv. 1812, Helser, [S. et P. chr.]; — 7 déc. 1826, Pinatel, [S. et P. chr.]; — 5 juill. 1832, Duval, [S. 32.1.430, P. chr.]; — 23 juill. 1834, de Gallard, [S. 34.1.577, P. chr.]

592. — ... Que lorsqu'une clause peut être entendue aussi bien dans le sens d'une substitution vulgaire que dans le sens d'une substitution fidéicommissaire, c'est le premier sens qui doit être adopté. — Cass., 24 mars 1829, Bercher, [S. et P. chr.] — Toulouse, 4 juill. 1840, Beux, [P. 40.2.338]

593. — ... Que, quand on peut admettre que le testateur a supposé que la mort de l'institué arriverait avant qu'il eût recueilli, il faut décider que le substitué n'a été appelé que comme substitué vulgaire, et maintenir la disposition principale, quoique la substitution ne produise pas son effet si l'institué recueille. — Cass., 11 juin 1817, Maslieurat, [S. et P. chr.]; — 10 janv. 1821, Marret, [S. et P. chr.] — Caen, 11 août 1825, Manchon, [S. et P. chr.] — Orléans, 10 févr. 1830, Millereau, [S. et P. chr.]

594. — ... Que lorsqu'une clause testamentaire présente du doute sur le point de savoir si elle constitue une substitution prohibée, ou si elle ne renferme qu'un legs ordinaire, c'est en ce dernier sens qu'elle doit être interprétée. — Cass., 11 juin 1860, Boislambert, [S. 60.1.731, P. 61.45, D. 60.1.447]; — 14 juin 1865, De Larret, [S. 66.1.59, P. 66.144, D. 65.1.437]

595. — Ainsi jugé à l'égard d'une double libéralité testamentaire faite à la sœur et aux neveux de l'institué, la disposition devant, d'après les circonstances de la cause, être considérée comme renfermant une institution d'usufruit pour la sœur, et de nue propriété pour les neveux. — Bastia, 20 mai 1850, Orsini, [P. 51.1.339, D. 50.2.134] — Dans le même sens, Rennes, 12 mars 1866, Desbouillons (motifs), [S. 67.2.118, P. 67.553, D. 67. 2.118]

596. — Jugé de même qu'en cas d'ambiguïté dans les expressions employées par le testateur, le doute doit s'interpréter en faveur de la validité du testament. — Cass., 16 mars 1875, Hérit. Bodin, [S. 75.1.150, P. 75.362, D. 75.1.483]; — 26 avr. 1875, Lebon de Nonac, [S. 75.1.415, P. 75.1046, D. 75.1.485]; — 7 janv. 1889, précité; — 6 févr. 1889, précité; — 10 févr. 1891, Panay, [S. 91.1.105, P. 91.1.254, D. 91.1.294]; — 2 févr. 1892, précité; — 8 nov. 1892, Leandri, [S. et P. 94.1.500, D. 93.1.92]; — 20 déc. 1892, précité; — 10 nov. 1896, Gueulette, [S. et P. 97.1. 321, D. 99.1.209]; — Riom, 30 mai 1881, Mallet, [S. 82.2.56, P. 82.1.328, D. 82.2.4] — Dijon, 19 mars 1886, sous Cass., 7 janv. 1889, précité. — Besançon, 18 nov. 1896, Morel, [S. et P. 97.2.32, D. 97.2.395] — Limoges, 28 avr. 1899, Goupil, [S. et P. 99.2.266]

597. — Seulement cette règle d'interprétation de l'art. 1157 n'est que subsidiaire, elle recevra application uniquement quand, malgré tous leurs efforts et leurs recherches, les juges du fait ne sont pas parvenus à fixer les intentions du disposant. Une tendance s'était manifestée autrefois que la jurisprudence et les auteurs condamnent aujourd'hui : elle consistait, plus dans les termes qu'au fond même, il est vrai, à soutenir, avec Toullier (t. 5, n. 44), qu'en général, il n'y a substitution fidéicommissaire ou prohibée, dans le sens de l'art. 896, C. civ., qu'autant que la disposition ne peut être interprétée d'aucune autre manière; cela revenait à dire que la volonté de substituer devait être expresse. La Cour suprême a employé elle-même de semblables formules et jugé que dans une clause attaquée comme renfermant une substitution prohibée, si l'obligation de conserver et de rendre n'est pas littéralement exprimée, le doute doit s'interpréter en faveur de la disposition. — Cass., 5 juill. 1832, précité; — 23 juill. 1834, précité.

598. — ... Que « s'il est possible de donner, par voie d'interprétation, à une substitution le caractère de simple substitution vulgaire, le testament qui la contient doit être maintenu ». — Paris, 15 mars 1844, Haussmann, [P. 44.1.553] — Nous retrouverons un exemple de cette tendance dans deux arrêts plus récents et déjà cités. — Cass., 18 juin 1873, Pollet, [S. 74. 1.5, P. 74.5, D. 73.1.283]; — 2 juin 1875, Pollet, [S. 77.1.102, P. 77.250, D. 76.1.494]

599. — Mais elle est certainement exagérée, car elle consacrerait le système des validations forcées. En réalité, ce qu'il faut trouver avant tout, c'est la volonté du disposant, pour l'annuler si elle est contraire à la loi; or « s'il suffit qu'il soit possible d'interpréter l'acte en un sens qui ne contienne pas de substitution prohibée, il n'y aura plus de substitution prohibée; on trouvera toujours des doutes et on se prévaudra toujours de la maxime qu'en cas de doute il faut maintenir l'acte » (Laurent, t. 14, n. 489). Cette maxime n'est applicable que quand le doute ne peut être levé par l'examen et le rapprochement des diverses clauses de l'acte. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 317, note 44; Demolombe, t. 18, n. 169; Huc, t. 6, n. 34; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3177.

600. — Cette thèse se retrouve plus ou moins implicitement dans les arrêts qui proclament justement qu'avant tout, quand le sens d'une disposition testamentaire, arguée de nullité comme contenant une substitution prohibée, est incertain, c'est le droit et le devoir du juge de l'interpréter en recherchant la véritable intention du testateur, sauf à ne pas s'écarter des règles d'une saine interprétation, en déclarant que, dans le doute, ces règles commandent de préférer le sens qui doit donner effet à l'acte testamentaire, plutôt que celui qui devrait le faire annuler. — Cass., 20 avr. 1885, Désarbres, [S. 85.1.440, P. 85.1.1061, D. 86.1.9]

601. — La cour d'Alger a fait de cette règle une application qu'il est permis de trouver exagérée en décidant que dans une espèce où le testateur, après avoir institué sa femme légataire universelle en toute propriété, et en ajoutant qu'il lui donnait la jouissance pleine et entière de tous ses biens, disposait qu'au décès de la légataire universelle les immeubles faisant partie du legs et divers objets reviendraient à ses héritiers, entre lesquels ils seraient partagés dans des proportions déterminées, il y avait certainement substitution prohibée. De cette disposition, suivant elle, ressort l'intention chez le testateur, non de faire à sa femme un simple legs d'usufruit, mais de faire une double institution en pleine propriété, l'une au profit de sa femme, l'autre au profit des héritiers appelés à recueillir le legs au décès de celle-ci, en telle sorte qu'on y rencontre la charge de conserver et de rendre et l'ordre successif. — Alger, 2 févr. 1900, Gauch, [S. et P. 1901.2.33, D. 1901.2.445] — Or, en face du testament tel qu'il était conçu, deux alternatives se posaient : ou bien le testateur n'avait entendu soumettre à aucune condition de survie

le droit qu'il réservait à ses héritiers, ou bien il avait entendu ne leur réserver un droit sur ses immeubles qu'autant qu'ils survivraient à sa veuve. Admettait on la première, l'art. 896 devenait inapplicable puisque le droit des prétendus appelés n'avait alors rien d'éventuel. Le testament, par lequel le testateur affirmait son intention de laisser à sa veuve la jouissance pleine et entière de ses biens, s'interprétait alors en une disposition universelle d'usufruit faite au profit de la veuve du testateur, avec réserve de la nue propriété des immeubles au profit des héritiers naturels du testateur. La cour a pensé qu'une semblable interprétation serait abusive, parce qu'elle ne tiendrait pas compte des termes du testament, qui léguait à la veuve la propriété et non pas seulement l'usufruit des immeubles. Mais c'est supposer que le testateur s'est exactement rendu compte du sens juridique du mot propriété, et la supposition ne paraît rien moins que gratuite, alors que, pour expliquer la portée de la disposition universelle qu'il vient de faire au profit de sa veuve, le testateur déclare qu'il entend lui donner la *jouissance* pleine et entière de tous ses biens. Le doute était donc permis et le juge eût pu interpréter l'acte *potius ut valeat.* Avec la seconde interprétation, le caractère éventuel de la disposition faite au profit des héritiers du testateur n'impliquait nullement que cette disposition dût constituer une substitution prohibée. Il en résultait uniquement ceci, c'est que, dans un testament contenant un legs universel au profit de sa femme, le testateur avait, relativement à certains biens, inséré un droit de retour au profit de ses héritiers. Or, si l'art. 951, C. civ., interdit une pareille stipulation en matière de donations entre-vifs, d'une part ce n'est pas certainement par application de l'art. 896, et, d'autre part, il n'existe pas de prohibition analogue pour les legs. C'est seulement en vertu de l'art. 896 et à la condition d'y rencontrer les éléments essentiels de la substitution prohibée qu'on pourrait annuler un legs auquel le testateur aurait ajouté la stipulation d'un droit de retour au profit de ses héritiers. Or le legs avec clause de retour au profit des héritiers du testateur peut s'analyser en une disposition faite au profit du légataire sous condition résolutoire de survie des héritiers, et en une disposition faite au profit des héritiers sous la condition suspensive de leur survie au légataire. En pareil cas, la condition s'accomplissant, le jeu de la rétroactivité des conditions fait disparaître et efface la propriété du légataire institué sous condition résolutoire (la femme dans notre espèce), et, par suite, le second institué (dans notre espèce les héritiers) succède directement au testateur, le premier institué étant censé n'avoir jamais été propriétaire.

602. — La décision des juges du fond étant intervenue, quel est au juste le droit de la Cour suprême au point de vue de l'exercice de son droit de contrôle? Il faut distinguer : en effet, toute question de substitution présente une question de droit aussi bien qu'une question de fait à examiner. Il y a question de droit lorsque les dispositions soumises au jugement des magistrats ayant tel caractère reconnu, il s'agit de décider si ces caractères constants sont ou non suffisants pour donner lieu à une substitution. Si donc, après avoir reconnu les faits existants, les juges déclarent qu'ils ne sont pas de nature à former une substitution prohibée, ils se livrent évidemment à une interprétation de la loi ; interprétation que la Cour de cassation pourra censurer comme toute autre interprétation de la loi. Au contraire, si les juges se bornent à constater ou non l'existence des dispositions, d'où on prétend faire résulter la substitution prohibée, sans en tirer la conséquence que ces dispositions rentrent sous l'application de l'art. 896, C. civ., ils n'auront décidé qu'un point de fait rentrant souverainement dans leur domaine, et la Cour suprême ne pourra pas casser leur jugement. — Rolland de Villargues, *Des subst.*, n. 109 et s., *Rép. not.*, v° *Substitutions*, n. 112 et s.; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 322, notes 57 et s.; Demolombe, t. 18, n. 171 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3176.

603. — Donc les jugements rendus en matière de substitutions sont susceptibles d'être contrôlés par la Cour suprême investie du droit d'apprécier dans leur ensemble les clauses de l'acte. — Cass., 23 juill. 1834, de Gallard, [S. 34.1.577, P. chr.]; — 20 janv. 1852, Diernat, [S. 52.1.169, P. 54.2.200, D. 52.1.48]; — 30 avr. 1855, Lezé, [S. 56.1.607, P. 57.623, D. 55.1.207]

604. — Spécialement, la Cour de cassation, saisie du pourvoi dirigé contre l'arrêt qui, par une fausse interprétation d'un testament, a reconnu le caractère de substitutions vulgaires à des substitutions qui, en réalité, étaient fidéicommissaires, est investie du droit de maintenir ce testament en se fondant sur ce que l'une de ses clauses finales a mis à néant les substitutions prohibées précédemment écrites, alors même que cette clause n'aurait été l'objet d'aucun examen de la part des juges du fait. — Cass., 5 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.1.72, P. 66.165, D. 66.1.36]

605. — « Si donc, en interprétant, par appréciation de l'intention du disposant, les clauses d'une disposition, *qui était en réalité susceptible de se prendre dans deux sens différents*, un tribunal avait déclaré que la disposition renferme, non une substitution fidéicommissaire, mais toute autre disposition autorisée par la loi, l'interprétation adoptée par les juges du fond échapperait à la censure de la Cour de cassation. Il en serait de même dans l'hypothèse inverse » (Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 322). Telle est bien en effet la jurisprudence de la Cour suprême. — Cass., 17 mess. an XI, Jouve, [S. et P. chr.]; — 3 août 1814, Lassus, [S. et P. chr.]; — 17 août 1824, Delabrosse, [S. et P. chr.]; — 23 juill. 1834, précité; — 30 déc. 1835, de [illegible], [S. et P. chr.]; — 5 déc. 1838, Mat, [S. 39.1.321, P. 39.1.51]; — 22 janv. 1839, Paulhiac, [S. 39.1.193, P. 39.1.82]; — 8 avr. 1872, Aviat, [S. 72.1.172, P. 72.401, D. 73.1.69]

606. — Il a été décidé, spécialement, qu'une cour d'appel a pu décider, sans qu'il en résultât une ouverture à cassation, que la disposition testamentaire portant que les institués ne pourront vendre ni aliéner les biens légués, et qu'ils seront forcés de les laisser à leurs enfants ou à leurs héritiers, peut être interprétée, soit d'après l'acception ordinaire du mot héritiers, soit d'après les autres passages du testament, comme ne renfermant qu'une substitution aux premier et deuxième degrés permise par la loi du 17 mai 1826. — Cass., 5 févr. 1835, Leharivel, [S. 35.1.87, P. chr.]

607. — ... Que l'arrêt qui reconnaît une substitution vulgaire par une interprétation qui n'est pas démentie par les termes du testament, n'excède pas les limites du pouvoir d'appréciation qui appartient aux juges du fond, et ne saurait, dès lors, être révisé par la Cour de cassation. — Cass., 14 juin 1876, Duhem, [S. 77.1.18, P. 77.27, D. 78.1.341]

608. — ... Que les juges du fait n'outrepassent pas leurs pouvoirs en donnant d'un testament une interprétation nécessaire pour l'application d'une clause obscure et ambiguë en elle-même, considérée isolément, et fondée sur une appréciation souveraine d'intention, lorsque d'ailleurs cette interprétation n'a rien de contraire aux termes du testament. — Cass., 10 févr. 1891, Panay, [S. 91.1.105, P. 91.1.254, D. 91.1.294]; — 27 juin 1894, Marion, [S. et P. 98.1.501, D. 95.1.204] — V. aussi Cass., 1er juill. 1891, De Beauvau-Craon, [S. 91.1.337, P. 91.1.802, D. 92.1.145]; — 18 janv. 1893, Authouard, [S. et P. 94.1.502, D. 93.1.575]; — 12 févr. 1896, Assoc. amicale des anciens élèves de l'Ecole normale, [S. et P. 96.1.305, D. 96.1.545]

609. — ... Qu'en présence d'une disposition testamentaire, par laquelle le testateur, après avoir légué à un mineur une certaine somme, déclare, « d'une part, qu'il entend que cette somme soit placée au nom de ce mineur par les soins d'un tiers, auquel il donne droit aux intérêts à provenir de ce placement jusqu'à la majorité du légataire, qui n'aura la propriété et la jouissance de la somme qu'à cette époque, et qu'il devra élever et soigner jusque-là, et que, d'autre part, le capital légué reviendra lui-même à ce tiers, si le mineur décède avant ce dernier, et en état de minorité », les juges du fait ne font qu'user de leur pouvoir légitime d'interprétation, en décidant que le testateur a subordonné le legs par lui fait au mineur à la condition qu'il atteindrait sa majorité, et que, dans le cas où il mourrait avant sa majorité, le capital légué appartiendrait au tiers. — Cass., 20 déc. 1892, Delavault, [S. et P. 94.1.501, D. 93.1.117] — En effet, la disposition dont le sens est ainsi fixé ne saurait constituer une substitution prohibée : on n'y rencontre ni la double institution, le legs étant fait à deux personnes l'une à défaut de l'autre, ni un ordre successif puisqu'il n'y a là qu'une alternative, et la disposition n'implique nullement, pour le mineur, la charge de conserver et de rendre (Même arrêt). Peu importe que, pendant la minorité, le testateur ait attribué au tiers, pour les employer à l'éducation du mineur, les revenus de la somme léguée ; cette attribution ne saurait modifier le caractère de la disposition quant à la propriété du legs. — Même arrêt.

610. — Décidé de même qu'il appartient aux juges du fait appelés à se prononcer sur la nature des libéralités contenues dans un testament, et spécialement sur le point de savoir si ces libéralités décèlent une substitution prohibée, de combiner les

diverses dispositions du testament pour en dégager le sens et l'intention du testateur, à la condition de ne pas refaire le testament sous prétexte de l'interpréter. — Limoges, 28 avr. 1890, Goupil, [S. et P. 99.2.266] — V. *infrà*, v° *Testament*.

611. — En résumé donc le droit de contrôle de la Cour de cassation s'exerce sur les *appréciations des clauses* d'un acte que les juges ont faites et sur les *conséquences juridiques* qu'ils en ont tirées, mais jamais sur l'appréciation des *intentions* du testateur ou donateur. Ne sont-ce pas là absolument les règles adoptées pour l'interprétation des conventions et des dispositions testamentaires en général? Sans doute, les juges n'ont pas le droit de dénaturer une clause sous prétexte de l'interpréter, et s'ils le font, la Cour de cassation peut rectifier et restituer à la disposition son véritable caractère, soit d'après ses éléments constitutifs, soit d'après les termes de l'acte. Elle pourra, par exemple, casser un arrêt qui refuse d'annuler une substitution prohibée en interprétant un legs à charge de conserver et de rendre comme comprenant deux legs, l'un de nue propriété, l'autre d'usufruit, par une interprétation tout arbitraire et sans aucun fondement dans les termes employés par le testateur. — Cass., 7 janv. 1889, Chanut, [S. 91.1.461, P. 91.1.1121, D. 89.1.11] — Mais là encore ce n'est que l'application du droit commun, car de principe constant et essentiel, la Cour de cassation, en présence d'une interprétation judiciaire de conventions, peut déclarer que les clauses ainsi interprétées n'étaient nullement ambiguës et ont été dénaturées sous prétexte d'interprétation. Tout ce qu'il est possible d'admettre c'est qu'en *fait* dans la matière des substitutions, la Cour de cassation exerce un contrôle plus rigoureux sur les interprétations, à raison du caractère d'ordre public de la prohibition de l'art. 896, C. civ. — V. au surplus *suprà*, v° *Cassation* (mat. civ.), n. 4197 et s.

Section IV.

Sanction de la prohibition. — Nullité des dispositions.

612. — L'art. 896, § 2, annule la disposition tout entière qui comprend une substitution prohibée.

§ 1. *Étendue et nature de la nullité édictée.*

613. — Le texte même de l'article précité, déclarant la disposition nulle « même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire » prouve que le législateur entend bien frapper les deux libéralités à effet successif, qui caractérisent la substitution. Au contraire, de ce qu'avait fait la loi du 14 nov. 1792, qui annulait uniquement la charge de conserver et de rendre, le législateur de 1804 annule non seulement la libéralité faite à l'appelé, qui seule pourtant a un caractère illicite, mais aussi la libéralité faite au grevé, l'institution, le legs ou la donation fait en première ligne. Cette solution, qui a été contestée à l'origine, est désormais universellement admise. La doctrine considère l'art. 896, § 2, comme une disposition d'ordre public, dont les tribunaux ne peuvent se dispenser de faire l'application. — Duparc-Poullain, *Princ. de dr.*, t. 7, p. 99, et t. 9, p. 302; Toullier, t. 5, n. 13; Duranton, t. 8, n. 90; Rolland de Villargues, n. 311; Grenier, t. 1, n. 3; Delvincourt, t. 2, p. 99; Delaporte, *Pand. fr.*, t. 4, p. 13; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 1, § 14; Marcadé, sur l'art. 896, n. 6; Troplong, t. 1, n. 164; Vazeille, sur l'art. 896, n. 10; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 42; Saintespès-Lescot, t. 1, n. 61; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 465, note 25; Demolombe, t. 18, n. 173; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 323, note 61; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 363, 658; Laurent, t. 14, n. 506; Huc, t. 6, n. 27; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3181; Planiol, t. 3, n. 3286; Bertauld, t. 1, n. 454.

614. — Et de son côté, la jurisprudence décide depuis longtemps que, d'après l'art. 896, la nullité d'une substitution fidéicommissaire entraine la nullité de l'institution elle-même. — Cass., 18 janv. 1808, Roger, [S. et P. chr.]; — 7 nov. 1810, Vanderheyden, [S. et P. chr.] — Agen, 30 avr. 1806, Roger, [S. et P. chr.] — Bruxelles, 10 févr. 1809, Vanderheyden, [S. et P. chr.] — Rouen, 24 août 1812, Grégoire, [S. et P. chr.] — Rennes, 24 févr. 1813, Sotin, [S. et P. chr.] — Toulouse, 10 août 1820, Saint-Arroman, [S. et P. chr.]

615. — Jugé, en ce sens, d'une façon générale, qu'en cas de legs d'un immeuble fait pour que le légataire en jouisse, lui et ses descendants après sa mort, de sorte qu'il en soit le seul et unique héritier, lui et ses enfants après lui, de génération en génération, la disposition est nulle pour le tout et ne peut être déclarée valable jusqu'au deuxième degré inclusivement. — Cass., 29 janv. 1852, Diernat, [S. 52.1.169, P. 54.2.200, D. 52.1.48]

616. — ... Que la nullité, en pareil cas est si complète que le légataire peut être condamné à la restitution des fruits à dater de sa prise de possession, cette possession passagère, dont il a été investi en vertu d'un titre radicalement nul et faisant fraude à la loi, n'ayant pas le caractère de bonne foi de nature à lui conserver les fruits recueillis pendant son indue jouissance. — Cass., 30 nov. 1853, Vernet, [S. 54.1.27, P. 56.1.34, D. 54.1.402]

617. — Un seul arrêt a décidé d'une manière absolue, et sous l'empire du Code civil, que la nullité de la substitution n'entraine pas celle de l'institution. — Paris, 7 therm. an XII, Esteron, [S. et P. chr.]

618. — Mais, renforçant à nouveau la thèse qui seule respecte la règle légale, la Cour de cassation a fait découler de la nullité de la substitution celle de l'institution, bien que la substitution soit faite par un acte distinct de celui qui contient l'institution principale : par exemple, par un codicille annexé à un testament, si d'ailleurs des termes dont s'est servi le disposant, il résulte que le tout formait une seule et même disposition. — Cass., 21 juin 1841, Schwartz, [S. 41.1.603, P. 41.2.77] — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 319; Demolombe, t. 18, n. 177; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 323, note 62; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3190.

619. — Et elle a admis qu'une disposition testamentaire étant confirmée par un testament postérieur qui grève en même temps le legs confirmé d'une substitution prohibée, le tout pouvait être considéré, par interprétation de la volonté du testateur, comme indivisible et partant entaché de nullité. — Cass., 2 mars 1858, Lapie, [P. 58.1180, D. 58.1.308] — Il a été jugé de même que, lorsque le testateur, après avoir fait un legs pur et simple, l'a grevé d'une substitution fidéicommissaire par une clause écrite à la suite de son testament olographe et datée du même jour; ces deux dispositions se confondent, et que la nullité de la substitution entraine la nullité du legs. La clause de substitution, ainsi écrite à la suite du testament, signée et datée comme le testament lui-même, ne peut être considérée comme un codicille dont la nullité ne rejaillisse pas sur l'institution. — Bordeaux, 7 janv. 1841, Chapuzé, P. [41.1.545]

620. — En faveur de cette thèse appliquée d'une façon absolue, on a dit que les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'au décès du disposant, les deux dispositions sont considérées comme faites cumulativement, ou plutôt que la première est modifiée par la seconde. — Rolland de Villargues, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.* — Et l'on a conclu que la solution devrait être la même au cas où une donation entre-vifs ou une institution contractuelle serait faite simplement, et plus tard grevée d'une substitution qui serait la condition d'une nouvelle libéralité acceptée par le donataire (C. civ., art. 1052). — Rolland de Villargues, *loc. cit.*

621. — La jurisprudence, et avec plus de raison à nos yeux, tient compte des circonstances laissant aux juges un pouvoir de large appréciation des faits dans chaque espèce. Sans doute, la nullité d'une disposition peut résulter d'un testament postérieur qui la grève de substitution; mais encore faut-il pour cela que ledit testament forme avec la disposition primitive un tout indivisible. Tout se résume à savoir si, oui ou non, dans chaque espèce, cette indivisibilité existe et, comme elle résulte de l'intention du disposant, il appartient aux tribunaux de constater dans chaque espèce son existence ou de la dénier. — Laurent, t. 14, n. 512.

622. — Ainsi s'expliquent des arrêts qui semblent parfois aller à l'encontre de certains autres, sans qu'il y ait cependant contrariété entre eux sur les principes. Il a été jugé, par exemple, que la nullité d'une institution grevée de substitution ne fait pas obstacle à ce que l'héritier recueille la succession du testateur en vertu d'un testament antérieur par lequel il avait été institué son héritier pur et simple. — Caen, 7 janv. 1848, Cardet, [P. 50.1.97]

623. — La distinction par nous faite est mieux soulignée dans des arrêts postérieurs décidant... qu'un legs universel pur et simple doit être exécuté nonobstant l'existence d'un testament postérieur qui institue le même légataire en le grevant de substitution, sans d'ailleurs révoquer le premier testament, alors surtout que d'un troisième et dernier testament découle la

preuve de l'intention persistante chez le testateur de laisser sa fortune audit légataire. — Rouen, 6 janv. 1869, Lefebvre, [D. 71.2.248]

624. — ... Qu'une donation faite de tous ses biens par un mari à sa femme est valable, quoique confirmée ultérieurement par un testament qui la grève de substitution, si l'intention du testateur n'a pas été de la remplacer par l'institution infectée de substitution, ni de considérer la charge de rendre comme une condition essentielle de sa première disposition. — Aix, 27 juin 1881, Crouzeix, [S. 84.2.173, P. 84.1.898, D. 82.2.5]

625. — Au contraire, les dernières volontés d'un testateur étant consignées dans deux actes destinés, dans son intention, à être combinés pour n'en former qu'un seul, l'existence d'une substitution prohibée dans le premier suffit à vicier le second. — Cass., 2 févr. 1892, Crépy, [S. et P. 92.1.341, D. 92.1.506]

626. — La règle rigoureuse de l'art. 896 est une innovation du Code civil où d'ailleurs elle cadre assez mal avec la disposition de l'art. 900 qui répute non écrites les conditions impossibles et illicites dans les actes à titre gratuit et dont l'application ici eût fait valider l'institution, seule la substitution étant anéantie. Pour la justifier, on invoque en général deux motifs particuliers aux substitutions : 1° la loi a voulu assurer l'observation d'une prohibition que la pratique supporterait avec peine et contre laquelle on lutterait opiniâtrément. Elle a voulu, dit Coin-Delisle, « couper les substitutions par la racine » et annuler la première libéralité qui, isolée, serait valable, dans la crainte que, par scrupule de conscience, celui qui l'a reçue se conforme aux intentions du disposant; 2° il y a une sorte d'indivisibilité entre les deux parties de la disposition : si on eût annulé la substitution seulement, on eût donné à l'institution une plus grande portée que celle voulue par le disposant. Bien mieux, en présence d'une substitution, il est impossible de dire laquelle des deux dispositions est la principale ou l'accessoire, à laquelle des deux leur auteur attachait le plus d'importance : il y a deux dispositions principales et inséparables; on pourrait même considérer celle faite en premier ordre comme la charge de la seconde.

627. — Ainsi parlent tous les auteurs précités, à l'exception de M. Huc (*loc. cit.*), qui appuie la solution de l'art. 896 sur un principe juridique général. D'après lui, toute charge ou condition illicite doit entraîner l'annulation absolue de la disposition qui la contient. Cette règle, appliquée aux contrats à titre onéreux par l'art. 1172, C. civ., est suivie, en matière d'actes à titre gratuit, tant par les art. 943-946 que par l'art. 896 et, en réalité, en effet, il n'y a aucune bonne raison de distinguer. C'est donc l'art. 900 qui constitue une exception, d'ailleurs très-discutable et motivée par des considérations d'ordre tout politique.

628. — Un auteur, au contraire, conteste la valeur de tous ces arguments. Faisant remarquer qu'en fait les substitutions produisent les mêmes effets que les dispositions conditionnelles dont il est parfois difficile de les distinguer, il demande au législateur de l'avenir d'assimiler les deux classes de libéralités, en prohibant seulement les substitutions adressées à des personnes non encore conçues lors de l'ouverture du droit. — Mémin, n. 41.

629. — La jurisprudence, nous l'avons vu, a une tendance marquée en ce sens. Sans aller jusque-là, il est incontestable que le motif tiré du désir de prévenir tout retour aux institutions de l'ancien régime a perdu aujourd'hui de sa force. Le second argument invoqué est certes plus sérieux. Toutefois, c'est l'annulation totale de la disposition résultant de l'art. 896 qui fait naître la question de savoir lequel des deux bénéficiaires successifs est préféré par le législateur. Si la nullité frappait seulement la substitution, très-évidemment le disposant saurait que sa première libéralité aurait toujours effet, quoi qu'il arrivât, et ne la ferait qu'à bon escient. S'il tenait à lier les deux indivisiblement, il soulignerait cette intention et les tribunaux seraient libres alors d'annuler le tout, la substitution étant la cause impulsive et déterminante ou du moins essentielle de la libéralité faite au grevé. Telle est la solution adoptée par diverses législations étrangères qui, par ailleurs, se rapprochent de la nôtre, du Code civil italien notamment.

630. — La prohibition de l'art. 896 est générale, et il n'est pas permis d'en restreindre arbitrairement la portée. Il y aura donc nullité de l'institution, lors même qu'il s'agirait d'une substitution conditionnelle; car la condition ajoutée à la substitution n'en change pas la nature et laisse subsister la charge de conserver et de rendre à la mort du grevé, caractère essentiel de la substitution. — Toullier, t. 5, n. 37; Duranton, t. 8, n. 87; Rolland de Villargues, n. 313; Marcadé, sur l'art. 896, n. 5.

631. — Il suffira même qu'une disposition soit entachée pour la totalité d'une substitution nulle à l'égard de certains appelés seulement pour qu'elle tombe à l'égard de tous et aussi du grevé. Il en est ainsi, la substitution permise par l'art. 1049, C. civ., étant rigoureusement restreinte aux enfants de l'institué, si le testateur appelle d'autres personnes concurremment avec les enfants du grevé. — Cass., 27 juin 1811, Drion, [S. et P. chr.] — V. Cass., 9 juill. 1851, Philippon, [S. 51.1.605, P. 51.2.478, D. 51.1.187]

632. — ... Et si une substitution est faite tant en faveur des enfants légitimes du grevé qu'en faveur de ses enfants naturels, puisqu'elle est nulle vis-à-vis de ceux-ci. — Caen, 2 déc. 1847, Soynard, [S. 49.2.193, P. 48.1.546, D. 49.1.85] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 5, § 2, n. 4; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Substit.*, ch. 8, sect. 2, § 1, n. 13; Duranton, t. 8, n. 31, et t. 9, n. 524 et 531; Vazeille, *Donat.*, sur l'art. 1048, n. 5; Coin-Delisle, *ibid.*, n. 16. — *Contrà*, Toullier, t. 5, n. 729 et s.

633. — Jugé de même qu'une disposition testamentaire est nulle qui contient à la fois une substitution permise au profit des enfants d'un frère et une substitution prohibée à l'égard d'un tiers. L'ordre public veut que la dévolution d'une succession soit fixée dès le jour de son ouverture, et l'incertitude qui se manifeste dans l'espèce sur le sort des deux substitutions au jour du décès du *de cujus* suffit à entraîner la nullité de la disposition tout entière. — Pau, 10 août 1891, Poyo, [D. 92.2.559]

634. — Mais ce que la loi annule, c'est uniquement la disposition grevée de substitution et non pas l'acte tout entier dans lequel figurerait, à côté d'autres tout à fait régulières, une disposition de ce genre. Sans doute il pourra y avoir des difficultés d'application en pratique. Dans certaines hypothèses, il y aura lieu de se demander si l'on se trouve en présence d'une disposition unique et indivisible, partant infectée pour le tout par la substitution, ou au contraire de dispositions distinctes et indépendantes parmi lesquelles seules seront frappées de nullité celles qui seront entachées de substitution. Mais sur le principe lui-même, auteurs et arrêts sont unanimement d'accord : *utile per inutile non vitiatur.*

635. — Soit donc un testament contenant plusieurs legs particuliers, dans lequel, au mépris de la défense portée par l'art. 896, C. civ., une libéralité est grevée de substitution, la substitution annule bien la libéralité qui en est grevée, mais la nullité ne s'étend point aux autres dispositions du testament, non grevées de substitutions. — Rouen, 24 août 1810, Grégoire, [P. chr.] — Agen, 13 déc. 1811, Fabre, [P. chr.] — Rouen, 24 août 1812, Priet, [S. et P. chr.] — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 319; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 1, § 14, n. 3, et sect. 5, § 2, n. 4; Toullier, t. 5, n. 14; Duranton, t. 8, n. 88; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 43; Vazeille, sur l'art. 896, n. 12; Poujol, sur l'art. 896, n. 33; Troplong, t. 1, n. 164; Marcadé, sur l'art. 896, n. 8; Saintespès-Lescot, *Donat. et test.*, t. 1, n. 62; Demolombe, t. 18, n. 178 et s.; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 323; Laurent, t. 14, n. 511; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 465, note 26; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 688; Huc, t. 6, n. 27; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3187.

636. — Jugé de même que, si le même acte contient deux substitutions distinctes, l'une au profit des enfants nés ou à naître, l'autre au profit des enfants actuellement existants, la nullité de la seconde n'entraîne pas la nullité de la première. — Bruxelles, 14 juill. 1808, Drion, [S. et P. chr.]

637. — ... Que, dans un testament contenant deux dispositions au profit de la même personne, dont l'un présente les caractères d'une substitution prohibée et l'autre un simple legs d'usufruit portant sur les mêmes biens, la nullité de la substitution n'entraîne pas la nullité du legs d'usufruit. — Turin, 29 déc. 1810, Barra, [S. et P. chr.]

638. — ... Que la nullité dont est frappée l'une des clauses d'un acte à cause d'une substitution fidéicommissaire qui s'y trouve insérée ne s'étend point aux autres dispositions du même acte qui en sont tout à fait distinctes. — Caen, 2 déc. 1847, précité. — Besançon, 21 nov. 1877, [*Rec. arr. de Besançon*, 1877, p. 35]

639. — Dans le même ordre d'idées, Rolland de Villargues (n. 265), fait remarquer justement que la disposition par laquelle

le testateur charge le légataire de disposer d'une certaine somme pour laquelle il lui aurait fait connaître ses intentions secrètes, est nulle quant à ses dispositions secrètes, mais valable quant au legs principal.

640. — De même, et certainement encore, la nullité de l'institution grevée de substitution n'emporte point nullité d'un legs particulier mis à la charge de l'institué : le legs doit être acquitté par celui qui recueille la succession, à défaut de l'institué. — Angers, 7 mars 1822, Hunaut, [S. et P. chr.] — *Sic*, Rolland de Villargues, *Traité des substitutions prohibées*, n. 319; Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*; Toullier, t. 5, n. 14; Duranton, t. 8, n. 88 et s.; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 43; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 323, note 63.

641. — La nullité du legs entaché de substitution laisse subsister les autres dispositions du testament, d'ailleurs régulier dans la forme, et spécialement la clause révocatoire des testaments antérieurs, même faits en faveur du même légataire. Vainement dirait-on que le testateur a entendu subordonner la révocation au maintien de ses nouvelles dispositions, si rien ne vient dans le dernier testament prouver son intention d'en restreindre ainsi les effets. — Chambéry, 2 janv. 1874, Rosa, [S. 74.2.55, P. 74.327]

642. — Telle avait déjà été la décision de la Cour suprême dans une espèce analogue, avec cette seule différence que les précédents testaments ne disposaient pas au profit du même légataire. — Cass., 23 juill. 1867, Duboscq, [S. 67.1.379, P. 67.1042, D. 67.1.329]

643. — Il en serait autrement cependant, si, dans un testament contenant une institution frappée de nullité, se trouvaient des clauses simples conséquences de cette institution. Il faudrait appliquer la règle : *accessorium sequitur principale* (Laurent, t. 14, n. 511). Ainsi a été déclarée nulle comme participant du caractère de la substitution la clause d'un testament ordonnant le prélèvement sur la masse héréditaire des frais de l'instance éventuelle à soutenir pour défendre une substitution y insérée. Partant, la partie qui succombe en pareille instance devra supporter personnellement les frais. — Metz, 7 juill. 1869, Clesse, [D. 69.2.226]

644. — Faut-il encore soutenir la même thèse quand la charge de conserver et de rendre n'est imposée que pour une partie des objets donnés ou légués et valider dès lors la donation ou le legs pour le surplus ? Sauf le cas où il est établi par les circonstances de l'espèce que le disposant a entendu subordonner l'efficacité de la disposition tout entière à l'exécution de la charge partielle, la doctrine se prononce presqu'unanimement pour l'affirmative : « Reconnaître que la substitution n'est que partielle, c'est-à-dire qu'elle n'affecte qu'une partie de la disposition principale, n'est-ce pas reconnaître que, pour la partie qui n'en est pas affectée, la disposition principale doit être considérée comme pure, simple et maintenue ? On ne contesterait pas sans doute que, si j'avais légué à Primus ma maison d'abord, avec charge de restitution au profit de Secundus, et puis ensuite, dans un testament postérieur, ou même dans une phrase détachée du même testament, ma ferme sans aucune charge de restitution, le legs de ma ferme ne serait pas atteint par la nullité qui ferait tomber le legs de la maison; or, en raison et en bonne foi, quelle différence y a-t-il entre les deux hypothèses? » — Demolombe, t. 18, n. 179. — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 321; Toullier, t. 5, n. 14; Merlin, *Rép.*, v° *Substitution fidéic.*, sect. 1, § 14, n. 3; Grenier, *Donation*, t. 1, p. 112; Duranton, t. 8, n. 88, 91; Troplong, t. 1, n. 165, 166; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 323, note 64; Laurent, t. 14, n. 507 et s.; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3188; Planiol, t. 3, n. 3289. — *Contrà*, cep. Marcadé, sur l'art. 896, n. 8; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 44; Huc, t. 6, n. 27. — D'après ces auteurs, il ne saurait être permis de décomposer en deux parties, l'une pure et simple, l'autre entachée de substitution, une disposition dont le caractère saillant est l'unité et dont le sort total était peut-être, dans la pensée de son auteur, subordonné à l'accomplissement de la condition de substitution apposée à partie de son objet. L'annulation ne devrait être partielle que s'il était bien prouvé que le disposant a consenti à la division de sa disposition, de manière à permettre le maintien partiel au moins de l'institution; sauf preuve d'une intention contraire, il faudrait présumer l'indivisibilité de la disposition.

645. — Cette opinion est demeurée isolée et du principe admis généralement on a conclu en particulier que le legs par préciput, laissé à l'un des héritiers, ne serait pas annulé par cela qu'on aurait mis une substitution prohibée à la charge de cet héritier légataire, mais en sa qualité d'héritier. — Rolland de Villargues, n. 322.

646. — La jurisprudence semble bien, dans son ensemble, adopter la même solution que la majorité des auteurs. Seulement les circonstances de fait spéciales à chaque espèce peuvent faire varier les arrêts et jeter dès lors quelqu'incertitude apparente sur l'opinion des juges. Il a été décidé que l'art. 896, C. civ., ne s'étend qu'aux objets pour lesquels il y a substitution; que si l'institution embrasse des objets non substitués et des objets substitués, elle a effet quant aux objets non substitués. — Cass., 27 juin 1811, Drion, [S. et P. chr.]; — 3 août 1814, Lassus, [S. et P. chr.] — Paris, 26 janv. 1808, Lamiraux, [S. et P. chr.]

647. — ... Que le legs universel fait sous la charge de conserver et de rendre un bien particulier, constitutive d'une substitution prohibée, est nul dans la mesure de cette substitution. — Cass., 6 janv. 1863, Labbey, [S. 63.1.233, P. 63.225, D. 63.1.43]; — 16 mars 1874, Amiot, [S. 74.1.299, P. 74.771, D. 74.1.354]; — 10 févr. 1891, Panay, [S. 91.1.105, P. 91.1.254, D. 91.1.294] — Rouen, 25 juin 1863, De Reverony, [S. 64.2.16, P. 64.316, D. 64.2.219] — Poitiers, 22 avr. 1891, [J. *La Loi*, 26 et 27 avr. 1891]

648. — ... Que la charge de conserver et de rendre entraîne la nullité de l'institution seulement en ce qui concerne les biens auxquels cette clause s'applique. Spécialement, que lorsque le testateur n'impose au légataire universel la charge de conserver et de rendre que « les maisons et propriétés », c'est-à-dire les immeubles, le testament doit produire effet en ce qui concerne les meubles, à l'égard desquels il n'existe aucune charge de ce genre. — Cass., 27 juin 1894, Marion, [S. et P. 98.1.501, D. 95.1.204]

649. — ... Qu'il importe peu que la condition soit attachée à un legs particulier fait au profit du légataire universel. — Cass., 16 mars 1874, précité.

650. — ... Ou soit imposée au legs universel tout entier. — Cass., 27 juin 1894, précité. — Elle n'en est pas moins divisible quant à ses effets.

651. — Mais il y a toujours une question d'intention dans les actes de dernière volonté et la substitution même partielle doit entraîner la nullité de l'institution tout entière, lorsque, par la volonté du testateur ou la nature des conditions auxquelles elle est soumise, l'institution ne forme avec la substitution qu'un tout indivisible, quand, en d'autres termes, la substitution a été envisagée par le testateur comme une condition à l'accomplissement de laquelle il subordonnait l'institution. — Laurent, t. 14, n. 508; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3189.

652. — Si donc il est vrai que la substitution prohibée, qui ne grève qu'en partie la disposition principale n'en entraîne la nullité que dans la proportion dans laquelle elle l'affecte, ce n'est qu'autant que pour le surplus, cette disposition s'en dégage nettement et ne doit sous aucun rapport en subir l'influence. Mais il en est autrement, et la substitution vicie la disposition dans son ensemble, lorsque par la volonté du testateur ou par la nature des conditions auxquelles elle est soumise, elle réagit sur cette disposition pour le tout, de telle sorte que la disposition principale ne forme dans ses rapports avec la substitution, qu'un tout indivisible. — Cass., 4 déc. 1865, De Lagrèze, [S. 66.1.70, P. 66.1162, D. 66.1.38]

653. — Et par là s'explique un arrêt dont, à première vue, les termes paraissent bien absolus et contraires à notre thèse. En admettant, a dit la chambre des requêtes en présence d'un legs unique, fait avec une substitution prohibée, de valeurs mobilières et d'immeubles, « qu'à défaut d'emploi prescrit pour en assurer la représentation au décès du grevé, la substitution des valeurs mobilières doive être considérée seulement comme une substitution *de eo quod supererit*, échappant aux prohibitions de la loi, ce principe ne trouverait pas son application dans la cause, l'institution... résultant d'une disposition unique qui comprend dans sa généralité tous les biens légués, quelle qu'en soit la nature; qu'une pareille disposition, soumise dans toutes ses parties à la même condition, ne peut être scindée et qu'on ne saurait, sans méconnaître la volonté de la testatrice, la maintenir en tant qu'elle porte sur des valeurs mobilières et l'annuler uniquement en tant qu'elle a pour objet des immeubles : que l'art. 896, absolu dans ses termes, ne permet pas de supposer qu'en cas de substitution partielle, il ait entendu restreindre les effets de la nullité qu'il édicte contre la disposition principale aux biens substitués

qu'elle comprend ; que l'interpréter ainsi, ce serait énerver ses prescriptions inspirées par des considérations d'ordre public ». D'où la cour conclut que la substitution ayant pour objet des valeurs mobilières tombe sous le coup des prohibitions de la loi, lorsqu'elle résulte d'un legs qui comprend en même temps et par la même disposition des immeubles relativement auxquels il est entaché de substitution prohibée et que les effets de la nullité édictée par l'art. 896, C. civ., ne se restreignent point, en cas de substitution partielle, aux biens substitués que comprend la disposition principale. — Cass., 31 mai 1865, De Châteaurenard, [S. 65.1.353, P. 65.891, D. 65.1.438] — Agen, 9 août 1864, De Châteaurenard, [sous cet arrêt] — En réalité, dans l'espèce, c'était uniquement par suite d'un oubli du testateur que la substitution ne pouvait pas s'étendre à tous les biens légués, faute par lui d'avoir songé à prescrire un emploi pour assurer la conservation des valeurs mobilières. D'où les juges ont parfaitement pu se refuser à scinder l'acte inspiré par une intention unique, sans pour cela abandonner la règle d'après laquelle l'art. 896 limite la nullité à la disposition relative aux biens soumis à la charge de rendre.

654. — Un seul arrêt a posé en principe la nullité d'un legs universel parce qu'il était chargé d'un legs particulier grevé de substitution. — Caen, 21 juill. 1860, Tambaise, [D. 61.2.105] — Il s'est fondé, pour le soutenir, sur un motif, d'ailleurs condamné par la jurisprudence, que nous retrouverons plus loin. D'après lui, le légataire universel étant, par son titre même, appelé à recueillir tous les biens, doit profiter de la caducité et de la nullité des legs particuliers; d'où la substitution infectant le legs particulier devait réagir à son égard.

655. — Une question analogue se pose dans l'hypothèse d'un legs fait à deux personnes, soit en grevant de substitution la part de l'une d'elles seulement, soit en leur imposant à toutes les deux la charge de conserver et de rendre, mais dans des conditions régulières, en vertu des art. 1048 et s., C. civ., à l'égard de l'une d'elles seulement. Bien évidemment, si le legs est fait avec assignation de parts, la disposition vaudra pour la portion donnée purement et simplement et libre de toute charge. Mais faudra-t-il adopter la même solution si le legs est fait conjointement, ou soutenir au contraire que le vice résultant de la substitution s'étend à la disposition tout entière? C'est en ce dernier sens que s'est prononcée la jurisprudence. Il a été jugé qu'est nulle pour le tout, la disposition par laquelle un testateur lègue conjointement un immeuble à deux personnes, à la charge par ces deux légataires de rendre l'immeuble donné, le premier à ses enfants, le second à ses collatéraux : le vice résultant de la substitution partielle faite aux collatéraux, annule la substitution faite aux enfants de l'un des institués, quoique valable en elle-même. — Cass., 9 juill. 1851, Philippon, [S. 51.1.605, P. 51.2.478, D. 51.1.187]

656. — ... Et la disposition testamentaire faite indivisément au profit de deux personnes, quoique la substitution prohibée qui l'entache soit établie seulement sur la portion de l'un des institués, quand celui-ci n'est pas déterminé, la substitution étant subordonnée à une condition susceptible de se réaliser chez l'un ou l'autre des institués, et, dès lors, tous les deux étant jusqu'à son arrivée tenus de conserver et de rendre. — Cass., 4 déc. 1865, précité. — C'est parce que la condition du décès sans enfants avant une époque déterminée s'appliquait aux deux bénéficiaires en fait, que la charge de conserver et de rendre jusqu'à son accomplissement existait pour tous les deux. En conséquence, la disposition devait tomber tout entière, bien que la substitution fût mise à la charge de l'un d'eux seulement.

657. — La Cour de cassation a donné la même solution à l'égard de legs universels compris dans une disposition unique. Lorsque, a-t-elle dit, un legs universel grevé de substitution est fait conjointement à deux personnes par une disposition unique et sans assignation de parts, le vice de la disposition, bien que la substitution ne porte que sur les biens légués à l'un des légataires, se communique nécessairement aux deux légataires appelés l'un et l'autre éventuellement à recueillir l'hérédité tout entière par l'effet de leur institution universelle. Dès lors, le legs universel est nul pour le tout. — Cass., 7 mars 1876, Augiéras, [S. 77.1.17, P. 76.26, D. 76.1.198] — Bordeaux, 13 août 1873, Augiéras, Mêmes parties, [S. 74.2.55, P. 74.327, D. 74.2.129] — De ce qu'il y avait dans l'espèce unité de disposition et non assignation de parts, la chambre civile a conclu que tous les biens légués étaient soumis à la charge de conserver et de rendre, bien que la substitution fût imposée à un seul légataire. Elle a donc prononcé la nullité totale de la disposition, par un *a fortiori*, semble-t-il, de ce qu'elle décide à l'égard des legs particuliers conjoints, puisque pour les legs universels l'accroissement est de droit, chaque légataire étant appelé à l'universalité de la succession. Sa décision n'est peut-être pas à l'abri de toute critique. Evidemment, si, par suite du prédécès de son colégataire, celui qui était grevé de substitution se fût trouvé seul pour recueillir le legs au jour du décès du testateur, le legs eût été nul pour le tout. Mais cette éventualité du prédécès d'un des légataires entre l'époque de la confection du testament et le décès de son auteur, moment où ledit acte testamentaire opérait seulement, ne devait pas être prise en considération puisqu'elle ne s'était pas réalisée. Restait donc que la charge de conserver et de rendre pesait sur toute la succession depuis le décès jusqu'au jour du partage entre les deux légataires. Mais n'en eût-il pas été de même s'ils avaient été gratifiés avec assignation de parts? Ce qui a peut être décidé la cour, c'est qu'elle a considéré la disposition comme indivisible dans l'intention du disposant, parce que. faite conjointement, le légataire grevé de substitution étant écarté, l'autre devait recevoir la totalité des biens légués, et cela a paru contraire à la volonté du disposant.

658. — La prohibition de l'art. 896 est *absolue* et *d'ordre public*, et le même caractère s'attache à la nullité qui en est la sanction; elle affecte d'une façon identique et la libéralité adressée à l'appelé et celle faite au grevé quoique, isolée, celle-ci eût été parfaitement valable. Cette nullité a pour cause la nature de la prestation à fournir et qui est déclarée illicite par la loi. Par application des art. 1131 et 1133, C. civ., l'obligation d'accomplir une prestation illicite ne saurait produire aucun effet. A vrai dire, les dispositions faites au mépris de la règle de l'art. 896 sont plus qu'annulables, elles sont inexistantes ou du moins nulles d'une nullité absolue. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 327; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 867; Laurent, t. 14, n. 519; Huc, t. 6, n. 30; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3182; Planiol, t. 3, n. 3287. — *Contrà*, Bertauld, t. 1, n. 471, d'après lequel la nullité de l'art. 896 a « le caractère d'une pénalité d'intérêt privé, bien qu'elle soit la sanction d'une prohibition d'intérêt public ».

659. — *A*. Nombreuses sont les conséquences de cette thèse : 1° La substitution n'est pas susceptible d'être confirmée ou ratifiée, soit expressément, soit tacitement. La nullité en résultant ne serait notamment pas couverte par l'exécution volontaire que ferait de la disposition l'héritier de son auteur. Ce dernier était dans l'impossibilité légale de faire une substitution valable ; il en doit être de même de son héritier qui, même après exécution, pourrait agir en restitution des biens. Il faut remarquer toutefois que seule l'obligation de conserver et de rendre est entachée d'une nullité d'ordre public. Par suite, s'il n'est pas possible pour le grevé ou le substitué de valider la disposition en renonçant unilatéralement, en ce qui le concerne, avant ou après son ouverture, à en bénéficier, du moins une convention passée entre les intéressés majeurs et capables peut attribuer les biens définitivement soit au grevé, soit à l'appelé, l'héritier naturel renonçant à demander la nullité de la double disposition. Si c'est au grevé que les biens sont attribués, il pourra plus tard les faire passer à l'appelé; mais ce sera là de sa part, non la confirmation de la première disposition radicalement inefficace, mais une libéralité absolument nouvelle et indépendante. Or l'observation a son importance tant à l'égard des parties que vis-à-vis des tiers. En effet, les biens en ce cas seront aux mains du grevé, aliénables, saisissables, susceptibles d'hypothèques de tout genre; ils n'en pourront sortir au profit de l'appelé que dans les formes admises par la loi pour les libéralités entre-vifs ou testamentaires et leur montant sera imputable sur la quotité disponible dudit grevé, non sur celle de l'auteur primitif de la disposition. En résumé les parties peuvent consentir l'exécution au moins partielle des intentions du disposant, mais il leur est interdit de vivifier la substitution en maintenant la charge de conserver et de rendre. — Rolland de Villargues, n. 339, 344; Poullain-Duparc, *Princ. de dr.*, t. 9, p. 302; Toullier, t. 9, n. 40; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 54; Larombière, *Oblig.*, sur les art. 1339, 1340, n. 17; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 501, note 5; Demolombe, t. 18, n. 186; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 327, notes 74, 75; Laurent, t. 14, n. 520; Huc, t. 6, n. 30; Bertauld, t. 1, n. 467, 490; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3183; Planiol, t. 3, n. 3287.

660. — La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. Sans doute, il a été jugé autrefois que les cohéritiers du grevé d'une substitution abolie par la loi de 1792 ont pu, en traitant avec lui sur la succession, réserver les effets d'une substitution établie à leur profit par le défunt. — Cass., 4 janv. 1831, Périble, [S. 31.1.9, P. chr.] — *Contra*, Cass., 17 nov. 1812, Gaultier, [S. et P. chr.]

661. — ... Que les parties ont la faculté, en ce qui concerne leur intérêt particulier, de renoncer à se prévaloir d'une nullité, fût-elle d'ordre public ; qu'ainsi elles peuvent, mais par une ratification expresse, couvrir la nullité résultant d'une substitution prohibée. — Montpellier, 24 mars 1841, sous Cass., 18 avr. 1842, Cabrolier, [S. 42.1.525, P. 42.2.434]

662. — ... Que l'exécution par celui qui aurait intérêt et qualité pour le critiquer, d'un testament entaché de substitution, élève une fin de non recevoir contre la nullité invoquée. Ainsi, par exemple, la demande par l'héritier à fin d'envoi en possession du legs d'usufruit contenu en sa faveur au testament, met obstacle à ce qu'il puisse critiquer, comme entaché de substitution, le legs qui serait fait de la nue propriété. — Douai, 10 avr. 1840, Mouton, [P. 40.2.579] ; — 25 avr. 1842, Outters, [*Rec. des arr. de Douai*, t. 6, p. 209]

663. — Mais, depuis longtemps, les arrêts ont sanctionné unanimement la vraie doctrine. Décidé que la nullité résultant d'une clause de substitution prohibée est d'ordre public, et ne peut, dès lors, être couverte par aucune ratification soit expresse, soit tacite, telle que celle qui résulterait de l'exécution donnée au legs entaché de substitution, par l'héritier ou le légataire tenu de la délivrance de ce legs. — Cass., 2 mars 1858, Lapie, [P. 58.1180, D. 58.1.308]

664. — ... Qu'on ne saurait, en tout cas, faire résulter une ratification de nature à couvrir le vice provenant de la substitution, d'actes de délivrance dans lesquels la substitution aurait été maintenue avec les obligations qu'elle imposait au légataire grevé. — Même arrêt.

665. — ... Que la ratification d'une substitution prohibée, ou la renonciation à se prévaloir de sa nullité, n'est valable qu'autant qu'elle a pour effet d'affranchir l'institué de l'obligation de conserver et de rendre les biens ; qu'une telle ratification ou renonciation est nulle, si elle laisse subsister cette charge. — Cass. 24 avr. 1860, Loué, [S. 60.1.514, P. 60.1162, D. 60.1.284]

666. — ... Que la nullité d'une disposition entachée de substitution prohibée, étant d'ordre public, ne peut être couverte par aucune confirmation ou ratification, notamment par l'exécution que donne audit legs particulier le légataire universel tenu de le délivrer, alors du moins que cette confirmation ou ratification laisse subsister la charge de conserver et de rendre. — Cass., 8 nov. 1892, Leandri, [S. et P. 94.1.500, D. 93.1.92

667. — ... Qu'il n'y a pas de ratification tacite susceptible de couvrir la nullité d'une substitution prohibée; que, par suite, la nullité d'un legs entaché d'une telle substitution peut être demandée par l'héritier légitime, encore bien qu'il en ait consenti la délivrance. — Amiens, 7 déc. 1868, Legrand, [S. 69.2.197, P. 69.844, D. 69.2.59]

668. — ... Qu'une telle nullité n'est pas susceptible d'être couverte par une ratification pure et simple qui aurait pour effet de laisser subsister la charge de conserver et de rendre. — Amiens, 6 mars 1866, Cochet (motifs), [S. 69.2.229, P. 69.844, D. 69.2.41

669. — Seulement pour décider que le testateur n'a pas voulu créer une substitution, les juges peuvent prendre en considération l'exécution volontaire du testament : ce n'est pas là tirer, d'une exécution qui ne pourrait couvrir une nullité d'ordre public, une fin de non recevoir contre la demande en nullité du testament pour cause de substitution prohibée. — Cass., 14 juin 1865, De Larret, [S. 66.1.59, P. 66.144, D. 65.1.437]

670. — Un point seulement reste controversé. Le grevé ne peut-il obtenir sa mise en possession régulière du bien grevé de substitution que du double consentement de l'héritier et du sous-institué? Au contraire, la renonciation de l'héritier à se prévaloir de la nullité est-elle à elle seule suffisante, le grevé invoquant ensuite l'art. 900 pour s'affranchir vis-à-vis du substitué de l'obligation de conserver et de rendre? Aubry et Rau (t. 7, § 694, p. 327), Demolombe (t. 18, n. 186) sont favorables à la première opinion. Mais Larombière (t. 4, p. 670) et Bertauld (t. 1, n. 468 se prononcent dans le second sens qu'a également adopté la cour d'Amiens. La renonciation, disent-ils, que fait l'héritier ne crée aucun droit au profit de l'appelé; seul le grevé a le bénéfice et reste libre ensuite de ne pas transmettre les biens au sous-institué. Il n'est donc pas interdit à l'héritier légal, saisi de plein droit des biens compris dans le legs frappé de nullité, de conclure avec le légataire une convention ayant pour résultat, tout à la fois d'investir celui-ci de tout ou partie de ces mêmes biens, et de faire disparaître la substitution. — Amiens, 6 mars 1866, précité.

671. — Du moins, celui qui est à la fois héritier et légataire du défunt pour une seule et même quotité, n'est pas nécessairement réputé exécuter le testament, par cela seul qu'il recueille sa part dans l'hérédité, laquelle part lui était léguée par le testament, alors même qu'il consent en même temps la délivrance de legs particuliers faits par ce testament. En conséquence, il ne se rend pas par là non recevable à demander la nullité d'une substitution dont serait grevé le legs à lui fait. Du moins, l'arrêt qui le juge ainsi, par appréciation des faits et circonstances de la cause, ne viole aucune loi. — Cass., 18 avr. 1842, précité.

672. — Il a été jugé, encore, qu'au cas où l'héritier légal a consenti l'exécution d'un testament entaché de substitution, les autres héritiers du défunt primés par celui-ci ne peuvent attaquer le testament, ni de leur chef du vivant du premier héritier, ni après sa mort, parce qu'alors ils agissent comme ses représentants et peuvent se voir opposer toutes les fins de non recevoir invocables contre lui. — Douai, 25 avr. 1842, précité.

673. — Un point du moins qui ne saurait faire doute et que nous voulons souligner après l'avoir seulement indiqué, c'est qu'une renonciation émanant, soit du grevé, soit du substitué, quand tous deux ont survécu au disposant, ne saurait valider le titre de l'autre et empêcher l'application de l'art 896. Les deux libéralités coexistent au décès du testament, toutes deux sont dès lors nulles et, ni le grevé, ni le substitué, n'en peuvent réclamer l'exécution; or on ne renonce qu'aux droits susceptibles d'être invoqués : « *Quod quis, si velit habere non potest, repudiare non potest* ». L'héritier légitime a le droit d'agir en nullité de la disposition tout entière, et ce droit ne saurait lui être enlevé par le grevé ou le substitué. — Demolombe, t. 18, n. 185; Rolland de Villargues, n. 339; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 325 note 68; Laurent, t. 14, n. 516; Huc, t. 6, n. 30; Baudry-Lacantinerie et Colin. t. 2, n. 3182 et s.; Planiol, t. 3, n. 3287.

674. — 2° Ce que nous avons dit de la ratification est également vrai d'une transaction entre l'héritier et le grevé. Si, la substitution étant certaine, ladite transaction porte uniquement sur son exécution, il y faut voir la création d'une obligation propre à l'héritier, à supposer que cet héritier ait le droit d'agir ainsi avec le grevé seul sans faire intervenir l'appelé. — Amiens, 6 mars 1866, précité.

675. — Du moins faut-il, et l'arrêt d'Amiens l'indique, que la transaction fasse disparaître la substitution. Une transaction qui ne décharge pas le grevé de l'obligation de conserver et de rendre est sans effet sur la validité d'une disposition entachée de substitution prohibée. — Cass., 8 nov. 1892, précité; — 20 déc. 1892, Delavault, [S. et P. 94.1.501, D. 93.1.117]; — 18 janv. 1893, Authouard, [S. et P. 94.1.502, D. 93.1.575]

676. — Il faudrait même aller plus loin et ne valider la transaction, même ayant cet effet de supprimer la substitution, que s'il y avait un doute sérieux sur l'existence même de cette substitution. — Demolombe, t. 18, n. 186; Beltgens, *Encycl. du dr. civ. belge*, sur l'art. 896, n. 79; Huc, t. 6, n. 30; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3184.

677. — Du moins, il est certainement permis de transiger sur la clause d'un testament à l'égard de laquelle il y a contestation sérieuse entre les parties sur le point de savoir si cette clause est nulle, comme contenant une substitution prohibée, ou si, au contraire, elle est valable, comme ne renfermant qu'une simple disposition *de residuo*. — Caen, 16 nov. 1855, Bonnel, [S. 58.2.190, P. 58.599] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 327, note 76.

678. — Il n'importe qu'un jugement rendu ultérieurement sur une autre contestation ait déclaré que la clause en question renfermait une substitution prohibée, un tel jugement ne pouvant pas plus annuler la transaction précédemment arrêtée qu'il ne pourrait annuler un jugement passé en force de chose jugée qui aurait été rendu dans le sens de cette transaction. — Même arrêt.

679. — 3° Une substitution ne constitue pas un titre pouvant servir de base à la prescription de dix à vingt ans. Et la charge

de conserver et de rendre n'engendre pas d'obligation naturelle susceptible d'être novée ou cautionnée. — Huc, t. 6, n. 30; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3185.

680. — Sur le second point, tout le monde est d'accord. Mais il n'en est pas de même au point de vue de la prescription, et la question peut se présenter à un double point de vue : *a*) la prescription peut-elle être opposée par le grevé à l'héritier légal, ou au légataire universel, en général à quiconque peut agir en nullité? Quelle prescription sera applicable? D'après Bertauld (t. 1, n. 493), il faut distinguer suivant que le grevé est donataire ou légataire. Au premier cas, le grevé peut invoquer l'art. 1304 et la prescription décennale : le vice de son titre consiste en effet en une double incapacité du disposant et de lui-même de transmettre et de recevoir une libéralité faite sous la condition de rendre, et c'est là une cause d'annulation. Si au contraire le grevé est un légataire, l'art. 1304 étant inapplicable aux dispositions testamentaires, la prescription à invoquer est celle de trente ans. Cette distinction se conçoit si l'on admet que l'héritier peut renoncer unilatéralement à son droit d'agir en nullité contre le grevé. — V. *suprà*, n. 670.

681. — *b*) La prescription, et quelle prescription, peut-elle être opposée par l'appelé mis en possession des biens substitués au décès du grevé? Bertauld (t. 1, n. 477) écarte ici d'une façon absolue l'art. 1304 : la nullité de la seconde disposition est d'ordre public et insusceptible de se couvrir par une ratification quelconque; d'où il suit que seule, la prescription acquisitive trentenaire peut « faire acquérir à l'appelé une propriété que sa vocation illégale ne lui a pas conférée ».

682. — MM. Huc (t. 6, n. 30), Baudry-Lacantinerie (t. 2, n. 3182, 3185) repoussent ces distinctions. Pour eux, la nullité d'ordre public s'étend aussi bien à la libéralité faite au grevé qu'à celle attribuée au substitué; ils écartent donc dans tous les cas l'application de l'art. 1304. Puis, comme à leurs yeux la substitution est inexistante (V. *suprà*, n. 658), ils soutiennent que cette inexistence est susceptible d'être toujours et en tout temps opposée par tous les intéressés.

683. — 4° Doit être réputée nulle et de nul effet toute clause pénale par laquelle l'auteur d'une disposition entachée de substitution aurait cherché à assurer le respect de sa volonté. Il ne saurait en effet être permis d'éluder une prohibition d'ordre public. La doctrine est unanime en ce sens. — Rolland de Villargues, n. 343; Coin-Delisle, n. 50; Toullier, t. 6, n. 815, et t. 10, n. 480; Duranton, t. 8, n. 94; Aubry et Rau, t. 7, § 692, p. 295, note 26, et § 694, p. 326, notes 70 et 71; Demolombe, t. 18, n. 187, 283; Laurent, t. 11, n. 475, et t. 14, n. 518; Huc, t. 6, n. 28; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 661; Planiol, t. 3, n. 3288; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3197.

684. — Et les arrêts se prononcent dans le même sens. Il a été jugé que la clause pénale ajoutée à une disposition prohibée est nulle et doit être tenue pour non écrite, spécialement, la clause par laquelle un testateur, après avoir établi une substitution prohibée en faveur de plusieurs de ses petits-enfants, déclare que si les autres enfants mettent obstacle à l'exécution de son testament, il les prive de tous droits à sa succession. — Cass., 30 juill. 1827, De Suriray, [S. et P. chr.]; — 24 mai 1837, Albe, [S. 37.1.817, P. 37.2.342]

685. — En effet, la condition imposée par le testament au légataire universel de se conformer aux dispositions y contenues, sans pouvoir y déroger d'aucune manière, n'entraîne pas pour lui l'obligation d'accomplir celles qui, comme contraires aux lois, sont réputées non écrites. — Cass., 24 mai 1837, précité.

686. — Jugé de même qu'une disposition testamentaire dont l'objet est d'assurer, comme clause pénale, l'exécution d'une substitution prohibée, doit être réputée non écrite; qu'en conséquence, l'héritier institué est recevable à attaquer le testament de son auteur, sans encourir la clause pénale destinée à en protéger l'exécution, lorsque son action est fondée sur l'existence d'une substitution prohibée. — Nancy, 9 déc. 1871, Petit, [S. 72.2.71, P. 72.357, D. 72.2.164] — Bordeaux, 29 mai 1882, [*J. des arr. de Bordeaux*, t. 57, p. 132]

687. — Une solution identique a été adoptée dans une hypothèse voisine, et les juges ont déclaré nulle, comme clause pénale destinée à assurer l'exécution d'une fraude à la loi, la disposition par laquelle un testateur institue un tiers son héritier universel, pour le cas où l'héritier naturel attaquerait un testament antérieur contenant une substitution. — Bordeaux, 30 juill. 1832, Gachet, [S. 33.2.151, P. chr.]

688. — Si en effet cette clause devait être observée, elle enlèverait aux personnes susceptibles d'attaquer le testament tout intérêt, partant tout motif, de le faire. Toutefois elle devrait être maintenue exceptionnellement si, chose nécessaire à prouver et difficilement admise dans chaque cas, le disposant l'avait écrite de bonne foi, non pour éluder la loi, mais dans l'incertitude des limites de la prohibition légale et dans l'intention de les respecter. Dans cette hypothèse la disposition secondaire, nouvelle quant aux personnes ou quant à l'objet, serait valable, en vertu de ce principe que les dispositions alternatives sont permises. — Cass., 1er mars 1830, Vogle, [S. et P. chr.]; — 7 févr. 1831, Bouget, [S. 31.1.57, P. chr.]; — 1er mars 1831, Laurent, [S. 31.1.100, P. chr.] — *Sic*, Rolland de Villargues, n. 342, 343; Grenier, n. 399; Demolombe, t. 18, n. 188; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 326, note 70; Marcadé, sur l'art. 896, n. 6; Laurent, t. 14, n. 517; Huc, t. 6, n. 28; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3198.

689. — Mais que penser en présence d'un acte de dernière volonté dans lequel, après avoir apposé une clause accessoire qui peut être considérée comme contenant une substitution prohibée, un testateur a déclaré révoquer cette disposition accessoire au cas où elle serait attaquée comme viciant la disposition principale et maintenir comme libéralité pure et simple, la libéralité faite en premier ordre? La question est controversée. Dans un premier système, on considère une telle clause comme illicite et partant non écrite. Elle tend en effet à éluder la prohibition légale et d'ordre public des substitutions en enlevant aux personnes ayant intérêt à attaquer les substitutions toute raison d'agir. Dès lors, le disposant eût-il été de bonne foi, eût-il eu, chose très-fréquente en pratique, des doutes sur le point de savoir s'il avait, ou non, fait une libéralité entachée de substitution, il n'en est pas moins certain qu'en toute hypothèse il a entendu neutraliser la liberté d'action de ses héritiers qui sont les premiers intéressés à se prévaloir de l'art. 896. Au reste, si les héritiers en semblable hypothèse n'attaquaient pas la libéralité, on serait placé dans l'alternative, — ou de maintenir la disposition avec tous ses effets, ce qui serait contraire à la loi, — ou de s'en tenir à une libéralité unique ce qui irait à l'encontre de la volonté du testateur, une telle réduction n'étant ordonnée qu'au cas où la disposition première serait attaquée. — Duranton, t. 8, n. 94; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 325 et 326, note 69; Huc, t. 6, n. 28.

690. — L'opinion contraire est très-généralement adoptée en doctrine. — Rolland de Villargues, n. 340; Vazeille, sur l'art. 896, n. 16; Coin-Delisle, sur l'art. 896, n. 51; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. 1, p. 251, note; Marcadé, sur l'art. 896, n. 6; Demolombe, t. 18, n. 88; Bertauld, t. 1, n. 348 et s.; Laurent, t. 14, n. 517; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 689; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3198. — D'après ces auteurs, si le législateur annule la substitution tout entière, c'est ou pour punir le disposant qui a voulu violer une règle d'ordre public, ou dans la crainte d'aller à l'encontre des intentions du disposant en maintenant une seule des deux libéralités qui constituent essentiellement sa disposition (V. *suprà*, n. 626). Or, de ces deux motifs aucun n'existe dans notre hypothèse. D'une part, le disposant a formellement indiqué celle des deux libéralités qu'il veut maintenir en toute occurrence. D'autre part, il n'y a pas de sa part rébellion à la loi, mais au contraire respect et soumission. Ne doit-on pas du reste présumer sa bonne foi quand il a écrit une clause d'autant plus sage, dans sa prévoyance, que souvent, même dans l'esprit d'un jurisconsulte expert, il y a doute sur la légalité d'une disposition contenant une double libéralité?

691. — Ces arguments ont également, en général du moins, prévalu en jurisprudence. Il a été jugé autrefois que, lorsqu'un testateur, ayant prévu que ses dispositions pourraient être attaquées comme renfermant une substitution prohibée, a déclaré que, ce cas arrivant, il révoquait la disposition accessoire pour que la disposition principale eût son effet, cette clause doit être maintenue par les tribunaux. — Cass., 8 juill. 1834, Simon, [S. 34.1.754, P. chr.] — Paris, 3 mars 1820, Hermel, [S. et P. chr.]

692. — On a prétendu, il est vrai, que la Cour de cassation avait plus tard modifié sa jurisprudence et on a invoqué pour l'établir son arrêt du 6 janv. 1863, Labbey, [S. 63.1.233, P. 63.225, D. 63.1.43], — et celui de la cour de renvoi dans la même affaire. — Rouen, 25 juin 1863, De Reverony, [S. 64.2.16, P. 64.316, D. 64.2.219] — Les cours, dans cette affaire, ont décidé qu'il n'appartenait pas aux juges de séparer, par une apprécia-

tion souveraine de l'intention du disposant, l'institution et la substitution, toutes deux également nulles d'après l'art. 896, et de faire bénéficier le grevé de la nullité qu'il prononce. « Il n'appartient pas à la cour d'appel, a dit notamment l'arrêt de cassation, de décider souverainement, par appréciation de la volonté du testateur, *impuissante contre celle de la loi*, que l'institution d'héritier peut être séparée de la charge de conserver et de rendre et maintenue dans son entier, la nullité de la substitution profitant au grevé...; *ce pouvoir de rompre, suivant les circonstances, le lien* qui unit l'institution à la substitution et rend leur sort commun, *ne saurait se concilier avec les termes de l'art. 896* ». Il est certain que dans ce texte certaines expressions, soulignées par nous semblent bien condamner l'ancienne jurisprudence. Mais ce ne sont là que des motifs, et le dispositif tranche une tout autre question. De plus il faut envisager les circonstances particulières de l'espèce. Or, nulle part, le testateur n'avait dit que, à défaut d'exécution de ses dispositions premières pour un motif quelconque, les biens substitués devraient être définitivement attribués au légataire en premier ordre. Il s'agissait donc uniquement de savoir si les juges pouvaient présumer cette intention de sa part, ce qu'avait nettement affirmé l'arrêt cassé de Caen, 21 juill. 1860, Labbey, [S. sous Cass., 6 janv. 1863, précité, D. 61.2.105] — D'autre part, la question, objet du litige, était de décider qui, du grevé primitif ou de l'héritier légal, devait profiter de la nullité de la substitution. Ce qui prouve bien que l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janv. 1863 ne marque pas un revirement complet de la jurisprudence, c'est que, mise quelques années plus tard en présence de la question même que nous étudions, la Cour suprême a réputé non écrite en tant que fidéicommissaire et considéré comme simplement vulgaire, dès lors valable, une substitution que le testateur déclarait expressément établir pour le seul cas où elle serait permise, et effacer de son testament si elle était jugée contraire à la loi. — Cass., 5 déc. 1865, Bertrand, [S. 66.1.72, P. 66.165, D. 66.1.36]

693. — Un arrêt plus récent a résolu par les mêmes principes l'hypothèse inverse, c'est-à-dire celle où, en cas de nullité de la substitution, il y avait institution subsidiaire au profit, non plus du grevé, mais des appelés. Il a été jugé que la disposition testamentaire instituant un légataire universel « pour disposer des biens en toute propriété, à compter du jour du décès du testateur, et instituant, à son défaut, ses enfants nés ou à naître, à charge par lui de transmettre cet héritage intact à ses enfants », est nulle, en ce qui concerne l'institution du légataire universel avec charge de conserver l'héritage et de le rendre intact à ses enfants, comme contenant une substitution prohibée. Mais la disposition peut être déclarée valable quant à l'institution des enfants du légataire universel, si, des termes de l'écrit et de la volonté du testateur, il résulte qu'en attribuant sa succession aux enfants du légataire universel, à son défaut, il a entendu faire une disposition indépendante et distincte de la première, par prévoyance des causes quelconques qui empêcheraient que sa disposition en premier ordre reçût effet, et notamment du cas, qui s'est réalisé, où son testament serait attaqué au nom de l'héritier exhérédé, pour cause de substitution. — Cass., 7 mai 1900, Le Sur, [S. et P. 1901.1.189, D. 1900.1.379]

694. — En somme, dit l'arrêt, la clause précitée contenant une double institution peut s'analyser en un legs direct aux enfants du légataire universel, à défaut, par celui-ci, de pouvoir recueillir la disposition à lui faite en sa faveur, c'est-à-dire en une substitution vulgaire valable aux termes de l'art. 898. On objectait à cette argumentation : 1° que les mots « à son défaut » (au défaut du légataire universel) signifiaient « au cas de son prédécès », et que, cette condition ne s'étant pas réalisée, l'institution en sous-ordre des enfants du légateur était caduque. Mais le sens naturel des mots « à son défaut » est celui de « à défaut par l'appelé de recueillir le legs », sens qui renferme toutes les causes qui peuvent empêcher l'effet de la disposition, et notamment le cas où elle serait annulée comme entachée de substitution prohibée; 2° surtout, que les deux institutions étaient indivisibles, et que la nullité de l'une devait entraîner la nullité de l'autre. C'est ce point particulièrement délicat que tranche l'arrêt par la négative, conformément à la jurisprudence antérieure.

695. — Pour les mêmes motifs, certains auteurs combattent la doctrine d'arrêts anciens, d'après lesquels est nulle et non écrite la disposition par laquelle un testateur substituant, sous l'empire d'une loi qui l'y autorise, a réglé le sort des biens substitués, pour le cas où une loi future s'opposerait à l'effet de la substitution. — Paris, 28 juin 1811, Bagnac, [S. et P. chr.] — Liège, 19 nov. 1812, N..., [S. et P. chr.] — Un testament, disent-ils, fait dans ces termes, devrait être respecté, la loi prévue par le testateur eût-elle été promulguée de son vivant, sans qu'il eût, avant son décès, modifié ses dispositions en conséquence. — Demolombe, t. 18, n. 189.

696. — *B.* Si absolue qu'elle soit, la règle de l'art. 896 ne trouve pas toujours son application en présence d'une disposition entachée de substitution. Du moins, la nullité intégrale qu'il édicte ne se réalise pas toujours. 1° Il en est ainsi, d'abord, toutes les fois que le grevé ou le substitué est en même temps héritier *ab intestat* de l'auteur de la libéralité. La nullité de la substitution n'a alors d'autre effet, quand l'héritier est le grevé, que de l'affranchir de l'obligation de restituer et, si le disposant lui faisait jouer le rôle d'appelé, de lui faire recueillir les biens de suite. La prohibition légale ne va pas, en pareille hypothèse, jusqu'à supprimer les droits de l'héritier légal en appelant un héritier plus éloigné à profiter de la nullité de la substitution. — Demolombe, t. 18, n. 175; Bertauld, t. 1, n. 456. — V. Demante et Colmet de Santerre, t. 4, n. 10 *bis*.

697. — 2° Le caractère d'ordre public de la nullité entachant les substitutions n'est pas tel que les tribunaux puissent la prononcer d'office en dehors de toute demande en ce sens de la part des parties intéressées. En le faisant, ils statueraient sur choses non demandées, ou *ultra petita*, et exposeraient leur décision à être attaquée par voie de requête civile. — Demolombe, t. 18, n. 191; Bertauld, t. 1, n. 471, 482; Huc, t. 6, n. 30; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3186. — V. *suprà*, v° *Requête civile*, n. 191 et s.

698. — Tout au plus, ajoute-t-on parfois, la prohibition pourrait être appliquée par le juge, en dehors même de conclusions formelles, si la nullité de la disposition était demandée pour un autre motif. — Rolland de Villargues, n. 346.

699. — De là il suit qu'une substitution prohibée peut être exécutée en totalité et maintenue, si personne ne réclame et n'invoque l'art. 896. La seule difficulté qui se soulève alors est celle de savoir si l'administration de l'enregistrement a, comme elle le prétend (Sol. rég., 10 août 1880, [D. 81.1.3.56], le droit de percevoir un second droit proportionnel de mutation à l'occasion de la transmission s'effectuant du grevé à l'appelé. Certains auteurs lui reconnaissent cette faculté (Huc, t. 6, n. 30; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3186. — *Contrà*, Laurent, t. 14, n. 520, *in fine*), et la jurisprudence paraît favorable elle-même à cette solution qui s'appuie sur ce motif que la Régie n'a à tenir compte que des situations apparentes. La Cour de cassation a jugé, en effet, dans une espèce où des héritiers légaux, jouant le rôle d'appelés dans une substitution fidéicommissaire, avaient exécuté cette substitution dès avant son ouverture sans exonération de la charge de rendre, au profit du grevé, que ces héritiers sont irrecevables, au décès de celui-ci, à reprendre les biens sans payer de droit de mutation. Ils ne sauraient soutenir contre la Régie que, la disposition étant nulle, ils ont en droit recueilli directement et comme héritiers les biens dans la succession du disposant. — Cass., 11 déc. 1860, Bardet, [S. 61.1.185, P. 61.361, D. 61.1.25] — Alors donc que les actes d'exécution faits par eux n'eussent pas empêché de leur part une action en nullité de la substitution soit contre le grevé, soit contre un autre appelé qu'eux-mêmes, ces mêmes actes, frappés pourtant comme ratification d'une nullité d'ordre public (V. *suprà*, n. 659 et s.), ont été considérés comme constitutifs, au regard de la Régie, d'une double transmission. En vain ont-ils déclaré qu'ils avaient cru exécuter un legs conditionnel, non une substitution, et que, d'ailleurs, le testament qui les constituait appelés étant nul comme entaché de substitution, ils ne pouvaient appréhender les biens par voie de transmission nouvelle, mais seulement par l'effet de leur vocation héréditaire.

700. — Dans une autre hypothèse, après l'ouverture d'une substitution par l'événement de la condition prévue, le successeur universel, dans une transaction sur divers points avec les héritiers du grevé, c'est-à-dire postérieurement au décès de celui-ci, leur avait abandonné les intérêts ou arrérages du legs; le successeur universel était, en même temps qu'appelé à la substitution, l'héritier légal du testateur, et il revendiquait cette dernière qualité pour éviter de payer un droit nouveau de mutation à raison de la seconde transmission résultant de la substitution. La Cour suprême a considéré que, par ses actes d'exé-

cution, il avait couvert la nullité de la substitution; qu'en conséquence il devait payer un nouveau droit de mutation par décès, car il recueillait les biens non en vertu de sa vocation héréditaire mais comme appelé. — Cass., 5 mars 1866, De Neufbourg, [S. 66.1.122, P. 66.297, D. 66.1.123]

701. — Les deux arrêts précités reconnaissent, en outre, à la Régie qualité pour discuter le caractère d'une disposition testamentaire et soutenir que, présentée sous couleur de legs conditionnel, elle constitue cependant en réalité une substitution, pour en faire découler, en cas d'exécution intégrale, l'obligation des intéressés de payer deux droits de mutation. Sans doute elle n'a pas qualité pour faire annuler un acte présenté à l'enregistrement afin de percevoir un droit plus élevé; mais dans les espèces précitées elle ne demandait pas la nullité des clauses litigieuses, elle se contentait d'en faire préciser le caractère pour leur faire produire effet d'après leur véritable qualification.

702. — 3° Pour que l'art. 896 intervienne, il faut supposer les deux libéralités valables quant au fond et quand à la forme. Si, par exemple, la disposition contenant la substitution est, indépendamment de la prohibition des substitutions, entachée d'un vice propre soit de fond, soit de forme (par exemple, en cas d'actes séparés, l'incompétence du notaire ou l'incapacité des témoins), l'autre disposition vaudrait comme donation ou legs pur et simple, comme libéralité directe. En cas de vice de forme, on peut ajouter, à l'appui de la solution, cet autre motif que toute volonté est censée non exprimée qui ne se manifeste pas dans les formes imposées par la loi. Tout le monde accepte facilement, l'idée, affirmée déjà naguère par Dunod (*Des prescriptions*, p. 47), que la nullité de la substitution n'entraine pas celle de la disposition principale, lorsque la substitution est nulle par un vice particulier et abstraction faite de la prohibition. En effet, ce qui est nul ne peut produire d'effet.

703. — A l'inverse, au cas de nullité de la disposition en premier ordre, si du moins cette nullité ne s'étend pas à l'autre (tel serait le vice de forme d'un testament qui les contiendrait toutes deux : Metz, 1er févr. 1821, Schmitt, S. et P. chr.), la substitution, valablement faite et autorisée par la loi, doit être maintenue comme disposition principale : car elle est, comme on l'a vu, une seconde libéralité. — *Sic*, dans l'ancien droit, Furgole, *Quest. sur les donations*, quest. 5, n. 11 et s.; Tiraqueau, *Retr. lignager*, § 1. — Et en droit nouveau : Merlin, *Quest*, v° *Stipulation pour autrui;* Rolland de Villargues, n. 336; Demolombe, t. 18, n. 182; Aubry et Rau, t. 7, § 694, note 65; Laurent, t. 14, n. 513; Huc, t. 6, n. 29; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3192, 3193.

704. — On songerait peut-être, dans cette seconde hypothèse, à objecter qu'accessoire de l'institution, la substitution doit être détruite quand celle-ci disparaît. Mais ce n'est pas exact; la substitution n'est pas un simple accessoire de la première disposition mais une libéralité principale qui n'a pas l'institution pour fondement. Entre elles deux le lien n'existe que quant au mode d'exécution, non quant à l'existence de la substitution. Celle-ci fût-elle d'ailleurs un accessoire de l'autre libéralité que la nullité intrinsèque de l'institution ne l'atteindrait pas. La règle *accessorium sequitur principale* est inapplicable toutes les fois que l'accessoire peut se soutenir par lui-même. Or, par cela même qu'elle doit être établie suivant les formes légales des donations ou des testaments, la substitution présente en soi, indépendamment de l'existence de l'institution, toutes les conditions requises pour valoir comme disposition à titre gratuit.

705. — Par identité de motifs et faute de coexistence de deux dispositions valables lors du décès du testateur, il faut, en cas de dispositions testamentaires, repousser toute nullité quand l'une ou l'autre libéralité est, à ce moment-là, inefficace à raison d'événements survenus auparavant. Il en est ainsi : *a*) Quand cette inefficacité provient de l'incapacité soit du grevé, soit de l'appelé. Nous rappelons que nous avons donné une solution contraire au cas où, le grevé et le substitué, d'ailleurs capables, ayant survécu au testateur, l'un d'eux renonce au bénéfice de la libéralité. Mais précisément la renonciation est nécessairement postérieure au décès du testateur, qui est le moment où la validité des clauses du testament se détermine, et partant ne peut faire disparaître une nullité déjà existante. Il est indispensable de distinguer entre les cas de caducité suivant qu'ils sont antérieurs ou postérieurs a la mort de l'auteur de la substitution. — Toullier, t. 5, n. 793; Rolland de Villargues, n. 338 et s.; Demolombe, t. 18, n. 184, 185; Laurent, t. 14, n. 516; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 324, notes 66-68; Huc, t. 6, n. 29; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3196. — *Contra*, Planiol, t. 3, n. 3287, qui annule dans tous les cas la disposition entière parce que le défunt a voulu faire une substitution.

706. — *b*) Quand l'une des dispositions devient caduque parce que le grevé ou le substitué meurt avant le disposant. Sans doute il a été soutenu en ce cas que la caducité de ce chef de l'une des dispositions entraine forcément la chute de l'autre. On a dit que la situation devait être envisagée au jour, non du décès du testateur, mais de la confection du testament. Le testateur, quoiqu'il puisse arriver ultérieurement, a violé la loi : il a fait ce que la loi lui interdisait absolument de faire, sa volonté ne saurait prendre par la suite une force légale dont elle était *a priori* dépourvue, a raison d'événements sur lesquels nul ne pouvait compter. — Paris, 11 mars 1811, Gibert, [S. et P. chr.] — *Sic*, Zachariæ, § 693, note 28; Bertauld, t. 1, n. 461; Planiol, t. 3, n. 3287.

707. — Mais l'opinion contraire rallie la doctrine presqu'unanime. — Furgole, *Quest.*, n. 11; Rolland de Villargues, n. 288; Duranton, t. 9, n. 549; Saintespès-Lescot, t. 1, n. 66; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 465, p. 188; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 324, note 66; Coin-Delisle, *Donat. et test.*, sur l'art. 896, n. 49; Bayle-Mouillard, sur Grenier, *ibid.*, t. 1, p. 250, note c; Demolombe, t. 18, n. 184; Laurent, t. 14, n. 514; Huc, t. 6, n. 29; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3194; Labbé, note sous Cass., 19 mars, 18 juin et 29 juill. 1873, [S. et P. 74.1.5] — A l'argument général tiré de ce que la nullité de l'art. 896 exige, pour s'appliquer, la coexistence, lors du décès du testateur, des deux dispositions, susceptibles toutes les deux de produire effet, on peut ici en joindre un autre qu'on puise dans la volonté du disposant. C'est, par hypothèse, du vivant de celui-ci que le substitué ou l'institué vient à mourir. Les deux libéralités sont, nous l'avons dit, distinctes et principales. Or, en ne faisant pas un nouveau testament, en ne révoquant pas celle qui seule désormais est susceptible d'exécution, le testateur la confirme et prouve qu'il entend la maintenir.

708. — Il a été jugé, en ce sens, que la caducité de l'institution d'héritier par le décès de l'institué avant le testateur n'entraîne pas la caducité de la substitution qui était attachée à cette institution. — Agen, 7 juill. 1857, Lacaze, [S. 57.2.408, P. 57.1070]

709. — Et l'institution devant, par l'effet de sa caducité, être considérée comme n'ayant jamais existé, il s'ensuit que le vice originaire de la seconde disposition contenant la substitution se trouve purgé, et que cette seconde disposition ne constitue plus une substitution prohibée entachée de nullité, mais est valable comme libéralité ordinaire. — Même arrêt.

710. — ... Que le prédécès, du vivant du testateur, du légataire institué à charge de substitution, a pour conséquence de donner ouverture au droit des appelés au moment même de la mort du testateur, dans la succession duquel ils prennent directement les biens à eux légués, et purge, dès lors, les vices de la disposition primitive, qui ne présente plus qu'une institution pure et simple parfaitement régulière. — Cass., 19 mars 1873, Hérit. Dabrin, [S. 74.1.5, P. 74 5, D. 73.1.55] — Paris, 19 juill. 1870, Hérit. Dabrin, [S. 71.2.69, P. 71 289, D. 70.2.215]

711. — *c*) Enfin quand l'obligation de rendre était pour le grevé subordonnée à une condition qui vient à défaillir du vivant du testateur. Certains auteurs, ici encore, se sont prononcés pour la nullité de l'institution du grevé. L'art. 896, disent-ils, saisit le testament dès qu'il est fait et non lorsqu'il s'ouvre par le décès de son auteur, il l'annule *ab initio* conformément à la règle catonienne du droit romain : « *Quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest* ». La prohibition de faire une substitution est de droit public et atteint la disposition principale aussitôt qu'elle est écrite. Le testateur pouvait certes tester, mais il a « vicié par un abus l'exercice de ce pouvoir, annulé le titre qu'il conférait en le privant des prérogatives essentielles qu'il comporte ». — Bertauld, t. 1, n. 367; Marcadé, sur l'art. 896; Coin-Delisle, note sous Cass., 26 févr. 1855, [S. 55.1.182]; Planiol, t. 3, n. 3287.

712. — Mais la théorie contraire prévaut en doctrine et en jurisprudence. Si, du vivant du testateur, il devient certain que la condition à l'arrivée de laquelle la substitution est subordonnée ne s'accomplira pas, l'institué en première ligne ou l'héritier est saisi, du jour du décès de son auteur, d'une propriété libre de toute charge de restitution et sa vocation dès lors ne se

heurte à aucune nullité. La charge de rendre devenant impossible, disparaît comme non écrite en vertu de l'art. 900, C. civ. Sans doute, la solution eût été autre en droit romain à cause de la règle catonienne. Mais cette règle n'est nullement maintenue par le Code civil. Ce qui est certain dans notre droit, c'est que, jusqu'au décès de son auteur, le testament ne constitue qu'un projet sans effets juridiques immédiats. Dès lors, peu importe que le testateur ait cherché à violer la loi, s'il ne l'a pas pu. Aussi bien, le motif principal de la prohibition des substitutions est d'empêcher l'incertitude et l'inaliénabilité prolongée de la propriété; or ce but est rempli dès lors que la charge de conserver et de rendre disparaît. Pour que la seule disposition subsistante ne fût pas alors exécutable, il faudrait établir que le testateur a entendu ne la maintenir qu'au cas où, la condition se réalisant, les deux institutions devraient coexister. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 325, note 67; Demolombe, t. 18, n. 182; Laurent, t. 14, n. 515; Huc, t. 6, n. 29; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3194.

713. — Il a été jugé, en ce sens, que la disposition d'un testament contenant une substitution de nature éventuelle, et subordonnée à un événement, n'entraîne pas la nullité de l'institution, si cet événement ne peut plus se réaliser au décès du testateur. — Corse, 2 juin 1828, Rouaserra, [S. et chr.]

714. — ... Que le legs fait sous la charge de conserver et de rendre à un tiers, pour le cas où le légataire ne se marierait pas et mourrait sans enfants, bien que constituant une substitution, est valable si, par le fait du mariage du légataire et la survenance d'enfants avant le décès du testateur, la condition s'étant trouvée accomplie, le légataire a été saisi, par l'événement de ce décès, d'un droit complet qui n'était plus soumis à aucune charge. — Cass., 26 févr. 1855, Horeau, [S. 55.1.182, P. 56.1.419, D. 55.1.229] — Amiens, 6 avr. 1854, Mêmes parties, [S. 54.2.315, P. 55.1.218, D. 55.2.1]

715. — Après avoir constaté que la solution devrait être différente au cas où le légataire ne se serait marié et n'aurait eu des enfants que postérieurement au décès du testateur, la Cour suprême, pour justifier la sienne dans l'espèce qui lui était soumise, insiste sur ce fait que l'intention du testateur a été que l'on se rapportât à l'époque de son décès pour vérifier si la condition a été accomplie. — Cass., 26 févr. 1855, précité. — L'observation a son importance. Mais il semble bien que, quelle qu'eût été l'époque envisagée par le testateur pour la vérification de l'accomplissement de la condition, la solution eût dû être la même dès lors que la condition est accomplie avant son décès. Bien mieux, si le testateur avait entendu limiter à son décès le délai imparti pour la réalisation de la condition, la question ne se poserait même pas, car il n'y aurait pas en pareil cas de substitution fidéicommissaire : le legs devant nécessairement dès le jour de son ouverture appartenir à l'un ou à l'autre, mais dans tous les cas à un seul des deux légataires, ce serait sans conteste une simple substitution vulgaire.

§ 2. *Effets de la nullité. — Qui en profite et peut l'invoquer.*

716. — Conformément aux principes généraux du droit, celui-là peut invoquer la nullité de l'art. 896 qui y a un intérêt né et actuel. En déterminant donc ceux qui sont appelés à profiter de cette nullité, on précise par là-même ceux qui ont le droit d'agir en justice. En principe et aux termes mêmes de l'art. 896, c'est l'héritier légitime du disposant qui est seul appelé à profiter de la nullité et qui peut dès lors s'en prévaloir. Cette solution ne saurait faire de difficultés toutes les fois que l'effet de la nullité est de faire retomber les biens grevés dans la succession *ab intestat*. Il en est ainsi quand l'héritier légitime ne trouve en face de lui que des légataires particuliers ou des légataires à titre universel comme grevés de substitution, ou encore un légataire universel tenu de restituer à un autre légataire universel. — Rolland de Villargues, n. 345; Demolombe, t. 18, n. 190; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 326; Laurent, t. 14, n. 521; Huc, t. 6, n. 31 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3200 *et s.*; Planiol, t. 3, n. 3289.

717. — Soit donc un testament attribuant à la sœur de son auteur l'usufruit d'une somme d'argent léguée en nue propriété aux enfants nés ou à naître de cette sœur. Si l'on y voit une substitution prohibée, ladite sœur, héritier du disposant d'après la loi, a qualité pour réclamer la nullité du legs, à l'exclusion de ses enfants nés après le décès du testateur. — Douai, 10 avr. 1840, Mouton, [P. 40.2.579]

718. — On s'accorde encore à maintenir la même solution quand, en l'absence d'héritiers réservataires, un legs universel a été institué avec charge de rendre, non pas toute l'hérédité, mais une quote-part, le quart par exemple, de cette succession. Ce quart ira à l'héritier légitime, les trois autres restant acquis au légataire universel, comme n'étant pas grevés de substitution. — Mêmes auteurs.

719. — Mais la question devient plus délicate et plus controversée quand la charge de conserver et de rendre imposée à un légataire universel porte non plus sur la totalité ou une quote-part de la succession, mais sur un objet particulier, un domaine ou une maison par exemple, compris dans l'institution. La nullité de la substitution profitera-t-elle en cette hypothèse encore à l'héritier légitime qui aura dès lors qualité pour l'invoquer? Non dit-on, dans une première opinion : c'est alors au légataire universel qu'appartiennent l'exercice et le bénéfice de l'action en nullité. En principe, la caducité, pour quelque cause que ce soit, d'un legs particulier (renonciation ou incapacité du titulaire, nullité quelconque) profite au légataire universel investi, à défaut d'héritier réservataire, de l'intégralité de l'hérédité. L'art. 1003, C. civ., pose cette règle en termes exprès et sans aucune distinction. Sans doute, la disposition tout exceptionnelle de l'art. 896 annule la libéralité grevée de substitution tant à l'égard de *l'héritier institué* que du *substitué*, mais il vise le cas où c'est le legs universel qui est lui-même grevé de substitution; alors en effet, la vocation et le titre sont indivisibles, donc aussi la nullité. Mais quand le testament contient un legs universel pur et simple et une substitution pour un seul bien, ces deux dispositions sont distinctes et ne sauraient être frappées par une même et indivisible nullité. Le titre universel qui donne au légataire vocation au tout n'est pas entaché de substitution, il reste donc intact. Il ne peut être ici question d'une succession *ab intestat* qui, comprenant les seuls biens substitués, serait une succession à titre particulier. Lesdits biens substitués ne peuvent aller que là où va l'universalité, c'est-à-dire au légataire universel. Sinon, du reste, il en résulterait des complications extrêmes entre le légataire universel et l'héritier *ab intestat* quant à la répartition du passif héréditaire tant dans leurs rapports personnels que vis-à-vis des tiers. En réalité, le seul droit de l'héritier *ab intestat* ici est de prouver que le legs universel n'est qu'une fraude destinée à l'empêcher d'agir lui-même en nullité de la substitution, mais il lui faudra administrer cette preuve, la fraude ne devant pas se présumer. — Demolombe, t. 18, n. 191; Bertauld, t. 1, n. 478 et s.; Planiol, t. 3, n. 3289; Labbé, note sous Cass., 6 janv. 1863, [P. 63.225]

720. — Il a été jugé, en ce sens, que tout ce dont le défunt « n'a pas explicitement ou valablement disposé rentre dans l'institution universelle, qui donne, par conséquent, à l'institué seul intérêt et qualité pour provoquer la nullité des legs particuliers dont la caducité lui profite par droit de non-décroissement ». — Douai, 25 avr. 1842, Outters, [*Rec. des arr. de Douai*, t. 6, p. 209]

721. — ... Qu'au légataire universel, à l'exclusion de l'héritier légitime, profite la nullité résultant de la substitution qui porte sur un objet spécial de la succession, alors d'ailleurs que telle paraît avoir été l'intention du testateur, d'où il suit que l'héritier n'a pas qualité pour attaquer le testament. — Caen, 21 juill. 1860, De Reverony, sous Cass., 6 janv. 1863, Labbey, [S. 63.1.233, P. 63.225, D. 61.2.105]

722. — Mais, depuis, la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire. Elle a décidé que le legs universel fait à charge de conserver et de rendre un bien particulier étant nul, comme constitutif d'une substitution prohibée, dans la mesure de cette substitution, l'héritier du sang a le droit d'invoquer cette nullité et peut seul en profiter. Il n'appartient pas aux tribunaux de décider, par appréciation de la volonté du testateur, que le legs universel peut être séparé de la charge de conserver et de rendre, pour être maintenu en son entier, et que la nullité de la substitution doit profiter au grevé qui, en qualité de légataire universel, serait seul admis à l'invoquer. — Cass., 6 janv. 1863, précité, [S. et P. *loc. cit.*; D. 63.1.43] — Rouen, 25 juin 1863, De Reverony, [S. 64.2.16, P. 64.316, D. 64.2.219] — V. aussi Cass., 27 juin 1894, Marcer, [S. et P. [illegible], D. [illegible]] — Et la majorité de la doctrine se prononce en ce sens. — Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 327, note 72; Laurent, t. 14, n. 521; Demante

et Colmet de Santerre, t. 3, n. 10 *bis* V; Huc, t. 6, n. 31 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3206; Proudhon, note sous Cass., 24 mai 1837, Albe, [S. 37.1.817] — Tout d'abord ces auteurs se refusent à assimiler dans notre hypothèse le légataire universel à l'héritier légitime. Si ce dernier, institué à charge de restitution, peut, en faisant annuler la substitution, conserver les biens grevés, c'est qu'il réunit deux titres successeurs et garde celui conféré par la loi quand même disparait celui qu'il tenait du testateur. Au contraire le légataire universel tient tous ses droits du *de cujus* : son titre est-il anéanti, pour cause de substitution, quant aux biens grevés, il n'a plus de droits sur ces biens. Les choses doivent être réputées n'avoir jamais été léguées. De plus les motifs tout spéciaux de la règle écrite dans l'art. 896-2° empêchent d'appliquer à cette hypothèse le principe général de l'art. 1003 faisant profiter le légataire universel de la caducité des legs particuliers. « Le légataire universel, disent Aubry et Rau (*loc. cit.*), est tout à la fois légataire de l'hérédité comme telle et de chacun des objets qui y sont compris; d'où il suit que, quand il est chargé de conserver et de rendre à un tiers certains de ces objets, il est placé, en ce qui les concerne, dans la même situation que tout grevé de restitution, et ne peut profiter de la nullité de la disposition ». Enfin, admettre la solution contraire, ce serait permettre d'éluder la prohibition de l'art. 896 : dès qu'il y aurait un légataire universel institué, les héritiers légitimes ne pourraient plus agir en nullité et le légataire se trouverait placé entre des devoirs contraires dérivant et de la loi et de la volonté du testateur qui l'a gratifié et ne l'a fait peut-être qu'après s'être entendu avec lui pour assurer le maintien de sa disposition illégale. Sans doute les juges du fait pourraient rechercher si le legs universel constitue ou non une disposition sérieuse et exempte de fraude (V. *suprà*, n. 719, *in fine*). Mais c'est là abandonner la loi à l'arbitraire du juge.

723. — La même solution a triomphé dans une espèce présentant une difficulté spéciale. Le testateur, imposant la charge de conserver et de rendre un bien particulier, l'avait attachée à un legs particulier attribué, par une disposition du testament, au légataire universel lui-même. Il y avait donc au profit de celui-ci deux legs distincts : un legs universel pur et simple et un legs particulier grevé de substitution. Si tous deux eussent été valables, le légataire eût eu le choix. La nullité du legs particulier, a-t-on dit, détruisant l'un de ses titres, lui enlève l'option, mais laisse subsister le legs universel valable pour le tout puisque rien, dans le testament, n'en restreint la portée. Investi sans condition de la totalité de la succession à un autre titre que celui qui a péri, le légataire universel doit donc recueillir la totalité de la succession qu'il tient légitimement de la volonté du testateur. Malgré cette ingénieuse argumentation, la Cour de cassation, après celle de Rennes, a maintenu sa doctrine antérieure. Elle a de nouveau affirmé que le legs universel fait sous la charge de conserver et de rendre un bien particulier, constitutive d'une substitution prohibée, est nul dans la mesure de cette substitution. L'héritier naturel a le droit d'invoquer cette nullité, et en profite seul. — Cass., 16 mars 1874, Amiot, [S. 74.1.299, P. 74.771, D. 74.1.354]

724. — Et, mettant sa jurisprudence d'accord avec celle qui fait tomber deux legs conjoints et indivis dès lors que l'un d'eux est vicié par une substitution prohibée, elle applique la règle ainsi posée alors même que la charge de conserver et de rendre le bien particulier a été attachée, non point à l'institution d'héritier, mais à un legs à titre particulier fait au profit du légataire universel. — Même arrêt. — Au fond la Cour a considéré le procédé adopté en l'espèce par le testateur comme un artifice destiné à éluder la rigueur de l'art. 896 [illegible] eût été énerver la sanction attachée à la prohibition des substitutions. Indirectement au moins, la charge de restitution affectait la portée de l'institution universelle [illegible] attachée à [illegible] legs particulier, et cela suffisait pour qu'on dût enlever au légataire universel le bénéfice de l'annulation prononcée. Sinon, en effet, on eût mis ce légataire dans la situation que le législateur a entendu écarter, c'est-à-dire entre son intérêt et son désir d'exécuter scrupuleusement la volonté de son auteur.

725. — Dans une seule affaire, la thèse parait moins nettement affirmée. Encore faut-il remarquer que la question n'était pas posée *in terminis* et que c'est par un argument [illegible] qu'on prétendrait trouver dans l'arrêt la condamnation, d'ailleurs implicite, de la jurisprudence antérieure. Il a été jugé que l'héritier légal est recevable, nonobstant l'existence d'un legs universel, à contester la validité d'un legs particulier si, dans une transaction [illegible] à attaquer le testament à l'égard du légataire universel [illegible] tous ses droits sur le montant du legs particulier au cas où ce legs serait annulé. — Cass., 17 mars 1890, [illegible], [S. et P. 92.1.455, D. 90.1.[illegible]]

726. — La [illegible] le légataire universel [illegible] profitera de la nullité [illegible] cas, c'est quand le testateur [illegible] l'a institué a fait en même temps des legs particuliers tout à fait distincts et [illegible] de substitution [illegible] légataire en sous-ordre. Le légataire universel n'est plus [illegible] la substitution dont l'annulation va maintenir le bien légué à titre particulier dans la masse héréditaire, [illegible] pour faire prononcer à son profit la nullité [illegible] disposition particulière. — Rolland de Villargues, n. 345; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 327, note 73; Huc, t. 6, n. 31 *bis*; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3208; Planiol, t. 3, n. 3289; Devilleneuve, note sous Montpellier, 10 févr. 1836, [S. 36.2.549] — *Contrà*, [illegible], *Rev. de législ. et de jurispr.*, t. 4, p. 232.

727. — Il a été jugé, en ce sens, que le légataire universel profitant seul, quand il n'y a pas d'héritiers réservataires, de la nullité ou caducité des libéralités faites par le défunt, a seul aussi qualité pour demander la nullité des dispositions testamentaires entachées de substitution fidéicommissaire : les héritiers naturels ou légitimes sont non recevables, pour défaut d'intérêt, à former une telle demande. Et il en est ainsi, alors même que la substitution ayant été faite avec clause de retour à la succession du testateur, dans un cas donné, l'héritier [illegible] s'y trouve ainsi éventuellement compris, si d'ailleurs l'institution d'héritier est tout à fait distincte ou indépendante de la disposition fidéicommissaire. — Cass., 22 juill. 1835, [illegible], [S. 35.1.641, P. chr.]; — 24 mai 1837, Albe, [S. 37.1.817, P. 37.2.442] — Montpellier, 10 févr. 1836, Pélissier de Pérelen, [S. 36.2.549, P. 37.1.483] — Bordeaux, 15 mars 1864, [*J. des arrêts de la Cour de Bordeaux*, t. 39, p. 113]

728. — Et le légataire universel, qui refuserait d'exécuter les legs particuliers ainsi entachés de substitution fidéicommissaire, ne pourrait être déclaré déchu de son legs pour inexécution des conditions sous lesquelles il a été fait. — Cass., 24 mai 1837, précité.

729. — Bien évidemment les légataires particuliers n'ont pas qualité pour demander la nullité d'un autre legs particulier contenu dans le testament qui les gratifie et entaché de substitution. En effet, ils ne peuvent prétendre qu'à la libéralité à eux directement adressée et n'ont aucun intérêt, partant aucune action, pour attaquer les autres. — Cass., 8 janv. 1872, Soc. de sec. mutuels de Bourg, [S. 72.1.30, P. 72.48, D. 73.1.57]

730. — Cependant, comme la nullité de la substitution peut être invoquée par tout intéressé, il peut se présenter des cas exceptionnels où d'autres personnes que l'héritier légitime pourront la faire prononcer, parce qu'elles y auront un intérêt certain, quoiqu'indirect. Tel serait le cas d'un testament contenant des legs particuliers dont le total excéderait le montant de l'actif héréditaire. La réduction nécessaire en ce cas devrait être pour tous proportionnelle, si tous étaient valables. Or s'il en est qui soient entachés de substitution, les titulaires des autres les pourront arguer de nullité pour soustraire les leurs à la réduction en totalité ou en partie. — Demolombe, t. 18, n. 191 *ter*.

731. — Mais, au point de vue de l'action directe en nullité, c'est l'héritier légitime seul qui, la plupart du temps, devant en profiter, en est investi. S'il y en a plusieurs, l'action appartiendra à celui et à ceux [illegible], dans l'espèce, à la succession *ab intestat* comme étant les plus rapprochés par le sang. Toutefois si le [illegible] a fait un partage anticipé de sa succession entre quelques-uns seulement de ses héritiers, par suite duquel ceux-ci se trouvent remplis de leurs droits successifs, les biens dont il s'agit doivent être uniquement attribués aux héritiers [illegible]. — Caen, 2 [illegible] 1847, [illegible], [S. 49.2.193, P. 48.1.546, D. 49.2.84]

732. — D'autre part, l'ordre ainsi établi par la loi peut être [illegible] par la volonté du testateur. [illegible], en effet, admis que, si un testateur ne peut exhéréder indistinctement tous ses héritiers réguliers ou irréguliers, en y comprenant même l'Etat, de telle façon que la succession doive tomber en déshérence complète, il peut valablement exhéréder, soit un héritier, soit une catégorie d'héritiers, pourvu que son

intention expresse soit d'appeler à sa succession, à la place des héritiers exhérédés, un légataire universel ou ses héritiers subséquents dans l'ordre successoral établi par la loi. — V. Lyon, 29 juill. 1885, Consorts Portier, [S. 87.2.101, P. 87.1.574, D. 86.2.229] — Or, quand le testateur s'est borné à exhéréder ses héritiers les plus proches sans mettre personne à leur place, on peut légitimement supposer qu'il a entendu désigner implicitement ses héritiers en sous-ordre pour recueillir sa succession à l'exclusion des premiers appelés, et partant les admettre à se prévaloir de l'institution implicite faite à leur profit. — V. Cass., 15 avr. 1885, Beaubouchez, [S. 86.1.453, P. 86.1.1128]

733. — La Cour suprême en a conclu, dans une espèce où une femme mariée avait exhérédé tous ses héritiers tant paternels que maternels, que cette exhérédation équivalait à une institution d'héritier éventuelle au profit du mari survivant. Par suite, elle a jugé que l'annulation d'une disposition entachée de substitution dans le testament de la défunte devait profiter, non au légataire universel, mais au conjoint survivant qui, dès lors, avait intérêt et qualité pour demander la nullité de cette disposition. — Cass., 27 juin 1894, Marion, [S. et P. 98.1.501, D. 95.1.204] — Besançon, 29 juin 1892, Marion, sous Cass., 27 juin 1894, [S. et P. *loc. cit.*, D. 93.2.285]

734. — L'Etat lui-même a qualité pour invoquer la nullité d'une substitution, quand, à défaut d'héritiers du sang, il n'est écarté de la succession que par un testament entaché d'un tel vice. — Trib. Arras, 12 juill. 1893, Ferbu, [*J. Enreg.*, art. 24289]

Section V.

Preuve de l'existence des substitutions prohibées

735. — Bien évidemment, c'est à qui prétend qu'une disposition est nulle comme entachée de substitution et se propose de profiter de cette nullité qu'incombe la charge d'établir l'existence de ce vice. Quelles preuves devra-t-il fournir pour cela? Tous modes de preuves pourront-ils être employés par lui comme à l'égard d'un fidéicommis tacite, fait au profit d'un incapable par personne interposée? En d'autres termes, si la substitution est écrite dans l'acte qui contient la libéralité principale, ou dans un acte postérieur en forme, la preuve en est dans l'acte même, et les juges doivent faire l'application de l'art. 896, C. civ.; mais une substitution prohibée peut-elle être prouvée autrement que par les énonciations de l'acte émané du disposant? Notamment, peut-elle être établie par la déclaration faite dans le testament du prétendu grevé, qu'il avait été chargé de conserver et de rendre les biens? Peut-elle l'être par d'autres moyens extrinsèques à l'acte, tels que des témoignages, des pièces, un ensemble de faits et de circonstances pouvant constituer des présomptions graves, précises et concordantes? Certains auteurs se prononcent pour l'affirmative, déjà admise dans l'ancien droit, et l'existence de la charge de conserver et de rendre étant prouvée par de tels moyens extrinsèques, ils en font découler la nullité stricte prévue à l'art. 896. — Merlin, *Quest.*, v° *Substit. fidéic.*, § 14; Favard de Langlade, v° *Substitutions*, ch. 1, sect. 4, n. 3; Coin-Delisle, art. 896, n. 55; Troplong, t. 1, n. 156; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 465, note 19; Demolombe, t. 18, n. 172. — En effet, disent-ils, pour être détournés et secrets, les procédés adoptés par le disposant afin de grever ses biens de substitution ne doivent pas être traités avec plus de faveur que les moyens ostensibles. Dans l'un et l'autre cas, le testateur poursuit un but illicite, et il doit être permis à l'héritier de contrecarrer ses intentions par tous les moyens, sinon on le désarme le plus souvent, car, loin de se produire au grand jour, la fraude à la loi se réalise en général de façon détournée et secrète. Du reste, il y a analogie complète et même identité entre la substitution prohibée et le fidéicommis établi au profit d'un incapable par personne interposée. Or s'il est universellement et de tout temps admis, en jurisprudence et en doctrine, que cette interposition de personnes est susceptible d'être prouvée par tous moyens au cas de l'art. 911, C. civ., comment ne pas adopter la même solution dans l'hypothèse visée à l'art. 896?

736. — La majorité des auteurs repousse cependant cette opinion. Suivant elle, et avec raison, croyons-nous, la preuve d'une substitution prohibée ne peut, à la différence d'un fidéicommis tacite, être puisée que dans l'acte même ou faite que par des actes rédigés dans les formes réglées pour les donations et les testaments; de sorte que les témoins que l'on voudrait faire entendre, le serment qu'on voudrait déférer devraient être repoussés par les tribunaux. Une telle preuve ne pourrait pas davantage être faite à l'aide de lettres missives échangées entre le disposant et le donataire ou légataire, ou par d'autres écrits privés établissant l'engagement pris par ce dernier de conserver le bien donné ou légué pour le rendre à un tiers convenu. Les conjectures ne sont plus admises pour prouver qu'une disposition entre-vifs ou testamentaire contient une disposition; il faut que la charge de conserver et celle de rendre soient exprimées, ou qu'elles résultent d'un acte en forme par une conséquence nécessaire. — Rolland de Villargues, n. 297, 350, 351; Duranton, t. 8, n. 63; Toullier, t. 5, n. 27; Marcadé, sur l'art. 896, n. 7; Vazeille, *Don. et test.*, t. 2, n. 42; Aubry et Rau, t. 7, § 694, p. 328, note 77; Laurent, t. 14, n. 522; Huc, t. 6, n. 31; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3210, 3212.

737. — On ne devrait faire exception à cette règle qu'autant qu'on alléguerait la perte ou la soustraction de l'acte contenant la substitution. Dans ce cas, la perte de l'instrument pourrait être établie par tous moyens de preuve et, comme conséquence de la preuve de cette perte, on établirait de même la preuve de cette substitution (C. civ., art. 1348). — Rolland de Villargues, n. 353.

738. — Les arguments, en ce dernier sens, nous paraissent très-probants. Il est d'abord aisé, semble-t-il, d'écarter le raisonnement adverse qui s'appuie sur l'assimilation de la substitution visée à l'art. 896 avec le fidéicommis tacite de l'art. 911. Les deux situations sont en effet très-différentes. Attaque-t-on une disposition faite à un incapable par personne interposée, on soutient, non pas qu'il y a deux dispositions successives faites l'une au profit du bénéficiaire apparent, l'autre à l'avantage de l'incapable, mais qu'il y en a une seule en faveur de celui-ci, l'autre n'étant qu'une feinte, un expédient pour frauder une loi d'ordre public. Dès lors, il faut bien admettre les intéressés à prouver, par tous moyens, l'interposition de personnes, car il s'agit d'établir le but réel d'une disposition dont la véritable destination a été frauduleusement dissimulée. Au cas de l'art. 896, au contraire, c'est la substitution elle-même qui vicie la disposition : il faut donc prouver l'existence de deux dispositions distinctes et successives, toutes les deux obligatoires. La substitution n'existe et la loi n'en tient compte que si elle est faite dans les formes de l'art. 896, si elle est destinée à créer une obligation pour le grevé, un droit pour l'appelé. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que la charge de conserver et de rendre soit imposée par un acte valable comme donation entre-vifs ou comme testament. En dehors d'un tel acte, on prouverait la substitution sans résultat utile, puisque la substitution nulle, soit quant au fond, soit quant à la forme, n'entraînerait pas la nullité de la disposition à laquelle elle se rapporte. Bien mieux, il serait impossible de la prouver, puisque, la condition essentielle de la substitution étant la double transmission, le substitué qui n'aurait pas été gratifié par legs ou donation n'aurait aucun titre à faire valoir; il n'y aurait pas de substitution au sens légal du mot. Le premier gratifié demeurant libre d'aliéner faute d'un droit éventuel y mettant obstacle de la part de l'appelé, et ce droit éventuel ne pouvant résulter pour celui-ci que d'un testament ou d'une donation le créant de façon impérative et obligatoire, il devient impossible de faire découler la substitution de l'obligation de conserver et de rendre verbalement imposée ou acceptée, cette obligation fût-elle établie par témoins, présomptions, lettres missives, ou même par l'aveu du grevé.

739. — On objecte que, se croyant obligé en conscience à observer la prescription de son auteur, le donataire ou légataire institué en première ligne transmettra souvent les biens aux personnes à lui désignées. C'est possible; mais là n'est pas le danger que la loi a voulu proscrire. Cette éventualité dût-elle se réaliser, il n'en reste pas moins vrai, en droit, que le donataire ou légataire est propriétaire irrévocable, nullement tenu à restitution; que s'il restitue, le bénéficiaire de cette restitution tiendra ses droits de lui, non du disposant primitif; que les biens ainsi volontairement restitués feront partie de sa succession et y seront comptés pour le calcul de la quotité disponible; que la libéralité faite par lui courra les risques des actions hypothécaires, révocatoires, en réduction nées de son chef. Bref, il y aura deux transmissions émanant de deux personnes différentes, nullement deux transmissions procédant de la même volonté. Y eût-il un pacte à fins de restitution, outre que ce pacte ne serait pas civi-

lement obligatoire (V. *suprà*, n. 659 et s.), il n'aurait pas les inconvénients inhérents aux substitutions puisqu'il ne saurait être opposé aux tiers ayant acquis du grevé des droits sur les biens transmis. On n'est donc pas dans l'hypothèse visée à l'art. 896, et dès lors la nullité ne s'applique pas. Par suite il est inutile d'essayer à démontrer ce qui ne saurait avoir d'effet juridique.

740. — La jurisprudence s'est vu soumettre la question à plusieurs reprises. Fort souvent, elle a évité de la trancher. — V. notamment, Cass., 17 août 1824, Gaborit, [S. et P. chr.]; — 18 juin 1835, Lature, [P. chr.] — Orléans, 11 août 1823, Gaborit, [S. et P. chr.] — C'est ce qu'a fait encore la Cour suprême dans un arrêt où la chambre des requêtes, estimant que les circonstances de fait de la cause prouvaient qu'il y avait non charge obligatoire, mais simple recommandation de rendre laissée à la prudence du légataire, a jugé superflu d'examiner en droit « si l'héritier *ab intestat* peut être recevable à prouver, par des éléments pris hors du testament, une substitution fidéicommissaire ». — Cass., 16 mars 1842, Maumy, [S. 42.1.637, P. 43.2.43]

741. — De même, dans une espèce où une demande en nullité d'un testament se fondait sur une charge de rendre, non exprimée il est vrai dans l'acte, mais susceptible d'être prouvée d'après les demandeurs, la cour de Paris s'est bornée à dire que les faits de la cause, loin de confirmer l'existence d'une substitution, la contredisaient au contraire. — Paris, 23 juill. 1869, De Torsay, [D. 69.2.121] — Mais en réalité ce dernier arrêt paraît bien au fond favorable à la thèse qui déclare la preuve de la nullité susceptible d'être effectuée par des moyens pris en dehors du testament. Sinon, en effet, il ne se fût probablement pas livré à un examen minutieux des faits pour rejeter la prétention des demandeurs qui eût été irrecevable en droit.

742. — Il a été jugé, d'une façon plus explicite dans le même sens..., que lorsqu'un légataire avoue que le legs lui a été fait à la charge de conserver et de rendre, et qu'il entend se conformer à la disposition du fidéicommis, cela suffit pour que le legs soit déclaré nul, encore qu'il n'y ait pas d'acte régulier établissant la substitution. — Cass., 22 déc. 1814, Lefèvre, [S. et P. chr.]

743. — ... Que le legs fait à un individu qui a avoué ne l'avoir reçu qu'à la charge de le remettre à un tiers, doit être annulé comme contenant une substitution, encore bien que cet aveu ait été fait du vivant du testateur. — Bourges, 4 mars 1807, Comm. de Saint-Loup, [S. et P. chr.]

744. — ... Que l'exécution volontaire d'un testament ne constitue pas une fin de non recevoir contre la demande en nullité du testament pour cause de substitution prohibée, les juges pouvant prendre en considération cette exécution pour décider si le testateur a ou non voulu créer une substitution. — Cass., 14 juin 1865, De Larret, [S. 66.1.59, P. 66.144, D. 65.1.437]

745. — Mais il a été décidé au contraire, conformément à la thèse que nous avons adoptée, que la déclaration émanée d'un légataire, portant que le legs en toute propriété, contenu à son profit dans le testament, lui a été fait sous la condition qu'il ne jouirait que de l'usufruit des biens légués, et qu'il en laisserait la propriété après son décès à une personne dénommée, n'établit point une substitution prohibée, entraînant la nullité du testament. — Limoges, 11 janv. 1841, Maumy, [S. 41.2.265, sous Cass., 16 mars 1842, P. 43.2.43]

746. — ... Qu'en tout cas, cette déclaration ne peut faire preuve d'une substitution fidéicommissaire, lorsqu'en exprimant la charge de rendre, elle n'exprime pas également la charge de conserver, et que, de son rapprochement avec le testament, il ne résulte qu'une simple recommandation faite par le testateur au légataire, et dont l'exécution était subordonnée à la volonté de ce dernier. — Même arrêt. — V. *suprà*, n. 508 et s.

747. — ... Qu'une telle déclaration ne suffit pas à conférer à la personne désignée comme substituée, un droit contre le légataire, pour se faire mettre en possession des biens compris dans le legs. — Trib. Saint-Yrieix, 16 juill. 1838, Maumy, [sous Limoges, 11 janv. 1841, S. 41.2.265, sous Cass., 16 mars 1842, P. 43.2.43, sous Limoges, 11 janv. 1841, D. 42.2.191]

748. — ... Que pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut que l'institution au profit du substitué, comme celle au profit du grevé, ainsi que l'obligation de rendre imposée à ce dernier, résultent du testament lui-même; que l'injonction verbale faite au grevé ne suffirait pas. — Toulouse, 18 déc. 1880, Lestrade, [S. 81.2.74, P. 81.1.438]

749. — La cour de Bruxelles a plus nettement encore affirmé qu'à la différence du fidéicommis tacite la substitution fidéicommissaire ne pouvait être établie, en dehors des termes du testament, à l'aide de présomptions. — Bruxelles, 3 mai 1854, [*Pasicr.*, 55.2.288]; — 29 juill. 1857, [*Pasicr.*, 57.2.296]

750. — Et la cour de Toulouse a aussi jugé spécialement que la preuve de l'existence d'une substitution prohibée ne saurait résulter... ni de ce que le prétendu grevé dans l'espèce, la femme du testateur aurait, à son tour, institué, à titre de légataires, les personnes désignées par le testateur comme devant recueillir à son défaut. — Toulouse, 18 déc. 1880, précité.

751. — ... Ni de ce que le prétendu grevé aurait déclaré agir en parfaite connaissance des dispositions personnelles du testateur, d'accord avec lui, et sous son approbation. — Même arrêt.

752. — ... Ni même de ce qu'il aurait déclaré obéir à sa volonté, si, d'ailleurs, il s'agissait d'une œuvre à laquelle l'un et l'autre portaient le même intérêt. — Même arrêt.

CHAPITRE IV.

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES AUTORISÉES PAR LE CODE CIVIL.

753. — Quoique prohibées en principe par l'art. 896, les substitutions sont parfois autorisées par le Code civil même, dans certaines circonstances spéciales. L'art. 897 l'annonçait déjà et les art. 1048 et 1049 sont relatifs à ces hypothèses. D'après le premier de ces textes, « les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires. » « Sera valable, en cas de mort sans enfants, ajoute l'art. 1049, la disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou de plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires. »

754. — Les rédacteurs du Code ont évité, remarquons-le, de prononcer ici le mot de substitution et, s'ils énoncent pour les premiers bénéficiaires l'obligation de rendre, ils ne parlent pas pour eux de la charge de *conserver et de rendre*. Il ne faut pas hésiter néanmoins à reconnaître qu'il s'agit bien de substitutions véritables dans les art. 1048 et 1049; le soin qu'apportent les art. 1055 et s., à garantir dans l'intérêt des appelés la conservation des biens donnés ou légués à charge de restitution le prouve surabondamment. Le motif qui a fait écrire ces textes est la volonté d'empêcher la déchéance des familles par la faute d'un seul. En présence d'un prodigue ayant des parents en état de lui laisser une certaine fortune et des enfants que son incapacité folle priverait certainement de successions devant leur revenir, le législateur a permis aux grands-parents d'assurer à leurs petits-enfants partie de leurs biens en frappant lesdits biens d'inaliénabilité aux mains du prodigue. La même faculté a été accordée aux oncles et tantes sans enfants. Dans ces hypothèses, loin de contrarier la loi, la substitution assure la transmission des biens dans l'ordre légal. C'est pourquoi le Code a vu cette situation spéciale avec faveur. Sans doute dans bien des cas le résultat cherché peut être obtenu sans recourir au procédé de la substitution. Si le prodigue est seul ou déjà avancé en âge, il suffira de lui donner l'usufruit des biens en en donnant ou léguant la nue propriété à ses enfants dont la sécurité sera ainsi tout aussi complète. Mais ce dernier moyen ne saurait remplacer la substitution au cas où le donataire originaire peut encore avoir des enfants, car seule la substitution peut ranger parmi les appelés les enfants à naître et par là maintenir l'égalité dans la descendance du grevé.

755. — Aux cas prévus par nos textes, les substitutions sont donc permises. Mais ce sont là des exceptions à la règle prohibitive générale. Elles doivent dès lors être strictement renfermées dans les limites tracées par la loi. Il en résulte, et nos explications ultérieures vont développer ces conclusions, que : 1° ceux-là seuls pourront substituer, être grevés ou appelés, qui sont expressément visés par le Code civil; 2° que la charge de conserver et de rendre peut porter sur la quotité disponible seulement; 3° qu'une seule restitution, à l'exclusion de toute substitution

graduelle, peut être imposée par l'auteur de la libéralité. Encore est-elle nécessairement faite au profit de tous les enfants du grevé, sans qu'il soit possible d'établir de préférence entre eux. L'art. 1050 porte en effet « les dispositions précitées par les deux articles précédents ne seront valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. »

Section I.

Qui peut ou substituer, ou être grevé, ou être appelé.

756. — Pour pouvoir substituer, il faut avant tout avoir la capacité de disposer par donation ou par testament. Mais de plus, toute personne n'a pas cette faculté, ceux-là seuls en jouissent qui en sont investis par un texte formel.

757. — I. *Qui peut substituer ou être grevé.* — A. *Père et mère du grevé* (art. 1048). — La règle d'interprétation restrictive que nous avons posée interdit d'accorder ce droit aux grands-parents. Ainsi un aïeul, ayant perdu son fils, ne pourrait imposer à son petit-fils, son héritier immédiat pourtant, l'obligation de rendre au profit de son arrière-petit-fils. Le tribunat avait proposé de rédiger l'art. 1048 de façon à étendre à tout ascendant le droit de faire une substitution (Locré, *Lég. civ. de la Fr.*, t. 11, n. 67, p. 329). Cette proposition n'a pas eu de suite, ce qui oblige à s'en tenir strictement au texte de l'article. Ajoutons d'ailleurs que l'inconvénient inhérent à toute substitution de laisser pendant un certain temps la propriété incertaine serait, à raison de l'âge du grevé, plus grave dans l'hypothèse où la disposition viendrait de l'aïeul qu'au cas d'une libéralité faite par un père à son fils. Cette thèse est aujourd'hui universellement admise en doctrine. — Toullier, t. 5, n. 723; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Substitution*, n. 115 et s.; Marcadé, sur l'art. 1048, n. 1, et *Rev. crit.*, t. 1, p. 464 et s.; Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. 3, n. 361; Coin-Delisle, sur l'art. 1048, n. 2; Troplong, t. 4, n. 2213; Mourlon, t. 1, p. 404 et s.; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions*, chap. 2, sect. 2, § 1, n. 6; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 291; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1723; Demolombe, t. 22, n. 410; Laurent, t. 14, n. 525; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 332, note 3; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 663; Huc, t. 6, n. 404; Planiol, t. 3, n. 3501; Cossé, *Des substitutions*, p. 223; Michaud, *Traité des test.*, n. 1461 et s.

758. — Autrefois cependant quelques auteurs se refusaient à entendre l'art. 1048 aussi restrictivement. D'après eux, d'une part, le mot *enfant* s'entend généralement de toute la *descendance* (Dig. tit., *De verbor. significat.*, L. 84; C. civ., art. 1049 et 1082), et, d'autre part, il y a même raison pour admettre la substitution faite par ascendants que pour valider celle faite par les pères et mères; d'ailleurs par quelle faveur inusitée les frères et sœurs auraient-ils été autorisés par le Code à substituer, si le législateur avait eu l'intention d'en empêcher les ascendants? — Duranton, t. 9, n. 525; Delvincourt, t. 2, p. 616, note 3, p. 100; Vazeille, sur l'art. 1048, n. 3; Delaporte, *Pand. fr.*, t. 4, p. 504.

759. — La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens que l'immense majorité des auteurs. Il a été jugé que la faculté de substituer, autorisée par l'art. 1048, C. civ., ne peut être exercée que par les père et mère au profit de leurs petits-enfants; elle ne peut l'être par les autres ascendants. Ainsi, l'aïeul ne peut, en donnant à son petits-fils, le grever de substitution au profit de ses arrière-petits-enfants. — Cass., 29 juin 1853, De Flasselière, [S. 53.1.520, P. 53.2.165, D. 53.1.283] — Paris, 23 août 1850, [illegible], [S. 50.2.614, P. 51.1.274, D. 51.2.41] — Besançon, 2 déc. 1853, De Flasselière, [S. 54.2.240, P. 53.2.682, D. 54.5.[illegible]] — [illegible], Dijon, 14 févr. 1851, sous Cass., 29 juin 1853, précité.

760. — A peine est-il besoin d'ajouter que, le texte parlant seulement des [illegible], [illegible], même en cas de prédécès de son fils ou de sa fille, disposer au profit d'un [illegible] à charge de rendre à ses petits-enfants. [illegible] le disposant et le grevé. — Delaporte, *Pand. fr.*, t. 6, n. [illegible]; Demolombe, t. 22, n. 413. [illegible] C'est ce qu'a décidé un vieil arrêt en décidant que l'art. 1048, qui permet au père de [illegible] ses enfants en faveur de ses petits-enfants, ne peut être étendu au grand-père et à la bru. — Turin, 29 déc. 1810, Barra, [S. et P. chr.]

761. — Mais au contraire on est dans les termes de l'art. 1048 aussi bien quand la disposition provient des père et mère naturels que lorsqu'il s'agit de parents légitimes. Les pères et mères peuvent donc, en donnant ou léguant la quotité disponible à leur enfant naturel reconnu, lui imposer l'obligation de conserver et de rendre à ses propres enfants légitimes les biens par lui ainsi recueillis. — Guilhon, t. 3, n. 1059; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 333, note 4; Huc, t. 6, n. 404; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 691; Massigli, *Rev. crit.*, 1889, Ex. doctrinal, p. 452; Dupré-Lasale, *Disc. et réquisitoires*, p. 260 et s.; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1048, n. 2 et 3.

762. — Cette solution a été consacrée par la jurisprudence. D'après un arrêt rendu sur les conclusions du premier avocat général Dupré-Lasale, la cour de Paris a déclaré qu'est valable le legs de la quotité disponible fait par une mère à son enfant naturel, à la charge par celui-ci de rendre les biens légués à ses enfants légitimes nés ou à naître. L'art. 1048, C. civ., reçoit son application à ce cas. — Paris, 27 avr. 1868, Griet, [S. 68.2.173, P. 68.711]

763. — Mais serait nulle la disposition faite avec substitution au profit des enfants naturels du donataire. — Paris, 27 avr. 1868, précité.

764. — La question a été de nouveau soumise plus tard au tribunal de la Seine et à la cour de Paris qui, par jugement du 11 mars 1885, sous Cass., 2 mai 1888, Rueff, [S. 88.1.217, P. 88.1.521, D. 88.1.209] et par arrêt du 24 juin 1886 (*ibid.*), l'ont résolue dans le même sens. Saisie à son tour, la Cour de cassation a décidé que l'art. 1048, C. civ., autorisant les père et mère à donner à un ou plusieurs de leurs enfants les biens dont ils peuvent disposer, avec charge de les rendre aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, des donataires, s'applique aussi bien aux père et mère naturels, qu'aux père et mère légitimes. — Cass., 2 mai 1888, précité.

765. — Cette opinion a été cependant combattue (Demolombe, t. 22, n. 412; Cossé, p. 225) et les arguments, d'ailleurs sérieux, que l'on peut faire valoir dans le sens de la nullité de la substitution ont été mis en valeur devant la Cour de cassation en 1888 par M. l'avocat général Desjardins. Néanmoins, surtout depuis la loi du 25 mars 1896 qui a fait des parents et enfants naturels des héritiers légitimes, il n'y a pas lieu de croire à un changement de jurisprudence, et la validité de la substitution en pareil cas nous paraît en effet consacrée par l'ensemble des dispositions du Code civil. L'enfant naturel n'a-t-il pas, comme l'enfant légitime, avec des différences dans la quotité, une réserve, de sorte qu'à son égard la succession paternelle comprend quotité disponible et réserve? Ses enfants légitimes ne sont-ils pas, à l'encontre de ses enfants naturels liés à lui seulement par l'acte personnel qu'est la reconnaissance, les petits-enfants de son père naturel au sens légal du mot? Une fois le lien légal établi par la reconnaissance entre le père naturel et son fils, c'est la loi qui se charge au second degré de rattacher les enfants légitimes de ce fils et elle le fait de façon absolue et fatale. L'art. 761 en fournit la preuve puisqu'en cas de prédécès d'un enfant naturel, ses enfants et descendants peuvent exercer ses droits sur la succession de son père. L'hypothèse rentre donc certainement dans les termes de l'art. 1048, et s'il est vrai que ce texte ne nomme pas formellement les enfants naturels reconnus comme pouvant être grevés de substitution, incontestablement aussi il ne les exclut pas. Or plusieurs dispositions du Code sont appliquées uniformément aux deux familles légitime et naturelle, bien que la seconde n'y soit pas expressément visée. Pour qu'il en soit ainsi de l'art. 1048, il suffit que l'hypothèse d'une libéralité par un père naturel à son fils rentre dans sa formule sans contredire aucun terme. Or telle est précisément la situation. Notre solution du moins est-elle contraire à l'esprit qui a fait écrire l'art. 1048? Nous ne le pensons pas. Sans doute, on pourrait être d'un avis différent si, en maintenant ici à titre exceptionnel la faculté de substituer, le Code civil avait voulu surtout, comme sous l'ancien régime, assurer la conservation des familles en tant qu'autorités et forces sociales. Mais tel n'est pas son unique ni même son principal but. Ses rédacteurs ont entendu permettre à l'affection d'un aïeul de sauvegarder, contre les prodigalités de son fils, l'avenir de ses petits-enfants au point de vue de la fortune. Pourquoi cette précaution serait elle tenue pour moins légitime du fait que le lien entre l'aïeul et les petits-enfants est formé par un fils naturel? Fut-on gêné par cette considération exacte que les rigueurs du Code civil à l'endroit des enfants naturels

étaient inspirées à ses auteurs par l'intention de punir les parents naturels eux-mêmes dans leurs enfants, partant de refuser à ces parents dans une large mesure au moins le droit d'avantager lesdits enfants, il faut reconnaître immédiatement que l'esprit actuel de la législation française est tout autre : la loi précitée du 25 mars 1896 en est la preuve. Aussi bien dans notre espèce, il s'agit d'un avantage, non pour l'enfant naturel lui-même, mais pour sa postérité légitime.

766. — B. *Frères et sœurs du grevé.* — Il est également permis par l'art. 1049, à un frère ou à une sœur, s'il meurt sans enfants, de faire une substitution au profit de ses neveux ou nièces. Ici encore l'interprétation restrictive oblige à refuser à tout autre collatéral une pareille faculté. Notamment un oncle ne pourrait pas, en faisant une libéralité directe à son neveu, celui-ci fût-il personnellement héritier présomptif par suite du décès de son père, le grever de l'obligation de rendre à ses enfants, petits-neveux ou petites nièces du donateur. Le texte de l'art. 1049 s'oppose à toute extension et, au point de vue économique, les motifs que nous avons invoqués contre la possibilité de la part d'un aïeul de grever ses petits-enfants de substitution s'appliquent également ici (V. *suprà*, n. 757). — Demolombe, t. 22, n. 414; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 332, note 3; Huc, t. 6, n. 404; Planiol, t. 3, n. 3301.

767. — De plus, bien que consacrée par la loi, la faculté de substituer est, chez les frères et sœurs du grevé, subordonnée à une condition : il faut que le disposant meure sans enfants. Sans doute jamais ces enfants ne pourraient être dépouillés de leurs droits héréditaires, la substitution ne portant que sur la quotité disponible. Mais les rédacteurs du Code civil ont envisagé la substitution, dans le cas où ils l'autorisaient, comme le moyen d'assurer la transmission héréditaire des biens donnés ou légués dans la branche appelée par la loi elle-même à les recueillir. Or, s'ils ont des enfants, les frères et sœurs les ont pour héritiers directs et doivent d'ailleurs songer à eux tout d'abord. C'est seulement quand ils n'en ont pas que la loi appelle à leur succéder leurs frères et sœurs et leurs représentants ; alors seulement aussi la substitution est permise. Peut-être aussi le Code a-t-il voulu simplement restreindre l'emploi de ce procédé exceptionnellement autorisé.

768. — Il faut, mais il suffit, qu'il y ait de la part du disposant *mort sans enfants*. L'art. 1049 demeure donc applicable alors même que le disposant avait des enfants au moment de la confection de l'acte, si ces enfants meurent avant lui. L'inexistence d'enfants est, en effet, moins une condition de capacité personnelle qu'une condition de disponibilité réelle. — Duranton, t. 9, n. 527; Zachariæ, § 696, note 3; Marcadé, sur l'art. 1048, n. 2; Demolombe, t. 22, n. 419; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 334, note 7; Laurent, t. 14, n. 526; Planiol, t. 3, n. 3301; Demante, *Thémis*, t. 7, p. 152.

769. — Au reste, spécialement quand la disposition est par acte de dernière volonté, cet acte n'est censé fait qu'à l'instant même du décès. Et, d'une façon générale, la substitution est permise pour garantir la transmission des biens à ceux auxquels ils sont destinés par la loi.

770. — D'après l'ordonnance de 1747 et également, pensons-nous, sous l'empire du Code civil primitif, le disposant était réputé mort sans enfants alors qu'il ne laissait que des enfants morts civilement. La question ne se pose plus depuis la loi du 31 mai 1854 abolitive de la mort civile. Mais faut-il donner la même solution et déclarer l'art. 1049 applicable quand les enfants du disposant, d'ailleurs vivants à son décès, sont exclus de sa succession comme indignes ou renonçants ? La question est controversée dans la doctrine. Certains auteurs croient alors la substitution valable et susceptible légalement d'exécution. Les enfants renonçants (ou indignes) sont réputés n'avoir jamais été héritiers et considérés comme inexistants par rapport à la succession. Au point de vue successoral donc, on dira avec [illegible] que le disposant meurt sans enfants. — Vazeille, sur l'art. 1049, n. 4; Marcadé, sur l'art. 1049; Laurent, t. 14, n. 526; Cossé, p. 230; Michaux, n. 1473 et s.

771. — Mais l'opinion contraire est plus généralement suivie et plus conforme aussi à la règle de l'interprétation restrictive que nous avons posée (V. *suprà*, n. 755). Pour que la substitution soit possible, dit l'art. 1049, il ne faut pas que le disposant laisse des enfants. Or il en laisse certainement quand bien même lesdits enfants sont indignes ou renonçants. — Coin-Delisle, sur l'art. 1049, n. 10; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1727; Demolombe, t. 22, n. 420; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 334, note 8. — Et d'ailleurs, les enfants même renonçants ou indignes ne comptent-ils pas pour le calcul de la réserve au cas de l'art. 913, C. civ., alors pourtant qu'il s'agit de l'application d'une règle générale et non pas d'une exception aux règles légales?

772. — La substitution faite par le frère du grevé au profit de ses neveux est, avons-nous dit, valable, même sous forme de donation entre-vifs, ce frère eût-il alors des enfants, si ceux-ci sont morts avant lui. Mais, à l'inverse, une telle substitution, effectuée sous cette forme alors que le disposant n'avait pas d'enfants, vaudrait-elle nonobstant la survenance ultérieure d'un enfant au donateur? L'affirmative a été [illegible] par certains auteurs. — Toullier, t. 5, n. 797; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Substitution*, chap. 2, sect. 2, § 6, n. 17. — Mais cette opinion est aujourd'hui [illegible]. Elle est en contradiction formelle avec le texte de l'art. 960, C. civ. Aussi bien serait-il irrationnel au premier chef d'admettre que la survenance d'un enfant au donateur [illegible] la libéralité pure et simple faite entre frères et laisserait substituer la même libéralité si elle était doublée d'une substitution au profit des enfants du donataire. En conséquence, il faut dire que la donation entre-vifs avec charge de substitution serait, comme toute autre, révoquée par la survenance d'un enfant au donateur qui n'en avait pas à l'époque de la donation, sans qu'elle pût revivre par le prédécès de l'enfant dont la naissance avait opéré la révocation. L'art. 964 rend en effet la révocation définitive. — Duranton, t. 9, n. 528; Delvincourt, t. 2, p. 100; Grenier, t. 1, n. 360; Vazeille, sur l'art. 1049, n. 2; Marcadé, sur l'art. 1049, n. 2; Coin-Delisle, sur les art. 1048-1050, n. 8; Troplong, t. 4, n. 2215; Demolombe, t. 22, n. 421; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 465, note 5; Aubry et Rau, t. 7, p. 334, § 696, note 9; Laurent, t. 14, n. 526; Planiol, t. 3, n. 3301.

773. — La présence, au décès du disposant, d'un enfant adoptif ou naturel entraînerait-elle, comme celle d'un enfant légitime ou légitimé, la nullité de la substitution? Les auteurs sont fort divisés en ce qui concerne l'enfant adoptif. D'après les uns l'enfant adoptif ayant les mêmes droits que l'enfant légitime (C. civ., art. 350), il est hors de doute que son existence rend nulle la disposition. — Marcadé, sur l'art. 1049, n. 2; Vazeille, sur l'art. 1049, n. 4; Demolombe, t. 22, n. 416, 416 *bis*; Laurent, t. 14, n. 526; Huc, t. 6, n. 404; Cossé, p. 230. — La substitution, disent-ils, est destinée, dans la pensée des rédacteurs du Code civil, à assurer la dévolution héréditaire telle que la loi l'établit. Or ici, loin de garantir la dévolution légale, elle la détruirait puisque, d'après l'art. 350 précité, l'enfant adoptif exclut les frères et sœurs du défunt de la succession de celui-ci. Donc la présence d'un enfant adoptif suffit à rendre caduque la substitution, et cela aussi bien quand l'adoption est postérieure à l'acte créant la substitution que lorsqu'elle le précède.

774. — D'autres se prononcent pour la validité de la substitution nonobstant la présence d'enfants adoptifs. — Troplong, t. 4, n. 2219; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1725; Coin-Delisle, sur l'art. 1049, n. 9; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 333, note 5. — Rien n'est évidemment plus rationnel quand la substitution a précédé l'adoption, car il serait étrange qu'elle pût être anéantie par un simple acte de volonté de son auteur. Mais la solution doit encore s'appliquer si c'est l'adoption qui est intervenue la première. En effet, si l'art. 350, C. civ., donne à l'adopté les mêmes droits de succession, partant de réserve, qu'à l'enfant légitime, nulle part le Code ne lui confère le titre d'enfant. D'autre part, les substitutions n'ayant lieu jamais que dans les limites de la quotité disponible, la condition d'absence d'enfants exigée par l'art. 1049 pour la validité de la substitution n'a pas pour but de garantir la réserve. Cette condition ne peut s'expliquer que par le désir de restreindre le plus possible l'usage des substitutions. S'il en est ainsi, le mot « enfants » doit être pris dans son sens naturel. Or l'adoption crée [illegible] et adopté certains rapports fictifs de paternité et de filiation, notamment [illegible] droits héréditaires, [illegible] serait étendre la fiction au delà des [illegible] n'est pas permis [illegible] l'adopté sous le terme générique *enfants* dans les dispositions de la loi ou de l'homme.

775. — [illegible] décès que des enfants naturels reconnus, la disposition faite avec charge de substitution serait valable. Telle était déjà l'opi-

nion consacrée par l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 23 et s., et, pas plus que pour l'enfant adoptif, elle ne fait échec au droit de réserve de l'enfant naturel. Sans doute ce dernier, au contraire de l'adopté, est bien certainement un enfant, et l'art. 1049 ne distingue pas entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Mais d'abord ne peut-on pas tirer un argument d'analogie puissant, quoique non décisif, de l'art. 960 d'après lequel la survenance d'un enfant naturel ne saurait suffire pour révoquer une donation? D'autre part, nonobstant la présence de cet enfant, les frères et sœurs demeurent, pour partie au moins, les héritiers légaux du défunt. Enfin et surtout, si la présence de l'enfant naturel devait entraîner l'inefficacité de la substitution, cette nullité profiterait non seulement à la descendance du disposant, mais encore à ses parents collatéraux, ce qui dépasserait l'intention présumable du législateur. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 333, note 6; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions*, chap. 2, sect. 2, § 1; Demolombe, t. 22, n. 417; Colmet de Santerre, t. 4, n. 219 *bis*-IV; Laurent, t. 14, n. 562; Huc, t. 6, n. 404; Cossé, p. 227.

776. — Il résulte des explications déjà données que les frères ou sœurs du disposant peuvent seuls être grevés de substitution. D'ailleurs celui qui a plusieurs enfants ou plusieurs frères et sœurs est parfaitement libre, en leur distribuant ses biens, de ne pas leur imposer à tous cette charge. Pourvu qu'il se renferme dans les limites de la quotité disponible, il peut donner cette quotité tout entière à l'un sous cette obligation, ou la répartir entre eux également ou inégalement, par préciput, en n'imposant l'obligation de la restitution qu'à l'un ou à quelques-uns d'entre eux. — Demolombe, t. 22, n. 418.

777. — Si plusieurs légataires sont chargés de conserver et de rendre la quotité disponible qui leur a été léguée, la substitution est censée faite par portions, de telle sorte qu'à la mort de chacun de ces légataires, ses propres enfants recueillent de suite la portion pour laquelle il a été institué. En d'autres termes, chacun des légataires n'est censé être grevé que pour la part qu'il reçoit et envers ses propres enfants seulement. — Thévenot, chap. 67; Rolland de Villargues, chap. 2, sect. 2, § 1, n. 17.

778. — II. *Qui peut ou doit être appelé.* — La substitution n'est possible et licite que si la charge de conserver et de rendre est imposée au légataire ou donataire en faveur de ses seuls enfants légitimes ou légitimés, nés ou à naître, de *tous* ses enfants sans distinction d'âge ni de sexe et au premier degré uniquement, jamais graduellement ni successivement (C. civ., art. 1048, 1050).

779. — 1° Seuls les enfants du bénéficiaire direct peuvent être appelés à profiter de la substitution. Telle est la règle incontestablement posée par le Code civil au contraire de celle contenue dans la loi du 17 mai 1826. Par suite, lorsque, par son testament, un père a imposé à ses enfants la charge de rendre, ce testament est nul s'il n'énonce pas que la charge a été imposée au profit des enfants nés ou à naître. — Paris, 13 mai 1813, Lallemand, [S. et P. chr.]

780. — Il en résulte également que le testateur ne peut appeler d'autres personnes concurremment avec les enfants du grevé. — Cass., 27 juin 1811, Drion, [S. et P. chr.] — *Sic,* Merlin, sect. 5, § 2, n. 4; Duranton, t. 8, n. 31, et t. 9, n. 524 et 531; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions,* ch. 2, sect. 2, n. 13; Vazeille, sur l'art. 1048, n. 5; Coin-Delisle, *ibid.*, n. 16; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 192, § 468, note 7; Demolombe, t. 12, n. 422; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 334, note 10; Laurent, t. 14, n. 527; Huc, t. 6, n. 404; Planiol, t. 3, n. 3302; Michaux, n. 1484.

781. — Spécialement, la disposition que fait une personne n'ayant pas de descendants, de tout ou partie de ses biens au profit de l'un de ses frères, à la charge par celui-ci de rendre les biens donnés, moitié à ses propres enfants, et l'autre moitié aux enfants d'un autre frère, est nulle pour le tout, tant à l'égard de l'institué qu'à l'égard des substitués. Le vice résultant de la substitution partiellement faite au profit des enfants du frère non institué, infecte, d'après l'art. 896, C. civ., non seulement l'institution, mais encore la substitution partiellement faite au profit des enfants de l'institué, quoique valable en elle-même, aux termes de l'art. 1049, C. civ. — Même arrêt. — *Contra,* Bruxelles, 14 juill. 1808, Drion, [S. et P. chr.]

782. — 2° Les enfants adoptifs ou naturels du fils ou du frère grevé de restitution ne font pas partie de la famille du disposant. Il en résulte que la charge de conserver et de rendre ne peut être stipulée qu'au profit des enfants légitimes ou légitimés. Une substitution serait même nulle pour le tout, comme faite en dehors des termes des art. 1048 et 1049, qui serait effectuée au profit des enfants naturels et des enfants légitimes du grevé à la fois. Cette doctrine est fort ancienne dans notre droit. Avant l'ordonnance de 1747, concernant les substitutions, l'enfant naturel n'était pas censé compris dans la disposition qui appelait les enfants du grevé à la substitution, surtout dans les pays régis par le droit écrit. Jugé que l'enfant naturel qui, dans l'opinion de la caducité de la substitution, a accepté la pension viagère à lui constituée par son père grevé, et qui depuis en a consenti l'amortissement et reçu le prix des mains de l'héritier légitime, détenteur en cette qualité des biens substitués, ne peut arguer de nullité l'acte de remboursement, sous prétexte que la pension était alimentaire et incessible. — Cass., 21 juin 1815, Montréal, [S. et P. chr.] — Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions*, ch. 2, sect. 2, § 1; Delaporte, t. 4, p. 512. — Cette doctrine doit être suivie aujourd'hui. — Demolombe, t. 22, n. 423, 424; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 335, note 14; Laurent, t. 14, n. 527.

783. — Il a été jugé, en ce sens, que les substitutions permises par l'art. 1048, C. civ., ne peuvent avoir lieu qu'en faveur des enfants légitimes du grevé, et non en faveur de ses enfants naturels. — Caen, 2 déc. 1847, Soynard, [S. 49.2.195, P. 48.1.546, D. 49.2.84]

784. — 3° Il faut que la charge de conserver et de rendre soit établie en faveur de tous les enfants nés ou à naître du grevé. Si donc la charge de rendre ne comprenait que les enfants actuellement nés, la disposition serait nulle alors même qu'il ne serait pas né d'autres enfants au grevé. — Bruxelles, 14 juill. 1808, Drion, [S. et P. chr.] — En autorisant exceptionnellement les substitutions, le Code n'a pas entendu déroger aux principes de l'égalité héréditaire. On ne pourrait donc valider aujourd'hui, comme on l'a fait pour l'époque antérieure au Code civil (Cass., 14 fruct. an X, Clercy, [S. et P. chr.]; — 5 janv. 1807, Irené, (P. chr.), la substitution faite au premier enfant mâle à naître du mariage du grevé à l'exclusion des filles.

785. — De même, si la substitution par laquelle le testateur charge le grevé de choisir parmi ses enfants celui qui recueillera les biens formant l'objet de la substitution était valable sous l'empire de la loi du 17 mai 1826 (Riom, 4 juin 1847, Chassany, S. 47.2.467, P. 47.2.364), cette substitution est devenue caduque et le grevé est demeuré propriétaire incommutable des biens légués s'il n'a pas exercé son option avant la loi du 7 mai 1849, qui a aboli celle de 1826 : tout choix fait depuis cette loi est sans effet. Il reste à appliquer les seuls principes du Code civil qui sont incompatibles avec l'idée d'une pareille substitution. — Pau, 26 févr. 1869, Dartugues, [S. 69.2.169, P. 69.726, D. 74.5.465]

786. — Seulement dans l'art. 1050, les expressions *enfants nés ou à naître* ne sont pas sacramentelles et, pour que la substitution vaille, il suffira que les magistrats, interprétant la pensée du disposant, estiment qu'il n'a entendu écarter aucun des enfants du grevé. — Merlin, *Rép.*, v° *Substitution fidéicommissaire,* sect. 5, § 1, n. 3; Duranton, t. 9, n. 543; Malleville, sur l'art. 1050; Demolombe, t. 22, n. 426; Zachariæ, § 696, note 6; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 334, note 11; Laurent, t. 14, n. 528.

787. — La Cour de cassation a décidé, en ce sens, qu'il n'est pas absolument nécessaire d'exprimer que la charge de rendre est au profit de tous les enfants nés et à naître : il suffit que, des termes du testament on puisse induire que telle est l'intention du testateur. — Cass., 31 mars 1807, Hardy, [S. et P. chr.]

788. — ... Qu'une disposition obligeant le grevé à rendre *à ses héritiers*, pourrait, d'après les circonstances, être validée comme faite au profit de *ses enfants* conformément à l'art. 1050, C. civ. — Cass., 5 févr. 1835, Leharivel, [S. 35.1.87, P. chr.]

789. — 4° La charge de conserver et de rendre ne saurait être établie qu'en faveur de tous les enfants et *au premier degré seulement.* De ces derniers mots résulte incontestablement et de l'aveu de tous la prohibition des substitutions graduelles. Mais, lorsqu'un testateur a légué ses biens à son fils et, après celui-ci, à son petit-fils, pour en jouir sa vie durant; lorsqu'en outre il a indiqué le partage de ces mêmes biens entre des collatéraux, dans le cas où son petit-fils décéderait sans enfants, il ne résulte pas de ce testament une substitution implicite en faveur

des arrière-petits-enfants du testateur. — Cass., 23 nov. 1842, Guilbert, [S. 43.1.43, P. 42.2.750]

790. — Il en résulte encore qu'il n'est pas permis de substituer *omisso medio*, c'est-à-dire en appelant des descendants nés ou à naître des enfants du grevé au lieu de ces enfants eux-mêmes. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 335.

791. — Mais un point est plus controversé. On se demande si ces mots des art. 1048 et 1049, *au premier degré seulement*, doivent s'entendre d'un degré de parenté, c'est-à-dire de la première génération, ou d'un degré de substitution. D'une façon plus précise, l'art. 1048 permet-il au père de grever son fils au profit des petits-enfants de ce dernier, alors que les fils du grevé étaient prédécédés? Pour l'affirmative on dit qu'il y a même raison de décider dans un cas que dans l'autre, et que par premier degré du donataire on entend le degré le plus proche : c'est-à-dire celui qu'aucun autre ne précède. Les textes ne répugnent pas à cette interprétation et quand ils ajoutent aux expressions précédentes le mot *seulement*, ils entendent restreindre à un seul degré la faculté de substituer. Au reste le bas âge de l'appelé n'a pas, comme celui du grevé, l'inconvénient de prolonger l'incertitude de la propriété. — Delvincourt, t. 2, p. 401 ; Duranton, t. 9, n. 526; Vazeille, sur l'art. 1048, n. 4; Malleville, t. 2, p. 505 ; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 335, note 13.

792. — Mais la négative est plus généralement adoptée. Sans doute, dit-on, l'ordonnance de 1747 permettait de substituer à deux degrés sans compter les générations intermédiaires disparues. Mais la formule par elle employée différait complètement de celle de l'art. 1048, qui parle du premier degré seulement des enfants nés et à naître. Le premier degré d'enfant à naître ne peut grammaticalement s'entendre que d'un degré de génération et non d'un degré de substitution. Or tout en notre matière doit être interprété restrictivement et la rubrique du chapitre qui désigne les appelés sous le nom de petits-enfants du donataire est favorable à cette thèse. — Toullier, t. 5, n. 726; Coin-Delisle, sur l'art. 1048, n. 4; Grenier, t. 1, n. 361 ; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substit.*, sect. 2, § 1, n. 16; Troplong, t. 4, n. 2222; Demolombe, t. 22, n. 430; Laurent, t. 14, n. 529 ; Huc, t. 6, n. 404; Colmet de Santerre, t. 4, n. 209 *bis*-VI; Cossé, p. 233; Baudry-Lacantinerie, t. 2, n. 663.

793. — Seulement les juges du fond décident souverainement, par interprétation des termes du testament et de l'intention du testateur, qu'une substitution dans les limites de l'art. 1048, C. civ., suffit pour réaliser la pensée du testateur, et que celui-ci a voulu faire seulement ce que la loi lui permet. — Cass., 29 janv. 1878, De Sevin du Pécile, [S. 80.1.198, P. 80.474]

794. — Ainsi les juges du fond décident souverainement qu'un testateur, en donnant ses biens à son fils, « à charge de les rendre aux enfants ou descendants qu'il laissera à son décès », n'a pas entendu, par l'expression « descendants », désigner ses arrière-petits-enfants, et que, dans tous les cas, il s'est référé à l'hypothèse, prévue par l'art. 1051, du concours des petits-enfants du grevé avec ses enfants. — Même arrêt.

795. — L'art. 1051 apporte une exception à cette règle que la substitution doit profiter aux enfants du grevé, *au premier degré seulement*. En même temps il déroge à cette règle que la représentation est admise dans les successions légales seulement et jamais dans les dispositions testamentaires. D'après ce texte, « si le grevé de restitution au profit de ses enfants meurt laissant des enfants au premier degré et des descendants d'un prédécédé, ces derniers recueilleront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé ». Sans cette représentation anormale, la substitution créerait une inégalité entre les héritiers, ce que le Code veut éviter.

796. — Seulement cette représentation n'est établie par la loi que dans l'hypothèse où l'un des appelés décède avant le grevé, mais après le testateur. D'où, appliquant étroitement l'exception, un jugement a décidé que, lorsque l'un des enfants du grevé de substitution est décédé avant le testateur, laissant des enfants, ceux-ci ne peuvent profiter de la substitution, permise seulement en faveur des petits-enfants, et, par suite que la substitution est nulle comme n'étant pas faite au profit de tous les enfants du grevé, ainsi que le veut la loi. — Trib. Mamers, 30 août 1870, Amiot, [S. 71.2.20, P. 71.134]

797. — Mais que décider si tous les enfants au premier degré du grevé décèdent avant lui, laissant tous ou quelques-uns d'entre eux au moins des enfants? Ceux-ci pourront-ils invoquer la représentation pour bénéficier de la substitution comme si l'un au moins de leurs oncles ou tantes avait survécu? Cette question, Aubry et Rau le font justement remarquer, ne doit pas être confondue avec celle précédemment exposée, de savoir si un père peut grever son fils, dont les enfants sont déjà décédés lors de la disposition en laissant eux-mêmes des enfants, de l'obligation de rendre à ces derniers, c'est-à-dire à ses arrière-petits-enfants. Ici tout le monde est d'accord sur la solution à donner. L'ouverture de la substitution est subordonnée à la survie des appelés au grevé; par suite, le prédécès de tous les appelés fait évanouir la substitution et fixe irrévocablement la propriété des biens sur la tête du grevé. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que nous sommes en une matière spéciale dérogeant au principe de l'art. 896, C. civ. Il faut rejeter toute idée de représentation si les substitués se trouvaient tous prédécédés : 1° parce que la représentation n'a jamais été admise en principe que dans les successions *ab intestat ;* 2° parce que l'art. 1051 l'introduisant dans une disposition de l'homme, on ne peut étendre cet article hors du cas spécialement prévu. — Grenier, n. 361 ; Toullier, t. 5, n. 727; Duranton, t. 9, n. 548; Delaporte, *Pand. fr.*, t. 4, p. 515; Rolland de Villargues, *v° cit.*, chap. 2, sect. 2, § 1; Marcadé, sur l'art. 1051; Taulier, t. 4, p. 194; Coin-Delisle, sur les art. 1048-1051, n. 4 et 5; Poujol, sur les art. 1048-1051, n. 3; Troplong, t. 4, n. 2222; Zachariæ, § 696, notes 8, 55; Demolombe, t. 22, n. 427; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 356, note 89; Huc, t. 6, n. 404; Laurent, t. 14, n. 530; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 665 ; Cossé, p. 233. — *Contrà*, Malleville, sur l'art. 1051 ; Delvincourt, t. 2, p. 402; Vazeille, sur l'art. 1051, n. 2.

798. — Jugé, en ce sens, que si les enfants du grevé de substitution décèdent avant lui, les petits-enfants du grevé ne sauraient prétendre être appelés à recueillir le bénéfice de la substitution, puisque, relativement au grevé, ils sont au second degré et non au premier. — Rouen, 23 juin 1848, Trannoy, [S. 49.2.181, P. 49.1.628, D. 49.2.162]

799. — Les auteurs s'accordent aussi à enseigner que, quand une des substitutions permises par la loi sort des bornes par elle établies, comme si le donateur l'avait étendue au troisième degré ou l'avait portée hors de la descendance du donataire, elle est nulle pour le tout et entraîne la nullité de la disposition en premier ordre. — Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 5, § 2, n. 4; Vazeille, sur l'art. 1048, n. 5; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subst.*, ch. 2, sect. 2, § 1, n. 13; Duranton, t. 8, n. 31, et t. 9, n. 524; Coin-Delisle, sur l'art. 1048, n. 16; Troplong, t. 4, n. 2225; Demolombe, t. 22, n. 422; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 335, note 15. — Cette thèse résulte en effet, semble-t-il, forcément de la combinaison des art. 1048 et 1049 avec le § 2 de l'art. 896 qui pose en principe la prohibition des substitutions. Elle n'a été contestée que par Toullier (t. 5, n. 729); dans l'hypothèse particulière d'une disposition contenant deux substitutions successives, la seconde seule, dit-il, serait nulle, car *utile per inutile non vitiatur*. Cette maxime semble bien inapplicable dans une matière aussi exceptionnelle que celle des substitutions. — La jurisprudence s'est décidée dans le sens de la majorité des auteurs. — Cass., 27 juin 1811, Drion, [S. et P. chr.] — Caen, 2 déc. 1847, Soynard, [S. 49.2.193, P. 48.1.546, D. 49.2.84]

800. — Mais, nulle pour une partie des biens qu'elle a pour objet, une substitution continuerait à valoir pour le surplus. — Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 1, § 14, n. 8; Zachariæ, § 696, note 10; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 336, note 16.

801. — Surtout la nullité d'une substitution n'emporterait pas celle des autres substitutions contenues dans le même acte testamentaire. — Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, sect. 5, § 2, n. 4; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 336, note 17.

Section II.

Quels biens peuvent être substitués et en quelle quotité

802. — On peut donner avec charge de substitution les mêmes biens qu'on peut donner directement. Ainsi, on peut substituer les meubles et les immeubles ainsi que les créances (C. civ., art. 1048 et s.; Dig., tit. *De leg.*, L. 41 et 59-3° ; Ordonn. 1747, tit. 1, art. 3). — Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 6, § 1, art. 3, n. 3; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 336 ; Planiol, t. 3, n. 3303. — L'art. 1063 du Code civil suppose même

que les meubles peuvent être substitués à charge de les rendre en nature.

803. — Mais la chose d'autrui, ne pouvant être donnée directement, ne saurait être l'objet d'une substitution (C. civ., art. 1021). Et, en supposant même que la chose de l'héritier, du légataire ou du donataire, ne soit pas considérée comme chose d'autrui par rapport au disposant, au point de vue de l'application de l'art. 1021, elle ne pourrait pas faire l'objet d'une substitution, car le grevé ne peut être tenu de restituer autre chose que ce qui lui a été directement donné ou légué. Tout au plus pourrait-on dire que, si à un legs on mettait comme charge ou condition l'obligation de livrer la chose d'autrui et que ce legs fût accepté, la disposition serait valable, mais ne renfermerait pas une substitution puisqu'elle ne contiendrait pas coexistence de deux donations.

804. — Il est interdit, en principe, à qui a donné des biens sous charge de restitution, d'imposer ultérieurement au donataire l'obligation de conserver et de rendre ces biens. La règle est évidemment différente s'il s'agit d'une disposition testamentaire faite purement et simplement et corrigée ensuite, par cette raison qu'une telle libéralité n'est définitive qu'au jour du décès du testateur. Mais en matière de donations entre-vifs, le principe qui domine est l'irrévocabilité. Telles étaient déjà les règles posées par l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 15 et 16 (V. aussi Dig., *De legatis*, L. 37, § 3). Le donateur ne pourrait même pas, le donataire y consentant, grever de restitution les biens attribués d'abord à ce dernier sans charge ni condition. — Delvincourt, t. 2, p. 100; Duranton, t. 9, n. 554; Zachariæ, § 696, note 15; Demolombe, t. 22, n. 444; Aubry et Rau, t. 7, § 696, note 23; Laurent, t. 14, n. 536; Huc, t. 6, n. 405.

805. — Et la réserve que, dans la libéralité primitive, le donateur aurait faite de pouvoir, par la suite, charger la libéralité de substitution serait nulle comme contraire à la règle : « Donner et retenir ne vaut ». L'effet de cette clause serait, d'après Demolombe (t. 22, n. 445), d'annuler la donation pour la part qui se trouverait atteinte de cette faculté de révocation. La libéralité serait donc réputée faite sous condition résolutoire pour le cas où le donataire laisserait des enfants. Cette condition se réalisant, la donation se trouverait *ipso facto* résolue, et le donateur serait censé être toujours resté propriétaire, qu'il eût ou non grevé de substitution les biens donnés. Si, au contraire, le donataire ne laissait pas d'enfants, la condition serait défaillie et le donataire deviendrait rétroactivement propriétaire incommutable des biens. — Colmet de Santerre, t. 4, n. 211 *bis*-III.

806. — La règle : « Donner et retenir ne vaut » est loin d'être applicable dans son intégrité aux donations faites par contrat de mariage. Néanmoins, l'interdiction pour le donateur de se réserver la faculté de substituer après coup s'applique aux institutions contractuelles comme aux donations ordinaires. Telle était la disposition formelle de l'ordonnance de 1747, art. 13 (Pothier, *Substitutions*, sect. 4, art. 2, § 5), et il n'y a pas lieu de supposer que le Code civil qui, en règle générale, est hostile aux substitutions, se soit montré plus large. Tout au contraire, l'exception dont nous allons parler à la règle de la prohibition des substitutions après coup est empruntée par l'art. 1052 à l'ordonnance et vraisemblablement a la même portée restrictive. — Demolombe, t. 22, n. 445 *bis*.

807. — D'après l'art. 1052, C. civ., « Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition. » Ainsi une donation pure et simple entre personnes visées aux art. 1048 et 1049 peut être convertie en substitution par une nouvelle libéralité entre-vifs ou testamentaire du même donateur au même donataire et acceptée par celui-ci sous cette condition expresse. Le donataire qui accepte cette seconde libéralité n'y peut plus en aucun cas renoncer pour s'en tenir à la première en échappant à la condition de substitution.

808. — Pour que l'art. 1052 soit applicable, il faut : 1° que la seconde libéralité en soit vraiment une et non un simple présent ou cadeau destiné à masquer seulement l'obligation de restitution. Au surplus, dès lors qu'il y a libéralité véritable, peu importe qu'elle soit faite par donation ou par testament, à titre universel ou à titre particulier; peu importe aussi sa valeur relative par rapport à la première. Surtout il n'est pas besoin qu'elle soit supérieure à la première. Le donataire doit s'imputer d'avoir accepté une donation onéreuse et ne serait pas restitué. — Marcadé, sur l'art. 1052.

809. — 2° Que la charge de restitution soit imposée par l'auteur de la donation primitive. Elle ne pourrait atteindre les biens personnels du donataire, ceux qu'il aurait reçus d'un tiers ou même ceux qu'il aurait acquis du donateur actuel de toute autre façon que par donation. Dans ces divers cas elle serait réputée non écrite en vertu de l'art. 900, C. civ. — Cass., 9 févr. 1808, Celles, [P. chr.] — *Sic*, Duranton, t. 9, n. 554; Toullier, t. 5, n. 732; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 337, notes 24, 25; Demolombe, t. 22, n. 451; Cossé, p. 240. — *Contra*, Pothier, sect. 4, art. 1, § 4. — Si la charge de rendre portait à la fois sur les biens donnés la première fois et sur d'autres acquis par le donataire d'une façon différente, nulle à l'égard de ceux-ci par application de l'art. 1052, la substitution ne le serait pas pour le tout. Adoptant ici la même solution que dans l'hypothèse étudiée plus loin où la substitution porte sur des biens dépassant la quotité disponible, nous pensons que l'effet de la substitution doit seulement être limité aux biens sur lesquels elle pouvait valablement porter.

810. — 3° Que la seconde libéralité soit acceptée par le donataire, d'ailleurs capable de recevoir au moment où il accepte (Furgole, sur l'ord. de 1747, tit. 16, art. 16). Si elle est écrite dans le testament du donateur, l'acceptation s'induira, comme dans les cas ordinaires, d'une demande en délivrance de legs, ou par la mise en possession, ou expressément d'une demande judiciaire (Grenier, n. 363). Mais, si la nouvelle libéralité est faite par donation, elle ne produira d'effet qu'autant qu'elle aura été acceptée expressément, suivant les règles de l'art. 932, C. civ.

811. — Au reste, en ce dernier cas, l'acceptation, même faite expressément, n'empêcherait pas le donataire de faire valoir sa réserve sur les biens précédemment donnés et désormais grevés de substitution. Le contraire a été naguère soutenu (Grenier, t. 1, n. 364; Toullier, t. 5, n. 732); mais cette opinion n'est pas admissible, car elle supposerait possible la renonciation d'un réservataire à sa réserve avant l'ouverture de la succession. Or les art. 791 et 1130 du Code condamnent ce point de départ (Troplong, t. 4, n. 2233, 2234; Demolombe, t. 22, n. 435; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 336, note 19). Evidemment, au contraire une telle renonciation est licite après l'ouverture de la succession. Si donc la seconde libéralité était contenue dans un testament, l'acceptation qui en serait faite consacrerait l'extension de la substitution à la réserve.

812. — Il n'est nullement nécessaire d'ailleurs, pour assurer l'obligation de restituer les biens reçus la première fois, que la seconde libéralité impose au donataire la même charge quant aux biens qu'elle contient. — Duranton, t. 9, n. 355; Delvincourt, t. 2, p. 101; Zachariæ, § 696, note 16; Demolombe, t. 22, n. 418; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 337, note 25.

813. — Mais les biens compris dans la nouvelle libéralité peuvent certainement eux-mêmes être grevés de restitution. L'art. 1052 n'a pas eu pour but de restreindre les art. 1048 et 1049, mais au contraire de les étendre. — Marcadé, sur l'art. 1052.

814. — Même réalisée par l'acceptation du donataire, la conversion en substitution de la donation primitivement faite pure et simple ne saurait nuire aux droits acquis par des tiers, car une entente entre le donateur et le donataire ne peut rendre illusoires ces droits. D'où il résulte que les biens donnés précédemment sans charge ne cesseront pas d'être grevés des droits réels accordés par le donataire avant l'acceptation de la nouvelle libéralité et, plus exactement même, avant que la substitution, comme telle, fût devenue opposable à tous par la transcription (Ord. 1747, art. 17). — Grenier, t. 1, n. 362; Duranton, t. 9, n. 556; Merlin, sect. 6, § 1, art. 3; Marcadé, sur l'art. 1052; Demolombe, t. 22, n. 452; Aubry et Rau, t. 7, § 696, note 26; Colmet de Santerre, t. 4, n. 211 *bis*-II; Huc, t. 6, n. 405; Laurent, t. 14, n. 536.

815. — Il a été jugé que lorsqu'un père a légué à l'un de ses enfants la quotité disponible à la charge de la rendre à ses petits-enfants, cette charge de rendre équivaut à une dispense expresse de rapport et permet à l'enfant légataire de cumuler le legs avec sa part héréditaire. — Cass., 26 juin 1830, Carnot,

[S. et P. chr.] — Douai, 27 janv. 1819, Riche, [S. et P. chr.] — V. *suprà*, v° *Rapport à succession*.

816. — Il résulte clairement du texte et de la combinaison des art. 1048 et 1049 qu'on ne peut grever de substitution que les biens composant la quotité disponible. Les biens réservés doivent donc rester intacts. Si la portion disponible a été dépassée dans la disposition grevée de substitution, cette disposition n'est pas nulle pour le tout, mais le retranchement ou la réduction pourrait être demandé par les réservataires et par le grevé lui-même qui, héritier réservataire, se ferait attribuer, dans la mesure de sa réserve, les biens affranchis de toute charge de substitution. — Paris, 4 mai 1899, V° Dubreuil, [D. 1900.2.403] — Sic, Favard de Langlade, *v° cit.*, ch. 2, sect. 2, § 2, n. 15; Duranton, t. 9, n. 533; Troplong, t. 4, n. 2226; Zachariæ, § 696, note 11; Demolombe, t. 22, n. 434; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 336, note 18; Laurent, t. 14, n. 534; Huc, t. 6, n. 405; Planiol, t. 3, n. 3303.

817. — Un arrêt ancien s'était inspiré de la même pensée en décidant qu'au cas de substitution au profit des petits-enfants du testateur, le paiement des legs particuliers de capitaux et de rentes perpétuelles ne peut être mis à la charge de l'héritier réservataire grevé de substitution. Le montant de ces legs doit au contraire être prélevé sur la quotité disponible. Il en est autrement des legs de rentes et pensions viagères; le grevé de substitution, à raison même de sa jouissance, est tenu de les acquitter comme charges des fruits. — Paris, 30 janv. 1838, Cazalet, [P. 38.1.380]

818. — D'après certains auteurs anciens, un père pouvait, en donnant ou léguant par préciput à l'un de ses enfants la quotité disponible avec substitution, lui imposer la condition de mettre sa réserve dans la substitution. — Vazeille, sur l'art. 1052, n. 1; Delvincourt, t. 2, p. 399 et 403; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions*, chap. 2, sect. 2, § 2, n. 15; Delaporte, *Pand. fr.*, t. 4, p. 519.

819. — Cette opinion est aujourd'hui complètement abandonnée, sans distinguer suivant que la libéralité a été faite par donation ou par testament. En effet, il ne peut appartenir au disposant d'imposer à son héritier une renonciation au droit, qui lui a été accordé dans un intérêt d'ordre public, de faire tomber une substitution ne présentant pas les conditions de validité requises par la loi. — Demolombe, t. 22, n. 434; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 336; Laurent, t. 14, n. 535; Cossé, p. 235; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1730.

820. — Peu importerait que le testateur ou donateur eût tenté d'assurer le succès de sa disposition en y insérant une clause pénale. Cette clause serait nulle comme portant entrave à l'exercice d'un droit certain. — Demolombe, t. 22, n. 436. — V. *suprà*, n. 683 et s.

821. — Le grevé ne serait privé de la faculté d'invoquer son droit à la réserve qu'au cas où il s'en trouverait déchu (V. *suprà*, *Quotité disponible et réserve*, n. 845 et s.), ou encore s'il y avait renoncé. Or, sans doute, s'il acceptait une substitution testamentaire qui grève la réserve, il se soumettrait volontairement par là à la charge insérée dans le testament; et comme elle n'a rien de contraire aux lois et aux mœurs, il serait tenu de l'acquitter. — Lebrun, liv. 2, chap. 3, p. 4, n. 2; Toullier, t. 5, n. 734; Favard de Langlade, *loc. cit.*; Delvincourt, t. 2, p. 100; Merlin, *Rép.*, v° *Peine testam.*, n. 7; Aubry et Rau, t. 7, § 685 *quater*-2°, p. 229, § 696, p. 336. — V. Demolombe, t. 22, n. 437.

822. — Encore faudrait-il reconnaître aux créanciers du grevé le droit d'attaquer par l'action paulienne une telle renonciation. Mais, de l'avis unanime aujourd'hui de toute la doctrine, le donataire qui aurait, par donation entre-vifs, accepté la charge de restituer des biens composant sa réserve légale ne serait pas lié, parce qu'on ne peut d'avance renoncer à une succession non encore échue (C. civ., art. 791). — *Contrà*, Toullier, t. 5, n. 734.

823. — Il a été cependant jugé autrefois que, du consentement de l'héritier légitimaire, la portion réservée peut demeurer comprise dans la substitution qui a été faite de toute sa portion héréditaire; que le grevé qui a donné ce consentement ne peut hypothéquer valablement les biens substitués aux obligations qu'il contracte. — Paris, 11 févr. 1813, Dupuis, [P. chr.]

824. — ... Et que le fils donataire d'une portion excédant la quotité disponible peut, en acceptant, s'engager à rendre aux substitués la totalité de la chose donnée sans distraction de sa légitime; que c'est là un engagement réciproque irrévocable. — Colmar, 14 août 1840, Lavallée, [S. 42.2.102, P. 41.1.44]

Section III.

Des actes par lesquels une substitution peut être établie. Formalités intrinsèques et extrinsèques.

825. — D'après les art. 1048 et 1049 du Code, les substitutions, établies [illegible] à titre universel ou à titre particulier, ne peuvent plus être [illegible] testamentaire, sous forme, en ce dernier cas, [illegible] universel ou particulier. Il en [illegible] dans l'ancien droit, où une lettre missive suffisait (Dig. tit. *De* [illegible]). — Thévenot, c. 10; Richard, chap. 8, n. 599. — Mais l'ordonnance de 1747 avait déjà [illegible] tions entre-vifs la validité des substitutions.

826. — En conséquence, on ne pourrait réclamer l'exécution d'un fidéicommis non écrit; au moins l'héritier qui se prétend institué n'est pas recevable à en faire la preuve par d'autres moyens. — Cass., 15 août 1810, Église de Montpellier, [S. et P. chr.] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Fidéicommis tacite*, n. 1, et v° *Testament*, sect. 4, § 3.

827. — D'autre part, les actes qui renferment des substitutions doivent présenter les formes intrinsèques et les conditions prescrites pour les donations entre-vifs ou les testaments. Ainsi, faites par donation, les substitutions ne pourront avoir pour objet que des biens présents, sauf si elles sont contenues dans un contrat de mariage, à raison de l'exception écrite aux art. 1082, 1093 du Code.

828. — Ainsi encore, les substitutions faites sous cette forme ne valent que par l'acceptation expresse des grevés. Il n'est fait exception à la règle que par l'art. 1087 qui, en présence d'une donation avec ou sans substitution faite dans un contrat de mariage, la déclare *ipso facto* irrévocablement acceptée. Du reste l'acceptation du grevé donataire immédiat suffit pour valider la substitution qui y est comprise; il n'est point nécessaire que l'appelé accepte, quant à présent, la libéralité à laquelle il est appelé en second ordre : cela s'explique, puisque la substitution n'est qu'une charge, une condition de la donation, et surtout par cette raison que le substitué peut ne pas exister encore. D'ores et déjà, par le seul fait de l'acceptation du grevé, la substitution est parfaite au regard des appelés et n'est plus révocable à leur préjudice du consentement même du grevé. Telle était déjà la solution formellement consacrée par l'ordonnance de 1747, art. 11 et 12, et l'on ne peut admettre qu'elle ait été écartée par notre Code puisqu'elle dérive de la nature même des substitutions : ne sont-elles pas faites au profit des enfants nés ou à naître? Or, de la part de ces derniers il ne peut être question d'acceptation. — Favard de Langlade, *v° cit.*, chap. 2, sect. 2, § 3, n. 3; Toullier, t. 5, n. 737; Grenier, t. 1, n. 362; Duranton, t. 9, n. 550; Demolombe, t. 22, n. 442; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 337, note 22. — *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 403.

829. — Dans tous les cas, lorsqu'un père, après avoir fait un legs à l'un de ses enfants, lui impose dans son testament l'obligation de rendre à ses petits-enfants tous les biens qu'il recueillera de l'hérédité, celui-ci, ne peut, par une renonciation au legs particulier, invalider la substitution, laquelle doit produire effet, mais seulement sur la quotité disponible. — Paris, 18 déc. 1845, Cagnon, [P. 46.1.264]

830. — L'auteur d'une substitution est d'ailleurs libre, dans l'acte régulier par lequel il dispose, de déterminer comme il lui plaît le mode ou les conditions de la restitution et d'en fixer l'époque à son gré. Il pourrait décider que les biens seront restitués, non à la mort du grevé, mais quand celui-ci le jugera convenable, ce qui empêcherait les créanciers dudit grevé de critiquer la restitution comme faite par anticipation et en fraude de leurs droits, ou encore soit à la majorité, soit au mariage des appelés. Colmet de Santerre (t. 4, n. 212 *bis*-II) n'admet pas la validité d'une telle clause par ce motif qu'elle aboutirait à exclure les enfants à naître avant le décès du grevé mais après la restitution opérée. La réponse à l'objection se tire de l'art. 1053 qui autorise le grevé à avancer l'époque de l'ouverture de la substitution par un abandon anticipé volontaire des biens substitués. Pourquoi le disposant serait-il incapable de l'obliger à agir ainsi? — Grenier, t. 1, n. 374; Zachariæ, § 696, note 19; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 338, note 27; Demolombe, t. 22, n. 456; Laurent, t. 14, n. 586.

831. — Du reste, nonobstant l'ouverture anticipée de la substitution, les droits éventuels des enfants à naître du grevé

jusqu'à son décès seraient réservés. — Demolombe, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.;* Pison, *Rev. crit.*, t. 14, 1859, p. 24.

§ 1. *Formalités prescrites dans l'intérêt des appelés.*

832. — Nombreuses et compliquées sont de ce chef les formalités imposées au grevé par le Code civil, qui les a empruntées à l'ordonnance de 1747. Elles concernent : 1° la nomination d'un tuteur ; 2° la confection d'un inventaire ; 3° la vente du mobilier; 4° l'emploi des deniers. La loi rend le grevé responsable envers les appelés de leur inaccomplissement. Peu importe même qu'il soit mineur et que son tuteur, coupable de n'avoir pas agi, soit insolvable (C. civ., art. 1075). En ce qui concerne la nomination du tuteur à la substitution, la responsabilité du grevé est sanctionnée avec une particulière sévérité. — V. *infrà*, n. 846 et s.

1° *Du tuteur à la substitution.*

833. — I. *Caractères de la mission du tuteur.* — Pour assurer une surveillance efficace sur la gestion du grevé, la loi prescrit la nomination d'un tuteur chargé de veiller à l'exécution de la charge de rendre et qu'on appelle « tuteur à la substitution ». L'expression est d'ailleurs impropre, puisque le prétendu tuteur n'administre pas et qu'en conséquence, d'une part, il n'a pas de subrogé tuteur auprès de lui, d'autre part ses biens ne sont pas frappés d'hypothèque légale. Il eût mieux valu l'appeler, comme autrefois, curateur ou encore lui donner une dénomination spéciale, car c'est un simple préposé, un agent d'exécution et de contrôle comme l'exécuteur testamentaire. — Grenier, t. 1, n. 384; Duranton, t. 9, n. 563; Zachariæ, § 696, notes 20, 23, 27; Troplong, t. 4, n. 2291 ; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 338, notes 28, 30; Demolombe, t. 22, n. 463; Colmet de Santerre, t. 4, n. 217 *bis*-II; Laurent, t. 14, n. 538; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1761 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 669; Huc, t. 6, n. 409; Planiol, t. 3, n. 3307; Cossé, p. 243. — Cette nomination est exigée impérieusement par la loi et, étant donnée la mission particulière dudit tuteur, s'impose pour toute substitution, les appelés existant lors de la donation ou au jour du décès du testateur fussent-ils tous majeurs ou déjà pourvus de tuteurs s'ils sont mineurs.

834. — Le tuteur à une substitution a l'obligation de veiller à l'exécution de tout ce qui est nécessaire et prescrit par la loi pour la conservation du droit des appelés. Ses devoirs se rattachent donc étroitement à ceux auxquels est soumis dans ce but le grevé lui-même. Mais il n'a, au point de vue de l'inventaire, de la vente du mobilier, de l'emploi des fonds et de la publicité de la substitution, qu'une mission de contrôle et de surveillance. Il ne peut s'immiscer dans l'administration du grevé ni restreindre sa jouissance. Notamment le grevé a seul qualité, à l'exclusion du tuteur à la substitution, pour exercer les actions concernant les biens substitués ; il peut donc, même alors que le tuteur est intervenu dans l'instance, se désister d'une action par lui intentée, et son désistement fait nécessairement tomber l'intervention. — Metz, 13 juill. 1865, Chalupt, [S. 66.2.29, P. 66.200, D. 65.2.126]

835. — Le tuteur pourrait seulement, en cas de fraude, de malversation ou de dissipation de nature à compromettre l'accomplissement de la charge de restitution, provoquer par action principale et directe contre le grevé, soit des mesures de prévoyance, soit même la déchéance de son droit. — Même arrêt.

836. — Faute par lui de satisfaire aux obligations que la loi lui impose au point de vue des formalités à remplir, ou simplement faute par lui de faire toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution s'accomplisse normalement, le tuteur est personnellement responsable envers les appelés de tout dommage ou perte imputable à sa faute ou à sa négligence (C. civ., art. 1073).

837. — Toutes les formalités prescrites par la loi en matière de substitution ont été déclarées établies pour la protection d'incapables en vue d'une transmission héréditaire, d'où il a été déduit que le testateur ou donateur violerait le principe fondamental de l'art. 6, C. civ., s'il dispensait le tuteur de les remplir; qu'une clause de cette nature, si elle n'entraînait pas la nullité de la substitution elle-même, devrait du moins être tenue pour non écrite par application de l'art. 900 (Trib. Seine, 17 nov. 1886, Auberge). La solution contraire est soutenue dans la *Revue du notariat*, n. 7605, et la *Gazette des Clercs de notaire*, 1878, n. 304. Le testateur est, en principe, libre de régler à son gré la transmission de son patrimoine, sauf à ne rien ordonner qui soit contraire à l'ordre public. Or les art. 1058 et s. tendent à assurer l'exécution des volontés du disposant plutôt qu'à fortifier dans un intérêt d'ordre public l'institution des substitutions autorisées. Pourquoi dès lors le tuteur ne pourrait-il pas être dispensé par le substituant des mesures imposées en principe par la loi pour l'exécution de la disposition?

838. — II. *Nomination du tuteur.* — C'est tout d'abord au disposant qu'il appartient de désigner le tuteur à la substitution. « Celui qui fera les dispositions autorisées dans les cas ci-dessus, porte l'art. 1055, C. civ., pourra, par le même acte ou par un acte postérieur en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées à la sect. 6 du ch. 2 du titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* » (C. civ., art. 1055, 427 et s.).

839. — Des mots de ce texte « par un acte postérieur en forme authentique » on a voulu déduire l'impossibilité pour le disposant qui n'a pas nommé de tuteur dans l'acte même contenant la substitution, de faire ultérieurement cette désignation dans un testament olographe. — Marcadé, sur l'art. 1055; Toullier, t. 5, n. 747; Colmet de Santerre, t. 4, n. 217 *bis*-III. — Mais cette opinion est en général repoussée. Les art. 392 et 398 combinés déclarent valable la nomination par testament olographe d'un tuteur ordinaire qui doit non seulement administrer les biens mais gouverner la personne d'un mineur. Certainement d'ailleurs le tuteur à la substitution serait régulièrement désigné par un tel testament qui renfermerait la libéralité à charge de rendre; il serait profondément irrationnel qu'il en fût autrement au cas où cette désignation ne serait pas concomitante à la disposition. Si l'art. 1055 parle de la forme authentique, c'est pour préciser qu'un acte authentique ordinaire est suffisant toutes les fois que le disposant ne voudra pas recourir à la forme du testament. — Coin-Delisle, sur l'art. 1055, n. 2; Troplong, t. 4, n. 2256; Demolombe, t. 22, n. 467; Laurent, t. 14, n. 539; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 338, note 31 ; Huc, t. 6, n. 409; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 669.

840. — Le tuteur ainsi nommé par le testateur lui-même de son vivant a-t-il le droit et le devoir de veiller à l'exécution de la substitution de suite et sans attendre la mort du disposant? Demolombe (t. 22, n. 471) et Colmet de Santerre (t. 4, n. 218 *bis*-I) répondent affirmativement, à moins d'une réserve formelle dans l'acte de désignation. La mission du tuteur commence en effet immédiatement, le donateur ayant d'ailleurs toujours le droit d'intervenir personnellement pour les mesures à prendre et de révoquer le tuteur qui est son mandataire.

841. — A défaut de tuteur désigné par le disposant, « il en sera nommé un à la diligence du grevé, ou de son tuteur, s'il est mineur, dans le délai d'un mois à compter du jour du décès du donateur ou testateur; ou du jour où, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu » (C. civ., art. 1056). La même obligation pèserait sur le grevé si le tuteur désigné par le donateur était décédé ou se trouvait excusé. La loi ne dit pas nettement à qui incombe le soin de nommer le tuteur, mais on s'accorde à penser qu'il doit être désigné par le conseil de famille. — Toullier, t. 5, n. 748; Duranton, t. 9, n. 562, note; Troplong, t. 4, n. 2258; Demolombe, t. 22, n. 468; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 339, note 32; Laurent, t. 14, n. 540; Colmet de Santerre, t. 4, n. 218 *bis*-II ; Huc, t. 6, n. 409; Planiol, t. 3, n. 3308; Cossé, p. 244. — Telle est en effet d'abord la forme ordinaire pour la nomination des tuteurs. Or, précisément, la loi emploie cette dernière qualification au lieu de celle de curateur usitée dans l'ancien droit, et d'ailleurs l'art. 1055 renvoie, quant aux causes d'excuse, aux règles du titre *De la tutelle.* N'en doit-on pas conclure que pour la nomination le Code s'en réfère aux art. 405 et s.? La question ne fait aucun doute en pratique.

842. — Le conseil de famille sera celui des appelés. Il sera composé de la même façon que s'il y avait lieu de nommer un tuteur ordinaire aux appelés nés ou à naître, c'est-à-dire de leurs parents ou alliés pris par moitié dans chacune des branches paternelle et maternelle (V. *suprà*, v° *Conseil de famille*). Toutefois, ce procédé ne peut pas être strictement suivi dans deux cas : quand le grevé n'étant pas encore marié, il n'y a pas d'appelés, puis quand, au contraire, le grevé s'étant marié plusieurs fois, il a des enfants de différents lits. Au premier cas, MM. Au-

bry et Rau et Huc (*loc. cit.*) font composer exclusivement le conseil de parents, alliés ou amis du grevé. Demolombe (*loc. cit.*) préfère n'appeler que trois parents du grevé et remplacer les trois représentants de l'autre branche par trois amis, de façon que tous les membres du conseil n'aient pas le même intérêt que le grevé. Dans la seconde hypothèse, Demolombe propose deux procédés : ou appeler trois parents de chaque famille, le conseil comprenant ainsi plus de six personnes; ou, ce qui lui semble préférable, prendre un parent dans chacune des familles, en appelant, pour compléter le conseil à six membres, « le plus âgé des deux parents qui seraient les plus proches, chacun dans sa famille ».

843. — Ainsi composé, le conseil de famille chargé de nommer un tuteur à une substitution doit être convoqué au lieu de l'ouverture de la succession, et non au lieu du domicile des appelés : ici n'est pas applicable la disposition de l'art. 406, C. civ. — Angers, 12 août 1852, Perrault, [S. 52.2.538, P. 53.1.37] — Cette solution est universellement admise en doctrine et imposée par la nature même des choses. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 339, note 32; Demolombe, t. 22, n. 470; Laurent, t. 14, n. 540; Huc, t. 6, n. 409.

844. — Le conseil de famille choisit en toute liberté celui qui sera nommé tuteur. Mais l'appelé à une substitution ne peut être nommé tuteur à cette substitution, alors surtout qu'il n'offre aucune garantie. — Angers, 17 juin 1825, Thibaut, [S. et P. chr.]

845. — Le tuteur ainsi choisi ne peut, pas plus que celui qu'aurait désigné le disposant, se dispenser d'accepter la tutelle, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas d'exception applicables à tous les tuteurs. Il y a, en effet, parité de raison. — Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions,* chap. 2, sect. 2, § 4. — V. *infrà,* v° *Tutelle.*

846. — III. *Sanction du défaut de nomination d'un tuteur.* — L'art. 1057 sanctionne rigoureusement les prescriptions relatives à la nomination du tuteur. « Le grevé qui n'a pas fait nommer un tuteur dans le délai d'un mois sera déchu du bénéfice de la disposition; et, dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence soit des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office à la diligence du procureur de la République du tribunal du lieu où la succession est ouverte. »

847. — On discute le point de savoir si, d'après ce texte, la déchéance du grevé est obligatoire ou facultative pour le juge saisi de la question. De ce que l'art. 1057, après avoir déclaré le grevé déchu par cela seul qu'il n'a pas fait nommer de tuteur à la substitution dans le mois, ajoute : « Le droit *pourra être* déclaré ouvert au profit des appelés », quelques auteurs pensent que la déchéance n'est pas encourue de plein droit par l'appelé qui a négligé de provoquer la nomination du tuteur; mais que l'expression « sera déchu » est comminatoire et laisse au juge la faculté de prononcer ou de refuser la déchéance. — Grenier, t. 1, n. 385; Delaporte, *Pand. fr.*, t. 4, p. 530; Rolland de Villargues, *loc. cit.*; Favard de Langlade, *v° cit.*, chap. 2, sect. 2, § 4, n. 3; Coin-Delisle, sur l'art. 1057; Poujol, sur l'art. 1057, n. 7; Vazeille, sur l'art. 1057; Guilhon, n. 1071; Troplong, t. 4, n. 2261; Taulier, t. 4, p. 203; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 469, note 8; Planiol, t. 3, n. 3308.

848. — Mais cette opinion ne prévaut ni en doctrine ni en jurisprudence. Les auteurs en général la repoussent comme contraire au texte de l'art. 1057 et même à son esprit. L'article s'exprimant impérativement « le grevé sera déchu », ôte toute latitude aux tribunaux. Entendre ces mots d'une manière comminatoire, ce serait autoriser les juges à ne prononcer la déchéance que suivant leur bon plaisir. C'est ce que la loi n'a pu vouloir. Il est, du reste, facile de concilier le commencement de l'art. 1057 avec la seconde partie, où il est dit que le droit des appelés pourra être déclaré ouvert. Pour les uns, ces mots visent l'hypothèse où il n'y a point d'appelés lors de la déchéance; alors le droit de ces derniers ne sera pas encore ouvert, mais la déchéance ne sera pas moins encourue contre le grevé. — Delvincourt, *loc. cit.;* Marcadé, sur l'art. 1057, n. 2; Duranton, t. 9, n. 568. — Dans ce cas, fait remarquer justement M. Huc (t. 6, n. 410), le juge devra prescrire les mesures conservatoires nécessaires en faveur des enfants à naître. Pour les autres, le mot *pourra* se rapporte aux personnes ayant qualité pour réclamer la déchéance du grevé, et il s'explique tant par le nombre et la diversité des personnes ayant ce droit que par le caractère facultatif pour elles de son exercice. La loi a voulu dire, non que le juge *pourra* déclarer le grevé déchu, mais que certaines personnes *pourront* provoquer cette déchéance. — Zachariæ, § 696, note 26; Demolombe, t. 22, n. 474; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 339, note 33; Laurent, t. 14, n. 542, 543; Colmet de Santerre, t. 4, n. 219 *bis;* Huc, t. 6, n. 410; Baudry-Lacantinerie, *Précis,* t. 2, n. 669; Cossé, p. 246.

849. — Mais tous s'accordent pour considérer comme fatale la déchéance quand elle est demandée. — Aux auteurs déjà cités, *adde,* Malleville, sur l'art. 1057; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1764; Duvergier, sur Toullier, t. 3, n. 783, note *a;* Ancelot, sur Grenier, t. 3, n. 385, note *b;* Mourlon, *Rép. écr.*, t. 2, n. 949.

850. — Le grevé ne saurait s'y soustraire qu'en établissant l'impossibilité où il a été mis de remplir son obligation, soit à raison d'une maladie, soit par suite d'un cas de force majeure. Cette exception à la règle résulte de la force des choses. Aussi bien, l'art. 1055 ne fait il courir le délai d'un mois que du jour où le grevé a connu l'acte portant substitution. Mais l'erreur de droit ne serait pas une excuse admissible; la déchéance serait donc encourue par le grevé qui se prévaudrait de l'ignorance de la loi. — Trib. Mons, 18 mars 1891, [*Pasic.*, 91.3.300]

851. — ... Et même par le grevé mineur dont le tuteur aurait omis de faire nommer le tuteur à la substitution, sauf son recours contre son tuteur. Il en serait ainsi, alors même que, ce dernier étant insolvable, le recours contre lui serait illusoire. Si cette solution, formulée *in terminis* par l'art. 1057, peut sembler sévère à l'égard d'un mineur auquel aucune négligence personnelle ne peut être reprochée, il ne faut pas oublier que l'art. 1057 est la sanction de l'art. 1056 qui impose formellement au tuteur du mineur ou de l'interdit l'obligation de faire nommer un tuteur à la substitution. Il ne faut pas oublier non plus qu'en règle générale, notre législation n'admet pas que le mineur soit jamais restituable contre les résultats d'une négligence ou d'une omission de son tuteur. Les art. 942, 1070, 1663, 2195 et 2278 en fournissent la preuve, et, dans notre matière elle-même, l'art. 1074 fait de la règle une application topique. — Demolombe, t. 22, n. 475; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 340, note 34; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1764; Laurent, t. 14, n. 545; Colmet de Santerre, t. 4, n. 219 *bis*-I; Huc, t. 6, n. 410; Cossé, p. 245. — *Contrà,* Coin-Delisle (sur l'art. 1057, n. 6) et Troplong (t. 4, n. 2263), d'après lesquels, en pareil cas, le grevé mineur n'encourt aucune déchéance.

852. — Tout en adoptant l'opinion générale en principe, Duranton (t. 9, n. 567 et 568) estime que les tribunaux devraient du moins se montrer plus faciles pour admettre les excuses du tuteur que celles d'un grevé majeur.

853. — Demolombe (*loc. cit.*) écarte avec raison toute idée de déchéance au cas où le grevé mineur n'a pas encore de tuteur au jour de l'ouverture de la substitution. Il est rigoureusement exact alors qu'en droit le grevé est dans l'impossibilité absolue d'agir.

854. — La jurisprudence se prononce, sur le pouvoir des juges en matière de déchéance, dans le même sens que la doctrine. Il a été jugé que la déchéance du bénéfice de la substitution, prononcée par l'art. 1057, C. civ., contre le grevé qui n'a pas fait nommer un tuteur à la disposition dans le délai d'un mois à partir du décès du donateur ou testateur, est rigoureuse et absolue; en conséquence, les juges ne peuvent, dans ce cas, se dispenser de déclarer le droit à la substitution ouvert au profit des appelés. — Colmar, 14 août 1840, Lavallée, [S. 42.2.102, P. 41.1.44] — Paris, 29 mai 1841, Hunot, [S. 41.2.579, P. 41.2.231]

855. — Ils ne le peuvent pas, alors même que le défaut de nomination du tuteur n'aurait causé aucun préjudice aux appelés. — Cass., 17 avr. 1843, Hunot, [S. 43.1.497, P. 44.1.34] — Caen, 1er juill. 1856, Boudin, [S. 58.2.205, P. 58.636] — Orléans, 9 avr. 1867, Gauvry, [S. 67.2.277, P. 67.2.57]

856. — ... Si, d'ailleurs, il n'est articulé aucune circonstance grave qui ait pu suspendre le cours du délai. — Riom, 4 juin 1847, Chassan, [S. 47.2.467, P. 47.2.364]

857. — Dès lors que la déchéance est demandée par des personnes ayant qualité, faute par le grevé d'avoir réuni dans le mois le conseil de famille pour nommer le tuteur à la substitution, elle s'impose aux juges, fût-il allégué que ce retard, qui n'a causé aucun préjudice à personne, est le résultat d'une simple négligence, alors qu'il n'est argué d'aucune circonstance de na-

ture à empêcher la réunion du conseil de famille. — Orléans, 9 avr. 1867, précité.

858. — *A fortiori*, dit un arrêt moins affirmatif sur le principe, à supposer que, d'après l'art. 1057, la déchéance fût facultative pour le juge, elle serait certainement encourue par le grevé qui aurait profité de sa négligence à faire nommer un tuteur pour vendre et échanger partie des biens substitués au préjudice des appelés. La convocation ultérieure du conseil de famille qui, en désignant un tuteur, aurait en même temps ratifié ces aliénations, ne saurait empêcher ce résultat. — Douai, 25 févr. 1864, [*Jurispr. de la Cour de Douai*, t. 20, p. 65]

859. — La déchéance encourue par le grevé entraîne l'ouverture immédiate des droits des appelés. On en a douté; il a même été jugé qu'au cas où les juges ont déclaré un grevé de substitution déchu du bénéfice de la disposition, faute d'avoir fait nommer un tuteur, aux termes de l'art. 1056, C. civ., ils ne sont pas obligés de déclarer le droit à la substitution ouvert dès ce moment au profit des appelés; ils peuvent, suivant les circonstances, ordonner le séquestre des biens compris dans la substitution, et en attribuer les fruits aux créanciers du grevé. — Colmar, 14 août 1840, précité. — Mais cette thèse est en contradiction absolue avec le texte de l'art. 1053, d'après lequel les droits des appelés s'ouvrent au jour où, *pour quelque cause que ce soit*, cessera la jouissance du grevé. Elle repose en outre sur une interprétation inexacte et déjà réfutée des mots « le droit *pourra* être déclaré ouvert au profit des appelés » dans l'art. 1057. Le juge, avons-nous conclu après discussion (V. *suprà*, n. 847 et s.), ne peut se dispenser de prononcer la déchéance quand il en est également requis; il ne peut pas davantage en suspendre l'effet dans l'intérêt des ayants-cause du grevé. — Marcadé, sur l'art. 1057, n. 2; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1764; Ancelot, sur Grenier, t. 3, n. 385, note *b*; Mourlon, *Rép. écr.*, t. 2, n. 949; Demolombe, t. 22, n. 476; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 340, note 35; Colmet de Santerre, t. 4, n. 219 *bis*-I; Huc, t. 6, n. 410.

860. — La jurisprudence est également en ce sens. Il a été jugé que la déchéance, une fois prononcée, remonte au jour même de l'expiration du délai d'un mois accordé pour la nomination du tuteur. — Riom, 4 juin 1847, précité.

861. — Toutefois, le grevé doit être réputé avoir fait les fruits siens jusqu'au jour de la demande en déchéance, s'il a été de bonne foi. — Même arrêt. — Cette décision quant aux fruits est approuvée par Demolombe (t. 22, n. 479), et se justifie que l'on envisage la déchéance comme une révocation de donation pour inexécution des charges ou comme une ouverture anticipée de la substitution.

862. — Il a été décidé, d'autre part, qu'en cas de déchéance prononcée contre le grevé, il n'y a pas lieu, dans l'intérêt de ses créanciers hypothécaires de bonne foi, de nommer un séquestre aux biens substitués et d'enlever aux appelés les fruits des immeubles que les créanciers ont fait saisir. — Douai, 25 févr. 1864, précité.

863. — ... Et qu'en une telle occurrence, le droit à la substitution doit être déclaré ouvert au profit des appelés, et, s'agissant d'appelés nés et à naître jusqu'au décès du grevé, la jouissance immédiate être attribuée aux appelés existants, mais sous la réserve des droits des appelés à naître, et à la charge pour les premiers de partager cette jouissance avec ceux-ci au fur et à mesure de leur naissance. — Orléans, 7 avr. 1867, précité.

864. — Par suite, il y a lieu de maintenir le tuteur à la substitution jusqu'au décès du grevé, afin de veiller à ce que la charge de restitution soit bien et fidèlement remplie. — Même arrêt.

865. — Cet arrêt résout autrement que ne le fait Demolombe (t. 22, n. 622) la question de savoir comment seront en pareil cas sauvegardés les intérêts des appelés à naître. La Cour décide qu'ils recevront leur part au fur et à mesure de leur naissance. L'auteur renvoie au jour du décès du grevé l'époque où les appelés déjà nés lors du prononcé de la déchéance devront partager avec ceux qui sont nés depuis lors mais avant le décès dudit grevé. La première opinion paraît plus équitable et plus conforme aux principes généraux en même temps.

866. — A l'inverse, si l'un des appelés meurt avant le grevé déchu, sans laisser de descendants, les autres appelés doivent recueillir sa part par droit d'accroissement: car la déchéance du grevé ne doit point nuire aux appelés capables. Or, sans cette déchéance, l'appelé prédécédé sans enfants aurait laissé sa part accroître à ses cosubstitués; ainsi en doit-il être dans ce cas, à leur égard. — Duranton, n. 567; Demolombe, t. 22, n. 621; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 341, note 39. — *Contrà*, Troplong, t. 4, n. 2243. — S'il en était autrement, en effet, les appelés survivants souffriraient de la déchéance puisque le grevé prendrait une part des biens substitués dans la succession de l'appelé prédécédé, en sa qualité de père, au lieu qu'à défaut de déchéance, les appelés survivants eussent reçu la totalité de ces biens.

867. — En résumé la déchéance n'influe pas sur les droits qu'ont les appelés les uns vis-à-vis des autres. A-t-elle des effets à l'égard des tiers auxquels le grevé a conféré des droits sur les biens substitués? Nous répondrons non sans hésiter au cas où la substitution n'aurait pas été transcrite (V. *infrà*, n. 916 et s.), et nous verrons, en traitant de l'ouverture des substitutions, s'il faut répondre affirmativement dans l'hypothèse où la substitution était déjà transcrite quand le grevé, postérieurement déchu, a traité avec les tiers créanciers ou acquéreurs.

868. — Si le grevé en faute ne peut échapper à la déchéance, du moins cette pénalité n'est pas encourue de plein droit, et doit être prononcée par jugement. Elle implique un fait qui doit être établi judiciairement. Aussi bien, comme elle n'est pas encourue s'il y a eu force majeure entravant la bonne volonté du grevé (V. *suprà*, n. 850 et s.), les juges peuvent avoir un rôle forcé d'appréciation en pareille hypothèse. — Demolombe, t. 22, n. 473; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 341, note 36; Laurent, t. 14, n. 542; Huc, t. 6, n. 410; Planiol, t. 3, n. 3308.

869. — Il a été jugé, en ce sens, que la déchéance prononcée contre le grevé, à défaut d'avoir fait nommer un tuteur à la substitution, n'est pas encourue de plein droit, en ce sens que, bien qu'elle n'ait point été déclarée, elle puisse être opposée aux créanciers du grevé qui ont pris inscription sur les immeubles substitués. — Bruxelles, 21 juin 1824, Delrue, [P. chr.] — V. Cass. belge, 25 juin 1840, [*Pasicr.*, 40.1.418]

870. — ... Que la déchéance du bénéfice de la substitution et l'ouverture immédiate du droit des appelés, prononcées par l'art. 1057, C. civ., si le grevé n'a pas fait nommer un tuteur à la substitution dans le délai d'un mois à partir du décès du donateur ou testateur, n'ont pas lieu de plein droit; il faut qu'elles aient été formellement prononcées par les juges. — Caen, 1er juill. 1856, Boudin, [S. 58.2.205, P. 58.636]

871. — En conséquence, tant que cette déchéance du grevé et cette ouverture du droit des appelés n'ont pas été prononcées en justice, les créanciers personnels du grevé ont intérêt et droit à se prévaloir du défaut de transcription de l'acte contenant les dispositions, pour faire tomber la substitution à leur égard, aux termes de l'art. 1070, C. civ., et exercer leurs droits sur les biens grevés. — Même arrêt.

872. — L'art. 1057 donne, nous l'avons vu, une énumération longue mais limitative des personnes ayant qualité pour poursuivre en justice la déchéance du grevé (V. *suprà*, n. 846). Mais n'est-il pas des cas où cette déchéance ne peut, malgré la négligence du grevé à faire nommer le tuteur, être ni demandée ni prononcée? N'en est-il pas ainsi notamment lorsqu'il n'existe pas encore d'appelés? La question est controversée. Dans un premier système, on soutient que jamais l'art. 1057 ne doit être privé de sanction et que l'absence d'appelés vivants n'est pas un obstacle à la déchéance du grevé. Ces appelés non encore conçus ont d'autant plus droit à la protection du législateur que l'affection naturelle du père pour ses enfants ne leur est pas encore une sauvegarde. Les biens compris dans la substitution vont donc aux héritiers *ab intestat* du disposant, mais dans les mêmes conditions qu'ils avaient été donnés au grevé déchu, c'est-à-dire à charge de rendre aux appelés s'il en est. Sans doute la déchéance n'a pas été établie au profit des héritiers du disposant, mais pour justifier la remise qui leur est faite des biens, il suffit de tenir la donation adressée au grevé pour faite sous la condition qu'il provoquera les mesures légales de protection en faveur des appelés. — Delvincourt, t. 2, p. 102 et notes, p. 626; Colmet de Santerre, t. 4, n. 219 *bis*-II; Cossé, p. 248.

873. — D'après l'opinion commune, au contraire, la déchéance ne saurait être prononcée contre le grevé à défaut d'appelés déjà vivants. Des termes de l'art. 1057 il résulte que l'ouverture du droit des appelés est concomitante et corrélative à cette déchéance. Aussi bien la nomination du tuteur étant prescrite dans le seul intérêt des appelés et nullement en faveur des héritiers du disposant, il serait souverainement illogique de faire profiter ceux-ci de la déchéance, dont le seul but est de sanctionner cette

prescription. En le faisant, on aboutirait à des conséquences inadmissibles, au cas notamment où, la substitution ayant été faite par donation entre-vifs, le grevé détient les biens substitués depuis déjà vingt ans peut être et va s'en voir dépouiller à un moment où il est certain moralement qu'il n'aura pas d'enfants. Du reste, en admettant cette seconde doctrine, on ne sacrifie pas les intérêts des appelés éventuels, car les juges pourront toujours ordonner telles mesures conservatoires qu'il conviendra pour sauvegarder ces intérêts, et ces mesures pourront être provoquées par tous ceux auxquels l'art. 1057 reconnaît qualité pour demander la déchéance du grevé. — Duranton, t. 9, n. 566; Troplong, t. 4, n. 2262; Demolombe, t. 22, n. 477, 478; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 341, note 37; Laurent, t. 14, n. 544; Huc, t. 6, n. 410.

874. — La jurisprudence paraît plutôt pencher en faveur de la première opinion. Dans une espèce où, sous l'empire de la loi du 17 mai 1826, le disposant avait laissé au légataire grevé la liberté de choisir, parmi ses enfants, celui qui bénéficierait de la substitution, il a été jugé que la déchéance encourue par ledit grevé faute d'avoir fait nommer un tuteur à la substitution remonte au jour même de l'expiration du mois accordé pour l'accomplissement de cette formalité. Par suite, ce sont les héritiers naturels du disposant, existant alors, qui, si l'appelé n'était pas encore désigné, doivent recueillir les biens. — Riom, 4 juin 1847, Chassany, [S. 47.2.467, P. 47.2.364]

875. — Dans tous les cas, l'art. 1057 édicte une pénalité, et tant à raison de ce caractère même qu'à cause de la gravité de cette peine et de la rigueur avec laquelle elle s'applique, sa disposition doit être entendue restrictivement. En conséquence, la déchéance du bénéfice de la disposition contre le grevé qui n'a pas fait nommer de tuteur à la substitution dans le mois du décès du testateur ou donateur, ne peut être étendue au grevé qui a négligé de pourvoir au remplacement du tuteur décédé. — Cass., 22 déc. 1875, De Saint-Gery, [S. 76.1.28, P. 76.43, D. 76.1.208] — Agen, 12 mai 1875, Mêmes parties, [S. 75.2.174, P. 75.791]

2° De l'inventaire.

876. — Toutes les fois que cela peut être utile pour établir la base des comptes à rendre quand s'ouvrira la substitution, c'est-à-dire lorsque la substitution porte sur la totalité ou sur une part aliquote de la succession du disposant, la loi exige la confection d'un inventaire. « Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, porte l'art. 1058, C. civ., il est procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composent sa succession, excepté, néanmoins, le cas où il ne s'agit que d'un legs particulier. »

877. — Du texte même de l'art. 1058 il résulte que l'inventaire, d'ailleurs inutile dans ce cas, n'est pas exigé quand la substitution porte seulement sur un ou plusieurs objets déterminés individuellement, quand, même faite par acte testamentaire, elle résulte d'un legs particulier non fait *per modum universitatis*. En cette hypothèse, il faut seulement que le grevé appelle le tuteur à la substitution pour que celui-ci soit présent à la délivrance du legs et qu'ainsi, s'il s'agit d'immeubles, leur état soit régulièrement constaté, ou, à l'égard de meubles, la prisée en soit faite contradictoirement. — Demolombe, t. 22, n. 486.

878. — Au contraire, l'inventaire intervient nécessairement quand la substitution résulte d'un legs universel ou à titre universel. Si, faite sous forme de legs particulier, la substitution frappe sur une universalité de fait : un troupeau, une bibliothèque, une succession échue au disposant et non encore inventoriée, il ne saurait être question de faire inventorier, dans l'intérêt des appelés, *toute* la succession du disposant, mais il serait indispensable, la combinaison des art. 1058 et 1064 le prouve, de faire constater la consistance de l'universalité léguée dans un état détaillé et estimatif. — Zachariæ, § 696, note 28; Demolombe, t. 22, n. 486; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 342, note 42; Huc, t. 6, n. 411.

879. — Lorsque la substitution est faite par un acte entre-vifs, l'inventaire n'est pas nécessaire, car la donation énonce suffisamment les biens donnés. — On peut d'ailleurs tirer argument de l'art. 1058 qui dispense de l'inventaire un legs particulier, comme n'étant pas utile. — Furgole, *Comm. sur l'ord. de 1747*, art. 5, tit. 2; Grenier, t. 1, n. 387; Toullier, t. 5, n. 756; Rolland de Villargues, *Rép., vº cit.*, chap. 2, sect. 2, § 4; Delaporte, sur l'art. 1058; Troplong, t. 4, n. 2267; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 469, note 13; Huc, t. 6, n. 411; Demolombe, t. 22, n. 486. — [illegible], t. 4, n. 220 *bis*. Il fait remarquer avec raison que l'obligation de l'inventaire s'imposerait dans le cas d'une substitution faite même par donation entre-vifs s'il s'agissait d'une institution contractuelle dont les effets sont analogues à ceux d'un testament.

880. — L'inventaire, quand il est nécessaire, a lieu dans les formes ordinaires, et par acte notarié nécessairement (V. *suprà*, vº *Inventaire*). Le délai pour l'établir est de trois mois, sans y ajouter celui de trente jours pour délibérer (art. 1059), à compter de l'ouverture de la succession. L'expiration de ce délai n'empêcherait pas d'ailleurs le grevé d'accomplir la formalité légale. — Demolombe, t. 22, n. 488.

881. — L'art. 1058 exigeant l'inventaire de tous les biens et effets composant la succession, on en conclut que même les biens non grevés de substitution doivent y être compris. Il en était ainsi sous l'ordonnance. A prendre strictement, l'inventaire n'est nécessaire que pour les meubles, effets mobiliers, ustensiles et bestiaux servant à faire valoir les terres, et Coin-Delisle (sur l'art. 1058, n. 8) ne l'exige que dans cette mesure. Toutefois, dans l'intérêt de tous et pour éviter toute responsabilité au grevé et au tuteur, il est utile d'y joindre un état des immeubles substitués. — Merlin, *Rép.*, vº *Substit. fidéic.*, sect. 11, § 1, n. 4; Grenier, t. 1, n. 382; Toullier, t. 5, n. 752; Troplong, t. 4, n. 2265; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 469 note 13; Demolombe, t. 22, n. 487; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 342, note 42; Laurent, t. 14, n. 548; Huc, t. 6, n. 411; Cossé, p. 251. — Pour les immeubles, c'est donc un simple état, tandis que l'inventaire doit contenir la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers (C. proc. civ., art. 943-3°). — V. *suprà*, vº *Inventaire*, n. 319 et s.

882. — L'inventaire doit être fait à la requête du grevé, en présence du tuteur à la substitution (art. 1059). — La présence des appelés n'est pas nécessaire à l'inventaire, mais, s'ils le veulent, ils ont le droit d'y assister. Sous l'ordonnance, leur présence était nécessaire : pourvu, toutefois, qu'elle fût possible, circonstance qui ne se présentait pas quand les appelés étaient encore à naître. Mais la présence du tuteur à la substitution est-elle elle-même indispensable? La question, autrefois agitée, a depuis longtemps cessé de l'être : on s'accorde à exiger seulement que ce tuteur soit régulièrement convoqué. A défaut de comparution du tuteur malgré une assignation légale, il est passé outre à l'inventaire, sauf les dommages-intérêts dont ce tuteur peut être tenu vis-à-vis des appelés, si l'inventaire n'est pas exact. — Furgole, *Comm. sur l'ord. de 1747*, art. 5, tit. 2; Grenier, t. 1, n. 588; Toullier, t. 5, n. 756; Coin-Delisle, sur l'art. 1058, n. 2; Troplong, t. 4, n. 2269; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 469, note 13; Demolombe, t. 22, n. 491; Laurent, t. 14, n. 548; Cossé, p. 252.

883. — Lorsque le grevé n'a pas poursuivi la confection de l'inventaire dans le délai de trois mois précité, « il doit y être procédé, dans le mois suivant, à la diligence du tuteur à la substitution, en présence du grevé ou de son tuteur (C. civ., art. 1060).

884. — Comme le grevé lui-même, d'ailleurs, le tuteur à la substitution pourrait remplir cette formalité après l'expiration du mois qui lui est imparti pour s'en acquitter. Il en serait autrement toutefois si l'initiative en avait été prise alors par une autre personne par application de l'art. 1061, et cela a quelque importance au point de vue de la désignation du notaire chargé d'instrumenter. Le choix de cet officier ministériel appartient à celui qui, ayant qualité pour le faire, a le premier réclamé l'inventaire. — Demolombe, t. 22, n. 493.

885. — Or, d'après l'art. 1061, s'il n'a point été satisfait aux dispositions des deux art. 1059 et 1060, il doit être procédé à l'inventaire : soit à la diligence des appelés, s'ils sont majeurs; soit de leur tuteur, s'ils sont mineurs ou interdits; soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits; ou même d'office, à la diligence du procureur de la République; en d'autres termes « à la diligence des personnes désignées en l'art. 1057 », à charge d'y appeler le grevé ou, s'il est mineur, son tuteur, et le tuteur à la substitution.

886. — De ce que l'art. 1061 renvoie à l'art. 1057 pour la désignation des personnes qui doivent procéder à l'inventaire, et de ce que ce dernier article déclare que le droit des appelés pourra être déclaré ouvert à la diligence de leur tuteur ou curateur, s'ils sont mineurs ou interdits, faut-il en conclure que le

mineur émancipé ne pourrait pas lui-même demander l'ouverture de son droit; en d'autres termes, qu'il dût, à ce sujet, être assisté de son curateur, et en conséquence décider qu'il ne peut pas requérir l'inventaire sans l'assistance du même curateur? Non, car tous les actes d'administration sont permis au mineur émancipé, et la réquisition d'inventaire ne constitue qu'un acte de cette nature. Du reste, le mot *curateur* de l'art. 1057 n'a été inséré dans cet article que par inadvertance : en effet, d'une part, il renvoie à l'article précédent qui ne parle que du tuteur; d'autre part, avant la rédaction du Code civil, les interdits étaient pourvus d'un curateur, et le souvenir de cet état de choses a sans doute influé sur l'insertion de ce mot dans l'article.

887. — Si nul n'a fait établir l'inventaire, pas plus les personnes visées aux art. 1057 et 1061 que le grevé et le tuteur à la substitution, Laurent (t. 14, n. 548) et Huc (t. 6, n. 411), autorisent les appelés à prouver la consistance et la valeur des biens substitués par témoins, voire même par commune renommée. Ce dernier mode est admis par la loi à l'encontre de ceux qui, tenus de faire inventaire, s'en abstiennent par dol ou négligence (C. civ., art. 1415), et il y a même motif de décider à l'égard du grevé. Cette solution n'est pas cependant à l'abri de toute controverse, car il s'agit d'un procédé de preuve tout exceptionnel qui semble ne devoir être admis que là où la loi en autorise formellement l'emploi. — V. Demolombe, t. 22, n. 483 et s.

888. — En tout cas, le défaut d'inventaire ne saurait avoir pour conséquence la déchéance du grevé; il engage seulement la responsabilité de celui-ci et du tuteur à la substitution. Et même, le Code n'ayant pas reproduit les art. 42 et 43 de l'ordonnance de 1747, il serait impossible d'appliquer aujourd'hui au grevé la pénalité écrite dans ces textes et de l'obliger à restituer les fruits et revenus des biens substitués, qu'il aurait perçus. — Demolombe, t. 22, n. 494; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 347, note 60.

889. — Les frais d'inventaire sont pris sur les biens composant la substitution (C. civ., art. 1059). Le grevé doit donc en faire l'avance, sauf remboursement par les appelés. Sous l'ordonnance de 1747, c'étaient les héritiers légitimes ou le légataire universel du disposant qui faisaient cette avance. La loi est muette quant aux autres frais (transcription, inscription, droits de mutation) pouvant résulter de la charge de rendre. Pratiquement, on distingue pour savoir qui doit les supporter et sur quels biens ils seront pris. Quant aux frais de transcription ou d'inscription, faits uniquement dans l'intérêt des appelés comme ceux de scellés et d'inventaire, ils sont assimilés à ceux-ci et la règle de l'art. 1059 leur est applicable. Au contraire, d'opinion unanime aujourd'hui, on laisse les droits de mutation à la charge personnelle du grevé (Demolombe, t. 22, n. 492 *bis*; Cossé, p. 252). Les anciens auteurs mettaient à la charge du grevé, sans récompense, même les frais de transcription et d'inscription. — Toullier, t. 5, n. 776; Rolland de Villargues, n. 6; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 12, § 2, n. 3.

3° De la vente des meubles.

890. — D'après les art. 1062 à 1064, le grevé est tenu de faire procéder à la vente « de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception : 1° des meubles meublants et autres choses mobilières donnés à la condition expresse de les conserver en nature, qui seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution; 2° des bestiaux et ustensiles servant à faire valoir des terres. Ils « seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution » (art. 1064). On s'accorde unanimement pour remplacer dans ce dernier texte les mots : *une égale valeur*, par ceux-ci : *d'une égale valeur* qu'employait l'art. 6 de l'ordonnance de 1747. — Demolombe, t. 22, n. 503; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 343, note 44; Laurent, t. 14, n. 551; Colmet de Santerre, t. 4, n. 226 *bis*-I; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 671.

891. — Mais, étant observé que l'art. 1064 commet une inexactitude en attribuant un caractère mobilier aux bestiaux et ustensiles agricoles devenus immeubles par destination en vertu de l'art. 524, C. civ., on remarquera que cette disposition a été écrite relativement à la prisée et à l'estimation qui doit en être faite, à la différence de ce qui concerne les immeubles; et aussi parce que, à la différence des meubles meublants et autres effets laissés avec condition expresse de les conserver en nature, lesquels doivent être rendus identiquement, les bestiaux et ustensiles doivent être rendus en égale valeur. Du reste, ces dispositions auraient été facilement suppléées par l'application du principe d'après lequel les choses fongibles se restituent non identiquement, mais en même quantité, qualité, valeur et bonté (Duranton, t. 9, n. 570. — V. *infrà*, v° *Usufruit*). Seulement faut-il généraliser la règle de l'art. 1064 et admettre la restitution par équivalent à l'égard de tous les immeubles par destination? La question est controversée. Laurent (t. 14, n. 551) répond affirmativement parce qu'il voit dans l'art. 1064 une simple application du principe général de l'art. 524. Mais l'opinion contraire doit être adoptée si l'on envisage ce texte, avec Demolombe (t. 22, n. 504) et Colmet de Santerre (t. 4, n. 226 *bis*-II), comme une exception au droit commun.

892. — D'autre part, le grevé peut-il encore aujourd'hui comme sous l'empire de l'ordonnance de 1747, art. 9, tit. 2, demander au juge et se faire autoriser à retenir les meubles et effets mobiliers, en tout ou en partie, pour les imputer, suivant la prisée, sur ses détractions et autres droits, comme s'il avait une réserve ou même un legs à réclamer? Beaucoup d'auteurs répondent affirmativement : il n'y a là rien que de conforme à l'esprit de la loi, et les appelés n'en peuvent éprouver aucun préjudice. — Rolland de Villargues, n. 14; Troplong, t. 4, n. 2277; Coin-Delisle, sur l'art. 1062, n. 2; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 469, note 15; Demolombe, t. 22, n. 505; Cossé, p. 256.

893. — Mais le grevé ne peut pas se prévaloir de l'art. 453, C. civ., qui dispense les père et mère, ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants, de faire vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder, pour les rendre en nature. Cet art. 453 ne dispose, en effet, que relativement aux biens dont les père et mère ont l'usufruit, à titre de jouissance propre et légale, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de leurs enfants, au lieu que la jouissance du grevé a pour cause la substitution elle-même et peut s'étendre bien au delà de la majorité ou de l'émancipation. D'ailleurs, il ne s'agit point ici des biens des enfants, puisqu'ils sont la propriété du grevé jusqu'à son décès; ou, tout au moins, s'il s'agit de leurs biens, il ne faut pas perdre de vue qu'ils n'y ont qu'un droit éventuel subordonné à la condition de survie. — Demolombe, t. 22, n. 498.

894. — Le motif sur lequel est fondé l'art. 1062 est que la jouissance du grevé, en détériorant le mobilier qui dépérit par l'usage, diminuererait le droit éventuel des appelés. Or, ce motif ne s'applique pas aux meubles incorporels. Si on les vendait, d'ailleurs, il faudrait en racheter d'autres pour placer l'argent. De l'avis de tous donc, il n'est pas douteux que les actions et dettes, ou rentes actives, ne doivent pas être vendues; au reste, le recouvrement en est laissé au grevé, d'après l'art. 1066, et il doit faire l'emploi des deniers en provenant. — Furgole. *Comm. sur l'ord. de 1747*, art. 8 et 9; Grenier, t. 1, n. 388; Toullier, t. 5, n. 760; Demolombe, t. 22, n. 496; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 343, note 43; Laurent, t. 14, n. 549; Huc, t. 6, n. 412; Planiol, t. 3, n. 3310.

895. — Tous les auteurs s'accordent du reste à dire que, s'il s'agit de titres au porteur, ils devront être convertis en titres nominatifs pour que le grevé n'en puisse pas disposer au préjudice des appelés et que, si cette conversion est impossible, ils seront vendus pour le prix en être placé conformément à l'art. 1067. M. Huc (*loc. cit.*) ajoute que si la substitution portait sur un office dont le défunt était titulaire, le droit de présentation appartiendrait au grevé. Cette décision paraît exacte. Mais au contraire doit être repoussée l'opinion de Toullier (*loc. cit.*), d'après lequel l'obligation de vendre ne s'étend même pas aux meubles corporels qui, comme l'argenterie, ont une valeur invariable. Outre qu'en fait elle repose sur une donnée économiquement inexacte, elle est en contradiction avec les termes absolus de l'art. 1062.

896. — Le Code ne fixant aucun délai pour la vente des meubles quand elle est nécessaire, il semble que le grevé devrait, à peine de dommages-intérêts, y faire procéder immédiatement. Toutefois, comme l'art. 1065 ne prescrit le placement des sommes provenant de la vente des meubles que dans le délai de six mois (V. *infrà*, n. 900), il en résulte que le grevé n'est point en faute tant qu'il est encore dans ce délai. D'un autre côté, en permettant de prolonger le délai du placement, la fin de l'art. 1065 suppose des retards

dans les recouvrements ou dans la vente. — Demolombe, t. 22, n. 499.

897. — D'autre part, puisque l'art. 1062 se borne à prescrire la vente par affiches et aux enchères, les formalités compliquées de la vente des meubles sur saisie ne sont pas nécessaires. — Toullier, t. 5, n. 759. — *Contrà*, Pigeau, *Proc.*, t. 2, p. 610.

898. — Faut-il ajouter que, comme la loi ne prescrit point d'appeler le tuteur, la vente serait valable alors même que le tuteur n'y aurait pas été appelé? On l'a soutenu, mais l'opinion contraire prévaut aujourd'hui en doctrine et exige pour la validité de l'aliénation que le tuteur soit présent ou dûment convoqué. — Demolombe, t. 22, n. 499; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 343; Laurent, t. 14, n. 553; Cossé, p. 254.

899. — Au reste, le tuteur à la substitution aurait toujours le droit d'assister à l'aliénation et même d'assigner le grevé qui négligerait de provoquer la vente, pour faire ordonner qu'il lui sera permis d'y faire procéder. — Grenier, n. 388; Delvincourt, t. 2, p. 103; Toullier, t. 5, n. 758; Aubry et Rau, *loc. cit.;* Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, *loc. cit.*

4° De l'emploi des deniers.

900. — D'après l'art. 1065, dans le délai de six mois à compter du jour de la clôture de l'inventaire, il doit être fait, par le grevé, emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs. Toutefois ce délai peut être prolongé, s'il y a lieu.

901. — Un tel emploi peut être le meilleur moyen d'empêcher le détournement des deniers. Il doit donc toujours être fait et dans un délai relativement court. Si par hasard il n'a pas été fait d'inventaire, cas non prévu par l'art. 1065, le délai de six mois part, d'après Demolombe (t. 22, n. 508), « du jour où le grevé aura été saisi des biens substitués que l'acte de disposition désigne en les lui conférant »; s'il y a doute, c'est le juge qui fixera le point de départ.

902. — Le grevé est pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs recouvrés et des remboursements de rente; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il a reçu ces derniers (C. civ., art. 1066). D'après Demolombe (t. 22, n. 507), ce délai de trois mois pourrait être encore prorogé par le juge, bien que l'art. 1066 ne reproduise pas sur ce point les termes de l'art. 1065. — *Contrà*, Laurent, t. 14, n. 554.

903. — Dans ces divers cas l'emploi est fait en présence du tuteur à la substitution qui, si le grevé ne remplit pas cette formalité, a le droit de l'y contraindre judiciairement (C. civ., art. 1068). Ledit tuteur pourrait aussi exiger le dépôt provisoire des fonds à la Caisse des consignations et faire opposition au paiement entre les mains des débiteurs non encore libérés. — Demolombe, t. 22, n. 509; Laurent, t. 14, n. 554; Cossé, p. 257.

904. — Les substitués peuvent aussi faire des diligences pour l'emploi; car ils y ont intérêt et cet emploi leur est dû. — Furgole, *Comm. sur l'ord. de 1747*, art. 103, tit. 2; Rolland de Villargues, n. 25 et 26.

905. — En principe, l'emploi doit être fait conformément à ce qui a été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait, les formes à suivre et les sûretés à prendre. En cas de silence sur ce point de l'acte de disposition, l'emploi ne pourra être fait « qu'en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles » (C. civ., art. 1067). La loi parlant d'immeubles sans préciser davantage, on admet que le placement pourrait être effectué en immeubles fictifs, par exemple en actions de la Banque de France immobilisées. La jurisprudence a consacré cette solution en matière de contrat de mariage. — Demolombe, t. 22, n. 511.

906. — De plus, et sauf clause contraire dans la donation ou le testament, l'emploi pourrait être fait en titres nominatifs de rente française. Les lois de finances des 2 juill. 1862, art. 46, 16 sept. 1871, art. 29, 11 juin 1878, art. 3, 27 avr. 1888, art. 3, le déclarent formellement. — Cass., 13 nov. 1893, Masselin, [S. et P. 97.1.516, D. 94.1.268]

907. — Mais ne faut-il pas aller plus loin, et alors que l'art. 1067 exige exclusivement un placement en immeubles ou avec privilège sur des immeubles, faut-il déclarer inefficace tout autre placement sûr, en première hypothèque par exemple? Certains auteurs le pensent qui considèrent le mot *privilège* dans l'art. 1067 comme pris dans son sens technique. Au jour où ce texte a été voté, le titre des hypothèques n'était pas encore promulgué et le législateur a pu penser aux dangers des anciennes hypothèques occultes. De plus, même sous l'empire du Code civil, le rang des hypothèques n'est pas absolument assuré et le grevé qui aurait fait un emploi en première hypothèque pourrait se voir primer par une hypothèque légale dispensée d'inscription. Voilà qui expliquerait les exigences particulières de la loi. Au reste le texte est formel et sa formule restrictive ne comporte pas d'extension. — Delvincourt, t. 2, p. 103; Marcadé, sur l'art. 1067; Colmet de Santerre, t. 4, n. 229 *bis*-II.

908. — Mais on ne crée pas à volonté des privilèges sur les immeubles, il faut trouver à acquérir une créance privilégiée préexistante, par achat ou par subrogation. Aussi la plupart des auteurs estiment-ils qu'après avoir fait tous ses efforts pour se procurer une créance privilégiée, le grevé, s'il n'a pu y réussir, fera un placement valable sur première hypothèque. Le but de la loi est d'assurer les droits de l'appelé. Or, du moment qu'un placement sera sûr pour ce dernier, il n'y a pas de raison pour le proscrire. Dès lors, un placement en première hypothèque serait suffisant, pourvu toutefois qu'il fût certain que l'appelé viendra en ordre utile de paiement : si, par exemple, il n'existait pas déjà sur l'immeuble de privilège du vendeur ou du constructeur. — Duranton, t. 9, n. 574; Toullier, t. 5, n. 760; Coin-Delisle, sur l'art. 1067, n. 1; Troplong, t. 4, n. 2280; Zachariæ, § 696, note 32; Demolombe, t. 22, n. 513; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 344, note 46; Laurent, t. 14, n. 555; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 672; Huc, t. 6, n. 413; Planiol, t. 3, n. 3312. — MM. Aubry et Rau ajoutent (*loc. cit.*) qu'en cas d'impossibilité de trouver un emploi conforme soit aux intentions du disposant, soit aux prescriptions légales, il appartiendrait aux juges de régler le mode d'emploi des deniers fidéicommissaires.

909. — Seulement, pour que les intentions du législateur soient remplies, il faut que les actes d'acquisition ou de prêt indiquent l'origine des deniers et le but de l'opération faite. — Demolombe, t. 22, n. 514; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 344.

910. — L'emploi est fait au nom du grevé de restitution, mais au profit des appelés. C'est la substitution, et non le grevé, qui acquiert le privilège ou toute autre sûreté équivalente.

911. — La jurisprudence est favorable à l'interprétation aujourd'hui donnée en doctrine de l'art. 1067. Un arrêt a même autorisé un grevé de substitution obligé par le disposant à faire l'emploi des capitaux donnés en placements hypothécaires ou avec privilège sur des immeubles, à remplacer les placements hypothécaires qu'il ne trouvait pas par des obligations du Crédit foncier. — Dijon, 16 août 1861, Guillemot, [S. 61.2.543, P. 61.796, D. 61.2.239] — Il n'y a pourtant pas là même un placement hypothécaire, le Crédit foncier n'étant pas propriétaire d'immeubles et ne pouvant dès lors donner d'hypothèque. Seulement c'est un placement garanti hypothécairement puisqu'aux termes de ses statuts, la société ne peut pas émettre d'obligations pour un chiffre supérieur à celui de ses créances pour prêts, toutes hypothèques sur des immeubles valant au moins le double des sommes prêtées, et que ces créances sont affectées, par privilège, aux obligations (Décr. 28 févr. 1852, art. 4, 5, 13, 18, 48, n. 7; L. 6 juill. 1860, art. 6). Dans tous les cas, c'est un placement très-solide. — V. *suprà*, v° *Crédit foncier*, n. 206 et s.

912. — Les débiteurs des sommes objet de la substitution ne sont pas responsables du défaut d'emploi; car le grevé ayant qualité pour recevoir et pour contraindre au paiement, les débiteurs ne sauraient s'y refuser. L'ordonnance les dispensait formellement de surveiller l'emploi. Le Code civil est muet à cet égard, mais tous les auteurs s'accordent pour adopter la solution traditionnelle.

913. — Au contraire, certainement, le grevé et le tuteur à la substitution répondent vis-à-vis des appelés du défaut d'emploi ou du mauvais emploi des deniers. Seulement jusqu'où va leur responsabilité? D'après Demolombe (t. 22, n. 516), elle n'existe que s'ils ont commis une faute d'une certaine gravité; en effet, le grevé gère sa propre affaire et le tuteur remplit un office gratuit. Laurent (t. 14, n. 556) applique ici le droit commun relatif aux mandataires faute de texte y dérogeant. Cette seconde opinion peut invoquer en sa faveur un arrêt d'après lequel une substitution étant devenue caduque par la mort sans enfant du grevé, le tuteur à la substitution a été déclaré responsable, au même titre qu'un mandataire ordinaire, du défaut d'emploi des

sommes données, sans qu'il y eût à examiner si les mesures prescrites par la loi l'étaient dans l'intérêt du grevé ou des substitués. — Dijon, 26 mars 1886, Brayer.

§ 2. *Formalités de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers.*

914. — La publicité des substitutions est exigée pour instruire les tiers de la situation faite au grevé, de sa position réelle de fortune, en même temps que de l'appauvrissement du donateur. Il y a donc une publicité unique dans sa réalisation en fait, mais double en droit : la publicité de l'aliénation qui dépouille le disposant et celle de la substitution qui limite les droits du grevé sur les biens donnés ou légués. La première n'est, d'après les principes généraux (C. civ., art. 939-941), nécessaire qu'au cas de donation; la seconde l'est toujours, même si la substitution est faite par testament. L'ordonnance de 1747 faisait très-nettement la distinction entre les deux ordres de publicité. Pour annoncer à tous le dépouillement du donateur, elle prescrivait l'insinuation et exigeait, pour faire connaître la substitution, la publication en jugement, l'audience tenant, de la disposition et l'enregistrement de la publication au greffe (Ord. 1747, tit. 2, art. 18).

915. — Le droit moderne ne connait plus la formalité de l'insinuation et le Code civil ne prescrit plus les anciens procédés de publication en jugement et d'enregistrement. Il se borne, d'une part, quand la substitution est faite par donation entre-vifs, à exiger la transcription de cette donation conformément au droit commun des art. 939 à 941; d'autre part, de quelque façon que la substitution soit établie, à en prescrire la publicité sous forme de transcription ou d'inscription, suivant les cas, publicité dont le grevé et le tuteur à la substitution sont responsables (C. civ., art. 1069, 1073). En conséquence, quand la substitution, effectuée par voie de donation, porte sur des immeubles, c'est le même procédé de publicité qui est requis pour apprendre aux tiers tant l'appauvrissement du donateur que la charge du grevé. Il peut en résulter pour l'esprit quelque confusion et le texte de l'art. 1072 y contribuerait encore au besoin, car il parait avoir complètement perdu de vue l'un des objets de la transcription.

916. — Quant à la transcription de la première libéralité lorsqu'elle est faite par donation entre-vifs, V. *suprà*, v° *Donations entre-vifs*, n. 1776 et s. Bornons-nous ici à poser les règles relatives à la publicité de la substitution, formalité qui, nous l'avons déjà dit, doit s'opérer d'une façon bien plus générale. D'après l'art. 1069, C. civ., « les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à la charge de restitution, seront, à la diligence soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation et, quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège ». Par ces derniers mots, il ne faut pas entendre une inscription hypothécaire prise dans les formes ordinaires, car elle serait insuffisante pour apprendre aux tiers l'existence de la substitution. Ce qui est exigé, c'est l'annotation de l'acte portant substitution en marge des inscriptions hypothécaires déjà prises à raison de la créance donnée ou léguée ou son indication et sa relation dans les inscriptions à prendre. — Grenier, t. 1, n. 390; Zachariæ, § 696, note 34; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 344, note 48; Huc, t. 6, n. 1014. — *Contrà*, Duranton, t. 9, n. 575 et 576.

917. — La même publicité doit être effectuée pour les rentes et capitaux quand, au lieu d'être compris dans l'acte même de substitution, ils sont placés en remploi. L'art. 1069, en effet, ne distingue pas et les motifs qui l'ont fait écrire sont également applicables dans les deux cas. — Grenier, t. 1, n. 390; Zachariæ, § 696, notes 33 et 34; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 345, note 49.

918. — Relativement aux immeubles, il est deux cas que la loi ne vise pas expressément mais qui en réalité ne présentent aucune difficulté de solution : 1° Quand une acquisition immobilière a été faite à titre d'emploi, en exécution de l'art. 1067, soit des deniers laissés par le défunt, soit du produit de la vente de ses meubles, soit des remboursements effectués par les débiteurs des créances substituées, l'acte doit être transcrit conformément à la règle générale de la loi du 23 mars 1855. Dans cet acte seront indiqués l'origine des deniers et le but de l'emploi. Dès lors ce sera cette transcription qui opérera la publicité voulue par la loi et non celle de la donation ou du testament contenant la substitution, qui serait de tous points inefficace. — Duranton, t. 9, n. 575; Zachariæ, § 696, p. 345, note 35; Demolombe, t. 22, n. 523; Aubry et Rau, t. 7, § 696, note 50; Huc, t. 6, n. 414. — V. Grenier, t. 1, n. 390. — 2° Dans l'hypothèse de l'art. 1052 où une nouvelle libéralité est faite à charge de substitution pour les biens compris dans une première donation, non seulement, celle-ci ayant été transcrite par application de l'art. 939, la seconde libéralité, même testamentaire, doit l'être conformément à l'art. 1069, mais mention doit en être faite en marge de la transcription de la première donation. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 338, note 27; Demolombe, t. 22, n. 523; Colmet de Santerre, t. 4, n. 232 *bis*-I; Huc, t. 6, n. 414.

919. — Il n'était pas possible d'organiser une publicité effective à l'égard des biens corporels sur lesquels la substitution peut porter. Aussi bien les tiers acquéreurs que la loi veut ainsi protéger seront suffisamment couverts, en cas de bonne foi, par la règle de l'art. 2279 : « En fait de meubles, possession vaut titre ». Il est vrai qu'il n'en sera pas de même des créanciers du grevé. Si la substitution comprend des meubles incorporels, c'est-à-dire des sommes placées par le disposant lui-même ou par le grevé d'après les instructions du grevé en valeurs autres que celles visées à l'art. 1067, la loi ne prescrit aucune formalité et M. Huc (t. 6, § 414), en conclut qu'il n'y en a pas à remplir. On s'accorde cependant, dans la pratique, à exiger, dans ces cas, la mention de la substitution sur les titres des créances, qui seront rendus nominatifs : ainsi les tiers sont garantis contre une action éventuelle des appelés.

920. — Dans les cas visés au texte, la publicité résultant de la transcription ou de l'inscription est organisée dans l'intérêt de ceux qui traiteront avec le grevé. Vis-à-vis des biens substitués, ce dernier a des pouvoirs restreints, il ne peut en disposer librement et n'a pas le droit de les aliéner. Il faut que les tiers soient avertis de cette situation. Aussi la loi fait-elle de la formalité de la transcription ou de l'inscription une condition essentielle à la validité de la disposition à l'égard des tiers, puisqu'elle prescrit cette formalité afin de rendre l'acte public, et que la nécessité de la publicité ne saurait se concevoir si on n'attachait pas au défaut de publicité une déchéance au profit des tiers qui auraient acquis des droits sur les biens grevés avant la transcription ou l'inscription.

921. — Il est d'ailleurs dans le vœu du législateur que ces formalités soient accomplies au plus tôt. Au contraire de l'ordonnance de 1747, tit. 2, art. 28, le Code civil n'a pas accordé de délai dans lequel la transcription ou l'inscription faite rétroagirait au jour de l'acte ou du décès. Par suite, les créanciers ou les tiers détenteurs qui auront contracté quant aux biens grevés, avant la transcription ou l'inscription, pourront opposer aux appelés le défaut de publication. On ne saurait invoquer les dispositions d'une loi abrogée pour régler un délai ou une déchéance que la loi actuelle a omis de prononcer. — Troplong, t. 4, n. 2284; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 199, § 469, note 20.

922. — Le tuteur nommé à la substitution encourt une responsabilité personnelle, en vertu de l'art. 1073, en cas de retard dans la publicité, au cas où le grevé dispose d'une façon quelconque des biens substitués.

923. — Ces règles ont été étendues aux vieilles colonies (Antilles, Guyane et Réunion) par les ordonnances des 14 juin 1829, art. 17, et 22 nov. 1829 qui imposent aux notaires l'obligation de faire transcrire les actes de transmission de biens substitués.

924. — Quand les formalités de l'art. 1069 ont été remplies, les tiers qui ont traité avec le grevé ne sauraient exciper de leur ignorance. Ils ont agi à leurs risques et périls. Donc, — et l'art. 31 de l'ordonnance de 1747 le disait formellement, — les aliénations faites depuis par le grevé et les droits réels qu'il a consentis sur les biens grevés sont résolubles et ne peuvent nuire aux substitués, qu'il s'agisse de servitudes, charges ou inscriptions hypothécaires. Seulement on discute le point de savoir si le droit des substitués peut être toujours et dans tous les cas exercé par eux. Il ne faut pas oublier que le substitué est l'enfant, partant l'héritier légitime du grevé. Or, dans une opinion, on l'autorise à agir en résolution, sauf remboursement du prix de l'aliénation et des frais et loyaux coûts, sans distinguer entre le cas où cet appelé serait héritier bénéficiaire du grevé et le cas où il serait son héritier pur et simple. Pour celui où il est héritier bénéficiaire, il ne saurait y avoir doute, à raison du principe de la

séparation des patrimoines. Dans le second cas, on doit décider de même, nonobstant la maxime : « *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* » ; l'acquéreur savait parfaitement qu'il achetait la chose d'autrui, une propriété résoluble : partant il a dû baser son prix en conséquence. L'art. 31 de l'ordonnance était formel à cet égard et l'esprit du Code paraît bien conforme à la solution traditionnelle. — Grenier, t. 1, n. 382; Toullier, t. 5, n. 769; Delaporte, sur l'art. 1069; Rolland de Villargues, n. 12.

925. — La doctrine plus récente tend à écarter tout d'abord l'autorité de l'ordonnance de 1747, tit. 2, art. 28. Cette disposition, dit-elle, était déjà dérogatoire au droit commun et avait été critiquée sous l'ancien droit. Il y a d'autant moins lieu de s'y arrêter qu'elle n'est pas reproduite par le Code. Restent alors les principes sur l'obligation de garantie, qui repoussent l'action en revendication intentée par les héritiers purs et simples du vendeur. Les appelés ne sauraient donc revendiquer les immeubles aliénés par le grevé que s'ils ont renoncé à sa succession ou l'ont acceptée sous bénéfice d'inventaire. — Delvincourt, t. 2, p. 107; Duvergier, sur Toullier, t. 5, n. 769; Vazeille, sur l'art. 1069, n. 3; Marcadé, sur l'art. 1054; Taulier, t. 4, p. 199; Colmet de Santerre, t. 4, n. 214 *bis*-I; Demolombe, t. 22, n. 594; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 359, note 97.

926. — Quant aux créances privilégiées ou hypothécaires comprises dans une institution, les débiteurs qui paieraient le grevé postérieurement à l'ouverture de la substitution s'exposeraient à payer deux fois, car le premier versement ne serait pas opposable aux appelés. Cependant on admet, par argument tiré de l'art. 1240, C. civ., que le paiement ainsi fait serait valable et libératoire au cas où, même après l'ouverture de la substitution, « le grevé aurait pu être considéré par les débiteurs qui l'ignoraient comme étant encore en possession de la créance. » — Demolombe, t. 22, n. 527, 528; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 345, texte et note 51; Cossé, p. 262.

927. — En définitive, si la transcription ou l'inscription a eu lieu, les créanciers ou acquéreurs, étant réputés avoir connu la substitution, n'ont de recours que contre le grevé vendeur, qui leur doit garantie (Rolland de Villargues, n. 12). — Cette garantie ne peut s'étendre au delà de la restitution du prix payé, sans dommages-intérêts, puisque les créanciers ou acquéreurs ne devaient pas ignorer la résolution qui les menaçait (V. C. tit. *Commun. de leg.*, L. 3, §§ 2, 3 et 4). — Thévenot, ch. 49, et notes sur l'ord., tit. 2, art. 31; Rolland de Villargues, *loc. cit.*

928. — Dans tous les cas, la transcription du testament contenant la substitution n'a lieu que dans l'intérêt de la substitution, et ne peut servir à conserver aux créanciers le droit de demander la séparation des patrimoines. — Cass., 5 mai 1830, Bourgeois, [S. et P. chr.]

929. — Supposons désormais les formalités précitées de publicité non accomplies. D'abord le défaut de transcription de l'acte portant substitution ou de relation de cet acte dans les inscriptions hypothécaires prises comme garantie des créances grevées de substitution ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers et les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la substitution par d'autres voies que celle de ces formalités. Telle est la disposition de l'art. 1071, C. civ., reproduisant l'art. 33, tit. 2, de l'ordonnance de 1747.

930. — De plus, d'après l'art. 1070, « le défaut de transcription pourra être opposé par les créanciers et les tiers acquéreurs même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables. » Et, quoique l'art. 1070 ne parle pas du défaut d'inscription, il n'est pas douteux que sa disposition n'y soit applicable. L'art. 1072 ne peut laisser aucun doute à cet égard. D'ailleurs la raison de décider ainsi dans ce cas est la même, et le système hypothécaire actuel, basé sur la publicité, exige dans tous les cas la formalité de l'inscription. — Duranton, t. 9, n. 576, 578; Grenier, t. 1, n. 380; Marcadé, sur l'art. 1070; Troplong, t. 4, n. 2287; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 345, note 52.

931. — D'autres questions soulevées par ce texte sont également faciles à résoudre. Ainsi il est certain que dans l'expression générale *tiers acquéreurs* il faut faire rentrer non seulement les acheteurs d'immeubles compris dans une substitution, mais aussi ceux au profit de qui auraient été constitués à titre onéreux les droits réels sur ces biens, voire même un droit de bail soumis à transcription; d'autre part, l'art. 1070 ne distinguant pas, les créanciers chirographaires doivent être traités comme les créanciers privilégiés ou hypothécaires. — Demolombe, t. 22, n. 537; Colmet de Santerre, t. 4, n. 233 *bis*-II; Planiol, t. 3, n. 3315. — *Contra*, Flandin, *Traité de la transcription*, t. 2, n. 992.

932. — Il est certain aussi que le défaut de transcription est opposable aux appelés mineurs, non seulement nonobstant l'insolvabilité du grevé et du tuteur, mais encore lors même qu'il n'a pas été nommé de tuteur à la substitution. — Bruxelles, 21 juin 1824, Delrue, [P. chr.]

933. — Enfin d'opinion aujourd'hui unanime et contrairement à la thèse soutenue par Grenier (t. 1, n. 380), de ce que la loi parle généralement des créanciers et tiers acquéreurs, comme pouvant opposer le défaut de transcription, il ne faut pas conclure que les créanciers ou les tiers acquéreurs du chef du tuteur à la substitution pourraient se prévaloir de cette disposition. Décider ainsi ce serait contredire tous les principes de notre droit, qui établissent clairement que la vente de la chose d'autrui est nulle et qu'on ne peut conférer sur une chose que les droits qu'on avait sur cette chose (C. civ., art. 1599, 2125 et 2182). — Duranton, t. 9, n. 576, 577; Zachariæ, § 696, note 36; Demolombe, t. 22, n. 542; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 345, note 53.

934. — L'art. 1070 signifie que les aliénations consenties par le grevé et les dettes par lui contractées avant la transcription ou l'inscription sont valables ou peuvent s'exercer sur les biens grevés. Cette disposition se conçoit puisque le grevé est propriétaire vis-à-vis des tiers jusqu'à la transcription ou l'inscription, et que ceux qui traitent avec lui seraient exposés à des fraudes si les actes qu'ils auraient faits dans cette position n'étaient pas maintenus. Le même inconvénient n'est pas à craindre quant aux aliénations faites par le tuteur, puisque ses créanciers ou ceux qui se sont portés vis-à-vis de lui acquéreurs des biens substitués n'ont pu légalement méconnaître qu'il n'était pas propriétaire. — Certainement donc les créanciers et les tiers acquéreurs visés par l'art. 1070 sont avant tout ceux qui tiennent leurs droits du grevé. Ils ont le droit d'invoquer le défaut de transcription bien que, faute d'avoir fait nommer dans le délai légal au tuteur à la substitution, le grevé ait encouru la déchéance de son bénéfice; tant que cette déchéance du grevé et cette ouverture du droit des appelés n'ont pas été prononcées en justice, les créanciers personnels du grevé ont intérêt et droit à se prévaloir du défaut de transcription de l'acte contenant les dispositions, pour faire tomber la substitution à leur égard, aux termes de l'art. 1070, C. civ., et peuvent exercer leurs droits sur les biens grevés. — Caen, 1er juil. 1856, Bodin, [S. 58.2.205, P. 58.636] — *Sic*, Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 346, note 55.

935. — Mais ni les héritiers, ni les donataires ou légataires du grevé, ni leurs donataires ou légataires ne sauraient se prévaloir d'une telle omission. Telle était déjà la solution consacrée dans l'ancien droit à l'égard des héritiers par arrêt du Parlement de Paris, du 17 sept. 1587 (Leprêtre, *Arrêts de la 5e Ch. des enq.*), et par arrêt du Parlement de Toulouse, du 4 août 1739 (cité par Furgole : *Des testam.*, ch. 7, sect. 4, n. 42), comme à l'égard des donataires par un arrêt de la Cour suprême rendu par application de l'ordonnance de 1747. — Cass., 10 nov. 1829, Fournier, [P. chr.] — Aujourd'hui cette thèse s'appuie sur le mot de l'art. 1070 « tiers acquéreurs » qui doit viser exclusivement les tiers acquéreurs à titre onéreux. En effet, il les assimile aux créanciers, et d'autre part sa formule serait inexplicablement beaucoup plus restrictive que celle de l'art. 941 dans une hypothèse analogue. Cela est d'autant plus significatif qu'au contraire l'art. 1072 parle d'acquéreurs à titre gratuit. D'ailleurs, très-généralement, dans l'art. 2184 par exemple, le Code civil entend seulement par *tiers acquéreurs* les acquéreurs à titre onéreux. — Grenier, t. 1, n. 380; Troplong, t. 4, n. 2285; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 346, note 56; Demolombe, t. 12, n. 538; Colmet de Santerre, t. 4, n. 233 *bis*-III; Cossé, p. 268. — *Contra*, Planiol, t. 3, n. 3315.

936. — De plus, quant à l'héritier du grevé, s'il a acquis à titre onéreux de ce dernier le bien substitué, l'obligation de garantie l'empêcherait toujours d'invoquer le défaut de transcription s'il acceptait purement et simplement la succession de son auteur. [illegible] *Traité des substitutions*, art. 1, § [illegible] ne peut pas [illegible] historique [illegible] certains auteurs, dans une hypothèse voisine, à permettre à l'appelé héritier pur et simple du grevé

vendeur d'agir en résolution contre les acheteurs. Tout le monde est donc d'accord pour appliquer les principes généraux sur la garantie. Seulement si l'héritier pur et simple, acquéreur direct du bien avant la transcription de la substitution, ne peut se prévaloir de cette circonstance vis-à-vis des appelés, tout au contraire, s'il a lui-même revendu, son acheteur, ayant-cause à titre particulier, ne succède pas à ses obligations, et, ayant acquis à titre onéreux, il pourra opposer aux appelés le défaut de transcription. — Flandin, *Traité de la prescription*, t. 2, n. 987 et suiv.

937. — Mais les ayants-cause du grevé sont-ils les seuls tiers que les formalités de publicité de la substitution entendent protéger? Oui, évidemment, dans un certain nombre de cas où seuls ils sont intéressés à connaître les conditions dans lesquelles la libéralité a été faite. Il en est ainsi d'abord au cas où la substitution résulte d'un testament. L'acte n'est alors soumis à la transcription qu'en tant qu'il contient une substitution. Nul autre en pareil cas que les ayants-cause du grevé n'a intérêt à l'observation de la formalité, et notamment les ayants-cause du disposant ne sauraient opposer son omission aux appelés. En effet, le testament comme tel n'est pas transcrit et il fait sortir dans tous les cas les biens du patrimoine du disposant, sauf le droit des créanciers d'invoquer la règle : « *Nemo liberalis nisi liberatus* »; peu importe donc aux ayants-cause de celui-ci que l'acte contienne ou non une substitution. Même au cas où la charge de rendre résulte d'une donation entre-vifs, il suffit que l'acte ait été transcrit comme donation pour qu'il devienne opposable aux ayants-cause du disposant. Peu importe, quant à eux, qu'il ait été transcrit en entier ou que, par erreur ou autrement, il ne l'ait été que comme donation non en tant que substitution, chose possible notamment dans l'hypothèse de l'art. 1052, quand la substitution implique l'existence de deux libéralités distinctes et successives. Evidemment dans ce cas les ayants-cause du grevé ont intérêt à invoquer le défaut de transcription, mais non pas ceux du disposant. Qu'importe en effet à ceux-ci que le grevé soit propriétaire définitif des biens ou non; dans tous les cas la transcription de la donation a obtenu ce résultat que, par rapport à eux, les biens donnés ont cessé d'être la propriété de leur auteur, il leur est indifférent de savoir dans quelles mains ils sont passés véritablement.

938. — Mais dans un autre cas l'accomplissement ou l'omission de la formalité de publicité intéresse grandement, outre les ayants-cause du grevé, ceux du disposant : c'est quand l'acte n'a été transcrit ni comme donation ni comme substitution. Alors se pose la question de savoir si le Code, dans les art. 1070 et 1072, a envisagé seulement la publicité de l'acte au point de vue de la substitution, le défaut de transcription de la donation étant uniquement régi par l'art. 941, ou si au contraire il a modifié le principe général posé dans cet article à l'égard des donations faites à charge de rendre.

939. — Si l'art. 1070 était seul, on pourrait soutenir, malgré la généralité de ses termes « les créanciers et tiers acquéreurs », qu'au chap. 6 du titre *Des donations* le législateur n'a eu en vue que les ayants-cause du grevé, toujours intéressés et seuls intéressés en bien des cas à connaître la substitution. Mais l'art. 1072 ne permet pas de s'arrêter à cette idée, car il vise expressément certains ayants-cause du disposant. D'après lui, « les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne peuvent, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ».

940. — Dès lors deux opinions partagent la doctrine sans que la jurisprudence ait eu à se prononcer sur la difficulté. — 1re *Opinion*. — L'art. 1070 ne vise que les ayants-cause du grevé, ayants-cause à titre onéreux seuls d'après l'opinion commune (V. *suprà*, n. 935). Si les créanciers et acquéreurs à titre onéreux du disposant peuvent opposer le défaut de transcription de l'acte de donation qui contient substitution, c'est en vertu de l'art. 941 et non de l'art. 1070. C'est une application de la règle générale d'après laquelle l'aliénation gratuite des immeubles n'est opposable aux tiers qu'à dater de la transcription. Quant aux héritiers et ayants-cause à titre gratuit du disposant, ou aux ayants-cause à titre gratuit de ses donataires ou légataires, l'art. 1072 qui leur interdit d'opposer aux appelés le défaut de transcription est la reproduction textuelle de l'art. 34 de l'ordonnance de 1747 : il a donc le même sens qu'elle et, placé au chapitre spécial *Des substitutions*, doit s'interpréter exactement comme elle. Or, sans conteste possible, l'art. 34 visait uniquement le défaut d'enregistrement de l'acte comme substitution sans s'occuper de la publicité à donner, par voie d'insinuation, à la libéralité primitive qui dépouillait le disposant. Ce dernier point était réglé par l'ordonnance de 1731. De la combinaison des deux ordonnances il résultait qu'en cas de substitution de biens donnés entre-vifs, tous les ayants-cause du donateur pouvaient se prévaloir vis-à-vis tant du grevé que des appelés du défaut d'insinuation, mais non opposer le défaut d'enregistrement de la substitution. — Furgole, *Comm. de l'ordonn. de 1747*, sur l'art. 34.

941. — Appliquant cette thèse en droit moderne, on soutient qu'un donataire du disposant, pourvu qu'il ait fait transcrire son titre, peut, conformément à l'art. 941, opposer le défaut de transcription d'une donation précédente et qu'il le peut non seulement vis-à-vis du premier donataire, mais même, si cette libéralité était grevée de substitution, vis-à-vis des appelés. L'art. 1072 lui défendrait seulement d'invoquer le défaut de transcription de la substitution; il supposerait l'acte transcrit comme donation mais non en tant que substitution et réglerait seulement les conséquences de l'omission de cette dernière publicité. — Mourlon, *Tr. de la transcription*, t. 2, n. 430, et *Rev. prat.*, 1864, t. 17, p. 477; Planiol, t. 3, n. 3316; Pison, *Rev. crit.*, 1859, t. 41, p. 14 et s.

942. — 2e *Opinion*. — Le premier système est en général condamné par les auteurs, qui envisagent les art. 1070 et 1072 comme s'appliquant l'un et l'autre aux ayants-cause du disposant et réglant d'une façon complète leurs droits en présence d'une substitution, fût-ce par dérogation à l'art. 941. Et d'abord les créanciers et tiers acquéreurs dont parle l'art. 1070 sont aussi bien ceux du disposant que ceux du grevé. Les uns et les autres peuvent invoquer le défaut de transcription, soit de la donation, soit de la substitution quand ils y ont intérêt. Cependant Aubry et Rau (t. 7, § 696, note 57) enseignent que les créanciers du substituant ne sauraient opposer aux appelés le défaut de publicité quant aux créances hypothécaires comprises dans la substitution; « comme la donation de ces créances au profit du grevé est devenue parfaite et efficace, à l'égard des ayants-cause du donateur, par le seul accomplissement de la formalité prescrite par l'art. 1690 et indépendamment de toute publication de l'acte de substitution, ils ne peuvent se plaindre du défaut de publicité de cet acte ». La situation est la même qu'à l'égard des immeubles compris dans la substitution quand il y a eu transcription de l'acte au profit du grevé par application de l'art. 939, C. civ., mais non de la substitution. M. Flandin (*Traité de la prescription*, t. 2, n. 996) a combattu cette opinion. Elle est, dit-il, contraire aux termes généraux de l'art. 1070, et un mode légal de publicité ne pouvant être suppléé par un autre, la notification de l'art. 1690 ne saurait équivaloir au procédé spécial de la transcription dont parle la loi. A l'égard d'un donataire ou d'un légataire du disposant, l'art. 1072 modifie l'art. 941 sans le remplacer absolument. Parmi ces donataires ou légataires, il faut, bien entendu, mettre à part le grevé qui serait toujours irrecevable à se prévaloir de l'omission d'une formalité qu'il était lui-même chargé de remplir. Mais les autres ne pourront pas opposer aux appelés le défaut de transcription, s'agit-il d'un deuxième donataire ayant fait transcrire la libéralité à lui adressée. Le système de publicité organisé par les art. 1069 et s., s'applique à l'acte envisagé à la fois comme donation et comme substitution et diffère profondément de celui que l'ordonnance de 1747 avait mis en vigueur. Il ne faut donc pas argumenter des solutions consacrées sous l'ancien droit. L'art. 1072 paraît bien dans ses termes avoir une portée générale et on doit d'autant plus le penser ainsi, qu'aujourd'hui, au contraire de ce qui avait lieu sous l'ancienne législation, c'est une seule et même formalité, la transcription, qui assure la publicité et de la donation et de la substitution. — Delvincourt, t. 2, p. 418; Duranton, t. 9, n. 580; Grenier, t. 1, n. 380; Troplong, t. 4, n. 2290; Demolombe, t. 22, n. 536 et s.; Colmet de Santerre, t. 4, n. 237, 238, 238 *bis*; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 346; Huc, t. 6, n. 415; Flandin, n. 999 et s.; Cossé, p. 265.

943. — Seulement, ajoutent ces auteurs, à l'exception de Grenier (*loc. cit.*) et Troplong (*loc. cit.*), l'art. 1072 ne déroge à l'art. 941 qu'en faveur des appelés, mais non du grevé. Il en résulte qu'un légataire ou un second donataire pourra opposer au grevé le défaut de transcription; mais qu'il ne pourra pas l'opposer aux appelés. Le légataire ou second donataire recevra les biens avec la charge de restitution à la mort du grevé au

profit de ses enfants appelés, et, à défaut d'enfants laissés par ledit grevé, il deviendra propriétaire incommutable. L'art. 1072, en effet, ne parle que des appelés et sa disposition doit être entendue restrictivement, d'abord parce qu'elle constitue une exception aux principes généraux et aussi parce que la situation particulière des appelés justifie la faveur qui leur est faite. — Delvincourt, *loc. cit.;* Duranton, *loc. cit.;* Colmet de Santerre, *loc. cit.;* Huc, *loc. cit.;* Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 346 et 247, note 58; Demolombe, t. 22, n. 544.

944. — De plus, comme l'art. 1072 interdit expressément aux héritiers et ayants-cause à titre gratuit des donataires ou légataires du disposant d'opposer le défaut de transcription, il faut en conclure *a contrario* que cette prohibition exceptionnelle ne saurait être étendue aux ayants-cause à titre particulier, alors même qu'ils tiendraient leurs droits, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un héritier, d'un donataire ou d'un légataire, d'un premier donataire ou légataire du disposant. — Demolombe, *loc. cit.*

945. — Nous n'avons pas parlé, dans l'exposé de cette controverse, des héritiers légitimes du disposant que l'art. 1072 exclut du droit d'opposer le défaut de transcription. La chose allait de soi du moment que la substitution est supposée restreinte aux limites de la quotité disponible, puisque les héritiers du disposant succèdent à l'obligation de garantie dans la mesure où il en était tenu lui-même. Il est douteux toutefois qu'il faille, avec Demolombe (t. 22, n. 543, et t. 23, n. 530), déduire de la mention expresse faite de ces héritiers dans l'art. 1072 et du mot *même* qui l'accompagne, l'impossibilité pour un héritier du disposant d'échapper à cette irrecevabilité en renonçant à la succession de son auteur. L'art. 785, C. civ., ne porte-t-il pas que le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier?

946. — Les règles ainsi posées pour la publicité spéciale des substitutions n'ont été en rien modifiées par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. L'art. 11, § 6, de ladite loi est formel sur ce point. En conséquence les testaments portant substitution doivent toujours être transcrits quoique les actes de dernière volonté soient en règle générale dispensés de cette formalité. En conséquence aussi, dans l'opinion commune au moins qui donne à l'art. 1072 une portée générale, les donataires postérieurs à une donation grevée de substitution demeurent irrecevables à opposer aux appelés l'absence de transcription de cette donation, quoique la loi de 1855 déclare les actes qui ne sont pas transcrits non opposables aux tiers si ceux-ci se sont conformés à ses dispositions. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 347, note 59, p. 347; Demolombe, t. 22, n. 519; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 693; Huc, t. 6, n. 415; Mourlon, *Rev. prat.*, 1856, t. 1, p. 10, n. 5.

Section IV.

Droits et obligations des parties durant la jouissance du grevé.

§ 1. *Droits et obligations du grevé.*

947. — Le droit du grevé ressemble fort, au point de vue pratique, à celui d'un usufruitier : toutes les fois que le droit des appelés s'ouvre, il aura eu la jouissance des biens substitués sans avoir pu en disposer librement. Cependant ce n'est pas un usufruitier, et en conséquence il ne fournit pas de caution. Le grevé est un propriétaire et son droit de propriété, limité par celui des appelés exclusivement, deviendra incommutable si ceux-ci prédécèdent. Dans le langage courant, autrefois surtout la doctrine considérait le grevé comme propriétaire, mais propriétaire sans condition résolutoire. Telle était déjà du reste la formule de Pothier (*Subst.*, n. 158 et s., et *Vente*, n. 15) et de Furgole (ch. 7, sect. 4, n. 39). Comme, dit-on, la propriété ne peut jamais rester en suspens, et comme les appelés n'ont qu'un droit éventuel aux biens substitués jusqu'à ce que la substitution soit ouverte, il en résulte que le grevé est propriétaire sauf la résolution de son droit, qui arrivera à l'époque de son décès, s'il laisse des enfants, et même avant son décès, s'il ne remplit pas les obligations qui lui sont imposées à peine de déchéance : notamment de provoquer la nomination d'un tuteur à la substitution dans le mois de l'ouverture de son droit (V. *suprà*, n. 846 et s.). — Delvincourt, t. 2, p. 101; Grenier, t. 1, p. 365; Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 12, § 1, n. 2; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitutions*, § 5, n. 1; Duranton, t. 9, n. 585; Marcadé, sur l'art. 1048, n. 1; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 30; Toullier, t. 5, n. 736; Troplong, *Vente*, n. 212, et *Don. et test.*, t. 4, n. 2257; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 470, note 4 : Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis* I.

948. — La formule est pourtant inexacte. S'il y avait vraiment résolution du droit du grevé, il faudrait le considérer comme n'ayant jamais été propriétaire des biens substitués, les appelés seraient réputés l'avoir toujours été seuls. Or, ce serait mutiler arbitrairement la volonté du disposant que de ne laisser qu'une libéralité là où l'auteur de la substitution en a voulu faire deux. — Laurent, t. 14, n. 562; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 674; Huc, t. 6, n. 17 et 416; Planiol, t. 3, n. 3320; Demolombe, t. 18, n. 94 et 550; Cossé, p. 272.

949. — Ce qu'il faut dire, c'est ou avec Demolombe (*loc. cit.*) que, tenu de conserver et de rendre, le grevé est propriétaire *ad tempus*, ou plus exactement croyons-nous, qu'il est propriétaire pur et simple du bien substitué, son droit étant seulement susceptible d'être anéanti par une clause spéciale que le disposant a été exceptionnellement autorisé par la loi à imposer, ou encore qu'il est propriétaire de biens frappés d'inaliénabilité conditionnelle. La dernière de ces explications est fournie par M. Planiol (*loc. cit.*) : elle suffit, dit-il, à tout justifier. « On répond bien mieux à l'idée de la substitution si on suppose que la propriété a résidé pendant toute sa vie sur la tête du grevé, sans qu'il ait pu en abuser au détriment des appelés ». La précédente est développée par M. Huc (t. 6, n. 416). Le droit de propriété, fût-il pur et simple, est toujours susceptible d'être, non résolu mais anéanti par certaines chances ordinaires et naturelles de destruction, comme la perte de la chose. Or, à ces chances ordinaires, le disposant, en cas de substitution, a le droit légal d'en ajouter une nouvelle « purement artificielle, devant produire le même effet et résultant de l'ouverture de la substitution ». Que la chose objet du droit périsse ou que la substitution s'ouvre, la propriété « s'éteint, à l'égard du grevé, sans qu'il y ait à se préoccuper d'un effet rétroactif quelconque : il y a eu perte juridique de la propriété comme il y aurait pu avoir perte matérielle ».

950. — Au reste, si importante que soit cette discussion au point de vue des principes, on est à peu près complètement d'accord sur les solutions à donner aux questions de fait que soulève l'existence de la substitution. Ce sont les suivantes : 1° le grevé est vraiment propriétaire des biens donnés à charge de substitution, tant que celle-ci n'est pas ouverte; 2° mais, le droit du grevé étant limité par celui des appelés, il ne peut par un acte de disposition transférer à un tiers qu'un droit soumis aux mêmes charges qu'entre ses mains et voué à l'anéantissement si la substitution s'ouvre.

951. — I. Le grevé est, jusqu'à l'ouverture de la substitution, réellement propriétaire des biens qu'elle renferme. En conséquence : 1° Il peut disposer des immeubles compris dans la substitution, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ou consentir sur eux des hypothèques ou autres droits réels, sans qu'avant l'ouverture de la substitution, nul, pas plus les appelés que les tiers, puisse attaquer ou contester ces actes.

952. — Jugé que la substitution ne fait pas qu'il y ait incertitude sur la propriété des biens substitués; que cette propriété réside avec tous les droits qui en découlent sur la tête du grevé, tellement qu'il a faculté d'aliéner et d'hypothéquer, sauf à l'appelé l'action résolutoire si, au jour de l'ouverture de la substitution, il est apte à recueillir. — Cass., 5 mai 1830, Bourgeois, [S. et P. chr.], et tous les auteurs sauf Vazeille.

953. — ... Que le grevé peut valablement aliéner les biens donnés sous charge de restitution, sauf, le cas échéant, l'exercice du droit des appelés. — Paris, 25 juill. 1850, Hainguerlot, [S. 50.2.459, P. 50.267, D. 51.2.170]

953 *bis*. — ... Que le grevé est investi du droit de propriété des biens substitués; seulement ce droit est résoluble en cas d'ouverture de la substitution. — Orléans, 1er févr. 1876, Pierre, [S. 76.2.112, P. 76.467, D. 78.2.95]

954. — D'après un autre arrêt cependant, il avait été décidé que le grevé ne pouvait ni aliéner ni hypothéquer de tels biens. — Paris, 12 janv. 1847, Verneuil, [S. 47.2.82, P. 47.1.205, D. 47.2.61] — *Sic*, Vazeille, sur l'art. 1053, n. 19.

955. — De ce que le grevé est propriétaire il suit que si la condition de la substitution ne se réalise pas, la propriété se fixe invariablement sur la tête du grevé ou sur celle de ses héritiers; et les hypothèques ou les droits réels qu'il a consentis sont main-

tenus. Les droits des créanciers, qui n'auraient porté que sur des fruits, portent dès lors sur la propriété entière.

956. — 2° Les biens substitués peuvent être saisis par les créanciers du grevé et expropriés à leur requête, sauf résolution du droit des acquéreurs à l'ouverture de la substitution, s'il y a lieu. — Orléans, 12 févr. 1876, précité. — Bordeaux, 3 mai 1877, Lacave, [S. 77.2.236, P. 77.994, D. 78.2.95] — Rouen, 26 août 1882, [*J. des avoués*, t. 108, p. 56] — *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 14, n. 2, *in fine;* Toullier, t. 5, n. 736 ; Duranton, t. 8, n. 50 et t. 16, n. 164; Troplong, *Vente*, n. 212; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substit.*, chap. 2, sect. 2, § 5, n. 20; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 30; Marcadé, sur l'art. 1053, n. 1; Boileux, t. 4, p. 212; Colmet de Santerre, t. 7, n. 213 *bis*-I et II; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 290, § 479, notes 3 et 4; Aubry et Rau, t. 7, § 696-3°, p. 348; Laurent, t. 14, n. 562 et 564; Saintespès-Lescot, *Donat. et test.*, t. 5, n. 1738 et s., 1741; Troplong, *Vente*, n. 212, et *Donat. et test.*, n. 2237; Demolombe, t. 22, n. 550 et s.; Huc, t. 6, n. 418; Planiol, t. 3, n. 3318; Ballot, *Rev. prat.*, t. 4, p. 424.

957. — Et les créanciers de l'auteur de la substitution ne peuvent pas écarter les créanciers du grevé, de la distribution du prix provenant de la vente des biens grevés, sous le seul prétexte que ces biens n'avaient pu être hypothéqués par le grevé. — Cass., 5 mai 1830, précité. — *Sic*, Laurent, t. 14, n. 565.

958. — Jugé cependant, au contraire, que les biens donnés au grevé de substitution ne peuvent être saisis par ses créanciers; et que le tuteur à la substitution a qualité pour demander la nullité de la saisie, bien que le droit des appelés ne soit pas ouvert. — Paris, 12 juin 1847, précité.

959. — Dans tous les cas, remarquons-le, les créanciers du testateur peuvent saisir et faire vendre les biens substitués entre les mains du grevé, et quant à eux, le résultat définitif des poursuites n'est nullement subordonné à la non ouverture de la substitution. Leur droit de gage sur ces biens ne peut être enlevé par l'auteur de la libéralité, celui-ci le voulût-il et en fît-il la déclaration expresse. Et les appelés ne sauraient faire opposition à la saisie effectuée par ces créanciers ainsi qu'à leur collocation sur le prix de vente, alors même que les créanciers n'auraient pas demandé la séparation des patrimoines. En vertu de la maxime *Nemo liberalis nisi liberatus*, les appelés n'ont de droit sur les biens que déduction faite des dettes, en cas d'insuffisance des autres biens disponibles recueillis par l'héritier ou le légataire universel. — Cass., 17 mars 1856, Alfaric, [S. 56.1.593, P. 57.263, D. 56.1.152] — Douai, 25 avr. 1891, Dubois, [D. 92.2.552] — *Sic*, Laurent, t. 14, n. 565; Huc, t. 6, n. 418.

960. — Mais l'appelé n'étant point personnellement débiteur, le tuteur à la substitution doit être mis en cause par les créanciers saisissants. Est donc non recevable l'action dirigée, au cas de minorité de l'appelé, contre son père en sa qualité d'administrateur légal des biens du fils. — Douai, 25 avr. 1891, précité.

961. — 3° Le grevé, étant propriétaire des biens substitués, les administre seul et en son nom personnel; il peut les donner à bail sans intervention du tuteur à la substitution, mais seulement comme administrateur, conformément aux art. 1429 et 1430, C. civ. — Rolland de Villargues, *Rép. du Not.*, v° *Bail*, n. 134, et *Substitutions*, n. 239; Merlin, *Rép.*, v° *Substitutions fidéic.*, sect. 12, § 1, n. 5; Duranton, t. 17, n. 134.

962. — Laurent (t. 14, n. 567) et Huc (t. 6, n. 418) s'inscrivent en faux contre cette thèse. A leur sens, en cas d'ouverture de la substitution, il y a perte juridique de la chose et tout doit se passer comme si le bien avait réellement péri : il a péri au préjudice des locataires ou fermiers comme il eût péri, s'il eût été aliéné, aux mains et au préjudice d'un tiers détenteur. Traiter les uns d'autre sorte que les autres serait illogique. Il est vrai que les baux faits par l'usufruitier sont opposables au nu propriétaire pour une certaine période au moins. Mais il a fallu pour cela un texte spécial, l'art. 595, qui déroge aux principes généraux, et nous ne trouvons rien de semblable en notre matière. L'ouverture de la substitution anéantit donc les baux comme les aliénations.

963. — Le seul arrêt rendu sur la matière semblerait, au contraire, favorable à un droit absolu pour le grevé quant aux conditions et à la durée des baux. Du moins, dit-il, à supposer que les règles restrictives de durée et de renouvellement posées dans les art. 595, 1429 et 1430, C. civ., soient applicables à ces baux, la nullité serait toute relative et n'en saurait donc être demandée que par les appelés, après l'ouverture de la substitution. — Douai, 18 mars 1852, Monet, [S. 52.2.337, P. 53.1.174, D. 53.2.20]

964. — Tout au moins a-t-on soutenu, en appliquant par analogie l'art. 1673, que les appelés seraient tenus d'exécuter les baux consentis par le grevé en dehors même des conditions posées aux art. 1429 et 1430, si du moins ces actes sont exempts de fraude et ne sont pas conclus pour une durée rendant la transcription nécessaire d'après la loi du 23 mars 1855, art. 2. — Demolombe, t. 22, n. 566; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis*-III; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 705.

965. — Au contraire de l'usufruitier, d'ailleurs, et parce qu'il est propriétaire, le grevé a le droit incontestable de faire des modifications dans le mode de jouissance des biens substitués. Il pourrait notamment défricher des bois, sauf à être personnellement responsable en cas d'abus de jouissance. — Laurent, t. 14, n. 576; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 678.

966. — 4° Jusqu'à la restitution, le grevé a la jouissance des biens substitués en qualité de propriétaire. D'une part, donc, il doit payer les contributions ordinaires ainsi que les arrérages des rentes ou intérêts des sommes dont la substitution est grevée, pour ce qui en court pendant sa jouissance (Dig., *Ad S.-C. Trebellianum*, L. 58, § 1). Il doit aussi soutenir les procès concernant la jouissance ou la propriété desdits biens. Les frais en resteront absolument à sa charge au premier cas. Si le procès est relatif à la propriété, il pourra se faire restituer ses impenses sans intérêts lors de l'ouverture de la substitution. — Toullier, t. 5, n. 775; Demolombe, t. 22, n. 572.

967. — D'autre part, il a droit aux fruits perçus pendant la durée de sa jouissance. Mais à quel moment cesse à son profit ce droit pour faire place au droit des appelés? On n'est pas d'accord sur ce point. Dans un premier système, les appelés auraient droit aux fruits à dater du jour de l'ouverture de la substitution, en l'absence même de toute demande en restitution. Les fruits sont acquis au propriétaire par droit d'accession, nous dit l'art. 547, C. civ. Or, dès le jour de l'ouverture de la substitution et en dehors de toute action en justice des appelés, le grevé a perdu la propriété des biens. — Grenier, t. 1, n. 377; Vazeille, sur l'art. 1053, n. 22; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 37, 39; Demolombe, t. 22, n. 617; Laurent, t. 14. n. 590; Cossé, p. 293.

968. — D'après Duranton (t. 9, n. 611), les appelés n'ont droit aux fruits que s'ils font une demande en restitution, mais, dans les substitutions universelles ou à titre universel, l'effet de la demande, par analogie avec l'art. 1005, C. civ., remonte, quant aux fruits, à compter de l'ouverture de la substitution. On peut répondre à ce dernier auteur que l'art. 1005 contient une disposition toute spéciale aux légataires et que son extension à notre cas est d'autant moins admissible que l'appelé n'a pas au même degré qu'un légataire une position justifiant cette faveur : il doit, en effet, avoir connaissance de la substitution bien avant son ouverture, tandis que le légataire peut ignorer la libéralité faite à son profit. Quant au premier système, il ne tient pas compte de ce fait que les appelés sont toujours libres de renoncer au bénéfice de la substitution, et qu'ils doivent donc faire connaître leur intention d'en profiter au grevé, lequel demeure jusque-là en possession et même, peut-on dire, propriétaire. Mieux vaut donc s'en tenir à la règle traditionnelle de l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 40 (V. Pothier, *Substitutions*, sect. 6, art. 2, § 1), et dire qu'en aucun cas, les fruits ne devront être restitués aux appelés avant leur demande. Cette solution s'impose surtout si l'on reconnaît, avec la doctrine la plus récente, dans le grevé non un propriétaire conditionnel, mais un propriétaire pur et simple soumis à une chance spéciale de perte juridique de l'objet de son droit (V. *suprà*, n. 949). — Thévenot, ch. 37; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 15, § 3, n. 2; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Subst.*, ch. 2, sect. 2, § 6, n. 15; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 352, note 78; Huc, t. 6, n. 418.

969. — Si un simple administrateur de la fortune d'autrui a le droit de toucher les créances et d'en donner décharge, *a fortiori* en est-il de même du grevé qui est propriétaire. Celui-ci poursuit donc valablement la rentrée des créances faisant partie de la substitution et en donne quittance, sans que la présence du tuteur soit nécessaire, quand du moins ce dernier n'a pas fait opposition entre les mains des débiteurs. Peu importe pour la validité des paiements que les deniers soient ou non employés en achats d'immeubles ou en placements hypothécaires. La règle est la même pour les paiements de créances et les remboursements de rentes.

970. — Demolombe (t. 22, n. 564) propose cependant une réserve. D'après lui, le tuteur a toujours le droit d'être présent, n'eût-il fait d'ailleurs aucune opposition, aux remboursements des sommes dont, conformément à l'art. 1068, il a été fait emploi devant lui (V. *suprà*, n. 965). Dans cette hypothèse donc, les débiteurs devraient, pour se libérer valablement, convoquer eux-mêmes le tuteur pour le remboursement à faire. — Dans le même sens, Delvincourt, t. 2, p. 104; Zachariæ, § 696, note 43; Arntz, t. 2, n. 2217. — Mais le texte ne distingue pas, et en général on s'accorde à ne considérer en aucun cas la présence du tuteur comme nécessaire à peine de nullité. Telle était déjà l'opinion admise par Pothier (*Substitutions*, sect. 5, art. 1), en face de l'ordonnance de 1747, tit. 2, art. 15. De plus, si logique que paraisse l'opinion contraire, l'interprète ne saurait créer des nullités. — Toullier, t. 5, n. 742, 762; Grenier, t. 1, n. 390; Duranton, t. 9, n. 572; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 348, note 63; Laurent, t. 14, n. 568; Huc, t. 6, n. 413.

971. — Le pouvoir de toucher les créances et d'en donner décharge emporte d'ordinaire le droit de les céder définitivement. Cette règle est applicable aux administrateurs pour autrui. L'est-elle également au profit du grevé de telle sorte que les appelés ne puissent pas, après l'ouverture de la substitution, faire annuler, au détriment des cessionnaires, les cessions par lui consenties? On l'admet généralement : ce qui est vrai à l'égard d'un administrateur pour autrui doit l'être *a fortiori* vis-à-vis du grevé qui est propriétaire, quoique non propriétaire incommutable. Toutefois la règle comporterait une exception au cas où il s'agirait de créances existant encore en nature au jour de l'ouverture de la substitution et à l'égard desquelles la précarité du titre du grevé aurait été portée à la connaissance de tous par une mention sur les titres. Les appelés pourraient alors exiger des tiers porteurs la remise de ces titres. — Demolombe, t. 22, n. 565; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 349, note 64; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 677; Huc, t. 6, n. 418.

972. — Cependant, Laurent (t. 14, n. 568) conteste cette opinion. Qu'à défaut de publicité effectuée relativement aux créances cédées, les cessionnaires aient le droit de les conserver, il l'accorde; mais autre chose est toucher une créance ou la vendre. Le grevé est tenu de conserver et de rendre : il ne peut vendre une créance, comme un immeuble, que sous réserve du droit des appelés.

973. — Il peut être fait au grevé remise d'une dette comprise dans la substitution. Les appelés en profiteraient-ils? Il faut, croyons-nous, distinguer. Non, évidemment, si la remise a été faite *in personam*, en considération du grevé et de lui seul. Mais oui au contraire si, et en cas de doute on devra supposer qu'elle est telle, la remise a été faite *in rem*, et, suivant la formule consacrée en la matière, *propter dispositionem*. — Demolombe, t. 12, n. 557 *bis*.

974. — Le grevé peut évidemment transiger relativement aux biens substitués, et les transactions par lui consenties seront, dans l'opinion communément adoptée, opposables aux appelés mais sous certaines conditions cependant. L'ordonnance de 1747 exigeait, pour leur attribuer semblable effet, que les actes les contenant eussent « été homologués en nos Cours de Parlement, ou conseils supérieurs, sur les conclusions de nos procureurs généraux à peine de nullité » (tit. 2, art. 53). Aujourd'hui on déclare nécessaires et la présence du tuteur à la substitution et l'accomplissement des formalités prescrites pour les transactions intéressant des mineurs, notamment l'homologation du tribunal de première instance. — Duranton, t. 9, n. 592; Delvincourt, t. 2, p. 107; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 27; Zachariæ, § 696, note 45; Demolombe, t. 22, n. 560; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350, note 68; Planiol, t. 3, n. 3321; Marbeau, *Des transactions*, n. 116 et s.; Cessé, p. 277. — Seul, Laurent (t. 14, n. 566) se refuse à déclarer jamais opposable aux appelés une transaction passée par le grevé. La loi n'a pas prévu le cas d'une transaction relative aux biens substitués, et les lacunes du texte législatif ne sauraient être comblées par l'interprète.

975. — Conformément à l'opinion de Pothier (*Substitutions*, sect. 5, art. 1), le grevé, étant propriétaire, a le droit d'exercer tant activement que passivement toutes les actions, réelles ou personnelles, relatives à un objet quelconque compris dans la substitution. Ce point est sans difficulté admis en jurisprudence et en doctrine. — Zachariæ, § 696, note 44; Demolombe, t. 22, n. 553 et s.; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 470, p. 200; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350, note 65; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis*-I; Huc, t. 6, n. 418; Planiol, t. 3, n. 3317.

976. — Il a été jugé que le grevé a seul qualité, à l'exclusion du tuteur à la substitution, pour exercer les actions concernant les biens substitués, et notamment, dans une espèce où le droit du grevé de substitution était un droit acquis dans un contrat de société susceptible d'être atteint de nullité, pour se prévaloir de cette nullité ou pour la couvrir au contraire par l'exécution volontaire ou la ratification. Par suite, il peut valablement se désister de l'action en nullité de la société par lui introduite, alors même que sont intervenus à l'instance l'exécuteur testamentaire, l'administrateur de la succession bénéficiaire et le tuteur à la substitution pour demander, conjointement avec lui, la nullité. Et son désistement mettant fin à l'instance fait nécessairement tomber les interventions. — Metz, 13 juill. 1865, Chalupt, [S. 66.2.29, P. 66.200, D. 65.2.126]

977. — Il reste, comme unique ressource au tuteur, en cas de fraude, de malversation ou de dissipation de nature à compromettre l'accomplissement de la charge de restitution, à provoquer par action principale et directe contre le grevé, soit des mesures de prévoyance, soit même la déchéance de son droit. — Même arrêt.

978. — Investi ainsi des actions tant actives que passives, le grevé peut provoquer un partage des biens substitués ou s'y défendre. Mais tout partage entre le grevé et autres est nul s'il n'a été précédé de la nomination d'un tuteur qui, d'après le vœu de l'art. 1056, C. civ., doit représenter à ce partage les enfants nés et à naître du grevé. — Turin, 29 déc. 1810, Sarra, [S. et P. chr.]

979. — Le tuteur doit donc être présent au partage (Demolombe, t. 22, n. 560 *bis*). D'après cet auteur aussi, le partage ne peut avoir lieu qu'en justice, tous les appelés existants fussent-ils déjà majeurs, car il intéresse également les appelés à naître.

980. — Le grevé a le droit de sortir de l'indivision relativement à un bien individuellement substitué et de réclamer la licitation. Le tuteur interviendra encore et, conformément à l'art. 1065, le juge, en prescrivant la licitation, prendra telle mesure que de raison pour la garantie des appelés. — Bruxelles, 23 févr. 1888, *Pasicr.*, 88.2.263 — *Sic*, Huc, t. 6, n. 418.

981. — Sur les actions ainsi intentées pour ou contre le grevé, vont intervenir des jugements entre des tiers et lui. Or les appelés dont le droit n'est pas encore né sont sans droit pour intervenir dans les instances relatives aux biens substitués : ils y sont exclusivement représentés par le tuteur à la substitution. — Paris, 23 déc. 1873, Ve Picard, [D. 76.2.124]

982. — Les jugements obtenus pour ou contre le grevé sont-ils donc *ipso facto* opposables aux appelés? Ont-ils vis-à-vis d'eux force de chose jugée? Trois opinions sont en présence. Suivant Toullier (t. 5, n. 739) et Zachariæ (§ 696, note 44), même en l'absence du tuteur à la substitution et sans conclusions du ministère public, les jugements rendus contre le grevé lient les appelés et leur profitent s'ils sont favorables au grevé.

983. — Laurent (t. 14, n. 570) considère au contraire les appelés comme des tiers par rapport au grevé et applique la règle : « *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.* » Le grevé ne saurait représenter les appelés et il en est de même du tuteur auquel la loi n'a pas donné qualité pour agir en leur nom, ou du ministère public, puisque la loi n'exige pas formellement qu'il soit entendu.

984. — Une solution intermédiaire prévaut entre ces deux extrêmes. Elle repose sur une distinction : si le tuteur à la substitution a été mis en cause et que le ministère public ait donné ses conclusions (C. proc. civ., art. 83-6°), les appelés sont liés par la décision intervenue contre le grevé et d'ailleurs profitent toujours de celle rendue en sa faveur. Les art. 49 et 50, tit. 2, de l'ordonnance de 1747 le décidaient ainsi. Mais si, le tuteur ayant été mis en cause, le ministère public n'avait pas été entendu, les appelés pourraient se pourvoir contre une sentence défavorable par la voie de la requête civile (C. proc. civ., art. 480-8°). Si, au contraire, le tuteur n'a pas été mis en cause, la tierce opposition appartient aux appelés, alors même que le ministère public aurait été entendu (C. proc. civ., art. 474). Il est vrai que l'ordonnance n'admettait pas la tierce opposition. Mais cela tenait à ce qu'alors il n'y avait pas de tuteur à la substitution. — Delvincourt, t. 2, p. 107; Duranton, t. 9, n. 591; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 26; Demolombe, t. 22, n. 558; Aubry et

Rau, t. 7, § 696, p. 349, note 66; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis*-III; Planiol, t. 3, n. 3321; Cossé, p. 276.

985. — La prescription qui court pour ou contre le grevé relativement aux biens substitués court-elle *ipso facto* pour ou contre les appelés? La question a été et est encore très-controversée. Elle se pose du reste à divers points de vue. *a*) La prescription court-elle contre les appelés dans l'hypothèse où elle est invoquée par des tiers ne tenant pas leurs droits du grevé, par un tiers notamment qui a possédé un immeuble substitué, soit sans titre, soit en vertu d'un titre n'émanant pas du grevé, dans les conditions de temps et autres requises par la loi, ou par le débiteur d'une créance substituée que le grevé a négligé de poursuivre pendant trente ans? D'après certains auteurs, il faut distinguer entre la prescription acquisitive et la prescription libératoire. Cette dernière tenant lieu de paiement pour le débiteur, il en résulte qu'elle pourrait être opposée aux appelés, puisque le grevé avait la capacité de recevoir le paiement (Dig., tit. *Ad S.-C. Trebellianum*, L. 7, § *ult.*). Mais il en est autrement de la prescription acquisitive par application de la maxime : « *Contrà non valentem agere non currit præscriptio* ». Les biens grevés de substitution sont imprescriptibles avant l'ouverture du droit de l'appelé, lorsqu'il a rempli les formalités voulues par la loi pour la publicité de son droit de restitution. — Guyot, *Rép.*, v° *Substitutions*, sect. 13; Maynard, liv. 7, ch. 64; Grenier, t. 1, n. 383; Delvincourt, t. 2, p. 629 (éd. de 1819); Vazeille, *Prescript.*, t. 1, n. 300; Marcadé, sur l'art. 1052, n. 2.

986. — Si sur le premier point tout le monde est d'accord, il en est autrement quant à la prescription acquisitive. D'autres auteurs en plus grand nombre proposent à ce second point de vue une nouvelle distinction. Suivant eux, à l'égard des appelés *majeurs*, la prescription courant contre le grevé court aussi contre eux nonobstant l'art. 2257 qui suspend le cours de la prescription à l'égard d'une créance conditionnelle ou à terme, ou à l'égard d'une action en garantie jusqu'à l'événement de la condition, l'arrivée du terme ou l'éviction, par application de la règle : « *Contrà non valentem agere nulla currit præscriptio* ». Cet article n'est pas applicable à l'égard des tiers, et en outre ne saurait s'étendre à la prescription acquisitive, puisque les tiers peuvent toujours, en vertu de l'art. 1180, C. civ., faire des actes conservatoires, partant des actes interruptifs de prescription. — *Sic*, dans l'ancien droit, Thévenot, n. 891; Domat, *Lois civ.*, liv. 5, tit. 5, sect. 3, n. 13 et 14; Pothier, sect. 5, art. 2; Ricard, ch. 13, n. 92 et 93; Dunod, *Des prescript.*, part. 4, ch. 4.

987. — Mais la solution serait toute différente vis-à-vis des appelés mineurs. Ces auteurs, admettant la résolution du droit du grevé lors de l'ouverture de la substitution (V. *suprà*, n. 947), considèrent alors logiquement les appelés comme ayant été rétroactivement propriétaires. C'est donc contre ceux-ci que la prescription aura couru et elle aura été nécessairement suspendue s'ils étaient mineurs ou encore à naître. — Duranton, t. 9, n. 610; Toullier, t. 5, n. 740; Proudhon, *Usufr.*, t. 4, n. 2144; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 471, note 15.

988. — Les auteurs plus récents repoussent toute distinction. De ce que le grevé incarne en sa personne, jusqu'à l'ouverture de la substitution, toutes les actions, tant réelles que personnelles, relatives aux biens substitués, de ce qu'il est réellement propriétaire, ils concluent que la prescription de toutes ces actions court et s'accomplit contre lui. Les actions sont-elles éteintes à son égard, elles le sont vis-à-vis des appelés et l'ouverture de la substitution ne saurait les faire renaître. Peu importe que ces appelés se prévalent d'une cause de suspension à eux personnelle, qu'ils aient été notamment mineurs, interdits ou à naître. C'est la personne du grevé seul qu'il faut considérer, car c'est lui seul qui était créancier ou propriétaire et contre qui seul la prescription a couru puisqu'il est propriétaire ou créancier non conditionnel mais à temps (V. *suprà*, n. 949). Si donc le grevé était majeur et capable, la prescription a pu courir et contre lui et par contre-coup contre les appelés. Ceux-ci ont du reste leurs droits sauvegardés, tant par l'obligation incombant au tuteur, à défaut du grevé, d'interrompre la prescription, que par la faculté de faire tous actes conservatoires résultant pour eux soit de l'art. 1180, C. civ., d'après la majorité des auteurs, soit, d'après Huc (t. 6, n. 418), du caractère expectatif de leur titre. — Troplong, *Prescript.*, t. 2, n. 795; Demolombe, t. 22, n. 554, 554 *bis*; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 349, note 67; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis*-IV; Laurent, t. 14, n. 571; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 677; Huc, t. 6, n. 418; Planiol, t. 3, n. 3321; Bertauld, t. 1, n. 526-528; Cossé, p. 273.

989. — Tout naturellement la durée de la prescription courant au profit d'un tiers détenteur d'un immeuble substitué sera de dix à vingt ans ou de trente ans suivant qu'il a été de bonne ou de mauvaise foi (C. civ., art. 2262, 2265). Mais, pour que cet acquéreur puisse invoquer la prescription de dix ou vingt ans, il faut que cet acquéreur ait été de bonne foi au moment où la prescription a commencé, et cette exception de bonne foi est inadmissible de la part d'un détenteur qui a connu la substitution longtemps avant l'ouverture du droit du substitué. Mais, la mauvaise foi de l'acquéreur, résultant de ce qu'il a su que l'immeuble était grevé de substitution, n'a pas suffi pour l'empêcher de faire les fruits siens jusqu'au jour de l'action en délaissement formée par le substitué. — Cass., 9 janv. 1827, Flach, [S. et P. chr.]

990. — *b*) Quand la prescription est opposée aux appelés par les ayants-cause du grevé, spécialement par un tiers qui a acquis de celui-ci un bien substitué à titre gratuit ou onéreux, il est bien évident que c'est contre les appelés directement et non contre le grevé que court ladite prescription. Elle doit donc être suspendue par les causes ordinaires de suspension existant en leurs personnes, s'ils sont mineurs ou interdits par exemple. Mais court-elle vraiment contre eux, conformément au droit commun, à compter de l'entrée en possession des tiers ou des actes passés par le grevé, ou seulement à partir de l'ouverture de la substitution? La question est controversée; d'après un premier système, aucune prescription du chef des ayants-cause du grevé ne courrait contre les appelés avant l'ouverture de la substitution. Ou bien, en effet, le grevé a vendu un bien substitué comme tel et l'acquéreur le possède alors dans les mêmes conditions de précarité que son auteur; ou bien le grevé a aliéné le bien comme lui appartenant, et alors l'acquéreur est légalement réputé avoir connu par la transcription les droits éventuels des appelés. Dans les deux cas, la propriété de l'immeuble aux mains de l'acquéreur est soumise à l'éventualité de restitution comme entre celles du grevé et la prescription ne saurait être invoquée : *melius est non habere titulum quam habere vitiosum*. — Demolombe, t. 22, n. 555; Laurent, t. 14, n. 572.

991. — Jugé, en ce sens, que la prescription pour les immeubles aliénés par le grevé ne court pas contre les appelés à la substitution avant son ouverture, surtout si ces appelés étaient encore mineurs à l'époque des aliénations. — Cass., 9 janv. 1827, précité. — Colmar, 14 août 1840, Lavallée, [S. 42.2.102, P. 41.1.44]

992. — ... Que la circonstance que le grevé de substitution a, pendant sa jouissance, fait acte de propriétaire *absolu* des biens *substitués* n'opère pas en sa faveur, ou en faveur de ses ayants-droit, une *interversion* de titre, ayant pour effet de faire courir dès cette époque la prescription à leur profit, contre l'appelé à la substitution qui n'aurait pas réclamé dans les trente ans suivants. — Il suffit, pour écarter toute prescription contre l'appelé, qu'il ait réclamé l'exécution du fidéicommis avant l'expiration des trente ans à partir du décès du grevé (C. civ., art. 2238). — Cass., 1er févr. 1832, De Valernod, [S. 32.1.201, P. chr.]

993. — Peu importerait que le bien eût été acquis en justice sur les poursuites faites par un créancier du grevé. — Vazeille, *Prescript.*, t. 1, n. 301.

994. — Ce premier système était consacré par l'ancienne jurisprudence qui interprétait l'art. 32, tit. II, Ord. 1747, comme interdisant aux tiers acquéreurs d'opposer aux appelés une prescription antérieure comme origine à l'ouverture de la substitution. Mais le Code n'ayant pas reproduit cette disposition exceptionnelle, n'en faut-il pas conclure que le droit commun s'applique; or, d'après l'art. 2251, C. civ., la prescription court contre toutes personnes, sauf les exceptions prévues par la loi, et il n'y en a pas ici. Si donc les appelés sont majeurs et capables, l'action en revendication qu'ils pourraient avoir contre des tiers détenteurs acquéreurs du grevé partira de l'entrée en possession de ces tiers avant toute ouverture de la substitution. C'est une inexactitude que d'objecter la précarité du droit du grevé. Tout d'abord le vice de précarité s'efface par la transmission des biens à des ayants-cause à titre particulier, cette transmission fût-elle le fait d'un simple détenteur. De plus, le grevé ne saurait être consideré comme un détenteur précaire, il possède pour son compte et est propriétaire, sauf à restituer si la substitution s'ouvre (V. *suprà*, n. 951 et s.). Tout ce qu'on peut

admettre c'est que, s'il est de mauvaise foi, l'acquéreur pourra se prévaloir de la prescription trentenaire exclusivement (C. civ., art. 2265). Au surplus les droits des appelés ne sont pas sacrifiés; on ne peut invoquer en leur faveur la règle : « *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, puisqu'ils ont toujours la faculté, même avant l'ouverture de la substitution, d'interrompre la prescription par des actions conservatoires (V. *infrà*, n. 1030 et s.). — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 360, notes 98, 99; Bertauld, t. 1, n. 529 et s.

995. — Qu'on adopte pour point de départ de la prescription contre les appelés l'entrée en jouissance de l'acquéreur de l'immeuble ou seulement l'ouverture de la substitution, le possesseur peut incontestablement invoquer la prescription trentenaire (C. civ., art. 2262). Il lui est non moins certainement interdit de se prévaloir de la prescription de dix à vingt ans, si en fait il est de mauvaise foi. Mais, nonobstant l'avis contraire de Duranton (t. 9, n. 10), il est très-contestable que ce possesseur soit légalement réputé de mauvaise foi par suite de la transcription opérée de la substitution ; « la transcription d'un acte constitutif d'un droit éventuel, pas plus que la transcription d'un acte constitutif d'un droit pur et simple de propriété, n'implique la connaissance en fait, de la part des tiers, de l'existence et de la nature des droits contre lesquels ils ont besoin de protection ; le tiers détenteur peut notamment s'affranchir par prescription d'un droit résolutoire, bien qu'il résulte d'un acte transcrit » — Bertauld, t. I, n. 531. — V. en ce sens, Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 360, note 98.

996. — c) La prescription acquisitive que le grevé aurait faite des biens substitués profiterait aux appelés, car le grevé les possédait pour la substitution. Ce point est universellement admis. Mais il faut adopter la même solution à l'égard de la prescription libératoire. On a soutenu autrefois que, si le grevé a prescrit sa libération à l'égard d'une dette mobilière relative aux biens substitués, les héritiers du grevé s'en feront tenir compte par les appelés, comme d'un véritable paiement. — Duranton, t. 9, n. 609; Grenier, t. 1, n. 383; Rolland de Villargues, n. 25. — Mais une pareille opinion est aujourd'hui absolument délaissée. C'est pour la substitution que le grevé s'est libéré.

997. — Bien mieux, d'après Demolombe (t. 22, n. 557), il n'y a pas lieu de faire exception au principe général relativement aux prescriptions de courte durée fondées sur une présomption de paiement.

998. — II. Le grevé n'est pas propriétaire incommutable et il doit rendre les biens substitués au cas où s'ouvrira la substitution. De là résulte pour lui des droits et des obligations particulières comparables mais nullement identiques à ceux d'un usufruitier : 1° Il lui est interdit de faire une aliénation irrévocable des biens substitués. En a-t-il vendu ou ces biens ont-ils été saisis et expropriés par ses créanciers personnels, de tels actes seront sans effet à l'égard des appelés ; mais seulement à partir de la substitution. Les droits du grevé ne sont anéantis que *ut ex nunc* et non pas *ut ex tunc*, puisqu'il a été propriétaire jusqu'à cette époque. — Thévenot, *Des subst.*; Duranton, t. 9, n. 572 ; Grenier, t. 1, n. 365 et s.; Toullier, t. 5, n. 760 et s.; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350, note 69 ; Huc, t. 6, n. 418; Planiol, t. 3, n. 3319.

999. — Encore faut-il pour permettre aux appelés de faire tomber lesdites aliénations, ainsi d'ailleurs que nous l'avons dit plus haut : 1° que la substitution ait été transcrite ; 2° que les appelés n'aient pas accepté purement et simplement la succession du grevé. Sans doute, l'art. 31, tit. 2, Ord. 1747, autorisait les appelés même héritiers purs et simples du grevé à faire résoudre les aliénations faites par le grevé, et cette thèse a été encore soutenue sous l'empire du Code civil, au début surtout. Mais aujourd'hui, on admet couramment que seuls l'appelé qui a renoncé à la succession du grevé et son héritier bénéficiaire peuvent opposer leurs droits aux tiers acquéreurs du grevé.

1000. — La règle ainsi posée à l'égard des aliénations et de toutes les constitutions de droits réels consenties par le grevé comporte quelques exceptions en dehors même de l'hypothèse où, les formalités de l'art. 1069 n'ayant pas été observées, les créanciers et tiers acquéreurs peuvent, aux termes des art. 1070 et 1071, opposer le défaut de transcription ou d'inscription. Il en serait ainsi d'abord, on s'accorde à le reconnaître, sous l'empire du Code civil comme aux temps de l'ordonnance de 1747, quand les appelés majeurs ont consenti à la vente faite par le grevé. En pareil cas, ils ne pourraient attaquer l'acquéreur, alors même qu'ils renonceraient à la succession du grevé ; car ils seraient garants de leurs faits. En vain l'on opposerait qu'on ne peut renoncer d'avance à une succession future, car les biens substitués n'arrivent pas aux appelés de la succession du grevé, ou qu'on ne peut pactiser sur le droit éventuel de substitution, car ou bien on admet que rien dans la loi n'interdit une renonciation à un tel droit, ou bien on voit dans notre espèce, non une renonciation au bénéfice de la substitution mais un consentement à une modification dans la composition de son objet. — V. *infrà*, n. 1041 et s.

1001. — En général, on apporte deux tempéraments à la reconnaissance de l'efficacité d'un tel consentement. Bien entendu d'abord, il ne peut préjudicier aux droits des appelés encore mineurs ou à naître. De plus ceux qui l'ont donné, même majeurs et capables, conservent la faculté de réclamer le prix de l'aliénation lors de l'ouverture de la substitution. Leur consentement tend seulement à garantir l'acquéreur contre une éviction de leur part (Demolombe, t. 22, n. 563). — Toutefois, il en serait autrement si leur acquiescement à la vente était tel qu'il emportât évidemment renonciation à toute réclamation, même sur le prix. Aussi la doctrine récente répugnerait-elle, contrairement à l'opinion de Thévenot (n. 853) et Rolland de Villargues (n. 16), à valider une telle adhésion.

1002. — D'autre part, bien que sur ce point encore le Code civil n'ait pas reproduit la disposition formelle de l'ordonnance de 1747, il apporte exception au principe de l'inaliénabilité des biens substitués quand le disposant l'a permis ou en cas de nécessité de la vente. Si le substituant a permis ou ordonné au grevé de vendre les biens dans des circonstances prévues, la vente sera maintenue à l'égard des appelés, si elle a eu lieu dans les cas spécifiés. — Furgole, *Comm. sur l'ord. de 1747*, tit. 2, art. 31. — Sur ce premier point il n'y a pas et il ne peut y avoir de controverse puisque l'exception émane de celui-là même qui crée l'inaliénabilité.

1003. — De même on décide généralement que l'aliénation des immeubles peut avoir lieu pour le paiement des dettes ou pour éviter la nécessité d'une expropriation judiciaire. Il y a alors nécessité absolue (Dig. de leg., I, L. 38, § 3 et 78, § 4). — Furgole, sur l'Ord., tit. 2, art. 17; Thévenot, chap. 5; Grenier, t. 1, n. 392; Rolland de Villargues, n. 14; Demolombe, t. 22, n. 561; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis*-V; Cossé, p. 277.

1004. — Il faut du reste qu'il s'agisse de payer des dettes héréditaires et non celles du grevé. — Poitiers, 22 mai 1883, Juchault, [D. 84.2.40] — Trib. Verviers, 27 oct. 1884, [*Pasicr.*, 83.3.360] — *Sic*, Huc, t. 6, n. 418. — V. *suprà*, n. 959.

1005. — Certains auteurs (Rolland de Villargues, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*; Colmet de Santerre, *loc. cit.*; Cossé, *loc. cit.*) valident même l'aliénation faite pour cause *d'avantage évident*, en vertu de l'art. 457, C. civ., invoqué par analogie. D'où il résulte que seraient aliénables les immeubles sujets à dépérir et à la réparation desquels les revenus des biens substitués ne peuvent suffire. — V. Serres, *Inst. du dr. fr.*, liv. 2, tit. 24, § 2. — Arrêt du Parlement de Flandre, 10 août 1782. — Seul Laurent (t. 14, n. 564), soutient qu'on ne peut ainsi suppléer au silence des textes et que, sauf permission formelle du disposant, aucune aliénation ne saurait être définitive de la part du grevé.

1006. — Au reste, de telles ventes, possibles seulement dans un intérêt formel, évident et grave de l'hérédité, doivent être faites dans des conditions protectrices du droit éventuel des appelés. Demolombe (t. 22, n. 561) exige l'accomplissement des formalités légales prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs. Dans tous les cas, on exige la mise en cause du tuteur à la substitution et l'autorisation du juge donnée contradictoirement avec ce tuteur, ainsi que le remploi du prix du bien aliéné s'il n'a pas été absorbé par le paiement des dettes.

1007. — A la règle de l'anéantissement des droits réels consentis par le grevé, le Code civil apporte une exception formelle. D'après l'art. 1054, « les femmes des grevés ne peuvent avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné ». Singulière dans son contenu comme dans sa forme, la disposition de ce texte s'explique par les précédents historiques. Si, avant l'ordonnance de 1747, la femme du grevé était sans recours subsidiaire sur les biens substitués, pour le recouvrement des propres fictifs qui lui étaient échus pendant le mariage (Cass., 16 fruct. an XII, Desroblets-Liot, S. et P. chr.),

cette ordonnance lui attribuait au contraire toujours et de plein droit un recours subsidiaire sur lesdits biens tant pour le fonds ou le capital de la dot et les fruits ou intérêts dus que pour les fonds et les arrérages du douaire, soit coutumier, soit préfixe (art. 44).

1008. — Le Code civil est bien plus restrictif. Sans doute, bien que l'art. 1054 parle seulement du testateur, le recours subsidiaire serait également accordé à la femme du grevé, qui aurait reçu les biens par donation entre-vifs, ou par institution contractuelle, avec disposition expresse qui accorde ce recours. Il y a même raison de décider (Duranton, n. 595; Zachariæ, § 696, note 51; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350, note 72). Sans doute aussi il importe peu que la femme du grevé soit mariée sous le régime dotal ou sous la communauté, pourvu qu'au second cas elle se soit réservé la reprise de ses apports. — Demolombe, t. 22, n. 589; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350, note 71; Laurent, t. 19, n. 574.

1009. — Mais tant de restrictions entravent la faveur consentie à la femme qu'elles la rendent pratiquement à peu près vaine. *a*) L'hypothèque ainsi accordée n'est que subsidiaire et ne peut être invoquée sur les biens substitués qu'en cas d'insuffisance de tous les autres biens du grevé pour remplir la femme de ses reprises.

1010. — *b*) Elle garantit seulement le capital des deniers dotaux et ne saurait, par suite, être invoquée soit pour les intérêts de la dot, soit pour la sûreté d'une dot non constituée en argent. Aucune autre reprise matrimoniale n'en saurait bénéficier, qu'il s'agisse d'indemnité due à la femme pour mauvaise administration, pour prix de ses propres aliénés ou pour obligations qu'elle a contractées avec son mari, ou de libéralités reçues par elle de celui-ci. — Marcadé, sur l'art. 1054; Coin-Delisle, sur l'art. 1054, n. 1; Troplong, t. 4, n. 2251 et s.; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, § 470, note 14; Demolombe, t. 22, n. 587 et s.; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 350, notes 70 et 71; Colmet de Santerre, t. 4, n. 214 *bis;* Laurent, t. 14, n. 574; Huc, t. 6, n. 407; Planiol, t. 3, n. 3321.

1011. — Les mêmes auteurs s'accordent unanimement à rejeter l'opinion de Rolland de Villargues (n. 16), d'après lequel le disposant pourrait étendre le recours au profit de la femme du grevé, à d'autres créances que la reprise des deniers dotaux, pour la raison que les biens grevés de substitution ne sont pris que sur la quotité disponible du disposant; et puisqu'il pouvait ne substituer qu'une partie de la chose, il a bien pu ne substituer cette chose qu'avec une modification qui restreint les droits des appelés. Nous sommes en une matière tout exceptionnelle et l'art. 1054 limite strictement la mesure dans laquelle le disposant peut constituer un avantage à la femme du grevé. *A fortiori* faut-il refuser à l'auteur de la substitution la faculté de réserver un droit d'hypothèque sur les biens substitués à un autre créancier du grevé.

1012. — *c*) Le recours subsidiaire sur les biens substitués n'a pas lieu de plein droit au profit de la femme du grevé. Il faut qu'il lui ait été accordé par une déclaration formelle de volonté du disposant. Au contraire de la règle posée par l'art. 952, C. civ., relativement aux immeubles donnés sous la condition du droit de retour, le Code ne fait pas résulter l'extension de l'hypothèque légale aux biens substitués du fait que la libéralité avec charge de rendre est contenue dans le contrat de mariage du grevé qui crée l'hypothèque au profit de sa femme. — Demolombe, t. 22, n. 583.

1013. — Demolombe (t. 22, n. 584) envisage l'hypothèse de plusieurs mariages successifs du grevé. Toutes les femmes peuvent-elles exercer au préjudice des appelés le recours subsidiaire de l'art. 1054? La réponse à cette question dépendra sans doute avant tout de la façon dont est formulée la disposition. Mais, dans le doute, il faut considérer, comme on le faisait sous l'ancien droit, que la faveur est accordée d'une façon générale et non à telle ou telle femme spécialement. — Cossé, p. 283.

1014. — Il n'y a pas non plus lieu de distinguer, puisque le texte ne le fait pas, suivant que le mariage du grevé est antérieur ou postérieur à la substitution, sauf toutefois manifestation par le disposant d'une volonté contraire. — Demolombe, t. 22, n. 586; Colmet de Santerre, t. 4, n. 214 *bis*-II; Cossé, p. 283.

1015. — 2° Le grevé étant tenu de rendre, il est bien certain qu'il ne peut prescrire les biens substitués; du moins pendant sa jouissance, il n'a pas, vis-à-vis des substitués, la possession à titre de propriétaire. Toutefois, de même que l'usufruitier ou le fermier et tous possesseurs précaires peuvent commencer à prescrire dès qu'ils ont interverti leur possession précaire (V. *suprà*, v° *Prescription* [mat. civ.], n. 1272 et s.); de même le grevé pourrait peut-être prescrire à dater de l'interversion qu'il aurait faite de sa possession.

1016. — Mais comment pourrait-il en fait intervertir ainsi cette possession? On ne le voit guère. Il a été jugé tout au moins que lorsque le grevé de substitution a, pendant sa jouissance, fait acte de propriétaire absolu des biens substitués, il n'en résulte pas en sa faveur une interversion de titre ayant pour effet de faire courir dès cette époque la prescription à son profit contre l'appelé à la substitution. — Cass., 1er févr. 1832, Valernod, [S. 32.1.201, P. chr.]

1017. — Cependant il est permis d'admettre que le grevé d'un fidéicommis ayant un terme autre que la mort de lui grevé, pourrait prescrire par trente ans de possession à dater de l'époque marquée pour la restitution. — Thévenot, n. 882; Merlin, v° *Substit. fideic.*, sect. 13. — Mais en aucun cas la prescription de dix à vingt ans ne saurait être invoquée par lui, car il ne peut se prétendre de bonne foi.

1018. — 3° Le grevé, qui doit conserver la chose substituée pour la rendre, le cas échéant, doit apporter à son entretien les soins d'un bon père de famille; il répond du dommage causé par sa faute. Toutefois, comme il est propriétaire, on ne le rend responsable que de sa faute lourde (D. tit., *Ad S.-C. Trebellianum,* L. 22). Mais il devra, à peine de dommages-intérêts, interrompre les prescriptions courant au profit des tiers. — Delvincourt, t. 2, p. 103 et 637 et s.; Toullier, t. 5, n. 743; Duranton, t. 9, n. 593; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 351, note 75.

1019. — Il devra aussi, dans l'opinion commune, faire les réparations de toute espèce, même les grosses (*Contrà*, pour l'usufruitier, art. 605, C. civ.). Seulement si les frais de ces grosses réparations, comme du reste les contributions extraordinaires et toutes autres charges relatives non à la jouissance mais à la propriété des biens, doivent être avancés par le grevé, il en réclamera le montant lors de la restitution, mais sans intérêts, aux appelés. Sans doute, ces dépenses peuvent être avancées par le substitué qui en reçoit alors les intérêts pendant toute la jouissance du grevé, mais celui-ci les doit effectuer et il est tenu d'une obligation ferme. Il ne faut pas oublier que jusqu'à l'ouverture de la substitution, il est propriétaire, mais propriétaire soumis éventuellement à restitution par son titre même. Au reste, il serait admis, pour ne pas faire personnellement l'avance des fonds nécessaires, à demander aux juges l'autorisation de contracter un emprunt dont le capital serait à la charge des appelés. — Toullier, t. 5, n. 775; Marcadé, sur l'art. 1053, n. 1; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 351, note 76; Demolombe, t. 22, n. 567; Laurent, t. 14, n. 577; Cossé, p. 279. — *Contrà*, Duranton, t. 9, n. 593; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Substitution*, § 5, n. 4; Planiol, t. 3, n. 3311. — Ce dernier auteur déclare que le grevé n'est pas plus que l'usufruitier tenu de faire les grosses réparations. La charge de conserver qui lui est imposée ne l'oblige pas à prendre soin des biens substitués comme un gérant pour autrui, mais lui rend seulement toute aliénation de ces biens impossible.

1020. — Si le grevé trouve un trésor sur le fonds chargé de substitution, il en a la moitié comme inventeur; comme propriétaire il jouit de l'autre moitié, qu'il doit rendre à la fin de sa jouissance. Si le trésor est trouvé par toute autre personne, la moitié appartient à l'inventeur, l'autre moitié au fonds grevé: le grevé en a la jouissance, et le restitue lorsque son droit cesse. — Duranton, t. 9, n. 594; Delvincourt, t. 2, p. 101. — V. *infrà*, v° *Trésor*.

1021. — Mais le grevé n'est tenu de rendre que les biens par lui reçus et dans l'état où ils lui ont été remis. S'il a plus de latitude que l'usufruitier dans l'administration des biens dont il est réellement propriétaire, il est traité aussi plus favorablement que lui en ce qui concerne les simples améliorations. Nonobstant donc l'opinion dissidente de Duranton (t. 9, n. 593), l'art. 599-2° ne sera pas applicable à notre hypothèse; quand des impenses, améliorations ou constructions ont été faites par le grevé, il a le droit de réclamer le remboursement de ses dépenses, qu'il s'agisse d'impenses nécessaires ou même simplement utiles, mais jusqu'à concurrence seulement de la plus-value apportée aux biens substitués. Le règlement se fera lors de l'ouverture de la substitution. — Pothier, *Subst.*, sect. 4, art. 2, § 2, n. 3; Toullier, t. 5, n. 775; Demolombe, t. 22, n. 568; Au-

bry et Rau, t. 7, § 696, p. 351, note 77; Laurent, t. 14, n. 578; Planiol, t. 3, n. 3325.

1022. — S'il s'agit d'acquisitions nouvelles, le grevé ne peut les faire qu'en son nom et pour son compte : les appelés ne seraient pas en droit d'exiger la remise des biens ainsi acquis et le grevé ne saurait les obliger à les prendre. Cette règle s'appliquerait même si, la substitution portant sur une part indivise dans un immeuble, le grevé avait acheté sur licitation l'autre part. Pothier était en ce cas spécial d'un avis opposé (*Subst.*, sect. 4, art. 71, § 1), mais le droit actuel ne fournit aucune base à cette exception à la règle générale. — Demolombe, t. 22, n. 570.

1023. — De même, les capitaux des dettes ne sont pas dus par le grevé, mais ils doivent être acquittés sur les fonds grevés dont on peut vendre une partie ; à moins que le grevé ne préfère avancer le capital de ces dettes, qui lui sera remboursé sans intérêts à la fin de sa jouissance. — Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 12, § 2, n. 2. — V. Arrêt du parlement de Paris, 12 avr. 1777.

1024. — La disposition de l'art. 585, C. civ., étant exceptionnelle, doit s'appliquer exclusivement à l'usufruitier. Par suite, le grevé aura droit au remboursement des frais de labour et de semences relatifs aux immeubles sur lesquels, lors de la restitution, existent des fruits pendants par branches ou par racines. — Pothier, sect. 4, art. 2, § 2, n. 3; Demolombe, t. 22, n. 569; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 352, note 79; Laurent, t. 14, n. 578.

§ 2. *Droits de l'appelé durant la jouissance du grevé.*

1025. — La nature juridique du droit des appelés pendant la jouissance du grevé doit se caractériser d'après les mêmes principes. Il n'est pas exact de dire qu'ils ont une *simple espérance*, et Pothier qui employait cette formule l'expliquait aussitôt (*Subst.*, n. 174 et s.), les comparant à des héritiers présomptifs qui auraient la certitude, s'ils survivaient, de n'être pas dépouillés de la succession à eux promise, situation préférable même à celle d'héritiers réservataires puisqu'ils sont protégés contre tous actes de disposition, aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit, de leur auteur. Mais d'autre part, les auteurs modernes ont exagéré le sens des formules de langage employées par Pothier quand ils ont déclaré le grevé propriétaire sous condition resolutoire et l'appelé propriétaire sous condition suspensive; car qui dit condition dit effet rétroactif et il n'y a pas lieu d'attacher un tel effet à l'ouverture de la substitution. Comme le dit fort exactement la Cour suprême (Cass., 18 mars 1884, Noyes, [S. 84.1.345, P. 86.1.1181, D. 84.1.419]; — 7 avr. 1886, Dubertret, [S. 86.1.484, P. 84.1.836, D. 87.1.220]), les appelés ont « un droit éventuel et subordonné ». Le grevé, pendant sa jouissance, étant propriétaire, comme on l'a vu *suprà*, n. 951 et s., les appelés ne peuvent donc pas intenter d'action qui suppose un droit acquis. D'autre part il n'est pas nécessaire d'avoir un droit conditionnel pour pouvoir faire des actes conservatoires puisque le légataire lui-même, qui n'a qu'une simple espérance, est parfois reçu à agir conservatoirement du vivant du testateur. *A fortiori* en sera-t-il de même des appelés qui peuvent se prévaloir de l'expectative résultant de leur titre. — Huc, t. 6, n. 418; Planiol, t. 3, n. 3323. — V. avec des formules diverses, Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 353; Demolombe, t. 22, n. 596, 597; Laurent, t. 14, n. 581; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis* II.

1026. — Tant que dure la jouissance du grevé, le droit de propriété ne compète pas encore effectivement aux appelés qui ne sauraient être considérés comme étant en indivision avec lui. Les substitués ne sauraient donc être actionnés par lui à fins de partage ou de rapport. S'il allègue contre eux des faits de détournement dans la succession du *de cujus*, il doit agir directement par la voie de la revendication. — Paris, 23 déc. 1873, Vᵉ Picard, [D. 76.2.124]

1027. — Et même un grave abus de jouissance du grevé de substitution ne donne pas ouverture au droit des appelés, sauf tous dommages-intérêts et toutes mesures conservatoires. — Favard de Langlade, v° *Subst.*, chap. 2, sect. 2; Vazeille, sur l'art. 1053, n. 6; Coin-Delisle, *ibid.*, n. 14; Marcadé, *ibid.*, n. 6; Zachariæ, Massé et Vergé, t. 3, p. 203; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 352, notes 80-82; Demolombe, t. 22, n. 576; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-II; Laurent, t. 14, n. 580; Huc, t. 6, n. 406; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 707; Cossé, p. 280.

1028. — Le grevé ne pourrait pour ce motif être frappé de déchéance absolue. *Sed* Duranton, t. 9, n. 602, soutient le contraire, et c'est assurément à tort, car il est déjà grave d'étendre une pénalité d'un cas à l'autre, mais il est inadmissible de la faire porter sur un droit de propriété comme celle édictée dans l'art. 618 pour l'usufruit.

1029. — Le grevé en certains cas pourrait-il même être privé de la simple jouissance des biens? — Caen, 14 août 1840, Levallée, [S. 42.2.102, P. 41.1.44] — Mêmes auteurs. — *Contra*, Grenier, t. 1, n. 385; Toullier et Duvergier, t. 5, n. 782; Taulier, t. 4, p. 201; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1752; Zachariæ, § 696, note 59; Malleville, sur l'art. 1057. — Ces derniers auteurs méritent le premier des deux reproches faits à M. Duranton. Argumentant par analogie de l'art. 618, ils étendent une pénalité d'un cas à un autre. Surtout il n'y a pas d'assimilation possible entre la condition du grevé et celle de l'usufruitier. Pour ce dernier le droit de jouissance existe, pense-t-on, comme droit séparé, tandis qu'il est acquis au grevé comme l'accessoire et la conséquence de son droit de propriété. Comment admettre la dévolution *hic et nunc* de la jouissance aux appelés quand leur droit purement éventuel ne s'ouvrira peut-être pas? Et si ce droit de propriété ne s'ouvre pas à cause du prédécès des appelés, comment admettre que les fruits et revenus des biens puissent leur rester acquis?

1030. — Mais tout le monde s'accorde à reconnaître aux appelés le droit d'exercer, par eux-mêmes ou par le tuteur à la substitution, dès avant l'ouverture de la substitution, tous les actes conservatoires nécessaires, soit contre le grevé lui-même, soit contre les tiers. Les uns invoquent pour l'établir l'art. 1180, C. civ., relatif aux créanciers conditionnels. Les autres se contentent de dire que les appelés ont un droit véritable, quoique éventuel, résultant d'une donation ou d'un testament et qu'ils ont devant eux une personne en position de compromettre ce droit par ses actes. — Grenier, t. 1, n. 391; Merlin, *Rép.*, v° *Subst. fidéic.*, sect. 14, n. 1 et 2; Toullier, t. 5, n. 76[illegible]; Duranton, t. 9, n. 563; Delvincourt, t. 2, p. 101; Delaporte sur l'art. 1068; Demolombe, t. 22, n. 597; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 353, note 83; Colmet de Santerre, t. 4, n. 213 *bis*-II; Huc, t. 6, n. 418; Laurent, t. 14, n. 581; Planiol, t. 3, n. 3324.

1031. — La question n'a jamais fait difficulté dans la pratique judiciaire. Sans doute le texte qui établissait autrefois une hypothèque légale au profit des appelés sur les immeubles du grevé n'est plus en vigueur et on ne saurait prétendre qu'il faut la maintenir, attendu que les hypothèques légales sont de droit étroit. Ils n'en ont pas du reste davantage sur les biens du tuteur à la substitution. Mais le tuteur et le grevé encourent vis-à-vis d'eux une sérieuse responsabilité et peuvent, le cas échéant, être poursuivis en dommages-intérêts. Par suite, les appelés sont en situation d'obtenir une hypothèque judiciaire sur les biens libres du grevé. A cet effet, ils devraient obtenir contre ce dernier des condamnations tendant à le contraindre à une bonne administration : notamment à faire emploi des deniers. Ils prendraient ensuite inscription en vertu de ces condamnations. — Grenier, *loc. cit.;* Toullier, *loc. cit.;* Duranton, *loc. cit.;* Delvincourt, *loc. cit.;* Delaporte, *loc. cit.*

1032. — En étudiant les mesures prises par la loi dans l'intérêt des appelés, nous avons trouvé de nombreux exemples d'intervention des tribunaux pour prendre, par rapport aux biens, des décisions conciliables tout à la fois avec le droit actuel du grevé et avec le droit éventuel des appelés. La Cour suprême a consacré cette pratique relativement à une hypothèse spéciale. Si, dit-elle, les biens grevés de substitution sont la propriété actuelle du grevé, les appelés ont un droit éventuel soumis à la réalisation d'une condition. Dès lors, les juges ont le droit de prendre, par rapport à ces biens, des mesures conciliables avec les droits actuels du grevé et les droits éventuels des appelés. — Cass., 13 nov. 1893, Masselin, [S. et P. 97.1.516, D. 94.1.268]

1033. — Ainsi, lorsqu'un père a légué à son fils la portion disponible, en la grevant de substitution au profit de ses petits-enfants, et qu'une créance du fils contre le père se trouve éteinte par confusion par suite de l'acceptation pure et simple de la succession paternelle, cette confusion n'est pas définitive, en raison des droits éventuels des appelés, et les juges peuvent ordonner l'emploi en rente française 3 p. 0/0 de la somme représentant la partie qui doit revenir aux appelés. — Même arrêt.

1034. — Dans tous les cas, s'il y avait à reprocher au grevé

un grave abus de jouissance, la mise sous séquestre des biens substitués pourrait être poursuivie, soit par les appelés eux-mêmes, soit par le tuteur à la substitution. — Colmar, 14 août 1840, précité. — Metz, 13 juill. 1865, Chalupt, [S. 66.2.29, P. 66.200, D. 65.2.126]

1035. — Mais quand la privation de l'administration ou le séquestre sont réclamés contre le grevé, ses créanciers ou ayants-cause peuvent intervenir dans la contestation pour combattre la demande ou pour offrir des sûretés pour l'avenir. — Grenier, t. 1, n. 376; Duranton, t. 9, n. 604; Vazeille, t. 3, p. 205.

1036. — Quant aux arrérages dus par le grevé au donateur d'après une condition de la donation, les appelés ne sont pas tenus de les rembourser avant l'ouverture de leur droit ; il doit être ordonné que ces arrérages seront prélevés par privilège, avant tout autre paiement, sur le produit annuel des biens substitués. — Colmar, 14 août 1840, précité.

1037. — Ce sont, d'ailleurs, des mesures toujours provisoires, et susceptibles d'être modifiées dans l'intérêt des appelés, que prennent ainsi les tribunaux. Il a été jugé, notamment, que l'arrêt qui, incidemment à une poursuite d'expropriation, a ordonné l'insertion au cahier des charges d'une clause ayant pour objet d'obliger l'adjudicataire à conserver entre ses mains une certaine quotité de son prix pour faire face aux droits éventuels résultant d'une substitution établie sur la quotité disponible de la succession dont l'immeuble vendu faisait partie, ne peut être considéré comme ayant fixé définitivement la quotité disponible, mais seulement comme ayant prescrit une simple mesure conservatoire, provisoire par sa nature et subordonnée à la liquidation ultérieure des droits du substitué. — Cass., 15 janv. 1856, De Reculot, [P. 57.627, D. 56.1.90]

1038. — ... Alors surtout que cet arrêt a réservé en faveur de l'appelé à la substitution ses droits sur la propriété en nature, tant de l'immeuble vendu que des autres immeubles dépendant de la succession. — Même arrêt.

1039. — En conséquence, si l'appelé à la substitution, devenu lui-même adjudicataire de l'immeuble, se trouve en danger de perdre une partie de ses droits à raison de ce que la portion de prix qu'il est autorisé à conserver comme adjudicataire serait insuffisante pour le couvrir comme appelé à la substitution, un second arrêt peut, sans violer ni la chose jugée par le premier arrêt, ni le contrat judiciaire résultant du jugement d'adjudication, l'autoriser à retenir la totalité de son prix, jusqu'à fixation définitive de ses droits. — Même arrêt.

1040. — Et l'appelé étant ainsi exposé à perdre, en tant qu'adjudicataire, les sommes auxquelles ses droits comme appelé à la substitution pourraient s'élever en sus de la portion de prix qu'il avait été autorisé à conserver, est fondé à invoquer le bénéfice de l'art. 1653, C. civ., qui autorise l'acheteur, au cas où il aurait juste sujet de craindre d'être troublé, à suspendre le paiement de son prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ou donné caution. La connaissance qu'il avait de la substitution existant à son profit, c'est-à-dire du fait pouvant occasionner le trouble ou l'éviction, ne suffirait pas pour lui enlever le droit de suspendre le paiement de son prix. — Même arrêt.

1041. — Sous l'empire de l'ordonnance de 1747, et Furgole le constate (sur l'art. 28, tit. 2), les appelés avaient le droit d'aliéner leurs espérances à la substitution. En est-il encore de même aujourd'hui? Les appelés peuvent-ils, avant l'ouverture de la substitution, soit transmettre leur droit, à titre onéreux ou gratuit, à un tiers ou au grevé lui-même, soit y renoncer purement et simplement au profit du grevé? Deux points sont d'abord certains. D'une part, il faut nécessairement supposer que la substitution résulte d'un acte entre-vifs ou, si elle est contenue dans un testament, que le testateur est mort au jour où intervient la renonciation ou la cession, les pactes sur succession future étant interdits. — D'autre part, quelque parti qu'on adopte, aucune convention ou renonciation ne sera opposable à ceux qui n'y auront pas participé, notamment aux appelés à naître. La question ne se pose que quand un tel acte a été fait par un appelé capable et ayant déjà un droit acquis quoiqu'éventuel, et par rapport à lui seulement.

1042. — Dans ces conditions mêmes, elle est très-controversée. MM. Demolombe (t. 22, n. 599), Colmet de Santerre (t. 4, n. 211 *bis*-III) et Cosse (p. 288) déclarent non obligatoires les renonciations ou cessions ainsi consenties. Le Code civil n'ayant pas reproduit la disposition favorable de l'ordonnance de 1747, de telles conventions sont à leurs yeux prohibées par les art. 791 et 1130, C. civ., comme pactes sur succession future. Et l'on comprend que le législateur de 1804 n'ait pas voulu suivre sur ce point la tradition de l'ancien droit : aujourd'hui, au contraire de ce qui avait lieu sous l'empire de l'ordonnance qui n'exigeait aucune relation de parenté entre le grevé et l'appelé, celui-ci est nécessairement l'enfant du grevé, partant son droit a toujours le caractère d'un droit successoral et la prohibition de l'art. 1130 s'impose. Aussi bien, autoriser l'appelé à céder ses droits éventuels ou à y renoncer serait aller directement à l'encontre des intentions du disposant, puisque l'appelé trouverait là un moyen de dissiper par avance les ressources qu'on a voulu lui assurer.

1043. — L'opinion contraire semble cependant plus juridique. En principe, il est permis de pactiser sur ses droits éventuels et il n'y a de prohibition légale qu'en ce qui touche les droits à une succession non encore ouverte. Or l'appelé ne tombe pas sous le coup de cette prohibition, car son titre n'est pas une vocation éventuelle à la succession du grevé. Quand l'appelé traite relativement à un droit subordonné au décès du grevé, il ne traite pas relativement à la succession de celui-ci, car il ne reçoit rien de lui, mais tout du disposant. Il n'est nullement dans la situation d'un institué contractuel qui ne peut céder son droit du vivant de l'instituant parce qu'il en est le successeur éventuel. *Substitutus a gravante non a gravato capit.* Pourquoi, du reste, la substitution limiterait-elle la capacité de l'appelé, alors qu'elle est faite dans son intérêt et n'a d'autre but que de le garantir contre les prodigalités du grevé? Il est vrai que l'Ordonnance de 1747 autorisait seulement les renonciations translatives résultant d'un acte authentique passé entre le grevé et le substitué à l'exclusion des renonciations purement extinctives. Mais ce texte n'existant plus, il faut en revenir au principe de la liberté des conventions. — Toullier, t. 5, n. 801; Delvincourt, t. 2, p. 411; Taulier, t. 4, p. 200; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 36; Marcadé, sur l'art. 1053, n. 10; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 353, note 84; Bertauld, t. 1, n. 517 et s.

1044. — Tout au plus faudrait-il exiger pour ces renonciations, qui sont en réalité des transmissions à titre gratuit de droits éventuels, les formalités requises en matière de donations entre-vifs. Mais allant jusqu'au bout de sa thèse, Bertauld (t. 1, n. 525) déclare valables les renonciations purement extinctives faites par acte unilatéral même sous seing privé. — *Contrà*, Thévenot (sur l'art. 28 de l'Ord. 1747, tit. I) et Toullier (t. 5, n. 801), d'après lesquels, la renonciation étant une véritable donation doit être faite dans la forme des actes portant donation entre-vifs, qu'elle ait lieu au profit du grevé ou au profit de l'un des substitués.

1045. — Si l'appelé peut céder son droit éventuel, a-t-il le droit d'hypothéquer les biens substitués, du vivant du grevé, l'hypothèque valant du jour où elle a été inscrite quand plus tard la substitution s'ouvre au profit du constituant? La raison de douter, et elle est forte, vient de l'art. 2129 qui interdit l'hypothèque des biens à venir, sauf dans les cas exceptionnels limitativement énumérés par l'art. 2130. Un arrêt s'est cependant prononcé pour la solution affirmative en partant de cette idée, inexacte selon nous, que l'appelé est propriétaire sous condition suspensive des biens substitués. — Amiens, 6 déc. 1892, Chatenet, [D. 93.2.129] — M. Planiol (t. 3, n. 3324), qui repousse avec nous le motif sur lequel se sont fondés les juges, proposerait, pour conserver leur solution, de dire qu'il n'y a aucune raison d'annuler l'hypothèque puisqu'elle ne peut produire d'effet que si la substitution s'ouvre au profit du constituant. Nous y verrions toujours l'intérêt de faire tomber une sûreté qui, par suite de sa date d'inscription, en pourrait primer d'autres. Dans tous les cas, l'argumentation du savant professeur est la condamnation de l'art. 2127 et cependant l'interprète ne peut faire abstraction d'un texte.

Section V.

De l'ouverture des substitutions.

§ 1. *Causes de l'ouverture.*

1046. — Les droits des appelés sont ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur grevés de restitution vient à cesser (C. civ., art. 1053).

1047. — En somme, la loi n'énumère pas les causes d'ou-

verture d'une substitution. Ce sont : 1° la mort du grevé; 2° sa déchéance; 3° l'arrivée du terme ou de la condition; 4° l'abandon anticipé fait par lui des biens substitués; 5° la révocation de la libéralité faite au grevé, dans certains cas du moins.

1048. — 1° La mort du grevé est le cas normal quand il a recueilli la disposition faite à son profit. Et quand il y a eu dans un testament deux institutions générales en faveur de deux individus, avec charge de remettre à un substitué la part de chaque grevé de restitution doit être attribuée, aussitôt après la mort de chacun d'eux, à celui en faveur de qui la substitution a été faite, et non à celui des deux héritiers universels qui a survécu. — Agen, 6 avr. 1811, De Bessière, [P. chr.]

1049. — Avant la loi du 31 mai 1854, il n'y avait pas lieu, à ce point de vue, de distinguer entre la mort naturelle et la mort civile (Ord. de 1747, tit. 1, art. 24). — Ricard, *Des dispos. cond.*, n. 329 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Mort civile*, § 1, art. 3, n. 11; Demolombe, t. 1, n. 210, *in fine*; Troplong, t. 4, n. 2238, note 4; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 356, note 88.

1050. — La déclaration d'absence du grevé ne saurait avoir les mêmes effets que sa mort. Seulement, les appelés peuvent obtenir l'envoi en possession, d'abord provisoire, puis définitif, des biens substitués, au cas du moins où la communauté n'a pas été maintenue conformément à l'art. 124, C. civ., à la demande du conjoint du grevé marié sous le régime de communauté. La condition des appelés comme envoyés en possession est alors de tous points régie par les règles générales du titre *De l'absence*. — Duranton, t. 9, n. 599; Zachariæ, § 696, note 60; Demolombe, t. 22, n. 605; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 358. — V. *suprà*, v° *Absence*, n. 111, 326.

1051. — 2° Du vivant même du grevé, l'ouverture a lieu exceptionnellement, mais d'une manière absolue, quand il est déclaré judiciairement déchu, en vertu de l'art. 1057, faute d'avoir fait nommer un tuteur dans les délais requis par la loi. En traitant spécialement du tuteur à la substitution nous avons indiqué cette sanction en cas de défaut de nomination (*suprà*, n. 846 et s.). Rappelons seulement que la déchéance n'a pas lieu de plein droit : il faut que la faute du grevé soit constatée par le tribunal et qu'un jugement proclame la déchéance. Ce jugement devra être transcrit; une simple mention qui serait faite en marge de l'acte contenant la substitution ne saurait suffire. — Flandin, *Tr. de la prescript.*, t. 1, n. 770.

1052. — Rappelons encore que, dans l'opinion commune, cette déchéance, quand elle est demandée et que les faits sont constants, s'impose aux juges. Les jugements qui, entre le grevé et le tuteur à la substitution, ont ordonné la vente des biens grevés et le remploi de leur prix, et les actes faits en vertu de ces jugements, s'ils obligent les appelés, bien qu'ils n'y aient pas personnellement figuré, ne peuvent toutefois leur être opposés à titre de chose jugée ou de ratification, sur la demande en déchéance formée par eux contre le grevé à raison de la nomination tardive du tuteur. — Orléans, 9 avr. 1867, Gauvry, [S. 67.2.277, P. 67.992, D. 67.2.57] — Nous avons dit, *suprà*, n. 1027 et s., que la déchéance ne saurait être prononcée contre le grevé pour abus de jouissance, sauf aux appelés à lui demander tels dommages-intérêts que de droit et à provoquer des tribunaux les mesures conservatoires nécessaires. Dût-on attacher cet effet à l'abus de jouissance, contrairement à notre opinion, du moins la substitution ne serait ouverte que conditionnellement vis-à-vis des appelés, et les tiers n'en pourraient souffrir. — Demolombe, t. 22, n. 646; Cossé, p. 306.

1053. — 3° L'auteur de la substitution a pu fixer pour la restitution une autre époque que celle du décès du grevé ou la faire dépendre d'un événement futur et incertain autre que la survie des appelés. En ce cas, la substitution est ouverte d'une façon absolue et à l'égard de toutes personnes au jour de l'arrivée du terme ou de la condition. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 357; Huc, t. 6, n. 406. — *Contrà*, Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-II.

1054. — Bien entendu la substitution ne s'ouvrira en ce cas que si le terme ou la condition laisse subsister la substitution, c'est-à-dire l'ordre successif du grevé aux appelés. Tout autre serait l'hypothèse d'un légataire institué en deuxième ligne et à titre éventuel pour le cas où l'institué en premier ordre n'atteindrait pas un âge déterminé. Il y aurait alors double institution, la deuxième étant soumise à une condition suspensive dont la réalisation devrait faire considérer le premier légataire comme n'ayant jamais eu aucun droit. — Cass., 1er juill. 1891, De Beauvau-Craon, [S. 91.1.337, P. 91.1.802, D. 92.1.145] — *Sic*, Huc, t. 6, n. 406.

1055. — 4° L'art. 1053 prévoit expressément comme cause d'ouverture de la substitution l'abandon anticipé qu'en fait le grevé au profit des appelés avant le terme ou l'arrivée de la condition dont elle dépendait. A prendre le texte à la lettre, il s'agirait seulement d'un abandon de jouissance portant seulement sur les revenus des biens. Mais en réalité il vise et permet l'abdication complète par le grevé du droit de propriété lui appartenant. Il faut d'ailleurs distinguer cette abdication unilatérale d'une transmission faite par le grevé aux appelés des biens substitués, comme de biens lui appartenant et sans intention d'avancer la date d'ouverture de la substitution. Cette transmission constituerait en effet une véritable donation entre-vifs avec tous les effets attachés à une pareille disposition : notamment les appelés seraient, provisoirement au moins, des ayants cause directs du grevé. — Demolombe, t. 22, n. 625; Saintespès-Lescot, t. 5, n. 1748.

1056. — Au contraire la substitution serait ouverte sans qu'il y eût lieu d'observer ces formalités s'il y avait répudiation pure et simple faite par le grevé d'une donation par lui préalablement acceptée. Elle le serait sauf le droit pour les créanciers du grevé d'attaquer l'acte comme fait en fraude de leurs droits. — Grenier, t. 1, n. 370; Toullier, t. 5, n. 790; Delvincourt, t. 2, n. 100; Delaporte, sur l'art. 1053; Malleville, sur l'art. 1053.

1057. — Il en est de même de la renonciation faite par le grevé au legs des biens substitués qui lui est adressé. — V. *infrà*, n. 1102 et s.

1058. — 5° La révocation de la libéralité faite au grevé peut être parfois une cause d'ouverture de la substitution. Evidemment ce résultat ne sera pas attaché à la révocation de la donation entre-vifs, si elle a lieu par suite de la survenance d'un enfant au donateur : elle anéantira la substitution aussi bien que la donation principale; les deux dispositions sont atteintes par l'effet indivisible de cette révocation. Il est même à remarquer que d'après l'art. 1049, C. civ., contrairement au principe général de l'art. 960, la substitution ne produirait pas d'effet, alors même que la donation aurait été faite par un disposant qui avait déjà un enfant au moment de la passation de l'acte. Du reste il faut observer que si cet enfant, né lors du contrat, mourait avant l'ouverture de la substitution, la révocation n'aurait pas lieu. — Rolland de Villargues, n. 17.

1059. — Mais au contraire la révocation pour ingratitude, prononcée en vertu des art. 955 et 1046, C. civ., contre le grevé, ne pourrait pas être opposée aux substitués, puisque les faits du grevé lui sont personnels. Il y aurait simplement lieu à l'ouverture de la substitution au profit des appelés existants ou à naître, sauf à écarter par l'action en révocation ceux qui seraient également fautifs envers le disposant.

1060. — Il en faut dire autant de la révocation pour inexécution des conditions. Seulement, les appelés devraient remplir les charges particulières imposées au grevé ; sinon la substitution deviendrait caduque, la révocation pouvant de ce chef atteindre les appelés tout comme le grevé (C. civ., art. 1054). — Troplong, t. 4, n. 2238, 2240; Demolombe, t. 22, n. 638, 642; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 358, note 93; Laurent, t. 14, n. 589; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-I; Huc, t. 6, n. 406; Cossé, p. 303

1061. — Si quelques-uns des appelés seulement refusaient de remplir les conditions imposées ou étaient convaincus d'ingratitude, ils seraient aussi seuls atteints par la révocation. Il ne résulte pas, en effet, de l'art. 1050 que tous les enfants nés ou à naître doivent profiter de la substitution qui doit uniquement être faite au profit éventuel de tous. — Demolombe, t. 22, n. 641; Cossé, p. 305.

1062. — Il convient, en effet, de combiner les règles spéciales des substitutions avec celles plus générales des donations entre-vifs. Pour cette même raison, la révocation pour cause d'ingratitude laissera intacts les droits acquis antérieurement aux tiers conformément à l'art. 958, C. civ. — Huc, t. 6, n. 406.

1063. — La révocation de la libéralité faite au grevé donne ouverture aux droits des appelés sans distinguer suivant qu'il s'agit d'une donation entre-vifs ou d'un testament. Tous les auteurs précités sont de cet avis que combat seul Duranton (t. 9, n. 600, 601). D'après cet auteur, la révocation pour cause

d'inexécution des charges ou ingratitude ferait, au cas de donation, rentrer les biens substitués aux mains du donateur, sauf l'obligation pour lui de les remettre, lors du décès du grevé, aux appelés alors vivants; mais, dans l'hypothèse d'une libéralité testamentaire, la substitution serait caduque à défaut d'enfants nés ou conçus lors de la révocation ou, dans le cas contraire, s'ouvrirait de suite mais au profit des seuls appelés vivants ou conçus. Sur le premier point la solution ainsi présentée est condamnée par l'art. 1053 qui fait ouvrir les droits des appelés au jour où la jouissance du grevé vient à cesser *pour quelque cause que ce soit*. Quant au système adopté par notre auteur pour les libéralités testamentaires, il repose sur cette idée inexacte et sans appui dans le droit romain ou coutumier que, la disposition en première ligne étant révoquée dans la substitution fidéicommissaire, la seconde disposition vaut comme substitution vulgaire et ne profite dès lors qu'aux appelés déjà nés ou conçus. Or le grevé a été saisi de son legs, et une révocation prononcée contre lui à raison d'une faute rigoureusement personnelle ne saurait modifier la situation des appelés les uns vis-à-vis des autres. — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 358, note 93; Demolombe, t. 22, n. 662.

1064. — Toutefois une difficulté spéciale se soulève à l'égard des libéralités testamentaires. Le grevé doit être poursuivi en révocation, d'après l'art. 1046, par les héritiers du testateur au profit des appelés. Rien de plus simple si le grevé est étranger à la succession du testateur, par suite d'une renonciation de sa part notamment. Mais comment procéder s'il accepte la succession et y vient? Quand il n'est pas le seul héritier, la révocation peut être demandée par les autres, et, des biens substitués ainsi rentrés dans la succession *ab intestat*, le grevé prendra sa part comme héritier, sauf à devoir la restituer aux appelés, et il sera privé de la portion qui lui avait été léguée par préciput. Mais parfois il est le seul héritier du disposant et alors fatalement l'action en révocation ne sera pas mise en mouvement, car c'est à lui et à lui seul qu'il appartient de l'exercer. — Demolombe, t. 22, n. 645; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-IV.

§ 2. *Effets de l'ouverture de la substitution.*

1065. — Dès que la substitution s'ouvre, le grevé ou ses successeurs, s'il est décédé, doivent restituer aux appelés tous les biens compris dans la substitution, non seulement tels qu'ils étaient sortis des mains du disposant, mais en outre avec les augmentations naturelles qui leur sont advenues. — Delvincourt, t. 2, p. 101 et 623; Duranton, t. 9, n. 608; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 359, note 96; Planiol, t. 3, n. 3325.

1066. — Le grevé ou ses représentants peuvent seulement se faire indemniser pour les dépenses utiles ou nécessaires faites relativement à ces biens, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n. 1019 et s. En tout cas, celui qui a été partie principale dans une donation entre-vifs renfermant une substitution autorisée, n'est pas recevable à soutenir contre les appelés que cette substitution est simulée. — Colmar, 14 août 1840, Lavallée, [S. 42. 2.102, P. 41.1.44]

1° *Hypothèse normale.*

1067. — Dans l'hypothèse normale, c'est-à-dire quand la substitution s'ouvre par le décès du grevé, cette ouverture a des effets absolus tant vis-à-vis des tiers que dans les rapports des appelés entre eux. Ceux-ci, sauf s'ils renoncent à la substitution, deviennent *ergà omnes* propriétaires des biens qu'elle contient. Cet effet doit se produire non seulement s'il s'agit d'une substitution universelle, et que le disposant n'ait pas d'héritier à réserve, le substitué étant, dans ce cas, assimilé à un légataire universel (Arg., C. civ., art. 1004; Dig., tit. *De leg.*, L. 67, § 1; Rolland de Villargues, n. 13 et 14. — *Contrà*, Ricard, ch. 9. n. 784; Merlin, *Rép.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. 16, n. 1; Duranton, t. 9, n. 611), mais en toute hypothèse.

1068. — Les appelés, au reste, demeurent libres d'accepter ou de répudier la substitution. S'ils l'acceptent, ils reçoivent les biens substitués directement du disposant : *Substitutus capit a gravante, non a gravato*. D'où ils sont en droit, tout en l'acceptant, de renoncer à la succession du grevé ou de n'accepter cette succession que sous bénéfice d'inventaire. D'où encore les biens substitués doivent être distraits de la masse héréditaire sur laquelle se calculera la réserve que pourront réclamer les appelés comme héritiers du grevé. — *Contrà*, avant le Code civil, Nîmes, 7 mars 1806, Peytavin, [S. et P. chr.]

1069. — D'où encore les appelés qui ne sont pas héritiers purs et simples du grevé ont le droit de demander un compte aux héritiers de celui-ci (Dig., *Ad S.-C. Treb.*, L. 25 et 58). — Thévenot, ch. 84.

1070. — Si le grevé avait des créances contre le disposant, ou réciproquement, si le substituant en avait contre le grevé, elles devront être portées en compte. On accorde au grevé le droit de rétention jusqu'au paiement de ce qui lui est dû par le substituant. — V. Ordonnance de 1747, tit. 2, art. 9.

1071. — Jugé, toutefois, que l'héritier fiduciaire ne peut répéter les sommes que pendant sa jouissance il a employées à doter les enfants du testateur et à payer des dettes. — Riom, 2 août 1814, Giraud, [P. chr.]

1072. — Mais de ce que les appelés deviennent de plein droit propriétaires à compter de l'ouverture de la substitution, faut-il conclure qu'ils acquièrent de même la possession? La question, d'ailleurs controversée, se pose à divers points de vue, tant à l'égard du grevé que vis-à-vis des tiers. En ce qui concerne l'acquisition des fruits, nous avons indiqué (V. *suprà*, n. 967 et s.) la discussion persistante sur le point de savoir si elle est subordonnée pour les appelés, aujourd'hui comme autrefois, à une demande préalable en restitution. Mais certains auteurs vont plus loin et refusent aux appelés le droit d'intenter aucune action contre les tiers tant qu'ils n'ont pas demandé et obtenu la délivrance des biens substitués. Cependant, d'après l'opinion commune, les appelés pourraient intenter l'action en éviction avant d'avoir obtenu l'envoi en possession. Ils pourraient *de plano*, à compter de l'ouverture de la substitution, exiger des tiers détenteurs le délaissement ou la restitution des biens substitués qui leur ont été transmis à un titre quelconque par le grevé, comme faire déclarer ces biens quittes des charges et servitudes établies par le grevé et poursuivre la radiation des hypothèques prises de son chef. Ce résultat se produirait que la substitution résulte d'un testament ou d'une donation entre-vifs (Grenier, t. 1, n. 377; Vazeille, sur l'art. 1053, n. 26; Coin-Delisle, sur l'art. 1051, n. 37, 39; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 359; Demolombe, t. 22, n. 617; Laurent, t. 14, n. 590; Cossé, p. 293). En principe, en effet, l'extinction des droits du grevé entraîne la naissance immédiate de ceux des appelés et si ceux-ci doivent demander la restitution judiciaire des biens quand elle ne leur est pas faite volontairement par les héritiers du grevé, cette remise de fait, due par tout détenteur de la chose d'autrui, se différencie profondément, quant à sa nature et à ses effets juridiques, de la délivrance proprement dite que les légataires doivent obtenir. Nulle part la loi n'a, en ce qui concerne les appelés, prescrit quoi que ce soit d'analogue à cette délivrance spéciale, et ce serait ajouter au texte légal que de les y soumettre.

1073. — Bien entendu, d'ailleurs, les droits des appelés vis-à-vis des tiers peuvent se heurter à des obstacles insurmontables dérivant du jeu des principes généraux, la règle comporte exception : 1° s'il s'agit de meubles corporels. La règle de l'art. 2279, C. civ., pourra protéger les tiers détenteurs contre toute éviction; 2° s'il y a eu prescription acquise au profit d'un tiers pendant la jouissance du grevé. Cette prescription est opposable aux appelés, au moins en certains cas, suivant les distinctions que nous avons précisées (V. *suprà*, n. 985 et s.); 3° enfin si les appelés ont accepté purement et simplement la succession du grevé, l'exception de garantie peut leur être opposée par les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires qui ont acquis du grevé des droits réels sur les biens substitués. — Delvincourt, t. 2, n. 107; Duvergier, sur Toullier, t. 5, n. 769; Vazeille, sur l'art. 1069, n. 3; Marcadé, sur l'art. 1054; Taulier, t. 4, p. 199; Colmet de Santerre, t. 4, n. 214 *bis*-I; Demolombe, t. 22, n. 574; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 359, note 97; Laurent, t. 14, n. 585; Huc, t. 6, n. 419; Planiol, t. 3, n. 3326.

1074. — Jugé, en ce sens, par un arrêt (qui pourtant considère les appelés comme propriétaires *ab initio* sous condition suspensive et partant comme rétroactivement propriétaires si le grevé meurt sans enfants, c'est-à-dire comme recevant les immeubles du disposant lui-même, libres de toutes charges constituées par le grevé), que l'appelé qui a accepté purement et simplement la succession du grevé ne saurait évincer les tiers des droits que celui-ci leur a concédés. Comme héritier pur et simple, il est le représentant du grevé, il doit respecter ses

actes. Il le doit surtout quand, dès avant l'ouverture de la substitution, il s'est personnellement engagé envers les tiers bénéficiaires des droits en question comme caution solidaire du grevé. — Amiens, 6 déc. 1892, Chatenet, D. 93.2.129.

1075. — Si les appelés ont accepté la succession du grevé sous bénéfice d'inventaire, ils peuvent évidemment revendiquer les biens substitués, mais sont tenus à la garantie envers les titulaires de droits réels, à concurrence de leur émolument (Huc, t. 6, n. 419). Seuls donc les héritiers renonçants ont pleine liberté d'action vis-à-vis des tiers.

2° Ouverture anticipée de la substitution.

1076. — Les effets de l'ouverture de la substitution, tels que nous venons de les indiquer, ne se produisent pas aussi complètement toutes les fois que les biens sont transmis aux appelés avant la mort du grevé, à l'exception du cas où c'est en vertu d'une volonté exprimée par le disposant lui-même. La substitution n'est pas définitivement réglée de suite quant à ses effets [illegible]; il faut attendre, à certains points de vue au moins, le décès du grevé pour qu'elle produise des effets absolus. Prenons pour exemple l'abandon anticipé fait par le grevé des biens substitués. Sans doute il est très-valable de la part du grevé qui ne pourrait plus réclamer les biens alors même que tous les appelés décéderaient avant lui : il a renoncé à cette chance de demeurer propriétaire définitif. Mais cette restitution hâtive n'a pas d'effets absolus à l'égard des appelés entre eux ou à l'égard des tiers.

1077. — 1° Sous l'ancien droit qui admettait les substitutions à plusieurs degrés, lorsque le grevé avait anticipé la remise des biens à l'appelé qui venait immédiatement après lui, cette remise anticipée donnait ouverture à la substitution comme l'aurait fait la mort du grevé ; et l'appelé devenait propriétaire, à la charge de rendre à l'héritier du degré suivant, aux époques déterminées dans l'acte de fondation de la substitution. — Nancy, 9 févr. 1829, Rennel, [P. chr.] — Cette opinion n'était du reste pas admise universellement, — V. Pothier, *Substitutions*, sect. 6, art. 1, § 2; Ricard, *Substitutions*, part. 2, n. 32. — Dans tous les cas elle n'est pas vraie aujourd'hui. D'abord et incontestablement, l'abandon fait et accepté sans restriction donne ouverture à la substitution à l'égard des appelés qui y ont consenti : mais il en est autrement à l'égard des appelés non consentants. — Delvincourt, t. 2, p. 105, note 3; Duranton, t. 9, n. 606; Vazeille, sur l'art. 1053, n. 14; Marcadé, *ibid.*, n. 4. — V. cep. Pothier, *Substitution*, sect. 6, § 2.

1078. — De plus les effets de cette ouverture anticipée ne peuvent être que provisoires, tout devant se régler entre les divers appelés, à peine d'avantager les uns au détriment des autres, d'après l'état de choses existant au jour du décès du grevé. Les appelés nés ou conçus lors de la restitution se partageront donc les biens, mais sous réserve des droits de ceux qui naîtront postérieurement à cet abandon. En conséquence, si un grevé ayant deux fils fait l'abandon de son droit à ces deux fils, et si postérieurement un troisième fils naît au grevé, ce troisième aura droit au tiers des biens substitués. Et si l'un des deux enfants du grevé était mort avant le grevé, la substitution se partagerait par moitié entre le fils survivant auquel l'abandon avait été fait et celui qui n'est né que depuis l'abandon. Autrement dit, si l'un des copartageants primitifs vient à décéder, la part recueillie par lui dans la substitution n'ira pas à ses héritiers, mais accroîtra aux appelés survivants, car la substitution ne doit profiter qu'à ceux qui survivent au grevé. — Duranton, t. 9, n. 606; Delvincourt, t. 2, p. 405 ; Demolombe, t. 22, n. 629; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 358, note 92; Laurent, t. 14, n. 588, note 1; Huc, t. 6, n. 406; Planiol, t. 3, n. 3327; Mourlon, t. 2, n. 940; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. 2, n. 679; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis* VI.

1079. — Notre dernière affirmation a pourtant été contestée. Tout en reconnaissant le caractère provisoire et conditionnel du partage vis-à-vis des appelés à naître, on l'a déclaré définitif et irrévocable entre les appelés déjà nés ou conçus lors de la restitution. Dans une hypothèse où un fils grevé de substitution au profit de ses enfants nés et à naître avait fait, de son vivant, mais à un âge assez avancé pour ne plus avoir d'autre enfant, l'abandon et le partage anticipés des biens substitués au profit des appelés, il a été jugé que les effets d'un tel partage sont irrévocables et ne sauraient être modifiés par un événement ultérieur, tel que le prédécès d'un appelé; que, par suite, l'acquéreur des biens substitués n'en peut refuser le prix aux appelés en ar[illegible] d'être troublé, et [illegible] lité, car la femme dotale procède valablement à un partage [illegible] de ses biens [illegible] 1866, [illegible] se fonde [illegible] lors de [illegible] par acte entre-vifs entre plusieurs enfants ou d'un partage entre plusieurs enfants [illegible] par leur ascendant. Ces partages sont irrévocables, nonobstant la mort sans postérité d'un des enfants [illegible], il en doit être de même du partage entre appelés, déclare la cour, d'autant plus que ceux-ci ont dû [illegible] qu'à titre de transaction : chacun d'eux, entre l'éventualité de voir augmenter sa part, s'il survit, et la [illegible] lir s'il prédécède, « devait sagement préférer un avantage actuel et certain à une simple espérance dont la réalisation était fort incertaine ».

1080. — Mais cette décision n'a pas trouvé faveur dans la doctrine. Si l'ouverture de la substitution est provisoire et conditionnelle par rapport aux appelés à naitre, comment lui reconnaitre un caractère définitif vis-à-vis des appelés déjà nés? L'assimilation de l'abandon anticipé et d'un partage d'ascendant n'a de fondement dans aucun texte et est contraire à la réalité des choses. Quant à l'idée prêtée aux appelés de s'assurer, en renonçant aux chances d'accroissement, contre les chances de perte totale, elle est plus que discutable. Les appelés vivants ont partagé la jouissance qu'on leur abandonnait sans rien perdre de leurs droits pour l'avenir et sans pouvoir même rien vouloir faire de définitif quant à la propriété, puisque [illegible] survenance d'autres enfants devait toujours modifier leurs [illegible] respectifs. Il n'y a donc rien que de provisoire jusqu'au terme normal de l'ouverture de la substitution, c'est-à-dire jusqu'à la mort du grevé.

1081. — Bertauld (t. 1, n. 551) [illegible] autres jurisconsultes et présente un système intermédiaire. A son sens, le partage n'est provisoire entre les appelés que s'il naît de nouveaux ayants-droit. S'il est [illegible] des appelés survenus qui réclament le bénéfice de la situation au décès du grevé, cette règle sera la loi de tous et la révocation sera absolue. Quand l'intérêt qui exige la révocation ne se produit point, la situation au moment de la restitution [illegible] d'être la loi de ceux qui y ont adhéré. Il reste [illegible] à prouver dans quelle mesure les appelés alors exis[illegible] adhéré au partage et si leur véritable intention [illegible] d'une situation que l'on pouvait régler provisoirement, a été d'abandonner leurs droits éventuels, car une renonciation à un droit ne se présume pas d'ordinaire.

1082. — Les appelés nés postérieurement au partage [illegible] sont-ils tenus d'attendre la mort du grevé pour prendre leur part des biens? On pourrait le soutenir, puisque [illegible] qui normalement devait faire ouvrir leur droit et qu'ils n'ont pas participé au partage. Cependant Delvincourt (t. 2, p. [illegible]) et Duranton (t. 9, n. 606) ont proposé une [illegible] tionnelle : ou bien l'abandon anticipé a été fait [illegible] en faveur des appelés alors existants, et les appelés à naître devront attendre pour en bénéficier le décès du grevé; ou c'est un abandon fait sans considération de telle ou telle personne, et chaque appelé ultérieurement a droit à sa part dans les biens [illegible] qu'il naît. En tout cas le consentement donné par le grevé à l'ouverture anticipée de la substitution n'est pas un avantage qui, de sa nature, soit sujet à rapport. — Cass., [illegible] juin [illegible], [illegible]reau, [S. 52.1.741, P. 52.2.100, D. 52.1.181]

1083. — 2° [illegible] l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne peut préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon (C. civ., art. 1053. — V. Ord. de 1747, art. 42). Et quoique la loi ne parle pas des tiers acquéreurs, on doit leur accorder le même droit qu'aux créanciers. — Toullier, t. 5, n. 785; Grenier, t. 1, n. 387; Delvincourt, t. 2, p. 406 et 407; [illegible], t. 3, p. [illegible]; Marcadé, sur l'art. 1053, n. 9; Aubry et Rau, t. 7, [illegible]; Huc, t. 6, n. 406; Planiol, t. 3, n. 3327; Laurent, t. 14, n. 588, note 1.

1084. — En d'autres termes, l'ouverture de la substitution reste subordonnée, en ce qui concerne les tiers, d'après l'art. [illegible], au prédécès du grevé laissant des appelés après lui. Tant que cette condition n'est pas réalisée, il n'y a aucune raison pour

déclarer résolus ou caducs les droits à eux conférés par le grevé à raison d'une renonciation purement volontaire de celui dont ils sont les ayants-cause à titre particulier. On peut seulement exiger d'eux, comme on le faisait sous l'ancien droit, la preuve formelle de l'antériorité de leur titre par rapport à l'abandon. Et cette antériorité des droits des créanciers ou des tiers acquéreurs s'établit par un acte authentique ou par un acte sous seings privés ayant date certaine; aucune autre preuve n'est admissible. — Grenier, t. 1, n. 308; Delvincourt, t. 2, p. 406; Vazeille, t. 3, p. 209; Marcadé, sur l'art. 1053, n. 9; Planiol, t. 3, n. 3327.

1085. — Mais, cette condition une fois remplie, les créanciers antérieurs à l'abandon peuvent, malgré sa réalisation, exercer leurs droits sur les biens substitués, faire saisir les fruits des biens abandonnés, et les dettes actives qui dépendent de la donation. — Grenier, t. 1, n. 369; Toullier, t. 5, n. 785-787; Delvincourt, t. 2, p. 100 et 622; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Exhérédation officieuse*, § 1, n. 5; Duranton, t. 9, n. 605; Troplong, t. 4, n. 2245; Demolombe, t. 22, n. 634; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 357; Laurent, t. 14, n. 588, note 1; Huc, t. 6, n. 406; Planiol, t. 3, n. 3327.

1086. — Les créanciers chirographaires ont le même droit que les créanciers hypothécaires. — Grenier, t. 1, n. 308; Delvincourt, t. 2, p. 406; Vazeille, t. 3, p. 209; Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.* — Seulement les créanciers, d'après Demolombe, *loc. cit.*, devront, pour pouvoir agir ainsi, établir que l'abandon anticipé des biens a causé ou augmenté l'insolvabilité de leur débiteur. Si cette insolvabilité résultait de faits postérieurs à cet abandon, il resterait opposable aux créanciers.

1087. — Malgré l'abandon effectué, les tiers acquéreurs résisteraient victorieusement à toute action en revendication dirigée contre eux par les appelés. — Mêmes auteurs.

1088. — De la règle posée dans l'art. 1053, la cour de Paris a tiré cette conclusion que l'acquéreur d'un bien volontairement restitué à l'appelé qui le vend ne saurait purger cet immeuble des hypothèques constituées par le grevé. — Paris, 22 mars 1886, sous Cass., 24 juin 1889, Vermiglio, [S. 91.1.225, P. 91.1.535, D. 90.1.17]

1089. — Mais cette conclusion est exagérée. En principe, tout acquéreur à titre particulier d'immeubles peut opérer la purge s'il n'est pas personnellement tenu de la dette; pour qu'il en soit autrement, il faut qu'un texte formel ou un principe juridique certain l'exige. Or, on ne peut en notre matière déduire une exception à la règle ni de la nature des biens substitués, ni du texte de l'art. 1053, d'après lequel, si l'abandon anticipé ne doit jamais nuire aux créanciers du grevé, les droits des appelés s'ouvrent dès que, pour une raison quelconque, cesse la jouissance du grevé. N'est-ce pas dire que, même vis-à-vis des créanciers du grevé, les effets de l'ouverture de la substitution par abandon anticipé sont ceux d'une ouverture normale, sauf à ne jamais nuire à ces créanciers? Dès lors, donc, que l'hypothèque à eux consentie sur les biens substitués persiste entre les mains et de l'appelé et de l'acquéreur de celui-ci, leur droit de gage est garanti, et peu leur importe qui est propriétaire des biens. Peu leur importe aussi que l'acquéreur d'un bien le purge de ses hypothèques. Tout au contraire, la vente effectuée par l'appelé avec droit de surenchère pour les créanciers hypothécaires, devra donner un prix à distribuer égal pour le moins à celui qui eût été obtenu sur une vente poursuivie contre le grevé dans le patrimoine duquel lesdits créanciers auraient fait rentrer le bien. Pour ces diverses raisons la Cour de cassation a, contrairement à la cour de Paris, décidé que l'art. 1053, dans son exception, n'était pas applicable à l'espèce, les créanciers hypothécaires du grevé n'éprouvant aucun préjudice dès lors que le juste prix de l'immeuble abandonné volontairement leur est offert par l'appelé ou son ayant-cause et est distribué entre eux suivant les formes légales au cas d'insolvabilité du débiteur. Ces créanciers, dont le droit est épuisé par la répartition régulière du prix de leur gage, ne sauraient donc de ce chef rechercher l'appelé ou ses ayants-cause. — Cass., 24 juin 1889, précité.

1090. — Les conséquences que nous venons d'exposer pour l'ouverture anticipée de la substitution résultant d'une restitution volontaire du grevé se retrouvent-elles dans les autres cas d'ouverture antérieure à la mort du grevé, en dehors de toute acceptation de la restitution par les appelés? 1° Dans les rapports des appelés déjà nés, entre eux ou avec les appelés à naître, qu'il s'agisse de déchéance ou de révocation prononcée contre le grevé pour cause soit d'ingratitude, soit d'inexécution des charges, on s'accorde à déclarer la substitution ouverte provisoirement : elle ne l'est définitivement qu'à l'égard du seul grevé. Les appelés mis en possession des biens y doivent faire participer les appelés nés ultérieurement et perdront tout droit à ces biens s'ils décèdent sans postérité avant le grevé; les autres appelés recueillent alors cette part par voie d'accroissement. C'est la solution que nous avons adoptée dans l'hypothèse d'un abandon anticipé. Il y a du reste ici une raison de plus qui la justifie. Avec l'interprétation contraire, le grevé profiterait de la déchéance prononcée contre lui, « prendrait comme père, dans la succession de l'appelé, une portion des biens advenus à ce dernier par suite de l'ouverture anticipée de la substitution; tandis que, sans la déchéance, la totalité des biens compris dans la substitution eût été dévolue exclusivement aux appelés survivants ». — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 341, note 39, et p. 358; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-V; Cossé, p. 296; Demolombe, t. 22, n. 622.

1091. — Bertauld (t. 1, n. 549) prétend, dans tous les cas où l'ouverture de la substitution se réalise avant la mort du grevé et sans acceptation des appelés, qu'il convient de calculer la part des appelés prédécédés en tenant compte des appelés nés ultérieurement et de la réduire en conséquence, le reliquat, après ce retranchement opéré, restant acquis aux représentants de l'appelé précédé.

1092. — 2° A l'égard des tiers, les effets de la révocation sont déterminés par l'art. 958, si elle a lieu pour ingratitude, et par l'art. 954 au cas d'inexécution des conditions. — Demolombe, t. 22, n. 641 *bis*, 643; Huc, t. 6, n. 406.

1093. — Quant à la déchéance, en supposant bien entendu que la substitution ait été rendue publique par la voie de la transcription, on discute le point de savoir si elle est opposable aux créanciers et aux tiers antérieurs du grevé. La solution affirmative est adoptée par Aubry et Rau (t. 7, § 696, p. 341, note 38) et Bertauld (t. 1, n. 537, 541). L'art. 1053, en effet, réserve bien les droits des créanciers au cas d'abandon volontaire fait par le grevé. Mais l'art. 1057 ne dit rien de semblable, et dès lors ne convient-il pas d'appliquer la règle *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis,* d'autant plus que la déchéance est assimilable à la résolution d'une libéralité pour inexécution des conditions relativement à laquelle l'art. 954 fait application de la règle. — Mais, répond-on dans une autre opinion, la déchéance prononcée contre le grevé constitue aux yeux du législateur, une peine dont les effets doivent lui être personnels. Ce n'est donc pas, « en ce qui concerne les tiers, l'art. 954 qu'il faut appliquer par analogie, mais plutôt l'art. 958, d'après lequel les droits concédés aux tiers sont maintenus ». — Demolombe, t. 22, n. 480 *bis* et 624; Cossé, p. 297; Planiol, t. 3, n. 3327.

Section VI.

De l'extinction des substitutions.

1094. — Les substitutions s'éteignent : 1° par la défaillance des conditions qui y étaient apposées; 2° par l'incapacité de recueillir de l'appelé; 3° par la révocation de la disposition testamentaire qui contenait la substitution; 4° par la révocation de la donation aux appelés dans les cas où cette révocation peut avoir lieu; 5° par la renonciation des appelés; 6° enfin par la perte de la chose, objet de la substitution.

1095. — Si la condition de la substitution ne s'accomplit pas, la substitution ne peut produire d'effet. Notamment, nous l'avons déjà dit, l'ouverture de la substitution est subordonnée à la condition de la survie des appelés; par suite, si tous les appelés sont décédés avant le grevé, la substitution est caduque, quand bien même ils laisseraient des descendants : ceux-ci n'y ont pas droit par représentation de leurs père ou mère prédécédés.

1096. — La substitution n'étant qu'une institution ou libéralité de second ordre, il s'ensuit que l'appelé doit être capable de recueillir au moment de l'ouverture de son droit.

1097. — Comme un testament ne doit produire d'effet qu'à la mort du disposant, celui-ci peut le changer quand bon lui semble, et, par là, anéantir toutes les dispositions qui y étaient contenues (V. *infrà,* v° *Testament*). La donation entre-vifs est au contraire irrévocable une fois qu'elle a été régulièrement acceptée, et il ne dépendrait pas alors du disposant, pas plus d'ailleurs que du grevé, d'anéantir arbitrairement les droits des appelés. Mais les causes de révocation ordinaires des donations (C. civ.,

art. 954 et s.) peuvent être invoquées contre les appelés : inexécution des charges, ingratitude et survenance d'enfants.

1098. — La renonciation de tous les appelés, s'ils sont capables, éteint la substitution. Toutefois, pour que la substitution soit caduque, il faut qu'il n'y ait personne à pouvoir et vouloir en profiter. Nous avons déjà dit qu'une telle renonciation est valablement faite même avant l'ouverture du droit des appelés (V. *suprà*, n. 1041 et s.). Mais l'héritier fidéicommissaire ou donataire au second degré, qui reconnaît dans une quittance que les biens substitués sont dans la libre disposition du grevé, n'est pas, par cela seul, présumé avoir renoncé au fidéicommis établi en sa faveur. — Bruxelles, 16 déc. 1806, Delécluse, [S. chr.]

1099. — Du reste, les créanciers de l'appelé renonçant pourraient invoquer l'art. 1166 pour attaquer la renonciation faite à leur préjudice, et cela, même après le décès de leur débiteur, cet article ne distinguant pas. — Grenier, t. 1, n. 372.

1100. — Nous venons de voir des hypothèses où il y a caducité de la substitution du chef des appelés. Mais peut-il y avoir aussi caducité du chef du grevé? La question ne se pose même pas quand la substitution a été faite sous la forme d'une donation entre-vifs. Le grevé capable l'a-t-il acceptée, l'acte devient définitif et ne pourra plus être caduc en sa personne. Mais l'incapacité du premier bénéficiaire, et même le seul défaut d'acceptation, empêcherait la donation entre-vifs d'exister; partant, la substitution de produire quelque effet. — Rolland de Villargues, n. 5; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-IX; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 353; Demolombe, t. 22, n. 654; Laurent, t. 14, n. 582; Planiol, t. 3, n. 3329.

1101. — Il en est nécessairement ainsi, même au cas de disposition testamentaire, quand l'inexécution du testament a pour cause un fait personnel du disposant : son incapacité par exemple ou la révocation qu'il en a faite.

1102. — Mais au contraire la question se pose, et non sans difficultés, quand la substitution résulte d'un testament valable et non révoqué et que le grevé ne peut ou ne veut pas accepter le legs. 1° Le grevé est mort avant le testateur ou incapable de recueillir la libéralité testamentaire. Tout le monde est d'accord pour admettre que la caducité du legs en première ligne qui en résulte laisse subsister la disposition faite au profit des appelés. On ne saurait argumenter contre cette décision des dispositions des lois romaines suivies en pays de droit écrit, qui faisaient tomber le fidéicommis par suite de la caducité de l'institution, laquelle était considérée comme la tête et le fondement du testament. En effet, en pays coutumier et d'après notre Code civil, l'institution d'héritier ne produit pas plus d'effet qu'un legs, dont la caducité n'entraîne pas la nullité du testament. Le legs en premier ordre ne reçût-il pas son exécution, il est incontestable que le testateur a préféré les appelés à ses héritiers *ab intestat*, d'où il suit que le legs en seconde ligne doit être maintenu. — Annot. de Cujas, t. 2, p. 877; Pothier, sect. 7, art. 1, § 2; Delvincourt, t. 2, p. 404; Toullier, t. 5, n. 790, 791, 794; Duranton, t. 9, n. 549; Troplong, t. 4, n. 2246, 2247; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 354, note 86; Demolombe, t. 22, n. 654 et s.; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-X, XI; Laurent, t. 14, n. 582, 583; Huc, t. 6, n. 408; Planiol, t. 3, n. 3329. — ... Sauf aux appelés, si la substitution est conditionnelle, à attendre l'événement. — Toullier, t. 5, n. 794, 795.

1103. — Mais à quel titre, en pareil cas, les substitués reçoivent-ils la libéralité? Est-ce comme legs ordinaire? Est-ce comme fidéicommis? Cette dernière opinion est défendue en doctrine, et l'on en tire cette conséquence que les appelés nés ou déjà conçus ne prennent les biens substitués que sous réserve des droits des appelés à naître, auxquels le prédécès ou l'incapacité du grevé ne saurait préjudicier. On invoque en ce sens l'autorité de l'ancien droit représenté par l'Ordonnance de 1747, art. 26; c'est ainsi en effet que l'interprétaient nos anciens auteurs. — Pothier, *Substit.*, sect. 7, art. 1, § 2; Thévenot, n. 1163 et s.; Furgole, sur l'art. 26 de l'Ordonnance. — On invoque aussi la volonté du disposant. Le legs n'a pas été fait à quelques-uns des enfants du grevé seulement, mais à tous, nés ou à naître, ainsi que le prescrit d'ailleurs l'art. 1050. Seule cette solution respecte cette volonté. Si l'art. 906, C. civ., interdit en principe des libéralités testamentaires au profit de personnes non encore conçues lors du décès du testateur, la loi consacre à cette règle une exception dans la matière spéciale des substitutions fidéicommissaires. Peu importe que la première institution ait disparu, le testateur a fait à tous les enfants du grevé un legs valable qui doit être exécuté tel qu'il a été fait. — Troplong, t. 4, n. 2246, 2247; Demolombe, t. 22, n. 664; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-X et XI; Planiol, t. 3, n. 3329.

1104. — Dans un autre système on soutient que, parmi les appelés, ceux-là, seuls qui existent au moment de l'ouverture du droit recueilleront, au détriment de ceux qui naîtraient plus tard et qui auraient recueilli sans la caducité de l'institution ou du legs. La raison de décider tient à ce que le fidéicommis est écarté dans ce cas, et que les appelés recueillent alors directement, comme substitués vulgaires, partant qu'ils doivent être capables au moment où l'acte produit son effet. Toute substitution fidéicommissaire implique nécessairement à un moment donné, si court soit-il, la coexistence de deux dispositions, l'une au profit du grevé, l'autre au profit des appelés. Or par suite du prédécès ou de l'incapacité du grevé, le legs fait en première ligne est tenu pour n'avoir jamais existé et la coexistence exigée ne saurait se produire. Les appelés ne viennent donc recueillir la libéralité que comme substitués vulgairement. On ne peut guère contester l'impossibilité de déclarer le fidéicommis existant « si le grevé était déjà décédé ou se trouvait frappé d'incapacité au moment de la confection du testament; et il en doit être de même lorsqu'il n'est décédé ou n'a été frappé d'incapacité que plus tard, mais avant le décès du testateur, puisque ce n'est que de cette époque que le testament prend date quant à ses effets ». En vain on prétendrait qu'il y a ici une exception à la règle de l'art. 906; pour qu'il en fût ainsi il faudrait qu'on fût en présence d'une substitution, or un des éléments essentiels de la substitution, c'est-à-dire la double transmission, manque précisément — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 354, note 86; Delvincourt, t. 2 p. 404; Duranton, t. 9, n. 549; Laurent, t. 14, n. 582, 583; Bertauld, t. 1, n. 533; Huc, t. 6, n. 408. — Dans ce système le legs profitera donc aux seuls enfants du grevé existant lors du décès du disposant, et ils en conserveront le bénéfice, vinssent-ils à décéder plus tard avant le grevé. Ledit legs sera du reste sans effets s'il n'y a aucun enfant du grevé existant au jour de la mort du disposant.

1105. — 2° Le grevé vit et est capable de recueillir le legs, mais il y renonce et par là-même perd tous droits sur les biens substitués. Une telle renonciation, de l'avis presque unanime de la doctrine, n'a aucun effet sur le sort de la substitution fidéicommissaire qui subsiste dans les mêmes conditions que s'il y avait eu acceptation du grevé. En vain soutiendrait-on que la substitution, simple charge accessoire du legs principal, doit tomber avec lui; elle comprend nécessairement deux dispositions distinctes n'ayant pas entre elles de lien indivisible. L'ordonnance de 1747 consacrait déjà cette solution dans son tit. 1, art. 27. — Troplong, t. 4, n. 2247; Duranton, t. 9, n. 602; Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 355, note 87; Demolombe, t. 22, n. 659; Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-X; Laurent, t. 14, n. 583; Huc, t. 6, n. 408; Planiol, t. 3, n. 3329; Cossé, p. 309; Bertauld, t. 1, n. 534.

1106. — En conséquence, s'il existe déjà des appelés au jour de la renonciation, ils se font délivrer de suite les biens compris dans la substitution, sous réserve des droits des appelés à naître et du règlement définitif à faire au jour du décès du grevé, époque normale de la restitution (V. *infrà*, n. 1108). Tous les auteurs précités sont d'accord sur ce point, à l'exception de Bertauld (*loc. cit*)., qui n'admet pas ici d'ouverture anticipée de la substitution, « parce que la disposition exceptionnelle de l'art. 1053 ne s'applique qu'au cas où le droit de l'institué cesse, est résolu ou finit, et que ce droit ne peut ni cesser, ni finir, ni se résoudre, quand il n'a pas eu un commencement d'existence ».

1107. — Si au contraire il n'existe encore aucun appelé lors du décès du grevé, deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien le grevé, héritier du disposant, a renoncé à sa succession en même temps qu'au legs en premier ordre, et les autres héritiers *ab intestat*, tenus de l'acquittement des legs, garderont provisoirement les biens substitués, sauf à les rendre au premier appelé qui naîtra; ou bien le grevé, tout en renonçant au legs, a accepté la succession du disposant. Sa renonciation doit être entendue comme un abandon de sa part de tout droit sur les biens substitués et il ne doit pas plus rester détenteur [illegible] des appelés comme héritier que comme grevé. On ne lui permet donc pas de recueillir, en tant qu'héritier *ab intestat*, les biens à restituer aux appelés. S'il y a des cohéritiers, ceux-ci [illegible] seuls les biens substitués [illegible] la part lui revenant dans les autres biens héréditaires. S'il est

héritier unique, les tribunaux devront régler la manière dont seront administrés les biens, en ordonner le séquestre au besoin, ou nommer un curateur jusqu'au jour où la condition d'où dépend le droit des futurs appelés sera accomplie ou défaillie. — Colmet de Santerre, t. 4, n. 212 *bis*-IX; Demolombe, t. 22, n. 661; Cossé, p. 311.

1108. — La renonciation de l'appelé laisse la substitution produire ses effets ordinaires entre les appelés. Ceux qui naîtront par la suite y participeront, et ceux qui, ayant recueilli leur part, décèdent sans postérité avant le grevé sont, *ipso facto*, déchus de tout droit sur les biens substitués. Il en est ainsi sans conteste quand le grevé fait abandon anticipé de sa jouissance après avoir accepté le legs en première ligne : les appelés nés ultérieurement conservent leurs droits intacts sur les biens. Pourquoi en serait-il autrement au cas où le grevé renonce directement au bénéfice de la substitution? L'admettre serait laisser le grevé maître souverain des droits des appelés à naître, qu'il maintiendrait ou supprimerait suivant la forme donnée à sa renonciation. Enfin, ajoutent Aubry et Rau (t. 7, § 696, p. 355, note 87), en « supposant que le testateur ayant un seul enfant l'ait institué légataire universel avec charge de rendre à ses propres enfants la moitié de la succession, et qu'au moment du décès du testateur le grevé n'ait encore aucun enfant né ou conçu, rien ne l'empêcherait, dans le système contraire, de s'affranchir de toute charge de restitution, et de conserver l'hérédité en qualité d'héritier *ab intestat*. Or ce résultat est évidemment inadmissible ». — V. en ce sens, tous les auteurs précités, sauf Duranton (t. 9, n. 602), qui ne déclare la substitution ouverte qu'au profit des appelés nés ou conçus lors de la renonciation.

1109. — Il est vrai que cette dernière solution est, nous l'avons vu, adoptée par Delvincourt, Aubry et Rau, Laurent, Huc et Bertauld quand le legs est caduc par suite du prédécès ou de l'incapacité du grevé, et qu'au contraire, en cas de renonciation de celui-ci, les mêmes auteurs font participer les appelés à naître au bénéfice de la substitution; mais il n'y a là de leur part aucune contradiction. En effet, dans la seconde hypothèse, au contraire de la première, « la charge de conserver et de rendre ayant été légalement attachée à une disposition valable en elle-même et qui subsistait encore au décès du testateur, il n'a pu dépendre du grevé de paralyser par sa renonciation les effets de la volonté de ce dernier, ni de modifier, en quoi que ce soit, les droits des appelés les uns vis-à-vis des autres ». — Aubry et Rau, t. 7, § 696, p. 355, note 87.

CHAPITRE V.

SUBSTITUTIONS AUTORISÉES PAR LE DROIT FRANÇAIS EN DEHORS DU CODE CIVIL.

1110. — I. *Majorats.* — En dehors des hypothèses toutes spéciales des art. 1048 et s., l'art. 896 reprenait son empire d'après le Code civil : toute substitution était nulle et de nul effet. Mais entre temps, il a été apporté à la règle prohibitive des substitutions de bien plus larges exceptions. La première se rattache à l'institution des *majorats* due à Napoléon Ier qui voulait créer une nouvelle noblesse héréditaire et lui assurer de gros revenus. — V. à cet égard *suprà*, v° *Majorats*. — Rappelons seulement qu'organisés par les décrets des 30 mars 1806 et 1er mars 1808 et par le sénatus-consulte du 14 août 1806, les *majorats* ont été interdits pour l'avenir par la loi du 12 mai 1835.

1111. — II. *Loi du 17 mai 1826.* — Sous la Restauration, le Gouvernement voulut reconstituer et perpétuer les grandes fortunes par les privilèges d'aînesse et de masculinité. Il proposa le rétablissement du droit d'aînesse, sauf disposition contraire du *de cujus*, mais il échoua dans cette tentative. Du moins, la loi du 17 mai 1826 [illegible] les biens dont il est permis de disposer, aux termes des art. 913, 915 et 916, C. civ., pourront être donnés, en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, jusqu'au deuxième degré inclusivement. Seront observés, pour l'exécution de cette disposition, les art. 1051 et s., C. civ., jusques et y compris l'art. 1074.

1112. — De même que sous l'empire du Code civil, la substitution ne pouvait porter que sur la quotité disponible. D'autre part, les substitutions demeuraient interdites en principe en vertu de l'art. 896, C. civ.; mais une nouvelle exception était apportée à ce principe. La loi de 1826 était fort extensive du droit de substituer en ce que : 1° toute personne pouvait substituer au profit des enfants de son donataire, ce dernier fût-il pour elle un parent éloigné ou même un étranger; 2° la faculté de substituer n'était plus subordonnée, pour les frères et sœurs du donataire, à la condition de leur décès sans enfants; 3° la charge de restitution pouvait être imposée à deux degrés, au profit, non seulement des enfants au premier degré du donataire ou légataire, mais aussi de ses petits-enfants; 4° la substitution était possible, non seulement au profit de tous les enfants nés ou à naître du grevé, mais même à l'avantage d'un seul ou de quelques-uns de ses enfants.

1113. — Il a été jugé, par application et avec une certaine extension de cette dernière règle, que, sous l'empire de la loi du 17 mai 1826, les dispositions à charge de rendre autorisées par les art. 1048 et s., C. civ., et par cette loi, pouvaient être faites en attribuant au donataire ou légataire grevé la faculté de choisir parmi ses enfants celui qui recueillerait les biens formant l'objet de la substitution : il n'était pas nécessaire que le disposant désignât lui-même le substitué. — Riom, 4 juin 1847, Chassany, [S. 47.2.467, P. 47.2.364] — Pau, 26 févr. 1869, Dartugues (motifs), [S. 69.2.169, P. 69.726, D. 74.5.465] — *Sic*, Duranton, t. 9, n. 560; Serieys, *J. du Not.*, art. 4121; Marcadé, sur les art. 1048 et s., n. 6. — *Contra*, Grenier, t. 1, *Obs. prélim.*, n. 8; Rolland de Villargues, *Des substitutions*, n. 306, et *Rép. du Not.*, v° *Choix*, n. 13; Vazeille, sur l'art. 896, n. 26 et 27; Coin-Delisle, sur l'art. 895, n. 7.

1114. — Du moins, ces exceptions à la règle générale étaient-elles limitatives. D'où, toute substitution eût été déclarée nulle, par laquelle un donataire eût été obligé à rendre à d'autres qu'à ses enfants, ou encore à ses descendants au troisième ou au quatrième degré. Cette dernière n'eût même pas été seulement réductible au deuxième degré. — Duranton, t. 8, n. 31; Aubry et Rau, p. 362, t. 7, § 697, note 1; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3420; Verdelot, *Des biens de famille en Allemagne*, p. 614, 634. — V. Cass., 5 févr. 1835, Leharivel, [S. 35.1.87, P. chr.]

1115. — Cette loi de 1826 a été fort attaquée. On lui a notamment reproché : d'établir un ordre de succession autre que celui voulu par le législateur; de mettre des biens hors du commerce pour de longues années et même à perpétuité, puisque la deuxième substitution pouvait à son tour faire deux degrés de substitution; d'être préjudiciable à l'agriculture, qui ne prospère guère entre les mains des grevés; de porter atteinte à la sécurité générale et de faciliter la fraude vis-à-vis des créanciers du grevé, en leur permettant de compter sur des biens sur lesquels ils n'ont cependant pas d'action; de concentrer sur la tête d'un seul une grande partie du patrimoine; de donner lieu à quantité de procès; enfin, d'être contraire à l'ordre constitutionnel et politique par la concentration des fortunes dans quelques mains et le dépouillement du plus grand nombre. — Marcadé, sur l'art. 896, n. 2.

1116. — Elle a été abrogée par l'art. 8, L. 7 mai 1849. Pour l'avenir, on en revint, quant à la constitution des substitutions, aux conditions posées par le Code civil. La loi de 1849, dans son art. 9, règle quelques questions transitoires. Les substitutions faites sous l'empire de la loi de 1826, au delà des limites posées dans le Code civil, ont été déclarées maintenues, non pas de façon absolue, mais pour le cas où il existait déjà des appelés nés ou conçus lors de la promulgation de la loi de 1849, et alors elles ont dû profiter tant à ceux-ci qu'aux appelés du même degré nés ultérieurement ou à leurs représentants. Le rapport de Valette à l'Assemblée nationale établit formellement que le législateur a voulu en revenir purement et simplement aux règles du Code civil.

1117. — Jugé, en conséquence, que la substitution faite sous l'empire de la loi de 1826, par un individu décédé sans postérité, au profit des enfants et petits-enfants de son frère, vaut, malgré l'abrogation de ce texte, à l'égard des enfants du premier degré, la loi de 1849 ayant laissé intact l'art. 1049, C. civ. — Caen, 12 janv. 1854, [illegible], [D. 55.2.185]

1118. — ... Mais aussi, qu'à défaut d'appelés existant lors de la promulgation de la loi de 1849, la substitution a cessé absolument de pouvoir être exécutée. — Paris, 23 août 1850, Brion, [S. 50.2.611, P. 51.1.274, D. 51.2.41]

1119. — Est beaucoup plus contestable la solution donnée

par un arrêt ultérieur, d'après laquelle la charge imposée au grevé de rendre à l'un de ses enfants, à son choix, les biens donnés étant devenue caduque par suite de l'abrogation de la loi de 1826, le grevé est demeuré propriétaire définitif desdits biens, s'il n'a pas exercé son option avant la loi du 7 mai 1849. Non seulement donc l'élection ne peut plus être faite par lui, mais ses enfants n'ont aucun droit sur les biens. — Pau, 26 févr. 1869, précité.

1120. — Cet arrêt semble bien contredire la thèse soutenue par M. Valette dans son rapport à l'Assemblée nationale. Voici en effet ce que disait le savant professeur : « Si, par exemple, la substitution avait été faite au profit des enfants mâles du grevé, et que, lors de la promulgation de la loi actuelle, un seul enfant mâle fût conçu, on devrait faire venir en concurrence avec celui-ci tous les autres enfants mâles qui survivraient à leur père. Ne pas admettre ce résultat, ce serait marcher en sens inverse du but que l'on veut atteindre, puisque, dans le cas dont il s'agit, on aggraverait encore l'inégalité résultant du titre entre les enfants du même grevé, ce qui est inadmissible ».

1121. — III. *Règles spéciales aux sujets ayant conservé leur statut personnel.* — En principe, c'est désormais le Code civil qui règle la matière des substitutions tant dans la France continentale que dans les possessions françaises. Mais, dans certains pays, des sujets français ont conservé leur statut personnel : ils feront donc des substitutions fidéicommissaires valables, si ledit statut le permet, toutes les fois du moins que le législateur français n'y a pas mis obstacle en réglant les conditions et les effets de ces substitutions.

1122. — Il en est ainsi entre indigènes hindous, tant chrétiens que maures ou gentils, des établissements français de l'Inde. En effet, d'après l'arrêté du gouverneur général de l'Inde, en date du 6 janv. 1819, ces indigènes continueront à être jugés « suivant les lois et coutumes de leurs castes ». — Cass., 6 juin 1866, Namasswayachetty, [S. 66.1.280, P. 66.749, D. 66.1.215]

1123. — D'autre part, en Algérie et en Tunisie, le droit musulman reconnaît quelque chose de fort analogue aux substitutions fidéicommissaires en autorisant la création, par les particuliers, de biens *habous*. Ces biens sont des immeubles placés par leurs propriétaires hors du commerce dans un but pieux. Destinés à arriver en définitive à une personne morale d'ordre religieux, ils peuvent auparavant passer successivement entre les mains de divers bénéficiaires conformément à l'ordre successoral réglé par le fondateur. Ils sont, dans le patrimoine de chaque dévolutaire, inaliénables et imprescriptibles et soustraits en outre à la loi successorale établie par le Coran. — Sauteyra et Charbonneau, *Dr. musulman*, t. 2, p. 396, 398 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3435-3439.

1124. — Mais l'ordonnance du 1er oct. 1844, la loi du 16 juin 1851, art. 17, et le décret du 30 oct. 1858 ont, dans l'intérêt de la colonisation et pour réduire le nombre des biens de main-morte, aboli en Algérie le habous en tant que clause d'inaliénabilité soit à l'égard des Européens, soit même entre indigènes. Le bien habous, désormais de libre disposition pour son détenteur, présente seulement cette particularité qu'à défaut de disposition par celui-ci, il ne passe pas à ses héritiers d'après l'ordre successoral du Coran, mais est dévolu selon les règles établies par le fondateur. Le habous demeure, après comme avant la loi du 26 juill. 1873, un mode de dévolution *mortis causâ* spécial à certains biens par dérogation au système successoral musulman. — Cass., 10 janv. 1877, Consorts Allegre, [S. 77.1.99, P. 77.244, D. 77.1.177]; — 9 juill. 1878, Si-Mohamed-Srir-ben-Abdallah, [S. 79.1.312, P. 79.775, D. 79.1.40]; — 4 avr. 1882, Aribaud, [S. 84.1.369, P. 84.1.942, D. 83.1.404] — *Sic*, Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3445; Huc, t. 6, n. 421; Challamel, *Ann. lég. fr.*, 1886, p. 177. — V. *suprà*, v° *Algérie*, n. 2278 et s.

1125. — Mais si, en Algérie, par suite des textes français précités, les dévolutaires successifs d'un bien habous n'ont plus qu'un droit éventuel, subordonné à la non-disposition dudit bien par les détenteurs antérieurs, en Tunisie, au contraire, où ces dispositions ne sont pas applicables, les biens habous se présentent avec les caractères de nos anciennes substitutions fidéicommissaires. Ils sont inaliénables et imprescriptibles et leurs détenteurs successifs sont en fait très-assimilables à de simples usufruitiers. — V. *infrà*, v° *Tunisie*.

CHAPITRE VI.

DROIT FISCAL.

1126. — La loi du 22 frim. an VII ne tarife pas les substitutions qui, à cette époque, étaient prohibées d'une façon absolue : les règles générales de la législation doivent donc être appliquées en cette matière.

1127. — En vertu du principe, admis en droit fiscal, d'après lequel la nullité dont peuvent être entachés les actes soumis à la formalité ne fait pas obstacle à la perception de l'impôt, on doit décider que l'exécution volontaire d'une substitution prohibée ne constitue pas une libéralité du grevé à l'appelé, attendu que la nullité, quoique d'ordre public, ne peut être prononcée d'office ni à la requête d'un tiers. — Cass., 15 févr. 1854, Boudent, [S. 54.1.272, P. 54.2.58, D. 54.1.51 ; — 8 nov. 1893, Léandri, [S. et P. 94.1.500, D. 93.1.93]

1128. — Pour le même motif, le testament contenant une substitution prohibée est passible du droit de transcription. — Trib. Dreux, 9 mai 1855, Badier, [D. 55.3.185] — V. *infrà*, n. 1148.

1129. — Et l'ouverture de la substitution prohibée donne ouverture à un second droit de mutation par décès. — Cass., 11 déc. 1860, Bardet, [S. 61.1.185, P. 61.361, D. 61.1.25]; — 5 mars 1866, De Neufbourg, [S. 66.1.122, P. 66.297, D. 66.1.123]

§ 1. *Enregistrement des actes contenant substitution.*

1130. — La clause d'un acte de donation entre-vifs contenant substitution ne donne ouverture à aucun droit particulier; l'appelé, bien que tenant son droit du disposant, reçoit en effet les biens du grevé. — V. *Rev. Enreg.*, n. 3203.

1131. — Quand la donation porte sur un immeuble, elle doit toujours être transcrite : si elle contient une substitution, la perception ne change pas.

1132. — La substitution contenue dans un partage d'ascendant ne donne même ouverture à aucun droit spécial de transcription, bien que le partage ne soit assujetti qu'à un droit de 1,50 p. 0/0. — Sol. rég., 30 avr. 1889, [*Rev. prat.*, n. 2846]

1133. — La donation éventuelle d'un immeuble avec charge de substitution contenue dans un contrat de mariage n'est passible que du droit fixe. Mais si, à l'événement, une expédition *parte in quâ* du contrat de mariage était présentée à la transcription, le droit de 1,50 p. 0/0 serait exigible. — *Dict. Enreg.*, v° *Substitution*, n. 176.

1134. — La substitution contenue dans un testament ne donne ouverture à aucun droit fixe particulier, mais rend exigible le droit de transcription quand elle a pour objet un immeuble. — Cass., 28 nov. 1848, Sinéty, [S. 49.1.119, P. 49.1.120, D. 48.1.353]; — 25 avr. 1849, Colbert, [S. 49.1.440, P. 50.1.35, D. 49.1.107]

1135. — ... Alors même que le legs grevé de substitution deviendrait caduc par suite de l'insuffisance de la succession pour l'acquittement des autres legs. — Cass., 2 janv. 1850, Tison, [S. 50.1.142, P. 50.1.178, D. 50.1.11]

1136. — Il a même été jugé que le testament par lequel l'usufruitier de capitaux grevés de substitution a légué des immeubles au nu propriétaire, en remploi ou pour tenir lieu des capitaux substitués, est passible du droit de transcription, comme étant le complément d'un acte de substitution. — Cass., 10 août 1852, Gaillard, [S. 52.1.716, P. 53.1.549, D. 52.1.212]

1137. — Le droit de transcription est encore dû lors de l'enregistrement d'un partage testamentaire dont l'un des lots est grevé de substitution à concurrence de la quotité disponible. — Trib. Senlis, 12 juin 1838, [*J. Enreg.*, n. 12258 ; *J. Not.*, n. 10407] — Le droit doit être liquidé exclusivement sur la valeur des immeubles substitués. — Même jugement. — Sol. rég., 28 juill. 1899, [*Rev. Enreg.*, n. 2457]

1138. — Jugé, en ce sens, que le testament contenant legs de tous ses biens par un mari commun en biens, à charge de substitution, rend exigible le droit de transcription sur le montant des reprises à imputer sur les immeubles de communauté, qui représentent une valeur immobilière. — Trib. Lille, 27 nov. 1874, [*Rép. pér.*, n. 3984]

1139. — Le droit serait dû alors même que les immeubles auraient été aliénés par le légataire, attendu que, par l'effet de

la substitution, les aliénations consenties par le grevé sont sans effet. — Trib. Seine, 18 juin 1840, [*J. Enreg.*, n. 12550; *J. Not.*, n. 10809]

1140. — Le droit de transcription est liquidé sur le capital du revenu des immeubles compris dans le legs grevé de substitution, et non sur la valeur vénale de ces immeubles. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Substitution*, n. 94.

1141. — Lorsque la substitution a pour objet des actions de la Banque de France, le droit est dû non sur leur valeur au cours de la Bourse, mais sur le revenu des titres capitalisé par 20. — Trib. Seine, 11 avr. 1874, [*J. Enreg.*, n. 19475; *Rép. pér.*, n. 3969; *Rev. Not.*, n. 4622]

1142. — Lorsque la substitution porte sur une nue propriété, la valeur de cette nue propriété est déterminée d'après l'âge de l'usufruitier, conformément à la règle tracée par l'art. 13-2°, L. 25 févr. 1901. — Sol. rég., 4 sept. 1902, [Inst. Enreg., n. 3099, § 11; *Rev. Enreg.*, n. 3242]

1143. — Le notaire qui reçoit en dépôt un testament olographe contenant substitution est tenu de faire enregistrer ce testament et de faire l'avance des droits. — Cass., 17 avr. 1849, Terrien, [S. 49.1.442, P. 50.1.490, D. 49.1.204]

1144. — Lorsque deux testaments identiques contiennent une même substitution, il ne peut être perçu qu'un seul droit de 1,50 p. 0/0, alors même qu'ils seraient transcrits tous les deux. — Sol. rég., 25 oct. 1893, [*J. Enreg.*, n. 24371; *Rép. pér.*, n. 8300]

1145. — Un complément de droit de transcription peut être perçu sur l'acte de partage qui détermine les immeubles substitués, alors que le testament contenant la substitution a été enregistré précédemment : le partage est en effet soumis lui-même à la transcription. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Substitution*, n. 101.

1146. — La Régie peut faire la preuve par tous les moyens en son pouvoir de l'insuffisance d'évaluation commise lors de l'enregistrement du testament et, le cas échéant, réclamer sur ce testament un supplément de droit. — Sol. rég., 16 déc. 1876 et 31 mai 1888.

1147. — Mais le droit de transcription reste une taxe de publicité, et ne peut être majoré d'un droit en sus ni pour enregistrement tardif du testament, ni pour insuffisance d'évaluation du revenu des immeubles substitués. — Sol. rég., 27 nov. 1867, [*Rép. pér.*, n. 2606] — V. *J. Enreg.*, n. 18446-1°.

1148. — Le testament qui contient une substitution prohibée n'en est pas moins soumis au droit de transcription (V. *suprà*, n. 1128). Mais il n'en est ainsi que si ce testament n'a pas été annulé judiciairement avant la perception. — Cass., 28 janv. 1890, Hirou, [S. 90.1.225, P. 90.1.535, D. 90.1.178] — Sol. rég., 25 août 1894.

1149. — La renonciation du grevé, la révocation du testament mettent également obstacle à la perception, et le droit de transcription qui serait perçu sur un testament révoqué ou contenant une substitution devenue caduque devrait être restitué. — Sol. rég., 22 avr. 1836, [Inst. Enreg., n. 1528, § 14]

1150. — Lorsque le legs grevé de substitution dépasse la quotité disponible les héritiers peuvent en demander la réduction, et si, dans l'acte de dépôt du testament, ils annoncent leur intention de demander cette réduction, le droit de 1,50 p. 0/0 ne doit être perçu que sur la quotité disponible. — Trib. Rouen, 25 août 1864, [*Rép. pér.*, n. 2076]

1151. — Si les héritiers ne manifestent pas cette intention avant l'enregistrement, le droit perçu sur la totalité des biens substitués ne peut plus être restitué ultérieurement, alors même que la libéralité serait effectivement réduite au disponible : la perception a en effet été régulièrement effectuée et l'art. 60, L. 22 frim. an VII, s'oppose à toute restitution postérieure.

1152. — Il a cependant été décidé que si l'évaluation du revenu des immeubles substitués avait été fournie par notaire, sans qu'il se fût porté fort pour les parties, celles-ci pourraient, en régularisant cette évaluation, demander la réduction à la quotité disponible : la perception faite primitivement ne peut, en effet, être considérée comme régulière. — Sol. rég., 9 nov. 1892, [*Rev. Enreg.*, n. 337]

1153. — Lorsque la substitution a pour objet des valeurs mobilières, le droit de transcription n'est pas dû. Lorsqu'elle a pour objet une somme à prendre sur des immeubles ou à employer en immeubles, le droit de transcription est dû, ou ne l'est pas, suivant que la substitution porte sur une valeur à prendre sur des immeubles héréditaires, ou sur une somme en numéraire : la question est toute d'interprétation.

1154. — D'un autre côté, si le legs grevé de substitution avait pour objet des meubles et des immeubles, le droit ne pourrait être perçu dans le cas où un partage attribuerait au grevé exclusivement des valeurs mobilières. Mais si la perception était *antérieure* au partage, aucune restitution ne serait possible, en vertu de l'art. 60, L. 22 frim. an VII. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 115 et 116.

1155. — Le droit de transcription perçu lors de l'enregistrement sur un testament qui n'est pas de nature à être transcrit est restituable ; cependant si, en fait, la formalité de la transcription avait eu lieu, le droit serait acquis à l'Etat.

1156. — Le grevé doit l'impôt de mutation à raison de la transmission qui s'opère sur sa tête, et ce droit est liquidé sur la pleine propriété des biens transmis, au taux fixé pour le degré de parenté existant entre le grevé et le disposant. — Sol. rég., 5 juill. 1897, [*Rev. Enreg.*, n. 1588; *Rép. pér.*, n. 9179] — Le droit exigible est celui de mutation entre-vifs ou celui de mutation par décès, suivant que la substitution est contenue dans une donation entre-vifs ou dans une disposition testamentaire.

1157. — Le droit de transcription perçu sur le testament et le droit de mutation par décès dû par le grevé sont deux droits de nature absolument distincte et le premier ne peut être imputé sur le second. — Cass., 25 avr. 1849, Colbert, [S. 49.1.440, P. 50.1.35, D. 49.1.107] — Trib. Coulommiers, 9 oct. 1837, [*J. Not.*, n. 11485] — Trib. Chartres, 25 janv. 1845, [*J. Enreg.*, n. 13697-6°; *J. Not.*, n. 12308] — Trib. Yvetot, 4 déc. 1846, [*J. Enreg.*, n. 14136; *J. Not.*, n. 12936] — Trib. Saint-Omer, 24 déc. 1847, [*J. Not.*, n. 13283] — *Contrà*, Demante, t. 2, p. 455.

§ 2. *Actes postérieurs à la substitution.*

1158. — Les actes faits par le grevé sont soumis aux mêmes perceptions que les actes émanés d'un propriétaire pur et simple.

1159. — Lorsqu'une partie seulement d'un legs est grevée de substitution, le légataire a intérêt à faire déterminer les biens sur lesquels porte la substitution. L'acte dressé à cet effet n'a pas le caractère d'un partage, attendu qu'aucune indivision n'existe entre le grevé et les appelés : cet acte n'est en conséquence assujetti qu'au droit fixe (Sol. rég., 16 août 1882). Il en serait de même de l'acte faisant porter la charge de substitution sur des biens propres au grevé, en dégrevant d'autant les biens dépendant de la succession du disposant ; mais un pareil cas donnerait ouverture au droit de transcription si les biens affectés consistaient en immeubles, car il serait alors de nature à être transcrit. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *Substitution*, n. 129 et 130.

1160. — Lorsque le grevé se rend adjudicataire des immeubles grevés de substitution et reporte sur le prix la charge de restitution, le droit de mutation à titre onéreux n'est pas dû, puisque le grevé était déjà propriétaire de ces immeubles, mais le droit de transcription est exigible, car l'acte est de nature à être transcrit : il est indispensable en effet que les tiers soient prévenus que le grevé est devenu propriétaire incommutable des biens dont il s'agit et qu'il peut concéder sur ces biens des droits réels non résolubles. — V. *J. Enreg.*, n. 22279; *Rép. pér.*, n. 6324.

1161. — Il importerait peu d'ailleurs que la charge de substitution portât sur la totalité des immeubles donnés ou légués, ou seulement sur une partie de ces immeubles. Il a été jugé, en ce sens, que le droit de transcription est dû sur l'acte ou le jugement qui adjuge des immeubles de la succession du disposant à l'héritier unique de ce dernier, légataire de la quotité disponible à charge de restitution. On ne peut en effet soutenir, comme on l'a fait cependant, que cet acte a pour résultat de mettre fin à une indivision entre le grevé et les appelés, et qu'il présente ainsi les caractères d'une licitation, affranchie du droit de transcription en vertu de l'art. 1, n. 4, L. 23 mars 1855 : nous avons vu en effet qu'il n'y a aucune indivision entre le grevé, propriétaire actuel, et les appelés, dont le droit n'est qu'éventuel. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 133; Testoud, *Rev. crit.*, 188[illegible], p. 153; Labbé, *Rev. crit.*, 1885, p. 344. — V. Cass., 18 mars 1884, Nores, [S. 84.1.345, P. 84.1.836, D. 84.1.419] ; — 7 avr. 1886, Duberiret, [S. 86.1.484, P. 86.1181, D. 87.1.220] — Trib. Seine, 17 mars 1865, Auditret, [D. 66.3.440] — Trib. Nantes, 12 juin 1873, Querbez, [D. 75.3.55] — Trib. Pont-l'Évêque, 14 avr. 1874,

[*Rép. pér.*, n. 3882; *J. Enreg.*, n. 19558; *J. Not.*, n. 21117] — Trib. Seine, 22 juin 1883, sous Cass., 18 mars 1884, précité]; — 22 juill. 1883, De la Roque, [*J. Enreg.*, n. 22271; *Rép. pér.*, n. 6216]; — 28 nov. 1884, Boland, [D. 85.5.465]; — 23 janv. 1885, Muzard-Dubertret, [*Rép. pér.*, n. 6472; *J. Enreg.*, n. 22654] — *Contra*, Trib. Seine, 23 juin 1900, [*Rev. Enreg.*, n. 2525] — Demante, note sous Cass., 18 mars 1884, précité, [S. et P. *loc. cit.*]

1162. — Lorsque l'adjudication a lieu en justice ou devant un notaire commis, le droit de 0,25 p. 0/0 est exigible, si le prix atteint ou dépasse 2,000 fr. (L. 26 janv. 1892, art. 15).

1163. — Dans une espèce où l'adjudication au profit du grevé laissait subsister la charge de substitution sur les immeubles eux-mêmes, et ne modifiait que la mesure de cette charge, le tribunal de Rouen a décidé que le droit de transcription n'était pas dû, car la transcription n'offrait aucune utilité. — Trib. Rouen, 8 mars 1894.

1164. — Mais si les immeubles grevés étaient réellement indivis entre le grevé et d'autres personnes (qui pourraient être les appelés), la licitation, faisant cesser l'indivision, serait affranchie du droit de transcription, alors même qu'elle serait prononcée au profit du grevé. Ainsi décidé dans un cas où le testateur, laissant deux héritiers, avait légué à l'un d'eux la moitié de ses biens à charge de conserver et de rendre la quotité disponible, et où le grevé s'était rendu adjudicataire d'un immeuble dépendant de la succession. — Sol. rég., 27 mai 1867, [*J. Enreg.*, n. 19273; *Rép. pér.*, n. 3674]

1165. — Il a été décidé également que le droit de transcription n'était pas dû dans le cas suivant : une mère ayant institué ses quatre enfants légataires universels, avec stipulation que la part de l'un d'eux serait grevée de substitution au profit des enfants de celui-ci, une licitation des immeubles héréditaires intervient entre les héritiers, et le grevé est déclaré adjudicataire : si un partage judiciaire attribue à cet héritier son prix d'adjudication et, en outre, affecte à la substitution des rentes et créances, la licitation et le partage présentés simultanément à l'enregistrement ne donnent pas ouverture au droit de transcription. — Sol. rég., 1er mars 1880.

1166. — Le droit fixe est seul exigible sur l'acte par lequel le grevé reconnait avoir dissipé une somme comprise dans la substitution, et donne au tuteur de la substitution le droit de toucher les loyers d'un immeuble et de les capitaliser jusqu'à ce que la somme dissipée ait été reconstituée. Cette convention ne constitue, en effet, ni une reconnaissance de dette, ni une antichrèse. — Sol. rég., 18 juill. 1876, [*J. Enreg.*, n. 20197; *Rép. pér.*, n. 4594]

1167. — La transaction intervenue entre le grevé et le tuteur à la substitution, et portant qu'une somme égale à la valeur *nette* de la quotité substituée sera employée à l'achat d'une rente sur l'Etat immatriculée au nom du grevé pour l'usufruit, et de la substitution pour la nue propriété, rend exigible le droit de transcription sur la valeur imposable de la quotité substituée. — Sol. rég., 30 août 1893.

1168. — Les appelés ne doivent aucun droit au moment de la donation ou lors du décès de l'auteur du testament contenant la substitution. — Sol. rég., 26 août 1814, [*J. Enreg.*, n. 7097; *J. Not.*, art. 1344]

1169. — Mais le droit des appelés, quoique éventuel, n'en existe pas moins et peut être cédé, hypothéqué, etc. (V. *suprà*, n. 1043), il peut faire l'objet d'un apport en mariage, et le droit de 0,10 p. 0/0 est perçu d'après une déclaration estimative des parties.

1170. — Le décès des appelés avant le grevé rend la substitution caduque. Il en est de même de leur renonciation, qui peut intervenir *avant* l'ouverture de la substitution ; mais dans ce dernier cas la renonciation constitue une donation entre-vifs, sujette aux formalités particulières aux donations, notamment à la transcription : elle est en conséquence passible du droit de 1,50 p. 0/0. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Substitution*, n. 147 et 148. — V. *suprà*, n. 1044.

§ 3. *Ouverture de la substitution.*

1171. — La substitution peut s'ouvrir soit par la mort du grevé, soit par l'arrivée du terme ou de la condition fixé par le disposant. Le droit de propriété du grevé s'éteint lors de l'événement prévu, mais sans rétroactivité, et la transmission s'opère de la tête du grevé sur celle des appelés. Ceux-ci sont redevables d'un droit de mutation à titre gratuit entre-vifs ou par décès suivant que la transmission a lieu du vivant du grevé ou par suite de son décès, au taux fixé d'après le degré de parenté qui les unissait au grevé, — et d'après la valeur imposable des biens au moment de l'ouverture de la substitution. — Cass., 11 déc. 1860, Bardet, [S. 61.1.185, P. 61.361, D. 61.1.25]; — 5 mars 1866, De Neufbourg, [S. 66.1.122, P. 66.297, D. 66.1.123] — *Dict. Enreg.*, v° *Substitution*, n. 131 ; Championnière et Rigaud, t. 3, n. [illegible]; Demante, t. 2, n. 743; Naquet, t. 2, n. [illegible].

1172. — Il importerait peu d'ailleurs qu'il s'agît d'une substitution prohibée : les règles ci-dessus n'en seraient pas moins applicables.

1173. — Le grevé peut, aux termes de l'art. 1053, C. civ., remettre aux appelés les biens compris dans la substitution avant le terme ou l'événement de la condition fixés par le disposant ; cette transmission donne ouverture au droit de donation entre-vifs, lorsque le grevé n'en retire aucun avantage. — Trib. Melun, 22 févr. 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2722] — Sol. rég., 28 oct. 1834, [*J. Not.*, art. 8695; Inst. Enreg., n. 1481-3°]

1174. — Le jugement qui prononce la déchéance du grevé, lorsque celui-ci a omis de faire nommer un tuteur à la substitution (V. *suprà*, n. 846 et s.), et qui transmet les biens substitués aux appelés est passible du droit de mutation *à titre onéreux*, car on ne peut assimiler cette transmission, qui se produit contrairement à la volonté du grevé, à une donation de celui-ci aux appelés. Cette déchéance a été assimilée à la résolution d'une donation pour inexécution des conditions, et le même tarif a été déclaré applicable. Au droit de mutation à titre onéreux doit d'ailleurs s'ajouter le droit de transcription, car le jugement de déchéance est translatif de propriété. — Sol. rég., 26 mars 1881, et 7 déc. 1883. — Maguéro, *Tr. alph.*, v° *cit.*, n. 156.

1175. — C'est encore le droit de mutation à titre onéreux qui est exigible lorsque la libéralité faite au profit du grevé est révoquée, conformément aux art. 954, 955 et 1046, C. civ.

1176. — Les actes emportant transmission des biens substitués aux appelés *avant* l'ouverture de la substitution, donnent ouverture aux droits fixés par la nature de la convention qui intervient entre les parties : droit de donation, s'il s'agit d'une libéralité. — Trib. Montmorillon, 21 janv. 1880. — Sol. rég., 17 janv. 1879, reproduite au *Tr. alph.*, *v° cit.*, n. 159 ; — droit de 1,70 0/0, s'il s'agit d'un partage d'ascendant.

1177. — La cession par l'appelé au grevé de son droit éventuel éteint la charge de restitution : elle est passible du droit de mutation à titre onéreux.

1178. — La transaction qui intervient sur un testament sur la question de savoir s'il contient une substitution prohibée ne peut donner ouverture au droit de mutation, si la transaction interprète les clauses du testament dans le sens qui les rend valables. Dans cette hypothèse la transaction devrait même servir de base à la perception du droit de mutation par décès, et la Régie devrait suivre l'interprétation des parties d'après laquelle le testament contiendrait non une substitution prohibée, mais un legs de nue propriété et d'usufruit. — Maguéro, *Tr. alph.*, *v° cit.*, n. 162 et 163.

1179. — La renonciation des appelés *après* l'ouverture de la substitution est purement extinctive et ne donne ouverture qu'au droit fixe : les biens rentrent alors dans la succession du grevé. Si au contraire les appelés ne renonçaient qu'après avoir accepté, leur renonciation serait translative, et les droits devraient être perçus en conséquence.

§ 4. *Dispositions diverses se rapprochant de la substitution.*

1180. — Il est parfois très difficile de discerner si une clause d'une donation ou d'un testament constitue ou non une substitution. La question est toute de fait, et les juges ont sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation (V. *suprà*, n. 582 et s.). Il appartient d'ailleurs à celui qui prétend que l'acte contient une substitution à en faire la preuve : la Régie qui réclame un droit de transcription ou un droit de mutation exigible par suite de substitution, doit donc prouver que cette substitution existe.

1181. — La clause de retour stipulée dans une donation ou un testament au profit des héritiers du disposant constitue le plus souvent une substitution. Il a été décidé, en conséquence, qu'un legs universel renferme une substitution prohibée lorsqu'il

est accompagné d'une clause portant qu'au décès du légataire les immeubles compris dans le legs retourneront aux enfants de son frère. — Sol. rég., 9 juill. 1877.

1182. — Même décision au sujet d'un legs portant que si le légataire décède sans enfants, les biens retourneront à des personnes désignées : si l'événement prévu se réalise un droit de mutation par décès est dû par les appelés. — Sol. rég., 26 mars 1878, reproduite au *Traité alph.*, v° *cit.*, n. 182. — *Rev. Enreg.*, n. 3203.

1183. — Nous avons dit que la *fiducie* est la disposition par laquelle une personne instituée légataire, pour la forme seulement, est chargée de conserver en dépôt les biens légués et de les remettre à un moment donné au véritable institué (V. *suprà*, n. 357 et s.). Elle ne rend exigible qu'un droit de mutation, à raison de la transmission qui s'opère de l'instituant à l'institué. — Déc. min. Fin., 18 avr. 1819, [*J. Enreg.*, n. 6391] — Championnière et Rigaud, n. 2460. — La remise faite au grevé est à considérer comme ne constituant qu'un simple mandat. — *J. Enreg.*, n. 7206.

1184. — Le legs ou la donation fait avec défense d'aliéner ne contient substitution que si cette défense est faite dans l'intérêt d'un tiers désigné. — Trib. Lyon, 12 juin 1885. — Trib. Rennes, 19 mars 1902, [*Rev. Enreg.*, n. 3162] — Sol. rég., 31 mars 1880.

1185. — Le *legs conditionnel* offre avec la substitution la plus grande analogie. Toutefois, le premier n'opère qu'une transmission, la condition accomplie rétroagissant au jour du décès du testateur, et une seule mutation s'opère du testateur au second gratifié; c'est donc au moment du décès qu'il faut s'attacher pour savoir si l'appelé est capable de recueillir la libéralité. On verra plus facilement un legs conditionnel qu'une substitution dans une libéralité faite à une personne sous condition suspensive ou résolutoire, et à une autre personne sous la condition inverse, lorsque les deux gratifiés sont capables de recevoir du testateur. Si, au contraire, la capacité ou même l'existence du second gratifié ne doivent être recherchées qu'au décès du premier gratifié, on doit décider qu'il y a substitution.

1186. — Il a été décidé, par application de ces principes, que le droit de transcription n'est pas dû sur un testament contenant legs au profit du testateur de la quotité disponible, « à condition qu'il atteigne sa majorité », et, pour le cas contraire, legs de cette même quotité à la mère du premier légataire. — Sol. rég., 27 nov. 1880. — Trib. Lyon, 30 juin 1876, sous Lyon, 30 juin 1876, Moucheroux, [S. 76.2.324, P. 76.1246]

1187. — Au contraire, le droit de transcription est dû sur le testament par lequel le disposant institue sa nièce, mineure, légataire universelle, « à la condition que si elle vient à décéder avant l'âge voulu par la loi pour pouvoir tester », tous les héritiers légitimes du testateur soient substitués à sa nièce. Cette clause contient, en effet, une substitution. — Sol. rég., décembre 1871, 12 mai 1877.

1188. — Mais on doit voir un legs pur et simple d'usufruit et un legs de nue propriété sous condition résolutoire dans la disposition suivante : « Je lègue l'usufruit de mes biens à Paul. Je lui lègue la nue propriété des mêmes biens s'il se marie et s'il existe des enfants ou descendants de lui à son décès; dans le cas où cette double condition suspensive ne se réaliserait pas, je lègue la nue propriété de mes biens à Pierre ». Pierre est légataire de la nue propriété sous la condition résolutoire de l'existence d'enfants de Paul au décès de celui-ci. — Trib. Bayonne, 6 avr. 1880, [*J. Enreg.*, n. 21431; *Rép. pér.*, n. 5660; *J. Not.*, art. 22483] — Sol. rég., 25 janv. 1877, [*J. Enreg.*, n. 20257]

1189. — On ne peut voir une substitution ni dans la disposition qui lègue l'usufruit à une personne, et la nue propriété à une autre, — ni dans un legs conjoint d'usufruit, — ni dans le legs de deux usufruits successifs, car le droit du premier usufruitier s'éteignant avec lui, celui-ci ne transmet rien au second gratifié. Le droit de transcription n'est donc pas exigible sur la disposition par laquelle un testateur donne aux enfants légitimes de son fils la nue propriété des immeubles dont l'usufruitier est donné à sa femme, au décès de celle-ci, son fils devant avoir l'usufruit desdits immeubles. — Sol. rég., juillet 1879.

1190. — En résumé, les dispositions qui peuvent être considérées soit comme des substitutions, soit au contraire comme des libéralités permises, sont interprétées en droit fiscal de la même manière qu'en droit civil. Ajoutons que la Régie conteste très-rarement l'interprétation, quelle qu'elle soit, qui a été adoptée par les parties.

1191. — Remarquons enfin que la substitution *vulgaire*, par laquelle une personne est appelée à bénéficier de la libéralité, au cas où la personne appelée en premier lieu ne pourrait ou ne voudrait en profiter (V. *suprà*, n. 58 et s.), n'est pas soumise aux règles que nous avons étudiées ci-dessus et qui ne s'appliquent qu'à la substitution fidéicommissaire. Dans la substitution vulgaire, il ne peut y avoir qu'un seul gratifié : un seul droit de mutation peut donc être exigible, et une pareille clause ne donne pas lieu à la perception du droit de transcription sur le testament qui la contient.

§ 5. *Legs* de eo quod supererit.

1192. — Le testament contenant un legs *de eo quod supererit* n'est pas assujetti au droit de transcription, attendu que cette disposition ne peut être assimilée à une substitution (V. *suprà*, n. 519 et s.). Le premier gratifié doit seul le droit de mutation par décès, et il le doit sur la pleine propriété des biens légués. Cette règle devrait être appliquée alors même que, sous prétexte d'interprétation du legs dont les termes sont très-clairs, le premier légataire et les institués en second ordre procéderaient à un partage des biens. — Sol. rég., 19 mai 1892.

1193. — Au décès du premier légataire, les institués en second ordre doivent un nouveau droit de mutation sur les biens qu'ils recueillent, sans imputation du droit payé par le premier légataire. Il s'opère, en effet, une seconde mutation des mêmes biens, les droits du premier gratifié ne se trouvant nullement résolus rétroactivement par suite de son décès. — Trib. Bourganeuf, 14 avr. 1859, [*J. Enreg.*, n. 16934; *Rép. pér.*, n. 1188] — Trib. Foix, 4 mars 1867, [*J. Enreg.*, n. 18408] — Trib. Arcis-sur-Aube, 8 juill. 1875, [*J. Enreg.*, n. 19957; *J. Not.*, art. 21479; *Rép. pér.*, n. 4322] — Sol. rég., 26 mars 1901, [*Rev. Enreg.*, n. 2721] — V. aussi Cass., 1er juill. 1868, Fonquernie, [S. 69.1.230, P.69.543, D. 69.1.105] — *Contrà*, *J. Enreg.*, n. 23056-VI. — Trib. Les Sables-d'Olonne, 19 oct. 1897, [*J. Enreg.*, n. 25406; *Rép. pér.*, n. 9199] — Naquet, t. 2, n. 864.

1194. — Plusieurs solutions de la Régie ont décidé que le droit dû par les institués en second ordre devait être perçu d'après le tarif en vigueur au jour du décès du testateur, au taux fixé par le degré de parenté du testateur avec ceux des institués qui existaient au moment de son décès, et d'après les valeurs des biens à cette époque. — Sol. rég., 18 juin 1864, [*Rép. pér.*, n. 1957]; — 1er sept. 1882, [*Rép. pér.*, n. 6027] — Cass., 1er juill. 1868, précité. — Trib. Bourganeuf, 14 avr. 1859, précité. — Trib. Foix, 4 mars 1867, précité. — Trib. Arcis-sur-Aube, 8 juill. 1875, précité.

1195. — Mais ces décisions ont été contestées. Quoique tenant les biens du testateur, les institués reçoivent ces biens du premier légataire dont la propriété ne se trouve pas résolue. Dans ces conditions, dit-on, le droit de mutation doit être liquidé d'après le tarif et la loi en vigueur au décès du premier légataire, au taux fixé par le degré de parenté existant entre ce légataire et ceux qui recueillent le *quod supererit*, et sur la valeur des biens à l'époque de la transmission. — Maguéro, *Traité alph.*, v° *Substitution*, n. 231.

1196. — Le tribunal de la Seine a rendu, le 7 déc. 1901 (*Rev. Enreg.*, n. 2927), un jugement absolument contraire à ces principes et d'après lequel le legs *de eo quod supererit* doit être considéré comme un legs conditionnel. Lorsque le testateur, — porte ce jugement, — lègue tous ses biens à un premier institué en stipulant que, à la mort de celui-ci, ce qui subsistera desdits biens sera dévolu à un second institué, cette disposition constitue non une substitution, mais un legs *de eo quod supererit*. Un tel legs constitue une transmission unique consentie à deux bénéficiaires, à savoir : au premier institué, sous la condition résolutoire de son décès et de la conservation des biens légués entre ses mains; au second institué, sous la condition suspensive correspondante. Il en résulte que cette transmission ne doit donner lieu qu'à un seul droit de succession. Arrivant le décès du premier institué, la libéralité qui lui a été consentie est censée n'avoir jamais eu lieu, en tant qu'elle porte sur les biens légués encore subsistants, et le second institué est censé tenir lesdits biens, dès l'origine, du testateur directement. Ce second légataire doit, en conséquence, acquitter les droits de mutation par décès sur les biens

qu'il recueille, en raison de sa parenté avec le testateur, et imputation faite des droits déjà payés par le premier institué sur les mêmes biens (V. les observations de la *Rev. Enreg.*, à la suite de ce jugement).

1197. — Lorsque l'institué en second ordre décède avant le premier légataire, il transmet son droit à ses propres héritiers, et ce droit doit être compris dans la déclaration de sa succession, où il fait l'objet d'une déclaration estimative. Au décès du premier légataire, le droit de mutation est dû sur le *quod superest*. — Sol rég., 13 févr. 1891, reproduite au *Tr. alph.*, *v° cit.*, n. 234.

1198. — On doit considérer comme un legs *de eo quod supererit* le legs d'usufruit contenant faculté pour le légataire de vendre les immeubles sur lesquels porte le droit d'usufruit : cette faculté implique en effet le droit de pleine propriété du légataire et non pas seulement un droit d'usufruit. — Metz, 16 févr. 1815, Bernard, [S. et P. chr.] — Trib. Foix, 27 juin 1861, [*Rép. pér.*, n. 1497]

1199. — On doit également considérer comme un legs *de residuo*, le legs par un époux à son conjoint du droit de disposer, sur les immeubles de la succession, d'une somme déterminée par voie d'emprunt. Cette disposition confère en effet au légataire un véritable droit de propriété d'une valeur indivise des immeubles de la succession du défunt, égale à la somme qu'il est autorisé à emprunter. — *J. Enreg.*, n. 23838.

CHAPITRE VII.

LÉGISLATION COMPARÉE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Section I.

Législation comparée.

§ 1. Allemagne.

1200. — Le Code civil allemand traite de la substitution vulgaire (*Ersatzerbeinsetzung*) et de la substitution fidéicommissaire (*Nacherbfolge*).

1201. — A. *Substitution vulgaire.* — Le testateur a le droit d'instituer une autre personne comme héritier (*Ersatzerbe*) pour le cas où la première instituée viendrait à défaillir avant ou après l'ouverture de la succession (§ 2096).

1202. — Lorsqu'on a été institué subsidiairement héritier pour le cas où celui qui est appelé en première ligne ne peut pas être héritier ou pour le cas où il ne veut pas l'être, il doit être admis, dans le doute, qu'on l'a été pour les deux cas (§ 2097).

1203. — Lorsque des héritiers ont été substitués réciproquement les uns aux autres ou que les uns sont substitués ensemble à un autre, il doit être admis, dans le doute, que la substitution doit leur profiter en raison de leurs parts héréditaires. En cas de substitution réciproque, les héritiers institués en commun pour une part priment les autres pour cette part (§ 2098).

1204. — Le droit de substitution prime le droit d'accroissement (§ 2099).

1205. — B. *Substitution fidéicommissaire.* — Le testateur peut instituer un héritier de telle façon que cet héritier ne recueille la succession qu'après une autre personne, instituée en première ligne. Le second héritier ainsi institué, qu'on appelle en français « héritier appelé », est désigné dans le droit allemand sous le nom de *Nacherbe*, héritier ultérieur (§ 2100). Les substitutions fidéicommissaires sont autorisées par le nouveau Code, non plus, comme dans diverses législations antérieures, pour un nombre déterminé de générations, mais pour une durée *maxima* de trente ans, de telle sorte que, si, dans cette période, le cas ne s'est pas présenté pour l'appelé de recueillir la succession, la substitution devient caduque, du moins en règle générale.

1206. — Lorsque la personne instituée héritière n'est pas encore conçue au moment de l'ouverture de la succession, elle est considérée comme un héritier appelé, à moins que le testateur n'ait manifesté une volonté contraire; auquel cas l'institution est caduque. Il en est de même de l'institution d'une personne juridique qui n'acquiert une existence légale que postérieurement à l'ouverture de la succession (§ 2101) ; on sait que celles qui, à ce moment, existent déjà, peuvent être instituées héritières, soit simples, soit fiduciaires ou appelées, et recevoir des legs.

1207. — La substitution fidéicommissaire implique de plein droit une substitution vulgaire. S'il est douteux qu'une substitution soit fidéicommissaire ou vulgaire, elle est réputée simplement vulgaire (§ 2102).

1208. — Lorsque le testateur a ordonné que l'héritier se dessaisisse, dans un cas donné ou au bout d'un certain laps de temps, de la succession en faveur d'un tiers, ce tiers est réputé héritier appelé (§ 2103).

1209. — Si le testateur a ordonné que l'héritier ne conserve cette qualité que jusqu'à l'arrivée d'un terme ou d'un événement déterminé, mais sans indiquer qui doit alors recueillir la succession, on doit considérer comme héritiers appelés ceux qui seraient les héritiers légitimes du testateur au cas où il serait mort à l'arrivée du terme ou de l'événement. Le fisc ne compte pas parmi les héritiers légitimes dans le sens de cette disposition (§ 2104).

1210. — Si le testateur a ordonné que l'héritier institué ne recueille la succession qu'à l'arrivée d'un terme ou d'un événement déterminé, sans préciser qui doit être héritier dans l'intervalle, ce sont ses héritiers légitimes qui sont réputés être les fiduciaires (§ 2105, al. 1).

1211. — Il en est de même lorsque la personnalité de l'héritier ne doit être déterminée que par un événement postérieur à l'ouverture de la succession, ou que l'institution d'une personne non encore conçue lors de l'ouverture ou d'une personne juridique non encore existante doit être considérée comme une substitution fidéicommissaire d'après le § 2101 (al. 2).

1212. — Si le testateur a appelé un héritier en seconde ligne, sans préciser le temps ou l'événement auquel est subordonnée la substitution, c'est au décès de l'héritier fiduciaire que la succession échoit à l'héritier appelé; lorsque l'institution d'une personne non conçue doit, d'après le § 2101, al. 1, être considérée comme une substitution, la succession échoit à cette personne dès le moment de sa naissance; s'il s'agit d'une personne morale, d'après le 2[e] al. du même paragraphe, la succession lui échoit dès qu'elle a une existence légale (§ 2106).

1213. — Lorsque le testateur a substitué un tiers à un descendant qui, lors de la confection du testament, n'avait pas de postérité, du moins à la connaissance du testateur, on doit admettre que la substitution ne vaut qu'autant que le descendant meurt sans laisser de postérité (§ 2107).

1214. — Conformément à la règle posée au § 1923, l'héritier appelé ne peut recueillir la succession qu'autant qu'il est en vie au moment où la substitution peut devenir effective ; s'il meurt auparavant, son droit passe à ses propres héritiers, s'il n'y a pas lieu de croire à une intention contraire de la part du testateur. Lorsque l'héritier appelé a été institué sous une condition suspensive, il faut, conformément au § 2074, que, pour pouvoir recueillir la succession, il soit en vie au moment où la condition s'accomplit (§ 2108).

1215. — La substitution fidéicommissaire devient caduque si elle n'a pas pu produire son effet avant l'expiration d'un laps de trente ans. Elle reste toutefois efficace, même après trente ans : 1° lorsqu'elle a été ordonnée pour le cas où un événement déterminé se produirait dans la personne de l'héritier, soit fiduciaire, soit appelé, et que l'héritier dont il s'agit vit à l'époque de l'ouverture de la succession; 2° lorsque, pour le cas où l'héritier, soit fiduciaire, soit appelé, aurait ultérieurement un frère ou une sœur, ce frère ou cette sœur lui est substitué. Quand l'héritier, fiduciaire ou appelé, en la personne de qui un événement doit se produire est une personne juridique, on s'en tient au laps de trente ans (§ 2109).

1216. — Le droit de l'héritier appelé s'étend, dans le doute, à une part héréditaire échue à l'héritier fiduciaire en suite de la disparition d'un cohéritier, mais non à un préciput attribué au fiduciaire (§ 2110).

1217. — Appartient à la succession ce que l'héritier fiduciaire acquiert en vertu d'un droit dépendant de la succession, ou en compensation de la destruction, de la détérioration ou de la soustraction d'un objet héréditaire, ou en suite d'une opération faite avec les deniers de la succession; et, en outre, ce qu'il a incorporé à l'inventaire d'un immeuble héréditaire (§ 2111

1218.—L'héritier fiduciaire a le droit de disposer des objets dépendant de la succession, sous réserve des trois paragraphes suivants (§ 2112).

1219. — La disposition que l'héritier fiduciaire a faite d'un immeuble ou d'un droit immobilier appartenant à la succession, est sans effet, dans le cas où la substitution a lieu, dans la mesure où elle mettrait à néant le droit de l'appelé ou y porterait atteinte. Il en est de même d'une disposition portant sur un objet héréditaire et faite à titre gratuit ou en vue d'accomplir une promesse de donation du fiduciaire, abstraction faite des donations dictées par un devoir de piété ou de convenance (§ 2113).

1220. — Lorsqu'une créance hypothécaire, une dette foncière ou une rente foncière appartient à la succession, l'héritier fiduciaire a qualité pour la dénoncer et la percevoir. Toutefois, il peut seulement demander que le capital lui soit versé après justification du consentement de l'appelé, ou qu'il soit consigné pour lui et pour l'appelé. Les règles posées au § 2113 sont applicables aux autres dispositions portant sur une créance hypothécaire, une dette foncière ou une rente foncière (§ 2114).

1221. — Une disposition portant sur un objet héréditaire, qui a lieu par voie d'exécution forcée, en suite d'une saisie ou par un syndic de faillite, est sans effet, dans le cas où la substitution a lieu, dans la mesure où elle mettrait à néant le droit de l'appelé ou y porterait atteinte. Elle est absolument valable quand la prétention du créancier héréditaire ou le droit portant sur un objet héréditaire sont de ceux qui, après que la substitution a eu lieu, pourraient être valablement invoqués contre l'appelé (§ 2115).

1222. — Sur la demande de l'appelé, le fiduciaire est tenu de consigner dans une caisse de dépôts ou à la Banque impériale les papiers au porteur appartenant à la succession, ainsi que leurs talons (*Erneuerungsscheine*), avec la mention que la restitution ne pourra en avoir lieu que du consentement de l'appelé. La consignation de papiers au porteur rentrant, d'après le § 92, dans la catégorie des choses fongibles, et celle de coupons d'intérêts, de rente ou de dividende, ne peut pas être demandée. Sont assimilés aux papiers au porteur, les billets à ordre munis d'un endossement en blanc. Quand des papiers ont été consignés, le fiduciaire ne peut en disposer que du consentement de l'appelé (§ 2116).

1223. — Au lieu de consigner les papiers au porteur conformément au § 2116, le fiduciaire peut les faire inscrire à son nom, avec la mention qu'il n'a le droit d'en disposer que du consentement de l'appelé. Lorsqu'il s'agit de papiers émis par l'Empire ou par l'un des Etats confédérés, il peut, moyennant la même mention, les faire convertir en créances inscrites (*Buchforderungen*) contre l'Empire ou ledit Etat (§ 2117).

1224. — Lorsqu'il y a, dans une succession, de ces créances inscrites contre l'Empire ou un Etat confédéré, le fiduciaire est tenu, sur la demande de l'appelé, de faire mentionner sur le registre qu'il ne peut disposer de la créance que du consentement de ce dernier (§ 2118).

1225. — L'argent qui, d'après les principes d'une bonne administration, doit être placé, ne peut l'être par le fiduciaire que conformément aux règles relatives au placement des fonds de mineurs (§ 2119).

1226. — Lorsque, pour les besoins d'une administration régulière, notamment pour acquitter une dette de la succession, il y a lieu de faire un acte de disposition auquel le fiduciaire ne peut pas procéder seul au détriment de l'appelé, celui-ci est tenu envers le fiduciaire d'y donner son consentement, même par acte authentique s'il en est requis; mais les frais d'authentication sont à la charge du fiduciaire (§ 2120).

1227. — Sur la demande de l'appelé, le fiduciaire est tenu de lui fournir un inventaire, daté et signé de lui, des objets dépendant de la succession. S'il en est requis, il doit faire légaliser sa signature. L'appelé a le droit de demander à assister à l'inventaire. Le fiduciaire a le droit et, s'il en est requis par l'appelé, le devoir de faire dresser l'inventaire par une autorité ou un officier public à ce compétent. Les frais d'inventaire et de légalisation sont à la charge de la succession (§ 2121).

1228. — Le fiduciaire et l'appelé ont, l'un comme l'autre, le droit de faire établir à leurs frais par des experts la consistance (*Zustand*) des objets dépendant de la succession (§ 2122).

1229. — S'il y a une forêt dans la succession, ils peuvent tous deux demander que le mode et le plan d'exploitation en soient dûment arrêtés, sauf modification ultérieure le cas échéant; les frais sont à la charge de la succession. Il en est de même s'il y a dans la succession une mine ou tel autre établissement ayant pour but l'exploitation de substances faisant partie du sol (§ 2123).

1230. — L'héritier fiduciaire supporte, par rapport à l'appelé, les frais ordinaires d'entretien. Si, d'après les circonstances, il est fondé à considérer d'autres dépenses comme indispensables pour la conservation d'objets héréditaires, il peut les faire aux frais de la succession; s'il en a avancé le montant de ses deniers, l'appelé est tenu de le rembourser au moment où il recueille la succession (§ 2124).

1231. — Les dépenses faites par le fiduciaire en dehors du cas qui vient d'être indiqué ne donnent lieu à restitution par l'appelé que conformément aux principes posés en matière de gestion d'affaires. Le fiduciaire a le droit d'enlever une installation dont il a muni une chose dépendant de la succession (§ 2125).

1232. — Le fiduciaire n'a pas à supporter, par rapport à l'appelé, les charges extraordinaires qui doivent être réputées grever le fonds même (*den Stammwerth*) des objets héréditaires. On applique à ces charges la disposition inscrite dans la seconde phrase du § 2124 relativement aux dépenses conservatoires indispensables (§ 2126).

1233. — L'appelé a le droit de réclamer du fiduciaire des justifications sur la consistance actuelle de la succession, lorsqu'il a de sérieuses raisons de penser que ses droits éventuels sont compromis par la gestion du fiduciaire (§ 2127).

1234. — Si, d'après la conduite du fiduciaire ou sa mauvaise position de fortune, l'appelé a de sérieuses raisons de juger que ses droits peuvent être sensiblement lésés, il a le droit de demander des sûretés. On applique, dans ce cas, les règles posées au § 1052 pour les sûretés dues par un usufruitier (§ 2128).

1235. — Si, conformément auxdites règles, l'administration de la succession, a été enlevée au fiduciaire, il perd le droit de disposer d'objets héréditaires. On applique par analogie les règles concernant ceux qui ont acquis un droit d'une personne qui n'avait pas qualité pour le conférer. Quant aux créances héréditaires, le retrait du droit d'administration n'est opposable au débiteur qu'après qu'il en a été informé directement ou indirectement. Il en est de même de la levée du retrait (§ 2129).

1236. — Au moment où la substitution doit produire son effet, le fiduciaire est tenu de restituer la succession dans l'état que comporte une administration exercée normalement jusqu'audit moment, et de rendre ses comptes s'il en est requis (§ 2130).

1237. — En ce qui concerne l'administration, le fiduciaire n'est tenu envers l'appelé que du soin qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires (§ 2131).

1238. — Il ne répond pas des modifications ou détériorations d'objets héréditaires qui ne sont que la conséquence de l'usage normal de l'objet (§ 2132).

1239. — S'il a perçu des fruits contrairement aux règles d'une administration normale, ou s'il en a perçu trop en suite d'un événement extraordinaire qui en faisait une nécessité, il n'a droit à la valeur des fruits que dans la mesure où, par la perception anormale ou excessive, les profits qui lui appartiennent régulièrement ont été diminués et où la valeur des fruits ne doit pas être consacrée à la restauration de la chose d'après les règles d'une administration normale (§ 2133).

1240. — Le fiduciaire qui distrait à son propre profit un objet de la succession, est tenu d'en bonifier la valeur à l'appelé, lorsque la substitution produit son effet, sans préjudice d'une responsabilité plus étendue en cas de faute (*Verschulden*) (§ 2134).

1241. — En cas de location consentie par le fiduciaire d'un immeuble appartenant à la succession, on applique, si le bail subsiste encore au moment où la substitution produit son effet, les dispositions du § 1056 relatives aux relations entre usufruitier et nu-propriétaire (§ 2135).

1242. — Il est loisible au testateur d'affranchir le fiduciaire des restrictions et obligations découlant des §§ 2113, al. 1, 2114, 2116-2119, 2123, 2127-2131, 2133 et 2134 (§ 2136).

1243. — Lorsque le testateur a gratifié l'appelé de ce qui subsisterait encore de la succession, le jour où la substitution produirait son effet (legs *de eo quod supererit*), le fiduciaire est réputé affranchi *ipso facto* de toutes les restrictions et obliga-

tions rappelées au § 2136; il en est de même lorsque le testateur a formellement déclaré que le fiduciaire a le droit de disposer librement de la succession (§ 2137).

1244. — Dans les deux cas prévus au § 2137, l'obligation de restitution se réduit, pour le fiduciaire, aux objets héréditaires qui se trouvent encore en sa possession. Il ne peut demander aucune indemnité à raison des dépenses qu'il a faites pour des objets qu'en vertu de cette disposition il n'est pas tenu de restituer. Si, contrairement au § 2113, al. 2, le fiduciaire a disposé d'un objet héréditaire ou diminué la succession dans le but de nuire à l'appelé, il est tenu d'indemniser ce dernier (§ 2138).

1245. — Au moment même où la substitution a lieu, le fiduciaire cesse d'être héritier, et la succession est dévolue à l'appelé (§ 2139). Toutefois, le fiduciaire conserve, même après ce moment, son droit antérieur de disposition, jusqu'à ce qu'il ait ou ait dû avoir connaissance du fait de l'entrée en vigueur de la substitution. Un tiers ne peut se prévaloir de ce droit du fiduciaire, lorsque, au moment de traiter avec lui, il avait ou devait avoir connaissance de ladite entrée en vigueur (§ 2140).

1246. — Si, lors de cette entrée en vigueur, il y a lieu d'attendre la naissance d'un héritier appelé, on applique à la créance d'entretien de la mère les règles posées au § 1963 (§ 2141). — V. *infrà*, v° *Succession*, n. 3289.

1247. — Au moment où la substitution doit produire son effet, l'appelé a le droit de renoncer à la succession; dans ce cas, la succession continue d'appartenir au fiduciaire si le testateur n'en a disposé autrement (§ 2142).

1248. — Si la substitution a lieu, les relations juridiques éteintes, lors de l'ouverture de la succession, par suite de confusion entre la personne du créancier et celle du débiteur ou de la personne grevée d'une charge, sont réputées non éteintes (§ 2143).

1249. — Les règles relatives à la limitation de la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession valent également pour l'héritier substitué; à la place de la succession figure ce qui échoit de la succession à ce dernier, y compris les prétentions qu'il peut faire valoir contre le fiduciaire comme tel. L'inventaire dressé par le fiduciaire profite également à l'appelé. L'appelé peut, au regard du fiduciaire, se prévaloir de la limitation de sa responsabilité, encore qu'il soit tenu indéfiniment à l'égard des autres créanciers de la succession (§ 2144).

1250. — Malgré l'ouverture de la substitution, le fiduciaire continue à répondre des dettes de la succession dans la mesure où l'appelé n'en répond pas et, notamment, aussi de celles qui, dans leurs relations réciproques, incombent au fiduciaire. Après l'ouverture de la substitution, le fiduciaire peut, en tant qu'il n'est pas tenu indéfiniment, refuser d'acquitter les dettes héréditaires, lorsque ce qui lui revient de la succession n'y suffit pas. On applique par analogie les §§ 1990 et 1991 (§ 2145). — V. *infrà*, v° *Succession*, n. 3310 et 3311.

1251. — Au regard des créanciers héréditaires, le fiduciaire a le devoir de notifier sans délai au tribunal de la succession l'entrée en vigueur de la substitution. Il peut s'en dispenser si l'appelé a fait, de son côté, cette notification. Le tribunal doit autoriser tout intéressé à prendre connaissance de la notification (§ 2146).

§ 2. *Autriche.*

1252. — Le Code civil autrichien traite de la substitution vulgaire (*gemeine Substitution*) et de la substitution fidéicommissaire (*fideicommissarische Substitution*) (§§ 604 et s.). Il se borne à quelques brèves indications sur la substitution pupillaire : « Les père et mère eux-mêmes ne peuvent nommer pour leurs enfants un héritier ou un héritier substitué, même dans le cas où lesdits enfants seraient incapables de tester, que par rapport à la fortune qu'ils leur laissent » (§ 609). — V. *infrà*, n. 1262 et 1263.

1253. — A. *Substitution vulgaire.* — Tout testateur a le droit d'instituer un ou plusieurs héritiers subsidiaires, pour le cas où sa succession n'écherrait pas à l'héritier institué en première ligne (§ 604). Si, du cas où l'héritier ne peut pas recueillir la succession et de celui où il ne le veut pas, le testateur n'en a prévu qu'un seul, l'autre est exclu (§ 605).

1254. — Les charges imposées à l'héritier institué en première ligne passent sur la tête de celui qui, en vertu de la substitution, prend sa place, en tant qu'elles ne sont pas limitées à la personne du premier, soit par une disposition expresse, soit par les circonstances mêmes (§ 606).

1255. — Si des cohéritiers sont appelés réciproquement à se substituer les uns aux autres, on admet que le testateur a entendu étendre à la substitution les parts fixées pour l'institution elle-même. Mais, si dans la substitution est appelée une personne en dehors des cohéritiers, la portion devenue vacante se divise en parts égales (§ 607).

1256. — B. *Substitution fidéicommissaire.* — Le testateur peut obliger son héritier à laisser la succession à un héritier appelé en seconde ligne, soit au décès du fiduciaire, soit dans tel autre cas donné. Cette substitution, dite fidéicommissaire, implique de plein droit la substitution vulgaire (§ 608).

1257. — Lorsqu'un testateur interdit à son héritier de disposer par testament de la succession, il y a substitution fidéicommissaire, et l'héritier est tenu de réserver la succession pour ses héritiers légitimes. L'interdiction d'aliéner une chose n'implique pas celle d'en disposer par testament (§ 610).

1258. — La série suivant laquelle les héritiers fidéicommissaires doivent se succéder les uns aux autres n'est pas limitée quand ils sont tous les contemporains du testateur; elle peut s'étendre à un troisième, à un quatrième, et même au delà (§ 611).

1259. — S'il s'agit, non de contemporains, mais d'héritiers non encore nés à l'époque de la confection du testament, la substitution fidéicommissaire peut, en ce qui concerne les sommes d'argent et les autres choses mobilières, s'étendre jusqu'au second degré. Par rapport aux biens immeubles, elle ne vaut que jusqu'au premier degré; toutefois, pour la détermination des degrés, on ne compte que l'appelé qui recueille effectivement la succession (§ 612).

1260. — Jusqu'à ce que le cas de substitution se produise, l'héritier fiduciaire a un droit de propriété limité, avec les droits et les obligations d'un usufruitier (§ 613).

1261. — Quand une substitution est formulée en termes ambigus, elle doit être interprétée dans le sens qui laisse au fiduciaire le plus de liberté pour la disposition des biens (§ 614).

1262. — La substitution vulgaire s'éteint dès que l'héritier institué a fait adition d'hérédité; la substitution fidéicommissaire, lorsqu'aucun des héritiers appelés ne subsiste ou que le cas en vue duquel elle avait été faite disparaît (§ 615). En particulier, une substitution fidéicommissaire faite à un aliéné devient caduque lorsqu'il est démontré que, lors de cette disposition, il était en pleine possession de ses facultés, ou lorsque le tribunal lui a rendu, en suite de guérison, la libre administration de ses biens; et la substitution ne revit point, encore qu'il doive plus tard être remis en tutelle et n'ait fait dans l'intervalle aucun testament (§ 616).

1263. — La substitution faite par un testateur à son enfant à une époque où ce dernier n'avait pas de postérité s'éteint lorsqu'il laisse des descendants aptes à lui succéder (§ 617).

1264. — Pour ce qui concerne les fidéicommis de famille ou majorats, V. *suprà*, v° *Majorat*, n. 300 et s.

§ 3. *Belgique.*

1265. — La Belgique est régie, en matière de substitutions, par les règles du droit civil français.

§ 4. *Danemark.*

1266. — Bien que la loi soit muette, on considère les substitutions vulgaires comme valables; mais la substitution pupillaire n'est pas admise.

1267. — Les substitutions fidéicommissaires relatives à des immeubles sont formellement interdites, pour l'avenir, par l'art. 98 de la Constitution de 1849, confirmé par l'art. 93 de celle de 1866. A notre connaissance, le législateur n'a jamais statué sur les substitutions de cette espèce qui ne porteraient que sur des valeurs mobilières. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 825 et s.

§ 5. *Espagne.*

1268. — Le Code civil de 1888 ayant confirmé le principe que l'institution d'héritier n'est plus une condition essentielle

de la validité des testaments (art. 668), la principale raison qui avait fait admettre les substitutions en droit romain n'existait plus en Espagne; et l'on s'est demandé si, comme dans le *Projet de Code* de 1851, il ne convenait pas d'abolir complètement les substitutions, hormis la substitution vulgaire. Il parut cependant au législateur qu'il n'était pas nécessaire d'aller aussi loin, et il a maintenu, en les limitant d'ailleurs assez étroitement, les quatre substitutions vulgaire, pupillaire, exemplaire et fidéicommissaire (art. 774 et s.).

1269. — A. *Substitution vulgaire.* — Le testateur peut substituer à l'héritier ou aux héritiers institués une ou plusieurs personnes, pour le cas où ils mourraient avant lui ou ne pourraient ou ne voudraient pas accepter la succession : la substitution simple, et sans indication de cas, comprend les trois hypothèses qui viennent d'être spécifiées, si le testateur n'en a pas décidé autrement (art. 774).

1270. — B. *Substitution pupillaire.* — Les père et mère et autres ascendants peuvent nommer des héritiers substitués à leurs descendants, mineurs de quatorze ans, des deux sexes, pour le cas où ceux-ci mourraient avant cet âge (art. 775).

1271. — C. *Substitution exemplaire.* — L'ascendant peut nommer un héritier substitué à son descendant, majeur de quatorze ans, qui, conformément à la loi, a été interdit pour cause d'aliénation mentale; cette substitution devient caduque si l'interdit fait un testament dans un intervalle lucide ou après avoir recouvré la raison (art. 776).

1272. — Lorsque l'héritier institué a des héritiers nécessaires, la substitution pupillaire ou exemplaire ne vaut que sous réserve des droits de ces derniers (art. 777). Il est permis de substituer deux ou plusieurs personnes à une seule ou, au contraire, une à deux ou plusieurs héritiers (art. 778). L'héritier substitué est soumis aux mêmes charges et conditions que l'institué, à moins de disposition expresse contraire du testateur ou de charges ou conditions rigoureusement personnelles à l'institué (art. 780).

1273. — Si les héritiers institués pour des parts inégales ont été substitués réciproquement les uns aux autres, ils prennent dans la substitution les mêmes parts que dans l'institution, à moins qu'il ne soit manifeste que la volonté du testateur était différente (art. 779).

1274. — D. *Substitution fidéicommissaire.* — Les substitutions fidéicommissaires sont valables, pourvu qu'elles ne dépassent pas le second degré ou soient faites en faveur de personnes vivantes au moment du décès du testateur (art. 781).

1275. — Elles ne peuvent jamais grever la légitime; si elles portent sur le tiers destiné à avantager l'un des descendants *majora*, elles ne peuvent être faites qu'en faveur de ceux-ci (art. 782).

1276. — Les substitutions fidéicommissaires ne se présument pas; elles ne valent qu'à la condition d'être expresses (art. 783, 785-1°);

1277. — Sauf disposition contraire du testateur, l'héritier fiduciaire est tenu de livrer la succession au fidéicommissaire, sans autres déductions que celles qui concernent les frais légitimes, créances ou *majoras* (art. 783, al. 2); cette disposition a eu pour but de mettre un terme, sous forme de prétérition, aux longues controverses qui s'étaient élevées parmi les anciens commentateurs, sur la question de savoir si, comme à Rome, le fiduciaire peut encore retenir la quarte Trébellienne.

1278. — L'héritier fidéicommissaire acquiert un droit à la succession dès la mort du testateur, encore qu'il meure lui-même avant le fiduciaire; ce droit se transmet à ses héritiers (art. 784).

1279. — Sont nulles et de nul effet non seulement les substitutions qui enfreignent expressément la règle restrictive posée à l'art. 781, mais encore celles qui imposent à l'héritier l'obligation de payer une certaine rente ou pension successivement à diverses personnes au delà du second degré, ou d'employer tout ou partie des biens suivant les instructions du testateur (art. 785, 2° à 4°). La nullité de la substitution ne porte, d'ailleurs, nulle atteinte à l'institution elle-même, ni aux droits des héritiers appelés en première ligne : la clause fidéicommissaire est simplement réputée non écrite (art. 786).

1280. — Sont valables : 1° la disposition par laquelle le testateur laisse à une personne la nue propriété de tout ou partie de l'hérédité, et à une autre l'usufruit; mais cet usufruit ne peut être attribué à plusieurs personnes successives que dans les limites posées par l'art. 781, analysé ci-dessus (art. 787); 2° la disposition qui oblige l'héritier à employer périodiquement certaines sommes en bonnes œuvres, telles que dotations de filles pauvres, pensions à des étudiants, subsides à des indigents ou à des établissements de charité, mais sous les conditions suivantes : si la charge est temporaire et repose sur des immeubles, l'héritier peut disposer du fonds grevé, la charge subsistant tant qu'elle demeure inscrite; si elle est perpétuelle, l'héritier peut la capitaliser et placer le capital sur une première hypothèque suffisante, avec l'intervention du gouverneur civil de la province et ouï le ministère public; dans tous les cas, si le testateur n'a pas réglé l'administration et l'emploi de sa disposition charitable, il y est pourvu par les soins de l'administration compétente (art. 788).

1281. — Toutes les dispositions qui précèdent, relatives aux héritiers, s'appliquent aussi aux légataires (art. 789). — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, 2e part. (1890), n. 711 à 721.

§ 6. *Grande-Bretagne.*

1282. — I. *Angleterre.* — Les ouvrages de droit civil anglais ne contiennent, à part les deux formes de substitutions fidéicommissaires connues sous les noms de *estate tail* et de *trust* et dont les règles essentielles ont déjà été exposées *suprà*, v° *Majorat*, n. 293 et s., presqu'aucune disposition sur les diverses variétés classiques de substitution.

1283. — La substitution vulgaire elle-même paraît n'être admise que dans les plus étroites limites; car, jusqu'à une époque récente, si, dans l'intervalle entre la confection du testament et le décès du testateur, l'un des légataires venait à mourir, la règle générale, *at law*, était que le legs devînt caduc, encore qu'il fût fait en faveur du légataire « et de ses héritiers » ou « et de ses descendants », ce qui, *a priori*, semblait impliquer tout au moins substitution vulgaire. Depuis le *Wills act* de 1837 (St. 1, Vict., c. 26, §§ 32 et s.), le legs d'un *estate tail* ne devient plus caduc dans l'hypothèse du prédécès du premier légataire, mais profite à ses descendants, comme si ce légataire était mort immédiatement après le testateur; de même, si l'objet du legs fait à un enfant ou descendant du testateur est un *estate*, mobilier ou immobilier, non sujet à s'éteindre au décès du légataire ou plus tôt, ce sont les descendants du légataire, vivants lors de l'ouverture de la succession, qui recueillent cet *estate* au lieu et place de leur auteur.

1284. — A un autre point de vue, il avait été longtemps admis, en vertu de considérations d'ordre purement technique, que, quand un bien avait été légué à une personne et, si elle mourait sans postérité, à une autre, la substitution profitait à cette dernière, non pas seulement si la première mourait elle-même sans postérité, mais encore à n'importe quelle époque ultérieure où sa descendance venait à s'éteindre. Depuis le même *Wills act* (§ 29), lorsqu'une substitution est subordonnée au décès, sans postérité, de la personne appelée en première ligne, il doit être bien entendu que le substitué n'a de droit, sauf intention contraire ressortant du texte du testament, qu'autant que le premier appelé, lui-même, n'a point de descendants, ou du moins meurt sans en laisser. — *Dawson c. Small*, L. R., 9 Ch. App., 651. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, n. 969, 972.

1285. — II. *Ecosse.* — Le droit écossais admet la substitution vulgaire; ainsi qu'il a été dit *suprà*, v° *Legs*, n. 1986, un legs fait « à A et à ses héritiers » ne devient pas caduc par le fait qu'A meurt avant le testateur : ses héritiers prennent sa place de plein droit. — Bell, *Principles of the law of Scotland*, n. 1881.

1286. — En général, une substitution peut être faite par le testateur pour le cas où l'institué ne succéderait pas, à raison de son prédécès ou pour telle autre cause. — Bell, *op. cit.*, n. 1693.

1287. — D'autre part, le droit écossais admet, comme le droit anglais, les substitutions fidéicommissaires sous la forme des *entails* ou *estate tail*. Nous devons nous borner aux brèves indications données sur cette institution, *suprà*, v° *Majorat*, n. 293 et s. — V., pour plus de détails, Bell, *op. cit.*, n. 1716 à 1774.

1288. — III. *Malte.* — Le droit maltais admet les substitutions vulgaire, pupillaire et exemplaire (art. 449 et s. des ordonn. de 1868, n. 7, et de 1870, n. 1).

1289. — Les fidéicommis sont absolument prohibés (art. 455).

§ 7. *Italie.*

1290. — Le Code civil italien, dans ses art. 895 et s., traite de la substitution vulgaire et de la substitution fidéicommissaire.

1291. — A. *Substitution vulgaire.* — On peut substituer à l'héritier institué ou au légataire une autre personne, dans le cas où l'un d'eux ne peut pas ou ne veut pas accepter la succession ou le legs; si, dans la substitution, il a été fait expressément mention que de l'un de ces deux cas, l'autre est réputé tacitement compris, sauf la preuve de la volonté contraire du testateur (art. 895, 896).

1292. — Les substitués sont tenus des charges imposées à celui à qui ils sont substitués, s'il n'apparait pas que la volonté du testateur était de limiter lesdites charges à la personne du premier appelé; mais les conditions concernant également l'héritier ou le légataire ne sont point présumées s'appliquer au substitué, si cela n'a pas été expressément déclaré (art. 897).

1293. — Si, entre plusieurs cohéritiers ou légataires pour des parts inégales, il a été ordonné une substitution réciproque, la proportion fixée dans les parts de la première disposition est présumée s'appliquer aussi à la substitution. Si, au contraire, une autre personne est appelée dans la substitution en même temps que les premiers nommés, la part vacante appartient par portions égales à tous les substitués (art. 898).

1294. — B. *Substitution fidéicommissaire.* — La substitution fidéicommissaire est prohibée, et nulle même quant au premier degré; mais cette nullité ne préjudicie pas à la validité de l'institution d'héritier ou du legs à qui elle est jointe (art. 899, 900).

1295. — La disposition par laquelle l'usufruit ou une autre annuité est laissée à plusieurs personnes successivement, n'a d'effet qu'en faveur des premières appelées à en jouir au décès du testateur (art. 901). Mais il n'est pas interdit de créer des annuités destinées à être employées, à perpétuité ou à temps, en secours pour les indigents, en récompenses à la vertu ou au mérite, ou pour d'autres objets d'utilité publique, encore que, dans la disposition, soient appelées des personnes d'une qualité donnée ou de familles déterminées (art. 902).

§ 8. *Norvège.*

1296. — La substitution vulgaire est admise sans restriction; la substitution pupillaire ne l'est point.

1297. — Les substitutions fidéicommissaires sont interdites par l'art. 108 de la Constitution de 1814; celles qui avaient été faites antérieurement ont cessé de pouvoir subsister avec leurs effets spéciaux. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 826, 833.

§ 9. *Pays-Bas.*

1298. — A. *Substitution fidéicommissaire.* — En principe, le Code civil néerlandais interdit les substitutions fidéicommissaires : toute disposition par laquelle l'héritier institué ou le légataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers tout ou partie de la succession ou du legs, est nulle et de nul effet, même à l'égard de l'héritier institué ou du légataire (art. 926).

1299. — Toutefois, il est loisible aux père et mère de donner par testament tout ou partie de la quotité disponible à un ou plusieurs de leurs enfants, à charge de rendre ces biens aux enfants nés ou à naître des institués ou légataires grevés; en cas de prédécès d'un enfant, la même disposition peut être faite au profit d'un ou de plusieurs petits-enfants, à charge de rendre les biens à leurs propres enfants nés ou à naître (art. 1020).

1300. — Est également valable la disposition que le testateur fait au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs de tout ou partie de ses biens non réservés par la loi, à charge de rendre ces biens aux enfants nés ou à naître desdits frères ou sœurs; en cas de prédécès de frères ou de sœurs, la disposition peut être faite au profit d'un ou plusieurs de leurs enfants, à charge de restitution à leur propre postérité au premier degré (art. 1021).

1301. — La représentation est admise, dans les deux cas, au profit des descendants des appelés (art. 1022).

1302. — L'art. 1023, C. civ. néerlandais, correspond exactement à notre art. 1050; et les art. 1025 et s. pourvoient à l'administration des biens grevés de substitution dans un sens analogue à celui des art. 1055 et s., C. civ. franç.

1303. — Les substitutions fidéicommissaires permises ne sont pas opposables à des tiers, même par les mineurs, à moins d'avoir été rendues publiques, quant aux immeubles, par la transcription sur les registres à ce destinés, et, quant aux créances hypothécaires, par une inscription sur les biens grevés ou une mention en marge de l'inscription déjà existante (art. 1034). Les héritiers, [illegible] ne peuvent, en aucun cas, opposer aux substitués le défaut de transcription, d'inscription ou de mention (art. 1035). Les administrateurs sont tenus, sous peine de dommages-intérêts, de veiller à l'accomplissement de ces formalités (art. 1036).

1304. — La disposition par laquelle un tiers ou, à son décès, tous ses enfants sont appelés à recueillir tout ou partie de ce qui reste de la succession [illegible] pas une substitution fidéicommissaire prohibée (art. 928) : l'héritier ou légataire grevé peut, sauf interdiction expresse du testateur, disposer comme il l'entend des biens à lui légués; toutefois, il est tenu de faire un inventaire des biens, après le décès du testateur, et de le déposer au greffe du tribunal (art. 1036 et s.).

1305. — B. *Substitution vulgaire.* — La substitution vulgaire est absolument licite, qu'il s'agisse de l'hérédité ou d'un legs particulier (art. 929).

§ 10. *Portugal.*

1306. — Le Code civil portugais admet les substitutions vulgaire, pupillaire et exemplaire. La première cesse quand l'héritier a accepté la succession ; la deuxième, quand l'héritier atteint l'âge de quatorze ans ou meurt laissant des descendants aptes à lui succéder; la troisième, dès que l'incapable a recouvré la raison. Les deux dernières ne peuvent s'étendre qu'aux biens que le grevé a acquis du testateur et dont il pourrait disposer s'il n'était, au moment de son décès, en état d'incapacité (art. 1858 à 1863).

1307. — Sauf disposition contraire, les appelés recueillent la succession ou le legs avec toutes les charges non strictement personnelles qui incomberaient aux héritiers ou légataires institués (art. 1864).

1308. — Les substitutions fidéicommissaires sont interdites, à l'avenir, en Portugal, à l'exception de celles qui sont faites par le père ou la mère, sur leurs biens disponibles, au profit de leurs petits-enfants nés ou à naître, ou de celles en faveur des descendants, au premier degré, des frères ou sœurs du testateur (art. 1867).

1309. — Le fidéicommissaire a un droit acquis à la succession dès le décès du testateur, lors même qu'il ne survivrait pas au fiduciaire : ce droit passe à ses héritiers (art. 1868).

1310. — La nullité de la substitution fidéicommissaire n'entraîne pas celle de l'institution ou du legs ; la clause de fidéicommis est simplement réputée non écrite (art. 1869).

1311. — Sont considérées comme fidéicommis et, à ce titre, interdites : 1° les dispositions faites avec défense d'aliéner; 2° les dispositions par lesquelles un tiers est appelé à recueillir ce qui restera de la succession ou du legs au décès de l'héritier ou du légataire ; 3° les dispositions par lesquelles l'héritier ou le légataire est chargé de servir à deux ou plusieurs personnes successivement une rente ou pension déterminée (art. 1871).

1312. — En cas de substitution fidéicommissaire licite, le grevé est réputé simple usufruitier (art. 1873).

§ 11. *Roumanie.*

1313. — Le Code civil roumain, qui est, à bien des égards, une simple traduction du Code civil français, a supprimé, comme le Code italien, nos art. 897 et 1048 relatifs aux substitutions fidéicommissaires, lesquelles sont aujourd'hui, sans nulle exception, prohibées dans le royaume comme contraires à l'ordre public (C. civ. roum., art. 803).

1314. — Les substitutions vulgaires sont, au contraire, permises (art. 804) ; et l'on peut, de même, laisser l'usufruit à une personne et la nue propriété à une autre (art. 805).

§ 12. *Russie.*

1315. — La matière des substitutions n'est pas traitée dans les *Lois civiles* ; il existe toutefois, en Russie, sous le nom de « biens interdits », de véritables majorats ou fidéicommis de famille. — V. *suprà*, v° *Majorat*, n. 349 et s.

1316. — Dans le Code civil des provinces baltiques sont traitées la substitution vulgaire, la substitution pupillaire et la substitution fidéicommissaire (§§ 2136 et s.; 2149; 2317 et s.). Nous nous bornerons à dire, quant à cette dernière, que « le testateur est libre de grever d'un fidéicommis un héritier testamentaire, un héritier *ab intestat* et un premier fidéicommissaire » (§ 2318). Lorsque la charge imposée au grevé l'oblige à restituer ce qui, à sa mort, subsisterait encore de la fortune qui lui échoit, il peut, entre-vifs, disposer à son gré des trois quarts de cette fortune, mais il ne peut toucher au quatrième quart qu'en cas de nécessité absolue (§ 2319). Le grevé ne peut aliéner les biens qu'avec l'autorisation du testateur ou du fidéicommissaire (§ 2321). Lorsque la substitution porte sur l'ensemble de la succession ou, du moins, sur plus des trois quarts, le grevé a le droit, en Courlande, de retenir à son profit la quarte Trébellienne (§ 2324). — V. sur toute la matière, Ernest Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. 2, n. 654 et s.

§ 13. Suède.

1317. — A. *Substitution vulgaire.* — Les substitutions vulgaires sont admises sans restriction.

1318. — B. *Substitution pupillaire.* — Les substitutions pupillaires le sont également, non seulement à l'égard des descendants du testateur, mais encore à l'égard de toute personne gratifiée par lui; mais seulement dans les étroites limites où, en général, la loi permet au disposant de restreindre les droits de ceux qui sont appelés à recueillir ses biens après lui : le testateur ne peut désigner, pour le cas où l'enfant appelé à l'hérédité mourrait en état de minorité après en avoir pris possession, que le premier successeur de cet enfant. — Ernest Lehr, *Eléments de droit civil scandinave*, n. 833.

1319. — C. *Substitution fidéicommissaire.* — D'après le Code de 1734 (tit. *des Successions*, c. 16, § 1), amendé par une loi du 27 avr. 1810, l'institution de fidéicommis est entourée de certaines restrictions; mais elle n'est pas interdite, même aujourd'hui.

1320. — Pour pouvoir instituer légalement un fidéicommis, il faut posséder les qualités générales requises pour pouvoir tester. D'autre part, l'héritier fiduciaire et les appelés doivent posséder non seulement les qualités requises pour recueillir une succession en général, mais encore les qualités spéciales auxquelles le testateur a jugé bon de subordonner l'entrée en possession du fidéicommis.

1321. — Le fidéicommis doit être fait en la forme prescrite pour les testaments ordinaires.

1322. — On peut ériger un fidéicommis de biens meubles sans nulle restriction ni limitation. Au contraire, s'il s'agit d'immeubles, la liberté du testateur est assez étroitement circonscrite par la loi du 27 avr. 1810 : d'une part, il ne peut régler l'administration desdits immeubles pour un temps dépassant la vie du premier possesseur et de son épouse; d'autre part, il ne peut en interdire l'aliénation qu'au premier possesseur et à son successeur immédiat dans la jouissance du bien.

1323. — La première personne appelée à recueillir un fidéicommis est tenue, au moment du décès du testateur, de même qu'en matière de testament, de présenter l'acte au tribunal, dans le délai et suivant la procédure prévus pour les testaments au titre *des Successions*, c. 18, § 1; les appelés ultérieurs n'ont plus à remplir les mêmes formalités.

1324. — Les possesseurs successifs d'un fidéicommis n'en ont que l'usufruit; ils doivent en conserver la substance, et, par conséquent, prendre toutes les mesures voulues pour prévenir tant la perte des biens que la diminution de leur valeur productive.

1325. — Les fidéicommis cessent d'exister : 1° lorsque les biens meubles qui les composent viennent à périr d'une façon quelconque; 2° lorsque les conditions imposées par le testateur ne peuvent plus être remplies; 3° lorsque le roi, sur la requête des intéressés actuels ou ultérieurs, consent à l'annulation amiable du fidéicommis.

1326. — Il peut aussi arriver que le possesseur actuel d'un fidéicommis soit déchu de son droit, sans que pour cela le fidéicommis cesse d'exister; c'est ce qui arrive, notamment, si, à raison d'un délit, il perd, en général, le droit de recueillir une succession, ou s'il ne satisfait pas à l'une des conditions posées dans l'acte constitutif sous peine de déchéance. — V. Ernest Lehr, *op. cit.*, n. 827 à 832; d'Olivecrona, *Testamentsrätten enligt svensk lagstiftning*, 2e éd., Stockholm, 1898, p. 432 et s.

§ 14. Suisse.

1327. — I. *Législations cantonales.* — On trouve dans les législations cantonales de la Suisse trois sortes de substitutions : la substitution vulgaire, la substitution pupillaire et la substitution fidéicommissaire, mais souvent avec des formes ou une étendue différente.

1328. — A. *Substitution vulgaire.* — La substitution vulgaire est admise dans toutes les législations et peut même, en général, se multiplier à deux ou plusieurs reprises au gré du disposant. Elle porte, dans les codes de langue allemande, le nom de *Nacherbeinsetzung*. — V. C. arg., § 945; bern., §§ 576, 577; frib., art. 825 et s.; lucern., §§ 442, 444; neuchât., art. 634, 635; loi héréd. saint-gall., art. 108; C. val., art. 720 et s.; vaud., art. 688; zuric., § 1016, etc.

1329. — Dans le code d'*Argovie*, il y a substitution légale au profit des descendants d'héritiers institués mais décédés avant le *de cujus*, si ce dernier n'a pas expressément exclu lesdits descendants (§ 946). Le même principe est inscrit, avec certaines restrictions, dans le § 65 de la loi héréditaire de Bâle-Ville.

1330. — B. *Substitution pupillaire.* — La substitution pupillaire n'est retenue que dans les codes de *Berne* et de *Fribourg*.

1331. — D'après le § 580, C. civ. bern., un père qui n'a qu'un seul enfant, lequel est incapable de tester, peut substituer à cet enfant une autre personne pour les biens qu'il lui laisse; la substitution devient caduque si, au moment de l'ouverture de la succession, l'enfant se trouve avoir un héritier nécessaire ou a recouvré la capacité de tester.

1332. — A Fribourg (C. civ., art. 844), la substitution pupillaire est admise pour le cas où un père, une mère ou un autre ascendant, ayant un enfant ou descendant qui n'a pas l'âge requis pour tester et n'a pas été émancipé par le mariage, lui donne une autre personne pour héritier alors que, ayant succédé au disposant, il mourrait ou répudierait la succession avant d'être parvenu audit âge. D'autre part, d'après l'art. 845, les père et mère ou ascendants ayant des enfants ou descendants non mariés qui ne sont pas sains d'esprit peuvent également « leur substituer pupillairement » une autre personne; mais la substitution devient caduque si l'enfant ou descendant acquiert l'usage de sa raison après avoir atteint l'âge requis pour tester, ou s'il se marie; lorsque l'enfant ou descendant est une fille, et que cette fille donne le jour à un enfant illégitime, cet enfant perçoit sa part légitimaire de biens conformément aux art. 742 et 743. « La substitution pupillaire n'empêche pas que le descendant institué ait la pleine et entière propriété des biens hérités de son ascendant, et que son tuteur ou curateur, dûment autorisé, ne puisse en disposer dans son intérêt et pour ses besoins » (art. 846). Dans le cas de substitution pupillaire, l'héritier substitué ne peut accepter les biens provenant de l'ascendant et renoncer à la succession du descendant, à moins que le tuteur ou curateur de ce dernier n'ait répudié la succession de l'ascendant (art. 847).

1333. — C. *Substitution fidéicommissaire.* — Les fidéicommis de famille étaient admis de vieille date dans différentes parties de la Suisse, et les législations modernes n'ont pas cru devoir, vu le peu de fréquence de ces institutions, les supprimer absolument là où elles existent encore; mais elles interdisent généralement la création de nouveaux fidéicommis ou du moins ne l'autorisent que dans d'étroites limites.

1334. — Dans la Suisse romande, les Codes de *Fribourg* (art. 830 et s.) et de *Vaud* (art. 685 et s.) posent des règles à peu près identiques : toute substitution au delà du premier degré est prohibée; si l'époque n'est pas fixée, la restitution est présumée devoir se faire après la mort du grevé; le testateur peut substituer les enfants non encore conçus de son héritier institué, et la substitution vaut pourvu qu'ils soient conçus lors de l'ouverture de la substitution; l'institué ne peut ni aliéner, ni hypothéquer, ni détériorer les immeubles grevés de substitution; il donne caution pour la restitution des créances, argent et biens meubles, faute de quoi ces biens sont remis en régie à un curateur; si le substitué meurt avant le grevé, la substitution est éteinte.

1335. — A *Genève*, les articles du Code civil français sont demeurés en vigueur.

1336. — Le Code de *Neuchâtel* interdit les substitutions fidéicommissaires dans les mêmes termes que le Code civil

français, mais sans admettre aucune exception à la règle (art. 633).

1337. — Le Code du *Valais* reproduit presque textuellement les dispositions, analysées ci-dessus, de ceux de Fribourg et de Vaud (art. 725 et s.) ; il ajoute seulement que l'appelé peut renoncer à la substitution, soit avant, soit après son ouverture à son profit, mais non pour ceux qui seraient appelés à son défaut (art. 738).

1338. — La législation du *Tessin* (art. 507 et s.) se rapproche aussi beaucoup de celles qui viennent d'être analysées. Mais, tandis que, dans le canton de Vaud (art. 696), si l'institué a laissé des descendants légitimes à l'ouverture de la substitution, celle-ci est éteinte, à moins que ces descendants soient précisément les substitués, l'art. 517, C. tess., statue que, « si le testateur a substitué une ou plusieurs personnes à l'héritier institué pour le cas où ce dernier ne laisserait pas de descendants, la substitution est éteinte si, à sa mort, il existe des enfants de lui, nés ou conçus ». La défense faite à l'héritier de tester implique substitution tacite de ses héritiers légitimes; la seule défense d'aliéner soit les biens à lui laissés, soit une chose déterminée n'implique pas interdiction de tester (art. 509). La substitution faite à un moment où le grevé n'avait pas encore de postérité s'éteint lorsqu'il lui est survenu des enfants aptes à lui succéder (art. 519). Enfin, le Code tessinois, seul parmi les législations modernes de la Suisse, porte que l'héritier tenu de restituer la succession tout entière et l'héritier à qui il a été interdit de tester ont le droit de s'approprier un quart des biens qu'ils sont tenus de restituer (art. 510).

1339. — Dans la Suisse allemande, la législation de *Glaris*, des *Grisons*, de *Lucerne* et de *Zoug* interdit pour l'avenir toute substitution fidéicommissaire, tout en laissant subsister, plus ou moins intactes, celles qui existaient de vieille date sous forme de majorats, de fidéicommis de famille, etc.

1340. — Dans les autres cantons, en tant que la législation s'occupe de la question, les substitutions sont permises à peu près dans les mêmes conditions et limites qu'à Fribourg et dans le canton de Vaud, c'est-à-dire, en principe, au premier degré seulement. — V. C. argov., § 947; bern., §§ 578 et s.; lois héréd. bal., § 69; saint-gall., art. 108, et thurg., § 76; C. schaffh., §§ 1945, 1947; zurich., §§ 1017, 1019.

1341. — Un grand nombre de législations prévoient, du reste, des mesures à prendre pour que le substitué, dans la mesure où la transmission est licite, soit certain de n'être pas frustré de ses droits par des actes abusifs du grevé; celui-ci peut être tenu de fournir des sûretés.

1342. — Presque toutes celles qui admettent la substitution fidéicommissaire déclarent expressément qu'elle implique substitution vulgaire pour le cas où le grevé ne pourrait ou ne voudrait pas accepter la succession, notamment à raison de son prédécès (V. C. argov., § 947; bern., § 578; frib., art. 834; soleur., § 564; Tessin, art. 511; val., art. 730, vaud., art. 689, etc.). — V. Huber, *System des schweizer. Privatrechts*, t. 2, p. 241 et s.

1343. — II. *Droit fédéral.* — *L'Avant-projet de Code civil fédéral,* dans les art. 506 et s., de l'édition de 1903, prévoit la substitution vulgaire et la substitution fidéicommissaire.

1344. — A. *Substitution vulgaire.* — Il est loisible au testateur de désigner, à côté de l'héritier ou du légataire institué en première ligne, une ou plusieurs personnes appelées à recueillir la succession ou le legs en cas de prédécès ou de renonciation desdits héritier ou légataire (*Ersatzverfügung*, art. 506).

1345. — B. *Substitution fidéicommissaire.* — Il est également loisible au testateur d'obliger l'héritier institué par lui en première ligne à transmettre la succession à une autre personne qui est appelée en seconde ligne; la même charge ne peut être imposée à cette dernière. La disposition s'applique aux legs particuliers comme à la succession elle-même (art. 507).

1346. — A défaut d'indication contraire, c'est à la mort du grevé que la transmission à l'appelé doit avoir lieu. Lorsqu'un autre moment a été fixé et qu'il n'est pas encore arrivé lors du décès du grevé, la succession passe, moyennant constitution de sûretés, aux héritiers de ce dernier; si, pour une raison quelconque, ce moment ne peut plus arriver du tout, elle leur est dévolue sans réserve (art. 508).

1347. — Dans tous les cas de substitution fidéicommissaire, l'autorité compétente doit prescrire la confection d'un inventaire. En principe, et sauf disposition contraire du testateur, la succession ne doit être livrée au grevé que moyennant des sûretés; si le grevé n'est pas en mesure d'en fournir ou s'il met en péril l'expertise de l'appelé, il y a lieu de confier la succession à un administrateur (art. 509).

1348. — Le grevé acquiert la succession comme tout autre héritier; il en devient propriétaire, à charge de restitution à l'appelé ; cette charge peut être annotée au registre foncier et dès lors elle est opposable aux tiers (art. 510).

1349. — L'appelé recueille la succession du *de cujus* lorsqu'il vit au moment fixé pour la transmission; s'il meurt auparavant, la succession échoit, sauf disposition contraire du testateur, à l'héritier institué en première ligne. En cas de prédécès, d'indignité ou de renonciation de ce dernier, l'appelé devient héritier immédiat du *de cujus* (art. 511).

1350. — L'*Avant-projet* ajoute aux dispositions qui précèdent un article relatif aux fondations (*Stiftungen*), qu'il peut être utile de mentionner ici, vu la connexion intime qui existe entre les fidéicommis et les fondations : « Le défunt a le droit d'affecter tout ou partie de la quotité disponible à un but quelconque, à titre de fondation; mais une fondation n'est valable qu'autant qu'elle satisfait aux exigences de la loi (art. 512).

Section II.

Droit international privé.

1351. — Il y a, nous venons de le voir, une grande diversité dans les règles admises par les diverses législations en matière de substitutions. Des conflits peuvent en résulter en droit international privé. — Nous allons poser ici les solutions essentielles.

1352. — A l'égard des substitutions prohibées par notre art. 896, deux systèmes sont en présence. L'un se fonde sur ce que ledit article est dicté par des motifs d'ordre public, pour conclure que, quelle que soit la nationalité soit du disposant, soit des bénéficiaires, les tribunaux français doivent toujours se refuser à admettre comme valables et efficaces les dispositions contraires à ladite règle. On en conclut d'abord que les tribunaux français auxquels on demande l'*exequatur* pour un jugement étranger doivent ne l'accorder qu'après avoir examiné si cette décision ne consacre pas en France l'exécution d'une substitution prohibée. Dût-on admettre que les juges français n'ont pas le droit de réviser le jugement quant au fond, ils peuvent et doivent s'assurer qu'il ne contient rien de contraire aux lois françaises d'ordre public. — Paris, 11 mai 1869, Spada, [S. 70.2.10, P. 70.94, D. 71.2.119] — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3430.

1353. — Par suite, dit-on dans ce système, un jugement français ne saurait consacrer la validité d'une disposition faite à l'étranger et contenant une substitution prohibée, et ne peut lui reconnaître effet sur des biens sis en France, quelle que soit la nature de ces biens. Dans tous les cas, en effet, l'ordre public est en jeu. — Aubry et Rau, 5ᵉ éd., t. 1, § 31, p. 136, note 16; Vincent et Pénaud, *Dict. de dr. int. pr.*, vº *Testament*, n. 102; Audinet, *Principes élémentaires du dr. int. pr.*, n. 686; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3429.

1354. — Mais la jurisprudence se prononce en sens contraire et consacre en notre matière la distinction dont elle s'inspire vis-à-vis d'une succession *ab intestat* ou testamentaire en général (V. *infrà*, vº *Succession*, n. 4391 et s.). Sans doute les substitutions établies par un étranger, licitement d'après sa loi nationale, n'auront aucun effet sur les immeubles situés en territoire français. — Cass., 24 juin 1839, Napier, [S. 39.1.577, P. 39.2.208] — Mais si la disposition a trait à des meubles, elle recevra son exécution en France, sans qu'on puisse l'attaquer comme contraire aux lois françaises sur les substitutions. C'est par la loi du domicile que doivent se régler les dispositions testamentaires d'un étranger; et le testament où se trouve une substitution contraire à nos lois est à l'abri des attaques des héritiers français, sauf pour ceux-ci le droit de recueillir sur les biens situés en France la réserve telle qu'elle est fixée par le Code. — Paris, 1ᵉʳ févr. 1836, Imbert, [S. 36.2.173, P. chr.] — Paris, 7 août 1883, [*Clunet*, 84.192] — *Sic*, Laurent, t. 14, n. 413, 415; Huc, t. 6, n. 37.

1355. — La même question pourra se présenter à l'égard des substitutions exceptionnellement permises par les art. 1048 et s., C. civ. Devra-t-on appliquer ces textes en France, quelle que soit la nationalité des parties en cause? Quoiqu'on puisse

peut-être les envisager encore comme de véritables lois d'ordre public, il est néanmoins certain que l'ordre public français est moins intéressé à leur observation qu'à celle de l'art. 896. Par suite, comme ces règles se rattachent au statut des successions, tout le monde ici se prononce pour la distinction acceptée comme règle générale en matière de dévolution successorale. Les art. 1048 et 1049 sont-ils applicables? Ce sera à la loi territoriale quant aux immeubles et, quant aux meubles, à la loi du domicile du disposant qu'on le demandera. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. 2, n. 3432.

SUBSTITUTION D'ENFANT. — V. Enfant.

SUBVENTION. — V. Chemin de fer. — Chemin vicinal. — Souscription. — Travaux publics.

ERRATUM

Société à capital variable.

Au lieu de : V. Société commerciale.
Lire : V. Société coopérative et à capital variable.

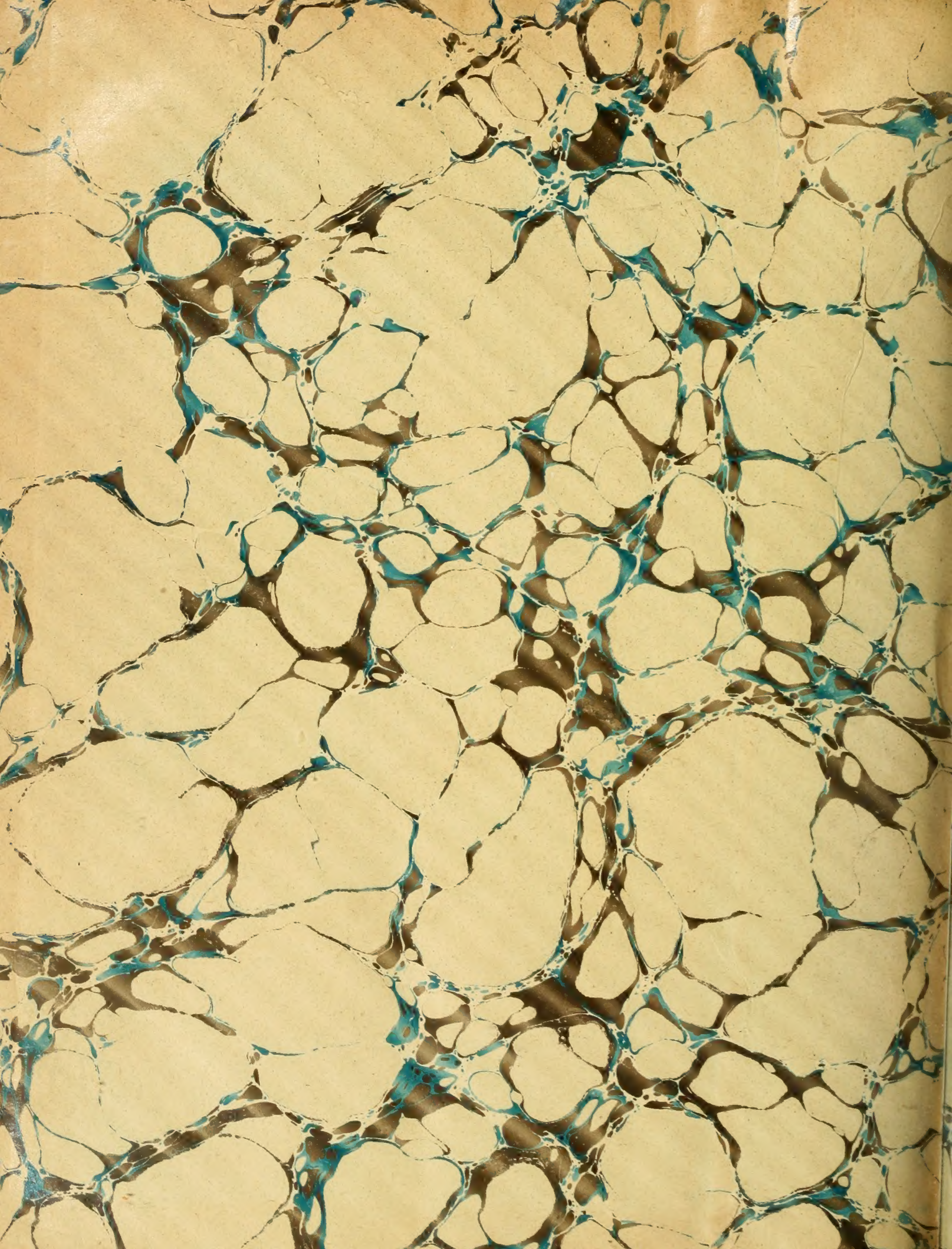
FIN DU TOME TRENTE-QUATRIÈME.

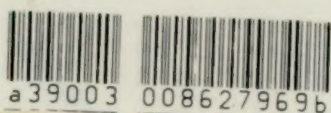
TABLE DES ARTICLES

COMPOSANT LE TRENTE-QUATRIÈME VOLUME.

L'indication de la place où se trouvent traités les mots dont l'explication est l'objet d'un renvoi, est faite dans le texte, à ces mots mêmes.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.




a39003 008627969b

